

ŞUF'A HAKKININ KULLANILMASI MÜMKÜN OLAN VE OLMAYAN TASARRUFLAR

Asistan Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioglu

I. ŞUF'A HAKKININ KULLANILMASI MÜMKÜN OLAN HALLER.

1 — Satış akdi.

Şuf'a hakkının istimali için bir takım şartların tahakkuk etmesi lâzım geldiği¹ ve bunların başında da «Şuf'a hâdisesinin gerçekleşmiş olması»nın bulunduğu malûmdur. Şuf'a hâdisesinin, ivazlı veya ivazsız bilûmum temliklerde tahakkuk etmiş olacağı fikrini ileri süren bazı müelliflere rağmen, bugün hâkim olan görüş ve tatbikata göre bu hâdise ancak, bayiin — mukabilinde elde etmek istediği edanın, icabında şefiin de yerine getirebileceği bir mahiyette bulunması kayıt ve şartıyla — ihtiyari ile, tam ve muteber bir akid sonunda meşfuu üçüncü şahsa (*satması*) halinde gerçekleşebilir.

Şuf'a hakkının istimali mümkün olan ve olmayan tasarrufları ayırmaya çalışırken daima bu (Şuf'a hâdisesinin gerçekleşmesi kıstası) elimizde bir rehber olacaktır. Ancak bu meseleyi çeşitli satış ihtimallerine göre çözmeden önce, şuf'a hâdisesini gerçekleştirmek için satış akdinin sadece *in'ikadının kâfi olduğunu*, yoksa ifasının zarurî bulunmadığını da bilhassa belirtmemiz ve şuf'a hâdisesi tahakkuk ettikten, yani muteber bir bey' akdi in'ikad eyledikten sonra, bu satışın feshi yahut iade-i ferağının, şuf'a hakkının istimaline mâni olamayacağına peşin olarak işaret etmemiz lâzımdır:

a) *Şuf'a hakkının dermeyanı için satış akdinin in'ikadı kâfi olup, ifası şart değildir :*

Binaenaleyh şefi, muteber bir satış akdinin yapıldığına muttali olur olmaz, ayrıca mukavelenin ifasını, başka bir ifade ile mülkiyetin müste-

1) Şuf'a hakkının istimali için gereken şartlar hakkında, bu isim altında İstanbul Barosu Dergisi, Ekim 1952 sayısında müntezir makalemize bakınız.

riye intikalini (temlikî muamele safhasını) beklemeğe mecbur olmaksızın şuf'a hakkını istimal edebilir.

Gerçi şefiin kullanma beyanının muhatabının ancak alıcı olabileceği fikrini ileri sürenler, zımnen mukavelenin de ifasının lâzım olduğunu bir şart olarak ortaya atıyorlar demektir. Fakat kanunun tevsim tarzından bilhassa kuvvet alarak bu fikri ortaya atanların düşünceleri, şuf'a hakkının mahiyet ve şartları ile telif edilemez.

Federal Mahkeme bir kararında aynen şöyle demektedir²: «... şüphesiz vazı kanun madde 681 i (T. M. K. Md. 658) i kaleme alırken şuf'a hakkının üçüncü şahıs olan müktesibe karşı da kullanılacağını düşünmüştür... Fakat bu madde sadece serhin hüküm ve neticelerini tanzim etmektedir. Bu hükümler de yalnız üçüncü şahısları alâkadar etmektedir³. Akit bakımından ise, şuf'a hakkı hükümlerini, Borçlar Kanununun prensipleri gereğince husule getirmektedir. Diğer taraftan Md. 681 in (T. M. K. Md. 658) in, yalnız alıcıyı işaret etmiş olmasına rağmen Şuf'a hakkı, mukavelenin aktinden itibaren dermeyeran olunabilir, yoksa sadece mülkiyetin naklinden itibaren değil. Filvaki ikinci fıkra mucibince bâyi, satış aktinden şuf'a hakkı sahibini haberdar etmek mecburiyetindedir. Üçüncü fıkra mucibince de bu hak, şefiin satışa ittılâ tarihinden itibaren bir ay zarfında hitama erer. Binaenaleyh — eğer hakkın istimalinin ancak aktin ifası, yani mülkiyetin naklinden sonra mümkün olacağı tezi kabul edilirse — şuf'a hakkının istimali imkânı hasıl olmadan bile, hitama erecektir. Vazı kanunun maksadı ise bu olamaz. Binaenaleyh akti şuf'a hakkını kullanma, satış mukavelesinin in'ikadı şartına muallâk bulunmalıdır. Yoksa bu mukavelenin icrası şartına muallâk kılınmış değildir»⁴.

Federal Mahkemenin işaret ettiği mahzur bilhassa calibi dikkattir. Hakikaten eğer biz, şuf'a hâdisesinin gerçekleşmesi için sadece satış aktinin in'ikadını kâfi görmiyerek aynı zamanda ifasını da isteseydik meselâ, mevzuu menkul olan bir şuf'a hakkında ifa ile şey'in üçüncü şahsa devir ve teslimi yapılmış, yani mülkiyeti müşteriye intikal etmiş olduğundan, şefiin hakkını kullanması imkânsız bir hale girmiş olacaktı.

2) JdT. 1916, sh. 405 ve sonrası.

3) Şahsen biz bu maddenin münhasıran müktesip üçüncü şahsı hedef tuttuğuna da kani değiliz M. K. m. 658/1 de kullanılan... «... her hangi bir malike karşı» tâbirinden zannetmiyoruz ki münhasıran müktesip üçüncü şahıs anlaşılsın.

4) Nitekim aynı husus doktrinin de mutlak tasvibine mazhar olmuştur. Ezcümle, bak: Haab, Kommentar zum Z. G. B., Sachenrecht, 1936 (Henüz nesredilmemiş B. Davran terc.), sh. 415, No. 35; Schimid, Das Verkaufsrecht, Basler Studien z. r. 1934, sh. 80; Allgäuer, Vorkaufs - Rückkaufs - und Kaufsrecht nahdem s. z. 1918, sh. 115.

Keza mevzuu gayrimenkul olmakla beraber şerh verilmemiş bir şuf'a hakkında da aynı netice husul bulacaktı. Diğer nev'ide ise, satışa ittila ile ifa tarihi arasındaki müddet bir ay'ı aşırılmak suretiyle, şefiin şuf'a hakkını istimaline yine fırsat bırakılmamış olacaktır.

Mukaveleden mütevellit şuf'ada olduğu gibi, kanunî şuf'ada da hüküm aynidir. Yani onun kullanılması için de aktin sadece in'ikadı kâfi, fakat ifası şart değildir.

Bunun münakaşasını yine aynı Federal Mahkeme kararından açık bir şekilde takip edebiliriz. Federal Mahkeme diyor ki: «Bu netice, M. K. Md. 682 (T. M. K. Md. 659) ile derpiş edilmiş olan kanunî şuf'a hakkında da böyle olmalıdır. Mezkûr madde, ihtiva eylediği hakkın muhteva ve istimal şartları hakkında bir şey söylememektedir. Yalnız Md. 681 de (T. M. K. Md. 658) olduğu gibi (şuf'a hakkı) tâbirini kullanmaktadır. Evvelce kullanılmış olan bir terimin tekrarı, Medenî Kanun sisteminde, evvelce söylenilmiş olan prensiplerin, yeniden hükme bağlanan husus hakkında da kabili tatbik olduğunu gösterir. Binaenaleyh, vazı kanun, Md. 682 de (T. M. K. Md. 659) da — şuf'a hakkı — tâbirini yeniden kullanmakla, ondan bir evvelki maddedeki, bu hakkın istimal tarz ve şartlarına ait hükümlerin, burada da tatbik olunacağını kabul etmiş demektir. Diğer taraftan Md. 682 (T. M. K. Md. 659) deki şuf'a hakkının ancak, mülkiyetin naklinden sonra kullanılabileceği kabul edilecek olursa, Md. 681 (T. M. K. Md. 658) münasebetiyle zikrelediğimiz kabulü mümkün olmıyan neticelere varılacak ve bu hakkı istimal imkânı, cereyana başlamadan evvel nihayete erecektir. Zira taraflar mülkiyetin naklini geciktirmek suretiyle şuf'a hakkının istimal imkânına mâni olacaklardır. Şu muhakkak ki, gerek kanunî, gerek aktî şuf'a hakkında vazı kanun bu neticeyi arzu eylemiş değildir».

Hakikaten Federal Mahkemenin pek güzel belirttiği gibi mülkiyetin, müktesip üçüncü şahsa intikalinden yani aktin ifasından önce de şuf'a hakkının kullanılması imkânını tanımak daha makul ve taraflar bakımından da daha faydalıdır. Zira, aksi nazariyenin kabulü, alâkadarları fuzulî bir takım masraflara ve zaman kaybına düçar edecektir. Gerçi, bizde, Alman hukukundaki sistem câri olmadığı ve istihlâf nazariyesi kabili tatbik bulunduğu için, — Federal Mahkemenin bu kararında yanlış olarak belirttiği gibi — tarafların, iki def'a şerh masrafı, iki def'a intikal vergisi vermesine mahal yoksa da, hiç olmazsa bir (tashih harcı) vermek ve bilhassa bir takım ihtilâf ve tereddüt kapılarını açmaktan hâli kalnamıyacağı da muhakkaktır.

Yargıtay'ın bu husustaki noktaî nazarında son zamanlara kadar tam bir ittirat bulunduğunu söyleyemeyeceğiz. Muhakkak ki içtihatlarda

rastladığımız bu tehâlûfte de, eski hukukun tesirinin büyük payı vardır. Zira «evvelki hukukumuzda, şuf'a hakkı tapuda satış muamelesi tekemmül ettikten, yâni sicile kayıttan sonra bahis mevzuu olurdu. Hattâ bu bakımdan arzı memleketteki rüçhan hakkından ayrılırdı. Zira rüçhan hakkı kayıttan evvel de bahis mevzuu olabiliyordu»⁵.

Belki diyoruz, şu itiyadın tesiri altında olarak, — satışa ittilain mebdeini tayin eden — bazı kararlarında Yargıtay, (tescil) tarihini esas ittihaz etmektedir.

Meselâ: 26/9/941 tarihli 1. H. D. nin bir kararında: «Şuf'a hakkı tescil ile sabit olacağına... v. s.» denmektedir⁶. Keza, uzun müddet bu daireye başkanlık etmiş olan merhum C. A. Gücün de Hukuk Dâvaları kitabında⁷, «Satışın tescilinden evvel vâki ihbar ve ittilain hükmü yoktur» mütalâasında bulunuyorlar.

Gerçi Yargıtay'ın daha yeni bazı kararlarında da rastladığımız muhalefet şerhlerinde, hâlâ bu fikri iltizam eden üyelerin de bulunduğu muttali oluyoruz. Ezcümle: Sayın Kâmil Tepeci ve Şemsettin Kıcıman, 1. H. D. nin 24/9/949 tarihli bir kararına verdikleri muhalefet şerhlerinde «Şuf'a hakkı, meşfû hissenin müşteri uhdesine tapuya kayıt ve tescilden sonra tahassül edeceği...» fikrini beyan eylemektedirler⁸.

Bunun gibi bazı muhalif mütalâalara rağmen, şayanı şükrandır ki, 1. H. D., 14/İkinciteşrin/1944 tarihli bir karar tashihi ile (Tapuda kayıttan evvel ihbar vâki olmasa bile, gayrimenkule ait satış mukavelesi yapınca, şuf'a hakkının kullanılabilceği) fikrini sarih olarak iltizam etmiştir. Esasen, pek muhterem hocam Ebül'ulâ Mardin'in de bu mahkeme içtihadını tahlil eden yazılarında bilhassa işaret ettikleri gibi, (Kanunumuzun metnindeki «satıldıkta», «bey'e ittilai gününden itibaren» gibi tâbirler de tescilin değil, mukavelenin esas olarak kabul edildiğini göstermekte) dir⁹.

Yargıtay Birinci Hukuk Dairesinin adı geçen 14/11/1944 tarih ve 3407 sayılı tashihi kararında da aynen şöyle denmektedir: «Şuf'a dâvası için, kanunen tayin edilmiş olan bir aylık müddetin mebdei, şefiin resmî taktüre ittilai tarihi olup, taktüre ise, Tapu Kanununun 26 ncı maddesinde

5) E. Mardin, Mahkeme içtihatları tahlilleri, İst. Huk. Fak. Mec., Cilt X, sayı 3-4, sh. 867.

6) Vehbi Baykan, a. g. e., sh. 79, No. 60.

7) C. A. Gücün, Nazari ve ameli hukuk dâvaları - Gayrimenkuller hakkında, Cilt I, sh. 157.

8) Y. 1. H. D. 24/9/949 T. ve 5120/3739 sayılı kararı (Yargıtay'dan hususi surette topladığımız kararlardan).

9) E. Mardin, a. g. mahkeme içtihadı tahlili

yazılı olduğu üzere, tapu memurunun tarafların icap ve kabulünü alarak senedi resmîyi taraflara imza ettirmekle hasıl olacağından ve bilâhare yapılacak tescil yalnız temlikî tasarruflar için meşrut olduğundan ve hâdisede takrire ittila tarihi nazara alınmıyarak tescile ittila tarihinden itibaren bir ay zarfında verilmiş, fakat takrire ittila tarihinden itibaren bir ay müddetin mürurundan sonra ikame edilmiş olan şuf'a dâvası kabul olunarak rüy'et ve hükme raptedilmiş olmasından, temyiz olunan hükmün nakzı muktazi iken dairece zuhulen tasdik edildiği anlaşılmağa tashihi karar arzuhalinin kabulüne...» karar verilmiştir¹⁰.

Keza aynı şekilde 3. H. D. nin 1945; 1. H. D. nin 1947 tarihli diğer kararlarındaki «şuf'a dâvasında, şefiin satışa ittila tarihinden itibaren bir aylık süre içinde dâvayı açması lâzım gelir». Yahut «Şuf'a dâvası, satışı öğrenme tarihinden başlayarak bir ay içinde açılmalıdır» tarzındaki mütalâalarından da Yargıtay'ın bu noktâi nazarı iltizam ettiğini ifade edecek birer mâna çıkartılabilmektedir¹¹.

b) *Şuf'a hâdisesinin tahakkukundan sonra satış aktinin taraflarca feshi, iadei ferağî, hakkın istimaline mâni olamaz :*

Bununla beraber bu mes'eleyi muhtelif ihtimallere göre incelemek yerinde olacaktır:

aa — *Şefiin şuf'a hakkını kullandıktan sonra, tarafların satış aktini feshetmeleri :*

Böyle bir fesih hukukî durumda hiç bir değişiklik yaratamaz. Yani şuf'a hakkının istimali (belki de henüz icra edilmemiş olan) satış aktinin iptal edilmesi suretiyle felce uğratılamaz. Zira, hak sahibi, kullanma beyanında bulunduktan sonra bâyi ile üçüncü şahıs arasında yapılmış olan satış aktinin taraflarında otomatik bir değişme olmuş ve şefi, üçüncü şahsın yerine geçmiş olarak tek satış akdi yine devam etmekte bulunmuştur. Binaenaleyh artık bu akitten, hak sahibinin muvafakati olmaksızın vazgeçilemez.

Aksi fikrin tervici şuf'a hakkının tamamile hayali bir dereceye düşmesini intaç etmiş olacaktır: «Müşterek malik, yalandan bir takım satış mukaveleleri yapmak ve en son anda da bunları birbiri ardından feshetmek suretiyle, şuf'a hakkı sahibini daima değişen satış mukavele-

10) E. Mardin, a. g. mahkeme iclhadi tahlilinden, Ist. Huk. Fak. Mec. Cilt X, sayı 3-4, sh. 867.

11) Bak: H. Özdemir, Gayrimenkuller hakkında yasayan ve uygulanan k., Ist. 1949, sh. 158 ve devamındaki kararlardan.

lerinin şartlarını kabul etmeğe mecbur kılacaktır. Bu suretle artık yorulmuş olan şefi, hakkından vazgeçecek ve işte o zaman da bâyi, hakiki satışa tevessül edecektir»¹².

Gerçi şuf'a mükellefinin bu hileli ve dolambaçlı yollardan yürüyüşünü M. K. Md. 2'ye istinatla önlemek mümkün olabilirse de yine bu hal tarzını terviç edemezdik. Çünkü şuf'a hakkını kullanmış olan şefi, meşfuu alabilmek için bir sürü masraflar ve mamelekî durumunda bir takım değişiklikler ihtiyar etmiş olabilir ki, fesihle bunlar bir hiç durumuna düşecek ve şefi bundan pek çok mutazarrır olmuş bulunacaktır.

bb — *Şefiin satışa muttali olmakla beraber, henüz hakkını kullanmadan önce, aktin ortadan kaldırılması :*

Bu ihtimal dahilindeki bir fesih de, şuf'a hakkının istimaline müessir olamaz. Çünkü Haab'ın bilhassa belirttiği gibi, «aktin muteber in'ikadile beraber, hakkın kullanılması için gereken şart tahakkuk etmiştir»¹³. Satışı işiten şefi de, mukavelenin kat'iyetine inanarak bir takım hazırlıklar yapmış olabilir; esasen şuf'a mükellefi meşfuu satana kadar, onu satıp satmamakta muhayyerdir, ve hareket serbestisi kendi elindedir. Fakat onu bir kere sattıktan sonra, tahakkuk etmiş olan şuf'a hâdisesinin neticelerini durdurmağa muktedir olamaz.

cc — *Şefiin aktin feshine, satışla birlikte ve hattâ ondan da önce muttali olması halindeki durum :*

Belki mevcut ihtimaller içinde en fazla münakaşa ve tereddüdü davet eden bu vaziyet olacaktır. Bir kısım müellifler¹⁴, «madem ki şefi, henüz satış öğrenmeden yahut nihayet onunla beraber feshe muttali olmuştur, artık bu feshi kabul etmemek için bir endişe mutasavver değildir. Bu itibarla böyle bir durum karşısında şuf'a hakkı sahibinin hakkını istimal edememesi lâzımdır. Aksi vaziyeti kabul etmek, malikin hareket serbestisini iyiden iyiye takyit etmek, adeta ortadan kaldırmak olacaktır. Şuf'a mükellefinin bidayette nasılsa şey'i satmak kararına vararak bir satış akti yapması, fakat derhal şu veya bu mülâhaza ile ondan — daha satıştan şefi dahi haberdar olmadan — dönmesini kabul eylemek, şuf'a borçlusu olmasına rağmen nihayet malik sıfatını muhafaza eden o şahıs için fazla bir hareket serbestisi vermek sayılmaz» diyorlar.

12) JdT. 1916, sh. 405 ve devamı.

13) Haab, a. g. e., sh. 417, No. 36.

14) Allghauer, a. g. e., sh. 118.

Buna mukabil diğer bir kısım müellifler¹⁵, bu halde dahi şuf'a hakkının kullanılabileceğini, ancak bir tarafı yapalım derken diğer tarafı yıkmamak icap ettiğini, bu itibarla her hâdiseyi bir «vakıa» olarak ele almayı ve arzedeceği hususiyete göre karar vermenin en isabetli hal tarzı olduğunu ileri sürmektedirler.

Her halde, ikinci ihtimalde de söylediğimiz gibi, şuf'a mükellefinin hareket serbestisi, şey'i satana kadar mevcuttur. Fakat böylece satış arzusu bir (satış aktini) in'ikad ettirmek tarzında tecelli eyledikten sonra, gerçekleşen şuf'a hâdisesinin hükümleri yürümeğe başlar ve bâyi tek başına artık onu durduramaz¹⁶.

dd — Esas bu olunca, müktesibin dahi, bir takım kayıt ve şartlarla şey'i başkasına ferağı yahut, bizzat bâyie iadei ferağı da şuf'a hakkının kullanılmasına mâni olmak yolunda bir netice hasil edemez. Çünkü satışla, şefiin hakkını istimal imkânı hasil olmuştur. Bilâhare, şuf'a hakkı sahibi henüz bu hakkını kullanma imkânını zayi etmeden önce müşterinin, meğer bayie de olsun, yapacağı iadei ferağ, sırf hakkın kullanılmasına mani olmak gayesini taşır. Nitekim bu husus müteaddit Temyiz kararlarıyla de tavazzuh etmiştir¹⁷.

