

ŞUF'A AKDİ (*)

Prof. Dr. A. Meier HAYOZ

Türkçeye çeviren :

Doç. Dr. Y. Ümit DOĞANAY

— I —

İsviçre hususi hukuk kodifikasyonunun, hür tutumu ve elastik kanun tekniği ile isim yaptığı övünerek belirtilebilir. Kanun Koyucu az sayıdaki temel hükümlerle iktifa etmiş ve şüphe halinde taraflara hukuki münasebetlerini bizzat düzenlemek imkânını bırakmıştır. Bu tutumun faideli tarafları yanında, tatmin edici olmayan tarafları da vardır. Şuf'a müessesesi, taraflara serbesti tanırken geniş ölçüde küçük noktaları ihmal eden ve çekimser davranan Kanun Koyucunun daima en mükemmel çözümlere ulaşamadığını göstermektedir. Asgari ölçüde emredici ve tamamlayıcı kaidelerin bulunmamasından hukukun açıklığı ve böylece emniyeti zarar gördüğü gibi, adalet de zarar görmektedir. Kuvvetli kişi, hürriyeti kendi yararına sömürmeyi bilmekte ve liberal kanun koyucunun ideal tarafların kendiliklerinden uygulayacaklarına inandığı hakkı kullanmanın tabii ahlakî sınırlarını burada veya şurada aşmayı denemektedir. Bu sebeptendir ki yorucu ince bir çalışma ile, yeter derecede düzenlenmemiş müesseseye esaslı, sağlam bir yapı sağlamak, güven verici olmayan hukuk alanını yavaş yavaş daraltmak, mahkemelere ve hukuk ilmine düşen bir vazife olmaktadır. Fakat yapılanlar, Kanun Koyucunun çok az bir mesai sonucu sağlayabilecekleri ile mukayese edilemez. Doktrin ve tatbikatın en mükemmel tarzdaki iş birliği dahi, iyi bir kanunla ulaşılabilecek açık,

(*) Konferans 10 Mayıs 1967 günü İstanbul Hukuk Fakültesinde verilmiştir.

emin ve tarafların karşılıklı menfaatlerini bağdaştıran düzeni yaratamamaktadır.

İsviçre Hukukunda şuf'a akdi son derece noksan şekilde düzenlenmiş olduğu gibi, mevcut azsayıdaki hükümler de tam bir karanlık içindedir. Bu alandaki temel hukuki meseleler hak arayanlar tarafından günümüze kadar tekrar ve tekrar Federal Mahkeme önüne kadar getirilmiştir. Şüphesiz şu son on yıl içinde, Yüksek Mahkememiz tasvip gören içtihadı ile bazı açık olmayan noktaları halletmiş ve birçok tereddütü mucip hususları ortadan kaldırmıştır. Fakat bu hukuki alanın tam bir açıklığa kavuştuğundan da henüz söz edilemez. Buna rağmen ulaşılanların bir bilançosunu yapmak zamanı da gelmiştir. Bu bilançoyu ben kısa süre önce Eşya Hukuku Şerhim içinde Art. 681 ZGB için yaptım (1). Aşağıda bir konferans için uygun düşecek birkaç genel mesele ele alınacaktır. Bunlar şuf'a akdinin hukuki mahiyeti, şekli ve muhtevası ile ilgili önemli meselelerle, şuf'a olayının tarifi ve akit konusu şeyin sonraki müktesiplerine karşı daha kuvvetli hüküm sağlama meselesidir.

II. Hukuki mahiyeti

Şuf'a akdi, satım akdinin bir özel nevidir. Her satım akdinde olduğu gibi bu akde de iki taraf katılır: satıcı ve alıcı. Bu hukuki münasebetle «satıcı satılan malı alıcıya teslim ve ona mülkiyeti temin etmek ve alıcı da satıcıya satım parasını ödemek borcu altına girer» (Art. 184 / I OR). Fakat bu ana çekirdeğe çift şart şeklinde ilâveler söz konusudur (2). Satım akdinden doğan borçlar ancak,

(1) Berner Kommentar; Das Eigentum, 3. Teilband (Grundeigentum II), Lieferung 1 (Bern 1967).

(2) Çift şartlı satım akdi nazariyesine katılanlar: OSER/SCHOENENBERGER, Züricher Kommentar, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse (2. Auflage, 1. Halbband, Zürich 1936) Art. 216 N. 18 vd; ROSSEL/MENTHA, Manuel du droit suisse, Band II (2. Auflage, Lausanne 1922), Nr. 1278; OSKAR ALLGAEUER, Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufsrecht nach dem ZGB (Diss Zürich 1918) s. 28; GOTTFRIED STIEFEL, Ueber den Begriff der Bedingung im schweizerischen Zivilrecht (Diss Zürich 1918) s. 260 vd.; WALTER FRUEH, Die Vormerkung persönlicher Rechte nach schweizerischem Grundbuchrecht (Diss Zürich 1929) s. 41; GEORGES VAUCHER, Les droits de préemption, d'emption et de rémère du Code civil suisse (Diss Neuenburg 1916) s. 112; BGE 85 II 485 e de bakınız.

1. Eğer satıcı (burada şuf'a borçlusu) satım konusu şeyi daha sonra bir üçüncü şahsa satarsa,

2. Eğer bu durumda alıcı (burada şuf'a hakkı sahibi) satım konusu şey üzerindeki hakkını kullanmak istediğini beyan ederse, şuf'a hakkını kullanırsa, hüküm taşıyacaktır. Eğer her iki şart, yani hem

1. Şuf'a olayı denen durum (3), hem de

2. Kullanma beyanının yapılması (4), gerçekleşirse ancak satım akdi ifa edilecek, ancak bundan sonra satım konusu üzerinde mülkiyeti temin ve satım parasını ödeme borcu var olacaktır.

