

Geliş Tarihi:

14.11.2023

Kabul Tarihi:

08.01.2024

Yayımlanma Tarihi:

28.06.2024

Kaynakça Gösterimi: Budak, A. C. & Alkan, A. H. (2024). İnşâî hak ve inşâî dava kavramlarına eleştirel bir bakış. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 23(49), 1373-1384. doi: 10.46928/iticusbe.1390827


## İNŞAÎ HAK VE İNŞAÎ DAVA KAVRAMLARINA ELEŞTİREL BİR BAKIŞ\*

*Araştırma*

Ali Cem Budak 

İstanbul Ticaret Üniversitesi

[acbudak@ticaret.edu.tr](mailto:acbudak@ticaret.edu.tr)

Ali Haydar Alkan 

Sorumlu Yazar (Correspondence)

[av.alkanlihaydar@gmail.com](mailto:av.alkanlihaydar@gmail.com)

Ali Cem BUDAK, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usul ve İcra İflas Hukuku öğretim üyesidir.

Ali Haydar ALKAN, İstanbul Ticaret Üniversitesi Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı öğrencisidir.

---

\* Bu makale, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı kapsamında, Ali Haydar Alkan tarafından hazırlanan ve Prof. Dr. Ali Cem Budak danışmanlığında yürütülen “Yenilik Doğuran Hakların Dava Yoluyla Kullanılması” konulu yüksek lisans tezinden uyarlanmıştır.

# İNŞAÎ HAK VE İNŞAÎ DAVA KAVRAMLARINA ELEŞTİREL BİR BAKIŞ

Ali Cem Budak

[acbudak@ticaret.edu.tr](mailto:acbudak@ticaret.edu.tr)

Ali Haydar Alkan

[av.alkanalihaydar@gmail.com](mailto:av.alkanalihaydar@gmail.com)

## Özet

Alman Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girdiği dönemde medenî hukukun genel teorisinin soyut kavramlardan oluşan düşünme şekli menfaat içtihadı görüşünce kavram içtihadı olarak isimlendirilerek eleştirilmiştir. Taraf menfaatlerini dikkate almaksızın tümdengelim aracılığıyla soyut hukuk kurallarını somut olaya uygulamakla yetinen kavram içtihadının 19. yüzyılın ikinci yarısında oluşturduğu kavramlardan biri de inşaî hak ve bunun uzantısı olan inşaî davadır. İnşaî hak bir kavram olarak medenî hukuka Romanist Seckel'in 1903 yılında verdiği bir konferans ve yazdığı bir yazıyla girecektir. Seckel'in çalışmasıyla inşaî hak adını alacak olan tek taraflı irade beyanıyla hukuk yaratma hakkı, yakın zamanda Christian Hattenhauer tarafından eleştirel bir bakış açısıyla incelenmiştir. Bu bakış açısına göre bütün inşaî haklara ortak bazı özellikler atfedilmesi uygulamada taraf menfaatlerini zedeleyen bir etki yaratmaktadır.

**Amaç:** Bu çalışmanın amacı, inşaî hak ve inşaî dava kavramlarının taraf menfaatlerinin değerlendirilmesi ve dengelenmesi konularında ortaya çıkardığı güçlükleri belirterek soyut hukuk kavramlarının uygulama ile olan ilişkisini göstermektir.

**Yöntem:** Menfaat İchtihadı görüşü ve Christian Hattenhauer'in "Tek Taraflı İrade Beyanıyla Özel Hukuka Ait Hakların İnşası" isimli eseri dikkate alınarak inşaî hak ve inşaî dava kavramlarına ilişkin değerlendirme ve önerilerde bulunulmuştur.

**Bulgular:** Somut uyuşmazlık hâlinde hâkimin vereceği kararın mantıkî çıkarımla ilgisi işin ancak bir yönünü ilgilendirdiğinden, kavram içtihadınca oluşturulan inşaî hak ve inşaî dava kavramlarının uygulama alanının öğreti, yargı kararları ve mevzuat eliyle genişletilmesi uygulamada güçlüklerle yol açmaktadır.

**Özgünlük:** Bu çalışmada inşaî hak ile inşaî dava kavramları, menfaat içtihadı dikkate alınarak değerlendirilmeye anılan kavramların uygulamayla ilişkisi ortaya konulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** İnşaî Hak, İnşaî Dava, Menfaat İchtihadı, Kavram İchtihadı

**JEL Sınıflandırması:** K41

# A CRITICAL LOOK AT THE CONCEPTS OF CONSTRUCTIVE RIGHT AND CONSTRUCTIVE LAWSUIT

## **Abstract**

This short article deals with constructive rights (Gestaltungsrechte) within the context of the debate between jurisprudence of interest and jurisprudence of conceptualism. With reference to the habilitation thesis of Christian Hattenhauer which was published in 2011 it has been argued the so-called “invention” of constructive rights in the early twentieth century is hardly useful and efforts to list a number of common characteristics for constructive rights serve no purpose but only create confusion.

