



SAKARYA
ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 9 | Sayı: 1
Temmuz 2021

Derginin Sahibi

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. Şafak NARBAY

Yazı İşleri Müdürü

Dr. Öğr. Üyesi Alper IŞIK

Baş Editör

Dr. Öğr. Üyesi Alper IŞIK

Editör

Arş. Gör. Ramazan YÜCEL

İletişim Adresi

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Esentepe Kampüsü
54187, Serdivan / SAKARYA
Tel: +90 (264) 295 70 54
Faks: +90 (264) 295 70 53
E-posta: hukukdersisi@sakarya.edu.tr
Elektronik Ağ: www.hf.sakarya.edu.tr

Sayfa / Kapak Tasarımı

Emre KIZMAZ

Yayıncı

Seçkin Yayıncılık A.Ş.
Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13 Çankaya / ANKARA
Tel: 0312 435 30 30 - Faks: 0312 435 24 72

Basılan Matbaa

Vadi Grafik Ltd. Şti. - Sertifika No: 47479
İvedik Organize Sanayi Bölgesi 1420 Cad. No: 58/1 - Yenimahalle / ANKARA
Tel: 0312 395 85 71

Basım Yeri | Yılı

Ankara | Temmuz 2021

ISSN

2147-768X

*Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,
yılıda iki sayı olarak Temmuz ve Aralık aylarında yayımlanan
ulusal süreli ve hakemli bir dergidir.
Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir;
Fakülteyi, dergiyi ve yayınevini bağlamaz.*

DANIŐMA KURULU

- Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN (*İstanbul Üniversitesi*)
Prof. Dr. Arslan KAYA (*İstanbul Üniversitesi*)
Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi*)
Prof. Dr. Bihterin DİNÇKOL (*Marmara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Cem BAYGIN (*Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi*)
Prof. Dr. İbrahim AŞIK (*Marmara Üniversitesi*)
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY (*Tokat GaziosmanpaŐa Üniversitesi*)
Prof. Dr. İbrahim SUBAŐI (*İstanbul Medeniyet Üniversitesi*)
Prof. Dr. Mahmut KOCA (*İstanbul Medipol Üniversitesi*)
Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi*)
Prof. Dr. Murat DOĞAN (*Erciyes Üniversitesi*)
Prof. Dr. Nihat BULUT (*İstanbul Medipol Üniversitesi*)
Prof. Dr. NurŐen CANİKLIÖĐLU (*Marmara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Ömer ÇINAR (*İbn Haldun Üniversitesi*)
Prof. Dr. Sururi AKTAŐ (*Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi*)

YAYIN KURULU ÜYELERİ

- Dr. ÖĞr. Üyesi Alper IŞIK (*Baş Editör*)
Arş. Gör. Ramazan YÜCEL (*Editör*)
Arş. Gör. Cemre Edip YALÇIN
Arş. Gör. Ebrar Sena ORUÇHAN
Arş. Gör. Makbule ÇETİN
Arş. Gör. Rümeysa ŐENOĐLU
Arş. Gör. Yunus Emre BOZCU

SAKARYA ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. Sakarya Hukuk Dergisi hakemli bir dergidir. Fakülte Yönetim Kurulu'nun 07.02.2013 tarih ve 23 sayılı kararı ve Üniversite Yönetim Kurulu'nun 21.02.2013 Tarih ve 494 sayılı onayı gereğince Temmuz ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanır. Yayımlanması istenen makalelerin Temmuz ayında çıkan sayı için 31 Mayıs; Aralık ayında çıkan sayı için 31 Ekim tarihine kadar teslim edilmesi gerekir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmalar hukuk alanında ve bilimsel içerikte ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Kurulu tarafından yapılır.
3. Derginin yayın dili Türkçe ve İngilizcedir. Farklı dillerdeki çalışmaların yayımlanması, Yayın Kurulu'nun kararına bağlıdır. Yayımlanan makalelerin fikri ve ilmi, çevirilerin ise hukuki sorumluluğu yazarlarına/çevirmenlerine aittir. Çevirilerin yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile birlikte gönderilmesi şarttır.
4. Dergide yayımlanacak çeviri yazılarda çevirmen, ilettiği çalışmayla birlikte eserin yazarından ve/veya yayın hakkına sahip kişi veya kurumdan aldığı yazılı onay belgesini Yayın Kurulu'na iletmek zorundadır.
5. Yayımlanmak üzere gönderilecek yazılar “Microsoft Word” programında kaydedilmiş, ana metin yazı tipi Times New Roman-12 punto, 1.5 satır aralığında ve iki yana yaslı; dipnotlar ise, Times New Roman 10 punto, tek satır aralığında ve iki yana yaslı; normal stil olmak üzere hazırlanmalıdır.
6. Yazarlar, unvanlarını, ORCID numaralarını (Bilimsel Araştırmacı Kimlik Numarası), görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini bildirmelidir.
7. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar, en az 100 en çok 200 kelimeden oluşacak Türkçe ve İngilizce özet içermelidir. Çalışmalarda ayrıca Türkçe ve İngilizce başlık ve 5 adetten az olmamak üzere anahtar kelimelere yer verilmelidir.
8. Sakarya Hukuk Dergisine gönderilen yazılar, Yayın Kurulu tarafından öncelik sırasına konur ve çalışmalar derginin yayın ilkeleri ve yazım kurallarına uygunluğu bakımından ön değerlendirmeye tabi tutulur. Yayın ilkelerine ve yazım kurallarına uygun biçimde hazırlanmayan makaleler değerlendirmeye alınmaz ve hakeme gönderilmez.
9. Ön değerlendirme sonrasında yazılar, intihal taramasına tabi tutulur. Tarama neticesinde benzerlik oranı %30'un üzerinde çıkan çalışmalar değerlendirmeye alınmaz ve hakeme gönderilmez.
10. Yazarların dergiye gönderdikleri yazıların denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “basıla” verdikleri kabul edilir. Bilimsellik ölçütlerine uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, Yayın Kurulu tarafından geri çevrilir. Yayın Kurulunca ön değerlendirmesi yapılan ve intihal taramasından geçen yazılar, kör ha-

kemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak iki hakeme incelenmek üzere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra tekrar hakem denetimine başvurur.

11. Bir hakem raporunun olumsuz olması durumunda yazı incelenmek üzere üçüncü bir hakeme gönderilir. En az iki hakem denetiminden geçmeyen yazılar dergiye kabul edilmez. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez.
12. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talep bulunmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
13. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm yayın hakları Sakarya Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversite'ye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
14. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.

Yazım Kuralları^(*)

I. Makale Gönderim Şekli

1. Yazılar, hukukdergisi@sakarya.edu.tr adresi kanalıyla biri isimsiz olmak üzere 2 nüsha halinde gönderilmelidir.

II. Gönderilecek Makalelerde Bulunması Gereken Hususlar

1. Dergiye basılmak üzere gönderilen bilimsel çalışmalar, kamu hukuku, özel hukuk ve mali hukuk alanlarına ilişkin bulunmalı ve daha önce başka bir yerde yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
2. Makale başlığı sayfa ortalanarak Sadece İlk Harfi Büyük olacak şekilde, Türkçe ve İngilizce olarak alt alta yazılmalıdır.
3. Dergiye gönderilecek makalelerde Sadece İlk Harfi Büyük olacak şekilde, Türkçe ve İngilizce olarak “Öz” ile “Anahtar Kelimeler” yer almalı ve anahtar kelimelerde yer alan sözcüklerin de yine Sadece İlk Harfleri Büyük olmalı ve virgül ile birbirlerinden ayrılmalıdır.
4. Metin içerisinde içeri doğru girintili paragraflara yer verilmemeli, tüm paragraflar sola dayalı olarak oluşturulmalıdır.
5. Dergiye gönderilecek makalelerde, ilk sayfada makale başlığının altında yazarın yalnızca ismine yer verilmeli, ismin yanında (*) simgesiyle oluşturulacak dipnotta sırasıyla akademik unvan, görevli olunan üniversite, fakülte ve bölümü ile yazarın kurumsal e-posta adresi ve ORCID numarasına yer verilmelidir.
6. Yazıların gövde metni Times New Roman karakteri 12 punto; dipnotlar sayfanın altında gösterilecek biçimde, Times New Roman karakteri 10 punto olacak şekilde kaleme alınmalıdır. Yazılarda dilbilgisi kurallarına uyulmalıdır.
7. Yazılarda kullanılacak başlık simgeleri sırasıyla aşağıda gösterilen şekilde oluşturulmalıdır.

I. BİRİNCİ DERECEDE ALT BÖLÜM

A. İKİNCİ DERECEDE ALT BÖLÜM (A, B)

1. Üçüncü Derecede Alt Bölüm (1, 2)

a. Dördüncü Derecede Alt Bölüm (a, b)

aa. Beşinci Derecede Alt Bölüm (aa, bb)

aaa. Altıncı Derecede Alt Bölüm (aaa, bbb)

aaaa. Yedinci Derecede Alt Bölüm (aaaa, bbbb)

8. Dipnotlar, ilgili sayfanın sonuna sıralı numaralar hâlinde eklenmelidir. Dipnotlar 10 punto kullanılarak, 1 satır aralıklı olarak ve iki yana yaslanmış şekilde yazılmalıdır.
9. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır. Kaynakçada öncelikle yazarın soyadına daha sonra adının ilk harfine yer verilir. Ayrıca makalelerin sayfa aralığı gösterilir.

^(*) Dergi “Yazım Kuralları” 2021/2 sayısından itibaren geçerli olacaktır.

III. Hakem İncelemesi ve Makalenin Yayımına İlişkin İlkeler

1. Yayın Komisyonu'nca ilk değerlendirmesi yapılan yazıların, yayın ilkelerine uygun hazırlanmadığının tespit edilmesi halinde, bu yazılar yazarına iade edilir.
2. Yayın Komisyonu'nun ilk değerlendirmesinden geçen yazılar, makalenin konusuna göre alanında uzman iki hakemin değerlendirmesine sunulur ve iki hakemin olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeler yapılmaksızın yayınlanmaz.
3. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde, eser kural olarak bir sonraki sayıda yayımlanmak üzere üçüncü bir hakeme gönderilir. Üçüncü hakemin görüşünün olumlu olması halinde eser yayıma kabul edilir.
4. Hakem incelemesine göre yayımlanması uygun bulunmayan yazılar iade edilir. Bu konuda nihai takdir Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın Kurulu'na aittir.

IV. Telif Hakları ve Sorumluluk

1. Dergide yayımlanan yazıların telif hakları yazarı veya yazarları tarafından karşılıksız olarak Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne devredilir.
2. Dergide yayımlanan yazılardaki görüşlerle, bunlara dair oluşacak sorumluluk yazarına veya yazarlarına aittir.
3. Dergide yayımlanacak çeviri yazılarda çevirmen, hakem atanmasından önce eserin yazarından ve/veya yayım hakkına sahip kişi veya kurumdan yazılı yayım izni almak ve bu izni belgesini yayım kuruluna iletmek zorundadır.
4. Yayımlanması için dergimize gönderilen yazıların yazım bakımından en son denetimlerinin yapılarak ulaştırıldığı ve bu haliyle basılabileceği kabul olunur.

Yayın Politikası

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'ne erişim için herhangi bir ücret talep edilmemektedir. Derginin tüm giderleri Sakarya Üniversitesi tarafından karşılanmaktadır. Dergide makale yayımı ve makale süreçlerinin yürütülmesi ücrete tabi değildir. Dergiye gönderilen ya da yayım için kabul edilen makaleler için işleme ücreti ya da gönderim ücreti alınmaz.

Yayın Kurulunca ön değerlendirmesi yapılan ve intihal taramasından geçen yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak iki hakeme incelenmek üzere gönderilir. Yazarlara yazımın hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra tekrar hakem denetimine başvurur.

İÇİNDEKİLER

ÖZEL HUKUK

İnternet Alan Adı Hakkının Hukuki Niteliğinin Değerlendirilmesi

Evaluation of Legal Nature of Internet Domain Name Right

Doç. Dr. Sefer OĞUZ 13

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Üzerine Yükleniciden Bağımsız Bölüm Devralan Üçüncü Kişinin Yargıtay Kararları Çerçevesinde Durumu

Situation of the Third Person who Buys Independent Section from the Contractor when Landowner Returns from the Construction Contracts for Land Share According to the Decisions of the Supreme Court

Arş. Gör. Kübra ŞEN 31

İcra İşleminin Yapısı ve Hukuki Rejimi

The Regime and Structure of the Execution Act

Arş. Gör. Ozan TOK 57

KAMU HUKUKU

Çevre Hakkının Anayasa Mahkemesi Önünde Bireysel Başvuruya Konu Edilebilirliği ve Konuya İlişkin Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yaklaşımı

The Admissibility of the Right to Environment Subject to Individual Application before the Constitutional Court and Approach of the European Court of Human Rights on the Issue

Arş. Gör. Cemre Edip YALÇIN 89

Heidegger'de Anti-Hümanizmin Ontoloji-Politığı: Nazizm

Ontology-Politics of Anti-Humanism in Heidegger: Nazism

Arş. Gör. Yusuf Umur ÇİL 117

ÖZEL HUKUK

İnternet Alan Adı Hakkının Hukuki Niteliğinin Değerlendirilmesi^(*)

Evaluation of Legal Nature of Internet Domain Name Right

Doç. Dr. Sefer OĞUZ^(**)

Öz

Alan adı, fiziksel bir mevcudiyeti bulunmayan marka, ticaret unvanı, işletme adı ve diğer tanıtmaya işaretleri gibi gayri maddi malvarlığı hakkıdır. Bir sözcük veya harf veya rakam kombinasyonundan oluşan işaretin alan adı olarak tescil edilmesi, tescil edilen alan adının kullanılması konusunda tescil ettirene sözleşmeden doğan (nisbi) hak kazandırır. Ancak bu tescil, alan adı üzerinde bir mülkiyet hakkı kazandırmaz. Alan adı mülkiyetinin kazanılması, söz konusu adın haklı olarak kullanılması veya alan adı olarak kullanılan işaret ile meşru bir bağlantısının bulunması şartına bağlıdır. Alan adı, haklı kullanılsa veya meşru bağlantısı bulunmasa bile sonradan kullanım suretiyle ayırt edicilik kazandırılması halinde de mülkiyet hakkı kazandırabilir. Alan adı üzerinde mutlak ve sözleşme hakkı bir bütün olarak birlikte bulunur. Alan adı ekonomik değer taşıdığı için malvarlığı hakkı olarak kabul edilebilir. Bu nedenle alan adının devir ve temlik edilmesi mümkündür.

Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Avrupa Birliği Adalet Divanının alan adının hukuki niteliği konusunda kararları bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi alan adı üzerindeki mutlak hakkın, Avrupa Topuluğu Adalet Divanı ise alan adı üzerindeki nisbi hakkın varlığını tespit etmiştir.

Anahtar Kelimeler

Alan Adı, Sözleşmeden Doğan Hakkı (Nisbi Hak), Mutlak Hak, Sahiplik.

Abstract

A domain name is a non-physical asset such as trademark, trade name, undertaking name and distinctive sign. To register a word or sign made of letter and number gives rise to the registrant who registers the contractual right to exclusive use of domain name. But registering a domain name doesn't give rise to the right of ownership. To acquire ownership on domain name depends on whether the registerer has justified use or legitimate interest on a domain name. Even domain name holder hasn't been used justified or legitimate interest, by using the domain name to be gained distinctive power give rise ownership on a domain name then. A domain name consisted of absolute right and contractual right. Domain name constituting asset can also be regarded as property right. Thus domain name can be sold and transferred.

Thus, there exists verdict on concept of domain right on merit decided by The European Court of Human Rights has accepted the existence of absolute right on domain name and The Court of Justice of the European Union has accepted the existence of contractual right on domain name.

Keywords

Domain Name, A Contractual Right, An Absolute Right, Possession.

^(*) [Makale geliş tarihi:](#) 08.03.2021 - [Makale kabul tarihi:](#) 06.04.2021.

Bu makale, 17-19 Kasım 2011 tarihinde İzmir 2. Uluslararası Bilişim Hukuku Kurultayında tebliğ olarak sunulmuş metin esas alınarak yeni gelişmeler ışığında oluşturulmuştur.

^(**) Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

[E-posta:](mailto:seferoguz@sakarya.edu.tr) seferoguz@sakarya.edu.tr.

[Orcid No:](https://orcid.org/0000-0003-4079-9665) <https://orcid.org/0000-0003-4079-9665>.

I. Giriş

Bu çalışmada, internet alan adının hukuki niteliği ve bağımsız bir hakkın konusunu oluşturup oluşturmayacağı meselesi ortaya konmaya çalışılacaktır. İnternet bilgisayar ağlarının ağı olarak tanımlanabilir.¹ Alan adı sistemi ise, küresel bir mimari içinde rakamlar kullanılarak tanımlanan IP (Internet Protokol) numaralarının bu ağ içinde hem bilgisayarı hem de bilgisayarın bulunduğu ağı gösterir. IP numaraları okunması ve kullanılması zor olmasından dolayı alan adı sistemine geçilmiştir. Bu sistemde küresel olarak alan adı, bir IP numarasına eş olarak programlandı. Bu noktadan hareketle, alan adı internet ortamında görünürde IP numaralarının yerini almıştır. Bu andan itibaren Alan adı, teknik olarak internette kişi, işletme veya organizasyonlara ait web sitelerine erişmeyi sağlayan tanıtma vasıtası haline gelmiştir.² Bu yönü ile alan adları, fikri mülkiyet hakkı mahiyetinde olan tanıtma işaretleri grubuna girmeye adaydır. Ancak alan adlarının, diğer tanıtma işaretlerinin ortaya çıkışı ile kullanım amacı ve kapsamında bazı farklılıklar söz konusudur.

Medeni ad (isim) toplumsal yaşamda kişileri, diğer kişilerden; ticaret unvanı, ticari hayatta bir taciri diğer tacirlerden; marka ise mal ve hizmetleri, diğer işletmenin mal ve hizmetlerinden ayırma ihtiyacından ortaya çıkmıştır. Bu örneklerle işletme adı, coğrafi işaretler de eklenebilir. Bu tanıtma işaretlerinin ortak özelliği ise, bir kişiyi belirli bir coğrafi pazarda hemcinslerinden ayırt etme suretiyle bireyselleştirmeleri ve özelleştirmeleridir.

Tanıtma işaretleri, kişileri tanıttığı veya bir mal ve hizmeti ayırt ettiği için hukuken himaye edilmektedir. Zira, bir ad veya işaretin tanıtma sürecinde veya bilinir hale getirilmesinde ciddi bir emek harcanır veya maliyete katlanılır. Bu itibarla, tanıtma veya ayırt etme fonksiyonunu yitiren ad veya işaretler bir genel sözcük haline gelebilir. Böyle bir durumda, bu nitelikteki ad veya işaretler tanıtma işaretleri hukukunun sağladığı korumayı kaybedebilmektedir.

Alan adları ise diğer tanıtma işaretlerinin aksine sosyal veya ticari hayatta tanıtma veya ayırma ihtiyacından değil, internetteki rakamla web sitesi tanıma ve erişme zorluğunun ortadan kaldırılmasına çare olarak ortaya çıkmıştır.³ Görüldüğü gibi diğer tanıtma işaretleri sosyal veya ticari hayattaki ihtiyaçlardan, alan adları ise teknolojik kullanım kolaylığı sağlama amacından ortaya çıkmıştır. Bu nedenle alan adları diğer tanıtma işaretlerinden bazı yönleri ile farklılık gösterebilir.

¹ Colston, C./, Galloway, J.: Modern Intellectual Law 3rd Edition, New York 2010, s. 714.

² Oğuz, S.: İnternet Alan Adı Haklarının Korunması 3. Bası, Ankara 2018, s. 151-158; Colston/ Galloway, J.: s. 714; Aslan, M.: Fikri Mülkiyet Haklarının Anonim Şirketlere Sermaye Olarak Getirilmesi, Ankara 2016, s. 36.

³ Bal, N.: İnternet Alan Adları ve İnternet Alan Adlarının Tahkim Yoluyla Çözümlemesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, s. 316; Colston/ Galloway, J.: 714.

Tanıtma işaretlerinin harf ve rakamla ifade edilebilmesi bu hakların kolayca ihlal edilmesine imkan sağlamaktadır. Bu durum alan adları için de değişmemiş ve alan adları ilk başlarda hukuk biliminin gündemine diğer tanıtma işaretlerine bir tecavüz aracı olarak gelmiştir. Bu nedenle, alan adı markanın egemen olduğu alanda ikinci sınıf bir işaret olarak ortaya çıktığı algısı yerleşmiştir.⁴ Bu itibarla alan adları konusunda yapılan ilk hukuki düzenlemeler diğer tanıtma işaretlerini alan adı gaspına karşı koruma amacına yöneliktir. Bu duruma hukukumuzdan örnek, TBMM tarafından 5883 sayılı kanunla⁵ mülga Marka KHK'nın 9. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan düzenleme verilebilir. Bu düzenleme, ülkemize özgü bir düzenlemedir. Aynı hüküm hiç değiştirilmeden 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununda markaların düzenlendiği 7. maddenin 3. fıkrasının d bendine hiçbir değişiklik yapılmadan alınmıştır.⁶ Ancak, bu hükümde alan adının hukuki mahiyetini tanımlamaya yarayacak unsurlar verilmemiştir. Bu hüküm başkasına ait markanın haksız alan adı, yönlendirici kod ve anahtar sözcük olarak kullanılması halinde ihlal edilen markaların korunması maksadıyla düzenlenmiştir. Bunların kullanılmasının ticari etki yaratması halinde tecavüz oluşturacağı hükme bağlanmıştır. Ancak, hukukumuzda "ticari etkinin" ne olduğunun bir tanımı verilmemiştir.⁷ Ticari etki kısaca, alan adına bağlı web sitesinin erişildiği coğrafi yerde alan adının tanımladığı veya ayırt ettiği mal veya hizmetin sunulması halinde ortaya çıkabilir. İnternet üzerinden teslimi yapılan bilgisayar programı, müzik veya dijital forma dönüştürülebilir ürünlerde ticari etkinin bulunduğunu kabul etmek gerekir.

Ancak, alan adının bağımsız yeni bir tanıtma aracı olabileceğine yönelik düzenlemeler de söz konusudur. Bu kapsamda, iki kanuni düzenleme alan adlarının hukuki niteliği konusunda bazı ipuçları verilmektedir. Bunlardan ilki, bağımsız denetime tabi şirketlerin internet sitesi oluşturma ve bu internet sitesinin adresini düzenlediği ticari mektuplarda ve ticari defterlere yapılan kayıtların dayandığı belgelerde diğer bilgilerle birlikte adresinin de gösterilmesi mecburiyeti getirilmiştir (TTK m.39, f.II). Bununla birlikte, TTK m.39, f.II'de internet sitesinin adres olarak ifade edilen tanıtma işareti TTK m.127, f.I-h bendinde haklı olarak kullanılan devredilebilir alanlar ki bundan internet sitesinin anlaşılması gerekir, adlar ve işaretler gibi değerlerden ise alan adının kastedildiği anlaşılmaktadır. Bu kapsamda, alan adının TTK m.55, f.I-A.4'a da düzenlenen hükümlerle korunacağını da söylemek mümkündür. İkincisi ise, 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Ka-

⁴ Komaitis, K.: The Current State of Domain Name Regulation: Domain Names as Second-Class Citizens in a Mark Dominated World, New York 2010, s. 40.

⁵ Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmündeki Kararıyla Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (2009). T.C. Resmi Gazete 27124, 28 Ocak 2009.

⁶ Sınai Mülkiyet Kanunu (2017). T.C. Resmi Gazete 27124, 28 Ocak 2009.

⁷ Ticari etki hakkında bilgi için bkz. Oğuz, s. 307.

nunu⁸ (EHK) ve bu kanuna dayanılarak Ulaştırma Bakanlığı tarafından çıkarılan İnternet Alan Adı Yönetmeliğidir (İAAY).⁹

Bu çalışmada, alan adlarının hukuki niteliği, alan adının bünyesinde (doğasında) var olan özellikler ile hukuki düzenlemeler dikkate alınarak ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu nedenle, öncelikle alan adlarının hukuki niteliği, mutlak haklar kapsamında şahıs varlığı hakları, malvarlığı hakları, fikri haklar ve beklenen haklar ile nisbi hak kapsamında ele değerlendirilecektir.

II. Alan Adlarının Niteliklerine Göre Değerlendirilmesi

Alan adı kullanmak için öncelikle sözcük, harf veya rakamdan müteşkil alan adının, bir alan adı tescil kurumuna tescil ettirilmesi mecburidir. Aksi halde bir alan adına bir web sitesini bağlayarak kullanmak teknik olarak mümkün değildir. İşte bu tescil işlemi, alan adı tescil sözleşmesinin bağtlanmasını müteakip, ortaya çıkan bir talep hakkının neticesidir. Bu itibarla, alan adı üzerindeki hakları niteliklerine göre esasen iki ana grupta ele almak gerekir.

Bu haklardan ilki, alan adı olarak kullanılan sözcüğe önceden ve kullanım suretiyle sonradan kazandırılmış olan tanıma ve ayırt etme fonksiyonu nedeniyle harcanmış olan emeğe dayanır. Bu haklar mutlak haklar kapsamında, şahıs varlığı, mal varlığı, fikri mülkiyet ve beklenen haklar başlıkları altında ele alınacaktır. Diğerleri ise, alan adı tescil sözleşmesi ile sadece alan adı tescil kurumuna karşı ileri sürülebilecek sözleşmeden doğan taleplerden müteşkil nisbi haklardır.

A. Mutlak Haklar

Herkese karşı ileri sürülebilen haklara mutlak hak denir. Bu kapsamda mutlak hak sahibi, bu hakkını başka bir mutlak hak ile kesilmediği sürece herkese karşı ileri sürebilir ve bu hakka herkesin saygı göstermesini talep edebilir.¹⁰ Özel hukuktan doğan mutlak haklar, şahıs varlığı ve malvarlığı üzerinde kurulabilir.¹¹ Mülkiyet hakkı taşınır ve taşınmaz üzerinde kurulabilen mutlak haktır. Ancak, mutlak haklar fikri hukukta korunan gayri maddi malvarlığı üzerinde de kurulabilir.

⁸ Elektronik Haberleşme Kanunu, (2008). T.C. Resmi Gazete, 27050 Mükerrer, 10 Kasım 2008.

⁹ Elektronik Haberleşme Kanunu (2008). T.C. Resmi Gazete, 27050, Mükerrer, 10 Kasım 2018. Bu kanuna dayanılarak çıkarılan İnternet Alan Adları Yönetmeliği (2010). T.C. Resmi Gazete, 27752, 7 Kasım 2010.

¹⁰ Köprülü, B.: Medeni Hukuk 2. Bası, İstanbul, 1984, s. 61.

¹¹ Topaloğlu, M.: İnternet Alan Adlarının Hukuki Koruması, PC Life, Nisan 2000, s. 214-215; Karaman, Z.: İnternet Alan Adı Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Ankara 2017, s. 110-119; Kılıçoğlu, A.: Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, 4. Bası, Ankara 2018, s. 15; Ülgen, H./ Helvacı, M./ Kendigelen, A./ Kaya, A./ Nomer Ertan, F.: Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2019, N. 762-767; Poroy, R./ Yasaman, H.: Ticari İşletme Hukuku, 18. Bası, İstanbul 2019, s. 438-444.

İşte TTK m.127, f.I-h’de sayılan haklı olarak kullanılan ... alanlar, adlar ve işaretler gibi değerlerin şirketlere sermaye olarak konabileceği ifade edilmiştir. Bu hükümden alan adlarının bu kapsamda bir malvarlığı değeri olarak kabul edildiği rahatlıkla söylenebilir. Ancak, haklı olarak kullanılan alan adı ifadesinden neyin anlaşılması gerektiğini açıklığa kavuşturmak gerekir. Öncelikle, TTK m.342’de aynı sermaye olarak konabilecek malvarlığı unsurları içinde alan adı açık olarak sayılmasa da ‘... fikri mülkiyet hakları dahil sanal ortamlar da ... denilerek alan adı bu kapsamda kabul edilmiştir. TTK .342 son cümlede alan adları sermaye olarak konamayacak unsurlar içinde sayılmamıştır. Bu noktadan hareketle, üzerinde haciz ve tedbir bulunmayan alan adlarının sermaye olarak konacağını kabul etmek bir zorunluluk olarak ortaya çıkar.

Kural olarak mutlak haklar yalnızca kanun ile ihdas edilebilir. Bu itibarla, sözleşme ile mutlak hak ihdas edilemeyeceğinden, alan adının tescili ile mutlak hak her zaman kazanmak mümkün değildir. Alan adı üzerinde, tanıtmaya işaretleri hukuken yönünden mutlak hak iki şekilde kazanılması mümkündür. Bunlardan ilki, haklı olarak alan adının ticarete bir mal veya hizmet ya da tacir ile ticari işletmeyi tanıtmak maksadıyla fiilen kullanılmaya başlanmasıdır. Böyle bir durumda, söz konusu alan adı TTK m.55, f.I-A.4’da düzenlenen haksız rekabet hükümleri ile işaret hakkı olarak korunabilir. Diğerisi ise alan adının bir kişiyi tanıtmaya fonksiyonuna sahip olmasıdır. Bu durum iki şekilde ortaya çıkabilir. Bunlardan ilki, bir kişinin kendini tanıtmaya fonksiyonuna sahip ad veya müstear adı alan adı olarak tescil ettirmesidir. Diğerisi ise, haklı olarak kullandığı bir alan adına kullanım suretiyle tanıtmaya işareti fonksiyonu kazandırmasıdır. Bu durumda alan adının, adın korunması hükümlerine göre korunması mümkün olacaktır (TMK m.26 vd.).

Sonuç olarak haklı olarak kullanılan yani hukuken korunan ve üzerinde sınırlı aynı hak, haciz ve tedbir bulunmayan alan adları sermaye olarak konabilir. Bu da haklı olarak kullanılan alan adının mülkiyet hakkına benzeyen haklar veren sahiplik kavramı ile ifade edilen mutlak hak bahşettiğine işaret eder. Alan adının tescil veya yenileme ücretinin ödenmesi alan adının hukuki niteliğini etkilemeyecektir. Bu durum iki gerekçe ile açıklanabilir. Bunlardan ilki, alan adı tescilinde olduğu gibi markanın da tescil edilmesi ile tescilin yenilenmesinde ücret ödenmesi mutlak hak niteliğini etkilememektedir (SMK m.11, f.I-ç). Diğerisi ise alan adı tescil kurumlarının, bulunduğu uzantıda faaliyetini özel izinle veya kanunla gösteren tekel durumunda hizmet veren tüzel kişiler olmasıdır (TBK m.20, f.IV). Bu itibarla, bu kurumların hukuka uygun şekilde alan adı tescil ettirmek isteyen kişilerle sözleşme kurma zorunluluğu bulunmaktadır.

1. Şahıs Varlığı Hakları Yönünden

Hukukumuzda şahıs varlığı haklarının bir tanımı yapılmamıştır. Ancak şahıs varlığı haklarının esasları, Anayasa’nın ‘Temel Haklar ve Hürriyetlerin Niteli-

ği' başlığını taşıyan 12. maddesinin 1. fıkrasında ortaya konmuştur. Buna göre, 'Herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez' temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Bu ifadeden şahıs varlığı hakkının öncelikle bir kişiliğe bağlı olması gerektiğini anlıyoruz. Böylece, şahıs varlığı hakkı kişiliğin son bulması yani ölümle birlikte sona erecektir.¹² İkinci olarak şahıs varlığı haklarının dokunulmaz, devredilemez ve vazgeçilmez olduğu anlaşılmaktadır. Bu yönü ile şahıs varlığı hakları, kişiden ayrılmayan ne hayattayken ne de ölümünden sonra miras yoluyla devredilmesine imkan bulunmayan haklardır. Bu itibarla, şahıs varlığı hakları mutlak hak niteliği taşır. Bu nedenle herkese karşı ileri sürülebilir. Bu nedenle, şahıs varlığı hakları devir ve temlik edilemez ve haczedilemez.

EHK m.34'te alan adlarının haczedilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Maddenin ifade tarzından, internet alan adı hakkının telefon aboneleri veya kullanıcılarına tahsis edilen frekans, numara ve hat kullanımına benzetilen intifa ve kullanım hakkı olarak nitelendirildiği anlaşılmaktadır. Ancak, bu düzenlemedeki frekans, telefon numarası ve hat kullanımına ilişkin intifa veya kullanım hakkının haczinin yasaklanması yönündeki gerekçe alan adları için geçerli değildir.¹³ Zira alan adı dışında sayılan ve bir frekans aralığını tanımlayan bu hususlar rakamlar veya ayırt etme gücü olmayan sembollerle isimlendirilmektedir.

Medeni ad devredilemez, uzun süre kullanılsa bile kaybedilmez ve mutlaklıdır. Bu nedenle, doktrinde baskın görüşe göre medeni ad üzerindeki hak şahıs varlığı hakkıdır.¹⁴ Medeni adın diğer özelliği ise kişiyi tanıtmayı ve diğer kişilerden ayırt ederek bireyselleştirmesidir.

Alan adının bir kişiyi tanıtmayı fonksiyonu, EHK'nın 3. maddesinin y bendinde internet alan adı sistemi tanımlanırken verilmiştir. Buna göre alan adı sistemi 'Okunması ve akılda tutulması kolay olan ve genelde aranan adres sahipleri ile ilişkilendirilebilen simgesel isimlerle yapılan adreslemede, karşılığı olan internet protokolü numarasını bulan ve kullanıcıya veren sistem' olarak tanımlanmıştır. Buradan, aranan adres sahipleri ile ilişkilendirilebilen ibaresi ile alan adının tanıtmayı fonksiyonuna işaret edildiği söylenebilir. Bu itibarla alan adı ile medeni adın kişiyi tanıtmayı fonksiyonu kapsamında bir benzerlik gösterdiği söylenebilir.

Bu nedenle, bir an için özellikle gerçek kişi adlarından müteşekkil olan ve ticarete kullanılmayan alan adlarının şahıs varlığı hakkı olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği sorusu akla gelebilir. Bu konuda kollektif veya komandit şirket ticaret unvanında olduğu gibi (TTK m.41) bir medeni adın, alan adı olarak kullanılma mecburiyeti bulunmamaktadır. Ayrıca, bir gerçek kişinin tahsis ettirdiği

¹² Bu hususta bkz. Köprülü, 18-23; Akipek, J. G/ Akıntürk, T./ Ateş, D.: Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Yenilenmiş 14. Bası, İstanbul, 2018, s. 246.

¹³ Bu hususta bkz. Oğuz, s. 228.

¹⁴ Köprülü, s. 314; Akipek/ Akıntürk/ Ateş, s. 432.

alan adını, tescil edilen markada olduğu gibi tescil ettirdikten sonra belirli bir süre içinde ticarete kullanma mecburiyeti söz konusu değildir. Gerçek kişilerin medeni adlarından müteşekkil alan adları ticarete kullanmasalar bile devredilmesi mirasa konu olması malvarlığı hakkına işaret eden unsurlardır (İAAY m. Geçici 2). Bu itibarla, çok istisnai haller dışında alan adı medeni addan teşekkül etse dahi salt şahıs varlığı hakkı olarak mütalaa edilmesi mümkün görünmemektedir.

2. Malvarlığı Hakları Yönünden

Malvarlığı haklarının değeri para ile ölçülebilir, devredilebilir ve sahibinin ölümünden sonra da varlığını devam ettirebilir.¹⁵ Bu yönleri ile malvarlığı hakları şahıs varlığı haklarından ayrılır. Ayrıca, bu şahıs varlığı haklarının doğrudan sahibi tarafından kullanılması konusunda da bir mecburiyet söz konusu değildir. Başka bir deyişle bu haklar, vekalet vermek suretiyle kullanılabilir. Bu nedenle malvarlığı hakları, devir ve temlik edilebildiğinden haciz de edilebilir.

Yönetmelikte alan adlarının, devredilebileceği ve satılabileceği sarıh bir biçimde düzenlenmiştir (İAAY m.13). Bu kapsamda, alan adlarının mirasa konu olabileceği de tanzim edilmiştir (İAAY m.2/-a). Ayrıca, tüzel kişilerin sahip olduğu alan adlarının birleşme veya devralma gibi sebeplerle üçüncü kişilere geçirilebileceği öngörülmüştür (İAAY Geçici m.2/-b). Bu hükümden, alan adlarının şirketlere sermaye olarak konulabileceği, lisans, rehin ve intifa hakkına konu olabileceği sonucu çıkarılabilir. Bu kapsamda alan adlarının para ile ölçülebilen bir değere sahip olduğunu da belirtmek gerekir. Zaten, alan adlarının alınıp satıldığı piyasalar oluşmuştur. Bu kapsamda, alan adını üzerinde ekseriyetle mal varlığı hakkı unsurları bulunduğu rahatlıkla söylenebilir.¹⁶

Alan adı üzerinde mameleki yönün ağırlıklı olarak bulunduğunu ve özellikle medeni addan müteşekkil alan adları üzerinde az da olsa şahıs varlığı haklarının da olabileceğini unutmamak gerekir. Bu itibarla, haklı olarak kullanılan alan adı sahipliğinden doğan hak, alan adının gayri maddi mahiyetine uyduğu ölçüde mülkiyet hakkının verdiği *usus, fructus* ve *abusus* yetkilerini verebilir. Bu itibarla, alan adı hacze de konu olabilir.¹⁷

3. Fikri Mülkiyet Hakları Yönünden

Alan adlarını, şahıs varlığı ve malvarlığı haklarından ayrı bir kategori olan fikri mülkiyet hakkı yönünden ele almak gerekir. Fikri mülkiyet hakkı kapsa-

¹⁵ Akipek/ Akıntürk/ Ateş, s. 28-29.

¹⁶ Komaitis, s. 62.

¹⁷ Merges, P. Robert.: What Kind of Rights Are Intellectual Property Rights, The Oxford Handbook of Intellectual Rights ?, <https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2017/07/What-Kind-of-Rights-are-Intellectual-Property-Rights.pdf>. 2017, s 3 (Erişim Tarihi: 25.02.2021); Kale, S.: Domain Name, Alan Adlarının Haczi, Ankara 2013, s. 52.

mında fikir ve sanat eserleri, patent, tasarım, faydalı model, yarı iletkenlerin topografyası, ticaret unvanı, marka ve işletme adları ile diğer tanıtıcı işaretler sayılabilir. Marka, ticaret unvanı, işletme adı, coğrafi işaret ayırt etme ve tanımlama fonksiyonları sebebiyle korunur.¹⁸ Tanıtma işaretlerinde bulunması gereken tanıtma veya ayırt etme fonksiyonları özel hükümlerle veya özel hüküm yoksa haksız rekabet hükümlerine göre korunur.

Fikri mülkiyet haklarının özellikleri, tanıtma işaretleri açısından da soyutluk, eşya olmama, her yerde bulunabilme ve fikri hak ile somutlaştığı eşyanın farklı hukuki akıbete tabi olması olarak sayılmıştır.¹⁹ Alan adlarının tanıtma işaretleri içinde kendisine yer arayan bir hak olduğunu söyleyebiliriz. Alan adının sözcük, harf ve rakamlardan müteşekkil olması soyutluğunu; cismani bir varlığının bulunmaması, eşya olmadığını; somutlaştığı bilgisayar ekranı ile alan adının farklı hukuklara tabi olduğuna işaret eder. Ayrıca, alan adının internete erişilebilen her yere çağrılması da onun her yerde bulunabilme özelliğini gösterir.

Alan adları bu unsurları karşılamaları nedeni ile geniş anlamda tanıtma işareti olarak vasıflandırılabilir. Ancak, alan adlarının teknik olarak bağlı olduğu bir web sitesine erişim sağlanabilir. Bu itibarla, bir alan adı ayırt edici niteliğe sahip olmayan bir sözcükten teşekkül etse bile teknik ayırt etme fonksiyonu onu diğer tanıtma işaretlerinden farklılaştırır. Bu nedenle, ayırt edici niteliğe sahip olamayan sözcüklerden müteşekkil alan adları, tanıtma işaretleri hukukuna göre korunmasa bile kullanılması yasaklanmayabilir. Öte yandan, tescil edilen birçok alan adı teknik ayırt edicilikten başka sözcük olarak ayırt edici fonksiyona sahip olmayabilir. Buna rağmen, alan adı üzerinde değeri para ile ölçülebilen, sahibi öldüğünde sona ermeyen, devredilebilir ve herkese karşı ileri sürülebilen malvarlığı hakkı mevcuttur.²⁰ Bununla birlikte, alan adı hakkı, hangi devletin yönetiminde ise o devlerin sınırları, markada olduğu gibi süre ile genel hükümlerle de olsa az çok genel hükümlerle sınırları çizilmiştir.²¹ Bu yönleri ile fikri mülkiyet hakkına dair özellikler taşıdığını söylemek mümkündür.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi davacının emlakçılık faaliyetinde kullandığı ve faaliyetini tanımlayan www.mitwohnenzentrale.de davasında,²² bu tip cins veya meslek isimlerinden müteşekkil alan adını tescil edip kullanan kişilerin, sözcüğün tanıttığı faaliyet kapsamında kullanılmasını hukuka aykırı bulmamış-

¹⁸ *Tekinalp, Ü.*: Fikri Mülkiyet Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2012, s. 21.

¹⁹ *Tekinalp, s. 21.*

²⁰ *Oğuz, s. 239-248; Kale, s. 43-50.*

²¹ *Merges, s. 9.*

²² German Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof, 17 May 2001- I ZR 216/99) <https://www.bundestag.de/resource/blob/413590/24bbd4b1d4bbba265ad06bcea9b4b7a4/WD-7-303-06-pdf-data.pdf>. (Erişim tarihi: 8.2.2020).

tır.²³ Buna gerekçe olarak, alan adı ihtilaflarının çözümünde marka hükümlerine paralel hükümlerin uygulanamayacağını göstermiştir. Zira, hukuk düzeni alan adı olarak kullanılan sözcüğün üzerinde markada olduğu gibi geniş ve münhasır bir hak tanımamaktadır. Buna karşılık, diğer kişilerin cins veya meslek isimlerinden müteşekkil alan adının kullanımını sınırlandırmayacağı, ancak bu kullanımın cins veya meslek isimlerinden müteşekkil alan adı üzerinde hukuken münhasır bir hak da bahşetmeyeceği belirtilmiştir. Bununla birlikte, Federal Yüksek Mahkeme bu kullanımın hukuka aykırı olduğu yönündeki iddiaları da kabul etmemiştir. Bu itibarla, alan adlarında diğer tanıtma işaretlerinden farklı olarak, internet teknolojisinin sağladığı ayırt etme veya tanıtma fonksiyonu söz konusudur. Dolayısıyla, söz konusu kararda alan adının bu fonksiyonundan faydalanmaya üçüncü kişilerin müdahale etmesi de kabul edilmemiştir.

Bu kapsamda, alan adı üzerinde teknik tanıtma fonksiyonu nedeni ile tanıtma işaretleri hukukuna göre korunmayan ancak haksız fiil hükümlerine göre korunabilen temel bir hak söz konusudur. Bu itibarla, tanıtma veya ayırt etme fonksiyonuna sahip olmayan bir sözcükten müteşekkil alan adı tescil edilmekle bu nisbi hak kazanılabilir. Bu temel hakkın üzerine, alan adına kullanım suretiyle ayırt etme veya tanıtma fonksiyonu kazandırılmasıyla birlikte tanıtma işareti hakkı inşa edilebilir. Dolayısıyla, alan adları üzerinde farklı hukuk branşları ile korunan menkul mülkiyetinin sağladığı yetkilere benzeyen unsurlar, şahıs varlığı ve mal varlığı unsurları demetinden müteşekkil bir hakkın söz konusu olduğu söylenebilir.²⁴

4. Beklenen Haklar Yönünden

Bir hakkın iktisap edilmesi evresinde birden çok aşama bulunması mümkündür. Bu kapsamda, doktrinde henüz kazanılmamış ancak kazanılması mümkün olan hak beklenen hak olarak tanımlanmaktadır.²⁵ Bu kapsamda beklenen hak başkaları tarafından ihlal edilmeyecek güvenceli şarta bağlı bir hakkı iktisap etme şansıdır. Eğer bir hakkı kazanma şansı ihlale karşı özel olarak korunuyorsa ve tasarrufa elverişli hale gelmişse beklenen hakkın olgunlaştığı kabul edilebilir. Bu çerçevede beklenen hak bazı unsurlar yönünden tam haktan eksiktir ancak basit bir iktisap umudundan da fazladır.²⁶ Bu nedenle, beklenen hakların hukuken korunması gerekir.

²³ Zumbansen, P.: Paving the Way for Cyberlaw: Two FCD Decisions on Domain Names, German Law Journal, Volume 2, Issue, 10, 2001, s. 1- 2.

²⁴ Alan adının korunması hususunda bkz. Oğuz, s. 327- 374.

²⁵ Antalya, G.: Gelecekteki Hakta Tasarruf, Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 545; Nomer H. N.: Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Sonuçları, İstanbul, 2002, s. 1; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 98.

²⁶ Serozan, R.: Eşya Hukuku-I, 3.Bası, İstanbul 2014, s. 54.

Tanıtmaya işaretleri üzerinde sahiplik hakkının kazanılmasında iki farklı sistem söz konusudur. Bunlardan ilki, bir tanıtmaya işaretinin resmi bir sicile tescil edilmesiyle bahşedilen münhasır korumadır. Örneğin marka. Diğeri ise belirli bir çevrede bir ad veya işaretin kullanım suretiyle bir kişiyi tanıtmaya fonksiyonu kazandırılmasıdır. Örneğin müstear ad veya tescil edilmeden kullanılan markanın bilinir hale gelmesidir. Böyle bir durumda, bir sözcük üzerinde bir kişinin kullanımını neticesinde ad veya işaretin ilgili çevrede bilinir hale gelmesinden sonra kazanılabilir. Yukarıda ifade edildiği gibi bu tanıtmaya işaretleri üzerinde sahipliğin kazanılmasında birden çok aşama söz konusudur. Bu nedenle, kullanılmaya başlanmış ancak kazanılma aşamasına gelmek suretiyle olgunlaşmamış tanıtmaya işaretleri ve alan adları üzerinde de beklenen hak söz konusu olabilecektir.

İnternet Alan Adları Yönetmeliğinin Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmasına Başvuru başlığını taşıyan 25. maddesi Avrupa Birliği'nin 874/2004 numaralı Tüzüğünün 21. maddesinin çevirisi olduğu anlaşılmaktadır.²⁷ Bu tüzüğe de İnternet Tahsisli Sayılar ve Adlar Kurumu'nun (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers Authority) ICANN'ın²⁸ *The Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDPR) Tektip Alan Adı İhtilaflarının Çözülmesi Usulü*'nün 4. maddesinin kaynaklık ettiği anlaşılmaktadır. Bu düzenlemelerin hayata geçirilmesinden maksat alan adı korsanlığını önlemektir.

Ancak bu iki hukuki düzenleme tanıtmaya işaretlerine sağlanan korumanın kapsamı açısından önemli bir fark bulunmaktadır. ICANN'ın tek tip çözüm usulünde²⁹ sadece markalar ve kullanım suretiyle marka fonksiyonu kazandırılmış diğeri tanıtmaya işaretleri korunurken AB'nin 874/2004 no.lu Tüzüğünün 10. maddesinin 1. fıkrasında korunacak haklar sayma usulü ile belirlenmiştir. Bu hükme göre, alan adı gaspına karşı topluluk markaları, markalar, coğrafi işaretler, üye ülkelerin hukukuna göre korunan tescil edilmemiş markalar, ticaret unvanları, ticari adlar, medeni adlar ve ayırt edici fikir ve sanat eserleri haklarıdır.

Yönetmeliğin 25. maddesinin 1. fıkrasının b bendi olarak düzenlenmiş olan 'Alan adını tahsis ettiren tarafın bu alan adı ile ilgili yasal bir hakkı ya da bağlantısının (legitimate interest) olmaması' ifadesinin mefhumu muhalifinden tanıtmaya işareti sahiplerinin, sahip oldukları tanıtmaya işaretlerinden müteşekkil alan adları üzerinde tescil aşamasından önce bir beklenen hakları bulunabileceği anlamı çıkarılabilir. Bu itibarla, İAAY dahil olmak üzere diğeri alan adı çözüm usullerinde, tanıtmaya işareti sahiplerinin uhdelerinde bulunan tanıtmaya işaretlerinin

²⁷ Commission Regulation (EC) no 874/2004 laying down public policy rules concerning the implementation and functions of EU Top Level Domain and the principles governing registration, 30.04.2004, OJ, L 162/41.

²⁸ ICANN hususunda bkz. Oğuz, s. 44.

²⁹ ICANN'ın Yeknesak Çözüm Usulü hususunda geniş bilgi için bkz. Oğuz, s. 391-439; Komaitis, s. 76-84.

aynısı veya ayırt edilmeyecek kadar benzerinden müteşekkil alan adlarına sahip olma konusundaki beklenen haklarının korunmasının amaçlandığı söylenebilir. Zira, tanıtma işareti sahibinin bir ad veya işareti tanıtır veya bilinir hale getirirken harcadığı emek ve sermayenin korunması gerekir. Böylece internet dışında dahi olsa kullanılmak suretiyle belirli bir tanınmışlık düzeyine getirilmiş olan ad veya işaretlerden müteşekkil alan adlarının kötü niyetle tescil veya kullanılmasının önlenmesi gerekir.³⁰ Aksi halde bu tip alan adlarının kötü niyetli kullanımı, tanıtma işareti sahibi veya internet kullanıcısı olan müşterilere zarar verebilir.

Bu itibarla, tanıtma işareti sahiplerinin, tanıtma işaretinin aynısından müteşekkil alan adı üzerinde tescil edilmeden önceki süreçte hukuken korunması gereken bir menfaat söz konusudur. Bu menfaatin konusu hali hazırda olan alan adı tescil talebi değil gelecekte tescil ile oluşacak mutlak hak niteliği kazanılacak olan alan adı hakkıdır.³¹ Haklı olarak kullanılan bir alan adı sahibine mülkiyet hakkının tanıdığı yetkilere benzer yetkiler tanır.³²

Alan adı üzerindeki beklenen hak da diğer haklar gibi sınırlandırılmıştır. Bu da başkasına ait tanıtma işaretinden müteşekkil alan adının iyi niyetli olarak tahsis edilmesi ve kullanılmasıdır. Bu sonuç “*Bu alan adının alan adı sahibi tarafından kötü niyetle tahsis ettirilmesi veya kullanılması*” ibaresinin mefhumu muhalifinden çıkarılabilir (İAAY m.25/1-c). Esas itibarıyla bu hüküm, TMK m.988’de düzenlenmiş olan iyi niyetli hak iktisabının alan adları hukukundaki özel görünümü olarak kabul edilmesi gerektiği söylenebilir.

B. Nisbi Haklar

Nispi haklar, borç ilişkisinin tarafını oluşturan kişilerin, karşısındaki diğer kişilerden talep edebileceği haklardır.³³ Bu çerçevede, alan adı sahibinin alan adı tescil kurumu ile bağtlatdığı, alan adı tahsis sözleşmesinden doğan hakları nispi haklar olarak nitelendirilebilir. Bu nispi haklar, alan adını tescil kurumu yönünden bir semenin talep edilmesi, tahsis ettiren yönünden ise alan adı olarak tescil edilen sözcüğün serbestçe kullanılmasına imkan sağlanmasıdır. Başka bir ifade ile alan adını tescil ettiren kişi, alan adını kullanma hakkını, tescil ettirdiği kurdan talep etme hakkını elde eder. Ancak, bu sözleşme alan adı sahibine mutlak hak bahsetmediğinden, nispi hakkını üçüncü kişilere karşı ileri süremez. Bu nedenle, üçüncü kişiler tahsis edilen bu alan adı üzerinde üstün hak iddiasında bulunabilirler. Buna hiçbir yasal engel bulunmamaktadır.

³⁰ İnternet alan adı tescilinde kötü niyet konusunda geniş bilgi için bkz. Oğuz, s. 402-406; Zorluoğlu, A.: Alan Adlarında Kötü Niyet Kavramı, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(1), 2012, s. 67-84.

³¹ Antalya, s. 547.

³² Bu hususta bkz. Oğuz, s. 207-218.

³³ Köprülü, s. 53.

III. Mahkeme Kararlarında Alan Adı Hakkının Niteliği

Alan adları hukuk dünyasının gündemine marka ve diğer tanıtma işaretlerine tecavüz edilmesinde kullanılan bir araç olarak girdiğinden bu yönde kararlar çoğunluktadır.³⁴ Ancak Yargıtay *www.maviproje.com* alan adı ihtilafında, alan adını işaret ve tanıtma vasıtası olarak nitelendirip bu kavramın TTK m.55, f.I-a hükmüne göre korunacağına karar vermiştir.³⁵

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önüne gelen “*Paeffgen GmbH v. Germany*” kararında, alan adının I. Protokolün 1. fıkrasına göre mülkiyetin sadece maddi malvarlığı üzerinde değil alan adı gibi gayri maddi malvarlığı üzerinde de olacağına vurgu yapmıştır.³⁶ Alan adı tescili alan adının kullanılması konusunda nisbi bir hak verecek, tescil ettiren kişi alan adı ile üçüncü kişinin haklarını ihlal ediyorsa bundan sorumlu tutulabilecektir. Alan adını tescil ettiren kişinin, tescil edilme niyetine bakılmaksızın üçüncü kişilerin fikri mülkiyet haklarına tecavüzde bulunma riski olduğunun farkında olması gerekir. Tescil ile alan adı, kullanım konusunda ekonomik değeri olan münhasır bir hak tanır. Mahkeme bu kararda alan adlarının değeri para ile ölçülebilen, devir ve temlike konu olması yasak olmayan tıpkı markalar gibi hukuki korumadan yararlanması gerektiğini içtihat etmiştir. Böylece alan adı sahipliğinin diğer tanıtma işaretleri gibi maddi varlığı olmayan ve sözleşmeden doğan haklar vereceğine hükmetmiştir.³⁷ Kararda görüleceği üzere alan adının hukuki mahiyetinde gayri maddi malvarlığına işaret edilmiş ve tescil edilmesinden sonra sözleşmeden doğan nisbi hak unsuruna vurgu yapılmıştır.

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) ise *www.raifen.eu* kararında alan adının kazanılmasında meşru menfaat unsuruna vurgu yapmıştır.³⁸ Avrupa Birliği, *The European Registry for Internet Domains* (EURid) tüzel kişiliği³⁹ 7 Aralık 2005’te .eu uzantılı alan adlarını yönetmek ve tescil ettirmek amacıyla kurmuştur. Bu kuruluş, üye ülke uzantılarından farklı ve bağımsız olarak .eu uzantılı alan adlarının tescil edilmesi ve yönetmesi görevi verilmiştir. EURid “*ilk gelen*

³⁴ Bu konuda mahkeme kararları için bkz. *Oğuz*, s. 162-232.

³⁵ Bu hususta bkz. *Oğuz*, s. 218; *Soysal, T.*: İnternet Alan Adlarının “Hak” Niteliği ve AİHM’in Paeffgen/Almanya Kararı Çerçevesinde Alan Adları Üzerinde Mülkiyet Hakkı Tesisi, *Adalet Dergisi*, Yıl 2016, S. 54, s. 15.

³⁶ European Court of Human Rights Fifth Section Decision as to the Admissibility of Application nos. 25379/04, 21688/05, 21722/05 and 21770/05 by PAEFFGEN GMBH against Germany file:///C:/Users/hp/Downloads/001-82671%20(1).pdf (Erişim tarihi: 8.2. 2020).

³⁷ *Gemalmaz, B.*: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, 2. B, 2017, s. 342; *Soysal*, 21; *Rongstad, O.A.*: Property Aspect of Intellectual Property, New York 2018, s. 152.

³⁸ Court of Justice of the European Union, *www.raifen.eu*, 3 Haziran 2010 tarih, Dosya 569/08, <https://ipcuria.eu/case?reference=C-569/08> (Erişim tarihi: 8.2. 2020).

