

PAPER DETAILS

TITLE: SUF`A HAKKINDA MUVAZAA IDDIALARI

AUTHORS: Feyzi FEYZIOGLU

PAGES: 272-288

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/96850>

ŞUF'A HAKKINDA MUVAZAA İDDİALARI

Asistan Dr. Feyzi Neemeddin Feyzioğlu

Şuf'a hakkının umumiyetle bâyi ile müşterinin tasavvur ve anlaşmalarını ihlâl ettiği bir vakıadır. Bu itibarla satış aktinin tarafları, muhtelif kombinezonlarla şefi'n hakkını kullanmasına mâni olmağa çalışmakta ve bu maksatla da muvazaalı yollarda pek çok ve sık dolanmaktadır.

Muvazaa, malûm olduğu üzere, «bir beyanın diğer tarafın da arzu ve muvafakatiyle yalnız zahiren yapılması, yani beyan edilen şeyin, arzu edilen şey olmadığı hususunda tarafların mutabık kalmaları» dir¹.

Yahut da daha kısa bir ifade tarzıyla muvazaa «aktin, gerçeğin hilâfında gösterilmesi, hakikatteki duruma aykırı bir dış görünüşü tarafların bilerek ve istiyerek vücade getirmesi» dir².

Böylece muvazaa'da biri açığa vurulan, diğeri gizlenen iki akit bulunmaktadır. Taraflar bu iki akitten yalnız gizli kalan aktin muteber olacağını kararlaştırmışlar ve bu itibarla müşterek iradelerinin ifadesini zahiri akit değil, bu gizli akit teşkil etmekte bulunmuştur. Hakiki maksatlarına uygun olmadığı için de muvazaalı muameleler taraflar arasında hiçbir hüküm ve netice doğurmamaktadır. Aynı şekilde, Borçlar Kanunu md. 18/2 deki hal müstesna, bu prensip üçüncü şahıslar için de câri ve mer'idir³.

Şüphesiz burada, mücerret muvazaayı değil, şuf'a hakkının dermeyanına mâni olmak gayesiyle tevessül olunan muvazaalı muameleleri inceleyeceğimiz için, malûm bulundukları mefruz olan bu prensipleri tekrarlamakta bir zaruret görmüyoruz. Onlara ancak, bahsimizin ilgilendirdiği yerlerde ve nisbette avdet etmek düşüncesiyle, burada biz, şuf'a hakkına karşı çeşitli muvazaa ihtimalleri üzerinde duracağız.

1) A. B. Schwarz — Borçlar Hukuku Dersleri — Cilt I. İst. 1948, Sh. 293.

2) Şefkatî Özkutlu. Y. I. H. D. Başkanı (I. H. D. nın 1/6/948 t. ve 1546/3215 s. k. daki muhalefet serhinden).

3) Fazla tafsîlât için bak: İ. Postacıoğlu — Gayrimenkullerin Ferağına Müteallik Akitlerde Şekle Riayet Mecburiyeti — Tez. İst. 1945, Sh: 114-195.

I — Mukavelenin vafında yapılan muvazaa (Temiik aleyhine muvazaa) :

Şuf'a hakkının ancak satış aktinde dermeyan olunabilmesi, tarafları umumiyetle yaptıkları mukavelenin vafında bir muvazaaya sürüklemektedir. Bu hali başka bir ifade tarzı olmak üzere (akit aleyhinde muvazaa) şeklinde tesmiye edenler de vardır⁴. Bunun en tipik misalleri «Satış hibe tarzında gösterme», yahut da «Hibeyi satış tarzında gösterme» durumlarıdır. Birincisi, şefiin, hakkını dermeyanına mâni olmak tehlikesini yaratırken, ikincisi şefie hakkını kullanmak ümidini vermektedir.

Tatbikatta çok rastlanan bu iki ihtimal üzerinde ayrı ayrı durmağa başlamadan önce, belki biraz da doktrinal olmak üzere, mevzuubahis muvazaa şekillerini dahi çok yakından ilgilendiren bir suali cevaplandırmak lâzımdır :

Umumiyetle hemen bütün memleketler mevzuatının, muvazaalı anlaşmaların mahiyetinde mündemiç iki akitten (sarih ve gizli akitten), gizlisini muteber saydığı malûmdur. Fakat acaba, yapılmış olan şu gizli aktin, bir gayrimenkule taallük etmesi halinde, muteber sayılması için, onun da kanunun aradığı resmî şekilde mi yapılması icap edecektir ?