**Purpose:** The aim of this study is to show the relationship between abstract legal concepts and the legal practice. The concept of constructive rights is taken as an example to prove that creating new concepts does not always help to improve quality of justice.

**Method:** Evaluations and suggestions are made regarding the concepts of constructive rights and constructive lawsuits, taking into consideration the opinion of the jurisprudence of interest. Special reference was made to Christian Hattenhauer's work titled "Construction of Private Law Rights through Unilateral Declaration of Will".

**Findings:** Constructive rights and constructive lawsuits which have been created as conceptual categories do not help to improve the quality of justice.

**Originality:** In this study, constructive rights and constructive lawsuits are evaluated by taking into consideration the jurisprudence of interest and the relationship of these concepts with practice is revealed.

**Keywords:** Constructive Rights (Gestaltungsrechte), German Civil Procedure, Turkish Civil Procedure, Jurisprudence of Interest, Jurisprudence of Conceptualism

**JEL Classification:** K41

## GİRİŞ

Alman Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girdiği dönemde medenî hukukun genel teorisinin soyut kavramlardan oluşan düşünme şekli Menfaat İçtihadı görüşünce Kavram İçtihadı olarak isimlendirilerek eleştirilmiştir. Taraf menfaatlerini dikkate almaksızın tümdengelim aracılığıyla soyut hukuk kurallarını somut olaya uygulamakla yetinen Kavram İçtihadının 19. yüzyılın ikinci yarısında oluşturduğu kavramlardan biri de inşâî hak ve bunun uzantısı olan inşâî davadır. İnşâî hak bir kavram olarak medenî hukuka Romanist Seckel'in 1903 yılında verdiği bir konferans ve yazdığı bir yazıyla girecektir.

### 1. Hukukta Kavram İçtihadı ve Menfaat İçtihadı

19. yüzyılın son çeyreğinde Tarihî Hukuk Okulu'nun çalışmaları daha çok Roma Hukuku'na ait mevcut malzemenin sistematik metotla işlenmesi yönünde devam etti (Schwarz, 1939: 75). Medenî hukukun temel kavramları bu sayede gelişti ve 20. yüzyılın başında yürürlüğe giren Alman Medenî Kanunu'nun genel bölümüne temel oluşturdu. Bu genel bölüm ve genel bölümü oluşturan terim ve kavramlar Roma Hukuku'nun tarihî dönemlerinde hazırlanmış değildi. Ehliyet, temsil, mutlak ve nispî haklar, beklenen hak, talep hakkı, sorumluluk, def'i, malvarlığı ve nihayet inşâî haklar gibi kavram ve terimler ilk kez bu dönemde tanımlanarak tasnife tâbi tutuldu (Budak, 2021: 1-2; Budak, 2023: 83-84).

Alman Medenî Hukuku'nun etki alanında olan hukuk sistemleri de bu kavram ve terimleri benimsedi. Alman Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girdiği dönemde medenî hukukun genel teorisinin soyut kavramlardan oluşan düşünme şekli eleştirildi. Soyut kavramlardan oluşan düşünme şeklinin menfaatleri gözardı ettiğine dikkat çeken ve bu sebeple düşüncelerini "Menfaat İçtihadı" olarak isimlendiren bir grup müellif; hukukun normlar tarafından korunduğunu, menfaatlerin ise normların varlık sebebini teşkil ettiğini belirtmişlerdir. "Kavram İçtihadı" terimi de yine bu müellifler tarafından eleştirel bir anlamda kullanılmıştır (Budak, 2021: 2).

Kavram İçtihadı öncelikle mantık kurallarına göre sonuç çıkarmakla ilgilenir. Uyuşmazlık konusu ile büyük önermeyi oluşturan soyut hukuk kuralını karşılaştırarak, öngörölmüş hukuk kuralının uyuşmazlık konusu olaydan çıkıp çıkmayacağını inceler. Ne var ki, hukuk kuralları çoğu zaman boşluklar ve yoruma ihtiyaç duyan önermeler içerir. Boşluğu doldurma veya yorumlama faaliyetinde soyut hukuk kuralından yararlanamayan Kavram Hukukçusu bu sefer bir üst seviyedeki soyut kavrama başvurmakta çare bulur. Böylelikle somut olaydan uzak ama kendine yeterli bir kapalı kavramlar sistemi oluşmuş olur (Budak, 2021: 12). Menfaat İçtihadının ilk temsilcilerinden olan Heck'in ifade ettiği üzere:

*"Kavram Hukukçuluğu hukukta ortaya çıkan boşlukların hukukun sistemleştirilmesi çalışmaları ile giderilebileceğini yani yasalarda ortaya çıkan boşlukların kuruma dönüşmüş hukuk kavramları aracılığıyla çözülebileceğini ileri sürmektedir. Bu yaklaşımla ortak bir hukuka ilişkin inşâ, kavramların tüm boyutları ile tanımlanıp bir araya getirildiği, bir teorik çalışma olarak sunulur. Örneğin mülkiyet, sözleşme, delil vb. gibi tüm hukuk sistemlerinin ortak kavramlarının tanım ve sınıflandırılmasına bir değer tanınması söz konusudur."* (Heper, 2014: 335).

