

O n u n c u R a p o r

ŞÜF'ADA ESKİ ve YENİ HÜKÜMLER ve MÜLKİYETİN ŞEFİE İNTİKALİ ANI.

Avukat Muin M. KÜLEY

BİRKAÇ SÖZ

Sözlerime başlarken, Medenî Kanununun iktibasından doğan mes'eleler üzerinde fikir teatisine ve ilmî görüşlerin tesbitine vesile olan bu kollokyumu tertipleyen Mukayeseli Hukuk Enstitüsünün muhterem İdare Meclisini ve direktörü Sayın Profesör Dr. Hüseyin Nail KUBALI'yı tebrik ederim.

Cemiyetimizin iç bünyesinde günlük medenî münasebetleri düzenleyen bir ana metnin 30 seneyi geçen tatbikatının ilmî muhasebesinin yapılması vakti gelmiştir. Metinde önemli değişiklikleri istihdaf eden teşriî çalışmaların inkişaf etmekte olduğu bugünlerde, vazı kanuna salim yolu gösterecek olan yegâne rehberin bu nevi ilmî toplantılar olduğuna inanıyorum.

Kendilerine, bu kollokyuma bir tebliğ ile iştirak fırsatını bana verdikleri için ayrıca en derin teşekkürlerimi arz ederim.

Eğer muhterem Enstitü Direktörlüğünce mevzu intihabında serbest bırakılmış olsa idim huzurunuzda iktibasın doğurduğu daha önemli bir konu ile gelmeyi arzu ederdim. Ancak bana ayrıldığı bildirilen «**Boşanma tatbikatı**» ve «**Şüf'a**» mevzularından birini intihap zorunda bulunduğum için ikinciye tercih ettim.

Kül olarak «**Şüf'a**», bir kollokyum mesaisi için hayli geniş bir mevzudur. Ben bu tebliğimde şüf'a hakkında eski ve yeni hükümleri karşılaştırdıktan sonra, pratik ehemmiyet arzettiğine inandığım bir nokta üzerinde biraz derinleşmek istedim: Şüf'ada meşfuun mülkiyeti hangi anda şefie intikal eder?

Mecelle bu hususu müstakil bir hükümle halletmiştir. Medenî Kanunda buna dair müstakil bir hüküm sevkedilmemiştir. Bu suretle vazı kanun meselenin hallini Medenî Hukukun umumî prensipleri ve bunlara

taallük eden nazariyat ile Medenî Kanununun Şüf'a müessesesine dahi sari umumî kaidelerinin tefsirine bırakmıştır.

Bu sebeple tebliğin birinci bölümünde eski ve yeni hukukumuzun şüf'aya ait hükümleri karşılaştırılmış, ikinci bölümünde Medenî Kanuna göre şüf'a hakkının mahiyeti üzerinde durulmuş ve üçüncü bölümde de yukarıda sorulan soruların cevabı ile buna teferrü eden pratik mes'elelerin hal şekilleri araştırılmıştır.

Birinci Bölüm

ESKİ VE YENİ HUKUKTA ŞÜF'A

1. Evvelki hukukumuzda şüf'a. İslâm hukukunda şüf'anın meşruiyetinde bütün mezhepler müttefiktir. Kabul edilen hükümler bakımından iki mühim telâkkiye tefrik etmek icab eder : Hambelî, Malikî ve Şafîî mezhepleri tarafından benimsenmiş olan **Medine telâkkisi** bu hakkı yalnız şerike tanımış; buna mukabil **İrak telâkkisini** kabul eden Hanefî mezhebi şüf'a hakkını şerik ile birlikte hâlit ve cârî mülâsık'a da tanımıştır. Malikî mezhebinde akarda ve gayrimenkulün müteallikatında ve müşterek arazinin müşterek mahsulâtında — hibe de dâhil olmak üzere — her nevi tasarrufta şüf'a hakkının kabul edilmesine mukabil Hanefî mezhebi şüf'ayı sadece gayrimenkulde ve yalnız malî muvazayı temin eden akitler için kabul etmiştir (*).

