

ŞUF'A HAKKININ MEVZUU VE SÜJELERİ

Asistan Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu

ŞUF'A HAKKININ MEVZUU

§ I. Medenî Kanunun Kabulünden Önceki Hükümlerle bir Mukayese ve Medenî Kanun Karşısında 1274 tarihli Arazi Kanununun Durumu

Medenî Kanunumuzda, hiç bir ayırma yapılmaksızın bil'umum (gayrimenkuller) ve —aktî şuf'aya münhasır olmak üzere— hattâ (menkuller) ve (satış aktine konu olabilen her şey) şuf'a hakkının mevzuu olabildiği halde, Mecellede menkuller veya menkul hükmünde olan bina ve ağaçlar müstakillen meşfu olamadıktan başka, gayrimenkullerin 1274 tarihli Arazi Kanunu ile ihdas edilen her nev'inde de şuf'anın cereyan etmediği malumdur.

Şuf'a hakkı, evvelki hukukumuzda, sadece mülk arazide câri olabilmekte, fakat arazii emiriyede rüçhan hakkı müessesesinin hükümleri tatbik olunmakta idi.

Bugünkü Medenî Kanunumuz veya sair bir mevzuatımızla şuf'a hakkına mevzu olmak bakımından, topraklarımızda herhangi bir ayırma yapılmadığından şeraitini haiz olmak kaydıyla her nevi gayrimenkulde şuf'a hakkının cereyan ettiğini söyleyebiliriz.

Buna rağmen, 1274 tarihli Arazi Kanunu hükümlerinin ve bu meyanda 41 - 45 inci maddelerinin¹, hâlâ tatbik kabiliyeti bulunup bulunmadı-

1) 1274 tarihli Arazi Kanununun 41 inci maddesi: «Bilistirak arazi tasarruf eden kimse halit ve serikin izni olmaksızın hissesini meccanen ve bedel mukabilinde ahare fariğ olamaz. Olduğu halde ol serikin 5 seneye kadar hini talepteki bedeli misil ile ol hisseyi alan kimseden almağa salâhiyeti vardır. Ve bu 5 sene sağır, cünun ve müddeti seferi bald diyarda bulunmak gibi özür ile mürui etse bile ol müddetin mürurunda dāvaya selâhiyeti kalmaz. Ve eğer hini ferağda serik mez kûr

ğına dair 1943 tarihine kadar süren bir tereddüt havasının doktrin ve jürisprüdans'ta hâkim olduğunu görüyoruz. Nihayet bu tarihteki bir tevhidî içtihat kararı ile mes'ele müsbet bir şekilde hallolunmuştur.

Bize göre de mes'ele, üzerinde fazla tereddüt ve tevakkufu mucip olacak bir mahiyet taşımamaktadır. Buna rağmen baştaki tereddütleri, leh ve aleyhteki düşünceleri toplu bir şekilde ifade etmesi bakımından bu tevhidî içtihat kararını aynen almakta faide mülâhaza ediyoruz²:

(Arazi Kanunu, M. K. nun mer'iyete girdiği tarihten önce, bir kısım aynî hakları ihtiva eden bir kanundur. Yeni Medenî Kanunda mevcut aynî haklara müteallik hükümler, mer'iyete girdikten sonra yeni hükümlere muhalif olan evvelki kanundaki hükümlerin mer'iyetten kalkması tabii ve zarurî olduğu gibi, M. K. nun mer'iyet ve tatbiki şekli hakkındaki 864 No. lu kanunun 43 üncü maddesi hükmü iktizasındadır.

Zaten M. K. nun aynî hakları tanzim eden hükümlerinde arzın rakabesine mülkiyetle tasarruf hakkı birleştirilmiş olduğu cihetle rakabesi beytülmale ait olarak efradın onda yalnız tasarruf hakkı olmak üzere ancak tapu memurunun izni ile teferrüğü ve tefevvüz edebilmesi hükmünü veren nev'iyet vasıf ve kaydı kaldırıldığından halen memleketimizde mirî arazi namile bir nev'i arazi mevcut olmamakla arzın mirî olmasına müteferri ve Medenî Kanunumuz hükümleri ile mütearız Arazi Kanunu hükümlerinin mülga olması bir zarurettir.

Her ne kadar evvelce de mülkü mahsus olan şuf'a hakkı, mirî ve mevkuf arazide cârî olmayıp, bu kabil arazide şuf'a yerine bedeli misil ile teferru ve tefevvüz selâhiyetlerini ifade eden muayyen bazı rüçhan hakları vardır. Bu rüçhan hakları, mülkte cereyan eden şuf'a hakkının ayni değilse de, mülkiyet ve tasarruf hakkını tahdit etmek noktasından ayni mahiyeti haizdirler. Bu cümleden olarak Arazi Kanununun 45 inci maddesindeki «yere zarureti olan köylünün bedeli misil ile tefevvüz hakkı da mefruğunlehin tasarruf hakkını takyid eden hükümler» kabîlinden olduğu halde M. K., alelittlak arazide kabul ettiği şuf'a hakkı gibi mülkiyetin muayyen takyit ve tahditleri dışında kalmıştır.

izin vermek veyahut kendisine teklif olunup da almaktan is inkâf etmekle iskatî hak eylemiş ise, muahharen dâva edemez». 1274 tarihli Arazi Kanunu, mad. 45: «Bir kariyenin hududu dahilinde olup batapu tasarruf olunan araziye mutasarrıf bulunan kimse diğer kariye ahâlisinden bir kimseye fariğ olduğu halde ol arazinin bulunduğu kariye ahâlisinden (yere zarureti) olanların ol araziye bedelli misil ile bir seneye kadar talep ve dâva selâhiyeti vardır».

2) 27/1/1943 tarih ve 5-7 K. sayılı tevhidî içtihat kararı, (Wieland, I. Hakka Tercümesi - Sahife 259, 260).

Köy halkının yere ihtiyaç ve zarureti Köy Kanununun mad. 44/2 ve 3 üncü bendinde yazılı istimplâk usulü tatmin etmekte olduğuna göre zaten hikmeti vücudü kalmıyan Arazi Kanununun 45 inci maddesi hükümünün, Medenî Kanunun 658 ve 659 uncu maddeleriyle zımnen mülga bulunduğuna 27/İkincikânun/1943 tarihinde ekseriyeti sülûsan ile karar verildi.).

Aynı şekilde Arazi Kanununun 41 inci maddesinin ve netice olarak Kanunu Medenin neşriyle 1274 tarihli mezkûr kanunun halit ve şerike ve hakkı rüçhana müteallik hükümlerinin mülga olduğu müteaddit temyiz kararlarıyla dahi teyit olunduğu³ ve keza Mecelle hükümlerine göre icareteynli vakıf topraklarda dahi cereyan etmiyen şuf'a hakkının, Medenî Kanun hükümleri icabı câri bulunduğu takarrür ettiğinden, bugün artık bil'umum arazide M. K. numuzun şuf'a hükümlerinin tatbik kabiliyeti bulunduğu tavazzuh eylemiştir.

§ II. Medenî Kanun Hükümlerine Göre Şuf'a Hakkının Mevzuu

Umumî bir kaide vaz'etmek lâzım gelirse denilebilir ki, «bir alım-satım aktinin mevzuunu teşkil edebilen her şey şuf'a hakkına konu olabilir»⁴. Bununla beraber bu kaide şuf'a hakkının her nev'inde ve satışa mevzu olan her şeyde mutlakiyetini aynen muhafaza edemez. Bu sebeple mes'eleyi muhtelif ihtimallere göre incelemek lâzım gelmektedir.

I — Gayri menkuller :

Bugün gerek akti, gerek kanunî şuf'a hakkının mevzuunu tereddüt ve münakaşasız teşkil eden şey «gayri menkul» lerdir. Eski hukukun anladığı mâna ve nev'ideki arazi şekillerini bir tarafa bırakırsak⁵, görürüz ki, Medenî Kanun mad. 632 de gayri menkul telâkki olunacak şeylerin sahasını yalnız araziye inhisar ettirmemiş ve şumulünü daha da genişletmiştir. Mezkûr maddeye göre, «gayri menkul mülkiyetinin mevzuu, yerinde sabit olan şeylerdir». Ve araziye ilâveten «Tapu sicilinde müstakil

3) Yargıtay 1 inci H. D. nin 13/5/1929 ve 30/4/1939 tarihli kararları, Vehbi Başkan, a. g. e., Sah. 17; (Keza Y. 1. H. D. 1/4/1930 T. kararı - C: A: Gücün, Nazari ve Ameli Hukuk Dâvaları - Gayrimenkuller Hakkında, İst. 1945, 2 nci tabı, Sah. 162.

4) Haab - Kommenter zum Z. G. B. Sachenrecht, 1936 (Aynı Haklar Şerhi - Henüz nesredilmemiş, B. Davran tercümesi) Sah. 413, No. 31; Fikret Arık, Şuf'a Hakkı Üzerinde Bir İnceleme, Ad. Cer. 1943, sayı 9, Sah. 807.

5) Mamafih eski hukukta da «arazi, madenler ve daimi haklar (Hakkı şirp, mesil v. s. gibi) gayri menkuller hükmüne tâbi tutulurlardı. C. A. Gücün, a. g. e., Sah: 73 ve altındaki not.

ve daimî olmak üzere ayrıca kayıt edilen haklar» ve «madenler» de gayri menkul telâkki olunmaktadır.

1. Arazi :

Kürrenin musattah bir kısmının dört tarafı tahdit edilmiş ufki ve muayyen bir parçasına arazi diyoruz⁶. Medenî Kanunumuz bu mânadaki bil'umum toprak parçalarını arazi mefhumu altında gayri menkul mülkiyetine mevzu olarak kabul etmektedir. Halbuki eski hukukumuzda yalnız arazi memlûkenin bu mânada olduğu, diğer nev'i toprakların ise rakabesinin devlete, ancak tasarruf selâhiyetinin bir takım şart ve nev'iler içinde, ferdlere ait olduğu ve bu sebeple de şuf'a hakkının yalnız birinci nev'i topraklarda câri bulunduğu malûm hususattandır.

Bugün arazi parçalarının birer mütemmim cüz'ü olan binalar ve dikilen şeyler de — eskisinden farklı olarak — gayri menkuller meyanına dahil edilmektedir. Ancak hafif binalar⁷ ve teferruat sayılan şey'lerle, menkul mülkiyetine girdikleri halde gayri menkul mülkiyetine mevzu olamayan irtifak rehin vesaire gibi haklar⁸, gayri menkul mülkiyetine ve binnetice mefhumuna girmemektedirler.

Binaenaleyh bu izahat dairesinde olarak gayri menkul mefhumuna dahil olan bil'umum arazi parçaları, diğer şeraitte bulunmak kaydıyla, akti ve kanunî şuf'a hakkına mevzu olabilmektedirler.