Menfaat İctihadına göre, oluşturulan soyut kavramları tümdengelim yöntemini kullanarak somut olaya uygulamak ancak bir sözde temellendirme olabilir. Zira somut uyuşmazlık hâlinde hâkimin vereceği kararın mantık çıkarımla ilgisi işin ancak bir yönünü ilgilendirir. Bu sebeple tümdengelim doğruluğu kararın da doğru olduğu anlamına gelmez (Heper, 2014: 338).

## 2. İnaş Haklar Kavramının Ortaya Çıkışı

İnaş haklar kavramı ilk defa Romanist Emil Seckel tarafından, 1903 yılında verilen bir konferansta ve bu konferansı takiben yayımlanan makalede (Seckel, 1903) ortaya konmuştur. Seckel'in verdiği konferansın 100. yılında, 2003 senesinde Christian Hattenhauer isimli bir Alman müellif inşa haklar ile ilgili doçentlik tezini Tübingen niversitesi'ne sunmuştur. Başlangıçta akademik çevrelerde yankı uyandırmayan bu çalışma, yazarın yaptığı revizyonlarla 2011 yılında "Tek Taraflı İrade Beyanıyla zel Hukuka Ait Hakların İnaşı" başlığıyla (Hattenhauer, 2011) kitap olarak yayımlanmıştır. Kitapta ilk olarak tek taraflı irade beyanıyla hukuk yaratma hakkının Roma Hukuku'ndan Alman Medenî Kanunu'na kadarki gelişimi incelenir.

Tek taraflı irade beyanıyla hukuk yaratma hakkının ncleri, Roma Hukuku'ndaki sözleşmeden dönme ve fesih müesseseleridir. Ne var ki, Roma Hukuku kaynaklarında tek taraflı irade beyanıyla hukuk yaratma hakkından genel bir kavram olarak bahsedilmiş değildir. Bu tek taraflı irade beyanıyla hukuk yaratma hakkı Cermen Hukuku'na da yabancıdır. 20. yüzyılın başında Seckel'in çalışmasıyla inşa haklar adını alacak olan tek taraflı irade beyanıyla hukuk yaratma hakkının genel bir kavram olarak izlerini Kilise Hukuku'nda, Tabi Hukuk'a ait eserlerde ve Romanist hukukçuların çalışmalarında da bulmak mümkün değildir. Netice itibariyle, inşa hakka sahip olan bir kişinin inşa işlem diye isimlendirilebilecek tek taraflı bir irade beyanıyla hukukî durumlarda değişiklik yaratabileceği nispeten yakın zamana ait bir görüştür. Böyle olması normal de görülebilir, çünkü inşa hak kavramının ortaya çıkabilmesi için birçk başka kavram da gelişimini tamamlamış olmalıydı. Sözgelimi, hukukî işlem kavramının ve maddî hukuka ilişkin hak ile dava hakkının birbirinden ayrılması görüşünün yerleşmiş olması ve siyasal liberalizmin etkisiyle hukukî sonuç yaratımının salt devlet gücüne dayanan hkim kararıyla değil birey iradesiyle de gerçekteşebileceğinin kabul edilebilir hâle gelmiş olması gerekiyordu. Almanya ve İsviçre hukuk çevrelerinde inşa hakların kavram olarak yerleşmesi 19. yüzyılın ikinci yarısında gerçekteşmiştir. İptal, dönme, takas ve benzeri müesseselerin inşa hak kavramı altında ortak bazı özelliklere sahip olduklarının kabul edilmesi bu dönemde olgunlaşmış olan bir anlayıştır. Gerçekten, sözleşmeden dönme, takas ve iptal gibi müesseselerin taraf iradelerinin açıklamasıyla meydana gelebileceği ancak geç Pandekt öğretisinde kabul edilen bir görüştür (Schwaibold, 2012: 466-468).

