

ŞUF'A HAKKININ DOĞUŞU VE BUNA TERETTÜP EDEN HÜKÜMLER

Asistan Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioglu

§ I — MUKAVELEDEN MÜTEVELLİT ŞUF'ANIN TESİS VE ŞARTLARI

Türk - İsviçre Medeni Kanununun, eski hukukumuzda, Roma ve başlangıçlarda Cermen hukukunda bulunmayan bir şuf'a nev'ini (Mukaveleden mütevellit şuf'ayı) da kabul ve tanzim ettiği malûmdur¹.

Ancak bu nev'i şuf'a hakkının tatbik sahası bakımından mehzala aramızda esaslı mesafeler bulunmaktadır. İsviçre'de en ziyade tatbik edilen bir şuf'a nev'i olmasına mukabil bizde akdi şuf'anın hemen hiç kullanılmadığını derhal belirtmek lâzımdır. Şuf'anın bu nev'inin bizde muattal bırakılmasının bir sebebi ferdlerin mülkiyet hakkı üzerinde her hangi bir takyide yanaşmak istememeleri ise, diğer ve her halde asıl sebebi de bu nev'in memleketimizde şimdiye kadar tanınmayan bir hak olması ve bu sebepten dolayı hükümlerinin ve faidelerinin efkârı umumiyeye hakkiyle bilinmemesidir.

İki memleket arasında bugün için mevcut olan ve bir türlü kapanamıyan şu noktadaki malûm mesafeyi daima gözönünde tutmakla beraber akdi şuf'aya dair hükümlerin kaideten kanunî şuf'aya da tatbik imkânı bulunduğunu unutmamak ve aşağıdaki izahatın her iki şuf'a nev'i için icabında kabili tatbik olduğunu nazarı itibare almak lâzımdır.

I — Şuf'a mukavelesi :

Bir şuf'a hakkının doğabilmesi her şeyden evvel bir «şuf'a mukavelesi» nin yapılmasına bağlıdır.

Umumiyetle müstakil mahiyette vücut bulan bu mukavele, — İsviçre'de çok zaman olduğu gibi — bir icar veya isticar mukavelesine merbut

1) T. M. K. md. 658 (İ. M. K. md. 681).

bir şart halinde veyahut bazen de bir vasiyetname veya ölüme bağılı sair bir tasarrufla dünyaya gelebilir.

1 — *Şuf'a mukavelesinin mevzuu ve muhtevası :*

Bir şuf'a mukavelesinin mevzuunu, bu hakka konu olabilen her hangi bir şey teşkil edebilir. Ezcümle bir menkul², gayri menkul, kabili devrolan naklar ve hattâ tesis sırasında henüz mevcut olmıyan semereler v. s. gibi (bir alım satım aktinin konusu olabilecek her şey) şuf'a mukavelesinde mevzu ittihaz olunabilir³.

Mukavelenin muhtevasına gelince, «tarafaların adlarından başka, mevzu üzerindeki mutabık iradeleri ile, aktin konusunu teşkil eden şeyin» zikri her halde zaruridir⁴. Bunlara ilâveten, eğer bir mevsuf şuf'a hakkı ihdas olunmak isteniyorsa, şuf'a hâdisesi doğduğu zaman şefi'in meşfuu almak için tediye edeceği bedelin kararlaştırılmış miktarı, varsa müddet ve hakkın kabili devrolup olmadığı hususları da zikrolunmak icap eder.

Bu suretle vücade gelen bir mukavele, tamamen şahsî mahiyette olan ve ancak âkit taraflar arasında hüküm ve neticeler tevhit eden şahsî bir hak doğurmuş olur. Bu şahsî hakkın, aynı neticeler meydana getirebilmesi ise, onun ayrıca tapu siciline şerh verilmesine mütevakıftır.

Ancak böyle bir şerhin yapılabilmesi şuf'a mükellefinin, yani mal sahibinin muvafakatine bağılı bir keyfiyet olduğundan, mukavelenin tanzimi sırasında şerhe dair bir hüküm dercedilmedikçe veyahut bu hususta ilerde bir zeyl mukavele yapılması yolunda mutabık kalınmadıkça, bilâhare şefi, maliki böyle bir şerhe mutavâta cebredemez. Bu itibarla mukavelenin böyle bir şartı da ihtiva etmesi her halde unutulmamalıdır⁵.

Biraz önce eğer bir mevsuf şuf'a hakkı ihdas edilmek isteniyorsa, kararlaştırılan bedelin de mukavelede zikri lâzımdır dedik. Bu sözlerimizden de anlaşılacağı üzere, bedelin tasrihi zaruri değildir. Ve semenin kararlaştırılmaması halinde şefi'in, malikin üçüncü şahısla tesbit etmiş olduğu fiyatı tediye etmesi lâzım gelir.

2) Mamafih menkullerde şuf'a hakkının câri olup olmadığı münakaşalıdır. Ezcümle; Curti = şuf'a hakkının ancak gayri menkullerde cereyan edebileceğini bilhassa tasrih eder Curti - Forrer. K. M. Şerhi. Ad. Vek. Nesriyatı, 1930, md. 681, No. 9.

3) Tahir Sebük — Şuf'a Hakkı (henüz nesredilmemiş notlarından).

4) Haab — Kommentar zum Z. G. B. Scherencht 1936 (henüz nesredilmemiş Bülent Davran tercümesi) sh : 405.

5) Tahir Sebük, a. g. notlar.

Şuf'a mukavelesi ekseriya tek taraflı bir akittir. Yani şefie tanıdığı şuf'a hakkına mukabil, malikin de ondan mukabil eda istemesi İsviçre'de ekseriya pek mutat olmamıştır. Bununla beraber mutat olmıyan şu keyfiyet mümkündür, ve binnetice mukavele, hak sahibinin âkide karşı taahhüt ettiği mukabil edayı da ihtiva etmek lâzımdır⁶.

Nihayet, bütün şu sayılanlardan başka, taraflar ödeme tarzı, ipoteklerin devralınması v.s. gibi bir takım hususî şartlar daha kararlaştırılmış bulunuyorlarsa, mukavelenin bu özel şartları da muhtevi bulunacağı tabiidir⁷.

2 — *Şuf'a mukavelesini yapanlarda aranan ehliyet ve tasarruf selâhiyeti :*

Şuf'a mukavelesinin bir tarafa veyahut iki tarafa mükellefiyet tahmil edişine göre, taraflarda aranacak ehliyet de değişir. Eğer şuf'a hakkı bir taraflı ise, yani yalnız şuf'a mükellefinin şuf'ayı taahhüdünden başka diğer tarafa bir ivaz tahmil olunmamışsa bu takdirde sadece malikin (şuf'a borçlusunun) medenî hakları kullanma ehliyetini haiz olmasını arar, hakkı elde eden şefiin ise mümeyyiz olması şartıyla iktifa ederiz⁸.

Buna mukabil, şuf'a mukavelesi iki taraflı bir akit mahiyetini taşıyor, yani gerek malik, gerek şefi müteakbil ivazları yüklenmiş bulunuyorlarsa, her iki tarafın da medenî hakları kullanma selâhiyetini sahip olmaları zaruridir. Yalnız şuf'a mukavelesini her medenî hakları istimal ehliyetini haiz olanın yapamayacağı gayet tabiidir.

Bu, nev'i şahsına münhasır mukavele ile öyle bir hak doğmaktadır ki, sırasına göre bir hukukî durumu iskat, ihdas veya tadil etmek kudretini taşıyan bu inşal hakkın, ancak tasarruf selâhiyetini haiz kimse tarafından yapılabilecek bir mukaveleden doğması mümkün olabilir.

Daha açık bir ifade ile, şuf'a mükellefinin sadece medenî hakları istimal ehliyetini değil, aynı zamanda tasarruf ehliyetini de haiz bulunması lâzımdır. Binaenaleyh müsteciri olduğu bir gayri menkul üzerinde yahut âriyeten elinde bulundurduğu bir menkul hakkında bu şahısların başkaları ile yaptıkları bir mukavele ile ihdas ettikleri şuf'a hakkının, nafiz bir hak olmayacağı gayet normal bir neticedir. Ancak meşfuun malikinin muciz olması takdirinde nefaz kesbedebilen bu mukavele, aksi

6) Haab., a. g. e., Sh. 405.

7) Haab., a. g. e., Sh. 405.

8) M. K. Mad. 16/2.

halde sadece selâhiyeti ve tasarruf ehliyeti bulunmaksızın böyle bir mukavele yapmaya tevessül eden şahsın tazminata maruz kalmasından başka bir sonuç hasil edemez.

Şuf'a mükellefinin şahsında, aradığımız şu tasarruf ehliyetine mukabil, diğer âkidin mutlaka, hakkı kendi şahsı için ihdas edebileceğine dair bir kayıt yoktur. B. K. Md. 111 hükmünden bilistifade, diğer taraf şuf'a mükellefi ile yapacağı bir mukavele sonunda «üçüncü bir şahıs lehine» bir şuf'a hakkı ihdas edebilir. Bu takdirde Borçlar Kanunundaki umumî hükümlere ve üçüncü şahıs lehine konulan bu şartın tam veya nakıs oluşuna göre amel edilir.

3 — Şuf'a mukavelesinin şekli :

Şuf'a mukavelesinin sui-generis bir akit olması kanun vazını burada da umumî kaideden ayrılmağa sevketmiştir. Filhakika gayri menkullere taallûk eden bilûmum akitlerin, hattâ gayri menkul vaadlerinin dahi resmî şekilde yapılmasını şart koşan vazın kanun, bu şartı vefa ve iştirâ mukavelelerine dahi teşmil ettiği halde, şuf'a mukavelesinde sadece «tahriri şeklin» kâfi olduğunu bilhassa tasrih etmiştir⁹.

Bu istisnanın sebebini, şuf'a hakkının İsviçre'deki ihdas tarzında aramak lâzımdır¹⁰. Bir vesile ile yukarıda da belirttiğimiz gibi ekseriya mehzada, şuf'a hakkı, müstakil bir mukaveleden çok, âdi veya hasılat icarına konulan bir şartla tesis olunmaktadır.

Gerek âdi, gerek hasılat icarı için tahriri şekil kâfi geldiği halde, onun içindeki bir şartın aynı mukavelede resmî şekilde yapılması düşünülemediğinden, düşünülse bile bu resmî şeklin bir külfet sayılması çok muhtemel bulunduğundan, kanun vazın bu istisnaya lüzum görmüş ve B. K. Md. 312 — son fıkrasında — «Mukaveleden mütevellit şuf'a hakkı için tahriri şekli kâfi» bulmuştur¹¹.

Gayri menkullere taallûk eden şuf'a mukavelelerinin böylece «tahriri şekilde» yapılması lâzım ve kâfi olduğu halde, menkullere taallûk edenlerinin her hangi bir şekle tâbi olması zarurî değildir. Ancak usulün 288 inci maddesi icabı, 50 lirayı aşan alacakların isbatının yazılı vesika ile mümkün olması neticesi, menkullere müteallik şuf'a mukavelelerinin de tahriri şekilde yapılması şayanı tavsiyedir.

9) Bak. B. K. Mad. 213/2.

10) H. P. Schmid. Das Vorkaufsrecht, Basler Studien, z. r. 1934, Sh. 46.

11) B. K. Mad. 213/son fıkra.

Nihayet, ölüme bağlı tasarruflarla ihdas olunan bir şuf'a hakkının, miras hukukunun bu tasarruflarda aradığı şekillere uygun olarak — ki resmî vasiyet şeklidir — tesisi mümkün olabilir¹².

Kanun hükümlerini bu suretle bitirdikten sonra doktrini görelim :

Şuf'a mukavelesinde tahriri şeklin kâfi görülmesi, maalesef bütün müelliflerin kabulüne mazhar olamamaktadır. Ezcümle Simonius, şuf'a hakkı, eğer bir âdi veya hasılat kira mukavelesi ile birlikte tesis olunuyorsa yazılı şekille iktifa etmek, fakat bütün diğer hallerde resmî şekle uymak gerektiğini iddia etmektedir¹³. Müellifin bu iddiasında, şuf'a mukavelesinde niçin istisnaen vazı kanunun, tahriri şekli kâfi gördüğünü izah edenlere mukabil bir cevap kokusu hissedilmektedir. İsviçre'de ekseriya şuf'a hakkı, kira akitleri içinde konulan bir şartla tesis olduğundan kanun vazının bu istisnaya lüzum gördüğü söylendiğine göre, böyle bir irtibat bulunmayan müstakil şuf'a mukavelelerinde bu zarurete ittiba için de bir sebep kalmamaktadır deniyor.