Normal satım hukukundan bu özellikler ile ortaya çıkan ayrılıklar, büyük bir kısmı — Borçlar Hukuku akitlerinde mutad olduğu üzere — tamamlayıcı, kısmen de emredici hükümlerden, meselâ hakkı kullanma imkânının sınırları için, müteşekkil geniş bir kanuni düzenlemeyi beklemeyi haklı kılacak derecede önemlidir. Bu alanda Kanunda bulduklarımız ise çok az, evet hiç denecek derecede azdır. Mevcut azsayıdaki hükümler de noksandır. Satım akdinin bu alt türünün Kanunda bu kadar dar düzenlenmesi sebebiyledir ki, şuf'a akdi Kanunda düzenlenmemiş akit gibi ele alınmaya mecbur kalınmıştır. Doktrinde çok defa bu akit isimsiz akit olarak, (sui generis akit) olarak isimlendirilmiştir (5).

Buna karşı diğer çok sayıdaki izah denemeleri yapma görünmektedir ve çok defa tatbiki sonuçları itibariyle de tatmin edici değildir. Bu konuda — sadece iki misal olmak üzere (6) — icap ve önakit nazariyelerini gösterebiliriz.

(3) Bu hususda aşağıda N. IV e bakınız.

(4) (Dip not 1 de zikredilen Kommentar) Art. 681 şerhi N. 200 vd. ile karşılaştırınız.

(5) ROBERT HAAB, Zürcher Kommentar, Sachenrecht (2. Auflage, Zürich 1929), Art. 681/82 N. 2 ve orada sayılan müellifler; HANS PETER SCHMID, Das Vorkaufsrecht (Basel 1934) s. 24 vd. İsimsiz akitler için genel olarak Schweizerische Juristen Kartothek Nr. 1134 (Genf 1965) kartına bakınız.

(6) Şartlı satış vaadi teorisi için Art. 681 şerhi N. 42 ye, şuf'a hakkı sahibinin alıcıya halef olması ve alıcı yerine geçmesi nazariyesi için aynı madde şerhi N. 45 e bkz.

(Planck (7), Endemann (8) gibi) Alman hukukçulara dayanarak İsviçre'de de tek tük tasvip edilen icap nazariyesine göre, şuf'a borçlusu, şuf'a olayının vukuunda şuf'a hakkı sahibi tarafından hakkı kullanma beyanının yapılması suretiyle kabul edilebilme şartına bağlı bir icapta bulunmaktadır (9). Fakat şuf'a hakkı bir icapla değil — Art. 216/III OR de de açıkça ifade edildiği gibi — bir şuf'a akdi (10) ile tesis edilmektedir. Ayrıca icapta bulunanın bir yıl, hattâ yıllarca icabı ile bağlı kalmasını kabul etmek icabın mahiyetine aykırı düşeceği gibi, gayri tabii de görünmektedir.

Müşterek Hukuk ve Eski İsviçre Hukukunda (11) çok sayıda taraftar bulmuş olan önakit nazariyesi de kabul edilemez. Şuf'a akdi bir önakit değildir. Art. 22 OR anlamında önakit, bir veya iki taraf için esas akdin yapılmasını talep hakkı doğuran bir hukuki münasebettir. Her iki tarafın katılması ile meydana gelecek esas akit, mülkiyetin nakli için hukuki sebep teşkil edecektir (12). Halbuki bizzat şuf'a akdi mülkiyetin nakli için gerekli sebebi teşkil etmektedir. Bu sebep şuf'a olayının vukuu halinde hüküm taşımak için sadece hak sahibinin kurucu beyanına muhtaçtır.

III. Şekil

1. Kanun Koyucu şuf'a akdinin şekli hakkında gayrimenkul satımı ile ilgili fasılda Art. 216/III OR de, «şuf'a akitleri yazılı şe-

(7) G. PLANCK, Kommentar zum BGB, Band II (3. Auflage, Berlin 1907), Vorbemerkungen zu § 504 N. 3.

(8) F. ENDEMANN, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts (7. Auflage, Berlin 1900) s. 731, Dipnot 14.

(9) Meselâ bu görüşte HERMANN BECKER, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhaeltnisse (1. Auflage, Bern 1934), Vorbemerkungen vor Art. 184 N. 25 vd., Art. 216 N. 3 ve 5; PIERRE PÉTERMANN, La promesse de vente immobilière (Diss. Lausanne 1921) s. 75.

(10) İcap nazariyesine göre şuf'a borçlusunun icabı ile bağlılığı Kanundan doğmaktadır (OR 3). Bununla beraber tarafların, şuf'a borçlusunun kendisi tarafından yapılacak icap ile bağlı kalacağını akdi olarak kararlaştırmaları da, muteber kabul edilmektedir (meselâ BECKER, Vorbemerkungen vor Art. 184 N. 25 de böyledir. Ayrıca benim şerhimde Art. 683 N. 33 e bakınız).

(11) Karşılaştırınız, BGE 16 390; 22 445; F. FICK, Kommentar zum Obligationenrecht, Band I (Zürich 1911), Art. 216 N. 17.