İsviçre Federal Mahkemesi, bu halde kaideten «Ne zahiri resmî mukavele muteberdir, ne de gayri resmî yapılmış gizli akit muteberdir diyerek her ikisini de bâtil addetmekte», ancak bu vaziyetin içtimai hayatta yarattığı büyük sarsıntıları düşünerek bazı hallerde hakkın suiistimali müessesesine istinatla bu noktai nazarına mühim istisnalar kabul etmektedir⁵. Bu mühim istisnalara ilerde temas edeceğiz.

Buna mukabil, Türk Yargıtay'ı, Federal Mahkemesinin aksi bir mülâhaza ile «gizli akit muteber, aşikâr olan akit taraflar beyninde bâtildir ve gizli aktin muteber olması için resmî senede raptına —aslında kanun o akit için resmî senet aramış olsa dahi— hacet yoktur⁶ tezini benimsemiştir.

Sayın Doçent İlhan Postacıoğlu, adı geçen tezlerinde Temyiz Mahkememizin kurduğu bu sistemin hakiki mesnetlerini çok ince buluşlarla izah etmekte ve hülâsatan demektedirler ki: «Muvazaa olduğu vakit gizli ve

4) Muin Küley — Şuf'ada Muvazaa ve İsbatı — 948. Ank. — Ank. Baro Dergisi, ayrı bası.

5) J. D. T. 1940. I. 310; 1919. I. 250; 1924. I. 322 (İ. Postacıoğlu'ndan naklen a. g. e. Sh: 119).

6) Y. H. G. K. 27/6/934 t. li v.s. kararlar için bak: İ. Postacıoğlu. a. g. e. Sh:128

zahiri akitleri birbirinden tamamen ayrı ve müstakil bir şekilde mütalâa etmek doğru değildir. Bilâkis bu iki akit birbirini tamamlamaktadır. Meselâ gizli akit ekseriyetle zahiri aktin yalnız bir veya iki noktasını tâdil ile iktifa etmektedir. Binaenaleyh bu iki akti tecezzi kabul etmiyen bir kül suretinde telâkki etmek yerinde olur. O zaman resmî şekle zahiri akitte riayet edilince gizli akitte ayrıca aynı şekle riayet lüzumu kalmaz. Adeta gizli aktin şekilsizliği yerine, zahiri aktin şekli ikame olunmuştur.

Bu muhakeme tarzı B. K. Md. 12 deki hükme de⁷ muhalif değildir. Çünkü 12 nci madde, tahriri yapılan bir irade beyanının bilâhare yapılacak ikinci bir irade beyanı ile değiştirildiğini farzetmektedir. Halbuki muvazaa mevzuubahs olunca birbirini takip ve tadil eden iki irade beyanı yoktur. Zahiri akitte ifadesini bulan irade beyanı bilâhare değil, aynı zamanda ikinci bir irade beyanı ile değiştirilmiştir. Daha doğru bir ifade ile, zahiri akitte irade beyanı yapıldığı sırada bu beyanın hakikatte gizli akitte ifadesini bulan irade beyanı makamında olduğu hususunda taraflar anlaşmış bulunmaktadır. Şu halde muvazaada bütün mesele, müşterek irade beyanı yapılırken bunun o sırada tarafların hakiki niyetine uygun olmadığını tesbittedir. Eğer böyle bir vaziyet varsa o zaman zahiri akitte şekle riayet maksada kâfidir⁸.

Hülâsa Yargıtay'ın müstakar içtihadına göre, yukardaki esbabı mucibelerden dolayı, gizli akit muteber, açığa vurulmuş ve muvazaaya müstenit bulunmuş akit ise batıldır ve tarafların gizli akitle ihticaç edebilmeleri için onun da resmî senede raptedilmiş olması zarureti yoktur.

Bu mesele üzerinde bu kadar uzun duruşumuz sebebsiz değildir. Zira biz bu izahatla şu mefruz suali cevaplandırmış olduğumuz kanaatindeyiz:

Bir şuf'a hâdisesinin tahakkuk edebilmesi ve binnetice bir şuf'a hakkının dermeyeran olunabilmesi muteber ve sahih bir satış aktinin in'ikadına vabestedir. Gayri menkul satışının ise resmî surette tanzim edilmiş bir mukaveleye müstenit olmadıkça muteber olmadığı muhakkaktır.

