

EVVELKİ HUKUKUMUZDA (MECELLE'DE) ŞUF'A HAKKI

Asistan Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu

Bugünkü Türk - İsviçre Medeni Kanununda 4 madde içine sıkıştırılan şuf'a hakkı, eski hukukumuzda mufassal bir şekilde tanzim olunmuştu.

Bu itibarla mukayeseli hukuk kısmında muhtelif memleket mevzuatını, şuf'a hakkına ayırdıkları yer bakımından karşılaştırırken «Mecelleyi» de geniş sistemler arasında zikretmek lâzımdır.

Bununla beraber hemen belirtelim ki Mecelle mukaveleden mütevellit şuf'ayı kabul ve tanzim etmemiştir ve binnetice bu şekilde tesis edilen bir şuf'a aktinin tapuya şerh imkânı da mümkün değildir¹.

Ancak akti şuf'aya dair hükümleri muhtevi bulunmamasına rağmen Mecelle kanunî şuf'ayı, hiç bir devlet mevzuatında rastlanılmıyacak bir titizlik ve derinlikte incelemiş ve bu esaslar diğer bir çok memleketlerce de benimsenmiştir².

Bugün resmen mer'iyetten kalkmış olan bu hukukun bizde tatbikatçıların zihinlerinde ve hattâ bir çok kararlarında hâlâ yaşamakta olduğunu söyleyebiliriz. Bilhassa bu hayatiyetin şuf'a mevzuunda daha canlı olduğunu, Temyiz mahkemesinin bazı kararlarında açıkça müşahede etmek mümkündür.

Yeni Hukukumuzun, mehaza uyarak akti şuf'aya da kanunî şuf'anın yanında yer vermiş ve hattâ ona diğerinden daha fazla bir yer ayırmış bulunmasına rağmen memleketimizde hâlâ kanunî şuf'adan başka bir nev'in tatbik kıymeti olmadığını görüyoruz.

Bütün bu sebepler bize Mecellede şuf'a hükümlerini belki bazılarınca lüzumundan fazla sayılan bir derinlikle incelememiz için kâfi gelmektedir.

1) Bak. Cevad A. Gücün. Nazari ve Amelî Hukuk Dâvaları, Cilt : I - 1945. Gayrimenkuller hakkında, 2 nci bastı, sh : 154.

2) Bak. Bichara Tabbah. Propriété Privée et Registre Foncier - Cilt : II, 1950 Paris, sh : 504.

§ I. — Şuf'a hakkının tarifi ve bu tarifi remzettığı hususlar

«Şuf'a, bir mülkü müşterayı, müşteriye her kaça mal oldu ise o miktar ile temellük etmektir».

Mecelle, şu tarif içinde şuf'anın ana unsurlarını hemen hemen toplamıştır denebilir :

1 — «Mülkü müştera» demekle şuf'anın ancak *mülk akarda* : arazi memlûkede cereyan edebileceği ve binnetice arzı miri ile vakıf akarın bu hakkın dışında kalacağı anlaşılmaktadır.

2 — «Mülk» tâbiri gerçi aynı zamanda «menkul» mallara da şâmil ise de, şuf'a ancak akarda cârî olacağından Mecelledeki «bir mülkü müştera» tâbirinden «akarı müştera» yani tahsisen «gayrimenkuller» kastolunmaktadır. Demek oluyor ki eski hukukumuzda da kanunî şuf'a yalnız gayri menkuller için mevzubahs olabilmektedir.

3 — Şuf'anın tarifinde, yeni hukukumuzdaki gibi bu hakkın ancak meşfuun üçüncü bir şahsa yani hissedarlardan gayri kimselere satılması halinde cereyan edeceğine dair bir kayıt yoktur. Binnetice Mecellede «bir mülk akarı şefilerden biri satın alsa diğer hissedarların şuf'a hakkını kullanmaları» mümkün bulunmaktadır. Yani Mecelle yeni hukukumuzdan farklı olarak hissedarlar arasında dahi şuf'anın cereyanını kabul etmektedir. Hattâ o kadar ki bizzat müşteri durumunda bulunan şefi için dahi şuf'a hakkının sabit olduğunu ve bu sebeple diğer şüfeanın ancak, müşteri olan şefie meşfu malda isabet eden hisse çıkarıldıktan sonra, geri kalan kısmını şuf'a sebebiyle alabildiklerini görmekteyiz⁴.

4 — Nihayet yine tarifteki «Müşteriye» tâbirinden anlaşılıyor ki şuf'a a) hibe, sadaka, irs gibi *ivazsız temliklerde* ve b) şerikler arasındaki *taksimde* cereyan edemez. Esasen taksimle artık malın nefsindeki iştirak hali kalmamaktadır. c) Mecelle, Hanefi fıkhına tebaan şuf'adaki meşruiyeti «devamlı surette teessüs edecek fena komşuluktan, neş'et etmesi muhtemel zararın def'i» mülâhazasına istinat ettirmiştir. İşte şu devamlı zarar ihtimali *icare* ve *lare*'de bulunmadığından şuf'a hakkı bunlarda da cârî olmamaktadır.

3) Mecelle Md. 950.

4) Ali Haydar, Şerh-ü Mecelle-t-üf Ahkâm-Son tabı, 1330-Matbaayı Ebüzziyâ -Cilt-III-, sh : 130.

5 — Tarifin muhtevâsından son olarak çıkaracağımız nokta şefiin, meşfuu, bey aktinde kararlaştırılan bedelle, yani «her kaçâ mal oldu ise o miktarla» *temellük* edeceğidir. Bütün bu unsurları ileride daha etraflı inceliyeceğimizden burada bu kadarlık izahatla iktifa ediyoruz.

§ II. — Şuf'a'nın şartları

Şuf'a hakkının şartlarını, bu hakkın rükünlerine göre ve onların içinde incelemek belki daha isabetli sayılabilir. Ancak şuf'ada aranan şartları umumî olarak ve toplu bir şekilde belirtmenin de «ihatayı temin» ve «mukayeseyi kolaylaştırmak» gibi iki mühim faydası bulunduğu inkâr edilemez.

Bu itibarla biz de şuf'anın şartlarını toplu bir şekilde incelemeyi tercih ettik⁵:

1 — *Şuf'a hakkının mevzubahis olabilmesi için birinci şart yapılan mukavelenin bir (akdi muvazaa) yani ivazlı bir akit olmasıdır.*

Meşfu, ancak böyle bir akit neticesinde temlik olduğu takdirdedir ki şuf'a hakkı dermeyeran edilebilir. Mecelleye göre ise ivazlı akitler : «bey»⁷ ve başlangıçta hibe fakat sonunda bey mahiyetine bürünen ve «hibe bişartül ivaz» diye tesmiye olunan ivaz mukabili hibe⁸; taraflar için bir fesih, lâkin üçüncü şahıslar için yeni bir akit hükmünde olan *ikale* peşin para ile veresiye mal almak diye izah edebileceğimiz *Selem*; ve nihayet meselâ muayyen bir mal dâvasında vâki ikrar üzerine bir mal mukabili yapılan *sulh* — ki bu da bir bey hükmünde olduğundan gerek

5) Ali Haydar, a. g. e. cilt III. sh : 127

6) Mecelle Md. 1021; Ali Haydar a. g. e. sh : 153 (Şuf'a ancak akdi bey ile sabit olur)

7) Mecelle Md. 1021 de beyi mutlak olarak zikrettiğinden «Bey gerek sahih, gerek fâsîd, gerek kat'l, gerek müsteri için muhayyer olsun» (Bayı için muhayyer olursa, hakkı hıyarı sakit olmadıkça şuf'a câri olamaz), her nev'inde şuf'anın cereyan ettiğini kabul etmek icap eder. Bak. Ali Haydar a. g. e. Sh : 153.

8) Ancak hemen tasrih edelim ki bu tarz bir hibede şuf'anın cereyan edebilmesi, hem menkulün, hem de ivazın kabzı ile mesruttur; yoksa yalnız birinin teslimi ile sabit olmaz. Sonra gerek hibe edilen mal, gerek mukabilinde verilen gayri mekul ise, her ikisinde de şuf'a sabit olur ve binnetice menkulü bis şuf'a alan ivazın kıymetini ivazı bis şuf'a alan menkulün kıymetini öder»

kendisiyle sulh olunan, gerek kendisi için sulh olunan şey birer gayri menkul bulunduğu takdirde şuf'a cereyan ediyor — ,gibi bazı nev'i sulhlar'dan ibarettir.

Demek oluyor ki şuf'a ya bey, yahut bey hükmünde olan yukarda yazılı ivazlı temlikler neticesinde (ancak) sabit olmaktadır. Binnetice (ivazsız *hibe*) ve (*sadaka*), (vasiyet) ve (miras) gibi bedelsiz temliklerde şuf'anın cereyanı mümkün bulunmamaktadır.

2 — *Şuf'anın sübûtu için ikinci şart bu akdi muavazanın bir (muavazayı maliye) olmasıdır. Yani yapılan akitteki ivazın malî mahiyette olması gerektir*⁹.

Demek oluyor ki mal olmıyan bir ivaz, bir bedel mukabili meşfu temlik olursa şuf'a sabit olamayacaktır. Mecellede ise bir (muavazayı maliye) sayılmıyan ivazların başlıcaları şunlardır :

a) *Menfaat* : Meselâ bir hamamı kiraya tutan bir kimsenin ücret diye verdiği evde şuf'a cereyan etmez. Çünkü ücret mal olmadığı gibi misli dahi yoktur ki şefi mislini vererek onu alabilsin.

b) *Bedeli mehir* : Eskiden evlenme akitlerinde kocanın karıya vermesi mutad olan ve (mehri muaccel) ve (mehri müeccel) olarak verilen bir mülk gayri menkulde de şuf'a cereyan etmez. Çünkü mehir diye verilen akarın bedeli mal olmayıp nihayet bir menfaattir.

c) yahut — yine eskiden caiz olan — katilin, maktulün veresesine sulh bedeli olarak bir gayri menkul vermesi halinde de şuf'a sabit olmaz.

Bununla beraber her üç halde de verilen (menfaat, mehir yahut sulh bedeli) evvelce kararlaştırılan muayyen bir meblâğın yerine tevdi olunuyorsa, bu takdirde şuf'a cereyan eder. Çünkü bu hallerde akarın bedeli mal olmaktadır. Zira gayri menkuller menfaat, mehir veya sulh bedeli olarak değil, menfaat, mehir veya sulh bedeli olarak tesbit edilmiş olan meblâğın mukabili olmak üzere verilmektedir.

3 — *Satışa mevzu olan meşfuun mülk akar yani gayri menkul veyahut akar mânasında bir mülk olmak şarttır*¹⁰.

Meşfuda bulunması gereken şu şart, iki esas ihtiva etmektedir :

9) Mecelle Md. 1025 «Bedelin Malûmül miktar (mal) olması şarttır»

10) Mecelle Md. 1017 : «Mesfuun mülk akar olması şarttır. Binaenaleyh sefinede vesair menkulâtta ve vakıf akarda ve arazi emriyede şuf'a câri olmaz.»

a) Birincisi meşfuun, şuf'anın tarifinde de belirttiğimiz gibi (*mülk*) olması zaruretidir. Demek oluyor ki şuf'a hakkı ancak araziî memlûkede, fakat onun bütün kısımlarında da cereyan etmektedir. Binnetice mülk olmadıklarından dolayı vakıf akarda ve araziî emiriyede şuf'a câri olamamaktadır. Arzı miride şuf'aya bedel olarak tatbik olunan (Rüçhan hakkının) ise şuf'a hakkından ne kadar farklı olduğu izahtan müstağnidir.

b) Şuf'anın sabit olabilmesi için meşfuun sadece mülk olması da kâfi değildir. Yani menkul, gayri menkul mutlak olarak bütün mülk emvalde şuf'a cereyan etmez.

Şuf'a ancak Mecellenin tabiriyle (mülk akar) da câri olur. Akardan ise gayri menkullerin kastolunduğu malûmdur. Mamafih arzettikleri vücutu karar neticesi olarak gayri menkule iltihak ettiklerinden dolayı (üst kat) da akar mefhumuna dahil edilmektedir¹¹.

Metinde (mülk akar) tâbiri mutlak olarak ifade olunduğundan, gayri menkulün kabili taksim olup olmayışının şuf'anın sübutunda bir tesiri yoktur¹². Bunun neticesi olarak meselâ kabili taksim olan bir akarda şuf'a câri olupta, müşteri ile bâyi, gayri menkulü taksim etseler, şefi, şuf'a hakkına istinaden ancak müşterinin hissesine isabet eden kısmı alabilir. Müşteriye isabet eden şu hisse şefi'nin mülkünün hizasında olsun olmasın hüküm aynidir: «Meselâ bir kimsenin carü mülâsık olmak hasebiyle şefi bulunduğu akarın yarısı şayan satıldıktan sonra müşteri ile bâyi, gayrimenkulü taksim etseler, müşterinin hissesine meşfuunbihe mücavir olmıyan cihet etse bile şefi, yine o hisseyi alabilir¹³.