Hanefî fıkhı üzerine müesses bulunan Mecelle müesseseyi 1008 - 1044 üncü maddelerinde tetkik eylemiş ve şüf'a hakkında şu esasları kabul etmiştir :

A) Şüf'a sebebi. Mecelleye göre şüf'a sebebi üçtür (1008):

a. Nefsi mebide müşarîk olmak (duvarda müşarîk de bu hükümdedir) (1412).

b. Hakkı mebide hâlit olmak (bu hakkın da satılmış olması lâzımdır) (1015),

c. Cârî mülâsık olmak (kat malikleri de bu hükümdedir) (1011).

Şüf'a hakkı şerik, hâlit ve cârî mülâsıkta yukarıdaki tertip üzere tanınmıştır. Evvelki mevcut iken diğeri hak sahibi değildir. Önceki hakkından vazgeçerse hak sonrakinindir (1009). Aynı sıradaki hak sahibi müteaddid ise hisseleri miktarına değil baş adedine itibar olunur (1013).

(*) İslâm'da şüf'a hakkına dair malûmat için rahmetli hocam Prof. B. Ebül'ulâ MARDİN'in İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ndeki doktora kurlarında talebe tarafından tutulmuş notlarından faydalanılmıştır.

B) Şüf'anın mevzuu. Mecelle gayrimenkullere hasreylediği şüf'a hakkını arazinin her nev'inde kabul etmemiştir. Meşfuun mülk, akar olmasını aradığı gibi (1017), meşfuunbihin dahi mülk olması şarttır (1018). Arz, üzerindikilerle birlikte satılmışsa arza tebaan ağaç ve ebniye dahi şüf'a hakkının mevzuuna girerse de eşcar ve ebniyenin yalnız satılması halinde, menkulde şüf'a kabul edilmediğinden (1017) Mecelle bunlara şüf'a cereyanına mesag vermemiştir (1020).

C) Şüf'anın istimal sahası. Mecelle şüf'a hakkını yalnız satış akdi için kabul etmiş ve fakat ivaz şartlı hibeyi satış hükümlerine tâbi tutmuştur (1021). Bedel malûmülmiktar mal olarak kabul edildiğine göre (1024) bugünkü mânası ile trampada şüf'anın cereyanı mümkün oluyor demektir. Taksimde şüf'anın cari olmayacağı tasrih olunmuştur (1027).

D) Şüf'anın istimal şartları. İki mühim şart üzerinde durulmuştur:

a. Şefiin vaki olan bey'e sarahaten veya delâleten rızası olmalıdır (1024),

b. Bayiin mebiden mülkü zail olmalıdır (1026).

Binaenaleyh, Mecellenin dili ile : «bey'i fasitte bayiin hakkı istirdadı sakıt olmadıkça şüf'a cari olmaz ve bey'i bişartülhıyarda, eğer muhayyer yalnız müşteri ise şüf'a cari olur ve eğer bayi muhayyer ise hakkı hıyarı sakıt olmadıkça şüf'a cari olamaz».

E) Şüf'anın istimal şekli. Mecelle üç talep üzerinde durmuştur :

a. Talebi muvasebe. Şefiin satışı duyduğu mecliste, derhal şüf'a talebine delâlet eden bir söz söylemesi lâzımdır (1029).

b. Talebi takrirü işhad. Şefi iki kişi huzurunda ve mebiin yanında : «**Bu akarı filân kimse satın almış**» yahut müşterinin yanında «**sen filân akarı satın almışsın**» yahut mebi henüz satıcı elinde ise «**filân akarını filâna satmışsın, ben ise şu cihetle onun şefiiyim ve şüf'a talebetmiştim, şimdi dahi taleb ederim şahit olunuz!**» demelidi (1030). Şefi uzakta ise bu taleb birini tevkil suretiyle, vekil bulunmazsa mektupla yapılır.

c. Talebi husumet ve temellük. Hâkim huzurunda davadır.

F) Şüf'anın istimal müddeti. Talebi muvasebe satış akdinin duyulduğu mecliste derhal yapılmalıdır. Talebi takrirü işhad mektupla da olsa icra edecek kadar vakitte yapılmalı, husumet ve temellük talebi ise ahar diyarda bulunmak gibi bir özrü şer'i yoksa takrir ve işhat talebin-den itibaren bir ay zarfında yapılmalıdır (1034). Aksi halde hak sakıt olur

G) Şüf'anın hükümleri.