İnaş hak kavramının Alman hukuku dışındaki hukuk sistemleri tarafından benimsenmesi istisnasız olmamıştır. Meselâ, Fransız hukukunda sözleşmenin sona erdirilmesi taraflara ait bir iş olarak görülmemekte ve ancak dava açılması sonucunda hkim kararıyla meydana getirilebilecek bir sonuç

olarak görülmektedir. Gerçi Fransız hukukunda da inşâî hak olarak adlandırılabilen hak türlerine rastlamak mümkündür. Ancak bu hukuk sisteminde inşâî hak ve benzeri haklar kavram olarak gelişim göstermemiş, bir inşâî haklar öğretisi oluşmamıştır. İnşâî hakların Fransız hukukunda kabul görmemesinin çeşitli sebepleri olduğu belirtilmiştir. Öncelikle, bir kişinin tek taraflı hukukî işlem ile hukukî sonuçlar doğurmasına sıcak bakılmamıştır. Nitekim Fransız Medenî Kanunu'nda iki taraflı hukukî işlemler tek taraflı hukukî işlemlere nispeten daha büyük bir alan işgal etmektedir. Ayrıca bu hukuk sisteminde “kimse adaleti kendi başına tesis edemez” ilkesi geçerlidir. İptal, fesih, sözleşmeden dönme gibi bozucu nitelikteki inşâî hak türleri ise inşâî hakkın anılan ilkeye aykırılığını daha da belirginleştirmektedir (Buz, 2005: 48). Gerçekten, belirtilen yenilik doğuran hakların beyan yoluyla kullanılması sonucunda hak sahibinin varması gerekli tek taraflı irade beyanıyla birlikte muhatabın hukukî durumunda değişiklikler meydana gelir ve bu hukukî değişikliklerin gerçekleşmesi için muhatabın rızası aranmaz. Özellikle anılan bozucu yenilik doğuran hakları içeren hukukî ilişkilerde muhatap hak sahibine nispeten dezavantajlı konumdadır, bu yüzden muhatabın korunma ihtiyacı gündeme gelir (Furrer vd., 2021: 229). Meselâ bir satış ilişkisinde, alıcının varması gerekli tek taraflı irade beyanıyla kullanılan dönme işlemi sonucunda satış sözleşmesi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılabilir (Aral ve Ayrancı, 2021: 149-150). Bu meydana sözleşmeden dönme hakkı taraflar arasında ast-üst ilişkisi yaratan tipik bir yenilik doğuran hak olarak kabul edilmektedir (Serozan, 2007: 58). Fesihte ise hak sahibinin bu yöndeki beyanının muhataba varmasından itibaren sözleşmenin ileriye etkili olarak ortadan kaldırılması söz konusudur (Kılıçoğlu, 2021: 134). Örneğin iş sözleşmesinin işveren tarafından İş Kanunu m. 25'e uygun olarak haklı nedenle feshinde, işverenin bu yöndeki irade beyanını içeren bildirim karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte sözleşme sona erdirilir (Arslan, 2012: 16). Nihayet, bir sözleşmenin kurulmasında taraflardan birinin irade beyanı yanılma, aldatma veya korkutma sebeplerinden biriyle malûlse hak sahibi sözleşmeyi iptal hakkını süresinde ve tek taraflı beyan yoluyla kullanmak suretiyle sona erdirebilir (Eren, 2021: 399; Oğuzman ve Öz, 2019: 185-186).

19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren bugünkü medenî kanunların temelini teşkil eden ve bugün itibariyle tümü yürürlükten kalkmış bulunan Zürih Özel Hukuk Kanunu, Genel Alman Ticaret Kanunu, Saksonya Medenî Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda yapılan düzenlemelerle inşâî hak tanınmış ve bu sayede aynı Avrupa devletlerinde yapılan ve hâlen yürürlükte bulunan medenî kanunlar içindeki yerini almıştır (Schwaibold, 2012: 466-467).

Alman Medenî Kanunu'nun 1 Ocak 1900'de yürürlüğe girmesinden sadece üç yıl sonra Emil Seckel'in inşâî hak kavramı hakkında yazdıkları bir “keşif” niteliğinde görülmekle bu kavram üzerine bir öğreti oluşmuş ve bu öğreti geliştirilmiştir. Alman Medenî Hukuku'nun etki alanında olan hukuk sistemlerinde de bu gelişmeye paralel bir yol izlenir. Yeni kavramlar üretilir, yeni tasnifler yapılır: İkincil haklar kavramı, inşâî hakkın kurucu, değiştirici ve bozucu olmak üzere tasnife tâbi tutulabileceği, şarta bağlanamayacağı, üçüncü kişilere devredilemeyeceği hususları öğretideki tartışma konularıdır. İnşâî hakkın sözleşme özgürlüğü prensibi ilkesine aykırı olarak numerus clausus'a tâbi olduğu dahi söylenir.

Pratik sonuçları olmaksızın bu şekildeki bir kavram hukukçuluğu “kavram içtihadının ihtişamı ve sefaleti” olarak isimlendirilmiştir (Schwaibold, 2012: 467).

İnşai davalar ise “gerçek olan ve gerçek olmayan inşai davalar” olarak tasnife tâbi tutulmuştur (Önen, 1981: 50-53; Büyük, 2021: 34-38). Aşırı kavramlaştırma yönteminin sonu olmadığı dikkate alındığında bu tür tasniflerin uygulama yönünden gerekliliği tekrar düşünülmelidir. Nitekim gerçek inşai dava HMK m. 108’deki hâli ifade ederken, gerçek olmayan inşai dava, bir inşai hakkın dava yoluyla kullanılmasının zorunlu olmamasına karşın tarafların anlaşamaması gibi muhtelif sebeplerle dava açılması hâlidir; örneğin babalık dava yoluyla talep edilebileceği gibi tanıma yoluyla da mümkündür (Budak ve Karaaslan, 2023: 155).