2. Müstakil ve daimî olmak üzere Tapu siciline ayrıca kaydedilen haklar :

Üst hakkı, kaynak hakkı gibi bir takım irtifaklardan ibaret olan bu aynî hakların hakikatte fizikî birer gayri menkul olmadıkları muhakkaktır. Ancak, bazı kayıt ve şartlar altında⁹ bu hakları, uzun bir müddet

6) C. Abdürrahim Gücün, a. g. e., Sah. 73.

7) M. K., mad. 654.

8) Gerçi bazen «bir inşaat hakkının, irtifak - rehin v. s. haklarla takyid edildiği söylenirse de bu mecazıdır. Bu takyidat bizzat inşaat hakkı üzerine değil, arazi üzerine taallük ederler. Bak: Wieland - Aynî Haklar, I. Hakkı terc. 2 nci tabı, Ank. Sah. 112.

9) Bu müstakil ve daimî hakların gayri menkul sayılabilmeleri için şu şartları muhtevî bulunmaları lâzım geldiğini hatırlatırız:

a) *Tatiklâl şartı*: Haklar müstakil olmalıdır. Yani müstakillen devredilme-lidir. Binnetice şunlar müstakil ve daimî haklar arasına girmezler: aa - suretî mutlakada devri kabil olmıyan haklar (intifa, diğer irtifak hakları gibi); bb - müstakillen devri kabil olmıyan sair haklar (gayri menkul irtifakları, tecavüz eden mecrabat,

için ve müstakil bir mahiyette olmak üzere tapu sicilinde ayrı bir sahifeye kaydolunmaları halinde, mecazen ve hükmen olsun gayri menkul telâkki etmekte kanun vazıı iktisadî ve içtimâî faideler mülâhaza etmiştir.

Einaenaleyh şeraitini câmi bu müstakil ve daimi haklar, gerek temlik ve temellükte, gerek terhin, iktisap müruru zamani ve hattâ intifa haklarında tam bir gayri menkul muamelesi gördükleri gibi, şuf'a hakkına mevzu olma bakımından da tıpkı bir gayri menkul telâkki olunurlar.

3. Madenler :

Eski hukukumuzda da gayri menkuller arasına katılmış bulunan ve haklarında «Nizamnamei mahsus ahkâmı cereyan eden»¹⁰ madenlerin, bugün de aynı sınıfa dahil bulunduğunu görüyoruz. Ancak gayri menkul sayılan, maden imtiyazları yani onları istihsal etme hakları değil, bizzat arzın mütemmim bir cüz'ünü teşkil eden *maden damarlarıdır*. Yalnız bu damarların sahibi, aynı zamanda üstündeki arsanın da maliki ise, karşımızda sadece bir gayri menkul ve tapuda da her ikisi için yalnız bir sahife vardır. Fakat arsa ve maden başka başka kimselerin ise, madenin maliki tapuda ayrı bir sahife açtırmağa mecburdur. Böylece o maden de ayrı bir gayri menkul olmuş olur.

Mevzuubahis madenin maliki tek bir kişi olabileceği gibi, müteaddit kimseler de olabilir ve ona göre de hem aktî, hem kanunî şuf'a hükümlerinin mevzuunu teşkil edebilirler. Hattâ madenlerde gerek aktî, gerek kanunî şuf'a hükümleri daha sık ve enteresan bir şekilde tatbik imkânını haizdirler. Zira gerek müstakil sahip olup aktî şuf'a ile muayyen bir müddet için şuf'a mükellefi durumuna girmiş olan, gerek hissedar olduğu için kanunî şuf'a mükellefi vaziyetinde bulunan kimse maden hissesini mütemadiyen muattal vaziyette bırakamayacağına ve ekseriya ceste ceste işleterek satışa arzedeceğine göre, şefi'in her satış halinde dermeyan edeceği şuf'a hakkına muhatap olacaktır. Bu sebep te gösteriyor ki, şuf'a

binalar).

b) *Hakkın daimiliği şartı*: Daimi demek mutlak ve ebedi demek değildir. Bu hakların kâfi derecede uzun müddetli olmaları ve — ekseri müelliflerin kabul ettikleri gibi — en az 30 senelik olarak tesis edilmeleri şarttır. Gayri menkul mükellefiyetleri gibi, kanunen bozulması kabil olmayarak tesis edilen haklar, daimi ve bağımsız haklar meyanına girmezler.

c) *Tapu siciline tescil*: Mezkûr hakkın tapuda mükellef gayri menkulün sahifesine tescilli kâfi değildir. *Hususî bir sahifede* kaydedilmesi lâzımdır. Bak: Wieland, a. g. e., Sah. 115 ve C. A. Gücün, a. g. e., C. I, Sah. 74:

10) CC. A. Gücün, a. g. e., Cilt I, Sah. 74.

hakkının ilk satışta mı, yoksa müddet içindeki her satışta mı dermeyeran edilebileceği hususu iyice aydınlatılmağa lâyıktır¹¹.

II — Menkuller :

Şuf'a hakkının bütün nev'ilerine mevzu olmak bakımından «gayri menkullerde» gördüğümüz ittifak ve sarahati, maalesef «menkul» lerde bulamamaktayız.

1 — Evvelâ kanunun sarîh hükmü karşısında menkullerin kanunî şuf'a hakkına mevzu olup olmadığı hususunda bir münakaşa ve tereddüt havası yaratmağa lüzum olmadığını söyleyebiliriz. Çünkü kanunî şuf'a hakkından bahseden T. M. K., mad. 659 (I. M. K., mad. 682): «*Bir gayri menkul*'ün hissedarları...» ibaresini kullanmış bulunmaktadır. Eğer kanun vazı, menkullerde de şuf'a hakkının cereyanını tecviz etmiş olsaydı, her ikisine şâmil bir tâbir istimal ederdi. Nitekim bu husus Doktrin ve juris-prüdansta¹² da kabul edilmiş bir keyfiyet olduğu için üzerinde fazla durmak fuzulî bir zaman kaybını tevhit edecektir.

2 — Buna mukabil acaba menkul bir mal, aktî şuf'anın da mı mevzuunu teşkil edemeyecektir? İşte bütün ihtilâflar bu noktada toplanmaktadır.

Menkullerin aktî şuf'a hakkının da mevzuu olamayacağını söyleyenler¹³ şu esbabı mucibelere dayanmaktadırlar:

a) Bir kerre gerek aktî, gerek kanunî şuf'a hakkı, gayri menkul mülkiyetine müteallik babda tanzim olunmuştur.

b) Saniyen, her ne kadar kanunî şuf'a hakkına müteallik maddedeki kadar vazıh değilse de, mukaveleden mütevellit şuf'adan bahseden M. K. 658 inci maddede de yalnız gayri menkullerin esas alındığını iddia edecek derecede deliller bulunabilir. Meselâ: İkinci fıkrasında «sicilde şart gösterilmemiş ise *gayri menkulün* müddeaaaleyh'e satışındaki şarta itibar olunur» ibaresinde hassaten gayri menkul denmiştir.

c) Nihayet bugün tapu sicili sadece gayri menkullerin tescil veya şerhi için ihdas olunmuş bir müessesedir. Bir an için şuf'a hakkının menkullerde de cereyan ettiğini kabul etsek, bu hakla yüklenen menkulün

11) Bak: «Şuf'ada Feragat» makalemiz, İst. Baro D. Mayıs 1951 sayısı.

12) E. Mardin, Doktora İhtisas Kurları takriri; Haab, a. g. e., Sah. 424, No. 53 ve ondan naklen A. V. J. S. 20, Sah. 119 devamı; Gücün, a. g. e., Sah: 155, Cilt I:

13) Meselâ bizde C. A. Gücün, a. g. e., Cilt I, Sah. 155.

tapuya şerh imkânını nasıl temin edebileceğiz? Buna gerek mevzuat, gerek bir menkulün mahiyeti müsait değildir. Bütün bu sebepler gösteriyor ki, — eski hukukumuz gibi — yeni hukukumuz da menkullerde şuf'ayı kabul etmemiştir.

Bu deliller arasında — sonuncusu hariç — hiç birisinin menkullerin akti şuf'aya da — mutlak surette — mevzu olmamasını temin eyleyecek kuvvette bulunmadığını söyleyebiliriz. Evvelâ akti şuf'anın da, kanunî şuf'a gibi gayri menkul mülkiyetine müteallik kısımda yer almış olması, menkullerin mukavelevi şuf'aya konu olamayacağı yolunda bir sebep diye gösterilemez. Çünkü Türk - İsviçre M. K. da bu yer alış, hükümlerin de her noktada aynı olmasını temin gayesinin değil, sırf kanunî şuf'a hakkıyla olan sıkı rabıtasının bir eseridir ve esasında hatalıdır. Buna rağmen yine biliyoruz ki, akti şuf'a, mülkiyetin bir kanunî takyidi olmak vasıf ve mahiyetini de haiz değildir. Bir an için onların fikirlerini benimseysek, aynı esbabı mucibeye istinaden meselâ akti şuf'anın tadil veya ilgasının da resmî şekil ve tapuya tescille mümkün olacağını iddia ve kabul etmemiz lâzım gelir. Böyle bir iddianın ise ne nazariyat, ne de tatbikatta bir mesnet bulamadığı bedihîdir. Hülâsa, hatalı bir tanzim tarzına istinaden akti şuf'anın menkullerde cereyan etmiyeceğini isbata kalkışmak ta bir hatadır.

İkinci esbabı mucibelerine yâni M. K. mad. 658 de «Gayri menkul» tâbirinin geçişine dayanarak akti şuf'anın da yalnız gayri menkullerde câri olabileceği fikrine gelince, bunun cevabını, haklı bulduğumuz üçüncü delillerin üzerinde durduktan sonra vermeyi daha münasip görüyoruz.

Filhakika teslim etmek zaruretindeyiz ki, bugünkü mevzuatımız, menkullerin tapu siciline tesciline müsait değildir. Nitekim bu husus doktrinde de kabul edilmiş bir keyfiyettir¹⁴. Gerçi mülkiyeti muhafaza şartıyla satışta¹⁵ menkuller için dahi bir sicilden bahsediliyorsa da bu sicil tapu sicili değil, noterler tarafından tanzim olunacak mahsus bir sicildir. Ve bugünkü kanun hükümlerimiz menkul şuf'asının da şerhinin bu tarzda yapılmasına — bu yolda bir sarahat olmadığı için — müsait değildir. İşte bu sebeple şu son delillerini kabul ediyor ve bunun neticesi olarak da akti şuf'a hakkının — mutlak olarak — menkullerde cereyan ettiğini iddia edemiyoruz. Başka bir izah tarzıyla menkullerin mevzu olduğu bir şuf'a hakkının tapuya şerh verilemeyeceğini ve ancak bu tarz bir şuf'anın şahsî neticeler doğurabileceğini, şuf'a mükellefinin akte

14) Ezcümlle Haab diyor ki: «Yalnız gayri menkule taallük ettiği takdirde şuf'a hakkının şerh verilmesi mümkündür» a. g. e., Sah. 414.