Şefi müşterinin itiraz etmeksizin teslimi veya hâkimin hükmü ile meşfua malik olur (1036).

b. Şüf'a tecezzî kabul etmez (1041). Şefi meşfuun bir kısmını terk ile diğer miktarını alamaz.

c. Şefilerin bazıları hisselerini diğerlerine hibe edemezler (1042).

d. Talebi muvasebe ve takrirden sonra ve bîrıza teslim veya hükümden evvel şefi ölse hak vereseye intikal etmez (1038). Keza bu sırada meşfuünbîh satılsa şefi'nin hakkı şüf'ası sakıt olur (1039).

e. Şefilerden birisi hâkimin hükmünden evvel hakkını iskat eylese, diğer şefi akarı meşfuu tamamen alabilir. Hükümden sonra bu mümkün değildir (1043).

f. Müşteri gayrimenkule kendinden bir şey ilâve eylese şefi dilerse terkeder, dilerse ziyadenin kıymetini dahi verip meşfuu alır. Müşteri ebniye inşa edip ağaç dikmişse şefi dilerse terkeder, dilerse bina ve ağaçların kıymetini de verip meşfuu alır. Yoksa müşteriye kal'e cebredemez.

2. **Bugünkü hukukumuzda şüf'a.** Bugünkü Medenî Kanunumuz müesseseyi İsviçre Medenî Kanunundan aynen iktibas eylediği iki maddesiyle hükme raptetmiştir. Mecellenin tetkikinde takib ettiğimiz sırayı takib ederek bu iki maddeden şüf'aya ait hükümleri istihraç edelim :

A) Şüf'a sebebi. İkidir :

a. Mebide müşterek malik olmak.

b. Şüf'a âkidi bulunmak.

Şu haliyle Medenî Kanun hâlit ve cârî mülâsıka bu hakkı tanımamış ve fakat müşterek malikten gayrisini bir şüf'a akdi tesisinde muhtar kılmak suretiyle bir bakıma kanunî şüf'a akdi tesisinde muhtar kılmak suretiyle bir bakıma kanunî şüf'a sebebini tahdid ederken diğer taraftan şüf'anın tesir sahasını irade istiklâli ile azamî genişliğe sevk etmiştir.

B) Şüf'anın mevzuu. Esas itibariyle gayrimenkuller arasında herhangi bir nev'iyet tefriki yapmayan Medenî Kanun bu hakkı bilcümle gayrimenkuller için kabul etmiştir. Cüz'ü mütemmim telâkkisi sebebiyle arz üzerinde müesses ve muhdes ağaçlarla binalar akitte istisna edilemeyecekleri cihetle hak, cümlesine şâmil ve carîdir. Şüf'a hakkı menkuller üzerinde de mevcuttur.

C) Şüf'anın istimal sahası. Medenî Kanun şüf'anın satış akdinde

cerayanını kabul etmiştir. Trampada cereyanı münakaşalıdır. Mecelle ivaz şartlı hibeyi satış hükmünde addettiği halde Medenî Kanunda böyle bir hüküm yoktur. Doktrin de ademi cevaza temayül eden münakaşaları ihtiva etmektedir.

D) Şüf'anın istimal şartı. Satış kâfidir.

E) Şüf'anın istimal şekli. Şüf'anın istimali şekle tâbi tutulmamıştır.

F) Şüf'anın istimal müddeti. İttılâdan itibaren bir ay ve satıştan itibaren azamî on senedir.

G) Şüf'aya müteferri hükümler. Medenî Kanun, şüf'aya tahsis eylediği 658 ve 659 uncu maddelerde yukarıdaki esasları tesbit ettikten sonra müesseseye müteferri hükümler üzerinde ayrıca durmamış ve bunların hukukun umumî prensipleri ile Medenî Kanunun şüf'aya da sarî umumî ve hususî kaideleriyle hallini derpiş eylemiştir.