Hattenhauer’in kitabında inşai hakkın anılan zayıf yönleri tartışma konusu yapılır. Buna göre, kavramsallaştırma hukukçuların işini kolaylaştırabilir, ne var ki bu husus somut olaya özgü koşulların gözardı edilmesi pahasına olmamalıdır. Meselâ inşai hakların devredilmezliği görüşü eleştiriye açıktır (Schwaibold, 2012: 468).

### 3. Türk Hukuku’nda İnşai Haklar

İnşai hak kavramı Türk Hukuku’nda da yer edinmiş bir kavramdır. Nitekim Yargıtay’ın önalım (şuf’a) hakkının kullanımına ilişkin verdiği bir kararda “inşai haklar” ve “yenilik doğuran bir durum” ifadeleri geçmektedir:

*“...Uyuşmazlık 24.12.1964 günlü vazgeçme belgesinden doğmuştur. Bu belge ile davacı notere giderek kesinleşmiş ve kendi yararına verilmiş şufa kararının sonuçlarından vazgeçtiğini açıklamıştır. Oysa, davacının davası sonucunda bakılan şufa davası sonunda payın davacı adına tesbiti ile tesciline karar verilmiş ve bu karar 23.8.1958 gününde kesinleşmiştir. Bu karar inşai haklara ilişkin bir dava sonunda verilmiş olup yanlar arasında yenilik doğurmuş dava konusu payın mülkiyetinin eski durumunu ortadan kaldırarak yeni bir durum meydana getirmiş, başka bir deyimle inşa etmiştir. O halde bu dava ile yenilik doğuran bir durum meydana gelmiştir. Gerçekten bu hükümden sonra şufa hakkının kullanıldığı gün bildirildiği günden başlayarak geleceğe ait yeni bir durum ortaya çıkmış bulunmaktadır...”* (Y. 4. HD., E. 1976/11482, K. 1977/2690, T. 08.03.1977).

Türk Hukuku’nda hâlihazırda bir inşai haklar öğretisinin mevcudiyetinden bahsedilebilir. Prof. Dr. Ergun Önen’in 1981 yılında yayımlanan “İnşai Dâva” isimli kitabı bu konudaki öğretinin öncülerindedir. Kitabın birinci bölümünde inşai hak incelenmektedir. Bu bölümde altbaşlıklar hâlinde sırasıyla; inşai hak kavramının hukukî niteliği, inşai hakkın kullanılması, inşai hak türleri, inşai hakkın özellikleri ve inşai hakkın sona ermesi konuları yer alır. Prof. Dr. Vedat Buz’un 2001 yılında doçentlik tezi olarak sunduğu çalışma ise; bu sırada Türk Medeni Kanunu (TMK) ve İş Kanunu’nun yürürlüğe girmesi, Alman Medenî Kanunu’nda önemli değişiklikler yapılması, Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu tasarılarının yayımlanması sebepleriyle yazar tarafından revizyona tâbi tutulmuş ve nihayet 2005 yılında “Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar” başlığıyla yayımlanmıştır. Prof. Dr.

Harun Demirbaş'ın 2007'de "Yenilik Doğuran Haklar" başlığıyla yayımlanan yüksek lisans çalışması da öğretilerdeki bir diğer önemli eserdir. Rukiye Feray Durmuş'un 2021 yılında "Yenilik Doğuran Davalar" ismiyle yayımlanan çalışması ile birlikte bu alandaki kapsamlı bir başka eser Dr. Elif Irmak Büyük'ün 2021 yılında "Medeni Usul Hukukunda İnşai Dava ve İnşai Hüküm" başlığıyla yayımlanan doktora tezidir.

2011 yılında yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) "İnşai dava" başlıklı 108. maddesi ile inşai hakkın dava yoluyla kullanımı olan inşai dava; yargı kararları ve öğretilerden sonra mevzuatta da yerini almıştır.

Öğretinin konusu olan ve hâlen tartışılan inşai davanın, hattâ eda ve tespit davalarının kanun koyucu tarafından tanınarak mevzuata alınması; Kavram İctihadının kanunlar düzeyinde de görülebileceğini göstermekte ve Menfaat İctihadının uygulama alanını daraltmaktadır. Bu meyanda inşai davanın medenî usûl hukuku sistemiyle ilişkisi şu şekilde belirtilmiştir:

*"Medenî usul hukukunun tespit edici karakterine yabancı olan inşai davalar, ancak kanunun açıkça belirttiği durumlarda varlıklarından söz edilebilen davalardır. Kanun boşluklarının yeni inşai davalarla doldurulması konusunda çok büyük bir özen, titizlik gösterilmeli, tedbirli olunmalıdır."* (Sungurtekin Özkan, 2004: 555-556).