³⁹ Bu tescil kurumu için bkz. *www.eurid.eu* (Erişim tarihi: 5.1.2020).

alır” ilkesine göre hükümet kurumlarının adları ile tescilli marka kullananlar gibi öncelik hakkına dayalı (*sunrise period*) olarak adlandırılan iki dönemde tescil başvuruları almaya başladılar.⁴⁰ AB alan adlarının spekülative veya üçüncü kişiye zarar verme amacı ile tescil edilmesinden doğan ihtilaflara çözüm getirmek amacıyla bir nisbi tahkim sistemi de kurdular. Avusturya’da faaliyet gösteren *Internet und Marketing* işletmesi *reifen* sözcüğünü R&I&F&E&N şeklinde marka olarak emniyet kemerlerinde kullanmak amacıyla İsviçre’de (*sunrise period*) gün doğumu sürecinin ilk dönemi başlamadan hemen önce başka 33 jenerik sözcük ile birlikte marka tescil ettirmiştir. Bu marka tescilleri 25 Mayıs 2005’te kesinleşmiştir. Bu sözcüklerin harf aralarında da & karakteri yukarıdaki şekilde kullanmıştır. Daha sonra aynı kişi tescil ettirdiği markalara dayanarak 180 adet alan adını 7 Aralık 2005’ten itibaren EURid tescil ettirmeye başlamıştır (Kararın 50-70 arasındaki paragraflar).

Belçika’da “*reifen*” markasını pencere temizleme ürününde kullanan sahibi www.reifen.eu alan adını kötü niyetle tescil ettirdiği iddiasıyla *Internet und Marketing* işletmesi şikayet ederek EURİD tahkim usulüne başvurmuştur. Tahkim kurumu, alan adının davacı ve zaman itibarıyla önce marka kullanıcısı olan kişiye devredilmesine karar vermiştir. Bunun üzerine *Internet und Marketing* işletmesi Avusturya’da dava açmıştır. Mahkeme, ihtilafın çözümünde kullanmak amacıyla ABAD’a uygulanacak hükümlerin yorumlarını talep etmiştir. ABAD yorum kararının 77. paragrafında aşağıdaki unsurların dikkate alınarak karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁴¹ Bunlar:

- Tescil ettirilerek koruma sağlanan markanın ticarete kullanma niyetinin bulunmaması,
- Alan adını alma maksadıyla tescil ettirilen markaya dayanılması,
- Jenerik sözcüklerden müteşekkil çok miktarda markanın tescil ettirilmiş olması,
- Markaların .eu uzantılı alan adı tescil sürecinin başlamasından hemen önce tescil ettirilmiş olması,
- Markaların tescil ettirilmesin & işaretinin farklılaştırmak amacıyla kötü niyetle kullanılması,
- Alan adı tescilinin marka hakkına dayanılarak yapılması için sağlanan ilk süreçte yaptırılması,

⁴⁰ ICANN’da yeni tescile açtığı birinci düzey alan adları için *sunrise period* usulünü uygulamıştır (Bkz. *Oğuz*, s. 440).

⁴¹ www.reifen.eu, 3 Haziran 2010 tarih, Dosya 569/08, <https://ipcua.eu/case?reference=C-569/08> (Erişim tarihi: 8.2. 2020).

- Jenerik sözcüklerden müteşekkil çok miktarda alan adının tescil ettirilmiş olması.

Bu unsurlara bağlı olarak, alan adını tescil ettiren kişinin alan adı üzerinde sözleşmeden doğan kullanma hakkını dahi kazanamadığı sonucuna varmak gerekir. Kararda, alan adı üzerinde hakkın niteliğinin tartışılmadığı görülmüştür.

IV. Değerlendirme

Alan adı hakkı, tanıtma işaretleri grubunda marka, ticaret unvanı, işletme adı ile birlikte yeni üye olarak kabul edilmektedir. Zira internet kullanıcılarının zihninde internet özelinde alan adının bünyesinde bulunan teknik ayırt etme işlevi ötesinde değer tanıtma işaretlerinde olduğu gibi alan adı da bir kişi, mal veya hizmet veya işletme arasında düşünsel bağ kurmayı sağlayabilir. Ancak, yukarıdaki mahkeme kararlarında görüldüğü üzere alan adı üzerindeki hakkın hukuki mahiyetini ortaya koyan ayrıntılı bir açıklama yapılmamıştır.

Kanaatimizce, alan adı üzerinde mutlak ve nisbi hak birlikte bir bütünlük halinde bulunur. Alan adı üzerindeki mutlak hak ya haklı olarak kullanılan tanıtma veya ayırt etme fonksiyonu kazandırılmış bir sözcüğün alan adı olarak tescili ya da tescilden sonra kullanım suretiyle anılan fonksiyonların kazandırılması halinde doğabilir. Alan adı sözleşmesi, alan adını tahsis ettiren kişiye, bu tescil kurumundan alan adının internette kullanılmasını sağlamayı talep etme şeklinde nisbi hak verir. Alan Adı Tescil Kurumu bu hakkı, başka bir mutlak hakla kesilmediği sürece yerine getirmek mecburiyetindedir.

Alan adı üzerindeki emeğe dayalı mutlak hakkın izahı şu şekilde yapılabilir; Öncelikle, alan adı tanıtma veya ayırt etme fonksiyonuna sahip ise fikri mülkiyet hakları içinde tanıtma işaretleri hukukunun bir üyesi olarak kabul edilmesi gerekir.⁴² İlk olarak alan adının bir mal veya hizmeti ayırt etme yahut bir tacir ile işletmeyi tanıtma fonksiyonu kazanmış ise TTK m.55, f.I-A.4 anlamında işaret olarak nitelendirilebilir. İkinci olarak ticarete kullanılmasa dahi bir kişi ad, müstear ad veya lakap gibi tanıtma fonksiyonuna sahip ise adı adın korunması hükümlerine göre korunması mümkün olacaktır (TMK m.26 vd.). Bu itibarla, bu fonksiyona sahip alan adlarını da geniş anlamda ad olarak kabul etmek gerekir. Ancak, bu hükümle aynı zamanda ticari adlarında korunduğu hatırd tutulması gerekir. Zira, alan adı gerçek kişi adı gibi ölümlü sona ermez. Öte yandan alan adı şahsa daha zayıf bir bağla bağlıdır ve üzerinde şahıs varlığı unsurları barındırorsa bile ağırlıklı olarak malvarlığı hakkıdır. Alan adı tıpkı diğer tanıtma işaretleri gibi ülkesel olarak korunur, marka gibi sınırlı sürede tescil edilip, yenilenmesi gerekir ve çok benzeri karıştırma yaratmadığı sürece birlikte kullanılmasına hukuk bilimi

⁴² Oğuz, s. 493; Aslan, s. 39.

izin vermektedir. Alan adı hakkı üzerindeki bu sınırlamalar da onun bir tanıtma işareti olduğunu teyit etmektedir.

Alan adının kurduğu bu düşünsel bağ mal veya hizmeti ayırt eder veya bir kişiyi tanıtır veya diğer kişilerden ayırt eder. Bu kapsamda alan adı üzerinde mutlak hak da bulunmaktadır. Öncelikle, alan adının kişiyi tanıtma fonksiyonu şahıs varlığı hakkına mütealliktir. Öte yandan, haklı olarak kullanılan bir alan adının mameleki bir değer taşıması ve bu değer devredilebilir olması da mal varlığı hakkı ile ilgilidir. Bununla birlikte alan adı üzerinde tanıtma işaretleri hukukuna göre korunmayan ancak alan adının dayandığı teknik altyapı nedeni ile bünyesinde bulunan bir tanıtma ve ayırt etme işlevi de bulunmaktadır. Bu itibarla alan adı üzerinde üç farklı menfaat katmanı bulunduğu söylenebilir. Alan adı üzerindeki bu menfaatler birlikte değerlendirildiğinde, sahibine menkul mülkiyetine benzeyen yetkiler tanıyan ve üzerinde az da olsa şahıs varlığı hakkı unsurları taşıyan ekseriyetle mal varlığı hakkı olarak nitelendirilebilir.⁴³ Hukukumuzda bu tip bir hakkın tanımı henüz yapılmamıştır. Türk hukukunda ‘*sair haklar*’ kavramına TMK m.954/I ve İİK’nın 23/II. maddelerinde yer verilmiştir. Bu itibarla, alan adı tanımlanmamış sair haklar olarak nitelendirilebilir. Bununla birlikte tanıtma ve ayırt etme fonksiyonu unsurları taşıyan alan adı hakları geniş anlamda ad olarak nitelendirilebilir.⁴⁴

Alan adı başka bir tanıtma işareti müteşekkil olsa bile internetin özellikleri ve mahiyeti gereği, özdeş tanıtma işaretlerinden tamamen ayrı ve bağımsız kullanım imkanı sunar. Bu nedenle tanıtma işareti müteşekkil alan adı dahi bir kişi veya işletmeyi tanıtmakta kullanılmaya başlaması ile birlikte *sui generis* bağımsız bir hakkın konusu haline gelir.⁴⁵ Bu durum alan adı hakkının serbest bir şekilde devredilip satılabilmesi ile açıklanabilir (İAAY m.13).

İAAY’de tanıtma işareti sahiplerinin tanıtma işaretlerinin aynısı olan alan adı üzerinde beklenen haklarını himaye etmeyi amaçladığı söylenebilir. Alan adına sahip olma konusundaki beklenen hak ise üçüncü kişilerin iyiniyetli tescil veya kullanımı ile sınırlandırılmıştır (İAAY m.25/I-b).

V. Sonuç

Alan adı hakkının hukuki mahiyeti AİHM ve ABAD yargı kararları üzerinden irdelenmiştir. AİHM kararında alan adı üzerinde gayri maddi malvarlığı hakkı ile tescil sözleşmesi sonucunda kazanılan nisbi hakka vurgu yapılmıştır. ABAD kararında ise gün ışığı döneminde ilk gelen alır ilkesine göre markaya

⁴³ Bu hususta bkz. Oğuz, s. 212.

⁴⁴ Bu hususta bkz. Oğuz, s. 207- 218.

⁴⁵ Benzer, durumun ticaret unvanı açısından yorumu kılavuz (vurgu) sözcükler konusunda bkz. *Sungurbey, İ.*: Ticaret Unvanının Korunmasına İlişkin Haksız Rekabetin Önlenmesi Davaları, Medeni Hukuk Eleştirileri, C. 5, İstanbul, 1984, s. 128-152; *Komaitis*, s. 11.

dayanan alan adı tescillerinde kötü niyete ilişkin kriterler ortaya konarak, tescilin nisbi hak sağladığına vurgu yapılmıştır.

Alan adının hiçbir tanıtma veya ayırt etme fonksiyonu kazandırılmış olmasa dahi onu kendisini ya da mal veya hizmeti tanıtmak maksadıyla haklı olarak kullanıyorsa kullanma anından itibaren mutlak hak ile nisbi hakların birlikte bulunduğu haklar demeti olduğunu ve Türk hukukunda TMK m.954/I ve İİK'nın 23/II. maddelerinde yer verilen '*sair haklar*' olarak nitelendirilebilir. Bu itibarla, alan adı tanımlanmamış sair haklar kapsamında nisbi ve mutlak hakkın birlikte demet halinde bulunduğu bunlardan müteşekkil '*sui generis*' bir hak olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. İşte bu nedenle alan adı sermeye olarak konacak haklar kapsamında sayılarak bir malvarlığı değeri bulunduğuna vurgu yapılmıştır (TTK m.127, f.I-h).

Alan adının serbest veya karma tescil sisteminde⁴⁶ serbestçe ikinci düzey alan adının seçilebildiği hallerde, alan adı kurumu tescil ettirenin seçtiği alan adına hiçbir şekilde müdahil olmamaktadır. Bu nedenle, kötü niyetle tescil edilen alan adlarından alan adı kurumlarının sorumluluğu kabul edilmemektedir.

Tescil edilen bu alan adının markanın aksine kullanılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Marka tescil edildiği tarihten itibaren haklı bir sebep olmadan 5 yıl içinde ciddi olarak kullanılmaması veya kullanımına kesintisiz 5 yıl ara verilmesi halinde iptal edilir (SMK m.9, f.I). Ancak alan adlarında bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır. Bu itibarla ticari ad ve işaretlerden müteşekkil sözcük veya harf rakam kombinasyonlarının alan adı olarak tescil edilip kullanılmasının önlenmesi suretiyle de bu işaretlere tecavüz edilmektedir. Zira, bu şekilde işaretlerin sahipleri tarafından alan adı olarak tescil edilip haklı kullanılması önlenmektedir.

Alan adının serbest veya karma tescil sisteminde serbestçe ikinci düzey alan adının seçilebildiği hallerde iktisadi değer taşıyan bir tanıtma işareti olmasının sonucu olarak devrine izin verilmiştir. Alan adının devri, sözleşmenin devri şeklinde gerçekleşir (TBK m.206). Zira tescil kurumu sözleşmede aynı kalarak, tescil ettiren devir alan olmaktadır.

Alan adının tescil ettirilmesiyle birlikte, tescil ettiren alan adının mülkiyetini kazanmamaktadır. Bu durumda seçilen alan adını haklı olarak kullanıyorsa veya meşru bir menfaati bulunması halinde tescille birlikte alan adının kazanıldığını kabul etmek gerekir aksi halde, *www.raifen.eu* kararında olduğu gibi alan adının mülkiyetinin kazanıldığını kabul etmek mümkün değildir. Bu kararda, alan adı tescili ile sözleşmeye dayalı alan adı kullanma hakkı tanındığı, bu nisbi hakkın hukuka aykırı tescil sebebiyle sona erdirildiği sonucuna varılabilir. Ancak, tescilin tescil edilen alan adı üzerinde mutlak hak kazandırdığını her zaman söylemek mümkün

⁴⁶ Alan adı tescil sistemleri konusunda bkz. *Oğuz*, s. 93-112.

değildir. Alan adı olarak kullanılan sözcük haklı olarak kullanılıyor veya meşru bir menfaat söz konusu ise mutlak hakkın varlığından söz etmek mümkün olabilir.

Alan adını, tescil ettiren kişiden devir alan iyi niyetli üçüncü kişinin iktisabı korunacak mı sorusu akla gelebilir (TMK m.988). Bu konuyu ikiye ayırarak incelemek gerekir. Öncelikle, alan adını tescil ettiren kişinin alan adı olarak kullanılan sözcük veya işaret üzerinde haklı bir kullanımı veya meşru bir menfaati varsa, devir alan kişinin iyi niyetli olarak devir aldığı alan adının mülkiyetini devren kazandığını kabul etmek gerekir.

Ancak, alan adını tescil ettiren kişinin alan adı üzerinde haklı kullanımı veya meşru menfaati bulunmuyorsa, devir alan kişinin iyi niyetli olsa da mülkiyet kazanması mümkün olmayacaktır. Zira, bu kişi devreden kişinin alan adını haklı kullanmadığını veya meşru menfaati bulunmadığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa bu sonuca varmak gerekir. Alan adı sicillerinde tapu sicilinde olduğu gibi güven ilkesi geçerli değildir (TMK m.1007). Alan adı olarak kullanılan işaretin sahibinin kim olduğu internette yapılan bir arama ile bulunması mümkün olacaktır. İnternetin sağladığı bu aleniyetin, iyi niyeti ortadan kaldırdığını kabul etmek gerekir.

Yukarıda sayılan sebeplerle, haklı olarak kullanılan alan adları dışında alan adının tescil edilmesi ile mülkiyetin kazanılması her zaman mümkün olmayabilir. Buradan hareketle, alan adı sözleşmesinin devri (TBK m.205) suretiyle yapılan hukuki işlem mülkiyeti devir alana geçirmeyebilir.

Kaynakça

- Akipek, J. G./ Akıntürk, T./ Ateş, D.:* Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Yenilenmiş 14. Bası, İstanbul 2018.
- Antalya, G.:* Gelecekteki Hakta Tasarruf, Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 545-548.
- Aslan, M.:* Fikri Mülkiyet Haklarının Anonim Şirketlere Sermaye Olarak Getirilmesi, Ankara 2016.
- Bal, N.:* İnternet Alan Adları ve İnternet Alan Adlarının Tahkim Yoluyla Çözümlemesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, s. 315-351.
- Colston, C./, Galloway, J.:* Modern Intellectual Law 3rd Edition, New York 2010.
- Gemalmaz, B.:* Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, 2. B, 2017.
- Kale, S.:* Kale, Serdar; Domain Name, Alan Adlarının Haczi, Ankara 2013.
- Karaman, Z.:* İnternet Alan Adı Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Ankara 2017.
- Kılıçoğlu, A.:* Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, 4. Bası, Ankara 2018.
- Komaitis, K.:* The Current State of Domain Name Regulation: Domain Names as Second-Class Citizens in a Mark Dominated World, New York 2010.
- Köprülü, B.:* Medeni Hukuk 2. Bası, İstanbul, 1984.
- Merges, P. Robert.:* What Kind of Rights Are Intellectual Property Rights, The Oxford Handbook of Intellectual Rights ?, <https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2017/07/What-Kind-of-Rights-are-Intellectual-Property-Rights.pdf>. 2017, s 3 (Erişim Tarihi: 25.02.2021).
- Nomer H. N.:* Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Sonuçları, İstanbul, 2002.
- Oğuz, S.:* İnternet Alan Adı Haklarının Korunması 3. Bası, Ankara 2018.
- Poroy, R./Yasaman, H.:* Ticari İşletme Hukuku, 18. Bası, İstanbul 2019.
- Rongstad, Ole-A.:* Property Aspect of Intelecctual Property, New York 2018.
- Serozan, R.:* Eşya Hukuku-I, 3.Bası, İstanbul 2014.
- Soysal, T.:* İnternet Alan Adlarının “Hak” Niteliği ve AHİM’in Paeffngen/Almanya Kararı Çerçevesinde Alan Adları Üzerinde Mülkiyet Hakkı Tesisi, Adalet Dergisi, Yıl 2016, S. 54, s. 1-24.
- Sungurbey, İ.:* Ticaret Unvanının Korunmasına İlişkin Haksız Rekabetin Önlenmesi Davaları, Medeni Hukuk Eleştirileri, C. 5, İstanbul 1984, s. 128-152.
- Tekinalp, Ü.:* Fikri Mülkiyet Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2012.
- Topaloğlu, M.:* İnternet Alan Adlarının Hukuki Koruması, PC Life, Nisan 2000, s. 214-215.
- Ülgen, H./ Helvacı, M./ Kendigelen, A./ Kaya, A./ Nomer Ertan, F.:* Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2019.
- Zorluoğlu, A.:* Alan Adlarında Kötü Niyet Kavramı, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(1), 2012, s. 67-84.
- Zumbansen, P.:* Paving the Way for Cyberlaw: Two FCD Decisions on Domain Names, German Law Journal, Volume 2, Issue Member, 10, 2001, s. 1- 2.

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Üzerine Yükleniciden Bağımsız Bölüm Devralan Üçüncü Kişinin Yargıtay Kararları Çerçevesinde Durumu^(*)

Situation of the Third Person who Buys Independent Section from the Contractor when Landowner Returns from the Construction Contracts for Land Share According to the Decisions of the Supreme Court

Arş. Gör. Kübra ŞEN^(**)

Öz

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çifte tipli isimli bir sözleşmedir. Tarafların yükümlülükleri, eser sözleşmesi ve taşınmaz satış vaadi sözleşmesi hükümlerine kıyasla tespit edilir. Yüklenicinin temerrüdü halinde ise genel hükümler uygulama bulmaktadır. Yüklenicinin temerrüdü halinde arsa sahibi sözleşmeden dönme seçimlik hakkına sahiptir. Ancak sözleşmeden dönme neticesinde tarafların iade yükümüne ilişkin olarak çeşitli doktriner tartışmalar bulunmaktadır. Dönme halinde özellikle, yükleniciden arsa payı edinen üçüncü kişilerin durumu uygulamada sorun teşkil etmektedir. Bu çalışma içerisinde de üçüncü kişilerin durumu Yargıtay kararları ve doktrin görüşleri ile birlikte incelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Yüklenici, Aynı Etkili Dönme Görüşü, Üçüncü Kişi, Alacağı Devri, Tapu Kütüğünün Düzeltilmesi.

Abstract

The construction contract in return for land share is an anonymous contract of double type. The obligations of the parties are determined in comparison with the provisions of the work contract and the promise to sell the real estate contract. In case of default of the contractor, general provisions are applied. In case of default of the contractor, the land share has the right of choice to withdraw from the contract. However, there are various doctrinal discussions regarding the return obligation of the parties as a result of the renunciation. In case of return, especially the situation of third parties who acquired land share from the contractor poses a problem in practice. In this study, the situation of third parties was tried to be examined together with the decisions of the Supreme Court and doctrinal opinions.

Keywords

Contractor, Opinion of Returning in Kind Effective, Third Party, Assignment of Claim, Correction of the Land Registry.

^(*) [Makale geliş tarihi:](#) 21.04.2021 - [Makale kabul tarihi:](#) 21.05.2021.

^(**) Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.
[E-posta:](mailto:kubrasen@sakarya.edu.tr) kubrasen@sakarya.edu.tr.
[Orcid No:](https://orcid.org/0000-0001-6751-205X) <https://orcid.org/0000-0001-6751-205X>.

I. Giriş

Ülkemizde hızlı kentleşme ile birlikte yapı stoku yetersiz kalmış ve uygulamada yükleniciler arsa arayışına girmiştir. Arsa sahipleri ise ellerinde eser sözleşmesi için yeterli finansman olmaması nedeniyle taşınmazlarını değerlendirmek istemiş ve yükleniciler ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri akdetmeye başlamışlardır. TBK’da yer bulmayan bu sözleşme çifte tipli karma bir sözleşmedir.¹ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine eser sözleşmesi ve taşınmaz satış vaadi sözleşmesi hükümleri kıyasen uygulanmaktadır.² Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, uygulamada bu kadar sık karşılaşılmaması nedeniyle yargı kararlarına konu olmuş ve toplumsal bir yer edinmiştir. Arsa sahibinin yükümlülüklerini yerine getirmemesi ya da yüklenicinin bilgisinin ve donanımının yetersiz olması nedeniyle inşaatların zamanında teslim edilmemesi gibi birçok farklı sorun ile karşılaşmıştır. Ayrıca uzun yıllar boyunca yaptıkları birikimleri taşınmaz ile değerlendirmek isteyen vatandaşlar yükleniciden veya arsa sahibinden topraktan (maketten) satış yolu ile bağımsız bölüm satın almaktadır. Ancak yüklenicinin edimini zamanında sözleşmeye uygun olarak yerine getiremediği durumlarda hem arsa sahibi hem de bağımsız bölümü satın alan üçüncü kişiler mağdur olmaktadır.

Yargıtay’ın uzun yıllardır vermiş olduğu kararlar ile birlikte bu alanda çeşitli içtihatlar oluşmuştur. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bünyesinde taşınmaz satış vaadi sözleşmesi barındırdığı için noterde ya da tapuda resmi şekle uygun olarak akdedilmek zorundadır.³ Yüklenici, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi neticesinde kendisine düşecek olan bağımsız bölümleri inşa faaliyeti devam ederken satabilir ya da bu bölümlerin satışını vaat edebilir. Yüklenicinin üçüncü kişiler ile bağımsız bölümlerin satışına yönelik yapacağı taşınmaz satış vaadi sözleşmesini noterde düzenleme şeklinde resmi şekilde ya da tapu müdürlüğünde resmi şekilde yapması gerekir.⁴ Ancak noter ve tapu harçlarının yüksek olması nedeniyle genellikle taraflar bu sözleşmeleri adi yazılı şekilde yapmaktadır. Adi yazılı şekilde yapılan bu sözleşmelerin geçerlilik şekline uyulmadığı gerekçesi ile doğrudan geçersiz sayılması tarafları daha çok mağdur edeceği için Yargıtay

¹ Mustafa Alper GÜMÜŞ, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı*, Filiz, İstanbul, 2018, s. 401. (Kısa Ders Kitabı); Haluk TANDOĞAN, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1*, Vedat, İstanbul, 2008, s. 71.; Cevdet YAVUZ, Faruk ACAR, Burak ÖZEN, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, Beta, İstanbul, 2019, s. 593.; Turgut UYGUR, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi Cilt II*, Seçkin, İstanbul, 2012, s. 2128.

² Hasan ERMAN, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, İÜ Basımevi ve Film Merkezi, İstanbul, 1993, s. 6.; GÜMÜŞ, *Kısa Ders Kitabı*, s. 405.; TANDOĞAN, *a.g.e.*, s. 71.; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, *a.g.e.*, s. 593.; Nezh SÜTÇÜ, *Uygulamada ve Teoride Tüm Yönleri ile Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi*, Seçkin, Ankara, 2018, s. 37, <https://www.turcademy.com>, (Erişim Tarihi: 15.03.2021).

³ ERMAN, *a.g.e.*, s. 13-14.; GÜMÜŞ, *Kısa Ders Kitabı*, s. 403-404.; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, *a.g.e.*, s. 598.; M. Turgut ÖZ, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, Vedat, İstanbul, 2013, s. 6-7 (İnşaat).

⁴ GÜMÜŞ, *Kısa Ders Kitabı*, s. 119.; Fikret EREN, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin, Ankara, 2020, s. 197-198.

tarafaların edimlerini ifa ettiği durumlarda artık şekle ilişkin geçersizliğin ileri sürülmesini, dürüstlük kuralına aykırı bularak kabul etmemektedir.⁵ Benzer şekilde Yargıtay, yüklenici ile taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapan üçüncü kişiler arasındaki adi yazılı sözleşmeleri de ayakta tutmak ve özellikle üçüncü kişileri korumak için tahvil yolu ile bu sözleşmelerin alacağın devri⁶ olarak geçerli sayılmasını ve üçüncü kişinin haklarının korunmasını önemsemektedir. Tahvil kurumu ile birlikte geçersiz olan bir sözleşme, tarafların farazi iradelerine uygun ve geçerli olan bir başka sözleşmeye dönüştürülmektedir.⁷ Bu sayede, özellikle, şe-

⁵ 30.09.1988 T., 1987/2 E., 1988/2 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı: “İşte bu şekilde Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması; genellikle, aslında bağımsız bölümün satış bedeli satım tarihi itibarıyla uygun bulunduğu ve satıcı satış bedelinden inşaat sırasında yararlandığı halde, bu arada alıcının ödemiş olduğu para değerinin enflasyon nedeniyle oldukça düşmesinden, buna mukabil satılan bağımsız bölümlerin değerlerinin tapuda devir edileceği zaman da fahiş oranda artmış bulunmasından ileri gelmektedir. Başka bir anlatımla, bunları düşünen satıcı (müteahhit) sözleşmeden sıyrılmanın yollarını aramakta ve yasanın öngördüğü resmi şekil şartına sığınarak mülkiyeti devir borcundan kaçınmaktadır. Satıcının bu tutumu ise; açıkça, şekil mecburiyeti koyan yasa hükmünden bu hususta korunmaya layık bir yarar olmaksızın yararlanmaya çalışma teşkil eder ve onun hakkın kötüye kullanılmasına yasağı kuralını duraksamaya yer vermeyecek şekilde ihlal ettiğini gösterir. Oysa MK'nın 2'nci maddesinin ikinci fıkrasıyla, suiistimal karakteri doğrudan doğruya aşıkâr olan hallerde hakların istimali kanuni himayeden mahrum bırakılmıştır. Böyle uyumsuzluklarda, hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı değil, şekil şartı kuralı ihmal edilebilir. Zira İsviçreli Prof. MERZ'in de dediği gibi (Medeni Kanun Şerhi art. 2, Nr. 21), şekli hukuktaki hakkı maddi adalet düşüncesi ve gerekleri sınırlar onu gerçek ölçülerine götürülebilir; gerçek hak korunur, şekli veya görünen hak korunmaz. Gerçekten şekle ilişkin hükmün gayesi dışında menfaat temini yoluna gidilmek istenildiği durumlarda yargı hassas olmaya mecburdur. Zira hukuk ancak, meşru menfaatlerin tatminine yarar; başka bir şey yaradığı takdirde ise mevcudiyet sebebinin kaybeder. Öte yandan Medeni Kanun'un 4. maddesi hükmüyle de hâkim, adalete uygun karar vermeye çağırılmaktadır. O, menfaatların doğru ve adil bir muvazenesini yapmak ve gerçekleri gözetmek zorundadır”. Legalbank, <https://legalbank.net>, (Erişim Tarihi: 15.03.2021).

⁶ Yargıtay 14 HD. 26.03.2007 T., 2007/2042 E., 2007/3159 K.: “Yüklenici hak kazanacağı bağımsız bölümlerin tapusunu doğrudan arsa sahiplerinden talep edebileceği gibi şahsi hakkını üçüncü kişilere de devredebilir. Sözleşmede yasaklanmadığı veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadığı sürece yüklenici üçüncü kişilere yazılı olmak koşuluyla şahsi hakkı devredebilir. Somut olayda, davacının dayandığı adi yazılı temlik sözleşmesi istemin ileri sürülmesi için yeterli ve geçerlidir. Bu sözleşmenin ayrıca noterde resmi biçimde yapılması şartı aranmaz. Mahkemenin bu olguyu gözden kaçırarak sözleşmenin resmi biçimde yapılmadığı düşüncesi ile davayı reddetmesi doğru olmamıştır”. Legalbank, <https://legalbank.net>, (Erişim Tarihi: 15.03.2021.); 14. HD, 12.10.2006 T., 2006/8825 E., 2006/10878 K. Kazancı, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 16.03.2021.); “Yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat yapmakta olduğu veya arsa sahibinin aynı zamanda yüklenici sıfatıyla hareket ederek (yapıyıcı konumunda) inşa etmekte olduğu binalardan bağımsız bölüm satın alınması halinde Borçlar Kanununun 163. maddesi (TBK m.184) gereğince üçüncü kişiye yapılacak temlikin yazılı olması yeterlidir”. 14. HD., 11.02.2016 T., 2015/14741 E., 2016/1709 K.; “Nitekim uygulamada yükleniciden şahsi hakkını temlik alan üçüncü kişilerin temlik sözleşmesini adi yazılı satış sözleşmesi veya noterde düzenleme şeklinde taşınmaz satış vaadi sözleşmesi olarak yaptıkları görülmektedir”. 14 HD. 18.02.2008 T., 2008/518 E., 2008/1796 K., Lexpera, <https://www.lexpera.com.tr>, (Erişim Tarihi: 20.05.2021).

⁷ Haluk Nami NOMER, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta, İstanbul, 2020, s. 69.; Kemal OĞUZMAN/Turgut ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1*, Vedat, İstanbul, 2020, s. 164 (I).

kil kurallarının ağır yaptırımına karşı taraflar korunmaya çalışılmaktadır. Ancak tahvil yapılırken tarafların geçersiz sözleşmeye ilişkin ortaya koyduğu iradenin değerlendirilmesi önem taşımaktadır. Bu iradelerin varsayım üzerinden başka bir sözleşmeye çevrilebileceğine ilişkin değerlendirme titizlikle yapılmalıdır; aksi takdirde irade özgürlüğüne aykırı bir sonuç olarak tarafların hiç arzu etmediği bir sözleşme ile bağlı tutulması gibi bir durum ortaya çıkacaktır.⁸ Yüklenicinin inşaat yapma ve teslim etme borcunu gereği gibi yerine getirdiği durumlarda alıcı-üçüncü kişi lehine olan bu tahvil, yüklenicinin temerrüde düştüğü durumlarda aleyhine dönmektedir. Bu kısma daha sonraki bölümlerde detaylıca yer verilecektir.

Yüklenici temerrüdü gerçekleştiikten sonra arsa sahibinin kullanabileceği seçimlik haklar TBK m.125'e göre şu şekildedir: aynen ifa ve gecikme tazminatı, aynen ifadan vazgeçip olumlu zararın tazmini veya sözleşmeden dönerek olumsuz zararın tazmini.⁹ Ancak, TBK m.126 gereğince sürekli edimli sözleşmelerde dönme yerine kural olarak fesih ve müspet zararın tazmini gündeme gelecektir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'na göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri geçici-sürekli karmaşığı bir niteliktedir.¹⁰ İnşaatın tamamlanma oranının %90 ve üzeri olması durumunda sözleşme ileriye etkili olarak feshedilecektir.¹¹ Sözleşmenin ileriye etkili feshi durumunda fesih gününe kadar sözleşme geçerli olacağı

⁸ Ayşe HAVUTÇU, "Şekle Aykırılık Nedeniyle Geçersiz İşlemlerin Tahvili", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3, 1-4, 1987, s. 679 (Tahvil).

⁹ İnşaat sözleşmelerinde temerrüt söz konusu olması halinde TBK m.117 ve devamındaki hükümler uygulama bulacaktır. ERMAN, a.g.e, s. 45.; İzzet KARATAŞ, *Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri*, Sözkesen Matbaacılık, Ankara, 2004, s. 387.; İsa ENLİ, "Belirli Süreli Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Teslim Borcunda Temerrüdün Şartları, Hüküm ve Sonuçları", *TÜHAD*, C. 1, S. 2, 2016, s. 100.; İbrahim KAPLAN, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2013, s. 89.; Yusuf BÜYÜKAY, *Eser Sözleşmesi*, Yetkin, Ankara, 2013, s. 211 vd.

¹⁰ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu 25.1.1984 T., 1983/3 E., 1984/1 K., Kazancı, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 16.03.2021).

¹¹ "Bu nedenle mahkemece inşaatın getirildiği seviyedeki raporlarda mevcut çelişki yeni bir bilirkişi kurulundan alınacak raporla giderilmeli inşaatın %90 üzerinde tamamlandığı anlaşıldığı takdirde bu seviyeye göre yüklenicinin hak ettiği bağımsız bölümlerin adedi ve konuları belirlenip akdin ileriye etkili feshine ve davacı Mustafa'nın 4 no.lu daire ile ilgili tapu iptal talebinin kabulüne ve yine 3 no.lu daire ile ilgili mahkemece belirlenen bedele hükmedilmeli ve böylece akit ileriye etkili şekilde fesih ve tasfiye olunmalıdır". Yargıtay 15 HD, T. 4.2.2005, E. 2005/ 7507, K. 2005/505. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 15.03.2021).; 23 HD. 26.01.2017, E. 2016/1273, K. 2017/192; 23 HD, T. 05.02.2013, E. 2012/5310, K. 2013/523. Lexpera, <https://www.lexpera.com.>, (Erişim Tarihi: 15.03.2021).;%90 oranının çok katı suretle ele alınmaması ve her olayın şartlarına ve inşaatın durumuna göre sözleşmenin feshinin gündeme gelmesi gerektiği hakkında bkz. Emrehan İNAL, "Arsa Payı İnşaat Sözleşmelerine İlişkin Bazı Hukuki Çözümlerin Gözden Geçirilmesi İhtiyacı", *Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926'dan günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku II. CİLD*, Yetkin, Ankara, 2017, s. 1208.; "Olayın niteliği (tamamlanma oranı) ve özelliğinin (uyuşmazlığın TBK m.123-125 uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının) haklı gösterdiği durumlarda, TMK m.2 gözetilerek, sözleşmeden dönmeye ilişkin ileriye etkili sonuç doğuracağı benimsenmelidir". İlker Hasan DUMAN, "İnşaat Hukukunda Somut Olayın Özelliği", *Terazi Hukuk Dergisi*, 165, 15, 2020, s. 1036.

için sözleşmeden o zamana kadar doğan hak ve borçları taraflar talep edebilirler. Yüklenici, fesih tarihine kadar yapmış olduğu imalata karşılık düşen arsa payını talep edebilir ve bu kısım üzerinde dilediği gibi tasarrufla bulunabilir.¹² Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi halinde, yüklenicinin hak kazanıp üçüncü kişiye devrettiği arsa payı açısından bir geçersizlik söz konusu olmayacaktır.¹³ Ancak, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönülmesi halinde yükleniciden bağımsız bölüm satın alan ve adına devir yapılan kişilerin durumu ne olacaktır? Bu soruya, çalışmamızda farklı ihtimaller dikkate alınarak Yargıtay içtihatları ve doktrinde ileri sürülen teoriler çerçevesinde cevap aranacaktır.

II. Yargıtay'ın Görüşü

Yüklenicinin temerrüdü halinde arsa sahibinin kullanabileceği seçimlik haklardan birisi, TBK m.125/2 hükmüne göre sözleşmeden dönme ve menfi zararın tazminidir. Yargıtay, temerrüt halinde, arsa sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanırsa, dönmenin sözleşme hiç kurulmamış gibi etki edeceğine ve arsa sahibinin taşınmazın kendi adına tescilini talep edebileceğine hükmetmektedir.¹⁴ Yargıtay'ın, kararlar incelendiğinde, aynı etkili dönme görüşünü benimsediği görülmektedir.¹⁵ Yargıtay, dönme teorilerinden aynı etkili dönme görüşünü be-

¹² "... İnşaatın %90 üzerinde tamamlandığı anlaşıldığı takdirde bu seviyeye göre yüklenicinin hak ettiği bağımsız bölümlerin adedi ve konuları belirlenip akdin ileriye etkili feshine...". 15 HD, 04.02.2005 T., 2004/7507 E., 2005/505 K. Legalbank, Erişim Tarihi: 06.04.2021.; ERMAN, a.g.e., s. 85.; Zafer KAHRAMAN, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Olan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu", Prof. Dr. Hasan ERMAN'a Armağan, Der Yayınları, İstanbul, 2015, s. 434.; Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sürekliliği edimli olduğu kabul edilip sözleşmenin sona ermesinde fesih kurumunun geçerli olacağı kabul edilirse üçüncü kişiler açısından daha etkili bir koruma sağlanabilir. Ayça AKKAYAN YILDIRIM, "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin Etkileri", Prof. Dr. ERGUN ÖZSUNAY'a Armağan, Vedat, İstanbul, 2004, s. 81.

¹³ Konu ile ilgili daha detaylı açıklamalar için Gürkan COŞKUN, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu*, Yetkin, Ankara, 2010, s. 160 vd.

¹⁴ "Mahkemece iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, inşaatın geldiği seviye itibarıyla davalı yüklenicinin edimlerini yerine getirmeyip temerrüde düştüğü, ... Davaya konu taşınmazların tapu kayıtlarının iptali ile kat irtifakı kurulmazdan önceki tapudaki hisseleri oranında ve takyatsız olarak davacı arsa malikleri adına kayıt ve tesciline..." 23 HD. 07.03.2017 T., 2016/8636 E., 2017/700 K. Legalbank, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 15.03.2021.

¹⁵ Vedat BUZ, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, Yetkin, Ankara, 1998, s. 132.; Serkan AYAN, *İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, Seçkin, Ankara, 2008, s. 269.; E. Saba ÖZMEN/ Müge ÜREM, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları ile Yaratılan 'Avans Tapu' Kavramına Yönelik Eleştiriler", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1, 2016, s. 18.; "Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili feshi halinde arsa sahibi, yükleniciye bırakılıp onun tarafından üçüncü kişiler ya da onun talimatıyla arsa sahibi tarafından üçüncü kişilere devredilen ya da yükleniciye devrettiği tapu payları veya bağımsız bölümlerin tapu kaydının iptâl ve tescilini talep edebilir". 15. HD. 26.6.2019 T. 2018/4559 E., 2019/2998 K. <https://www.lexpera.com>, (Erişim Tarihi: 15.03.2021).

nimsediği için dönme ile birlikte yüklenici adına yapılan tescilin yolsuz tescile dönüşeceğini¹⁶ ve inşaat yapılan arsa tapusunun arsa sahibine döneceğini kabul etmektedir.

Halbuki dönme durumunda tarafların yükümlülüklerinin belirlenmesi noktasında kanuni bir düzenleme yoktur.¹⁷ doktrinde dönme konusuna ilişkin olarak özellikle dört teori öne çıkmaktadır.¹⁸ Bunlardan ilki, klasik görüştür. Klasik görüşe göre, dönme beyanı ile taraflar arasındaki borç ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalkar ve taraflar yerine getirmiş oldukları edimlerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iki yıllık zamanaşımı süresi içerisinde talep edebilir.¹⁹ İkinci görüş olan yasal borç ilişkisine göre ise, kanundan kaynaklanan bir tasfiye ilişkisi vardır ve sebepsiz zenginleşme hükümleri kıyasen uygulanır. Klasik dönme görüşünden pratik farkı zamanaşımı süresinin 10 yıl olmasıdır.²⁰ Üçüncü görüş ise yeni dönme (dönüşüm) teorisidir. Burada taraflar arasındaki sözleşme tasfiye ilişkisine dönüşür ve tasfiye sözleşme hükümlerine göre yapılır.²¹ Sebepsiz

¹⁶ “Yargıtay, öteden beri, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönülmesi üzerine, yüklenici adına daha önce yapılmış bulunan tescilin yolsuz hale geldiğini; bu tescile dayanarak payı devralan üçüncü kişinin iyiniyetli sayılamayacağını, bu nedenle üçüncü kişi adına mevcut tescilin iptaline karar verilmesi gerektiğini kabul etmektedir”. 15 HD. 11.12.2020 T., 2020/807 E., 2020/3181 K. <https://www.lexpera.com>, (Erişim Tarihi: 15.03.2021); 23. HD. 20.3.2017 T., 2015/8314 E., 2017/859 K.; 23 HD. 01.10.2015 T., 2015/4794 E., 2015/6182 K.; 15.HD. 26.6.2019 T., 2018/4559 E., 2019/2998 K. <https://www.lexpera.com>, (Erişim Tarihi: 15.04.2021).

¹⁷ TBK m.125/3 hükmünün sonuçları doktrinde tartışmalıdır. Bu nedenle dönme konusu ile ilgili doktrinde farklı teoriler ileri sürülmektedir. Kemal OĞUZMAN/Turgut ÖZ, I, s. 467.; Ayşe HAVUTÇU, “İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyum Sayısı 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011) Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan*, Turhan Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 334.; AYAN, a.g.e., s. 271.

¹⁸ Bu teoriler hakkında daha detaylı bilgi için bkz. BUZ, a.g.e., s. 117-133.; Rona SEROZAN, *Sözleşmeden Dönme*, Vedat, İstanbul, 2007, s. 59-100.

¹⁹ NOMER, a.g.e., s. 429; Ahmet M. KILIÇOĞLU, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s. 931. Yargıtay bir kararında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönülmesi halinde klasik görüş gereğince sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanacağını kabul etmiştir. “Feshin sonuçları geriye etkili olacaksa, sözleşme yokmuşçasına tasfiye yapılacağından, yüklenici inşaatı yapmış kısmı orantılı arsa payı değil, sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince imal ettiği inşaat bedelini alacak ve fakat feshin ileriye etkili kabul edilirse, inşaatı getirdiği fiziki seviyeye orantılı arsa payı devrini talep edebilecektir. Somut olayda; ileriye etkili feshedilen sözleşme sebebiyle yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümlerin %92’si yükleniciye, işin getirilmiş olan seviyesine nazaran %8’i ise arsa sahibine aittir. İleriye etkili feshin tasfiyesi bu sonucu gerektirir”. 14 HD. 01.04.2009 T., 2009/1031 E., 2009/4125 K. Legalbank, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 15.03.2021.; “Aynı hak kazanılmasını sağlayan sözleşmede sonradan vuku bulan değişiklikler önceki tescili ve aynı hakkı etkilemez”. M. Kemal OĞUZMAN/Özer SELİÇİ/ Saibe OKTAY-ÖZDEMİR, *Eşya Hukuku*, Filiz, İstanbul, 2020, s. 266, dp. 266.

²⁰ BUZ, a.g.e., s. 120.; SEROZAN, a.g.e., s. 61.

²¹ Zarife ŞENOCAK, *Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s. 48-49.

zenginleşmeden değil doğrudan TBK m.125'ten kaynaklanan bir tasfiye vardır. Burada da artık genel zamanaşımı olan 10 yıllık süre uygulanır.²² Bu üç teoriye göre de aynı hak kazanımları dönmeden etkilenmez.²³ Nihayet son olarak, aynı etkili dönme görüşüne göre sözleşme ayakta iken yapılan aynı hak iktisapları dönme ile birlikte kendiliğinden hak sahibine döner.²⁴ Aynı hakkı tekrar kazanan hak sahibi, artık sebepsiz zenginleşme değil istihkak davası ile zilyetliğini geri alır.²⁵ Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönen arsa sahibi, yüklenici arsa paylarını bir üçüncü kişiye devretmiş olsa da arsanın mülkiyetini tekrar kazanacaktır.

Yargıtay, satış vaadi sözleşmesinin resmi şekle uyulmadan yapılması halinde bu sözleşmeyi ayakta tutmak için tahvil yolu ile alacağın devri olduğuna ve bu hükümlerin uygulanması gerektiğine yönelik kararlar vermektedir.²⁶ Hatta Yargıtay bu içtihadını ileriye götürerek resmi şekilde yapılan taşınmaz satış vaatlerine de alacağın devri hükümlerini uygulamaktadır.²⁷ Nihayetinde Yargıtay'ın içtihatlarına göre yükleniciden bağımsız bölüm satın alan kişiler yüklenicinin alacağına halef olmak-

²² BUZ, a.g.e., s. 120.; AYAN, a.g.e., s. 267.

²³ Leyla Müjde KURT, *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*, Yetkin, Ankara, 2012, s. 327.

²⁴ AYAN, a.g.e., s. 270.; M. Turgut ÖZ, *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleri ile Birlikte, Kazancı*, İstanbul, 1989, s. 241. (Dönme); 23 HD. 1.10.2015 T., 2015/4794 E., 2015/ 6182 K: "Sözleşmenin geriye etkili fesih halinde bu tapu payları 818 sayılı BK'nın 108/1. maddesi uyarınca talep halinde arsa sahibine geri döner. Yüklenici edimini yerine getirmedeği takdirde arsa sahibine sözleşmenin feshi ve tapunun iptalini isteyebilme hakkı doğar". Lexpera, (Erişim Tarihi: 13.04.2021).

²⁵ Haluk TANDOĞAN, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II*, Vedat, İstanbul, 2010, s. 142.; AYAN, a.g.e., s. 273.; E. Saba ÖZMEN, "2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin Fahiş Hatalı Kararının Eleştirisi", *TBB Dergisi*, 2018, 135, s. 499.

²⁶ Yargıtay 14 HD. 26.03.2007 T., 2007/2042 E., 2007/3159 K.: "Yüklenici hak kazanacağı bağımsız bölümlerin tapusunu doğrudan arsa sahiplerinden talep edebileceği gibi şahsi hakkını üçüncü kişilere de devredebilir. Sözleşmede yasaklanmadığı veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadığı sürece yüklenici üçüncü kişilere yazılı olmak koşuluyla şahsi hakkı devredebilir. Somut olayda, davacının dayandığı adi yazılı temlik sözleşmesi istemin ileri sürülmesi için yeterli ve geçerlidir. Bu sözleşmenin ayrıca noterde resmi biçimde yapılması şartı aranmaz. Mahkemenin bu olguyu gözden kaçırarak sözleşmenin resmi biçimde yapılmadığı düşüncesi ile davayı reddetmesi doğru olmamıştır". Legalbank, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 15.03.2021.; 14. HD, 12.10.2006 T., 2006/8825 E., 2006/10878 K. Kazancı, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 16.03.2021).

²⁷ AYAN, a.g.e., s. 312.; KURT, a.g.e., s. 343.; Yargıtay, geçerlilik şeklinde uygun olarak akdedilen taşınmaz satış vaadi sözleşmesine ilişkin hukuki nitelendirme yaparken aslında bu işlemin alacağın temlik olduğunu hükme bağlamıştır: "Davadaki istemin dayanağı biçimine uygun düzenlenmiş 17.07.2003 günlü taşınmaz satış vaadi sözleşmesidir. Bu sözleşmeyle diğer davalı yüklenici B.Ali'nin arsa sahibi ile olan 29.11.2002 günlü arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yükleniciye bırakılması kararlaştırılan çekişme konusu B bloktaki 25 numaralı bağımsız bölümü davacıya satış vaadinde bulunduğu görülmektedir. Yüklenicinin yaptığı bu işlem hukuken, alacağın temlik işleminden ibarettir". 14 HD, 05.03.2009 T., 2009/1786 E., 2009/2803 K., Lexpera, <https://www.lexpera.com.tr>, (Erişim Tarihi: 20.05.2021).

tadır.²⁸ Ancak Yargıtay'ın başlangıçta üçüncü kişi lehine gibi gözüken bu içtihadı son aşamada üçüncü kişi aleyhine dönmektedir. Şöyle ki, sözleşme tahvil yolu ile ayakta tutulduktan sonra Yargıtay üçüncü kişinin yükleniciye halef olacağını ve bu nedenle arsa sahibinin yükleniciye karşı ileri sürebileceği defileri üçüncü kişiye karşı da ileri sürebileceğini ifade eder.²⁹ İnşaatta eksik ya da ayıplı işler bulunması durumunda arsa sahibi, bunları ileri sürerek pay devrini gerçekleştirmekten çekinebilir.³⁰

Alacağın devri yolunu kullanmanın bir diğer sonucu ise Yargıtay'ın üçüncü kişileri her koşulda kötünietli saymasıdır. Yargıtay, yüklenicinin halefi olarak üçüncü kişiyi koruma altına alırken bir yandan da yüklenicinin sorumsuzluğunu ve sözleşmeye aykırılığını üçüncü kişinin üzerinde bırakmaktadır. Yargıtay, üçüncü kişinin, yüklenici ile sözleşme yaparken ortada mevcut bağımsız bölümlerin var olmadığını ve yüklenicinin bu bağımsız bölümleri arsa sahibi ile arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine göre inşa edeceğini ve daha sonra kendisine düşen payları devredebileceğini bildiğini varsayarak iyiniyetli olmadıkları için TMK m. 1023 hükmünden üçüncü kişiyi yararlandırmamaktadır.³¹ Yargıtay, alacağın devri ile her ne kadar yüklenicinin yükümlülükleri üçüncü kişiye intikal etmese de, arsa sahibi ve yüklenici arasındaki sözleşmeden doğan alacak devredildiği için üçüncü kişiyi iyiniyetli olarak saymanın mümkün olmadığını kararlarında belirtmektedir.³²

²⁸ “Davacılar B... B., inşaat sözleşmesi gereğince arsa sahiplerine verilmesi gereken (7) no.lu daire-yi arsa sahiplerinden satın almış olmakla onların bu daireyle ilgili sözleşmeden doğan haklarına alacağın temlikli hükümleri uyarınca halef olmuştur” 15. HD 19.03.2002 T., 2002/623 E., 2002/1220 K. Kazancı, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 16.03.2021).; “Yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat yapmakta olduğu veya arsa sahibinin aynı zamanda yüklenici sıfatıyla hareket ederek (yapsatçı konumunda) inşa etmekte olduğu binalardan bağımsız bölüm satın alınması halinde Borçlar Kanunu'nun 163. maddesi (TBK m.184) gereğince üçüncü kişiye yapılacak temlikin yazılı olması yeterlidir”. HGK 25/11/2015 T., E. 2014/14-342, K. 2015/2685, AYM Kararı Nuran Çıkar Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/10761, T. 13.09.2017, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/12321>, (Erişim Tarihi: 16.03.2021).

²⁹ Mustafa ARIKAN/ Kemal ERDOĞAN, “Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkının Üçüncü Kişiyi Devri”, *Selçuk Ün. Sos. Bil. Ens. Der.* 2015, 34, s. 162.; M. Deniz YENER, “Müteahhidin Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Haklarını Üçüncü Şahıslara Devri ve Sonuçları”, *İÜHFİM*, LXV, 2, 2007, s. 374.

³⁰ Mustafa Alper GÜMÜŞ, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler- Cilt 2*, Vedat, İstanbul, 2010, s. 228. (Cilt 2); KARATAŞ, a.g.e., s. 395.

³¹ “davalılardan Tefvik'in iyi niyetli olup olmadığı; başka bir anlatımla, satın aldığı parsellerin -aslında davacılar ait olduğunu, kat karşılığı inşaat sözleşmesi nedeniyle devredildiğini bilip bilmediği veya normal bir araştırma ve göstereceği özen sonucu bilip bilemeyeceği araştırılmamış ve de davacılar bu konuda delillerini ibraz için imkan tanınmamıştır ... diğer davalı Tefvik hakkında da az yukarıda açıklanan araştırma sonucu ortaya çıkacak duruma göre ya üzerindeki tapu kayıtlarının iptali ile davacılar adına tesciline ...” 15 HD, T. 18.04.2002, E. 2002/367, K. 2002/1946. Lexpera, (Erişim Tarihi: 06.04.2021).

³² “Henüz inşaat aşamasında bağımsız bölüm satın alan davalı üçüncü kişiler, inşaatın yüklenici tarafından bitirilmesi halinde hak sahibi olacaklarını bilmeleri gerekir”. 15 HD, 25.10.2007 T., 2006/3246 E., 2007/6600 K.

Yargıtay'ın bu konu ile ilgili yerleşik içtihadı, Faik Tari başvurusu³³ nedeni ile AYM önüne gitmiştir. AYM yaptığı incelemede, üçüncü kişinin mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir. Üçüncü kişinin, yükleniciye karşı tazminat ve sebepsiz zenginleşme davası açabileceğini, hakkını korumak için elinde yargısal imkanlar mevcut olduğunu ifade ederek Yargıtay uygulamasının Anayasa'ya ve yasalara uygun olduğuna hükmetmiştir.³⁴ Yargıtay ve AYM, arsa sahibi ve üçüncü kişi arasındaki mülkiyet hakkına ilişkin menfaat çatışmasını arsa sahibini koruyarak dengede tutmaya çalışmaktadır. AYM, Yargıtay'ın hukuku yorumlarken ve uygularken kullandığı takdir hakkına dair bir incelemede bulunamayacağını; AYM'nin sadece menfaatler arasında ölçüsüz bir dengesizlik varsa bunu inceleyebileceğini ve bu uyuşmazlıkta taraflar arasında menfaat dengesizliği olmadığını hüküm altına almıştır.³⁵ Yargıtay her ne kadar bir içtihat geliştirmiş olsa da bu içtihat, içtihadı birleştirme kararı olmadığı için bağlayıcı değildir. Bu nedenle Yargıtay içtihadı doktrinde çeşitli eleştirilere konu olmaktadır. Bu eleştiriler, üçüncü kişi ile borçlandırıcı işlem yapılması veya üçüncü kişiye tapuda devir yapılması durumuna göre iki ayrı başlık altında incelenecektir.

III. Yüklenicinin Üçüncü Kişi ile Borçlandırıcı İşlem Yapması ve Borçlandırıcı İşlemin Sonucu

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde çoğunlukla arsa sahibi, yükleniciye düşecek olan bağımsız bölümlere ilişkin arsa payını sözleşme akdedildikten hemen sonra yükleniciye devretmektedir. Yüklenici de inşaatı yapmaya devam ederken finansman sağlamak amacıyla üçüncü kişiler ile çeşitli hukuki işlemler yapmaktadır. Ancak üçüncü kişi ile yapılan her işlem sonucunda, yüklenici arsa payının mülkiyetini devretmemekte; bazen sadece borçlandırıcı işlem yapmaktadır. Bazı örneklerde, yüklenici arsa payının devrini üzerine almadan da bu sözleşmeleri yap-

³³ AYM Başvuru No: 2014/12321, K. 20.07.2017, T. 27.09.2017, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 16.03.2021).

³⁴ "Başvuru konusu olayda, başvuruçuların borçlar hukuku kurallarına göre yükleniciye karşı dava açma ve zararlarını tazmin etme imkânlarının bulunduğu anlaşılmaktadır. Bunun dışında ayrıca başvuruçuların arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi kapsamında yüklenicinin halefi sıfatıyla sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde arsa sahiplerinden tazminat talep edebilecekleri de görülmektedir". AYM Başvuru No: 2014/12321, K. 20.07.2017, 27.09.2017 T.; AYM, Nuran Çıkar başvurusunda da aynı sonuca varmıştır. (Baş. No: 2014/10761, T. 13.09.2017), <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 16.03.2021).

³⁵ "Mahkemenin iptal kararının, yükleniciden arsa payını satın alan kişilerin yüklenicinin halefi oldukları yolundaki Yargıtay içtihadına uygun olduğu anlaşılmaktadır. Hukuk kurallarının yorumlanması derece mahkemelerine ait bir yetki olduğundan Anayasa Mahkemesinin Yargıtay'ın bu içtihadına karışamayacağı kuşkusuzdur. Anayasa Mahkemesinin görevi, bu içtihadın etkilerini ve menfaatler dengesinde bir taraf aleyhine aşırı orantısızlığa yol açıp açmadığını irdelemekten ibarettir". Nuran Çıkar Başvurusu (Baş. No: 2014/10761, T. 13.09.2017), <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 16.03.2021).

maktadır. Arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine yüklenici ile üçüncü kişi arasında akdedilen bu sözleşmelerin akıbetinin ne olacağı tartışmalıdır.