Burada bir istitrat yapalım. Büyük kodifikasyon hareketleri muayyen bir cemiyetin medenî ihtiyaçlarını ve fertler arasındaki menfaatler durumunu hükme raptederken bir takım kaidelerin hazırlanmış kalıplarından faydalanır. Hukuk ilminin asırlar boyu çalışma ile vücade getirdiği prensipler, konulacak kaideler arasında hukuk ilim ve mantığının disiplinini tesis eylediği gibi, vaznı kanunu da hazırladığı metne birçok tâli hükümler dercinden korur. Bu suretle icazı da temin eyler. İlim, bu prensipleri, yine mevcut kaideler arasında bir takım münasebetler tesisi suretiyle meydana getirmiştir. Bu itibarla bir metindeki boşlukların doldurulması için, birinci plânda Hukuk İlminin, mezkûr metinden evvel veya o metin üzerine teessüs etmiş nazari mutalarından istifade olunur.

İşte bu sebeptendir ki, Medenî Kanunun umumî prensiplerini işlemiş olan doktrin, şüf'a hakkının mahiyetine dair görüşlerini almak ve Mecellede müstakil maddelerle halledilen birçok mes'eleleri Medenî Kanunda nasıl halletmek lâzım geldiğini o suretle tayin etmek ıztırarındayız. Şüf'ada mülkiyetin hangi anda intikal eylediğini araştırdığımız bu etüdümüzde, mevzu ile birinci derecede ilgili olan, bu hakkın mahiyeti üzerindeki görüşleri kısaca gözden geçireceğiz.

İkinci Bölüm

ŞÜF'A HAKKININ MAHIYETİ.

Doktrin şüf'a hakkının mahiyetini muhtelif nazariyelerle izaha çalışmıştır.

1. **İcab nazariyesi.** İsviçrede Becker ve Petermann tarafından kabul edilen (2) bu fikre nazaran : şüf'a, mal sahibinin hak sahibine karşı yapmış olduğu bir icaptır. Bayi, satış hususunda yapmış olduğu bu icabı; şefiin hakkını kullanması için, muayyen olan müddetin hitamına kadar mahfuz tutar.

Bu nazariye tenkid edilmiştir. İcab hükmünün bu derece gayrimuayyen bir müddete taliki ve akdin iki yapıcı unsurundan icab ile kabulün bu kadar uzun zaman için birbirinden ayrılması muvafık görülmemiştir. Şüf'a hakkının tapuya şerhi mümkün ise de böyle icabın idamesini temin eden bir akdin şerhi mümkün değildir. Sonra şüf'a hakkının kullanılması bir kabul ise icab sayılan mukavelenin de resmî şekilde yapılması icab eder. Halbuki Borçlar Kanunu tahriri şekli kâfi görmüştür. Nihayet bu nazariyenin, hakkın vasiyetname ile tesisini izahta kasır olduğuna işaret edilmiştir.

2. — **Satış vadi nazariyesi.** BB. Planiol ve Rippert, şüf'a için, tek taraflı bir satış vadidir, demişlerdir (3). Bizde B. İlhan Postacıoğlu bu tezi iltizam etmektedir. Şüf'a hakkı, talikî şarta bağlı bir satış vadidir, diyorlar (4). Müellif, mal sahibi bir gün malını bir şahsı ahara satmağa karar verdiği takdirde bulduğu müşteriye satmayıp şefie aynı şartla satmayı taahhüd etmektedir; şefi o zaman rızasını izhar ettiği takdirde menşinde bir taraflı olan bey vadi tekemmül etmiş olur ve her iki taraf satıştan doğan vecibelerle mes'ul tutulur, demektedir (5). B. Ebül'ulâ Mardin, bu tezi iki noktadan tenkid etmiştir : Bir kere bey vadinde iki akid mevcuttur : senet ve mukavele. Şüf'ada bu tektir. Satış vadi şekle tabidir, şüf'a değildir (6). Diğer taraftan B. Tahir Sebük, bey vadi hak sahibine esas akdin yapılmasını istemek salâhiyetini verir, halbuki hak sahibi, şüf'ada, meşfuun satılması halinde, tek taraflı irade beyanıyla esas akitle temin edilmek istenen durumu temin edebilir, demektedir (7).

(2) Fikret ARIK — Şüf'a hakkı üzerinde bir inceleme ; Adalet Dergisi 1943, S. 9, s. 792. Tahir SEBÜK — Şüf'a, Vefa ve iştirâ hakları s. 30 Not (1) deki atıf—İstanbul 1951

(3) RIPPERT — Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol II, s. 7322, No. 2325 — Paris 1949.