2 — Çeşitli satış hallerinde şuf'a hakkının dermeyanı mes'elesi ve şekli.

a) Şartlı satışlarda şuf'a hakkı :

Malûm olduğu üzere teknik mânada şart, müstakbel ve vukuu meşkûk bir hâdisedir. Nev'ilerine göre, eğer konulan bir talikî şartsa, akit in'ikat etmekle beraber, hükümlerinin cereyana başlayabilmesi şartın tahakkukuna muallâk ve muntazardır¹⁸. İnfisahî şartta ise akit, yürüyen hükümleriyle birlikte şartın tahakkuku ânında son bulur.

15) Schimid, a. g. e., sh. 87.

16) Nitekim Tahir Sebük de (Şuf'a, vefa ve İstira hakları, İst. 1931, sh. 90) bu fikirdedir.

17) Y. 1. H. D. 1944 «Bir ganyimenkulü ahar şahsa satmasından dolayı hissedar için şuf'a hakkı husule geldikten sonra, mefrugunleh o gayrimenkulü fariğinin uhdesine iadei ferağ ederse, bu iadei ferağın şuf'a hakkına tesiri yoktur.» H. Özdemir a. g. e., sh. 158 ve devamı.

18) Bununla beraber pek muhterem hocam Ebül'ulâ Mardin, Talikî şartta filhal in'ikat bulunmadığını, in'ikadın ancak şartın tahakkukunda husule geldiğini; buna mukabil İsafede filhal in'ikad olmakla beraber derhal hüküm ifade etmek durumu olmadığını söylerler. Bu noktâ nazara iltihak edilecek olursa, şuf'a hâdisesi de ancak (şartın tahakkuku) ile gerçekleşmiş olacak ve bînetice hakkın istimali de

Binaenaleyh bâyi, üçüncü şahısla yapmış olduğu satış anlaşmasında böyle bir takım şartlar koşmuş olabilir. Şefiîn şuf'a hakkını kullanmasına tesiri bakımından bu nev'i satışları incelerken, zannımızca konulan şartların şefie müessir oluş veya olmayışına göre bir ayırma yapmak lâzımdır:

aa — *Şefie müessir olmayan şartlar :*

Bunlarla bilhassa satış aktinin muteberiyet yahut devamının, şuf'a hakkı sahibinin hakkını istimal edip etmeyişine tâlik edilmiş olan mukaveleleri ifade etmek istiyoruz.

Gerek talikî, gerek infisahî mahiyette olsun, yani gerek «şefi, hakkını kullanmadığı takdirde aktin hüküm ifade edeceği» tarzında; gerek «şefiîn hakkını istimali halinde aktin hükümsüz kalacağı» şeklinde olsun, bu mahiyette konulan şartların şefi için hiç bir bağlayıcı rolü olmadığı, bugün doktrin ve jürisprüdansın tereddütsüz kabul ettiği mes'elelerden

o zaman imkân dahiline girmiş bulunacaktır. Pek muhterem hocam, noktaî nazarlarını teyit zımında B. K. nun 149 uncu maddesine temasta «vakia, derler, maddenin ikinci fıkrası ... şarta bağlı akid, ancak şartın tahakkuku ânından itibaren «hüküm ifade eder» tâbirini ihtiva ederse de birinci fıkrada «borcun mevcudiyetinin tâlik edildiği yazılıdır. Şart tahakkuk etmeden borç ve binnetice in'ikat terahi eders» - (Doktora tezimizin müdafaaesi esnasında serdeyledikleri mütalâaları'ndan).

Bu noktaî nazarın karşısında tâlikî şartta da aktin bidayette in'ikat eylediği ancak hükümlerinin, şartın tahakkuku ile husule gelebileceği görüşü vardır. Bu görüş taraftarları ise aktin filhal in'ikat etmiş olmasının bir delili olmak üzere, taraflarda aranan akid yapma ehliyetinin, şartın tahakkuku ânında değil, aktin yapıldığı anda mevcut olması lüzumuna işaret ederler ve bilhassa borcunun bidayetten itibaren aktile tamamen mülzem durumda bulunduğunu ve 149 uncu maddenin ilk fıkrasında geçen «borcun mevcudiyeti» ibaresinin mânasının ikinci fıkradaki «hüküm ifade eder» tâbiri ile tavzih ve itmam edilmiş olduğunu ileri sürerler. Mevzubahis münakasaya sarîh bir surette temas etmemiş olmalarına rağmen kullandıkları ibareler ve vardıkları neticeler itibarıyla Von Tuhr (Allg. Teil. Bd. II, 2, s. 291-294), Schwarz (Borçlar hukuku dersleri, İst. 1948, sh. 406); Velidedeoğlu (T. Medenî hukukunun umumî esasları, İst. 1951, sh. 294) de sonuncu noktaî nazarı benimseyen müellifler arasındadır.

Aktin — kaldeten — bidayette in'ikat etmiş olduğu noktaî nazarını teyit zımında şu hususu da ilâve etmek yerinde olur: Aktin yapılışından şartın tahakkukuna kadar olan muallâk devrede tarafların aktin mevzuunu teşkil eden ödemi — daha şart gerçekleşmeden — yerine getirmeleri de mümkündür. Bu yolun ihtiyarı, yeni bir aktin teessüsü mahiyetinde olmayıp, bidayette in'ikat etmiş olan aktin hükümlerini husule getirmesini şartın tahakkukuna muallâk durumda bırakmaktan, tarafların vazgeçmiş olmalarıdır.

Bütün bu mülâhazalar dolayısıyla biz de şartlı satışlarda — kaldeten — aktin bidayette in'ikat etmiş olduğu noktaî nazarına ilihakla şuf'a meselelerini incelemeye çalışacağız.

biridir¹⁹. Nitekim bir Federal Mahkemesi kararında da pek güzel belirtildiği gibi²⁰, «Şuf'a hakkı, şefie, satıcıyı bir üçüncü şahsa karşı bağhyan satım iradesinin akabinde, gayrimenkulün alıcısı durumuna geçmek selâhiyetini bahşeder.

Şefiin, üçüncü şahsın yerine geçmek istediğine dair iradesini izharından itibaren ise mihaniki olarak, alıcı durumunda bir değişiklik hasil olur. Bu hususta satıcının, gayrimenkulün şefie veya üçüncü şahsa geçmesine dair arzusu nazara alınmaz. Bil'akis kanun, bu hususta karar vermek hakkının münhasıran şefie ait olduğunu düşünmektedir.

Malik, gayrimenkulünü kimseye satmamak ve şuf'a hakkını muhayyel duruma sokmak hususunda tamamen serbesttir. Fakat satım iradesini izhar ederse, şefiin bundan istifade etmek dileği karşısında eğilmek mecburiyetindedir. Binaenaleyh dâvalı tarafından mukaveleye dercedilen şart mahiyetini haiz bir kayıt, şuf'a hakkının mahiyeti ile kabili telif değildir. Şayet müddeaaaleyh satışı, şefiin hakkından feragatına bağlamak istiyordu ise, hüsnüniyet kaidesine uygun olarak, bu işi dikkatle takip eden müddeiye müracaatla, bu hususu temine çalışabilirdi».

Şefiin hakkını kullanmaması şartına muallâk olarak yapılan satış aktindeki şu kayıt, sadece (şuf'a hakkının mahiyetiyle kabili telif olmamakla) da kalmamaktadır. Böyle bir şart koşan bayi, aynı zamanda hüsnüniyet kaidesine de mugayir hareket etmiş demektir. Şu mânadaki: O, böyle bir şarttan haberdar olmaksızın sadece satışı işiten şefii, meşfuu almak için lâzım gelen imkânları hazırlamak zımında bir takım masraf ve külfetlere katlanmak zorunda bırakmıştır. Eğer bâyiin bu nevi şartları terviç edilse idi, Federal Mahkemenin bir başka kararında²¹, üzerinde hassaten durduğu gibi «Bâyiin bu hakkını bir takım kötü maksat ve manevralarda kullanmasına yol açılmış olurdu. Zira malik, mütemadiyen bu nevi birer şartı havi yeni satış akitleri yaparak, şefii daima yeni ve değişik satış şartlarını yerine getirmeğe hazır vaziyette tutmağa icbar edecektir. Ta ki, şefii, nihayet mücadeleyi terketsin ve şuf'a hakkını kullanmaktan vazgeçsin».

Ancak, Haab'ın haklı olarak tenkit ettiği veçhile²²; Federal Mahkemenin, — şayet, bayi hak sahibini önceden yâni, ifa için hazırlık yapmadan evvel vaziyetten haberdar etse idi, hüsnüniyetsizliği bertaraf olurdu — fikrinde pek isabet yoktur. Zira Federal Mahkeme diyor ki: «Şayet

19) Haab, a. g. e., sh. 417; T. Sebük, a. g. e., sh. 79; JdT. 1923, sh. 407 ve devamı.

20) JdT. 1923, sh. 470 ve devamı.

21) JdT. 1916, sh. 405 ve devamı.

22) Haab, a. g. e., sh. 417, No. 35.

münasip zamanda haberdar edilmişse şefiin, meşrû menfaatleri haleldar edilmiş olmaz. Çünkü onun, hakkını kullanacağını bildirmekten başka yapacağı bir şey yoktur».

Bundan (bidayette şefi şayet haberdar edilmişse, bâyiin akte koymuş olduğu malûm mahiyetteki şart muteber olacaktır, zira, şefiin meşrû menfaatlerinde haleldar olmuş bir vaziyet yoktur) mânası da çıkar ki, eğer Federal Mahkeme böyle bir mânayı kastetmiş ise, yâni şart hak sahibine karşı da hüküm ifade eyler ve tahakkuk ederse, o zaman da bir şuf'a hâdisesi mevzuubahs olamayacak ve binnetice şefiin «şuf'a hakkına dayanması» da varit olamayacaktır. Bu itibarla Federal Mahkemenin yukardaki ifadesini «şayet haber verseydi, şefiin menfaatleri az haleldar olacağından, bâyiin hüsnüniyetsizlikle ithamı da biraz olsun kuvvetini kaybedecekti. Fakat buna rağmen, ne şuf'a hakkının mahiyeti ile, ne de bâyii bir takım kötü yollarda koşturabileceği için hüsnüniyet kaideleriyle kabili telif olmıyan bu şart, şefi için bir hüküm ifade etmez» şeklinde anlaşılmalı lâzımdır. Nitekim Federal Mahkeme yukarıki ifadesinin altında bu neticeyi bilhassa tebarüz ettirmeyi ihmal etmemiştir.

Yakın maziye bakılacak olursa, müşterek hukukun doktrin ve içti-hatlarında şu noktai nazardan hareketle aynı neticeye vasil olunduğu görülür: Şuf'a hakkı kullanılmadığı takdirde, aktin ifa edileceğine dair satış mukavelesine ithal edilecek bir şart, bu hakkın sahibinin müdahalesine mani teşkil etmez²³.

Daha sonra Prusya hukukunun aksi prensibe istinat eden bir noktai nazara sahip olduğunu görüyoruz. Fakat hukukçular orada da, bunun mahzurlarını telâfi edecek bir formül bulmakta gecikmemişlerdir. Şöyle ki: «Mukavelenin hükümsüz kalması yüzünden şefiin maruz kalacağı zarar ve ziyanı malikin tazmin etmesi icap ediyordu».

Modern doktrin ise, umumiyetle müşterek hukukun noktai nazarını kabul ettiğini söyleyebiliriz. Ancak bu görüş Almanya, Polonya gibi bazı memleketler mevzuatında sarîh bir şekilde ifadesini bulmuş²⁴, bazı memleketlerde de (Türk - İsviçre mevzuatı gibi) doktrin ve jürisprüdansın yardımı ile kanunun ruhundan ve şuf'a hakkının mahiyetinden çıkartılmıştır.

Son bir noktayı tasrih etmeden bu bahsi bitirmeyelim: Yukardanberi devam edegelen izahatımızdan da anlaşılmalı olacağı üzere, şefiin hakkını kullanmaması şartıyla aktin muteber olacağı yahut kullandığı takdirde aktin son bulacağı şartları, yalnız şefi için hükümsüzdür. Yoksa bu nev'i

23) JdT. 1923 ten naklen, bak: Jagger, Vorkaufsrecht - Marburg, 1893, sh. 89.

24) B. G. B., Md. 506; Polonya B. K. Md. 348/1.

şartlar, taraflar için caizdir. Hattâ bayiin böyle bir kaydı, bilâhare üçüncü şahsın zararını tazmin taleplerini önlemek için akte dercetmesi kaideten isabetlidir²⁵.

bb — *Şefii de ilzam eden şartlar :*

Şefiin, hakkını istimaline mâni olmak gayesine matuf olmıyan ve bâyi ile üçüncü şahsın, alelâde bir bey akti tarafları gibi mukaveleye koymuş oldukları sair şartları, şuf'a hakkı sahibinin de tahammül etmesi umumî kaidedir. Zira şefiin, meşfuu, malikin üçüncü şahısla yapmış olduğu satış anlaşmasındaki şartların aynı ile iktisap edebileceği bir kanun hükmüdür. Bu şartlar, hak sahibi için ne kadar ağır olursa olsun, kendisinin onlar kaldırılmış olarak meşfuu almağa talip olma selâhiyeti bulunmadığı gayet tabii bir neticedir. Aksi yolu iltizam etmek, malikin tasarruf serbestisini tahammül edilmez bir derecede takyit etmek demektir.

Bununla beraber akte konulmuş ve üçüncü şahsın tahammül etmiş olduğu bu şartların aynen, meşfuu almak istiyen şefii de ilzam edeceği kaidesi üç şartla mukayyettir ki, bunları şöyle telhis edebiliriz:

Birincisi, bu şartların şefiin hakkını istimal etmesine mâni olmak gayesiyle konulmamış olmalarıdır. Böyle bir durumun mevcudiyetini isbat etmek şartıyla şefiin, meşfuu şartsız iktisap edebileceği tabiidir.

İkincisi de mevzuubahs olan şuf'anın, «mevsuf şuf'adan» gayri bir nev'ide olmasıdır. Zira, mevsuf şuf'ada, şefi ile şuf'a mükellefi daha hakkın bidayetinde şuf'a bedelini kararlaştırmış bulduklarından, bilâhare malikin üçüncü şahısta yapmış olduğu satış anlaşmasına koyduğu bedele müteallik şartlar kendisini ilgilendirmez.

Nihayet bu şartların, şefi tarafından da ifa edilebilecek mahiyette olmaları lâzımdır. Eğer bâyi ancak müşteri üçüncü şahsın yapabileceği bir takım şartlar koymuş ve bunlar yerine getirilmeyecek olsaydı akti yapma niyetinde bulunduğu da anlaşılmış ise, şuf'a hakkının kullanılabilmesi icap eder. Esasen bu cihet «şuf'a hâdisesinin gerçekleşmesi» ile ilgili bir keyfiyettir. Zira bu durumda, bâyi, mukabil edadan çok, müşterinin şahsını ve hususiyetlerini nazarı itibare almış demektir.

cc — *Satışın (fer'î ödem) leri ihtiva etmesi :*

Bu ihtimali de burada incelemek yerinde olacaktır. Burada her hangi bir talikî veya infisahî bir şarttan ziyade, asıl satış bedelinin yanında ona bağlı bir takım tâlî taahhütleri de müşterinin tahammül etmesi

25) Haab, sh. 417.

bahis mevzuudur. Alman ²⁶, Avusturya M. K. ²⁷ ve Polonya Borçlar Kanununda ²⁸, vazih hükümleri bulunan bu nev'i satış hali için, bizde nasıl bir hareket hattı takip olunacağına dair hiç bir sarahat yoktur. 1905 projesinde, böyle bir vaziyette şefiin, aktin kendisi tarafından eda edilmediği nisbette tazminat vermesi teklifi de maddi bir mes'ele telâkki olunarak kanuna alınmamıştır ²⁹.

Bununla beraber, umumî hükümlerden istiane ederek ve her halde her hâdiseye için, tarafların maksat ve bu fer'i edaları ihdas gayelerini tetkik ederek bir neticeye varmak şartıyla Polonya, Alman ve Avusturya kanunlarında bulunan hükümlerin kısmen bizde de tatbik kabiliyeti olduğu söylenebilir. Şöyleki: Şefiin bu tali edimleri de aynen ifasına imkân varsa yahut aynen ifa imkânı bulunmamakla beraber onların paraya tahvili mümkün ve bunda da bâyi için mühim bir fark bulunmıyorsa, şefiin bu şerait dahilinde şuf'a hakkını kullanmaması için hiç bir sebep yoktur. Fakat bu edimler para ile kabili takdir ve tediye değilse ve onlar olmasaydı bâyi üçüncü şahısla mukaveleyi aktetmiyecek idiyse, şuf'a hakkının istimaline elbette imkân olmaz. Görülüyor ki, mes'ele her hâdiseye göre ayrı ayrı incelenerek bir hal tarzına bağlanmak zorundadır.

b) *Meşfuun kısmen satışında şuf'a hakkı :*

Gerek akti şuf'ada olsun, gerek kanunî şuf'ada olsun, şuf'a mükellefinin umumiyetle meşfuu hey'eti mecmuası ile satması en çok rastlanılan şekildir. Fakat bunda mutlak bir mecburiyet te yoktur. Binaenaleyh malik şeyi, parça parça da satabilir. Yalnız bu parça parça satış, iki şekilde tecelli edebilir. Ya her bir kısım müstakil bir aktin mevzuu olur. Yahut da hepsi bir tek mukavele ile satılır, fakat kısım kısım icra olunur. Bu itibarla, şuf'a hakkını bu iki ihtimale göre incelemek lâzımdır.

aa — *Her biri müstakil bir aktin mevzuu olan kısmî satışlarda :*

Şefiin meşfuun tamamı için mevcut olan şuf'a hakkını bu kısmî satışlarda kullanmaması için hiç bir sebep yoktur. Yâni şuf'a hakkı sahibi o şeyin satılan muayyen parçasını veya şâyi bir cüz'ünü şuf'a hakkını kullanarak alır, Müteakip kısımların yine parça parça yahut toptan satışında da devam eden hakkını istimal ederek tamamına sahip olabilir. Şefiin bu nevi satışlarda şuf'a hakkını istimal edemeyeceğini düşünmek ise, hem bir muvazaa kapısı açmış olmak, hem de şuf'a hakkı-

26) B. G. B. Md. 507.

27) A. B. G. B. Md. 1077.

28) Polonya B. K. Md. 348 2.

29) Tahîr Sebûk, a. g. e., sh. 79.

nın ihdas gayesine mugayir olarak müşterek mülkiyet münasebetinin artmasına meydan vermek olurdu.

bb — *Kısım kısım icrası kabil olan, fakat hepsi bir tek aktin mahsulü bulunan satışlar'a gelince :*

Bu tip satışların bariz vasfı satıcıya ait olan borcun, bir def'ada değil, fakat birbirini takip eden vâdelerde müsavî veya muhtelif miktarlarda ifa edilmesidir³⁰. Buna mukabil müşteri borcunu bir def'ada ifa edebileceği gibi, anlaşmaya göre semenin tediyesini, ifa edilen kısımlara göre de ayarlamış olabilir.

