

RAPORUN GÖRÜŞÜLMESİ

(Bu görüşmelerin tesbitinde, Asistan Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU'nun tuttuğu zabıtlar esas alınmakla birlikte, söz alanlardan konuşmalarını sonradan yazılı olarak verenlerin konuşmaları aynen konulmuştur.)

Doç. Dr. Feyzi FEYZİOĞLU

«Sayın raportörden, iki noktayı izah etmelerini rica edeceğim.

Birincisi, müşterek mülkiyette hissedarlara şüf'a hakkını aded-i rüusa göre mi, yoksa hisse miktarı nisbetinde mi tanımak gerektiği hususunda ne düşündükleridir.

İkincisi de, şüf'a hakkının istimali için dâva ikamesini şart telâkki edip etmedikleridir.»

Prof. Dr. Kemal Tahir GÜRSOY

«Şüf'ada terim bakımından müşkilât vardır. Buna, fransızcada «Droit de préemption», almancada «Vorkaufsrecht» denmektedir. Her iki terimde de satış akdi kokusu vardır. Ben, Ankara Hukuk Fakültesinde iki yıl üstüste Eşya Hukuku okuttum. Şunu söyliyeyim ki bu şüf'a kelimesi bize bir şey ifade etmemektedir. Sayın raportörden veya bu konuda etüd yapmış arkadaşlardan, bize bu «şüf'a» kelimesinin mânasını izah etmelerini rica ediyorum.»

Doç. Dr. İsmet SUNGURBEY

«Müsaade buyurulursa, «şüf'a» sözünün anlamını ben söyliyeyim. Çünkü ben de bu sözün anlamını merak etmiş te aziz üstadımız Ebül'ulâ Mardin Beyefendiden sormuştum. Bunun üzerine arapça sözlüğe, sanıyorum ki «Ahterî» ye baktık, «şüf'a», «katma» demekmiş. Fıkıh'taki şüf'a kurumunda da haksahibi bu hakkını kullanmakla satılan malı kendi malına kattığı için buna «şüf'a hakkı» denmiş. Nitekim Hazret-i Peygamberin «şefaati» da bundan alınmış olup şefaati edilen kimse, iyilere, kurtulanlara katılmaktadır.

Görülüyor ki arapça olan bu «şüf'a» sözü, bugün bizlere hiçbir şey söylememekte, anlatmamaktadır. Öğrencilerimiz Fakülteyi bitirmekte, gelgelelim gene de hangisi şüf'a, hangisi vefa, hangisi iştira bilememekte, bunların hepsini birbirine karıştırmaktadırlar. Bundan dolayı, ben- ce, Mecelle'den alınan bu anlaşılmaz arapça sözleri artık bırakmalıyız. Yeni Medenî Kanunumuzun alındığı batı hukuklarındaki almanca ve fransızca terimleri türkçeye çevirerek iştira hakkı yerine «Kaufrecht = alım hakkı», vefa hakkı yerine «Rückkaufrecht = geri-alım hakkı», şüf'a hakkı yerine de «Vorkaufrecht = önalım hakkı» demeliyiz. Bizle- re ancak bu türkçe terimlerdir ki bu kavramları söyleyip anlatabilir. Onun için ben, Mukayeseli Hukuk Enstitüsü'nün değerli direktörü sayın Prof. Dr. Hüseyin Nail Kubalı'nın himmetleriyle bastırılmış olan, fakat ne yazık ki birtakım güçlükler yüzünden hâlâ yayınlanamıyan «Mukaye- seli Hukuk Araştırmaları Dergisi»nin ilk sayısında (s. 48/53) «"Şüf'ada Halefiyet Görüşü" nün Tenkidi» adlı yazımda «şüf'a hakkı» terimi yeri- ne «önalım hakkı» terimini kullandım. Bu vesileyle, genç arkadaşların pek değerli yazılarından meydana gelen yüksek ilmi seviyedeki bu der- ginin de bir an önce yayınlanmasını dilerim.»

Doç. Dr. Halit Kemal ELBİR

«Ben, meseleye başka bir noktadan temas edeceğim. İsviçre hukukun- da şüf'a hakkında büyük bir değişiklik meydana geldi. 1951 tarihli bir ka- nunda şüf'a hakkında büyük bir değişiklik meydana geldi. 1951 tarihli bir kanunla kanunî şüf'a hakkı sahiplerinin adedi çoğaltılmıştır. Bu kanuna göre, bir ziraî işletmenin tamamen veya kısmen satışı halinde eş, fûru', hantonların şumulünü tayin edeceği aile efradı, hattâ icabında hasılat ki- racısı dahi şüf'a hakkını kullanabilir. Acaba memleketimizde — ki ziraat- çidir — böyle bir şey düşünülebilir mi? Sayın raportörden bu husustaki nokta-i nazarlarını istirham edeceğim.»

Asistan Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU

«Herşeyden önce pek muhterem raportör Muin Küley Beyefendiye, gerek muhteva gerekse buradaki izah şekli bakımından son derece ente- resan ve ilgi çekici olan raporu dolayısı ile teşekkür ve kendisini tebrik ederim. Şüf'a hakkı İsviçre'de ve bizde en karışık ve halli müşkül prob- lemleri ihtiva eden mevzulardan biri olarak tavsif edilebilir. Bu gibi ko- nularda herkesin aynı fikirde olmaması kadar tabii bir şey olamaz. Onun için ben de, burada muhterem raportörün iştirak etmekte büyük tered-

düt duyduğum bazı fikirleri üzerinde, müsaadeleri ile, bir iki kelime söylemek istiyorum.

