

↳ HUKUK
ÜZERİNE:

ALİ
CEM
BUDAK

İLE
SÖYLEŞİ₃

Samet Mor:

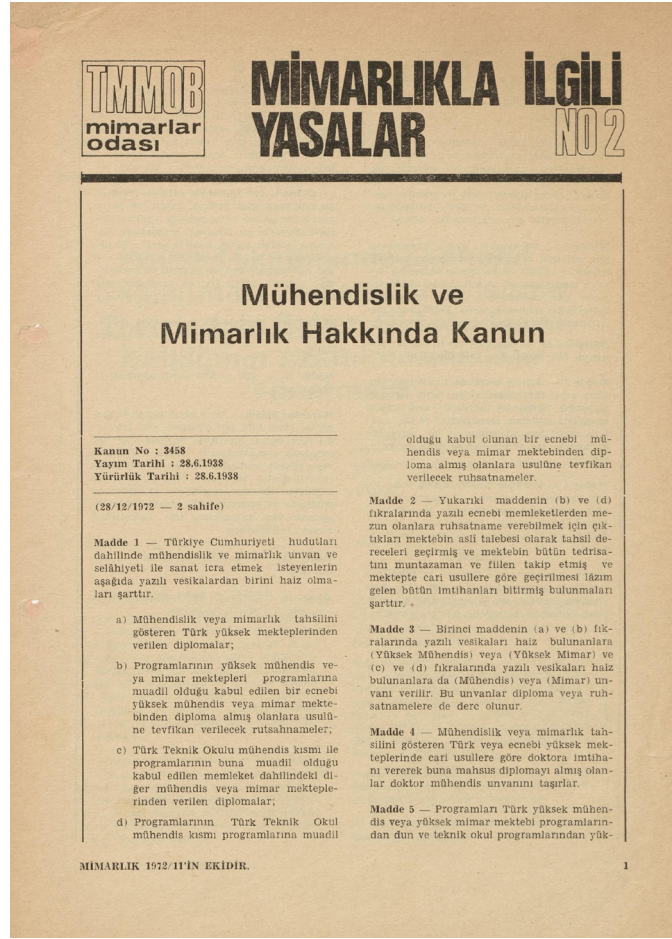
Hukuk, sergimizin “mimarlığa ne ölçü oluyor” ve “mimarlık nasıl ölçü oluyor” soruları ışığında öne çıkan alanların başında geliyor. Bu kapsamda, Türkiye’de inşaat faaliyetini alakadar eden yasaların –Medeni Kanun, İcra ve İflas Kanunu, Kooperatifler Kanunu vb.– birçok farklı kanun altına dağıldığını görüyoruz. Sizce bu, mülkiyet temelli bir toplum yapımız olmasından kaynaklanan bir durum mu? Bütün toplumsal ilişkilerimiz –gerek kişi-kişi gerek kurum-kişi gerekse devlet-kişi ilişkileri– “malik olmak” üzerinden mi ölçülendiriliyor?

Ali Cem Budak:

Burada cevaplanması gereken iki ayrı soru var: İlk soru, gerek binaları gerekse bayındırlık faaliyetini ilgilendiren hukuk kurallarının mevzuata dağılımı olması; ikincisi de toplumsal ilişkilerimizin mülkiyet üzerinden düzenlenmesi. Birincisinin cevabı az çok bir kanun tekniği meselesidir diyebiliriz. Avrupa’da kanunlaştırma hareketi –hukukun büyük kanunlar altında toplanması– 19. yüzyılın başından 20. yüzyılın başına kadar sürüyor. Türkiye’de de buna paralel olarak 19. yüzyılın ikinci yarısında Mecelle yürürlüğe giriyor. Ardından da 20. yüzyılın başında İsviçre’yi takiben Medeni Kanun’u kabul ediyoruz. Bu bize mahsus bir durum değil; bu dönemde başka Avrupalı devletlerde de aynı süreç yaşanıyor.