Kısım kısım icra kabiliyetini haiz akitlerin mahiyetini çözmeye çalışanlar — ki bu kabiliyet, mukavelenin mahiyetinden, tarafların maksudından veya mebiin cinsinden zahir olmalıdır —, bilhassa iki görüş etrafında toplanırlar: Bir kısmı der ki, «bu nev'i akitler, muhtelif vâdeli, birbirinden ayrı borçlardan tereküp eder. Bir kısmın ifa edilmemesi, diğer kısımlara müessir değildir». Diğer bir grup ise: «akdin muhtelif kısımlarda icra edilmesinin akti inkisama uğratmadığını» ileri sürerler³¹.

Fakat şurası muhakkaktır ki, her iki grup da, bütün bu ihtilâfların mukavelenin icrasına ve hükümlerine taallük ettiğini tebarüz ve aktin bir vahdet arzettiğini teslim ederler. Binaenaleyh şefi, böyle bir satış karşısında kaldığı takdirde, birinci safhadaki gibi, her icra edilen kısım için şuf'a hakkını ayrı ayrı kullanmayacaktır. Zira, muhtelif vesilelerle belirttiğimiz gibi şuf'a hakkının kullanılabilmesi için aktin ifası değil, in'ikadı şart ve kâfidir. Burada ise tek bir akit mevcut olup o da bidayette in'ikat etmiş olduğundan şefi, hakkını bir sefer kullanmakla neticeye kavuşmuş olacaktır. Yalnız şefi, bayiin üçüncü şahısla yapmış olduğu satış anlaşmasının şartlarına aynen uymak mecburiyetinde olduğundan, hakkını kullanıp müşteri üçüncü şahsın yerine kaim olduktan sonra, artık bâyiden meşfuun tamamını teslim etmesini isteyemeyecek ve onun kısım kısım ifasına katlanmak zorunda kalacaktır.

c — *Meşfuun diğer şeylerle birlikte, toptan satışında şuf'a hakkı :*

Meşfuun kısım kısım satışı mümkün olduğu gibi, onun, üzerinde şuf'a hakkı bulunmayan diğer bazı eşyalarla birlikte, toptan satılması da mümkün ve muhtemeldir. Böyle tek bir fiyat ve tek bir akit altında meşfuun satışı halinde şuf'a hakkının ne şekilde istimal olunacağına dair

30) Halli Arslanlı, Ticari Bey', 1948, İst. Asri Matbaa, sh. 47. ve sonrası ve bak: Ticaret K. Md. 707, B. K. Md. 206.

31) Bak: Ticaret K. Md. 707.

kanunumuzda maalesef yine bir sarahat yoktur. Ancak B. K. Md. 206 da, «Birden ziyade malın bey'i halinde fesih» matlabı altında feshin, içlerinden ayıplı çıkan bir şey veya parçaya münhasır olarak dâva olunabileceğine, eğer ayıplı kısmın diğerlerinden ayrılması müşteriye veya bâyie ehemmiyetli bir zarar husule getirmeksizin mümkün olmazsa, feshin bütün meble teşmilinin zarurî bulunacağına dair, bir hüküm vardır.

Buna mukabil, Türk B. K. Md. 206 da ifadesini bulan şu umumî prensip, bizzat şuf'a hakkına taallûk etmek üzere, Polonya Borçlar Kanunu ile ³², Alman Medenî Kanununda ³³, sarîh bir hüküm teşkil etmişlerdir.

Binaenaleyh bu kaidenin pek alâ şuf'a hakkında da tatbikinin mümkün olduğu söylenebilir. Şöyleki: «Şefi, böyle bir vaziyette, şuf'a hakkının mevzuunu teşkil eden şey'in kıymetini mütebaki eşyanın kıymetiyle nisbet ederek, umumi bedelden meşfua isabet eden semeni tesbit ettirir ve bu bedeli vermek suretiyle şuf'a hakkını kullanır». Ancak bu hükmü mutlak surette, her zaman için tatbik etmek satıcıya bazen çok ağır gelebilir. Zira meşfuun diğer şeylerden ayrılması mümkün olmayabildiği gibi, mümkün bulunsa bile onsuz, diğerlerinin satışı çok güç yahut kıymeti pek düşük bir mahiyet alabilir. Bütün bu ihtimaller karşısında dahi şefie hâlâ, onların arasından meşfuu, hissesine isabet eden bedeli vererek çekip çıkartma selâhiyetini tanımak, munsifane bir hal tarzı sayılamaz. İşte bu sebeple eğer «meşfu olmaksızın, bâyi diğer şeyleri hiç satamayacak yahut çok daha az müsait şartlar tahtında satabilecek idi ise, şuf'a hakkının ayrılmaları kendisine büyük bir zarar tevlit edecek eşyaya da teşmilini istemek selâhiyetini, ona tanımak lâzımdır. Bu vaziyet ve talep karşısında ise şefi, ya şuf'a hakkını satılan şeylerin tamamı için kullanacak, yahut da yine tamamı için vazgeçmek zorunda kalacaktır ³⁴.

d) *Tecrübe ve muayene şartıyla satışlarda şuf'a hakkı :*

Borçlar ve Ticaret Kanunumuzda ayrı ayrı, fakat esaslı noktalarında müşterek prensiplerle tanzim ve halledilmiş olan ³⁵, tecrübe ve muayene

32) Polonya B. K. Md. 349 § 1: «Üçüncü şahısla yapılan akit, hem şuf'anın taallûk ettiği hakkı, hem de şuf'aya tâbi tutulmayan diğer hakları istihdaf ederse, bu sonuncuların bir zarar husule getirmeden ayrılmaları kabil olmazsa, şuf'a mükellefi, şuf'a hakkının bu sonuncu haklara da teşmilini isteyebilir. Ancak bu talep, şefie yapılan satışın ihbarı ile birlikte olmalıdır.

33) B. G. B. Md. 508. (Üçüncü şahıs, şuf'a hakkının taallûk ettiği şey'i, diğer şeylerle birlikte umumi bir bedel «Prix global» mukabilinde satın almışsa, şefi umumi bedelin, münasip bir cüz'ünü ödemek zorundadır. Mesfuunaleyh, şuf'a hakkının kendisine zarar vermeksizin ayrılamayacak olan bütün eşyaya teşmil edilmesini talep edebilir.)

34) Bak: Tahîr Sebûk, a. g. e., sh. 80.

35) Bak: B. K. Md. 219-221; Tic. K. Md. 709 ve müteakip.

şartıyla satış «müşterinin malı muayene veya tecrübe edip tasvibi kaydı ile, yani alıcının iradesine tâbi bir şart altında yapılan bir sözleşmedir»³⁶. Buradaki şartın tahakkuku tamamen müşterinin arzu ve iradesine bağlı olduğundan onun, aktin tekemmülündeki iktidarı mutlaktır. Ve hattâ bu o derece şahsî arzusuna bağlıdır ki «muayene edip etmemekte» ve «muayenesinin neticesinin müsbet veya menfi tecelli etmesiyle bağlı olup olmamakta» da kaideten tamamen serbesttir. Fakat bu yolda çeşitli ihtimallere göre anlaşmak da daima mümkündür³⁷. Kanun vazıı, B. K. Md. 219 da bu hükmü ifade ettikten sonra, «mebî müşterinin yedine geçmiş olsa bile kabul edilinceye kadar bayiin mülkünde kalır» neticesini çıkartıyor.

Eski hukukumuzdaki gibi bugün şuf'a hakkının sübutu için müşterinin mülkiyetine girsin veya girmesin, bâyiin mülkünden çıkması gerektiği yolunda zarurî bir kaide mevcut olmadığına ve sadece muteber bir (aktin in'ikadı) şartına mütevakıf bulunulduğuna göre, bizim tecrübe ve muayene şartıyla yapılan bir satışta şey'in mülkiyetinin bâyiin mülkünden ne zaman çıkıp çıkmadığını araştırmaktan çok, bu nev'i bir aktin ne zaman in'ikat etmiş sayılacağını tesbite çalışmamız lâzımdır.

Tecrübe ve muayene şartıyla satışın münakaşalı olan hukukî mahiyetine girmeden³⁸, burada biz neticeyi söyliyelim: Bugün hâkim olan görüşe göre tecrübe ve muayene şartıyla bey, «irad-i şarta muallâk bir akit olarak» tavsif edilmektedir. Fakat her halde bir akit olarak tavsif olunmaktadır. Yoksa bazılarının iddia ettiği gibi bu, satıcının bir (icabı) yahut icazetle bey aktine inkilâp eden bir (ön akit) değildir. Ancak bu öyle bir akittir ki, tarafların vecibelerinde büyük fark vardır: «Satıcı bilâkaydı şart bağlanmış iken, alıcı ancak arzu ettiği takdirde yâni iradî şartı gerçekleştirdiği takdirde borç altına girer. Zimnen veya sarahaten beğenmek bu şartın tahakkuku olup, ikinci bir aktin doğumunu intaç eden hukukî bir muamele değildir»³⁹.

Eğer Ticaret Kanunumuzun 709 uncu maddesinin ikinci cümlesindeki sarahat olmasaydı⁴⁰, belki denilebilirdi ki, B. K. Md. 220 ve 221, nihayet müşterinin şu iradî şartının tahakkuk şekil ve zamanını tayine matuf hükümleri muhtevîdir. Binaenaleyh şefi, o hükümlerin gerçekleşmesini beklemeden de şuf'a hakkını kullanabilmelidir. Çünkü bâyi, müşterinin tecrübe ve muayenesi şartıyla de olsa meşfuu satmak arzusunu izhar etmiş ve bu maksatla yapmış olduğu bir akitle kendi cephesinden kat'î olarak bağlanmıştır. Bilâhare alıcının şu veya bu mülâhazaya

36) Halli Arslanlı, a. g. e., sh. 98.

37, 38, 39) Halli Arslanlı, a. g. e., sh. 99 ve devamı.

40) Tic. K. Md. 709.

istinaden şey'i almamak kararını vermesinden şuf'a mükellefini istifade ettirmek için ne gibi bir sebep düşünülebilir. Hattâ bu yolu bâiye açmakla, kanunun gözü önünde muvazaalı bir akit yapmasını da tecviz etmiş sayılırız. Çünkü alıcı ile anlaşarak bu tarzda bir akit yapar ve şefi'in hakkını kullanmak üzere niyet ve hazırlıklara başladığını görürse, müşteriye şey'i kabul etmediğini söyletmek suretiyle şefi' adeta yarı yoldan döndürür.

Buna mukabil «bütün bu mülâhazalardaki haklı itirazlara rağmen karşımıza Ticaret Kanununun 709 uncu maddesi (müşteri mebi muayene veya tecrübe ettikten sonra beğenirse almak şartıyla vukubulan bey caizdir. Hilâfına mukavelede sarahat yok ise *bey'in in'ikadı*, şartı mezkûrun tahakkukuna tâlik edilmiş addolunur) tarzındaki çıplak ibaresi bulunmaktadır. Bu hüküm aynı zamanda B. K. Md. 219 daki (mebi müşterinin yedine geçmiş olsa bile kabul edilinceye kadar bâyi'in mülkünde kalır.) cümlesinin mâna ve maksadını tavih ve tasrih etmektedir. Bu itibarla bu nev'i bir satışta şuf'a hakkının kullanılabilmesi ancak madde 220 ve 221 de derpiş edilen hallerde satışın tekemmül etmesine bağlıdır.» tarzında mütalâada bulunmak da mümkündür. Ve bulunanlar da vardır ⁴¹.

Zannımızca meseleyi, buradakiler teknik mânası ile tam bir şart olmamasına rağmen, şarta muallâk akitlerdeki umumî kaideye kıyasen halletmek lâzımdır. Çünkü bazı müelliflerin de belirttiği gibi (tecrübe şartıyla bey', şartın tahakkuku ânından itibaren hüküm ifade eder) ⁴². Fakat akit bidayette bu iradî şarta muallâk olarak in'ikat etmiştir. Nitekim B. K. Md. 221 son fıkradaki gibi, Ticaret Kanunu madde 710 son fıkradaki ifade tarzı ile de teyit olunduğu üzere ⁴³, Ticaret Kanunu madde 709 daki hüküm de, satım sözleşmesinin in'ikadı mânasında değil, şartın tahakkuku ile satımın her iki taraf için tamam olacağı şeklinde anlamak lâzımdır ⁴⁴.

Binaenaleyh netice şu oluyor ki, tecrübe ve muayene şartıyla yapılmış olan bir aktin, şartın tâlikî veya infisahî oluşuna göre — ki bu nevî aktin talikî tasvip şartına muallâkan aktolunmuş bulunduğu kanunî bir karine olmasına rağmen ⁴⁵ tarafların infisahî bir şartla da akti inşa

41) Tahir Sebük, a. g. e., sh. 81.

42) Bak: C. A. Gücün, a. g. e., Cilt II, sh. 579.

43) Bak: Tic. K. Md. 710 son fıkrası. «Müşteri hakkı hiyarını sarahaten muhafaza etmeksizin semenin tamamını veya bir kısmını tediye etmiş veya mebidde tecrübe için lâzım gelen suretin haricinde bir suretle tasarruf eylemiş ise bey tamam olur».

44) Halil Arslanlı, a. g. e., sh. 105.

45) B. G. B., Md. 509; «Bedelin tediyesi için mukavelede üçüncü şahsa bir mühlet verilmişse şefi, bu mühletten, ancak o meblâğa karşılık, teminat ita ederek istifade edebilir...».

etmeleri daima mümkündür —, hükümleri yürüyecek ve son bulacaktır; buna göre de, aktin in'ikadı ile birlikte, fakat bu şartın tahakkukuna muallâk olarak şefi'in hakkını istimal etmesi caiz olacaktır.

e) *Taksitle satışlarda ve bedeli müeccel satışlarda şuf'a hakkının istimali :*

aa — B. K. Md. 222 de mahiyeti açıklanmış olan bu nev'i satışlarda da, tıpkı bedeli müeccel satışlardaki gibi aktin mevzuu olan şey, semen ödenmeden önce teslim edilir. Esasen taksitle satışlar, veresiye satışların bir nev'inden başka bir şey değildir. Şu farkla ki, bedeli tecil edilmek şartıyla yapılan satışlarda müeccel semenin bir def'a da tediyesi umumiyetle mutat iken, taksitle satışta semen müteaddit vadeli taksitlerle ödenir ⁴⁶.

Tediye imkânlarındaki şu kolaylık dolayısıyla bu nev'i satışta, adı satıştan daha fazla müşteri lehine bir durum mevcut olduğu şüphesizdir. Ve mevzuu ancak menkul olan taksitle satışlara kabili tatbik olan B. K. Md. 222 - 224 deki hükümler, şu iktisaden zayıf durumda olan alıcıyı korumak gayesiyle vaz edilmiş mahiyetleri sebebiyle, âmir ahkâmıdır, hilâfına yapılan anlaşmalar batıldır.

Şefi'in meşfuu, bâyi ile müşteri üçüncü şahıs arasında kararlaştırılan şerait dahilinde alması esas olduğuna göre, külfetteki uygunluk kadar nimetteki müsavâtı da tabii karşılamak lâzımdır. Binaenaleyh, şefi'in de hakkını istimal imkânı mevcut bulunmak kaydile, meşfuun bedelini aynı tarzdaki taksitlerle ödemesi icap etmektedir.

bb — Buna mukabil bir başka nev'i akit tipi daha vardır ki, onda bedelin tamamı tecil edilmiştir. Müşteri, kararlaştırılan vâde sonunda, fakat satış bedelinin hepsini ödemekle mükelleftir. Umumi prensip tatbik olunacak olursa, şefi'in, bu tarzdaki bir vâdeden istifade edeceği tabiidir. Ancak olabilir ki, bâyi, müşterinin şahsına istinaden böyle bir ecel tanımıştır. Fakat bu itimadı şefi için haiz değildir. Binaenaleyh mükellefin üçüncü şahısla olan şahsi münasebetlerini, hususiyetlerini nazarı itibare alarak kararlaştırılmış olan şu ecelden şefi'in de istifade edeceği prensibinde acaba bir takım munzam şartlar aramak lâzım gelmiyecek midir?

Bu hususta da bermutat Türk - İsviçre M. K. unda bir kayda tesadüf etmek imkânsızdır. Buna mukabil Alman M. K. ⁴⁷, ve Polonya Borçlar Kanunundaki ⁴⁸, bu ihtimale dair sarih hükümleri hatırlamak lâzımdır.

46) Hallil Arslanlı, a. g. e, sh. 98 ve devamı.

47) Bak: Schwarz, a. g. e., sh. 407.

48) P. B. K., Md. 349 § 3.

Acaba Alman M. K. ve Polonya Borçlar Kanunundaki hükümlerin, Türk - İsviçre mevzuatında da kıyasen tatbiki kabil midir? Yani bizde de, şefiin bu ecelden istifade edebilmesi için bâyie bir teminat iraesî şart mıdır? Bu noktada müellifler arasında tam bir ittifaka rastlamak mümkün değildir. Wieland, mehzada gayrimenkul sahibine her halde şuf'a bedelinin teminat altına alınması veya ödenmesi neticesinde şefiin bu ecelden istifadesine rıza göstermek mecburiyeti bulunduğunu ifade ve tasrih ediyor ⁴⁹.

Buna mukabil Pfeiffer, şuf'a bedelinin müeccel olması kaydından — bu kayıt ister, bizzat sicile şerh verilmek suretiyle olsun, ister üçüncü şahısta yapılan satış aktinde kararlaştırma tarzında ihdas edilmiş bulunsun — şefiin, mutlak surette istifade edebileceğini ileri sürerek, Alman ve Polonya hukukundaki teminat şartının bizde aranmayacağını iddia etmektedir ⁵⁰. Pfeiffer, bu iddiasında «aksi halde şefiin hukukî vaziyetinin, şuf'a hakkını dermeyan edeceği kimseye karşı sonradan fenalaşmış olacağı, böyle bir güçleştirmenin ise ancak kanundan doğduğu zaman sayanı kabul bulunacağı» mülâhazasına dayanmaktadır.

Meselenin iki tarafı da ileri sürülen hâl tarzları kuvvetli esbabı mucibeye dayanmaktadır. Bu da gösteriyor ki, mevzuatımızın şuf'aya müteallik hükümleri çok mahdut, müphem ve hattâ noksandır. Pfeiffer'in kanunda sarîh bir hüküm olmaksızın, şefiin ancak teminat iraesî takdîrinde ecelden istifade edebileceği fikrinin hukuk tekniğiyle güç bağdaşacağı yolundaki itirazına kısmen hak vermiyor değiliz. Bununla beraber şefiin, şayet aralarında önceden kararlaşdırmamışlarsa, üçüncü şahısla olan satış anlaşmasının şartları dairesinde şey'i iktisap edeceği prensibini, şuf'a bedelinin tediye tarzından ziyade, (miktarında) mutlak şekilde tatbik gerektiği esbabı mucibesıyla, ecelden istifade meselesinde teminat iraesî fikrini bizde terviç ediyoruz ⁵¹.

1) *Mülkiyeti muhafaza şartıyla satışlarda şuf'a hakkının istimali :*

Menkullerde de şuf'a hakkının (akti şuf'anın) câri olduğu kabul edildiğine göre, menkul mülkiyetinin iktisap tariklerinden biri olan «mülkiyeti muhafaza şartıyla satışlarda» da şuf'anın cereyan edip etmeyeceğinin düşünülmesi lâzımdır.

Peşin tediye satışlarla, semenin bir def'aya mahsus olmak üzere tecil edilmesi hallerinde pek lüzum görülmiyen bu nev'i şarta, ekseriyetle

49) Wieland, Md. 681'e ait mülâhazaları.

50) Pfeiffer, Die Vormerkung persönlichen Rechte nach d. s. ZGB. Zürich, 1910. sh. 62-63.

51) Nitekim T. Sebük te bu fikirdedir. Bak: a. g. e., sh. 81.

taksitle satışlarda tesadüf olunur. Hattâ mülkiyeti muhafaza şartı, taksitle satış olmaksızın pek de mutasavver değildir. Çünkü nihayet, mülkiyeti muhafaza şartı da rehin gibi, alacaklının hakkını temine yarayan bir müessesedir⁵².