Demek oluyor ki, kaideten meşfuun (mülk gayri menkul) olması halinde şuf'a sabit oluyor. Buna mukabil gayri menkul yâni akar olmadıkları için (menkullerde), (gemilerde) ve arzdan müstakil olarak satılan bina ve ağaçlarda şuf'a cereyan edememektedir. Keza vakıf yer yahut arazi emiri-ye üzerindeki mülk ebniye yahut eşcarda menkul hükmünde olduğundan bunlarda da şuf'a câri olmaz¹⁴.

11) Bak. Ali Haydar. a. g. e. Sh : 147.

12) Mecelle bu görüşü ile Hanefi fıkıhtaki görüşü teyit ediyor. Halbuki Şafiiiler şuf'ayı (zararı kısmetin def'i) için, mesru kıldıklarından onlara göre kabili taksim olmayan gayri menkullerde şuf'a cereyan etmez.

13) Bak. Ali Haydar a. g. e. Sh : 147.

14) Bu kaidenin istisnası (Mekke'deki binalar) dir. Mamafih bunlarda şuf'anın cereyan etmesinin sebebi onların (mülk) sayılması olduğuna göre buna istisna demek lâzımdır. Bak. A. Haydar a. g. e. Sh : 150.

Mecellenin menkullerde kaide olarak şuf'ayı kabul etmeyişinin izahını, şuf'a hakkının meşruiyet ve ihdas sebebinde bulmak mümkündür. Malûm olduğu üzere şuf'a civarın devam edecek zararını def için meşru kılınmıştır. Halbuki menkullerden gelmesi melhuz zararlar, bir gayri menkulde olduğu kadar devamlı değildir.

Yalnız dikkat olunursa menkullerde şuf'anın kaideten câri olmadığını söyledik. Bunu daha açık bir şekilde belirtmek icap ederse menkullerde şuf'a, bunların müstakil olarak satışında bahis mevzuu olamaz. Fakat istisnaen (*gayri menkule tebaan menkullerde de*) şuf'a cereyan eder. Meselâ bir akarı satın alan müşteri, o gayri menkule ittisal halinde olan ağaçları ve ağaçların yemişlerini dahi şuf'a sebebiyle alabilir¹⁵... yeter ki şu misalde de görüldüğü gibi, *menkul, akara muttasıl olsun*. Yâni akara tebaan şuf'a câri olan menkuller, ancak akara muttasıl olan menkullerdir. Mamafih bu nev'i menkullerde şuf'anın câri olabilmesi için onların satış ânında mevcut olmaları da şart değildir. Şefi, sonradan, mebi müşterinin nezdinde iken hâdis olanları dahi (ağaç meyveleri gibi) şuf'a sebebiyle alabilir^{15 a}.

4 — *Meşfu gibi, meşfuunbihin dahi (mülk akar) olması şarttır*¹⁶.

Yani Şefi'nin şuf'a hakkını dermeyeran edebilmesi mülk bir gayri menkulün sahibi olmasına mütevakkıftır. Ancak bu mülkün filî zilyedî olması şart değildir. Binaenaleyh bir kimse bir gayri menkulü satın alıp, fakat henüz bâyiden teslim almamış olsa bile, ittisalinde satılan diğer bir akara şefi olabilir.

Yine meşfuunbihin de mülk akar olması şartının bir neticesi olmak üzere, bir mülk gayri menkul satıldığı zaman, ittisalinde bulunan vakıf akarın mütevellisi yahut vâkîfı veya mevkufunaleyhi veyahutta bilicareteyn mutasarrıfı olan kimse şefi olamaz.

Hülâsa vakıf ve mirî arazi ve menkuller meşfu olamayacağı gibi meşfuunbih dahi olamamaktadır¹⁷.

15) Bak. Ali Haydar, a. g. e. Sh : 148.

15 a) Bak. Ali Haydar, a. g. e. Sh : 148.

16) Mecelle Md. 1018 «Meşfuunbihin dahi akar olması şarttır. Binaenaleyh bir mülk satıldıkta ittisalinde bulunan vakıf akarın mütevellisi yahut mutasarrıfı şefi olamaz».

17) Bak. Ali Haydar a. g. e. Sh : 150.

5 — *Mebiden bâyiin mülkiyetinin zail olması da şuf'anın sübutu için diğer bir şarttır*¹⁸:

Çünkü şuf'anın mesnedi, evvelce de belirtildiği gibi, meşfuun, müşterinin mülküne duhulü değil, bâyiin mülkünden hurucudur. Yani şuf'a hakkının sabit olabilmesi için şeyin mülkiyetini bayiin kaybetmiş olması şart ve kâfidir. Fakat ayrıca bu mülkiyetin müşterinin mamelekine dahil olması da aranmaz. Henüz muallâkta bulunsa dahi şuf'a sabit olur.

Bu sebeple bâyi muhayyer olmak üzere yapılan bir satışta, onun şey üzerindeki mülkiyeti henüz zail olmadığından şefi, hakkını istimal edemez. Ancak bayiin, şey üzerindeki mülkiyetinin zevaline mâni olan şu hakkı hiyarı muhtelif suretlerle (meselâ meşfuu, filâna sattığını iddia ve ikrar eylemesi ile) sakıt olunca, artık mebi üzerinde mülkiyeti kalmamış olacağından şuf'ada cereyan eder¹⁹.

Halbuki muhayyer müşteri olunca, onun şu hakkı hiyarı sakıt olsun olmasın — şeyin mülkiyeti artık bayiin mamelekenden çıkmış bulunduğu, şefi için şuf'a hakkı sabit olmaktadır. Hattâ yalnız şefi için değil, muhayyer olarak aldığı şu mebi sebebiyle, şuf'a bizzat müşteri için dahi sabit olur. Şu mânadaki, müşteri muhayyer olarak kendisine satılan gayri menkulün yanındaki diğer bir akar'ı onun bey'i halinde, şuf'a hakkını kullanarak alabilir. Görülüyor ki bu tarzdaki bir satışa rağmen — müşteri henüz hakkı hiyarını kullanmadan dahi - mebiî, meşfuunbih yerine koyabilmektedir. Zira yalnız müşteri muhayyer olunca; mebiin müşterinin mülkü olduğu kabul ediliyor. Mamafih buna istinaden müşterinin şuf'a hakkını kullanması, aynı zamanda mebi üzerindeki hakkı hiyarını da istimali demektir.

Burada son olarak işaret edeceğimiz husus, müşterinin herhangi bir şart olmaksızın, satın aldığı şey üzerinde haiz bulunduğu «hiyarı ayıp»

18) Mecelle md. 1026 «Bâyiin mebiden mülkü zail olmak şarttır. Binaenaleyh bey'i fâsitte bayiin hakkı istirdadı sakıt olmadıkça şuf'a câri olmaz ve bey'i bîşar» tülhiyârda eğer muhayyer yalnız müşteri ise şuf'a câri olur ve eğer bâyi muhayyerse hakkı hiyarı sakıt olmadıkça şuf'a câri olamaz. Amma hiyarı ayıp ve hiyarı rü'et şuf'anın sübutuna mâni değildir».

19) Yalnız bu halde şuf'anın ne zaman talep edileceği hususunda ihtilâf mevcuttur. Ekser fukahâ, şuf'anın, bayiin muhayyerliğinin sakıt olduğu andan itibaren dermeyan edilebileceğini, bir kısmı ise, makable sâmil olarak, bey akdinin in'ikadı tarihinden itibaren ileri sürülebileceğini söylüyorlar. Callp ve sahih olan fikir birincisidir. Ali Haydar Sh : 172.

ve «hiyarı rüy'et» salâhiyetlerinin şuf'a ya mâni olamayacaklardır. Yani müşterinin bu hakları henüz baki iken dahi, şefî, şuf'a hakkını kullanabilir ve bu da gayet tabiidir. Ancak şef'i şuf'a hakkını kullanmadan, müşteri bu haklarını istimalle bey'i feshederse, artık şefiin şuf'a hakkı da sabit olamaz.

6 — *Mebiden, bâyiin sadece mülkiyetinin değil, hakkının da zevali şarttır²⁰.*

Binaenaleyh satıcının, mebi üzerindeki mülkiyeti zail olsa, fakat hakkı zail olmasa şuf'a yine sabit olamaz²¹. Bu itibarla bâyiin, mebi üzerinden hem hakkı, hem mülkü kalkmış bulunmalıdır.

Ezcümle fasit bey'de şuf'anın câri olmayışı bu sebepten ileri gelmektedir²². Çünkü bâyiin bu nev'i satışta, fesih hakkı mevcuttur. Ancak bu fesih hakkı kabızdan sonra kalmazsa o zaman şuf'a sabit olur²³.

Yalnız bilhassa işaret etmek lâzımdır ki, şuf'a hakkı câri olmıyan fâsid bey, başlangıçta fâsid olarak doğan bey akdidir. Binaenaleyh iptidaen sahih bir bey olarak in'ikad edip de, bilâhare hâdis olan sebeplerle fâsid bir bey şekline intikal etmiş bulunan bir satış aktinde şuf'a — bu fesih hakkı kullanılsın kullanılmasın — cereyan eder²⁴.

Keza fâsid bir bey akti neticesinde satılan şey meşfu olamaz. Fakat hâdisesine göre bazen bizzat bâyi için (meselâ mebi henüz müşteriye teslim etmediği sırada), bazan da müşteri için (müşterinin mebi teslim ettiği, fakat bâyiin henüz fesih hakkını kullanmadığı sırada) meşfuunbih vazifesini görebilir. Yani bayi ve müşteri şu mebie istinaden, ittisalinde satılan bir akarı şuf'a sebebiyle alabilirler. Ve meselâ müşteri bu akarı bişşuf'a hükmolunarak aldıktan sonra, bâyi fesih hakkını

20) Mecelle md. 1026 : «...Binaenaleyh bey'i fâsitle bâyiin hakkı istirdadı sakıt olmadıkça şuf'a câri olmaz»

21) Meselâ : Kabızdan sonraki fâsit bir bey'de durum böyledir. Zira «md. 366 da bey'i fâsit, indelkabız nâfiz ve md. 371 de bey'i fâsitle satılan mebi, müşteri, bayiin izni ile kabzettikte ona malik olacağı mukarrer ve artık bayiin mülkü zail olacağı derkâr ise de, bayiin feshi bey ile hakkı istirdadı olmakla, mebi mezkûrdan bayiin hakkı zail olmamıştır». Bak. Ali Haydar a. g. e. Sh : 168.

22) Bey'i fasit, bugünkü hukukumuzun mutlak butlanı ile nisbi butlanı arasında bir yer alır.

23) Mebiin müşteriye tesliminden önce, bu nevi satışta da bayiin mülkiyeti zail olmadığından, şuf'anın câri olmayacağı zahirdir.

24) Ali Haydar - a. g. e. Sh : 170.

kullanarak müşteriden, meşfuunbih olarak kullandığı mebiî istirdat etse dahi, müşteriye (meşfuunbih elinden alınmıştır, binaenaleyh akarı da iade etmen lâzımdır) denemez. Bu iade ancak şuf'a ile hükmolunmazdan önce mümkün olabilirdi²⁵. Şu son misalle şuf'anın diğer bir şartına gelmiş bulunuyoruz :

7 — Şefiîn, meşbuunbih akara, bey'in in'ikadı zamanında malik olması ve onun üzerindeki bu mülkiyetinin şuf'a hakkını istimal ile meşfuu almasına kadar devamı şarttır²⁶.

Çünkü malûm olduğu üzere, şefie, şuf'a hakkını temin eden meşfuunbihteki şu mülkiyettir²⁷. Bu itibarla onu, meşfuun tamamen mâliki olana kadar muhafaza etmesi zaruridir.

Bu şart o derece mutlaktır ki, şefi aşağıda göreceğimiz üç talepten ikisini yapmış (talebi muvasebe ile talebi takrir ve işhatta bulunmuş) fakat, henüz üçüncüsünü yapmamış iken, meşfuunbihi satsa şuf'ası sakıt olduğu gibi, meşfuun bey'inden ve binnetice kendi şuf'a hakkını dermeyeran imkânının hasil olduğundan bihaber bulunduğu için meşfuunbihi satmış olsa dahi, bunu bir defî olarak ileri süremez.

Yalnız evvelki şartlardan da anlaşılacağı üzere, şefiîn meşfuunbihi *kat'i olarak* — Mecellenin tâbiriyle bey'i bat ile — ve *kâmilen* satmış olması halinde şuf'a hakkı sakıt olmaktadır. Binaenaleyh şefi, meşfuunbihi kat'i bir satışla değil de, meselâ kendisi muhayyer olarak satmış yahut meşfuunbihin velev cüz'i bir miktarını mülkünde alıkoymuş ise - (çünkü bu cüz'i miktar iptidaen de, bakaen de şuf'a için kâfi gelmektedir) - veyahut bey'i fâsitle satmış, fakat henüz müşteriye teslim etmemişse, yani (fesih hakkı sukût etmemişse), şuf'ası sakıt olmaz. Çünkü bütün bu hallerde şefii, meşfuunbihteki mülkünü veya hakkını henüz zayı etmemiştir.