İnşai davayı düzenleyen HMK m. 108 şu şekildedir:

*"(1) İnşai dava yoluyla, mahkemeden, yeni bir hukuki durum yaratılması veya mevcut bir hukuki durumun içeriğinin değiştirilmesi yahut onun ortadan kaldırılması talep edilir.*

*(2) Bir inşai hakkın, dava yoluyla kullanılmasının zorunlu olduğu hâllerde, inşai dava açılır.*

*(3) Kanunlarda aksi belirtilmedikçe, inşai hükümler, geçmişe etkili değildir."*

İnşai davalar sonunda verilen hükümlere inşai hüküm denir. Maddenin üçüncü fıkrasında "Kanunlarda aksi belirtilmedikçe, inşai hükümler, geçmişe etkili değildir" denilmekle inşai hükümlerin sonuçlarını hangi zamandan itibaren doğurdıkları belirtilmiştir. Meselâ, TMK m. 89'da "Derneğin amacı, kanuna veya ahlâka aykırı hâle gelirse; Cumhuriyet savcısının veya bir ilgilinin istemi üzerine mahkeme, derneğin feshine karar verir." düzenlemesi yer almaktadır. Mahkemenin derneğin feshine karar vermesi hâlinde mevcut durum ortadan kalkmış olacağından, inşai hükmün verilmesiyle birlikte derneğin tüzel kişiliği geleceğe etkili olarak sona erdirilecektir. Bununla birlikte, kanunda aksi öngörülmemiş ve fakat geçmişe etkili olan birçok inşai hüküm vardır. Soybağının reddi davası (TMK m. 286), sonradan evlenme ile kurulan soybağına itiraz davası (TMK m. 294), babalık davası (TMK m. 301) ve ölüme bağlı tasarrufların iptali davası (TMK m. 557 vd.) sonucunda verilen inşai hükümler de geçmişe etkilidirler (Kuru ve Budak, 2010: 57). Bu davalarda verilen kararları, kanunda aksi öngörülmediği için sadece geleceğe etkili kabul etmek mümkün değildir. HMK m. 108/3 hükmünde bir gerçek olmayan kanun boşluğu bulunduğunu kabul etmek ve inşai hükümlerin geçmişe etkili olup olmadığını ilgili



hukukî ilişkinin mahiyetini dikkate alarak dürüstlük kuralına göre belirlemek gerekir. Soyut hukuk kuralları bu durumda kanun boşluğunu dolduramamakta, inşaî dava kavramının kanun metnine alınmasıyla kanun boşluğuna bizatihi sebebiyet vermektedir (Budak ve Karaaslan, 2023: 155-156).

J. Kohler'in inşaî hakkın hak olma niteliğini eleştirmesi neticesinde meydana gelen tartışma "kapalı kavramlar sistemi"ni örneklemesi bakımından ilgi çekicidir. Kohler'e göre, bir hakkın içerdiği belirli yetkileri tekrar hak olarak nitelendirmek doğru değildir. Genellikle kişilik hakkına dayanan yürüyüşe çıkma, yemek yeme gibi yetkilerin hak olarak nitelendirilmemesi gibi, bazı hukukî fiillerde bulunma yetkileri de hak olarak görülmemelidir. Bazı fiillere hukukî sonuç bağlanması; bu fiillerin hak olarak nitelendirilmesinden değil, fiilde bulunurkenki hukukî durumdan kaynaklanır. Bunlar fiil ehliyeti, sorumluluk, temsil ve bir mal üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi gibi olağan hukukî durumlardır. Kohler'in görüşü eleştirilmiştir. Eleştiriler, inşaî hakların genellikle hak ve fiil ehliyetine sahip herkese tanınmayıp yalnızca belirli kişilere tanındığı yönündedir. Seckel de, hak ve fiil ehliyetine sahip herkesin yapmaya yetkili olduğu şeylerin hak olamayacağını belirtmiştir (Buz, 2005: 46-47). İnşaî hakkın eleştiriye açılmasıyla başlayan ve bir üst soyut kavram olan hak kavramına başvurulmakla sonuçlanan bu tartışma, Kavram Hukukçuluğunun pratik sonuçlardan yoksun teorik tartışmalarına örnek teşkil etmektedir.

İnşaî haklar, daha doğru bir deyişle inşaî haklar adı altında bir kategori ihdas edilip bu kategoriye giren hakların belirli ortak özellikleri bulunduğu kabul edilmesi, yarardan çok sakıncalar ortaya çıkartan bir aşırı kavramlaştırma örneğidir. Bu aşırı kavramlaştırmanın sonuçlarına maddî hukuktan ve usûl hukukundan birer örnek vermek gerekirse: İnşaî hakların bir defa kullanıldıktan sonra geri alınamayacağı yönündeki düşünüş ile HMK'nın inşaî kararların aksi yönde özel bir kanun hükmü mevcut bulunmadıkça geçmişe etkili olmadıkları şeklindeki düzenlemesinden bahsedilebilir.