Bilindiği gibi bize mehzadan farklı olarak alınmış olan Medenî Kanun madde 688 mucibince «başkasına naklettiği mülkiyeti nâkilin, uhdesinde hıfz için yapılan mukaveleler, ancak menkulü alan kimsenin ikametgâhındaki kâtibi adil tarafından tasdik ve sicilli mahsusuna kaydedilmişse muteber olur».

Halbuki bizim 688 inci maddeye tekabül eden mehazın 715 inci maddesi ise «müktesibe nakledilen menkul bir mal üzerinde mülkiyetin muhafazası, ancak müktesibin ikametgâhındaki icra memuru tarafından tutulan resmî sicilde kaydedildiği takdirde muteberdir.» şeklinde ifade olunmuştur. Sayın Profesör Halil Arslanlı'ya göre; «Türk Medenî Kanunu ile, İsviçre Medenî Kanununun ifade tarzı arasında iki mühim fark vardır: İsviçre Kanunu şartın mahiyeti hususunda sâkit iken, bizde kullanılan ibarelerden daha ziyade infisahî şarta meyledildiği müdafaa edilebilir.

İsviçre metninde mülkiyetin intikal ettiğinden bahis yoktur... Halbuki, Türk hukukunda mülkiyet alıcıya nakledilip bir şartla hıfzedilmektedir. Yani bizde evvelâ mülkiyet alıcıya intikal ediyor ve satıcı intikal etmiş olan mülkiyeti infisahî bir şartla uhdesinde mahfuz tutuyor»⁵³.

Buna mukabil diğer bir kısım müellifler⁵⁴, Alman Medenî Kanunundaki sarahate⁵⁵, ve mehaz metindeki ibareye uygun olarak, bizde de usulüne muvafık şekilde yapılmış olan⁵⁶, mülkiyeti muhafaza mukavelesi ile, satıcının, müşteriye teslim ettiği şey'in mülkiyetini kendi uhdesinde hıfzettiğini ve satış bedelini tamamen ödedikten sonra müşterinin

52) Mülkiyeti muhafaza şartıyla satışlarla rehin arasındaki farklar için bak: Halil Arslanlı, a. g. e., sh. 54.

Mülkiyeti muhafaza şartıyla satışlar için bilhassa bak: Halit K. Elbir, bu isimdeki Doçentlik tezi, (gayri müntesir); ve Prof. Schwarz, a. g. e., sh. 408.

53) Halil Arslanlı, a. g. e., sh. 55.

54) C. A. Gücün, a. g. e., Cilt II, sh. 20 ve devamı; keza Oser ve Curti de bu nev'i satışı tâlîki sayarlar.

55) B. G. B., Md. 455; «Menkul bir malın satıcısı mülkiyeti, semenin tamamen ödenmesine kadar muhafaza etmişse, tereddüt halinde mülkiyetin tamamen ödenmesine talîki şartıyla nakledildiği ve satıcının müşterinin temarrüdünde akitten rücu hakkını haiz olduğu kabul olunur».

56) Bu mukavelelerin en az yazılı şekilde yapıp noterce tasdik ve yine noterce tutulan sicille tescilli ile hükümleri tamam olur. Mülkiyeti muhafaza şartı hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslara müessir değildir.

mülkiyet hakkını iktisab etmiş olacağını, yani şartın talikî olduğunu ileri sürüyorlar. Şahsen biz de bu şartın talikî olduğu ve Türk kanun vazının bunu infisahî şarta çevirmek gayesiyle değil, sırf tercüme esnasında hasıl olan vuzuhsuzluk sebebiyle o tarzda ifade ettiği kanaatindeyiz. Ancak buradaki şartın (iltizamî safha) da değil, (temlikî safha) da yâni mülkiyetin alıcıya geçip geçmemesi safhasında olduğu göz önünde tutulursa, şuf'a hakkının istimali bakımından ortada tereddüde düşecek bir vaziyet olmadığı neticesine varılır. Zira akîd (iltizamî kısım bakımından) in'ikad etmiştir. Bu ise şuf'anın dermeyanı için kâfidir.

Demek oluyor ki, gerek talikî, gerek infisahî olsun bu nev'i satışlarda da aktin in'ikat etmiş bulunduğu şüphesiz olduğundan, şayet mülkiyeti muhafaza kaydiyle satılan şey, üzerinde şuf'a hakkı tesis edilmiş bulunan bir menkul ise, hükümleri bu şarta muallâk olarak şefi'in şuf'a hakkını kullanması mümkün olacaktır. Ancak, bilindiği üzere mevzuu menkul olan bir şuf'a hakkının sahibi, bu hakkını şey'i iktisap etmiş olan üçüncü şahıslara karşı dermeyan edemez; fakat buna rağmen denemez mi ki, «burada henüz şart tahakkuk edene kadar şey'in mülkiyetini bâyi muhafaza ettiğine göre, şefi'in hakkını istimali karşısında — Fransız hukukundaki aynen ifayı temin tarzından da istianede bulunarak — bâyi'in meşfuu şefie vermesi ve ondan sonra da müşteri ile olan borcunu tazmin yoluyla tasfiye etmesi» lâzımdır.

Buna kat'iyetle «evet» demek mümkün olmayacaktır. Çünkü bizde şahsî bir borcu, aynen eda imkânı caiz olsa bile, yerine getirmiyen borçluya Borçlar Kanunu madde 41 hükümlerini değil, belki sadece Borçlar Kanunu madde 96 ve müteakip hükümlerini tatbik imkânı kabul olunmaktadır.

Fakat ne olursa olsun, — yani sırf tazminat şeklinde de olsa — mülkiyeti muhafaza mukavelesinde de, şefi'in hakkını istimal edebileceği her halde kabul olunmalıdır.

g) *İhtiyari müzayede ile yapılan satışlarda şuf'a hakkının istimali :*

Şuf'a hâdisesinin ancak bâyi'in serbest rızasıyla meşfuu satmasında gerçekleşebileceği malûmdur. Satışın hususî bir nev'i olan müzayede ile bey'de şuf'a hakkının kullanılabilip kullanılamıyacağını tesbit içinse, bu vafın, yâni bayiin kendi arzusuyla, ihtiyariyle şeyi satmış olmasının o müzayedede bulunup bulunmadığını araştırmak lâzımdır.

Bilindiği gibi, müzayede ile satış da kendi arasında muhtelif neveler arzeder: Bir kısmı hususî müzayededir. Bunda tamamen mahdut şahıslar, aralarında yapacakları artırmanın şartlarını tesbit ederek ve içlerinden birisini müzayede işini icraya memur ederek, malı en ziyade pey sürene

birakırlar. Bilhassa izalei şuyu'un, hissedarların ittifakiyle sadece aralarında yapılacak artırma ile olması arzusu sulh hâkimi tarafından çok zaman bu usulle yerine getirilir. Bu tarz müzayede tamamen ihtiyaridir.

İkinci nev'i de ihtiyaridir. Fakat birincisi gibi hususî değil, umumî ve alenîdir. Bu sonuncusuna artırmayı işiten herkes iştirak edebilir. Bittabi iştirak için lâzım gelen şartlara riayet etmek kaydıyle...

Üçüncüsü ise, icra kanunlarına tevfikân icra dairelerinde yahut şüyuun izalesi zımında sulh mahkemelerinde veyahut da Tahsili Emval Kanunu mucibince idarî komisyonlar marifetiyle yapılan «cebrî müzayede» lerdir⁵⁷.

Cebrî müzayedelerde şuf'anın dermeyan olunamayacağını hemen aşağıda göreceğiz: Çünkü orada, bâyiin şey'i satmak hususunda serbest bir arzusu yoktur.

Buna mukabil ilk iki şekilde yani hususî veya alenî ihtiyarî müzayedelerde, mükellefin şey'i isteği ile satmak arzusu hâkimdir. Bu itibarla bu nev'i satışlarda da şuf'a hakkının kullanılacağı şüphesizdir⁵⁸.

Hattâ bu ihtiyarî ve alenî müzayedeyi şefiin işitmesi ve buna rağmen ihaleye iştirak etmemiş olması dahi, onun bilâhare şuf'a hakkını kullanmasına mâni değildir. Fakat bittabi sonradan hakkını istimal etmekle ihale şartlarını ve bedelini şefi kabul etmiş olmaktadır. Ve meşfuu da bu şerait dahilinde iktisap etmektedir⁵⁹.

Burada Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 571 ve 572 nci maddelerindeki (müzayede ile satış) faslındaki hükümlerden doğan tereddütlerle, onları izale eden tevhiği içtihat kararından da bahsetmek lâzımdır:

Malûmdur ki, H. U. M. K. Md. 571 «Menkul ve gayrimenkul malların müzayedesinin İcra Kanununa tevfikân yapılacağı» yolunda umumî bir kaide vazetmektedir. Bir usul kanunu olmasına rağmen, M. K. dan sonra kabul edilen ve mer'iyete giren bir kanun olarak, şu hükmün M. K. daki menkul ve gayrimenkul müzayedelerine müteallik kaidelerini tadil edip etmediği bir hayli tereddütlere yol açmış ve bilhassa H. U. M. K. Md. 572 deki, «K. M. nin 658 ve 659 uncu maddeleri mucibince sabit olan şuf'a hakkını nihayet, müzayede için yapılmış olan ilk ilân tarihinden bir ay zarfında kullanmak lâzımdır. Bu müddetin mürurundan sonra kullanılmaz» şeklindeki esaslar, şuf'a hakkının istimal müddetinin mebdeni tesbitte pek çok karışıklıkları intaç etmiştir.

57) C. A. Gücün, a. g. e., Cilt I, sh. 571; Cilt II, sh. 585.

58) Nitekim Y. H. G. K., T.: 24/2/932, 19/5 sayılı; 1. H. D., 2/2/930 T. ve 582 K.; 1. H. D. 1/10/1940 T. ve 547/2119 sayılı Temyiz kararları.

59) Allgäuer, a. g. e., sh. 119; Tahir Sebük, a. g. e., sh. 82.

Nihayet, 1940 tarihli bir tevhidî içtihat kararıyla⁶⁰, Yargıtay, usulün şu hükümlerinin şümul ve tatbik sahasını kat'î olarak tayin etmiştir. Bu kararında Yargıtay diyor ki: «H. U. M. K. Md. 571, icra ve iflâs muameleleri hakkındaki mevzular haricinde kalan, alenî artırmalar için vaz' olunmuştur. Yoksa para alacağını tahsil için haczedilen yahut iflâs masasına giren malların alacağı tahsil veya iflâs tasfiye için paraya çevrilmesine müteallik müzayedelerin İcra Kanununa tevfikeyan yapılması lüzumunu Muhakeme Usulleri Kanununda beyan etmek, hasılı tahsil kabilinden olurdu. Çünkü o gibi artırmalar doğrudan doğruya İcra ve İflâs Kanununun mevzuları dahilindedir. Kanunlar' abesle, yersiz, icapsız tekrarlarla iştigal etmez. Bu maddenin borç için mahcuz veyahut iflâs masasına dahil malların müzayedelerini istihdaf etmemiş olduğu bununla da zahirdir».

Böylece 571 inci maddenin şümul sahasını tayin eden, yâni icra kanununa tevfikeyan edilmeyen ihtiyarî müzayedelerin hepsi hakkında şuf'a hükümlerinin cereyan edeceğini belirten Yargıtay, yine aynı tevhidî içtihat kararında «alenî ve ihtiyarî müzayedelerde 572 nci maddenin de kabili tatbik olmadığını» tebarüz ettirmiştir. Deniyor ki: «... aktî ve kanunî şuf'a hakları, satışın öğrenildiği tarihten itibaren bir ay içinde kullanılabilir. Satıştan önce istimal edilmelerine lüzum ve imkân yoktur. İcra ve İflâs Kanununa tevfikeyan edilmeyen ihtiyarî artırmaların hepsi hakkında şuf'anın umumî hükümleri aynıyle cereyan eder. Bundan dolayı o gibi alenî ve ihtiyarî müzayedelerde de zikri geçen Usulün 572 nci maddesi hükmü tatbik olunamaz».

Netice şu oluyor ki, cebri müzayedelerde şuf'a cereyan etmemesine mukabil, ihtiyarî artırmalarda da umumî hükümler câri bulunmaktadır.

h) Artırma ve Eksiltme Kanununa göre yapılan satışlarda şuf'a hakkının istimali :

Umumî ve mülhak ve hususî bütçelerle idare edilen daireler namına alma, satma, yaptırma, keşif, icar, isticar v. s. işlerin yapılmasında tatbik olunacak hükümleri muhtevî bulunan ve 2 Haziran 1934 tarih ve 2490 sayılı olan bu kanun mucibince yapılan satışlarda — bunlar gerek müzayedede, gerek münakasa ve hattâ gerek pazarlık suretiyle olsun — şuf'a hakkının cereyan edeceği biraz önce zikri geçen 1940 tarihli tevhidî içtihat kararında musarrahtır:

«Artırma ve Eksiltme Kanununa göre yapılan gayrimenkul satışları sırf ihtiyarî satıştan olmakla beraber, 571 inci maddenin hükmü haricinde

60) Y. Tev. İct. K., T.: 4/5/940 ve 57/17 K. No., Res. Gaz. 11/5/940

cereyan eder. Bunların ihtiyarî satış mahiyetinden dolayı M. K. Md. 658, 659 da yazılı şuf'a hükümlerine tâbi olduğunda şüphe yoktur...»

Binaenaleyh Hazinesinin ihtiyariyle sattığı bil'ümum satışlarda ve bu meyanda 2490 sayılı kanuna göre yaptığı müzayedelerde vesairede, — şayet varsa — hissedar şahsın kanunî şuf'a hakkını usulü dairesinde kullanacağında da hiç bir tereddüde düşmemek lâzımdır.

i) *Ankara İmar Kanunu ile şüyûlandırılmış olan arsaların satışında şuf'a hakkının istimali :*

1351 numaralı ve 28/5/928 tarihli Ankara İmar Müdüriyeti Teşkili hakkındaki kanuna müzeyyel 1663 sayılı kanuna eklenen 2289 sayılı kanunun birinci maddesi: «tasdikli ve kat'î imar plânı mucibince yol açılması yüzünden kamulaştırılan bina ve arsaların yola giden parçalarından artan kısımlarla o yerlerdeki imar plânına göre bina yapılması mümkün olmıyan arsaları, yanındaki arsa ve binalarla şüyûlandırarak birleştirmeğe İmar Müdürlüğünü selâhiyetli» kılmış, fakat yine aynı kanun bu suretle hasil olan şüyûun devamına — M. K. Md. 627 deki istisnâ vaziyetler bulunmadıkça — tarafların icbar edilemeyeceğini, bu itibarla şüyûlandırılan yerlerin ya aralarında veya mahkemeye müracaatla altı ay içinde şüyûunu izâle ettirmelerinin İmar Müdürlüğü tarafından hissedarlara tebliğ olunacağını ve hissedarlar şüyûu izâle etmedikleri takdirde İmar Müdürlüğü tarafından bu hususun, bir hissedar gibi, açacağı «Şüyûu izâle dâvası» ile temin edilebileceğini ikinci maddesinde tasrih etmiştir.

Bahsimizi ilgilendiren hükümlerini böylece tebarüz ettirdiğimiz 2289 numaralı kanun ile hasil olan şüyû, acaba kanunî şuf'a hakkının câri bulunduğu M. K. Md. 659 anlamındaki bir «müşterek mülkiyet münasebeti» midir, yoksa buradaki müştereklikte ayrı bir hususiyet mi mevcuttur? Binaenaleyh şüyûa dahil edilmiş olan gayrimenkul maliklerinden her hangi birisi şâyi hissesini üçüncü bir şahsa sattığı takdirde, diğer hissedarlar o şahsa karşı kanunî şuf'a hakkını dermeyan edemeyecekler midir?

Yargıtay'ın 3/4/1946 tarihine kadarki içtihadında bu hususta tam bir ittihat ve istikrara rastlamak maalesef mümkün olmuyordu. Bu suretle, müstakillen tasarruf olunan gayrimenkullerin bilâhare mahsus kanunu ile şüyûlandırılması halinde doğan bu müşterek mülkiyette de kanunî şuf'a hakkının câri bulunacağı yolundaki içtihatlarla ve hattâ genel kurul kararlarına dahi tesadüf ettiğimiz gibi⁶¹⁾, aksi fikirde olan daire ve genel kurul içtihatları ile de karşılaşabiliyorduk. Bu aksi görüşte

61) Y. H. G. K., 15/2/939 T. ve 18/69 Es. ve 13 K. sayılı içtihat.

olanların mucip sebepleri: «İmar idaresince yapılan şüyûun, aslı olmayıp, arızî ve muvakkat olduğu ve bu şüyûun tapu sicilinde mukayyet bulunmadığı için şuf'a hakkının cereyan edemiyeceği» mülâhazasına istinat ediyordu⁶².

Nihayet 1946 tarihli bir tevhidî içtihat kararı⁶³, mes'eleyi bu nev'i şüyûlandırımlarda da kanunî şuf'a hakkının cereyan edeceği yolunda müsbet bir neticeye bağlamıştır; Yargıtay bu isabetli içtihadında diyor ki: «Bu suretle ayrı ayrı tasarruf olunan iki gayrimenkul şüyûlandırılarak bir gayrimenkul haline girdikten sonra bunların sahipleri arasında da bu kanun, hissedarlığın vücut bulacağını emretmektedir.

Kanun emir ve icabı olarak birleştirilen gayrimenkullerin sahipleri arasında bu yerlerin her şâyi cüz'ünde, karşılıklı ve yüz ölçüleri nisbetinde hasıl olacak iştirak, Medenî Kanununun müşterek mülkiyet hükümlerine tâbî bulunur. Bu hükümler gereğince hissedarlar, bu şüyûdan doğan müşterekliği sürdürmeğe zorlanamazlar ve Medenî Kanununun 627 nci maddesindeki hal mevcut olmadıkça şüyûun giderilmesini isteyebilirler. Bahse konu olan şüyû hususî kanundan doğma olduğundan bu cihetin tapu kütüğüne henüz geçirilip geçirilmemiş olması da şüyûun giderilmesi hakkını kullanmağa tesir etmez.

Şimdi, böylece hissedarlık hasıl olduktan ve o iki gayrimenkul müşterek bir hale geldikten sonra hissedarlardan biri kendi hissesini üçüncü şahsa yani yabancı bir kimseye sattığı takdirde M. K. 659 hükmünce diğer hissedar veya hissedarların kanunî şuf'a haklarının da doğmuş olacağına 3/4/946 tarihinde 2/3 çoğunlukla karar verildi».

Tevhidî içtihadın esbabı mucibesini nakle başlamadan önce de tavsif ettiğimiz gibi karar «isabetli» dir. Çünkü vaktiyle müstakil mülkiyete mevzû olsalar bile, birleştirilen gayrimenkullerden her biri, şüyûlandırma neticesi olarak, şahsiyetlerini kaybetmiş ve tek bir parselin şâyi bir cüz'ü haline girmişlerdir. Bu itibarla artık ortada müstakil gayrimenkuller değil, muhtelif şahısların şâyi hisseleri bulunan tek bir gayrimenkul mevcuttur.

Şuf'a hakkının ihdas gayelerinden biri ve hattâ başlıcası da, bu şâyi hisseleri bir tek şahısta toplatarak, tekrar müstakil bir mülkiyet halini yaratmaktır.

2289 numaralı kanunda 6 ay sonra nasıl olsa mevcut şüyû halinin izale edileceği yolundaki sarahat da kanunî şuf'a hakkının bu arada kullanılmasına mâni olamaz. Zira kanunî şuf'a hakkını tanzim eden M. K.