Sayın raportör şüf'a hakkını yenilik doğuran hak nazariyesine göre izah ve aynı nazariyeyi açıkça benimseyen Temyiz Tevhidi İçtihat Kararlarını zikrettiler. Gerçekten bugün İsviçre'de olsun Türkiye'de olsun doktrinde ve jürisprüdans sahasında hâkim olan görüş budur. Bununla beraber, yanılmıyorsam, hiç değilse akdî şüf'a hakkını, iştira ve vefa hakları ile birlikte şartlı satış akdî nazariyesi ile de izah imkânı vardır. Öyle ki, İsviçre'li müelliflerden büyük bir kısmı (Meselâ Von Tuhr, Oser/Schönenberger, Simonius, Merz v.s.), nihai olarak bu iki nazariyeden birisine üstünlük tanısalar dahi, iki görüşün de kabili müdafaa olduğu bilhassa belirtmektedirler. Hattâ Simonius gibi bazıları iradî bir şartın gerçekleşmesinin inşai bir hakkın kullanılması ile aynı şey olduğunu söyleyecek kadar ileri gitmektedirler. Bu konudaki münakaşalar üzerinde burada uzun boylu duracak değilim (1). Yalnız hiç değilse akdî şüf'anın şartlı satış nazariyesi ile de izah edilebilmesi imkânının bazı problemlerin halinde faydalı olabileceğini kaydetmekle iktifa edeceğim.

Raporda orijinalite arzeden kısımlardan biri de hazır olmayan bir muhataba karşı yapılan bir taraflı irade beyanlarının tekemmülü meselesi ile ilgilidir. Sayın raportör, bilhassa şüf'a hakkının kullanılması bakımından mevzua temas etmekte ve vüsul nazariyesine karşı cephe almaktadır. Hakikaten Medenî Kanunumuzda ve Borçlar Kanunumuzda sözü geçen beyanların ancak vüsul ile tamamlanacağına dair genel bir prensip yer almamaktadır. Halbuki BGB. bu noktayı, Borçlar Hukuku değil fakat Umumî Hükümlere tahsis ettiği kitapta açıkça tasrih etmiştir. Şimdi İsviçre-Türk M. K. ve B.K. da, BGB. den farklı olarak, bir «Umumî Hükümler» kısmı bulunmadığı hatırlanacak olursa, bu durumun çok tabii karşılanması icap eder. Kanun vazı, daha pek çok meselelerde yaptığı gibi, bu meseledeki noktalarını hususî fakat en ziyade önem arzedan bir hal olan icap ve kabul dolayısı ile Borçlar Kanununun ilk maddelerinde açıklamış bulunmaktadır. Kaldı ki, Borçlar Kanununun Umumî Hükümler kısmının, bir bakıma BGB.'deki Umumî Hükümlere paralel bir rol oynadığı hemen herkesçe kabul olunmaktadır. O halde, Borçlar Kanununun umumî hükümler kısmında ve en başta, en önemli konuda benimsenen vüsul nazariyesini kaide olarak, diğer başkalarına tevcih edilen bir taraflı irade beyanlarına teşmil etmek, kanun yapma tekniği bakımından BGB'den geniş ölçüde ayrılan Medenî Kanun ve Borçlar Ka-

(1) Tafsilât için bak. N. Kocayusufpaşaoğlu, Türk Medenî Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, (Doktora tezi), İstanbul 1958, § 4.

nunumuzun sistemine ve ruhuna aykırı değil bilâkis uygun düşecektir. Diğer taraftan Müşterek Hukukta dahi hazır olmayan bir muhataba yöneltilen bir taraflı irade beyanlarının ne vakit tamamlanmış sayılacağı meselesinin, von Tuhr'un Allg. Teil des deutschen BGB. § 61, not 179'da belirttiği gibi (en önemli tatbikat sahası olan) akdin inikadı mevzuunda münakaşa edilmiş olması, İsviçre Borçlar Kanununda da neden sadece bu halde meseleyi çözmekle iktifa ettiğini açıklamaya yetebilir. Vüsul nazariyesinin ana kaide olarak benimsenmesi yalnız bu gibi daha ziyade sistematik mülâhazalara dayanmamaktadır. Beyanda bulunan ile beyan muhatabının karşılıklı menfaatleri en iyi bu nazariye çerçevesi içerisinde telif edilebilmektedir. Malûmatıma göre, memleketimizde ilk defa bu nazariyeyi tenkitle, daima beyanda bulunanın mı yoksa beyan muhatabının mı menfaatinin himaye edilmek istendiği nazara alınarak her hal için ayrı ayrı bir neticeye varılmak gerektiğini ileri süren «İş akdinin feshi» konusunda bir doktora tezi hazırlayan pek değerli arkadaşımız Dr. Kemal Oğuzman olmuştur. Zannımızca beyanın kimin menfaatine olduğunu, kanun vazınca hangi tarafın himaye edilmek istendiğini aramak başka şey, muhatabın gıyabında ve fakat ona tevcih edilerek yapılan beyanın tamamlanacağı ânı tesbit etmek yine başka şeydir. Beyan tamamen ve münhasıran beyanda bulunanı himaye için yapılırsa, kanun yalnız onun menfaatini üstün tutsa dahi, muhatabı, hâkimiyet sahasına hiçbir zaman girmeyen ve bu itibarla onun tarafından öğrenilmek imkânı hiçbir zaman doğmamış bir beyanın hukukî neticelerine katlanmağa mecbur tutmak, kanunda aksine bir kayıt bulunmadıkça, doğru olmaz. Bu ihtimalde dahi, beyan muhatabının kanun vazınca korunması gerekli, en aşağı beyan sahibinin menfaatına eşit bir menfaati vardır ki, o da kendi iktidar sahasına girmeyen beyanlarla hukuken bağlı olmamak şeklinde tecelli etmektedir. Bu itibarla, beyanın gönderilmesi ile ilgili olarak, birinci safhada rizikoyu gönderene, beyan muhatabın hâkimiyet sahasına girdikten sonra ise bu sonuncuya yüklemek daha âdil ve tatmin edici gözükmektedir. Raporda temas edildiği üzere, muhatabın adresini değiştirmesi ve yeni adresinin bilinmemesi v.s. gibi haller vüsul nazariyesinin reddine yetmezler. Bu gibi durumlarda, arada beyanın bağlandığı müddet geçse de beyanda bulunan hakkını kaybetmez. Muayyen bir müddetle mukayyet olan konuşmamı pek fazla uzatmamak için Tuhr-Siegwart, OR., § 22, IV de sözü geçen ihtimallerin derpiş ve halledildiğini kaydetmekle yetiniyorum. Diğer taraftan raporda sözü edilen birinci misal de gereği kadar vâzih değildir. Öyle anlaşılıyor ki, şefi, şüf'a hakkını mahkeme dışında (sıhhati bakımından) şekilsiz bir taraflı irade be-