Simonius, belki şu itirazında haklı olabilir; fakat düşünmeli ki, böyle ikili bir yol tutmanın mahzurları, şuf'a mukavelelerinin tahriri olmaları hasebiyle doğması muhtemel mahzurdan çok daha fazladır. Sonra yine hatırlamalı ki, şuf'a mukavelesi ister tahriri, ister resmî şekilde yapılmış olsun ondan doğan hak yine bir şahsî ve nisbî hak olmakta devam edecektir. Ta ki, tapu siciline ayrıca şerh verilsin ve böylece başkalarına da kabili ityan bir hale gelsin.

Belki bu itiraz şuf'a bedeli, akitle birlikte tesbit edilen mevsuf şuf'a hakkı için daha kuvvetli mesnetler bulabilir ve iştira mukavelesine çok yaklaşan¹⁴ bu mahdut şuf'a mukavelesinin mutlaka resmî şekilde yapılması istenebilirdi. Ancak kanunun sarahatî karşısında, hangi şekilde olursa olsun şuf'a mukavelelerinin tahriri şekilden başka bir tarzda yapılması istenemeyeceğinden bu münakaşalar tenkidî mahiyetten ileri gidemeyecektir. Esasen federal mahkemenin de — bir takım tereddütlü devrelerden sonra — mevsuf şuf'a için dahi, hususî yazılı şeklin kâfi geldiğini belirttiğini ayrıca hatırlatırız¹⁵.

Son olarak yine mukavelenin şekli ile ilgili olan diğer bir hususa, imza meselesine temas etmek lâzımdır : Adî şuf'a akti, tek taraflı bir

12) Haab., a. g. e., Sh. 406 ve keza Bak. M. K. Md. 478, 492.

13) Haab'dan naklen Simonius, a. g. e. Sh. 313 ve devamı.

14) Bak. Şuf'a hakkı — İstira hakkı mukayesemiz — Doktora tezimiz. Şuf'a Hakkı : Sh. 10.

15) J. d. T. 1922, Sah. 621.; Homberger, a. g. makale, Sah. 2.

mukavelenin mahsulü olduğu ve şefii hiç bir mükellefiyet altına koymadığı surette, sadece şuf'a mükellefi tarafından imzalanmak lâzım ve kâfidir. Bu hal tarzı umumî hükümlerden de istihraç olunabilir. Buna mukabil eğer akit, aynı zamanda şefiin mükellefiyetlerini veya mevşuf şuf'ada olduğu gibi gayri menkulü satın alacağı şartları ihtiva ediyorsa, iki tarafça da imza edilmek gerekir¹⁶.

II — Vasiyet yoluyla şuf'a hakkının tesisi :

Şuf'a hakkının ölüme bağlı tasarruflarla, bu arada muayyen mal vasiyeti yoluyla de tesisinin mümkün olduğunu söylemiştik. Bununla beraber ölüme bağlı tasarrufların diğer şekillerinde bu imkânı kolaylıkla kabul eden bazı müellifler, muayyen mal vasiyeti yolunda aynı uysallığı göstermiyorlar.

Malûm olduğu üzere «doğrudan doğruya veya bilvasıta mamelekî bir istifade teminine ve bir alacak hakkının muhtevasını teşkile müsait her eda, muayyen mal vasiyetinin mevzuu olabilir»¹⁷. Böylece muayyen mal vasiyetinde iki şart mündemiç bulunuyor : Bunlardan birincisi (mamelekî istifade), diğeri de, (şahsî bir talep hakkı), başka bir ifade ile «şahsî hak seciyesi, ahkâmı âmireden olan bir alacak hakkı» tevlit etmesidir¹⁸.

Bazı müellifler, şuf'a hakkının vasiyetname yoluyla ihdas edilemeyeceğini iddia ederken bu şartların, o tarz bir tesisde bulunmadığı fikrini ileri sürüyorlar. Diyorlar ki : «Mamelekî istifade şartı, bu yoldan bir şuf'a hakkı ihdasında hiç şüphesiz vardır. Fakat ikinci şart, şahsî bir alacak hakkı tevlit etmiş olma vasfı burada yerine gelmemektedir. Çünkü muayyen mal vasiyeti yoluyla şuf'a hakkını iktisap eden kimse şahsî bir talebi değil, sadece bir inşai hak kazanmaktadır»¹⁹.

Bununla beraber bu müellifler tatbikata da bir çıkar yol aramaktan kendilerini geri koyamamışlardır. Onlara göre meseleyi müsbet bir hal çaresine bağlayabilmek için şöyle bir tefsir yolundan yürüyerek tasarrufu kurtarmak lâzımdır : Gerçi muayyen mal vasiyeti ile tesis edilen bir şuf'a hakkı, sahibine onu talep hakkını bahşetmemektedir. Ama, muayyen mal vasiyetini eda ile mükellef mirascının, bu vasiyetname ile «şuf'a hakkını akten tesise matuf bir şahsî borcu tahammül ettiği» tarzında bir telâkkiye

16) Homberger. Propriété Foncière VIII. Le Droit de préemption. Fiche Juridiques Suisses - Genève, 1942 Fiche No. 431. Sh. 2; Haab., a. g. e. Sah. 406.

17) H. P. Schmid., a. g. e., Sh. 58.

18) H. P. Schmid., a. g. e., Sh. 58.

19) H. P. Schmid., a. g. e., Sh. 58.

yer vermek de pek alâ mümkün olabilir. Hem böylelikle muayyen mal vasiyetinde mündemiç olan ikinci şartta burada mevcut olmuş bulunur²⁰.

Biz de Schmid'e katılarak söyleyeceğiz ki, «Bir inşaî hakkın tesisi, muayyen mal vasiyetinin şahsî hak seciyesine hiç bir suretle aykırı değildir.» Esasen kanun vazının aynı hak mahiyet ve kudretini haiz bir muayyen mal vasiyeti yerine, şahsî hak seciyesinde olan şeklini tercih etmekteki maksadı, murisin ve mirascılarının alacaklarını korumak noktasında toplanmaktadır. Hattâ bu sebeptendir ki, alacaklıların haklarını ihlâl müsaîf aynı hakların tesisi caiz görülmemektedir ve yine bu düşünce ile mirascının, alacaklıları tatmin maksadiyle, muayyen mal üzerinde icabında tasarruf edebilmesi sağlanmaktadır.

Bu vaziyete göre ve kanunun ruh ve gayesinden çıkarılan şu neticeye binaen; nihayet şahsî talebin bir ön kademesini teşkil etmekten ibaret kalan inşaî şuf'a hakkının muayyen mal vasiyeti ile tesisine cevaz vermek için sebep kalmamaktadır. Çünkü muayyen mal musalehinin vasiyet neticesinde haiz olduğu şahsî talep hakkı yanında, alacaklıların hukukunu ihlâl derecesi bakımından bidayeten şahsî talep hakkını dahi muhtevi bulunmayan şuf'a hakkı, bir hiç mesabesinde kalır. Bu suretle ihdasında hukukî bir mâni olmadığı anlaşılan ve musalehin lehine, mükellef mirascının aleyhine olarak vücut bulan şuf'a hakkı, muayyen mal vasiyetinin hüküm ifade etmesiyle teşekkül eder ve normal bir şuf'a hakkının neticelerini doğurur²¹.

III — Aktî şuf'anın tapu siciline şerh verilmesi ve bunun hükümleri.

1 — *Şerh verme ile şuf'a hakkının nisbîliğindeki mahzurları gidertme ve şefîin mevkiini takviye :*

Mukaveleden mütevellit şuf'a hakkının, tapu siciline şerh verilmedikçe, ancak âkit tarafları ilzam eden ve ilk şuf'a hâdisesinde kullanılmamakla sukut eden şahsî ve nisbî bir mahiyeti haiz olduğu malûmdur²².

Binaenaleyh böyle bir şuf'a hakkının sahibi yani şefî, pek zayıf bir mevkide bulunmakta ve hakkın nisbîliğindeki mahzurları bütün mânasıyla hissetmektedir. Zira, Türk - İsviçre mevzuatında, Fransız hukukundaki,

20) H. P. Schmid., a. g. e., Sh. 58.

21) H. P. Schmid., a. g. e., Sh. 59.

22) Ezcümle bak.: Wieland, Aynı Haklar Şerhi (tt. İ. H. Karafakih — 1947, 2nci bası). Sah. 252; Curti et Forrer, a. g. e., Sah. 356. Haab., a. g. e., Sah. 408; F. Arık, Şuf'a Hakkı Üzerinde Bir İnceleme - Ad. Certid. 1943, sayı: 9, Sh. 795; Homberger., a. g. makale sahife: 3-4.

daha doğrusu Jurisprüdansındaki aynen ifayı temin yolu da pek açılmamış olduğundan, şefi'in şuf'a hakkını hiçe sayarak malikin meşfuu başkasına, hattâ bu şuf'a hakkından haberdar olan bir üçüncü şahsa dahi satması daima mümkün bulunmaktadır. Satıcı ile şefi arasında tamamiyle şahsi olan bu hukuki münasebet, müktesibin meşfuun maliki olmasına elbette mâni olamaz²³. Şefi'in bu takdirde, müşteri şuf'a hakkının mevcudiyetini bilse dahi, ancak bâyie karşı bir «zararı ziyan dâvası» ikâmesinden başka hiç bir selâhiyeti yoktur. Zira madde 931 mânasında müktesibin hüsnüiyeti, ona karşı koyan bir ayni hakkın varlığını bilmediği müddetçe mevcudiyetini muhafaza eder²⁴. Burada ise bir ayni hak değil, nihayet bir şahsi hak bulunmaktadır.

Hak aynı zamanda nisbidir dedik. Şu mânada ki, ilk şuf'a hâdisesi vukubulduktan yani bâyi, meşfuu başkasına sattıktan sonra şefi bu hakkını kullanmamakla, yalnız istimal selâhiyeti değil bizzat hakkın zatı da düşmektedir²⁵. Esasen bu netice yukarıdaki vasfın içinde mündemiçtir. Çünkü müktesip üçüncü şahıs için hiç bir suretle bununla mukayyet olmadığı için, şefi'in, ona karşı şuf'ayı dermeyer selâhiyeti esasen yoktur. Nihayet bâyiden hakkının ihdasındaki gayeyi, yâni meşfuu elde edebilmek arzusunu tahakkuk ettirmekten çok uzak bir mahiyette olan tazminatın ise, şefi'in asıl arzusuna tercüman olamayacağı muhakkaktır.

Aynı müessiriyetini, tapuya verilen şerhten değil, kanundan yahut her hangi diğer bir ilân tarzından alan şuf'a hakkını, yâni, aynı şuf'a hakkını — mehazın bir iki kantonu hariç²⁶ —, Türk - İsviçre Medeni Kanun sisteminde aramak da bir netice vermeyeceğine göre²⁷, şuf'a hakkının nisbiliğindeki şu mahzurları gidertme ve şefi'in mevkiini takviye için başka çareler aramak mecburiyeti hissedilmiştir.

Bu çare muhtelif devirlerde muhtelif istihaleler geçirmiştir. Meselâ, orta çağlarda bu hakkın tesirinin aynileştirilmesi (şifahî beyan) usulü ile oluyordu²⁸.

23) Homberger, a. g. makale Sah. 3 - 4.

24) Homberger, a. g. makale, Sah. 3 - 4.

25) Haab, a. g. e. Sh. 408.

26) Zurich M. K. sistemi, Schaffhauser ve Bründer Kantonları için bak; Pfeiffer, Die Vormerkung persönlicher Rechte nach d. schweiz. Z. G. B. — Thèse — Zurich, 1910, Sh. 48 - 51.

27) Pfeiffer, a. g. e., Sah. 48.

28) Pfeiffer, a. g. e., Sah. 48.

Helvetikten sonra Mehazda ve 1926 dan sonra da bizde bu vasıtada değişiklik yapılmış ve bugün sübjektif - aynı münasebetin doğabilmesi için «tapu siciline şerh mecburiyeti» konmuştur²⁹.

Aslında Alman hukukunun bir icadı olan bu «şerh müessesesi» sayesinde ki şefi, mükellefin, şuf'a hakkını istimal imkânını ortadan kaldıran tasarruflarına karşı bir müdafaa silâhı elde etmekte ve müktesip üçüncü şahıslara dahi mezkûr hakkını dermeyeran imkânını kazanmış bulunmaktadır³⁰.

Hattâ bu imkânın bir neticesi de, bizzat şuf'a mükellefinin yâni bâyiin, şefiın zarar, ziyan taleplerinden kendisini kurtarmış olmasıdır. Zira şefi hakkını dermeyeran imkânını, meşfuu bir üçüncü şahıs iktisap etmiş olmasına rağmen henüz kaybetmemiştir.

