

## «ŞUF'ADA HALEFİYET GÖRÜŞÜ» NÜN TENKİDİ

Doçent Dr. İsmet SUNGURBEY

5602 sayılı Tapulama Kanunu hükümlerine göre kadastro işlerinin başladığı birliklerdeki gayrimenkullere ait olup tapulamadan önce kullanılmış bulunan şuf'a hakkı sebebiyle ortaya çıkan ihtilâfların Gezici Arazi Kadastrosu Mahkemesinde görülmesi gerektiğine dair 6/7/1955 gün, 13/19 sayılı Yargıtay içtihat birleştirme kararı.

«5602 Sayılı Tapulama Kanunu uyarınca arazi kadastrusu işlerine başlandığı ilân olunan birlikte kâin gayrimenkuller hakkında tapulamadan önce açılmış olup umumî mahkemelerde derdest bulunan şuf'a dâvalarının Gezici Arazi Kadastro Mahkemelerinde bakılıp bakılmıyacağı hakkında Temyiz Dördüncü Hukuk Dairesinin 27/4/1953 tarih ve 1988/2749 sayılı merci tâyini ilâmiyle Yedinci Hukuk Dairesinin 22/6/1953 tarih, 3725/3741 sayılı ilâmları arasında içtihat ihtilâfı bulunduğu Kalecik Gezici Arazi Kadastrosu Hâkiminin 11/1/1954 tarih, 3 sayılı yazısında bildirilmiş, buna müteallik ilâmlarla her iki dairenin noktâi nazarlarını belirten yazıları Temyiz Mahkemesi Birinci Reisliği tarafından 11/5/1954 tarih, 1631 sayılı derkenarla Temyiz Mahkemesi Tevhidi İctihad Hukuk Kısmı Umumî Hey'etine tevdi edilmiş olmakla keyfiyet müzakere olunarak sonuçta:

Temyiz Dördüncü Hukuk Dairesinin bahsi geçen ilâmı Kalecik Sulh Hukuk Mahkemesi ile Kalecik Gezici Arazi Kadastrosu Mahkemesi arasında tekevvün eden selbî vazife ihtilâfı üzerine sâdır olmuştur. Dâvanın mevzuu şuf'a talebine dairdir. Dâva mahallî Sulh Hukuk Mahkemesine ikame olunmuştur. Dâva derdest bulunduğu sırada gayrimenkulün kâin olduğu mahalde tapulama faaliyetine başlanması üzerine 5602 sayılı Kanunun 35 inci maddesine dayanılarak dâva evrakı Gezici Arazi Kadastrosu Mahkemesine devredilmiş, bu mahkemece de dâvanın aynı kanunun 34 üncü maddesinde tâdad edilen hususlardan bulunmadığı mütalâasıyla vazifesizlik kararı ittihaz olunmuştur.

Temyiz Dördüncü Hukuk Dairesi (Dâvanın konusu dâvalının diğer hissedarlardan bedeli mukabilinde satın almış olduğu hisseye karşı diğer hissedar dâvacının hakkı şuf'asını kullanarak dâvalıya yapılan satışın ibtaliyle kaydın namına tashihi talebinden ibaret bulunmasına göre dâvanın rü'yeti Hukuk Mahkemesinin vazifesine dahil mevaddan bulunmuş) olduğunu içtihat ederek Kalecik Sulh Hukuk Mahkemesinin vazifesizlik kararını kaldırmış ve bu mahkemeyi merci tâyin etmiştir.

Yedinci Hukuk Dairesinin bahsi geçen ilâmiyle ise Salihli Gezici Arazi Kadastrosu Mahkemesinde tetkik ve halledilen şuf'a dâvasına ait karar vazife noktasına ilişilmeden tasdik edilmiş bulunmaktadır.

Her iki daire arasında umumî hükümler dairesinde mahallî mahkemelerde derdest bulunan şuf'a dâvalarının 5602 sayılı Kanunun 34 üncü maddesin-



de tâdad edilen dâvalara dahil olup olmadığı, 35 inci madde uyarınca Gezici Arazi Kadastrosu Mahkemesine devredilip edilmeyeceği ve bu mahkemelerin bu nevi ihtilâfları hal ile vazifeli bulunup bulunmadığı noktasında içtihad ihtilâfı aşikârdır.