yanı ile kullanacak yerde, memleketimiz tatbikatında pek sık raslanıldığı şekilde doğrudan doğruya bir şüf'a dâvası ikame etmiştir. Bu halde dâva arzuhalinde aynı zamanda şüf'a hakkının kullanılmasına dair irade beyanının da mündemiç olduğu kabul olunacaktır. Şüf'a mükellefinin halihazır adresi bilinmediği için kendisine normal yollarla tebligat yapılamıyorsa, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundaki hükümleri tatbik etmek ve icabında ilân yolu ile tebligata başvurmak icap edecektir. Muhterem raportöre göre o zaman arzuhalde mündemiç şüf'a beyanının muhataba vâsıl olmadan tamamlandığı teslim edilmiş olmayacak mıdır? Fikrimizce bu itiraza da iştirak edilemez. Önce şurasını belirtelim ki BGB. § 132 Usul Kanununun tebligat hükümlerinden istifadeyi imkân dahiline sokmuş, bu arada aynı maddenin ikinci fıkrasında ikametgâhı (adresi) bilinmeyen muhatabı da açıkça anarak Usul Kanununun ilân yolu ile davetiyenin tebliği hükümlerine atıf yapmıştır. Bizde de incelediğimiz misalde (hayli münakaşa götürür olmakla beraber) Usul Kanunu hükümlerinin tatbiki, arzuhalde mündemiç yenilik doğuran hakkın kullanılması ile ilgili beyana teşmil olunursa; o zaman, hakikatte, vüsul nazariyesi yine reddedilmiş olmayacaktır. Çünkü meselâ ilân yolu ile tebligatta, bu yol tebligatın yapıldığı faraziyesini gerektiriyorsa, aynı şekilde yine bu yoldan tebligatın mevzuunu teşkil eden irade beyanının karşı tarafa tebliğ edildiği, ona vardığı faraziyesini (fiksiyon) gerektirecektir. (Bak. von Tuhr, Allg. Teil des deutschen BGB. § 61, III. 3). Bu görüşe yer verilmek istenmiyorsa, bu sefer de yukarıda zikredilen Von Tuhr - Siegwart OR, § 22, IV 'daki esaslar dahilinde şefiin, şüf'a hakkını, müddet geçtikten sonra dahi kullanabileceğini unutmamak lâzım gelecektir.

Bütün bu mülâhazalar, diğerine nazaran çok daha sade ve hukuki emniyeti daha iyi gerçekleştirci bulduğumuz vüsul sisteminin ana kaide olarak muhafazasına bizi ister istemez sürüklemektedir. Kaldı ki, diğer sistem kabul olursa dahi, acaba şüf'a halinde hangi ana itibar edilecek ve meselâ bu halin hususiyetleri «gönderme, irsal» nazariyesinin benimsemesini haklı gösterecek midir? Yoksa, bilâkis, tıpkı satış akdini kuran kabul beyanı gibi, satış münasebetini kuran şüf'a hakkının kullanılmasına dair beyanın da ancak vüsul ile tamamlandığını kabul etmek icap etmeyecek midir? Benden sonra söz alanlar arasında bulunan aziz ve değerli dostumuz sayın Dr. Kemal Oğuzman bu noktada bizi herhalde tenvir edecektir.

Şurasını da ilâve edeyim ki, muayyen bir müddet zarfında kullanılması gerekli bir taraflı beyanlar konusunda, sayın raportörün temayülü-

nün zıddına, müellifler, bu arada bilhassa Von Tuhr, çok daha ileri gitmekte ve müddetin muhafaza edilmiş sayılması için müddet zarfında göndermeyi kâfi bulmayıp, müddet içinde vüsulü aramaktadırlar. Bu görüşün mesnedi B.K. 3/cümle 2'dir. Sözü geçen maddede muayyen bir müddet tayin edilerek hazır olmayan bir şahsa karşı yapılan icapta, müddete riayet edilmiş sayılmak için kabul haberinin o müddet geçmeden gönderilmesi değil mucibe varması şart koşulmuştur. Aynı sistem şüf'a ya uygulanırsa, şefi'in şüf'a hakkını kullandığını bildiren beyanının bir ay zarfında şüf'a mükelefine varması da zarurî addedilecektir.