62, 63) Y. Tev. İct. K. 3/4/946 T. ve No.: 7, «Ad. Bak. İct. Birleştirme Kurulu kararlarından, sh. 236».

Md. 659 da hasıl olmuş olan müşterek mülkiyet münasebetinin devamlı olması gerekeceğine dair hiç bir kayıt yoktur. Hattâ M. K. Md. 627 deki «devamlı bir maksada tahsis» veya «talep münasip olmıyan bir zamanda yapılamaz» yahut «idameî şüyû mukavelesi olması» istisnalarına uyan bir durum bulunmadıkça, her müşterek mülkiyet münasebetinde hissedarlar şüyûun izalesini her zaman isteyebilirler. Fakat buna rağmen hepsinde de kanunî şuf'a hakkı tanınmıştır.

Bunların tapuya bu şekilde müseccel olmamış bulunmaları da şuf'a hakkının istimaline mâni olamaz. Çünkü bir kere her hissedarın, esasen müşterek malik iken tapuda mevcut olan tescilleri bâki bulunmaktadır. Saniyen M. K. Md. 922/2 deki «iktisap eden kimse, kanuna, kaziyei muhkemeye yahut buna muadil bir vesikaya istinat etmekte ise, bu beyana hacet yoktur» hükmüne, kıyasen, istinat etmekte mümkündür. Fakat asıl bu hususî bir kanunla hasıl olmuş bir şüyûlandırma ve o mahsus kanun, şüyûun doğabilmesi için her birinin hisselerinin birleştirilerek müşterek mülkiyet halinde tapunun bir sahifesine tescil olunacağına dair bir şart da ihtiva etmemektedir.

3 — Trampa'da şuf'a hakkının cereyan edip edemeyeceği meselesi:

Acaba şuf'a hâdisesi bir «Trampa aktinde» de gerçekleşebilecek midir? Yoksa mutlak surette şuf'anın ancak bey aktinde dermeyan edileceği tezini mi kabul etmek icap edecektir? Malûm olduğu üzere şuf'a hâdisesinin «Bâyiin ihtiyari ile bir üçüncü şahsa meşfuu satması ve bunu yaparken asıl gayesinin de diğer âkit'in şahsı ve hususiyetlerinden ziyade, *icabında şefiün de yerine getirebileceği mahiyette olan* mukabil bir edayı elde etmek düşüncesinin mevcudiyeti halinde» gerçekleşeceği bugünkü hâkim telâkkinin bir ifadesidir.

Bey' aktinin bariz vasfı onun «Semen mukabilinde bir mal mübadelesi olması»dır. Bu itibarla belki bey'in en iptidai şekli olmasına ve hattâ bugün bile «bey' hükümlerinin trampada da tatbik olunacağı» bir kanun hükmü bulunmasına rağmen⁶⁴, «mal mukabilinde bir mal mübadelesi» veyahut «semen mukabilinde semen mübadelesinden» ibaret bulunan⁶⁵, trampa kat'iyen bir bey değildir. Binaenaleyh, buna rağmen trampada şuf'a hakkının cereyan edip etmeyeceği meselesini halle çalışırken dikkat edeceğimiz nokta, şuf'a mükellefinin meşfuu verme pahasına elde etmek istediği mukabil edanın şefi tarafından da icabında yerine getirilebilecek mahiyette olup olmadığını tayin hususudur.

64) Bak: Borçlar Ka. Md. 232.

65) Halil Arslanlı, a. g. e., sh. 16.

Gerek Temyiz Mahkemesi⁶⁶, gerek muhtelif müellifler⁶⁷, trampanın bu vasfı haiz olup olmadığı noktasında hiç durmaksızın doğrudan doğruya «şuf'a hakkının trampada cereyan edemeyeceği» içtihadında bulunmaktadırlar. Gerçi, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 23/1/938 tarihli bir kararında «Gayri mübadil bonosu ile satın alınan bir gayrimenkul hissesinin, şefi tarafından, aynı miktar bono ile ve şuf'a çerçevesi içinde tekemmülünü» kabul etmekte ise de, Yargıtay'ın gayri mübadil bonosunun mahiyeti hakkındaki düşünceleri, bu içtihadta pek tebellür eylemiş sayılamıyacağından, buna istinaden Temyizin trampada da şuf'anın cereyanını kabul ettiği söylenemez⁶⁸.

Her halde kabul etmek lâzımdır ki, satışta, tediye yolundaki temlikte ve kullanılan tâbirler her ne olursa olsun bu kabil mahiyetler arzeden bütün tasarruflarda şuf'a cereyan etmektedir. Binaenaleyh, meselâ altın çubuk, kıymetli evrak gibi, meşfua mukabil verilen malın para ile kabili takdir ve tebdil olması mümkün bulunan trampalarda, daha umumî bir tâbirle mukabil edanın mevzuu misliyattan olan trampalarda da şuf'a hakkının câri olacağını kabul etmek lâzımdır.

Buna mukabil alelâde trampalarda şuf'a hakkının istimal edilemeyeceği tabiidir.

Netice şu oluyor ki, trampada mutlak olarak şuf'a hakkı cereyan eder, yahut etmez şeklinde bir kaide vaz'etmekten ise, her trampa halini bir «vakıa» olarak ele almak ve onun alelâde mi, yoksa — eğer tâbir caizse — fevkalâde mi trampa sayılacağı meselesini tayin ettikten sonra, birincisine ithal edilenlerde şuf'a hakkının câri olmayacağını, ikincisine katılanlarda ise şuf'anın cereyan edeceğini kabul eylemek lâzımdır. Bu iki nev'i ayırmak için başvurulacak kıstas ise «mukabil ayn'ın para ile tebdil yahut aynını şefiin tedarik imkânı bulunup bulunmaması ve böyle bir değiştirmeden şuf'a mükellefinin hukukunun muhtel olup olmaması»ndan ibarettir.

Hattâ şu kaideyi daha da umumileştirerek diyeceğiz ki, «kısmen bey' ve trampada veya kısmen bey' ve hibe gibi muhtelit akitlerde de bey' mahiyetinin gelip olup olmadığı yargıç tarafından takdir olunmalı ve eğer bey' mahiyetinin galip geldiği anlaşılırsa şuf'a hakkının bu ivazlı temlikî tasarrufta da cereyan edeceği kabul edilmelidir»⁶⁹.

66) Y. 1, H. D., 14/1/936 tarihli kararı (C. A. Gücün, a. g. e., sh. 161 C. I).

67) Carti et Forrer, a. g. e., Md. 681, not 10; Haab, a. g. e., sh. 424.

68) Mulin Küley, Şuf'a hakkının istimal sahası, Ankara Barosu Dergisi, C. V, sayı 49-50, yıl 1948.

69) Ezcümle bak: T. Sebük, a. g. e., sh. 87; Rossel et Mentha, C. III, No. 1277.

II. ŞUF'A HAKKININ KULLANILMASI MÜMKÜN OLMAYAN HALLER:

1 — Hissedarlar arasındaki satış :

Bizim için bir inkilâp hükmü olan ⁷⁰, «hissedarlar arasındaki satışta diğer hissedarların kanunî şuf'a haklarını istimal edemeyecekleri» prensibi memleketimizde, mehazdaki kadar kolay yerleşememiştir. Buna sebep te, M. K. Md. 659 daki: «Bir gayrimenkulün hissedarları onun şâyi bir hissesini satın alan üçüncü şahsa karşı kanunî şuf'a hakkını haizdir» cümlesindeki «*üçüncü şahıs*» tâbirinin hissedar olsun, olmasın, şefiden gayri bir şahıs olarak da tefsirine müsait bulunmasıdır. Bu elâstikiyete «eski hukukumuzda hissedarlar arasında da şuf'anın dermeyeran edilebileceği» prensibine olan alışkanlık ta eklenirse, Yargıtay'ın neden uzun bir müddet böyle bir tefsir yolunu takip ettiği daha kolaylıkla anlaşılabilir.

Filhakika, «hissedarlar arasında da kanunî şuf'a hakkı cereyan eder ve bu takdirde meşfu, hissedarların adedi rûûsuna göre, mütesaviyen tescil olunur» tarzında Yargıtay Birinci Hukuk Dairesinden sadır olmuş ve hattâ Hukuk Umumî Hey'etince de tasvip edilmiş kârarlara yakın zamanlara kadar rastlamak mümkün oluyordu ⁷¹.

Halbuki bu içtihadın, bugünkü şuf'a hakkının mahiyet ve gayesile bağdaşacak bir tarafı yoktu. Zira, şuf'a hakkının iki mühim ihdas sebebinin de hissedarlar arasındaki satışlarda bulmak imkânsızdır. Bir kere şuf'a hakkı, yabancıların müşterek mülkiyet münasebetine ve binnetice çok zaman yakın akraba veya ehibbadan ibaret bulunan şahıslar arasına girmesine mani olmak için kabul olunmuştur. Hissedarlar arasındaki satışlarda ise, araya giren yabancı bir şahıs yoktur. Sonra yine şuf'a hakkı müşterek mülkiyet şekline imkân nisbetinde çabuk son vermek düşüncesinin bir mahsulüdür. Şâyi hissedarlardan meselâ ikisi arasında yapılan bir satış aktine diğerlerinin kanunî şuf'a haklarını kullanmak suretiyle katılmalarına müsaade etmek, hem de meşfu bunlar arasında adedi rûûsa göre tevzi etmek ise, bu gayeye yaklaşmaktan çok, uzaklaşmayı icap ettirir.

Böylece hakkın ihdas sebeplerine de uymayan bu tefsir tarzı esasen, kanun vazunun maksadına tekabül etmemekteydi. Zira mehazın almanca metninde kullanılan «hissedar olmadığı halde bir hisseî şâyia iktisap

70) Zira Mecellede hissedarlar arasındaki satışlarda da şuf'a hakkı cari idi.

71) C. A. Gücün, Cilt I, sh. 159.

eden kimse» tâbiri⁷², buradaki, üçüncü şahıstan kastolunan kimsenin (hissedarlardan gayri bir üçüncü şahıs) olduğunu gayet açık bir şekilde gösteriyor.

Nihayet Yargıtay bütün bu mülâhazaları göz önünde tutarak 1939 dan itibaren «bu maddedeki şahsı sâlis'ten maksat, hissedar olmıyan bir şahıstır» içtihadına varmış⁷³, ve bunda haklı olarak karar kılmıştır. Böylece artık kat'iyetle söyleyebiliyoruz ki, bizde de hissedarlar arasındaki satışlarda kanunî şuf'a hakkının dermeyeran olunamayacağı gerek doktrin, gerek jürisprüdans tarafından kabul ve tatbik olunmaktadır.

2 — Cebri müzayedeler :

İhtiyarî müzayede yolile yapılan satışlarda şuf'a hakkının istimalî meselesinde de belirttiğimiz gibi, cebri müzayedelerde şuf'a hakkının dermeyeran olunamayacağı fikri bugün nazariyat ve tatbikatın hâkim görüşünü teşkil etmektedir⁷⁴. Mehzada fazla tereddütlere düşülmeden benimsenen bu esas, bizde de eğer H. U. M. K. nun 572 nci maddesi olmasaydı, belki bu derece geç ve güç bir şekilde tutunmuş bulunmıyacaktı.

Filhakika Federal Mahkeme, uzun esbabı mucibeli bir kararında, cebri müzayedelerde şuf'a hakkının niçin dermeyeran edilemeyeceğini çok güzel bir tarzda tahlil ve tebarüz ettirmiştir⁷⁵. Federal Mahkeme bu uzun kararında işe evvelâ tapuya şerh verilmemiş akti şuf'a ile şerhli şuf'a arasında mâna ve mahiyet bakımından bir fark olup olmadığı sualini cevaplandırmakla girişiyor ve netice olarak diyor ki: «Şerh, şuf'a hakkının mânasını genişletmez. Sadece evvelce vücut bulmuş olan bir hakka takviyeli bir himaye bahşeder ve böylece hak, yalnız malike karşı değil, aynı zamanda bilâhare bu gayrimenkul üzerinde mülkiyet iktisap edecek müstakbel maliklere karşı da dermeyeran olunabilir».

Bu suretle şuf'a hakkının bu iki nev'inde mahiyet bakımından değil, nihayet şümül bakımından bir fark bulunduğuna işaret eden Federal Mahkeme, evvelâ şerh verilmemiş bir şuf'a hakkı sahibinin durumunu

72) Muin Küley, a. g. makale, ayrı bası, sh. 9.

73) Y. H. G. K., 19/4/939 T. ve 36/17 sayılı içtihadı ile bu yol tutulmuş ve onu 1. H. D., 27/6/940 T. ve 96/1649 sayılı; 6/10/941 ve 2498/2051 T. sayılı kararlarıyla takip etmiş ve Genel Kurul 15/10/941 T.ii bir kararı ile de eski içtihadını teyit eylemiştir.

74) Schmid, a. g. e., sh. 77-78; Vaucher, Les droits de préemption, d'emption et de réméré du ccs. 1916, sh. 143-144; Wieland, a. g. e., sh: 272; Homberger, Droit de préemption, Fiche Juridique, Suisse 1942, No. 431; Rossel, a. g. e., C. III, No. 1278.

75) JdT. 1920, sh. 34.

ele alıyor: «Müzayede yoluyla satışa arzedilen bir gayrimenkulün mülkiyeti tapuya tescile hacet olmadan ihale ile intikal eyliyeceğinden şefiin, satılan gayrimenkulün mülkiyetine mütedair iddiası — şerh verilmemiş olan bir şuf'a hakkı, yalnız asıl malike dermeyan olunabilip üçüncü şahıslara karşı ileri sürülemediğinden — müzayede ile şey'i satın almış olan yeni müktesip tarafından da reddolunacaktır».

Belki müzayede ile malı satın alan aleyhine de böyle bir iddianın akten ileri sürülebileceği, yani gayrimenkulü ihale ile alan kimse tarafından da şuf'a mükellefiyetinin ifa olunacağına dair bir kaydın, şuf'a borçlusu tarafından müzayede kaimesine dercedilmesi ihtimali üzerinde de durulabilirdi. Eğer böyle bir kaydın müzayede şartnamesine konması mümkün olsaydı... Filhakika Federal Mahkeme «ancak bizzat gayrimenkule tahmil edilmiş olan mükellefiyetlerin müzayede kaimesine konabileceğini, binaenaleyh borçlunun şahsını alâkadar eden mükellefiyetlerin konamayacağını» tasrih ettikten sonra diyor ki: «Bununla beraber bu ihtilâfta şerh verilmemiş olan şuf'anın her türlü mânadan mahrum olduğu neticesine de varılamaz. Böyle bir şuf'a hakkı tamamiyle şahsî olan bir borç tevhit eder. Ve şey'in mülkiyetini bazı şartlar altında şefie temin etmek mecburiyetinde olan malik, bu şartların tahakkuk eylemesine rağmen taahhüdünü yerine getiremezse, hukukun umumî prensiplerine karşı, âkit'e tazminat vermek zorunda kalacaktır».

İşte asıl mesele şey'in mülkiyetinden cebrî bir müzayede sonunda mahrum kalmış olan malikin de şu tazmin borcu ile mükellef olup olmadığını tayinde toplanmaktadır. Hattâ Federal Mahkemeye göre, şerhli şuf'aya da şâmil olmak üzere denilebilir ki, «bir şuf'a hakkı bahşeden malik dahi — ki meşfu gayrimenkulü bir icra satışı neticesinde elinden çıkarmak zorunda kalmıştır —, şefii tatmin etmek mecburiyetindedir. Zira hak sahibi, gayrimenkulün haczen ve müzayede ile satılması neticesinde hakkı hiyarını kullanamaz bir hale gelmiştir. Ve şuf'a mükellefi, borcun ifasının imkânsız bir hale geldiğini de ileri süremez. Çünkü bu haczi intaç eden malî durumun bu derece fenalaşmış olmasından, hacze sebep olacak bir vaziyet ihdasından kendisi mes'uldür».

Bazı, hattâ ekseri müellifler tarafından benimsenen bu düşünceler Federal Mahkemenin de zihninden geçmiyor değil; fakat böyle bir hareket hattının ihtiyarından doğacak ağır neticelere işaretle diyor ki: «hak sahibini bu şartlar içerisinde tatmin etmek yani ona tazminat vermek, pek bariz bir haksızlığı tazammun eder. Böyle bir tazmin borcu belki alelâde bir satış halinde pek tabiidir. Zira böyle bir mukavele derhal icra olunmak veya hemen yakınlarda icra edilmek maksadiyle yapılmıştır. Satıcı bu icra borcunu yerine getirip getirmeyeceğini takdir edecek durum-

dadır. Halbuki şuf'a hakkı, sureti umumiyede uzun bir devre için tanınmış olduğundan mükellef, hem bu uzun devre zarfında aciz haline düşüp düşmeyeceğini bidayette kolayca tayin edemeyecek, hem de şayet düşerse bundan dolayı sorumlu sayılacak olunca, bu devre zarfında gayrimenkulün haczedilmemesini temin durumunda kalacaktır».

Şüphesiz böyle bir taahhüt ve borç malik hakkında fevkalâde ağır olacak ve esasen bu netice, şuf'a hakkının tazammun ettiği şumul ile de tezat husule getirecektir. Çünkü Federal Mahkemenin bilhassa işaret ettiği gibi, şuf'a hakkı (Droit de préemption) tâbiri malikin hak sahibine, yalnız şey'in üçüncü bir şahsa satılması takdirinde bir rüçhan hakkını tanıdığını ifade eder. Yoksa şuf'a hakkı, mahiyeti itibariyle bütün intikallere karşı şefi için bahşedilmiş bir himaye değildir. Burada malik tarafından deruhte edilmiş Potestatif bir şarta tâbi bir borç, bir iradenin tahdidi bahis mevzuudur. Yani malik şey'i sonradan kendi ihtiyariyle satmağa karar verirse hak sahibine — o da talep üzerine — diğer alıcılara nazaran bir tercih hakkı tanımaktan ibarettir. Buna ilâveten, bu hakkın içinde bir de (malikin, alacaklılarının bu gayrimenkulü icabında sattıramıyacakları şeklinde teminatı mutazammın bir taahhüdü de) bulunduğu istidlâl olunamaz.

Kaldı ki, hakikatte gayrimenkulün malikin alacaklıları lehine olarak haczen satılması halinde, kelimenin çıplak mânasıyla — şuf'a hâdisesini gerçekleştiren — bir (satış) aktinin bulunmadığını ve gayrimenkulün elinden âmme hukuku tarafından adeta zorla alındığını gözden uzak tutmamak lâzımdır.

Bütün bu mülâhazalar şerh verilmemiş şuf'a hakkı için olduğu kadar şerhlisi için de aynen varittir. Zira şerh verme keyfiyeti hakkın istimal şartları üzerinde bir tahavvül husule getirmemekte, sadece buna riayet etme mecburiyetinde olan şahısların miktar ve sahasını arttırmaktadır.

Diğer pratik mülâhazalar da cebri müzayedelerde şuf'a hakkının dermeyan edilemeyeceği prensibinin kabulünü zarurî kılar. Çünkü müzayedeye iştirak eden her şahsın satın almak istediği şey'in, muamele tamam olduktan sonra elinden geri alınacağı tehlikesine maruz kalacaksa, yapılan arttırma elbette matlup neticeyi vermiyecektir. Çünkü ipotekli alacaklıdan başka hiç kimse, sonunda böyle bir tehlikesi olan müzayedeli satışın bütün icaplarının yerine getirilmesini yani lüzumsuz emek ve lüzumsuz masraflar yapmayı istemeyecektir. Bu mahzur Federal Mahkemeye göre, ihalenin şarta muallâk olarak, yani hak sahibinin bir müddet zarfında bu hakkı istimal edebileceğinin mahfuz bulundurulması suretiyle de bertaraf edilemez. Çünkü böyle bir şartın koşulması şayanı kabul olsa

dahi, ihaleye katılanlar aldıkları şey'in ellerinden — o müddet içinde bile olsa — geri alınabileceği hususunda yine tereddüt içinde olacaklardır.