Böylece bu şerh sayesinde hem bir şuf'a hakkı tesis eden taraflara o hakkın neticelerini alabilecekleri yolunda bir itminan, hem muamelelerde bir emniyet havası esmesi temin edilmiş bulunmakta ve her halde şerh, iktisadî hayatta da mühim bir rol oynamaktadır.

Ancak şefi, şuf'a hakkını, tapuya şerh verdirmek şartıyla müktesip üçüncü şahıslara dahi dermeyeran imkânını haiz oluyor derken, bu imkânı bahşeden haktaki hukukî değişikliği de tesbit etmek zaruridir :

2 — Şerhin şuf'a hakkının hukukî bünyesi üzerindeki tesirleri :

Şerh verilmemiş bir akti şuf'a hakkında aynı icra ve tenfizin bulunmamasına mukabil, şerhli bir şuf'ada bu imkânın mevcut oluşu ve şeyi iktisap eden bütün üçüncü şahıslara karşı dermeyeran edilişi haklı olarak zihinlerde şöyle bir istihfâm yaratabilir: Acaba şerh, şuf'a hakkının hukukî bünyesinde bir değişiklik husule getirerek onu bir «aynî hak» mı yapmıştır ?

Zira malûm olduğu üzere şahsî haklarla - aynı haklar arasındaki en mühim fark, birincilerin ancak âkid borçluya karşı dermeyeran olunabilmesine mukabil, ikincilerin herkese karşı kabili ityan bulunması yani mutlak bir mahiyet arzemesidir.

29) Medenî Kanunumuzun üç türlü şerh şeklini kabul ettiği malûmdur. 1. Şahsî hakların şerhi, (M. K. 919) — ki Şuf'a Hakkı da burada yer alır. 2. Temlik hakkının tahditleri (M. K. 920) ve nihayet 3. Muvakkat tescil (M. K. 921)...

30) Vaucher — Les droits de préemption, d'empation et de réméré du C. C. S. Neuchâtel, 1916, Sah. 96 ve sonrası; Tahîr Sebûk, a. g. notlar; B. G. B. Md. 883 ve sonrası; A. B. G. B. Md. 438 - 439, 445.

Hattâ bizzat şerhin mahiyeti hakkında dahi aynı münakaşa ve tereddütlere rastlamak mümkündür³¹: Bilhassa Alman müellifleri arasında cereyan eden bu münakaşada bir kısmı «şerhin hususî bir aynı hak» olduğunu, bir kısmı ise «şerhin bir hak değil, tapuya tescilin hususî bir nev'i» olarak telâkki edilmek lâzım geldiğini ileri sürmektedirler. Birinci izah tarzının kanunumuz sistemine uymadığı açıktır. Çünkü aynı hakların diğer bir mümeyyiz vasfı da onların mahdutluğudur. Kanunun tanıdığı aynı haklar arasında ise, «şerh hakkı» diye bir nev'in bulunmadığı muhakkaktır. Bu itibarla şerhi, tapu siciline tescilin hususî bir kaydı olarak kabulden başka bir çare yoktur. Nitekim bu husus madde 918 ve müteakip hükümlerinden de gayet açık bir şekilde anlaşılmaktadır³².

Şerhin mahiyeti hakkında yaptığımız şu çıkıntıdan sonra, sadede avdet ederek söyleyeceğiz ki, tapu siciline şerhin mahiyeti gibi, bu şerhin şuf'a hakkının hukukî bünyesi üzerinde yaptığı tahavvül de bir «aynî hak» olarak telâkki eden müellifler yok değildir³³.

Şerh neticesi şuf'anın aynı hakka tahavvül ettiğini iddia eden müellifler, mesnetlerini M. K. Md. 919/2 ve 658 deki «tapu siciline şerh verilen bu hakkın» şerhte tayin olunan müddet ve sicilde gösterilen şartlar dairesinde, o gayri menkulün her hangi bir malikine karşı dermeyan edilebileceği mealindeki ibareden almaktadırlar³⁴. Bununla beraber bu fikri terviç eden müellifler arasında da — şu aynı hakka tahavvül keyfiyetinin ne suretle olduğunu izahta — tam bir ittifak yoktur³⁵.

Gerek şerhli şuf'a hakkının şahsî mahiyetinin, «aynî hakka» tahavvül ettiğini iddia edenlerin, gerek şerh verilmiş şahsî şuf'a hakkını «aynî hakla - şahsî hak arasında mutavassıt bir hak» olarak görenlerin³⁶, telâkkileri pek kabili müdafaa değildir. Çünkü şerhin gayesi, hakkın mahiyetinde bir değişiklik husule getirmek değil, ancak şuf'a mükellefiyetinin tesir sahasını bazı üçüncü şahıslara kadar genişletmekten ibarettir. Bu itibarla Wieland'ın bilhassa belirttiği gibi «şerh halinde de bu şahsî hak, aynı hakka münkalip olmaz. Şerh, ancak, haddizatında şahsî olan bu hakka,

31) Bak, Tahir Sebük, a. g. notlar.

32) Schmid, a. g. c. Sah. 32; Vaucher, a. g. e. Sh. 103; Sebük, a. g. notlar.

33) Ezcümle Curti et Forrer, a. g. e. Sh. 635, Mad. 959, not 9 ve 10 ve C. A. Gücün Hukuk Dâvaları, 1945. Ist. tabı 2. Sh. ...

34) Bak., M. K. Md. 658, 919/2.

35) Bak, Tahir Sebük, a. g. notlar.

36) Fazla izahat için bak. : T. Sebük — a. g. notlar.

aynî neticeler izafesini intaç eder ve binnetice yeni malike karşı da dermeyan olunabilir»³⁷.

Bu hal tarzı, yani şerhin şuf'a hakkının şahsî mahiyetinde bir değişiklik husule getirmeyip, ona tıpkı bir aynî hakmış gibi üçüncü şahıslara dermeyan kudretini bahşettiği fikri, bugün ekseri Türk - İsviçre müellifleri ve jurisprudansı tarafından kabul edilmiş bir keyfiyettir³⁸.

Aynî hak mahiyetini iktisap etmemesine rağmen, şuf'a hakkının şerhle, tıpkı aynî bir hak imiş gibi neticeler tevlit etmesi ise, şerhin tapu sicilinin aleniyeti prensibinden istifade etmek suretiyle, gayri menkul üzerinde sonradan hak iktisap edenlerin hüsnüniyetini bertaraf etmiş bulunmasından ileri gelmektedir. Adetâ şerh, şahsî hakkın mevcudiyetini, cebri bir şekilde üçüncü bir şahsa bildirmektedir. Çünkü M. K. Mad. 928/son fıkrasına göre «kimse, tapu sicilinde mukayyet olan bir keyfiyetin kendisine meçhul olduğu yolunda bir iddia dermeyan edemez»³⁹.

3 — Şerh verilmiş şuf'a hakkının aynî şey üzerindeki diğer haklara karşı hükümleri:

Tapu siciline şerh, şuf'a hakkının sadece meşfuun sonraki satışlarında da dermeyanını mümkün kılmakla kalmamakta, bizzat şuf'a mükellefinin gayri menkul üzerinde ihdas edeceği sair aynî mükellefiyetlerin de, şuf'a hakkını ihlâl ettikleri nisbette hükümsüz olmasını temin ederek, aynen ifayı adeta garantilemektedir.

Bununla beraber, meşfu üzerindeki hakların şerhten önce veya sonra vücut bulmuş olmasına göre bir ayırma yaparak şerhin tesirlerini incelemek daha isabetli ve hattâ zaruridir :

a) Şerhin şuf'a hakkının tapuya kayımdan önce şey üzerinde tesis olunan haklara karşı hüküm ve tesirleri :

Şerhten önce aktî bir şuf'a hakkı nihayet şahsî bir mahiyette olduğu ve malikin, değil şey üzerinde irtifaklar v.s. gibi mahdut aynî haklar tesisine, hattâ onu üçüncü bir şahsa satmasına dahi mâni olmadığına göre, şerhin bu hakları hükümsüz kılması veyahut şuf'a hakkına muhalif olmadıkları nisbette muteber olmasını temin yolunda bir rolü yoktur.

37) Wieland, a. g. e. Sah. 252.

38) Ezcümle Haab, a. g. e. Sah. 408; Homberger, a. g. makale Sh. 3 - 4; Wieland, a. g. e. sah. 252; Rossel et Mentha, a. g. e. Md. 681 notu ve J. d. T. 1920.

39) Tahir Sebük, a. g. notlar.

Şefiin, B. K. Md. 96 ve müteakip maddelerine istinaden malikten zararı ziyan hakkı mahfuz olmak üzere, şerhten sonra, şeyi iktisap eden üçüncü şahıstan ancak bu hak ve mükellefiyetlerle yüklü olarak onu alabileceği tabiidir, ve binnetice meselâ gayri menkul, şuf'a hakkının tesisinden evvel konulmuş olan rehin hakkı dolayısıyla paraya çevriliyorsa artık şefi üçüncü şahsa dahi şuf'a hakkını istimal eyliyemez⁴⁰.

b) *Şerhten sonra iktisap olunan haklara karşı, şerhin hüküm ve tesirleri :*

M. K. Md. 658 in matlabı «mülkiyet hakkının takyitleri» şeklinde ifade edilmiştir. Bununla beraber, bu takyit mutlak bir mahiyet arz etmemektedir. Malikin şerhten sonra da şey üzerinde aynı veya şahsî bir takım haklar tesisi imkân dahilindedir ve sonradan iktisap olunan bu haklar da (meselâ irtifaklar, ipotek v.s.) tapu siciline tescil olunur, şuf'a hakkı sahibinin bunların tescilini önlemek selâhiyeti de yoktur. Buna rağmen şerh sayesinde şefi, bu hakların şuf'a hakkının aynen ifasına zarar verdiği veya onunla telifi mümkün olmadığı nisbette hükümsüzlüğünü ileri sürbilmek selâhiyetini haizdir, denmektedir. Demek oluyor ki, mad. 919/2, şerh verilmiş hakkın sonradan iktisap olunan bütün haklara karşı kabili dermeyan olduğu mânasında olmayıp, şahsî şuf'a hakkının aynen ifasına zarar veren veya şahsî hakla telifi kabil olmıyan haklara karşı kabili ityan olduğu mânasındadır⁴¹.

Fakat burada bir tezada düşmüş olmaktan korkulabilir : Şuf'a hakkı, malikin, kendi mülkü üzerinde tasarruf selâhiyetinin mutlak bir tahdidini değil, ancak üçüncü şahısla mün'akit satış mukavelesinin şartları dairesinde şeyin kendisine verilmesini isteyen şefiin bu talebine ittiba mükellefiyetini ifade eder.

Bilhassa adî bir şuf'a hakkı tesisinde malikin bu selâhiyeti münakaşasız bir şekilde kabul olunmak lâzımdır. Malike hiç bir zaman denemez ki, sen gayri menkulünü satamıyacaksın veyahut onda her hangi bir aynı veya şahsî bir hak tesis edemiyeceksin, meselâ bir rehin hakkı ile takyid edemiyecek yahut bir icar mukavelesine mevzu yapamıyacaksın. Şuf'a hakkını iskat gayesine maksur olmadıkça malikin bu tasarruflarının gerek tesis ve gerek tesciline şefiin — şuf'a hakkı hattâ tapuya şerh

40) Wieland, a. g. e. Sah. 253.

41) M. K. 919/2 «Bunlar tapuya şerh verilmekle o gayrimenkul üzerinde sonradan iktisap edilen hak sahiplerine karşı dermeyan olunabilir». Ve bak. Tahir Sebük, a. g. notlar.

verilmiş dahi olsa — müdahale ve mümanaat selâhiyeti olmamak lâzımdır, ve yoktur da. Bundan şu netice çıkıyor ki «Md. 919 dan, şuf'a hakkının şerhinden sonra, malik tarafından tesis edilen rehin v.s. diğer aynı hakların şuf'a hakkı sahiplerine karşı müessir olamayacağı» mânasını anlamak hatalıdır⁴².

Şuf'a hakkı sahibi, ancak üçüncü şahısla mün'akit satış mukavelesinin şartları dairesinde gayri menkulün kendisine devrolunmasını istiyebileceğine ve üçüncü şahısta, gayri menkulü mükellefiyetlerle mahmul olarak iktisap etmiş bulunacağına göre, bu haklar — şerhe rağmen — şefie karşı da müessir oluyor demektir⁴³.

Bir taraftan «şerhten sonra gayri menkul üzerinde tesis edilen haklar, ancak şuf'a hakkının aynen ifasına mâni olmadığı nisbette şefie karşı muteberdir» diyor; diğer taraftan da «şefi, meşfuu ancak üçüncü şahısla yapılan ve bu müesses haklarla yüklü olan satış anlaşması şartları ile alabilir» iddiasını tazeliyoruz.