Yine raporda kolaylıkla benimsenen ve fakat bizce hukukumuz zaviyesinden cevaz olmayan diğer bir fikir de şüf'ada halefiyet nazariyesidir. Bu görüş, gerek tapuya şerh verilmiş akitten doğan şüf'a hakkı, gerekse kanunî şüf'a hakkı için, İsviçre'de, bir iki ufak istisna dışında, müelliflerin ezici ekseriyetince benimsenmek şöyle dursun, çok defa zikir dahi edilmemektedir. Buna mukabil (her müellifin az çok farklı düşünmesine rağmen) bir yandan von Tuhr, Leemann vs., diğer yandan da Guhl, Haab, Homberger v.s. gibi müellifler tarafından savunulan iki ayrı sistem münakaşa mevzuu olmaktadır. Bu münakaşaların burada tekrarlanmasına ne lüzum vardır ne de imkân. Ancak şu kadarını belirtelim ki mücerret şüf'a hakkının kullanılması ile müşteriye ait mülkiyetin otomatik olarak tescilsiz şef'ie geçeceğini, şefi'in müşteriye halef olacağını iddia eden görüşten herhalde vazgeçmek ve bununla sadece şef'i ile şüf'a mükellefi arasında bir satış münasebeti doğduğunu teslim etmek zarureti vardır. Öyle ki, bu zaviyeden bakınca, Temyiz Mahkemesince pek çapraşık bir şekilde haledilen birçok problemlerin ne kadar basitleştiği derhal farkolunacaktır. Meselâ şüf'a dâvasında hâkimin re'sen, hükümden önce, şüf'a bedelinin şefi tarafından yatırılmasını aramasını âmir tevhidî içtihat kararında isabet olmadığı aşikârdır. Kanaatımızca mesele, şef'i ile şüf'a mükellefi arasında bir satış münasebeti kurulduğuna göre, B. K. 81 deki «ademi ifa def'i» prensipleri dahilinde bir hal şekline bağlanmak icap ederdi. Şu noktayı da bilhassa ilâve edelim ki şüf'a hakkının kullanılmasına terettüp eden neticeler ve bizde (sayın Doç. Dr. Râbi Koral gibi bazı mahdut istinalar bir köşeye bırakılırsa) umumiyetle benimsenen halefiyet nazariyesinin tenkidi çok muhterem ve değerli Doç. Dr. İsmet Sungurbey hocamızın hazırladığı bir etüdün konusunu teşkil etmektedir ve bu gerçekten büyük ilmi önemi olan çalışma problemi inşallah hakikî mecrasına dönecektir (2).

(2) Bu etüdün halefiyet görüşünün tenkidi ile ilgili kısmı sonradan Muka-

Muhterem raportöre, bu kadar enteresan ve önemli meselelere temas eden ve bunların münakaşasını mümkün kılan ciddi ve güzel raporu için tekrar teşekkür ederim efendim.»

Doç. Dr. İsmet SUNGURBEY

«Benden önce konuşan değerli arkadaşım Necip Kocayusufpaşaoğlu'nun konuşmasının sonundan da anlaşılacağı üzere, benim konuşmam, kendisinin devamı mahiyetinde olacaktır. Sayın raportör Bay Muin Küley, Yargıtayımızın, önalım (şüf'a) hakkı biçimleyici (inşai, yenilik doğuran) bir hak olduğu için önalıcının (şefi'in) önalım hakkını kullanmakla alıcıya halef olarak ona geçirilmiş mülkiyeti kazanacağı, böylece ona karşı düzeltim (tashih) dâvası açacağı yolundaki görüşüne katıldıklarını söylemişlerdir. Önalım hakkının kullanılmasının, alıcıya mülkiyetin geçirilmesi üzerinde etkisi konusunda çeşitli görüşler vardır. (Bu görüşleri, İstanbul Barosu Dergisi'nde çıkacak bir yazımda ayrıca incelemek istiyorum.) Bizde, Fransız MK. 841 den çıkarılan, «halefiyet görüşü» denilen görüş üstün durumdadır. Ben deminki konuşmamda andığım «Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi» nin ilk sayısında (s. 48/53) «“Şüf'ada Halefiyet Görüşü” nün Tenkidi» adlı yazımla bu görüşü tenkid etmiştim. Şimdi sayın raportör Bay Muin Küley de «şüf'ada halefiyet görüşü» nü kabul ettiklerine göre, bu tenkidlerimi burada da anlatmak isterim.

Önceden belirtiyim ki gerek Fransa'da, gerek bizde önalıcının halefiyetinin (subrogation'unun) sözü edilmekle birlikte, burada gerek Fransız MK. 1249 ile sonrakilerdeki, gerekse İsviçre BK. 70, 110, 149, 507 ile Türk BK. 69, 109, 147, 496 daki gerçek, teknik anlamda olan halefiyet söz konusu değildir: Önalıcı hakkını kullandı mı, ilkin hak kazanan kimse aradan çıkar, onun **yerine** önalıcı **geçer**. Böylece önalıcı ilkin hak kazanan kimse kendisiymiş gibi doğrudan doğruya malikten — önceye de etkili olarak — hak kazanmış olur. (Bak. PLAİOL/RİPERT/BOULANGER, *Traité Élémentaire De Droit Civil*, t. 3, Paris 1946, No. 2831, 2834, PLAİOL/RİPERT, *Traité Pratique De Droit Civil Français*, t. IV, Paris 1956, No. 561/562.) Yoksa halefiyette olduğu gibi (Fransız hukuku için bak. PLAİOL/RİPERT/BOULANGER, a.g.e., t. 2, Paris 1952. No. 1741, 1745, 1773; İsviçre-Türk hukuku için bak. VON TUHR/SIEG-

yeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, yıl 1, sayı 1, s. 48/53 de neşredilmiştir. Yine sonradan intişar eden Temyiz Mahkemesi 11/5/1958 gün, 8/1 sayılı Tevhidi İçtihat kararı da (Resmî Gazete, sayı: 10016) halefiyet nazariyesinden tamamen farklı bir düşünce tarzının Yüksek Mahkemeye hâkim bulunduğunu göstermektedir.