İlk ihtimalde, yüklenici, üçüncü kişi ile noterde ya da tapuda taşınmaz satış vaadi sözleşmesi düzenleyebilir. Henüz ortada taşınmaz mevcut olmasa da Yargıtay gelecekte gerçekleşecek bir olay için taşınmaz satış vaadi sözleşmesi düzenlenebileceğini hükme bağlamaktadır.³⁶ Böylece, yüklenici, arsa sahibi ile yaptığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan edimini bütünüyle yerine getirmeden de üçüncü kişi ile taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapabilir. Yüklenici ile alıcı-üçüncü kişi arasında akdedilen taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, nispi nitelikte bir sözleşmedir ve sadece asıl sözleşme olan taşınmaz satış sözleşmesinin yapılmasına ilişkin borç doğurmaktadır.³⁷ Bu sözleşmeden doğan borcu, yüklenici ifa etmedikçe alıcı-üçüncü kişi adına doğmuş herhangi bir aynı hak söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde, alıcı-üçüncü kişi, arsa sahibinden arsa payının devrini talep edemez. Alıcı-üçüncü kişi, yükleniciye karşı, sözleşmenin ifa edilmemesinden ötürü cebri tescil davası açabilir³⁸ yahut yüklenicinin imkânsızlık ya da temerrüdü nedeniyle sorumluluğu için genel hükümlere başvurabilir.³⁹

Bir diğer ihtimal ise, yüklenici, arsa sahibinden olan arsa payının devrini talep alacağını, alacağın devri hükümleri çerçevesinde adi yazılı şekilde üçüncü kişiye devredebilir. Yargıtay, yüklenici ile üçüncü kişi arasında akdedilen taşınmaz satım ve taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin resmi şekle uyulmadan akdedilmesi halinde, üçüncü kişiyi koruma amacı ile bu sözleşmeleri alacağın devri işlemine tahvil⁴⁰ etmektedir. Geçerlilik şekline uyulmadan akdedilen taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin ayakta tutularak ve mülkiyet devrini haksız olarak geciktiren yükleniciye karşı üçüncü kişinin başvurabileceği bir yol olarak, geçersiz taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, geçerli alacağın devri sözleşmesine dönüştürülmektedir. Yargıtay, esasında, yüklenicinin üçüncü kişiler ile geçerlilik şekline uyarak yapmış olduğu taşın-

³⁶ “Bu sözleşmenin hukuken geçerli bir biçimde kurulması sözleşmede tarafların borçlandıkları ana edimlerin belirlenmiş ya da belirlenebilir olmasına bağlıdır. Belirli ya da belirlenebilir olma yönünden önemli olan, sözleşmenin kurulduğu an değil ifa anıdır. Satış vaadine dayalı tapu iptali ve tescil davasına konu taşınmazlar, ifa anında belirlenebilir nitelikte olup ...”. 14 HD. 01.03.2004 T., 2003/8604 E., 2004/1301 K. Legalbank, (Erişim Tarihi: 06.04.2021).

³⁷ EREN, a.g.e., s. 197.; A. Lale SİRMEN, *Eşya Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2020, s. 366.; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, a.g.e., s. 451-452.

³⁸ AYAN, a.g.e., s. 305.

³⁹ EREN, a.g.e., 200.; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, a.g.e., s. 457, dp. 475.

⁴⁰ 23. HD 13.11.2013 T, 2013/5212 E., 2013/7076 K.: “Davacı ile davalılardan yüklenici şirket arasında yapılan 04.01.2010 tarihli hukuki işlem, alacağın temlik hükmündedir (BK m.161., TBK m.183). Zira yüklenici, arsa sahibi ile yaptığı sözleşme uyarınca kazanacağı şahsi hakkını davacıya temlik etmiş bulunmaktadır. Bu nitelikteki bir temlikin geçerli olabilmesi için ise BK’nın 163. (TBK m.184) uyarınca yazılı şekil şartı yeterli bulunmaktadır”. Legalbank, (Erişim Tarihi: 05.04.2021).

maz satış vaadi sözleşmelerini de alacağın temlikli olarak değerlendirmektedir.⁴¹ Tarafların açık iradeleri her ne kadar taşınmaz satış vaadine yönelik olsa da Yargıtay, bu sözleşmenin “hukuken alacağın temlikli işlemi” olduğuna hükmetmektedir. İlk ihtimalde ele aldığımız taşınmaz satış vaadi sözleşmelerine de Yargıtay çoğunlukla alacağın temlikli hükümlerini uygulamaktadır.

Yüklenicinin inşaatı yapma borcunu ifa etmesi ile arsa sahibi yükleniciye düşen bağımsız bölümlerin devrini gerçekleştirmelidir. Eğer arsa sahibi, yüklenici edimini ifa etmesine rağmen, hala devri gerçekleştiriyorsa bu durumda, alıcı-üçüncü kişi alacağın devri hükümlerine dayanarak arsa sahibi ve yükleniciye karşı tescile zorlama davası (TMK m.716) açabilir.⁴² Yüklenicinin arsa sahibine karşı olan edimini ifa ettiği durumlarda, alıcı-üçüncü kişi alacağın temlikli hükümleri aracılığı ile alacağına kavuşmaktadır.

Ancak yüklenici edimini gereği gibi ifa edemezse, bu durumda üçüncü kişiler arsa sahibinden devir talebinde bulunamayacaktır. Zira alacağın devrinin koşullarından bir tanesi alacağın mevcut ve geçerli olmasıdır.⁴³ Yargıtay’ın da kararlarında haklı olarak belirttiği üzere arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi ile sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağı için yüklenicinin arsa paylarının kendi adına tescilini talep etmesi mümkün değildir; edimini yerine getirmedeği için alacak hakkı bulunmamaktadır.⁴⁴ Bu nedenle üçüncü kişinin başvurur-

⁴¹ AYAN, a.g.e., s. 312.; KURT, a.g.e., s. 343.; Yargıtay, geçerlilik şeklinde uygun olarak akdedilen taşınmaz satış vaadi sözleşmesine ilişkin hukuki nitelendirme yaparken aslında bu işlemin alacağın temlikli olduğunu hükme bağlamıştır: “Davadaki istemin dayanağı biçimine uygun düzenlenmiş 17.07.2003 günlü taşınmaz satış vaadi sözleşmesidir. Bu sözleşmeyle diğer davalı yüklenici B.Alı’nın arsa sahibi ile olan 29.11.2002 günlü arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yükleniciye bırakılması kararlaştırılan çekişme konusu B bloktaki 25 numaralı bağımsız bölümü davacıya satış vaadinde bulunduğu görülmektedir. Yüklenicinin yaptığı bu işlem hukuken, alacağın temlikli işleminden ibarettir”. 14 HD, 05.03.2009 T., 2009/1786 E., 2009/2803 K., Lexpera, <https://www.lexpera.com.tr>, (Erişim Tarihi: 20.05.2021).

⁴² YHGK 02.07.2003 T., 2003/14-452 E., 2003/456 K.: “Davacı ile yüklenici arasında doğrudan bir sözleşme ilişkisi yok ise de yüklenicinin akidi durumundaki dava dışı V. S. ‘dan harici sözleşme ile dava konusu daireyi satın alan davacının, bu sözleşme nedeni ile yukarıda açıklanan şekilde alacağın temlikli hükümleri çerçevesinde temlik alan konumuna girdiği açıktır. Dolayısıyla temlik alan durumundaki davacı, yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesindeki edimlerini ifa ettiği andan itibaren, alacağın temlik hükümleri çerçevesinde bu kişisel hakkını arsa sahibi ve yükleniciyi hasım göstermek sureti ile ileri sürüp, o bağımsız bölümün kendisi adına tescilini siteme hakkını kazanır”. Legalbank, (Erişim Tarihi: 31.03.2021).; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, a.g.e., s. 459.

⁴³ OĞUZMAN/ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II*, Vedat, İstanbul, 2016, s. 566-570. (II); AKKAYAN YILDIRIM, a.g.e., s. 81.

⁴⁴ Halis YAŞAR, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Üçüncü Kişinin (Alıcının) Hak ve Sorumlulukları”, *TBB Dergisi*, 102, 2012, s. 301.; “...yüklenicinin devrettiği bölümler davalıların murisine alacağın temlikli niteliğinde adi bir belgeyle geçirilmiştir. Yüklenicinin bu bölümlerde bir hak sahibi olabilmesi, inşaatın getirildiği seviyeyle daha kısa bir anlatımla edimini yerine getirdiği ölçüde mümkündür. Oysa yüklenicinin inşaatı terk ettiği ve inşaatı yapsaydı elde edeceği dairelere hak kazanmadığı ortadadır. Bir kimsenin kazanmadığı bir hakkı da başkalarına devretmesi söz konusu değildir”. 15 HD, 13.04.2000 T., 1999/4914 E., 2000/1789 K. Legalbank, (Erişim Tarihi: 06.04.2021).

bileceği tek yol, yükleniciye karşı garanti yükümlülüğüne (TBK m.191) ya da genel hükümlere (TBK m.112) dayanarak dava açmaktır.⁴⁵ Üçüncü kişi, inşaatta bulunan eksiklikleri tamamlamak istese dahi iş sahibi bu teklifi kabul etmek zorunda değildir.⁴⁶ Ancak, üçüncü kişiyi korumak amacıyla arsa sahibinin arsasında meydana gelen sebepsiz zenginleşme için yüklenicinin talepte bulunma hakkının da alacağı devri nedeniyle üçüncü kişi tarafından arsa sahibine karşı ileri sürülebileceğine hükmedilmelidir.⁴⁷ Üçüncü kişi, bu sayede, verdiği bağımsız bölüme karşılık gelen bedelin tamamına olmasa da bir kısmına ulaşabilecektir.⁴⁸

IV. Taraflar Arasındaki Borçlandırıcı İşleme Dayanarak Yüklenicinin Arsa Payını Üçüncü Kişiyeye Tapuda Devretmesi ve Devrin Sonucu

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi, sözleşme akdedildikten hemen sonra yükleniciye düşecek bağımsız bölümlere ilişkin arsa payını, tapuda yükleniciye devretmektedir. Hatta bazı sözleşmelerde arsanın bütünüyle yükleniciye devrinin kararlaştırıldığı da görülmektedir. Bu sayede yüklenici, inşaat ruhsatını alırken ya da çeşitli idari işlemler yaparken daha hızlı davranmaktadır ve taraflar açısından bu bir kolaylık teşkil etmektedir. Arsa payını devralan yüklenici, kendisine finansman sağlamak amacı ile üçüncü kişiyeye satış yaptığı durumlarda tapuda mülkiyet devrini de gerçekleştirmektedir. Taraflar arasında sadece borçlandırıcı işlemin yapılması durumunda ne olacağına ilişkin bir önceki bölümde açıklamalar yapılmıştır. Bu bölümde ise üçüncü kişi adına mülkiyet devrinin gerçekleştirildiği ihtimal değerlendirilecektir.

Yargıtay'ın içtihatlarında belirttiği üzere arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönmesi aynı etkilidir. Aynı etkili dönme durumunda tasarruf işlemlerinin sebebe bağlı olması nedeni ile tasarruf işlemi hiç yapılmamış gibi aynı haklar devredene geri döner.⁴⁹ Dolayısıyla yapılan tescil dönme ile bir-

⁴⁵ OĞUZMAN/ÖZ, II, s. 590-594.; Bilal KARTAL, *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, Matsa, Ankara, 1993, s. 53.

⁴⁶ AYAN, a.g.e., s. 310.; Eğer inşaattaki eksiklikler giderilebilir ölçüde ise üçüncü kişi bu eksikliği tamamlayıp bağımsız bölümün devrini talep edebilir. YENER, a.g.e., s. 376.

⁴⁷ "Bu tip sözleşmelerin akından sonra müteahhitlerin inşaatı yarıda bırakması ve acz içine düşmesi olağan hale gelmiştir. Bu hal de arsa sahiplerinin özen borcuna ne kadar çok dikkate etmeleri gerektiğinin ispatıdır. Meydana gelen bu üçlü hukuki işlemde, eğer müteahhidin ekonomik gücü ve tecrübesi yeterli olsa idi inşaat tamamlanacak ve zarar meydana gelmeyecektir. Yarım kalan inşaat sebebiyle satın alanların zararını karşılayacak olan kişi sözleşmenin tarafı olarak müteahhittir bunda hiç şüphe olmaz. Ne var ki müteahhit acze düşer ve tahsil edecek hiçbir şeyi kalmazsa satın alan buna tek başına mı katlanacaktır? ... O halde satın alan kişi olan davacı, davalı arsa sahibinden onun mamelekine geçen zenginleşmeyi sebepsiz zenginleştiği oran nispetinde isteyebilir". HGK. T. 28.03.2001, E. 2001/13-200, K. 2001/286 karşı oy yazısı.; COŞKUN, a.g.e., s. 157-158; ERMAN, a.g.e., s. 148-149.

⁴⁸ İNAL, a.g.e., s. 1215. ERMAN, a.g.e., s. 148-149.

⁴⁹ SİRMEN, a.g.e., s. 362.

likte yolsuz hale gelir,⁵⁰ bu nedenle arsa sahibi üçüncü kişiden tapu kütüğünün düzeltilmesi davası ile arsa payını iade alabilir. Yargıtay, yolsuz tescil durumunda alıcı-üçüncü kişinin TMK m.1023'e göre iyiniyete dayalı kazanımını bu kişilerin iyiniyetli olmadıkları gerekçesi ile kabul etmemektedir. Hatta Yargıtay'a göre, sadece yükleniciden arsa payını devralan üçüncü kişi değil, üçüncü kişiden sonradan devir alan diğer kişilerden de arsa sahibi taşınmazın iadesi talebinde bulunabilir.⁵¹

Yargıtay her ne kadar bir içtihat geliştirmiş olsa da bu içtihat, İBK olmadığı için, bağlayıcı değildir. Bu nedenle Yargıtay içtihadının değişmesi için doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Yargıtay'ın içtihadında ısrarcı olması yükleniciden bağımsız bölüm alan üçüncü kişileri zor duruma soktuğu gibi hukuki güvenlik ilkesini de ihmal etmesi sebebiyle vatandaşların adalete olan güven duygusunu zedelemektedir.

Yargıtay, sözleşmeden dönülmesi halinde tasfiye ilişkisine aynı etkili dönme görüşünün uygulanacağını kabul ettiği için arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde böyle bir sonuca ulaşmaktadır. Ancak tasfiye ilişkisinin nasıl olacağına ilişkin olarak doktrinde birden fazla görüşün bulunduğu ve bu görüşlerin sonuçlarına yukarıda yer verilmiştir.

⁵⁰ ÖZ, İnşaat, s. 271.; "yüklenici ya da yüklenicinin talimatıyla arsa sahibinden pay devraldıklarının anlaşılıp kabul edilmesi halinde, yolsuz tescil olduğunu bildikleri ya da bilecek durumda olmaları sebebiyle TMK'nın 1023. maddesindeki iyiniyetle kazanımdan yararlanamayacaklarından bunlar hakkındaki tapu iptâl ve tescili isteminin kabulüne karar verilmesi gerekirken..." 15. HD. 26.6.2019 T, 2018/4559 E., 2019/2998 K. Legalbank, (Erişim Tarihi: 06.04.2021); "Feshedilen sözleşme, arsa sahibi ve yüklenici arasındaki sözleşme olup, tasfiyenin bu kişiler arasında yapılması gerekirse de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yükleniciye finansman kolaylığı sağlamak üzere, daha inşaat aşamasında tapu devri yapılmakta, yüklenici de devraldığı bu tapuyu, sattığı bağımsız bölüme karşılık üçüncü kişilere temlik etmektedir. Arsa sahibinin sözleşmeyi geriye etkili feshetmesi üzerine, sözleşme sanki hiç yapılmamış gibi, tarafların durumları sözleşme öncesine döneceğinden, yüklenicinin üçüncü kişiye yaptığı temlik de artık sebepsiz kalır. Bu durumda Dairemiz uygulamalarına göre; fesih ve tasfiye işlemlerinin, üçüncü kişilerin haklarını da etkileyeceği, bir bakıma avans ödemesi niteliğindeki bu tapuların, arsa sahibine döneceği, devralan üçüncü kişilerin iyi niyet savunmalarının da dinlenemeyeceği kuşkusuzdur." 15 HD 14.10.2019 T., 2019/643 E., 2019/3904 K., Legalbank, (Erişim Tarihi: 09.04.2021).

⁵¹ AYAN, a.g.e., s. 304, dp. 537: 15 HD 19.10.1998 T., 3274/3915: "İnşaatları daire alan üçüncü kişilerin durumuna gelince; yüklenici dışında davalı sahada yer alan bu kişiler, davalı Secahattin'den pay satın almışlardır, bir kısmı ise Secahattin'in sattığı kişilerin devrettiği şahıslardır. Tüm bu satın alan davalıların amacının arsanın satımı olmayıp, arsa üzerinde yapılacak inşaatın bağımsız bölümler edinmek olduğunda kuşku yoktur. Bu nedenle işlemin geçerliliğinin arsa sahibine karşı üstlenilen edimin tamamen yerine getirilip dairelerinin teslimi şartına bağlı olduğunu bilmeleri hayatın olağan akışının icabındandır. Davacılar satın alma işlemini gerçekleştirirken gerekli özeni göstermelidirler. Bu sebeple MK'nın 931. maddesi hükmünden yararlanmaları düşünülemez". Lexpera, (Erişim Tarihi: 06.04.2021); Yargıtay, yüklenici adına kayıtlı taşınmazın haciz ve cebri icra yolu ile tamamen bir başka kişiye satılması durumunda bile arsa sahibine yüklemesiz döneceğini kabul etmektedir. GÜMÜŞ, Cilt 2, s. 230.; 15 HD, 10.12.1990 T. 1315/5386. ERMAN, a.g.e., s. 143, dp. 13.

Bu doğrultuda, doktrinindeki bir görüş, sözleşmeden dönme halinde yasal borç ilişkisi görüşünün uygulanması gerektiğini kabul etmektedir.⁵² Bu görüş doğrultusunda, sözleşme geçerli iken yapılan tasarruf işlemlerinin geçerliliğinin, sonradan sözleşmeden dönülmesi nedeniyle etkilenmeyeceği ileri sürülmektedir.⁵³ Bu görüşü savunan yazarlardan olan ÖZMEN/ÜREM, Türk Hukukunda avans tapu⁵⁴ gibi bir hukuki kurumun bulunmadığını ve bu kurumun yargı kararları ile ihdas edilerek aynı etkili dönme görüşü ile birlikte üçüncü kişileri mağdur ettiğini ifade etmektedir.⁵⁵ Borçlandırıcı işlemin geçerli olduğu süreçte yapılan tasarruf işlemi, borçlandırıcı işlemin daha sonra geçersiz olması ile geçersiz olmayacaktır⁵⁶ ve dolayısıyla bu durum sadece sebepsiz zenginleşmeye kaynaklık edecektir.⁵⁷ Sözleşmeden dönülmesi halinde taraflar iadeyi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapacaktır; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin devrettiği arsa payı da bu doğrultuda TMK m.716 hükmüne göre talep edilebilmelidir.⁵⁸ Yargıtay'ın 1023 hükmüne göre üçüncü kişileri iyiniyetli saymaması noktasında da TMK m.1023 hükmünün uygulamasının bu konuda olamayacağı; zira ortada yolsuz bir tescilin bulunmadığı savunulmaktadır.⁵⁹ Yüklenici, arsa sahibi ile aralarında geçerli bir sözleşme varken tapu devrini almıştır ve dolayısıyla mülkiyet hakkını iktisap etmiştir.⁶⁰ “yüklenici adına yapılmış olan tescil geçerli bir tescildir”.⁶¹ Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlar, geri dönülemez hak ihlallerine yol açmaktadır ve bu nedenle içtihatların değişmesi gerekmektedir.

Doktrinde bir başka görüş ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçici-süreklî karmaşığlı bir nitelik taşıdığını; kural olarak sözleşmenin feshinin gündeme gelmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁶² Sözleşme ileriye etkili olarak sona erince

⁵² ÖZMEN/ÜREM, **a.g.e.**, s. 18.; AYDIN, **a.g.e.**, s. 434.

⁵³ **A.e.**, s. 19.; Aynı sonuca dönüşüm teorisini savunan yazar da varmaktadır. KURT, **a.g.e.**, s. 326.

⁵⁴ Yargıtay, sözleşmenin başlangıcında yükleniciye devredilen tapuların avans niteliğinde olduğunu ve aslında yüklenicinin mülkiyet hakkı kazanmadığını düşünmektedir. “*Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinde arsa sahibi ya da arsa sahiplerince yüklenici veya yüklenicinin talimatıyla üçüncü kişilere borcunun tapu payı ya da bağımsız bölümün devri, arsa sahibinin üstlendiği arsa payı devri ödenmesi borcu ile ilgili avans niteliğinde olup bu yolla yapılan temlik sonucu oluşturulan tapu kayıtları ile adına tescil yapılanlar, gerçek mülkiyet hakkını kazanmaz*”. 15 HD, 26.6.2019 T., 2018/4559 E., 2019/2998 K. Legalbank, (Erişim Tarihi: 13.04.2021).

⁵⁵ ÖZMEN/ÜREM, **a.g.e.**, s. 29.

⁵⁶ AYDIN, **a.g.e.**, s. 435.

⁵⁷ ÖZMEN/ÜREM, **a.g.e.**, s. 23.

⁵⁸ **A.e.**, s. 23.

⁵⁹ **A.e.**, s. 27.

⁶⁰ KURT, **a.g.e.**, s. 326.; Zeynep AYAR BİRKİN, *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Taraf Değişiklikleri*, Seçkin, Ankara, 2019, s. 114. (Çevrimiçi), <https://www.turcademy.com>, (Erişim Tarihi: 14.04.2021).

⁶¹ KAHRAMAN, **a.g.e.**, s. 438.

⁶² ERMAN, **a.g.e.**, s. 138.

de yüklenici inşaatı tamamlama oranında edime hak kazanacağı⁶³ için üçüncü kişiye yapılan devirler açısından bir geçersizlik söz konusu olmayacaktır. Fesih anına kadar yerine getirilen edimler geçerli olduğu için üçüncü kişi mülkiyeti kazanmış olacaktır.⁶⁴ Kaldı ki, aynı etkili dönme görüşü kabul edilse dahi üçüncü kişilerin çoğunlukla iyiniyetli olacağı ortadadır.⁶⁵ Yargıtay, adeta, kötüniyet karinesi⁶⁶ ihdas etmiştir ve kötüniyetin ispat edilmesini dahi aramamaktadır;⁶⁷ bu durum ise mevcut hukuk düzenimiz açısından kabul edilemez; iyiniyetin varlığı asıldır ve kötüniyet iddiasında bulunan kişinin bu durumu ispat etmesi aranır (TMK m.3). Ayrıca, üçüncü kişinin kötüniyeti; arsa sahibinin dönme hakkına sahip olduğunun ve yakında bu hakkın kullanılacağına bilinmesine ilişkin olmalıdır.⁶⁸

Doktrinde, Yargıtay gibi dönme durumunda aynı etkili dönme görüşünün uygulanacağı da savunulmaktadır.⁶⁹ Ancak bu görüşün savunulmasına rağmen, eğer sözleşmenin geçerli olduğu aralıkta yüklenici üçüncü kişilere tapu devrini gerçekleştirmişse üçüncü kişilerin iyiniyetli oldukları durumda mülkiyeti iktisap edecekleri; iş sahibinin ise iadenin “imkansızlaşmış olmasından doğan bütün zararlarının tazminini talep” edebileceği belirtilmektedir.⁷⁰ Yargıtay’ın üçüncü kişilerin kötüniyetli olduğuna ilişkin karinesine katılmak mümkün değildir; zira TMK m.3’e göre iyiniyetin varlığı asıldır, bu nedenle üçüncü kişilerin kötüniyetli oldukları ispat edilmediği sürece mülkiyet kazanımları korunmalıdır.⁷¹ Hatta AYAN, arsa sahibinin yükleniciye vekalet vererek üçüncü kişiye devir gerçekleştirdiği durumlarda, temsil yetkisinin soyut olması nedeniyle üçüncü kişinin mülkiyet hakkının sahibi olacağını ve arsa sahibinin yüklenici ile aralarında olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönmesi nedeniyle mülkiyet hakkını geri isteyemeyeceğini ifade etmektedir.⁷²

⁶³ KARATAŞ, a.g.e., s. 383.; ERMAN, a.g.e., s. 147, dp. 19.

⁶⁴ ERMAN, a.g.e., s. 138.

⁶⁵ A.e., s. 139.

⁶⁶ KAHRAMAN, a.g.e., s. 444.; AYDIN, a.g.e., s. 440.

⁶⁷ KAHRAMAN, a.g.e., s. 434: “MK’nın 931. maddesinden, kendisinden asla şüphe edilmesi olanağı bulunmayan gerçekten ve yüzde yüz iyiniyetli olan kişiler yararlanabilir. Olayda yukarıda açıklanan nedenlerle davalının iyiniyetli sayılması imkânı bulunmadığına, tersine kötü niyetli sayılması lâzım geldiğine, bu durum karşısında davacının karşı tarafın kötü niyetli olduğunu iddia ve ispat etmesi bile gerekli olmadığına göre davanın kabulü gerekirken reddedilmesi yolsuzdur”. 1 HD, 29.12.1978 T., 1978/13105 E., 1978/13941 K. Legalbank, (Erişim Tarihi: 09.04.2021).

⁶⁸ ÖZ, İnşaat, s. 173.

⁶⁹ A.e., s. 242.; AYAN, a.g.e., s. 269-270.

⁷⁰ AYAN, a.g.e., s. 273.

⁷¹ ÖZ, İnşaat, s. 259-260.; AYAN, a.g.e., s. 273.; COŞKUN, a.g.e., s. 142.

⁷² AYAN, a.g.e., s. 302, dp. 536.; GÜMÜŞ, Cilt 2, s. 229.; Vekalet yetkisi aşılmamış ise üçüncü kişi geçerli olarak devri iktisap edecektir. KAHRAMAN, a.g.e., s. 449.; Payın devredildiği durumda vekalet yetkisi geçerli olduğu için devralanın iktisabı geçerlidir. Turan ŞAHİN, “Eser Sözleşmesinde Yüklencinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü” (Doktora tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2012, s. 249.

GÜMÜŞ, sözleşmeden dönmenin sözleşme geçerli iken gerçekleşen aynı hak kazanımlarına bir etkisi olmayacağını; bu nedenle yükleniciden tapu devrini alan üçüncü kişinin iktisabının TMK m.1023 hükmü uygulamasına gerek olmaksızın korunacağını belirtmektedir.⁷³ Yüklenici, üçüncü kişiye devir gerçekleştirdiği anda tasarruf yetkisine sahip olduğu için⁷⁴ üçüncü kişi mülkiyeti doğrudan kazanacaktır. Yargıtay'ın kararlarında sıklıkla kullandığı avans tapu kavramının “askıda mülkiyet” durumu yarattığını ve bunun tam hak iktisap teorisi çerçevesinde kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir.⁷⁵ Aynı etkili dönme görüşü kabul edilse bile üçüncü kişinin TMK m.1023 gereğince iyiniyetli olarak bu iktisabı edineceğine de ayrıca dikkat çekmektedir.⁷⁶

Doktrinde de isabetli olarak işaret edildiği üzere avans tapu kavramı, taşınmaz mülkiyetinin devrini bir anlamda bozucu koşula bağlamaktadır.⁷⁷ Bu ise mevcut hükümler ile birlikte kabul edilemez bir sonuçtur.⁷⁸ Tapu kütüğüne yapılan tescil geciktirici veya bozucu şarta bağlanamaz.⁷⁹ Ancak, Yargıtay, kararlarında bu hükmün mevcudiyetini yok saymaktadır.⁸⁰

Bazı durumlarda arsa sahibi, yükleniciye sözleşmenin başında tapu devri gerçekleştirmeye de yükleniciye sadece arsa payı satışı için vekaletname verir. Yargıtay, arsa sahibinin yükleniciye vekalet vermiş olduğu bu durumlarda da üçüncü kişinin iyiniyet iddiası dinlenmez şeklinde hüküm kurmaktadır.⁸¹ Ancak hem arsa sahibinin yükleniciye tapu devrini gerçekleştirdiği hem de vekaletname verdiği durumlarda arsa sahibi kendi neden olduğu bir duruma aykırı davranmaktadır.⁸² Doktrinde bir başka görüş, aynı etkili dönme görüşünün benimsenip üçüncü kişiler kötüniyetli sayılsa bile arsa sahibinin, yükleniciye bu arsa paylarının devirlerini geçirmek suretiyle yapılacak

⁷³ GÜMÜŞ, Cilt 2, s. 229-232.; Aynı görüşte bkz.: KAHRAMAN, a.g.e., s. 447, dp. 77.

⁷⁴ COŞKUN, a.g.e., s. 144.; ŞAHİN, a.g.e., s. 251.

⁷⁵ GÜMÜŞ, Cilt 2, s. 231-232. Yazar, inanca devir halinde dahi tam hak iktisabı kabul edilirken arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yaratılan bu içtihadın doğru olmadığını savunmaktadır. Bu sonucun kabul edilebilmesinin tek yolu, yüklenici ile arsa sahibi arasındaki sözleşmede, yapının tamamlanması ve iş sahibinin hak ettiği bağımsız bölümlerin onun adına tescil edilmesi geciktirici şartının bulunmasıdır.

⁷⁶ Aynı görüş için bkz.: ÖZ, Dönme, s. 259.

⁷⁷ İsa ENLİ, *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İş Teslim Borcu ve Temerrüdü*, Seçkin, Ankara, 2017, s. 183. www.turcademy.com, (Erişim Tarihi: 14.04.2021). (Kat Karşılığı İnşaat); AYDIN, a.g.e., s. 437.

⁷⁸ ÖZMEN/ÜREM, a.g.e., s. 23.; KURT, a.g.e., s. 332.

⁷⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, a.g.e., s. 230-231.; Tescil bozucu ya da geciktirici koşula bağlanmasa da taşınmaz satım sözleşmesi geciktirici koşula bağlı olarak yapılabilir. TBK Madde 243- “Bir taşınmazın koşula bağlı satışında, koşul gerçekleşmedikçe tapu siciline tescil yapılamaz”.

⁸⁰ GÜMÜŞ, Cilt 2, s. 232.

⁸¹ 15 HD, 27.10.2005 T., E. 2005/375, K. 2005/5775; HGK, 25.10.2000 T., 2000/1-1280 E., 2000/1554 K.; 15 HD, 16.3.2005 T., E. 2005/534, 2005/1536 K. COŞKUN, a.g.e., s. 139-140. Arsa sahibinin bizzat yaptığı işlem ile vekaletname ile yaptığı işlem arasında bir fark bulunmamalıdır. COŞKUN, a.g.e., s. 146.

⁸² Yazar, bu durumda, arsa sahibinin üçüncü kişiden tapu iadesini talep etmesini açıkça hakkın kötüye kullanımı olarak nitelemektedir. İNAL, a.g.e., s. 1214.

satışlara onay verdiğini ve bu nedenle daha sonra üçüncü kişiden bu arsa paylarını çelişkili davranış yasağı gereği iade talep edemeyeceğini ifade etmektedir.⁸³ Üçüncü kişiye karşı, arsa sahibi, güven vermiş ve böyle bir ortam yaratmışsa, “hatta, müteahhide bizzat alıcı” bulmuşsa arsa sahibinin daha sonra iadeye yönelik talebi kabul edilmemelidir; arsa sahibi, “kendi yarattığı güven ortamının sonuçlarına katlanmalıdır”.⁸⁴ Yargıtay da eski tarihli bir kararında arsa sahibinin yükleniciye tapuda devir yaparak yüklenicinin yapacağı satışlara onay verdiğine ve bu imkanı sağladığı için de üçüncü kişinin iyiniyetli olarak mülkiyete hak kazanacağına karar vermiştir.⁸⁵

V. Değerlendirme

Yargıtay, doktrinde ileri sürülen itirazlara rağmen aynı etkili dönmeye ve üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığına ilişkin içtihadını ısrarla devam ettirmektedir. Ancak, arsa sahibinin kendisini koruyabileceği yöntemler varken⁸⁶ ve yüklenicinin seçiminde özenli olması gerekirken, arsa sahibi, bu imkanları tüketmeden doğrudan yükleniciye arsanın mülkiyetini tapuda devretmektedir. Yüklenici ve arsa sahibi arasındaki nispi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan bütün riskleri de üçüncü kişi üstlenmektedir. Yargıtay’ın kabulüne göre, alıcı-üçüncü kişiler, “yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirdiği takdirde hak kazanabileceğini bilmesi gereken ve inşaatın tamamlanmaması riskini üstlenen kişilerdir”.⁸⁷ Oysa üçüncü kişi arsa payını, en güvenli şekilde tapuda devir almaktadır; burada riski üstlenen kişi baştan tapu devrini gerçekleştiren arsa sahibidir.⁸⁸ “Riskin tümüyle üçüncü kişi üzerinde bırakılması menfaatler dengesine aykırıdır”.⁸⁹ Bu yüzden güveni korunması gereken kişi arsa sahibi değil, alıcı-üçüncü kişilerdir.⁹⁰

Arsa sahibi, ekonomik çıkarlarını gözeterek “ticari bir risk olarak”,⁹¹ yükleniciye söz konusu tapu devrini gerçekleştirmektedir. Üçüncü kişinin, arsa sahibi

⁸³ Mehmet Deniz YENER, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 131; COŞKUN, a.g.e., s. 147.; AYDIN, a.g.e., s. 441-442.

⁸⁴ ÖZ, İnşaat, s. 262.

⁸⁵ 15.HD. 07.12.1988, 2889/4213. Mustafa Reşit KARAHASAN, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Öğreti Yargıtay Kararları Cilt 2*, Beta, İstanbul, 2002, s. 718.

⁸⁶ Örneğin, arsa sahibi yüklenicinin alacağı devri sözleşmesi yapmasını yasaklayabilir ya da kendi onayına tabi tutabilir. YENER, a.g.e., s. 374.

⁸⁷ COŞKUN, a.g.e., s. 132.

⁸⁸ COŞKUN, a.g.e., s. 146.

⁸⁹ Emrehan İNAL, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında İnşaat Sözleşmelerinin Sözleşmeye Taraf Olmayan Üçüncü Kişilere Etkisi”, *İnşaat Hukuku ve Uygulaması* (Ed. Emrehan İnal/Başak Baysal), Onikilevha, İstanbul, 2017, s. 378 (İnşaat Hukuku).

⁹⁰ AYDIN, a.g.e., s. 441.

⁹¹ KAHRAMAN, a.g.e., s. 445.; Gülşah Sinem AYDIN, “Arsa Sahibinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmesinin Yükleniciden Arsa Payı Satın Alan Üçüncü Kişilere Etkisi ve Bu Etkinin Yargı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *TBB Dergisi*, 2019, 141, s. 419.

ile yüklenici arasında kişisel hak doğuran nispi sözleşme hükümlerini bilmesi ve bu sözleşmeden daha sonradan dönülmesi halinde kendi tapusunun da iadesinin gerekeceğini bilmesi ya da bilmesi gerekmesi mümkün değildir.⁹² Kaldı ki, arsa sahibi ve yüklenici arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi; yüklenici ile alıcı-üçüncü kişi arasında da duruma göre taşınmaz satış vaadi, taşınmaz satış sözleşmesi ya da alacağın devri⁹³ vardır. Bu sözleşmeler, Borçlar Hukuku'na ege-men olan ilkeler dolayısıyla nispi ile maluldür ve taraflar kendi aralarındaki sözleşmeler nedeniyle üçüncü kişiyi borçlu durumuna sokamazlar.

Yargıtay'ın yerleşik içtihadı uygulamada ciddi sorunlara neden olmaktadır. Arsa sahibi tek kişi iken yükleniciden kimi zaman bağımsız bölüm satın alan on-larca kişi olmaktadır. İnşaat projelerinin de son zamanlarda nitelik değiştirmesi ile birlikte büyük projeler ile yüzlerce bağımsız bölümün satışı söz konusu ol-maktadır.⁹⁴ Bir tarafta arsa sahibi, diğer tarafta ise hayatları boyu birikim yaparak en güvenilir yatırım aracı olan gayrimenkule bütün emeklerini yatıran yüzlerce vatandaş bulunmaktadır.

Topraktan (maketten) satış durumlarında, inşaat firmaları lansman toplantıla-rı düzenleyerek hem alıcıları cezbetmektedir hem de inşaatın devamı için finans-man kaynağı sağlamaktadır. Uygulamada bağımsız bölümlerin satışı çoğunlukla bu yöntem ile gerçekleşmektedir. Çoğu durumda tüketici konumunda bulunan alıcının, yüklenici ile arsa sahibi arasındaki sözleşmeyi ve sözleşmenin koşulları-nı bilmesi mümkün değildir. Çoğunlukla tüketici olan alıcının, yüklenicinin yap-tığı işleri ve ekonomik durumunu tespit edebilmesi, araştırma yapması mümkün değil iken arsa sahibi işi herhangi bir yükleniciye vermeden önce bu araştırmaları yapmakla yükümlüdür; aksi takdirde yüklenici ile yaşayacağı sorunların kaynağı kendisi olmaktadır. Alıcı-üçüncü kişi, bu araştırmayı yapabilecek durumda değil iken; arsa sahibi, yüklenicinin inşaatın giderlerini karşılamak için üçüncü kişilere satış yapacağını ya da yapması gerektiğini bilmektedir.⁹⁵ Arsa sahibinin yüklenici ile gerekli araştırmayı yapmadan akdettiği sözleşmenin sonradan geçmişe etki-li olarak yürürlükten kaldırılması durumunda sözleşmeden doğan bütün riskler üçüncü kişi üzerine bırakılmaktadır. Bu durum ise ne menfaat dengesi açısından ne de temel hukuk ilkeleri açısından kabul edilebilir.

⁹² COŞKUN, a.g.e., s. 144.

⁹³ Yargıtay'ın alacağın devri şeklinde içtihat geliştirmesi de doktrinde eleştirilere konu olmuştur: "Ala-cağın temliki ile tarafların üçlü bir ilişkiye sokulmaları doğru değildir". AYAN, a.g.e., s. 312.; Yükle-nicinin edimini yerine getirmediği durumlarda, üçüncü kişinin arsa sahibinin defileri ile karşılaşma ihtimali bulunmaktadır. KAHRAMAN, a.g.e., s. 452.; Uygulamada karşılaşılan her uyumsuzluğa pratik bir çözüm sunulması amacı ile olsa da tahvil uygulanmamalıdır. AYAR BİRKİN, a.g.e. s. 117-118.

⁹⁴ İNAL, a.g.e., s. 1204.

⁹⁵ İNAL, a.g.e., s. 1213.

Yargıtay'ın benimsediği görüşü ele aldığımızda orada da çeşitli sorunlar bulunmaktadır. Aynı etkili görüş benimsense dahi üçüncü kişiyi korucuyu farklı teoriler geliştirilebilir. Tapu sicili, devletin sorumluluğu altında ve aleni olan, kişilere taşınmazların durumu ve hak sahipliği konusunda güven veren bir sildir.⁹⁶ Tapudaki kayıtlar aksi ispat edilinceye kadar gerçek durumu yansıtmaktadır. Tapudaki bir kayda güvenen vatandaşın, resmi bir sicilin arkasında olabilecek uyuşmazlıkları düşünmesini beklemek makul değildir. Hukukçuların dahi içinden kolaylıkla çıkamadığı uyuşmazlıkların yükünü üçüncü kişilere yüklemek hakkaniyetli değildir; doktrinde ve yargı kararlarında tartışılan bir konunun çözümünü, Yargıtay'ın arsa sahibinin devrettiği paylara gerekçesiz bir şekilde avans demesi ve aynı etkili dönme görüşünü⁹⁷ hukuki gerekçelendirmeden ve hakkaniyet duygusundan uzak bir şekilde benimsemesi kabul edilemez. Doktrindeki bir kısım yazarlar da aynı etkili dönme görüşünü benimsemelerine karşın üçüncü kişinin TMK m.1023 hükmü ile korunması gerektiğini ısrarla belirtmektedir.

Neticede, AYM kararının da incelenmesi gerekmektedir. AYM, kararında, *“Bu bağlamda ilk olarak başvuruçuların tapu kayıtlarının iptalinin belirli, ulaşılabılır ve öngörülebilir bir kanuna dayalı olup olmadığı irdelenmelidir”*⁹⁸ şeklinde bir açıklamada bulunmuştur. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çifte tipli bir isimsiz sözleşme iken ve bu sözleşmeye uygulanacak hükümler kıyas yolu ile tespit edilirken; dönme sonucu tapu kayıtlarının arsa malikine döneceğine ilişkin ulaşılabılır ve öngörülebilir bir kanun olmadığı ortadadır. Yukarıda detaylıca yer verildiği üzere, sözleşmeden dönme durumunda tasfiyenin nasıl gerçekleşeceğine ilişkin açık bir kanun hükmü yoktur ve Yargıtay kimi kararlarında klasik görüşü⁹⁹ savunurken kimi kararlarında ise aynı etkili dönme görüşünü savunmaktadır. Yargıtay'ın dahi içtihatlarının değiştiği bir konuda vatandaşın hukuki öngörülebilirliğe sahip olduğu iddiası yersizdir.

AYM, kararında taraflar arasındaki menfaat dengesinin korunmasına ve taraflardan biri aleyhine ciddi dengesizlik yaratacak sonuca varılmamasına dikkat

⁹⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, a.g.e., s. 150 vd.

⁹⁷ Yargıtay, başka bir kararında tasfiyenin sebepsiz zenginleşmeye göre yapılacağını ifade etmektedir: 15. HD, 14.05.2012 T., E. 2011/6559, K. 2012/3377, *“Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin geriye etkili feshi halinde sözleşmenin tarafları ve onların halefleri sözleşme gereği verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre diğer taraftan talep edebilirler.”*; 15 HD, 10.03.2003 T., E. 2003/492, K. 2003/1152; 15 HD, 6.11.2003 T., E. 2003/1903, K. 2003/5288. KAHRAMAN, a.g.e., s. 439, dp. 56.

⁹⁸ AYM Başvuru No: 2014/12321, K. 20.07.2017, T. 27.09.2017, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 16.03.2021).

⁹⁹ *“Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin geriye etkili feshi halinde sözleşmenin tarafları ve onların halefleri sözleşme gereği verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre diğer taraftan talep edebilirler.”*; 15 HD, 10.03.2003, E. 2003/492, K. 2003/1152, KAHRAMAN, a.g.e., s. 439, dp. 56.

çekmektedir.¹⁰⁰ Son olarak AYM, üçüncü kişilerin hukuken hak arama yollarının açık olduğunu ve yükleniciye karşı tazminat davası açabileceklerini hatta arsa sahibine karşı sebepsiz zenginleşmeden ötürü de dava açabileceklerini ifade etmektedir.¹⁰¹ Ancak AYM ve Yargıtay'ın gözden kaçırmış olduğu husus şudur ki meydana gelen uyuşmazlıkların birçoğunda yüklenici ya inşaatı çoktan terk etmiştir ya da ne arsa sahibine ne de üçüncü kişiye ödeme yapacak mali gücü kalmıştır.¹⁰² Dolayısıyla Yüksek Mahkemelerin yaptığı bu açıklama teorik kalmaktadır. Uygulamada üçüncü kişiler yükleniciye ulaşmamaktadırlar. Arsa sahibinden sebepsiz zenginleşmeye dayanarak bir talepte bulunsalar dahi birden fazla üçüncü kişi olması durumunda bu tazminin çok sınırlı kalacağı açıktır.¹⁰³ AYM ve Yargıtay, her ne kadar arsa sahibini korumayı tercih etmiş bulursa da yüklenici seçimini gerçekleştiren, arsa payını peşinen yükleniciye devreden, arsa payına ipotek koydurma imkânı olan¹⁰⁴ ve bağımsız bölümlerin üçüncü kişiye satımı ile inşaatın finansmanında menfaati bulunan arsa sahibinin üçüncü kişiler karşısında korunmaya ihtiyacı olmadığı ortadadır.¹⁰⁵ Arsa sahibi, sözleşmenin başında, arsa paylarını yükleniciye devrederken, adeta “açık bir çek” vermektedir.¹⁰⁶ Arsa sahibi, bu açık çekin sonuçlarına da katlanmalıdır. Bu sözleşmelerde, üçüncü kişilerin “en zayıf halka”¹⁰⁷ olduğu görülmektedir ve menfaatler dengesi hakkaniyete göre tespit edilmelidir.

Ayrıca, arsa sahibinin aynı hakka ilişkin talebi herhangi bir zamanaşımına bağlı değilken;¹⁰⁸ yüklenicinin arsa sahibinden sebepsiz zenginleşme talebi

¹⁰⁰ “Bununla birlikte her iki tarafın menfaatlerinin mümkün olduğunca dengelenmesi ve sürecin taraflardan biri aleyhine ölçüsüz bir sonuca da yol açmaması gerekir. Menfaatler dengesinin kurulmasında taraflardan biri aleyhine bireysel olarak aşırı ve olağan dışı bir külfetin yüklenmesi pozitif yükümlülüklerin ihlali sonucunu doğurabilir”. AYM Başvuru No: 2014/12321, K. 20.07.2017, T. 27.09.2017, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 16.03.2021).

¹⁰¹ “Başvuru konusu olayda, başvuruçuların borçlar hukuku kurallarına göre yükleniciye karşı dava açma ve zararlarını tazmin etme imkânlarının bulunduğu anlaşılmaktadır. Bunun dışında ayrıca başvuruçuların arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi kapsamında yüklenicinin halefi sıfatıyla sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde arsa sahiplerinden tazminat talep edebilecekleri de görülmektedir”. AYM Başvuru No: 2014/12321, K. 20.07.2017, T. 27.09.2017, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 16.03.2021).

¹⁰² İNAL a.g.e., s. 1215.

¹⁰³ A.e., s. 1215-1216.

¹⁰⁴ KURT, a.g.e., s. 329.

¹⁰⁵ KAHRAMAN, a.g.e., s. 446.

¹⁰⁶ Semih YÜNLÜ, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü Sonucu Dönme Hakkının Kullanılması ve Etkileri”, Prof. Dr. Hasan ERMAN’a Armağan, Der, İstanbul, 2015, s. 925.

¹⁰⁷ A.e., s. 926.

¹⁰⁸ Çalışmamızda incelediğimiz Faik Tari başvuru AYM kararında aradan 24 yıl geçmiş olmasına rağmen, AYM arsa sahibinin istemini haklı bulmuş ve başvuruçular açısından hak ihlali olmadığına karar vermiştir. Hakkın kötüye kullanılması ilkesi gereğince hakkını kötüye kullanan arsa sahibinin bu imkândan yararlandırılmaması hakkında bkz. Pelin ÇAVDAR, “Anayasa Mahkemesi’nin 2014/12321

2 yıllık kısa zamanaşımı süresine bağlıdır. Aynı etkili dönme görüşünün taraflar arasında yarattığı bu dengesizlik arsa sahibinin mevcut durumunu iyice güçlendirmektedir.¹⁰⁹ Üçüncü kişi, yüklenicinin sebepsiz zenginleşme talebini devralmış olsa da uygulamada çoğu durumda bu zamanaşımı dolmuş olacaktır.

Üçüncü kişiyi koruyucu bir başka yöntem ise dönme hakkının sınırlandırılması ile sağlanabilir. Yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğunda iş sahibinin kullanabileceği dönme hakkı, TBK m.475/III hükmü ile sınırlandırılmıştır. Ayıbın önemli olması halinde ve iş sahibinin kabule zorlanamayacağı durumlarda dönme hakkı kullanılabilir.¹¹⁰ Ayıbın inşaatın mevcut durumuna göre daha az ehemmiyet taşıdığı durumlarda dönme yaptırımının ağır sonuçlarından yüklenici korunmak istenmiştir.¹¹¹ Bu hüküm temerrüt halinde de kıyasen uygulanabilir.¹¹² Ayıp ve temerrüt halinde korunmak istenen menfaatler birbirine yakındır¹¹³ ve bu yöntemin benimsenmesi suretiyle üçüncü kişiler de daha iyi bir korumaya sahip olacaklardır. Dönme hakkının hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda sınırlandırılması ile üçüncü kişilerin kazanımları korunabilir.

Ayrıca sözleşmeden dönmeyi ve aynı etkili dönme görüşünü kabul etmek bazı durumlarda, arsa sahibine normalde elde edemeyeceği faydalar sağlayabilmektedir,¹¹⁴ bu nedenle karar verilirken de menfaatler arasındaki dengenin çok açılmaması adına her somut olaya göre bir hüküm kurmak isabetli olacaktır. Yargıtay'a göre, sona eren her arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönülmüştür; aynı etkili dönme gereği taşınmaz arsa sahibine geri dönecektir ve üçüncü kişi her koşulda kötünietlidir. Bu içtihatla ısrarlı olmak ise hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracak, somut olay adaletini sağlamaktan uzak kalacaktır.

Bu konuda üçüncü kişilerin kendilerini korumak için yüklenici ile aralarında akdettikleri sözleşmelere arsa sahibini de taraf olarak dahil etmeleri; yüklenicilerin de kendilerini korumaları için arsa sahibi ile sözleşme akdederken söz-

Başvuru Numaralı ve 20.07.2017 Tarihli Tari Kararı'nın Değerlendirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 24, 1, 2018, s. 434-435.

¹⁰⁹ Bu güçlüğü, dürüstlük kuralı ile aşılması hakkında bkz.: ÖZ, İnşaat, s. 175.

¹¹⁰ EREN, a.g.e., s. 655-656.; GÜMÜŞ, Cilt 2, s. 121-122.

¹¹¹ ERMAN, a.g.e., s. 82-83.; GÜMÜŞ, Cilt 2, s. 122.; Yaratılan şeylerin korunması ilkesi ve daha detaylı açıklamalar için bkz. ÖZ, Dönme, s. 125-126. Berk Kenan KOYUNCU, "Ayıp Nedeniyle Eser Sözleşmesinden Dönme Hakkının Kullanılabilmesi İçin TBK m.475 Hükmünde Öngörülen Şartlar ve Sınırlamaya Dair Bir Değerlendirilme", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, 11, 145-146, s. 1087.; ŞENOCAK, a.g.e., s. 50-51.

¹¹² AKKAYAN YILDIRIM, a.g.e., s. 78.; ERMAN, a.g.e., s. 82-83.

¹¹³ AKKAYAN YILDIRIM, a.g.e., s. 78.

¹¹⁴ A.e., s. 73.; ÇAVDAR, a.g.e., s. 431.

leşmenin sona ermesi halinde hangi hükümlerin uygulanacağını tespit etmeleri uyumsuzlukları önleme anlamında bir yol olarak önerilebilir.¹¹⁵

Yargıtay, esasında, dönme, sebepsiz zenginleşme, aynı etki ve tasfiye gibi hukuki kurumları birbirine karıştırmaktadır.¹¹⁶ Yargıtay, arsa sahibini korumak amacı ile hukuki kurumları ve mevcut düzenlemeleri bertaraf ederek hukukilik dışına çıkarak bu içtihadını geliştirmiştir. Yukarıda detaylıca açıklanan doktrin görüşleri ile mevcut kanun hükümlerinde bir değişiklik yapmadan alıcı-üçüncü kişileri korumak mümkündür; Yargıtay'ın bu noktada doktrindeki eleştirileri ve önerileri dikkate alarak içtihadını değiştirmesi gerekmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tipik bir sözleşme olarak değerlendirilmesi ve somut olayın koşulları değerlendirilmeden birçok farklı duruma aynı neticenin bağlanması hukuki güvenlik ilkesini ihlal ettiği gibi TMK m.1023 gibi emredici hukuk kurallarını da ihlal etmektedir.

Her ne kadar doktrin, alıcı-üçüncü kişileri koruyan ve menfaat dengesini bozmayan çeşitli teoriler öne sürmüş ise de burada da fikir ayrılıklarının olduğu kuşkusuzdur. Bu nedenle, uygulamada bu kadar sık karşılaşılmaması nedeni ile artık tipikleşmiş bir sözleşme olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kanunla düzenlenmesi ve bu düzenleme içerisinde özellikle tasfiye durumunda tarafların yükümlülüklerinin ve üçüncü kişilerin konumlarının menfaat dengesine ve temel hukuk ilkelerine göre netlikle belirlenmesi en makul yöntem olacaktır. Yapılacak düzenlemelerde de üçüncü kişilerin özellikle edindikleri mülkiyet hakkının korunmasına ve sözleşmeden doğan riskin taraflar arasında hakkaniyetli bir şekilde paylaşılmasına dikkat edilmelidir.

VI. Sonuç

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri çifte tipli karma sözleşmelerdir. Bu sözleşmelere eser sözleşmesi ve taşınmaz satış vaadi sözleşmesi hükümleri kıyasen uygulanır. Yüklenicinin temerrüdü halinde genel hükümler uygulama alanı bulur. Yüklenici ile arsa sahibi sözleşmeyi akdettikten sonra, çoğunlukla arsa sahibi arsanın mülkiyetini yükleniciye geçirmektedir. Daha sonra inşaatın zamanında tamamlanamaması nedeniyle arsa sahibi yükleniciyi temerrüde düşürdüktan sonra dönme hakkını kullanmaktadır. Ancak sözleşmeden dönme halinde tarafların iade yükümleri noktasında çeşitli uyumsuzluklar ortaya çıkmaktadır.

İnşaatın yapımı devam ederken yüklenici finansman sağlamak amacı ile üçüncü kişiler ile taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ya da alacağın devri sözleşmesi yapmaktadır. Borçlandırıcı işlem gerçekleştikten sonra yüklenici arsa payını devretmeden önce arsa sahibi sözleşmeden dönerse üçüncü kişiler sözleşmelerden kaynaklanan nispi haklarını arsa sahibine karşı ileri süremezler.

¹¹⁵ ERMAN, a.g.e., s. 85-86.

¹¹⁶ İNAL, İnşaat Hukuku, s. 377.

Alacağın devri söz konusu olduğu durumda, üçüncü kişiler, arsa sahibinin yüklenici aleyhine olarak zenginleşmesini alacağın devri koşullarına göre talep edebilirler; bu imkân sınırlı olsa da üçüncü kişiler için koruma sağlayabilir.

Yüklenicinin arsa sahibinden devraldığı tapuyu, aralarındaki borçlandırıci işlemin ifasına yönelik olarak üçüncü kişiye devretmesi halinde ise artık sözleşme geçerli iken bu devir işlemi yapıldığı için üçüncü kişi mülkiyet hakkının sahibidir. Ancak Yargıtay, yüklenicinin temerrüdü halinde arsa sahibinin sözleşmeden dönmesinin aynı etkili olduğu görüşündedir. Bu nedenle de yüklenicinin üçüncü kişiye devrettiği arsa paylarının da arsa sahibine dönme ile birlikte geri döneceğini kabul etmektedir. Yargıtay'ın kabul ettiği aynı etkili dönme görüşü ve üçüncü kişilerin her durumda kötüniyetli olduğuna yönelik içtihadı doktrinde sıkça eleştirilmektedir. Sözleşmeden dönülmesi halinde tarafların iade yükümlülükleri kanunda belirlenmemiştir. Ancak klasik görüş, yasal borç ilişkisi görüşü ve yeni dönme görüşüne göre, sözleşme geçerli iken yapılan tasarruf işlemleri daha sonra sözleşmenin geçersiz olmasından etkilenmez. Bu süreçte üçüncü kişilere yapılan devir, TMK m.1023 uygulamasına gerek olmaksızın geçerlidir.