(4) İlhan POSTACIOĞLU — Gayrimenkulün ferağına dair akitlerde şekle riayet mecburiyeti s. 87/88 — İstanbul 1945.

(5) İlhan POSTACIOĞLU — Şüf'a hakkında ; Hukukî Bilgiler Mecmuası 1939, C. X, S. 10, s. 7097.

(6) Ebül'ulâ MARDİN — Doktora kurları.

(7) Tahir SEBÜK — a. g. e., s. 31.

3. — **Şarta muallâk satış nazariyesi.** BB. Wieland (8), Rossel ve Mentha (9), Allgaeuer (10), Vaucher (11), Oser - Schönerberger (12), Leemann (13) bu telâkkiye taraftar olmuşlardır. Bu nazariyeye göre şüf'a hakkı, iki talikî şarta bağlı bir satış aktidir. Biri, meşfuun ahara satılması; diğeri şefiin hakkını kullanması.

Bu nazariye de tenkid edilmiştir. Şüf'a, mükellefine satış mecburiyeti tahmil eylemediği gibi satış halinde de şefii beyana icbar etmez. Tarafların iradesi, nihai gaye olması iktiza eden satışa müteveccih değildir. Diğer taraftan hakkı, şarta tabi bulunan hak sahibinin emniyet tedbiri isteyebilmesi lâzımdır, denmiştir (14).

4. — **İnşai hak nazariyesi.** Şüf'a hakkının izahında bugün umumiyetle kabul edilen nazariye budur. Von Tuhr, inşai hakkı şöyle tarif ediyor : «**hususî bir hukukî vaziyete istinaden bir kimsenin yalnız kendi iradesiyle hukukî bir netice husule getirmek selâhiyetidir** (15). Husule gelen neticeye göre inşai haklar :

a. Ya kurucudur. Yeni bir hukukî rabıta ihdas veya bir hakkı iktisab ettirmek hüküm ve neticesini tevliid eder.

b. Ya değıştiricidir. Kullanılması hukukî vaziyeti tadil eder.

c. Yahut bozucudur. Kullanılması hukukî rabıtayı ortadan kaldırır.

Bu nazariye İsviçrede BB. Von Tuhr (16), Schmidt (17), Haab (18), Schüner (19), Homberger (20), Guhl ve Simonius (21) ; Türkiyede BB. Schwarz (22), Arsebük (23), Velidedeoğlu (24), Saymen (25), Sebük (26), Feyzioğlu (27) taraflarından kabul edilmiştir.

(8) C. WIELAND — Kanunu Medeni'de Aynı Haklar s. 251 — Ankara 1947.

(9) V. ROSSEL et F. - H. MENTHA — Manuel du droit civil Suisse p. 105, No. 1279.

(10) ALLGAEUER — Vorkaufs, Rückkaufs und Kaufsrecht nach dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch s. 51 — 1918.

(11) G. VAUCHER — Les droits de préemption d'emption et de remere de Code civil Suisse s. 58 — 1916.

(12) OSER — SCHÖNERBERGER — İsviçre Borçlar Kanunu şerhi m. 216, Not 18, Ankara 1930.

(13) LEEEMAN — Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbruch

(14) Tahir SEBÜK — a. g. e., s. 34.

(15) Von TUHR — Borçlar Hukuku s. 21, İstanbul 1952.

(16) Von TUHR — a. g. e., s. 19, 277.

(17) SCHMIDT — Das Vorkaufsrecht s. 24 — 1934.

(18), (19), (20), (21) Tahir SEBÜK'ten atfen.

(22) A.B. SCHWARZ — Borçlar Hukuku s. 269 — İstanbul 1948.

(23) E. ARSEBÜK — Borçlar Hukuku s. 386 — Ankara 194.

(24) Hıfzı VELDET — Medeni Hukukun umumî esasları s. 286 — İstanbul 1948.

Yüksek Temyiz Mahkemesi, şüf'a hakkı ile ilgili hâdiselerde doktrini takib etmiş ve şüf'a hakkının bir inşai hak olduğu yüksek mahkemenin birçok kararlarında belirtilmiştir.