WART, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1942, § 59, not 34, 37) ilkin hak kazanan kimsenin hakkı önalıcıya geçmez. Onun için bence buradaki durumu halefiyet (subrogation) diye değil, «yerine geçme» (substitution, kaim olma) diye göstermek gerekir. Nitekim PLANIOL/RIPERT/BOULANGER şöyle demektedir: «Bu kişi değişmesini **eskiden** «halefiyet» diye nitelendiriyorlardı.» (Adı geçen eser, cilt 3, No. 2831.)

Yargıtay da 20.6.1951 günlü inançları (içtihatları) birleştirme kararı gerekçesinde, öğretildeki (doktrindeki) işbu halefiyet görüşü için «prensip» demekle birlikte, öte yandan «alıcının hakları önalıcıya geçer» dediğinden bu gereçede yerine geçmeyi mi, yoksa gerçek anlamda halefiyeti mi düşündüğü belli değildir: «Bu hak,... yenilik doğuran kurucu bir haktır ki, şefi'in bu hakkını kullandığı yolundaki tek taraflı irade beyanının müşteriye vâsil olması ile yeni bir hukukî vaziyet meydana getirmesine yarar. Bu hakkın kullanılması ile şefi', yeni bir akit yapmağa hacet kalmaksızın müşteriye **halef olur**. — Bu suretle şefi' irade beyanını müşteriye isal edince yeni bir hukukî durum hasıl olur : a) Meşfu hisse üzerindeki müşteriye ait **haklar şefi'e geçer**, bu andan itibaren de meşfu hissenin nefi ve hasarı şefi'e ait olur. b) Müşteri, meşfu hisse kendisine neye mal olmuş ise o miktar ile şefi'in alacaklısı olur... Şefi'in şüf'a hakkını kullanmasıyla husule gelen yeni hukukî vaziyet gözönünde tutulursa şüf'a dâvasının bir **kayıt tashihi dâvasından** ibaret olduğu sonucuna varılır. — Her ne kadar doktrinde bu dâvanın mülkiyetin devrini tazammun ettiği de ileri sürülmüş ise de, şefi'in şüf'a hakkını kullanmak suretiyle müşteriye halef olması prensibi bizi daha ziyade dâvanın kayıt tashihi dâvası mahiyetini arzettiği hususundaki ilmi içtihatlarla temayül ettirmektedir...» (Resmî Gazete, sayı 7950.)

Önalıcının, önalım hakkını kullanmakla mülkiyet hakkı kazanacağı, buna dayanarak da alıcıya karşı İsviçre-Türk MK. 975/933 teki çizim dâvası (Löschungsklage, terkin dâvası) açacağı kabul edildi mi, bu dâvanın 5602 sayılı Tapulama K. 34 gereğince Gezici Kadastro Mahkemesinin görevine girdiğini de kabul etmek gerekir. İşte Yargıtayın da 6.7.1955 gün, 13/19 sayılı inançları birleştirme kararı gerekçesinde işbu 20.6.1951 günlü inançları birleştirme kararına yollayıp dayanarak halefiyet ya da yerine geçme ile çizim dâvası görüşünü kabul ettiği anlaşılmaktadır; buna uygun olarak da dâvanın Gezici Kadastro Mahkemesi görevinde bulunduğu sonucuna varmıştır: «Tapulama işlerine başlanmadan önce şüf'a hakkının kullanılmış olması hali, bu hak müteaddit tevhid-i içtihat karar-

larında belirtildiği üzere inşai haklardan bulunması bakımından, meşfu hisseye ait eski **kaydın düzeltilmesini** ve şu suretle tapulama zımında yeni kaydın şefi' üzerine tesisini icabettirir. — Tapulama tarihine te-kaddüm eden hukukî sebep ve vâkıyalardan mütevellit ve o tarihteki tapu sicili durumuna müessir ihtilâf sicili alâkalandırması bakımından arazi kadastronun doğrudan doğruya ilgilendirmektir. Tapu siciline müessir ve bu sebeple arazi kadastronun ilgilendiren ve hâkimden izhari bir karar istihsaline mâtuf talep ve ihtilâfların halli ise 34 ncü madde uyarınca Gezici Arazi Kadastro Mahkemesinin vazifesi cümlesindedir.» (Resmî Gazete, sayı 9098.)