Bu durumun telifi mevsuf şuf'ada belki daha kolay olabilir : Zira mevsuf şuf'ada şefiin, satış bedelini tesbit ederken, meşfuun umumiyetle aktin in'ikat zamanındaki haliyle muhafaza edilmesini zımnî bir şart olarak koştığı düşünülebilir. Ve binnetice şefi, meşfuu bilâhare bir takım mükellefiyetlerle yüklü olarak alırken vereceği bedelde, gayri menkulü takyid eden şu mükellefiyetler nisbetinde bir indirme yapabilir⁴⁴. Böylece bu haklar hem şefie karşı müessir olmuş, hem de onun hakkını ihlâl ettiği nisbette hükümsüz olmuş bulunmaktadır.

Umumiyetle hâkim olan şu fikri, adî şuf'a hakkında da tatbik etmemek için hiç bir sebep yoktur. Şefi, filhakika gayri menkulü o mükellefiyetlerle birlikte devralacaktır, fakat ortada muvazaa hali düşünülmeyeceğine göre, müşteri durumunda bulunan üçüncü şahısta, bu derece mükellefiyetlerle yüklü bir gayri menkulü alırken fiyatı da o nisbette düşük vermiş olacaktır. Bu suretle adî şuf'ada, bu muhdes haklar sebebiyle bedelde yapılacak tenzilât, müşteri tarafından daha satış aktinin in'ikatında ve bilinmiyerek yapılmış demektir.

Yalnız hâdise her zaman bu derece basit bir kombinezonla, meşfuu düşük bir bedelle temellük etmek suretiyle halledilemez. Başka bir ifade ile şerhten sonra tesis olunan bu haklar şuf'a hakkının aynen icrasına mâni olacak bir miktar ve mahiyette olabilirler. Meselâ tesis olunan ve meşfuun değerinden yüksek bir meblâğ için yapılan bir ipotek karşısında

42) Wieland, a. g. e. Sah. 253.

43) Wieland, a. g. e. Sah. 253.

44) T. Sebük. a. g. notlar.

bulunabilir. Bütün bu ihtimallerin izahı, her halde aktî şuf'a hakkının hukukî mahiyetini, pek muhterem Hocam Ord. Prof. Ebül'ülâ Mardin'in ifadeleriyle⁴⁵; «kendi fiili ile muteber bir sebebin in'ikadına muallâk bir satış» olarak kabul eden nazariye ile izah daha kolay olacaktır.

Zira o zaman hadiseler, bir şuf'a hakkı ile malik, şarta muallâk bir borç iltizam etmiş telâkki olunduğu ve bu telâkkiye : (malikin mülkünden istifade kudretinin devam etmesi; malikin mülkünü bey mecburiyetinin tahassül etmemesi ve şart tamamen tahakkuk etmedikçe hüküm tecelli eylememesi gibi) üç mühim netice teferrû ettiği göz önünde tutularak bakmak icap edecektir.

Malikin mülkünden istifade kudreti devam ettiğine ve, değil ancak şerh halinde neticeler tevlif eden şahsî hak, rehin gibi aynı hak bile, malikin mülkü üzerindeki bu tasarruf serbestisini bertaraf etmediğine göre, bazılarının ifade ettiği gibi M. K. Md. 658 deki «mülkiyet hakkının takyitleri» matlabını «tasarruf selâhiyetinin tahditleri» şeklinde anlamak doğru değildir. Bu itibarla aktî şuf'anın şu şartlı satış mahiyeti icabı, şefiin aktî şuf'ada tapu siciline şerhinden sonra rızası olmaksızın yapılan irtifaklardan, gayri menkul mükellefiyetlerinden hattâ rehinden zarar görme durumu tahassül ettiği zaman, yapılan tasarruf hükümsüz ve dâva açmak suretiyle iptidaen bu tasarrufu önlemek yolunda müdahale selâhiyeti mevcut olmakla beraber, şayet bu hak, bir aylık sukutu hak müddetinin yahut 10 senelik himaye müddetinin inkizasından veya cebri icra ile müzayedesinden dolayı sukuta uğrarsa bu tasarruflar kendilerinden beklenen hukukî neticeleri temin ederler. Cebri müzayede halinde şefie ait ve şerhe müstenit hakkın tazminat istemek yolunda nisbî bir hakka munkalip olduğunu görürüz...»

Şuf'a hakkının mahiyetini inşaî hak nazariyesine istinat ettirenler de gerçi aynı neticeye varıyorlar. Fakat başka yollardan gitmek suretiyle. Diyorlar ki : «Şerhle korunmuş olan şefiin, bu gibi külfetler bakımından da — şayet bunlar sırada kendi hakkından sonra geliyorlarsa ve kendisinin müsaadesi olmaksızın tescil edilmişlerse — bu yüzden hakkı haleldar olduğu ölçüde, tashih talebini haizdir, Zira bu haklara ait şerhler dahi, hak sahibinin şuf'asını kullanması halinde,, şerhin tasarrufu kısan hükmüne binaen yolsuz oluyorlar⁴⁶». Çünkü evvelcede belirttiğimiz gibi şerhe rağmen meşfu üzerinde böyle bir hak ihdas eden veya şeyi iktisap eden üçüncü şahıs, bir hüsnüniyet iddiasında bulunamayacağı gibi, adeta

45) Ebül'ülâ Mardin, hususî surette lütfettikleri izahattan.

46) Haab, a. g. e. Sh. 421-422; ve ondan naklen Guhl, a. g. e. Sah. 140 ve

şey'i, şefiîin kullanmaması şartıyla iktisap veya hakkı ihdas eylemiş demektir. Şefiîin de müddetinde inşaî beyanda bulunması ile müktesip üçüncü şahsın tescilli yolsuz olmaktadır⁴⁷. Gayri menkullerde ise indimaç tezinin tabii bir neticesi, böyle yolsuz tescilin tashihi, yani tapudaki kayda takaddüm eden hukukî tasarruftaki sakatlığın, maddî tasarruf olan Tapu sicilindeki kayda da müessir olması keyfiyetidir⁴⁸.

Hattâ şu kaide, şefî aleyhine dahi bazı neticeler tevlit edebilir : Bu aynı neticeler, şuf'a hakkını ihtiva eden şahsî münasebete, meselâ bir icar mukavelesinin vücut ve sıhhatine de bağlı olduğundan yeni müktesip te, eski malikin şefîe karşı dermeyeran edebileceği bütün defileri ileri sürmek imkân ve selâhiyetini haizdir. Ve meselâ, icar mukavelesinin hitamı ile şahsî münasebet ortadan kalkarsa, mucir de, müşteri de tapu sicilindeki şerhin kaldırılmasını isteyebilirler⁴⁹.

Hülâsa, hangi izah tarzı ile olursa olsun şerh sayesinde şuf'a hakkı aynı neticeler tevlit etmekte ve bunun neticesi olarak, gayri menkulün bütün maliklerine ve şerhten sonra şey üzerinde hak iktisap eden bütün aynı veya şahsî hak sahiplerine karşı nisbî bir takyid temin eylemektedir. Bu müteaddit malik veya hak sahiplerinin hüsnüniyetleri tapu siciline verilen şu şerhle zail olduğu için aynen ifayı temin zımında şefî, mükellefin sonradan ihdas ve tescil ettirdiği şuf'a hakkını ihlâl eden bu hakların, terkin veya tashihi bir tashih dâvası ile talep edebilmektedir. Fakat her halde şartlı satış nazariyesi taraftarlarının söyledikleri gibi bu hakları iptidaen dâva açmak suretiyle önliyememektedirler.

Ancak bu husustaki ana prensibi belirten M. K. 919/2 de teferrüata ait noktaları bulmak mümkün olmadığı için bütün şarihler, merhun gayri menkul üzerine sonradan tesis edilen aynı hakların akibetine ait M. K. Mad. 784 hükmünün burada da tatbikine taraftardır. Yalnız bir tereddüde düşülmemesi için belirtelim ki M. K. Mad. 784/2 de sadece irtifak hakkı ile gayri menkul mükellefiyetinden bahsedilmesi tahdidî değil, tadadîdirler. Bu itibarla onlardan gayri tesis edilen sair haklara da aynı hüküm tatbik olunur. Binnetice, şuf'a hakkı, önceden tesis olunmuş meselâ rehin vesaire gibi haklara karşı bir hüküm ifade etmediği halde, sonrakilere kendisi tekaddüm etmektedir.

Fakat her halde, Muhterem Hocam Ord. Prof. Ebül'ulâ Mardin'in de tavsiye ettikleri gibi, (vod) kantonunun şuf'a mukavelesinde şefîe bir de iştirâ hakkının şartla tesisini muvafık görmesi gibi bir yol tutmak en

47) Bak., M. K. Md. 932 ve Haub, a. g. e. Sah. 421.

48) E. Mardin — Aynı Haklar Fakülte takrirleri (1941 - 1942 yılı).

49) Wieland, a. g. e. Sh. 253.

tedbirli hareket tarzı sayılabilir. Çünkü iştirâ hakkı, sahibine, bir gayri menkulü tesdiği zaman, evvelce muayyen ve tapuda mukayyet fiyatla satın alabilme selâhiyetini bahşeder. Bu takdirde malikin şefie muzır olacak tasarrufuna karşı her hangi hukukî bir tedbir almağa lüzum kalmaksızın iştirâ hakkını kullanmak suretiyle mukabele, muvazeneyi temine medar olur.

4 — Şerhin hükümlerinin devam müddeti :

Bu devam müddeti de müellifler arasında oldukça münakaşaları mucip olmuştur ve olmaktadır. Malûm olduğu üzere kanun vazı M. K. Md. 568 de «Şefiin bey'e ittilâi gününden itibaren bir ay ve her halde sicile şerh verildiği tarihten itibaren 10 sene geçmekle şuf'a hakkı sakıt olur» demektedir. İhtilâf ve tereddütleri mucip olan nokta, şuf'a hakkının şu sukutunun mutlak mı, nisbî mi olduğu keyfiyetidir. Yani şuf'a hakkının ilk satışta dermeyan edilmemekle tamamen mi, yoksa o satışa münhasır olarak mı sakıt olacağı ve şerh müddeti içindeki diğer bütün satışlarda da kullanılıp kullanılamıyacağı meselesidir ki, bu daha çok «şuf'a hakkının sona ermesi» fash ile ilgili bir husus olduğu için tetkikini «Şuf'ada Feragat» adlı yazımızda yapmış bulunuyuz^{49a)}.

5 — Şuf'a hakkının tapu siciline şerh verilme şekli ve şerhin muhtevası :

Şerhin şuf'a hakkını takviye derecesini gördükten sonra, onun indas şekli ve muhtevası üzerinde de kısaca durmak zaruridir:

a) Tapu memurunun şerh talebini is'af edebilmesi iki şartın vücuduna mütevakıftır :

aa — Her şeyden önce şerhin yapılabilmesi için, bizzat şuf'a mükellefinin yazılı ve sarahaten şerhe muvafakatini derpiş eden bir talebinin bulunması lâzımdır⁵⁰⁾.

Bu talepname bizzat şuf'a mukavelesinde bulunan bir şarttan ibaret olabileceği gibi, bilâhare şuf'a mukavelesinden ayrı olarak da tanzim ve ibraz edilebilir. Mamafih, şuf'a mükellefi, mukavelede şerhe muvafakatini bildirdiği halde, bilâhare bunu temin edecek müracaatı tapu memuruna yapmaktan imtina edebilir. Böyle bir vaziyet karşısında şefiin, mukaveledeki kayda istinaden mahkemeye müracaatla şerh verilmesi için muktezi

49a.) Bak.: İst. Baro D., Mayıs-1951 sayısı.

50.) Homberger, a. g. e. Sah. 3-4.; Haab, a. g. e. Sah. 406.

talep yerini tutacak bir «ilâm» alarak, memura ibraz selâhiyeti mevcuttur⁵¹. Bu tarzda malikin müracaatı yerine, hâkimin hükmü kaim olmuş bulunmaktadır.

bb — Diğer şartta bu talebin müstenidi olacak bir (*Hukukî sebep*) in bulunmasıdır. Bilhassa Haab'ın üzerinde ısrarla durduğu bu hukukî sebep, yazılı şuf'a mukavelesi veyahut ölüme bağlı tasarruftan başka bir şey değildir⁵².