Yüklenici ile arsa sahibi arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerli olduğu zamanda tapu devrini alan ve iyiniyetli olan üçüncü kişilerin bu kazanımları TMK m.1023 hükmü uyarınca da korunmalıdır. Aynı etkili dönme görüşü kabul edilse de üçüncü kişilerin dönme hakkını ve dönme hakkının etkilerini bilmesi mümkün değildir; bu yüzden üçüncü kişilerin TMK m.1023 hükmü kapsamında iyiniyetli oldukları ortadadır. Mevcut kanuni düzenlemeler ve dönmeye ilişkin teoriler çerçevesinde alıcı-üçüncü kişinin kazanımının korunması mümkündür. Ancak Yargıtay, arsa sahibini korumayı tercih ederken temel hukuk normlarını da ihlal etmektedir. Arsa sahibi ile yüklenici arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan riskin sadece üçüncü kişi üzerinde bırakılması hakkaniyete uygun değildir. Arsa sahibinin menfaati de bağımsız bölümlerin satılması ve inşaatın bir an evvel tamamlanması yönündedir. Bu yüzden satışlardan haberdar olan ve bazı durumlarda üçüncü kişi nezdinde güven yaratan arsa sahibinin sözleşmeden doğan riski üstlenmesi hakkaniyete daha uygun olacaktır.

Yargıtay, yerleşik hale gelmiş bu içtihadı yüzünden daha fazla mağduriyet oluşmaması için içtihadından vazgeçmelidir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin çifte tipli isimsiz sözleşme özelliği göstermesi ve uygulanacak hükümlerin tespitinde görüş ayrılıkları yaşanması, ayrıca uygulamada bu kadar sık karşılaşılmaması nedeniyle, uyuşmazlıkların içtihat farklılıkları olmaksızın çözüme kavuşturulması ve taraflar açısından hukuki öngörülebilirlik ve güvenlik sağlaması için kanun koyucunun arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini ve sözleşmenin sona ermesi halinde tarafların yükümlülüklerini düzenlemesi önerilmektedir.

Kaynakça

- ARIKAN, Mustafa; ERDOĞAN, Kemal; “Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkının Üçüncü Kişiyi Devri”, *Selçuk Ün. Sos. Bil. Ens. Der.* 2015, 34, 145-172.
- AYAN, Serkan; *İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, Seçkin, Ankara, 2008.
- AYAR BİRKİN, Zeynep; *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Taraf Değişiklikleri*, Seçkin, Ankara, 2019, <https://www.turcademy.com>.
- AYDEMİR, Efrail; *Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku*, Ankara, Seçkin, 2016, <https://www.turcademy.com>.
- AYDIN, Gülşah Sinem; “Arsa Sahibinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmesinin Yükleniciden Arsa Payı Satın Alan Üçüncü Kişilere Etkisi ve Bu Etkinin Yargı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *TBB Dergisi*, 2019, 141, 417-453.
- BUZ, Vedat; *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, Yetkin, Ankara, 1998.
- BÜYÜKAY, Yusuf; *Eser Sözleşmesi*, Yetkin, Ankara, 2013.
- COŞKUN, Gürkan; Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, Yetkin, Ankara, 2010.
- ÇAVDAR, Pelin; “Anayasa Mahkemesi’nin 2014/12321 Başvuru Numaralı ve 20.07.2017 Tarihli Tari Kararı’nın Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 24, 1, 2018, 415-439.
- DUMAN, İlker Hasan; “İnşaat Hukukunda Somut Olayın Özelliği”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 165, 15, 2020, 1030-1044.
- ENLİ, İsa; “Belirli Süreli Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Teslim Borcunda Temerrüdün Şartları, Hüküm ve Sonuçları”, *TÜHAD*, C. 1, S. 2, 2016.
- ENLİ, İsa; *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İşi Teslim Borcu ve Temerrüdü*, Seçkin, Ankara, 2017, <https://www.turcademy.com> (Kat Karşılığı İnşaat).
- EREN, Fikret; *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin, Ankara, 2020.
- ERMAN, Hasan; *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, İÜ Basımevi ve Film Merkezi, İstanbul, 1993.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper; *Borçlar Hukuku Özel Hükümler- Cilt 2*, Vedat, İstanbul, 2010 (Cilt 2).
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper; *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı*, Filiz, İstanbul, 2018 (Kısa Ders Kitabı).
- HAVUTÇU, Ayşe; “İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyum Sayısı 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011) Prof. Dr. Cevdet Yavuz Armağan*, Turhan, İstanbul, 2011, 317-337.
- HAVUTÇU, Ayşe; “Şekle Aykırılık Nedeniyle Geçersiz İşlemlerin Tahvil”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3, 1-4, 1987, 640-681 (Tahvil).

- İNAL, Emrehan; “Arsa Payı İnşaat Sözleşmelerine İlişkin Bazı Hukuki Çözümlerin Gözden Geçirilmesi İhtiyacı”, *Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926'dan günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku II. CİLD*, Yetkin, Ankara, 2017.
- İNAL, Emrehan; “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında İnşaat Sözleşmelerinin Sözleşmeye Taraf Olmayan Üçüncü Kişilere Etkisi”, *İnşaat Hukuku ve Uygulaması* (Ed. Emrehan İnal/Başak Baysal), Onikilevha, İstanbul, 2017, 371-393 (İnşaat Hukuku).
- KAHRAMAN, Zafer; “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Olan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu”, *Prof. Dr. Hasan ERMAN'a Armağan*, Der Yayınları, İstanbul, 2015.
- KAPLAN, İbrahim; *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2013.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit; *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Öğreti Yargıtay Kararları Cilt 2*, Beta, İstanbul, 2002.
- KARATAŞ, İzzet; *Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri*, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2004.
- KARTAL, Bilal; *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, Matsa, Ankara, 1993.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020.
- KOYUNCU, Berk Kenan; “Ayıp Nedeniyle Eser Sözleşmesinden Dönme Hakkının Kullanılabilirliği İçin TBK m.475 Hükmünde Öngörülen Şartlar ve Sınırlamaya Dair Bir Değerlendirilme”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, 11, 145-146, 1069-1093.
- NOMER, Haluk Nami; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta, İstanbul, 2020.
- OĞUZMAN, Kemal; ÖZ, Turgut; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1*, Vedat, İstanbul, 2020.
- OĞUZMAN, Kemal; ÖZ, Turgut; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-II*, Vedat, İstanbul, 2016 (II).
- ÖZ, M. Turgut; *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleri ile Birlikte*, Kazancı, İstanbul, 1989 (Dönme).
- ÖZ, M. Turgut; *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, Vedat, İstanbul, 2013 (İnşaat).
- ÖZMEN, E. Saba; “2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin Fahiş Hatalı Kararının Eleştirisi”, *TBB Dergisi*, 2018, 135, 491-516.
- ÖZMEN, E. Saba; ÜREM, Müge; “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları ile Yaratılan ‘Avans Tapu’ Kavramına Yönelik Eleştiriler”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1, 2016, 13-31.
- SEROZAN, Rona; *Sözleşmeden Dönme*, Vedat, İstanbul, 2007.

- SİRMEN, A. Lale; *Eşya Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2020.
- SÜTÇÜ, Nezi; *Uygulamada ve Teoride Tüm Yönleri ile Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi*, Seçkin, Ankara, 2018, <https://www.turcademy.com>.
- ŞAHİN, Turan; “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü” (Doktora tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2012.
- ŞENOCAK, Zarife; *Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- TANDOĞAN, Haluk; *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1*, Vedat, İstanbul, 2008.
- TANDOĞAN, Haluk; *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II*, Vedat, İstanbul, 2010.
- UYGUR, Turgut; *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi Cilt II*, Seçkin, Ankara, 2012.
- YAŞAR, Halis; “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Üçüncü Kişinin (Alıcının) Hak ve Sorumlulukları”, *TBB Dergisi*, 102, 2012, 289-322.
- YAVUZ, Cevdet; ACAR, Faruk; ÖZEN, Burak; *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, Beta, İstanbul, 2019.
- YENER, M. Deniz; “Müteahhidin Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Haklarını Üçüncü Şahıslara Devri ve Sonuçları”, *İÜHFİM*, LXV, 2, 2007, 371-382.
- YENER, M. Deniz; *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- YÜNLÜ, Semih; *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü Sonucu Dönme Hakkının Kullanılması ve Etkileri*”, *Prof. Dr. Hasan ERMAN'a Armağan*, Der Yayınları, İstanbul, 2015, 909-928.

Elektronik Kaynaklar

- <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>
- <https://www.kazanci.com>
- <https://legalbank.net>
- <https://www.lexpera.com.tr>
- <https://www.turcademy.com>

İcra İşleminin Yapısı ve Hukuki Rejimi^(*)

The Regime and Structure of the Execution Act

Arş. Gör. Ozan TOK^(**)

Öz

İcra işlemleri karışık bir hukuki rejime sahiptir. Zira icra işlemlerinin rejimi, bu işlemlerin yapısı ve hukuki nitelikleriyle doğrudan bağlantılıdır. Birinci grup icra işlemleri, kural olarak, icrai/yürütülebilir karaktere sahip olmayan icra işlemleridir. Bunlar alelade icra işlemleri olarak tanımlanabilir. İkinci gruba ise icra takip işlemleri girer. Alelade icra işlemlerinin en önemli özelliği icra dairesi tarafından yapılmasıdır. İcra takip işlemleri de icra dairesi tarafından tesis edilmekle birlikte tabikin güncel durumu ve zamanaşımı üzerinde doğrudan etkiye sahip olur. Bütün icra işlemleri, karakteri ne olursa olsun, kamu gücü kullanılarak ve kamu hizmetini tesis amacıyla gerçekleştirilir. Bu sebeple icra işlemlerinin hukuki niteliği, idari işlemler üzerinden açıklanmalıdır. İcra işlemlerinin bu hukuki niteliği, idari işlemlere ilişkin doktrinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde onlar için de uygulanmasını sağlar. İdari işlemlerin kimliği ve geçersizliğine ilişkin prensipler icra işlemleri için uygulandığında, icra işlemlerinin rejimi de tespit edilmiş olur.

Anahtar Kelimeler

İcra İşlemi, İcra Takip İşlemi, İdari İşlem, Kamu Hizmeti, Kamu Gücü, Yokluk, İptal Edilebilirlik.

Abstract

The acts of execution have a complicated regime. The regime of these acts is related to their structures and legal nature. The acts of execution which fall into the first group are acts which do not have an enforceable character. These are acts that can be called ordinary execution acts. On the contrary, the second group contains the enforceable execution acts. The only peculiarity of simple execution acts that they are committed by the execution office. But the enforceable acts of execution committed by the execution office have the effect on the limitation period and the contemporary situation of the prosecution. All acts of execution, whatever their enforceable nature, are committed by virtue of public authority and for the purpose of rendering public service. For this reason the legal nature of the acts of execution can be explained on the administrative acts. Due to this nature, the principles on the theory of administrative acts are applied to execution acts. While the principles on identity and the nullity regime on administrative acts are applied to them, the legal regime of execution acts can be very well stated.

Keywords

Execution Act, Enforceable Execution Act, Administrative Act, Public Service, Public Authority, Avoidability, Nullity.

^(*) [Makale geliş tarihi](#): 03.01.2021 - [Makale kabul tarihi](#): 16.02.2021.

^(**) Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İfâs Hukuku Anabilim Dalı.
[E-posta](mailto:ozantok@sakarya.edu.tr): ozantok@sakarya.edu.tr.
[Orcid No](https://orcid.org/0000-0003-1372-9397): <https://orcid.org/0000-0003-1372-9397>.

I. Giriş

Hukumumuzda icra işlemlerinin hukuki niteliği ve bunun unsurlarına ilişkin birçok çalışma yapılmaktadır.¹ İcra işlemi, takip prosedürü içerisinde gerçekleşmekle birlikte takip hukukunun yanı sıra özel hukuk ve idare hukuku ile sıkı bir bağlantı içerisinde olan bir işlem türüdür. İcra işlemi ile diğer hukuk alanları arasındaki bu bağlantı işlemin birbirinden farklı birçok teorik dayanağının bulunduğu da göstermektedir. İcra işlemi kamu kudreti kullanan icra organı tarafından, kamu hizmeti faaliyeti kapsamında tesis edilmekte; ancak etkilerinin önemli bölümünü özel hukuk tarafından düzenlenen malvarlığı alanında göstermektedir. Bu hususlar icra işlemi üzerinde detaylı bir analiz yapılmasını gerektirecek karmaşık bir rejime sahip olduğunu da göstermektedir.

İcra işleminin hukuki rejimini tespit etmekte yaşanacak diğer bir zorluk, işlemin kendine özgü özellikler taşıyan icra takip işlemlerini de bünyesinde barındırmasıdır. Bu husus, icra işleminin hukuki rejiminin tespitine yönelik bir çalışmada öncelikle (alelade) icra işlemi ve icra takip işlemi ayrımının yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Bu ayrım yapılmadan icra işleminin tabi olduğu hukuki rejimi tespit etmek mümkün değildir. Belirtmek gerekir ki icra takip işlemi, icra işlemine göre daha spesifik özellikler barındırır. İcra takip işleminin, icra işleminden farklı olarak, muhatabı yalnızca borçlu olup her icra takip işlemi, takip prosedürünü mutlak surette ilerletici etkiye sahiptir. Hâlbuki (alelade) icra işleminin böyle bir etkiye sahip olduğunu ifade etmek mümkün değildir.

İcra işleminin hukuki rejimi, icra işleminin unsurları ve hukuki niteliğiyle doğrudan alakalıdır. Esasen bir işlemin unsurları, onun hukuki niteliğini de belirlemektedir. Bu sebeple çalışmamızda öncelikle icra işleminin ve esasen spesifik bir icra işlemi karakterini haiz olan icra takip işleminin unsurları ortaya koyulmaya çalışacaktır. Bu unsurlar belirtildikten sonra ise icra işleminin hukuki niteliği tespit edilerek icra işlemleri bakımından uygulanması gereken hukuk kuralları tartışılacaktır. Bu çerçevede çeşitli idare hukuku ve idari yargılama hukuku kurallarının icra işlemlerinin bakımından uygulanmasına imkân olup olmadığını sorgulanması, çalışmanın amaçlarından birini teşkil etmektedir. İcra işlemlerinin, hukuka uygunluk karinesinden yararlanması, şikâyetin konusunu oluşturabilmeleri için icrai/ yürütülebilir karakterde olma zorunluluğu ve idare hukukundaki geçersizlik rejimi-

¹ Bu çalışmalar için bkz. UMAR, Bilge, *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi*, İzmir 1973, s. 171 vd.; PEKCANITEZ, Hakan /SİMİL, Cemil, *İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 22 vd.; TAŞPINAR-AYVAZ, Sema, "İcra İflâs Hukukunda Hükümsüz İşlemler ve Hükümsüzlük", Prof. Dr. Ramazan Aslan'a Armağan, C. II, Ankara 2015, s. 1537-1550.; MUŞUL, Timuçin, *İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet*, Ankara 2014, s. 57 vd.; ÇELİKOĞLU, Cengiz Topel, *İcra Dairesi Kararı*, Bursa 2017, s. 81 vd.; AKIN, İbrahim/AKIN, Tansu, *İcra Müdürlüğü İşlemlerinin Şikâyet Yoluyla Denetimi*, Ankara 1997, s. 22 vd.; ARSLAN, Aziz Serkan, *İcra Takip İşlemleri*, Ankara 2018, s. 28 vd.; BORAN GÜNEYSU, Nilüfer, "İcra Takip İşlemleri", TBB Dergisi, S. 101, Y. 2012, s. 31-61.

nin; idari işlem niteliğinde olduğunu kabul ettiğimiz icra işlemleri bakımından da uygulanma imkânı icra işlemlerinin hukuki rejimi içerisinde değerlendirilecektir.

II. İcra İşlemi ve İcra Takip İşlemi Kavramları

A. İcra İşlemi ve İcra Takip İşlemi Ayrımı

Öncelikle belirtilmelidir ki “icra işlemi”, “icra takip işlemi” de içine alan geniş bir kavramdır. Doktrin² ve yargı kararlarındaki³ yaygın tanıma göre icra takip işlemleri, icra dairesi tarafından borçluya karşı yapılan ve takibin ilerlemesini sağlamaya yönelik işlemlerdir. Buna göre icra takip işlemi, icra işlemine göre daha spesifik bir kavramdır.⁴

İcra işleminin tanımı ve unsurları bakımından yeknesaklık yoktur. Bir görüşe göre icra işlemi, icra dairesi tarafından alacaklının alacağına ulaşması amacıyla yapılan her türlü işlemdir.⁵ Başka bir görüşe göre ise icra işleminin, icra daireleri tarafından yapılması yeterli olup işlemin takibi ilerletme amacı taşıması gerekmez.⁶ Gerçekten de ilk görüş kabul edildiğinde icra işlemleri ile icra takip işlemi arasındaki farkın tam olarak tespit edilmesi mümkün olmayacaktır. İlk görüşün icra işlemine ilişkin tanımının oldukça dar kapsamlı olduğu belirtilmelidir. İlk görüş kabul edildiğinde icra işlemleri, yalnızca icra dairesi tarafından borçluya karşı yapılan işlemler olarak değerlendirilecek ve takibi ilerletmeye de nihayete erdirmeye amacı taşıması gerekecektir. Bu hâlde icra dairesi tarafından yapılan diğer işlemlerin hangi kategoriye girdiğinin tespiti de zorlaşır. Örneğin icra dairesi tarafından alacaklının takip, haciz, satış gibi taleplerinin reddi işlemleri ilk görüşe göre icra işlemleri kategorisinde kabul edilmemelidir. Gerçekten bir işlemler rejimi tesis edilmek isteniyorsa icra işlemi ve icra takip işlemi arasındaki köşeli ayrım da ortaya konulma-

² POSTACIOĞLU, İlhan E., *İcra Hukuku Esasları*, İstanbul 1982, s. 233-234; KURU, Baki, *İcra ve İflâs Hukuku*, C. I, 3. Bası, İstanbul 1988, s. 136-137; ÜSTÜNDAĞ, Saim, *İcra Hukukunun Esasları*, 8. Bası, İstanbul 2004, s. 32; PEKCANITEZ, Hakan /ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN-ÖZKAN, Meral /ÖZEKES: *Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 5. Bası, İstanbul 2018, s. 5; KURU, Baki, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, 2. Bası, Ankara 2013, s. 147-148; YILMAZ, Ejder, *İcra ve İflâs Hukuku Şerhi*, Ankara 2016, s. 282; BERKİN, Necmeddin M., *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi*, İstanbul 1980, s. 120; MUŞUL, Şikâyet, s. 62; BORAN GÜNEYSU, s. 36.

³ Yargıtay icra dairesinin işlemi (icra işlemi) ile icra takip işlemi kurumlarını birbirinden ayırmaktadır. Yargıtay’ın bir kararına göre icra takip işlemi icra dairesinin diğer işlemlerinden (icra işlemlerinden) ayıran husus, icra takip işleminin takibin devamını sağlamaya yönelik olmasıdır: “... Öte yandan, alacaklı tarafından yapılan icra takip işlemleri de zamanaşımını keser. Ancak alacaklı tarafından yapılan icra takip işleminin zamanaşımını kesmesi için icra takibinin devamını sağlamaya yönelik olması gerekir...” Yargıtay 12. HD, T. 15.12.2014, E. 2014/30420, K. 2014/30286 (www.lexpera.com.tr, e.t. 12.03.2020).

⁴ BERKİN, s. 123.

⁵ POSTACIOĞLU, İlhan E., “Nakızdan Sonra Mahcuz Maaşta Tevkifat”, İÜHFİM, C. 18, S. 3-4; 1954, s. 1031; TANRIVER, Süha, “İcranın İadesi (İİK m.40), Makalelerim I, Ankara 2005, s. 281.

⁶ UMAR, s. 189; MUŞUL, Şikâyet, s. 57.

lıdır. Kanaatimizce icra işlemi, icra dairesi tarafından yapılan işlemlerdir. Bu hâlde bir işlemin, icra işlemi olarak nitelendirilebilmesinin tek koşulu, icra organınca yapılmasıdır. Bunun dışında işlemin muhatabının borçlu olması veya işlemin mutlak anlamda takibi ilerletme amacı taşımamasına gerek yoktur. Bu sebeple alacaklının ve borçlunun taleplerinin, icra dairesince reddine yönelik kararlar, icra dairesince yapılan tebliğler gibi işlemler de birer icra işlemidir. İki kavram arasındaki bu fark ortaya konduktan sonra icra işlemi ve icra takip işlemi kavramları arasında daha detaylı bir ayırım yapıldığında şu sonuçlara varılacaktır:

İcra takip işlemi ve icra işlemi ayırımındaki ilk ölçüt, işlemin muhatabıdır. İcra takip işlemleri mutlak surette borçluya karşı yapılmalıdır. Buna karşın icra işleminin muhatabının borçlu olması şart değildir. İcra işleminin muhatabı alacaklı da olabilir. İcra işlemi yalnızca alacaklı bakımından takip hukukuna ilişkin haklar tesis edebileceği gibi bu hakların gerçekleştirilmesini engelleyebilir. Bu durumda ilk yapılan icra işlemi, alacaklının takip talebinin kabulü veya reddi şeklindeki işlemlerdir. Takip talebinin kabulü, alacaklının icra hakkının somutlaştırılmasını sağlarken⁷ takip talebinin kabulüne istinaden ilk icra takip işlemi olan ödeme emrinin borçluya tebliği gerçekleşmektedir. O hâlde takip prosedüründeki ilk icra işlemi takip talebinin kabulüken; ilk icra takip işlemi ise ödeme emrinin düzenlenmesi ve borçluya tebliğ edilmesidir.⁸ Takip talebinin kabulü işleminin muhatabı alacaklıken ödeme

⁷ İcra hakkı, soyut bir kavramdır ve Türkiye Cumhuriyeti'nin sınırları içerisinde bulunan herkes "icra hakkına" sahiptir. Ancak alacaklının takip talebinin kanuna aykırı olması sebebiyle icra dairesi tarafından reddedilmesi bu hakkın yalnızca ilgili takip bakımından somutlaştırılmasının önüne geçer. "İcra hakkı" kavramı için bkz. AŞIK, İbrahim, *İcra Sözleşmeleri*, Ankara 2006, s. 99; KILIÇOĞLU, Evren, *İcra Sözleşmeleri*, İstanbul 2005, s. 116.

⁸ Önemle belirtmek gerekir ki her ne kadar doktrinde ve uygulamada vurgulanmıyor olsa da takip talebinin kabulü ile ödeme emri gönderilmesi birbiriyle sıkı şekilde bağlantılı ancak birbirinden teknik anlamda farklı iki ayırım işlem karakterindedir. Öyle ki takip talebinin hukuka aykırı biçimde kabulü ödeme emrinin de hukuka aykırı olması sonucunu doğurur. Ancak takip talebinin kabulünün hukuka aykırı olmadığı birçok durumda ödeme emri hukuka aykırı biçimde düzenlenmiş veya tebliğ edilmiş olabilir. Nitekim Yargıtay'ın hukuka aykırılığın takip talebinin kabulü işlemi olduğu hâllerde ödeme emri yerine "takibin iptali" gerektiğine yönelik içtihatları bu ayırımın layıkıyla somutlaştırılmasına olanak sağlamaktadır. Elbette takibin iptali ve ödeme emrinin iptalinin sonuçları birbirinden oldukça farklıdır. Takibin iptalinde, iptal kararının ex tunc etkisi sebebiyle derdest takip, geçmişe etkili olarak ortadan kalkarken takip başlatılmasının en önemli sonucu olan zamanaşımının kesilmesi de ortadan kalkar. Hâlbuki ödeme emrinin iptalinde takip hâlen derdest olmakla birlikte zamanaşımının kesilmesi sonucu da ödeme emrinin iptalinden etkilenmeyecektir. Nihayetinde takibin iptali hâlinde, iptalin konusu esasen takip talebinin kabulü şeklindeki icra işlemidir. Örneğin ipotekiğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte, takip talebinin üst sınır ipotekiğiyle garanti altına alınan kısmının reddi gerekir. Talebin kabulü hâlinde üst sınırı aşan miktar için takibin iptali gerekir. Zira bu hâlde hukuka aykırı olan husus takip talebinin kabulü işlemidir: "... İpoteklerin, borçlu şirketin doğmuş ve doğacak borçlarını teminen kurulmuş üst sınır (limit) ipotekiği oldukları görüldüğünden ve böylece şikayetçi borçlu ve aynı zamanda ipotek verenin sorumluluğu, ipotek limitleri toplamı ile sınırlı olup, takipte talep edilen toplam alacağın, ipotek limitinin üzerinde olduğu anlaşıldığından ipotek limitini aşan kısımla ilgili takibin iptaline karar verilmesi gerektiğini..." Yargıtay 12. HD, T. 23.01.2017, E. 2016/25605, K. 2017/769 (www.lexpera.com.tr, e.t. 15.03.2020). Borçlunun vefatı hâlinde Türk Medeni Kanunu ile

emrinin muhatabı borçludur. Aynı şekilde haciz ve satış taleplerinin reddi veya hacze iştirak talebinin reddi de birer icra işlemidir. Zira bu işlemler borçluya karşı yapılmamaktadır. İcra dairesi tarafından alacağın tahsil edilemeyen kısmı bakımından re'sen tanzim edilmek zorunda olan aciz vesikası da bir icra işlemidir.⁹ Bu işlem borçluya karşı yapılmamakta olup aciz vesikası tanziminde muhatap alacaktır. Aynı şekilde icra dairesi tarafından rehin alacaklısının alacağının rehinle karşılanamamış kısmı için alacaklıya karşı¹⁰ gerçekleştirilen rehin açığı belgesi tanzimi de bir icra takip işlemi değil; alelade bir icra işlemidir.

İcra işlemi ve icra takip işlemi ayrımının en gözle görülür olduğu takip aşaması, esasen paraya çevirmez. Alacaklının mahcuz malın paraya çevrilmesine ilişkin talebi üzerine icra dairesi, mahcuz malvarlığı unsurunun mülkiyetini derhâl alıcıya geçirmemekte ancak paraya çevirme için ilan ve şartnamenin hazırlanması gibi hazırlık işlemleri yapmaktadır (İİK m.114 ve m.126). Paraya çevirme için yapılan hazırlık işlemleri esasen icra takip işlemi olmayıp birer alelade icra işlemidir. Zira açıklandığı gibi bir icra işleminin icra takip işlemi karakterinde olabilmesi için takibi ilerletici karakteri de haiz olması gerekmektedir. Satış ilanı, kıymet takdiri gibi paraya çevirmeye ilişkin hazırlık işlemleri bu yönüyle takibi doğrudan doğruya ilerletici karakter göstermezler.¹¹ Hâlbuki bu hazırlık işlemleri sonrasında mahcuz malın mülkiyetinin alıcıya geçirilmesini sağlayan “ihale” işlemi bir icra takip işlemidir. Benzer şekilde icra dairesinin iç düzen işlemleri¹² de birer icra takip işlemi değildir. İcra dairesinin bu işlemleri alacaklı, borçlu veya üçüncü kişinin hukuki durumu üzerinde etki doğurmayıp (icrai nitelikte olmayıp) takibin seyrine yönelik kararlardır. İç düzen işlemlerinin muhatabı söz konusu olmadığı için borçluya yönelik olarak gerçekleştirilmeyen bu işlemlerin de icra takip işlemi olarak kabul

İcra ve İflâs Kanunu'ndaki süreler beklenmeden yapılan takibin reddi gerekirken kabulü hâlinde takibin iptal edileceğine dair bkz. Yargıtay 12. HD, T. 14.11.2016, E. 2015/6076, K. 2016/23512 (www.lexpera.com.tr, e.t. 12.03.2020).

⁹ UMAR, s. 184; ÖZTEK, Selçuk, *İcra ve İflas Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası*, İstanbul 1994, s. 13.

¹⁰ GÜRDOĞAN, Burhan, *Türk-İsviçre İcra ve İflâs Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi*, Ankara 1967, s. 96.

¹¹ “... Somut olayda, icra takip dosyasının incelenmesinde, takibin kesinleşmesinden sonra alacaklı tarafından 12.10.2011 tarihinde taşınmazlara ait son takyidatların tapudan istenilmesi ve takyidatlar geldiğinde yeniden kıymet takdiri yapılmasının istendiği, bu tarihten 09.05.2012 tarihine kadar başkaca bir işlem yapılmadığı belirlenmiştir. Zamanaşımını kesecek işlemler alacaklı tarafından icra takibinin devamını sağlamaya yönelik olarak yapılan icra takip işlemleri olup, 20.10.2011 tarihli kıymet takdiri işlemi ve 14.11.2011 tarihli tapu müdürlüğüne yazılan müzekkere icra müdürü işlemleri olduğundan zamanaşımını kesmez. Buna göre 12.10.2011 tarihli işlem zamanaşımını kesen son işlem olup 09.05.2012 tarihli işleme kadar takip dayanağı çekin ibraz süresinin dolduğu tarih itibarıyla uygulanması gereken TTK'nın 726. maddesinde öngörülen 6 aylık zamanaşımı süresinin dolmuştur...” Yargıtay 12. HD, T. 2.7.2013, E. 2013/17264, K. 2013/24767 (www.lexpera.com.tr, e.t. 12.03.2020).

¹² Bu ifade esasen takip hukukunda pek kullanılmayan bir idare hukuku kavramıdır. Ancak icra işlemlerini idari işlem karakterinde gördüğümüz için idare hukukuna özgü bu teknik kavramın pekâlâ takip bakımından da kullanılabileceğini düşünmekteyiz.

edilmesi mümkün değildir. Örneğin bir ilamsız takipte icra dairesinin borçlunun ödeme emrine süresi içerisinde ve geçerli bir şekilde itiraz edip etmediğine yönelik tespiti bir iç düzen işlemidir. Zira bu işlemin muhatabı bulunmamaktadır. Benzer şekilde icra dairesinin üçüncü kişinin haciz ihbarnamesinde bildirdiği ifadelerin Kanuna göre “itiraz” hükmünde olmadığını tespit etmesi bir iç düzen işlemidir. Bu hâllerde icra dairesinin işleminin muhatabı mevcut değildir.

İcra işlemleri ve icra takip işlemleri ayrımındaki ikinci ölçüt, işlemin takip üzerindeki etkisidir. İcra takip işlemleri, mutlak surette takibi ilerletir. Buna karşın icra işlemlerinin takibi ilerletici karakterde olmasına lüzum yoktur. Dikkat edilirse bu şart, icra takip işlemlerinin “borçluya karşı” yapılması unsurunu tamamlayıcı bir işlev görmektedir. Zira yalnızca borçluya karşı yapılan bir takip işlemi takibi ilerletme amacını taşıyabilir. Ancak icra takip işleminin borçluya karşı yapılma unsuruyla takibin ilerlemesini sağlama unsuru teknik olarak aynı anlama gelmez. Elbette takibin ilerleyebilmesi için işlem borçluya karşı yapılmalıdır; ancak borçluya karşı yapılan her işlem de bir icra takip işlemi niteliğinde değildir. Örneğin haciz için geçerlilik şartı niteliğinde olmayan muhafaza tedbirleri de borçlunun malvarlığına yönelik olarak yapılır; zira bunlar borçlunun hacizle birlikte hukuken kısıtlanmış idare ve tasarruf yetkisinin fiilen kullanılmasının da önüne geçer (İİK m.86, m.91). Ancak bu muhafaza tedbirleri birer icra takip işlemi olmayıp alelaide icra işlemi olarak değerlendirilmelidir.¹³ O hâlde icra takip işlemleri, takibi bir üst aşamaya taşıma imkânı veren işlemlerdir. Her icra takip işleminde alacaklı, alacağını tatmin etmeye önceki aşamaya göre daha çok yaklaşır. Eğer bir icra dairesi işlemi bu niteliği haiz değilse icra işlemi olmakla beraber; icra takip işlemi niteliğinde kabul edilemez.

B. İcra İşlemi ve İcra Takip İşlemi Ayırımının Sonuçları

İcra işlemi ve icra takip işlemi kurumları arasındaki ayrımın önemli sonuçları bulunmaktadır. Öyle ki bu sonuçlar, icra işlemi ve icra takip işlemi tabi olacağı hukuki rejimde de farklılığa yol açabilir.

İcra işlemi ve icra takip işlemi ayrımının ilk sonucu süreler üzerindedir. Türk Borçlar Kanunu¹⁴ göre zamanaşımını kesen işlem alelaide icra işlemi değil; ancak icra takip işlemidir.¹⁵ Başka bir ifadeyle yalnızca icra takip işlemi niteliğini haiz olan icra işlemleri zamanaşımını keser (TBK m.157/II).¹⁶ Yargıtay, açıkça icra iş-

¹³ TAŞPINAR-AYVAZ, Sema, “İcranın İadesi”, *Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-XIV*, İlamlı İcra, Ankara 2018, s. 392; YAVAŞ, s. 192.

¹⁴ RG, T. 04.02.2011, S. 27836.

¹⁵ MUŞUL, Timuçin, *İcra ve İflâs Hukuku*, C. I, 5. Bası, Ankara 2013, s. 158.

¹⁶ ERDEM, Mehmet, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, İstanbul 2010, s. 337; ENGEL, Pierre, *Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO*, 2. Éd., Berne 1997, s. 818; UYGUR, Turgut, *Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu*, C. IV, 3. Bası, Ankara 2010, s. 4921; SARI, Mehmet, *Takip Hukukunda Zamanaşımı*, 5. Bası, Ankara 2016, s. 46.

lemleri ve icra takip işlemlerini tanımlamasa bile muhafaza tedbiri niteliğindeki her ay maaştan kesilmesinin bir icra takip işlemi olmadığını, bu sebeple zamanaşımını kesemeyeceğini ifade etmektedir.¹⁷ Gerçekten de muhafaza tedbirleri birer (alelaide) icra işlemi olup icra takip işlemi olarak değerlendirilemez. Aynı şekilde alacaklının haciz talebinin reddi de zamanaşımını kesmez.¹⁸ Öyle ki bu işlem borçluya karşı yapılmadığı gibi menfi işlem karakterinde olan ret işlemleri takibi ilerletici karaktere de sahip değildir. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında “... zamanaşımını kesebilecek nitelikte olan işlemler yalnızca takibi bulunduğu aşamadan başka bir aşamaya taşıyabilecek karakterde işlemler olup icra dairesi tarafından yapılan basit işlemler, örneğin alacaklının zamanaşımını kestiğini iddia ettiği ödeme emrinin kopyasının alacaklıya verilmesi, bir icra takip işlemi değildir...” ifadelerini kullanarak zamanaşımını kesen işlemlerin icra takip işlemleri olduğunu vurgulamıştır.¹⁹ İcra takip işlemlerinin zamanaşımını kesmesi kuraldır. Zira icra takip işlemleri muhakkak borçluya karşı yapılır. İcra takip işlemleri, icra prosedürünü bulunduğu aşamadan bir sonraki aşamaya taşımakla da alacaklıyı alacağına yaklaştırır. İcra takip işleminin bu iki özelliği onun zamanaşımını kesmesine olanak sağlar. Bu durumda icra takip işleminin zamanaşımını kesmesi TBK m.157/f.II hükmüne göre icra takip işleminin niteliğinin bir gereğidir. Hükme göre icra takibiyle kesilen zamanaşımını, alacağın takibine yönelik her takip işlemiyle yeniden kesilmektedir. İcra takip işlemleri, alacaklının takip talebinde belirttiği alacak miktarını tahsilini amaçlayıp takibi bu yönde ilerletirler. Her icra takip işlemi alacaklının takip talebine hukuki bir etki kazandırır. Ancak icra takip işlemi dışındaki diğer icra işlemleri, takibi ilerletici karakter taşımadıklarından zamanaşımını kesmezler.

İcra işlemi ve icra takip işlemi ayrımının diğer sonucu işlemlerin kimliğindeki farklılaşmadır. Aşağıda da açıklayacağımız üzere icra işlemleri nitelik olarak idari

¹⁷ “... Her ne kadar borçlu M.. A..’ın maaşının üzerine konulan haciz nedeniyle her ay yapılan kesintiler nedeniyle icra takip dosyasına paralar gelmiş ve bu paralar alacaklı tarafından alınmış ise de zamanaşımını kesen işlem alacaklının haciz talebi olup, maaş üzerine konulan haciz nedeniyle, her ay maaştan kesilerek gönderilen paraların, icra dosyasına gelmesi ve alacaklı tarafından alınması, icra takip işlemi niteliğinde olmadığından, zamanaşımını kesmez...” Yargıtay 12. HD, T. 15.12.2014, E. 2014/30420, K. 2014/30286 (www.lexpera.com.tr, e.t. 12.03.2020).

¹⁸ “... Borçlu hakkında başlatılan kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takipte dayanak bono 15.02.2006 vade tarihli olup, ödeme emri asile 26.02.2010 vekile ise 20.05.2010 tarihinde tebliğ edilmiştir. Bu aşamaya kadar ödeme emri tebliğ edilemediğinden takip kesinleşmemiştir. Alacaklı vekili tarafından icra dosyasında 27.06.2007 tarihinde haciz talebinde bulunulmuşsa da **takibin kesinleşmediği gerekçesiyle istem icra müdürlüğüne reddedilmiş olup, zamanaşımını kesen bir icra işlemi olarak kabul edilemez.** Bu durumda 15.02.2006 vade tarihli bononun TTK’nın 661. maddede öngörülen zamanaşımı süresi 15.02.2009 tarihinde dolmuş olup, mahkemece İİK’nın 169 a/4-5. maddelerine göre itirazın kabulü ile takibin durmasına karar vermek gerekirken yazılı gerekçeyle istemin reddi isabetsizdir...” Yargıtay 12. HD, T. 10.3.2011, E. 2011/759, K. 2011/3029 (www.lexpera.com.tr, e.t. 12.03.2020).

¹⁹ ATF 81 II 135 (www.swisslex.ch, e.t. 15.02.2020).

işlem karakterinde olduğu için idari işlemlere ilişkin düzenlemeler bunlar bakımından niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulur. Bu kurumlardan biri de idari işlemin iptal davasına konu olabilmesi için gerekli olan yürütülebilirlik/icrailik unsurudur. Bütün icra takip işlemleri niteliği gereği yürütülebilirlik/icrailik (*executoire*) özelliğini bünyesinde barındırırlar. Yürütülebilirlik/icrailik, (idari) işlemin, hukuk sùjeleri (muhatap) üzerinde somut hukuki etki meydana getirmesidir.²⁰ Başka bir ifadeyle ancak yürütülebilir/icrai bir (idari) işlem, ilgilisi bakımından hak veya borç doğurabilir.²¹ Buna göre bir icra takip işleminin yürütülebilir/icrai karakteri haiz olup olmadığını tespit için ayrı bir inceleme yapılmasına lüzum yoktur. Zira icra takip işleminin takibi ilerletici karakteri, onu doğrudan doğruya yürütülebilir/icrai kılar. Her icra takip işlemi muhakkak borçlunun hukuki durumunu (*ordonnancement juridique*) değiştirir. Ancak alelade icra işlemleri için aynı sonuç geçerli olmaz. Şüphesiz icra takip işlemi dışında kalan birçok alelade icra işlemi de yürütülebilir/icrai karakteri haiz olabilir; ancak yürütülebilir/icrai karakter, bunların bünyesinde zorunlu olarak bulunmaz. İlk olarak icra işlemi borçluya karşı yapılmak zorunda değildir. Alacaklıya karşı yapılan icra işlemleri olduğu gibi muhatabı olmayan iç düzen işlemleri de mevcuttur. Dolayısıyla borçluya karşı yapılmayan icra işlemleri ancak diğer ilgililerin hukuki durumunu etkilediği ölçüde bunlar bakımından yürütülebilir/icrai karakter taşıyabilir. Örneğin alacaklının takip talebinin reddi alacaklıya karşı yapılır ve yalnızca alacaklının hukuki durumunu etkiler. Bu ret işlemi alacaklı bakımından yürütülebilir/icrai niteliktedir. Ancak icra dairesinin borçlunun ödeme emrine itirazını değerlendirmesi sonucunda itirazın sıhhatine yönelik almış olduğu karar, bir iç düzen işlemi olup henüz takibin taraflarının üzerinde hukuki etkiye sahip değildir. İcrai/yürütülebilir karakter taşımayan bu karara karşı şikâyet yoluna başvurulamaz. Bu karara bağlanan hukuki etki ancak alacaklının takibin devamını sağlamak için haciz talebinde bulunmasıyla birlikte ortaya çıkar. Diğer taraftan icra dairesince borçlunun itirazının süresi içerisinde veya usulüne uygun olarak yapılmadığına ilişkin kararı da icrai nitelikte değildir. Borçlu ancak icra dairesinin haciz kararına karşı şikâyet yoluna başvurarak icra mahkemesinde ödeme emrine itirazının geçerli olduğunu ileri sürebilir. Buna göre takibin tarafları ancak haciz talebine bağlı olarak icra dairesinin vereceği menfi veya müspet kararına karşı şikâyet yoluna başvurabilecektir.

²⁰ ONAR, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. I, 3. Bası, İstanbul 1966, s. 1779; DURAN, Lütfi, *İdare Hukuku*, İstanbul 1982, s. 394; GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku*, C. I, 2. Bası, Bursa 2009, s. 673; CANDAN, Turgut: *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 6. Bası, İstanbul 2015, s. 82; GÖZÜBÜYÜK, Şeref /TAN, Turgut, *İdare Hukuku*, C. II, 9. Bası, Ankara 2019, s. 309; YILMAZ, Dilşat, *İdari İşlemin İcrailik Özelliği*, Ankara 2014, s. 26 vd.; SEİLLER, s. 43; DEBBASCH, Charles /RİCCİ, Jean-Claude, *Contentieux Administratif*, 8e édition, Editions Dalloz, Paris 2001, s. 743; CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, 13e édition, Lextenso éditions, Paris 2008, s. 531.

²¹ ERKUT, Celal, "L'identification de l'acte administratif selon la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir", *İÜHFİM*, C. 54, S. 1-4, Y. 2011, s. 101.

III. İcra İşleminin Hukuki Niteliği

A. Doktrindeki Görüşler

1. İdari İşlem Görüşü

İdari işlem görüşü, icra dairesinin yapmış olduğu işlemlerin dayanağında kamu gücünün varlığını esas alır.²² İcra dairesi bir kamu kurumudur; ancak daha da önemlisi icra işlemi kamu gücü kullanılarak tek yanlı olarak gerçekleştirilir.²³ O hâlde icra işleminin bir idari işlem olarak değerlendirilmesi gerekir.²⁴

Gerçekten de icra işlemi, idari işlemler gibi tek yanlılık karakterini haiz olup işlemin meydana gelebilmesi için muhatabın rızasına gerek yoktur.²⁵ İcra dairesi tasarruf ilkesi gereği talep üzerine; Kanun'da açıkça gösterilen hâllerde ise re'sen işlem tesis eder. Her ne kadar özellikle ilamlı takip bakımından icra faaliyetinin davanın devamı olduğu düşünülebilirse bile icra işlemi, bir yargısal işlem olarak kabul edilemez. Zira yargısal işlemde söz edebilmek için ortada yargı organı tarafından yürütülen bir muhakeme bulunmalıdır.²⁶ Bir yargılamada ise adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkı gereği davalıya da savunma hakkı verilmesi gerekir.²⁷ Hâlbuki az önce de ifade edildiği üzere icra işlemleri tek yanlı olup icra işleminin geçerli bir şekilde yapılabilmesi için borçlunun rızası aranmadığı gibi borçlunun dinlenmesi de söz konusu olmaz.²⁸ Gerçekten de ortada çekişmeli bir hakkın tespitinden çok o hakkın gerçekleştirilmesi söz konusudur. İlgili hak ise kamu kudreti kullanan bir organ tarafından gerçekleştirileceğinden icra işlemi de hukuki nitelik olarak idari bir işlem karakteri taşımaktadır.²⁹

2. Adli İşlem Görüşü

Doktrinde savunulan başka bir görüşe göre ise icra işlemleri, adli işlem kategorisi içerisinde yer alır.³⁰ Buna göre icra dairesi her ne kadar idari bir makam olarak kabul edilebilirse de icra dairesinin işlemleri idare hukukunda değil; ancak adli sahada etki gösterir.³¹

Kuru ve Aslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesini değerlendirerek icra işlemlerinin birer adli işlem olduğunu ifade etmektedir.

²² ARSLAN, Ramazan, *İcra ve İflâs Hukukunda İhalelerin Feshi*, Ankara 1984, s. 65.

²³ MERİÇ, Nedim, *Türk-İsviçre İcra Hukukunda Paylaşım Kuralları ve Sıra Cetveline Müracaat Yolları*, Ankara 2015, s. 241.

²⁴ UMAR, s. 42.

²⁵ ÜSTÜNDAĞ, s. 9.

²⁶ KARSLI, Abdurrahim, *İcra ve İflâs Hukuku*, 3. Bası, İstanbul 2014, s. 41.

²⁷ POSTACIOĞLU, İlhan E., *İcra Hukuku Esasları*, İstanbul 1982, s. 32.

²⁸ BERKİN, Necmeddin M., *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi*, İstanbul 1980, s. 34.

²⁹ SEVİĞ, Vasfi Raşit, *İcra ve İflâs*, Ankara 1966, s. 35.

³⁰ YILMAZ, Ejder, *İcra ve İflâs Hukuku Şerhi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 42.

³¹ ONAR, Siddık Sami, *İcra Hukukunda Temel Bilgiler*, İstanbul 1968, s. 35.

ler.³² Gerçekten Kanunun ilgili maddesi bu yoruma elverişli gözükmektedir. Zira hükme göre: “*Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, **adli işlemleri takip etmek**, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir.*”

Hükümde belirtilen “*adli işlemleri takip etmek*” ifadesi açıkça hem usuli prosedürü hem de takip prosedürünü kapsayıcı biçimde kullanılmıştır. Dolayısıyla maddenin lafzı itibarıyla icra işlemlerinin adli işlem kategorisinin içinde bulunduğu sonucuna varılması mümkün hâle gelmektedir.

Özekes ise icra işlemlerini yargılama hukuku prensipleri üzerinden değerlendirmektedir.³³ Yazara göre icra memurları da mevzuat hükümlerini uygulayarak alacaklının hakkını elde etmesini sağlamaktadırlar. İcra memuru somut olayı hukuk kuralına göre değerlendirdiği için aslında hâkimlere benzer bir altlama faaliyeti gerçekleştirmektedir. İcra memurları emir alamayacakları gibi faaliyetleri sırasında tarafsız olmak zorundadırlar. Ayrıca icra memurlarının denetimi için kendine özgü bir yol olan şikâyet prosedürü düzenlenmiştir. Bütün bunlar yazara göre icra işleminin adli işlem karakterinde olduğunu gösterir.

Tanrıver ise icra işlemini, işleme konu olan hak üzerinden değerlendirmektedir.³⁴ Yazara göre icra prosedürü alacaklının hakkını elde etmesini amaçlar. Bu hâlde icra ve iflâs daireleri takip hukuku mevzuatına ilişkin hükümleri uygulamaktadır. Takip hukuku mevzuatı ise idari bir mevzuat olmayıp adli sahanın içinde değerlendirilir. Ayrıca icra ve iflâs daireleri bakımından iş görmekten yasaklılık ve akit yapma yasağına ilişkin hükümler uygulandığından bunların işlemleri idari karakterde değildir (İİK m.10 ve 11). Aynı zamanda icra ve iflâs dairelerinin işlemlerine karşı idari yargıda iptal davasına değil; bu işlemlerin denetimi için ayrıca düzenlenmiş olan şikâyet yoluna başvurulabilir.

Arslan ise mahkeme dışındaki icra organlarının işlemlerinin idari işlem olarak kabul etmekle birlikte icra organı sayılan mahkemelerin işlemlerinin adli işlem olduğunu ifade etmektedir.³⁵ Yargıtay da icra işlemlerinin adli işlem kategorisine dâhil olduğunu belirtmektedir.³⁶

³² KURU, s. 83; ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder/TAŞPINAR-AYVAZ Sema/HANAĞASI Emel, *icra ve iflâs Hukuku*, 5. Bası, Ankara 2019, s. 54.

³³ ÖZEKES, Muhammet, *İcra Hukukunda Temel Hak ve İlkeler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 135.

³⁴ TANRIVER, Süha, *Konkordato Komiseri*, Ankara 1993, s. 122 ve 130.

³⁵ ARSLAN, s. 38-39.

³⁶ “...Hemen burada belirtilmelidir ki, icra müdürlükleri birer adli memur olup, yaptıkları işlemler de “adli işlem”dir...” Yargıtay HGK, T. 6.2.2013, E. 2012/12-703, K. 2013/214. (www.lexpera.com.tr, e.t. 10.03.2020).

B. Görüşümüz

Öncelikle belirtmek gerekir ki takip hukuku birçok hukuk alanına temas etmektedir. Bir kere takip hukukunun konusu özel hukuktan kaynaklanan hakların gerçekleştirilmesidir. Kazai bir faaliyetten farklı olarak takip hukuku herhangi bir alacak hakkının tespitini değil; ancak bunun cebri icra kurumları vasıtasıyla gerçekleştirilmesini konu alır. Buna göre bir icra işleminin iki asli karakteri vardır. İcra işlemi, özel hukuka ilişkin hakkı gerçekleştirilmeyi amaçlar. Bununla birlikte icra işlemi tek yanlıdır. Başka bir ifadeyle işlemin mevcut olabilmesi için muhatabın rızasına gerek yoktur. İcra işleminin bu iki karakteri onun hukuki niteliğinin tespit edilmesini zorlaştırmaktadır. İcra işleminin hukuki niteliğinin tespiti konusunda üç husus ön plana çıkmaktadır.

Değerlendirilmesi gereken ilk konu takip prosedürünün özel hukukla olan bağlantısıdır. İcra prosedürünün konusu esasen alacaklının takip talebinin gerçekleştirilmesidir.³⁷ Alacaklının takip talebinde bulunması kamusal subjektif bir hakkın kullanılmasıdır. Başka bir ifadeyle takip hakkı kamusal bir haktır. Ancak gerek takip hakkının gerekse de takip talebinin konusu özel hukuktan kaynaklanan alacaktır. Her icra takip işlemi, alacaklının takip talebinde gösterilen hakkına yaklaşmasını sağlar.³⁸ Takip hukukunun ve takip talebinin konusunun özel hukuka ilişkin hak olması, takip hukuku kurallarının da tabiatı itibarıyla özel hukuka göre şekillenmesini sağlamıştır. Örneğin alacaklının takibinde senede dayanmaması hâlinde borcun hukuki sebebini bildirme zorunluluğu (İİK m.58), kambiyo senetlerine mahsus haciz ve iflâs yoluyla takiplerde kambiyo senedinin icra dairesi tarafından incelenmesi zorunluluğu (İİK m.168 ve m.171), ilamlı takiplerde borcun türüne göre yapılan ayrımlar (İİK m.24-32), taşınmaz rehininin paraya çevrilmesinde alacağın belirliliğinin kuvvetine göre farklı prosedürün söz konusu olması (İİK m.149 ve 149/b),³⁹ icra işleminin özel hukukla olan bağlantısını gösterir.

İncelenmesi gereken ikinci husus icra işleminin tesis edilmiş prosedürüdür. İcra dairesi, işlem gerçekleştirirken kanundan aldığı yetkiyi kullanmaktadır. Ayrıca icra işlemleri, idari işlemler gibi tek yanlılık karakterini haizdir. Bu iki unsur icra işleminin

³⁷ UMAR, s. 211.

³⁸ KURU, *El Kitabı*, s. 47.

³⁹ Buna göre icra dairesi ipotek akit tablosunda kayıtsız şartsız ve muaccel bir alacağın varlığını tespit ederse borçluya icra emri; aksi taktirde ödeme emri gönderir. Esasen burada rehin hukukundaki “alacak bakımından belirlilik” ilkesi icra ve iflâs Kanunu’nun taşınmaz rehininin paraya çevrilmesine ilişkin hükümleri şekillendirmiştir. Zira icra dairesinin borçluya icra emri gönderdiği hâl çoğunlukla alacağın “ana para ipoteği” ile teminat altına alındığı ipotek türüdür. Ana para ipoteğinde ise, üst sınır/maksimal ipoteğin aksine doğmuş bir alacak bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle “alacak bakımından belirlilik” ilkesinin mutlak surette söz konusu olduğu hâl ana para ipoteğidir. Bu sebeple ipoteğin türünün ana para ipoteği olduğu hâllerde icra dairesi borçluya icra emri gönderir. Konu ile ilgili olarak bkz. ÇETİNER, Bilgehan, *Taşınmaz Teminatı*, İstanbul 2015, s. 101 vd.; BUDAK, Ali Cem, *İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip*, 3. Bası, İstanbul 2010, s. 153-154.

kamu gücü kullanılarak tesis edildiğini gösterir. Belirtmek gerekir ki icra işlemini, idari işleme en çok yakınlaştıran unsur tek yanlılıktır. Tek yanlılık, muhatabın rızası gerek-meksizin yalnızca idarenin iradesiyle işlemin varlık kazanabilmesidir.⁴⁰ İdari işlemin tek yanlı karakteri, onu diğer işlem kategorilerinden ayırmaya yarayan en temel unsurdur.⁴¹ Kaynağında “kamu kudretini” bulan idarenin re’sen icra yetkisi ise, idari işlemin tek yanlılık karakterini tamamlayıcı özellik gösterir. İdare tek yanlı olarak gerçekleştirdiği icrai/yürütülebilir nitelikteki işlemini re’sen icra ederek hukuk aleminde doğan sonuçların somutlaşmasını sağlar.⁴² İdari işlemin tek yanlılığı ve bu hususun tamamlayıcısı olan idarenin re’sen icra yetkisi, idari işlemi özel hukuk işlemlerinden (hukuki işlemlerden) ayırır.⁴³ İcra işlemlerinin yukarıda belirtilen “tek yanlılık” ve “re’sen icra” kurumları üzerinden incelenmesi bunların idari işlem niteliği konusunda fikir verilebilir.

Öncelikle icra işleminin özel bir tipi olan icra takip işlemleri ele alınmalıdır. İcra takip işlemlerinin hepsi tek yanlılık karakterini haiz olmakla birlikte birçoğunda da icra dairesi re’sen icra yetkisini kullanmaktadır. Bazı işlem grupları üzerinden somutlaştırmak gerekirse icra takip işlemi olan haciz kararı ele alınabilir. Haciz işleminin gerçekleştirilmesi için işlemin muhatabı olan borçlunun rızası gerekme-yip alacaklının haciz talebinde bulunması yeterlidir (İİK m.78).⁴⁴ İcra dairesi haciz kararını uygularken bununla bağlantılı muhafaza tedbiri niteliğinde birçok icra işlemi gerçekleştirir. Örneğin resmi sicile kayıtlı malvarlığı unsurlarının haczinde, haciz kararından sonra karar ilgili sicillere şerh edilir (İİK m.79/III). Taşınır bakımındansa haciz kararından sonra haczin konusu taşınır muhafaza altına alınır (İİK m.88/II). Kanun’da gösterilen para, kambiyo senedi ve değerli mallar ise icra dairesi tarafından mutlaka muhafaza altına alınmak zorundadır (İİK m.88/I). Sicile kayıtlı malvarlığı unsurları bakımından haciz kararından sonra yapılan şerh bildirimini; taşınır malların muhafaza altına alınması, haciz kararının uygulamasına yönelik icra işlemleri olup muhafaza tedbiri niteliğindeki bu işlemlerin dayanağı icra dairesinin re’sen icra yetkisidir. Bunun dışında yürütülebilir/icrai nitelikteki alelade icra işlemleri de aslında teknik anlamda idari işlemle benzerdir. Örneğin takip talebinin reddi veya haciz ve satış talebinin reddi gibi işlemler tek yanlılık karakterini haiz oldukları gibi aynı zamanda yürütülebilir/icrai niteliktedir.

Değnilmesi gereken başka bir husus icra dairesinin bir idari makam olup olmadığı sorunuyla icra işleminin hukuki niteliği arasındaki bağlantıdır. İfade etmek gerekir ki icra işleminin hukuki niteliğinin idari işlem olarak değerlendirilmesiyle icra dairesinin idari makam olup olmamasının herhangi bir bağlantısı yoktur. Zira işlemin idari karakteri, organik ölçüte göre değil; fonksiyonel ölçüte

⁴⁰ CANDAN, s. 78.

⁴¹ ERKUT, Celal, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Ankara 1990, s. 10.

⁴² GÖZLER, s. 66.

⁴³ ERKUT, Kimlik, s. 20.