(12) BGE 56 I 198.

kilde muteberdir» diyor. Kanun Koyucunun bilhassa burada susmasının daha isabetli olup olmayacağı sorulabilir. Benim bir taraftan şuf'a akdi ile ilgili olarak Kanun Koyucunun susmasına karşı şikâyette bulunurken, bir noktada kendisinden bunu beklemem tezat teşkil etmektedir. Bu isteğimin dayanağını göstermeyi denemek ve bu maksatla evvelâ kaidenin ratio'su üzerinde durmak istiyorum.

Burada resmi senet aramaktan vazgeçilmiştir. Çünkü şuf'a akdi çok defa şekle tâbi olmayan akitlere (meselâ kira veya hasılat kirası akitleri) bağlanmaktadır. «Bu halde buna ilâveten bir de resmi senet yapma mecburiyetini yüklemek fevkalâde ağır bir yük olurdu» (13). Kanun sınırlanmış ve sınırlanmamış şuf'a akitleri arasında bir ayırım yapmamıştır. Genel düzenleme ile sınırlanmış şuf'a akdini de birlikte düşünmek isteyip istemediğini veya bu nev'i şuf'a akdi için satım akdine yakınlığı sebebiyle resmi senet aranıp aranmayacağı (Art. 216/I ve II OR) sorusunu, Kanun cevapsız bırakmaktadır. Bu konudaki görüşler çeşitlidir. Federal Mahkeme (14) ile bazılarına göre sınırlanmış şuf'a akdi için de âdi yazılı şekil kâfidir. Diğerlerine göre ise resmi senet aranmalıdır. Simonius ise (15) üçüncü bir çözüm şekli teklif etmektedir. Şuf'a hakkının kira veya hasılat kirası akdi ile birlikte tesis edildiği hallerde âdi yazılı şekli kâfi görmeli, diğer hallerde — sınırlanmış ve sınırlanmamış şuf'a akdi tefriki nazarı itibara alınmadan — resmi senet talep edilmelidir. Doğru olan hangisidir?

Kanunun hazırlık çalışmalarının tetkikinden hareket edilirse, Kanun Koyucu Organların hiç bir şekilde sınırlanmış şuf'a hakkının düzenlenmesinde açık bir görüşe sahip olmadıkları görülmektedir. Şurası muhakkak ki Federal Mahkemenin BGE 48 II 229 ve 54 II 326 daki kararlarında, hazırlık çalışmalarında açıklanan Kanun Koyucu iradesinin sınırlanmış ve sınırlanmamış şuf'a hakkını eşit tutmak yolunda olduğunu kabul etmesi isabetli değildir. Kaldığı Kantonlar Temsilcileri Meclisinde açıkca, sınırlanmış şuf'a akdi için şekil bakımından bir kolaylaştırmanın vuku bulmaması kabul edilmiştir (16). Kanunun ön çalışmalarındaki bu açık olmayan

(13) Bundesblatt 1905 II s. 25.

(14) BGE 48 II 227 vd.; 54 II 323 vd.

(15) AUGUST SIMONIUS, Zum Vorkaufsrecht des ZGB, Zeitschrift für Schweizerisches Recht s. 313.

(16) Amtliches Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat, 1907 s. 162 vd. (Votum Scherrer).

durum karşısında (17) Art. I/II ZGB anlamında doldurulması gereken bir kanun boşluğunun varlığı kabul edilmelidir. Sınırlı şuf'a akdinde menfaat durumu adi şuf'a akdinden ziyade, satım akdine uygundur. Satım akdinde olduğu gibi gelecekteki hukuki münasebetin temel muhtevası kesin olarak tâyin edilmiştir. Satım hukukundan farkı kurucu hakkın kullanılmasının tamamiyle hak sahibinin iradesine bırakılmayarak, bir şuf'a olayının vukuuna bağlanmış olmasıdır. Bu sebepten OR 216/III ün sınırlanmış şuf'a hakkına kıyasen uygulanması uygun düşmemektedir.

Şu halde menfaatler dengesinin esaslı bir tetkiki Federal Mahkeme görüşünü ayakta tutamamaktadır. Bununla beraber hukuki emniyet mevcut tatbikatın maddeten arzu edilen şekilde değişmesine karşı bir sebep olarak ileri sürülecektir. Çünkü Federal Mahkemenin bugüne kadarki tatbikatına güven sebebiyle halen çok defa sınırlanmış şuf'a akitleri de âdi yazılı şekilde yapılmaktadır. Bu akitler için sonradan resmi senet şartını aramak herhalde âdil olmayacaktır (18). Buna göre tarafları tatmin edici açık bir çözüm şekli ancak Kanun Koyucu tarafından verilebilecektir.

2. Diğer taraftan şekil ile ilgili olmak üzere, Kanunun başka bir özel mesele hakkındaki tutumunun belli olmadığı da farkedilmektedir. Halen şuf'a akdinin her iki tarafın imzasını da taşıması gerekip gerekmediği veya sadece şuf'a borçlusunun imzasının kâfi gelip gelmeyeceği tartışılmaktadır. Federal Mahkeme (19), ve bazı tanınmış yazarlar (20) şuf'a akdini sadece şuf'a borçlusunun imza etmesini, şuf'a akdi ile sadece onun borç altına girmesi sebebiyle, yeter görmektedir. Bu doğru değildir. Şuf'a hakkı sahibi de şarta bağlı olmakla beraber bir borç altına girmektedir. Şuf'a hakkı sahibi de bir şuf'a olayının vukuu halinde, hakkı kullanma beyanını açıklamasından sonra, bir alıcının (sınırlanmış şuf'a hakkında) şuf'a akdinde bir tesbit edilen veya (böyle bir anlaşmanın bulunmaması halinde ise) gelecekte yapılacak satım akdinde şuf'a borçlusu ile müktesip üçüncü şahıs arasında tesbit edilecek, borç-

(17) BGE 48 II 231 in aksine olarak.