15) Bak: M. K., mad. 688/1.

muhalefeti halinde ise, üçüncü şahıslara dermeyan edilemiyerek şefiin ancak âkitden zararı ziyan istemek hakkı bulunduğunu söylüyoruz.

Zannedersek bu izahatımızla ikinci delili de cevaplandırmış olduk. Çünkü M. K. mad. 658/2 ancak «tapuya şerh verilen aktî şuf'a» hükümlerini tanzim etmektedir. Biz de esasen mevzuu menkul olan bir şuf'a aktinin tapuya şerh edilebileceğini iddia etmiyoruz. Son olarak eski hukukumuzun menkullerde şuf'ayı kabul etmemesindeki gaye ve sebep farkına da temas etmek isteriz.

Malûm olduğu üzere eskiden şuf'a «fena komşuluktan tevellüt etmesi muhtemel zararı def için» kabul olunmuştu. Menkullerde ise bu muhtemel zarar gayri menkullerdeki kadar devamlı ve tehlikeli görülmediği içindir ki, şuf'a tecviz edilmemişti. Kaldı ki, bu delili çürütmek için gaye farkına dahi gitmeğe lüzum yoktur. Zira eski hukuk sadece kanunî şuf'a haklarını tanzim etmişti. Yeni hukukun da kanunî şuf'ada menkulleri bir mevzu olarak kabul etmediği malûmdur. Bizim iddiamız ise, aktî şuf'aya taallük etmektedir.

Hülâsa, bugünkü Türk - İsviçre mevzuatına göre, menkullerde de aktî şuf'anın cereyanı mümkündür. Ancak menkullerin tapuya şerh imkânı bulunmadığından bunların hükümleri şahsî bir hak olmaktan ileri gidemezler¹⁶. Nihayet bu tarz bir şuf'a hakkı şahsî bir hak mahiyetinde olduğundan tesis sırasında mevcut olmıyan şeyler üzerinde de, «meselâ yetiyecek mahsuller üzerinde de» şuf'a hakkının M. K. mad. 23 ve B. K. mad. 20 çerçevesinde tesisi mümkündür.

III — Mütemmim cüz'üler :

Umumî seciyesinin hilâfına olarak ehemmiyetine binaen Türk - İsviçre M. K. nun mad. 619 da tarifini yaptığı mütemmim cüz'üler, mahiyetleri icabı istisnaya cevaz verilmeksizin aslın bey'inde de dahil sayılırlar. Şu «aslâ taallük eden kanunî hükmün (karar veya hukukî tasarrufun) mütemmim cüz'ede sirayetinin» bir neticesi de, esas şey üzerinde tesis olunan bir şuf'a hakkının, cüz'ü mütemmime de şâmil olması yani onu da şuf'a mükellefiyetinin sahası içine almasıdır. Bu gayet tabii bir neticedir. Ancak üzerinde durmağa değen hususları belki şu noktalar teşkil edebilir:

Malûm olduğu üzere mütemmim cüz'ün hükümlerinden birisi de «O şey üzerindeki aynı hakların onun mütemmim cüz'ü olması ile birlikte

16) Bu fikirde olanlar için bak: F. Arik, a. g. e., Sah. 807; T. Sebük, Şuf'a, Vefa ve İştirâ Hakları, İst. 1951, Sah. 44.

sukuta uğraması» dir¹⁷. Bunun en iyi misalini de mülkiyeti muhafaza mukavelesinde görmek mümkündür. Bu şekil bir anlaşma ile meselâ bir banyo satın alan kimse onu derhal apartmanına yerleştirmişse bayiin aynı hakkı sukut eder ve ancak şey'in bedelini alabilir. Şayet bu banyo üzerinde bâyi başkası ile bir şuf'a hakkı tesis etmiş idi ise, esasen — banyo menkul olduğu için tapuya şerh verilemediğinden — şefiin üçüncü şahsa hakkını dermeyeran imkânı bulunamayacaktır. Ancak bâyiden tazminat isteyebilecektir. Fakat satıcının da, mülkiyeti muhafaza mukavelesine rağmen mebiî mütemmim cüz'ü haline sokması neticesi olarak şefie karşı ödemeye mecbur kaldığı zararı ziyan için müstecire bir rücu hakkı bulunabilecektir.

Medenî Kanununun mütemmim cüz'ü telâkkisinin inkılâp hükümlerinden biri de kat mülkiyetine son vermesidir. Halbuki Mecellenin, istisnaen (üst katın alt katta vücubu kararı bulunması halinde) cevaz verdiği bu kat mülkiyetinde car'ü mülâsıklık sebebiyle şuf'a hakkını tanıdığını hatırlamak lâzımdır¹⁸.

IV — Teferruat :

Umumî olarak teferruat, menkul veya gayrimenkul diğer bir şeyin iktisaden istifadesine daimî surette tahsis edilmiş olan menkul şey'lerdir. M. K. mad. 621 de tarifî verilen teferruatın, mütemmim cüz'ülerden farklı olarak asıl akitten istisnaları mümkün olduğu gibi, müstakil bir akte de mevzu olabildiğinden şuf'a hakkının mevcudiyet ve şümulü burada daha da enteresanlaşmaktadır.

Her biri müstakillen tapuda müseccel olduğundan dolayı bir gayri menkul, diğer bir gayri menkulün teferruatı olamayacağından, bunlar daima menkul şeylerdir. Eğer asıl şey bir şuf'a hakkına mevzu teşkil ediyorsa, teferruat da — ayrıca tasrih olunmasa bile, hilâfına bir kayıt ve anlaşma olmadıkça — şuf'a hakkının şümulüne dahil sayılır. Zira M. K. mad. 621 e göre, «bir şeye ait yapılacak temlikî tasarruflarda o şey'in istisna olunmayan teferruatı da dahil olur.» yani kaide hukukî tasarrufun şümulüne teferruatın da girmesidir. Ancak şuf'a hakkının şu işmali için, teferruatın da üçüncü şahsa satılmakta olması tabii bir şarttır. Aksi vaziyet, yani malikin onu üçüncü şahısla yaptığı bey aktinden hariç tutması, bilâhare şefiin şuf'a hakkına onu da dahil etmesine imkân vermez¹⁹.

17) Bak: E. Mardin, 1941-1942 Fakülte ders notları.

18) Mecelle, mad. 1011.

19) Haab, adı geçen eser, Sah. 413.

Teferrüatın böyle asıl şey'in akibetinden istinai mümkün olduktan başka, o, müstakillen bir satışa da mevzu teşkil edebilir, dedik. Zira teferrüat esas şey'le, kendi varlıklarını kaybetmeden haricen (daha çok iktisaden, fakat mutlaka maddeten değil) birleşmiş ve bilhassa esas şey'in hizmetine daimî surette tahsis olunmuş menkullerdir. Madem ki teferruat böyle, mütemmim cüz'ülerden farklı olarak ve menkul mülkiyetine ait kaidelere tevfikân müstakil tasarruflara mevzu olabiliyor: meselâ terhin veya bey olunabiliyor. O halde şuf'a hakkı bakımından şu iki suali cevaplandırmak lâzımdır:

Teferrüat istisna olunmaksızın evvelce asıl şey için tesis olunan bir şuf'a hakkı, asıl durarak sadece teferruatın satışında da dermeyeran edilebilir mi?

İkincisi de, asıl şey her hangi bir şuf'a hakkıyla takyit olunmadığı halde yalnız teferrüat üzerinde böyle bir hak tesis olunabilir mi?

Her ikisine de müsbet cevap vermek lâzımdır. Çünkü M. K., mad. 621/1 mutlak bir şekilde asla ait hukukî tasarrufun şümulüne o şey'in istisna olunmayan teferruatını da kattığına göre, şuf'a hakkının tesisi sırasında teferrüat vasfını haiz bulunmak şartıyla pek alâ o da bu şuf'a hakkını yüklenmiştir. Binaenaleyh yalnız onun satışı halinde de şefi hakkını kullanabilmelidir. Bu husus mevsuf şuf'ada bilhassa sarıhtir²⁰. Hattâ «asıl şeyden muvakkat bir zaman için ayrılmakla teferrüattan olmak sıfatı zail olmadığından²¹, şuf'a hakkının tesisi sırasında böyle bir muvakkat ayrılış dahi, bilâhare kendisine şuf'a hakkının dermeyeranına manî olamaz.

Keza teferrüat tek başına bey v. s. ye mevzu olduğuna göre, yalnız onun üzerinde de şuf'a hakkı tesis edilebilir. Yalnız gerek müstakillen, gerek şey'in başkasına, teferrüat hariç bırakılmaksızın, satışında şefi, üçüncü şahsa şuf'a hakkını dermeyeran edemez. Çünkü menkul hükmüne tâbidir. Ancak bâyiden tazminat ister.

V — Tabii semereler :

Meslek itibariyle tariften kaçınan Medenî Kanunumuz tabii semereler bahsinde de bu esastan ayrılmıştır²². Umur³ olarak semereler, bir şey'den muayyen fasıllı devrelerde husule gelen ve onun iktisadî gelirini teşkil eden şey'lerdir. Ancak bu tabii semerelerin bir kısmı (meyveler,

20) Vaucher (Georges), Les Droits de préemption, déemption et de réméré du code civil suisse - thèse, 1916, Lausanne, Sah.73 - 74.

21) Bak: M. K., mad. 621 son fıkra.

22) Bak: M. K. mad. 620.

hayvanların yünü, sütü gibi) muayyen bir zamanla takayyüd ederler. Asıldan ayrılınca hakikî kısımda bir noksanlık, bir bozukluk hasıl olmaz. Ve asıl şey'le olan ittisalleri daima infisale namzettirler.

Diğer bir kısım tabii semereler ise (madenler gibi) zamanla takayyüde tâbi değillerdir. Asıldan ayrılmakla o asılda bir noksanlık hasıl ederler ve onları istihsal etmedikçe daima aslın mütemmim cüz'ü olarak kalırlar²³. Birincilerine (hakikî), ikincilerine de (hükmi) tabii semere adları verilmektedir.

Acaba şuf'a hakkına mevzu olmak bakımından bu iki nev'i tabii semerenin durumu nedir?