⁴⁴ KURU, İcra, s. 619; KARSLI, İcra, s. 279.

göre belirlenir.⁴⁵ Bu sebeple işlemin kamu hizmeti niteliğinde olması veya kamu kudreti kullanılarak tek yanlı olarak tesis edilmesi ona idari işlem karakteri vermesi için yeterlidir.⁴⁶ Nitekim bir yargı merciinin de yargılama faaliyeti dışında kamu kudretini kullanarak yapmış olduğu tek yanlı işlemler Danıştay'a göre idari işlemdir.⁴⁷ Yukarıda belirttiğimiz üzere icra işlemi, yapısı gereği maddi hukuktaki haklarla ilişki içerisindedir. Bu özelliği onu klasik idari işlemden farklılaştırır. Ancak icra işleminin özel hukuktan kaynaklanan haklarla ilişkisi, tek başına onun hukuki niteliğini açıklayamaz. Zira icra dairesinin işlemlerinin hukuki dayanağı mevzuattan kaynaklanan kamu kudretidir. Aynı zamanda icra işleminin mevcut olabilmesi için muhatabın rızası gerekmez. Bu yönüyle icra işlemi tek yanlılık karakterini haiz olduğu gibi hukuka uygunluk karinesinden de yararlanır. Başka bir ifadeyle aksi şikâyet yargılamasında icra mahkemesi tarafından tespit edilmeye kadar icra işlemi hukuka uygun sayılır.⁴⁸ Ayrıca kamu kudretinin bir yansıması olarak icra dairesi, yürütülebilir/icrai nitelikteki icra işleminin uygulanması için re'sen icra yetkisini kullanır. Bu mülahazalar, icra işleminin -her ne kadar özel hukukla bağlantısı olsa da- idari işlem karakterini göstermektedir.

Son olarak değerlendirilmesi gereken husus, icra takip işlemlerinin özellik arz eden yapısıdır. İcra işlemleri kural olarak idari işlem olarak değerlendirilebilirse de icra takip işlemlerinin özel bir karakterinin olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Alelade icra işlemlerinden farklı olarak icra takip işlemleri, zamanışımını keser. Zira icra takip işlemleri, alelade icra işlemlerinden farklı olarak mutlak surette borçluya karşı yapılır ve takibi iler-

⁴⁵ Fonksiyonel ölçüt işlemi tesis eden makamdan değil; idari işlev üzerinden tanımlanmaktadır. Buna göre bir kamusal işlem yasama işlemi ya da yargı işlemi değilse idari işlevin konusudur (ERKUT, Kimlik, s. 63 vd.).

⁴⁶ CANDAN, s. 72-73, GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 295 vd.

⁴⁷ "... Bu tanımdan hareket edildiğinde idari işlemin unsurlarının: 'idari makam ya da makamlarca yapılmış olması', 'tek yanlılık' ve 'icrailik' nitelikleri olduğu anlaşılmaktadır. Tek yanlılık kavramı olarak tek bir irade açıklaması demektir. Buradaki idarenin tek yanlılığı, tek bir kişi ya da organın iradesi anlamında değil; işlemin tek yanlı bir irade açıklaması ile oluşması anlamındadır. Bu nedenle, idari işlemdeki irade, tek bir makam ya da organ tarafından açıklanabileceği gibi, birçok kişiden oluşan bir organ veya kurul tarafından da açıklanabilir. Yine birden fazla idari makam ya da organ, tek bir irade açıklaması için bir araya gelebilir. İşte tüm bu hâllerde idari işlem tek yanlıdır. Yukarıdaki tanıma göre idari işlemin unsurlarından birinin de 'işlemin idari makam ya da makamlarca yapılmış olması', bir başka anlatımla 'organik unsur' oluşturmaktadır. İdareyi ve idare alanını belirleyen en önemli öge olan 'idare işlevi' kavramı, oldukça önemli bir yere sahip olup, idare içinde yer alan birimlerin tüm işlemleri idare işlevine ilişkin olmayabileceği gibi idare dışında yer alan yasama ve yargı organlarının idare işlevine ilişkin işlemleri de bulunabilmektedir. Bu bağlamda olmak üzere, yargı fonksiyonu ile ilgili olmayan işlemlerin, yargıçlardan kurulu organlar ya da mahkemeler ve hatta sadece yargıçlar tarafından yapılması bunların yargısal işlem sayılmasına dayanak oluşturmaz. **İdare işlevine ilişkin olarak yapılan işlemler, hangi makam tarafından yapılırsa yapılsın, idari işlem sayılarak, idari yargının denetimine tabi olması gerekir.** Nitekim yargı mercilerinin, sırf mahkeme olmalarından dolayı ve bu sıfatla yaptıklarından ayrılabilen faaliyet ve işlemleri, idari faaliyet ve idari işlem teşkil eder..." Danıştay 5. D., T. 17.5.1996, E. 1995/4416, K. 1996/1911. (Danıştay Dergisi, S. 92, Y. 1996).

⁴⁸ AKIN/AKIN, s. 23.

letici karakteri sebebiyle zorunlu olarak yürütülebilir/icrai karakterdir. Bunun dışındaki icra işlemleri (alelade icra işlemleri) ise yürütülebilir/icrai karaktere sahip olma ihtimali taşımakla birlikte, çoğunlukla borçluya karşı yapılmadığından; borçluya karşı tesis edildiği hâllerde ise icrai karaktere sahip olmadığından, zamanaşımını kesmezler. Alelade icra işleminden farklı olarak icra takip işlemi müessesesi zamanaşımı kurumuyula sıkı bir ilişki içerisinde. Belirtmek gerekir ki zamanaşımı kurumu, idari işleme yabancıdır. Zira zamanaşımının konusunu yalnızca alacak hakları oluşturabilir.⁴⁹ Hâlbuki gerek idare hukukunda gerekse de idari yargılama hukukunda hiçbir süre zamanaşımı süresi karakterinde olamaz. Bu hukuk alanlarında süre ya alelade bir karakterdedir ya da sıklıkla karşılaştığı gibi hak düşürücü süre niteliğindedir.⁵⁰ O hâlde şu sonuca varılmalıdır: İcra takip işlemi niteliğinde olmayan icra işlemleri (alelade icra işlemleri), idari işlem kategorisindedir. Ancak icra takip işlemleri, zamanaşımını kurumuyula olan sıkı bağlantısı sebebiyle, yalnızca idari işlem olarak değerlendirilemez. Bu sebeple icra takip işlemleri adli-idari nitelikte olup birer karma nitelikte işlem olarak değerlendirilmelidir.

IV. İdari İşlemlere İlişkin Doktrinin İcra İşlemine Uygulanma İmkânı

A. Doktrindeki Görüşler

Doktrinde idare hukuku prensiplerinin icra işlemleri bakımından kıyasen uygulanmasına dair açıkça zikredilmiş bir fikre rastlanmamaktadır. Buna karşın ilgili soruna dolaylı olarak değinen yazarlar bulunmaktadır.

Umar, icra işlemlerinin idari işlem karakterini haiz olduğunu belirtmektedir. Ancak yazara göre doktrinde bu işlemlerin adli veya adli-idari nitelikte olduğunu belirten yazarların, idare hukuku prensiplerinin icra hukukunda uygulanması konusunda çekincesi bulunmaktadır.⁵¹ Buradan hareketle Umar'ın idare hukuku prensiplerinin icra hukukunda uygulanamayacağı düşüncesinde olduğu ifade edilebilir.

Taşpınar-Ayvaz, icra işleminin kamu düzenine aykırılığına ilişkin doktrinin, icra hukukunu idare hukukuna yaklaştırdığını ifade etmektedir.⁵² Yazar böylelikle idare hukukundaki yokluk (nullité) teorisine atıf yapmaktadır. Zira idare hukukunda yok hükmünde olan bir işlem bakımından idari yargıdaki dava açma süresinin işlemeyeceği kabul edilmektedir.⁵³ Taşpınar-Ayvaz, İsviçre doktrinine atıf yaparak idare hukukuna ilişkin prensiplerin icra hukukunun niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerektiğini belirtmektedir.⁵⁴

⁴⁹ WYSS, Jean Albert, *Quelques Problèmes de Péréemption et de Prescription*, JdT 1973 I 258 (JdT 1973), s. 1; BELGESAY, Mustafa Reşit, *Zamanaşımı ve Hakkı Düşüren Süreler*, s. 20.

⁵⁰ ONAR, Esaslar, s. 1961; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 848.

⁵¹ UMAR, s. 42.

⁵² TAŞPINAR-AYVAZ, *Hükümsüzlük*, s. 1542.

⁵³ ERKUT, Celal, *"İdare Hukukunda Yokluk Teorisi"*, İHİD, C. 9, S. 1-3, Y. 1988, s. 85.

⁵⁴ TAŞPINAR-AYVAZ, *Hükümsüzlük*, s. 1542, dn. 13.

Yıldırım/Deren-Yıldırım'a göre idari yargılama hukukuna ilişkin prensipler icra hukukuna kıyasen uygulanabilir. İcra işlemlerinin kontrolünü sağlayan şikâyet yolu da idari yargılama hukukuyla benzerlikler taşımaktadır.⁵⁵ Yazarlar benzer şekilde idare hukuku kaynaklı ölçülülük ilkesinin icra işlemleri bakımından da söz konusu olduğunu ifade etmektedirler.⁵⁶

Çelikoğlu, icra işlemlerinin idari işlem karakteri niteliği taşıdığı kabul ettikten sonra takip hukuku mevzuatında hüküm olmadığı ve kanunun yasaklamadığı hâllerde idare hukuku kurallarının kıyasen uygulanmasının mümkün olduğunu ifade etmektedir.⁵⁷

Arslan ise öncelikle takip hukukunun idare hukuk kurallarına değil; bu hukuk alanı için özel olarak düzenlenen takip hukuku mevzuatına tabi olduğunu belirttikten sonra icra işlemlerinin sebep, konu, amaç bakımından hukuka aykırılığının hukuka nesnel bir aykırılık olduğunu ifade etmiştir.⁵⁸ Şüphesiz takip hukuku mevzuatında icra işleminin sebep, konu ve maksat unsurlarını düzenleyen herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Aksine işlemin unsurlarına ilişkin düzenleme idari işlemler bakımından 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda bulunmaktadır (İYUK m.2). Buna göre yazar idari işlemin unsurları ile icra işleminin unsurları bakımından bir benzerlik öngörmüştür.

Çiftçi ise, idare hukukunda söz konusu olan ölçülülük ilkesinin özel bir görünümle birlikte icra hukuku bakımından da geçerli olduğunu belirterek anayasa hukuku ve idare hukukundaki ölçülülük ilkesinin icra hukukundaki uygulamasını açıklamıştır.⁵⁹

Özçelik, icra işlemlerinin idari işlem karakterini haiz olmayıp adli işlem kategorisinde olduğunu belirtmekle birlikte icra müdürünün takdir yetkisi bakımından idare hukukuna ilişkin teorilerin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir.⁶⁰

Akın/Akın ise şikâyet yargılamasına ilişkin eserlerinde birçok idare hukuku terminolojisi kullanarak icra işleminin hukuka uygunluk karinesinden yararlandığını,⁶¹ belirleyici özelliğinin tek yanlılık olduğunu,⁶² ayrıca icra işleminin hukuka aykırılığının incelemesinde tıpkı idari işlemlerde olduğu gibi yetki, şekil, sebep ve konu unsurlarının incelenmesi gerektiğini ifade etmişlerdir.⁶³

Türk Hukukunda idare hukuku prensiplerinin icra hukuku bakımından kıyasen uygulanmasını, tespit edebildiğimiz kadarıyla yalnızca Taşpınar-Ayvaz ve Akın/

⁵⁵ YILDIRIM, Mehmet Kâmil/YILDIRIM, Nevhis Deren, *İcra ve İflâs Hukuku*, 7. Bası, Beta, İstanbul 2016, s. 4.

⁵⁶ YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 5.

⁵⁷ ÇELİKOĞLU, s. 108-109.

⁵⁸ ARSLAN, s. 188.

⁵⁹ ÇİFTÇİ, Pınar, *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*, Ankara 2010, s. 126.

⁶⁰ ÖZÇELİK, Volkan, *İcra Müdürünün Takdir Yetkisi*, Ankara 2014, s. 8 ve 33-34.

⁶¹ AKIN/AKIN, s. 23.

⁶² AKIN/AKIN, s. 22.

⁶³ AKIN/AKIN, s. 61 vd.

Akın açıkça savunmaktadır. Taşpınar-Ayvaz bu hususta İsviçre doktrinine atf yapmaktadır. Gerçekten de İsviçre doktrininde idare hukuku prensiplerinin uygulanması fikri daha açık olarak ifade edilmektedir. Örneğin Guilliéron, şikâyet yargılaması sonucu verilen kararın idari yargılama hukukunda verilen iptal kararıyla benzer sonuçları doğurduğunu vurgulamaktadır.⁶⁴ Böylece yazar, şikâyet yargılaması bakımından idari yargılama hukukunun konusu olan iptal davasına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasının önünü açmaktadır. Diğer taraftan yazarın icra işlemleri için kullanmış olduğu terminoloji doğrudan doğruya idari işlemler için kullanılan terminolojiyle aynıyet teşkil etmektedir. Örneğin yazara göre icra işlemleri bakımından da menfi ve müspet icra işlemleri şeklinde bir ayırım yapmak mümkündür.⁶⁵

Şüphesiz ki İsviçre doktrininin idari yargılama hukuku prensiplerinin uygulanması konusundaki yaklaşımına temel teşkil eden sebebin başında, İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun böyle bir uygulamaya imkân veren hükümleridir. Zira 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun⁶⁶ aksine İsviçre İcra ve İflâs Kanunu, “yok hükmünde (*nu*)” işlemleri ve idare hukukundaki idari işlemin idare tarafından geçmişe etkili şekilde ortadan kaldırılmasına imkân veren “geri alma” kurumunu düzenlemektedir (LP Art. 22). Önemle belirtmek gerekir ki iki kurum da Kanun’umuzda düzenlememekle birlikte “yok hükmünde” işlemler, “batıl” işlem kavramı çerçevesinde hukukumuzda da kabul edilmektedir.⁶⁷ Ancak doktrin “batıl işlem” olarak isimlendirilen geçersizlik hâlinin teorik temelini açıklamamaktadır. Diğer taraftan Kanun’umuzda düzenlenmeyen icra işleminin geri alınması imkânı, doktrinde⁶⁸ kabul edilmekle birlikte; Yargıtay icra dairesinin işlemini geri alamayacağını ifade etmektedir.⁶⁹

B. Görüşümüz

Doktrinde idari işleme ilişkin prensiplerin icra işlemlerine kıyasen uygulanabileceğine ilişkin az fikre rastlanmaktadır. En azından bu konuda genel bir te-

⁶⁴ GİLLIÉRON, Pierre Robert, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (Article 1-88)*, Editions Payot, Lausanne 1999, s. 368.

⁶⁵ GİLLIÉRON, s. 369.

⁶⁶ RG, T. 19/6/1932, S. 2128.

⁶⁷ POSTACIOĞLU, s. 69; ÜSTÜNDAĞ, s. 51, KURU, s. 106; PEKCANITEZ/SİMİL, s. 146; TAŞPINAR-AYVAZ, Hükümsüzlük, s. 1540.

⁶⁸ ÜSTÜNDAĞ, s. 32 vd.; POSTACIOĞLU, s. 32.

⁶⁹ “... Kısacası, icra müdürlüklerince tutulan tutanaklar aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir. İcra daireleri icra hakimliklerinin daimî gözetimi ve denetimi altında olup, işlemlerine karşı icra hakimliklerine şikâyet yoluna başvurulur. Şikâyet, icra dairelerinin icra hukukuna aykırı olan ve hadiseye uygun bulunmayan işlemlerinin iptali ve düzeltilmesini veya yerine getirilmeyen veya sebepsiz sürüncemede bırakılan bir hakkın yerine getirilmesini sağlamak için kabul edilmiş bir kanun yoludur. Açıklandığı üzere, adli işlem niteliğindeki icra müdürlüğü işlem ve kararlarına karşı İcra ve İflas Kanunu şikâyet halinde İcra Hakimliğinin kararıyla olanaklı kılınmıştır...” Yargıtay 12. HD., T. 9.9.2013, E. 2013/19920 K. 2013/27600 (www.lexpera.com.tr, e.t. 15.03.2020).

orinin olduğunu söylemek mümkün değildir. Hâlbuki doktrindeki çoğunluk icra işlemlerinin idari veya adli-idari nitelikte olduğunu kabul etmektedir. O hâlde icra işlemlerine uygulanacak rejim yalnızca takip hukuku tarafından tayin edilemez. Öyle ki İcra ve İflâs Kanunu icra işleminin kimliğini; başka bir ifadeyle icra işleminin bütün teknik unsurlarını, yapısı gereği düzenleyemez. Tabiatı gereği Kanun, yalnızca takip prosedürüne ilişkin işlemleri düzenlemektedir. Bu sebeple yalnızca Kanun'daki düzenlemeler icra işlemlerinin rejimine ilişkin bir teoriyi geliştirmek bakımından yetersiz kalmaktadır. Aynı husus İsviçre İcra ve İflâs Kanunu bakımından da geçerlidir. Zira İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda, icra hukukunu idare hukukuna yaklaştıran düzenlemeler bulunmakla beraber bu düzenlemelerin teorik temeli -nitelikleri gereği- takip hukukunda değil; idare hukuku ve idari yargılama hukuku alanlarında yer almaktadır.

İcra işlemlerinin rejimi, yalnızca takip hukukunun değil; aynı zamanda idare hukukunun da konusunu oluşturur. İcra işlemlerine uygulanacak rejimin tespitinde idare hukuku ve idari yargılama hukuku prensiplerinin uygulanması bir zorunluluktur. Böylelikle icra işlemlerine uygulanacak rejim, icra hukuku ve idare hukuku prensiplerinden müteşekkil karma bir rejim olmalıdır.

Şayet icra işleminin idari niteliği kabul edilirse bunun tabi olacağı rejim bakımından idare hukuku prensiplerinin de cari olduğu sonucuna varılması zorunludur. Örneğin usul hukukunda davaya son veren davadan feragat, davayı kabul ve sulh işlemlerinin karma karakterde olduğu Türk ve İsviçre hukuklarında yaygın görüştür.⁷⁰ Bu işlemler, usuli işlem ve hukuki işlem karakterini birlikte içermektedir. Bu sebeple karma karakterli işlemler rejiminde usuli ve hukuki işlemlere ilişkin prensipler birlikte uygulama alanı bulur.⁷¹ Bunun doğal sonucu olarak davadan feragat, davayı kabul ve sulh işlemleri irade sakatlığı sebebiyle geçersiz kılınabilir (HMK m.311, m.315/f.II).⁷² Nasıl ki karma karakterli işlemlerin hukuki rejimi inşa edilirken maddi hukuk işlemi olan hukuki işlemlere ilişkin prensipler

⁷⁰ ÖNEN, Ergun, *Medeni Yargılama Hukukunda Sulh*, Ankara 1972, s. 36; TANRIVER, Süha, *Medeni Usul Hukuku*, C. I, 2. Bası, Ankara 2018, s. 1051; ATALI, Murat, *Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 2011; AKYOL-ASLAN, Leyla, *Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat*, Ankara 2011, s. 193; ERMENEK, İbrahim, *Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul*, Ankara 2009, s. 43.

⁷¹ Örneğin bu işlemlerin geçersizlik rejimi hem usul hukukuna hem de maddi hukuka tabi olur (ÜSTÜNDAĞ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, 7. Bası, İstanbul 2000, s. 569).

⁷² ÖNEN, s. 176. Bunun dışında usuli anlaşmaların kurulması ve geçerliliği noktasında da bazı maddi hukuk hükümlerinin kıyasen uygulanması söz konusu olabilmektedir. Usuli anlaşmalar esasen karma karakterli işlemler olarak kabul edilmemektedir. Maddi hukuka ilişkin bazı prensiplerin usuli anlaşmalara uygulanmasındaki asıl sebepler usul hukukunda detaylı hükümlerin olmaması ve pratik ihtiyaçlardır. Hâlbuki karma karakterli işlemler, usuli işlem olmaları dışında maddi hukuk işlemi karakterine de sahiptir. Bu sebeple maddi hukuk hükümlerinin karma karakterli işlemlere uygulanması bir tercih değil; zorunluluktur. Usuli anlaşmalara ilişkin kısımlar için bkz. KARSLI, Abdurrahim, *Medeni Usul Hukukunda Usulî İşlemler*, İstanbul 2001, s. 119 vd.

de göz önünde bulunduruluyorsa icra işlemlerinin tabi olduğu rejimin dâhilinde idare hukukuna ilişkin prensiplerin uygulanması kaçınılmazdır. O hâlde icra işleminin tabi olduğu rejimin takip hukuku ve idare hukuku prensiplerini birlikte içerdiği sonucuna varılmalıdır.

V. İdari İşlemlere İlişkin Prensiplerin İcra İşlemleri Bakımından Uygulandığı Hâller

A. İdari İşlemin Yapısına İlişkin Kuralların Uygulanması

İdari işlemler, hukuki işlemlerden farklı olarak kamu kudretini kullanan bir merci tarafından tek yanlı olarak tesis edilirler.⁷³ İdari işlemin tesisinde kullanılan kamu gücü, idari işlemin aksi yargı mercii tarafından tespit edilinceye kadar hukuka uygun sayılmasını sonucunu doğurur.⁷⁴ İdari işlemin başka bir kamu otoritesi tarafından aksi tespit edilinceye kadar hukuka uygun sayılması,⁷⁵ idari işlemin hukuka uygunluk karinesinden yararlanması anlamına gelir.⁷⁶

Belirtmek gerekir ki icra işlemleri de tıpkı idari işlemler gibi kamu kudreti kullanılarak ilgisinin rızası aranmaksızın hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bu husus, icra işlemlerinin de hukuka uygunluk karinesinden faydalandığı anlamına gelir.⁷⁷ Bu noktada icra işlemlerinin, idari işlemlerden herhangi bir farkı olmadığını vurgulamak gerekmektedir. İcra işlemleri, konusu itibariyle hukuka ağır derecede aykırı olsalar dahi icra mahkemesi tarafından şikâyet yargılamasında işlemin hukuka aykırılığı tespit edilmedikçe işlem hukuka uygun sayılacaktır. İcra işlemlerinin hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasının şikâyet yolunu idari yargılama hukukundaki iptal davasına yaklaştırdığını ifade etmek gerekmektedir. Esasen şikâyet, doktrinde çoğunlukla geniş anlamda bir kanun yolu veya hukuki çare olarak değerlendirilmektedir.⁷⁸ Şüphesiz bu nitelendirmenin altında adli yargı alanında düzenlenen şikâyetin tipik olmayan karakteri

⁷³ DURAN, s. 413; ERKUT, Kimlik, s. 13; CANDAN, s. 78.

⁷⁴ MOOR, Pierre, *Droit administratif, Les actes administratifs et leur contrôle*, Volume 2, Bern 2011, s. 201.

⁷⁵ "... İdari işlemlerin -bu arada düzenleyici işlemlerin- hukuka uygun olduklarına dair bir yargı kararına gereksinim duymadan hukuka uygun kabul edilerek ilgililer üzerinde hukukî sonuç doğurması olarak tanımlanabilen 'hukuka uygunluk karinesine' göre de dava konusu yönetmelik hükümlerinin, 6100 Sayılı Kanun'un 331. maddesinde zikredilen 'davanın açıldığı tarihteki tarafların haklılık durumu' kapsamında, hukuka uygun sayılması gerektiği değerlendirilmektedir..." Danıştay 10. D., T. 17.9.2019, E. 2014/4171, K. 2019/5781, T. 17.9.2019 (www.kazanci.com.tr, e.t. 30.10.2020).

⁷⁶ UÇAR, İsmail, "İdare Hukukunda Kamu Gücü Ayrıcılığı Kavramı ve Bir Kamu Gücü Ayrıcılığı Olarak Hukuka Uygunluk Karinesi", GÜHFD, C. XX, S. 3, Y. 2016, s. 348; GÖZLER, s. 678; MOOR, s. 201.

⁷⁷ AKIN/AKIN, s. 22-23.

⁷⁸ KURU, Şerh, s. 87; KURU, *El Kitabı*, s. 103; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI, s. 76; PEK-CANITEZ/SİMİL, s. 49; MUŞUL, *Şikâyet*, s. 53; KARSLI, *İcra*, s. 77; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 31; UYAR, Talih/UYAR, Alper/UYAR, Cüneyt, *İcra Hukukunda Şikâyet*, Ankara 2018, s. 2-3.

yatar. Öyle ki hukuk yargılamasında dava konusu özel hukuktan kaynaklanan bir hak veya hukuki durum olmaktadır. Hâlbuki şikâyet yargılamasının konusu icra işlemleridir. Böylece şikâyet yargılaması, dava konusu bakımından hukuk yargılamasının tipik özelliklerine sahip değildir. Ancak şikâyet yargılamasında bir kamu otoritesinin tek yanlı olarak tesis ettiği ve hukuki etkilerini doğurması için ilgilinin rızasının aranmadığı icra işlemlerinin hukuka uygunluğu denetlenmektedir. Diğer taraftan alacaklının şikâyet yoluna müracaat ettiği hâllerde şikâyet yargılamasında muhakeme edilen husus alacaklının icra hakkı ve yetkileri olmaktadır. Bunların çoğunda esasen icra dairesinin alacaklının talebini reddetmesi söz konusudur. İcra dairesi alacaklının talebini reddederek menfi bir işlem tesis etmektedir. Şikâyet yoluna borçlu tarafından müracaat edildiği hâllerde, çoğunlukla icra dairesi tarafından borçlu aleyhine tesis edilmiş bir icra işlemi söz konusu olacağından ortada müspet bir icra işlemi bulunacaktır.⁷⁹ Bu hâlde şikâyet yargılamasında bir uyuşmazlığın bulunduğu açıktır.⁸⁰ Şikâyet yargılamasında uyuşmazlığın konusu ise alacaklının icra hakkı ve icra yetkisi ile borçlunun mülkiyet hakkı olmaktadır. Tüm bu mülahazalar dikkate alındığında şikâyetin, yalnızca özel hukuka ilişkin bir hak veya hukuki durumu konu almamasından hareketle dava olarak nitelendirilmeyeceğini ifade etmek güç gözükmemektedir. Kanaatimizce hukuki nitelik olarak idari işlem karakterinde olan ve tesis edildiği çoğu hâlde alacaklının, borçlunun veya üçüncü kişilerin hukuk alanlarında önemli etkiler meydana getiren icra işlemlerinin muhakeme edildiği şikâyet yolu, bir dava olarak kabul edilmelidir.⁸¹

Bir idari işlemin iptal davasına konu olabilmesi için icrai/yürütülebilir karakterde olması gerekir (İYUK m.14/f.III).⁸² İcrailik, idari işlemin hukuk sükeleri üzerinde hukuki sonuç doğurabilme imkânını ifade etmektedir.⁸³ Bu noktada idare hukukunda sıklıkla birlikte anılan kesinlik ve icrailik kurumlarının tam olarak aynı anlama gelmediğini konumuz bakımından belirtmekte fayda vardır. Kesinlik, bir idari işlemin idari prosedür içerisinde başkaca bir makamın onayına ihtiyaç göstermemesini ifade eder; hâlbuki icrailik işlemin hukuki etki doğurabilme kabiliyetidir.⁸⁴ İdari işlemin kesin nitelikte olması icrai karakteri haiz olduğunu göstermez. Buna karşın her icrai işlem mutlak surette kesin olmak zorundadır.⁸⁵ İdari yargıla-

⁷⁹ GILLIÉRON, s. 369.

⁸⁰ Karş. PEKCANITEZ/SİMİL, s. 8.

⁸¹ Nitekim doktrinde bir görüşe göre şikâyet yargılamasında verilen kararlar, idari yargılama hukukundaki iptal davasında verilen kararların doğasıyla benzeşmektedir (GILLIÉRON, s. 368).

⁸² ERKUT, *Kimlik*, s. 117.

⁸³ ONAR, C. I, s. 1779; DURAN, s. 394; GÖZLER, s. 673; CANDAN, s. 82; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 309; YILMAZ, s. 26 vd.; SEİLLER, s. 43; DEBBASCH/RICCI, s. 743; CHAPUS, s. 531; UÇAR, s. 352.

⁸⁴ KAYA, Cemil, "Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler", GÜHFD, C. IX, S. 1-2 Y. 2004, s. 258.

⁸⁵ CANDAN, s. 80.

ma hukukundaki iptal davasının takip hukukundaki karşılığı olan şikâyet yargılamasının konusu da yalnızca icrai/yürütülebilir icra işlemleri olabilir. Gerçekten de icra ve iflâs dairesinin icrai/yürütülebilir nitelikteki olmayan birçok işleminin bulunduğu ifade edilmelidir. Bu işlemlere karşysa şikâyet yoluna müracaat etmek mümkün değildir. Örneğin icra dairesinin çalışma düzeni ve saatiyle ilgili almış olduğu bir karar hukuk sùjelerinin üzerinde etki doğuramaz; bu sebeple icrai karakter taşımaz. Diğer taraftan icra dairesi yapmış olduğu işlemleri ve tarafların talepleri ile beyanlarını tutanağa almak zorundadır (İİK m.8). İcra dairesi tarafından borçlunun süresi içerisinde ödeme emrine itiraz ettiğinin tespiti şeklindeki işlem de alacaklının hukuki durumunda değişiklik yaratmaz. Bu sebeple alacaklı tespit şeklindeki işlemin iptalini talep edemez. Şayet alacaklının haciz talebi borçlunun usulüne uygun ödeme emrine itirazı sebebiyle icra dairesi tarafından reddedilirse; bu ret kararı alacaklının hukuki durumunu değiştiren icrai bir işlem niteliğinde olduğu için şikâyetin konusunu oluşturabilir. İcra işleminin şikâyetin konusunu oluşturabilmesi için icrai/yürütülebilir olması zorunluluğu ile ilgilinin şikâyet yoluna müracaatında menfaatinin bulunması zorunluluğu teknik olarak birlikte değerlendirilemez. Zira işlemin icrai olması, bunun hukuk alanında sonuç doğurabilmesini ifade eder. Hâlbuki menfaat, icrai bir idari işlemin, aynı zamanda belirli bir hukuki çareye müracaat etmek isteyen ilgilinin aleyhine bir hukuki sonuç doğurmasıyla alakalıdır.⁸⁶ İcrailik, işlemin özùyle ilgiliyken menfaat işlemin hukuki sonucu ile bu işleme muhalefet etmek isteyen ilgili arasındaki ilişkiyi açıklar.

B. İdari İşlemin Geçersizlik Rejimine İlişkin Kuralların Uygulanması

Geçersiz idari işlemler, yokluk (*nullité*) ve iptal edilebilirlik (*annulabilité*) kurumları üzerinden değerlendirilir.⁸⁷ Öyle ki geçersiz bir idari işlem ya yok hükümdedir ya da batıldır. Bununla birlikte işlemin unsurlarındaki sakatlık ne derecede olursa olsun, idari işlemin hukuka uygunluk karinesinden faydalanması sebebiyle, sakatlığın mutlak surette yargı mercii tarafından tespit edilmesi gerekmektedir. Her ne kadar tartışmalı olsa da idare hukukunda yok veya batıl (iptal edilebilir) işlemlere karşı iptal davası yoluna müracaat edilmelidir.⁸⁸ Fakat aşağıda açıklanacağı üzere geçersizlik türüne göre mahkemenin vereceği karar da farklılaşmaktadır.

Yok hükmündeki idari işlemlerin, tartışmalı olmakla birlikte, dava konusu olabileceği belirtilmektedir.⁸⁹ Bununla birlikte yokluk ve butlan şeklindeki yaptır-

⁸⁶ HANAĞASI, Emel, *Davada Menfaat*, Ankara 2009, s. 21.

⁸⁷ ERKUT, Yokluk, s. 70; SARICA, Yokluk, s. 1263; ULUER, Yıldırım, *İdari Yargıda İptal Kararının Sonuçları*, Ankara 1970, s. 2.

⁸⁸ CHAPUS, s. 217.

⁸⁹ CHAPUS; s. 217; ONAR, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. I, 3. Bası, İstanbul 1966, s. 330; İŞIKLAR, s. 856; ERKUT, Yokluk, s. 89-90.

rımlar, hukuki nitelikleri sebebiyle, iptal davasına müracaat için zorunlu olan hak düşürücü süre noktasında farklılaşmaktadır.⁹⁰

Butlan hâlinde farklı olarak yok hükmünde bir idari işlemin belirli unsurlarında hukuka ağır aykırılıklar söz konusu olmaktadır.⁹¹ İdari işlemin unsurlarındaki hukuka aykırılık öyle ağır derecededir ki bu hukuka aykırılık işlemin hüküm ifade etmesinden ziyade; varlık kazanmasına engel olur.⁹² İşlemin unsurundaki ağır aykırılık işlemin varlık kazanmasını etkilediğinden, butlan hâlinde farklı olarak, işlemin düzeltilmesi de mümkün olmaz.⁹³ Yok hükmünde bir idari işlemin, batıl bir idari işlemde en önemli farkı ise herhangi bir hak düşürücü süreye tabi olmadan dava konusu olabilmesidir.⁹⁴ Bir idari işlemin yok hükmünde kabul edilebilmesi için mevzuatta buna ilişkin bir hüküm bulunmasına dahi gerek bulunmamaktadır.⁹⁵ Diğer taraftan idari işlemin yok hükmünde olmasının muhatapı etkileyen tek fonksiyonu, işlemin süresiz surette iptal davasının konusunu oluşturması değildir. Ayrıca yok hükmünde olan bir idari işlem, idare mahkemesi tarafından re'sen dikkate alınmak zorundadır.⁹⁶ Yokluk hâlleri idare hukukunda genellikle işlemin yetki unsurunda sakatlık anlamına gelen fonksiyon gaspı çerçevesinde değerlendirilmektedir.⁹⁷ Bununla birlikte yokluk teorisinin, icra hukuka ile bağlantısı esasen idari işlemin konu unsuru ile ilgili olacaktır. Zira icra işleminin şikâyet yolunun konusunu oluşturmasının sebebi, konusunun takip hukuku normlarına aykırılığıdır. İdari işlemin konu unsurunun şüphesiz düzenlediği husus ise idari işlemin hukuk alanında meydana getirdiği hukuki sonuçtur.⁹⁸

Doktrinde yalnızca yetki unsurundaki sakatlıkların değil; konu unsurundaki ağır sakatlıkların da işlemin yok hükmünde sayılmasına sebep olacağı belirtilmektedir (hukuki yokluk).⁹⁹ Buna karşın işlemin konu unsurunda kamu düzenine ilişkin her aykırılığın, yokluk yaptırımına tabi olacağını ifade etmek kolay gözükmemektedir.

⁹⁰ ULUER, s. 2, dn. 7.

⁹¹ ERKUT, Yokluk, s. 69, FİŞ ÜSTÜN, Gül, "İdari İşlemlerin Yokluğunun Tespitinde Görevli Yargı Düzeni", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, C. 9, Y. 2013, s. 27.

⁹² ONAR, s. 323; SARICA, Ragıp, *İdari Kaza*, C. I, İstanbul 1949, s. 57.

⁹³ MOOR, s. 203.

⁹⁴ GAUDEMET, Yves, *Traité de droit administratif*, Tome 1, 16e édition, LGJD, Paris 2001, s. 575; DEBBASCH/RİCCİ, s. 790; CHAPUS, s. 630.

⁹⁵ SARICA, Ragıp, "İdare Hukukunda Yokluk ve Butlan", Ebül'ulâ Mardin'e Armağan'dan Ayrı Bası, İstanbul 1944, s. 1209.

⁹⁶ SARICA, Yokluk, s. 1211; DEBBASCH/RİCCİ, s. 790.

⁹⁷ GAUDEMET, s. 575-576.

⁹⁸ SARICA, Kaza, s. 77; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 502; GÖZLER, s. 744; GÖÇGÜN, Muhammed, *İdari İşlemin Konu Unsuru*, İstanbul 2017, s. 23.

⁹⁹ ÖZGEN, Eralp, "İdari Tasarruflardaki Sakatlıklar", AÜHFD, C. XVII, S. I-4, Y. 1960, s. 280; İŞIKLAR, Celâl, "İdare Hukukunda Yokluk ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Uygulaması", İÜHFİM, C. LXIX, S. I -2, Y. 2011, s. 845; SARICA, Yokluk, s. 1234; ERKUT, Yokluk, s. 74.

Moor'a göre idari işlemin yokluk yaptırımına tabi olabilmesi için konu unsurundaki hukuka aykırılığın ağır olması, ihlal edilen normun temel bir norm olması ve ihlalle birlikte ilgilinin manevi ve maddi bütünlüğünün tehlikeye düşmesi aranmalıdır.¹⁰⁰ Auby/Drago'ya göre ise idari işlemin konu unsurundaki sakatlık sebebiyle yokluk yaptırımına tabi olabilmesi için hukuka aykırılığın ağır ve açık olması yeterlidir.¹⁰¹

Yok hükmündeki idari işlemlerin dava konusu olması hâlinde mahkemenin vermiş olduğu karar, iptal değil; yokluğun tespiti olacaktır.¹⁰² Bu noktada Chapus tarafından yapılan ayrıma değinilmelidir. Yazara göre iptal davaları (*recours pour excès de pouvoir*), bir idari işlemin iptalinin istendiği davalar, tespit davaları ve yokluğun açıklanması davası olarak üç gruba ayrılır.¹⁰³ Yokluğun açıklanması davalarında (*recours en déclaration d'inexistence*) yok hükmündeki bir idari işlemin iptali mümkün olmadığından yokluğun açıklanmasıyla yetinilir.¹⁰⁴ Sarıca, Chapus'nun belirttiği çerçevede Fransız Yüksek Mahkemesi tarafından yokluğun tespitine ilişkin kararların teorik olarak zayıf olduğunu ifade etmektedir. Yine de yazara göre bu şekildeki kararlar, sakatlığının tespitindeki kamusal menfaat gereği pratik mülahazalara uygundur.¹⁰⁵

İdare hukukundaki yok hükmünde işlemlere yönelik doktrin dikkate alındığında icra işleminin kamu düzenine aykırılık hâlinin hüküm ve sonuçlarının altında, esasen idare hukukundaki yokluk teorisinin yattığı kabul edilmelidir.

İsviçre ve Türk kanun koyucusu icra işleminin geçersizlik rejimi ve bunun tespitine ilişkin hususları, takip hukukundaki şikâyet kurumu üzerinden değerlendirmişti.¹⁰⁶ Mevaz İsviçre Kanunu'nda kamu düzenine aykırı işlemlerin süresiz olarak şikâyet yoluna tabi olduğu düzenlenmektedir. Hükme göre kamu menfaatine ve takibe taraf olmayan üçüncü kişilerin menfaatine aykırı işlemler geçersizdir (LP Art. 22/al.I).¹⁰⁷ İşlemin hükümsüzlüğünü tespit eden icra mahkemesi bu hususu talebe gerek

¹⁰⁰ MOOR, s. 205.

¹⁰¹ AUBY, Jean-Marie/DRAGO, Roland, *Traité des recours en matière administrative*, Paris 1992, s. 99.

¹⁰² AUBY/DRAGO, s. 100-101; ERKUT, Yokluk, s. 90-91; FİŞ ÜSTÜN, s. 37; ONAR, C. III, s. 1778; DEBBASCH/RİCCİ, s. 790.

¹⁰³ CHAPUS, s. 215-217.

¹⁰⁴ CHAPUS, s. 218.

¹⁰⁵ SARICA, Yokluk, s. 1202, dn. 15.

¹⁰⁶ YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 4.

¹⁰⁷ Kanun ilgili işlemlerin tabi olduğu geçersizliği "nullité" olarak ifade etmektedir. Bir görüşe göre Kanun'daki ifade ile esasen işlemin batıl olması daha Türkçe ifadeyle ise hükümsüzlüğü ifade edilmektedir (TAŞPINAR-AYVAZ, Hükümsüzlük, s. 1540, dn. 5). Gerçekten de kavramların kullanılması konusunda İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun özel hukuk terminolojisine daha yakın duracağı düşünülebilir. Zira takip hukuku esasen özel hukuktan doğan hakları veya hukuki durumları konu alır. Bununla birlikte "nullité" ifadesi idare hukuku terminolojisi içerisinde değerlendirildiğinde "yok hükmünde" anlamına gelir. Zira bir idari işlemdeki sakatlıklar alelade nitelikteyse işlem "iptal edilebilir" karakterdedir. Bu ifade ise idare hukuku terminolojisinde "annulabilité" kavramına tekabül eder. "Annulabilité" kavramı karşısında yer alan ve İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda kullanılan kavram, yok hükmünde anlamına gelen "nullité" ifadesidir. Ekleme gerekir ki İsviçre Öğretisinde tespit

olmaksızın re'sen dikkate alır (LP Art. 22/al.I). Buna göre Kanun'da kamu düzenine aykırı icra işlemlerinin özel bir kategori olarak düzenlendiği ifade edilebilecektir.¹⁰⁸

İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda kamu düzenine aykırı icra işlemlerinin tabi olduğu rejim düzenlenmesine rağmen Türk Hukuku'nda benzer pozitif düzenlemeler bulunmamaktadır. Bununla birlikte kamu düzenine aykırı icra işlemlerine karşı süresiz surette şikâyet yoluna müracaat edilebileceği Türk Hukuku'nda da tereddütsüz olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁹ Kamu düzenine aykırı icra işleminin geçersizliğinin hukuki niteliği ise tartışmalıdır. Doktrinde kamu düzenine aykırı işlemler için "hükümsüzlük"¹¹⁰ veya "mutlak butlan"¹¹¹ kavramları kullanılmaktadır. Buna karşın icra işlemini idari işleme ilişkin kurallar çerçevesinde değerlendirilen bir görüş, işlemin tabi olduğu geçersizliğin hukuki niteliğini yokluk ve iptal edilebilirlik olarak ikiye ayırmaktadır.¹¹² İdare hukuku esasına bağlı kalan başka bir görüş ise icra işleminin tabi olduğu geçersizlik tipolojisini, hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik olarak değerlendirmektedir.¹¹³ Bu durumda çoğunluk görüşünün özel hukuk terminolojisine yakın kavramlar kullandığı ifade edilebilir.

İcra işleminin kamu düzenine aykırılığı, esasen icra işleminin konu unsurunu meydana getiren hukuki sonucun, hukuka ağır biçimde aykırı olmasıdır. Bu hâlde aykırılığın konusu, kamu menfaatini veya üçüncü kişilerin menfaatini koruyan normlar olmaktadır.¹¹⁴ Örneğin taraf kurumunun içerisinde yer alan taraf ehliyeti, takip ehliyeti, takip yetkisi kurallarına aykırılık hâlinde icra işleminin hukuki sonucu tereddütsüz biçimde kamu düzenine aykırı olur.¹¹⁵ Zira bu hâlde var olma-

edebildiğimiz kadarıyla "nullité" ve "annulabilité" kavramları birlikte kullanıldığından yokluk ve iptal edilebilirlik şeklindeki idare hukuku terminolojisi tercih edilmektedir (DALLÈVES/FOËX/JEANDİN, s. 71; GILLIÉRON, s. 369). İsviçre kanun koyucusunun idare hukuku veya özel hukuk terminolojilerinden hangisini tercih ettiğini tespit etmek eldeki veriler karşılığında oldukça güç gözükmeyle birlikte; maddenin özel bir şikâyet hâli olarak düzenlenmesi Kanun'da idare hukuku terminolojisinin kullanıldığı izlenimini vermektedir.

¹⁰⁸ TAŞPINAR AYVAZ, Hükümsüzlük, s. 1541.

¹⁰⁹ BERKİN, s. 401-402; ÜSTÜNDAĞ, İcra, s. 51; KURU, El Kitabı, s. 109; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI, s. 82; YILMAZ, Şerh, s. 95; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 35; PEKCANITEZ/SİMİL, s. 146; MUŞUL, Şikâyet, s. 244; MUŞUL, İcra, s. 116; KARSLI, İcra, s. 80; UYAR/UYAR/UYAR, s. 351; AKIN/AKIN, s. 54.

¹¹⁰ YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 36.

¹¹¹ KARSLI, İcra, s. 80.

¹¹² DALLÈVES/FOËX/JEANDİN, s. 71; AKIN/AKIN, s. 93-94.

¹¹³ TAŞPINAR-AYVAZ, Hükümsüzlük, s. 1541.

¹¹⁴ MUŞUL, Şikâyet, s. 246.; DALLÈVES/FOËX/JEANDİN, s. 71.

¹¹⁵ "... Adi ortaklığın aktif ve pasif dava (takip) ehliyeti bulunmadığından, takibin veya davanın bütün ortaklar aleyhinde açılması zorunludur. Taraf ehliyeti kamu düzeninden olup mahkemece kendiliğinden göz önüne alınmalıdır..." Yargıtay 12. HD, T. 2.10.2019, E. 2018/10648, K. 2019/13975; "... Takip ehliyeti yerleşik Yargıtay içtihatlarına göre kamu düzenine ilişkin olduğundan her zaman (süresiz) şikâyet yolu ile ileri sürülebilir. İcra mahkemesince bu husus kendiliğinden (re'sen) gözetmelidir..." Yargıtay 12. HD, T. 23.5.2019, E. 2018/675, K. 2019/8948 (www.kazanci.com.tr, e.t. 02.11.2020).

yan bir hukuk süjesinin yapmış olduğu takip işlemi dikkate alınmış veya işlem ehliyeti bulunmayan tarafın yapmış olduğu icra işlemi, icra dairesi tarafından geçerli olarak kabul edilmiştir. Alacaklının elinde ilam olmadan takip başlatması veya icra emrinin ilama aykırı olması hâlinde de takip talebinin kabulü işlemi kamu düzenine aykırıdır.¹¹⁶ Diğer taraftan takip talebinde yabancı para alacağının Türk lirası olarak belirlenmesini düzenleyen kural, devletin egemenlik haklarını koruduğu için kamu düzenine ilişkin olarak kabul edilmektedir (İİK m.58).¹¹⁷ Örneklerde de görüldüğü gibi icra işleminin kamu düzenini veya üçüncü kişilerin haklarını koruyan normlara aykırı surette tesis edilmesi hâlinde, işlemin konu unsuru (hukuki sonucu) ağır biçimde sakat olmaktadır. Böylece idare hukukundaki yokluk teorisinin maddi şartı icra işlemleri bakımından da gerçekleşmektedir.¹¹⁸

Bu noktada bir işlemin kamu düzenine aykırı olmasının hüküm ve sonuçlarına değinmek gerekmektedir. Kanuna alelade aykırılıktan farklı olarak, kamu düzenine aykırılık hâlinde icra işlemi hiç yapılmamıştır.¹¹⁹ Bununla bağlantılı olarak kamu düzenine aykırı icra işlemleri hakkında icra mahkemesinin vereceği karar açıklayıcı (*déclaratoire*) etkiye sahiptir.¹²⁰ Kamu düzenine aykırı icra işlemlerindeki sakatlık, tıpkı yok hükmündeki idari işlemlerde olduğu gibi, sonradan düzelenmez.¹²¹ Diğer taraftan kamu düzenine aykırı icra işlemleri şikâyet yargılamasında re'sen incelenebilir (LP Art. 21/al.II).¹²²

Buna göre idare hukukundaki yokluk ve iptal edilebilirlik şeklindeki ayırım icra işlemleri bakımından da geçerlidir. Yukarıda belirtildiği gibi hukuka aykırı icra işlemi kural olarak batıl olup ilgili işlemin ortadan kaldırılması için icra mahkemesi tarafından iptal edilmesi gerekir. Buradaki iptal kararı, idari yargılama hukukundaki iptal kararı ile aynı hukuki sonuca sahip olup iptal edilen icra işlemi,

¹¹⁶ "... Takibe dayanak yapılan idare mahkemesi ilamı, dava konusu işlemin iptaline ilişkin olup, hüküm fıkrasında likit bir alacak bulunmamakta ve eda hükmü içermemektedir. Bu durum ilama aykırılık yaratacağından icra mahkemesince resen inceleneceğinin kabulü gerekir. Bu hali ile ilam, yargılama gideri ve vekalet ücreti dışında, asıl alacak yönünden ilamlı icra takibine konu edilemez..." Yargıtay 12. HD, T. 4.12.2019, E. 2018/14923, K. 2019/17444 (www.kazanci.com.tr, e.t. 02.11.2020).

¹¹⁷ PEKCANITEZ, Hakan, *Yabancı Para Alacaklarının Tahsili*, 3. Bası, Ankara 1998, s. 157; MUŞUL, Şikâyet, s. 251.

¹¹⁸ AKIN/AKIN, s. 93.

¹¹⁹ DALLÈVES/FOËX/JEANDİN, s. 71; GILLIÉRON, s. 370; TAŞPINAR-AYVAZ, Hükümsüzlük, s. 1541.

¹²⁰ DALLÈVES/FOËX/JEANDİN, s. 71.

¹²¹ PEKCANITEZ/SİMİL, s. 149; DALLÈVES/FOËX/JEANDİN, s. 72.

¹²² "... Şikâyetle icra hâkimi kural olarak ancak usulüne uygun olarak ileri sürülen talep üzerine şikâyet konusu işlemi inceleyebilir. Başka bir anlatımla medeni usul hukukunda geçerli olan tasarruf ilkesi şikâyetlerde de geçerlidir. Ancak icra mahkemesi şikâyetin incelenmesi sırasında saptadığı kamu düzenine aykırı olarak yapılmış işlemleri talep olmasa da resen inceleyerek iptal edebilir. Kamu düzenine aykırı olarak yapılan bir işleme karşı şikâyetse iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı söz konusu değildir..." Yargıtay 12. HD, T. 29.5.2018, E. 2018/1859, K. 2018/5456 (www.kazanci.com.tr, e.t. 03.11.2020).

tesis edildiği tarihten itibaren geçersiz sayılır.¹²³ Buna karşın icra işleminin konu unsurunu teşkil eden işlemle meydana gelen hukuki sonuç, hukuka ağır biçimde aykırıysa kamu düzenin ihlal eder (LP Art 22). Bu hâlde yokluk teorisinin bütün hüküm ve sonuçları icra işlemi bakımından da söz konusu olur. Başka bir ifadeyle kamu düzenine aykırı icra işlemleri idare hukuku anlamında yok hükmündedir.

Şikâyet yolunun idari yargıdaki iptal davası esasına göre şekillenmesi ve icra işlemlerinin kamu düzenine aykırılığı doktrini, icra işleminin esasen idare ve idari yargılama hukukunda geçersizlik rejimine tabi olduğunu göstermektedir.

VI. Sonuç

İcra işlemleri, alelade icra işlemleri ve icra takip işlemleri şeklinde iki farklı işlem türünü bünyesinde barındırır. İcra takip işlemleri, özellik arz eden icra işlemleri olarak değerlendirilir. Zira bir icra işleminin aynı zamanda icra işlemi karakterini haiz olabilmesi için icra dairesi tarafından tesis edilmesi yeterli olmayıp aynı zamanda borçluya karşı yapılması ve takibi ilerletebilme kabiliyetine sahip olması gerekir. Hâlbuki alelade icra işlemleri için tek koşul, bunların icra dairesi tarafından tesis edilmesidir. Bu noktada alelade icra işlemlerinin borçluya karşı yapılması gerekmediği gibi takibi ilerletip ilerletmediği de önem taşımaz.

Alelade icra işlemleri de icra takip işlemleri de kamu gücünü kullanan icra dairesi tarafından, kamu hizmeti faaliyeti çerçevesinde tesis edilir. İdari işlemin tespitinde Danıştay'ın da çeşitli kararlarında uyguladığı maddi ölçüte göre bir işlemin kamu kudreti kullanılarak kamu hizmeti faaliyeti çerçevesinde tesis edilmesi, idari işlem karakterini haiz olabilmesi için yeterlidir. Bu yönüyle icra işlemlerinin, “idari işleve” sahip olması, bunların idari işlem karakterini haiz olabilmesi için gerekli tek koşul olarak ortaya çıkar. Temelinde kamu kudretinin kullanılması yatan ve kamu hizmeti faaliyeti çerçevesinde tesis edilen icra işlemlerinin idari işlem karakteri taşıdığı ifade edilebilir. Alelade icra işlemlerinin idari işlem karakteri taşıdığı açık olmakla birlikte icra takip işlemleri, alelade icra işlemlerinden farklı olarak özel hukukta da etkilerini gösterir. Bunun şüphesiz en önemli göstergelerinden biri icra takip işlemlerinin zamanaşımını kesmesidir (TBK m.157/f.II). İcra takip işlemleri sahip olduğu bu etki sebebiyle, alelade icra işlemlerinden farklı olarak adli-idari nitelikte bir işlem olarak değerlendirilmelidir. Bununla birlikte icra takip işlemleri bakımından da niteliğine uygun düştüğü ölçüde idare hukukuna ilişkin kurallar uygulama alanı bulur.

İcra işlemlerinin karakter olarak idari işlem niteliğinde olmasıyla birlikte idari işlemin yapısı ve geçersizlik doktrininin icra işleminin tabi olduğu rejimi ne ölçüde belirlediği tespit edilmelidir. Bu noktada kamu kudreti kullanılarak tesis

¹²³ GILLIÉRON, s. 370; PEKCANITEZ/SİMİL, s. 392.

edilen icra işlemleri, idari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanır. Başka bir ifadeyle aksi şikâyet yargılamasında icra mahkemesi tarafından tespit edilinceye kadar icra işlemleri hukuka uygun kabul edilir. Diğer taraftan icra işlemlerinin şikâyet yolunun konusunu oluşturabilmeleri için idari işlemler gibi icrai/yürütülebilir karaktere sahip olmaları gerekir. İcrailik, işlemin hukuki etkilerini doğurabilme kabiliyetiyle alakalıdır. Alacaklı veya borçlunun ya da herhangi bir şekilde takibe dâhil olmuş üçüncü kişinin hukuki durumunu değiştirme imkânı olmayan icra işlemleri, şikâyetin konusunu oluşturamaz.

Kanun'da gösterilen unsurlarında sakatlık bulunan bir idari işlem kural olarak batıl bir işlemdir. Böylece ilgili işleme karşı süresi içerisinde iptal davası açılmazsa işlem hukuka aykırı olmasına rağmen etkilerini sürdürür. Diğer taraftan idari işlemin belirli unsurlarındaki ağır hukuka aykırılıklar, işlemin yok hükmünde sayılması sonucunu doğurur. Buradan hareketle idari işlemin geçersizlik tipolojisi yokluk ve butlan (iptal edilebilirlik) kurumlarından müteşekkildir. Yok hükmünde sayılan idari işlemlere karşı dava açma süresi işlemez. Ayrıca mahkeme, işlemdeki ağır sakatlığı re'sen tespit edeceği gibi dava konusunu yok hükmünde bir idari işlemin oluşturması hâlinde iptal kararı verilmeyip yokluğun tespitiyle yetinilir. Kamu düzenine aykırılık doktrini üzerinden icra işlemlerinin geçersizlik tipolojisinin yokluk ve butlandan ibaret olduğu sonucuna varılmalıdır. Gerçekten de hukuka aykırı bir icra işlemi kural olarak batıl olup bu işleme karşı süresi içerisinde şikâyet yoluna müracaat edilmezse işlem, hükümlerini doğurmaya devam eder (İİK m.16). Hâlbuki icra işleminin hukuki sonucunun (konusunun) kamu düzenine aykırı olması hâlinde, icra işlemi yok hükmündedir. Bu sonuç, İsviçre İcra ve İflâs Kanunu tarafından kabul edilmekle birlikte; Türk Hukuku'nda pozitif bir düzenleme olmamasına rağmen kamu düzenine aykırılık hâli kabul edilmektedir. Kamu düzenine aykırı işlemler, herhangi bir şikâyet süresine tabi değildir. İcra mahkemesi tarafından re'sen dikkate alınır ve mahkemenin vereceği karar esasen teknik anlamda işlemin bozulması (iptali) olmayıp açıklayıcı (*déclaratoire*) karakter taşır. O hâlde icra işlemlerinin geçersizlik tipolojisini de yokluk ve butlan (iptal edilebilirlik) oluşturur.