Muvazaa da ise kaideten zahiri olan ve kanunun aradığı resmî şekle uygun bir surette yapılmış bulunan akit değil, bu şekle tâbi olmaksızın tarafların aralarında mutabık kaldıkları gizli akit muteber olduğuna göre, şuf'a hakkı, kanunun aramış olduğu in'ikat şartlarını havi bulunmayan bu gizli akte istinaden nasıl iddia edilebilecektir. Birincisi muvazaa sebebiyle batıl olduktan başka, ikincisi yâni gizlisi de şekilsizlikle malûldur. Binaenaleyh Federal Mahkemenin içtihadı veçhile her iki

7) B. K. Md. 12. «Kanunen tahriri olması lâzım gelen bir aktin tâdili dahi tahriri olmak lâzımdır».

aktinde hükümsüz olduğu düşünülecek olursa, şuf'a hâdisesi hangi muteber akte göre istimal edilmiş sayılacak ve bittabi şefi, hangi sıhhatli mukaveleye istinat ederek hakkını kullanabilecektir ?

Halbuki yukarıdaki izahat göstermiştir ki, bu endişe, bulunan formülle zail olmaktadır ve (gizli aktin de şekilsizlik sebebiyle butlanı hasebiyle ortada şuf'a hakkının dermeyeranına imkân verecek bir aktin bulunmadığı) yolundaki def'e de imkân bırakılmamaktadır. Artık elimize geçen şu prensip anahtarı ile muvazaa kapılarını birer birer açmağa başlayabiliriz :

1 — Satış hibe tarzında gösterme :

Tatbikatta, şefi'in, hakkını dermeyeranına mâni olmak isteyenlerin en çok tevessül ettikleri muvazaa tarzı yaptıkları satış aktini hibe şeklinde göstermeleridir.

Taraflar tapu memuru huzurunda tanzim edilen resmî senet ve bizzat ferağ beyanlarında hakikî anlaşmalarını gizliyerek bir hibe tasarrufunda bulunduklarını söylerler ve tescili de bu şekilde yaptırırlar. Şuf'anın bir gayri menkulün ve (bittabi menkulün) hibesine hiç bir vakit mâni olamayacağı bedihî bulunduğuna göre, eğer şefie bu muamelelerin bir muvazaa olduğunu ve tarafların hakikatte bir satış akti yaptıklarını isbat imkânını tanımayacak olursak muvazaaya tevessül edenlerin maksatlarına hizmet etmiş olurduk .

Şuf'a mükellefi ile sözde mevhubunleh olan alıcının yapmış oldukları hibe muamelesinin bir muvazaadan ibaret olduğunu isbat selâhiyetini bu itibarla şefie tanıyoruz.

Şüphesiz bu beyanın muvazaaya müstenit olduğunu iddia edecek olan şefi için resmî bir kaydın hilâfını isbat mecburiyeti ciddi bir külfettir. Bilhassa bu isbat imkânının bazı eski Yargıtay Daire kararlarında rastlandığı üzere, taraflardan olmıyan şefi için dahi, tahrirî beyine ile tahakkuk edebileceği kabul edilecek olursa...

Filhakika meselâ Yargıtay Birinci Hukuk Dairesinin 931 tarihli bir kararında⁸⁾, «Tapu memuru huzurunda vukubulan akit her ne kadar hibe ise de, hakikati halde bey olduğunu ve binaenaleyh aktin muvazaa olduğunu iddia eden tarafın bu iddiasını şahitle isbatı caiz olmayıp tahrirî beyine ibrazının lâzım olduğu belirtildiği» gibi, 27/6/934 tarihli bir hey'eti umumiye kararında da aynı husus bir daha teyit olunmuş ve

8) C. A. Gücün — Hukuk Dâvaları — Cilt I, tabı II, sh: 161. Y. I. H. D. 6/6/931 tarih ve 1886/1395 sayılı kararı.

«hibenin hakikat halde bey olduğunu isbat etmek isteyen şefiın iddiasını tahriri beyine ile tesvik etmesi icap ettiği içtihadı, tazelenmiştir».