M. K. mad. 620, «Bir şey'e malik olan kimse, o şey'in tabii semerelerine de maliktir» derken, medenî semerelerin aksine olarak, «hukukî tasarrufların şümül sahasına bunların da dahil olduğunu» belirtmektedir. Binaenaleyh, tabii semerelerin de, şuf'a hâdisesi vukubulduğu zamanki haliyle şuf'a hakkının şümülüne girmesi kaidenin bir neticesi olacaktır. Esasen aynı maddenin son fıkrası «tabii semereleri, ayrılıncaya kadar asıl şey'in mütemmim cüz'ü telâkki ettiğine göre bunların da asıl şey için mevcut olan şuf'a hakkına dahil olacağı tabiidir.

Yalnız şuf'a mükellefi, şey'i üçüncü şahısla yaptığı satış şartları dahilinde, şefie devir külfetini yüklediğine göre, satış akti yapıldığı sırada henüz kemale ermemiş tabii semerelerin, meşfu müştəfinin uhdesinde iken, kemale ermesi ve hattâ bunları müşterinin iktisab etmiş bulunması hallerinde vaziyet ne olacaktır?

Demek oluyor ki, tabii semereler, şuf'a hakkı bakımından şey malikin elinde ikenden daha çok, müşterinin yedinde bulunduğu sırada önem kazanmaktadır. Türk - İsviçre Medenî Kanun sisteminde istihlâf nazariyesi câri ve hâkim bulunduğuna göre, müşterinin bu devredeki durumu için Curti ile beraber²⁴ biz de sebepsiz iktisap hükümlerinin tatbikine kaniiz.

Esasen müşteri tarafından idrak edilen semereler için, pek muhterem hocam Ord. Prof. Ebül'ulâ Mardin'in de bilhassa işaret ettikleri gibi «müşteri aleyhine sebepsiz iktisabı yüzünden B. K. mad. 61 ve müteakip hükümlerine dayanılarak iade zamanında mevcut semerelerin geri verilmesi yolunda açılacak bir dâva da kanunen müvecceh bulunmaktadır»²⁵.

23) Bak: Ebül'ulâ Mardin, a. g. ders notları.

24) Curti et Ferrer, Kanunu Medenî Şerhi (Türk - İsviçre), terc. Ad. Vekâleti, 1930, İst. cilt II, Sah. 367.

25) E. Mardin, Şuf'ada istihlâf naz. İst. Baro D. Ekim 1948, Sah. 589.

Netice şu oluyor ki, henüz idrak edilmeden tabii semereler de şuf'a hakkına — nihayet bu safhada bir mütemmim cüz'ü olduğu için — tasrihsiz dahil olmakta; müşteri tarafından idrak edilenler için de yukarıdaki hüküm tatbik edilmektedir²⁶.

VI — Şuf'a hakkının şey'in ancak bütününde veyahut muayyen bir kısmında da tesis edilip edilemeyeceği meselesi :

Evvelâ bir gayrimenkulün tamamına sahip olan kimsenin o gayrimenkulün şâyii kısımları üzerinde şuf'a hakkı tesis edip edemeyeceği mes'ele-sini halletmek lâzımdır. Pek çok ihtimaller gibi bunun da cevabını doğrudan doğruya ve sarîh bir şekilde Türk - İsviçre Medenî Kanununda bulmak, mümkün değildir. Halbuki Alman Medenî Kanunu mad. 1095 deki hükmü ile²⁷ bu yolu kaideten kapatmakta ve ancak istisnaen bu şâyi hissenin bir müşterek malikin hissesi olması hali için açmaktadır.

Ancak Alman Medenî Kanununun şu hal tarzına bizde de şuf'a hakkının ihdas gayesi bakımından varmak mümkündür. Nitekim bazı müelliflerin bilhassa belirttikleri gibi²⁸, bu şekilde gayrimenkulün tamamına malik olan kimsenin, onun şâyi bir cüz'ü üzerinde şuf'a hakkı tesis etmesine müsaade etmekle kanunun takip ettiği gayeye aykırı neticeler doğacağını, zira bu suretle ortaya bir müşterek mülkiyet münasebetinin çıkacağını, şuf'a hakkının ihdas gayesinin ise müşterek mülkiyet hallerini çoğaltmak değil, bilâkis onları imkân nisbetinde azaltmak ve müstakil mülkiyet haline ifrağ etmek olduğunu göz önünden uzak tutmamak lâzımdır.

Fakat böyle değil de, esasen müşterek mülkiyet halinde tasarruf olunan bir mülkiyette, şâyi hissedarlar, haiz oldukları kanunî şuf'a haklarına rağmen, hisseleri üzerinde başkaları lehine bir de aktî şuf'a tesis etmek istiyorlarsa, bu mümkündür. Hattâ bu aktî şuf'ayı tapuya şerh vermiş olsalar dahi, sırada hissedarların kanunî şuf'a haklarından sonra geleceği için burada yukarıdaki mahzur da yoktur. Böylece, şuf'a hakkının şey'in bütününe şâmil olmak üzere tesis edilebileceği kaidelerini vaz'ettikten ve istisnaen müşterek mülk hissedarlarının şâyi hisselerinde bu nev'i bir hak iddiasına selâhiyetleri olduğunu öyledikten sonra «bir

26) Eski hukukumuzun tabii semereler hakkındaki hükümleri için bak; Ali Haydar, Şerh-ü Mecelle-t-ül ahkâm, İst. 1330, son tabı, cilt III, Şah. 214 - 215.

27) B. G. B., mad. 1095: «Bir gayri menkulün şâyi bir hissesi üzerinde S. H. nin tesisi, bu hisse ancak bir malikin hissesi olduğu takdirde mümkündür».

28) Schimid, Das Verkaufsrecht, Basler Studien z. r. 1934, Sah. 65.

gayrimenkulün fiilî ve hakikî bir parçasına münhasır olacak bir şuf'a hakkının» tapuya şerh cephesini de halletmek lâzımdır.

Haab²⁹ «kütük sayfasının vahdeti esasına binaen şerh vermeden önce gayrimenkulün parsellere ayrılması ve sathın mezkûr kısmı için müstakil bir sahife açılması» fikrindedir. Buna mukabil Schmid ve Vaucher ise^{29 a} parsellere ayırmadan, doğacak masrafları göz önünde tutarak, «şerhin bütün gayrimenkul üzerine yükletilmesi ve şuf'a hakkı devir ve temlik kabiliyetini haiz olmamak şartıyla, şefi için şahsî bir borç tesis edilerek ş. h. nı kullanmayı gayrimenkulün fiilî ve maddî parçasına inhisar ettirmenin tavsiyeye şayan olduğunu» ileri sürmekte ve bu itibarla bu kısım için tapuda ayrı bir sahife açmağa mahal olmadığını ilâve etmektedirler. Zira Schmid'e göre, «Şerh şümul itibariyle tahdit edilebilir ve ifraz, ancak şuf'a hakkı kullanıldığı zaman yapılmak lâzım gelir».

ŞUF'A HAKKININ SÜJELERİ

§ I. Şuf'a hakkı sahibi (Şefi)

I — Kimler şefi olabilir ?

Bütün şuf'a nev'ilerinde süje olarak daima en az üç kişi bulunmak lâzımdır : Şefi, şuf'a mükellefi, müşteri...

Bunlardan şefi yani şuf'a hakkını haiz olan kimse, şuf'a hakkının aktif tarafını teşkil eder.

Şefi, aktî şuf'ada, şuf'a mukavelesini hak sahibi sıfatiyle aktetmiş olan kimse, yani bu inşai hakkın kendisine bahşedildiği şahıstır.

B. K. Md. 111 mucibince üçüncü bir şahıs lehine yapılmış bir şuf'a aktinde ise, şefi, lehine tesis olunan hak sahibidir.

Muayyen mal vasiyetine dayanan bir şuf'a hakkında da, lehine muayyen mal vasiyet edilmiş olan şahıs yani (muayyen mal musalehi) şefidir.

Müşterek mülkiyetten tevellüt eden kanunî şuf'ada ise, her şâyi hissedar hâdisesine göre hem şefi, hem şuf'a mükellefidir.

29) Haab, a. g. e., Sah. 414.

29 a) Schmid, a. g. e., Sah. 65; Vaucher, s. 68.

Yalnız, şefiin daima belli ve hattâ mevcut bir kimse olması da gerekmez. Umumiyetle ölüme bağlı bir tasarruf sonunda, ihdas olunan yahut üçüncü şahıs lehine yapılmış olan bir akitten doğan şuf'a haklarında şefi olarak, müstakbel bir kimsenin gösterilmesi az rastlanılan hâdiselerden değildir.

Keza şuf'a hakkı sahibinin mutlaka muayyen bir kimse olması da zarurî değildir dedik. Şuf'a hakkının nevilерinden birisi olarak (ayna muzaf bir şuf'a hakkı) nın tesisi de pek âlâ mümkündür. Böyle bir gayrimenkul lehine tesis olunan şuf'a mukavelenamesinde şefi, müstefit gayrimenkulün değişen her sahibidir. Yani o gayrimenkülü iktisap eden her şahıs şuf'a hakkını da birlikte devralmış olmaktadır.

Nihayet şefi sıfatını her zaman «hakikî şahısların» haiz olabileceği de düşünülemez. Haktan müstefit olan kimse, bir «hakikî şahıs» kadar, bir «hükmi şahıs» ta olabilir. Ezcümle bir anonim şirket yahut bir iktisadi devlet teşekkülü lehine de bir şuf'a hakkı tanınabilir.

Şuf'a hakkı sahibinin bir kişi olmasında, meşfuu iktisap bakımından pek güçlük yoktur. Şuf'a hakkı bugün dahi tecezzi kabul etmediğine göre şefi meşfuu ya tamamen alır yahut tamamen bırakır.

Fakat hak sahiplerinin taaddüdü halinde — ki bu taaddüt ya aktin in'ikadı esnasında mevcut olur, yahut da külli veya cüz-î halefiyetten neş'et edebilir — eğer hepsi de veya bazıları şuf'a haklarını istimal edecek olurlarsa, meşfuun aralarında ne tarzda ve nisbette paylaşılacağı meselesi ortaya çıkar.

Bu mesele memleketimizde — bilhassa kanunî şuf'ada — hakikaten üzerinde durulmağa ve münakaşa edilmeğe değer bir mahiyete bürünmüştür. Bu itibarla hâdiseyi ayrı bir rakam altında incelemeye doğru gördük.

II — Şuf'a hakkından, hissedarlar ne nisbette faydalanacaklar ?

İslâm hukuku tetkik edilirse görüleceği gibi bu mesele ta mezheplerden berî münakaşa edilegelmektedir. Şuf'a hakkını haiz müteaddit şefi bulunduğu ve bunların hepsi de — bittabi aynı dereceye mensupsalar — haklarını usulüne uygun olarak istimal ettikleri takdirde meşfuu ne nisbette alacaklardır ?