Nihayet cebri de olsa, satış aleni olduğu için, şefiin hukuku tamamen ihmal edilmiş de sayılamaz. İlân yoluyla müzayededen haberdar olan şefi, artırmaya iştirak ederek meşfuu yine elde etmek imkânına kavuşabilir⁷⁶.

Sıralanan bütün bu sebepler cebri müzayedelerde şuf'a hakkının dermeyeran edilemeyeceği hususundaki isabeti belirtmeğe kâfidir. Ve zannımızca Haab'ın⁷⁷, görüşü hilâfına, bu kaide — bilhassa bizde — aynen kanunî şuf'ada da câri olmalıdır. Çünkü orada da hakkın istimal şeraitini farklı kaidelere tâbi tutacak bir ayrılık yoktur⁷⁸.

76) Nitekim B. G. B., Md. 1098 de, «İflâs masasınca şey'in rızaen (pazarlıkla) satılması halinde dahi şuf'a hakkının kullanılabilmesi yolundaki aynı şuf'aya müteallik istisnası hariç, 512 nci maddesinde: Şuf'a hakkının icra marifetiyle yahut iflâs masası tarafından yapılan satışlarda mevzuubahis olamayacağını tasrih etmiştir.

A. B. G. B. ise Md. 1076 da, şöyle bir hüküm vaz'etmektedir: Şuf'a hakkı ile takyit edilmiş olan şeylerin mahkeme yoluyla aleni müzayedede satışa vaz'edilmesi halinde şuf'a hakkı, resmi sicillere mukayyet alâkahı satışa davet ettirmekten başka bir hükmü hatiz değildir.

77) Haab, a. g. e., sh. 424.

78) Ancak Federal Mahkemenin bu kararının akti şuf'aya müteallik olduğunu ve kanunî şuf'adan hiç bahsetmediğini söyleyen Fikret Arık, Haab'ın görüşüne de katılarak — zira Haab, kanunî şuf'a hakkının akti şuf'a ile olan farklarını sayarken kanunî şuf'a hakkının cebri müzayedelerde de dermeyeran edilebileceğini bilhassa tasrih eder —; ve 23/Nisan/1920 tarihli Federal Mahkeme Nizamnamesinin 2. nci maddesini takiben aynı mahkemenin 7/İlktegrin/1920 tarihli talimatının 32 nci bendinde (kanunî şuf'a hakkının cebri icra halinde cereyan edeceğini gösteren hükümleri bulunduğu) bahsile, kanunî şuf'a hakkının cebri müzayedelerde de câri olması temayülünü ihsas eder. Bak: Fikret Arık, Şuf'a hakkı üzerinde bir inceleme, Ad. D., 1943, sayı 9, sh. 824.

Hususiyle Homberger de (akti bir şuf'a hakkı sahibinin bu hakkını cebri icra suretiyle paraya çevirme halinde ve binnetice müzayedede suretiyle satışta kullanılmadığını kabul etmekte olmasına mukabil, müşterek maliklerin müzayededen ve kanunî şuf'a haklarını dermeyeran edebilecekleri keyfiyetinden haberdar edilmeleri gerektiğini ve bunlar, en yüksek teklifin yapılmasından sonra satıştaki şartlarla ve teklif edilmiş olan en yüksek bedelle kendilerini müşterek mülkiyet hissesinin müktesibi olarak bildirirlerse, ihalenin onlar lehine yapılacağını) söyler. Homberger, a. g. mak. sh. 5.

Rossel ve Mentha ise; ilk tab'ılarında cebri icra ve menafii umumîye için istimlak hallerinde de şuf'a hakkının dermeyeran edilebileceği tezini müdafaa etmişlerse de, ikinci tab'ılarında bu fikirlerinden «kanunun müzayedede şeklinde olsun, olmasın, iradî bir bey fikrinden hareket ettiği mülâhazası ile» vazgeçmişlerdir. Rossel et Mentha, a. g. e., Cilt III, sh. 103, Madde 681 şerhi.

Bununla beraber Türk - İsviçre medenî hukuk sistemi cephesinden vardığımız bu netice, yukarda da belirttiğimiz gibi, H. U. M. K. Md. 572 deki bir hükümle bizim memleket için vüzhunu kaybetmiş ve 1940'a kadar süren tereddütlü bir havanın esmesine sebep teşkil etmiştir⁷⁹. Fakat muhtevasını ihtiyarî müzayedelerdeki şuf'a bahsinde naklettiğimiz Yargıtay'ın 4/5/1940 tarih ve 57/17 sayılı tevhidî içtihat kararından sonra mes'ele pratik bir hal tarzına bağlanmış ve 572 nci maddenin cebri müzayedelerde şuf'anın cereyan edeceğini ifade eden ve Kanunu Medeniye tadil eden bir madde olmadığı neticesine varılmıştır.

Acaba bu sonuca, yani ihtiyarî müzayedelerin umumî hükümlere tâbi olarak şuf'a hâdisesini gerçekleştirdiği, cebri müzayedelerde ise şuf'a hakkının hiç cereyan etmediği esasına varıldıktan sonra, Usulün «Kanunu Medenin 658 ve 659 uncu maddeleri mucibince *sabit olan şuf'a hakkını* nihayet, müzayede ile yapılmış olan ilk ilân tarihinden bir ay zarfında kullanmak lâzımdır. Bu müddetin mürurundan sonra kullanılamaz», şeklindeki 572 nci maddesinin hiç tatbik sahası kalmadığı neticesine mi varacağız?

Bu madde ki, Yargıtay'ın adı geçen tevhidî içtihat kararında bilhassa belirtildiği gibi, «İcra ve iflâs muameleleri hakkındaki mevzular haricinde kalan alenî artırmalar için vaz'edilmiş olan 571 inci maddenin istihdaf ettiği müzayedelerden, gayrimenkullere taallük edenlerine mahsus olmak üzere» vaz' olunmuştur.

Gerek Cevad Abdürrahim Gücün⁸⁰, gerek Yargıtay'ın mezkûr tevhidî içtihat kararını gayet hararetle tasvib eden Reşat Atabek⁸¹, bu içtihatla Usulün 572 nci maddesinin tatbik mahalli kalmadığını bilhassa tebarüz ettirmektedirler.

Buna mukabil muhterem hocam Mustafa Reşit Belgesay ve bilhassa sayın Muin Küley⁸², «adı geçen tevhidî içtihat kararını gerek bâyi, gerek müşterinin borçlarından dolayı yapılacak bütün cebri müzayede hallerine teşmil etmenin hem (müktesep hak mefhumu) ile, hem de (kanun vazının maksadı) ile kabili telif olmadığını ileri sürerek şöyle bir tahlil ve hal tarzı teklif etmektedirler:

Meşfû ya henüz şuf'a mükellefinin mülkiyetinde iken, onun alacaklıları tarafından yapılan bir icra veya iflâs takibatı sonunda cebri müza-

79) Ezcümle Y. H. G. K., 7/2/932 ve III. H. D., 4/8/937 t. kararları cebri müzayedelerde de şuf'a hakkının dermeyan edilebileceğini iltizam ediyordu.

80) C. A. Gücün, a. g. e., Cilt I, sh. 164.

81) Reşat Atabek, Şuf'a hakkı, İst. Baro Mec., 1940, sh. 732.

82) M. Reşit Belgesay, Mahkeme İctihatları, İst. 1939, sh. 91-92 ve Muin Küley, a. g. makale, ayrı bası, sh. 6-7.

yede ile satılmıştır. Bu halde şefiin hakkını istimal imkânına sahip bulunmadığını epeyce uzayan maruzatımızla tebarüz ettirmiş sayılırız. Yargıtay'ın tevhidî içtihadını burada bütün şümülû ile tasvîb etmekte de kimse tereddüt edemez.

Buna mukabil, malik meşfuu ihtiyariyle üçüncü bir şahsa satmış fakat şefi henüz hakkını istimal etmeden ve hattâ ettikten sonra bile, bu yeni müktesibin borçlarından dolayı gayrimenkul cebri müzayede ile bir diğer şahsa satılmış olursa Usulün 572 nci maddesinin bu halde de tatbik kabiliyeti olmayacağını söylemek yani böyle bir cebri müzayede sonunda da şuf'a hakkının artık dermeyeran edilemeyeceğini ileri sürmek doğru olamaz. Zira şuf'a hâdisesi, malikin şey'i serbestçe satışında tahakkuk etmiştir ve çok muhtemelen şefiin hakkı şuf'ası sabit olmuştur. H. U. M. K. nun 572 nci maddesinde ise, esasen «sabit olan şuf'a hakları» n-dan bahsedilmektedir.

İşte Muin Küley'e göre Usulün 572 nci maddesinin tatbik yeri burasıdır. Binaenaleyh, mezkûr hükmün hiç bir uygulama sahası kalmadığını iddia etmekte isabet yoktur.

Nitekim Wieland dahi⁸³, Medenî Kanun madde 919/2 den istianede bulunarak «Şuf'a hakkının tesisinden sonra, gayrimenkulün bir rehin hakkı ile takyit edilmesi ve bir rehnin paraya çevrilmesi yolile yapılan takip neticesinde müzayede ile satılması halinde de şefiin hakkının sonradan da dermeyeran edilebileceği istintaç olunur» der; Muin Küley ise, H. U. M. K. Md. 572 nin daha ileri bir hükmü bile tasvip etmekte olduğu neticesine varır.

Her halde, daha şefiin şuf'a hakkını dermeyeran imkânı zail olmadan, meşfuun müşterinin eline geçer geçmez böyle bir müzayedeye mevzu olması halinde dahi şuf'a hakkının carî olmasını kabul etmemek yâni usulün bu tatbik sahasını da tıkmak, «mevcut bir hükmü imal değil, ilga yolunu tercih etmek» sayılabilir. Fakat Yargıtay Birinci Hukuk Dairesinin, 14/4/945 tarihli kararile de cebri müzayede ile vâki bütün satışlarda —yani mutlak olarak— şuf'a hakkının ademi istimali prensibini benimseyişini ve mezkûr tevhidî içtihat kararını da gözden uzak tutmamak lâzımdır⁸⁴.

3 — Hibe :

Şuf'a hâdisesinin satıştan gayri temlikler ve mülkiyetin ivazlı veya ivazsız bütün intikal hallerinde de tahakkuk edip etmiyeceği münakaşa-

83) Wieland, a. g. e., sh. 253.

84) Bak: Muin Küley, a. g. makale, ayrı bası, sh. 6.

sına tekrar dönmek istemiyoruz. Bugün şuf'a hakkının ancak satış, tediye yerine kalm olan eda, ihtiyarî müzayedeler ve kullanılan tâbirler her ne olursa olsun bu kabil mahiyetler arzeden tasarruflarda cereyan edebildiği hatırlanacak olursa, temlikî bir tasarruf olmasına rağmen kaideten ivazsız bir muamele olan *Hibe*'de şuf'a hakkının carî olmayacağı tabii bir netice olarak kabul olunur. Şefiin bu halde dahi şuf'a hakkını kullanmasına müsaade etmek, maliki zorla teberruda bulunmağa sevk etmek olur. Teberrüde ise cebrin caiz olmadığı münakaşa götürmez bir hakikattir.

Yalnız mes'ele her zaman böyle berrak bir mahiyette tebarüz etmez. Hibe, kaideten ivazsız bir temlikî tasarruf olmakla beraber eski hukukun «Hibe bişartilüvaz» diye tesmiye ettiği tarzda yani mukabilinde bir ivaz elde etmek gayesiyle yapılmış da olabilir. Böyle bir ihtimal için dahi yukarıdaki kaideyi mutlak bir surette tatbik etmek ise, isabetli bir hâl tarzı sayılamaz.

Burada hibeden ziyade hibe ve bey' akitlerinin bir halitası, başka bir ifade ile «muhtelit bir akit» tipi vardır. Muhtelit akitlerde ise bey' mânasının galip gelip gelmeyeşine göre — ki bunu takdir edecek olan yargıçtır — muamele yapmak, yani şuf'a hakkının carî olacağına yahut olmayacağına karar vermek lâzımdır⁸⁵.

Nihayet aslında hibe olmadığı halde, sırf şefiin şuf'a hakkını istimaline mani olmak gayesiyle hibe adı ve şekli altında yapılan satış muamelelerini de unutmamak icap eder. Yargıtay'ın bu nevi muvazaalarda çok titiz davrandığını ve muvazaa iddiasını isbat yolunda olan şefie müzahir ve hattâ hâdisenin zatında muvazaa kokusu bariz bir şekilde hissediliyorsa bu isbat külfetini dahi kat'iyetle aramaksızın şuf'anın cereyanına müsaade ve çok zaman hibeyi iptale temayül ettiğini⁸⁶, «şuf'a hakkında muvazaa iddiaları» adlı makalemizde bilhassa tebarüz ettirmiştik⁸⁷.

4 — Bir şirkete sermaye olarak vaz' :

Ticaret şirketlerinde sermaye ittihazına salih mevaddı belirten Tic. K. Md. 125, 4 üncü bendinde, «Her nev'i emvali gayri menkule» nin de bir şirkete sermaye olarak konabileceğini kabul ve tasrih etmektedir. Acaba şuf'a hakkı ile mahmul olan bir gayrimenkulünü böyle bir şirkete iştirak hissesi olarak vaz'ederse malike karşı da şuf'a hakkı dermeyan edilebilecek midir?

85) Rossel et Mentha, a. g. e., Cilt III, No. 1277.

86) Muin Küley, a. g. makale, ayrı bası, sh. 12.

87) Bak: F. N. Feyzioğlu, Şuf'a hakkında muvazaa iddiaları, Ist. Huk. Fak. Mec., 1950, Cilt XVI, sayı 1-2.

Her şirketin, müşterek gayeye erişmek için bir sermayeye ihtiyacı olduğu muhakkaktır. Fakat bu kapitalin mutlaka nakitten ibaret olması şart değildir. Şürekâdan her biri Ticaret Kanunu Md. 125 teki tasrih edilen muhtelif mahiyetteki imkânlarını meselâ naktini, menkul ve gayrimenkul bir malını, gayri maddî mallar üzerindeki haklarını, kendi itibarı ticarisini ve hattâ topyekûn bir ticarethanesini şirkete sermaye olarak devredebilir.

Gerçi vaz'edilen bu çeşitli mallar üzerindeki müstakil mülkiyetlerini şerikler kaybetmiş ve bunların hepsi birden şirket hükmi şahsının malı, sermayesi olmuştur. Fakat yine bir ortak sıfatıyla her şerikin bu sermaye üzerinde alâkası bulunduğunu unutmamak ve meselâ tasfiye sonunda elde kalan paranın şerikler arasında, şirkete ve kâr ve zarara iştirak nisbetlerine göre paylaşıldığını gözden uzak tutmamak lâzımdır.

Diğer taraftan, şürekânın şirket sermayesi üzerindeki bu hukukî ve iktisadî alâkası nazara alınmasa bile, iktisadî zaruretler ve kanun vazının maksadı da bu suretle şirkete iştirak hissesi olarak meşfu gayrimenkulü yatıran kimseye karşı şuf'a hakkının kullanılmamasını icap ettirecektir. Zira gayrimenkullerin mütedavil bir sermaye halinde istimalini temin hususu bu yolla da temin edilebileceği gibi, iktisadî icaplar da şefi'in bu tarz bir devirde hakkını kullanmasını doğru bulmaz. Çünkü aksi halde çok kimseler bir şirkete ortak olarak girmek imkânından mahrum kalacakları gibi, çok şirketler de sermaye tedarikinde büyük güçlüklerle karşılaşacaklardır.

Şuf'a hakkının mahiyet ve ihdas gayesine bütün bu mülâhazaları da ekliyen doktrin ve jürisprüdans, bugün tereddütsüz olarak gayrimenkulün bir şirkete sermaye olarak vaz'ında şuf'a hakkının dermeyan olunamayacağını kabul ve teslim etmişlerdir⁸⁸.

5 — Ölüme bağlı bir tasarrufla teberrü ve miras yolu ile intikal :

Bu hallerde de şuf'a hakkının dermeyan olunamayacağı tabiidir. Zira, ne külli, ne de cüz'î intikallerde bir satış veya o mânada bir tasarruf mahiyeti bulunmadığı için, malikin son arzusuna şuf'a hakkını istimal suretiyle mani olmak düşünülemez. Bununla beraber yapılan şu teberrü'de bir muvazaa olması ihtimali mevcutsa, şefi'in bunu ispat şartıyla istimal yolunu açabileceğini unutmamak lâzımdır⁸⁹.

88) Hususile Haab, a. g. e., sh. 415; Homberger, a. g. e., sh. 4; Tahir Sebük, a. g. e., sh. ...; JdT. 1920, sh. 34 ve sonrası.

89) Homberger, a. g. makûle, sh. 4; JdT. 1920, sh. 34 ve sonrası.

6 — Müstakbel mirasın önceden verilmesi maksadiyle kanunî mirascıya yapılan temlikler :

Federal Mahkemenin de 11/9/1918 tarihli kararıyle iltihak ettiği hâkim görüşün neticesi, yâni şuf'a hakkının, şefii, bilcümle intikallere karşı değil, yalnız bir satış neticesinde vâki olan intikallere karşı koruyabildiği kaldesinin bir icabı olarak, şey'in bir üçüncü şahsa değil de «müstakbel miras hissesine mahsuben varislere yapılan satışında da» şuf'a hakkının kullanılmadığını görüyoruz. Zira bu nev'i akitler, haricî benzeyişlerine rağmen, saf mânadaki satış aktinden ziyade, mirasçılara, müstakbel miras hisselerine mahsuben verilmiş şeylerdir⁹⁰. Bu itibarla bu nev'i muamelelere mirastan mütevellit intikallerin doğurduğu notice-leri izafe etmek lâzımdır.

Federal Mahkemenin bir kararında da bilhassa belirttiği gibi⁹¹, miras hissesine mahsuben yapılan temliklere karşı şuf'a hakkının ileri sürülemediği gerek nazariyat ve gerek mahkeme içtihatlarında ötedenberi kabul edilmiş bir keyfiyettir⁹²: «Yapılan bir temlikin müstakbel miras hissesine mahsuben vâki bir temlik mi, yoksa alelâde bir satış aktinden mi ibaret bulunduğu hususunu tâyin ve tesbit işi, aktin şartları üzerinde değil, onun yapılmasına hâkim olan sâik üzerinde işlemekle mümkün olacağından» mukavelenin bu hususta bir sarahat ihtiva eylemesi lâzım geldiği de iddia edilemez. Başka bir ifade ile, şuf'a hakkının dermeyan edilememesi için, yapılan temlikin «varisin müstakbel miras hissesine mahsuben» vâki olduğu yolunda aktin sarîh bir kaydı muhtevî olması da şart değildir. Bunun, muamelenin yapıldığı sâikinden istidlâl olunabilir mahiyette bulunması kâfidir. Hususiyile temlik edenin, temlik edilene onun varislik sıfatından dolayı bir menfaat temin eylemek isteğinde bulunması, yani mümellikin varisini faydalandırma arzusu durumunun hey'eti mecmuasından anlaşılmalıdır. Nitekim bu esasları bir daha tebarüz ettiren Federal Mahkemenin gösterdiği şu deliller — adı geçen karardaki hâdiseye taallük etmelerine rağmen —, satanın hakikî kastını belirtmekte yani onu varisin müstakbel miras hissesine mahsuben verip vermediğini tayinde — mümasîl hâdiseler için — bir rehber olacak mahiyettedir:

«Satılan şeyler üzerinde satanın, ölünceye kadar bir intifa hakkına sahip oluşu, satış bedelinin faiz getirmeyişi ve bu bedelin ancak ölümden

90) JdT. 1920, sh. 232 ve devamı ve Tahîr Sebûk, a. g. e., sh. 84.