(18) BGE 49 I 293 ve 56 I 440 in ratio decidendi, si burada da ölçülür. Art. 681 şerhi N. 70 e bakınız.

(19) BGE 48 II 233 E. 4; 54 II 327; 85 II 568.

(20) V, TUHR/SIEGWART, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I (Zürich 1942) s. 226 N, 37; HAAB, Art. 681/82 N, 11; SCHMID 29.

larına halef olmayı taahhüt etmektedir. Doktrinde ekseriyetin katıldığı Federal Mahkeme görüşü (belkide farkında olmadan) icap nazariyesinin bir sonucudur. Bu nazariyeyi meseleye uygulamanın normal sonucu, hakkı kullanma beyanı için şekil şartı olmalıydı (çünkü bu nazariyeye göre hakkı kullanma beyanı icabı kabul olarak izah edilmektedir). Fakat bu netice çıkarılmamaktadır. Federal Mahkemeye (21) ve doktrinde hâkim görüşüne göre şuf'a hakkının kullanılması şekle bağlı değildir. Şuf'a akdinin bu şekilde inşa edilmesi halinde bir gayrimenkul satımı sadece satıcının (fakat alıcının değil) kanuni şekle riayeti halinde meydana gelebilecektir. Nazari olarak mümkün her iki noktadan sadece birinin doğru olarak tatbiki bizi isabetli bir çözüme götürebilir. Yukarıda arzedilen sebeplerden icap nazariyesi reddedilir ve (Kanunda geniş bir şekilde düzenlenmemiş) çift şartlı satım akdi nazariyesi kabul edilirse, baştan beri karşılıklı haklar ve borçlar doğuran satım akdinin kabul edilmesi sadece şuf'a borçlusunun, şuf'a akdini imza etmesinin yeteceği hatalı görüşünden bizi korur. Ancak bundan sonra da hakkı kullanma beyanının şekle tâbi olmayacağı doğru olarak izah edilebilir: satım akdi bu beyanla meydana gelmemekte, bilakis sadece akit bu beyan şartına bağlı bulunmaktadır (22).

IV. Şuf'a olayı

Şuf'a akdinin muhtevasına dahil tatbiki ve nazari önemi bulunan şu iki tartışmalı mesele bilhassa ele alınmalıdır: evvelâ akdin hüküm taşıması için gerekli iki şarttan birinin, şuf'a olayının tarifi ve sonrada şerh kaydı (aşağıda V).

Taraflar şuf'a akdinde tahdidi olarak veya misal şeklinde sayarak hangi eldegiştirmelerin hangi safhada şuf'a olayı sayılacağını tayin edebilirler. Tarafların bu gelecekteki herhangi bir elde-

(21) Karşılaştır BGE 73 II 168; Diğer atıflar için şerhimde Art. 681 N, 227 ye bakınız.

(22) PETER JAEGGİ (Ueber das vertragliche Vorkaufsrecht, Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs-und Grundbuchrecht 1958 s. 66) ve KARL SPIRO, Die unrichtige Beurkundung des Preises beim Grundstückkauf, Basel 1964, s. 17, N. 95) tarafımdan Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 1956, s. 308 vd. da temsil edilen bu görüşe karşıdır.

ğiştirmeyi (aşağıda N. 1) herhangi bir zamanda (daha sonra N, 2) şuf'a olayı olarak vasıflandırabilme hürriyeti sınırsız mıdır?

1. Şuf'a akdi konusu şey üzerindeki mülkiyet değişmesini gerektiren herhangi bir sebep, şuf'a hakkı sahibine, şuf'a hakkını kullanmak hakkı verir mi?

Kanun bu soruya doğrudan doğruya açık bir cevap vermiyor. Biri çok dar, diğeri de çok geniş olan iki aşırı hal şekli düşünülebilir. Dar olanı: şuf'a olayı olarak — «şuf'a hakkı» sözlerine sıkı sıkıya bağlı kalarak — sadece Art. 184 OR anlamında satım akdini kabul etmek. Veya geniş olarak, mükellef gayrimenkul üzerindeki her mülkiyet değişmesinin hak sahibine hakkın yerine getirilmesini talep yetkisi vereceğini kabul etmek. Devrin bir satım akdine veya diğer bir hukuki muamele veya hatta hukuki muamele dışı bir sebebe (cebri icra, mahkeme kararı gibi) dayanması önemli değildir.

Bugün için kabul edilen çözüm her iki aşırı uç arasındadır. Şuf'a akdinin muhtevasını tâyin serbestisine sınırlar konmuştur. Bunu nereden çıkarıyoruz?

Şerh edilmiş şuf'a hakkında, şuf'a olaylarının sınırsız bir şekilde genişletilmesinin mümkün olmadığı genel olarak kabul edilmektedir. Şerh edilebilir hakların sayılı olması sebebiyle (ZGB Art. 959) (23) tapu sicil memuru her şuf'a akdinin şerhedilebilir olup olmadığını araştırmaya mecburdur. Tapu sicil memuru şuf'a hakkının diğer bir tercih hakkına (meselâ bir ön trampa hakkı) teşmil edildiğini tesbit ederse, şerhi reddeder.