İnkâr halinde meşfuunbihte şefiîn mülkiyetinin kat'i olarak anlaşılmasını da bazıları²⁸ şuf'anın şartlarından biri olarak ileri sürerlerse de,

25) Ali Haydar - a. g. e. sh : 170

26) Mecelle Md. 1039 - «Şefi, iki talepten sonra meşfuunbihi satsa hakkı şuf'ası sakıt olur». M. 1040 : «Şefi, berveçhi meşruh henüz meşfuua malik olmadan mülkü meşfuun ittisalinde diğer bir mülk akar satılsa, bu ikinci akara şefi olamaz».

27) Esasen meşfuunbih Mec. Md. 953 de «Şefiîn mabihissuf'a olan mülküdür» diye tarif olunmaktadır ki biz bunu «Şefie bu hakkı temin eden mülk» diye ifade ediyoruz.

28) Ezcümle mecelle şârihi A. Haydar - a. g. e. sh : 128.

şahsen biz bunu, yukarıdaki şartın tabii bir neticesi saymaktayız. Bu noktada mevcut olan yegâne hususiyet zannımızca, bey'ine külfetindedir. Zira bizatihi müşterinin, meşfuunbih akarın şefiin mülkü olduğunu inkâr etmesi halinde, o akarın kendisinin mülkü bulunduğunu isbat külfeti şefie tereddüp etmektedir. Ve şefi, bu hususu isbat edemedikçe meşfuu şuf'a sebebiyle alamamaktadır.

8 — *Meşfu akarın, bey zamanında şefiin mülkü olmaması da şuf'anın bir şartıdır.*

Meselâ birbirine muttasıl iki akarı olan bir kimse, gayri menkulünden birini sattıktan sonra diğerini meşfuunbih ittihaz ederek, sattığı akarda şuf'a iddiasında bulunamaz.

Bu şartın şuf'anın ihdas ve meşruiyet sebebinden çıktığını söyleyebiliriz. Zira şuf'a fena komşuluktan tevellüt edecek zararları def için lüzumlu bulunmaktadır. Bir kimsenin ise, hem bu ihtimali düşünerek veya göze alarak bir akarını satması ve binnetice böyle bir komşunun gelmesine yol açması; hem de sattığına bitişik diğer bir gayri menkulüne istinat ederek şuf'a hakkını dermeyanla sattığı malı geri almasına imkân verilmesi, şuf'anın meşruiyet sebebiyle telif edilemez. Böyle bir halde şuf'a hakkı fena komşuluğun zararlarını def'e değil, spekülâtif bir takım gayelerin tahakkukuna âlet olmaktadır ki, elbet te teçviz edilemezdi.

9 — *Şefiin, bey'e yahut bey hükmüne sarahaten yahut delâleten razı olmaması da şuf'anın sübut şartlarından birisidir²⁹.*

Ancak bu şart, aynı zamanda şuf'a hakkının sukut sebeplerinden birisini teşkil ettiğinden, burada yapılacak mükerrer bir izahtan kaçınıyoruz. Yalnız şu kadarını söyleyelim ki, şefiin, yapılmış olan bey akdine sarahaten veyahut delâleten rızası (meselâ müşteriden meşfuu isticar etmek istemesi yahut talebi muvasebede bulunmadan bey'i işitir işitmez derhal terki talepte bulunması v.s.) sebepleriyle şuf'a hakkının sakıt olabilmesi, bu rızaya tekaddüm eden bir takım kayıt ve şartların vücuduna mütevakıftır :

29) Mecelle Md. 1024: «Şefiin vâki olan akdi-bey'e sarahaten yahut delâleten rızası olmamak şarttır. Meselâ akdi bey'i işittikten sonra — pekalâ — dese hakkı şuf'ası sakıt olup, andan sonra talebi şuf'a edemez ve keza bey'in aktolunduğunu işittikten sonra akarı meşfuu müşteriden istira yahut isticar etmek istese hakkı şuf'ası sakıt olur. Kezalik bir kimesne bayie vekil olup ta sattığı akarda hakkı şuf'ası olmaz».

Ezcümle, şefiin, (sarih veya zimni) şu rızasının hükümlerini hasıl edebilmesi için onun, a. meşfuun semeninin cinsini; b. gerek mebiin, gerek semenin miktarını; c. meşfuun müşterisini bilmiş olarak, vaki satışa razı olmuş bulunması lâzımdır. Bunları bilmiyor veyahut bunların herhangi birisinin cins veya miktarında ihtilâf bulunuyor idi ise, şefiin rızasının hiç bir kıymeti yoktur ve o yine şuf'a hakkını muhafaza etmektedir. Fakat bunlar biliniyor idi ise, hâdisesine göre ya sarih bir surette bey'e rıza gösteren şefiin, yahut bey aktini bizzat veya bilvekâle yapmak veya satış mukavelesini tamamlamak suretiyle zımnen bey'e muciz olan şahıs için şuf'a hakkı kalmamıştır³⁰.

Keza tasrih zaittir ki, bu vazgeçme bey'den sonra vâki olmak şartıyla yukarıdaki hükümleri tevlit eder. Çünkü şuf'anın sübutu bey'in vücudundan sonra mümkün olabilmektedir. Bu sebeple bey'den önceki vazgeçme ile şuf'a sakıt olmamaktadır³¹.

10 — *Son bir şart olarak meşfuun temlik bedelinin malûm bir miktar olmasını zikredebiliriz³².*

Bu tabii şart, gerek yapılan bey aktinin sıhhati, gerek şefiin, hakkını istimal edebilmek için gerekli malûmatın tesbiti için zaruridir. Bütün bu sebepler neticesi şu oluyor ki, semenin bilinmemesi şuf'ayı men etmektedir.

Eski hukukumuzda mukaveleden mütevellit şuf'a mevzuubahs olmadığından onun tipik bir nev'i olan mevsuf şuf'ayı da düşünemeyiz. Bu olsa bile nihayet iki tarafı ilzam eden şahsî bir akit mahiyetinden fazla ileri gidemez.

§ III. — Şuf'a sebep ve dereceleri

I — Kanunî şuf'a hakkının bugünkü hukukumuzda «müşterek mülkiyet» münasebetinden ibaret tek bir sebebi bulunmasına mukabil, Mecellede bu âmil üç tane idi : Şeriklik, Halitlik ve Car-ü mülâsık'lık³³.

30) Bak. Mecelle Md. 100.

31) Bak. Ali Haydar a. g. e. Sh : 165. Ancak şuf'a hakkının zatından feragat ile bu noktayı karıştırmamalıdır.

32) Mecelle Bak. Md. 1025.

33) Mecelle md. 1008. «Esbabı şuf'a üçtür» Evvelkisi nefsi mebiide müşarık olmaktır. Nitekim iki kimsenin bir akarda sayılan istirakleri gibi. İkincisi hakkı

i — Şeriklik :

Bu şuf'a sebebi mer'i mevzuatımızdaki müşterek hissedarlıktan başka bir şey değildir. Mecelle bunu «nefsi mebide müşarık olmaktadır» diye tarif etmektedir.

Şu tarife göre müşterek bir gayri menkulün hissedarlarından birisi hissesini başkasına satsa³⁴, diğer hissedarlar mebiin nefsinde yani kendisinde şerik oldukları için, satılan hissede şefi olurlar.

Satılan bir şeyin nefsinde iştirak yani şeriklik ise iki şekilde olmaktadır :

a) Birincisi mebiin tamamında hissedar bulunmakla olur (bir kimsenin bir akarda — meselâ yarı yarıya — şayian iştirakleri gibi).

b) İkincisi ise mebiin tamamında değil de, yalnız bir kısmında müşareketle olur. Meselâ bir ev (A) nın olup, bu evin yalnız bir odası, yahut evin bir tarafındaki dıvar arzı ile beraber (B) ile müşterek olsa durum böyledir.

Gerek birinci şekilde, gerek ikinci şekildeki şerikliğin hüküm bakımından hiç bir farkı yoktur. Her ikisinde de hüküm birdir. Yani şerikin şuf'a hakkı mebiin tamamı için sabit olmaktadır.

Nitekim bu hususta yeni hukukumuzdaki hüküm de aynidir. Müşterek hissedar ne kadar küçük bir cüz'ü şayiine sahip olursa olsun, şuf'a hakkı tamamı için mevzuubahs olur. Bu netice esasen müşterek mülkiyet mefhumunun mahiyetinde mündemiçtir. Zira her hissedarın hakkı, şeyin bütün cüz'ilerine şâmil bulunmaktadır.

mebide halit olmaktadır. Nitekim hakkı şirbi-has ve tarik-i has da iştirak gibi. Meselâ hakkı şirb-i hasta iştirakleri olan bahçelerden birisi satıldıkta diğer bahçeler eshabı hep şefi olurlar. Gerek carü mülâsık olsunlar, gerek olmasınlar. Kezallık kapusu tariki hassa açılan bir hane satıldıkta ol tariki hassa kapusu olan diğer hâneler eshabının kâffesi şefi olurlar. Gerek car-ü mülâsık olsunlar, gerek olmasınlar. Amma umumun müntefi olduğu bir nehirden su alan, yahut kapusu tarik-i âmme açılan hânelerden biri satıldıkta ol nehirden su alan yahut ol tarik-i âmme kapusu olan diğer haneler eshabının hakkı şuf'ası yoktur. Ücüneüsü akar-ı mebia car-ü mülâsık olmaktadır.»

34) Eski hukuk hissedarlar arasında da şuf'ayı kabul ettiğinden bu baskası bizzat bir hissedar dahil olabilir.

2 — *Halit'lik* :

Burada da bir iştirak mevcuttur. Fakat bu, şeriklik gibi mebiin zatında değil de onun (hakkında) müşarik olmaktır. Şu iştirake rağmen bunun «Halit olma» diye adlandırılması, şuf'a sebeplerini değişik isimlerle ifade edebilmek düşüncesinden de ileri gelmektedir.

Bu şuf'a sebebine göre, meselâ bir kimsenin hususî bir nehirde (Şirb-i has) ta bir su hissesi bulunduğu gibi diğer bir kimsenin de yine aynı nehirde su hissesi bulursa bu kimseler birbirine halit olmuş bulduklarından şuf'a hakkını haizdirler. Demek oluyor ki, gerek tariki hasta³⁵, gerek hakkı şirb-i hasta³⁶ iştiraklerde (hakkı mebdide halitlik) durumu mevcuttur.

Bununla beraber bir kimsenin diğer kimsenin hanesinde hakkı mesili yani su akıtma hakkı olsa (meselâ çörten sularının v.s. akması için), eğer su yolunda iştiraki yoksa, mücerret su akıtma hakkı kendisine bir şuf'a hakkı bahşetmez. Su yolu da onun olsa idi o zaman hakkı mebdide müşarik ve binnetice şefi olurdu.

Demek oluyor ki, burada şuf'anın sübutu, gayri menkulün (hakkı şirp) ve (hakkı mürur) gibi haklarla birlikte satılmasına bağlıdır. Eğer mebi, bu haklar dahil edilmeksizin satılırsa, yine şuf'a cereyan etmez. Çünkü bu sefer de şuf'a hakkını tevhit eden iştirak sebebi ortadan kalkmış olur.

Hakkı mebdide halit olmak ta iki şekilde olabilir :

a) Mebi esasen müşterek iken taksim edilince mebiin kendisinde iştirak kalmamakta ve yalnız iştirak, hakkı mebdide halit olarak devam etmektedir.

35) Mecelle tarik-i hassı «çıkma sokak» diye tarif etmişse de bu tarif doğru değildir. Çünkü her çıkma sokak bir hususî yol olmayacağı gibi, her tarik-i has ta bir çıkma sokak değildir. Yahut da her çıkar sokak ta bir tarik-i âm değildir. Binaenaleyh «Tarik-i hassı : sahiplerinin mülkü bulunan yol» diye tarif etmek daha muvafık olur.

36) Şirb-i has eşhası madüdeye yani - Mecellenin kabul ettiği kavle göre 100 den aşağı miktardaki muayyen şahıslara - ait olan bir sudaki haktır Mecelle Md. 1239 da «eşhası madüdenin arazisinden başka yere menfezi olmıyan ve akımıyan nehirleri nehri has olarak» kabul ve tarif etmiştir. Bak. Ali Haydar a. g. e. Sh : 955.

b) Yahut da esasen mebiin zatında iştirak yoktur, sadece hakkı mebide iştirak hali mevcuttur. Halitlik, hangi şekilde olursa olsun hüküm aynidir.

Fakat bazan hem nefsi mebide, hem de hakkı mebide müşareket bulunabilir. Bu takdirde artık — ilerde şuf'a sebepleri arasındaki derecelerde görüleceği üzere — şeriklik, halitlikten daha evvel geldiğinden o kimse nefsi mebiddeki iştirak sebebiyle şuf'a hakkına nail olur³⁷.

3 — *Car-ü mülâsık'lık* :

Mezhepler arasında dahi bir şuf'a sebebi olarak kabulünde ihtilâf bulunan³⁸, fakat şahsen lüzumuna — şuf'a hakkının meşruiyet sebebi bakımından — kâil olduğumuz bu âmil «mebie filen veya hükmen *bitişik komşu* olmak» tır.