91) JdT. 1920, sh. 232 ve devamı.

92) E. Mardin, Doktora ihtisas kuru takrirleri; Haab, a. g. e., sh. 415, Hamburger, a. g. e., sh. 5.

sonra muacceliyet kesbetmesinin mukaveleye dercedilmesi, bu temlikin miras karakterini haiz saikler altında yapıldığını açıkça göstermektedir. Keza satış bedelinin, mülkün hakikî bedelinden dún oluşu da, bu görüşü kuvvetlendirmektedir. Bu pek ziyade düşük miktarda takdir edilmiş olan bedel müstakbel varis sıfatıyla dâvalının himaye olunmak istendiğine her halde kuvvetli bir karinedir.»⁹³.

Aynı şekilde, «daha ziyade miras hukukuna ait saygı düşüncelerine dayanan diğer ferağ muameleleri: meselâ *bir aile yurdunun X in kadın mirascıları olan A ve B tarafından, A nın kocasına, rayiç kıymetinin çok aşağısında bir semen mukabilinde satılması*»nda da⁹⁴ şuf'a hâdisesi tahakkuk etmiş sayılamaz.

Yargıtay'ın da bütün bu mülâhazaları benimsediğini, yani «mirasın bir kısmını evvelce vermektan ibaret bulunan ferağlarda da» şuf'a hakkının dermeyeran olunamayacağı fikrini kabul ve tatbik etmekte bulunduğunu göstermesi bakımından şu enteresan kararını hülâsatan zikri faydalı buluyoruz⁹⁵: «Dâvalı, yargılama meclisinde, kendisi ve ailesinin medarı maişeti olan meşfu hissesinin başkasına satılmaması için kocasından kendisinin satın aldığı, savunma yolile söylemiş olmasına ve şuf'a hakkı, satış şeklinde icra edilen ve ancak hakikatte (hâdisede olduğu gibi) mirasın bir kısmını evvelce vermektan ibaret bulunan bir ferağ hakkında bahis mevzuu olamayacağına göre, meşfu hissenin kıymetinden pek dún bir fiyatla satılıp satılmadığının ve bu suretle karı - koca arasındaki bu satışın hakikî bir satış olup olmadığının incelenmesi ve sonucunun karar altına alınması icap ederken, bundan bizzühul, yazılı mütalâa ile karar verilmesi yolsuzdur».

7 — İstimlâk :

Menafii umumiye adına yapılan istimplâklerde de meşfuun malikin elinden çıkması, ihtiyariyle olmuş bir muamele bulunmadığı ve istim-

93) JdT. 1920, a. g. karar. - Ancak söylemek isteriz ki bizatihi satış bedelinin çok düşük olarak tesbit edilmiş olmasıyla yapılan satışın miras hissesine mahsuben vâki bir temlik olduğuna karar vermemek ve her halde onu takviye edecek diğer delil ve karineler aramak lâzımdır. Çünkü surf ahbaplık maksadiyle yapılan çok satışlar vardır ki, bedel bir dostluk nişanesi olarak çok aşağı bir şekilde tesbit olunmuştur. Fakat bu, şuf'a hakkının dermeyeranına mani olamaz. Belki bunun — Allgauer'in fikrine uyarak söyliyelim — bir mürekkep muamele olduğu göz önünde tutularak, şeyin şeyi o düşük bedelle değil, hakkın kullanıldığı sırada tesbit edilecek kıymeti ile alması gerekecektir. Nitekim bak: T. Sebük, a. g. e., sh. 80.

94) Haab. a. g. e., sh. 415.

95) Y. 3. H. D., 7/12/948 T. ve Es. 14978, K. 1245 sayılı karar; Yeni Hukuk ve İçtihatlar Dergisi, sayı 2, Şubat 1949, Ist.

lâk esasen tam mânasıyla bir «satış» telâkki edilmediği için, şefi şuf'a hakkını kullanarak, istimlâk olunan meşfuu, istimlâk eden belediye yahut Devletin sair bir müessesesinden almak hakkını elbet de haiz değildir. Bu netice hemen bütün müelliflerce kabul edilmiş bir keyfiyet olup, birinci tabında aksi mülâhazada bulunan Rossel'in dahi ikinci tabında katıldığı bir husustur⁹⁶.

Tıpkı cebri müzayede ile satışlarda olduğu gibi, hattâ ondan da kuvvetli olarak, bu istimlâkin yapılmasında malikin bir kusuru ve mes'uliyeti kabul edilemeyeceğinden, artık akdî şuf'a hakkını kullanmama durumuna düşmüş olan şefiin, ondan hiç olmazsa bir tazminat talep etmek selâhiyeti bulunduğu da söylenemez. Fakat acaba, şefi, bu istimlâk neticesinde malı elinden alınan malik gibi, yine aynı iş sebebiyle şuf'a hakkından ve belki de onun bağlı bulunduğu sair bir haktan mahrum kalmış bir kimse sıfatıyla, istimlâki yapmış olan belediye veyahut sair devlet organından bir tazminat istemek selâhiyetini de mi haiz olamayacaktır?

Bizdeki «istimlâk» müessesesinin mahiyeti icabı mezkûr suali müsbet bir şekilde cevaplandırmamız her halde mümkün değildir. Fakat Federal Mahkemenin bu hususta çok enteresan bir kararile karşılaşmış bulunuyoruz ki, — istimlâk hakkındaki Federal kanun hükümlerine istinat edilerek verilmiş olan — bu kararda cidden orijinal bir hal tarzı mevcuttur. Gösterilen mucib sebepler ve bulunan çarelerdeki bu orijinalite sebebiyle adı geçen karar üzerinde durmadan geçmeyi doğru bulmadık:

Umumun menfaati için lüzum tahakkuk etmedikçe ve bir mülkün değer pahası verilmedikçe istimlâk ve istimval olunamayacağı bizde nasıl bir Anayasa hükmü ise, İsviçrede de — hattâ daha geniş olarak — bu prensip câridir. Federal kanunun birinci maddesine göre «herkes, mülkiyetini veya bir gayrimenkul üzerindeki sair bir hakkını, mutlak veya muvakkat olarak, ancak tam bir tazminat mukabili terke (Devir ve temlike) mecbur kalabilir.» ve yine aynı maddenin ikinci fıkrasına göre de «Cessions des droits — hakların devir ve temliki» tâbiri hakların her çeşit tahdidini tazammun eder. Diğer taraftan devir ancak, istimlâke uğrayana, onun bu yüzden ve kendi kusuru haricinde maruz kaldığı bil'ûmum zararlarının ödenmesinden sonra talep ve icra edilebilir⁹⁷.

Federal Mahkeme mezkûr kararında şu umumî prensipleri tekrarladıktan sonra istimlâki kabil olan yahut başka bir ifade ile istimlâkin tesirine uğrayan hakların nelerden ibaret bulunduğu sualini de cevap-

96) Homberger, a. g. e., sh. 4-5; Rossel, a. g. e., C. III, No. 1277; Haab, a. g. e., sh. 415.

97) JdT. 1926, sh. 155 ve devamı.

landırarak diyor ki: «Bunların başında mülkiyet ile, daha mahdud olan gayrimenkule müteallik diğer aynı haklar gelir. Komşuluk münasebetinden doğan haklar da bu cümledendir⁹⁸. Ve nihayet bunlar, kiradan neş'et edenler gibi, gayrimenkule müteallik şahsî haklar da olabilir».

Filhakika İsviçre jürisprüdansı, istimlâkin, mukavelenin vaktinden evvel hitamına sebep olması halinde, bir gayrimenkul müstecirine de «istimlâke maruz kalmış kimse» vasfını tanımıştır⁹⁹.

Federal Mahkemenin bu kararında halle çalıştığı mesele ise şu mahiyettedir: «Dâvacı şirkete, kiralanan gayrimenkul kira müddeti ile mukayyet olarak aynı zamanda şirket lehine bir şuf'a hakkına tâbi tutulmuş ve bu hak tapuya şerh verilmiştir. Kiranın hitamından henüz dört sene evvel, bu gayrimenkul Federal Demiryolları idaresince istimlâk olunmuştur. Gerçi dâvacı şirket bu istimlâke rağmen, kiralanan yerleri mukavelenin hitamına kadar kullanabilecektir. Esasen şirket de doğrudan doğruya kiracılık haklarına vâki müdahaleden şikâyet etmemektedir. O, (kendisine malik olma imkânını veren şuf'a hakkının, istimlâkle ortadan kalktığını ileri sürmektedir). Yine o, bu müddet zarfında bir satış vâki olarak şuf'a hakkını kullanamasa bile — kaldı ki yerin arzettiği hususiyet dolayısıyla istimlâk vâki olmasaydı, bu müddet zarfında bir alım talebiyle karşılaşmanın çok muhtemel olduğu iddiası üzerinde de müddei bilhassa durmaktadır — bu takdirde kira anlaşmasının malikle olan münasebetleri ve orada ihdas ettiği sair tesisat dolayısıyla, yenilenmesinin muhakkak olduğunu ve her ne surette olursa olsun, istimlâk kararı bulunmasaydı, şey'in zilyedi olmakta devam edeceğinin nazara alınmasını istemektedir».

İşte Federal Mahkeme dâvacı şirketin, şu iddialarını kıymetten mahrum telâkki etmiyor ve diyor ki: «Hâdisenin içinde bulunduğu hususî şartlar, Federal demiryolları idaresinin, vâki istimlâk muamelesi yüzünden şuf'a hakkını haiz olan şirketin hak ve menfaatlerine iras olunan zararları tazmin eylemesini haklı göstermektedir».

Böylece şuf'a aynı hakkının¹⁰⁰ bertaraf edilmesi, Federal Kanunun 1 inci maddesinin anladığı mânada bir «Hakkın terki» veya «hakkın tahdidi» ni teşkil ediyor ve bu, dâvacı şirkete (Exproprié) sıfatiyle, maruz kaldığı zararlarının tazminini isteme hakkını veriyor.

98) Adı geçen karardan naklen: İ. M. K., 684 (T. M. K. 681), R. O., 40-1, sh. 447; R. O. 49. 2., sh. 380.

99) Keza R. O. 8. sh. 302; R. O. 21. sh. 402 vesaire.

100) İsviçre-Türk M. K. sisteminde (aynî şuf'a) nev'i bulunmadığına göre, F. M. nin bu tâbirle aynı neticeleri haliz şerhli Ş. hakkını kastettiği muhakkaktır.

Demek oluyor ki istimlâk yüzünden vaktinden evvel şuf'a hakkı zail olmuş bulunan kimseye dahi, tıpkı aynı sebeple zamanından önce kira mukavelenamesi sona eren müstecir gibi, «istemlâke uğramış kimse» sıfatıyla zararının tazminini talep hakkı tanınmaktadır.

Kaldı ki, Federal Mahkemeye göre «İstimlâk sebebiyle dâvacı şirkete iras edilen zararı (ki bu zararın tazmini üçüncü şahıslardan talep olunmamaktadır), kat'i olarak tesbit edebilmek için sadece şuf'a hakkının hitama erişini nazarı itibare almamalıdır. Bil'akis filî vakıanın tamamını ve uzun vadeli bir kira aktinden mütevellit biçümle hakları göz önünde tutmalıdır».

İstimlâk bu durumun tamamına bir zarar iras eylemektedir. Gerek mahkeme içtihatları, gerekse doktrin vâki zararı tayin ederken İsviçre'de yalnız tecavüz olunan hakkın sona ermesinden dolayı doğrudan doğruya maruz kalınan zararı değil, aynı zamanda malûm vakıaların temin eylediği faydaların bertaraf edilmesinden mütevellit zararları da nazarı itibare almakta mutabıktırlar¹⁰¹. Zira diyorlar, eğer o yeri müstecir şirket değil de, bizzat mülkü istimlâke uğrayan malik işletmekte bulunsa idi, nasıl o, böyle bir işletmenin başka bir yere nakledilmesi için tazminat istiyebilecek idi ise, aynı şekilde şuf'a hakkını haiz müstecir de istiyebilirdi. Demiryolları idaresi her halükârda zararı tazminle mükellef olunca da, bunun malike veya müstecire verilmesi, kendisi bakımından bir fark ve ehemmiyet arzemiyecektir...

8 — Hükûmetin muhacir ve mübadillere hususî kanunlarına göre yaptığı gayrimenkul şâyi hisse tefvizleri :

Burada iki meseleyi birbirinden ayırmak lâzımdır: Birincisi, hükûmetin muhacir ve mültecilere, mübadil ve gayri mübadillere bedelsiz veyahut borçlanma suretiyle, hususî kanunlarına istinaden yapmış olduğu tefviz ve temlikler; ikincisi de, iskân idarelerince bu suretle yapılmış olan gayrimenkul şâyi hisse tefvizine istinaden mütefevvizin — henüz tapuda namına tescil yapılmadan önce dahi — aynı gayrimenkulün diğer şâyi hissesinin satılışında kanunî şuf'a hakkını dermeyan edip edemiyeceği mes'elesi.

a) *Evvelâ birinci şık'kı halle çalışalım :*

1331, 1771 ve 2510 sayılı İskân Kanunlarına göre, bir takım usul ve şerait dahilinde Hükûmetin muhacir ve mübadillere gayrimenkullerin

101) JdT. 1926, sh. 155 ve devamı.

şâyi hisselerini dahi tefviz ve temlik selâhiyeti tanınmıştır¹⁰². M. K. nun 659 uncu maddesinin ise «bir gayrimenkulün şâyi hissedarlarının onun şâyi hissesini satın alan üçüncü şahsa karşı kanunî şuf'a hakkını haiz buldukları» tarzındaki hükmü de malûmdur.

Acaba iskân kanunlarına tevfikân, tefviz ve temlik yolile iskân dairesinde muhacirlere verilen gayrimenkullerin şâyi hissedarları, M. K. Md. 659 a istinaden, mütefevvizlere karşı kanunî şuf'a haklarını dermeyeran edebilirler mi? Cevap menfi olacaktır¹⁰³. Çünkü bu gibi gayrimenkuller yahut onların şâyi hisseleri, Hazinece muhacirlere satılmamakta ve hususî kanunların tanıdıkları iskân haklarına binaen bunlara (tahsis) olunmaktadır. Binaenaleyh şuf'a hâdisesini gerçekleştirecek bir (satış) hali burada mevcut değildir. Bu itibarla da diğer şâyi hissedarlar şu tahsis yolu ile yapılan tefviz ve temliklerden dolayı kanunî şuf'a haklarını dermeyeran edemeyeceklerdir. Bu tefviz ve temlik ister bedelsiz olarak, ister borçlandırma suretiyle yapılmış olsun, hüküm aynidir. Nitekim bu hususlar Yargıtay'ın müteaddit ve müstakar içtihatları ile de teyit ve tasrih olunmuştur¹⁰⁴.

b) Fakat asıl tereddüdü davet eden nokta mütefevvizlere karşı diğer hissedarların kanunî şuf'a haklarını ileri sürme imkânlarının bulunup bulunmadığından çok, *mütefevvizlerin, onların hisselerini başkalarına satmaları halinde şuf'a hakkını istimal edip edemeyeceği* hususu olmuştur.

Filhakika Yargıtay'ın bu hususta mütehalif kararlar verdiği şahit olmaktayız. Meselâ: Birinci Hukuk Dairesinin zikredeceğimiz, hem de tashihi karar suretiyle, vermiş olduğu şu eski kararı, Temyizin bu sahadaki çeşitli noktai nazarlarından birisini temsil etmektedir¹⁰⁵: «Meşfû

102) Bak: C. A. Gücün, a. g. e., Cilt I, sh. 240 ve sonrası.

103) Bak: Müfit Erkuyumcu, Şuf'a dâvaları ve Temyiz kararları, Ad. Dergisi, 1943, sayı 5.

104) Ezcümle Y. 1. H. D. nin 2/4/936 T. kararı: «Hükümetin mübadil ve gayri mübadil ve muhacir ve mülteclere gayrimenkul şâyi hisse tefvizinde şuf'a cereyan etmez»; Keza yine aynı dâirenin 18/6/938 t. kararı: «İskân hakkına müsteniden yapılan tefviz muamelesi, Borçlanma Kanununa tevfikân, para mukabilinde olsa bile, bunda şuf'a hakkı cereyan etmeyeceğine göre, Temyiz itirazı gayri varit ve dâvanın reddine dair olan hüküm müsip görüldüğünden tasdik edilmiştir. C. A. Gücün, a. g. e., C. I, sh. 160 ve 244. Bunun gibi yine 1. H. D. 7/2/939 t. ve 1173/181 sayılı kararı: «Gerek bedelsiz, gerek borçlandırma suretiyle yapılan tefvizler, hususî kanunlar ahkâmına tâbi olup, umumî hükümlerden olan şuf'a hükümleri bu gibi tefviz işlerinde cereyan etmez». H. Özdemir, a. g. e., sh. 158 ve devamı; Keza 7/3/944 t. ve 1178 sayılı 1. H. D. kararı da aynı hükmü teyid etmektedir.

105) Y. 1. H. D. 27/3/930 t. ve 1405 sayılı içtihadı: «Fuat Sedat, Hasiyeli Temyiz U. Muk. hülâsalarından». 1934.

hissenin müşteriye satıldığı esnada şefi, hissei şayiaya malik bulunmasına ve şefiin iddiası iskân idaresinin kat'î mahiyette olmıyan tefviz kararına müstenit bulunmasına göre, tapu sicilinde malik sıfatıyla mukayyet olmıyan şefiin, böyle kat'î mahiyette olmıyan idarî bir karara istinaden şuf'a dâvası mesmû olamaz».

Şu karardan da anlaşılacağı üzere Temyizin tereddüt ettiği asıl mesele «İskân idarelerince tefviz suretiyle verilen hissei şayıada mülkiyetin tescilden önce de teessüs edip etmediği ve binnetice mütefevvizin, diğer hissenin satışında şuf'a talebinde bulunup bulunamayacağı» hususu olmuştur. Bu tereddütlü hava, 1944 senesinin sonlarına kadar devam edegelmiştir. Halbuki mes'ele bu derece muğlâk bir mahiyet arz etmekten çok uzaktı. Binaenaleyh bu kadar uzun bir noktai nazar ihtilâfının yaşamasına da hiç sebep yoktu. Çünkü M. K. Md. 633/2 deki sarahat, mes'elenin anahtarını bize vermek için kâfi gelebilirdi. Mezkûr maddede deniyor ki: «İşgal, miras, istimplâk, cebri icra tarikleriyle veya mahkeme ilâmı ile bir gayrimenkulü iktisap eden kimse, tescilden evvel dahi ona malik olur».

Pek muhterem hocam Ord. Prof. Ebül'ulâ Mardin'in de bilhassa belirttikleri gibi ¹⁰⁶, «Bu hükümden dolayı, sebebin tahaddüsü ile beraber, tapuda kayıt yapılmadan evvel de mülkiyet intikal eder. İktisap eden kimse, malikin haiz olduğu bütün hakları kullanabilir. Meselâ istihkak, men'i müdahale dâvaları açabilir. Binaenaleyh bu gayrimenkul meşfuunbih olduğu takdirde şuf'a hakkını da takip eyliyebilir...» Yeni Medeni Kanunumuza göre, temellük sebeplerinden işgalin mesnedi, idarî kanunlardır. İdarî kanunun tarifatına tevfikan işgalde, nasıl tescilden evvel mülkiyet hakkı işgal edene sabit oluyorsa, kıyas yolile diğer idarî kanunlar için vâki temellükler için de bu hükmü tatbik mümkündür. Zaten M. K. Md. 922 de de — tescil, mevzuuna taallük ettiği gayrimenkul malikin tahriri beyanına müsteniden icra olunur. İktisap eden kimse, kanuna, kaziyei muhkemeye veyahut buna muadil bir vesikaya istinat etmekte ise, bu beyana hacet yoktur — denmektedir.