Adi, şerhedilmemiş şuf'a hakkı da şuf'a olaylarının geniş tarifi suretiyle genel bir tercihlili yetki haline getirilemez. Gayrimenkuller üzerindeki şuf'a hakkı için kabul edilen adi yazılı şekil (Art. 216/III OR) istisnai bir karaktere sahiptir. Bu hükmü diğer çözücü hakların tesisine yaymak mümkün değildir. Kanunda düzenlenmemiş diğer kazandırıcı hakların muteber bir şekilde tesisi ancak resmi senetle mümkündür. Bir âdi yazılı şuf'a akdinde bu nevi haklar şekil noksanı sebebiyle hiç bir şekilde doğmayacaktır (24).

Her iki Kanun hükmü (Art. 959 ZGB ve Art. 216/III OR) gös-

(23) 1. Teilband des Sachenrechtskommentar, Syst. Teil N. 28, 35 vd., 165 ile karşılaştır.

(24) Bu hallerde şartlı satım akitleri yapma yoluna gidilecektir. Satın alma hakkının kullanılması söz konusu hukuki muamelenin inikadına bağlanmaktadır. Bu konuda Art. 681 şerhi N. 28, 139 a bakınız.

teriyor ki Kanun Koyucu hukuki muamele ile tesis edilen şuf'a hakkının muayyen sınırlı bir hukuki tipinden hareket etmektedir.

Buna göre şuf'a olayı bir şeyin üçüncü bir şahsa satılmasıdır. Sadece üçüncü şahsın iktisabı değildir (25). Art. 681 ZGB de şerh edilmiş şuf'a hakkı ile ilgili olarak şuf'a olayını «satım» olarak tarif etmektedir. Böylece şuf'a olayı tereddüte mahal bırakılmıyacak şekilde, şuf'a borçlusunun üçüncü şahısla yaptığı teknik anlamda satım akdi olarak tesbit edilmiş olmuyor mu?

Hayır. Bir şuf'a olayının varlığına, şuf'a borçlusu ile üçüncü şahıs arasında yapılan hukuki muamelenin OR. Art. 184 vd. hükümlerine uygun olup olmadığına göre değil, daha ziyade iktisadi mülahazalara göre karar verilecektir. Bu kriter bir taraftan bizi sınırlamaya götürür: şeklen ortada bir satım akdi olduğu halde, şuf'a olayı reddedilebilecektir. Meselâ, devrin hakiki iç mânâsına göre bilinen anlamda satım muamelesi mevcut değilse. Diğer taraftan genişleme imkânı da verir: şeklen üçüncü şahısla satım akdi yapılmadığı halde bu bir şuf'a olayı olarak kabul edilebilir. Mesela, satıma uygun iktisadi sonucun diğer bir hukuki şekil altında elde edilmesi halinde böyledir.

Gerçekleşebilecek şuf'a olayları sahası mahkeme içtihatları (26) ve Doktrinin bugünkü durumuna göre şu şekilde tarif edilebilir: şuf'a konusu şeyin herhangi bir üçüncü şahıs tarafından getirilecek bir ivaz karşılığı teminine müteveccih bütün hukuki muameleler şuf'a olayı olarak nazarı itibara alınabilir (27). Bu hususun tesbiti daha ziyade iktisadi görüşe göre vazedilen ölçüye bağlı

(25) Akit dışı eldeğıştirmeler şuf'a olayı teşkil etmez. İstimlak ve istimlak benzeri işlemler (malların birleştirilmesi gibi), cebri müzayede ile satım (bu hususda Art. 681 şerhi N. 163 vd.), miras veya diğer sebeplerle (meselâ iki anonim şirketin birleşmesi) külli halefiyet sonucu eldeğıştirmeler, hakim kararıyla şuf'a hakkı konusu şeyin bir üçüncü şahsa verilmesi, tesis kurma gibi.

(26) Federal Mahkeme şuf'a olayı olarak «devreden için müktesibin şahsının değilde para ediminin elde edilmesinin önem taşıdığı, şey değerinin para ile mübadelesine müteveccih muameleleri» (BGE 70 II 151; 85 II 481; 89 II 446) kabul etmekle gerçekleşebilecek şuf'a olayları sahasını biraz daraltmış olmaktadır.

(27) Sadece bir ivazlı akit şuf'a olayı sayılabileceğine göre, bağışlama şuf'a olayları dışında kalacaktır (BGE 44 II 369 ve 388). Karışık bağışlamanın bir şuf'a olayı sayılıp sayılmıyacağı meselesi için Art. 681 şerhi N. 171 e bakınız.

bulunduğu ve teknik anlamda bir satım akdinin yapılıp yapılmadığına bağlı bulunmadığı için, tediye yerine eda ve ihtiyari müzayede de şuf'a olayı sayılabilecektir. Aynı sebepten bir trampa akdi de eğer şuf'a konusu şey nev'en tayin edilmiş şeylerle mübadele ediliyorsa bir şuf'a olayı sayılabilir. Şüphesiz esas itibariyle trampa bir şuf'a olayı olarak kabul edilemez. Fakat istisnaen şuf'a hakkı sahibinin kararlaştırılan karşı edimi sağlayabildiği hallerde, trampa akdi şuf'a olayı olarak kabul edilmelidir (28).

Buna karşı şuf'a hakkı sahibi tarafından müktesip üçüncü şahsın şahsı veya üçüncü şahsın ifa edeceği karşı edim ile ilgili sebeplerden dolayı akde uygun şekilde ifa edilemiyen akitler şuf'a olayı dışında kalır. Şu halde diğer bir ifade ile, üçüncü şahsın özel vasisleri gözönünde bulundurulurken veya onun tarafından ifa edilecek ivazın özel nevi nazarı itibara alınarak yapılan akitler, şuf'a olayı olarak kabul edilmeyecektir. Şuf'a hakkı sahibi, şahsı yerine başka biri ikame edilemiyen veya edimi nev'en tayin edilmemiş olan üçüncü şahsın yerine geçememelidir.