Bundan şu mâna çıkıyor ki, tapu memuru bunlardan yalnız birisinin bulunmasıyla şerhi yapamaz. Mutlaka bu ikisinin ibrazını arayacaktır. Yalnız hukukî sebepte yani şuf'a mukavelesinde, hakkın şerh edileceğine dair bir kayıt yoksa veyahut bu hususta bilâhare bir anlaşma yapılmamışsa, bizatihi müracaatın şerhin tekemmülüne kâfi gelip gelmeyeceği münakaşalıdır : Mamafih, mukavelede böyle bir kayıt bulunmasa dahi, malikin şerhin yapılması yolunda vâki yazılı talebini, bilâhare yapılmış (verilmiş) bir muvafakat telâkki ederek, tapu memurunun şerh talebini is'af etmesinin biz de yerinde olduğuna kaniyiz⁵³.

b) *Şerhin muhtevasına gelince :*

Burada : şuf'a hakkı sahibi, hakkın esas muhtevası, sıranın tayini için müracaat tarihi ve bilhassa şerh vermeden doğan himayenin nihai mühlet ve varsa hususî şartları ve bahusus mevsuf şuf'ada, şuf'a bedeli ve nihayet hakkın hangi şartlar altında ileri sürülebileceği tasrih olunmalıdır⁵⁴.

Malûm olduğu üzere, şuf'a hakkı mutlaka on yılla mukayyet olarak tesis olunmaz. Fakat şerhin bu uzun müddetin ancak on yıllık kısmını himaye ettiği düşünülürse, mütebaki kısmın, şerh bilâhare yenilenmedikçe, sadece nisbî mahiyette bir şuf'a hakkı olarak devam edeceği tabiidir.

Demek oluyor ki, tapu memuru, tarafların gösterdikleri nihai müddet, 10 yıldan aşağı ise o miktarı aynen kaydedecektir. Fakat 10 seneden fazla ise veyahut müddet gayri muayyen veya bidayette azamî müddetinin tesbiti gayri mümkün ise, memur ancak 10 senelik kısmı için şerh verecektir. Bu müddetin inkızasında veya şuf'a hakkının sukutunda şerhi re'sen terkin etmek de tapu memurunun vazifesi cümlesindedir. Ancak pek istisnai olarak rastlanmakla beraber şöyle bir hâdise ile de karşılaşmak

51) Haab, a. g. e. Sah. 406; F. Arik, a. g. e. Sah. 798.

52) İsviçre M. K. Md. 963, 965, İsviçre Tapu Nz. Md. 70 ve Haab, s. 400.

53) Fikret Arik, a. g. e. Sah. 798; Haab, a. g. e. Sah. 406.

54) 8/10/930 T. ve 268 No.lu Tapu Sicilli Niz.nin serhlere ait altıncı faslının Md. 77-78 e bak. ve Haab, a. g. e. Sah. 407.

muhtemeldir : Şefi, satışa 10 senenin hitamına bir gün kala muttali olarak, derhal o gün de hakkını istimal etmiş bulunuyorsa, şerhten mütevellit himayenin kendisinin malik olarak tescil edilmesine kadar devam etmesinde büyük menfaati vardır. Bu vaziyet karşısında himaye müddeti 10 seneyi dahi — yeni bir anlaşma olmaksızın — aşmış bulunacaktır. Buna rağmen şefiin buradaki büyük menfaatleri icabı şerhin himaye müddetinin muamele sonuna kadar devamını kabul etmek isabetli bir hal tarzıdır⁵⁵.

Şerhin muhtevası ile ilgili olmak üzere son olarak, çoklarımızın (aynî şuf'a hakkı) diye adlandırdığımız, (bir ayna muzaf şuf'a hakkının) şerhindeki hususiyete de temas etmek isteriz : Bilindiği gibi, bu nevi şuf'a hakkı, muayyen bir şahıs lehine değil de, muayyen bir gayri menkul lehine ihdas olunmuş bulunduğundan, bu sübjektif - aynî şuf'a hakkının müstefit gayri menkulün bulunduğu sahifeye de işaret olunması lâzım gelmektedir⁵⁶.

§ II — KANUNİ ŞUF'A HAKKININ TESİS VE ŞARTLARI

I — Kanunî şuf'a hakkının doğuş tarzı (tesisi) ve ihdas sebebi :

Bugün memleketimizde en fazla tatbik sahasını haiz olan kanunî şuf'a hakkına dair M. K. da mevcut tek madde ile (T. M. K. Md. 659; İ. M. K. Md. 682), muhtelif ihtimalleri cevaplandırmanın imkânsızlığı tabiidir. Eski hukukumuzun muazzam ve mufassal hükümleri karşısında yeni Medenî Kanunun bu lâkaydisini ne sebebe atfetmek lâzım geldiğini kat'i olarak izah mümkün değildir. Ortada bir hakikat varsa, o da, bu tek maddenin mevcut ihtiyaçlara kat'iyen kâfi gelmediği hususudur.

Mer'i mevzuatımız kanunî şuf'ayı yalnız «müşterek malikler» için kabul ettiğine göre, bu nevi hakkın doğuş şartları, bizzat müşterek mülkiyet münasebetinin husulünden başka bir şey değildir :

Malûm olduğu üzere aynî hakların en mühimi ve adeta mümessili olan *mülkiyet hakkı*; bir şeyi münhasıran, daimî ve mutlak surette kullanmak ve ondan istifası mümkün her menfaati elde edebilmek selâhiyetidir⁵⁷. Ancak bu mutlak selâhiyet, «Kanunen tayin edilen hudutlar

55) Homberger, a. g. makale Şh. 4; Haab, a. g. e. Sah. 407.

56) Haab, a. g. e. Sah. 407; Fikret Arık, a. g. e. Sah. 800.

57) Bak., M. K. Md. 618 ve Ebû'l-Ülâ Mardin, 1941 - 942 ders yılı aynî haklar tahrirleri.

dahilinde» kalınmak şartıyla mevcuttur. Yani mutlakiyet izafidir, nisbidir. Kanunun şu hudutlarını ise, hem rızai, hem kazai ve kanuni takyitleri içine alacak bir genişlikte anlamak lâzımdır⁵⁸. Böylece malik, mülkiyeti altında bulunan şeyde, kendisinin veyahut daha evvelki maliklerin rızasından neş'et eden ihtiyari takyitlerle — ki akti şuf'a da burada yer alır — âmme hukuku veya hususi hukuk takyitleri olarak başlıca iki grupta toplanabilen kanuni takyitlerle muhat bir vaziyette tasarrufta bulunmak imkânını haiz demektir.

İşte mülkiyetin hususi hukuk kanuni takyitlerinden birini de bu «Kanuni Şuf'a Hakkı» teşkil etmektedir⁵⁹.

Hususi hukukunun kanuni takyitlerinde bir takım mümeyyiz vasıflar vardır ki, bu vasıflar aynen onun bir nev'i olan kanuni şuf'a hakkında da mevcuttur. Ezcümle bu nev'i takyitlerin mevcudiyet ve muhtevası, kanuni metinlerin incelenmesiyle derhal görüldüğü için onların tapu siciline ayrıca tesciline lüzum yoktur. Demek oluyor ki, ihtiyari takyitler ve meselâ akti şuf'a, tapuya şerh verilmedikçe üçüncü şahıslara dermeyeran olunamadıkları halde, kanuni takyitler tapuda şerh olunmalarına hacet kalmaksızın üçüncü şahıslara da kabili ityandırılar.

Bu nevi kanuni takyitler, nihayet hususi şahısların menfaatleri nazara alınarak ihdas olunduklarından, âmme menfaati için vazolunanların aksine olarak, yine tarafların rızalarıyla tadil veya ilga edilebilirlerse de, bu tadil veya ilga bir takım merasime ve içtimai eşkal'e tâbidir⁶⁰.

Eski devirlerde sahası pek geniş olan bu takyitlerin, bugün pek mahdut bir sahaya inhisar ettiğini görüyoruz. Bu meyanda kanuni şuf'a hakkı da Türk - İsviçre mevzuatında «müşterek maliklere münhasır» bir vaziyette olarak kalmıştır. Binaenaleyh, eski hukukumuzun şeriklik, halitlik ve car'ü mülâsıklık gibi üç âmiline mukabil, bugün sadece tek bir âmil — müşterek mülkiyet münasebeti — kanuni şuf'a hakkına vücut vermektedir.

Yukarda bu itibarla kanuni şuf'a hakkının tesis şartı, bizzat müşterek mülkiyet münasebetinin husulünü teminden başka bir şey değildir dedik. Müşterek mülkiyeti husule getiren âmil ise, hâdisesine göre bazen hukuki tasarruf, bazen kanundur.

58) Wieland, a. g. e. Sah. 245.

59) Hususi hukukun mülkiyet hakkı üzerinde tesis ettiği bu kanuni takyitler de ya *maddi tasarrufa*, yahut da *hukuki tasarrufa* taallük eder ki, kanuni şuf'a hakkı hukuki tasarrufa taallük eden kısmında yer alır.

60) Bak., M. K. Mad. 657 ve Wieland, a. g. e. Sah. 245-246.

Hukukî tasarrufla müşterek mülkiyet tesisi de iki şekilde olabilir : ya şeriklerin doğrudan doğruya yaptıkları bir tasarrufla, meselâ dört kişinin müştereken bir gayri menkul satın almaları ile, müşterek mülkiyet vücut bulur. Yahutta, bu münasebet —vasiyet yolunda olduğu gibi— başkasının yapmış olduğu bir tasarruftan doğar.

Kanundan doğan müşterek mülkiyet münasebetine misal olarak da halt ve ihtilâtı emvali, tevarüsü ve İskân Kanununa göre vâki tahsis ve tefvizleri gösterebiliriz.

Ancak bir hata yapıldığı zannına yer vermemek için hemen belirtelim ki, tevarüs neticesinde tereke mirascılara doğrudan doğruya müşterek mülkiyet halinde intikal etmez. Bu ilk safha «iştirak halindeki mülkiyet» şeklindedir ki, orada vahdette taaddüt ve taaddütte vahdet hali mevcuttur. İştirak halindeki mülkiyette şürekânın münferiden tasarruflarda bulunmak ve hususiyle şeydeki hissesini temlik etmek selâhiyeti olmadığı ve bütün kararlarda ittifak arandığı için mülkiyetin bu şekilde kanunî şuf'anın cereyan etmemesi gayet tabiidir⁶¹.

Kanunî şuf'a iştirak halindeki mülkiyet münasebeti, müşterek mülkiyete intikal ettikten sonra mevzuubahistir. Hülâsa, müşterek mülkiyet münasebeti ne şekilde vücut bulmuş ise, kanunî şuf'a hakkı da o şekilde ve onunla birlikte vücut bulmuş demektir.

Ancak kanunî şuf'a hakkının ihdas ve kabul sebebi, düne nazaran bugün değişmiştir. Eskiden bilhassa yabancıların aile sırlarına sokulmalarına mâni olmak gayesiyle kabul edilen bu müessese, bugün tamamen hissedarlar arasında işletme bakımından ihtilâflara yol açtığı için gayri iktisadî bir müessese telâkki edilen müşterek mülkiyet tarzının izalesini temin yolunda kabul olunmaktadır. Adetâ bununla kanun vazı mülkiyetin sahipleri arasındaki arızî taaddüdü gidertmek ve hak gibi sahibinin de tek olmasını temin etmek gayesini gütmektedir. Demek oluyor ki Türk-İsviçre Medenî Kanun sisteminde de kanunî şuf'a hakkının ihdas sebebi, eski hukukumuzdan ayrı bir gayeye müteveccihdir.

Malûm olduğu üzere Mecelle şuf'ayı, «fena komşuluktan muhtemel zarar def için» meşru buluyordu. Yoksa müşterek mülkiyet halinin iktisadî esaslara uygun düşmediği ve bu sebeple bütün hisselerin bir veya mahdut hissedarların elinde toplanmasını temin için kabul etmiş değildi⁶². Esas gaye bu olmakla beraber, onun yanında meselâ bir miras hissesinin yabancıya geçerek terekenin hissedarları arasına başkalarının da girme-

61) Bak., Ebû'l-Gîâ Mardin, 1941-1942 ders yılı takrirleri.

62) Bu gaye farkları ki, müteaddit seflin bulunması halinde meşruun aralarında yapılacak taksiminde ayrı neticelerin tatbikini mücip olmaktadır.

lerine mâni olmak düşüncelerinin bugünkü hukukta da yer aldığı muhakkaktır.

Federal Mahkemenin de Kanunî Şuf'anın ihdas sebebini aynı esaslara dayanarak izah ettiğini görüyoruz : «M. K. Md. 682 nin (T. M. K. 659) un derpiş eylemiş olduğu şuf'a hakkının hikmeti vücudu, müşterek malikleri himaye etmekten ziyade, iktisadî hayat için daha az avantajlı olan müşterek mülkiyet rabitasını tasfiye etmek...» tir⁶³.