Görülüyor ki sayın raportörün görüşüne katıldıkları Yargıtay, bu inançları birleştirme kararlarının **gerekçelerinde** (Önemle belirtmek gerekir ki inançları birleştirme kararlarının da yalnız konuları olan sonuç bölümlerinin yargıçlıkları bağlayıcı günü vardır; yoksa gerekçelerinin de böyle bir gücü yoktur), önalım hakkı biçimleyici bir hak olduğu için önalıcının alıcıya halef olarak ona karşı düzeltim dâvası (Bizde genel olarak İsviçre-Türk MK. 975/933 teki çizim (terkin) dâvasına, ondan başka olan İsviçre-Türk MK. 977/935 teki düzeltim dâvası (tashih dâvası, tashih-i kayd dâvası) denmektedir) açacağını söylemektedir. Oysaki, önalım hakkının biçimleyici haklardan olması, bu hakkı kullanan önalıcının alıcıya halef olacağını ya da alıcı yerine geçeceğini başlıbaşına ispata yetmez. Önalım hakkı kullanılınca yeni bir hukukî durumun doğduğu doğrudur. Ancak bu yeni hukukî durum, önalıcı ile «önsatıcı» arasında yalnız bir **satım ilişkisinin** doğumudur. Bunun dışında, bu yeni hukukî durumun, önalıcının alıcıya halef olması ya da yerine geçmesi olduğu, ispata muhtaç kalır. Oysaki önalıcının alıcıya halef olacağı ya da yerine geçeceği görüşünü, İsviçre-Türk hukukları için ne alıcının alacak hakkı bakımından ne de mülkiyet hakkı bakımından kabul etmek bana mümkün görünmemektedir. (Aşağıda 1 ile 2.) Bundan başka, önalıcının alıcıya mülkiyet hakkında halef olacağı ya da yerine geçeceği kabul edilse bile o, alıcıya karşı düzeltim (daha doğrusu: çizim) dâvası açacak değildir. (Aşağıda 3.)

1) Önalıcının önalım hakkını kullanmakla alıcının alacak hakkı ile fer'i haklarda ona halef olacağı, yani bu hakların önalıcıya geçeceği kabul edilemez. Çünkü alacağın geçirilmesinin bağlı olduğu yazılı biçimi gereksemeksizin alacak hakkının fer'i haklarla birlikte geçtiği halefiyet, ancak yasada gösterilen yerlerde olabilir. Yasada ise böyle bir kural yoktur. Kaldı ki yasanın halefiyeti tanıdığı BK. 69, 109, 147 ile 496 daki durumların tersine olarak, önalıcı hakkını kullanmakla başkasının (alıcı-

nın) borcunu ödemek yüküne katlanmamakta, tersine, alıcının önüne geçerek nesneyi kendisi satın almış olmaktadır. Bundan dolayı, kendisini halefiyetin iyiliklerinden (biçim gerekmeksizin alacağı kazanmadan, alacağı sağlayan, genişleten rehin, kefillik, sözleşme cezası (cezaî şart) gibi fer'î haklardan) yararlandırmak için ortada «iç» ya «maddî» bir sebep yoktur; böyle bir çözüm, İsviçre-Türk BK. nda halefiyete temel olan ana-düşünceye aykırı olur. (Bak. VON TUHR/SIEGWART, a. g. e., § 59, not 38 ile 47; OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 110 N. 3/4 ile Alman MK. 268 açıklamaları.)

«Yerine geçme» için de bu düşünceler doğrudur.

2) Alıcı mülkiyeti kazanmışsa, önalıcının önalım hakkını kullanmakla alıcının mülkiyet hakkında ona halef olacağı, yani mülkiyetin önalıcıya geçeceği ise hiç kabul edilemez. Çünkü BK. na göre yalnız alacak hakkı ile fer'î haklarda olabilen halefiyetin, yani geçirme biçim ile şartlarını gerekmeksizin hakkın geçmesinin, mülkiyet hakkında da tanınması doğru olmaz. Örneğin, bir kimse alıcının borcu için rehin duran malını kurtarmak için alıcının borcunu ödese bile alıcının (yani: borçlunun!) mülkiyet hakkında ona halef olmayacağı gibi, önalım hakkını kullanan önalıcı da satış akçasını ödese bile mülkiyet hakkında ona haydi haydi halef olmaz, yani mülkiyet hakkı önalıcıya kütüğe yazımsız geçmez. Kütüğe yazımsız kazanmalar, ancak yasa gereğince olabilip (Bak. GLOOR, Der aussergrundbuchliche Eigentumserwerb nach schweizerischem Recht, Dissertation, Zürich 1929, § 1, XIII) yasada ise böyle bir kural yoktur. İsviçre-Türk MK. larının tanıdığı kütüğe yazımsız kazanma olaylarındaki alenilik (işgalde, olağanüstü kazandırıcı yıllanmada, bak. SUNGURBEY, İsviçre-Türk Hukukuna Göre İktisabî Müruru Zaman, tez, İstanbul 1956, § 5, III), resmîlik ile alenilik (mahkeme yargısında, cebri icra ihalesinde) ya da küllilik (mirasta, ortadan kalkan törel kişinin mallarının MK. 50 gereğince kamu hukuku kurumlarına geçmesinde) durumları (GLOOR, a. g. e., § 1, XII) burada bulunmadığından alıcı adına kütüğe yazılan mülkiyetin, hakkını kullanan önalıcıya kütüğe yazımsız geçeceğini tanımak, İsviçre-Türk hukukunun tapu kütüğü sistemine uygun olmaz. Oysaki Fransız hukuk sisteminde mülkiyet sözleşmeyle geçtiğinden, önalıcının hakkını kullanmakla alıcı yerine geçerek mülkiyet hakkı kazanması, o hukuk için işbu tapu kütüğüne yazım gereği prensibine aykırılık durumunu ortaya çıkarmaz.

«Yerine geçme» için de bu düşünceler doğrudur.