Zannımızca meseleyi muvazaayı iddia edenlerin sıfatına göre halletmek ve bu yolda bir tefrik yapmak lâzımdır :

Eğer bu muvazaayı isbat etmek isteyenler, bizzat o muvazaalı akti yapan taraflarsa, bu takdirde yazılı beyine'ye istinat mecburiyetinde olmaları yerindedir. Zira İlhan Postacioğlu'nun da adı geçen tezinde bilhassa durdukları gibi «gizli aktin isbatı şahitlerle yapılacak kadar kolay olduğu takdirde, gayri menkullere müteallik akitlerde aranılan sağlamlık elde edilemeyecektir. Gizli aktin gayri resmî olarak muteber sayılması o zaman büyük bir mahzur teşkil edecek ve Temyiz Mahkemesinin kurduğu sistemi belki de reddetmek icap eyliyecektir. Buna mukabil gizli akit senetle isbat olunabilecek ise bu mahzur mühim mikyasta azalır.

Temyiz Mahkememiz adı geçen Hey'eti Umumiye Kararında Tapu kütüğündeki kayıtlarda muvazaanın ne şekilde isbat edileceğini incelerken, bir yandan resmî kayıt münderecatı hilâfının her suretle isbat olunabileceği noktasından hareket etmiş, diğer yandan da resmî de olsa tahriri beyineye karşı yapılacak iddiaların yine tahriri beyineye istinat etmesi lüzumunu kabul etmiştir.

Aynı muhakeme tarzını tescilin sebebi olan resmî akte de teşmilde bir mahzur görmiyen Postacioğlu ilâve ediyor: «Resmî senet tahriri bir beyine olduğundan hilâfının isbatı ancak tahriri bir delil ile veya karşı tarafa teklif edilecek bir yeminle yapılmalıdır⁹⁾».

Bizzat muvazaalı akti yapanlar arasında aranan bu tahriri beyineyi şüphesiz üçüncü şahıslar için düşünmemek lâzımdır¹¹⁾.

Üçüncü şahıs (şuf'a münasebetlerinde umumiyetle meşfu hisseyi satın alan yahut kendisine bağışlanan kimse değil, muvazaalı aktin taraflarından gayri olan şahıs) ve meselâ şefi, muvazaayı her hangi bir şekilde isbat edebilmelidir. Çünkü şefi, iki taraf arasında geçmiş olan bir anlaşmanın mahiyetini isbat için yazılı delil tedarikinden mahrumdur.

Bu itibarla Genel Kurulun ve 1 inci Hukuk Dairesinin yukarıda zikredilen kararları, şefi bakımından hatahdır. Mamafih bugün Yargı-

9) Y. G. K. 27/6/934 tarihli — Temyiz Kararları 930-34 ten Sh: 220.

10) I. Postacioğlu — a. g. e. Tez. Sh: 133

11) Mamafih muvazaalı aktin taraflarının bu muvazaayı isbat için tahriri beyineye istinat mecburiyetini doğru bulmayan, onların da tıpkı muvazaalı aktin dışında kalanlar gibi serbest beyine ile iddialarını isbat etmek selâhiyetinde olduğunu söylleyen görüşler de yok değildir. «Ezcümle: Gad Franko Milash — Hukukî Bilgiler Mec. Eylül 1939, No: 11-119. Sh: 7114».

tay'ın müstakar içtihadı o merkezde toplanmıştır ki, şefi, muvazaa iddiasını tahriri delillerden başka mahkemece kanaatbahş diğer delâil ve şahadetle de isbat edebilmek selâhiyet ve imkânına malik bulunmaktadır¹². Bu zarureti bizzat Yargıtay dahi, aynı esbabı mucibeyle izah etmekte ve demektedir ki: «Çünkü bâyi ile müşteri arasındaki muvazaayı isbat için şefi, onların imzalı muvazaanamelerine destere olamaz ve nihayet şefi de, şüphesiz muvazaayı isbat edemezse müddeaaaleyhe yemin verebilir¹³.