Kanunî şuf'anın müşterek mülkiyet münasebetinde kabul ediliş sebebini, zannımızca bu münasebetin bünyesinden de çıkarmak mümkündür : Bilindiği üzere müşterek mülkiyette hisseler müfrez olmamasına rağmen, her şerik kendisine ait hissenin malikidir. Ve onda müstakil bir malik gibi hak ve mes'uliyetleri vardır. Ancak her şerikin aynı zamanda kendilerine tanınan şu hareket serbestilerine rağmen, şerikler arasında yekdiğerin heyeti mecmua üzerinde bir temsil selâhiyeti de yoktur⁶⁴. Bu esasları göz önünde tutarak bir hisseî şâyianın satışını düşünürsek, orada âdeta şerik kendi şâyî hissesini satarken yerine başkasını kaim etmekte ve sanki kendi hissesini satmakla, diğerlerini de o hissede karışık olan hakları dolayısıyla temsil eylemektedir. İşte diğer hissedarlara tanıdığımız kanunî şuf'a hakkı ile, bâyi şerikin, şu zımnî temsilinin neticelerini — arzu ettikleri takdirde — bertaraf etmek ve onun, yerine ikame ettiği başkasını araya sokmamak imkânını elde etmektedirler.

II — Kanunî şuf'a hakkının hukukî bünyesi :

Müşterek mülkiyet münasebeti ile birlikte otomatikman vücut bulan ve bir takım özel şartlar ilâve edilmedikçe tapu siciline tesciline lüzum ve imkân bulunmayan kanunî şuf'a hakkının malikin tasarruf yetkisindeki tahdit derecesini tayin etmeden önce onun, hak olarak hukukî yerini tesbit etmek lâzımdır.

Başka bir ifade ile hususî hukukun kanunî takyitlerinden biri olan şu kanunî şuf'a hakkı, malûm vasıflarıyla bir (aynî hak) mıdır, yoksa nihayet tapuya şerh verilen aktî bir şuf'a gibi ve onun derecesinde malikin mülkiyet hakkını kanunen takyit eden (şahsî bir hak mıdır ?)

Bu sualin müellifler tarafından muhtelif şekilde cevaplandırıldığını görüyoruz :

63) J. d.T. 1916 Sh. 405 ve devamı.

64) Bak., E. Mardin, a. g. notlar : M. K. 625'teki (temsil) kelimesi, (vikaye) mânâsında kullanılmıştır.

Başlarında Wieland ve Rössel, Allgäuer olmak üzere bir kısım hukukçular, kanunî şuf'a hakkını, «muayyen bir malın istikbalde iktisabını temin eden (intizarî haklar) grubuna dahil» bir «*aynî hak*» olarak telâkki etmektedirler. Hattâ şefi, hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslardan dahi meşfuu istirdat edebildiğinden diğer aynî haklardan daha da kuvvetli bir mahiyeti bulunduğunu ileri sürüyorlar⁶⁵.

Buna mukabil başta Haab'ın bulunduğu diğer bir grup, bu eskidenberi devam eden görüşün aksine, tamamen yeni bir fikir ortaya atmaktadırlar. Haab'a göre : «Bir gayri menkulde müşterek mülkiyet yolu ile hissedar olan kimsenin, diğer bir hissedarın kendi hissesini (malik olmıyan) bir üçüncü şahsa satması halinde haiz bulunduğu kanunî şuf'a hakkı, modern hukukun kendisine bahşettiği hukukî mahiyete göre aynî bir rüçhan hakkı (dingliches Näherrecht) değil, *fakat alelâde bir şuf'a hakkıdır*»⁶⁶. Bu sıfatiyle, kanunî şuf'a hakkı, öyle bir şahsî haktır ki, onu şu iki mümeyyiz vasıf karakterize etmektedir : Kanunî şuf'a hakkı aktif ve passif tarafta sübjektif - aynî bir şekilde tanzim edilmiştir. Yani ancak müşterek mülkün diğer hissedarları tarafından ve yine yalnız, bu hisseleri satın alan yabancı bir şahsa tevcih edilebilir bir mahiyettedir ve her iki tarafta da hak, şâyi hisseye merbut ve adeta onda mündemiçtir.

Kanunî şuf'a hakkının şahsî hak olmasına rağmen diğer bir mümeyyiz vasfı da, tapuda müseccel olmadığı halde hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslara dahi kabili ityan oluşudur ki, bu hususiyetini de mülkiyet hakkının kanunî bir ferağ takyidi olmasından almaktadır.

Meseleyi müsbet bir hal tarzına bağhyabilmek için sırasıyla evvelâ aynî hakların ve sonrada şahsî hakların mümeyyiz vasıflarını kanunî şuf'anın bünyesinde arıyalım :

1 — Toplu bir şekilde tarif ededek olursak, «aynî haklar, maddi şeyler üzerinde, hiç bir vasıtaya muhtaç olmaksızın doğrudan doğruya hükmetmek selâhiyetini bahşeden ve miktarları kanunen tahdidî bir şekilde tesbit edilmiş bulunan, herkese dermeyanı kabil olan mutlak haklardır».

Acaba şu tarif içindeki unsurları kanunî şuf'a hakkında da bulmak mümkün müdür ?

65) Wieland, a. g. e. Sh. 252; E. Mardin, a. g. Doktora Kuru takrirleri, F. Arık, a. g. e. Sah. 822.

66) Haab, adı geçen eser Sah. 423 - 424 ve ondan naklen Guhl, a. g. e. Sah 199; Allgäuer — Vorkaufs — Ruckkaufs - und Kaufsrecht - Thèse, Zurich, 1910, Sh. 10.

Bir kerre kanunî şuf'a hakkı da diğer aynı haklara yakın bir tarzda — çünkü hissedarlar arasında, cebri müzayedelerde v.s. de câri olmadığı için aynen diyemiyoruz — ve kuvvetini kanundan alarak şâyi hisseyi satın alan bütün üçüncü şahıslara kabili dermeyandır. Bu selâhiyet, hakkın bünyesinde mevcuttur. Aktî şuf'adaki gibi şerhle iktisap olunmaz.

Kanunî şuf'a hakkını tevlit eden âmilleri de mukavele ile arttırmak mümkün değildir. Meselâ akit serbestisinden istifade ederek komşular arasında bir kanunî şuf'a ihdasına imkân yoktur. Bu olsa olsa bir aktî şuf'a olabilir. Hattâ mukavele ile doğrudan doğruya bir kanunî şuf'a hakkı tesisi de mümkün değildir. Belki akitle bir müşterek mülkiyet münasebeti meydana getirilebilir ve böylece kanunî şuf'a hakkı da doğmuş olabilir. Fakat aktî şuf'a gibi müstakil bir mukavele ile ve mücerret bir surette kanunî şuf'a hakkını tesis imkânı mevcut değildir. Eğer aynı hakların mahdutluğu prensibini bu tarzlarda da anlamak mümkünse, bu noktada da bir benzerlik müşahede edilmekte demektir.

Sonra aynı haklar yalnız (eşya) üzerinde tasarruf yetkisini veren haklardandır. Kanunî şuf'ada bu mahiyette ve hattâ sadece gayri menkullerde câri bir hak ve selâhiyettir.

Keza aynı haklardaki daimilik vasfını da, kanunî şuf'ada başka bir cepheden bulmak mümkündür. Zira kanunî şuf'a hakkı, sahip değiştirse bile, müşterek mülkiyet münasebeti devam ettiği müddetçe mevcuttur ve bu bakımdan aktî şuf'adaki şerh müddeti gibi bir zamanla mukayyet değildir.

2 — Buna mukabil acaba (şahsi haklar) ın mümeyyiz vasıflarının kanunî şuf'ada — aynı haklar derecesinde olsun — mevcut olduğunu söyleyebilir miyiz?

Ezcümle şahsi hakların bariz vasfı nisbiliğidir. Yani şahsi haklar ancak âkid şahsa dermeyan edilebilir ve binnetice hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslardan şeyin istirdadı mümkün olamaz. Kanunî şuf'a hakkı ise tapuya şerh verilmemiş olmasına rağmen üçüncü şahıslardan dahi meşfuun istirdadı imkânını şefie bahşetmektedir.

Sonra şahsi haklar yalnız gayri menkuller için değil, maddî, gayri maddî bütün haklar ve bu meyanda menkuller için de bahis konusu olabilir. Kanunî şuf'a hakkının ise menkullerde ceryan etmediği sarihtir.

Gerçi kanunî şuf'a hakkının da şahsi bir hak olduğunu ileri sürenler ona çıplak mânasiyle bu vasfı vermemektedirler. Nasıl, şerhe rağmen şahsi mahiyetini değiştirmiyen aktî şuf'a hakkı, bu şerh sayesinde

üçüncü şahıslara dermeyan imkânını kazanıyorsa, kanunî şuf'a hakkındaki bu selâhiyet de — onun şahsî mahiyetini inkâra mahal kalmaksızın — kanunî bir takyit olmasının neticesi olarak kabul edilebilir diyorlar. Sonra yine diyorlar ki, kanunî şuf'a hakkı, gerek aktif, gerek passif taraf için sübjektif - aynı bir mahiyet arzeden bir şuf'a hakkıdır. Yani, ancak şayi hisse sebebiyle ve onunla birlikte mevcuttur. Şayi hisseden müstakil olarak — şahsa muzaf şuf'a haklarında olduğu gibi — devir ve temlik mümkün değildir. Başka bir ifade ile kanunî şuf'a hakkı ve şuf'adan doğan mükellefiyet, şayi hisse üzerindeki mülkiyete bağlıdır.

Fakat dikkat olunursa bu fikir taraftarlarının ekledikleri şu karakterler sonunda dahi kanunî şuf'a hakkının şahsîlik mahiyeti adeta erimektedir. Adeta bu hususiyetler ana kaideyi ve ana esas olduğunu söyledikleri şahsîlik vasfı da bir hususiyetini teşkil etmektedir. Bu itibarla kanunî şuf'anın şahsî bir haktan ibaret bulunduğunu tereddütsüz surette kabul etmek bize güç gelmektedir.

Buna mukabil bu hakkın bütün hususiyetleriyle bir «aynî hak»tan başka bir şey olmadığını mutlak bir surette ileri sürmekte de fazla bir zecriyet havası hissedilebilir. Çünkü nihayet kanunî şuf'a hakkının da istimali bir takım kayıt ve şartlara bağlıdır. Yani hükümlerinin husule gelmesi malikin hissesini bir üçüncü şahsa satması halinde şefiin bu inşai hakkını kullanmasına mütevakıf ve muntazırdır, ve aynı hakların bazı vasıfları vardır ki, bunları kanunî şuf'ada aynen bulmak ta mümkün değildir.

Bununla beraber, gerek müşterek mülkiyet müessesesine olan sıkı bağları, gerek mülkiyet hakkının kanunî bir takyidi olarak üçüncü şahıslara dahi, tapu sicilinde ayrı bir kayda hacet olmaksızın mevcut bulunan dermeyan imkânı, gerek ilga veya tadilindeki merasimler ve mukavele ile başka bir kanunî şuf'a hakkını doğuracak âmil ihdasına imkân bulunmaması sebepleri neticesi olarak kanunî şuf'a hakkını (aynî hak) mânası galip bir inşai hak olarak kabul etmekten kendimizi alamıyoruz.

III — Kanunî şuf'a hakkının malikin mülkiyet hakkını takyit derecesi ve müşterek şey üzerindeki diğer haklara karşı hükümleri :

Burada da aktî şuf'adaki gibi, müşterek şey üzerindeki hakların kanunî şuf'a hakkından önce veya sonra ihdas edilmiş bulunuşuna göre bir ayırma yapmamız icap etmektedir :

1 — *Kanunî şuf'anın, önce tesis olunmuş bulunan haklara karşı hükümleri :*

Müşterek mülkiyet münasebetinin ve binnetice kanunî şuf'a hakkının vücut bulmasında muhtelif ihtimallerin mevcut olduğunu görmüştük.

Bu ihtimaller meyanında bir mülkün, bîdayette tek bir şahsın iken, onun vefatı sonunda mirascılar arasında — iştirake son verilerek — müşterek bir mülkiyet halinde idare olunmasının da mümkün bulunduğunu (ki burada âmîl kanundur), yahutta bir şahsın gayri menkullerinden birini vasiyetname yoluyla bir kaç kişiye birden vermesi neticesinde yine bir müşterek mülkiyet münasebetinin hasıl olabileceğini (ki burada ise âmîl hukukî tasarruftur) söylemiştik.