Hak sahibinin kullanmış olduğu inşaî hakkı geri alması diğer taraf aleyhine bir hukukî sonuç oluşturmaması koşuluyla mümkün olmalıdır. Hâl böyle olmasına rağmen, hasmın inşaî hakkın kullanılmasına yönelik beyanın geri alınmasına muvafakati olmadığı için taraflar arasındaki uyuşmazlık dava konusu edilmişse, hâkimin dahi taraflar arasındaki menfaatleri değerlendirmesi ve inşaî hakkın kullanılmasının sonuçlarını yok sayması, sırf kavrama olan bağlılık yüzünden imkânsız hâle gelmemelidir. Aksi fikrin kabulü kavramı bir araç olmaktan çıkarıp kendi başına amaç hâline getirecektir (Schwaibold, 2012: 468).

Usûl hukuku bakımından verilecek örneğe gelince; gerçekten, kanunlarımızda yer alan birçok inşaî davada verilmiş olan kararlar, hükümlerinde aksi yönde açıklık olmamasına rağmen ancak geçmişe etkili olarak kabul edilebilirler. Örneğin, iki kişi arasındaki soybağının mevcudiyeti belirli bir tarihten sonra mevcut, belirli bir tarihe kadar yok sayılamaz. Bunun gibi ölüme bağlı tasarrufun da bu bağlamda belirli bir tarihte geçerli, belirli bir tarihte hükümsüz sayılması kabul edilebilir bir sonuç değildir.

## SONUÇ

Medenî hukukun temel kavramlarının oluşumu 19. yüzyılın son çeyreğinde Tarihî Hukuk Okulu'nun Roma Hukuku'na ait mevcut malzemeyi sistematik bir metotla işlemesiyle başladı. Alman Medenî Kanunu'nun temel bölümüne giren bu kavramlar Alman Medenî Hukuku'nun etkisinde olan hukuk sistemleri tarafından da benimsendi. Alman Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girdiği dönemde medenî hukukun genel teorisinin soyut kavramlardan oluşan bu düşünme şekli, düşüncelerini Menfaat İctihadı olarak isimlendiren bir grup müellif tarafından eleştirildi. Kavram İctihadı isimlendirmesi soyut kavramlardan oluşan düşünme şeklini eleştirmek için aynı müellifler tarafından kullanılmıştır. Kavram İctihadı öncelikle mantık kurallarına göre sonuç çıkarmakla ilgileniyor, boşluk içeren veya yorum gereksinen hukuk kurallarıyla karşılaştığında somut olaydan uzak kapalı kavramlar sistemine başvurmakla yetiniyordu. Menfaat İctihadına göre ise hukuk normlar tarafından korunurken menfaatler bu normların varlık sebebini oluşturmaktaydı ve hukuk kuralında boşluk bulunması hâlinde somut olayın özellikleri dikkate alınarak taraf menfaatleri değerlendirilmeliydi. Bu yönüyle Menfaat İctihadı somut olayın, bu meyanda taraf menfaatlerinin dengelenmesini gözetiyordu.

İnşâî hak kavramı Kavram İctihadının çalışmalarıyla oluşan kavramlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukukî işlem kavramının ve maddî hukuka ilişkin hak ile dava hakkının birbirinden ayrılması görüşünün kabul edilmesi sonrasında Almanya ve İsviçre hukuk çevrelerinde benimsenmiş olan inşâî hak, Emil Seckel tarafından 1903 yılında verilen bir konferansta ve bu konferansı takiben yayımlanan makalede ortaya konmuştur. Seckel'in verdiği konferansın 100. yılı olan 2003 senesinde Christian Hattenhauer isimli bir Alman müellif inşâî haklar ile ilgili doçentlik tezini Tübingen Üniversitesi'ne sunmuş, yaptığı revizyonlarla bu tezi 2011 yılında "Tek Taraflı İrade Beyanıyla Özel Hukuka Ait Hakların İnşası" başlığıyla kitap olarak yayımlanmıştır. Kitapta tek taraflı irade beyanıyla hukuk yaratma hakkının Roma Hukuku'ndan Alman Medenî Kanunu'na kadarki gelişimi incelenmekte, inşâî hak kavramı hakkında öğretilerde yapılan teorik tartışmalar sunulmakta ve inşâî hakkın zayıf yönleri eleştirilerek inşâî hak alanının somut olaya özgü koşulları dikkate alınmayan bir alan olarak anlaşılması gerektiği belirtilmektedir.