Burada şunu belirtmek gerekir ki bütün temel kanunlar az çok birbirinden farklı üsluplarda hazırlanıyor. Mesela Alman Medeni Kanunu çok ayrıntılıdır ve içine yeni şeyler ilave etmeye çok müsaittir. İsviçre’den örnek alınmış Türk Medeni Kanunu’nda ise mülkiyet ve eşya hukukunu ilgilendiren haklar, taşınmazlar üzerindeki haklar ve bu zincir içinde binalarla ilgili düzenlemeler de yer alır. Ancak diğerlerine kıyasla Türk Medeni Kanunu, kısa ve öz bir metindir. İçine çok fazla yeni şeyler ilave etmeye müsait değildir. O yüzden yeni ihtiyaçlar çıktıkça kanunun içine yeni maddeler monte etmektense onun yanında kanunlar yapılmıştır. Mesela Türkiye’de kentlerdeki bina kiralari hakkındaki kira kanunu çok yakın bir zamanda Borçlar Kanunu’nun içine alındı. Yani ondan evvel

müstakil bir kira kanunumuz vardı. Bunun gibi Ticaret Kanunu'ndan ayrı, bir de Kooperatif Kanunu'muz var. Örnekleri çoğaltmak mümkün. Diyebiliriz ki kanunları genişletmektense bu türlü, kanunu tamamlayan ek kanunlarla düzenleme yoluna gitmişiz. Bu sebeple de hukukumuzda bir kanun çokluğu söz konusu.



“Mimarlıkla ilgili Yasalar 2: Mühendislik ve Mimarlık Hakkında Kanun,”
Mimarlık 109, no.11 (1972). Samet Mor arşivi.

S.M.:

Sorunun ikinci tarafına geçerse, Türkiye’de sizce inşaat faaliyetiyle ilgili durumlar ve mülkiyet konusu toplumsal ilişkilerimizin büyük kısmını şekillendiriyor mu?

A.C.B.:

Belki de mülkiyet fikri özüne en az işlemiş Avrupalı ülkeyiz denilebilir. Benim de derslerini aldığım Roma Hukuku hocamız Ziya Umur, derslerinde “bizde mülkiyet ve miras yoktur ve hiçbir zaman da olmamıştır” derdi. Çok yakın zamana kadar da özel mülkiyet bizim hukukumuzda sınırlı bir yer tutuyordu, demek yanlış olmaz. Osmanlı döneminde ekonominin esasını teşkil eden arazi mülkiyeti, özel mülkiyet şeklinde düzenlenmiş değildi. Devlete ait araziyi işletmenin, karşılığında belli bir sayıda asker de beslemek kaydıyla hem tarımcı hem asker olan yerel şahıslara bırakıldığını görüyoruz. Bunu eski hukukta tımar sistemi olarak adlandırıyoruz. Bu konudaki ilk modern düzenleme olan Arazi Kanunnamesi, 19. yüzyılın ortası gibi geç bir zamana tarihleniyor. İlk olarak bu tarihte tarım arazileri üzerindeki tasarruf hakkının genişletildiğini görüyoruz. Toprağın elden ele geçmesi, başkasına intikali, mirasçığa devri gibi konuların kolaylaştırılması ve teminat gösterilerek kredi kullanılabilmesi –ipoteğin eski hukukta teşkil edilmiş hâli– ancak bu tarihte mümkün olabiliyor. Zaten arazimizin kadastro da daha yeni bitti. Modern usullerle yenilenmesi de hâlâ devam ediyor. Dolayısıyla toprağın neresi kime aittir meselesini daha yeni çözebilişimiz durumdayız. Böyle bakınca mülkiyet bizim için nispeten yeni bir kavram.

S.M.:

Peki siz inşaatı ilgilendiren hukuk dilini tarafsız buluyor musunuz? Malum 1980’lerde Turgut Özal sonrası devlet-sermaye ilişkilerinde inşaat çok önemli bir alan. Hatta devlet, müteahhit devleti gibi bir ad da aldı. Buradan bakınca sizce “öznellik” yasalarımızın ne kadar içine geçmiş durumda?

A.C.B. :

Özal, Türkiye’nin büyük bir şantiye olduğundan bahsetmişti. Burada yine iki soru mevcut. Birincisi, kanun koyucunun çeşitli sosyal gruplar arasında bir ayrımcılık yapıp yapmadığı, mesela emeğe karşı sermayeyi tutup tutmadığı sorusu. İkinci soru ise –öznellik vurgusuyla– kanunların “genelliği” prensibinden uzaklaşıldı mı sorusu. Bu kapsamda, iki şeyi de ayırmak lazım: Düzenleyici hüküm koyma ve onun tatbikatı. Öncelikle şunu söylemek gerekir: Kanunların yapılması bakımından mukayeseli hukukun çok fazla etkisi altındayız. İş hukuku deyince ILO standartlarına yakın bir düzenlemeye gayret gösteriyoruz. Rekabet hukuku deyince modern bir anti-kartel yasamız var. Bu örnekler çoğaltılabilir. Dolayısıyla, mevzuat bakımından çok geride olduğumuz söylenemez. Fakat kanunların uygulanmasında –sizin tabirinizle– öznellik çok fazla gündeme geliyor.