Hangi şekilde olursa olsun, bir gayri menkul böyle bir müşterek mülkiyet münasebetine mevzu teşkil etmeden önce, meselâ bir rehin hakkı ile takyit edilmiş bulunuyor idi ise, bilâhare müşterek mülkiyet şekline münkalip olduktan sonra doğan kanunî şuf'a hakkı, bu rehin hakkına karşı dermeyan edilemez. Aynı şekilde irtifak hakları, gayri menkul mükellefiyeti gibi diğer bir aynı hakla mukayyet olmuş bulunsa idi yine hükümde bir değişiklik husule gelmiyecekti.

Kanunî şuf'a hakkını kullanan hissedar, ancak, meşfu hisseye isabet eden rehin, irtifak v. s. aynı hakla birlikte şey'i iktisap edebilir⁶⁷. Önce tesis edilmiş olan hak böyle bir aynı hak olabileceği gibi bir şahsî hak ta olabilir. Ve meselâ bir aktî şuf'a veyahut bir iştirak veya vefa hakkı tesis edilmiş ve hatta tapu siciline de şerh verilmiş bulunabilir. Böyle bir vaziyetten sonra gayri menkulün müşterek mülkiyet münasebetine mevzu teşkil etmesi meselâ şuf'a mükellefinin vefatı ile şeyin varisleri tarafından, iştirak haline de son verilerek, müşterek mülkiyet şeklinde tasarruf edilmesi halinde doğan kanunî şuf'a hakkı karşısında, şu şerh verilmiş şahsî hakların akibeti ne olacaktır ?

Bu hususta müellifler arasında tam bir ittifaka rastlanmamaktadır. Umumiyetle aktî şuf'a ile kanunî şuf'anın tearuzu halinde sıraya bakılmaksızın, mülkiyetin kanunî bir takyidi olması hasebiyle kanunî şuf'a hakkının tekaddüm edeceği ve binaenaleyh şerhli aktî şuf'ayı tamamen ilga etmemekle beraber, onun netice verebilmesinin, ancak şâyi hissedarın kanunî şuf'a hakkını kullanmaması halinde mümkün olacağı fikri kabul ve tatbik olunmakta ise de⁶⁸; buna itiraz eden müellifler de yok değildir: Ezcümle Sayın Tahir Sebük diyor ki : «Bu hal tarzı benim fikrime uymuyor, çünkü şuf'a mükellefi öldükten sonra onun bu mükellefiyeti varislerine intikal etmektedir. Binaenaleyh şefiin bu halde hakkını kanunî şuf'a hakkı sahiplerinden tercihan kullanmaması için bir sebep yoktur»⁶⁹.

67) Bak., Tahir Sebük, a. g. notlar.

68) Allgäuer, a. g. e. S. 105 - 106; T. Sebük adı geçen notlar.

69) Tarih Sebük, a. g. notlar.

Filhakika bir an için sayın Tahir Sebük'e hak vermek lâzım gibi geliyorsa da, böyle bir hal tarzının kabulü, kanunî şuf'a hakkındaki gayenin tahakkukuna mâni olacağı yani müşterek mülkiyet münasebetinin son bulmasını geciktireceği için, biz de umumî telâkkinin isabetine kaniiz. Kaldı ki, kanunî şuf'a hakkı akti şuf'ayı tamamen kaldırmamış, nihayet ona tekaddüm etmiştir. Binaenaleyh kanunî şuf'a sahibi hakkını istimal etmediği takdirde bu akti şuf'a sahibinin meşfuu olabilme imkânı netice husule getirebilecektir.

2 — *Kanunî şuf'a hakkına rağmen, müşterek maliklerin şey üzerindeki tasarruf selâhiyetlerinin derecesi ve tesis ettikleri sair haklar karşısında şefiin durumu :*

Kanunî şuf'a hakkı nihayet müşterek mülkiyet münasebetinin bir mahsulü olduğuna göre her şeyden evvel bu münasebetin şâyi hissedarın tasarruf selâhiyetlerinde yaptığı takyidatı göz önünde tutmak lâzımdır : Zira müşterek mülkiyet hükümlerine uymayan bir tasarrufta bulunan hissedarın şu fiili, sıhhatten mahrum veyahut mevkuf olduğu için kanunî şuf'a hakkının dermeyanına mahal ve imkân kalmadan butlana maruz bulunacaktır.

Bilindiği üzere, şerikin yapacağı tasarruflar iki ihtimalden hariç kalmaz⁷⁰ : Hissedar ya yalnız kendi hissesi üzerinde, yahut da, hey'eti mecmuada tasarruf etmek gayesinde olabilir. Şerikin hey'eti umumiye üzerinde bulunacağı tasarrufların nev'ine göre hükümler değişir : Ezcümle diğerlerinin istifadesine mâni olmadan istimal mümkünse müstakillen, mümkün değilse (muhayee) yolu ile şerik fiili tasarruflarda bulunabilir. Meselâ müşterek yoldan geçebilir. Fakat hukukî tasarruflarda bulunması, (şey'in tamamını satmak gibi), yahut tesirleri kabili inkisam olan muhtelit tasarrufları (dâva açmak gibi : hem fiili, hem hukukî mahiyeti olan tasarruflar böyledir), ancak diğer hissedarların icazetine bağlı mevkuf muamelelerden ileri gidemez. İcazet verilmesi halinde kanunî şuf'a hakkını haiz olan şerikin de iştirak ettiği bir karar ve tasarruf olacağından artık o muameleden dolayı şuf'a hakkı dermeyan olunamaz. İcazetin fıkdanı halinde ise yapılan satış muamelesi bir hüküm ifade etmeyeceğinden, bu sefer de (şuf'a hâdisesinin) bulunmamasından dolayı kanunî şuf'a hakkı ileri sürülemez.

Hissedarın yalnız kendi şâyi hissesinde yapmak gayesine bulunduğu tasarrufları da iki ihtimal içinde toplamak lâzımdır : Şerikin bu tasarruf-

70) Bak., Ebû'l'ulâ Mardin, a. g. notlar.

ları ya inkisam kabiliyetini haizdir veya değildir. «Diğerlerinin hisselerine sirayet edip etmemesi» kıstasına dayanarak yapacağımız bu tafsil sonunda tasarruf inkisam kabul ediyorsa hissedar kendi şâyi hissesi üzerinde müstakil bir malik muamelesi görür ve yaptığı muameleler nefaz ifade eder. Bunlar meyanında olarak meselâ şerik kendi şâyi hissesini satabilir yâni, temlikî tasarruflarda bulunabilir yahut rehnedebilir, yâni tesviki muameleler yapabilir.

Fakat şerikin ihdas etmek istediği tasarruf, inkisam kabiliyetini haiz değilse, veyahut M. K. 647 deki gibi⁷¹ hakkın müteallâkı devamlı bir maksada tahsis edilmiş bulunuyorsa, şerik bu nev'i muameleleri serbestçe ifa ve hakları ihdas edemez, mutlaka hâdisesine göre şahıs ve şey ekseriyetini yahut ittifakı temin etmesi lâzım gelir⁷². Böyle bir ekseriyet veya ittifakla nafiz olan bir tasarrufta ise bizzat şefi'in de reyî ve rolü bulunmuş olacağından, artık kanunî şuf'a hakkının dermeyanı düşünülemez. Zira bir kimse kendi fiili ile tamam olan bir şeyi nakze say edemez. Ve binnetice şefi, kendi sattığı şeyi, kanunî şuf'a hakkına istinaden geri alamaz veya ihdas ettiği bir hakkı, yine şuf'a selâhiyetine istinaden hükümsüz ve neticesiz bırakamaz.

Böylece müşterek mülkiyet hükümlerine göre bâyi hissedarın ve şefi'in tasarruf selâhiyetlerinin derecesini — toplu bir şekilde — gördükten sonra, muayyen tasarruflara kanunî şuf'a hakkı cephesinden, bu hükümleri tatbik etmek daha kolaylaşmış demektir :

a) *Müşterek maliklerin kendi şâyi hisselerini üçüncü şahıslara satmaları :*

Yukarıdaki izahlarımız da göstermiştir ki; her hissedar, kendi şâyi hissesini başkalarına satmak selâhiyetini haizdir. Ancak diğer hissedarlar kanunî şuf'a haklarının aynı hak mahiyeti icabı olarak, kaideten şâyi hisseyi iktisap etmiş olan üçüncü şahıstan, onların hüsnüniyet veya suiniyet sahibi olmalarının dahi bir rolü bulunmaksızın, şey'i istirdat edebilirler. Demek oluyor ki, kanunî şuf'a hakkı, hisseyi sonradan iktisap etmiş olan kimsenin mülkiyet hakkına takaddüm etmektedir.

71) Bak., Haab, a. g. e. Sah. 424.

72) Bak., Ebül'ulâ Mardin, a. g. ders notları ve «müşterek mülkiyet - istirak halindeki mülkiyet» adlı doktora vazifemiz.

b) *Müşterek maliklerin, kendi şâyi hisseleri üzerinde rehin hakları tesis etmeleri :*

Hissedarın, kendi hisseleri üzerinde tevsikî tasarruflarda da bulunmaları mümkün olmakla beraber, bu imkânın kanunî şuf'a hakkı ile tahdit veya tamamen bertaraf edilmiş olup olmadığını düşünmek lâzımdır.

M. K. Md. 623/3 teki sarahat karşısında hissedarların şuf'a hakkının mevcudiyetine rağmen kendi hisselerini terhin edebildiklerini ve şefi'in bu rehinin terkinini istemek selâhiyetini haiz bulunmadığını görüyoruz. Filhakika böyle bir vaziyet karşısında şuf'a hakkını istimal etmek isteyen hissedar, üçüncü şahısla bâyi hissedarın tesbit etmiş oldukları satış bedelini tediye ederek meşfu hisseyi, rehin hakkı ile yüklü olarak almak mecburiyetinde kalacaktır. Çok muhtemel ki, kararlaştırılan satış bedeli rehin hakkının mevcudiyeti göz önünde tutularak, meşfuun bu vaziyetine uygun bir miktarda tesbit edilmiştir. Ve binnetice şefi de, şey'i o düşük bedelle almış olacağına göre pek mutazarrır olmuş sayılmıyacaktır.

Fakat bu ihtimal her zaman bu şekilde tahakkuk etmiyebilir. Meselâ, muvazaaten olmamakla beraber (zira bu rehin sırf şerikin şuf'a hakkını hiçe indirmek kasdiyle ihdas edilmiş olsa idi, isbatı şartıyla onun kaldırılması mümkün olabilirdi), bir takdir hatası olarak bu rehin hissenin kıymetinden üstün bir bedel karşılığı yapılmış bulunabilir. Rosel'in gayri menkulün kıymetinin malikin fiilleri neticesinde teferrü veya tenezzülü halinde şuf'a hakkının sukutunu mucip olacağı fikri de pek tecviz edilmediğine göre, bu vaziyet karşısında şerikin kanunî şuf'ası bir hiç mesabesine düşmüş olacaktır.

Tapuya şerh verilen aktî şuf'a hakkında aynı meseleyi tetkik ederken demiştik ki, «şefi, malikin şuf'a hakkının aynen ifasına mâni olacak mahiyet ve nisbetteki tasarruflarının hükümsüzlüğünü iddia ve bunu icabında bir — tashih veya terkin dâvası — ile elde edebilir». Halbuki burada yani kanunî şuf'a hakkında, şuf'a hakkının aynen ifasına mâni olacak miktarda bulunsa dahi, bâyi'in meşfu hisse üzerinde ihdas etmiş olduğu bir rehnin terkinini şefi'in istiyemeyeceği söyleniyor.

Bir taraftan kanunî şuf'a hakkı ile tapuya şerh verilmiş aktî şuf'a tearuz ettikte, kanunî şuf'anın tercih olunduğunu belirtirken yani bu nev'i şuf'a hakkının, aktî şuf'adan daha kuvvetli olduğunu söylerken, diğer taraftan yukarıdaki hâdisede olduğu gibi kanunî şuf'a hakkı sahibini, aktî şuf'a hakkı sahibinden daha az himaye etmekte bir garabet, bir tezat sezinlenebilir. Bu tezatın bertaraf edilmesi her halde lâzımdır.

Mesele cidden nazıktır. Bu rehin hakkını bizzat kendi hissesini satan hissedar tesis edebildiği gibi, şey'i ondan satın almış bulunan üçüncü

şahıs ta, bir başkası lehine ve henüz şefi hakkını istimal etmeden önce, hüsnüniyetle ihdas edebilir.