Kaynakça

- AKIN, İbrahim/AKIN, Tansu, *İcra Müdürlüğü İşlemlerinin Şikâyet Yoluyla Denetimi*, Ankara 1997.
- AKYOL-ASLAN, Leyla, *Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat*, Ankara 2011.
- ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder/TAŞPINAR-AYVAZ Sema/HANAĞASI Emel, *İcra ve İflâs Hukuku*, 5. Bası, Ankara 2019.
- ARSLAN, Aziz Serkan, *İcra Takip İşlemleri*, Ankara 2018.
- ARSLAN, Ramazan, *İcra ve İflâs Hukukunda İhalenin Feshi*, Ankara 1984.
- AŞIK, İbrahim, *İcra Sözleşmeleri*, Ankara 2006.
- ATALI, Murat, *Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Bası, İstanbul 2017.
- AUBY, Jean-Marie/DRAGO, Roland, *Traité des recours en matière administrative*, Paris 1992.
- BERKİN, Necmeddin M., *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi*, İstanbul 1980.
- BİLGEHAN, Çetiner, *Taşınmaz Teminatı*, İstanbul 2015.
- BORAN GÜNEYSU, Nilüfer, “İcra Takip İşlemleri”, *TBB Dergisi*, S. 101, Y. 2012, s. 31-61.
- BUDAK, Ali Cem, *İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip*, 3. Bası, İstanbul 2010.
- CANDAN, Turgut, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 6. Bası, İstanbul 2015.
- CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, 13e édition, Lextenso éditions, Paris 2008.
- ÇELİKOĞLU, Cengiz Topel, *İcra Dairesi Kararı*, Bursa 2017.
- ÇİFTÇİ, Pınar, *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*, Ankara 2010.
- DALLÈVES, Louis/FOËX, Bénédict/ JEANDİN, Nicolas, *Poursuite et faillite, Commentaire Romand*, Basel 2005.
- DEBBASCH, Charles/RİCCİ, Jean-Claude, *Contentieux administratif*, 8e édition, Editions Dalloz, Paris 2001.
- DURAN, Lütfi, *İdare Hukuku*, İstanbul 1982.
- ENGEL, Pierre, *Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO*, 2. Éd., Berne 1997.
- ERDEM, Mehmet, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, İstanbul 2010.
- ERKUT, Celal, “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, *İHİD*, C. 9, S. 1-3, Y. 1988, s. 69-91 (Yokluk).
- ERKUT, Celal, “L’Identification de l’acte administratif selon la recavabilité d’un recours pour excès de pouvoir”, *İÜHFİM*, C. 54, S. 1-4, Y. 2011, s. 101-137 (İdentification).
- ERKUT, Celal, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Ankara 1990 (Kimlik).
- ERMENEK, İbrahim, *Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul*, Ankara 2009.
- FİŞ ÜSTÜN, Gül, “İdari İşlemlerin Yokluğunun Tespitinde Görevli Yargı Düzeni”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, C. 9, Y. 2013, s. 24-41.

- GAUDEMET, Yves, *Traité de droit administratif*, Tome 1, 16e édition, LGJD, Paris 2001.
- GİLLIÉRON, Pierre Robert, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (Article 1-88)*, Editions Payot, Lausanne 1999.
- GÖÇGÜN, Muhammed, *İdari İşlemin Konu Unsuru*, İstanbul 2017.
- GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku*, C. I, 2. Bası, Bursa 2009.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut, *İdare Hukuku*, C. II, 9. Bası, Ankara 2017.
- GÜRDOĞAN, Burhan, *Türk-İsviçre İcra ve İflâs Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi*, Ankara 1967.
- HANAĞASI, Emel, *Davada Menfaat*, Ankara 2009.
- IŞIKLAR, Celâl, “İdare Hukukunda Yokluk ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Uygulaması”, *İÜHFMD*, C. LXIX, S. 1-2, Y. 2011, s. 805-880.
- KARSLI, Abdurrahim, *Medeni Usul Hukukunda Usulî İşlemler*, İstanbul 2001.
- KARSLI, Adburrahim, *İcra ve İflâs Hukuku*, 3. Bası, İstanbul 2014 (İcra).
- KAYA, Cemil, *Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler*, GÜHFD, C. IX, S. 1-2 Y. 2004, s. 253-284.
- KILIÇOĞLU, Evren, *İcra Sözleşmeleri*, İstanbul 2005.
- KURU, Baki, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, 2. Bası, Ankara 2013 (El Kitabı).
- KURU, Baki, *İcra ve İflâs Hukuku*, C. I, 3. Bası, İstanbul 1988 (İcra).
- MERİÇ, Nedim, *Türk-İsviçre İcra Hukukunda Paylaşırma Kuralları ve Sıra Cetveline Müracaat Yolları*, Ankara 2015.
- MOOR, Pierre, *Droit administratif, Les actes administratifs et leur contrôle*, Volume 2, Bern 2011.
- MUŞUL, Timuçin, *İcra ve İflâs Hukuku*, C. I, 5. Bası, Ankara 2013 (İcra).
- MUŞUL, Timuçin, *İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet*, Ankara 2014 (Şikâyet).
- ONAR, Sıddık Sami, *İcra Hukukunda Temel Bilgiler*, İstanbul 1968.
- ONAR, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. I, 3. Bası, İstanbul 1966 (Esaslar).
- ONAR, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. III, 3. Bası, İstanbul 1966 (Esaslar).
- ÖNEN, Ergun, *Medeni Yargılama Hukukunda Sulh*, Ankara 1972.
- ÖZCELİK, Volkan, *İcra Müdürünün Takdir Yetkisi*, Ankara 2014.
- ÖZEKES, Muhammet, *İcra Hukukunda Temel Hak ve İlkeler*, Ankara 2009.
- ÖZGEN, Eralp, “İdari Tasarruflardaki Sakatlıklar”, *AÜHFMD*, C. XVII, S. 1-4, Y. 1960, s. 255-289.
- ÖZTEK, Selçuk, *İcra ve İflas Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası*, İstanbul 1994.
- PEKCANITEZ, Hakan, *Yabancı Para Alacaklarının Tahsili*, 3. Bası, Ankara 1998.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral/ÖZEKES, Muhammet, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 5. Bası, İstanbul 2018.
- PEKCANITEZ, Hakan/SİMİL, Cemil, *İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet*, 2. Bası, İstanbul 2017.

- POSTACIOĞLU, İlhan E., “Nakızdan Sonra Mahcuz Maaşta Tevkifat”, *İÜHF*, C. 18, S. 3-4, Y. 1954, s. 1028-1033.
- POSTACIOĞLU, İlhan E., *İcra Hukuku Esasları*, İstanbul 1982.
- SARI, Mehmet, *Takip Hukukunda Zamanaşımı*, 5. Bası, Ankara 2016.
- SARICA, Ragıp, “İdare Hukukunda Yokluk ve Butlan”, *Ebül’ulâ Mardin’e Armağan’dan Ayrı Bası*, İstanbul 1944, s. 1191-1281 (Yokluk).
- SARICA, Ragıp, *İdari Kaza*, C. I, İstanbul 1949 (Kaza).
- SEİLLER, Bertrand, *Acte Administratif (I-İdentification)*, Editions Dalloz 2010.
- SERDAR ÖZBEK, Mustafa, *Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlâmlı İcranın Etkinliği*, Ankara 2016.
- SEVİĞ, Vasfi Raşit, *İcra ve İflâs*, Ankara 1966.
- TANRIVER, Süha, “İcranın İadesi (İİK m.40)”, *Makalelerim I*, Ankara 2005, s. 279-293.
- TANRIVER, Süha, *Konkordato Komiseri*, Ankara 1993.
- TANRIVER, Süha, *Medeni Usul Hukuku*, C. I, 2. Bası, Ankara 2018.
- TAŞPINAR-AYVAZ, Sema, “İcra İflâs Hukukunda Hükümsüz İşlemler ve Hükümsüzlük”, *Prof. Dr. Ramazan Aslan’a Armağan, C. II*, Ankara 2015, s. 1537-1550 (Hükümsüzlük).
- TAŞPINAR-AYVAZ, Sema, “İcranın İadesi”, *Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-XIV, İlamlı İcra*, Ankara 2018, s. 385-395 (İcranın İadesi).
- UÇAR, İsmail, “İdare Hukukunda Kamu Gücü Ayrıcalığı Kavramı ve Bir Kamu Gücü Ayrıcalığı Olarak Hukuka Uygunluk Karinesi”, *GÜHFD*, C. XX, S. 3, Y. 2016, s. 331-373.
- ULUER, Yıldırım, *İdari Yargıda İptal Kararının Sonuçları*, Ankara 1970.
- UMAR, Bilge, *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi*, İzmir 1973.
- UYAR, Talih/UYAR, Alper/UYAR, Cüneyt, *İcra Hukukunda Şikâyet*, Ankara 2018.
- UYGUR, Turgut, *Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu*, C. IV, 3. Bası, Ankara 2010.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim, *İcra Hukukunun Esasları*, 8. Bası, İstanbul 2004 (İcra).
- ÜSTÜNDAĞ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, 7. Bası, İstanbul 2000.
- WYSS, Jean Albert, “Quelques Problemes de Péréemption et de Prescription”, *JdT 1973 I* 258 (JdT 1973), s. 258-271.
- YAVAŞ, Murat, *Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi*, İstanbul 2005.
- YILDIRIM, Mehmet Kâmil/Deren Yıldırım, Nevhis, *İcra ve İflâs Hukuku*, 7. Bası, İstanbul 2016.
- YILMAZ, Dilşat, *İdari İşlemin İcrailik Özelliği*, Ankara 2014.
- YILMAZ, Ejder, *İcra ve İflâs Hukuku Şerhi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2016 (Şerh).

KAMU HUKUKU

Çevre Hakkının Anayasa Mahkemesi Önünde Bireysel Başvuruya Konu Edilebilirliği ve Konuya İlişkin Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yaklaşımı^(*)

The Admissibility of the Right to Environment Subject to Individual Application before the Constitutional Court and Approach of the European Court of Human Rights on the Issue

Arş. Gör. Cemre Edip YALÇIN^(**)

Öz

Sanayileşme, kentleşme ve hızlı nüfus artışı olgularına bağlı olarak insan yaşamı üzerindeki etkisi yoğunlaşan çevre sorunları, 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren uluslararası bir insan hakları meselesi haline gelmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın ("Anayasa") madde 56 hükmü tek başına, çevre hakkının bireysel başvuru bağlamında konu bakımından yetki kriterini Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi ("AYM") nezdinde sağlamamaktadır. Bu nedenle, AYM'ye çevre hakkına dayanılarak yapılan bireysel başvurularda öncelikle konu ve kişi bakımından kabul edilebilirlik kriterlerinin sağlanıp sağlanmadığının tespit edilmesi önem arz etmektedir. Kabul edilebilirlik şartını sağlayan bireysel başvuruların esas bakımından incelenmesi aşamasında ise AYM'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("AİHM") içtihatlarına paralellik gösteren bir yaklaşımı tercih ettiği gözlemlenmektedir. Ne var ki, AİHM içtihatları ile uyumlu gözükse de AYM'nin bu yaklaşımı, Türkiye'deki pek çok çevre sorununun anayasal düzlemde bireysel başvuru yoluyla çözüme kavuşmasını sağlamakta yetersiz kalabilmektedir.

Anahtar Kelimeler

İnsan Hakları, Çevre Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, Kabul Edilebilirlik Kriterleri.

Abstract

Environmental issues, whose impacts on human life has been intensifying due to the phenomena of industrialization, urbanization and rapid population growth, have become an international human rights matter since the second half of the 20th century. In the context of individual application, the provision of article 56 of the Constitution of the Republic of Turkey ("Constitution") does not alone provide the jurisdiction *ratione materiae* criteria in terms of the right to environment before the Constitutional Court of the Republic of Turkey ("Constitutional Court"). It is therefore signifi-

^(*) [Makale geliş tarihi:](#) 11.02.2021 - [Makale kabul tarihi:](#) 24.02.2021.

^(**) Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.
[E-posta:](mailto:cemreyalcin@sakarya.edu.tr) cemreyalcin@sakarya.edu.tr.
[Orcid No:](https://orcid.org/0000-0003-4892-9882) <https://orcid.org/0000-0003-4892-9882>.

cant to primarily determine whether admissibility criteria are met in terms of *ratione materiae* and *ratione personae* in individual applications applied to the Constitutional Court on the basis of right to environment. It is further observed that the Constitutional Court prefers an approach, which is quite parallel to the case law of the European Court of Human Rights (“ECHR”), at the stage of merits of the individual applications that had already met the admissibility criteria. Despite the fact that the said approach of the Constitutional Court appears to be compatible with the ECHR’s case law; such approach may be inadequate to ensure remedies on the constitutional level by way of individual applications for many environmental issues in Turkey.

Keywords

Human Rights, Right to Environment, European Court of Human Rights, Constitutional Court, Individual Application, Admissibility Criteria.

Giriş

20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren küresel ölçekte gerçekleşen teknolojik gelişmelerle beraber sanayileşmenin hızlanması, kırsal alanların terk edilmesi sonucu kentleşmenin artması, ekonomik kalkınmanın yükselmesine bağlı olarak refah seviyesinin yükselmesinin ve sağlık hizmetlerinin yaygınlaşmasının sonucu olarak nüfusun artması ve 1980’li yıllardan itibaren yaygınlaşan neoliberal ekonomi politikalarının kar odaklı uygulamaları olgularına paralel bir şekilde ciddi çevre sorunları da ortaya çıkmaya başlamıştır. Bu bağlamda, neoliberal ekonomi politikalarının küresel piyasalarda baskın bir şekilde uygulanmaya başlamasıyla beraber çevrenin korunması ve ekonomik çıkarlar arasındaki çelişki gittikçe derinleşmiştir. Bu neden sonuç ilişkisine bağlı olarak çevre sorunlarının dünya çapında yayılması, çevrenin korunması için çeşitli uluslararası girişimlerin başlatılmasına yol açmıştır. Çevre sorunlarına karşı hukuki düzlemde telafi sağlayacak mekanizmaların arayışı, ortaya çıkan zararlardan kimin sorumlu tutulması gerektiği, doğrudan insan sağlığının ve yaşam hakkının çevre sorunlarından etkilenmesi karşısında devletin yükümlülüklerinin neler olduğu gibi tartışmalar ulusal ve uluslararası düzeyde çevre hakkı kavramının ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bu bağlamda, uluslararası hukuk alanında çevre hakkı ilk kez Birleşmiş Milletler Örgütü’nün 1972 tarihli Stockholm Konferansı’nda (“Stockholm Konferansı”) gündeme gelmiş ve bu konferansın sonunda ortaya çıkan bildirinin 1. maddesi uyarınca “*İnsan, onurlu ve iyi bir yaşam sürmeye olanak veren nitelikli bir çevrede, özgürlük, eşitlik ve yeterli yaşam koşulları temel haklarına sahiptir*” ifadesine yer verilerek ilk kez sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına açıkça yer verilmiş ve konferansa katılan devletler çevre hakkını bireysel bir hak olarak da tanımışlardır.¹

¹ Sommer, Bahar Konuk, “Türk Hukukunda Çevre Hakkının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması”, YBHD, Yıl: 4, Sayı: 2019/2, Sayfa: 171.

Çevre kavramını yalnızca hukuki terminolojilerle tanımlamak mümkün değildir. Zira çevreyi oluşturan unsurların belirlenmesi ve çevrenin korunması için yapılması gerekenlerin saptanması disiplinlerarası bir çalışmayı zorunlu kılmaktadır. Ancak, çevre hakkının Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi (“AYM”) önünde bireysel başvuruya konu edilmesi tartışmasına geçebilmemiz için çevre ve hak kavramı arasındaki bağlantının ortaya konulması gerekmektedir. Bu çalışmada “çevre” kavramı ile ekolojik açıdan dengeli işleyişine kendi kendine devam edebilen, canlı veya cansız yaşam formlarının etkileşim içinde bulunduğu, sınırlı olmayacak şekilde fiziki, biyolojik, ekonomik ve sosyal ortamın bütünü kast edilmektedir.² Ayrıca bu çalışmada çevrenin daha çok fiziksel özelliğine odaklanılacak ve insanın çevre ile olan ilişkisinde yarattığı tahribat insan haklarının korunması açısından ele alınacaktır. Bu kavramsal çerçeveye paralel olarak, çevre hakkının konusunu ekolojik açıdan dengeli işleyişine kendi kendine devam edebilen ve bu işleyişi insan müdahalesiyle bozulmamış bir çevrede sağlıklı bir şekilde yaşama hakkı oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu çalışmada çevre kavramının bir insan hakkı konusu olarak kabul edilmesinde Semiz’in ifade ettiği “Çevre hakkının konusunu oluşturan ekolojik açıdan dengeli çevre; toprak, su, hava, iklim, bitki örtüsü, biyolojik çeşitlilik, kültüre ve tabiat varlıkları başta olmak üzere çevrenin tüm öğelerinin doğal yapılarının korunduğu; kirlilikten uzak tutulduğu bir çevredir”³ çevre tanımı esas alınacak ve insan eliyle yapılan çevresel tahribatlar sonucunda kişilerin sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı ile maddi ve manevi bütünlüklerinin korunması hakkının çevre hakkı kapsamında bireysel başvuru yoluyla korunması meselesi değerlendirilecektir. Her ne kadar çevre hakkına ilişkin çevrenin tek başına bir değer olarak korunmasını savunan ekosantrik temelli yaklaşımlar⁴ olsa da hem çeşitli uluslararası sözleşmelerde hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (“AİHM”) içtihatlarında hem de Anayasa Mahkemesi kararlarında çevre hakkı yoluyla kişilerin başta yaşam hakkı, maddi ve manevi bütünlükleri ve sağlıklı çevrede yaşama haklarının korunduğu vurgulandığı için bu çalışmada da insan merkezli (antroposantrizm) bakış açısına göre⁵ değerlendirmeler yapılacaktır.

² Eltimur, Dilara Yüzer, “Anayasa Mahkemesi İçtihatları Işığında Çevrenin Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 145, 2018, Sayfa: 94.

³ Semiz, Yasemin, “Anayasa Mahkemesi’nin Çevre Hakkı Perspektifi”, Hacettepe HFD, Sayı: 4 (2), 2014, Sayfa: 10.

⁴ Arıkan, Engin, “Çevreci Düşünce ve Çevre Hukuku İçin Radikal Bir Kılavuz: Anne Naess’in Derin Ekoloji Yaklaşımı”, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2 (1), 2020, Sayfa: 191-2020. Bu bağlamda derin ekoloji yaklaşımının çözümlenmesi hususunda ayrıca bkz. Şakacı, Bilge Kağan, “Değer Kavramı Ekseninde Derin Ekoloji Yaklaşımının Çözümlenmesi”, Mülkiye Dergisi, Cilt: 37, Sayı: 1, 2013, Sayfa: 9-29.

⁵ Demirci, Şerife, “Çevre Hakkı Hangi Canlıya Haktr ve Kimin Ödevidir?”, Kastamonu İletişim Araştırmaları Dergisi, Sayı: 3, 2019, Sayfa: 77.

I. Çevre Hakkının Hukuki Kapsamı ve Niteliği

A. Üçüncü Kuşak Bir Hak Olarak Çevre Hakkı

Çevreye yönelik sorunların giderilmesinde ve çevrenin korunmasında çevre hakkının başlı başına bir hak olarak kabul edilmesi insan hakları mücadelesi bakımından oldukça önemli bir işleve sahiptir. Çevre hakkı, insan hakları teorisi bakımından dayanışma hakları olarak isimlendirilen üçüncü kuşak haklar arasında yer almaktadır.⁶ Üçüncü kuşak hakların en belirgin özellikleri; insanlar için gerekli olan dayanışma ortamını yaratabilme amacını taşımaları ve insanca bir toplum yaşamı sürdürülmesi düşüncesini temel almalarıdır.⁷ Bu nedenle üçüncü kuşak haklar aynı zamanda dayanışma hakları olarak da anılmaktadır. Çünkü bu üçüncü kuşak haklardan doğan sorunların yalnızca dayanışma içerisinde çözülebileceği kabul edilmektedir.⁸ Dolayısıyla üçüncü kuşak haklardan bahsedildiğinde hakkın öznesi olarak bireyin yanında bireylerin oluşturdukları gruplara da vurgu yapılmaktadır.⁹ Uygun'un da altını çizdiği üzere, çevre hakkını bireylerin bizzat gerçekleştirebilmesi için bireylerin yalnızca özgür olması yeterli olmamakta; bireyin, kendisinin de dahil olacağı şekilde, ilgili her kişiden veya gruptan hakkın uygulanmasını sağlamak üzere dayanışmasını talep etmesi söz konusu olmaktadır.¹⁰ Bir diğer ifadeyle, dayanışma hakkı olarak çevre hakkının layıkıyla gerçekleştirilmesi için sadece devletlerin değil aynı zamanda kişilerin, özel hukuk tüzel kişilerinin hatta uluslararası örgütlerin de pozitif ve negatif yükümlülüklerini bir arada yerine getirmesi gerekmektedir. Neticede, çevre hakkının yararlanıcıları aynı zamanda çevre hakkının ödev sahipleri olarak karşımıza çıkmaktadır.¹¹

B. Hak ve Ödev Diyalektiği Bakımından Çevre Hakkı

Çevre hakkının korunması meselesinde dikkat çekilmesi gereken bir diğer husus ise kişilerin hem hak sahibi olması hem de ödev sahibi olması nedeniyle çevre hakkının kişiler yönünden hak ve ödev boyutunu iç içe geçirmesidir.¹² Bu bakımdan da çevre hakkı, geleneksel insan haklarından ayrılmakta çevre hakkının sahibi olmak aynı zamanda bu hak sahiplerine bir ödev de yüklemektedir. Çevre hakkının bu hak ve ödev diyalektiği oldukça özgün bir durum olarak karşımıza

⁶ Kaboğlu İbrahim Ö., "Çevre Hakkı", İmge Kitapevi Yayınları, 1996, Sayfa: 11.

⁷ Akad M., Dinçkol Vural B. ve Bulut N., "Genel Kamu Hukuku", Der Yayınları, 13. Baskı, 2018, Sayfa 286.

⁸ Kaboğlu, 1996, Sayfa: 12.

⁹ Uygun, Oktay, "Devlet Teorisi", On İki Levha Yayınları, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, 2020, Sayfa 587.

¹⁰ Uygun, 2020, Sayfa: 587.

¹¹ Semiz, 2014, Sayfa: 13.

¹² Eltimur, 2018, Sayfa: 95.

çıkmakta,¹³ sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip kişiler bununla beraber bu çevreden yararlanabilmek adına çevreyi korumak ve geliştirmekle de yükümlü tutulmaktadır.¹⁴

C. Uluslararası Hukukta Çevre Hakkının Gelişimi

Çevre hakkının hukuki kapsamının ve niteliğinin belirlenmesinde özellikle ilk yıllarda uluslararası örgütler ve sözleşmeler önemli bir rol oynamıştır. Yukarıda da bahsedildiği üzere Stockholm Konferansı'nda ilk kez çevre hakkı bir hak kategorisi olarak kabul edilmiştir. Takip eden süreçte yine Birleşmiş Milletler ("BM") artan çevre sorunlarıyla mücadele etmek ve devletlerin çevrenin korunması meselesinde daha pro-aktif bir davranışa sevk etmek için 1992 tarihinde Çevre ve Kalkınma Konferansı tertip etmiştir. Bu konferansın sonunda Rio Bildirisi ve Orman İlkeleri ilan edilerek devletlerin çevreye duyarlı yönetim politikalarını benimsemeler için ilkeler manzumesini dünya kamuoyuna duyurmuştur. 1998 yılına gelindiğinde ise Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu Çevre Konularında Bilgiye Erişim, Karar Vermeye Halkın Katılımı ve Yargıya Başvuru Sözleşmesi'ni ("Aarhus Sözleşmesi") imzaya açmış ve 2001 yılında bu sözleşmenin yürürlüğe girmesiyle çevrenin korunmasında hem ulusal hem de uluslararası otoriteler bakımından çok önemli bir rehber oluşmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokolleri ("AİHS") ise çevre hakkını özel olarak düzenlenmemiştir. Aşağıda AİHM'in çevre hakkına yaklaşımı ve içtihatlarında esas aldığı ilkeler daha detaylı bir şekilde incelenecektir. Ancak bu aşamada belirtmek gerekir ki AİHM, çevre hukukundaki bu uluslararası hukuk gelişmelerini ve artan çevre sorunlarını göz önünde buldurarak ve AİHS'in yaşayan bir belge olması yaklaşımına dayanarak dinamik yorum metodu, pozitif yükümlülük doktrini ve yatay etki doktrini enstrümanlarını kullanarak çevre hakkına ilişkin başvuruları AİHS'in diğer maddeleri ile bağlantı kurarak incelemektedir.

D. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Çevre Hakkının Yeri

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda ise "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" bölümünde yer alan "Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması" başlıklı 56. maddesi ile herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama

¹³ Çevre hakkının bu özel durumuna benzer şekilde, Anayasa'daki bazı diğer haklar da hak-ödev diyalektiği bağlamında düzenlenmiştir. Söz gelimi, Anayasa'nın 42. maddesinin "Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi", 48. maddesinin "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" ve 72. maddesinin "Vatan hizmeti" düzenlemeleri hem hak hem de ödev olarak düzenleme altına alınmıştır.

¹⁴ Olgun H., & Işık V., "Bir 'İnsan Hakkı' Olarak 'Çevre Hakkı' ve Türk Hukukundaki Yeri", Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, 2017, Sayfa: 39.

hakkına sahip olduğu belirtilmiş, ayrıca devlet ve vatandaşlar çevreyi geliştirmek ve çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek bakımından ödev sahibi olarak belirlenmiştir. 1982 Anayasası'nda çevre hakkına ilişkin temel norm her ne kadar 56. madde hükmü olsa da çevre ile bağlantılı diğer maddelerin de bulunduğunu belirtmekte fayda bulunmaktadır. Çevre hakkının "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" bölümünde düzenlenmiş olması, 1982 Anayasası'nın 65. maddesi ile devletin bu alandaki ödevlerini yerine getirirken öncelikleri gözeterek ve mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirebilmesi imkanı ile ödevleri sınırlandırılabilir mi tartışmasını da beraberinde getirmiştir. Bu noktada öncelikle bir ayrıma gitmekte fayda bulunmaktadır. Anayasa'nın 56. maddesinin devlete yüklediği çevreyi korumak ve geliştirmek ödevlerinin bir kısmı maliyet gerektiren ödevler niteliğini taşıyarak bir kısmı da devlete mali külfet getirmeyen nitelikte olabilir. Anayasa'nın 65. maddesi gerekçesiyle beraber okunduğunda, devletin ödevlerine getirilen sınırlamanın temelde olumlu edim yükümlülüğüne ilişkin sınırlamalara yönelik olduğu anlaşılabilecektir.¹⁵ Dolayısıyla çevrenin korunması ve çevre hakkının geliştirilmesi için devlete mali külfet getirmeyen ödevler bakımından Anayasa'nın 65. maddesindeki sınırlamalar geçerli olmayacaktır. Söz konusu mali külfet getirmeyen ödevler bakımından devletin herhangi bir mazeret sunması bu bakımdan kabul edilemez olarak değerlendirilmelidir.

Öte yandan devlete mali külfet getiren haklar bakımından, Anayasa'nın 65. maddesinin dengeli bir çevrede yaşama hakkı ile çevrenin korunması ve geliştirilmesi ödevlerinin gerçekleştirilmesinde genel bir mazeret¹⁶ veya devletin sorumluluğunu ortadan kaldıran hüküm olmadığına dikkat edilmelidir. Nitekim, devlet bu kapsamdaki ödevlerini ifa ederken olsa olsa bir öncelik sonralık sıralamasında bulunmak durumunda olabilir ki bu durum da devletin sahip olduğu mevcut mali kaynakların paylaşılması anlamına gelmektedir.¹⁷ Dolayısıyla devletin ödevlerini aşırı sınırlandırıcı bir yorum, çevre hakkının uygulanabilirliğini ortadan kaldırma riskini taşımaktadır. Mali kaynakların yeterliliği ölçütünün sadece sıradışı mali külfet gerektiren ödevler için geçerli olması gerekmektedir. Buna bağlı olarak, devletin salt mali külfet gerekçesiyle çevrenin korunması ve geliştirilmesine dair ödevlerini ifa etmekten kaçınması söz konusu olmamalıdır. Üstelik çevre hakkının Anayasa'daki pek çok temel hak ve özgürlüklerle doğrudan bağlantılı olduğunu, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamının insan onuru kavramının ayrılmaz bir parçası olduğunu göz

¹⁵ Dinler, Veysel, "Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırı Açısından İdarenin Sorumluluğu", Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, 2008, Sayfa: 5.

¹⁶ Dinler, 2008, Sayfa: 6.

¹⁷ Güveyi, Ümit, "1982 Anayasası Kapsamında Çevre Hakkının Karşılaştırmalı Kısa Bir Tahlili", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 2, 2018, Sayfa: 648.

önünde bulunduracak olursak, devletin salt mali kaynakların yeterliliği ölçütünü gerekçe göstererek ödevlerinden kaçınmasının mümkün olmayacağını altını çizmek gerekmektedir.¹⁸ Neticede, her ne kadar devletin sosyal bir hak olan çevre hakkının sağlamanında takdir yetkisi bulursa da Anayasa'nın 65. madde hükmü genel bir mazeret hükmü olarak yorumlanmamalıdır.¹⁹

Son olarak konuya ilişkin uluslararası hukukla bir bağlantı kurulacak olursa Türkiye, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'ye ("ESKHUS") taraf ülke statüsündedir. Ancak ESKHUS kapsamında güvence altına alınan hakların gerçekleştirilmesinin büyük oranda devletlerin ekonomik kaynaklarına bağlı olduğu varsayımından hareketle aşamalı sağlama (*progressive realization*) kavramı benimsenmiştir.²⁰ Akbulut'un tespit ettiği şekliyle aşamalı sağlama kavramı, devletlerin ESKHUS'tan doğan yükümlülüklerinin hemen değil de ancak sahip oldukları ekonomik kaynaklara bağlı olarak zamana yayılı bir şekilde aşamalı olarak sağlayabileceklerini kabul etmektedir.²¹ Tıpkı Anayasa'nın 65. maddesinde olduğu gibi ESKHUS'a taraf devletler de ekonomik kaynaklarının yetersizliğini mazeret göstererek ESKHUS'tan kaynaklanan yükümlülüklerinin yerine getirilmesinden imtina edebilmektedir. Ne var ki, aşamalı sağlama kavramı yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin basit bir gerekçesi olarak değil, devletlerin sağlıklı çevrede yaşamak, temiz suya erişim sağlamak gibi yükümlülüklerini yerine getirmeleri için mevcut ekonomik kaynakları ölçüsünde sürekli bir çaba içinde olmaları şeklinde yorumlanmalıdır.²² Bu nedenle, devletlerin çevre hakkının gerçekleştirilmesi noktasındaki yükümlülüklerini (*obligation to fulfill*): i- olanak sağlamak (*facilitate*), ii- desteklemek (*promote*) ve iii- ihtiyacı karşılamak (*provide*) alt unsurları²³ kapsamında bütüncül bir şekilde değerlendirecek olursak; ESKHUS'a taraf ülke statüsündeki Türkiye, söz gelimi temiz su kullanımına ve su kaynaklarının korunmasına ilişkin uygun eğitimi sağlama yükümlülüğünü²⁴ yerine getirirken ne Anayasa'nın 65. maddesinin mali kaynakların yeterliliği kıstasını ne de ESKHUS 2/1. maddesinin aşamalı sağlama hükmünü hakkın gerçekleştirilmesi için mazeret olarak kullanabilecektir.

¹⁸ Semiz, 2014, Sayfa 15.

¹⁹ Dinler, 2008, Sayfa: 8.

²⁰ Akbulut Peerzada, Rabia, "Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların İkincilleştirilmesinin Bir Nedeni Olarak 'Aşamalı Sağlama' Kavramı", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Sayı: 1, 2018, Sayfa: 4-5.

²¹ Akbulut, 2018, Sayfa: 8.

²² Akbulut, 2018, Sayfa: 14.

²³ Fung, Melissa, "The Right to a Healthy Environment: Core Obligations Under the International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights", Willamette Journal of International Dispute Resolution, Cilt: 14, Sayı: 1, 2006, Sayfa: 115.

²⁴ Fung, 2006, Sayfa: 115-116.

II. Çevre Hakkının AİHS Kapsamında Korunması ve İlgili AİHM İçtihatları

A. AİHM'in Konuya İlişkin Pozitif Yükümlülük Yaklaşımı

Pozitif yükümlülük kavramı, devletin insan haklarının gerçekleştirilmesindeki koruyucu işlevine referans yapmaktadır.²⁵ AİHM'in pek çok kararında pozitif yükümlülük doktrinine başvurulmaktadır. Boyar'ın tespit ettiği şekilde AİHM, 1979'den beri AİHS'te koruma altına alınan hakların hemen hemen tamamında devletlerin pozitif yükümlülüklerinin de bulunduğu hükmetmiştir.²⁶ Bu doğrultuda devletler yalnızca hak ve özgürlüklere müdahale etmemekle değil aynı zamanda hak ve özgürlüklerin etkili şekilde korunması için gerekli her türlü tedbiri almakla, pozitif eylemlerde bulunmakla da yükümlü hale gelmiştir. Duymaz'ın da isabetle tespit ettiği üzere, AİHM pozitif yükümlülük doktrini ile AİHS'in içeriğini zenginleştirmiş, taraf devletlere yeni yükümlülükler yüklemiş ve insan haklarının somut ve etkili bir şekilde korunması yönünde önemli bir gelişmeye olanak sağlamıştır.²⁷

B. AİHM'in Konuya İlişkin Yatay Etki Doktrini Yaklaşımı

AİHM, yatay etki doktrini ile AİHS'te öngörülen hak ve özgürlüklerin taraf devletlerin müdahalesine karşı korunmasına ek olarak özel kişilerin müdahalelerine karşı korunmasını da sağlamaktadır. Boyar'ın vurguladığı şekilde; temel hak ihlalleri bir devlet organı tarafından değil de bir özel kişi tarafından gerçekleştiriliyorsa devlet, hakkı ihlal edilen kişiyi korumak için gerekli adımları atmayıp üzerine düşen pozitif yükümlülükleri yerine getirmeyse dolaylı olarak sorumlu tutulmaktadır.²⁸ Böylece yatay etki doktrini yoluyla kişilerin birbirleri arasındaki ilişkilerde meydana gelen hak ihlallerinden dolayı da devletlerin AİHM önünde sorumlu tutulması mümkün hale gelmektedir. Bu yaklaşıma bağlı olarak devlete, çıkaracağı kanunlarla, yapacağı düzenlemelerle ve alacağı her türlü somut tedbirlerle kişilerin temel haklarının üçüncü kişilere karşı da korunması ödevini yüklenmiştir.²⁹ Bilhassa, çevresel sorunların önemli bir kısmının özel şirketler yoluyla ortaya çıktığını düşünecek olursak yatay etki doktrini, devletlerin çevrenin korunması için gerekli yasal düzenlemeleri yapmasını, denetim ve kontrolleri yerine getirmesini, sağlıklı bir çevrede yaşam hakkının tam anlamıyla gerçekleştirilmesini ve daha fazla çevre sorununun dava konusu olarak AİHM önüne getirilmesini sağlamıştır.

²⁵ Boyar, Oya, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme", (Ed. Sibel İnceoğlu), Beta, Tıpkı 3. Baskı, 2013, Sayfa: 54.

²⁶ Boyar, 2013, Sayfa: 54.

²⁷ Duymaz, Erkan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevrenin Korunmasına Katkısı", İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No: 47, 2012, Sayfa: 124.

²⁸ Boyar, 2013, Sayfa: 60-61.

²⁹ Duymaz, 2012, Sayfa: 124.

C. AİHM'in Konuya İlişkin Dinamik Yorum Metodu Yaklaşımı

Dinamik yorum metodu sayesinde bilhassa pozitif yükümlülüklerin zamana göre değişimi takip edilmekte ve pozitif yükümlülükler hiçbir zaman belirli seviyede kalmamakta, aksine zamanın ruhuna göre yükümlülüklerin daha geniş veya daha dar kapsamlı olarak değerlendirilebilmesi mümkün kılınmaktadır.³⁰ Böylece, AİHS'in yaşayan bir belge olma niteliği³¹ dinamik yorum metoduyla pekiştirilmekte ve AİHM'e etkililik ilkesini koruması için dönemin koşullarına uygun olarak esneklik olanağı sağlamaktadır.³² Bir anlamda AİHS'e mevcut gücünü verenin ve AİHS'in son derece güncel kalmasını sağlayan hususun AİHS'in dinamik bir şekilde ve günümüzün şartları göz önünde bulundurularak yorumlanabilme kapasitesi olduğu ileri sürülebilir.³³ Bu sayede AİHM, içtihat yoluyla AİHS'de koruma altına hakların kapsamının genişletilebilmesini ve AİHS'in kabul edildiği dönemde öngörülmesi tamamen imkansız olan çevre meselelerine dahi AİHS'in uygulanabilmesini mümkün kılmaktadır.

AİHS'in hazırlandığı dönemde mevcut olan çevre sorunları ile günümüzde karşılaştığımız çevre sorunları arasında çok ciddi farklar bulunmaktadır. AİHS'in hazırlayıcılarından, henüz 20. yüzyılın ortalarındayken çevrenin geleceği veya çevre sorunlarının ulaşacağı boyut hakkında bir öngöründe bulunmalarını beklemek elbette makul bir değerlendirme olmayacaktır. Buna karşın, dinamik yorum metodunun uygulanması sayesinde AİHS'in hazırlayıcılarının zamanında öngöremeyeceği çevre hakkı ve çevre meselelerinin, artık günümüz şartları gereği, AİHS'in özü bakımından koruma altına alınması gereken bir konu olduğunun AİHM nezdinde değerlendirilmesi mümkün hale gelmiştir.

D. AİHM'in Konuya İlişkin Değerlendirme Metodu ve Bu Metodun Eleştirisi

Çevre hakkı ile ilgili başvuruları AİHM şu şekilde değerlendirmektedir: İlk olarak, çevrenin korunması, taraf devletlerin AİHS ile garanti altına alınan bazı haklar bakımından öngördüğü sınırlamaları meşru kılabilir. Tıpkı Fredin/ İsveç

³⁰ Aktaran Eltimur, 2018, Sayfa: 97. Droge, Cordula, "Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention", Springer Verlag, 2003, Sayfa: 386.

³¹ AİHS'in yaşayan bir belge olmasının kökenlerinin AİHS'in dibace bölümünde yapılan beyanlara ve genel olarak sözleşme metninin lafzına dayandığı savunulmaktadır. Bununla beraber AİHS'in yorumlanmasında tehlike yaratan esas meselenin contra legem yorumlamalara sebebiyet verme riskinin olduğu ve AİHM'in görevinin AİHS'i revize etmek değil onu sadece yorumlamaktan ibaret olduğu vurgulanmaktadır. Konuya ilişkin tartışmalar için bkz. Bjorge, Eirik, "The Convention as a Living Instrument: Rooted in the Past, Looking to the Future", Human Rights Law Journal, Cilt: 36 (7-12), 2017, Sayfa: 255.

³² Aktaran Eltimur, 2018, Sayfa: 97. Glas, Liza R., "The Theory, Potential and Practice of Procedural Dialogue in the European Convention on Human Rights System", Intersentia Publishing, Cambridge, 2016, Sayfa: 32.

³³ European Court of Human Rights, "The European Convention on Human Rights- A Living Instrument", Eylül 2020, Sayfa: 7, Erişim Tarihi: 22.02.2021, URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_Instrument_ENG.pdf.

kararında olduğu gibi çıkarılan kanuna göre özel şahsa ait maden ocağının faaliyetlerine son verilmesi mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirilmemiş çünkü çevrenin korunması için meşru sınırlama amacı olarak görülmüştür.³⁴ Benzer bir olay olan Hamer/ Belçika davasında da orman içine inşa edilen evin yıkılmasının mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirilmemiş zira devletin inşaata kapalı orman arazisini korumak adına çevreyi korumak için özel düzenleme yapmasını meşru ve haklı bir sınırlama sebebi olduğuna hükmetmiştir.³⁵ Bununla beraber Duymaz'ın da vurguladığı üzere, AİHM çevrenin korunmasında kamunun yararı olsa bile yapılacak sınırlandırmanın sonucunda bireysel ve kolektif çıkarlar arasında adil bir dengenin kurulması gerektiğini vurgulamakta, bunun için de alınan önlemin erişilmekte istenen amaçla orantılı olması hususunda taraf devletlerce özen gösterilmesi gerektiğinin altını çizmektedir.³⁶ Kısaca AİHM, kamu yararının bir unsuru olarak çevrenin korunmasını AİHS'te güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında meşru bir amaç olarak kabul edebilmektedir.

AİHM'in ikinci yaklaşımı ise, esas bu çalışmanın odaklanmak istediği şekilde, AİHS'te koruma altına alınan hakların çevre hakkı perspektifinden yorumlanması şeklinde olmaktadır. AİHS'te öngörülen diğer haklar üzerinden bu sayede çevre hakkının korunması AİHM tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu noktada, öncelikle AİHM'in bu konudaki başvurularda kullandığı kabul edilebilirlik kriterleri açıklanacak olup ikinci kısımda ise çevre hakkının AİHS'te güvence altına alınan hangi hak ve özgürlükler yoluyla nasıl korunduğu açıklanacaktır.

Yukarıda yapılan tüm bu açıklamalara rağmen, Duymaz'ın da tespit ettiği gibi çevrenin korunması meselesinde AİHM'in rolü kısıtlı kalmaktadır çünkü çevrenin korunmasını isteme hakkının veya gerçek anlamıyla sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının doğrudan AİHS çerçevesinde korunduğunu AİHM kabul etmemektedir.³⁷ Zira, Kyrtatos/ Yunanistan davasında da belirtildiği üzere ne AİHS'in 8. maddesi ne de başka bir hükmü genel anlamda çevrenin korunmasını güvence altına almaktadır.³⁸ Bu nedenle yapılan başvuruların AİHM tarafından kabul edilebilir olarak nitelendirilmesi için yukarıda belirtilen doktrinler ve yorum metodları kullanılarak çevre hakkı ihlalinin mutlaka AİHS'te düzenlenmiş bir hakka dayandırılması gerekmektedir. Aksi halde, AİHM çevrenin korunmasını tek başına AİHS'te tanımlanan bir hak olmadığı gerekçesiyle konu bakımından yapılan başvuruyu kabul edilemez bulacaktır. Sonuç olarak, AİHM çevrenin korunması için AİHS'te mevcut bulunan haklarla bağlantı kurulması şartıyla, içtihatları

³⁴ Sommer, 2019, Sayfa: 174.

³⁵ Duymaz, 2012, Sayfa: 126.

³⁶ Duymaz, 2012, Sayfa: 126.

³⁷ Duymaz, 2012, Sayfa: 124.

³⁸ Duymaz, 2012, Sayfa: 124.

sayesinde bir tavır ortaya koymuştur; fakat çevrenin doğrudan korunabilmesini mümkün kılmamıştır. Buna mukabil, salt insan merkezli yaklaşımdan biraz daha uzaklaşarak ekolojik temelli bir bakış açısının AİHM tarafından benimsenmesi çevre hakkının çok daha sağlam bir hukuki temelde korunmasını sağlayacaktır. Hatta çevre sorunlarının gittikçe ciddi bir hal aldığı 2020’li yıllarda sadece üçüncü kuşak haklara odaklanmış ve güncel çevre sorunlarından kaynaklanan insan hakları ihlallerine yoğunlaşmış bir ek protokol çıkarılması bile teklif edilebilir. Üstelik bu sayede AİHM de önüne gelen başvuruları doğrudan bu ek protokol kapsamında değerlendirebilme fırsatını yakalamış olacaktır.

E. AİHM’in Çevre Hakkına İlişkin Başvurularda Kabul Edilebilirlik Kriterleri

AİHM önüne gelen bireysel başvuruları AİHS’in 34. ve 35. maddelerine göre değerlendirerek kabul edilebilir olup olmadığına karar vermektedir. Bu makalenin konusuyla örtüşecek şekilde yalnızca konu bakımından kabul edilebilirlik kriteri özelinde bir değerlendirme yapılacaktır. Tarihsel olarak, AİHS çevre hakkına ilişkin açık bir düzenleme öngörülmediği gerekçesiyle çevre hakkına dair ilk başvurular olarak sayabileceğimiz Dr. S/ Federal Almanya Cumhuriyeti ile X ve Y/ Federal Almanya Cumhuriyeti başvuruları konu bakımından (ratione materiae) kabul edilemez bulunmuştur.³⁹ Bununla beraber kısa bir süre sonra, kötü çevre şartlarının çoğu zaman AİHS ile garanti altına alınan hak ve özgürlüklerin etkili bir şekilde kullanılmasına müdahale ettiği anlaşılmış ve buna bağlı olarak çevre sorunlarına ilişkin başvurular kabul edilebilir olarak değerlendirilmeye başlanmıştır.⁴⁰ Kabul edilebilirlik değerlendirmesi bakımından AİHS 34. maddesi gereğince kişinin AİHS kapsamında korunan bir hakkının ihlal edilmesi ve bunun sonucunda mağdur olması şartının öncelikli olarak sağlanması gerekmektedir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki çevresel zararların kimi zaman ölçülmesi kimi zaman da sınırlarının belirlenebilmesi hiç de kolay olamayabilir. Dolayısıyla konu bakımından başvurunun kabul edilebilir olup olmadığına karar vermek için bir anlamda dava konusu olayın esasına girilmesi kaçınılmaz olmaktadır. İşte bu nedenle, yapılan başvurularda AİHM’in genel yaklaşımı bireysel bir hakkın doğrudan etkilendiği veya ciddi ve yakın bir tehlike altında olduğu durumlarda başvuruyu doğrudan esastan incelemek yönündedir.⁴¹ AİHM’in kabul edilebilirlik bakımından dikkate aldığı bir diğer husus ise çevresel sorunun (çevresel kirlilik, tehlikeli faaliyetler, salınımlar, çevresel bozulmalar vb. kapsayacak şekilde en geniş anlamıyla) belirli bir seviyenin üzerinde olup olmadığının tespit edilmesidir. AİHM yine

³⁹ Jose, Daniel Garcia San, “Environmental protection and the European Convention on Human Rights”, Council of Europe Publishing, 2005, Sayfa: 7.

⁴⁰ Jose, 2005, Sayfa: 8.

⁴¹ Duymaz, 2012, Sayfa: 25.

Fadeyeva/Rusya kararının 69. paragrafında çevresel sorundan doğan rahatsızlığın belirli bir seviyeye ulaşmış ve buna göre, somut olayın koşulları göz önünde bulundurularak, rahatsızlığın yoğunluğuna ve süresine, fiziksel ve zihinsel etkilerine ve çevrenin genel durumuna bakılarak durum tespit edilecektir.⁴² Dolayısıyla, çevresel sorun eğer (i) doğrudan kişinin AİHS’te korunan hak ve özgürlüklerinden birisini doğrudan etkiliyorsa ve (ii) rahatsızlık belirli bir ciddiyet seviyesine erişmiş ise AİHM nezdinde kabul edilebilir bulunacaktır.⁴³

F. Çevre Hakkının AİHS’de Öngörülen Diğer Hak ve Özgürlükler Yoluyla Korunması

1. AİHS 8. Madde Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Kapsamında Çevre Hakkının Korunması

Çevre ile ilgili başvurularda AİHM nezdinde en sık başvuru alan hak kategorisi AİHS’in 8. maddesinde koruma altına alınan özel ve aile hayatına saygı hakkı olup bu hak çevresel sorunların AİHM’e taşınmasında adeta şemsiye hüküm niteliğini taşımaktadır. Zira, gürültü kirliliğinden, endüstriyel atıklara, çöplüklerden kaynaklanan çevre kirliliklerinden elektromanyetik çevre kirliliklerine kadar pek çok çevresel sorun doğrudan kişinin özel yaşamını etkiliyorsa ve belirli bir yoğunluğa ulaşarak ciddi bir tehlike yaratacak seviyeye erişmişse bu çevresel sorun AİHM tarafından 8. Maddede güvence altına alınan haklar bakımından değerlendirilecektir. Belirtmek gerekir ki, Ostra/ İspanya kararında vurgulandığı üzere çevre kirliliğinin esenliklerinin olumsuz olarak etkilenme tehdidi dahi bu maddenin uygulanabilmesi için yeterli olabilmektedir; çünkü Sommer’in de tespit ettiği şekilde, AİHM, 8. maddeyi somut olayda uygularken başvuranların gündelik hayatları bakımından ağır bir tehlikenin varlığını aramamakta, başvuranların sağlığı, özel ve aile hayatı açısından ciddi bir tehlike oluşturabilecek seviyeye gelmesini yeterli görmektedir.⁴⁴

Çevresel sorunun AİHS 8. maddede koruma altına alınan haklardan hangisini ihlal veya tehdit ettiği konusunda AİHM kesin bir ayırım yapmaktan imtina etmektedir. AİHM, kimi durumlarda sadece özel yaşamın korunması hakkının, kimi durumlarda aile ve konut yaşamının korunması hakkının bazen de sadece konut yaşamının korunması hakkının ihlal edildiğine karar verebilmektedir. Bu sebeple, AİHM’in çevre sorunlarına ilişkin 8. madde kapsamında bir değerlendirme yapacağı zaman bu maddeyle korunan hakları iç içe geçmiş bir şekilde, aralarındaki net ayrımları ortaya koymaksızın bir değerlendirme yaptığını ileri sürebiliriz. Bu noktada, çevre hakkının AİHS 8. madde kapsamında nasıl korunduğuna ilişkin AİHM içtihatlarından örnekler sunmak yerinde olacaktır.

⁴² Avrupa İnsan Hakları Merkezi, Fadeyeva/ Rusya, No: 55723/00, 09.06.2005, Paragraf: 69.

⁴³ Duymaz, 2012, Sayfa: 145.

⁴⁴ Sommer, 2019, Sayfa: 175.

Çevre hakkıyla ilgili AİHM nezdinde verilen ilk kararlar gürültü kirliliğinden kaynaklanan başvurularla ilgili olup hem Powell ve Rayner/ Birleşik Krallık hem de Hatton ve diğerleri/ Birleşik Krallık kararlarında özellikle gece uçuşları sırasında uçaklardan kaynaklanan seslerin civarda yaşayan kişilerin özel hayatının ve konut huzurunun kalitesini düşürdüğü ve bu gerekçeyle başvurucuların 8. madde çerçevesinde güvence altına alınan haklarına müdahale olduğu kabul edilmiştir.⁴⁵ Endüstriyel atıklardan kaynaklanan çevresel sorunlara ilişkin de AİHM'in içtihadı oldukça geniştir. Bu bağlamda akla ilk gelen dava 1994 tarihli, atık arıtma tesislerinin yakınında bulunan evlere koku, ses ve zararlı gaz salınımı sebebiyle verdiği rahatsızlıklara ilişkin İspanya devletine karşı açılan Lopez Ostra/ İspanya davasıdır.⁴⁶ Somut olayda, tesislerin insan sağlığına zarar verdiği ve tesisin yer seçimindeki hatalar gerçekleştirilen denetimler sonucunda tespit edilmesine rağmen yerel otoriteler şehrin ekonomik menfaatlerini ileri sürerek gereken tedbirleri almakta gecikmişlerdir ve AİHM, kararın 51. paragrafında belirttiği üzere “çevreye verilen ağır zararlar, kişinin sağlığını ciddi bir şekilde tehlikeye sokmasa bile konut hakkından faydalanmasını engelleyerek aile ve özel yaşamına zarar verebilir” gerekçelendirmesini yaparak başvurucuların sağlıklarının bozulduklarını ispat etme külfetinden kurtararak ihlale hükmetmiştir.⁴⁷ Çöplüklerden kaynaklanan çevresel kirliliklerin AİHS 8. maddesi kapsamında ele alındığı geniş bir AİHM içtihadı da bulunmaktadır. Örneğin, Branduse/ Romanya davasında beş yıllık bir süreçte ruhsatsız işletilmiş çöp deposunun yarattığı kirliliğin önlenmesi adına tedbir almayan Romanya devletinin ve Di Sarno ve diğerleri/ İtalya davasında da yaşanan çöp toplama krizi sürecinin özenli bir şekilde yönetilememesi sebebiyle başvurucuların uzun bir süre ciddi bir kirliliğe maruz kaldıkları tespit edilerek İtalya devletinin AİHS'in 8. maddesini ihlal ettiğine hükmedilmiştir.⁴⁸

Son olarak, Iera Moni Profitou Iliou Thiras/ Yunanistan başvurusunda olduğu gibi anten ve radar aygıtlarının yaydığı elektromanyetizma dalgalarının sebep olduğu çevresel kirliliğe ilişkin başvurular karşısında da AİHM, son teknolojik gelişmelerin yol açtığı tehditlerin de AİHS'in 8. maddesi kapsamında ele alınabilmesine kapı aralamıştır.⁴⁹ Sonuç olarak, konu hakkında AİHM önüne gelen başvuruları amaçsal ve dinamik yorum metotları ile pozitif yükümlülük doktrini ve yatay etki doktrini gibi araçları kullanarak, söz konusu çevresel sorunun doğrudan kişinin özel yaşamını etkilemesi ve belirli bir yoğunluğa ulaşarak ciddi bir tehlike yarattığı kanaatine vardığı takdirde AİHS'in 8. maddesi kapsamında ihlal kararı verme eğiliminde olduğu iddia edilebilir.

⁴⁵ Duymaz, 2012, Sayfa: 130.

⁴⁶ European Court of Human Rights, Environment and the European Convention on Human Rights Factsheet, Aralık 2019, Sayfa: 11.

⁴⁷ Duymaz, 2012, Sayfa: 132.

⁴⁸ Güneş, Ahmet M., “Çevre Hakkının Bireysel Başvuruya Konu Edilebilirliği Üzerine”, TAAD, Yıl: 5, Sayı: 16, 2014, Sayfa: 90-91.

⁴⁹ Güneş, 2014, Sayfa: 91.

2. AİHS 2. Madde Yaşam Hakkı Kapsamında Çevre Hakkının Korunması

Devletin veya özel hukuk kişilerinin çevre sorunlarına sebep olan çeşitli tehlikeli faaliyetleri AİHS'in 2. maddesi kapsamında korunan yaşam hakkını tehdit edebilir. Bu konuyla bağlantılı AİHM'in en dikkat çekici içtihadı 1993 yılında Ümraniye çöplüğünde meydana gelen metan gazı patlaması sebebiyle yakınlarını ve konutunu kaybeden kişinin yaptığı Öneriyıldız/ Türkiye kararıdır.⁵⁰ Bu kararla AİHM, kamusal mercilerin pozitif yükümlülüklerini de oldukça detaylı bir şekilde irdelemiştir. Bu bağlamda, Güneş'in de özetlediği üzere "Yaşam bakımından önemli ve yakın bir tehlikeden haberdar olan kamusal makamlarının bireyleri korumak için gerekli pozitif tedbirleri alması gerektiğine dikkat çeken AİHM, somut olayda devletin patlama tehlikesini öngören raporların varlığına rağmen patlamayı önlemek için gerekli tedbirleri almadığı, hayatı tehlikede olan kişileri patlama riski konusunda bilgilendirmediği, bu kişileri güvenli bir yere nakletmediği ve patlama sonrası sorumluların etkili bir şekilde soruşturulması ve cezalandırılması için üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmediği sonucuna varmıştır" ve Türkiye'nin yaşam hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir.⁵¹

Türkiye ile ilgili bir diğer karar olan M. Özel ve diğerleri/ Türkiye kararında da 17 Ağustos 1999 depreminde Çınarcık'ta çöken binalarda göçük altında kalarak hayatını kaybeden kişilerin ölümünden sorumlu olduğu düşünülen çöken binaları inşa eden kişiler hakkında hızlı ve etkili bir soruşturma yapılmaması yaşam hakkının ihlali olarak değerlendirilmiştir.⁵² Budayeva ve diğerleri/ Rusya davasında devletin riskli bölge hakkında halkı toprak kayması hakkında uyardığı, riski azaltacak önleyici tedbirleri almadığı ve olay sona erdikten sonra bile ihmallerin devam ettiği gerekçeleriyle Rusya'nın yaşam hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.⁵³ Diğer taraftan, L.C.B/ Birleşik Krallık kararında başvuruçunun babası nükleer radyasyona maruz kaldığından lösemi hastalığına yakalanan ve bu hastalık sonucunda ölmesine dayanılarak yapılan başvuruda yaşam hakkının yetkili otoritelerin gerekli bilgilendirmeleri yapması sebebiyle ihlal edilmediğine karar vermiştir. Özetle, AİHM yaşam hakkı bakımından özellikle devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğine somut olay özelinde detaylı bir inceleme yaparak yaşam hakkının çevresel sorunlar sebebiyle ihlal edilip edilmediğine karar vermektedir.