Mebie olan şu ittisalin ciheti rol oynamadığı gibi, onun az veya çok olması da bir rüçhan hakkı bahsetmez. Binaenaleyh şu bitişiklik ister arka arkaya olsun, ister sağ veya sol tarafta bulunsun hüküm aynidir. Keza mülâsıklığın filen veya hükmen olmasında da bir hüküm farkı yoktur. Meselâ bir konağın sağ tarafındaki bir oda satıldığı zaman, o satılan odaya bitişik olan komşu şefi olduğu gibi, konağın solunda olan ve o tarafına bitişik olduğu halde satılan odaya bitişik olmıyan komşu dahi şefi olabilir³⁹.

Carü mülâsık, yâni bitişik komşu olmak, meşfu akara mülâsık, mülk bir akarı bulunmak demektir. Fakat carü mülâsık sayılmak için arzda veya iltisakı temin eden duvarda hiç bir iştirak bulunmamak lâzımdır. Çünkü bu sonuncu halde carü mülâsık, şerik ve binaenaleyh birinci derecede şefi olur.

37) Bak. Ali Haydar, a. g. e. Sh.

38) Şafii mezhebinin car için şuf'a bulunmadığı reyinde oluşu hatırlanmalıdır.

39) Ittisalin hükmen ve filen olması arasında fark olmadığını söyleyen Reddi Muhtar ve Azmizade ve Mecmaülenhür'ün şu telâkkisi ile, Ali Haydar Efendinin serhinde zikrettiği şuf'anın iskatına müteallik çarelerden üçüncüsü arasında bir mübâyenet var gibi gözükiyorsa da bu zâhirdir. Zira bu hile şeklinde de gerçel bayı, sefie muttasıl bulunan tarafından, ittisalin tulünce bir miktarını - kendi mülkünde bırakıp, şbür tarafını satmakta ve böylece car'ın şuf'asını - orada ittisal ve iltisak kalmadığı için - iskat etmekte ise de, şu hile ihtimali bir arsadır. Ve onun için ifraz sonunda hükmen dahi ittisal kalmıyor. Halbuki yukarıdaki konak ve oda misalinde bu hükmi ittisal mevcuttur.

Yine bu sebeple bitişik komşu olarak şuf'a hakkını haiz olabilmek için meşfu'a mülâsık bir (mülk akarı) bulunmak gerektiğinden, şu mülâsık hâne mülk değil de, meselâ vakıf, vedia yahut mecur olsa, keza şuf'a hakkı sabit olmaz⁴⁰.

Mecelle car-ü mülâsıklığı bir şuf'a âmili saymasına mukabil car-ü mukabillığı yani karşı komşuluğu, kapı komşuluğunu bir şuf'a sebebi olarak kabul etmemiştir. Kapılar birbirine ne kadar yakın olursa olsun hüküm aynıdır. Carü mukabilin şuf'a hakkını haiz olmayışını da yine şuf'anın meşruiyet ve ihdas sebepleriyle izah etmek mümkündür. Zira karşı komşular arasında bulunan umumî yol (tarik-i âm), fena komşuluktan mütevellit zararın husulüne meydan bırakmamıştır. Halbuki carü mukabiller arasındaki yol umumî değil de hususî bir yol olursa, o zaman karşı komşu için dahi şuf'a sabit olur. Ancak bu halde dahi şuf'anın sübutu car'ü mukabillikten dolayı değil, belki halit olmasından dolayıdır⁴¹.

Mecelle — iki katın yollarının müşterek olmaması ve her birinin yolunun umumî yoldan olması şartıyla — kat malikleri arasında da (car-ü mülâsıklık) sebebiyle şuf'ayı tanımıştır. Ve İmamı Muhammede göre şuf'a binadan dolayı değil, vücubu karardan dolayı olduğundan bişşuf'a almadan evvel üst kat yıkılsa dahi bitişikteki akarın satışında şuf'a iki kat içinde vardır⁴².

II — Şuf'a sebeplerinde derece :

Şuf'a sebeplerinin bir hâdisede içtimaı halinde tertibe riayet olunur ve kuvvetlisi yani sırada evvel geleni tercih edilir⁴³. Bu sıraya göre ise birinci derecede şerik, ikinci derecede Halit ve üçüncü derecede car-ü mülâsık gelmektedir. Ve binnetice bir üst derecedeki şuf'a hakkını kullandıkça alttakilere bir şey verilmez.

Bununla beraber üst sıradakinin hakkını kullanmaması, yahut sonradan bu hakkından vazgeçmesi halinde aşağı derecedekinin şuf'a hakkından istifade edebilmesi, hepsinin de zamanında lâzım gelen taleplerde bulunmuş olmalarına mütevakıftır. Binaenaleyh, meselâ aynı mecliste iken bey aktini işiten şerik ve halitten, ikincisi «nasıl olsa şerikin bana hakkı tekaddümü var, o ise talebi muvasebede bulunmuştur» diyerek sükût ederse, bilâhare şerikin şuf'a hakkından vazgeçmesi halinde, halit

40) - (41) Bak. Mecelle Md. 1012, 1018 ve A. Haydar a. g. e. Md. 1008 serhi.

42) Ali Haydar, a. g. e. Sh : 139.

43) Mecelle Md. 1009.

bey'i ilk işittiği sırada talebi muvasebede bulunmamış olduğundan şuf'ası sakıt olmuş vaziyette kalır.

Şuf'a sebepleri arasında böyle bir dereceleşme yapılması şu iki esasa istinat ettirilmektedir⁴⁴:

1. Bu hususta bir Hadis-i Âli vardır : «Eşşerik-ü ehakkı minel halit, vel Halit-ü ehakkı minesşefi» tarzında olan bu hâdiste şerik = nefsi mebide, halit = hakkı mebide müşarik ve şefi de car-ü mülâsık mânasına kullanılmıştır.

2. İkincisi ise «Şirket sebebiyle ittisalin — meblin her cüz'ünde olması hasebiyle — halitten, onun da car'dan daha kuvvetli olduğu yolundaki aklı ve mantıkî delildir ki, bu da böyle bir derecelendirmeyi icap ettirmektedir.

Şuf'a sebepleri arasında böyle bir sıra gözetildiği gibi bizzat her sebep içinde de — eğer varsa — bir takdim mevcuttur. Meselâ ikisi de şuf'a sebebi olarak müsavi durumda olmalarına rağmen, içtimaları halinde hakkı şirp, hakkı tarike, yâni hususî nehîrde su hakkı bulunan kimse, orada yol hakkı olan şahsa takaddüm etmektedir⁴⁵. Binaenaleyh bir bahçe hem hakkı şirp, hem de tarik hakkı⁴⁶ ile beraber satılıpta bir kimse onun su hakkında, diğer birisi de yol hakkında halit olsalar, hakkı şirbi has sahibi, hakkı tariki has sahibine takdim ve tercih olunur. Çünkü şuf'ada kaide «zararı hassın, zararı âm üzerine takdim edilmesidir»⁴⁷.

§ IV. — Şuf'a hakkını talep tarzı ve nev'ileri

Mecelle, Hanefî fıkına tebaan şuf'a hakkının, şuf'a hâdisesi vuku bulur bulmaz (derhal) istimal edilmesi prensibini kabul ettiğinden⁴⁸, bu hususta vaz'edilen hükümlerde daima bu (fevr) kokusu hissedilmektedir. Hattâ o kadar ki meşru bir sebep, bir özürlü şer'i olmaksızın, aşağıda

44) Bak. Ali Haydar, a. g. e. Mad. 1009 Şerhi.

45) Mecelle Mad. 1016.

46) Tarik hakkı ile mürur hakkı karıştırılmamalıdır. Mürur hakkı sahibi sadece bir geçit irtifakını haiz olduğu halde, tarik hakkı sahibi aynı zamanda o yerin mülkiyetine de maliktir.

47) Fazla tafsilât için bak. Ali Haydar, a. g. e. Sh : 143.

48) Bak. Ebû'l-ulâ Mardin - Doktora ihtisas kuru takrirleri. (Henüz intisar etmemiştir.)

tafsilâtını göreceğimiz taleplerden — bilhassa ilk ikisinde — şefiin yapacağı ufak bir tehhür hakkının sukutunu mucip olmaktadır.

Şüphesiz işin bu derece sıkı tutulması haklı tenkitlere yol açıyor⁴⁹. Şefiin, bey aktini duyar duymaz derhal şuf'a talebinde bulunması — gerçi bu talep onu sonrası için bağlamazsa da — her zaman doğru veya mümkün olmayabilir ve bu sahada gösterilen küçük bir sebepsiz gecikme o kadar titiz bir itina ile hükümleri tanzim edilmiş olan şuf'a hakkından beklenen neticelerin husulüne mâni olur. Bununla beraber, şefii azamî dikkat ve teyakkuza dâvet etmek, müşterinin hukukunu imkân derecesinde sağlama bağlamak gibi faydaları da inkâr edilemez.

Şefiin, şuf'a hakkını, birbirini takip etmek üzere üç türlü talepte bulunarak dermeyanı icap ediyordu dedik⁵⁰. Bu üç talep sırası ile şunlardır :

I — Talebi Muvasebe⁵¹ :

Şefiin, bey aktini veya bey hükmündeki sair ivazlı bir akti, müşteri ve semeni ile birlikte duyduğu mecliste *derhal*, (ben mebiin şefiiyim) yahut (bişşuf'a talep ederim) gibi şuf'ayı talep ettiğine delâlet eden bir söz söylemesi lâzımdır ki işte buna (talebi muvasebe) diyoruz. Bu birinci talepte şu noktalar calibi dikkattir :

1 — Şefiin bey aktini mecliste duyma tarzı hangi şekilde olursa olsun (ister bizzat kendisinin mecliste bulunması, ister bir erkek ve iki kadın yahut iki erkekten duyması) tarzında olsun, bey'i işitir işitmez derhal talebi muvasebede bulunması şarttır. Yani duyuş tarzının şu talebin yapılıp yapılmamasında bir rolü yoktur. Nitekim yeni Hukukumuzda da satışa itilam muayyen bir şekli bulunmadığı gibi...

2 — Şefi bey aktini işittiği, daha doğrusu öğrendiği zaman yanında hiç kimse bulunmasa bile yine talebi muvasebede bulunması şarttır. Zira ilerde, verilecek bir yemini ancak bu takdirde eda edebilecektir.

49) Bak. Müfit Erkuyumeu - Şuf'a Dâvaları ve Temyiz mukarreratı - Adalet Dergisi Yılı: 1943. Sayı: 5, Sahife: 306 ve sonrası.

50) Mecelle Mad. 1028: «Şuf'ada üç talep lâzımdır ki talebi muvasebe ve talebi takrir ve ishah ve talebi husumet ve temellüktür».

51) Muhasebe «Vusub» dan gelmektedir. Vusup ise lugaten sıçramak mânasına olmakla burada istiare vardır. Zira sıçrayan yürürken kat'ı mesafede sür'at eylesin. Bak. Ali Haydar a.g.e. Sh: 178 ve Mecelle Md. 1029 «Şefiin akti bey'i duyduğu mecliste derhal (ben mebiin şefiiyim) yahut (bişşuf'a talep ederim) demek gibi talebi şuf'aya delâlet eder bir söz söylemesi lâzımdır. Buna talebi muvasebe denilir».

3 — Şefi talebi muvasebede bulunurken hisse nisbeti ne olursa olsun (mebiin tamamı) için şuf'a talep etmelidir. Şefiler müteaddit olsalar dahi, yine her birinin meşfuun küllisinde talebi muvasebede bulunmaları iktiza eder. Zira, her sırası geldikçe tekrar ettiğimiz gibi, şuf'a ne sübûten, ne de sukûten tecezzi kabul eylemez⁵².

4 — Nihayet talebi muvasebenin icra zamanına da temas etmemiz lâzımdır :

Bir telâkki tarzına göre, talep, işitilir işitilmez ve meselâ haber bir mektupta geçiyorsa mektubun sonunu beklemeden o anda yani (fevrî olarak) yapılmak lâzımdır. Buna mukabil diğer bir görüş tarzı ise şefiın düşünme ve karar vermesine vakit bırakmış olmak için, talebi muvasebenin derhal değil, (o meclisin sonuna kadar) yapılmasını imkân dahilinde görmektedir.

Mecellenin ise, yukarıda da belirttiğimiz gibi bu iki kavilden birincisini, yani derhal talepte bulunmak lüzumunu kabul ettiğini söylemek isabetlidir⁵³.

5 — Son olarak belirtelim ki, şefiın talep ânında şahit bulundurması talebi muvasebenin (sıhhati) için şart değildir. Bu ancak ilerdeki (isbat) için lüzumlu ve tavsiyeye şayan bir keyfiyettir.

II — Talebi takrir ve işhat :

Şefiın (talebi muvasebe) den sonra (Talebin takrir ve işhatta) bulunması lâzımdır. Bu talep safhası âdeta birincisini teyit ve tevsik mahiyetindedir⁵⁴.

52) Mecelle bak. Mad. 1041.