Bu sebeptendir ki seçilen şekle rağmen miras hukuku saikleri ihtiva eden (bilhassa hısımlar arası veya fûrua satım) (29) satım akitleri şuf'a olaylarından değildir. Satıcının ana miras hukuku saiki yanında, duruma göre diğer mülahazaların da (meselâ para ihtiyacı) birlikte bulunması bu akitlerin hısımlar arası satım karakterini bertaraf etmez.

Buna benzer sebeplerden çok sayıda diğer bazı devir olayları da şuf'a olayı sayılmaya uygun değildir: kaydı hayat ile irat (30), ölünceye kadar bakma akdi (31), mirası taksim mukavelesi (32) ve bir şirkete ön alım konusu şeyin sermaye olarak getirilmesi (33) gibi.

(28) Şüphesiz kanundaki anlamda trampa değilse, satım parasının takas edildiği çift satım halinde şuf'a olayı söz konusudur (BECKER, Art. 216 N. II; SCHMID s. 76; ALPHONS WIEDERKEHR, Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Miteigentümers (Diss Zürich 1936) s. 120 vd.).

(29) BGE 44 II 387 vd.; 70 II 151 vd.; 87 II 268; 89 II 446.

(30) OR 516 vd.

(31) OR 521 vd.; BGE 44 II 369; Schweizerische Juristenzeitung 1954, s. 329 Nr. 149.

(32) Meğerki ZGB Art. 612/II ye göre bir satılma söz konusu olsun.

(33) Aynı görüşte: BGE 44 II 369, 388; OSER/SCHOENENBERGER, Art. 216 N. 29; SIEGWART, Zürcher Kommentar, Die Personengesell-

2. Şuf'a olayının tesbiti ile ilgili diğer bir meselede şudur: şuf'a akdinde, şuf'a borçlusunun üçüncü bir şahısla şuf'a konusu şeyle ilgili öz müzakerelere başlamasının bir şuf'a olayı sayılacağı kararlaştırılabilir mi? Bu soruya cevaplar çeşitlidir. Federal Mahkeme 1952 yılında verdiği bir kararda (34), şuf'a hakkının kullanılmasının malik ile üçüncü şahıs arasında bir satım akdinin inikadına bağlı bulunmadığını işaret etmiştir. Doktrinde bu görüşe karşı itiraz edilmiş (35) ve ekseriyetce şuf'a borçlusu ile müktesip üçüncü şahıs arasında ancak muteber bir akdin meydana gelmesi halinde bir şuf'a olayının var sayılabileceği görüşü kabul edilmiştir (36).

schaften (2. Auflage Zürich 1938), Art. 531 N. 10; SCHMID s. 75; WIEDERKEHR s. 121. Aksi görüşte ALIGAEUER s. 128 vd. Fakat sadece şuf'a hakkı konusu şeyin ortak tarafından şirkete yani şeriklerin tümüne birden devredilmesi halinde, şuf'a hakkının kullanılmasına mani bir devir söz konusudur. Bir şerik şeyi diğer bir şerike herhangi bir şirket gayesine tahsis etmek üzere satarsa, bu takdirde bir şuf'a olayının mevcudiyeti kabul edilecektir. Burada harici şekiller arkasında gizli «kastedilen iktisadi sonuca» dayanmayı istemek, tahammül edilmez güvensizliğe götürecektir.

(34) BGE 78 II 354 vd.

(35) Karşılaştır: JAEGGI, Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs-und Grundbuchrecht 1958 s. 70; EMİL THILLO, Journal des Tribunaux 1954 I s. 194 vd.

(36) Üçüncü şahısla yapılan akit OR 1. anlamında tam olmalıdır. Eğer şuf'a borçlusu, şuf'a hakkı konusu şeyi daha evvel şuf'a hakkı sahibine teklif ederse, hak sahibi şuf'a hakkını kaybetmeksizin icabı susarak veya açıkca reddedebilir (Karşılaştır: Art. 681 şerhi N. 183). — Şayet taraflar böyle bir icabın tercihli yetkiyi ortadan kaldıracağını kabul etmişlerse, bu takdirde ortada artık şuf'a hakkı değil tercihen satınalma akdi söz konusudur (Art. 681 şerhi N. 33). — Üçüncü şahsın teklifinin bildirilmesinden sonra bir müstakil satım akdi yapmak veya şuf'a hakkının kullanılmasından vazgeçmek imkânı için bakınız: Art. 681 şerhi N. 183, 325.

Üçüncü şahısla yapılan akit batıl ise, bu takdirde şuf'a hakkının kullanılması için gerekli şart tahakkuk etmemiştir. Buna rağmen hak kullanılmışsa hiç bir hükmü yoktur, şuf'a hakkı mevcudiyetini muhafaza eder. Bu hususda geniş bilgi için Art. 681 şerhi N. 185 e bakınız.

Üçüncü şahısla yapılan akit bir taraf için bağlayıcı değilse (OR 21, 23 vd) veya kabili itiraz ise (Meselâ, OR 230) bu takdirde şuf'a hakkı kullanılabilir. Fakat sakat akit feshedildiği takdirde, şuf'a hakkının kullanılması da hükümsüz olur (Bu konuda Art. 681 şerhi N. 186 ya bakınız).