⁵⁰ ECHR, Factsheet, 2019, Sayfa: 1.

⁵¹ Güneş, 2014, Sayfa: 92.

⁵² ECHR, Factsheet, 2019, Sayfa: 4.

⁵³ ECHR, Factsheet, 2019, Sayfa: 3.

3. AİHS 10. Madde İfade Özgürlüğü (Bilgi Edinme Hakkı Çerçevesinde) Kapsamında Çevre Hakkının Korunması

Çevre hakkının AİHS 10. maddesi kapsamında güvence altına alınan ifade özgürlüğünün bilgi edinme hakkı boyutuyla da yakın bir ilişkisi vardır. AİHM ilk kez çevresel sorunlara dair kişilerin bilgi edinme hakkını Guerra ve diğerleri/ İtalya davasında değerlendirmeye almıştır, her ne kadar AİHM olayda AİHS 10. maddesinin uygulanabilir olmadığına karar verse de kimya fabrikasının yakınında ikamet eden başvuruçulara risk faktörü ve kaza esnasında nasıl hareket edecekleri konusunda bilgi verilmemesini AİHS'in 8. Maddesi kapsamında ihlal olarak nitelendirmiştir.⁵⁴ Bu içtihat üzerinden şu çıkarım yapılabilir; çevresel sorunlara bağlı olarak kişilerin sağlıkları özel tüzel kişilerin faaliyetleri sebebiyle tehdit altına girerse, sağlığı tehdit altında olan kişilere bu faaliyetlerin getirebileceği risklere ilişkin devletin bilgi verme pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. AİHM'in yukarıda özetlenen Öneriyıldız/ Türkiye kararının 90. paragrafında vurguladığı üzere; devlet, çöplerin toplandığı alandaki ve çevresindeki yerleşimlerin karşı karşıya olduğu risklerin tamamının farkında olduğunu ve yaşamları tehlike altında olan kişilerin bilgilendirilmesi gerektiğini yaşam hakkı üzerinden değerlendirmiştir.⁵⁵ Sonuçta, AİHM çevresel sorunların yol açtığı ihlalleri her ne kadar doğrudan AİHS'in 10. maddesi üzerinden değerlendirme konusunda çekinik davransa da özellikle potansiyel riskler hakkında devletlerin bilgi verme pozitif yükümlülüğü olduğuna dayanarak ve AİHS'te güvence altına alınan diğer hak ve özgürlüklerle de bağlantı kurarak ihlal kararı verebilmektedir.⁵⁶

4. AİHS 1 No.lu Ek Protokol 1. Madde Mülkiyet Hakkı Kapsamında Çevre Hakkının Korunması

Oldukça sınırlı ve dolaylı bir yoldan da olsa AİHM, bazı başvurularda mülkiyet hakkının ihlal edilmesi ile çevre hakkını da gözetebilmektedir. Bu hususta en dikkat çekici dava Öneriyıldız/Türkiye davasıdır. Başvuruçucu, çöp patlaması sebebiyle evini ve eşyalarını kaybettiği gerekçesiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini iddia ederken devlet de söz konusu evin kaçak bir şekilde kamu mülkü üzerine inşa edildiğini böylelikle evin mülkiyetinin başvuruçuya ait olmadığını ileri sürmüştü, AİHM ise kaçak yapılaşmanın yıllar içinde bir bakıma şehirleşme politikasına dönüştüğünü ve devletin yükümlülüğünü yerine getirmediğine hük-

⁵⁴ Güneş, 2014, Sayfa: 95.

⁵⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Büyük Daire, Öneriyıldız/ Türkiye, No: 48939/99, 30.11.2004, Paragraf: 90.

⁵⁶ Çevresel konularda potansiyel risklere ilişkin devletlerin bilgi vermeye dair pozitif yükümlülüğü olduğu, başvuruçuların söz konusu riskler hakkında bilgi edinme hakkının bulunduğu ve AİHS'te güvence altına alınan diğer haklar üzerinden yapılan değerlendirmelere ilişkin olarak bkz. AİHM'in Guerra ve diğerleri/ İtalya, Di Sarno ve Diğerleri/ İtalya, Giacomelli/ İtalya ve ayrıca Brincat ve diğerleri/ Malta kararları.

metmiştir.⁵⁷ Çevrenin korunması ile mülkiyet hakkı arasında doğrudan bir bağlantı kurulması oldukça zor olsa da aslında çevre sorunlarının yol açtığı zararların aynı zamanda mülkiyet hakkının da ihlal etmesi hallerinde AİHM somut olayda bir şekilde çevre sorunlarını da değerlendirmektedir. Dolayısıyla AİHM içtihadında çevre hakkı kavramının yer kazanmasında mülkiyet hakkının da katkıda bulunduğu ileri sürülebilir.

5. AİHS 6/1. ve 13. Maddelerindeki Usuli Güvenceler Olarak Düzenlenen Adil Yargılanma Hakkı ve Etkili Başvuru Hakkı Kapsamında Çevre Hakkının Korunması

Bilindiği üzere adil yargılanma hakkı, kişilere AİHS ile sağlanan hakların etkili bir şekilde kullanabilmeleri adına tanınan usuli bir güvence getirmektedir. Güneş'in de tespit ettiği şekilde AİHM, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının adil yargılanma hakkı tarafından korunan medeni haklardan biri olduğunu kabul etmekte, bununla beraber AİHS 6. maddenin bu bağlamda uygulanabilmesi için ilk olarak iç hukukta tanınan bir hak ile ilgili uyuşmazlık söz konusu olması, ikinci olarak da bu uyuşmazlığın görüldüğü yargılamanın sonucunun mevzubahis hakkın varlığı ve kullanım şartları açısından doğrudan belirleyici olması şartlarını birlikte aramaktadır.⁵⁸ Konuyla ilgili akla ilk gelen AİHM içtihatlarından bir tanesi Türkiye'de "Bergama Davası" olarak da bilinen Taşkın ve diğerleri/ Türkiye davasıdır. İlk olarak AİHM kararın 132. paragrafında da belirttiği üzere, Türkiye mevzuatında sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının tanınmış olduğunu tespit etmiş ve buna dayanarak AİHS 6/1 hükmünün somut olayda uygulanması için şartların sağlandığına karar vermiştir.⁵⁹ Bergama'da gerçekleştirilen siyanürlü altın çıkarma faaliyetinin insan sağlığı için oldukça tehlikeli olduğu yerel mahkemelerce tespit edilmiş ve altın çıkarma işlemlerinin durdurulmasına karar verilmiş, hatta Danıştay da maden iznini iptal etmiştir; fakat tüm bu yargı kararlarına rağmen ilgili idare bu kararları yerine getirmemiş; bunun üzerine AİHM hukuki güvencelerin ihlal edildiği ve hukuk devleti ilkesine aykırı bir idari eylem olduğu gerekçeyle ihlal kararı vermiştir.⁶⁰ Aynı doğrultuda, madencilik faaliyetinin yine siyanürlü altın çıkarma metoduyla yapılmasının mahkeme kararlarıyla durdurulmasına rağmen bu mahkeme kararlarına uyulmadığı Öçkan ve diğerleri/ Türkiye kararında da AİHS'in 6/1 maddesinin ihlal edildiğine hükmedilmiştir.⁶¹

⁵⁷ AİHM, Öneriyıldız/ Türkiye, Paragraf: 119-138.

⁵⁸ Güneş, 2014, Sayfa: 92-93.

⁵⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Taşkın ve diğerleri/ Türkiye, No: 46117/99, 10.11.2004, Paragraf: 132.

⁶⁰ AİHM, Taşkın ve diğerleri/ Türkiye, Paragraf: 128- 138.

⁶¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Öçkan ve diğerleri/ Türkiye, No: 46771/99, 28.03.2006.

Adil yargılanma hakkında farklı olarak AİHS'in 13. maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru hakkı, AİHS'te öngörülen hak ve özgürlükler ihlal edildiği zaman kişilere sadece bağımsız mahkemelere değil bunun da ötesinde yargısal yetkisi olan veya olmayan ulusal bir mercie başvuru hakkını sağlamaktadır. Duymaz'ın işaret ettiği üzere çevresel davaların pek çoğunda 13. madde çoğunlukla 6. madde ile beraber öne sürülmekte, AİHM de genellikle 13. maddeyi hususi olarak incelemeye gerek görmeksizin 6. madde için söylediklerinin bu madde için de geçerli olduğu sonucuna varmaktadır.⁶² Bununla beraber, Öneriyıldız/ Türkiye davasında AİHM, etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiaları titiz bir şekilde incelemiş ve netice itibarıyla etkili başvuru hakkının yaşam hakkı ve mülkiyet hakkının korunması üzerinden değerlendirerek bu hakkın ihlal edildiğine hükmetmiştir. Toparlamak gerekirse, AİHS'in usuli güvenceler sağlayan düzenlemeleri de çevre hakkının korunması ve AİHM nezdinde çevre hakkına ilişkin içtihadın oluşmasına önemli katkı sağlamaktadır. Özellikle bu usuli güvencelere dayanarak çevresel sorunlarla yüz yüze gelen kişiler, devletten gerekli tedbirlerin alınmasını talep edebilmekte ve bu usuli güvencelerle oluşan AİHM içtihadı sayesinde, ulusal mahkemelerin çevrenin korunması lehine vermiş olduğu kesinleşmiş yargı kararlarına karşı idari mercilerinin söz konusu kararların icra edilmesi aşamasında göstermiş olduğu direncin aşılması mümkün olmaktadır.

III. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Çevre Hakkına Yaklaşımı

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki AYM'nin çevre hakkına ilişkin yaklaşımı AİHM içtihatları ile paralellik göstermektedir. Bu nedenle, bu çalışmada tekrara düşmemek adına yukarıda açıklanan AİHM içtihatlarının pek çoğunun AYM kararlarında da benimsendiğini belirtmek yeterli olacaktır. Ek olarak, çevre hakkının kabul edilebilirlik incelemesinde AYM'nin kişi bakımından yetki kriteri hakkındaki içtihadında birtakım özellikler olması sebebiyle AYM'nin kişi bakımından yetki yaklaşımı içtihatlar üzerinden aydınlatılacaktır.

İlk olarak, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un ("6216 sayılı Kanun") 45. maddesi konu bakımından yetki kriterini düzenlemektedir. Bu hükmeye göre, bireysel başvuru yapılabilmesi için Anayasa ile AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerde koruma altına alınan temel hak ve özgürlüklerden birisinin kamu gücü tarafından ihlal edilmesi gerekmektedir. AYM bu hükmü gerekçe göstererek çevre hakkına ilişkin önüne gelen başvuruları Anayasa'nın 56. maddesi kapsamında değerlendirmemektedir. Bu nedenle, bireysel başvuru yoluna doğrudan 56. maddenin ihlali iddiasıyla başvurulması mümkün olmamaktadır. Bunun yerine AYM, Sommer'in isabetle tespit ettiği şekilde; tıpkı

⁶² Duymaz, 2012, Sayfa: 140.

AİHM gibi diğer temel hak ve özgürlüklerle bağlantı kurarak çevre hakkını korumaktadır.⁶³ AYM daha çok sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı terminolojisini benimseyerek özellikle maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkını düzenleyen Anayasa'nın 17. maddesi; özel hayat kavramına dahil bir kısım hukuki değerlerin düzenlendiği Anayasa'nın 20. maddesi; özel yaşamın diğer görünümüleri olarak düzenlenen konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyetlerinin düzenlendiği Anayasa'nın 21. ve 22. maddeleri üzerinden içtihat geliştirmektedir.⁶⁴ AYM'nin bu yaklaşımının sonucu olarak, kabul edilebilirlik şartının sağlanıp sağlanmadığını belirlerken bir anlamda başvuruların esasına girmektedir. Esas incelemesinde AİHM'in içtihadı takip edilmekte, öncelikle yapılan müdahalenin Anayasa'da koruma altına alınan güvenceleri harekete geçirecek asgari bir ağırlık derecesine ulaşıp ulaşmadığı⁶⁵ ve usuli güvencelerin⁶⁶ başvuruda sağlanıp sağlanmadığı incelenmektedir.⁶⁷

İkinci olarak, 6216 sayılı Kanun'un 46. maddesi bireysel başvuru hakkına kimlerin sahip olduğunu düzenlemektedir. Bu hükme göre, AYM kişi bakımından yetki için şu hususları dikkate almaktadır: ihlale yol açtığı iddia edilen işlem eylem veya ihmali nedeniyle güncel ve kişisel hakkın doğrudan etkilenip etkilenmediği ve özel hukuk tüzel kişileri bakımından da bireysel başvurunun yalnızca tüzel kişiliğe ait hakkın ihlal edildiği gerekçesine dayanıp dayanmadığı tespit edilmelidir. Dikkat edilecek olursa, özel hukuk tüzel kişileri için getirilen bu kişi bakımından sınırlama özellikle çevrenin korunması için faaliyet gösteren sivil toplum kuruluşlarının çevre sorunları ile ilgili AYM'ye bireysel başvuru yapmasını engel oluşturacak niteliktedir. Nitekim, derneklerin bireysel başvuruda kişi bakımından yetkisine ilişkin olarak Artvin Yusufeli ilçesinde inşa edilmesi planlanan hidroelektrik santraline ilişkin başvuruda AYM, özel hukuk kişisi dernek tarafından yapılan başvuruda, bu derneğin ne tür hakkının ihlal edildiğini belirtmeden üyelerinin aile, çevre ve mülkiyet haklarının ihlal edildiğini iddia etmesinin dernek bakımından mağdur sıfatını kazanmasını sağlamayacağını, bu nedenle derneğin başvurusunun kişi yönünden yetkisizlik gerekçesiyle kabul edilemez olduğuna hükmedilmiştir.⁶⁸ İlçenin ekolojik korunmasını amaç edinen bir derneğin

⁶³ Sommer, 2019, Sayfa: 180.

⁶⁴ Sommer, 2019, Sayfa: 180-181.

⁶⁵ Anayasa'nın 17, 20, 21 ve 22. Maddelerinde güvence altına alınan haklar bu kritere göre değerlendirilmektedir, örneğin: Binali Özkaradeniz ve Diğerleri başvurusu (Başvuru No: 2014/4686, 1/2/2018), Mehmet Kurt başvurusu (Başvuru No: 2013/2552, Karar Tarihi: 25/2/2016), Hüseyin Tunç Karlık ve Şadan Karlık başvurusu (Başvuru No: 2013/6587, Karar Tarihi: 24/3/2016).

⁶⁶ Bu konuda da örnek olarak verilebilecek AYM içtihadı için bkz. Mehmet Kurt başvurusu (Başvuru No: 2013/2552, 25/2/2016), Ahmet İsmail Onat başvurusu (Başvuru No: 2013/6714, 21/4/2016).

⁶⁷ Sommer, 2019, Sayfa: 182.

⁶⁸ Koç, Muharrem İlhan ve Kaplan Recep (Editörler), "T.C. Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi", Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2017, Sayfa: 131.

inşa edilecek hidroelektrik santrali sonrasında meydana gelmesi muhtemel doğa tahribatına ilişkin başvurusunun kabul edilemez bulunması yerinde değildir.⁶⁹ Hatta doktrinde belirttiği şekilde, Danıştay içtihadında ve idare hukukunda genel eğilim derneklerin dava açmasında yargı yollarının olabildiğince geniş yorumlanmasıyla bireysel başvuruda bu yaklaşımın AYM tarafından benimsenmemesi yargısal korunmada bir gerileme olarak karşımıza çıkmaktadır.⁷⁰

Ayrıca, söz konusu 46. madde sebebiyle halk davası (*actio popularis*) olarak nitelenen davalar, genel olarak bireylerin kişisel ve doğrudan etkilenmeksiz toplumun menfaatlerinin ihlal edildiği iddiasıyla AYM'ye bireysel başvuru yapmaları, mağdur sıfatı oluşmadığı gerekçesiyle kişi bakımından yetki kriteri sağlanamadığından kabul edilemez bulunmaktadır.⁷¹ Dolayısıyla, toplumun menfaatini koruyacak şekilde halk davası yoluyla çevre problemlerinin AYM önüne bireysel başvuru ile getirilmesi mümkün olmamaktadır. Maden kirası sözleşmesinin feshedilmesi talebiyle açılan davanın ehliyet bakımından reddedilmesi sebebiyle maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yapılan Ayşe Sevtap Uzun başvurusunda, AYM mağdur statüsü bulunmadığı için kişi yönünden yetkisizlik gerekçesiyle kabul edilemezlik kararına hükmetmiştir.⁷²

Son söz olarak, AYM'nin çevre hakkına ilişkin yaklaşımının AİHM içtihatlarıyla büyük ölçüde benzerlik gösterdiğini; fakat kişi bakımından yetkiyi belirlerken çevre hakkına ilişkin özellikle sivil toplum kuruluşlarınca yapılan başvuruları mağdur sıfatı bulunmadığı için kabul edilemez bulma eğiliminde olduğu tespiti yapılabilir. Bir başka altı çizilmesi gereken nokta ise, AYM tarafından Anayasa'nın 56. maddesi, temel hak ve özgürlükler bölümünde yer almayı sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler bölümünde yer aldığı gerekçesiyle tek başına bireysel başvuru sırasında konu bakımından yetki kriterini sağlamamakta olduğudur. Bu nedenle, AYM de tıpkı AİHM gibi Anayasa'nın temel hak ve özgürlükler bölümünde güvence altına alınan haklar üzerinden çevre hakkını korumaya çalışmaktadır. Ayrıca, destek ölçü norm olarak özellikle çevre hakkına ilişkin devletin pozitif yükümlülüğünü tartışmak, sağlıklı ve dengeli bir çevreyi

⁶⁹ Karaaslan, Abdülkadir, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Usul Sorunları", Doktora Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, 2017, Sayfa: 334.

⁷⁰ Aktaran Karaaslan, 2017, sayfa: 334. Oder, Bertil Emrah, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru: Başvuruculara Öneriler", Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı Panel Notları", İstanbul Barosu Yayınları, 2013, Sayfa: 33-34.

⁷¹ Ed: Koç ve Kaplan, 2017, Sayfa: 152.

⁷² Ed: Koç ve Kaplan, 2017, Sayfa: 152. Benzer doğrultuda, Atatürk Orman Çiftliği hakkında kararlaştırılan nazım imar planı ve uygulama projesi için yapılan Tezcan Karakul Candan ve Diğerleri başvurusunda da idari işlem nedeniyle başvuru sahiplerinin mağdur statüsüne haiz olmadıkları belirtilmiş ve kabul edilemezlik kararı verilmiştir.

somutlaştırmak ve bu yönde amaçsal yorum yapabilmek için Anayasa'nın 56. maddesine başvurduğu da ileri sürülebilir. Bununla beraber, Sommer'in tespit ettiği gibi AYM, çevrenin tanımını yapmaktan imtina etme, onun yerine sağlıklı ve dengeli bir çevrenin niteliklerini veya unsurlarını belirleme eğiliminde olup somut olay bazında değerlendirme yapmayı tercih etmektedir.⁷³

IV. Sonuç Yerine: Çevre Hakkının Bireysel Başvuruya Konu Edilebilmesi İçin Öneriler

Çevre hakkının bireysel başvuru yoluyla nasıl korunabileceği ve konu hakkında hem AİHM'in hem de AYM'nin içtihatlarının hangi doğrultuda olduğu yukarıda açıklanmaya çalışılmıştır. Bu noktada AİHM ve AYM'nin çevre sorunları karşısında duyarsız kalmadıklarını, dönemin şartlarına uygun olarak sıklıkla dinamik yorum metodu ve pozitif yükümlülük doktrini enstrümanlarına başvurmadan kaçınmadıkları neticesine varılabilir. Bununla beraber, AİHM'in uluslararası insan hakları hukukundaki gelişmeleri daha çok dikkate alma ve çevrenin korunması için akdedilen uluslararası çevre hukuku sözleşmelerinden faydalanma eğiliminin AYM'ye kıyasla daha fazla olduğu tespiti de yapılabilir. Yukarıda içtihatların açıklanması suretiyle ortaya çıkarılmaya çalışıldığı üzere çevre hakkının korunması için önemli bir insan hakları birikimi gerek AİHM gerekse AYM nezdinde gerçekleşmiştir. Buna mukabil, çevre sorunlarının giderilmesi için bu içtihat birikiminin hala yeterli olmadığı ileri sürülebilir.

Bu aşamada, AİHM ve AYM tarafından amaçsal yorum yapılırken referans alınması gereken en önemli destek ölçü norm kaynaklarının uluslararası çevre hakları sözleşmeleri ile çevrenin korunması için faaliyet gösteren uluslararası sivil toplum kuruluşları ve insan haklarının korunması için faaliyet gösteren uluslararası insan hakları örgütlerinin yayınladıkları çalışmalar olduğunu iddia edebiliriz. Hakimler, çevre sorunlarının yol açabileceği insan hakları ihlallerinin vahametini söz konusu uluslararası hukuk çalışmalarını takip ederek daha kapsamlı ve güncel bir şekilde kavrayabileceklerdir. Yine devletlerin pozitif yükümlülüklerinin belirlenmesinde, uluslararası kamuoyunun vicdanını da rahatsız eden gelişmelerin yol açacağı telafi edilemez sonuçları akıllarında tutmaları çevrenin hukuk yoluyla daha etkili bir şekilde korunmasını sağlayacaktır. Benzer şekilde, Birleşmiş Milletler'in İş Dünyası ve İnsan Haklarına Dair Rehber İlkeler metninde düzenlenen şirketlerin, bilhassa maden, inşaat, enerji, kimya ve benzeri sektörlerinde faaliyet gösteren şirketler açısından, insan haklarına özen sorumluluğunu da dikkate alarak yatay etki doktrininin de etkisini genişletebilir.

⁷³ Sommer, 2019, Sayfa: 17. AYM'nin konuyla ilgili içtihadı için ayrıca bkz. Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karlık başvurusu, Başvuru No: 2013/6587, Karar Tarihi: 24/3/2016.

AYM ve Türk hukuku özelinde ise atılması gereken daha ciddi adımlar bulunmaktadır. Özellikle konu ve kişi bakımından yetki kriterinin sağlanamaması nedeniyle çevre sorunları hakkında yapılan bireysel başvuruların çoğunlukla AYM tarafından kabul edilemez bulunduğu yukarıda belirtilmiştir. Çevrenin korunmasını merkeze alacak ve gelecek kuşakların da çevre hakkından etkili bir şekilde yararlanarak dengeli ve sağlıklı bir çevrede yaşamalarını mümkün kılabilmek için 6216 sayılı Kanun'un yetkiye ilişkin maddelerinde yasa değişikliği yapılabilir. Hatta sadece çevrenin daha etkili bir şekilde korunmasını sağlamak amacıyla yalnızca çevre hakkı başvuruları için bir istisna hükmünün öngörülmesi de düşünülebilir. Yine bu kapsamda, çevrenin korunması için faaliyet gösteren sivil toplum kuruluşlarına istisnai bir şekilde kamu menfaatinin korunması adına toplum davası (actio popularis) açma yetkisi tanınabilir. Yasama organı tarafından bu yönde bir yasa değişikliği yapılması bireysel başvuru yolunun sadece çevrenin korunması adına özel olarak kolaylaştırılması sebebiyle çevre hakkının ana akımlaşmasına da katkı sağlayacaktır. Eğer ki siyasi irade çevre hakkına karşı duyarsız tavrını sürdürecektir, çevre hakkının etkili bir şekilde kullanılabilmesi adına AYM'nin dinamik yorum metoduna başvurarak hakkın norm alanını radikal bir şekilde genişletmek suretiyle kabul edilebilirlik içtihadını değiştirmesi de önerilebilir. Nitekim, Eren'in de isabetli bir şekilde belirttiği üzere; anayasadaki temel hakların günün koşullarına ve değişime uygun bir şekilde yorumlanması, karşılaştırmalı hukuk ve uluslararası hukuktan yararlanılması dinamik yorumu sınırlarının aşılması olarak değerlendirilmemelidir.⁷⁴

Üstelik önerilen bu içtihat değişikliğini Anayasa'nın 138/1. maddesinde düzenlenen "*hakimler ... hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler*" hükmüne dayanarak hukukun sadece ulusal mevzuattan ibaret olmadığı, AİHM içtihatları ile çevrenin korunması için akdedilen uluslararası çevre hakkı sözleşmelerinin de genel hukukun bir parçası olduğu argümanı üzerinden Anayasa'nın 148/3. maddesi ile sistematik yorum yaparak gerçekleştirebilir. Bununla beraber, AYM'nin yukarıda bahsedilen yorum metodlarına başvurusuyla elde edeceği sonuçların doğrudan hukuk politikasını ilgilendirebileceği de göz ardı edilmemelidir. AYM'nin bu yorum metodlarını çevre hakkı bakımından bireysel başvurularda etkili bir şekilde tatbik etmesinin ve içtihadını bu yönde değiştirmesinin, ileride yargısal aktivizm ve hukuk politikası bağlamında⁷⁵ Türk hukuk doktrininde derin tartışmalara yol açabileceğini ön görmek de mümkündür.

Diğer taraftan, tüm bu tartışmaları kökten giderecek bir çözüm önerisi olarak, çevre hakkının normatif alanını somut bir şekilde ortaya koyan, güncel çevre

⁷⁴ Eren, Abdurrahman, "Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri, Anayasa Yargısı, Cilt: 31, Sayı: 1, 2016, Sayfa 274.

⁷⁵ Eren, 2016, Sayfa: 233.

sorunlarına yanıt veren AİHS'e ek yeni bir protokol yapılmasının da ihtimaller dahilinde olduğu unutulmamalıdır. AİHS'e eklenecek bu yeni ek protokole uygun bir nitelikte Anayasa'nın "*Temel Haklar ve Ödevler*" başlıklı ikinci kısmının "*Kişinin Hakları ve Ödevleri*" başlıklı ikinci bölümünde çevrenin korunması hakkını düzenleyen bir anayasa değişikliğinin yapılması da önerilebilir. Böylece, Türk hukuku bakımından çevre hakkına daha sert bir anayasal koruma sağlanacaktır.

Daha uzun vadede ise çevre sorunlarının topyekun olarak önlenmesi için salt insan merkezli yaklaşımın terk edilerek çevrenin başlı başına bir varlığı ve değeri olduğunu kabul eden ekolojik temelli bir yaklaşımın kabul edilmesi kaçınılmaz bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. Aksi takdirde, çevrenin korunması için ne kadar bireysel başvuru yolunda gerekli hukuki kolaylıklar sağlansa da çevreyi merkeze almayan politikalar ve mutlak kar odaklı neoliberal ekonomi uygulamaları devam ettiği sürece çevre hakkının etkili bir şekilde hayata geçirilmesi mümkün olmayacaktır.

Kaynakça

- Akad M., Dinçkol Vural B., ve Bulut N., “Genel Kamu Hukuku”, Der Yayınları, 13. Baskı, 2018, Sayfa 286.
- Akbulut Peerzada, Rabia, “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların İkincilleştirilmesinin Bir Nedeni Olarak ‘Aşamalı Sağlama’ Kavramı”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Sayı: 1, 2018. Erişim Tarihi: 23 Şubat 2021, URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/428230>.
- Arıkan, Engin, “Çevreci Düşünce ve Çevre Hukuku İçin Radikal Bir Kılavuz: Anne Naess’in Derin Ekoloji Yaklaşımı”, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2 (1), 2020. Erişim Tarihi: 17 Şubat 2021. URL: <http://openaccess.tau.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12846/111/3-8.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Branduse/Romanya, No: 6586/03, 07.07.2009, Erişim Tarihi: 17.02.2021. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-92073%22%7D>}.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Brincat ve Diğerleri/ Malta, No: 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 ve 62338/11, 24.10.2014. Erişim Tarihi: 17.02.2021. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-145790%22%7D>}.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Budayeva ve Diğerleri/ Rusya, No: 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 ve 15343/02, 29.09.2008. Erişim Tarihi: 18.02.2021. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22budayeva%22%7D%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%7D%22%22itemid%22:%5B%22001-85436%22%7D%7D>}.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Büyük Daire, Öneriyıldız/Türkiye, No: 48939/99, 30.11.2004. Erişim Tarihi: 17.02.2021. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22fulltext%22:%5B%22%22C3%B6nery%C4%B1ld%C4%B1z%22%7D%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%7D%22%22itemid%22:%5B%22001-67614%22%7D%7D>}.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Di Sarno ve Diğerleri/ İtalya, No: 30765/08, 10.04.2012. Erişim Tarihi: 17.02.2021. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22apno%22:%5B%2230765/08%22%7D%22itemid%22:%5B%22001-108480%22%7D%7D>}.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Fadeyeva/ Rusya, No: 55723/00, 30.11.2005. Erişim Tarihi: 18.02.2021. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22fulltext%22:%5B%22Fadeyeva%22%7D%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%7D%22%22itemid%22:%5B%22001-69315%22%7D%7D>}.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Fredin/ İsveç (No. 1), No: 12033/86, 18.02.1991. Erişim Tarihi: 20.02.2021. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22fredin%22%7D%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%7D%22%22itemid%22:%5B%22001-57651%22%7D%7D>}.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Giacomelli/ İtalya, No: 59909/00, 26.03.2007. Erişim Tarihi 18.02.2021. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22fulltext%22:%5B%22Giacomelli%22%7D%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%7D%22%22itemid%22:%5B%22001-77785%22%7D%7D>}.

- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Guerravediğerleri/İtalya, No: 116/1996/735/932, 19.02.1998. Erişim Tarihi: 17.02.2021. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22fulltext%22:%5B%22CASE%20OF%20GUERRA%20AND%20OTHERS%20v.%20ITALY%22%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-58135%22%5D%7D>.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Hamer/ Belçika, No: 21861/03, 27.02.2008. Erişim Tarihi: 18.02.2021. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22CASE%20OF%20HAMER%20v.%20BELGIUM%20\[Extracts\]%22%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-83537%22%5D%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22CASE%20OF%20HAMER%20v.%20BELGIUM%20[Extracts]%22%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-83537%22%5D%7D).
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Hatton ve diğerleri/ Birleşik Krallık, No: 36022/97, 08.07.2003. Erişim Tarihi: 18.02.2021. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22CASE%20OF%20HATTON%20AND%20OTHERS%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%22%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-61188%22%5D%7D>.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Iera Moni Profitou Iliou Thiras/ Yunanistan, No: 32259/02, 22.03.2006, Erişim Tarihi: 18.02.2021. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-71847%22%5D%7D>.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Kyrtatos/ Yunanistan, No: 41666/98, 22.08.2003. Erişim Tarihi: 18.02.2021. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22KYRTATOS%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-61099%22%5D%7D>.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, L.C.B/ Birleşik Krallık, No: 14/1997/798/1001, 09.06.1998. Erişim Tarihi: 18.02.2021. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22LCB%20v.%20United%20Kingdom%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-58176%22%5D%7D>.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Lopez Ostra/ İspanya, No: 16798/90, 09.12.1994. Erişim Tarihi: 18.02.2021. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22lopez%20ostra%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-57905%22%5D%7D>.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, M. Özel ve Diğerleri/ Türkiye, No: 14350/05, 15245/05 ve 16051/05, 17.11.2015. Erişim Tarihi: 18.02.2021. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22C3%B6zel%20ve%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-160412%22%5D%7D>.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Öçkan ve diğerleri/ Türkiye, No: 46771/99, 28.03.2006. Erişim Tarihi: 18.02.2021. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22itemid%22:%5B%22001-124141%22%5D%7D>.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Powell ve Rayner/ Birleşik Krallık, No: 9310/81, 21.02.1990. Erişim Tarihi: 18.02.2021. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Powell%20and%20rayner%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-57622%22%5D%7D>.

- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Taşkın ve diğerleri/Türkiye, No: 46117/99, 30.03.2005. Erişim Tarihi: 18.02.2021. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:\[%22Ta%C5%9Fk%C4%B1n%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-67401%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22Ta%C5%9Fk%C4%B1n%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-67401%22]}).
- Bjorge, Eirik, “The Convention as a Living Instrument: Rooted in the Past, Looking to the Future”, *Human Rights Law Journal*, Cilt: 36, Sayı: 7-12, 2017. Erişim Tarihi: 22 Şubat 2021. URL: https://research-information.bris.ac.uk/ws/portalfiles/portal/178299801/HRLJ_vol36_No7_12_Bjorge_pages_243ff_310817.pdf.
- Boyar, Oya, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme”, (Ed. Sibel İnceoğlu), Beta, Tıpkı 3. Baskı, 2013.
- Demirci, Şerife, “Çevre Hakkı Hangi Canlıya Haktır ve Kimin Ödevidir?”, *Kastamonu İletişim Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 3, 2019. Erişim Tarihi: 5 Haziran 2020. URL: <https://iletisimdergisi.kastamonu.edu.tr/index.php/kiad/article/view/63/21>.
- Dinler, Veysel, “Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırı Açısından İdarenin Sorumluluğu”, *Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 1, 2008. Erişim Tarihi: 19 Şubat 2021. URL: https://www.researchgate.net/publication/312373160_'Devletin_Iktisadi_ve_Sosyal_Odevlerinin_Siniri'_Acisindan_Idarenin_Sorumlulugu.
- Duymaz, Erkan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevrenin Korunmasına Katkısı”, *İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, No: 47, 2012. Erişim Tarihi: 8 Haziran 2020. URL: <http://static.dergipark.org.tr/article-download/imported/1023019576/1023018615.pdf>
- Eltimur, Dilara Yüzer, “Anayasa Mahkemesi İçtihatları Işığında Çevrenin Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 145, 2018. Erişim Tarihi: 7 Haziran 2020. URL: <https://jurix.com.tr/article/16331>.
- Eren, Abdurrahmaan, “Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri”, *Anayasa Yargısı*, Cilt: 31, Sayı: 1, 2016. Erişim Tarihi: 18 Şubat 2021. URL: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/anayasayargisi/issue/52020/678362>.
- European Court of Human Rights, “Environment and the European Convention on Human Rights Factsheet”, Aralık 2019. Erişim Tarihi: 18.02.2021. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Environment_ENG.pdf.
- European Court of Human Rights, “The European Convention on Human Rights- A Living Instrument”, Eylül 2020, Erişim Tarihi: 22.02.2021, URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_Instrument_ENG.pdf.
- Fung, Melissa, “The Right to a Healthy Environment: Core Obligations Under the International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights”, *Willamette Journal of International Dispute Resolution*, Cilt: 14, Sayı: 1, 2006. Erişim Tarihi: 23 Şubat 2021. URL: https://www.jstor.org/stable/26211236?seq=19#metadata_info_tab_contents.

- Güneş, Ahmet M., “Çevre Hakkının Bireysel Başvuruya Konu Edilebilirliği Üzerine”, TAAD, Yıl: 5, Sayı: 16, 2014. Erişim Tarihi: 17 Şubat 2021. URL: https://www.academia.edu/7490789/G%C3%BCne%C5%9F_Ahmet_M_%C3%87evre_Hakk%C4%B1n%C4%B1n_Bireysel_Ba%C5%9Fvuruya_Konu_Edilebilirli%C4%9Fi_%C3%9Czerine_T%C3%BCrkiye_Adalet_Akademisi_Dergisi_2014_S_16_s_79_vd.
- Güveyi, Ümit, “1982 Anayasası Kapsamında Çevre Hakkının Karşılaştırmalı Kısa Bir Tahlili”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 2, 2018. Erişim Tarihi: 19.02.2021. URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/607560>.
- Jose, Daniel Garcia San, “Environmental protection and the European Convention on Human Rights”, Council of Europe Publishing, 2005. Erişim Tarihi: 8 Haziran 2020. URL: [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-21\(2005\).pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-21(2005).pdf).
- Kaboğlu, İbrahim Ö., “Çevre Hakkı”, İmge Kitapevi Yayınları, 1. Baskı, 1996.
- Karaaslan, Abdülkadir, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda Usul Sorunları”, Doktora Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, 2017. Erişim Tarihi: 23 Şubat 2021. URL: <http://repository.bilkent.edu.tr/bitstream/handle/11693/33737/10165615.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Koç, Muharrem İlhan ve Kaplan Recep (Editörler), “T.C. Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi”, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2017. Erişim Tarihi: 9 Haziran 2020. URL: https://www.anayasa.gov.tr/media/3506/kabul_edilebilirlik.pdf.
- Olgun H., & Işık V., “Bir ‘İnsan Hakkı’ Olarak ‘Çevre Hakkı’ ve Türk Hukukundaki Yeri”, Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, 2017. Erişim Tarihi: 18 Şubat 2021 URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/598894>.
- Semiz, Yasemin, “Anayasa Mahkemesi’nin Çevre Hakkı Perspektifi”, Hacettepe HFD, Sayı: 4 (2), 2014. Erişim Tarihi: 6 Haziran 2020. URL: <http://static.dergipark.org.tr/article-download/57dc/69dd/4166/imp-JA89NY64PM-0.pdf>
- Sommer, Bahar Konuk, “Türk Hukukunda Çevre Hakkının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması”, YBHD, Yıl: 4, Sayı: 2019/2. Erişim Tarihi: 5 Haziran 2020. URL: <http://static.dergipark.org.tr/article-download/1735/a88d/8173/5d415432015e5.pdf>
- Şakacı, Bilge Kağan, “Değer Kavramı Ekseninde Derin Ekoloji Yaklaşımının Çözümlemesi”, Mülkiye Dergisi, Cilt: 37, Sayı: 1, 2013. Erişim Tarihi: 17 Şubat 2021. URL: <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/99>.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, Ahmet İsmail Onat Başvurusu, Başvuru No: 2013/6714, Karar Tarihi: 21.04.2016. Erişim Tarihi: 18.02.2021. URL: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/6714>.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, Ayşe Sevtap Uzun Başvurusu, Başvuru No: 2013/6260, Karar Tarihi: 13.04.2016. Erişim Tarihi: 18.02.2021. URL: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/6260?KelimeAra%5B%5D=Ay%C5%9Fe+Sevtap+Uzun+>

- Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, Binali Özkaradeniz ve Diğerleri, Başvuru No: 2014/4686, Karar Tarihi: 01.02.2018. Erişim Tarihi: 18.02.2021. URL: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/4686?Dil=tr>.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karlık Başvurusu, Başvuru No: 2013/6587, Karar Tarihi: 24.03.2016. Erişim Tarihi: 18.02.2021. URL: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/6587>.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, Mehmet Kurt Başvurusu, Başvuru No: 2013/2552, Karar Tarihi: 25.02.2016. Erişim Tarihi: 18.02.2021. URL: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2552?Dil=tr>.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, Tezcan Karakuş Candan ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2014/5809, Karar Tarihi: 10/12/2014. Erişim Tarihi: 18.02.2021. URL: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/5809>.
- Uygun, Oktay, “Devlet Teorisi”, On İki Levha Yayınları, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, 2020.

Heidegger'de Anti-Hümanizmin Ontoloji-Politiği: Nazizm^(*)

Ontology-Politics of Anti-Humanism in Heidegger: Nazism

Arş. Gör. Yusuf Umur ÇİL^(**)

Öz

Bu çalışma Heidegger'in hümanizm karşıtı ontolojik felsefesi ile onun politik duruşu arasındaki ilişkiyi ortaya koymayı amaçlamaktadır. Varlığı ve ölümü merkeze alan ontolojisi Batı metafiziğinin otonom öznesini reddetmiştir. Moderniteye karşı taşrayı ve nostaljiyi savunmuştur. Heidegger, Nazi Almanyası döneminde üniversite rektörlüğü yapmıştır. Görevi bıraktıktan sonra faşizme sessiz kalmış hatta savaş sonrasında bile Naziler ve soykırım hakkında eleştiri getirmemiştir. Modernliğin güçlü bir eleştirisi olan felsefi fikirlerinin bu davranışları üzerindeki etkisi çokça tartışılmıştır. Onu savunanlar yazar ve metin arasında ayırım yapılması gerektiğini düşünmektedir. Eleştirenler ise onu Nazi ideoloğu olarak görmektedir. Felsefi kategorilerini değiştirmeden Nazileri destekleyebilmiş olması ve Nazilerle ortak kavramlara vurgu yapması bu görüşü desteklemektedir.

Anahtar Kelimeler

Heidegger, Hümanizm, Metafizik, Ontoloji, Nazizm.

Abstract

This article aims to show the relationship between Heidegger's anti-humanist ontologically philosophy and his political stance. His ontology that centered being and death is refused autonomous subject of western metaphysics. He defended provincial and nostalgia against modernity. Heidegger was the university rector at the time of Nazi Germany. After resigning he kept silent and even after the war he did not criticize nazis and holocaust. Affect of his philosophical ideas -which are strong criticism of modernity- on his behaviour was widely discussed. His defenders thought that the distinction between author and text is necessary. His critics accepted him as a nazi ideologist. The fact that he was able to support the Nazis without changing his philosophical categories and emphasized common concepts with the Nazis supports this view.

Keywords

Heidegger, Hümanizm, Metaphysics, Ontology, Nazism.

^(*) [Makale geliş tarihi:](#) 12.03.2020 - [Makale kabul tarihi:](#) 17.04.2020.

^(**) Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.
[E-posta:](mailto:umurcil@sakarya.edu.tr) umurcil@sakarya.edu.tr.
[Orcid No:](https://orcid.org/0000-0003-0396-9653) <https://orcid.org/0000-0003-0396-9653>.

Giriş

20. yüzyılın en tartışmalı filozoflarından olan Martin Heidegger, çağdaş felsefe kapsamında en çok alıntılanan ve eleştirilen isimlerden biridir. Felsefe tarihi içinde Nietzsche ve Dilthey'den etkilendiği bariz olan Heidegger kendinden sonra gelen ve kendisi gibi aşırılığın peygamberlerinden sayılan Foucault ve Derrida'yı etkilemiştir. Bu yönüyle, kendisi pek hoşlanmayacak olsa da, onu felsefi bir geleneğin parçası olarak görmek mümkündür.

Heidegger üzerine epey makale ve eser ortaya konulmuştur, bunda ise Nietzsche'den etkilenen Heidegger'in yazılarında kullandığı dilin etkisi çok büyüktür. Kullandığı dilin muğlaklığı hem kendisi için hem de yorumcuları için alternatif yorumlar elde etmeye elverişlidir. Heidegger, 1933 yılında Nazi iktidarını desteklemek için kaleme aldığı metinler üzerinden, muğlaklık sayesinde savaş sonrası kendini savunabilmiştir. Heidegger'i varoluşçu, nihilist, natüralist ve benzeri şekilde betimleyen yorumcular ise Heidegger'in dilindeki muğlaklıktan beslenmişlerdir.

Bu çalışmanın kapsamı başlıkta belirtildiği üzere Heidegger'in anti-hümanist ontolojisinin politik duruşuyla ilişkisinin incelenmesidir. Heidegger hakkında yazma fikrinde karşılaşılan temel zorluk ise onu bir konuyla sınırlı ele alabilmektir. Heidegger'in eserleri ve hakkında yazılanlardan oluşan külliyat, Türkçe de dahi çok geniştir. Felsefi bir metninde kullandığı kavramlar onun önceki eserlerindeki kullanımları bilmeyi gerektirir. Örneğin, Hümanizm üzerine inceleme-sinde düşünmekten ve metafizikten bahseder. Heidegger, düşünmek ve metafizik nosyonları üzerine ayrıca eğilmiştir ve bu açıdan kullanmış olduğu düşünmek ve metafizik nosyonlarını alelade kullanımlar olarak ele almak hatalı olacaktır. Tabiri caizse Heidegger üzerine okumaya başlamak, onun dilini öğrenmek gibidir. Heidegger felsefesine bir kere giren kavram bambaşka anlamlara bürünür. Anti-hümanizmini ortaya koyabilmek için insan anlayışını, rasyonalizm ve metafizik eleştirisini, düşünmek kavramını incelemek gereklidir.

Heidegger'in ontolojisinin temel sorunu varlıktır. Varlık hakkında soru sormak ise Dasein'a özgüdür. Dasein'ın varoluşunun sorgulanması ona göre varlık sorununa kapı aralayacaktır.¹ Heidegger, hocası Husserl'in özne anlayışından ve modern toplumsal düzenin, hakların, hukukun da öznesi olan Kartezyen felsefenin yalıtılmış özne varsayımından farklı olarak insan varoluşunu yaşam durumları üzerinden sorgular. Kullandığı kategoriler; kaygı, korku, ölüm, iç sıkıntısı gibi varoluşsal ve birlikte olma, herkes gibi olma gibi gündelik durumlara denk gelmektedir. Dasein'ın ontolojisi olarak da adlandırdığı felsefesi bu kategoriler üzerine kuruludur.² Bu çalışma kapsamında öncelikle Heidegger'in Dasein anali-

¹ İYİ, Sevgi: *Martin Heidegger'de İnsan Sorunu*, Asa, Bursa, 2003, s. 16.

² KARTAL, Onur: *Başkasının Politikası: Husserl, Heidegger, Levinas*, İletişim, İstanbul, 2017, s. 88.

zini, metafizik sorununu ele almasını inceleyeceğiz. Daha sonra bu temellere dayanan hümanizm eleştirisini ele alacağız. Heidegger'in anti-hümanist ontolojisini böylece ele aldıktan sonra bu felsefenin onun Nazi saflarına geçmesine imkân tanıyışını ortaya koyacağız.

1. İnsanı Diğer Varolanlardan Ayıran: Kaygı

İnsan varolanların ortasına fırlatılmışlık içinde kendisini bulur. Sürekli olarak kendi varolmamızda olup biten budur. Gündelik hayata sürekli bu fırlatılmışlık hissini bastırma çabası hakimdir. Ancak atılmışlık halini iç sıkıntısında biliriz.³ İnsanın bütün diğer varolanlardan farkı ise 'varlık nedir?' sorusunu sorabilmesidir. Heidegger'in *Dasein* olarak insan şeklinde ifade ettiği de budur. Varolanların arasında başka olanakların yanı sıra varlığı kendine mesele edebilen varolma insana özgüdür.⁴ Heidegger'in kendi felsefi çabası da *Varlık ve Zaman* adlı eserinden başlayarak bu yönde bir çabadır. Varlık'ı soruşturan *Dasein* "Varolan'a atılmışlığı"nın farkında ve atılmışlıktan başlayarak soruşturmaktadır. İnsanı hayvandan ayıran yön budur. *Dasein*'in varoluş olarak yaşaması yani varolanları aşıp varlığa yönelmesi mümkündür.⁵ Varlığa yönelmek kendini kaygı adı altında deneyimler. Kaygının sebebi sadece dünya içinde olmaktan gelir. Kaygı varolanlara karşı duyulan diğer durumlarla karıştırılmamalıdır. Kaygının nedeni dünyada varolan diğer şeyler değildir. Kaygı insanın fırlatılmışlığına içkindir. Kaygı bir varolandan kaynaklanmadığı gibi hiçbir yerde de değildir. Kaygının nedeni bizatihi dünyanın kendisidir.⁶ O halde kaygı olarak insan, varolanların arasına fırlatılmış insan varoluşudur. *Dasein*'dir. *Dasein*'in varlığı ise zamansaldır.⁷

Dasein'in zamansallığı; varoluş, fırlatılmışlık, düşmüşlük unsurlarından oluşan ontolojik bir durumdur.⁸ Bu bağlamda kaygının üç yüzü vardır: 1. "Dünyayı Önünde Bulma", 2. "Henüz İçinde Olma", 3. "Çevresinde Olma".⁹ Dünyayı önünde bulmak, insanın imkanlarını ve özgürlüğünü gösterir. İmkânlar dahilinde karar verebilir, seçim yapabilir, tavır alabilir. Yaşam böylece kendisini imkân olarak insana açar. Kaygının ikinci yüzü ise bahsettiğimiz gibi insanın dünya içine atılmışlığıdır. Atılmışlık Heidegger'de insanın dünya içinde "*bulunmaklık*" (*be-*

³ HEIDEGGER, Martin: *Metafizik Nedir?* (Çev. Yusuf Örnek), Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2015, s. 93.

⁴ ÖKTEN, Kaan: *Varlık ve Zaman: Bir Okuma Rehberi*, Alfa Yayınları, İstanbul, 2019, s. 195.

⁵ HÜNNERFELD, Paul: *Heidegger: Bir Filozof, Bir Alman*. (Çev. Doğan Özlem), İnkılap Kitabevi, İstanbul, 2006, s. 76.

⁶ ÖKTEN, s. 237-238.

⁷ HEIDEGGER, Martin: *Varlık ve Zaman* (Çev. Aziz Yardımlı), İdea, İstanbul, 2004. s. 538.

⁸ KÜÇÜKALP, Kasım: *Batı Metafiziğinin Dekonstrüksiyonuna Yönelik İki Yaklaşım: Heidegger ve Derri-da*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa, 2008, s. 153.

⁹ HÜNNERFELD, s. 79.

findlichkeit) durumu olarak da ifade edilir. Dünyayla bağımız böyle kurulur. Bu yaklaşımda asıl vurgulamak istediği özne-nesne, ben-öteki ayrımının yokluğudur. Dasein dünyaya atılmışlığında çevreleyen her şey tarafından belirlenmektedir. Varsayıldığı gibi nesnelere yalıtık özne ya da ötekenden ayrı bir ben değildir. Ben başkalarıyla birlikte “bir” varoluştadır. Bu, sahici yani kaygı içindeki Dasein için de, kamusalığa saplanmış insan için de geçerlidir. Dolayısıyla Dasein’in ve başkalarının anlaşılması iki ayrı şey değildir.¹⁰ Hümanizm eleştirisinin temel noktalarından biridir. Düşmüş insanın yani modern insanın eksikliği kaygıdır. Bu insanda dünyayla birlikte olmaktan doğan heyecan gözlemlenemez. Onun için tek heyecan kaynağı olarak korku kalmıştır.

Kaygının üçüncü yüzü insanın düşmüşlüğüne tekabül eder. İnsan pratikle, gündelik yaşamla çevrilmiştir. İnsan nesnelere iletişimde onları günlük hayat-taki pratikler etrafında tanır, ne işe yaradıklarını öğrenir. Nesnelere işlevlerine göre bölümlere ayırır. İnsanın ilk varoluşsal tavrı budur. Öyleyse öncelikle pratik ve teknik bir dünyada yaşanır. Güvenli bir çevrede, pratik araçlarla insan kendini evinde hisseder. Oysa düşmüşlük halindeki teknik insanda durum farklıdır. O, şeylerin çevresinde olur. Henüz içinde olduğu dünyayı geleceğe yönlendirmeyen ancak nesnelere çevresinde olan insandır.¹¹ Bu insan Heidegger tarafından *Das Man* olarak adlandırılmıştır. Dasein’in başkalarıyla birlikte olma durumundan farklı olarak burada başkalarının egemenliğine geçmek söz konusudur.¹² Dasein’in başkalarıyla birlikte olmasına rağmen imkanlar dahilinde karar veriyor oluşu onun varoluşunun mesafe boyutunu gösterirken *Das Man* için bu mesafe kalkmış ve o herkesleşmiştir. Böylece *Das Man*’ın Dasein gibi varlık sorununu mesele edinmesi gündem dışı kalmıştır. Yeniden Dasein olabilmek için herkesin içine batmışlıktan kurtulup önce kendisini tecrit edip kendisi olmalı yani varlık sorusunu sormalıdır. Başkalarına katılmak bu şekilde söz konusu olmalıdır.¹³

Heidegger’e göre insan varoluşunun alametifarikası gördüğümüz gibi kaygıdır. İnsan varoluşu, varlığın içinde kaygıya katlanarak durmaktadır. İnsan *varlık nedir* sorusunu sorabildiği için kaygılıdır. Peki, insanın bu ayrıcalıklı varoluşunun kaynağı nedir? Esasında gördüğümüz üzere dünyanın içinde olmaktan gelir. Kaygının ayrı bir kaynağı yoktur. Heidegger bunu Varlık tarafından ödüllendirilmişlik olarak görür.¹⁴ Varlığın hakikati sorusunu sorabilecek tek varolan olduğumuz gibi iddialı bir söylemin üzerine Heidegger Nietzsche’nin *Übermensch*’i gibi modern insanın ve hatta Antik Yunan’dan bugüne bütün insanlığın yapamadığını yapmaya

¹⁰ KARTAL, s. 98-100.

¹¹ HÜNERFELD, s. 80-84.

¹² KARTAL, s. 105.

¹³ KARTAL, 108-109.

¹⁴ HEIDEGGER, *Metafizik*, s. 17.

soyunur. Varlığın hakikati ve dolayısıyla hayatın anlamı sorusuna gireriz.¹⁵ “Metafizik nedir?” isimli çalışması bu tür bir sorgulamanın örneğidir. Metafizikten ne kastettiğini anlamak çalışmanın hümanizm eleştirisi kısmı için önemlidir.

2. “Niçin Hep Varolan Var da, Hiç Yok?": Korku

Metafizik, varolanı, varolan olarak düşünür ve varolanı hep başka bir varolanla görür. Oysa metafizik bu tarz düşünmesini varlığın ışmasına borçludur. Felsefe ağacının kökü Heidegger’e göre metafiziktir. Buna göre “*Metafizik varolanı varolan olarak sorguladığı için varolanda takılıp kalır ve varlık olarak varlığa yönelemez.*”¹⁶ Felsefe ağacının kökü metafizik olduğuna göre felsefe, varlık sorununu dışlamaktadır. Kendi temelini ihmal etmektedir. Fakat başka bir felsefe mümkündür. Heidegger’in metafizik araştırması bunun çabasıdır. Düşünme, metafiziği yani felsefe ağacının köklerini sorguladığında varlığın kendisi üzerine düşünmüş olur. “Metafizik nedir?” sorusu köklerin ve metafiziğin aşılması çabasıdır.¹⁷

Varlığın anlamını araştırmada Heidegger’in yöntemi ancak fenomenoloji olacaktır. Heidegger’in fenomenoloji yaklaşımı kendisini gösterenin (varolan) temelini görülmesi (varlık) anlamına gelir.¹⁸ Fenomenoloji araştırma konusunun içeriğine, kavramına, kurgusalılığına, meselesine teslim olmamayı gerektirir. Şeyin kendisinin nasıl olduğunu araştırır.¹⁹ Varlığa ilişkin metafizik kaynaklı peşin hükümlere, varolan içinde bilgiye, kavramsal çerçeveye sahibiz dolayısıyla varlığın anlamının peşine düşmek için öncelikle yeni bir terminoloji gerekir.²⁰ Heidegger’in zor dili bu bağlamda tesadüfi değildir. “*Varlık ve Zaman*” adlı eserinde varlığın anlamı sorusunu çözmek için yola çıksa da Dasein’in zamansallığının ötesine gidememiştir. “Metafizik nedir?” konulu dersi bu soruyu sormaya devam ettiğini gösterir.

Peki, bu soru gerçekten neden önemlidir? Heidegger’e göre metafiziğin aşılması, varlıkla insan arasında asırlardır kesilmiş olan bağın yeniden kurulması için önemlidir. Ancak bu bağ sayesinde ki insan “varolma” durumuna ulaşır.²¹ Varoluş başka bir şeydir, varolma başka; varoluş sadece insanın varlığını ifade eder. Varlığı unutup başka şeylerle avunmaktadır insan.²² Her tarafta metafizik bir düşünme hakimdir. Bu düşünme varolan tarafından ve ondan çıkarak yapılır. Düşünmek yerini, “varlığı dinleyen” düşünmeye bırakmalıdır. Düşünmeye patikalar açmak gerekmektedir. Gördü-

¹⁵ EAGLETON, Terry: *Hayatın Anlamı*. (Çev. Kutlu Tunca), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2014, s. 25.