Belki denebilir ki Tapuya şerh verilmiş bir akti şuf'anın hükümlerinden bahseden M. K. Md. 919/2'deki «şuf'a hakkının tapuya şerh verilmeyle o gayri menkul üzerinde sonradan iktisap edilen hak sahiplerine karşı dermeyan olunabileceği» yolundaki hükme mukabil, kanuni şuf'aya müteallik maddede bir kayıt yoktur. Ve aksine müşterek mülkiyetin hükümlerini tanzim eden M. K. 623/3 ile gayri menkul rehnine müteallik M. K. 772/1 de her şâyi hissedarın, kendi şâyi hissesini temlik ve terhin edebileceği yolunda aleyhe bir sarahat vardır.

Fakat bu izah tarzının taşıdığı hakikat hissesine rağmen, tam bir tatminden uzak olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü kanuni şuf'aya ait bütün ihtimallerin ona taallük eden tek bir maddede sarahaten ifade edilmesini beklemek ve istemek biraz hayal olur. Kaldı ki, akti şuf'a için mevzû hükümlerin, sarahat bulunmayan hallerde kanuni şuf'aya da tatbik edilmek lâzım geldiği doktrin ve jurisprüdansta tekarrür etmiş bir keyfiyettir⁷³. Mamafih böyle olmasa bile yukarıdaki maddeler tezadı gidertmeğe yine kâfi gelemezler. Zira aynı ibarede şâyi hisselerin temlik de edilebileceği söylendiği halde, şuf'a hakkı pek alâ bu halde kullanılabilir.

Zannımızca meseleyi hall edebilmek için her şeyden önce şu iki suali cevaplandırmak lâzımdır :

Mülkiyet hakkının kanuni bir takyidi olarak kanuni şuf'a, yalnız şâyi hisselerin temlik halinde mi kabili ityandır, yoksa şâyi hisselerin şefi tarafından aynen iktisabına mâni olacak tesviki tasarrufların ihdasında da ileri sürülebilir mi ? İkinci olarak da «şuf'a hakkının aynen ifasından maksat» nedir ?

M. K. Md. 659, «Bir gayri menkulün hissedarları, onun şâyi bir hissesini *satın alan* üçüncü şahsa karşı kanuni şuf'a hakkını haizdir» derken, şuf'a hâdisesinin sadece bir temlikî tasarruf olan bey halinde hâdis olabileceğini ifade etmiş oluyor. Binaenaleyh maddenin mefhumu muhalifinden şöyle bir neticeye varmak mümkün olacaktır : «Bir gayri menkulün hissedarları onun şâyi bir hissesi üzerinde bir rehin hakkı elde eden üçüncü şahsa karşı kanuni şuf'a hakkını haiz değildirler». Çünkü bu gibi tevsiki tasarruflarda hissedar yine malik sıfatını muhafaza ettiğinden, şuf'a hakkı kullanılmakla gayeye varılamaz. O gaye ki hissedarlık haline imkân nisbetinde son vererek gayri menkulün mülkiyetini tek bir ele tevdi etmektir. Henüz bir şuf'a hâdisesi husule gelmeden,

73) Ezcümle bak., Wieland, adı geçen eser Sah. 258 ve Yargıtay H. G. K. 1930; H. Özdemir'den, a. g. v. Karar No. 37.

meşfû hissenin bir rehin sebebiyle cebri müzayede ile satılması halinde ise, kanunî şuf'a hakkının da kullanılamıyacağı, binnetice şefiin meşfuu alamıyacağı tabiidir.

Şuf'a hakkının aynen ifasından maksat ise, her halde, bu hakkın doğduğu zamandaki meşfu hissenin hali ne ise, o halile şefiin onu iktisap etmesi demek değildir. Bilâkis şuf'a hakkının aynen ifasından kast olunan şey, şâyî hissenin üçüncü şahsa satıldığı hal ve bedelle şefiin onu alabilmesidir. Böyle olunca şuf'a hakkı sahibinin, bayiin kendi hissesi üzerinde ihdas ettiği tevsikî hakların terkinini isteyememesi ve şey'i, esasen bu haklarla yüklü olarak satın almış olan üçüncü şahıstan olduğu gibi devralması lâzım gelir.

Bu neticeye şuf'a hakkının hukukî mahiyetinden de ulaşmak mümkündür. Kanunî şuf'a hakkı da, eğer şarta muallâk bir bey akti telâkki edilse idi, şefi, malikin o şartın tahakkukuna engel olacak tasarruflarda bulunmasına mâni olabilir veyahut da bu tasarrufları kendi hakkını ihlâl ettiği nisbette hükümsüz telâkki edebilirdi. Halbuki şuf'a hakkının hukukî mahiyetini çift şartlı bir bey akti değil, şefiin vusulü muktazi bir beyanı ile hükümlerini hasıl eden inşaî bir hak olarak kabul ettiğimiz malümdür.

Nihayet aksi fikri tecviz etmek, kanunî şuf'a hakkının mülkiyet hakkını felce uğratması demektir. Zira böyle bir vaziyette şefi, malikin hemen her tasarrufunu kendi şuf'a hakkını ihlâl ettiğini iddia ile hükümsüz bırakmağa çalışacak ve kanunî şuf'a hakkı, malikin başında adeta Demoklesin kılıncı gibi sallanacaktır.

Buna mukabil üçüncü şahsın meşfu hisseyi iktisap ettikten sonra, henüz şuf'a hakkı kullanılmadan önce, bir başkası lehine şey'de rehin hakkı tesis etmesini aynı şekilde telâkki edemeyiz. Ve burada Haab'ın akti şuf'a için teklif ettiği hal tarzından pek alâ istifade edebiliriz⁷⁴. Zira müktesibin ihdas ettiği bu rehin hakkı şefiin meşfuu, «şuf'a hâdisesi» husule geldiği zamanki şekliyle almasına mâni olmaktadır. Ve asıl şefi, şuf'a hakkını kullanmakla gerek üçüncü şahsın meşfuu iktisabı, gerek onun başkası lehine tesis etmiş olduğu bir ipotek hakkı hukukî mesnetten mahrum kalmaktadır. Vücudu nihayet bulmuş bir sebebe istinat eden bir tescilin ise yolsuz olduğu ve (terkininin) istenebileceği, gayri menkul mülkiyetinde bilhassa câri olan indimaç tezinin yani (hukukî tasarruftaki sakatlığın maddî fiile de sâri olduğu) kaidesinin tabii bir neticesidir⁷⁵.

Burada müktesibin veya mürtehinin hüsnüniyet sahibi oldukları da iddia edilmemek lâzımdır. Zira mülkiyetin kanunî takyitleri de, aynen

74) Haab, a. g. e. Sah. 421-422.

75) Bak., M. K. Md. 932-933 ve E. Mardin, a. g. ders notları.

tapuya şerh verilen bir hakkın hüküm ve neticelerini haizdir. Yani kimse Tapu sicilinde mukayyet olan veya o mânada telâkki edilen bir keyfiyetin kendisince meçhul olduğunu iddia edemez⁷⁶. Bu vaziyet karşısında bizce müktesip ve mürtehine düşecek en isabetli hareket, hakkı tesis etmeden önce, şefie müracaatla şuf'a hakkını istimal edip etmiyeceğini kat'i bir neticeye bağlamaktadır. Böyle bir hareket tarzı aynı zamanda kendilerinin şefiin satışa muttali olmasına kadar icabında sürebilecek olan çok uzun müddeti muvakkat ve müteredit bir hava içinde yaşamalarının da önüne geçmiş olacaktır.

Bununla beraber Temyiz mahkememizin bu husustaki kararlarında aynı noktayı nazarı görememekteyiz. Meselâ : «Şuf'a dâvası ikame edilip, mahkemeden ilâm sudurundan sonra, malik müşterinin gayri menkulü ipotek etmesi haline» taallûk eden bir kararda «bu ipotek aktinin muteberiyeti için alacaklı ipotek sahibinin hüsnüniyetinin mevcut olup olmadığının aranılması iktiza edeceği ve deliller kâfi gelmediği takdirde dâvacının, alacaklı ipotek sahibine bir yemin teklifine hakkı bulunacağı» belirtilmiştir⁷⁷.

Kanunî şuf'a hakkına rağmen malik veya muktesibin meşfu hisse üzerinde tesis ettikleri rehin haklarının akibetini böylece bir hal tarzına bağladıktan sonra, burada niçin akti şuf'adan farklı bir neticeye varıldığının sebebini izaha çalışalım :

Tapuya şerh verilen bir akti şuf'anın, hususiyle mevsuf şeklinde, şuf'a mükellefinin meşfu, hakkı ihdas ettiği zamanki haliyle muhafaza edeceği yolunda adeta mevcut olduğunu söylediğimiz zımnî taahhüdü kanunî şuf'a hakkında bulmak ve aramanın mümkün olmayışı, zannımızca bu farklı neticenin en kuvvetli sebebidir. Zira kanunî şuf'ayı hiç bir zaman hissedarların isteyerek ihdas ettiklerini iddia edemediğimiz gibi, hattâ bu hakkı bütün şürekânın hor karşıladıklarını da söyleyebiliriz.

c) *İrtifaklar ve gayri menkul mükellefiyetleri :*

Bir müşterek mülkün hissedarlarının kendi hisselerinde müstakil bir malik hak ve selâhiyetiyle tasarrufta bulunabilmelerinin, ancak bu tasarrufların diğerlerinin haklarına sirayet etmemek şartıyla mukayyet olduğu malûmdur. Gerek irtifak hakları ve gerek gayri menkul mükellefiyetlerinde ise bu inkisam kabiliyeti bulunmadığı için hissedarların tek başına kendi hisselerinde bu nev'i hakları tesis etmeleri düşünülemez. Tesis

76) M. K. Md. 928/ son fıkrası.

77) Y. I. H. D. 21/5/930 tarihli kararı (Vehbi Baykan, a. g. e. Sh. 42).

etseler bile diğerlerinin icazetine mevkuf bir mahiyet arzederler. Bu itibarla böyle irtifaklar, gayri menkul mükellefiyetleri gibi tasarruflarla hissedarların kanunî şuf'a haklarının karşılığmaları pek muhtemel değildir⁷⁸.

Bunların kanunî şuf'a hakkından önce vücut bulmuş olmaları halinde ise muteber olduğunu ve şefiî meşfu hisseyi bu külfetlerle yüklü olarak alabileceğini hatırlamak lâzımdır.

d) *Kanunî şuf'a hakkından sonra meşfu hissede şahsî hakların tesis edilmiş olması hali :*

Tesis edilmiş bulunan bu şahsî haklar ya tapuya da şerh verilmiş, yahut da sadece nisbî mahiyetinde bırakılmış olabilirler :

Meseiâ kanunî şuf'a hakkına rağmen hissedar, kendi hissesi üzerinde bir akdî şuf'a hakkı ihdas edebilir. Ve hattâ bunu tapuya şerh ettirebilir. Bu vaziyette mukavele ile tesis edilmiş bulunan şu şahsî hakların, kanunî şuf'a hakkına tekaddüm edemeyeceği muhakkaktır. Hattâ bir az önce münakaşasını yaptığımız gibi, sıra hakkındaki mutat hükümler burada tatbik olunmadığı ve şahsî haklar daha önce tesis edilmiş bulunduğu zamanlar bile, kanunî şuf'a hakkı, kullanmada bunlardan evvele alındığına göre, sonra tesis olunanlarında da aynı neticeye evleviyetle varılacaktır⁷⁹.

Yahut bu şahsî hak tapuya şerh verilmiş bir adî veya hasılat icarı da olabilir. Ancak burada bir ayırma yapmak lâzımdır : Sadece hisse şayia kiraya verilemez. Gayri menkulün hey'eti mecmuasının icara verilmesi ise ancak hem hisse, hem şahıs ekseriyetiyle mümkün olabileceğinden, bilâhare hissedarın bundan dolayı kanunî şuf'a hakkını kullanması düşünülemez. Fakat hissedarlardan bir kısmı, yapılan bu icar akdinden sonra hissesini satacak olursa, diğer hissedarlar kanunî şuf'a hakkını kullanarak şeyi iktisap edebilirler. Böyle bir iktisap ise bey hükümlerini tevhit ettiğinden, Millî Korunma Kanununun arızı hükümleri istisna edilirse, şefi, B. K. Md. 254 e istinaden icarı feshedebilir. Şerh verilmemiş bir icar mukavelesinin ise tamamen umumî hükümlere tâbi olduğu malûmdur.

Dr. Feyzi Necmeddin Feyizoğlu

78) Kanunî şuf'a hakkının, önce tesis edilen haklara karşı durumu. Bak., Tezimiz Sah. 105.

79) Allgäuer - Vorkaufs - Rückkaufs - und Kaufsrecht - These, Zurich, 1918 Sh. 105-106 ve Tahîr Sebük, a. g. notlar.