S.M. :

Bir mimar olarak benim bulunduğum noktadan söylemem gerekirse, hukukumuzda icat edilmiş veya “uydurulmuş” diyebileceğimiz bir dil hâkim. İmar barışı, hâline münasip ev, haksız-taşkın yapı gibi sürekli duruma uydurulmuş tanımlar göze çarpıyor. Bize bu uydurulmuş terminolojinin hikâyesini biraz anlatabilir misiniz?

A.C.B. :

Bu durum bize mahsus değil, aynı kıvraklık yabancı dillerde de var. Örneğin; Almancada da Begriffsbildung, yani “kavram inşası” diye bir terim var. Hukukta kavram inşası büyük kanunlar yapılırken 20. yüzyıl hukukçularının ciddi bir faaliyeti olmuş. Mesela, günlük dilde borç ve alacak tabirlerini kullanıyoruz ama hukukta başka kavramlarımız da var. Borç ilişkisi diye de bir kavramımız var mesela. İşte tam da bu noktada kavram inşası hukuk biliminin ana konularından birini teşkil ediyor. Çünkü zaman geçtikçe, koşullar değiştikçe, yeni kavramlara ihtiyaç duyuyoruz. Bunun tam tersi de mümkün. Örnek olarak, şu an kanunlarımız daha az avantajlı gruplardan bahsediliyor; tüketici ve çevreden bahsediliyor. Herhalde 1920 yılında çevre denildiğinde bugün anlaşılan şey anlaşılmıyordu. Daha 30 yıl evvelinde Türkiye’de kartel dendiği zaman ne anlaşılacağı tam olarak belli değildi. Kısaca, yeni ihtiyaçlar ortaya çıktıkça yeni kavramlar da oluşuyor. Ancak yeni ihtiyaçların ne şekilde ortaya çıktığı, ne şekilde gözetildiği meselesi ayrı bir meseledir. O tatbikata aittir ve kanun koyucunun hukuk politikası tercihleri bu noktada önemli hâle gelir.

S.M. :

Mesela ortada bir imar garabeti var ve onunla ne yapacağımız sorusu önümüzde duruyor; biz ise “barışmayı” seçiyoruz ve nur topu gibi bir kavramımız doğuyor.

A.C.B. :

Değişen şartlar yeni kavramların doğmasını tetikliyor. Bu da gerekli ve sağlıklı bir süreç. Ancak yasa koyucuların siyasi eğilimleri direkt olarak bu kavramlara yansıyor. “Vergi barışı” diye bir şey mi olur? Ben vergimi senelerden beri ödüyorum, benzin alırken falan da kimse bana barışıyor muyuz diye sormuyor. Ancak yurtdışından parasını getirene devlet ben bunun hesabını sormayacağım diyor. Demem o ki, bu “barış” ile ilgisi falan olmayan bir durum. Bunun aynısı imar barışı için de söylenilebilir.

Kavram inşası hususunda mimarlığın ölçü olmasından gidersek hâline münasip ev tabirini örnek verebiliriz. Tabir, İcra ve İflas Hukuku’na aittir. Çok kısa bir şekilde tarif etmek gerekirse, borçlu borcunu ödemezse alacaklı icra yoluna gidebilir. Bu durumda icra dairesinin yapacağı şeylerden biri borçlunun mallarını