¹⁶ HEIDEGGER, Metafizik, s. 8.

¹⁷ HEIDEGGER, Metafizik, s. 10.

¹⁸ KÜÇÜKALP, s. 118.

¹⁹ ÖKTEN, s. 95.

²⁰ ÖKTEN, s. 92.

²¹ HEIDEGGER, Metafizik, s. 15.

²² HEIDEGGER, Metafizik, s. 13.

gümüz gibi Heidegger'in düşünmek dediği rasyonel insanın mantıksal açıklamalar yapması değildir. Bu kısım hümanizm eleştirisi kapsamında tekrar irdelenecektir.

“Metafizik nedir?” sorusunun öneminden, yönteminden bahsedildikten sonra Heidegger'in soruyu çözümleme çabasını izlemek heyecan vericidir. Böyle büyük soruları ortaya koyuşu kadar ne cevap verdiği de son başlıktaki Nazizm'e meyleden felsefe meselesi için önemlidir.

Metafiziğin temelini sorgulanması olan “varlığın hakikati üzerine düşünme” şu soruyu sorar: “*Niçin hep varolan var da, Hiç yok?*”²³ Varlığın hakikatini düşünmek üzere yola çıkan Heidegger hiç üzerine düşünmekten başlar. Hiçle yüzleşmeden nasıl bu kadar şeye “vardır” diyebiliyoruz? Bütün bilimlerde ege-men olan yaklaşım varolanın araştırılmasıdır. Bilim yapan insan varolana adım atar ve onun için mevzubahis olan sadece varolandır. Hiç değil. Bilim hiç hakkın-da soru sormaz, zaten olmayan bir şey diyerek yadsır.²⁴

Mantık içinde düşünmekle bu soruyu sormak imkânsız olduğundan bilimin yadsımada şaşılacak bir şey yoktur. Mantık kurallarıyla hiç nedir sorusunu sorduğumuzda vereceğimiz yanıt “...” dır şeklinde olacağından varolanın tersi olan hiçe bir anlam yüklemiş oluruz. Soru mantıksızdır. Mantık açısından cevaplanması olanaksızdır. Hiç varolanın değilinden başka bir şeydir. Hiçi arıyorsak onun varolduğunu kabul etmekteyiz. Varolanın içine atılmışlığımız ve varolana sarılmışlığımız ise hiçi hep gizlemektedir.²⁵ Oysa korku anlarında hiçle karşı karşıya gelmekteyiz. Korku bir şeyden ürkme anları değil, temelden her şeyin sarsılması anlarıdır. Varolan korkuda dengesini yitirir.²⁶ Bu anlarda dil tutulur, varolan kaybolur, dayanaklar yiter, hiç açığa çıkar. Heidegger hiçi korkudan çıkararak soruşturur.²⁷ Hiç, burada yine belirtilmelidir ki, varolanın değillemesi değildir. Hiç, varolanı korku olarak sıkıştırır ve varolana raydan çıkma imkânı verir. Heidegger bunu hiçin hiçmesi olarak tanımlar.²⁸ Hiç sayesinde ki insan varolması, varolanlarla karşı karşıya gelir. Hiç, varolanın varolan olduğunu ama varlıktan ve hiçlikten farklı olduğunu açığa çıkarır. İnsandaki var-olma Heidegger için hiçin içine bırakılmak kapısına çıkar.²⁹ Hiçin varolanların kökü olduğunu yani hiçtiği iddia ettikten sonra insandaki var-olmanın, varolanları yaşadıkça hiçten uzaklaştığını belirtir. İnsanın kamusal yüzeysellikten arınması ve varolanların yoldan çıkması

²³ HEIDEGGER, Metafizik, s. 23.

²⁴ HEIDEGGER, Metafizik, s. 28.

²⁵ HEIDEGGER, Metafizik, s. 34.

²⁶ HEIDEGGER, Metafizik, s. 36.

²⁷ WISSER, Richard: *Martin Heidegger'in Dörtlü Sorgulaması: 'Metafizik Nedir?'le Öncü-Olana Bakmak* içinde: *Metafizik Nedir?* (Çev. Y. Örnek), Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2015, s. 71.

²⁸ HEIDEGGER, Metafizik, s. 37.

²⁹ WISSER, s. 73.

için hiçbir beklisi olması gerekir.³⁰ “Varolmanın gizlenmiş korku temeli üstünde Hiç içine bırakılmışlığı, bütününde Varolan’ın ötesine geçmektir: aşıştır.”³¹

Hiçin bu tarz ortaya koyuluşu metafizik tarihinin temel varsayımını yıkmaktır: “*Ex nihilo nihil fit*” (Hiçten hiçbir şey çıkmaz), Antik Yunan’dan Hristiyanlığa oradan modern zamanlara korunarak gelmiştir. Metafiziğin sorgulanması açısından ve varlığın anlamı sorusu bakımından bu temel Heidegger ile yıkılmıştır. Sonuç saf varlık ve saf hiçbir aynı olmasıdır: “*Ex nihilo omne ens qua ens fit*” (Hiçten tüm varlık olarak varlık çıkar). İnsan ancak varolanları bünyesine katar-ken hiçi de bilirse, bilimden ve mantıktan farklı olarak hiçi de ciddiye alırsa işte o zaman Nietzsche’nin deyişiyile putların batışı gerçekleşebilir.³²

Hümanizm eleştirisi de bu bağlamda okunabilir. Metafiziğin ne olduğu, varolanın aşılmasının hiçi muhafaza etmek olduğu ve varlık unutulmuşluğunun aslında hiçi ve ölümü unutmak olduğu bilindikten sonra, Hümanizm eleştirisi soyut bir modernlik eleştirisi olmaktan çıkıp somut içerikler kazanabilir. Şüphesiz ki Heidegger’in yaklaşımı nihilist eğilimi fazlasıyla barındırmaktadır. Ancak bu nihilizm edebi düzeydeki nihilizmden farklı olarak yapmacık değil, ölümcüldür. Varlığın hiçliği yaşamın ölümlülüğüne denktir. Heidegger’e göre *Dasein*’in her günkü işi ölüme doğru varoluştur. Varolanlar, gündelik hayat ve kamusal alan ölümün hakikatini dikkatten kaçırmak üzerine kuruludur.³³ Dünyada varolanların hepsinin tekdüze, bayağı, anlamsız olduğu ve varlığın anlamının hiçte bulunabileceği nereden bakarsak korkutucudur.³⁴ Spinoza’nın Etika’da dile getirdiği şu meşhur önermeyi bu sefer bir eleştiri olarak tekrarlar gibidir Heidegger: “*Hür bir insan yani yalnız aklın emrine göre yaşayan insan hiçbir şeyi ölümden daha az düşünmez ve onun bilgeliği ölüm hakkında değil, hayat hakkında derin bir düşüncedir*”³⁵

3. Hümanizm Eleştirisi: Varlık Unutulmuşluğu

“*Hümanizm Üzerine Mektup*” adlı eseri Heidegger’in geç dönem eserlerinden birisidir. Bu dönemde Heidegger felsefesinde dil merkezi bir konum kazanmıştır. Daha eserin başında Heidegger şöyle seslenir: “*Düşünme, Varlığın insanın özünüyle olan bağına yerine getirir...bu bağı yalnızca varlığa sunmakla yetinir... bu sunuş varlığın düşünmede dile gelmesiyle gerçekleşir. Dil varlığın evidir. Dilin meskeninde insan ikamet eder.*”³⁶

³⁰ WISSER, s. 74.

³¹ HEİDEGGER, Metafizik, s. 41.

³² WISSER, s. 76.

³³ ÖKTEN, s. 138.

³⁴ HÜNHERFELD, s. 73.

³⁵ SPİNOZA, Baruch: *Etika* (Çev: Hilmi Ziya Ülken), Dost Yayınları, Ankara, 2011. Önerme: 67.

³⁶ HEİDEGGER, Martin: *Hümanizm Üzerine* (Çev. Yusuf Örnek): Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2013, s. 5.

Düşünmek varlıkla insanın bağından geldiğine göre Heidegger formülasyonu tersine çevirmiştir. “Düşünüyorum öyleyse varım” anlamında düşünmekten bahsetmemektedir. Bu noktada “düşünmek ne demektir?” sorusu üzerinde durmak elzemdir.

Heidegger hesap kitap yapan düşünme olarak mantığın karşısındadır. Her türlü hesap kitap yapma varolanların sayılabilenler olarak kullanılmasını oluşturur. Sayılabilen dışında başka bir şeyin ortaya çıkmasına izin vermez.³⁷ Hesap kitap yapmayan düşünme tarzı ise derin düşünmedir. Derin düşünmede mantıki kurgular ve sınırlar dayatmak yerine şeylerin olduğu gibi kabul edilmesi, onlara saygı gösterilmesi ve olurlarına bırakılması söz konusudur. Bu düşünme zorlayıcı ve çıkarıcı değil tam aksine kabul edici ve saygılıdır.³⁸ Bu tarz düşünmenin kaynağı Sokrates öncesi Yunan düşünürlerinde görülebilir. Sokrates öncesinde teori anlayışı, araştırma konusunun taleplerine boyun eğmeyi, temaşa etmeyi içerirdi.³⁹ Düşünmek ne demektir sorusunun cevabı bu bağlamda, varlığı düşünmek demektir. Ancak varlık düşünmenin bir sonucu değildir. Öncelikli olan varlıktır. Derin düşünmeye dayalı düşünme: “*Varlığın inayetinin yankısıdır; bunun içinde tek olan kendini aydınlatır ve olağatır.*”⁴⁰

Dil, özne ve nesne metafiziğine teslim olmuştur. Kartezyen düşüncede insan Descartes tarafından özne statüsüne yükseltilmiştir. Bunun sonucu modern teknolojinin doğa üzerinde hakimiyet sağlama girişimidir. Oysa Greklerin tekhne’inde varlıklar kendi mevcudiyetlerini sürdürürlerdi.⁴¹ Modern teknoloji ve bilimle beraber dünya teknolojik terimlere indirgenmiş, özne olarak insan her şeyi fethetme kaygısına kapılmıştır. İnsan doğaya saldırmaktadır, doğaya düşmandır. Derin düşünmedeki şeylere saygı burada söz konusu değildir. Özne metafiziği batının tinsel çöküşünü getirmiştir. Varlığın ortadan kalkması tehlikesi söz konusudur çünkü teknolojik çağın özne insanı sadece varolanlarla ilgilenmektedir.⁴² Heidegger felsefesinde ise dünya yalıtık öznenin karşısında bulunduğu nesne değildir. Özne-nesne ayrımı sahte bir ayırımıdır çünkü Dasein her zaman dünya-dahilindedir (within-the-world).⁴³ Öznenin bağımsız, gözleme açık, kendi gerçekliği içinde nesne fikri idealizmdir. İnsan nesneye, varolana atılmışlığı içinde yani kendi nesnelere aracılığı içinde varolan bakışıyla bakar. Dilthey’in yaşam bağı kategorisine benzer bir yaklaşımı vardır Heidegger’in. “Dilthey’a göre insan “bunu nasıl görüyorum?” diye sor-

³⁷ HEIDEGGER, Metafizik, s. 51.

³⁸ KÜÇÜKALP, s. 172.

³⁹ KÜÇÜKALP, s. 173.

⁴⁰ HEIDEGGER, Metafizik, s. 53.

⁴¹ MEGİLL, Allan: *Aşırılığın Peygamberleri* (Çev. Tuncay Birkan), Ayraç Yayınları, Ankara, 2008, s. 212.

⁴² MEGİLL, s. 213.

⁴³ HUNHERFELD, s. 77.

duğu her anda o şeyi zaten bir yaşam bağı içinde ilksel olarak kavramış haldedir.”⁴⁴ Düşünmenin teknikten, dilin gramerden, felsefenin bilimden kurtulması yukarıda bahsettiğimiz derin düşünmeye dayalı düşünme için şarttır. Düşünmenin teknik yorumu Platon'dan beri mantıktır ve mantık varlıktan vazgeçmiştir.⁴⁵

Düşünmenin tamlığı kavramların yapaylığına uygun düşmez, çünkü tamlık varlığın hakikatinin ait olduğu yerde kalmasındandır. Heidegger için hümanizm hakkında ne düşünüyorsunuz sorusu da kavrama bağlı kalarak cevaplamayı gerektirdiği için düşünmek bakımından tehlikelidir.⁴⁶ Tekrarlamak gerekirse Sokrates öncesi Grekler düşünmek için etik, fizik gibi başlıklara bile ihtiyaç duymazdı çünkü düşünmek varlıktan gelirdi. Düşünme varlıktan uzaklaşınca ve kavrama bağlanınca felsefe açıklama faaliyetine indirgendi. Hümanizm gibi bütün-izm'ler bu tip uğraşlardır. Heidegger'e göre bu Yeniçağ'da düşünmeye karşı “felsefe yapma”nın hakimiyetidir ve tesadüf değildir. Bu çağda kamusalığın ve modernliğin zorbalığı hakimdir. Nietzsche'nin deyiimiyle söyleyecek olursak filozoflar mantığın zulumü altındadır.⁴⁷ Dil de bu zorbalığın kontrolündedir. Kamusalığın diktatörlüğü neyin anlaşılabilir olduğuna önceden karar vermektedir.⁴⁸ Dil yeniçağda fakirleşmiştir, standartlaşmıştır, öznel metafizikine yenik düşmüştür, varlığın evi olduğunu gizlemektedir. “*Fakat insan günün birinde yine varlığın yakınına gelebilecek olursa, öncelikle isimsiz olarak varolmayı öğrenmeli... varlığın talebini duymalı ve nadiren bir şey söylemeye hakkı olduğu tehlikesini bilmelidir.*”⁴⁹

Tehlikelerini vurguladıktan sonra soruya dönecek olursak Heidegger hümanizmi şöyle tanımlar: “*İnsanın insanca olması ve gayri insani, “inhuman” olması.*” ve ekler “*peki ama insanın insanlığı nerededir? Özünü sürdürmesindedir.*”⁵⁰ Bütün hümanizmler insanın özünü savunduğu iddiasındadır. Marx için insanın özü toplumsallıktır ve toplum insanın doğal gereksinimlerini karşılar, Hristiyan için, insanın özü tanrının çocuğu olmaktır ve ahirete ancak böyle ulaşılabilir. Hümanizme ilk kez Roma'da rastlandığında o barbarlığın karşıtıdır. Modern çağda hümanizm ise orta çağ skolastik barbarlığının karşıtıdır. Hümanizmin ne olduğu insanın ne olduğuna insan için iyinin ne olduğuna bağlıdır. Böyle bakılınca hümanizm olmayan bir sistem bulmak zordur. Bütün dünya görüşleri insana dair varsayımlara dayanır. Hangi tip hümanizm söz konusu olursa olsun bunların or-

⁴⁴ HUNHERFELD, s. 79.

⁴⁵ HEIDEGGER, Hümanizm, s. 6.

⁴⁶ HEIDEGGER, Hümanizm, s. 7.

⁴⁷ MEGILL, s. 165.

⁴⁸ HEIDEGGER, Hümanizm, s. 9.

⁴⁹ HEIDEGGER, Hümanizm, s. 10-11.

⁵⁰ HEIDEGGER, Hümanizm, s. 11.

tak özelliği belli bir doğa, tarih, dünya yorumunu varolanın bütünü için sabitleşmiş bir yorum olarak ileri sürmeleridir.⁵¹

Heidegger'e göre her hümanizm metafizik temellidir. Bütün batı metafizik tarihi hümanist görüşleri doğuragelmıştır.⁵² Metafiziğin ne olduğundan yukarıda söz edilmişti, Heidegger'in demek istediği metafizik olarak hümanizmlerin, varlığın hakikati sorusunu sormadan varolanın bir yorumunu mutlaklaştırdığıdır. Roma hümanizminden beri insan rasyonel hayvan olarak tanımlanır. İnsanın özünün belirlenmesi olarak akıl "ilkeler yetisi", "kategoriler yetisi" gibi farklı şekillerde karşımıza çıkar. Metafizik belirlemeler insanın asıl özünü iskalamaktadır: "*İnsan sadece varlık tarafından talep edildiği zaman kendi varlığı içinde özünü sürdürür. İnsan, içinde kendi özünün ikamet ettiği şeyi yalnızca bu talep sayesinde bulmuştur. Yalnızca bu ikametinden ötürü o, mesken olarak dile sahiptir.*"⁵³ İnsanı diğer canlılardan ayıran sadece budur, insan varoluşunun içinde dilde bizatihi varlık ikamet etmektedir. Bu sayededir ki insan varlık nedir sorusunu sorabilmektedir. Çalışmanın başında belirttiğimiz gibi bu insanın kaygısıdır. İnsanın tözü varoluşudur. Varoluş insanın dünyaya fırlatılmışlığı içinde kaygıyla durmakta ısrar edışıdır. Kaygı, insanın varlık sorusunu düşünebilirliğidir.⁵⁴ Metafizik belirlemelerin insan anlayışının ihmal ettiği insan tözü, onun varlıkla bağıdır. Heidegger metafizik olarak gördüğü hümanizme karşı olduğunu ifade eder: "*İnsanın özünün sürdürülmesiyle ilgili en yüce hümanist belirlemeler bile, insanın asıl onurunu tecrübe edemezler. Bu nedenle "Varlık ve Zaman"daki düşünme, hümanizmin karşısındadır.*"⁵⁵ Heidegger olası tepkileri öngörerek *bir fakat* getirir. Hümanizme karşı olmak demek gayri insani olanı yüceltmek demek değildir. Hümanizm insanı yeterince yüceltmediği için karşı olmak demektir.⁵⁶ İnsanın yüksekliği onu özne yaparak varlığın üzerindeki iktidarı savunmak değildir. İnsan varlığın kendisi tarafından varlığın hakikatine fırlatılmıştır. Varlığın hakikatini korur. Ancak böylece varolanlar varlığın ışığında görülmüş olur. "*İnsan varlığın çobanıdır.*"⁵⁷

Felsefe ise varolandan çıkıp varolanı düşünmekle metafiziktir. Varlık bu metafizikte örtük kalır. Oysa varlık insana en yakın olandır. Yakınlık dilin kendisi olarak devam etmektedir çünkü dil varlığın evidir. Dil insanın bir yeteneği olarak anlaşılabilir. İnsandan öncedir. İnsan varlığın evinde yani dilde ikamet eder.⁵⁸ Bu sade düşünmeye hümanizm demek, Heidegger'e göre hümanizm metafizikle kol

⁵¹ HEIDEGGER, Hümanizm, s. 12-13.

⁵² KÜÇÜKALP, s. 166.

⁵³ HEIDEGGER, Hümanizm, s. 15.

⁵⁴ HEIDEGGER, Hümanizm, s. 21.

⁵⁵ HEIDEGGER, Hümanizm, s. 22.

⁵⁶ HEIDEGGER, Hümanizm, s. 22.

⁵⁷ HEIDEGGER, Hümanizm, s. 23.

⁵⁸ MEGILL, s. 209.

kola devam ettiği sürece mümkün değildir. Sartre hümanizmi, öznel metafiziği sürdürür ve sadece insanın varolduğunu ileri sürer. Oysa Heidegger öncelikle varlığın varolduğunu vurgular.⁵⁹ Bu sebeple düşünme varlığın düşünmesi, tarih varlığın tarihidir, insan varlığın takdiridir. İnsan (Dasein) bu nedenle varlığın hakikatini soruşturmaya varoluşundan başlayabilecektir.⁶⁰

Heidegger felsefesinde dilde ikamet eden varlık insana en yakın olandır ancak varlık her yerde unutulmuştur. Varlığın yakınlığı “yurt”, “ev” olarak da ifade edilir ve Heidegger’in nostalji anlayışı da eve dönüş ifadesinde kendini bulur.⁶¹ Oysa Yeniçağ’ın modern insanı yersiz, yurtsuzdur. Heidegger’in bütün çabası yurtsuzluğun yani varlığın unutulmuşluğunun aşılması üzerinedir. Artık varlığın hakikati düşünülmeden kalmaktadır, artık sadece varolana bakılmaktadır. Heidegger de Marx gibi yabancılaşmadan dem vurur. “*Hümanizm Üzerine*” adlı eserinde Marksizm’in bu yönüyle diğer felsefelerden üstün olduğunu belirtmiştir.⁶² Her türlü ulusçuluk, enternasyonalizm ve bireycilik metafizik olduğu için varlığın hakikatini düşünmeye elverişli değildir ve öznellik biçimleridir. Oysa insan kendini öznellikten yola çıkarak düşündüğünden daha fazlasıdır. O, varlık tarafından atılmıştır. “İnsan varolanın efendisi değil, varlığın çobanıdır.”⁶³ Böyle bir düşünme humanitesi hiçbir metafiziğin düşünmediği anlamda düşünen, en köklü anlamda düşünen ve insanı varlıktan çıkararak düşünen hümanizmdir. Hümanizm Heidegger’in formülünde insan merkezli değil varlık merkezlidir; ancak yine de hümanizmdir.⁶⁴ Hümanizm sözcüğü metafizik bir anlayış içerdiği ve varlığın unutulmuşluğunda ısrar ettiği için günümüzde anlamını yitirmiştir. Hümanizme anlamını geri vermek aslında onu yeniden tanımlamak olacaktır. Heidegger metafizik olmayan bir hümanizmi şöyle tanımlar: “*İnsanın özünü sürdürmesi, Varlığın hakikati için özeldir ve buna bağlı olarak önemli olan yalnızca insan olarak insan değildir. Dolayısıyla böyle tuhaf bir hümanizmi düşünüyoruz.*”⁶⁵ Gerçekten de şimdiye kadarki bütün hümanizmlere temelden karşı çıkan ve gayri insaniliği savunmayan; ancak yine de metafizik akımların kategorisini kullanmaktan çekinmeyen bir hümanizm tuhaftır.

⁵⁹ HEIDEGGER, Hümanizm, s. 26.

⁶⁰ HEIDEGGER, Hümanizm, s. 28.

⁶¹ MEGILL, s. 183.

⁶² HEIDEGGER, Hümanizm, s. 31. Heidegger’in yabancılaşma anlayışının Marx’ın yabancılaşma anlayışından farklı olduğunu belirtmek gerekir. Sosyolog Pierre Bourdieu Heidegger’in yabancılaşma anlayışını sahte yabancılaşma olarak görür. Ontolojik yabancılaşmayı merkeze almak konformizme meşruluk sağlar (Kuru düzenin meşruluğunun sorgulanmasını engelleyen bir gerekçelendirir) ve bunun da ötesinde ekonomik yabancılaşmadan ve yabancılaşma tartışmalarındaki maddi zeminde uzaklaşır. BOURDIEU, Pierre: *Heidegger’in Politik Ontolojisi* (Çev. Aslı Sümer), Monokl Yayınları, İstanbul, 2018, s. 115.

⁶³ HEIDEGGER, Hümanizm, s. 34.

⁶⁴ HEIDEGGER, Hümanizm, s. 35.

⁶⁵ HEIDEGGER, Hümanizm, s. 37.

Heidegger kendisine getirilen eleştirilerin farkındadır. “Hümanizme”, “mantığa”, “değerlere” karşı konuştuğu için bunların tersi olan “barbarlığı”, “irrasyonalizmi”, “ahlaksızlığı” savunmakla itham edilir. İnsanlarca yüce ve kutsal ilan edenler hakkında alışılmışın dışında söylenen her şey ivedilikle karşısına konumlandırılır. Varlığı düşünmek demesi Heidegger’in nihilist olarak değerlendirilmesine sebep olur. Oysa söz konusu olan “fenomenolojik imha”dır. İyinin ve kötünün ötesinde bir düşünme söz konusudur, bu da imha edilenin tersinin savunulduğu anlamına gelmeyecektir.⁶⁶ Mantığa karşı düşünmenin nasıl bir düşünme olduğundan bahsetmiştik. Peki Heidegger için değerlere karşı olan düşünme ne anlama gelmektedir? Değerlere karşı olmak demek, değer diye kabul edilenlerin (insan onurunun, tanrının, kültürün, sanatın) değersiz şeyler olduklarını söylemek değildir. Karşı olunan değerlendirmedir. Her türlü değerlendirme bir öznelştirme değildir. Bir şeye değer biçmek insan merkezli bir faaliyet olması sebebiyle değer biçileni en başından düşük göstermektir. Değer biçilen şey “özne” tarafından “nesne” konumuna indirgenmiştir. Tanrı, doğa, canlılar insanın nesnesi olmakla, insana tabi kılınmakla aşağılanır.⁶⁷ Değerlere karşı düşünmek yine varlığın hakikatini merkeze koymayı gerektirir. İnsan varlıktan ayrı değildir. Nietzsche’ci deyimle bu düşünme iyinin ve kötünün ötesinde düşünmedir. Buradan devam edecek olursak varlığın hakikatinin peşindeki temel ontolojiden etik çıkarmak da mümkün değildir. Heidegger’e göre insanın etik talep etmesi, “herkes için geçerli bir yönerge arzusu” peşinde koşması insanı teknik olarak bağlama çabasıdır. Ancak etik üzerine düşünmek, politika üzerine düşünmek varlığın unutulmuşluğuna sebep olur. Sokrates öncesi Grek düşünürlerin yaptığı gibi bu kategoriler olmadan düşünmek gereklidir.⁶⁸ Varlığın hakikatini düşünmek eylemli yaşam için düsturlar getirmese de “*bilimum kuralların alt alta yazılmasından daha önemlisi insanın, varlığın hakikati içindeki yerini bulmasıdır.*”⁶⁹

Varlık üzerine düşünmek yalnızca varlık üzerine düşünmektir. Böyle bir düşünmenin pratik etkisi yoktur çünkü o, esasında varlığın düşünmesi içindeki yerimizi bilmektir. Heidegger varlığın düşünmesinin dilde açığa çıkmasını eylem olarak adlandırırsa da her kavram gibi eylemek kavramı da Heidegger felsefesine girmekle başka bir şey oluvermiştir. Eylemek varlığın düşünmesine kendini bırakmak, beklemek, varlık için fedakârlık olmuştur. Heidegger’in eylem biçimi “mistik bir geri çekilişi, feragati göklere çıkarır.”⁷⁰ Etik, politik, ontolojik kategorilerle düşünmek, bilim yapmak, felsefe yapmak her yerde varlık unutulmuşluğu

⁶⁶ HEIDEGGER, Hümanizm, s. 39.

⁶⁷ HEIDEGGER, Hümanizm, s. 41.

⁶⁸ HEIDEGGER, Hümanizm, s. 45.

⁶⁹ HEIDEGGER, Hümanizm, s. 53.

⁷⁰ BOURDIEU, s. 159.

doğurmaktadır. Dasein dünyaya kendini kaptırmıştır, düşmüştür.⁷¹ Varlık unutulmuşluğuna sebep olan felsefeye “*haddinden fazla değer vermekten ve bu nedenle de ondan fazlasıyla bir şeyler beklemekten vazgeçmenin zamanı gelmiştir. Dünyanın bugünkü buhranında gerekli olan şudur: Daha az felsefe ama düşünmeye daha fazla saygı; daha az edebiyat ama, hecelemeye daha fazla ihtimam.*”⁷²

4. Nazi Sorunu

“*Martin Heidegger (1889-1976) hakkında iki olgu, karmaşık olduğu kadar itiraz da kabul etmez: birincisi, onun yüzyılın en etkili felsefecilerinden biri olduğu ve ikincisi de, bir Nazi olduğu.*”⁷³ Heidegger 1933-34 yıllarında Nazi Almanya’sı döneminde Freiburg Üniversitesi Rektörü, 1933-1945 arası Nasional Sosyalist İşçi Partisi üyesi, rektörlük döneminde sadece akademiye değil Milletler Cemiyeti’nden ayrılmaya ikna etmek için bütün Alman halkına hitap eden birisi, demokrasiye karşı Führer’in savunucusu, savaş sonrası asla özür dilememiş bir Nazi destekçisidir.⁷⁴ Üniversite’nin rektör seçiminin akademik senato tarafından değil Nazi eğitim bakanı tarafından yapılması için çabalamış ve başarılı olmuş birisidir. Hitler tarafından seçimsiz olarak atanmıştır. Mektuplarında bilimsel eğitimin devletin isteğine uygun olmasına çabaladığını kabul etmiştir. Rektör burslarını Yahudi ve Marksist öğrencilerden alıp Aryan ırkından öğrencilere tesis etmiştir.⁷⁵ Ayrıca savaş sonrasında dahi soykırıma ilişkin tek söz söylememiştir.⁷⁶ Nazi Partisi’ne desteği şüphe götürmemekle birlikte Filozof Heidegger ile Nazi Heidegger arasında ayırım yapıp yapılamayacağı çokça tartışılmıştır. Heidegger’i savunan Habermas (en azından 1929 öncesi metinleri için), Biemel gibi düşünürler yazar ile metin arasında ayırım yapılması gerektiğini ve Heidegger’in Nazilere desteğinin felsefi metinlerinde temellenmediğini, siyasi desteğinin kısa süreli bir hata olduğunu ileri sürmüştür.⁷⁷ Buna karşılık Faye, Löwith gibi diğer grup düşünürler Heidegger’in Nazilere desteğinin felsefenin bağrından çıktığını ileri sürmüştür.⁷⁸

Heidegger’in yaşadığı çağın ve özellikle dönemin Almanya’sının bilimde, sanatta, felsefede, siyasette ortak bir zemini vardır. Bu zemin, kriz fikridir. Heidegger

⁷¹ BOURDIEU, s. 158.

⁷² HEIDEGGER, Hümanizm, s. 56.

⁷³ SHEEHAN, Thomas: *Heidegger ve Naziler*, içinde: *Heidegger ve Nazizm (Der. Ahmet Demirhan)*, Vadi Yayıncılık, İstanbul, 2002, s. 10.

⁷⁴ SHEEHAN, s. 11.

⁷⁵ SHEEHAN, s. 13-14.

⁷⁶ SHEEHAN, s. 18.

⁷⁷ GÖÇMEN, Doğan: *Martin Heidegger, Nazizm ve Felsefe*. https://www.academia.edu/2076359/Martin_Heidegger_Nazizm_ve_Felsefe (Erişim Tarihi: 10.02.2020) S. 7. COLLINS, Jeff: *Heidegger ve Naziler* (Çev. Kaan Ökten), Everest, İstanbul, 2000, s. 15.

⁷⁸ GÖÇMEN, s. 8.

Almanya'nın yaşadığı yoğun kriz ortamında felsefeyle meşgul olmuştur. “Birinci Dünya Savaşı, muhafazakarları umutsuzluğa sürükleyen doğuda gerçekleşmiş Bolşevik Devrim, siyasi suikastlar, darbe girişimleri, Versay Anlaşması'nın ağır sonuçları, Fransızların Ruhr'u işgali, muazzam enflasyon, 1929 Büyük Buhranı”⁷⁹ birbirine eklenerek büyük bir kriz atmosferi ve bu atmosfer kriz sanatı, edebiyatı, siyaseti, felsefeyi yaratmıştır. Nietzsche için kriz Tanrı'nın ölümüdür, Heidegger içinse kriz varlık unutulmuşluğudur. Kriz teması Heidegger felsefesinin her döneminde varlığını sürdürmüş, nostalji teması da krize eşlik etmiştir. Nostalji; Heidegger metinlerinde eve dönüş, geri dönüş, Sokrates öncesine dönüş olarak ifadesini bulmuştur.⁸⁰ Bu temanın 1933 yılında ele aldığı siyasi metinlerde de kullanılmış olması şu soruyu sorduruyor: Kriz eleştirisi ve krize yanıt olarak nostalji çözümü Heidegger felsefesinin Nazilere meyletmesine imkân vermiş olabilir mi? Bu başlık altında Heidegger felsefesinde ve çağında bu soruyu doğuran kriz ve nostalji yaklaşımını ele alacağız. Böyle bir ele alış Heidegger felsefesinin de bağlamsallığını gözler önüne sermiş olacaktır. Nitekim felsefi dönüşüm, zihinsel uzamı dönüştüren toplumsal dönüşümden ayrı değerlendirilemez.⁸¹ Heidegger ve Nazizm ilişkisini psikolojiye indirgmeden zamansal bağlamında ele almak Heidegger felsefesiyle de uyumlu olacaktır.⁸² Kriz felsefesi, ilişkinin felsefi boyutunu irdelemek için imkân vermektedir, çünkü Heidegger'in üstün Alman ırkı öğretisi kapsamında Nazi ideoloğu olarak ele alınması olası değildir. Heidegger'i savunanlar da bu noktadan yola çıkarak Nazi biyolojizmini desteklemediği için Nazi olmadığını söylerler. Hatta Heidegger rektörlük döneminde ırkçı değil maneviyatçı olduğu için eleştirilmiştir.⁸³ Emmanuel Faye ise buna karşılık Nazi ırkçılığının tek temel kavramının biyoloji olmadığını, Geist'in da ırkçılığa temel sağladığını belirtmiştir.⁸⁴ Zeitgeist'in ideolojisi, her alanda modernliğin eleştirisine dayanmaktadır. Modernlik eleştirisi her alanda birbirine denk düşen karşıtlıklar üzerinden yapılmaktadır. Kentin güvenliğine, tehlikesizliğine karşı taşranın zorluğu,⁸⁵ medeniyete karşı kültür, liberalizme ve parlamentarizme karşı Führer, tekniğe karşı el yordamı, bilime karşı ontoloji ya da asli düşünce savunulur. Zeitgeist'in ortak teması modernliğin eleştirisi, modernliğe ideolojik saldırıdır.⁸⁶ İdeolojik ve zamansal bu ruh hali üniversiteye, halka, siyasete,

⁷⁹ BOURDIEU, s. 31.

⁸⁰ MEGILL, s. 202.

⁸¹ BOURDIEU, s. 73.

⁸² ROCKMORE, Tom: Heidegger'in Nazizmi, Kant ve Dasein Üzerine (Çev. Metin Bal). *Felsefe Yazın Dergisi*, Sayı 15, 2009, 25-30, s. 30.

⁸³ CAN, İslam: Felsefeden Siyasete: Heidegger'in Nazizmle İlişkisi. *İnsan & Toplum Dergisi*, 3 (5), 2013, 85-110, s. 103.

⁸⁴ ROCKMORE, s. 26.

⁸⁵ HUNHERFELD, s. 117-118.

⁸⁶ BOURDIEU, s. 52-53.

entelektüellere sirayet etmiştir. Bourdieu, dönemin metinlerinde tekniğe karşı konumlandırılan doğa kavramının doğallık ve doğal hukuk anlayışının biyolojizmle ve ırkçılıkla iç içe olduğunu gösterse de Heidegger, tekniğin eleştirisini ruhsal boyutta gerçekleştirmiştir.⁸⁷

Karl Löwith'e göre Heidegger felsefesi zamanın ruhunun, çağdaş Alman varoluşunun yansımasıdır. Çağdaş Alman varoluşu Birinci Dünya Savaşı sonrası ortamda yabancılaşma, kriz ve nihilizm temalarının etkisindedir. Alman idealizmine karşı her alanda radikalizm öne çıkmıştır. Çağdaş Alman varoluşunun hakikati felsefede Heidegger'de, siyasette Hitler'de bulunur.⁸⁸ Heidegger *Varlık ve Zaman*'da insanın içinde bulunduğu kuşakla paylaştığı yazgıdan bahseder. Kendisini bu değerlendirmenin dışında tutmak için bir sebep yoktur.⁸⁹ Kriz, nostalji, yabancılaşma konuları *Varlık ve Zaman* adlı eserinden başlayarak geç dönemde yazdığı eserlere daha da önemlisi 1933'te üstlendiği kısa süreli rektörlük görevi boyunca yaptığı konuşmalara hakimdir. Krizi Heidegger *nihilizm* olarak ifade eder. Nihilizm kriz halinde ve tamamen şimdinin içinde yaşamaktır. Kamusal alandaki ilişkiler ve yüzeysellik ise düşmüşlüğü gizlemektedir. Evde olma hissi yaratmaktadır.⁹⁰ Evde olma hissinin sürekliliği varlık unutulmuşluğunu sürekli hale getirmektedir. Heidegger buna karşılık tekrar eve dönmeyi önerir. Nihilizm ve krize karşı nostalji (notos ve algos yani eve dönüş ve acı) olarak eve dönmeyi ister.⁹¹ Heidegger'in felsefi geri dönüş talebi Sokrates öncesi Grek felsefesine dönmek üzerinedir. Onun varsayımlarına göre Grekler bu dönemde mantık öncesidir, varlık sorusuyla uğraşan bir düşünce tarzına sahiptir.⁹² Krize karşı nostalji düşüncesi yapı sökme (Destruktion) çabasının temelini oluşturur. Heidegger ontoloji geleneğinde gizlenmiş ve göz ardı edilmiş varlık sorununu tekrar gündeme getirebilmek için varolan felsefelerin yıkılması gerekliliğini vurgular.⁹³ Yıkım felsefesinin çabası varlığın anlamı yeniden sorulsun diye varolan geleneklerin yıkılmasını sağlamaktır. Yıkılana karşı ikame sunmak onun felsefesine uygun değildir.⁹⁴ Dasein bütün metafiziklerden, geleneklerde sıyrıldığında ve ölüm bilincini bünyesine kattığında çıplak varoluşa ulaşmış olur.⁹⁵ Buradan yola çıkıldığında

⁸⁷ BOURDIEU, s. 45.

⁸⁸ LÖWITH, Karl: *Heidegger'in Varoluşçuluğunun Siyasal Uzantıları*. İçinde; *Heidegger ve Nazizm* (Der. Ahmet Demirhan), Vadi Yayıncılık, İstanbul 2002, s. 102.

⁸⁹ MEGILL, s. 179.

⁹⁰ MEGILL, s. 182.

⁹¹ CASSIN, Barbara: *Nostalji: İnsan Ne Zaman Evindedir?* (Çev. Seçil Kıvrak), Kolektif Kitap, İstanbul 2018, s. 16.

⁹² MEGILL, s. 183.

⁹³ MEGILL, s. 186.

⁹⁴ LOWITH, s. 88.

⁹⁵ LOWITH, s. 90.

Heidegger'in siyasi durumuyla felsefi amaçları arasında çelişki yoktur. Her iki alanda da tercihini risk ve tehlikeden yana kullanmıştır.⁹⁶ Örneğin Heidegger'in rektörlüğü sırasında kaleme aldığı “*Alman Üniversiteleri'nin Kendini Beyanı*” başlıklı yazısı onun felsefi taleplerini ve kategorilerini siyasal durumla özdeşleştirdiğini gösterir. Löwith “*Heidegger'i dinleyenlerin Sokrates öncesi filozofları okumaya başlamaları mı yoksa Hücum kütalarına katılmaları mı gerektiğinden asla emin olamadığını*” gözlemlemiştir.⁹⁷ Konuşma Avrupalıların varolanlara karşı ayaklanmasının Geist'inin varlık sorununu araştırmak olduğundan ve yazğıdan bahseder. Üniversite rektör tarafından, yazgının belirlediği halkın misyonu uğruna yönetilecektir. Öğrencilere Alman yazgısının kabul edilmesi ve varlığın muhafaza edilmesi için Führer'i desteklemek emredilmiştir.⁹⁸ Batı tininin krizden çıkmasını sağlayacak geleceğin geçmişe dönmekle mümkün olduğu inancı Nazizmin “muhafazakâr devrim” söylemiyle paraleldir.⁹⁹

Genel olarak bu dönemde yaptığı konuşmalarda felsefesinde birey olan Dasein için anlattıklarını Alman Dasein'ı için ifade etmeye başladığı göze çarpmaktadır. 3 Kasım 1933 tarihinde Alman öğrencilere hitap ettiği konuşmasında “*Nasyonal Sosyalist Devrimin, Alman Dasein'ının bütüncül bir dönüşümünü*” ortaya çıkardığını belirtmiştir.¹⁰⁰ İnsan Dasein için getirilen ayrımlar ulusun Dasein'ı için söylenir olmuştur. Dasein ve Das Man için getirilen kıyaslama uluslar bakımından da geçerli olarak ele alınmıştır. Nazi hareketi ulusun varolanlara düşmüşlüğünden sıyrılıp otantik varoluş haline dönüşünü sağlayacaktır. Varlık sorununun gündeme gelmesi ulusun manevi kurtuluşu için elzemdir.¹⁰¹ Heidegger daha sonra 1933'e ilişkin olarak Nazi hareketinin derinleşeceğine ve “*Batı ruhunun krizini aşmaya yardımcı olabileceğine*” inandığını da belirtmiştir.¹⁰² Alman devriminin muhafazakâr destekçileri gibi Heidegger de “manevi Rönesans” ve “ruh devrimi” tasarlamışsa da bu tasarım; gösterişli, akademik bir dile bezenmiş ve böylece saygınlık kazanmış modernlik karşıtı muhafazakâr fikirlerden fazlası değildir. Modernliğin kapitalist ve sosyalist versiyonlarına karşı çıkmak adına geri dönüşü salık veren bir taşra özlemi söz konusudur.

Heidegger'in siyasi metinlerine de taşımış olduğu felsefi terminolojisi ve Nazi rejiminin kullandığı ideolojik kavramlar arasında da göze çarpan bir yakın-

⁹⁶ BOURDIEU, s. 69.

⁹⁷ MEGILL, s. 199.

⁹⁸ HEİDEGGER, Martin: *Alman Üniversitesinin Kendini Beyanı*, içinde; *Heidegger ve Nazizm* (Der. Ahmet Demirhan), Vadi Yayıncılık, İstanbul, 2002, s. 50.

⁹⁹ COLLINS, J., s. 51.

¹⁰⁰ HEİDEGGER, Martin: *Alman Öğrencilere*, içinde; *Heidegger ve Nazizm* (Der. Ahmet Demirhan), Vadi Yayıncılık, İstanbul, 2002, s. 55.

¹⁰¹ COLLINS, s. 55-57.

¹⁰² MEGILL, s. 204.

lık söz konusudur. Dasein’in ontolojik çözümlemesini ele alırken belirttiğimiz birlikte olma durumu daha *Varlık ve Zaman*’da halkın yazgısına dahil olmayı içermektedir.¹⁰³ *Varlık ve Zaman* 1927 gibi erken tarihli bir eser olmasına rağmen bireyin kaderinin halkın kaderine bağlı olduğunu ileri sürmektedir. Eleştirmenleri bu ortak milliyetçilik vurgusu üzerinden Heidegger’i Nazi ideoloğu olarak ilan etme noktasına da varmıştır.¹⁰⁴ Buna göre Dasein’in fırlatılmışlığı içerisindeki yazgısı içinde bulunduğu halkın yazgısı ile birdir. Çünkü belirttiğimiz gibi birlikte olma ben ve öteki/özne-nesne ayrımı şeklindeki metafiziğe karşı bir varlık olmayı işaret etmektedir. Halk/Millet ile ilişki, içine doğulan toplumla, kültürle ilişki zorunlu olarak kişinin benliğidir.¹⁰⁵ *Varlık ve Zaman*’ın 74. başlığı milliyetçiliğin en açık görüldüğü kısım olarak değerlendirilmiştir. Nazi ideolojisinin milletin (cemaat ya da halk olarak da çevrilmiştir) kader ortaklığı anlayışı bu kısımda serimlenmektedir.¹⁰⁶ Doğrudan alıntılacak olursak:

*“eğer dünyadaki-Varlık olarak yazgıya-bağlı Dasein özsel olarak Başkaları ile Birlikte-Varlıkta varoluyorsa, ‘tarihsel olayları’ birlikte- ‘tarihsel olaylar’dır ve talih olarak belirlenirler. Topluluğun, halkın ‘tarihsel olaylarını’ böyle belirtiriz. Talih kendini tekil yazgılardan derleyip toparlayan bir şey değildir, tıpkı birbiri-ile-birlikte-Varlığın birçok öznenin bir arada yer alması olarak kavranamayacak olması gibi. Aynı dünyada birbiri-ile-birlikte-Varlıkta ve belirli olanaklar için kararlılık içinde, yazgılara yolları önceden gösterilmiştir. İlk iletişimde ve kavgada talihin gücü özgür olur. Dasein’in yazgıya bağlı talihi, onun ‘kuşağı’nda ve onun kuşağı için, Dasein’in tam asıl ‘tarihsel olaylarını’ oluşturur.”*¹⁰⁷

Özetle Heidegger’in temel ontoloji felsefesi tek mesele olarak varlığın anlamı üzerine düşmüştür. Varlığın gündelik hayatta ve modern şehir hayatında unutulmuşluğu Heidegger’in kriz tanımıdır. Krizden çıkmak varlığa geri dönüşle olacaktır. Varlığa geri dönüş felsefi düzeyde Sokrates öncesi düşünme tarzına, mantık ötesi alana geçişle mümkündür. Güncel problemleri ele alırken Heidegger’in onları önce yeniden tanımlaması radikal olarak başka bir evrene geçiş yapma çabasının göstergesidir. Radikal olarak varolan kalıpların reddi onları tanımaz hale getirirken Heidegger felsefesinin politik uzamını mistifiye etmiştir.¹⁰⁸

¹⁰³ KARTAL, s. 137.

¹⁰⁴ ÇALIŞKAN AKÇETİN, Nurhayat: Martin Heidegger ve Nasyonel Sosyalizm: O Bir Nazi miydi? *Humanitas Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi*, 4(8), 2016. 47-63, s. 56.

¹⁰⁵ ÇALIŞKAN AKÇETİN, s. 57.

¹⁰⁶ GÖÇMEN, s. 14.

¹⁰⁷ HEIDEGGER, *Varlık ve Zaman*, s. 541 (Çevirmenin “oradaki-varlık” şeklindeki çevirisi Dasein olarak değiştirildi).

¹⁰⁸ BOURDIEU, s. 73.

Heidegger'in tek mesele olarak varlığı ele alan felsefesi, etikten uzak durma ısrarı, bireyciliği reddi, milliyetçi kategorileri kullanışı onun Nazilere meyletmesine temelde sebep olmuştur. Heidegger krizden doğan Nazi hareketinin Alman Dasein'ını eve geri döndürebileceğine, varolan metafizik gelenekleri yıkabileceğine inanmıştır. Heidegger'in felsefesi kendisinin belirttiği gibi davranışlar üzerine etik kurallar getirmemektedir, sadece yıkım üzerinedir, yıkılan geleneğin yerine bir şey ikame etme çabasında değildir. Ölümü ve hiçliği varoluşa katmak üzerine çabasıyla ölüm felsefesidir. Kriz temeline dayanan, geleneklere karşı çıkan, yıkım söyleminde yükselen her siyasi hareket için bu tarz felsefe radikal tasdik sağlayabilir. Nitekim Heidegger rektörlük görevinden ve Nazilerden çabuk uzaklaşmışsa da daha sonra sessiz kalarak suça ortak olmuştur. Bu uzaklaşmanın nedeni olarak Nazilerin de varolan adına bayağılaştığını ve varlık unutulmuşluğuna hizmet etmelerini göstermiştir.¹⁰⁹ Heidegger için varolanları yıkacak ruhsal devrimin gerçekleşmeyeceğini idrak ettikten sonra uğruna etkin çaba göstereceği Nazizm imgesi ortadan kalkmışsa da etkin muhalefet etmek yine de söz konusu olmamıştır. Her yerde varlık unutulmuşluğu gören ve böylece varolan her şeyi tek kavrama indirgeyen Heidegger radikal olumlama olarak pasif nihilizmle Nazilere yıllarca ses çıkarmamıştır.¹¹⁰ Nietzsche, Foucault ve Derrida gibi aynı felsefi geleneğin diğer temsilcilerinde ise yıkım her türlü iktidarın radikal olumsuzlanması olarak ortaya çıkmıştır. Bu düşünürlerin ismi günümüzde yeni anarşizm olarak da bilinen ve iktidarın mikro ölçüde her alanda görülmesi sebebiyle direnişin de yaşamın her alanına yayılması gerekliliğini vurgulayan postyapısalcı anarşizmle anılırken Heidegger halen daha Nazizm'le anılmaktadır. Hümanist özne metafiziğine karşı gelmesi, özcülük karşıtlığı Heidegger'in postyapısalcı filozoflara ilham vermesine sebep olmuşsa da varlık kavramının kendisinin metafiziği sürdürdüğü eleştirisi önemlidir.¹¹¹ Aradaki farkın kaynağı olarak Heidegger'in eve dönüş ve nostalji temalarının varlık metafiziğine dayanması bu metafiziğin de iktidara siyasi misyon biçmesi muhakeme edilebilir ancak; böyle bir muhakeme bu çalışmanın kapsamını aşacaktır.

Sonuç

Heidegger felsefesi bilime, mantığa, rasyonalizme ve bilinen anlamıyla hümanizme karşı bir felsefedir. Karşı çıkışın merkezinde varlık unutulmuşluğu vardır. İnsan her yerde varlık unutulmuşluğuna kapılmıştır. Gündelik hayatın olağan akışı bu unutuşu sürekli yeniden üretmektir. İnsan kendini özne kabul ettikçe buradan dönüş mümkün değildir. Esasında düşünme varlığın düşünmesi, varolan-

¹⁰⁹ LOWITH, s. 94.

¹¹⁰ BOURDIEU, s. 76.

¹¹¹ NEWMAN, Saul: *Bakuninden Lacan'a* (Çev. Kürşat Kızıltuğ) Ayrıntı, İstanbul 2006, S. 194. Collins, s. 9.

lar varlığın ışmasının sonucunda görünenlerdir. Heidegger'in varlık irdelemesi yapma çabası onu hiçlik ve ölüm felsefesine götürmüştür. Dolayısıyla esasen unutulmuş hiçlik ve ölümdür. Öyleyse bütün yapıları sökerek ardındaki hiçliğe, belirsizliğe erişmek gerekir. Batı felsefesine ve bu çalışma kapsamında hümanizm kavramına yapılan tam da budur. Heidegger felsefesi, bilim kıskacından kurtulmak için felsefeyi presokratik dönemdeki düşünmeye davet eder. Presokratik döneme atfettiği temel ontolojidir. Gerçekten de bu döneme ilişkin günümüze erişenler felsefenin ontolojik boyutta maddenin arkhesini bulma çabası güttüğünü göstermektedir. Batı rasyonalizmi ve bilimsel düşüncesi ise; ussallık, gerçekçilik, nesnellik ve doğruluk iddialarını varlık sorununu kenara bırakmayı tercih ederek kazanabilmiştir.

Varolanların temelini sarsma, krizden çıkma, ölümü bilme felsefesi varlığı tek sorun olarak ele alır. Krizden doğan hareketlerin, varlığa geri dönüşü sağlayabileceği beklentisi felsefenin Nazilere meyletmesine sebep olabilmıştır. Bu çalışmanın kapsamı bu olasılığın ortaya konmasıdır. Ancak soru kendini tüketmiş değildir. Heidegger, felsefe, Naziler arasındaki ilişki hakkında farklı perspektiflerden yazılan yaklaşımlar söz konusudur. Heidegger'in fazla modern oldukları, tekniğe battıkları gerekçesiyle Nazilerden uzaklaşması holokostu modernitenin sonucu olarak gören yaklaşımlarla benzer Nazi yorumuna dayanmaktadır.¹¹² Levinas Heidegger'den yola çıkarak ve onu eleştirerek başkalık etiği geliştirebilmiştir.¹¹³ Hatta Heidegger'in hümanizm ve dolayısıyla insan hakları eleştirisinin varlık temelli bir hak anlayışı, metafizik olmayan bir hak anlayışı doğurabilme potansiyeline sahip olup olmadığı da tartışılmıştır. Douzinas'ın Heidegger yorumuna bakarsak özne metafiziğinin yıkılmasıyla varlık kaynaklı tanımlanacak haklar, insan kibrinden sıyrılmaya ve diğer varolanların da en az insan kadar varlıktan gelen haklara sahip olduğunu tayin etme potansiyeline sahiptir.¹¹⁴

¹¹² COLLINS, s. 92.

¹¹³ KARTAL, s. 156.

¹¹⁴ DOUZİNAS, Costas: *İnsan Haklarının Sonu* (Çev. Kasım Akbaş-Umre Deniz Tuna), Dipnot, Ankara, 2018, s. 240-241.

Kaynakça

- BOURDİEU, Pierre: *Heidegger'in Politik Ontolojisi* (Çev. Aslı Sümer), Monokl Yayınları, İstanbul, 2018.
- CAN, İslam: Felsefeden Siyasete: Heidegger'in Nazizmle İlişkisi, *İnsan & Toplum Dergisi*, 3 (5), 2013, 85-110.
- CASSİN, Barbara: *Nostalji: İnsan Ne Zaman Evindedir?* (Çev. Seçil Kıvrak), Kolektif Kitap, İstanbul, 2018.
- COLLİNS, Jeff: *Heidegger ve Naziler* (Çev. Kaan Ökten), Everest, İstanbul, 2000.
- ÇALIŞKAN AKÇETİN, Nurhayat: Martin Heidegger ve Nasyonel Sosyalizm: O Bir Nazi miydi? *Humanitas Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi*, 4(8), 2016. 47-63.
- DOUZİNAS, Costas: *İnsan Haklarının Sonu* (Çev. Kasım Akbaş-Umre Deniz Tuna), Dipnot, Ankara, 2018.
- EAGLETON, Terry: *Hayatın Anlamı*. (Çev. Kutlu Tunca), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2014.
- GÖÇMEN, Doğan: *Martin Heidegger; Nazizm ve Felsefe*. https://www.academia.edu/2076359/Martin_Heidegger_Nazizm_ve_Felsefe (Erişim Tarihi: 10.02.2020).
- HEİDEGGER, Martin: *Alman Öğrencilere*, İçinde; *Heidegger ve Nazizm* (Der. Ahmet Demirhan). Vadi Yayıncılık, İstanbul, 2002 .
- HEİDEGGER, Martin: *Alman Üniversitesinin Kendini Beyanı*, İçinde; *Heidegger ve Nazizm* (Der. Ahmet Demirhan), Vadi Yayıncılık, İstanbul, 2002.
- HEİDEGGER, Martin: *Hümanizm Üzerine* (Çev. Yusuf Örnek), Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2013.
- HEİDEGGER, Martin: *Metafizik Nedir?* (Çev. Yusuf Örnek), Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2015.
- HEİDEGGER, Martin: *Varlık ve Zaman* (Çev. Aziz Yardımlı), İdea, İstanbul, 2004.
- HÜHNERFELD, Paul: *Heidegger: Bir Filozof, Bir Alman* (Çev. Doğan Özlem), İnkılap Kitabevi, İstanbul, 2006.
- İYİ, Sevgi: *Martin Heidegger'de İnsan Sorunu*, Asa, Bursa, 2003.
- KARTAL, Onur: *Başkasının Politikası: Husserl, Heidegger, Levinas*, İletişim, İstanbul, 2017.
- KÜÇÜKALP, Kasım: *Batu Metafizığının Dekonstrüksiyonuna Yönelik İki Yaklaşım: Heidegger ve Derida*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa, 2008.
- LÖWİTH, Karl: *Heidegger'in Varoluşçuluğunun Siyasal Uzantıları*, İçinde; *Heidegger ve Nazizm* (Der. Ahmet Demirhan), Vadi Yayıncılık, İstanbul, 2002.
- MEGİLL, Allan: *Aşırılığın Peygamberleri* (Çev. Tuncay Birkan), Ayraç Yayınları, Ankara, 2008.
- NEWMAN, Saul: *Bakuninden Lacan'a* (Çev. Kürşat Kızıltuğ), Ayrıntı, İstanbul, 2006.
- ÖKTEN, Kaan: *Varlık ve Zaman: Bir Okuma Rehberi*, Alfa Yayınları, İstanbul, 2019..
- ROCKMORE, Tom: Heidegger'in Nazizmi, Kant ve Dasein Üzerine (Çev. Metin Bal). *Felsefe Yazın Dergisi*, Sayı 15, 2009, 25-30.
- SHEEHAN, Thomas: *Heidegger ve Naziler*, içinde: *Heidegger ve Nazizm* (Der. Ahmet Demirhan), Vadi Yayıncılık, İstanbul, 2002.
- SPİNOZA, Baruch: *Etika* (Çev. Hilmi Ziya Ülken), Dost Yayınları, Ankara, 2011.
- WİSSER, Richard: *Martin Heidegger'in Dörtlü Sorgulaması: 'Metafizik Nedir?'le Öncü-Olana Bakmak*, içinde: *Metafizik Nedir?* (Çev. Y. Örnek), Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2015.