Hisse miktarlarını hiç nazarı itibare almadan hissedar adedine göre müsavatan mı bir taksim yapılacak, yani hukukî istilâhı ile (adedî rûûsa) mı itibar olunacak; yoksa her biri hisseleri miktarınca mı şuf'a haklarından istifade edecekler. Yani (miktarı siham) mı esas alınacaktır ?

Mezheplerden malikî ve şafii, miktarı sihamı esas alınmakta ve şu delilleri ileri sürmekte idiler :

Şuf'a hakkının vücubu, takaddüm eden mülkiyetten neş'et etmektedir. Ve bu sebeple de şefilerin meşfuudaki alış nisbetleri, mülkiyet derecelerine göre inkisam etmelidir.

Keza miktarı sihama itibar etmek lâzımdır. Çünkü şuf'a hakkı fena komşuluktan tevellüt edecek zararı def için kabul ve ihdas olunduğu ve zararın da hisselerine göre mütefazıl bulunduğu gayet tabii olduğuna göre, şefilerin istihkak ve istifadelerinin de o nisbette olması hak ve nispet kaidesidir.

Buna mukabil Hanefî fıkhi (adedi rûûsu) esas almıştır. Mucip sebepleri ise hülâsatan şunlardır :

Filhakika şuf'anın vücup sebebi, ona tekaddüm eden mülkiyettir. Fakat bu mülkiyetteki hisselerin azlığı ve çokluğu değil, bizzat mülkiyetin kendisi, yani «zâtı mülk» tür. Bu itibarla sebepte çokluk bir kıymet ve fazlalık temin etmez. İhtisada müsavat bulunduğu göre, istifade de müsavat olmalıdır v.s.³⁰.

Mezheplerdeki şu iki ana telâkki muhtelif memleketler mevzuatına da aksetmiştir. Bu arada ezcümle Şark'ta Irak, Garbde Yeni İtalyan Medenî Kanunları ve Hanefî Fıkhiına tebaan bizde de Mecelle (adedi rûûs) esasını kabul etmiştir³¹. Ve bittabi Medenî Kanunumuzun kabul tarihi olan 1926 senesine kadar, müteaddit şüfeanın, haklarını istimali halinde, hisse nisbetlerine bakılmaksızın şahıs adedine göre meşfu gayrimenkul müsavatan taksim olunmuştur.

1926 tarihi, Mecelle hükümleri yerine Medenî Kanunu memlekete sununca, bu sahada da büyük bir tahavvül ve daha doğrusu tereddüt hissedilmeğe başlanmıştır. Zira, Mecelledeki sarih hükme mukabil, Medenî Kanun hiç bir sarahati muhtevî bulunmuyordu.

Yargıtay da aynı tereddütlü havayı yaşamaktan, daha doğrusu Mecelle hükümlerinin tesirinden kendisini kurtaramamış ve bidayette, Medenî Kanun sistemindeki şuf'a hakkının mahiyetine uygun olmıyan «adedi rûûs» esasını kabul ve tatbik etmekte devam etmiştir.

1944 yılına kadar süren bu yol, o tarihten sonra bir ara düzelecek olmuş, fakat aynı daire kararları arasında meydana gelen bu içtihat ihtilâfı nihayet, 11.6.1947 tarih ve 5/18 sayılı tevhide içtihat kararını doğurmuştur³².

Doğrudan doğruya bu içtihadın tenkidine girişmeden mezhepler ve Mecelle hükümlerini hatırlatışımız sebepsiz değildir. Zira mevzuubahs

30) Bak: Ebû'lulâ Mardin, a. g. Doktora İhtisas Kurû takritleri ve Ali Haydar ef., a. g. e., Sah. 141 - 143.

31) Bak: Mecelle, mad. 1013.

32) 24/ Temmuz/1947 tarih ve 6666 sayılı Resmî Gazeteye bak.

tevhidi içtihat kararını okurken de göreceğimiz gibi Yargıtay hemen hemen, neden adedi rüûs esasının kabul edildiğini izah ederken, Mecelledeki ve hattâ Hanefî fıkhındaki esbabı mucibeyi aynen benimsemiş ve nakletmiştir.

Yargıtay'ın, adı geçen tevhidi içtihat kararıyla tekrar (adedi rüûs) esasına dönerken, şu mucip sebepleri serdettiğini görüyoruz:

1 — M. K. Md. 659 da, ne adedi rüûs, ne miktarı siham esasına göre hareket olunacağına dair bir sarahat yoktur.

2 — Ancak metinden anlaşılan tek şey «hissedarlar müteaddit olduğu takdirde bu hakkın aralarında müşterek olacağı» hususudur.

3 — İştirak her nerede mutlak olarak zikr ve irad olunur ve hilâfına delil ve karine bulunmazsa müsavata hamlolunur. Metinde ise böyle bir hilâfa delil ve karine yoktur.

4 — Kanunî şuf'a hakkı, hissedarlar arasına yabancı sokmamak ihtiyacına mebni, ve «herkesin mülkünde istediği gibi tasarruf etmesi» yolundaki hürriyet prensibine muhalif olarak doğmuş bir mülkiyet takyididir.

5 — Bu hakkın doğumuna âmil olan ihtiyaçta hissesi az olan da, çok olan da eşittirler. Binaenaleyh istihkakta da müsavi olmaları lâzım gelir.

6 — Nitekim müteaddit şüfeadan yalnız birisi hakkını kullandığı takdirde, (onun hissesinin az veya çok oluşuna bakılmaksızın) meşfuun tamamını almak hakkına malik oluşu da, mezkûr müsavat hakkının neticesidir.

7 — Kanunda hisseler nisbetinde gibi bir mazmun mülâhazası, karine ve delilsiz, kanuna ilâve yapmak olur.

8 — Kanunun ifade tekniği de kanun vazının kanunî şuf'ada hisse miktar ve nisbetini kastetmediğini gösterir. Zira maksadı bu olsa idi, M. K. Md. 626 daki hüküm gibi, burada da keyfiyeti tashihen zikrederdi.

9 — Şuf'a hakkını semereye benzeterek başka bir neticeye de varmağa imkân yoktur. Çünkü şuf'a hakkı, müşterek mülkün ne tabii semeresi, ne de hukukî mahsulüdür.

10 — Kaldı ki, mes'eledede iktisadî bir mülâhazada kabul olunamaz. Zira, şuf'anın — nadiren vukuundan kat'an nazar — hisselerin bazılarının

az ve bazılarının çok olmasının iktisadî bakımdan yapacağı tesiri anlamak imkânsızdır.

Bütün bu sebeplere dayanan Yargıtay İçtihat Birleştirme Kurulu, birinci oturumunda 2/3 çoğunluk hasil olmadığından, ikinci oturumunda hissedarların sayısına göre şuf'a hakkından faydalanacaklarına dair Birinci Hukuk Dairesinin ilk içtihadının isabetli olduğuna 11.6.947 tarihinde karar vermiştir.

Özünü bu suretle toplamağa çalıştığımız tevhidî içtihat kararında, dikkat olunursa Yargıtay, Mecelledeki esas ve prensiplerin tesiri altında kalmaktan kendini alamamıştır. Çünkü bilhassa 4, 5 ve 10 numaralı mülâhazalarında açıkça görüldüğü üzere, Temyiz Mahkemesi bugünkü kanunî şuf'a hakkının asıl ihdas gayesi ile, dünkü kanunî şuf'anın ihdas sebep ve lüzumunu karıştırmaktadır.

Filhakika Hanefî fıkında ve ona tebaan Mecellede kanunî şuf'anın «fena komşuluktan tevellüt edecek zararı def» esasına bina olduğu ve bu sebeple — hemen adı geçen tevhidî içtihat kararında zikrolunan — esbabı mucibelerin aynı mülâhazalarla³³⁾, adedî rûs esasının kabul olduğu düşünölmek lâzımdır.

Buna mukabil Türk-İsviçre Medenî Kanun sisteminde kanunî şuf'a hakkının asıl vaz'ı sebebi bu değildir. Bilâkis Yargıtay'ın 10 numara ile adlandırdığımız fikirlerinin aksine, iktisadî mülâhazalar, müşterek mülkiyet münasebetine bir an önce son vermek gayesidir ki, kanunî şuf'a hakkını — hem de mülkiyetin kanunî bir takyidi olmak üzere — ihdasa âmil olmuştur.

Eğer tevhidî içtihat kararındaki görüşe uyarak, hissedarların, sehim derecelerini hiç nazarı itibare almaksızın onların sayısına göre şuf'a hakkından faydalanmaları esasını kabul edecek olursak bu gayeye erişmek adeta imkânsız bir hal almış olur. Zira haklarını istimal eden şüfea arasında müsavatan meşfuu paylaşdırmak müşterek mülkiyetten müstakil ve münferid mülkiyete, diğeri derecesinde «ür'atli bir akışı kat'iyen sağlayamaz.

Halbuki miktarı siham esası kabul edilmekle hisse nisbeti fazla olan, meşfudan o nisbette fazla pay alacağı için, onun müstakil mülkiyete doğru her gün biraz daha yaklaşmakta olduğunu ve bir gün şey'in tamamına sahip olacak hale geldiğini göreceğiz. Ankara'da bu mevzudaki temaslarımız esnasında Yargıtay Birinci Hukuk Dairesinin Sayın emekli Başkanı Şefkati Özkutlu, kendileri ile aynı mesele üzerinde konuşurken «Miktarı

33) Bak: Ali Haydar, a. g. e., Sah. 141-143.

siham usulünde bir kapitalizm kokusu mevcuttur» mütalâasında bulunmuşlardı.

Filhakika bu doğrudur. Esasen eski hukukumuzla yeni hukukumuz arasında telifi mümkün olmıyan yegâne fark budur : Yani İslâm Hukukunun ahlâk esasına, Garp Hukukunun da menfaat esasına oturtulmuş olmalarıdır. Fakat bu vaziyet hiç bir zaman kanun vazının ihdas gayesi malûm olan bir hakkın, başka tarzda yorumlandırmasını icap ettirmez.

Belki şuf'a hakkının bu ana vaz'ı sebebinin yanında eski hukukun ve Yargıtay Tevhidi İçtihat kararının dayandığı sair mülâhazalar, hissedarlar arasına yabancı kimselerin girmemesi düşünceleri de yer almış bulunabilir. Fakat bu diğerine nazaran, bugünkü medenî hukuk sistemi-mizde esas sebebi teşkil etmemektedir.

Nihayet 6 numarada zikrolunan âmil (yani yalnız bir hissedarın hakkını istimal etmesi halinde de meşfuun tamamını — hisse nisbetine bakılmaksızın — alabilmesi) şuf'ada câri diğer bir prensibin «şuf'a ne subuten, ne sukuten tecezzi kabul etmez» kaidesinin eseri olup, her halde bu, müsavatan istifade esasına bir mesnet olarak gösterilemez.