haczetmek ve bunları paraya çevirmek olur. Ancak herkesin tahmin edebileceği gibi borçlunun her malı da haczedilemez. Örneğin, zaruri ihtiyaçlarını karşılaması için malının bir kısmının ayrılması gerekir. Buna ek olarak mali değeri olmadığı için haczi kabil olmayan malı da olabilir. Hatta mali değeri olsa bile eğer mal, mesleğini icra etmesi için kullandığı alet edevat ise o da haczedilemez. Mesela terzinin dikiş makinesi gibi. Bunun gibi bir kimsenin konut olarak kullandığı bina da haczedilemez. Ama bunun bir sınırı var. Kanun, hâline münasip olması lazım diyor. Yani ev, gerektiğinden büyük ve lüks ise haczedilebilir. Ancak bu, kişiye ihtiyacını karşılayacak büyüklükte, “mütevazı” bir ev alacak para bırakılmak şartıyla yapılabilir. Adım adım anlatmak gerekirse; öncelikle konut paraya çevrilir, sonra kendisine “yetecek” kadar bir ev alacağı para borçluya takdim edilir, buradan kalan miktardan da alacaklı tatmin olabildiği kadar tatmin olur. Sistem bu. Ancak burada dikkate gelmesi gereken bir konu daha var. Hâline münasip terimini yorumlarken mahkeme içtihatları şöyle diyor: Sadece kaç kişilik bir aile olduklarına, yani ihtiyaç durumuna bakılmaz, sosyal duruma da bakılmalıdır.¹ Acaba Nişantaşı’nda oturması “münasip” midir değil midir gibi. İşte size kavram inşası ve onun yorumlanması!

S.M. :

Bazen sözleşmelerde, bazen hukuki meselelerde zorlanılan konulardan biri de bazı kelimelerin hukuk dilinde ve günlük hayattaki kullanımlarının çelişkili ilişkisi. Mesela bunlardan biri, mimarlar için çok ilginç olan –Kat Mülkiyeti Kanunu’nun öncülü ancak bugün günlük dilde çok farklı anlaşılan– hava hakkı ve hava parası konuları. Tamamen uydurulmuş olan bu terminolojiyi sizden dinleyebilir miyiz?

A.C.B. :

Hava parası kavramının hava hakkı kavramından türediğini ben tahmin ediyorum. Aslında arazi üzerinde, toprak parçasında müşterek mülkiyet, yani birden fazla kişinin mülkiyet hakkı olabilir. Kanunumuz bu şekilde hak sahipliğine izin veriyor. Hatta bu hak kendi içinde de ayrılır: Elbirliği ile mülkiyet, paylı mülkiyet vs. diye.

Ama burada bir konuya dikkat çekmek gerekir. Bir araziye birlikte malik olanların payları o şekilde anlaşılır ki oradaki her taş, her toprak parçası üzerinde birlikte mülkiyetleri vardır. Yani binanın, tarlanın “yarısı senin yarısı benim”, “kuzeyi senin güneyi benim” değildir de her bir noktada tarafların ortak hak sahipliği vardır. Yine Roma Hukuku’ndan gelen eski bir gelenekle toprağın üzerine bir yapı yapıldığı zaman binanın mülkiyeti, arazinin mülkiyetine tabii olur. Dolayısıyla binanın da her tuğlası üzerinde de bir ortaklık kurulur. Yani katlar ayrı ayrı şahıslara ait olmaz.

Ancak çok katlı yapıların yaygınlaşmasıyla ve şehir mimarisinin zorlamasıyla birlikte bu kuralı yumuşatmak için bir şeyler yapılması icap etmiştir. İstanbul’daki çok katlı yapılar –mesela yalılar üzerinden– böyle bir kavram inşası gereği duyuluyor ve ilk kez hava hakkı kavramından bahsediliyor. Örneğin; yalının giriş katı küçük kardeşe, ikinci katı ise ortanca kardeşe aitse bu durumda ortanca kardeş, deyim yerindeyse “hava boşluğu” üzerinde bir hakka sahip olur. İşte buna hava hakkı diyoruz. Bu hava hakkı, sonraki kadastro çalışmaları sırasında tapu kütüğüne de geçiyor. Ancak Kat Mülkiyeti Kanunu yürürlüğe girdiğinde geçici bir madde konularak belirli bir süre içinde müracaat etmeyenlerden bu hak geri alınıyor. Daha sonralarında ise hava hakkından hareketle hava parası diye bir tabir daha ortaya çıkıyor. O da kiracının, kiralananı bir başkasına devrederken maddi bir karşılık alması anlamına geliyor. Yani mülkiyet toprakla ilişkisini kesip havaya çıkıyor. Bakınız bunlar daha en baştan beri bahsettiğimiz ihtiyaçtan doğan, bir esneklik yaratma arayışının ortaya çıkardığı kavram inşa etme gerekliliğinin birer ürünüdürler.