Taraflar bu muvazaalı hibe şekline muhtelif zamanlarda tevessül edebilirler¹⁴:

a) Şuf'a mükellefi, hakikatte alıcı, fakat zahiren mevhubünlehdurumunda gözüken şahısla anlaşarak, şuf'a hâdisesinin tahakkukuna hiç meydan vermemek için, yaptıkları satış aktini hibe şeklinde gösterir ve tescili de bu tarzda icra ederler.

b) Yahut bidayette satış aktini gizlemezler ve tapuya aralarında kararlaştırılan bu satış anlaşmasını, her hangi bir muvazaa yoluna sapsaksızın tescil ettirirler. Fakat şefi, şuf'a hakkı tahakkuk ettikten sonra, daha doğrusu şefi hakkını istimal edeceğini ve şuf'a dâvası ikame eyliyeceğini anladıkları anda, ama henüz hak kullanılmadan meşfu bir başka şahsa hibe ederler.

Bu iki halde tatbik olunacak hükümler aynidir. Şefi, yapılan muamelenin hibe değil, satış olduğunu her türlü beyine ile isbat etmek suretiyle şuf'a hakkını kullanabilir.

c) Bir üçüncü vaziyet daha vardır ki, burada şefi hakkını istimal etmiş ve eğer lüzum hasıl olmuşsa şuf'a dâvasını ikame eylemiştir. Bunu gören dâvalı, meşfu derhal bir diğer şahsa hibe etmiştir. Şüphesiz bundaki gaye şefi hakkını iskat edebilmektir.

Vahip ile mevhubünlehin böyle bir gaye peşinde koşmaları ise onların suiniyet sahibi olduklarını gayet açık bir şekilde göstermektedir. Bu itibarla Yargıtay bu safhadaki hibelerde daha zecri davranmakta ve mutlak bir surette «şuf'a dâvasından sonra müşterinin gayri menkulü ahare hibe etmesinin şuf'aya tesiri olamayacağını belirtmektedir¹⁵.

12) Y. I. H. D. 20/12/932; 4/10/938 (I. Postacıoğlu, a. g. e. Sh: 133) ve III. H. D. 23/3/944 t. ve 2840 sayılı kararı. — Recep Köprülü; Yargıtay H. K. 944 -45 Sh: 97;

13) Y. I. H. D. 14/9/931 t. (C. A. Gücün. Cilt I. Sh: 159).

14-15) M. Küley — a. g. mak. Sah: 4.

Bu mutlak ibarenin ve içtihadın neticesi şu olmaktadır ki, Yargıtay, hâdisenin bünyesinde böyle şuf'a hakkının istimalini bertaraf etmek gayesini güden bir muvazaa kokusu hissedince, şefi'in dahi bu muvazaayı isbat külfetini yüklenmesine meydan bırakmadan hibenin hükümsüzlüğü cihetini iltizam eylemektedir¹⁶.

2 — Hibeyi satış tarzında gösterme :

Taraflar her zaman şefi'in şuf'a hakkını düşünerek muvazaaya tevessül etmezler. Bazan da, eğer şu tarz ifade caizse, şefi'in şuf'a hakkını düşünmiyerek de muvazaalı bir akit yapabilirler.

Umumiyetle miras hukuku kaidelerini bertaraf etmek gayesiyle aslında (hibe olarak) anlaştıkları bir tasarrufu tapuya bir (satış akti) diye intikal ettirmiş bulunabilirler. Bu vaziyet ise şüphesiz şefi'in lehine bir durum ihdas etmektedir. Eğer hakikî anlaşmalarını — şu veya bu mülâhaza ile — gizlemek lüzumunu hissetmiyerek sicile de hibe olarak tescil ettirmiş olsalardı şefi hakkını bittabi kullanamıyacaktı. Fakat karşısında hibe değil de, zahiren tam ve muteber bir satış aktinin yapılmış olduğuna mutali olan şefi ise, derhal, vakit kaybetmiyerek hakkını kullanmağa koşacaktır. Böyle bir vaziyette ise hakikî ve gizli aktin satış değil hibe olduğunu ve muvazaaten yapılmış olan satış aktine istinaden şefi'in de hakkını istimal selâhiyeti bulunmadığını iddia ve isbat etmeğe çalışacak olanlar, bizzat o akti yapmış bulunanlar olacaktır.

Fakat acaba böyle bir imkân âkitlere tanınacak mıdır ? Yâni âkitler muvazaayı dermeyer ve isbat yolile, şefi'in hakkını kullanmasına mâni olabilecekler midir ? Bu hususta, doğrudan doğruya bir Yargıtay kararına rastlıyamadık.