Kanunun ifade tekniğine gelince, şuf'a hakkına ait bin bir ihtimallerin hangisi bu bir tek maddede tasrih edilmiştir ki, bu mes'eledede de (eğer kanun vaznı arzu etmiş olsaydı, tıpkı M. K. Md. 626 daki gibi burada da hisse nisbetlerine göre istifade edileceğini tasrih ederdi) şeklinde bir mülâhaza haklı bir mütalâa telâkki edilebilirdi. Maalesef söylemek mecburiyetindeyiz ki kanun vazının bu sahadaki ihmalkârlığı yerinde sitemlere muhatap olmasına yol açmakta ve esasen bütün bu münakaşalar da oradan doğmaktadır.

Nihayet tezimizi takviye edecek birer müttefik olmak üzere, İsviçre'de aynı haklar sahasında birer otorite olan Wieland³⁴ ve Haab³⁵ Leemann'ının, sarîh surette hakkını istimal eden müteaddit hissedar bulunması halinde hisseleri nisbetinde meşfuu alacaklarını tasrih etmekte bulduklarına işaret etmek isteriz.

Hülâsa bütün bu sebepler gösteriyor ki, tevhide içtihat kararı bugünkü şuf'a hakkının mahiyet ve gayesine uymamakta, bilâkis Mecelledeki görüşü temadi ettirmektedir. Bu itibarla biran evvel düzeltilmesi ve kendi haklarını kullanmak isteyen müteaddit hissedar bulunması halinde,

34) Wieland, a. g. e., Sah. 258: «Eğer müteaddit hissedarlar kendi haklarını istimal etmek istiyorlarsa, her biri, tereddüt halinde kendi hissel sayıya nisbetinde bir kısmını ıktisap etmiş olur...».

35) Haab, a. g. e., Sah. 425: «Birden ziyade hissedar tarafından şuf'a hakkı kullanılacak olursa her biri satılan hisse üzerinde kendi hissesine uyan bir sayı cüz'ü ıktisap eder.» ve Leemann, mad. 682, Not. 19.

bunların «hisseleri nisbetinde» meşfuu iktisap edecekleri kaidesinin kabul edilmesi temenniye şayandır.

Bu mesele belki, akti şuf'ada — ekseriya mukavelede sarahat bulunması itibarile — fazla ihtilâfı davet etmiyebilir. Buna mukabil kanunî şuf'a hakkında her halde düzeltilmesi icap eden bir yolda yürünmekte olduğunu söylemek zaruretindeyiz.

§ II. Şuf'a mükellefi (bâyi)

Bir şuf'a hakkının aktif tarafını şefi teşkil ediyorsa, passif tarafını da bu hakkı başkasına bahşeden şahıs yani şuf'ayı tahammül eden kimse teşkil eder.

Bu kimseyi de şuf'a hakkının nev'ilerine göre tayin etmek lâzımdır : Mukaveleden mütevellit bir şuf'a hakkında, şuf'adan doğan borcu üzerine almış olan şahıs; vasiyetname ile tanınan bir şuf'a hakkından mirasçı; kanunî şuf'a hakkında da yine hâdisesine göre her hissedar şuf'a borçlusudur.

Şefi gibi, şuf'a mükellefinin de hakikî veya hükmi bir şahıs olması mümkün olduktan başka bunların da ya akten, yahut halefiyet yoluyla müteaddit ve hattâ müteselsil olmaları mümkündür.

Şuf'a hakkı sahipleri arasındaki teselsülün bir hususiyet arzetmemesine ve bu hususta Borçlar Kanununun (alacaklıların teselsülüne) müteallik hükümlerin tatbiki ile iktifa olunabilmesine mukabil, şuf'a borçluları arasında bir teselsülden bahsedilebilmek için meşfuun ferden değil, nev'en tayin edilmiş olması ve mükelleflerin her birinin bu taahhütlerinin imzalarıyla sabit bulunması lâzımdır.

Şuf'a mükellefi umumiyetle aktin in'ikadı sırasında bu hakka mevzu olan şey'in malikidir. Fakat hakkı tesis eden şahsın şey'in maliki olmadığı veya tescile lüzum olmaksızın şey'in mülkiyetini iktisap etmiş sayılan miras, işgal, istimlâk, cebri icra ve mahkeme ilâmı ile şey'i iktisap eden şahsın da, şefi ve şuf'a borçlusu olmaları mümkündür. Bu vaziyette bulunan bir şuf'a borçlusunun tesis etmiş olduğu şuf'a hakkının tapu siciline şerhi işinin, ancak gayri menkulün malik namına tescilinden sonra mümkün olabileceği tabiidir³⁶.

Kanunî şuf'a hakkı daima şâyi hissede mündemîç bulunduğundan, şâyi cüz'ün hali hazır sahibi kimse ancak o, şuf'a mükellefi olur³⁷. Fakat

36) Birinci Hukuk Dairesi, 1930; H. Özdemir'den a g. c., Sah. 158 ve sonrası.

37) Homberger (Arthur), Propriété foncière VIII - se droit de Præemption - Fiches Juridiques Suisse. Fiche No. 431, yıl 1942, Sah. 2-3.

bütün şuf'a nev'ilerine şâmil olmak üzere söylemek lâzımdır ki, bir şahıs hem şuf'a borçlusu, hem şefi olamaz. Yani kendisi lehine, maliki olduğu şey üzerinde bir şuf'a hakkı tesis edemez.

§ III. Müşteri (üçüncü şahıs)

Bir şuf'a mukavelesinde, aktif ve passif tarafların, yani şefi ile şuf'a borçlusunun aktin in'ikadı sırasında taayyün etmiş olmaları bir zaruret olduğu halde, müşteri o esnada meçhuldür. Müşterinin vücudu hakkın tahakkuku için zaruridir, çünkü şuf'a hakkı, ancak meşfuun başkasına satılması halinde dermeyeran edilebileceğinden, müşteri adeta hakkın aktif ve passif taraflarını harekete geçiren bir muharrik durumundadır.

Diğer süjelerde olduğu gibi, müşteride de taaddüt bulunabilir. Meselâ bir kaç kişi bir kimseden meşfu gayrimenkulü satın almış olabilirler. Böyle bir vaziyet karşısında şefi — tıpkı Mecelledeki gibi — müşterilerden birisine ait olan hisseyi alıp, diğerlerinkini bırakabilir. Zira, şefi şuf'a hakkını kullanmakla, müşterinin yerine kaim olduğu için, öbürlerinin veya bâyiin bundan mutazarrır olmaları için bir sebep yoktur. Yalnız meşfuun bir vahdet teşkil etmesi ihtimali karşısında şefiın yalnız birisine ait olan hisseyi alması, diğer kısmı muattal bir hale sokuyorsa şuf'a hakkını ya hepsi için kullanması, yahut hiç birisine karşı kullanmaması lâzım geleceği tabiidir.

Ancak şuf'a hakkının tahakkuk ve daha doğrusu dermeyeran imkânını sağladığımız söylediğimiz bu müşterinin vasfında aktî ve kanunî şuf'a hakkı bakımından mevcut bir farka — burada da — temas etmek lâzımdır. Aktî şuf'ada müşteri her hangi bir kimse olabilir. Onun sıfatı, şefiın hakkını istimaline hiç bir zaman tesir etmez. Meğer ki diğer şerait buluna. Fakat kanunî şuf'ada her müşteri, şuf'a hakkının dermeyeranına imkân vermiş olmaz. Bu sözlerimizle kanunî şuf'ada, hissedarlar arasında şuf'a ceryan edemeyeceğini ve bu itibarla şâyi hissedar sıfatını haiz bir müşterinin yukarıda belirttiğimiz muharrik rolünü ifa edemeyeceğini belirtmek istiyoruz. Bu itibarla, kanunî şuf'ada anladığımız mânadaki müşteri, hissedarlardan gayri olan üçüncü şahıslardır. Nitekim M. K. Md. 659 daki «Şâyi bir hissesini satın alan üçüncü şahsa karşı» tâbirinde de bu mâna ve kastın mündemiç bulunduğu müteaddit Yargıtay kararı ile de sabit olmuştur³⁸⁾.

38) Ezcümle Y. Hukuk 1. D. 1944 tarihli kararında «Bu maddede zikrolunan üçüncü şahıstan maksat, gayri menkule hissedar şahıs olmayıp, şefi ile bayiın gayri bir şahıstır» denmektedir. H. Özdemir, a. g. e., Şuf'a hakkına ait kararlar, No. 1.

§ IV. Şuf'a hakkının sülhelerinde değişiklik

Bu değişikliğin şefide, bayide ve müşteride olmasına göre ayrı ayrı incelenmesi lâzımdır :

I — Hak sahibinde değişiklik :

Bu mesele bizi, şuf'a hakkının devir, temlik ve tevarüsünün mümkün olup olmadığını halle mecbur etmektedir. Çünkü şefide değişiklik ancak bu yollarla mümkün olabileceğinden, devir imkânı bulunmayan ve tevarüsü kabul etmeyen bir hakkın, sahibi ile kaim olacağı ve onunla birlikte son bulacağı tabiidir. Binnetice bu takdirde şefide bir değişiklik ihtimali de mevzu bahis olamayacaktır.

1) Şuf'a hakkının devir ve temlik kabiliyeti :

Burada da maalesef, Türk - İsviçre Medeni Kanununun hiç bir kayıt ve sarahati muhtevi bulunmadığını söylemek mecburiyetindeyiz. Bu itibarla bütün fikirler, leh ve aleyhteki münakaşalar, kanunun yapılışındaki ruh ve sistem ve hazırlık çalışmaları nazarı itibare alınarak, kanunun tefsirine dayanmaktadır.

Meseleyi basite irca edebilmek için her şeyden önce kanunî şuf'a hakkını, bu münakaşanın dışında bırakmak lâzımdır. Çünkü müşterek malikin kanunî şuf'a hakkı ancak şâyi cüz'üde olan şu mülkiyet hakkından neş'et ettiğinden ve adeta onun içinde bulunduğundan, şâyi hisseden ayrı ve mücerret olarak kanunî şuf'a hakkının devir ve temlikî düşünülemez. Bu itibarla kanunî şefiin şahsında değişiklik aynı zamanda müşterek hisselerin de devir ve temlikî ile mümkün ve muhtemeldir.