Buradan TOKİ’ye gelmek istiyorum.² TOKİ’den bahsetmeden bir mimarlık mülakatı olmaz. Öyle bir kurum ki kendisiyle ilgili özel kanun hükümleri var. Hem de hiç aklınıza gelmeyecek şaşırtıcı bir yerde. Mesela İcra ve İflas Kanunu’nuzun 45. maddesinde. Açıklamak gerekirse, eğer alacaklı, alacağını rehin ile güvence altına

1 İcra ve İflas Kanunu 1262-1 12. (Madde 82. Değişik: 2/7/2012-6352/16 md.), T.C. Resmî Gazete, sayı 2004, Haziran 1932. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.2004.pdf>

2 Toplu Konut İdaresi.

almışsa ilk önce rehinli mal paraya çevrilir. Fakat alacaklı rehinli maldan alacağının tümünü karşılayamazsa borçlunun diğer malları devreye girer ve bu mallar ancak o zaman haczedilebilir. Burada alacaklıyla borçlunun daha başından yaptığı bir anlaşma söz konusudur. Yani borçlu şunu diyor: Sen öncelikle rehin aldığın maldan alacağınızı temin edeceksin, eğer edemezsen ancak öyle evimi hacze gelebilirsin. Fakat yasa buna birtakım istisnalar tanıyor. İlginçtir ki bu istisnalardan biri de TOKİ ile ilgili: Eğer alacaklı TOKİ ise öncelikle rehin olanı paraya çevirmeyle ilgili bu kurala tabi olmuyor.

Kanunlarda böyle ayrıcalıklar olur, imtiyaz dediğimiz hadise budur. Ancak bunların arkasında hep meşru bir amaç olması lazım. Mesela bir şahıs iflas ettiğinde malları satılıp elde edilen para dağıtılırken işçilere alacaklarının tamamı verilir. Ama ticari alacaklı ancak yüzde 10'unu alabilir. Yani bu tür ayrıcalıkların bir izahı olması gerekir. TOKİ'de bir izah bulmak güç duruyor. TOKİ'ye sağlanan bu gibi ayrıcalıklar İcra ve İflas Kanunu'nun diğer maddelerinde de devam ediyor. Kısaca, TOKİ'nin alacaklı olduğu durumlara özel düzenlemeler var. Bu tür ayrıcalıklar daha anlaşılabilir şekilde finansman sağladığı için bankalara da veriliyor ancak TOKİ'ye neden verildiği o kadar da anlaşılabilir bir şey değil.

Bir diğer konu da şu lüks konutlardan alınan vergi meselesi. Bu da kesinlikle kavram inşasının, yahut terim uydurmanın kötü bir örneği diyebiliriz.

S.M. :

Orada şöyle bir gariplik var: İmar yönetmeliğinde bir "lüks konut" tanımımız var. Konutunuz "lüks konut" tanımına giriyorsa zaten birtakım yaptırımlara uğruyorsunuz. Ancak burada bunun üzerine bir de "değerli konut vergisi" inşa edilmeye çalışılıyor.

A.C.B. :

"Değerli konut" diye yeni bir kavramımız oldu hâl böyle olunca. Bu kavramlar olmazsa biz hukukçular olarak çalışamayız, ama bazen bu örnekte de olduğu gibi hukuk politikası bakımından meşru görülemeyecek şekilde; bazen de anayasaya uygun olmayan biçimde kavramlar oluşturulabiliyor.

S.M. :

O zaman son olarak, "mülkiyet tanımıyoruz" demenize binaen söylüyorum. Mülkiyet tanımama en açık şekliyle yasamızda haksız yapı olarak ifade buluyor. İfade bulmakla da kalmıyor, bu tanıma "iyi niyet" diye çok öznel hatta "sihirli" diyebileceğimiz bir kavram da sıkıştırılarak arazisi üzerine yapı yapan değil de başkasının malını gasp edenin haklı bulunabildiği yorumlamalar da olabiliyor.

A.C.B. :

Haklısınız ama haksız yapı konusunda Türk Medeni Kanunu'nu biraz kayırmak isterim. Çünkü haksız yapı sanılanın aksine bizim uydurduğumuz değil, klasik bir müessese. Bu durum biraz ilaç prospektüsünü anlamadığımız gibi Türk Medeni Kanunu da anlayamamaktan kaynaklanıyor.