Yalnız Vaucher, böyle bir vaziyette âkitlerin şefi'e muvazaayı dermeyer edemiyeceklerini tasrih etmektedir¹⁷. Bu neticeye dolayısıyla de olsa «müşterinin, şuf'a dâvasında bedelin tapudaki miktardan fazla olduğunu iddia edemiyeceği» yolundaki müteaddit Yargıtay kararlarından da varılabileceği kanaatindeyiz¹⁸. Gerçi bu tarzı hal, hakikatte hibe

16) M. Küley — a. g. Mak. Sh: 4.

17) Vaucher — Les Droits de préemption, d'emption et de réméré du CCS. Neuchâtel, 1916, sh: 140 - 141; Keza Tahir Sebuk — Şuf'a Hakkı (Henüz nesredilmemiştir).

18) Y. H. G. K. 7/10/931 t. ii kararı (Fuat Sedat — Hâşiyeli Temyiz M. Muk. Hülâsalarından 1934, Sh: 66); Y. L. H. D. 712/947 t. ve 574/619 sayılı K: İst. Baro Dergisi 1947 Sh: 332.

olan bir muameleden dahi şefiin, hakkını dermeyan edebilmek zımında istifadesi gibi, ana prensibe uymıyan bir netice doğuruyorsa da, aksi yolu iltizam etmekteki mazurlara nisbetle bu pek cüz'î bir aykırılık olur. Zira bu aksi fikri tecviz etmek, hem her satış aktinin aslında bir hibe olduğunu iddia yolunu açmak, hem de tarafların hüsnüniyete uymıyan hareketlerinden bizzat kendilerinin istifadesini sağlamak demektir.

3 — Ciddi olmıyan bir satış akti yapma :

Bazan da vaziyet ber'akis olur. Yani şefiin, şuf'a hakkını kullanmasına mâni olmak gayesiyle değil, bilâkis şefie şuf'a hakkını kullanılabilmek düşünce ve arzusuyla de taraflar muvazaalı bir akit yaparlar. Meselâ meşfuun satılması halinde şefiin onu mutlaka elde etmek kararında olduğunu bilen malik, aslında şeyi satmış olmamakla beraber sırf şuf'a sahibini tahrik etmek düşüncesiyle, müşteri ile aralarında ciddi olmıyan bir satış akti, hem de yüksek bir bedel karşılığında, yapmak hususunda muvazaatan anlaşılabilirler.

Eğer taraflar, böyle ciddi olmıyan bir satış akti yapmış olur ve bu akte istinaden de şefi hakkını kullanarak şey'i satın almış bulunursa, ortada muvazaalı bir satış akti altında gizlenmiş bir (hile) durumu olduğundan, bilâhare hakikî vaziyete muttali olan şefiin, bu hile sebebiyle vâki iktisabını iptal ve tediye eylediği semeni de istirdad ettirebileceği umumiyetle kabul olunmaktadır¹⁹.

4 — 2280 No. lu (Borç için gayri menkul satışına ve muvazaaya dair olan kanun) a giren hâdiselerde şuf'a meselesi :

İktisadî buhranın tazyiki altında borçlulara ait ipotekli veya mahcuz gayri menkullerin ucuz ve aşağı fiyatlarla satılmasını önlemek gayesiyle vaz'edilmiş olan bu kanun, muhammen bedelin % 75 ini tutmıyan gayri menkullerin satışını muayyen şartlar dahilinde 5 sene ilerisine tâlik etmiştir.

Gerçi bugün için tatbik sahası kalmamış olan bu kanun²⁰un ikinci maddesine göre, (Bir gayri menkulü bir borç mukabilinde muvazaa yolu ile kat'î surette ferağ ve satış yapan borçlu, dâva açarak muvazaayı usulü dairesinde isbat ederse kat'î ferağ ve satışın hükümsüzlüğüne ve o gayri menkulün borca karşı ipotek olduğuna karar verilir).

19) Allgäuer — Vorkaufs-Rückkaufs-und Kaufsrecht, Thèse-Zurich 1918 Sh: 139

20) Zira 2280 No. lu Kanun 1 ve 2 nci maddelerinde tasrih edildiği veçhile bu hükümler, kanunun neşri tarihi olan 8/Haziran/1933 tarihine kadar ödenmesi gereken borçlara kabili tatbik bulunmaktadır.