Kanunî şuf'a hakkını böylece dışarı çıkarttıktan sonra mukavelevî şuf'anın nev'ilerine göre meseleyi halletmek daha kolaylaşmış demektir: Bununla beraber umumî olarak şuf'a hakkının devir ve temlik kabiliyetini haiz bulunması veya bulunmaması rey'inde olan çeşitli fikirlere de kısaca temas etmek yerinde olacaktır :

a.) Şuf'a hakkının devri taraftarları diyorlar ki³⁹ :

aa — Mamelekî kıymeti haiz olan bütün haklar, hilâfına bir kayıt ve mukavele olmadıkça, kaideten kabili devirdirler. Şuf'a hakkı da

39) T. Sebük, a. g. e., Sah. 156 - 157.

mamelekî haklardan olduğuna göre şefii, hakkını kıymetlendirmekten mahrum etmemek lâzımdır.

bb — Sonra şuf'a hakkı kabili devir olmazsa, haczedilemez, rehin edilemez ve böylece alacaklılar zarara sokulmuş olur.

cc — Nihayet şuf'a hakkının kaideten devir ve temlik kabiliyetini haiz bulunmasını isteyenler, şuf'a mukavelesinin nasıl veraset yolu ile şefiin mirasçularına intikalî ittifakla kabul ediliyorsa bu hakkın, B. K. Md. 162 (İ. B. K. 164) mânasında kabili devir olduğunu da kabul etmek lâzım geldiğini ileri sürerler⁴⁰.

b.) *Şuf'a hakkının kaideten devrine taraftar olmyanlar :*

Şahsen bizim de iltihak ettiğimiz bu mukabil grup, şuf'a hakkının kabili devir olmasını teçviz yolunda ortaya atılan yukarıdaki delillerin hiç birisini tatminkâr bulmamaktadır :

aa — Bir kerre bu hakkın mamelekî bakımdan büyük bir önemi haiz bulunmadığını teslim etmek lâzımdır. Gerçi Federal mahkemenin bir kararında da belirtildiği gibi⁴¹, bazan şuf'a hakkı tarafların şahıslarından ziyade, bir takım ekonomik gayeleri tahakkuk ettirmek için tesis olunabilir, ve meselâ ânî bir ihtiyaç karşısında kalan bir kimsenin dün bir fiyatla satıp, kısa zamanda elde edeceği para ile, satıldığı takdirde o şeyi tekrar satın almayı düşünerek lehine ihdas ettiği bir şuf'a hakkında, doğum sebebi daha çok ekonomiktir. Fakat bu, ve buna benzer nadir ekonomik ve spekülâtif ihtimaller bir yana bırakılacak olursa, şuf'a hakkı ekseriya veya hiç değilse hususiyle, şahsidir. Umumiyetle aile, komşuluk veya dostluk bağları dolayısıyla bu akit yapılır. Malı aile içinde bulundurmak veyahut muayyen şahısların ellerine geçmesine mâni olmak düşünceleri hakkın doğumunda bilhassa âmil olabilir. Adı geçen Federal Mahkeme kararının da tebarüz ettirdiği gibi, «bütün bu ihtimallerde, tarafların üçüncü şahsa devri hariç kılmak istediklerini kabul için mukavelenin kâfi derecede şahsa bağlı olduğu gözükmektedir».

bb — Sonra biz şuf'a hakkının *kaideten* devir kabiliyetini haiz olmadığını iddia etmekteyiz. Bu itibarla eğer taraflar, mezkûr hakkın kabili haciz ve terhin olmasını istiyorlarsa mukavele ile pek âlâ bunların devir kabiliyetini kabul ve tasrih edebilirler.

40) J. D. T., 1923, Sah. 229.

41) J. d. T., 1929, Sah. 229 ve devamı.

cc — Şuf'a hakkının kabili tevarüs olmasının, mutlaka kabili devrolmasını da gerektirmeyeceğini söyleyebiliriz. Zira, şuf'a hakkının veraset yolu ile intikalinin mümkün oluşu, onun münhasıran şahsa bağlı bir hak olmadığını, başka bir ifade ile şuf'a mukavelesinin münhasıran şahsa bağlı bir hak meydana getirmediğini gösterir. Fakat onun devir yolu ile intikalini haklı gösterdiğini tazammun etmez. Federal mahkemenin mezkûr kararındaki ifade tarzı ile «Birinci halde — yani tevarüste — küllî halefiyet yolu ile; ikincisinde — yani devir ve temlikte — cüz'î halefiyet yoluyla intikal mevzuubahistir. Binaenaleyh ayrı sebeplere istinat ettikleri için ayrı kaidelerle nizamlanmışlardır».

dd — Buna mukabil şuf'a hakkının kaideten kabili devrolmayışını, bu hakkın hukukî mahiyetinden istihraç etmek de mümkündür. Yine Federal mahkemenin adı geçen kararının diliyle «İhtilâflı olan şuf'a mukavelesinin hukukî mahiyeti, şayet B. K. Md. 213/2 (İ. B. K Md. 216/2) mânasında bir (Pactum de Contrahendo) veya (bir inşai hak) kın doğumunu intaç eden bir mukavele olarak telâkki edilmek icap ederse — ki biz de bunu bir inşai hak tevlit eden sui-generis bir mukavele olarak kabul etmekteyiz — şuf'a hakkı, satıcı lehine, gayri kabili devirdir denilebilir. Çünkü umumiyetle kabul edilen görüşe göre ister (Pactum de Contrahendo) olsun, ister (inşai haklar) olsun, mahiyetleri icabı gayri kabili devir telâkki edilmektedirler⁴²⁾».

ee — Nihayet, aynı neticeye şu fikirle de varmak mümkündür : Bugün şuf'a mukavelesinin iki taraflı (bilateral) bir hak münasebeti meydana getirdiği malûmdur. Şu mânada ki; bir tarafta satıcının, malları bazı şartlara göre şefie tevdi borcu; diğer tarafta da şefiin, semeni ödeme ve ta iptidaen mukavelede nizamlanan veya üçüncü şahısların satış anlaşmasında deruhte ettikleri sair şartları yerine getirmek borcu...

Bu karşılıklı haklar ve borçlar, satıcı ve alıcı arasında gayri kabili taksimdir. Birinin veya diğerinin zararına olarak ayrılamazlar ve tek taraflı bir mukavele ile birinin veya diğerinin bunları tehlikeye maruz bırakması veya kıymetini düşürmesi teçviz edilemez.

Federal mahkeme diyor ki : «İki taraflı bir hak münasebetinin, bundan neş'et eden şahsî hakların devri bakımından bir mâni teşkil etmediği bir hakikattir. Fakat taraflara ait karşılıklı borçlar, ancak borcun nakli kaidelerine göre (B. K. Md. 173 ve sonrası) devredilebilirler. Diğer bir ifade ile şefiin, şuf'a mukavelesindeki şartları yerine getirmeğe

42) J. d. T., 1929, Sah. 229 ve devamı.

müteallik borcu, bir çok ahvalde, ancak alıcının muvafakatine istinatla, muteber bir şekilde devredilebilir...»

Bununla beraber eğer, Federal mahkemesinin şu kararından, şuf'a hakkının kendisinin devri ile kullanılmasından mütevellit mütalebe hakkının devrinin karıştırıldığı yolunda bir mâna da çıkartılabiliyorsa, hemen tasrih etmek mecburiyetini hissederiz ki, kaideten devir ve temlik mümkün olmıyan, bizzat şuf'a hakkının kendisidir. Yoksa bu hakkın istimali sonunda doğmuş olan talep hakkının devri daima mümkündür ve bu tabiidirde...

Sözlerimizi hülâsa edecek olursak, şuf'a hakkının devir ve temlikinin, mukavelede sarahat olmadıkça veyahut bilâhare bu yolda bir anlaşma yapılmadıkça, kaideten mümkün olmadığı bugün hemen bütün müelliflerce kabul edilmiş bir keyfiyettir⁴³. Yani sarahat olmadıkça devir kabiliyetini, halin icabından vesairenden istidlâl ve kabul mümkün değildir. Bununla beraber, istisnaen, şuf'a hakkının bazı nev'ilerinde bu devrin mümkün olduğunu tebarüz ettirmek lâzımdır :

Umumiyetle (şahsa muzaf şuf'a hakkı) veya daha kısa bir şekilde olarak, bazen de (şahsî şuf'a hakkı) denilen bu tarz şuf'a mukavelelerinde şuf'a hakkı, irtifaklarda olduğu gibi muayyen bir şahıs lehine tesis olunmaktadır. Ve «şefi, mücerret mahiyet arzeden bu hakkını, hisseyi temlik etmeksizin serbestçe terhin, temlik edebilir, haczine de cevaz gösterilir. Hattâ bu hak iflâs masasına da girer... Hülâsa bu tarz bir şuf'a hakkı müstakil ve bizatihî bir kıymet halini ifade etmektedir⁴⁴».

Buna mukabil sübjektif — aynî şeklindeki bir şuf'a hakkı ise, yani bir gayri menkulün veyahut kıymetli bir evrak yahut mahdut bir aynî hakkın lehine tesis olunan bir şuf'a hakkı ise, tamamen o gayrimenkul, kıymetli evrak veya mahdut aynî hakkın kendisine merbuttur. Şu mâna-da ki, hak sahibinin istifadesi, o ayn'ın veyahut kıymetli evrakın maliki bulunmasından neş'et etmektedir. Pek muhterem Hocam Ebül'ulâ Mardin'in veciz bir tarzda ifade ettikleri gibi «bu hakkın devir ve tevarüsü, ancak müstefid gayrimenkulün devir ve tevarüsü ile mümkün olur. Nitekim müstefid gayrimenkulün devir ve temlik, bu hakkın da, akidde tasrih olunmasa bile devir ve temlikini tazammun eder. Bu durumda müstefid gayrimenkulün, haciz veya rehnolunmasıyla, hak da bunların şümulüne

43) Ezcümle bak: Haab, a. g. e., Sah. 412 - 413, No. 28; Homberger, a. g. Mak., Sah. 2 - 3; Schimid, a. g. e., Sah. 67; Vaucher, a. g. e., Sah. 82; E: Mardin, Kat Mülkiyeti, a. g. e., Sah. 48; Wieland, a. g. e., Sah. 252; Rossel et Mentha, a. g. e., Sah. 102;

44) E. Mardin, Kat Mülkiyeti, Ist. 1948, Sah. 48.

girer. Bu durumdaki şuf'a hakkı, müstakillen haciz veya terhin olunamaz. Tapu sicilinde de, aynı irtifaklar gibi müstefid ve mükellef gayrimenkullerin mukayyet buldukları sahifelerde birer şerh halinde görülür. Buna aynı şuf'a da denilebilir. Bu bizatihî bir kıymet değil, müstefidi kıymetlendiren bir vasıftır⁴⁵.

2 — Şuf'a hakkının tevarüs kabiliyeti :

Şuf'a hakkının tevarüsünde, bu hakkın devir ve temlikindeki mahzurlar bulunmamakla beraber, bir çok memleket mevzuatının⁴⁶, tevarüsü de kaideten kabul etmediklerini ve ancak hilâfına mukavele yapılmasına cevaz verdiklerini görüyoruz.