3) Önalıcının önalım hakkını kullanmakla alıcının mülkiyet hakkında ona halef olacağı ya da alıcı yerine geçerek mülkiyet kazanacağı, yani önalıcıya mülkiyetin kütüğe yazımsız geçeceği kabul edilse bile alıcıya

karşı düzeltim (daha doğrusu: çizim) dâvası açacağıının sözünü etmenin yeri yoktur. Çünkü tapu kütüğü dışında mülkiyet kazanan kimse, İsviçre-Türk MK. 665, II/642, II ile İsviçre-Türk MK. 963, II/922, II gereğince hakkının kütüğe açıklayıcı yazımını tapudan doğrudan doğruya isteyebilir; yoksa İsviçre-Türk MK. 975/933 teki çizim dâvası açması gerekli değildir. (Bak. OSTERTAG, Kommentar zum Schweizerischen ZGB., Besitz und Grundbuch, Bern 1917, Art. 975, N. 2; HOMBERGER, Kommentar zum Schweizerischen ZGB., Besitz und Grundbuch, Zürich 1938, Art. 975, N. 3)»

Asistan Dr. Kemal OĞUZMAN

«Muin beyin kıymetli raporu ile alâkalı iki noktaya temas edeceğim. Birincisi şüf'a hakkının kullanıldığı hususundaki irade beyanının hangi andan itibaren hüküm ifade edeceğidir. Her ne kadar İsviçre ve Türk doktrininde umumiyetle, Alman hukukunun tesiri altında, bütün tevcihi muktazi irade beyanlarının vusulle hüküm ifade edeceği ileri sürülmekte ise de, biz bu kanaatin doğru olmadığına iş akdinin feshi hakkındaki doktora tezimizde işaret etmiştik. Gerçekten BGB. § 130 daki hükme benzer bir hüküm İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarında mevcut değildir. Bu sebeple de Alman hukukundaki neticeyi bizde de kabul etmek hususunda kanunî bir mecburiyet yoktur. Tezimizde de belirttiğimiz gibi tevcihi muktazi bir irade beyanın ne zaman hüküm ifade edeceğini tayin için, o muamelenin mahiyeti ve tarafların menfaat münasebeti gözönünde tutulmak gerekir. Şüf'a hakkının kullanılmasında muamelenin mahiyeti, tarafların menfaatlerinin muvazene arzemesi, beyanın vusul ile hüküm ifade etmesini gerektirir.

Temas etmek istediğimiz ikinci mesele, kanunî şüf'a hakkının kullanılması hususunda riayeti gerekli müddettir. Temyiz Mahkemesinin 26.12.1951 tarihli Tevhidi İçtihat Kararında, mukaveleden doğan şüf'a ya dair MK. md. 658 deki 1 aylık ve 10 senelik müddetlerin kanunî şüf'aya da tatbik edileceği kabul edilmiştir. Fakat kıymetli raportörün ve yüksek heyetimizin malûmuu olduğu veçhile mukaveleden doğan şüf'adaki 10 senelik müddet şüf'a hakkının tapu siciline şerh verilmesinden itibaren işliyen bir müddet olup, şüf'a hâdisesinden yani satıştan itibaren işliyen bir müddet değildir. Şüf'a hâdisesinden yani satıştan itibaren azamî ne kadar bir müddet içinde şüf'a hakkının kullanılması gerektiğine dair MK. m. 658 de bir hüküm mevcut değildir. Binaenaleyh satıştan itibaren şüf'a hakkının kullanılabilceği azamî bir müddeti nizamlamamış bulunan MK. m. 658 hükmünün kıyasen Kanunî Şüf'aya tatbiki bir netice

vermiyecektir. Satıştan itibaren azamî ne kadar bir müddet içinde satışa iltıla kesbedilirse şüf'a hakkı kullanılabilir mi? Bu meseleye dair 658 nci maddede kıyasen tatbik edilebilecek bir hüküm mevcut değildir. Sözü geçen Tevhidi İctihat kararına rağmen mesele halledilmiş olmaksızın uzaktır. Bu hususta Muin bey bizi aydınlatırlarsa çok memnun olacağız.»

Avukat Ahmet Refik GORBON

«Şimdiye kadar bahsedilmeyen bir noktaya temas etmek istiyorum. Beyanı yapanın, beyana bedeli eklemesi, beyanın tekemmülü için madde bir şart mıdır?»

Avukat Dr. Orhan ARSAL

«Yenilik doğuran hakların ancak irade beyanının muhataba vusulu ile tekevvün edebileceği hususu, görülüyorki, muhterem raportörün kanaati hilâfına, doktrin ve jürisprüdansın ittifak ettikleri bir noktadır.

Ancak şunu tebarüz ettirmek mecburiyetindeyim ki, eğer inşai hakkın tekevvününde vusul şart ise «icab»ın, «dava» ya tekaddüm etmesi elzemdir. Zira, dâva arzuhalinin mahkemeye tevdiinden evvel irade beyanı karşı tarafa isal edilmemiş ise, henüz bir «hak» tekevvün etmemiştir ki ona müsteniden «dâva» mümkün olsun.

Şüphesiz dâva arzuhali de bir irade beyanını ihtiva eder. Şu var ki, burada irade beyanını alelittâk mânasiyle değil, fakat teknik anlamıyla mütalâa gerektir. Bağlayıcı irade beyanlarının, inşai hak bakımından dahi olsa, «icab» cinsinden olması şarttır. Halbuki dâva arzuhali bir «icbar» taleptir. Bu itibarla saygı değer Prof. İlhan Postacıoğlu'nun kanaati hilâfına «Zımnî bir icab» telâkki edilemez.