Türkçede "iyi niyet" birkaç anlamda kullanılır. Burada taşıdığı anlam, hukuki bir engeli bilmemek ya da bilmesi gerekmemektir. Yani burada inşaatı yaparken haklı bir sebeple yanılmış olmayı tarif ediyor. Rahmetli Kemal Oğuzman'ın kitabında iyi niyet şöyle tarif ediliyor: "Malzeme maliki, malzemenin arazi maliki tarafından haksız olarak kullanıldığını bilmemeli ve bilmesi gerekmemeli, ayrıca öğrendiği zaman da bu harekete engel olmaya çalışmış olmalıdır. Şayet malzeme maliki malzemesinin haksız olarak kullanıldığını bilmesine rağmen sesini çıkarmamışsa iyi niyetli sayılmaz."³ Şimdi bu şehrin içinde yapılan binalarda fazla karşımıza çıkabilecek bir durum değil. Mesela kırdaki kişinin özel ağaçlığından odun kesmiş ve bina yapmış, bu gibi örnekleri hatırdaki tutup "iyi niyeti" öyle değerlendirmek gerekir. Kanunun tanımladığı iyi niyet, böyle bir kavram. Burada korunan menfaat, ekonomik. Bu da hukuk politikasının bir tercihi. Yani "sen haksız yere benim malımı kullandın, ver o zaman arazinin mülkiyetini" diyemiyorsunuz. Yasada tarif edilen kesinlikle bu değil.

3 M. Kemal Oğuzman, Seliçi Özer ve Özdemir Saibe Oktay, Eşya Hukuku: Zilyetlik - Tapu Sicili, Taşınmaz ve Taşınır Mülkiyeti, Kat Mülkiyeti, Sınırlı Ayni Haklar (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2009).

Hukumumuzun gayrimenkule eşya olarak bakıp bakmadığına dair başta sorduğunuz soruya gelecek olursak, eşya deyince biz menkul ve gayrimenkul olarak ayırıyoruz. Gayrimenkul deyince akla arazi; arazi deyince de akla bina geliyor. Taşınır ve taşınmazlar; bizim hukukumuzdaki temel ayırım bu. Ama tarih boyunca bu böyle değil. Hatta taşınır ve taşınmaz arasındaki ayırım da bugün bir parça önemini kaybetmiş durumda. Şu andaki ihtiyaca çok da cevap veremeyen bir ayırım olarak önümüzde duruyor. Zaten bu ayırım geçmişte de farklıydı. Romalılar malları başka türlü bir tasnife tabi tutuyorlardı: Res mancipi ve res nec mancipi. Roma toprakları içindeki arazi, köleler ve dört ayaklı çiftlik hayvanları res mancipi olarak adlandırılırken diğer her şey res nec mancipi olarak adlandırılıyordu. Ayrıca bu kavramlar, malların iktisadi değerinin özel bir önem taşıması dolayısıyla Roma Hukuku'nun temel kavramlarıdır. Örneğin, Roma Hukuku'nda bu malların mülkiyetinin ne şekilde el değiştireceği tarif edilmiştir ve bu konuda özel hükümler mevcuttur. Ancak bugün servetin elde edilmesi, el değiştirmesi ve muhafaza edilmesine bakıldığı zaman, en zenginlerimiz en geniş topraklara sahip olanlar değil. O yüzden de Roma'nın, hatta bugünün kavramları yetmiyor, çünkü bugün servet çoğu zaman gökyüzünde dolaşüyor. Yani sermaye piyasası araçlarının yardımıyla bir şirketin nakit akışı beklentisi hisse senedine dönüşüyor ve bunlar bilgisayar ortamında alınıp satılabiliyor. Bütün bunlara ilişkin veriler de bir "bulutta" saklanabiliyor. O sebeple bugün menkul-gayrimenkul ayırımına eski gözle bakmamak, temel ayırım olarak kabul etmemek lazım. Belki de biz nasıl bugün Roma kavramlarını kullanmıyorsak bizden sonraki nesiller de bugünün ayırımlarını kullanmayacak ve gerekli dönüşümü yapacaklardır.

S.M. :

Yeni yeni kavramlar uydurmaya devam diyorsunuz.

A.C.B. :

Aynen öyle.

Yazar hakkında

Ali Cem Budak 1986 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun olmuş; 1990, 1991 ve 1997 yıllarında sırasıyla İstanbul, Londra ve Bremen Üniversitelerinde yüksek lisans ve doktora (summa cum laude derecesi ile) öğrenimlerini tamamlamıştır. Hâlen İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesinde öğretim üyesidir. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi'nin editörlüğünü yürütmektedir.