Üçüncü şahısla yapılan akdin resmî makamların iznine muhtaç olması hali için bak. Art. 681 şerhi, N. 188.

Üçüncü şahısla akit şarta bağlı olarak yapılmışsa, bu takdirde şuf'a

Şuf'a borçlusunun üçüncü şahısla yaptığı şuf'a akdi konusu şeyin devri ile ilgili ön müzakereler, hak sahibinin şuf'a hakkını kullanması için yetmez. Şuf'a borçlusunun şeyi satma iradesini açıklaması — Müşterek Hukukda hayli taraftar bulan (37) ve bugün Avusturya'da hâkim görüşün (38) aksine — şuf'a olayı olarak kabul edilmemektedir. Malikin sadece satma iradesini açıklamasının hak sahibinin iktisap hakkını tesis etmesi isteniyorsa, bu takdirde şuf'a akdi değil, (resmi senede bağlı) şartlı bir satım akdi yapılmalıdır (39).

Akdin muteber bir şekilde üçüncü şahısla yapılmış olması şartını aramanın dayanağı nedir? Neden şuf'a borçlusu ve malik tarafından serbestçe açıklanan dönülmesi mümkün olmayan devir iradesi, hak sahibinin şuf'a hakkını kullanması için kâfi gelmemektedir? Bunun sebebi ikidir: bu suretle şuf'a hakkının kullanılmasında emniyet sağlanmakta ve aynı zamanda şuf'a hakkı sahibi korunmaktadır.

— Emniyet sağlamaktadır: sadece üçüncü şahısla yapılmış bir akit, şuf'a talebinin kullanılması zamanı ve gerçekleşecek şuf'a muhtevası bakımlarından açıklık sağlamakta ve tereddütleri bertaraf etmektedir.

— Şuf'a hakkı sahibini korumaktadır: şuf'a borçlusu ile üçüncü şahıs arasında tam bir akdin meydana gelmesi ile, şuf'a hakkı sahibi, üçüncü şahsın tesbit edilmiş hususları ifaya hukuken bağlı bir şekilde hazır olduğunu bilme imkânına kavuşmaktadır. Böylece

hakkı derhal kullanılabilir. Taraflar başka türlü kararlaştırmadıkları takdirde hakkın kullanılması şartın tahakkuk edip etmemesine bağlı hüküm tevhit eder (Art. 681 şerhi N. 190).

Üçüncü şahısla akdin şuf'a hakkının kullanılmaması şartına bağlı olarak yapılması özel hali için bakınız Art. 681 şerhi N. 196 vd.

Şuf'a hakkının kullanılması sadece üçüncü şahısla borç doğurucu hukuki muamelenin yapılmasına bağlıdır. Akdin ifa edilmesi zaruri değildir (Art. 681 şerhi N. 192).

(37) EDUARD JAEGER, Das Vorkaufsrecht nach gemeinem Recht (Diss Tübingen 1893) s. 81 vd.

(38) ARMIN EHRENZWEIG, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band II/1 (Wien 1928) s. 417 vd.

(39) Federal Mahkemenin BGE 78 II 354 deki kararında katılmadığı bir görüş, JAEGER tarafından Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht 1958 s. 70 de gayet isabetli bir şekilde cerhedilmiştir.

şuf'a borçlusu ile üçüncü şahsın, sadece icabın şuf'a olayının tahakkukunu sağladığı halde, kendileri için belkide hiç bir şekilde bağlayıcı olmayan «ölçüsüz derecede ağır şartlar teklif ederek... şuf'a alacaklısını hakkının kullanmaktan» alı koyacak bir oyunu oynamaları imkânı önlenmiş olmaktadır (40 ve 41).

V. Şerh kaydı

Kanunda yeter emredici hükümlerin bulunmaması sonucu senelerce süren münakaşalara sebebiyet veren diğer bir mesele grubu da, şuf'a akdindeki şerh kaydının ölçüsü ve genişliği ile ilgili meselelerdir.

Kaideten şuf'a hakkı sadece tarafları bağlayıcı bir karaktere sahiptir. Bu hak münhasıran şuf'a akdi ile borç altına giren şahsa müteveccihdir. Şayet şuf'a borçlusu akitten doğan borçlarını ihlâl ederek şuf'a akdi konusu şeyi üçüncü bir şahsa devrederse, şuf'a hakkı sahibi tazminat talepleri ile tatmin olmaya mecbur kalacaktır (42). İlk eldeğiştirmede kullanılmayan veya herhangi bir diğer sebepten dolayı kullanılmamış şuf'a hakkı, kesin olarak sona erecektir.

Fakat taraflar anlaşmalarında şerh kaydı kabul ederek ve daha sonra da buna göre hakkı tapu siciline şerhettirmek suretiyle, şuf'a hakkına daha kuvvetli bir tesir sağlayabilirler (Art. 959 ZGB). Böylece hak «şerhde tayin edilen müddet zarfında... herhangi bir malike karşı» (Art. 681/I ZGB) dermeyan edilebilir. Kuvvetlendirilmiş bu tesir, tam manasiyle kendini nerede gösterecektir? Bu mesele üzerinde son senelerde kesif bir ilmi araştırma cereyan etmiştir (43). (Hatta bu konuda bir Türk meslekdaşımın da önemli bir çalışması vardır: İsmet Sungurbey, ZSR 1966 I S. 113). Hukuki muamele mahiyetindeki şuf'a hakkına, tapuya şerh suretiyle hangi

(40) SCHMID s. 79.

(41) Bir ön akdin veya bir satım akdinin yapılmasının şuf'a olayı sayılıp sayılmayacağı meselesi için bakınız: Art. 681 şerh N. 178 vd.