Binnetice, idarî kanunlara müsteniden hükümetçe yapılacak tefvizler için, böyle bir beyanı aramağa mahal olmadığı gibi, tescilden evvel de mütefevvizi malik telâkki etmek ve malike ait haklardan faydalanacağını kabul eylemek lâzımdır.

Şuf'a hakkının da bu kabil haklar arasında mevki alacağı ise aşikârdır».

Bütün bu haklı mülâhazalar nihayet Yargıtayca da benimsenmiş ve 1/11/1944 tarihindeki 9/30 sayılı «Tevhidi İçtihat» kararı ile mes'ele

106) Bak: E. Mardin, İst. Huk. Fak. Mec., Cilt X, sayı 3-4, sh. 868.

müsbet bir şekilde hallolunmuştur. Karar şöyledir: «İdarî ve hususî kanunlara tevfikân gayrimenkullerin devletçe fertlere yapılan tahsis ve tefvizi alelâde satış kabilinden olmadığından bunların tescilden evvel mülkiyet hakkı tevhit edip etmiyeceklerinin tayini yine o hususî mevzuatla hallolunması lâzım geleceğine ve 1331, 1771 ve 2510 sayılı kanunların zımnî ve sarîh hükümlerine göre, usulü dairesinde yapıp kat'ileşen tahsis ve tefvizler tescilden önce de mülkiyet ifade ettiklerine ve bu misillü müfevviz gayrimenkuller mütefevvizin malî addolunacağına ve onun kablettescil vefatı ile mirasçılara intikal edeceğine kıyasen bir hisse şâyanın tefvizi henüz tapuda kaydedilmemiş dahi olsa, aynı gayrimenkulde satılan diğer bir hisse hakkında mütefevvizin müşterî aleyhine şuf'a dâvası ikamesine selâhiyeti vardır».

9 — Tapuya tescil edilmemiş gayrimenkullerde şuf'a meselesi :

Bilindiği üzere şuf'a hakkının kullanılabilmesi her şeyden önce tam ve salim ihtiyarî bir satış aktiyle vücut bulan (şuf'a hâdisesinin) tahakkukuna bağlıdır.

Tapuya mukayyet gayrimenkul satışlarının da Borçlar ve Medeni Kanun mucibince (resmî senetle) ve Tapu Kanununun 26 ncı maddesi gereğince de (Tapu'da yapılması) nin zarurî olduğu malûmdur. Esasen muayyen bir malî müteber olarak satabilmesi için bayîin o mal üzerinde mülkiyet hakkını veya bu hakka sahip olanların vekâletini haiz bulunması lâzım geldiği tabiidir. Aksi takdirde ya yapılan mukavele batıldır, yahut ta hakikatte bey değil, başka bir hukukî vasıf taşıması lâzım gelen bir akittir¹⁰⁷. Bir gayrimenkul üzerinde mülkiyet hakkının doğumu ve mevcudiyeti ise — M. K. Md. 633/2 deki istisnalar mahfuz olarak — kaideten bu hakkın tapuda tecessüm etmesine bağlıdır. Binnetice tapu kütüğüne geçmemiş gayrimenkuller üzerinde de mülkiyet hakkından bahsetmeğe imkân yoktur.

Nitekim M. K. Md. 639 daki «Fevkalâde müruru zaman» matlabı ile ifadelendirilen «iktisabî zaman aşımı» na müteallik hükümler de gösteriyor ki¹⁰⁸, «Tapuda müseccel olmıyan araziye mücerret tasarruf mülkiyet ifade etmemek'edir». Ancak bu maddedeki şeraîit dahilinde şey'i yedinde tutanlara «tescil yolile mülkiyeti iktisap» selâhiyetini bahşetmektedir. Ve Sayın Doçent Dr. İ. Postacıoğlu'nun doktora tezlerinde bilhassa belirttik-

107) İlhan Postacıoğlu, Gayrimenkullerin ferağına müteallik akıtlarda şekle riayet mecburiyeti, 1945, İst. sh. 79.

108) Bak: M. K. Md. 639.

leri gibi, M. K. Md. 639 un kullandığı «yedinde bulundurmak» tâbirinden de anlaşılacağı üzere (Tapusuz gayrimenkuller üzerinde ancak zilyetliğin bahis konusu) olabileceğini kabul etmek lâzımdır. Ve binnetice «639 ve 887 nci maddelerin birlikte tefsirinden şu neticeye varıyoruz ki, tapu siciline kaydedilmemiş bir gayrimenkul üzerinde, malik sıfatını haiz imiş gibi, filen tasarruf eden şahıs o gayrimenkulün zilyedidir»¹¹⁰. Fakat maliki değildir.

«Böylece tescil edilmemiş gayrimenkuller üzerinde mülkiyet hakkı cereyan etmediğine göre, mülkiyetin nakli vecibesi demek olan satışın da mevzubahis olamayacağı tabiidir. Binaenaleyh bu gibi gayrimenkullerin satışı hakikat halde bir zilyetliğin devri taahhüdünden ibarettir»¹¹⁰. Tarafların yapmış oldukları bu anlaşmayı, hukukî mahiyeti «bir zilyetliğin devri taahhüdü olması» na rağmen — ki kanunumuz bu taahhüdü hiç bir şekilde tâbi tutmamıştır —, satış akti diye tesmiye etmeleri, onun batıl bir satış olmasını da gerektirmez. B. K. Md. 18 icabı «tarafların müşterek ve hakiki niyetlerinin haddizatında zilyetliğin devrini mutazammın bir muamele üzerinde anlaşmak olduğunu nazarı itibare alarak» haricen vukubulan bu muamelenin, muteber bir zilyetliğin devri taahhüdü olduğunu kabul etmek zaruridir.

Tapuya tescil edilmemiş gayrimenkullerin haricen satışının hukukî mahiyetini böylece belirttikten sonra, artık hâdiseyi «şuf'a hakkı» cephesinden inceleyebiliriz:

Evvelâ «Tapuya şerh verilmiş akti şuf'a» nevinin burada mevzubahs olamayacağını belirtmek isteriz. Zira, mukaveleden mütevellit bir şuf'a hakkının tapuya şerh verilmesi demek, bu mükellefiyeti tahammül eden gayrimenkulün tapuda müseccel olduğunu kabul etmek demektir. Bizim üzerinde durduğumuz nev'i ise tapuya tescil edilmemiş olan gayrimenkullerdir.

Şerh verilmemiş bir şuf'a hakkının ise tamamen şahsî ve nisbî bir mahiyeti haiz bulunduğu ve şey'i satın alan üçüncü şahıslara kabili ityan olmadığı malûmdur. Binaenaleyh şu, hakikî mânası «zilyetliğin devri taahhüdünden ibaret bulunan muamelede» de şuf'a hakkının dermeyan edilebileceğini bir an için kabul etsek dahi, şefî, yeni zilyetten şey'i istirdat eyliyemiyecek, belki sadece eski mutasarrıftan akte muhalif hareketinden dolayı bir tazminat talep edebilecektir.

Zannımızca burada en mühim hâdis, bu nev'i gayrimenkullerin müştereken mutasarrıfı olan kimseleri arasında kanunî şuf'a hakkının mevcut olup olmadığını ve bunlardan birinin yaptığı — asıl mahiyeti zilyetliğin

110) I. Postacıoğlu, a. g. tez, sh. 81-82; keza 9/10/1946 tarihli tev. içt. k.

devri taahhüdü olan — haricen satış muamelesi karşısında diğerlerinin böyle bir kanunî şuf'a hakkı dermeyen edip edemeyecekleri mes'elesidir.

Bir an için enteresan gözüken bu ihtimalin şuf'a hakkı bakımından fazla bir muğlâkiyeti haiz bulunmadığı az bir dikkat sonunda anlaşılabilir: Çünkü bilindiği üzere kanunî şuf'a hakkı «müşterek mülkiyet» münasebetinde mevzubahs olan bir keyfiyettir. Tapuda müseccel olmıyan gayrimenkuller üzerinde ise mülkiyet hakkının cereyan etmediğini biraz önce tebarüz ettirdiğimize göre, müşterek mülkiyet hakkının da mevzubahs olamayacağını evleviyetle kabul ve teslim etmek lâzımdır. Kaldı ki, umumiyetle tek mutasarrıfın iken, onun vefatı sonunda mirasçılara intikal etmesiyle neticede müteaddit müşterek zilyetleri hasil olan bu nevi gayrimenkullerde de, onların şu selâhiyetlerini bir mülkiyet hakkı olarak kabul etsek bile, ortaya bîdayette bir müşterek mülkiyet değil iştirak halinde bir mülkiyet çıkmış olacaktır. İştirak halindeki mülkiyet nev'inde ise, kanunî şuf'a hakkının bahis mevzuu olamayacağı ve bu imkânı sağlamak için (iştirakin zevali) muamelelerine ihtiyaç görüleceği tabiidir. Zira iştirak halindeki mülkiyette hissedarların tek başına hisselerini dahi bey' ve temlike selâhiyetleri bulunmadığı hatırlanmak lâzımdır.

Hülâsa tapuda müseccel olmıyan bir gayrimenkulde mülkiyet hakkı mevzuubahs olamadığına ve şuf'a hakkı da ancak diğer şartlarla birlikte, «mülkiyetin nakli vecibesi olan satışta» mevzuubahs edileceğine göre, bu nev'i gayrimenkullerin satış adı altında yapılırsa dahi, nihayet bir «zilyetliğin devri taahhüdünden ibaret bulunan devir muamelelerinde, şuf'a hakkının mevzuubahs olamayacağını ve ancak müşterek mutasarrıfın M. K. Md. 639 a istinaden gayrimenkulün tapuya tescilini yaptırdıktan sonra vâki olacak satışlarda şuf'a hakkını istimal selâhiyetine kavuşacağını kabul etmek lâzımdır».

Bu arada mes'eleyi 1515 sayılı kanun cephesinden de ele almadan geçmemelidir:

Malûm olduğu üzere tapu kayıtlarından hukukî kıymetlerini kaybetmiş olanların tasfiyesine dair olan bu kanun, hem 1318 senesinden evvel mabeyn senedi ile yapılmış bir satış neticesinde gayrimenkule vaziyet etmekte olan bir şahsın (zira bu tarihten evvel sadece, arzî mirînin satışının tapuda yapılması zarurî idi. Buna mukabil mülk gayrimenkullerin satışı menkul-lerin hükmüne tâbi tutulmuştu), kendi namına tapu senedi çıkartması imkânını sağlamakta; hem de bu tarihten sonra gerek araziî emiriyenin, gerek memlûkenin mutasarrıflarının — haricen tanzim edilmiş olan senetlere istinat ederek mahkemeye müracaatla ferağın icrasına hüküm istihsal-

lerine artık imkân kalmadığı için — aynı yoldan yürüyerek namlarına tapu senedi çıkartmalarını temin eylemektedir ¹¹¹.

Yalnız bu kanun ve ona istinaden yapılan muameleler, 9/2/1944 tarihli tevhidî içtihat kararına kadar, sırf idarî mahiyette telâkki ediliyor ve mahkemeler, müddeaaaleyhin tescili takip eden üç sene içinde yaptığı itirazı, 1515 No. lu kanundan mücerret olarak tamamen umumî hükümlere göre tatbik ve hallediyorlardı. Mezkûr tevhidî içtihat kararından sonradır ki Yargıtay, bu kanunun sırf idarî mahiyette olmadığını ve aranan şartları haiz bulunan zilyetlerin dahi, mezkûr kanuna istinaden doğrudan mahkemeye müracaata da hakları bulunduğunu kabul ve teslim etmiştir ¹¹².

Ancak mahiyetini bu suretle açıklamış olduğumuz 1515 sayılı kanunun aradığı şeraite uyan bir gayrimenkulün mutasarrıfı dahi, o fiilî vaziyetini, tapuya tescil ile, hukukî bir şekle çevirmedikçe, yine bir (zilyet) sıfat ve selâhiyetini aşmış olamayacağından, onun yapacağı satış muameleleri de nihayet bir «zilyetliğin devri taahhüdü» nden başka bir şey sayılmıyacaktır. Böyle bir taahhüt karşısında ise şuf'a hakkının mevzuubahs olamayacağı neticesine varıldığını unutmamak lâzımdır.

10 — Medenî Kanundan sonraki «Haricen Satış» larda şuf'a meselesi :

Muhakkak ki, Medenî Kanundan sonra bile, memleketimizde ve bilhassa köylerimizde en çok rastlanılan satış şekli (haricen satışlar) yani adi veya noter senediyle yapılan bey'lerdir.

İstidraden söyliyelim ki, ta Cumhuriyetten bile önceleri vaz'edilege-len tedbir ve çıkarılan bir sürü kanunlara rağmen memleketimizde adeta itiyat haline gelmiş olan bu haricî satışların önü hâlâ alınamamıştır. Bugün halkımızın mutasarrıf olduğu gayrimenkullerin hemen yarısından fazlası namlarına müseccel değildir ¹¹³. Muhakkak ki bunda usul ve mua-

111) 2/6/929 tarih ve 1515 sayılı bu kanunun hükümlerini sayın İhan Postacıoğlu şu tarzda hülâsa etmektedir: 1 — Tapu defterinde mukayyet olup gayri resmî bir surette (adi senetle veya noter senediyile) bir başkasına satılan gayrimenkuller; 2 — M. K. nun mer'iyet tarihine kadar (4 Tesrinlevvel 1926) bu başkasının zilyetliği altında nizasız ve fasılasız, hüsnüniyetle kalmış; 3 — Bu zilyetlik, musakkaf veya bu hükümde tutulan bağ ve bahçe, yahut arsalar için 4/Ekim/1926 tarihinden evvel 15, diğer arazi için ise 10 sene sürmüş ise; 4 — O zaman mevzuubahs gayrimenkuller, zilyetleri namına tapu idareleri tarafından kütüğe tescil olunur ve yeni sahiplerine tapu senedi bu husustaki nizamnamenin usulüne uyularak verilir». Bak: İ. Postacıoğlu, a. g. e., sh. 175.

112) İ. Postacıoğlu, a. g. e., sh. 179 ve devamı.

113) Vehbi Baykan, a. g. e., sh. 15, No. 49-50.

melelerimizdeki ağırlık ve kırtasiyecilik büyük bir rol oynamaktadır. «Bir takrir için günlerce süren ihzarî muameleler; bir ferağ muamelesini zamanında bitiremediği için, uzun müddet han köşelerinde kalan ve bir sürü masraf ihtiyar eden köylüler; vergi dairelerince müterakim vergileri tahsil edilmedikçe ve keza ağırca olan veraset vergisini, binde elli nisbetini bulan ferağ harcını tevdi etmedikçe istenilen ferağ ruhsatnamesini alamayı»¹¹⁴, haricen satışların, hattâ hükümsüz olduklarını bile bile bir adî senetle gayrimenkulü devredişlerin hakikî birer sebebidirler.

Hülâsa, bütün bu âmiller neticesi olarak bugün dahi cemiyet içinde rastladığımız şekil, M. K. ve B. K. nun aradığı ve anladığı mânada (yâni tapu memuru huzurunda tanzim edilen resmî senetle) bir gayrimenkul satışından ziyade ya noter yahut adî bir senetle yapılan haricen satışlardır.

Acaba bu nev'i satışlarda da şuf'a hakkının dermeyanı mümkün olabilecek midir?

Şuf'a hâdisesinin gerçekleşmesinin tam ve muteber bir satış aktine mütevakkıf olduğunu göz önünde tutarsak bunun cevabını daha kolaylıkla verebiliriz: Gerek adî senetle, gerek Noter Kanununda 4166 sayılı kanunla yapılan tadile kadarki zamana münhasır olmak üzere, noter senediyle vâki satışlarda, B. K. Md. 213 ve Tapu Kanunu Md. 26 da aranan vasıflar bulunmadığı için bunların hükümsüz birer satış akti olduğu bedihidir. Muteber olmıyan bir satış aktine istinaden — mebi müşteriye teslim dahi edilmiş olsa — bir şuf'a hâdisesinin gerçekleşemeyeceği, yukardaki kaidemizin tabii bir neticesidir.

4166 sayılı kanunla yapılan tadilât, Noterlerce tanzim olunan «satış taahhütleri» ni muteber saymış ve hattâ buna dayanarak jürisprüdansta Noterlerce (satış) adı altında yapılan muameleleri batıl addedmiyerek birer (satış vaadi) şeklinde telâkki eylemeğe başlamıştır. Fakat bunların da şuf'a hâdisesini gerçekleştiremeyeceği zahirdir. Zira hiç bir satış vaadi, tam bir (satış) değildir. Nitekim bu husus müteaddit Yargıtay kararlariyle de tasrih olunmuştur¹¹⁵. Binaenaleyh netice şu oluyor ki, ne adî senetle, ne de bir (satış) veya (satış taahhüdü) adı altında yapılan Noter senetleriyle vâki temliklere istinatla şuf'a hakkı dermeyan edilemez.

11 — Malikin (şuf'a mükellefinin) üçüncü şahısla yaptığı mukavelede tesbit olunan mukabil edayı, şefiin ifa imkânından mahrum olduğu sair haller :

Şuf'a mükellefi bazan meşfuu temlik ederken, bilhassa müşterinin şahsındaki ve mukabil edadaki hususiyetleri nazarı itibare alır. Ve temlik

114) C. A. Gücün, a. g. e., Cilt I, sh. 102 ve devamı.

115) Vehbi Baykan, a. g. e., sh. 15, No. 49-50.

muamelesine de asıl bu hususiyetler âmîl olur. Şefiîn, bu edaları bizzat kendisinin yapma imkânı bulunsa bile, bâyi tarafından bazan matlup olan gaye tahassül etmiyebilir.

İşte bu sebeplerle şuf'a hakkı sahibinin, mükellefin üçüncü şahısla yapmış olduğu mukavelede tesbit olunan mukabil edayı ifa imkânından mahrum olması hallerinde de, şuf'a hakkı dermeyeran edilemez. Ezcümle, «kaydı hayatla irad» veya «ölünceye kadar bakma» yahut «beslemek şartıyla temlik» lerde durum böyledir.

Bu yolda Temyiz'in müteaddit kararları da mevcuttur. Meselâ Birinci Hukuk Dairesinin 30/3/931 tarihli bir kararında şöyle denilmektedir¹¹⁶: «Beslemek şartıyla temlik şarta bağlı olduğundan onda şuf'a cereyan etmez. Fakat bu hisse meşfuunbih olduğu takdirde şuf'a dâvasını alacaklı, yâni fâriğ mi, yoksa borçlu yani mefruğunleh mi yapar? Hakkı şuf'a dâvasını ikame etmek borçlu mefruğunleh'e aittir».

Şahsen biz Yargıtay'ın bu kararının birinci şikkına ait esbabı mucibeye iştirak edemiyoruz. Filhakika beslemek şartıyla temlikte şuf'a cereyan eylemez. Bu doğrudur. Çünkü malik mükellefin şahsını nazarı itibare alarak böyle bir temlikte bulunmuştur. Fakat bu ademi icranın sebebi, temyizî işaret ettiği gibi «mevzuubahis temlikin, mutlak olarak şarta muallâk bir akit olması» değildir. Çünkü evvelce de gördüğümüz üzere, şarta muallâk akitlerde de şuf'a hakkı dermeyeran olunabilir. Buradaki ademi istimalin asıl sebebi, bayiin kendisini beslemesini bilhassa müşteriden arzu etmiş olması yani bu sebeple, mukabil edayı şefiîn ifa etmesinin mümkün bulunmayışıdır.

Feyzi Necmeddin Feyzioğlu

116) C. A. Gücün, a. g. e., C. I, sh. 16.