Ezcümle :

16/5/1951 gün ve E. 6/19, K. 3 sayılı kararında «Şüf'a hakkı, şefiin satış şartları altında kullanabileceği inşai bir haktır. Bu hakkın kullanıldığına dair şefiin bir taraflı beyanı ile evvelki malik ile üçüncü şahıs arasındaki sözleşme dairesinde satış münasebeti vücut bulur» denmiştir.

20/6/1951 gün ve E. 13, K. 5 sayılı tevhide içtihat kurulu kararında ise : « Bu hak meşfu hissenin üçüncü şahsa satılması ve satışa ittilâdan itibaren bir ay içinde kullanılmış olması gibi muayyen şartlar altında kullanılarak yenilik doğuran kurucu bir haktır ki, şefiin bu hakkı kullandığı yolundaki tek taraflı irade beyanının müşteriye vâsıl olması ilk yeni bir hukukî vaziyet meydana getirmesine yarar. Bu hakkın kullanılmasıyla şefi yeni bir akid yapmaya hacet kalmaksızın müşteriye halef olur. Bu suretle şefi irade beyanını müşteriye isal edince yeni bir hukukî durum hasıl olur : a. Meşfu hisse üzerinde müşteriye ait haklar şefie geçer ve bu andan itibaren de meşfu hissenin nefi ve hasarı şefie ait olur ; b. Müşteri meşfu hisse neye mal olmuş ise o miktar ile şefiin alacaklısı olur.»

26/12/1951 gün ve E.1,K.6 sayılı tevhide içtihat kurulu kararında da bu cihet teyid edilmiştir. Şöyle ki :

« Şüf'a hakkı inşai bir haktır... İnşai hak, muayyen bir hukukî münasebeti ihdas, tadil, ilga hususunda hak sahibine tanınan bir selâhiyettir. Hak sahibinin bu selâhiyetini istimaline müteallik tek taraflı irade beyanı muhataba vâsıl olmakla bir hukukî münasebet, bir hukukî rabıta hasıl olur » .

Yüksek mahkemenin diğer birçok kararlarında da bu esastan hareket ettiği görülmektedir. Bu suretle Temyiz Mahkemesi kuvvetli olan nazari tezi kabul etmiş bulunuyor.

(25) Ferit H. SAYMEN — Türk Medeni Hukuku s. 214 — İstanbul 1958.

(26) Tahir SEBÜK — a. g. e., s. 36.

(27) F.N. FEYZİOĞLU — Şüf'a hakkının mevzuu ve süjeleri ; İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası XVIII, 1952 s. 887.

Üçüncü Bölüm

İNŞAÎ BİR HAK OLARAK KABUL EDİLEN ŞÜF'ADA ŞEFİİN MÜLKİYETİ İKTİSABI ANI.

Şüf'ayı inşai bir hak olarak kabul ettiğimize ve bu mütalea temyiz makemesince de benimsenip, tevhide içtihat kararlarında tali hükümlerin bu mütalea dairesinde halli yolu ihtiyar olduğuna göre, inşai hakkın mahiyetinden doğan bir mes'eleye işaret zarureti hasıl oluyor. Müellifler daha ziyade BGB § 130 daki « Bir başkasına karşı yapılacak irade beyanı, şayet onun gıyabında vaki olursa, bu kimseye vâsıl olduğu anda tesirini gösterir » hükmü ile Alman Doktrini tesiri altında kalarak inşai hakkın kullanılış ve tesir mekanizmasını şu suretle izah ediyorlar : İnşai hak, diğer tarafa tevcih edilen bir irade beyanı şeklinde tezahür ediyor. Şartları tahakkuk etmişse beyanın muhataba vüsülü istenen hukukî neticeyi husule getiriyor. Yani hakkın beklenen neticeyi husule getirmesi için vüsülü şart olarak mütalea edilmektedir (28). Yukarıda işaret olunan kararlarında Yüksek Mahkememizin de bu kanaatte olduğu anlaşılmaktadır. Zikrolunan 20/6/1951 tarihli tevhide içtihat kurulu kararında « şefiin bu hakkı kullandığı yolundaki tek taraflı irade beyanının müşteriye vâsıl olması ile yeni bir hukukî vaziyet meydana gelir » tarzındaki ifadeden ve 26/12/1951 tarihli aynı kurula ait kararda da « hak sahibinin bu selâhiyeti istimaline müteallik tek taraflı irade beyanı muhataba vâsıl olmakla bir hukukî münasebet hâsıl olur » hükmünden bu cihet açıkça anlaşılmaktadır.