53) Gerçi Mecellede iki telâkkinin de ayrı ayrı yerlerde benimsendiği zehabi doğabilir. Zira Mad. 1029 daki *derhal* ibaresinden mecellenin birinci kaville amel ettiği, buna mukabil Md. 1032 deki «Ol mecliste talebi şuf'a etmeyip de» ifadesinden ikinci telâkkiyi benimsediği düşünülebilirse de «bir kanunun iki ayrı maddesinde iki ayrı görüşü kabul etmesi tasavvur olunamayacağından mecellenin birinci kavilde olduğu söylenebilir». A. Haydar : 177.

54) Mecelle mad. 1030. «Talebi muvasebeden sonra şefiın talebi takrir ve işhad etmesi lâzımdır. Söyle ki : İki kişi huzurunda olarak mebiin yanında (bu akarı filân kimse istira etmiş) yahut müşterinin yanında (sen filân akarı igtira etmişsin) yahut mebi henüz bayiin yedinde ise onun yanında (sen filân akarını filâna satmışsın) ben ise şu cihetle onun şefiiyim ve talebi şuf'a etmiştim, şimdi dahi talep ederim, şahit olunuz demelidir. Ve eğer şefi uzak mahalde bulunup bizzat bu vechile

Talebi takrir ve işhad, umumiyetle talebi muvasebeyi takiben yapılırsa da, onunla birlikte yapılması da mümkündür. Bu ikinci safhada ise şu noktalar tebarüz ettirilmeye değer :

1. Şefi talebi takrir ve işhada, buna (muktedir olduğu) anda mecburdur. Şayet bu imkâna o anda sahip değilse şuf'a hakkı sakıt olmaz. Bu imkân hasıl olur olmaz talepte bulunarak şuf'asını dermeyan edebilir.

2. Şefi bu talebini yaparken şahit olarak ya (iki erkek) yahut da (bir erkekle iki kadın) bulunduracaktır. Mamafih bu safhadaki işhad dahi talebin sıhhati için değil, isbatı için lâzımdır. Bu sebeple şahitsiz bir takriri şayet müşteri ikrar ederse yine şart tamam ve muteber olur.

3. Talebi takrir ve işhad üç yerde yapılabilir ve kaideten şefi, bu yerlerden dilediğini seçmekte serbesttir. Meğer ki şefi, kendi bulunduğu yerdekileri bırakıp ta diğer bir beldeye sırf bunun için gitmiş olmasın :

a) Birinci yer «mebiin yanı» olabilir. Zira şuf'a hakkı mebie aittir.

b) İkinci yer «müşterinin yanı» olabilir. Çünkü mebi müşterinin mülkü olmuştur.

c) Üçüncü yer — şayet mebi henüz müşteriye teslim edilmemişse — «bayiin yanı» olabilir. Zira bayiin her ne kadar mülkiyeti kalmamışsa da yed'i bâkidir.

Şefi bu üç yerden birinin yanında (sen filân akarı satmışsın veya sen bu akarı almışsın v.s., bense şu sebeple bunun şefiiyim. Evvelce talebi muvasebe ile şuf'a talep etmiştim. Şimdi dahi ediyorum. Sizler de buna şahit olunuz) der.

Şefiın durumu veya yeri, bunları bizzat söylemesine müsaait değilse bir vekil tayin ederek, ona da imkân bulamıyorsa, hattâ mektupla bu lâzimeyi ifa eder⁵⁵.

III — Talebi husumet ve temellük :

Son olarak şefiın — müşteri, meşfuû rızası ile kendisine teslim etmediği takdirde — mebiin bulunduğu yer mahkemesinde ve hasmın muvacehesinde, bir ay içinde (talebi şuf'a ve dâva) etmesi lâzımdır. Hâkim talep

talebi takrir ve işhad edemezse birini tevkil eder ve vekil bulamazsa mektup gönderir.»

55) Bak. Ali Haydar. a. g. e. Sh : 180 - 182.

ve dâva olmaksızın hükmedemeyeceğinden bu safhada zarurîdir⁵⁶. Bu son safhanın kayde değer hususiyetleri ise şunlardır :

1. Şefi ancak, meşfuun bulunduğu mahalde dâva ikame edebilir. Müşteri başka yerde olsa bile⁵⁷...

2. Talebi husumet ve temellükün hasım muvacehesinde olması şarttır. Bu hasım hâdisesine göre şunlar olabilir :

a) Meşfu henüz müşteriye teslim olunmamışsa hasım bâyidir. Fakat müşterinin de huzuru şarttır. Çünkü şefi şu talep ve dâvası ile hem bâyin yedine, hem de müşterinin mülküne taarruz etmektedir. Yalnız hüküm neticesinde bey akti, sanki meşfu bâyiden doğrudan doğruya alan şefi imiş gibi, onunla arasında yapılmış gibi bir şekle bürünür, ve ahde yani bey üzerine terettüp eden ahkâm da bayie ait olur. Şayet bu ihtimalde müşteri, bedeli bayie vermiş idiyse, şefi meşfu bâyiden alır, fakat semeni müşteriye öder, vermemiş idi ise, onu bayie tediye eder.

b) Meşfu müşteriye teslim olunmuşsa hasım müşteridir, ve artık bâyi bir yabancı durumuna girdiğinden onun huzuru da şart değildir... ve daha muhtelif ihtimaller⁵⁸.

3. Hâkim yukardaki ihtimallere göre taayyün eden hasımdan sonra evvelâ müddei olan şefii dinler, husumet için aranan bir aylık müddetin geçip geçmediğine bakar⁵⁹, sonra müşteriye istiçvap eder, şefi in meşfuun-bihin maliki olup olmadığını v.s. yi araştırır ve hükmünü verir.

4. Özürsüz olarak, talebatı selâsenin her birinde, gerek şuf'anın batıl olacağını, gerek şuf'a hakkının bulunduğunu bilmemekten olsun, ileri gelen her gecikişin, şuf'a hakkının sukutunu mucip olduğu da yine Mecellede mufassalan tasrih ve tanzim olunmuştur⁶⁰.

56) Mecelle Mad. 1031 «Talebi takrir ve ishattan sonra şefi in huzuru hâkimde talep ve dâva etmesi lâzımdır.....»

57) «Fukaha arasında ihtilâf olunmakla beraber Mecelle, bir belde hâkiminin diğer belde dahilindeki akar dâvasını da rüyet edebileceği kavlini iltizam etmiştir.» Bak. Ali Haydar, a. g. e. Sh : 183.

58) Fazla tafsilât için Bak. Ali Haydar, a. g. e. Sh : 183 ve sonrası.

59) - (60) Özürsüz olarak talebi husumette bulunmaksızın bir ayın geçirilmesi halinde Ş. H. nin sukutu İmamı Muhammed ve Mecellenin kavlidir. Halbuki İmamı Azam Şuf'a İshad ile müstakir olduktan sonra talebi husumetin terki ile şuf'anın sakıt olmayacağına kâildir. A. Haydar, a. g. e. Sh : 193.

§ V. — Şuf'a hakkının hükümleri

Şuf'a hakkının hükümlerini, sonuncu unsurunu yani (Alış) rüknü içinde incelemek daha isabetli olacaktır.

Malûm olduğu üzere, bu rükünde, hükümleri üç safhada toplayarak tetkik etmek mümkündür : Şefi meşfuu ne zaman, ne mukabilinde ve ne nisbette alacaktır ⁶¹.

I — Şefi'nin meşfuu alış zamanı ve hükümleri :

Yukarıda, gerek mezheplerin kavillerine, gerek mecellenin şuf'a hakkını talep tarz ve nev'ilerine ait hükümlerini incelerken bilhassa belirttiğimiz gibi, eski hukukumuz da Hanefi fıkhının görüşüne uyarak meşfuu iktisapta sür'at esasını benimsemiştir. Binnetice şefi, satışa ve şartlarına ittilâ kesbeder etmez, yapmakla mükellef olduğu üç talebi ifa ettikten sonra, müşterinin rızasıyla teslimi yahut hâkimin hükmü ile meşfua malik olur ⁶².

Demek oluyor ki, bütün şartlar yerine getirilmiş olsa bile meşfuun mülkiyetinin şefie intikal edebilmesi için bu iki muameleden birisinin daha (yani müşterinin şeyi rızası ile teslimi yahut hâkimin bunu temin zımındaki hükmü) inzıam etmesi zarurîdir.

Mamafih meşfuun mülkiyetinin şefie geçebilmesi için onun evvelâ müşteri tarafından rızası ile teslimini istemesi ve şayet buna muvaffak olamazsa o zaman hâkimden hüküm istihsal etmesi lüzumu gibi bir sıra mevcut değildir. Şefi, meşfuu müşteri rızasıyla teslimi razı olsa bile bunu hükmen elde etmek isteyebilir. Ve böylece ikinci yolu iltizam edebilir. Hattâ bu ikinci yol şu hususu da sağlar : Birincisinde meşfuun mülkiyetinin şefie geçebilmesi için teslim şart olduğu halde, ikincisinde şefi meşfuu kabzetmese bile hâkimin hükmü ile ona malik olur ⁶³.

Böylece şefi'nin meşfua malik olmasından yani hâkimin hükmünden sonra artık onu terketmesi ve binnetice kendisine terettüp eden mükellefiyetleri edadan imtina etmesi mümkün olamaz. Ve ancak şu rızaen teslim veya hâkimin hükmünden sonra meşfu kendi mülkü olduğundan, şefi'nin bundan sonraki ölümü halinde meşfu mirascılara intikal edebilir. Bununla,

61) Bak. Ebû'lulâ Mardin - Dektora İhtisas Kuru takrirleri.

62) Mecelle Md. 1036 : «Müşterinin bitterazi teslimi ile yahut hâkimin hükmü ile şefi olan kimse meşfua malik olur.»

63) Bak. Ali Haydar, a. g. e. sh : 196.

yeni ve eski hukukumuz arasındaki diğer bir farklı noktaya temas etmiş bulunuyoruz :

Bu, şuf'a hakkının ve meşfuun intikali meselesidir. Bilûmum muasır mevzuatın kabul ettiği şu *tevarüs keyfiyetini*, eski hukukumuz yine Hanefî fihhına tebaen, kabul etmemiştir⁶⁴. Bu itibarla meselâ şefi — talebi takrir ve işhaddan sonra ölse — talebatı selâse tamamlanmadığı için şuf'ası sakıt olmakta ve mirasçılara geçmemektedir. Buna mukabil aksi durum hâdis olsa yâni henüz şefi meşfuu temellük etmeden önce müşteri ölse, şefiın hakkına halel gelmez ve meşfuu müşterinin veresesinden talep eder⁶⁵.

Eski hukukumuz şuf'ayı mücerret haklardan telâkki ettiği ve mücerret hakların karşılığında ivaz almak tecviz olunmadığı için mecellede şuf'a hakkının *devir ve temlik*i de mümkün değildi. Bu sebeple şefi, meşfua malik olmadan önce hakkını ne müstakillen, ne de tebaen başkasına devredemezdi⁶⁶. Fakat şuf'a hakkı neticesinde şefiın meşfuu temellükü, bütün hükümleriyle onu bir bey akti neticesinde almasından farksız neticeler doğurur. Yani Mecellenin tâbiri ile⁶⁷; «bir mülkü şuf'a ile almak iptidaen iştira menzilesindedir».

Bunun neticesi şu oluyor ki, hiyarı rüy'et ve hiyarı ayıp ile red, bir müstehik çıktığı zaman bâyie semen için rücû v.s. hususundaki bütün hüküm ve defiler aynen şuf'a neticesi meşfuu alan şefi için dahi mevcuttur. Hattâ bu hususta Mecelle 1037 nci maddede mutlak bir ibare kullanmadığı için, müşteri mebi, hiyarı ayıp veya rüy'etini bertaraf edecek bir şartla almış olsa bile, bu şartlar, şefiın hiyarı rüy'et ve ayıp karşısında haiz olacağı defilere halel getiremez⁶⁸.

II — Şefiın meşfuu ne mukabilinde alacağı meselesi ve hükümleri :

Burada şefiın ödiyeceği bedelin muhteva ve miktarını tayin mevzuu-bahistir.

64) Bak. Ebû'l-ülâ Mardin - a. g. Doktora ihtisas kuru takrirleri.

65) Bak. Ali Haydar, a. g. e. Sh : 204; «Hattâ aynı sebeple şefi, meşfuu müşterinin onu başkasına bey, hibe, vakıf etmesinde dahi şuf'a hakkını muhafaza etmektedir».

66) - (67) Mecelle Mad. 1037 : «Bir mülkü şuf'a ile almak iptidaen iştira menzilesindedir. Binaenaleyh hiyarı rüy'et ve hiyarı ayıp ile red gibi iptidaen iştira ile sabit olan hükümler, şuf'a ile dahi sabit olur» ve bak. Ali Haydar, a. g. e. Sh:202.

68) Fazla tafsilât için Bak. (Şuf'a Hakkı) adlı Doktora tezimiz - Mezheplerde şuf'a hakkı - Altı rüknü Sh : 24.

Mecelle de Hanefî mezhebine uyarak satışın para mukabilinde veya paradan gayri bir şey mukabilinde oluşuna göre verilecek bedeli tesbit etmektedir⁶⁹⁾.