İnşâî hak kavramı Türk Hukuku'nda da yargı kararları, öğreti ve mevzuat düzeyinde yer edinmiş bir kavramdır. Prof. Dr. Ergun Önen'in 1981 yılında yayımlanan "İnşâî Dâva" isimli kitabı ve Prof. Dr. Vedat Buz'un 2001 yılında doçentlik tezi olarak sunmasını takiben 2005 yılında "Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar" başlığıyla kitaplaştırdığı çalışması bu konudaki öğretinin öncülerindedir. 2011 yılında yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 108. maddesi ile inşâî hakkın dava yoluyla kullanımı olan inşâî dava, yargı kararları ve öğretilerden sonra mevzuatta da yerini almıştır. Medenî usûl hukukunun tespit edici karakterine yabancı olan inşâî davaların kanun koyucu tarafından tanınması birçok sorunu da beraberinde getirmiştir. Soybağının reddi davası, babalık davası ve ölüme bağlı tasarrufların iptali davasındaki inşâî hükümler gibi kanunda aksi öngörülmemiş ve fakat geleceğe etkili olan birçok inşâî hüküm mevcutken HMK m. 108/3'te "Kanunlarda aksi belirtilmedikçe, inşâî hükümler,

geçmişe etkili değildir.” denilmesi bir gerçek olmayan kanun boşluğu oluşturmuştur. Bu husus inşâî hakkın, bu meyanda inşâî hakkı ortaya koyan Kavram İctihadının kanun boşluklarını dolduramamakla birlikte bu boşlukların oluşmasına sebebiyet verdiğini göstermektedir. Menfaat İctihadı dikkate alındığında ise HMK m. 108/3’teki gerçek olmayan kanun boşluğu; inşâî hükümlerin geçmişe etkili olup olmadığının ilgili hukukî ilişkinin mahiyetini dikkate alarak dürüstlük kuralına göre belirlenmesi suretiyle doldurulacaktır.

J. Kohler’in inşâî hakkın hak olma niteliğini eleştiren görüşünün Seckel’in de aralarında bulunduğu müellifler tarafından, ancak bir üst soyut kavram olan hak kavramının tekrar tanımlanması suretiyle eleştirilmesi, inşâî hakkın tartışma alanının pratik sonuçlardan uzak bir kapalı kavramlar sistemi olduğunu gösteren örneklerden biridir. Hak sahibinin, kullanmış olduğu inşâî hakkı geri alması diğer taraf aleyhine bir hukukî sonuç oluşturmaması koşuluyla ve diğer tarafın muvafakatiyle mümkün olmalıdır. Ne var ki, uyuşmazlığın böyle bir muvafakat olmaksızın dava konusu edilmesi hâlinde, hâkimin taraflar arasındaki menfaatleri değerlendirmesinin soyut bir kavram olan inşâî hak yüzünden mümkün olmaması, inşâî hak kavramının taraf menfaatlerine değil kendi kendine hizmet ettiğini göstermektedir.

## KAYNAKÇA

- Aral, F. ve Ayrancı, H. (2021). *Borçlar hukuku özel borç ilişkileri*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Arslan, S. (2012). *İşverenin haklı nedenle fesih hakkı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Budak, A. C. (2021). *Kılı kırk yarma makinası, medenî usul hukukunda kavram içtihadı ve menfaat içtihadı*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Budak, A. C. (2023). *Avrupa'da hukuk yargılamasının kısa tarihi*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Budak, A. C. ve Karaaslan, V. (2023). *Medenî usul hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Buz, V. (2005). *Medeni hukukta yenilik doğuran haklar*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Büyük, E. I. (2021). *Medeni usul hukukunda inşai dava ve inşai hüküm*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Eren, F. (2021). *Borçlar hukuku genel hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Furrer, A., Muller-Chen, M. ve Çetiner, B. (2021). *Borçlar hukuku genel hükümler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Hattenhauer, C. (2011). *Einseitige private rechtsgestaltung, geschichte und dogmatik (heidelberger rechtswissenschaftliche abhandlungen 4)*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Heper, A. (2014). Yasaya sadakatin farklı bir okuması: Philipp Heck. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 72(1), 333-348.
- Kılıçoğlu, A. M. (2021). *Borçlar hukuku genel hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Kuru, B. ve Budak, A. C. (2010). *Tespit davaları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Oğuzman, M. K. ve Öz, T. (2019). *Borçlar hukuku genel hükümler, c. 1*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Önen, E. (1981). *İnşai dava*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Schwaibold, M. (2012). Die gestaltung der gestaltungsrechte. *Rechtsgeschichte Legal History*, 466-468.
- Schwarz, A. B. (1939). Andreas Von Tuhr ve zamanın medenî hukuk ilmi. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 5(0), 63-106.
- Seckel, E. (1903). Die gestaltungsrechte des bürgerlichen rechts. *Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin für Richard Koch*, 205-253.
- Serozan, R. (2007). *Sözleşmeden dönme*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Sungurtekin Özkan, M. (2004). İnşai karar ve özellikleri. *75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı* (553-576), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.