İşin esasına gelince; bahsi geçen 34 üncü maddede Kadastro Hâkiminin mülkiyete ve mülkiyetin gayrı aynî haklara, benzeri arazi kadastrosunu ilgilendiren bütün dâvalara bakacağı, 35 inci maddede ise kadastro işlerinin başladığı birlikteki gayrimenkullere ait olup mahallî mahkemelerce görülmekte olan kesinleşmemiş dâva dosyalarının Kadastro Hâkimine devrolunacağı yazılı bulunmaktadır.

Tapulama işleri tapulama tarihinde mevcut mülkiyet vesair aynî hakların tâyin ve tesbitini, tapu sicillerinin yeniden tesisini ve hak sahiplerine yeniden tapu verilmesini istihdaf etmektedir.

Tapulama işlerine başlanmadan önce şuf'a hakkının kullanılmış olması hali, bu hak müteaddit tevhide içtihat kararlarında belirtildiği üzere inşaî haklardan bulunması bakımından, meşfû hisseye ait eski kaydın düzeltilmesini ve şu suretle tapulama zımında yeni kaydın şefi üzerine tesisini icap ettirir.

Tapulama tarihine tekaddüm eden hukukî sebep ve vâkıâlardan mütevellit ve o tarihteki tapu sicili durumuna müessir ihtilâf sicili alâkalandırması bakımından arazi kadastrosunu doğrudan doğruya ilgilendirmektedir. Tapu siciline müessir ve bu sebeple arazi kadastrosunu ilgilendiren ve hâkimden izharî bir karar istihsaline mâtuf talep ve ihtilâfların halli ise 34 üncü madde uyarınca Gezici Arazi Kadastrosu Mahkemesinin vazifesi cümlesindedir.

Bu itibarla; kadastro işlerinin başladığı birlikteki gayrimenkullere ait olup tapulamadan önce kullanılmış bulunan şuf'a hakkı sebebiyle tehaddüs eden ihtilâfların Gezici Arazi Kadastrosu Mahkemesinde görülmesi icap ettiğine 6/7/1955 tarihinde mevcudun üçte ikisini geçen ekseriyetiyle karar verildi»<sup>1</sup>.

### N o t

Bu karardaki görev probleminin çözülmesi, maddî töreye (hukuka) giren, çok önemli, tartışmalı şu sorunun çözülmesine bağlıdır: Önalım (Vorkauf, Préemption, Şuf'a) hakkının kullanılması, alıcı üçüncü kişiye yapılan mülkiyetin geçirilmesi (nakli), tapu kütüğüne yazımı (tescili) işlemi üzerinde nasıl bir etki yapar?

Bu konuda çeşitli görüşler vardır<sup>2</sup>. Bizde, Fransız MK. 841 den çıkartılan, «ardılık görüşü» (halefiyet nazariyesi) denilen görüş üstün durumdadır. Önceden belirtelim ki, gerek Fransada, gerek bizde önalıcının (şefi'in) ardılığının (subrogation, halefiyet'inin) sözü edilmekle birlikte, burada gerek Fransız MK. 1249 ile sonrakilerdeki, gerekse İsviçre BK. 70, 110, 149, 507 ile Türk BK. 69, 109, 147, 496 daki gerçek, teknik anlamda olan ardılık söz konusu değildir: Önalıcı hakkını kullandı mı, ilkin hak kazanan kimse aradan çıkar, onun y e r i n e önalıcı g e ç e r . Böylece önalıcı ilkin hak kazanan

1) Resmî Gazete, sayı 9098.

2) Bu görüşleri, başka bir yazıda ayrıca incelemek istiyorum.



kimse kendisiymiş gibi doğrudan doğruya malikten — önceye de etkili olarak — hak kazanmış olur<sup>3</sup>. Yoksa ardılığa olduğu gibi<sup>4</sup> ilkin hak kazanan kimsenin hakkı önalıcıya geçmez. Onun için ben- ce buradaki durumu ardılık (subrogation, halefiyet) diye değil, «yere- rine geçme» (substitution, kaim olma) diye göstermek gerekir. Nite- kim PLANIOL/RIPERT/BOULANGER şöyle demektedirler: «Bu kişi değişmesini e s k i d e n «ardılık» diye nitelendiriyorlardı.»<sup>5</sup>.