Buna göre müşteri meşfuu misliyyattan olan bir bedelle almışsa, şefi o bedelin mislini; kıyemiyattan olan bir bedelle almışsa, şefi onun kıymetini *müşteriye* verir. Ve kıyamıyattan ise muteber bedel, bey'in in'ikadi zamanındaki bedel olup, bişşuf'a alındığı zamandaki değildir.

Sonra şefi, satış aktinde kararlaştırılan nevi ve miktardaki bedeli vermekle mükelleftir. Yoksa bilâhare bâyi ile anlaşıp ta müşterinin eda ettiği diğer bir şeyi vermiye mecbur değildir.

Ancak satış aktinde kararlaştırılmış olan semeni mebiin miktarı üzerinde, bilâhare bâyi ve müşteri bir takım indirme veya artırmalarda bulunmuş veyahut semeni tayinde şefi ile müşteri arasında bir ihtilâf başgöstermiş olabilir. İşte bu gibi hallerde şefiin durumunu ve tediye edeceği bedelin miktarını tesbit etmek lâzım gelmektedir :

1 — Bâyi ile müşteri arasında yapılan semeni mebiin miktarındaki indirme ve artırmaların şefie göre hükmü⁷⁰⁾.

Kaide olarak şefiin hakkı olan semen, bey aktiyle birlikte tahakkuk eden semendir. Bu sebeple bundan sonra şefiin aleyhine olarak bedelde yapılan değişikliklerin onun hakkında bir hükmü bulunmamak icap eder. Ancak aleyhe olan tadilâtın şefi için tesiri olmaması lâzımdır dedik. Binaenaleyh bu esasın aksine olarak meselâ bayi, semeni mebiin bir kısmını — gerek meşfuu şefi şuf'a neticesi aldıktan sonra, gerek almadan evvel olsun — müşteri hakkında vazgeçmişse, şefi içinde vazgeçmiş olur. Ama semenin tamamını katetmişse, şefi bundan istifade edemez. Çünkü bu tenzil, asıl akte dahil edilemez. Zira asıl akte mültehih olsa, bu vaziyet bey'in semensiz olmasını icap ettirecektir ki, semensiz bey olamaz yani batıl olur.

Sonra, meşfuun bedelini bâyi gibi, müşteri de bilâhare artırmış olsa bunun da şefie bir tesiri yoktur. Zira yukarda da belirttiğimiz gibi, şefi, meşfuu, bey aktiyle birlikte kararlaştırılmış olan bedeli vermek suretiyle almakla mükelleftir⁷¹⁾.

69) Fazla tafsilât için Bak. Tezimiz: Mezheplerde şuf'a hakkı - alış rûknü Sh : 24 ve sonrası.

70) Bak. Ali Haydar, a. g. e. Sh : 198 - 200.

71) Türk - İsviçre Medeni Kanununda şuf'a hakkı bahsine bak. Tezimiz, Sh : 88 ve sonrası.

2 — Şefi ile müşterinin meşfuun semeninde (cins veya miktarında) ihtilâf halinde oldukları zaman tatbik olunacak kaideler⁷²:

Burada — eski hukukun — «Tercihi beyinat» müessesesinin muhtelif tatbik şekillerine şahit olmaktayız. Şöyleki :

Eğer şefi ile müşteri semende anlaşmamışlarsa — meşfu müşteri tarafından kabzolunmuş ve parası da bayie verilmiş olmak kaydıyla — söz yeminle birlikte müşterinindir. Şayet ikisi de semenin cinsinde ihtilâf halinde iseler, şefiın beyinesi tercih olunur.

Buna mukabil semenin miktarı hususunda bayi ile müşterinin iddialarında tehalüf bulunuyorsa, bakılır; bâyi semenden hiç bir şey almamışsa onun; bedeli tamamen almışsa artık o bir yabancı durumuna girdiğinden müşterinin sözüne itibar olunarak şefiın ödiyeceği miktar taayyün eder. Eğer bayi ile müşteri arasında, semenin vadeli olup olmadığı yahut cinsi hususlarında bir ihtilâf mevcutsa yine müşterinin sözü tercih edilirdi.

Şefiın tediye edeceği semeni mebi bu suretle tesbit edilmiş olabilir. Fakat muhakkak ki, onun meşfu mukabili ödiyeceği miktar, her zaman, sadece bey akti ile kararlaştırılan semeni mebiden ibaret olarak kalamaz.

Meşfuun, müşteri yanında iken, onda bizzat alıcısının bir takım ilâveler vesair ziyadeler yapması yahut meşfua bir takım noksanların arız olması muhtemeldir. Şefi için şuf'a hakkı taayyün ettiği zaman meşfu böyle bir vaziyette bulunabilir. Mecelle, kazuistik metodunun tabii bir neticesi olarak bu ihtimalleri de cevapsız bırakmamıştır :

3 — Müşterinin meşfuda ihdas ettiği ziyadeler⁷³.

Müşterinin fiili ile husule gelen bu ziyadelerin meşfudan ayrılmasının kabil olup olmayışına göre bir ayırma yapmak lâzımdır:

a) Eğer bu fazlalık, meşfu boyatmak, sıvatmak gibi gayri kabili infisal bir ziyade ise, şefi dilerse şuf'a hakkından tamamen vazgeçer dilerse, meşfuun semeni ile beraber o ziyadenin dahi kıymetini vererek

72) Bak. Ali Haydar, a. g. e. Sh : 200 - 202.

73) Mecelle Mad. 1044 : «Müşteri meşfuu boyatmak gibi malından bir şey ziyade eylese şefi muhayyerdir. Dilerse terk eder ve dilerse binanın semeni ile beraber ol ziyadenin dahi kıymetini verip, meşfuu alır ve müşteri akarı meşfu üzerine ebniye yapmış yahut ağaç garsetmiş ise, şefi muhayyer olup, dilerse terkeder ve dilerse akarı meşfuun semeni ile beraber ebniyenin yahut escarın kıymetini verir, meşfuu alır.»

şeyi şuf'a hakkına istinaden alır. Bu hususta Hanefî mezhebî imamları arasında da ittifak vardır⁷⁴

b) Eğer bu ziyade bina veya ağaç gibi kabili infisal bir ziyade ise hüküm yine aynidir ve binnetice — İmamlar arasında ihtilâf olmakla beraber — dilerse şefi şuf'ayı terkeder, dilerse *kaimen* kıymetini vererek meşfuu alır⁷⁵.

c) Mürterinin meşfu arsada ziraatte bulunmak suretiyle bir fazlalık husule getirmesi halinde tatbik edilecek hükümlerse daha başkadır : Zer'iyatta da hüküm, ekinin idrak olunacak hale gelmiş olup olmamasına göre değişmektedir. Yapılan zer'iyat idrak edilinceye kadar müşterinin yedinde ipka olunur. Şefi, şuf'a sebebiyle meşfua malik olsa bile idrake kadar bir ücret de alamaz. Çünkü arsa hüküm tarihine kadar müşterinin mülküdür. Müşteri ancak hükümden idrake kadar olan kısım için onun ücretini verir.

Bina ve ağaçlara nisbetle zer'iyatta kabul edilen ve daha çok müşterinin lehine olan şu farklı hükümlerin sebebi, ekinin malûm bir nihayeti olması ve bu sebeple idrake kadarki tehhürün şefie — esasen arsanın ücretini de alacağından — büyük bir zarar iras edecek mahiyette olmamasıdır.

4 — *Meşfuda hasıl olan noksanlar :*

Burada da bir ayırma yapmak lâzımdır :

a) Bu noksan müşterinin fiili olmaksızın yıkılmak, yanmak, kuru-mak gibi tabii sebeplerle hasıl olsa ve enkazdan da bir şey kalmasa, şefi dilerse kalan arsayı meşfuun tam bedeli ile alır, dilerse şuf'a hakkından vazgeçer. Fakat bina ve ağaçların kıymeti nisbetinde semende bir tenzilât yapamaz. Çünkü bu ebniye ve eşçar arzın satışında tasrihsiz dahildirler ve onların semende bir hissesi yoktur.

Halbuki bayiin elinde iken bulunan ve akitte tasrih edilmiş olan yemişi, müşteri ahz ve istihlâk ettikte şefi mezkûr yemişe isabet eden

74) Bak. Ali Haydar, a. g. e. Sh : 211 - 212.

75) Buna mukabil İmamı Yusuf kavline göre «müşteri onda, maliki olmak üzere bina yaptığı cihetle binasında malik olup, halbuki kal'e mecbur etmek mad. 906 da zikrolunduğu üzere gasp gibi bağıri hak olan şey üzerine ferettüp eden hükümdür, binaenaleyh ebniye veya eşçarın kal'i arza muzır ise kal olunmayıp seflin makiûan kıymetiyib alması lâzım gelir A. Haydar a. g. e. Sh : 212.»

hisseyi tenzil eder. Çünkü bu yemişlerin bedelde hisseleri vardır. Ama müşterinin arsayı almasından sonra hadis olan yemişi tenzil edemez⁷⁶.

b) Noksan, meşfuun bir kısmına arız olmuşsa şefi o cüz'ünü tenzil ederek kalanı öder.

c) Müşteri, hattâ bir üçüncü şahıs meşfu haneyi yıkarlarsa şefi dilerse arsayı semendeki hissesi ile alır, dilerse terkeder. Tenzil ile aldığı hallerde enkaz bittabi müşteriye aittir⁷⁷.

III — Şefiin meşfuu (ne nisbette alacağı) meselesi ve bununla ilgili hükümler :

Bu safhada her şeyden önce şuf'anın tecezzi kabul edip etmediğini halletmek ve daha sonra da müşteride, meşfuda, bayide ve şefideki taaddüde göre mevcut ihtimaller üzerinde yürümek lâzımdır :

1 — Şuf'a kaideten tecezzi kabul etmez⁷⁸.

Binnetice tek bir müşteri varsa, o razı olmadıkça, meşfuun bir miktarını terkle, diğer bir parçasını almağa şefiin hakkı yoktur. Çünkü bu takdirde tek olan akitte, bir parçalanma, bir tefrik hasil olacak bundan ise müşteri çok zarar görecektir⁷⁹. Bu zarar, meşfuun bölünmesi neticesinde eski kıymetini kaybetmesi veya kalanın müşterinin işine yaramamasından mütevellit olabileceği gibi, şefi ile müşteri arasında doğacak iştirakten de tevellüt edebilir.

Şuf'anın kabili tecezzi olmadığına dair şu kaide, onun sübutunda olduğu gibi sukutunda da câridir. Binaenaleyh şefi, bey aktinden sonra meşfuun meselâ nısfından vazgeçtiğini söylese, bu vazgeçme bütün şuf'a hakkının sukutunu mucip olur⁸⁰.

Dikkat olunursa şuf'anın tecezzi eylememesi kaidelerini vaz ederken «tek bir müşteri varsa» kaydı üzerinde bilhassa durduk. Bununla, müşteri de meşfuda ve şefide taaddüt bulunması hallerinde farklı hükümlerin tatbik olduğuna işaret etmek istedik.

76) Bak. Ali Haydar, a. g. e. Sh : 215.

77) Bak. Ali Haydar, a. g. e. Sh : 214.

78) Mecelle Mad. 1041 : «Şuf'a tecezzi kabul etmez. Binaenalazâlik akarı meşfuun bir miktarını terk ile diğer bir miktarını almağa şefiin hakkı yoktur».

79) Bak. Ali Haydar, a. g. e. Sh : 205.

80) Bak. Ali Haydar, a. g. e. Sh : 208.

2 — *Müşteride taaddüt* :

Meselâ üç kişinin bir kimseden bir gayri menkulü satın almaları halinde görülen şu taaddüt karşısında şefi, müşterilerden birine ait olan hisseyi alıp diğerlerininkini alıyabilir.

Şefie tanıdığımız bu selâhiyet, kabzın bulunup bulunmaması, hepsine bir semen veya her müşteri için ayrı semen tesmiye olunması, müşterinin ister kendisi, ister başkası için satın almış olması hallerinde dahi hiç bir değişiklik veya tahdide uğramaz. Çünkü şefi hissesini aldığı müşteri makamına kaim olduğundan, hiç bir müşteri aktin parçalanmış olmasından bir zarar görmeyecektir. Yalnız meşfu henüz bayiin elinde iken diğer müşteriler veya şefi, bütün müşterilerin hissesine ait olan parayı da satıcıya vermedikçe hissesini alamaz. Zira ancak bu suretle bayiin yedini meşfudan tefrik kabil olur ve binnetice onun hapis hakkını kullanmasına hukukî bir sebep kalmaz⁸¹.

3 — *Meşfuda taaddüt* :

Maliki mezhebindeki serbestiye mukabil⁸², Mecelle burada da Hanefi fıkhına uyarak, şu müteaddit meşfuun, müşteri tarafından tek bir akit içinde veya muhtelif akitlerle alınmış olmasına göre bir ayırma yapmıştır :

a) Eğer bir kimse, meselâ iki akar'ı tek bir akitle (Mecelle istilâhiyle safkai vâhide ile) satın almış ve şefi ikisinde de şuf'a hakkını haiz bulunuyorsa, şefi ya bunların hepsini yani iki meşfuu da alır, yahut da ikisinden de vazgeçer. Birisini alıp diğerini bırakmağa şefi'nin hakkı yoktur. Bu akarların bitişik veya ayrı, hepsinin bir şehirde yahut başka başka yerlerde olmaları da farklı hükümlerin tatbikini icap ettirmez.