Hakikaten tevarüste yani külli halefiyet yoluyla hakkın intikalinde, devir ve temlikteki mahzurları bulmak mümkün değildir.

Bir kerre her şeyden önce, mirasçı, mamelek bakımından şefin şahsını devam ettirmektedir. Sonra burada devir ve temlikteki spekülâtif korkular, ekonomik mülâhazalar yok denecek derecede azdır. Nihayet şuf'a hakkı, intifa hakkı gibi murisin ölümüyle sükut eden münhasıran şahsî istifadeye tahsis edilmiş haklardan da değildir⁴⁷.

Bütün bular şuf'a hakkının tevarüsünü kabul ettirmeyi gerektiren mucip ve muknî birer sebeptirler.

Türk - İsviçre Medenî mevzuatı da bu âmilleri nazara alarak, — bir inkilâp hükmiyle — ve devir ve temlikteki prensibinin aksine olarak şuf'a hakkının tevarüsünü kaideten kabul etmiştir. Bu hususta doktrin ve jürisprüdansta tam bir ittifak vardır⁴⁸. Ancak bu kaidenin aksinin bizzat şuf'a hakkını tesis eden mukaveleye konulan bir şartla yahut bilâhare yapılacak bir anlaşma ile kararlaştırılmasının daima mümkün olduğunu unutmamak lâzımdır.

Nihayet kanunî şuf'a hakkının, şâyi hisseden ayrı olarak yani mücerret bir şekilde intikalinin de mevzuubahs olamayacağını belirtmek yerindedir. Buradaki intikalde ancak şâyi hisse ile beraberdir. Yani müşterek mülkiyet hissesine vâris olan, onunla birlikte kanunî şuf'a hakkına da vâris ve sahip olur.

45) E. Mardin, Kat Mülkiyeti, Sah. 49 ve Haab, a. g. e., Sah. 413.

46) B. G. B., mad. 514; A. H. G. B., mad: 1074; Mecelle mad: 1038:

47) T. Sebük, Sah. 157.

48) Jürisprüdansta: Bak: J. d. T. 1923, Sah. 229 ve devamı. Türk Yargıtayında: Yargıtay H. U. H.: Tarih 26/11/1941, 3/178 Es. 178 K., 1941-1942 Yargıtay Kararları Hukuk Bölümü, Sah. 37, I. H. D.: Tarih 20/12/1932, Es: 4537, K. 2880, Ad. Vek. 1932 Yargıtay Kararları Hukuk, cilt 12, Sah. 76; Doktrin: Schmid, a. g. e., Sah.* 70-71; Vaucher, a. g. e., Sah. 83; Haab, a. g. e., Sah. 413; Ebül'ulâ Mardin, Sah: 43:

II — Şuf'a mükellefinde değişiklik :

Şuf'a borçlusundaki değişikliği de yine aynı şekilde yani bu mükellefiyetin müstakillen veyahut meşfû ile birlikte devir ve temlik kabiliyeti ve tevarüsü kabul ediş derecesine göre incelemek yerinde olacaktır.

1 — Şuf'a mükellefiyetinin devir ve temlik kabiliyeti :

Yukarıdaki münakaşaları tekrar etmeden kısaca söyliyelim ki, kaideten şuf'a borcunun da devir ve temliki mümkün değildir. Binaenaleyh — tevarüs durumu hariç — şuf'a mükellefiyeti yalnız kendisinde doğmuş olduğu şahsı ilzam eder. Malik, şefi'in muvafakatini almaksızın bu borcu başkasına devir ve temlik etmek suretiyle kurtulamaz.

Bununla beraber Borçlar Kanunumuzun «Borcun nakline müteallik» hüküm ve usule uyularak⁴⁹, yahut daha bidayette hakkın tesisi sırasında mukaveleye konulan bir şartla bu imkânın sağlanması daima mümkündür. Yalnız bu yollardan yürünmeksizin, şuf'a borçlusunun mücerret kendi arzusu ile bu mükellefiyetini başkasına devretmesi elbet de teşvîz edilemez. Hattâ burada şefi'in hakkını devrinden karşı taraf için daha ağır bir durum hasıl olacağından, bu devir ve temlik imkânını gayet sıkı kayıtlara bağlamakta isabet de vardır.

Kanunî şuf'a hakkına gelince, şefilik gibi şuf'a mükellefiyetinin de şâyi hisseden ayrılması mümkün ve mutasavver değildir. Binaenaleyh burada da müşterek malikler kim ise, şuf'a mükellefi ve şefi de onlardır. Demek oluyor ki, passif taraftaki değişiklik te ancak hisse ile birlikte mümkün olabilmektedir.

Gerek aktî, gerek kanunî şuf'a mükellefiyeti olsun meşfuun devri ile birlikte şahıs değiştirirken, bu devir ve temlik mahiyeti, eğer bir (şuf'a hâdisesini) intaç eder durumda ise, meselâ bir satış yolu ile hisse devredilmişse, artık şefi'in, şuf'a hakkını kullanma imkânı hasıl olmuş demektir. Eğer şu mükellefiyet, aktî şuf'ada da tapuya şerh verilmiş bir hakkın neticesi bulunuyorsa, ilk satış hâdisesinde hakkını istimal etmemekle şuf'a hakkı sakıt olmayacağından, şerh müddeti boyunca şuf'a mükellefiyeti, adeta sübjektif — aynı bir mahiyette olarak — şey'i her iktisap eden kimseye ait olur⁵⁰.

Mamafih burada da, tamamen şuf'a hakkı sahibinde olduğu tarzda, mükellefiyetin münhasıran şahsa bağlı olarak inşasının da mümkün olduğunu unutmamak lâzımdır.

49) Bak: B. K., mad. 173 ve mül. (I. B. K., mad. 175 ve sonrası).

50) Homberger, a. g. Makale, Sah. 2-3; Haab, a. g. e., Sah. 413, No. 30:

2 — Şuf'a mükellefiyetinin tevarüs kabiliyeti :

Şuf'a hakkı gibi, şuf'a mükellefiyetinin de tevarüsü kabul etmesi bir kaidedir. Binaenaleyh hilâfı kararlaştırılmış olmadıkça şuf'a borçlusunun vefatı halinde bu mükellefiyet te, onun külli haleflerine intikal eder. Fakat eğer şuf'a borçlusu şu mükellefiyetinin sadece şahsına münhasır kalmasını istiyorsa bu da mümkündür. Bu takdirde hakkın «borçlunun ölümüyle beraber düşmesi tarzında münhasıran şahsa bağlı bir hak olarak tesisi lâzım gelir»⁵¹.

Müşterek maliklerin kanunî şuf'a mükellefiyetlerinin de, şâyi cüz'ü miras yolile tevarüs edenlere intikal edeceğini tasrih zaittir.

III — Müşteride (yeni müktesipte) değişiklik :

Müşterideki değişikliği (gerek devir ve temlik yolile, gerek tevarüs yolile vâki olan tahavvülü) şefiin, şuf'a hakkının sakıt olup olmayışına göre incelemek lâzımdır:

Bir şuf'a hakkının üçüncü şahıslara dermeyanı için, bu hakkın ya tapuya şerh verilmiş bir şuf'a mukavelesinden neş'et etmesi, yahutta bir müşterek mülkiyet münasebetinin mahsulü bulunan kanunî bir şuf'a hakkı olması gerektiğinden, sadece iki âkit tarafı ilgilendirebilen tapuya şerh verilmemiş bir aktî şuf'a hakkında, müşterideki değişikliğin hiç bir önemi bulunmayacağı tabiidir.

1. Şuf'a hakkının istimal imkânı henüz bâki iken müşterideki değişiklik :

İst. Baro Mecmuasının Mayıs 1951 sayısında intişar eden bir yazımızda şefiin, şu istimal imkânının ne zamanlar ve ne derecede bâki bulunduğunu incelemiş ve aktî ve kanunî şuf'a haklarının ilk satışta dermeyan edilmemekle nisbî surette mi, yoksa mutlak şekilde mi sakıt olacağı mes'elesini tetkik etmiştik⁵². Bu itibarla burada onların malûm ve mevzu bahis sukutunda nisbî oluşunu kabulle mes'elemizi çözmeye çalışalım:

Şefi, henüz hakkını istimal imkânını haiz iken, yâni aktî şuf'ada şerhin himaye müddeti halen devam ediyorken ve kanunî şuf'ada müşterek mülkiyet münasebeti baki iken birbiri ardınca yapılan satışlarla müşteri mütemediyen değişiyorsa, hak sahibi hakkını en son müşteriye karşı kullanır ve satış şartları içinden de kendisine en uygun geleni

51) Homberger, a. g. Makale, Sah. 2-3; Haab, a. g. e., Sah: 413, No. 30.

52) Ayrıca bak: Doktora Tezimiz, Şuf'a hakkının sona ermesi faslı.

seçebilir⁵³. Ancak ilk müşterinin meşfuu satış yolile iktisabına ittilandan itibaren bir ay geçmeden evvel — ki bu halde de o satış için şeflin hakkı sukut etmemiştir — müşterinin gerek yeni bir (şuf'a hâdisesini) gerektirecek mahiyette olsun, gerek tamamen ivazsız bir ferağ mukabili olsun bu sıfatında yaptığı bütün değişiklikler, meşfuun bayie ferağı⁵⁴, akti feshi, yahut bir üçüncü şahsa devir ve temlik şefi bakımından bir hüküm ve kıymet ifade etmezler. Ve şuf'a hakkı sahibi, ilk satış şartlarına tâbi olarak hakkını istimal ile meşfuu istirdat edebilir.

Bu müddet zarfında müşterinin vefatiyle meşfuun mirasçılara intikali halinde (yeni müktesibe) terettüp eden bütün vecibeler bu külli veya cüz'î mirasçılara intikal etmiş olur.

2. *Şuf'a hakkının istimal imkânı kalmadıktan sonra müşteri tarafındaki değişiklikler :*

Bu değişiklikler artık şefi için ve daha umumî olarak şuf'a hakkı için hiç bir hüküm ifade etmez. Meselâ satışa ittiladan itibaren bir ayı, hakkını istimal etmeden geçiren şefi, artık o ilk satış için hakkını kaybetmiş olacağından ve bundan sonra da müşteri tam ve yeni bir malik gibi hareket edeceğinden, onun (şuf'a hâdisesi) tevhit etmiyen devir ve temliklerine karşı şefi bir hak iddia edemeyecektir. Şuf'ayı gerektiren tasarruflarında ise o müşteri sıfatiyle değil, bir şuf'a mükellefi sıfatiyle şuf'a hakkına muhatap olacaktır.

Feyzi Necmeddin Feyzioğlu

53) Tahîr Sebûk, a. g. e., Sah. 82.

54) Y. III. Hukuk Dalresi, 1930; H. Özdemir, a. g. e., Şuf'a kararları, No. 44.