Yargıtay da 20/6/1951 günlü çabaları (içtihatları) birleştirme kararı gerekçesinde, öğretilerdeki (doktrindeki) işbu ardılık görüşü için «prensip» demekle birlikte öte yandan «alıcının hakları önalıcı- ya geçer» dediğinden bu gerekçede yerine geçmeyi mi, yoksa gerçek anlamda ardılığı mı düşündüğü belli değildir: «Bu hak, ..... yenilik doğuran kurucu bir haktır ki, şefi'in bu hakkı kullandığı yolundaki tek taraflı irade beyanının müşteriye vâsıl olması ile yeni bir hukukî vaziyet meydana getirmesine yarar. Bu hakkın kullanılması ile şefî, yeni bir akit yapmağa hacet kalmaksızın müşteriye h a l e f o l u r . — Bu suretle şefî irade beyanını müşteriye isal edince yeni bir hu- kukî durum hasıl olur: a) Meşfu hisse üzerindeki müşteriye ait h a k - l a r ş e f i e g e ç e r , bu andan itibaren de meşfu hisselerin nefi ve hasarı şefie ait olur. b) Müşteri, meşfu hisse kendisine neye mal olmuş ise o miktar ile şefi'in alacaklısı olur... Şefi'in şuf'a hakkını kul- lanmasıyla husule gelen yeni hukukî vaziyet gözönünde tutulursa şuf'a dâvasının bir k a y ı t t a s h i h i d â v a s ı n d a n ibaret oldu- ğu sonucuna varılır. — Her ne kadar doktrinde bu dâvanın mülkiye- tin devrini tazammun ettiği de ileri sürülmüş ise de, şefi'in şuf'a hak- kını kullanmak suretiyle müşteriye halef olması prensibi bizi daha zi- yade dâvanın kayıt tashihi dâvası mahiyetini arzettiği hususundaki ilmî içtihatlarla temayül ettirmektedir...»<sup>6</sup>.

Önalıcının, önalım hakkını kullanmakla mülkiyet hakkı kazana- cağı, buna dayanarak da alıcıya karşı ZGB. 975/MK. 933 teki çizim dâvası (Löschungsklage, terkin dâvası) açacağı kabul edildi mi, bu dâ- vanın 5602 sayılı Tapulama K. 34 gereğince Gezici Kadastro Mahke- mesinin görevine girdiğini de kabul etmek gerekir. İşte Yargıtayın da şimdi burada incelenen çabaları birleştirme kararı gerekçesinde işbu

3) Bak. PLANIOL/RIPERT/BOULANGER, *Traité Élémentaire De Droit Civil*, t. 3, Paris 1946, No. 2831, 2834; PLANIOL/RIPERT, *Traité Pratique De Droit Civil Français*, t. IV, Paris 1956, No. 561/562.

4) Fransız töresi için bak. PLANIOL/RIPERT/BOULANGER, adı geçen yapıt (eser), Paris 1952 t. 2, No. 1741, 1745, 1773; İsviçre - Türk töresi için bak. VON TUHR/SIEGWART, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationen- rechts*, Zürich 1942, § 59, not 34, 37.

5) Adı geçen yapıt, cilt 3, No. 2831.

6) Resmî Gazete, sayı 7950.



20/6/1951 günlü çabaları birleştirme kararına yollayıp dayanarak ardıllık ya da yerine geçme ile çizim dâvası görüşünü kabul ettiği anlaşılmaktadır; buna uygun olarak da dâvanın Gezici Kadastro Mahkemesi görevinde bulunduğu sonucuna varmıştır: «Tapulama işlerine başlanmadan önce şuf'a hakkının kullanılmış olması hali, bu hak müteaddit tevhidî içtihat kararlarında belirtildiği üzere inşaî haklardan bulunması bakımından, meşfu hisseye ait eski kaydın düzeltilmesini ve şu suretle tapulama zımında yeni kaydın şefî üzerine tesisini icabettirir. — Tapulama tarihine tekaddüm eden hukukî sebep ve vakıâlardan mütevellit ve o tarihteki tapu sicili durumuna müessir ihtilâf sicili alâkalandırması bakımından arazi kadastrounu doğrudan doğruya ilgilendirmektedir. Tapu siciline müessir ve bu sebeple arazi kadastrounu ilgilendiren ve hâkimden izharî bir karar istihsaline mâtuf talep ve ihtilâfların halli ise 34 üncü madde uyarınca Gezici Arazi Kadastro Mahkemesinin vazifesi cümlesindedir.»