Ancak şefi, bu tek akid içinde satılan müteaddit şeylerin hepsinde şuf'a hakkını haiz değilse durum ne olacaktır? Şefi meselâ içlerinden birisine şefi de, diğerleri için şuf'a hakkı yoksa tatbik edilecek kaide acaba yine aynen yukarıdaki midir?

Burada iki rivayetle karşılaşırız. Bir kısmı, madem ki bu, safkai vâhide ile satılmıştır. Bu itibarla şefi, hepsini — içlerinde şuf'a hakkını haiz bulunmadıklarını dahi — şuf'a sebebiyle alır diyor. Doğru olan diğer rivayete göre ise, şefi bu takdirde ancak şuf'a hakkı olan akarı, umumî bedelden ona isabet eden hissesiyle alabilir⁸³.

81) Ebül'ulâ Mardin : a. g. takrirler ve A. Haydar a. g. e. Sh : 206.

82) Bak. Tezimiz, Mezheplerde şuf'a hakkı bahsimiz. Sh : 22 ve sonrası.

83) Bak. Ali' Haydar, a. g. e. Sh : 207.

Alman ve Polonya Hukukunun dahi kabul ve tanzim ettiği bu sonuncu hal tarzını — B. G. B. deki gibi belki biraz daha tafsil ederek — kabul etmekten başka yol olmadığı muhakkaktır⁸⁴.

b) Bu birinci şekle mukabil, eğer safka müteaddit⁸⁵, meselâ bir kimse müteaddit gayri menkullerini, ayrı akitlemlerle müşteriye satmış ve her biri için ayrı bir semen tayin etmişse, artık şefi — hepsi için şuf'a hakkını haiz olsa bile — bunlardan istediğini alır, istediğini bırakır⁸⁶.

Yeni hukukumuzun bütün bu noktalardaki sükutu karşısında, şu ihtimallere müteallik hükümlerden bugünün nazariyat ve tatbikatçıları — dahi istifadelerini tavsiye etmek fazla ileri veya geri bir iddia sayılmasa gerektir.

4 — *Bâyide taaddüt* :

Mecelle — yine Hanefî fıkhının bir neticesi olarak — şefiin, (meselâ müşterinin iki ayrı kimseden satın aldığı bir akarda) bu iki bâyiden yalnız birisine ait olan hisseyi alıp, diğerininkini bırakmasını tecviz etmemiştir. Müşteri meşfuu teslim almış olsun olmasın, hüküm böyledir. Yani bu halde de şefi, meşfuu ya tamamen alır yahut bırakır⁸⁷.

5 — *Şefide taaddüt*⁸⁸ :

Şimdiye kadar, bir tek şefi bulunması halini esas alarak muhtelif ihtimalleri cevaplandırmaya çalıştık.

Fakat durum her zaman böyle olmayabilir ve derecede müsavi ve hepsi de şuf'anın şartlarına riayet etmiş müteaddit şefiler haklarını istimal ederek meşfuu almak isteyebilirler.

Eğer bu müteaddit şufea, muhtelif derecelerde yer almış bulunsaydılar birisi şerik, diğerleri halit veya câr-ü mülâsık olsaydılar, bir üst dere-

84) Bak. Alman Hukukunda şuf'a hakkı Mad : 508.

85) Safka, el tutuşma, akit mânasında kullanılmaktadır.

86) Bak. Ebû'l-ülâ Mardin - a. g. Doktora ihtisas kuru takrirleri.

87) Ali Haydar, a. g. e. Şh : 208 ve E. Mardin a. g. takrirler.

88) Mecelle Mad. 1013. «Müteaddit şefiler olduğu halde adedi ruüsa itibar olunur. Miktarı sihama yani hisselerin miktarına itibar olunmaz. Meselâ - bir hanenin nisif hissesi bir kimsenin ve sülüs ile sülüs hisseleri diğer iki kişinin olduğu halde nisif hisse sahibi hissesini ahâre sattıkta diğerleri şuf'a ile talip olsalar bilmunasafa beyinlerinde taksim olunur, yoksa sülüs hisse sahibi hissesine göre ziyade hisse alamaz».

cedeki, aşağıdakilerini hacbettiğinden mesele gayet kolay bir şekilde halledilir ve meşfuun tamamını şeriklik sebebiyle şefi olan kimse alır.

Yahut bunların hepsi de aynı sırada bulunmalarına rağmen içlerinden bir kısmı şuf'a şeraitini yerine getirmemiş meselâ vaktinde talebi muvasebede bulunmamış v.s. olsalardı yine, onları aradan çıkartır ve meşfuu hakkını usule uygun olarak istimal etmiş olan tek şefie verirdik.

Fakat meselemizdeki şefiler ne birinci, ne de ikinci durumda değildirler, hepsi de aynı derecededir, hepsi de şuf'anın bütün şartlarına riayet ederek haklarını kullanmaktadırlar. Bu vaziyet karşısında hepsinin de meşfudan hissedar olmaları tabiidir. Ancak bunların arasında yapılacak olan taksim hangi esasa istinat edecektir? İşte bu husus, mezheplerde olduğu gibi, muhtelif memleket mevzuatında da farklı usullerle temin ve hallolunmuştur.

Maliki ve şafii mezheplerinin miktarı sihama, Mecellenin de Hanefi fıkhındaki esası benimseyerek adedi rüüsâ itibar etmesi bilhassa bu mezhepleri esas ittihaz eden memleketler mevzuatında da çeşitli hal tarzlarına yol açmıştır.

Şefilerin hisselerine göre meşfuu taksim etmenin mi, yoksa adetlerine göre aralarında müsavatan bölmenin mi daha isabetli olduğu münakaşasını mezheplerde şuf'a bahsinde yaptığımız için burada o münakaşaya tekrar girmeyeceğiz.

Yalnız Mecellenin adedi rüüsü kabul ve tanzim ettiği bir vakıa olduğundan bu tarz üzerinde biraz daha derinleşmekle iktifa edecek ve asıl yeni hukukumuz bakımından hangi esasın tatbik edilmesi lâzım geldiğine dair düşüncelerimizi ileri için saklıyacağız^{89a}.

Mecelle dahi adedi rüüsü esas alırken müteaddit şefidea her birinin «istihkakı kül'de müsavi oldukları cihetle, hükümde dahi istivalarının icap edeceği⁸⁹» noktai nazarına istinat etmiş ve şefiler arasında bir tercih yapabilmenin «illet ve sebebin kesretiyle yani çokluğu ile değil belki kuvvetiyle» mümkün olabileceğini, «sehimlerin az veya çokluğunda ise kuvvet değil kesret bulunduğunu, bu sebeplerle miktarı siham esasını kabul etmemek lâzım geldiğini⁹⁰ düşünmüştür.

Filhakika meşfuunbihin meselâ pek cüz'î bir kısmına malik olmakla, onun kısmı âzamına sahip olmak, meşfuun tamamına müstehak olmada

89) Bak. Ali Haydar, a. g. e. Sh : 141.

89a) Bununla beraber hemen söyleyelim ki, Yargıtay'ın 1947 tarihli Tevhidi İctihat kararına — yeni hukukumuzda adedi rüüs değil, miktarı siham'ın esas ittihaz edilmesi gerektiği mülâhazası ile — iştirak edememekteyiz. Bu İctihadın münakaşası için bak : Tezimiz : Türk Hukukunda Şuf'a Hakkı bölümü.

90) Bak. Keza Ali Haydar, a. g. e. Sh : 141 ve Ebül'ulâ Mardin, a. g. takrirler.

bir fark husule getirmemektedir. Zira bu sebepte kuvvet değil nihayet bir kesret (çokluk) farkından başka bir şey yoktur.

Bunun gibi halitlikte ve car-ü mülâsıklıkta da miktara itibar olunmadığını görüyoruz : Meselâ hususî bir yolda (bir tarik-i has) ta altı ev bulunup ta bunun üçü bir kimsenin, diğerlerinin her biri de ayrı ayrı şahısların olsa, bunlardan birisi satıldığı zaman, diğerleri hisselerine göre değil adedlerine göre meşfudan bir parça alabilecekler ve misalimizdeki 4 kişi, mebli aralarında müsavatan bölüşeceklerdir, yahut meselâ bir kimse meşfua bir tarafından, diğer bir kimse de üç tarafından mülâsık olsa, bunlarda da ittisal nisbetleri değil, adedleri esas alınarak meşfu taksim edilir⁹¹.

Şayet bu müteaddit şefi içinde gaip bulunursa, şuf'anın tamamı hazır olanlar için hükmolunur. Yoksa, gelse bile şuf'ayı talep edip etmiyeceği meşkûk olan gaibin hissesi müşteride bırakılmaz. Fakat gaip bilâhare çıkıp da hissesini talep ederse — diğer şartlara da riayet etmek şartıyla — kendisine isabet eden sehim, kendisi için hükmolunur⁹².

Son olarak işaret edelim ki, Mecellenin şefiler arasındaki satışlarda dahi şuf'a hakkını kabul etmesinin bir neticesi olarak, bu nevi temliklerde — müşteri olan şefi de dahil olduğu halde — yine adedi rûsa itibar olunur : Şu mânadaki, müşteri olan şefi'nin hissesi uhdesinde bırakılır, diğer hisseler mütebaki şefilere verilir. Bu sebeple 1013 üncü maddedeki⁹³ «ahare» tâbiri bir kaydı ihtirazi mânasını taşımamaktadır.

§ VI. — Şuf'a hakkının sukutu

Şuf'a hakkının sukut hallerini iki grupta toplamak mümkündür :

I — *Şuf'a hakkını iskat gayesi olmaksızın, şefi'nin şuf'a şartlarına riayet etmemesi vesaire gibi fiiller neticesinde hakkın sukutu halleri* :

Bu birinci grupta hususiyle şu hâdise ve fiilleri zikredebiliriz :

1) *Talebatı selâsede vukubulan gecikmeler* : (Meselâ şefi'nin, meşfuu, müşteriyi, semenin cins ve miktarını bildiği halde bey aktini duyar duymaz talebi muvasebede bulunmaması veya gecikmesi; talebi takrir ve işhadı, bizzat yahut bilvekâle veyahut bilkitâbe yapmak için vakti bulunup ta,

91) Bak. Keza Ali Haydar, a. g. e. Sh : 143.

92) Bak. Ali Haydar, a. g. e. Sh : 143.

93) Mecelle Mad. 1013 e bak.

tehhürde bulunması; yahut bir özü şer'i olmaksızın talebi husumet ve temellükte bulunması için gereken bir aylık müddeti geçirmesi.) hep şuf'a hakkının sukutunu mucip olan vaziyetlerdir⁹⁴.

2) Henüz meşfuu temellük etmeden önce meşfuunbihi elinden çıkarması⁹⁵.

3) Bey aktinden sonra, fakat hükümden evvel, şuf'a hakkının bir kısmından vazgeçmesi (şuf'a iskaten de tecezzi kabul etmediği için bu durum da şuf'a hakkının tamamını sukut ettiren bir sebep olarak zikredilebilir⁹⁶).

4) Şefi'in şuf'a hakkını haiz olduğu bir şeyin satışında kefil olması⁹⁷

5) Yahut bayie vekâleten, şefi bulunduğ u bir akarı satması.

6) Talebi tahrir ve işhatta bulunduktan sonra bile henüz meşfua tamamen malik olmadan şefi'in ölmesi (zira mecelle şuf'ada tevarüsü kabul etmemektedir)⁹⁸.

7) Müteaddit şefiden bazısının, kendi hissesini hükümden evvel, diğer şefilere hibe yani terketmesi (hibe mal temellükünden ibaret olduğu, şuf'a hakkı ise bir mal olmaması haseb ile Md. 1042 deki hibe tâbiri *terk* menzilesindedir ve bu sebeple de bir kaydı ihtirâzi değildir).

Bu itibarla şefi, hissesini para mukabilinde, yahut bir mal mukabilinde satsa dahi hak sukut eder. Fakat hükümden sonra meşfu artık kendi malı olduğu için şefi onu dilediğine hibe edebilir.

Bu çıkıntı ile mecellenin — «Şuf'a hakkının devir ve temlikini de» — tecviz etmediğini bir kerre daha belirtmiş oluyoruz⁹⁹.

Dikkat olunursa, saydığımız bütün bu sebeplerde şefi, şuf'a hakkının sakıt olması gayesiyle hareket etmemektedir. Fakat fiilleri, şuf'anın şartlarına uymadığı için bu netice doğmaktadır.

II — *Şuf'a hakkının sukutunu temin gayesini güden fiil ve tasarruflarla hakkın son bulmasını mucip olan haller :*

Burada şefi, şuf'a hakkının zatından veya istimalinden vazgeçmek gayesile hareket etmektedir. Ezcümle :

94) Ali Haydar, a. g. e. Sh : 189 - 193 - Mecelle Mad. 1032-1034.