B. Kemal Oğuzman, iş akdinin muhik sebeple feshini tetkik ederken vüsülü muktazi irade beyanı telâkkisinin bazı müellifler ve bilhassa Alfred Magnik (29) tarafından tenkid edildiğine işaret etmiş, bu arada L'Huilier'nin beyan sahibinin, muhatabının bunu öğrenmesi için kanunen veya örfen yapılması iktiza eden şekilde hareket etmiş olmasının, beyanın hüküm ifade etmesi için kâfi geleceği mütaleasında bulunduğunu belirtmiştir (30). B. Oğuzman'ın iş akdinin muhik sebeple feshi

(28) Von TUHR — a. g. e., s. 22 ; SCHWARZ — Medeni Hukuka giriş 25, II; Ferit H. SAYMEN — Borçlar Hukuku s. 92.

(29) A. MAGNIK — Willehserklaerung und Willangenschaft s. 306 — Berlin 1907 (L'Huilier'nin La notion du droit formateur en droit Privé Suisse s. 118 — Geneve 1947 den naklen) Oğuzman'ın atfı.

(30) K. OĞUZMAN — Hizmet «İş» akdinin feshi s. 129, Not. 3.

için kendisinin de katılmış ve savunmuş olduğu bu fikri biz şüf'a hakkı için de varid görüyoruz (31).

Gerçekten Borçlar Kanunumuz vüsul nazariyesine « kabul » bakımından yer vermiştir. Bunun dışında inşai hakların behemehal tek taraflı irade beyanının vüsülü ile netice tevliid edeceğine dair herhangi bir hükümün Borçlar Kanunumuzda yer aldığı görülüyor. Bir teoriden kanunda mevcut hüküm boşluklarını takviye ve yeni hükümler imalinde istifade olunurken o kanunda mevcut esasların dışında bağlayıcı hükümler tesis yoluna gidilmesi de tecviz olunamaz. Bu itibarla inşai hak teorisini vüsul bakımından hususî hüküm ihtiva eden Alman Borçlar Kanununda ve bu yolda herhangi bir hüküm ihtiva etmeyen Borçlar Kanunumuzda ayrı ayrı mütalea etmekte zaruret vardır.

Gelelim işin pratik cephesine. Meselâ: Beyanın vüsulünü esaslı bir şart olarak kabul eden anlayış gıyapta cereyan eden bir şüf'a davasını izahta müşkülât doğurur. Filhakika böyle bir hâdisede şefi, bir dava ikamesi suretiyle inşai hakkı kullanmaya matuf beyanını isal eylemiştir. Ancak ıttılâmın gecikmesi sebebiyle geçen zaman zarfında müşteri tapudaki adresini değiştirmiş ve başkaca adresi bilinmediği için dava dilekçesi kendisine tebliğ edilememiş olabilir. Bu takdirde usulü hükümlerin tatbiki de dâvamüşterinin gıyabında takib ve intaç olunabilecek midir? Bu suale müsbet cevap verilebildiği takdirde inşai hak muhataba vâsıl olmadan hukukî neticelerini doğurmuş olacaktır. Mahkeme dâva tarihine, hani şefi inşai hak doğuran beyanını tevcih eylediği tarihe muzaf olarak vereceği hükümle kaydı tashih edecektir. Yani inşai hakkın kullanıldığı anda mülkiyetin intikal ettiği kendiliğinden kabul edilmiş olacaktır ki, bugünkü tatbikatımız budur.