(42) Meselâ şuf'a borçlusunun şuf'a hakkı sahibine durumu zamanında bildirmeyi ihmal etmesi veya şuf'a hakkının kullanılmasına rağmen şuf'a hakkı konusu şeyi üçüncü şahsa devretmesi halinde böyledir.

(43) Bu konuda daha geniş bilgi için bakınız: Art. 681 şerhi N. 50, 212, 255, 298 ve 308.

ölçüde aynı vasıflar sağlanabilir? Bu hak *ius in rem scripta* olarak izah edilebilir mi? Şerh — günümüzde kullanılan bir ifade ile — bir eşyaya bağlı borç (Real-obligation) doğurur mu?

Zaman darlığı sebebiyle şerh edilmiş şuf'a hakkının eşyaya bağlı borç mahiyeti taraftarları ile muhaliflerinin yeni izah tarzları üzerinde (44) burada durulmayacaktır. Federal Mahkeme (bir kısmı neşredilmemiş olan) kararlarında (45), eşyaya bağlı borç nazariyesine, Bern'li meslekdaşım Peter Liver tarafından tatmin edici geliştirilmiş şekli ile (46) açıkca taraftar görünmektedir. Böylece bugüne kadar hayli emin olmayan bir hakkın sağlamlaştırılması yolunda esaslı bir adım atılmış olmaktadır. Artık bilhassa şu iki sahada açıklık vardır:

1. Eğer hak bir şuf'a olayı sebebiyle kullanılmazsa veya elde-
ğiştirme bir şuf'a olayı teşkil etmezse, taraflar aralarında başka türlü kararlaştırmış olmadıkça, şerh edilmiş şuf'a hakkı şerh süresince sona ermez. Yeni müktesip, devreden yerine şuf'a akdinin tarafı olur, devreden akidden doğan borç ve haklarından tamamiyle kurtulur.

2. Gayrimenkul üçüncü şahsa nakledilmişse ve şuf'a hakkını kullanma beyanı zamanında yapılmışsa, şuf'a hakkı sahibi şuf'a borcunun ifasını doğrudan doğruya üçüncü şahıstan isteyebilir. Bu suretle borç altına giren üçüncü şahıs da şuf'a hakkı sahibinden satım parasının tediyesini talep edebilir.

Şerh edilmiş şuf'a hakkı da esas itibariyle bir borçlar hukuku münasebetidir. Fakat temeldeki tarafları bağlayıcı nitelik, bir «eşyaya bağlı» (real), «aynî benzeri» (quasi-dingliche) bütüne müessir bir güce bağlanmıştır. Şerhedilmiş şuf'a hakkında, borç mü-

(44) Bilhassa Art. 681 şerhi ile ilgili olmak üzere verilen literatürdeki HERI DESCHENAUX ve PAUL PIOTET'nin makalelerine ve son olarak PIOTET'nin *De quelques effets de l'annotations au registre foncier d'un pacte de préemption* (Journal des Tribunaux 1967 I s. 162) başlıklı yazısına bakınız.

(45) Karşılaştır: BGE 92 II 155 vd; Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht 1966 381 E. 4d. deki Federal Mahkeme kararı; BGE 90 II 399 ve neşredilmemiş Spaely/ Marti/ Marti/ Baumgartner'e karşı Marti- Baumgartner olayı ile ilgili 29 Eylül 1966 tarihli Federal Mahkeme Kararı.

(46) Schweizerischen Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht 1962 s. 255 vd. daki makalesi.

nasebetinden doğan borç ferden muayyen bir şahsa ait değildir. Bilakis şuf'a hakkı konusu şey üzerindeki mülkiyete bağlanmıştır. Borçlu olan bay X değil, şuf'a hakkı konusu şeyin halihazırdaki malikidir.

VI.

Sonuç olarak diyebiliriz ki: Kanun Koyucumuz önemli şuf'a hakkı müessesesi yapısını fakirce giydirmiştir. Şüphesiz mahkeme içtihatları ve mahkeme dışı resmi tatbikat bu durumu senelerce süren kıymetli çalışmaları ile düzeltmeye çalışmıştır. Bu çalışmalara Doktrinin de katkısı olmuştur. Fakat şüphesiz Mahkeme İctihatları ve Doktrin arasındaki örnek birlikte çalışmaya rağmen gayeye uygun bir techiz mümkün olamazdı. Bu konuda yardım sağlamak Kanun Koyucunun işidir. Bunun içinde zirai gayrimenkullerle ilgili hükümlerin ele alınacak revizyonu sırasında (halen ön çalışmalar sırasında arzu edildiği gibi) (47) Medeni Kanuna hısımlar arası önalım hakkının ithali bir fırsat teşkil edecektir. Bu fırsattan istifade ile akidden doğan şuf'a hakkının lüzumlu kaidelerinin Kanuna alınması ortaya atılmalıdır.

(47) Zirai Gayrimenkullerin korunması ile ilgili 12 Haziran 1951 tarihli Federal Kanunun tadil çalışmaları 1963 yılında geçici bir sonuca ulaşmıştır (bu konuda bakınız: ALBERT COMMENT, Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht 1963 s. 321). Ön Tasarı Medeni Kanuna Art. 682 bis - 682 quinquies olarak hısımlar arası şuf'a hakkının ithalini kabul etmektedir (tasarı metni için bakınız: Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht 1964 s. 259 Not. 8). Çalışmalara yeni Anayasa esaslarına uygun noktalarına göre tekrar devam edilmelidir.