Görülüyor ki Yargıtay, bu çabaları birleştirme kararlarının gerekçelerinde<sup>7</sup>, önalım hakkı yenilik doğuran (inşaî) hak olduğu için önalıcının alıcıya ardıl olarak ona karşı düzeltim (tashih) dâvası<sup>8</sup> açacağını söylemektedir. Oysaki, önalım hakkının yenilik doğuran haklardan olması, bu hakkı kullanan önalıcının alıcıya ardıl olacağını ya da alıcı yerine geçeceğini başlıbaşına tanıtlamaya (ispata) yetmez. Önalım hakkı kullanılınca yeni bir törel (hukukî) durumun doğduğu doğrudur. Ancak bu yeni törel durum, önalıcı ile önalım yükümlüsü (mükellefi) olan satıcı arasında yalnız bir satım ilişkisinin (münasebetinin) doğumudur. Bunun dışında, bu yeni törel durumun, önalıcının alıcıya ardıl olması ya da yerine geçmesi olduğu, tanıtlanmayı gereksemiş (muhtaç) kalır. Oysaki, önalıcının alıcıya ardıl olacağı ya da yerine geçeceği görüşünü, İsviçre - Türk töreleri için ne alıcının alacak hakkı bakımından, ne de mülkiyet hakkı bakımından kabul etmek bana mümkün görünmemektedir. (Aşağıda 1 ile 2.) Bundan başka, önalıcının alıcıya mülkiyet hakkında ardıl olacağı ya da yerine geçeceği kabul edilse bile o, alıcıya karşı düzeltim = tashih (doğrusu: çizim = terkin) dâvası açacak değildir. (Aşağıda 3.)

1) Önalıcının önalım hakkını kullanmakla alıcının alacak hakkı ile yan haklarda (Nebenrechte, fer'î haklarda) ona ardıl olacağı, yani

7) Önemle belirtmek gerekir ki, çabaları birleştirme kararlarının da yalnız konuları olan sonuç bölümlerinin mahkemeleri bağlayıcı gücü vardır; yoksa gerekçelerinin de böyle bir gücü yoktur.

8) Bizde genel olarak ZGB. 975/MK. 933 teki çizim (terkin) dâvasına, ondan bambaşka olan ZGB. 977/MK. 935 teki düzeltim dâvası (tashih dâvası, tashihi kayd dâvası) denmektedir.



bu hakların önalıcıya geçeceği kabul edilemez. Çünkü alacağın geçirilmesinin bağlı olduğu yazılı biçimi (şekli) gereksemeksizin alacak hakkının yan haklarla birlikte geçtiği ardılık, ancak yasada gösterilen yerlerde olabilip yasada ise böyle bir kural yoktur. Kaldı ki, yasanın ardılığı tanıdığı BK. 69, 109, 147 ile 496 daki durumların tersine olarak, önalıcı hakkını kullanmakla başkasının (alıcının) borcunu ödemek yüküne katlanmamakta, tersine, alıcının önüne geçerek nesneyi (şeyi) kendisi satın almış olmaktadır. Bundan dolayı, kendisini ardılığın iyiliklerinden (biçim gereksemeksizin alacağı kazanmadan, alacağı sağlayan, genişleten rehin, kefalet, cezaî şart gibi yan haklardan) yararlandırmak için ortada «iç» ya «maddî» bir sebep te yoktur; böyle bir çözüm, İsviçre - Türk Borçlar Yasasında ardılığa temel olan ana-düşünceye aykırı olur<sup>9</sup>.

«Yerine geçme» için de bu düşünceler doğrudur.