Temyiz mahkemesinin dâva arzuhalinde inşai hakkın tekevvününe hizmet edecek irade beyanının mevcudiyetini kabule müncer olan içtihadı hakkın ziyana sebebiyet verdiği için doğru değildir. Nitekim bir mahkeme, nazariyeyi mantıkî neticesine isal ederek, dâva arzuhali karşı tarafa bir aylık sukutu hak müddeti zarfında tebliğ edilememiş bulunması mucib sebebiyle bir şüf'a dâvasını reddeylemiştir. Zannederim maddede hiç de uygun olmayan bu neticedir ki muhterem raportörü inşai hakda vusulün şart olmadığını iddiaya sevk eylemiştir.

Bu isyan şüphesiz haklıdır. Fakat meselenin hal çaresi doktrini zorlamakta değil, fakat her şeyi mevkiine irca edebilmektedir. Bana kalırsa şüf'a dâvasının kabulü için «icab»ın semeresiz kalmış bulunması kâfidir.»

Prof. Dr. İlhan POSTACIOĞLU

«Söz hakkımdan Doç. Elbir lehine feragat etmiştim. Fakat Orhan Arsal beyin işaret ettiği nokta üzerinde fikrimi açıklamak isterim. Orhan beyefendi diyorlar ki, şüf'a hakkının istimali hususunda gerekli bulunan irade beyanı evvelâ izhar edilmiş olmalı ki, hak doğmuş bulunsun, ve buna müsteniden dâva ikame edilebilsin. Bu, dâvadan önce yapılmayıp dâva ikame edilecek olursa, henüz tekevvün etmiş bir hakkın dâva edilmesi bahis mevzuu olur ki, bu gayrı caizdir; ve dâvanın bu sebeble, yani erken açılmış bir dâva olması hasebile, reddi lâzım gelir.

Bu görüş ve tahlile iştirak etmiyorum. Zira dâva arzuhalinde maddî hukuka müteallik bir tasarrufta bulunulmasına bir mâni yoktur. Meselâ aktin ademi icrası üzerine diğer tarafı muayyen müddet zarfında vecibenin ifasına davet eden tarafın, müddetin hitamında aktin icrasını istemek, veya feshini ve bu sebeble tazminat istemek şıkları arasında hakkı hiyarı haizdir. Bu hakkı hiyarını irade beyanında bulunmak suretile kullanmalıdır. İşte bu irade beyanını açacağı davâ arzuhalinde izhar etmesine ve hasmına bu suretle ulaştırmasına hiçbir mâni yoktur. Keza şüf'a hakkını dâvacı ikame edeceği dâva arzuhalinde bu bapta kendisinden beklenen irade beyanını izhar suretile kâmil bir hale getirir. Bunun için dâvadan önce beyan zaittir. Şefiden istenilen irade beyanı dâva arzuhali içinde ifadesini bulabilir.

Ancak raportörden sormak istediğim bir nokta şudur: şefi'in beyanı bir (Droit formateur) olarak tahlil ediliyor, fakat bunun bürüneceği şekil üzerinde durulmuyor. Feyzioğlu arkadaşımız noter marifetile izhar edilecek bir irade beyanının kifayetinden bahsettiler. Acaba şefi hakkını kullandığını meselâ bir taahhütlü mektupla bildirirse bir aylık müddete riayet etmiş sayılacak mıdır? Resmî şekil mülâhazasına burada yer verilip verilmeyeceği noktası aydınlatılmalıdır.»

Doç. Dr. Lûtfi DURAN

«Şüf'a hakkının kullanılmasındaki bir aylık müddetin mahiyeti nedir? Dâva ikamesi mi, yoksa irade beyanı mı lâzımdır?»

Avukat Muin KÜLEY

«Bu müddet bir sukut-u hak müddetidir. Bu müddet içerisinde irade beyan edilmelidir.

Sayın Feyzioğlu, müşterek mülkiyette hissedarların şüf'a haklarını aded-i rüusa göre mi, yoksa hisse miktarı nisbetinde mi kullanacaklarını

sormuşlardı. Ben, şüf'a hakkını gayrimenkulün kaderi ile muhtemelen ilgilenecek olanlara bu gayrimenkulün müstakbel satışlarında hak tanımak şeklinde anladığım için, şüf'a hakkı sahiplerine bir hak müsavati tanıyorum.

Şüf'a hakkının kullanılması için dâva ikamesi şart mıdır? Yolundaki sorularına gelince, muhakkak ki şart değildir. Bunu tebarüz ettirmiştim. Kullanılması şekle tabi değildir.

Sayın Oğuzman'a cevabıma gelince, bu hususu «İleri Hukuk Mecmuası»ndaki bir notta hayli tafsilâtle arzetmiştim.

Beyanda imkân-ı maddî şart mıdır? Bu düşünülmemiştir. Temyiz tevhid-i içtihat kararlarında bu husus nazara alınıyor; ama arkadaşımızın düşündüğü şekilde değil. Şüf'a dâvasında hâkim şefi'e parayı ödemesini söylüyor. Bu, şüf'a ilâmının tatbikini önleyen sebepleri ortadan kaldırmak gayesini güdüyor. Yoksa bir esasa dayandığına kaani değilim.

Sayın doçent Halit Kemal Bey'in sorularına gelince, biz, büyük ziraî araziye dağıtmak politikasını güdüyor ve feodalitenin son kalıntılarını bertaraf etmek istiyoruz. Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu v.s. yi bugünkü realitemize uygun telâkki etmiyorum.»