Aynı netice, şüf'a hakkının bir taahhütlü mektup veya protesto ile kullanıldığı ve müşteriye tebligatın icra edilmediği hallerde de variddir. Görülüyor ki, inşai hakkı vüsul şartına bağlamak kanunumuzun kabul ettiği sistemin - görüşümüze göre - kesin icabı olmadığı gibi, pratik müşkülleri de davet etmektedir. O kadar ki, şefi inşai hakkını muhtevi mektup, protesto veya dava dilekçesini, tebellüğden kaçınan bir müşteri - ki ıttılâ gecikmişse bu büsbütün kolaylaşır - şüf'a hakkını akim bırakabilecektir. Kanaatimizce şüf'anın mahiyeti, tarafların menfaatleri beyanın vüsulüne intizar eylemeği icab ettirmemektedir. Ancak vüsülü temin için şefi tarafından, gerekli bütün gayretin gösterilmesi iktiza eder. Nitekim Temyiz mahkemesi, bir kararında bu gibi hallerde iradesini beyan eden

şefiin bu beyanın muhataba vüsulünü temin için muktazi bilcümle gayreti sarfetmiş olmasını dikkatle araştırmıştır. VI. Hukuk Dairesinin 20/5/1955 gün ve 2649 sayılı bu kararında «dâvacı vekili bu dâvada hakkındaki red kararı kesinleşen Marika aleyhindeki davanın devamı sırasında meşfu hissenin 4/12/1952 tarihinde Marika tarafında Nazmiye'ye satıldığına tapunun bu dava dolayısıyla verdiği cevabî yazısı ile muttali olur olmaz 25/12/1952 gününde verilen ve kaydiyesi 26/12/1952 gününde yaptırılan dilekçe ile usulün 186 ncı maddesine göre yeni malik Nazmiye hakkında şüf'a hakkını kullandığını mahkemeye bildirmiş ise de dilekçesini mahkemeye tevdi tarihinde kaydiyesini icra ettirmekle iktifa etmeyip bu dilekçenin Nazmiye'ye vüsulünü temin için muktazi tebliğ masraf ve harçlarını ittilâ tarihinden itibaren bir ay zarfında mahkeme veznesine yatırması icab ederken...» denmektedir.

Bu mes'ele hakkındaki görüşleri böylece tesbit ettikten sonra, şüf'a da mülkiyetin intikal anı hakkındaki düşüncemiz üzerinde durabiliriz. Temyiz Mahkemesi Hukuk Genel Kurulu 3/2/1957 tarih ve H. 5/9,K.17 sayılı kararında hakkını dava ikamesi suretiyle kullanmış bulunan bir şefiin ikame eylediği tezyidi bedel davasında husumet mes'elesini münakaşa ederken : «Şüf'a inşai haklardandır. Şefi bu husustaki iradesini kanunî süresi içinde beyan eylemekle müşterinin meşfu hisse üzerindeki haklarına halef olur » demek ve hükmün daha ileri satırlarında da, şefiin tezyidi bedel davası ikamesi selâhiyetinin bu halefiyetle birlikte doğduğunu söylemek suretiyle iradenin usulü dairesinde beyanı anında mülkiyetin dahi intikal ettiğini kabul etmiş bulunmaktadır. Hattâ ilâmda bu cihete de işaret edilmiştir : « Şüf'a hakkının bu hususiyeti karşısında henüz kesinleşmemiş olan şüf'a ilâmının mülkiyetin tescilinden evvel intikalini temin edemeyeceğini, bu itibarla da şefiin silki mülküne geçmemiş hisse hakkında dava açamayacağını düşünmiye mahal yoktur » denmektedir ki, yüksek mahkeme bu takdirde meşfuun mülkiyetinin şefie intikal etmiş sayılacağı mütaleasındadır. Biz Temyiz Mahkemesinin bu görüşüne iştirak etmekteyiz. İstihlâf mevzuundaki fikrimizi evvelce söylemiş (32) ve Temyiz Tevhidi İçtihat Hey'etinin 20/6/1951 tarih ve E.13/K.5 sayılı kararını da kısaca tahlil etmiş bulunduğumuz cihetle (33) B. Rabi Korral'ın bu mevzudaki kıymetli görüşünün tenkid ve mütaleasını bu konuşmamız dışında bırakıyoruz (34).

(32) Muin M. KÜLEY — Şüf'a Hakkı s. 23.

(33) Muin M. KÜLEY — Şüf'a hakkında iki içtihat birleştirme kararı — İstanbul Barosu Dergisi XXV, S. 11 den ayrı bası.

(34) Rabi KORAL — Şüf'ada istihlâf fikri kayıt tashihi davası ve Temyiz tevhidi içtihat kararı — Samim GÖNENSAY'a Armağan'dan ayrı bası — İstanbul 1955.