2) Alıcı mülkiyeti kazanmışsa, önalıcının önalım hakkını kullanmakla alıcının mülkiyet hakkında ona ardıl olacağı, yani mülkiyetin önalıcıya geçeceği ise hiç kabul edilemez. Çünkü Borçlar Yasasına göre yalnız alacak hakkı ile yan haklarda olabilen ardılığın, yani geçirme biçim ile şartlarını gereksemeksizin hakkın geçmesinin, mülkiyet hakkında da tanınması doğru olmaz. Örneğin, bir kimse alıcının borcu için rehin duran malını kurtarmak için alıcının borcunu ödese bile alıcının (yani: borçlunun!) mülkiyet hakkında ona ardıl olacağı gibi, önalım hakkını kullanan önalıcı da satış parasını ödese bile mülkiyet hakkında ona haydi haydi ardıl olmaz, yani mülkiyet hakkı önalıcıya kütüğe yazımsız geçmez. Kütüğe yazımsız kazanmalar (tescil-siz iktisaplar), ancak yasa gereğince olabilip<sup>10</sup> yasada ise böyle bir kural yoktur. İsviçre - Türk MK.larının tanıdığı kütüğe yazımsız kazanma olaylarındaki gözönündelik = aleniyet (kendine alımda = işgalde, olağanüstü kazandırıcı zamangeçiminde<sup>11</sup>), kamusalılık = resmîyet ile gözönündelik (mahkeme yargısında, cebrî icra ihalesinde) ya da toptanlık = külliyet (kalıtta = mirasta, ortadan kalkan törel kişinin mallarının MK. 50 gereğince kamusal töre kurumlarına geçmesinde) durumları<sup>12</sup> burada bulunmadığından alıcı adına kütüğe yazılan

9) Bak. VON TUHR/SIEGWART, adı geçen yapıt, § 59, not 38 ile 47; OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 110, N. 3/4 ile BGB. § 268 açıklamaları.

10) Bak. GLOOR, Der aussergrundbuchliche Eigentumserwerb nach schweizerischem Recht, Dissertation, Zürich 1929 § 1, XIII.

11) Bak. SUNGURBEY, İsviçre - Türk Hukukuna Göre İktisabî Müruru Zaman, Sav, İstanbul 1956, § 5, III.

12) GLOOR, adı geçen yapıt, § 1, XII.



mülkiyetin, hakkını kullanan önalıcıya kütüğe yazımsız geçeceğini tanımak, İsviçre - Türk töresinin tapu kütüğü sistemine uygun olmaz. Oysaki Fransız töre sisteminde mülkiyet sözleşmeyle geçtiğinden, önalıcının hakkını kullanmakla alıcı yerine geçerek mülkiyet hakkı kazanması, o töre için işbu tapu kütüğüne yazım gereği ilkesine (prensipine) aykırılık durumunu ortaya çıkarmaz.

«Yerine geçme» için de bu düşünceler doğrudur.

3) Önalıcının önalım hakkını kullanmakla alıcının mülkiyet hakkında ona ardıl olacağı ya da alıcı yerine geçerek mülkiyet kazanacağı, yani önalıcıya mülkiyetin kütüğe yazımsız geçeceği kabul edilse bile alıcıya karşı düzeltim (doğrusu: çizim) dâvası açacağıнын sözünü etmenin yeri yoktur. Çünkü tapu kütüğü dışında mülkiyet kazanan kimse, ZGB. 665, II/MK. 642, II ile ZGB. 963, II/MK. 922, II gereğince hakkının kütüğe açıklayıcı (izharî) yazımını tapudan doğrudan doğruya isteyebilir; yoksa ZGB. 975/MK. 933 teki çizim dâvası açması gerekli değildir<sup>13</sup>.

\*  
\*\*

Görülüyor ki, önalıcının önalım hakkını kullanmakla alıcıya ardıl olarak ya da alıcı yerine geçerek mülkiyet hakkı kazanacağı düşüncesinden gelerek önalıcının MK. 933 teki çizim dâvası açacağı, bu dâvanın da 5602 sayılı Tapulama K. 34/35 gereğince Gezici Arazi Kadastro Mahkemesinin görevine gireceği sonucu haklı gösterilemez.

---

13) Bak. OSTERTAG, Kommentar zum Schweizerischen ZGB, Besitz und Grundbuch, Bern 1917, Art. 975, N. 2; HOMBERGER, Kommentar zum Schweizerischen ZGB, Besitz und Grundbuch, Zürich 1938, Art. 975, N. 3.