95) Mecelle Mad. 1039.

96) Mecelle Mad. 1041.

97) Ali Haydar, a. g. e. Sh : 164 ve Mecelle Mad. 638.

98) Ali Haydar, a. g. e. Sh : 203 - 204 ve Mecelle Md. 1038.

99) Ali Haydar, a. g. e. Sh : 29 ve Mecelle Mad. 1042.

1) Şefi, bey aktını işitince, ona razı olduğunu sarîh bir şekilde bildirmekle şuf'a hakkını iskat etmiş olur¹⁰⁰.

2) Yahut şefi müşteriye bu hakkın akibetinden «ibra» etmek suretiyle de aynı neticeye vasil olur. Meselâ : Şefi, müşteriye beyden evvel ibra etmiş ise, onun bu ibrayı kabul veya reddi ile ilgili olmaksızın şuf'ası sakıt olmuş bulunur.

Bu ibra ya açık ve sarîh bir şekilde olur, yahut ta zımnen, mecazen olur; Şefi'nin şuf'a hakkını müşteriye satması, şuf'a hakkından vazgeçmek üzere şefi'nin, meşfudan başka bir malı almak şeklinde, müşteri ile sulh olması birer zımni ibra şekilleridir. Ancak «şuf'a hakkı temellükten mücerret ve bir mahalde gayri müstakar ve onun mukabilinde bir ivaz almak gayri caiz ve alınan ivaz da rüşvet sayıldığından bu tarzda bir sulh batıldır ve verilen şeyin iadesi lâzımdır¹⁰¹». Bunun gibi «meşfuu teşkil eden akardan muayyen bir mahalli, semenden hissesiyle almak suretiyle sulh olmak dahi, — semende hisse meçhul olduğundan — batıldır¹⁰². Fakat meşfuun yarısı üzerine, bedelin yarısı ile sulh olmak şeklinde yukarıdaki mahzurlar olmadığından, bu sulh caiz ve binnetice bu tarz bir zımni ibra muteberdir.

Gerek sarîh, gerek zımni ibra şekillerinde cârî birer kayıt olarak söyliyelim ki, her ikisinin de muteber yani şuf'a hakkının iskatinin mucip bir mahiyette olabilmeleri, bu ibraların, — meşfuun ve bedelinin cinsinde, miktarında ve müşterisinde — herhangi bir ihtilâf olmaksızın yapılmış bulunmalarına bağlıdır.

3) Mecelle istilâhiyle «Teslimi şuf'a», yani şuf'a hakkını istimalden vazgeçme ile de, bu hak sukut eder. Ancak hemen söyliyelim ki ibradaki gibi, bey'den evvel vazgeçme şuf'ayı batıl kılmaz. Çünkü şuf'anın sübutu bey'in vücudundan sonradır. Bu husus aynen bugünkü hukukumuzda da böyledir.

Fakat şuf'a hakkının sübutundan sonra şuf'ayı iptal mümkündür. Ve bu da ya ihtiyarî, fakat sarîh bir şekilde; yahut zımnen, delâleten vukubulur : Ezcümle müşteriden meşfuu isticar, meşfuun kendisine sadaka olarak verilmesini talep, — müşteri bu talepleri kabul etsin veya etmesin — birer zımni feragat halleridir.

100) Mecelle Mad. 1024 : «Şeflin vâki olan bey'e sarâhaten yahut delâleten rızası olmamak şarttır».

101) Ali Haydar, a. g. e. Sh : 165.

102) Ali Haydar, a. g. e. Sh : 162.

Şuf'a hakkının iskaten dahi tecezzi kabul etmeyişinin bir neticesi olarak şefiin meşfuun bir kısmından vazgeçmesi halinde şuf'a hakkının tamamının sükutunu mucip olmasını biz — şefi burada hakkın tamamen iskati gayesiyle hareket etmediği için — birinci gruba katmıştık. Mamafih bu hali, aynı zamanda kastî bir teslim sebebi olarak zikredenler de vardır¹⁰³. Her halde hâdisede bu iki neticenin de bulunduğu muhakkaktır. Nihayet şefiin şuf'a hakkının istimalinden vazgeçmesi ya bizzat kendi fiili ile olur, yahut da bey'e tevkil ettiği kimse tarafından olabilir. Her iki halle de hüküm birdir¹⁰⁴.

III — Şuf'a hakkının iskâtını mucip olan çareler (hileler) :

İlk iki grupta daima şuf'a hakkının, şefi tarafından sudur eden fiil ve tasarruflarla sukutu hallerini incelemeğe çalıştık.

Fakat bunlara acaba bir üçüncü grup daha eklenemez mi? Bu sonuncu grupta, doğmuş veya doğmak üzere olan şuf'a hakkının sukutu değil, belki daha ziyade şuf'a hakkının hiç doğmamasını temin gayesini güden bâyi ve müşterinin müşterek fiilleri yer alacaktır. Bu fiillere «muvazaa» sıfatını da ekliyemiyoruz, çünkü muvazaa o tasarrufun mutlak surette butlanını mucip olan bir netice yaratır. Halbuki zikredeceğimiz ihtimalleri bertaraf etmek hukuken mümkün olamamaktadır. Ve fakat bâyi ile müşteri, kanunun açık bıraktığı bu gediklerden atlıyarak şefiin şuf'a hakkını sözde bırakabilmektedirler. Mamafih «Kanunî çareler» mânasına kullanılan bu «şuf'anın iskâtını mucip hileler» in — bittabi şuf'anın vücubundan önceki hilelerin —, mübah olup olmadığı hususunda fâkihler arasında ihtilâf yoktur denemez¹⁰⁵. Ezcümle İmamı Muhammed nazarında hile, şuf'anın sübutundan evvel de, sonra da mekruhtur. Buna mukabil ekseri fukuha ve bu meyanda İmamı Ebu Yusuf indinde, vücubu şuf'adan önceki hileler mübahtır. Zira bununla müşteri rızası olmaksızın malının şefi tarafından alınması zararını gidertmektedir. Bu gayeyi temin eden bir hile ise, mukabil bir zararı mucip olsa dahi, muteberdir¹⁰⁶.

Şuf'anın iskâtını mümkün kılan müteaddit çareler (hileler) vardır. Bunların başlıcaları şunlardır¹⁰⁷ :

103) Ezcümle Ali Haydar, a. g. e. Sh : 162.

104) Ezcümle Ali Haydar, a. g. e. Sh : 162.

105) Ali Haydar, a. g. e. Sh : 215 - 217.

106) Ali Haydar, a. g. e. Sh : 215 - 217.

107) Ali Haydar, a. g. e. Sh : 215 - 217.

1 — Müşteri muayyen bir meblâğ ve işaret olunan, fakat miktarı bilinmeyen bir para mukabilinde şeyi satın alıp, fakat bâyie verdiği meçhul para, onun elinde ziyaa uğrasa, artık şuf'a cereyan etmez. Zira semen, bey akti yapılırken malûm ve binaenaleyh bey sahih olduğu halde şuf'a hakkı kullanılırken meçhul bulunmaktadır. Yani şefiin ödeyeceği miktar malûm değildir. Yalnız muayyen meblâğı ödemekle semeni müsemma ödenmiş olmaz, Semen kısmen meçhul bulunmaktadır. Semende cehalet ise, şuf'aya mânidir.

Bazı müellifler bilinmeyen miktarın neden ibaret olduğunu şefiin beyan etmesine karşı müşteri sükût edecek olursa, bu hilenin (çarenin) maksadı temin edemeyeceği kanaatindedirler. Diğer bir kısım müellifler de, meçhul paranın şefiin beyan ettiği miktardan fazla olduğunu ve bu fazlalık miktarını müşteri isbat etmedikçe şefiin sözünü kabule mütemayildirler¹⁰⁸.

2 — Müşteri akarı, yüksek bir fiatla aldıktan sonra, bilâhare bu yüksek semenin yerine kaım olmak üzere, değersiz bir malı bâyie — bittabi onun rızasına istinaden — verir.

Şefiin bu vaziyette şuf'a hakkı hukuken değil, fakat fiilen muattal bir duruma girmiş olur. Çünkü şuf'a hakkını kullanarak meşfuu almak istediği takdirde, bâyi ile müşteri arasında aktin in'ikadı sırasında kararlaştırılmış olan yüksek fiyatı vermek zorunda kalır. Gerçi, müşteri bayie bu miktarı çok olan bedeli vermemiştir ki şefi ödesin diye bir itiraz akla gelebilir. Fakat bu itiraz pek kuvvetli mesnet olamaz. Filhakika müşteri bedel yerine kıymeti az bir mal vermiştir ama, müşterinin zimmetinde bulunan meşfuun bedeline mukabil bir ivaz olmak üzere, bilâhare bâyi onunla yapmış olduğu başka bir akit neticesinde bu malı satın almış durumda bulunmaktadır. Bu sebeple şefi, meşfuu ancak o malın kıymetiyle değil, kararlaştırılan yüksek bedeli vererek alabilir ki, bu da işine yaramaz.

Mamafih hem iştirak, hem de car'ü mülâsıklıkta cereyan edebilen bu çarede bâyi zararlı durumdadır. Çünkü şefi, buna rağmen o yüksek bedeli vererek meşfuu aldığı takdirde, müşteri bayie rücu ederken verdiği malın kıymeti ile değil kararlaştırılan yüksek fiyatı talep edebilir ki bundan asıl malikin (bâyiin) pek çok zarar göreceği tabiidir. Hattâ müşterinin de zararı büyük olabilir. Zira pek alâ müşteri bilâhare değersiz malı kabul edecektir diye bâyiden meşfuu yüksek bir fiyat mukabili aldıktan sonra, bâyi bu yüksek bedeli talep ve mukabil olarak verilecek malı kabul etmiyebilir.

108) Ebû'l-ülâ Mardin : - Hususi surette verdikleri izabattan.

3 — Yalnız car'ü mülâsıklıkta geçen bir hile daha vardır : Bâyi meselâ, şefiin tarafında ve meşfuunbihin uzunluğunca pek dar bir parçayı, kendi mülkünde bırakır ve böylelikle bu şuf'a sebebi için zarurî olan ittisal ve iltisakı ortadan kaldırır, yahut bu kadarını müşteriye hiç bir ivaz mukabili olmaksızın hibe eder ve sonra kalan arazisini yine aynı kimseye satar. Böylece şefiin, şuf'a hakkını dermeyanı önlemiş olur.

4 — Yahut da müşteri, satın alacağı akarın pek cüz'î bir parçasını meselâ yirmide birini çok yüksek bir fiyatla satın alır, şefiin bu kadar nâmüsait şerait karşısında şuf'a hakkını kullanmaması muhtemel ve melhuzdur. Böylece cüz'î bir hissesine malik olarak mütebaki kısım için aynı zamanda şefi durumuna girer. Müşteri ise, bu kalan kısmı düşük bir bedelle satın alır. Gerçi eski hukukta şefiler arasında da şuf'a cereyan ederse de müşteri olan şefi şeriklik, asıl komşu olan şefi, câr'ü mülâsıklık sebebiyle şuf'a hakkını haiz buldukları ve bitişik komşuluk sebebi, iştiraktan daha aşağı derecede bir şuf'a âmili olduğu için, bu büyük kısmı şerike karşı alamaz.

Aynı neticeye, bâyi o cüz'î kısmın müşterinin olduğunu ikrar ederek müşteriye yine şerik durumuna sokmak suretiyle de varılabilir.

5 — Müşteri şefie müracaat ederek «meşfuu benden saltın alda, bana hasım olma» dese ve şefi bunu kabul etse; yahut şefi müşterinin «bunu sana şu kadar müddetle şu kadar kuruşa icar veya irae eylerim» şeklindeki teklifini kabul eylese, her iki halde de şuf'ası batıl ve binnetice sakıt olmuş bulunur.

Görülüyor ki, bazıları yeni hukukumuz bakımından dahi düşünüle-
bilecek mahiyette olan bu çarelerle, şuf'a hakkının âdeta işlemez bir hale sokulması da mümkün olmakta idi.

Fakat ne denirse densin, Mecellenin şuf'a hakkını çok ince bir vukuf-la ve derinlikle incelemiş olduğunu teslim etmek lâzımdır. Gerçi bazı noktalarda ve ezcümle (fevr) esasının bir neticesi olarak talebatı selâsede düşünmek ve karar vermek için bir vakit bırakmamış olmak v.s. gibi hakkın derhal sukutunu mucip olacak kayıt ve şartlarla müesseseyi güç işler bir vaziyete koyduğunu söyleyenler varsa da, bu hususlar onun geniş bir vukuf-la, pek çok ihtimallerin cevabını gösteren bir tanzim tarzıyla, bugünün bir çok mevzuatından üstün olan yerini kaybettiremez.

Belki de bu sebeptendir ki, hareket mebdeleri tamamen ayrı olan yeni hukukumuzun muhalif prensiplerine rağmen, bazı kısımlarında Mecelle, şuf'a hakkını aydınlatan bir ışık olarak tatbikatçılara yol göstermekte hâlâ devam etmektedir.