İ. Postacıoğlu'nun adı geçen tezlerinde de belirttikleri gibi²¹, (bu kanun istisnaî olarak bey'ibilvefa suretiyle vukubulan satışları, satış olarak iptal eylemekte ve tarafların niyetini de aşarak bey'ibilvefayı ipotek şekline sokmakta ve bu gizli aktin resmî şekilde yapılması lüzumunu da aramaksızın bu ipoteği muteber telâkki etmektedir).

Demek oluyor ki, böyle bir satış karşısında şuf'a hakkını kullanmak isteyen şefie karşı, gayri menkulü borç mukabilinde veren ve alan taraflar, bunun bir muvazaadan ibaret olduğu ve ortada hakikî bir satış değil, bir rehin münasebeti mevcut olması sebebiyle de şuf'a hakkını dermeye sebep bulunamayacağı def'ini ileri sürebileceklerdi.

II — Bedel aleyhine muvazaa :

1. — Satış bedelini hakiki bedelden fazla gösterme :

a) Bu şekilde, muvazaa aktin vafında değil, bedelindedir. Şefiin şuf'a hakkını ya hiç kullanmaması, yahut da eğer kullanacaksa meşfuu değerinden fazla bedelle almış olmasını temin gayesiyle, fazla tapu ve ferağ harcı vermek pahasına yapılan bu muvazaa şekli, hayatta oldukça rastlanan tiplerdendir.

Şüphesiz bu vaziyette şefiin durumu çok ağırlaşmaktadır. Ya tapuda müseccel olan o yüksek bedeli tediye edecek, yahut da şuf'a hakkını kullanmaktan hakikaten vazgeçmek zorunda kalacaktır.

Bu itibarla şefie bu muvazaayı ortaya çıkartacak imkânları tanımak lâzımdır. Nitekim gerek doktrin ve gerek tatbikatta bu husus fazla tereddüdü dâvet etmeden müsbet bir şekilde halledilmiş bulunmaktadır. Bu meyanda Türk Yargıtay'ı da müteaddit kararlariyle, şefie, bedelin hakikatte daha dün olduğunu ve tapuya muvazaaten o yüksek miktarın tescil ettirildiğini, hem de en geniş isbat vasıta ve imkânları ile iddia edebilmek selâhiyetini tanımıştır²². Yani, bahsettiğimiz bu müteaddit kararlarda da tebarüz ettirildiği gibi, şefiin, bu iddiasını «tahriri delillerden başka, mahkemece kanaatbahş diğer delâil ve şehadetle isbatına cevaz vardır. Çünkü bâyi ile müşteri arasındaki muvazaayı isbat için şefi onların imzalı muvazaanamelerine destere olamaz.

21) İ. Postacıoğlu — a. g. e. Sh: 125 - 126 Not: 1.

22) Y. H. D. K. 5/1/944 t. ve 18/3 sayılı kararı «ferağa taallük eden ve şuf'a hakkı sahibi tarafından ileri sürülen iddianın kanaat verici delillerle isbat edilmesi icap eder. (K. S. Paylı — Aynı Haklar — Şuf'a, 1946, Sh: 20). Keza Y. İ. H. D. nin evvelce de zikri geçen 14/9/931 t. li Kararı ile 4/11/938 ve III. H. D. 16/11/940 t. li kararı. (Muîn Küley — a. g. e. Sh: 6.

Şefi, bedeldeki muvazaayı isbat etmezse müddeialehye yemin dahi verdirebilir».

b) Bazan da taraflar aynı gayeye başka yollardan ulaşmak istiyebilirler. Meselâ satış bedelini hakikî bedelden fazla göstermek suretiyle değil de, bizzat meşfu, bir diğer üçüncü şahsa hakikî bedelden daha yüksek bir semen mukabilinde satmak suretiyle aynı neticeye ulaşmayı tasarlayabilirler. Fakat Yargıtay, bu nev'i satışları da, haklı olarak sureti mutlakada muvaza telâkki etmiş²³ ve şefi'n ödiyeceği şuf'a bedelinin «birinci satışıdaki bedel olup, ikinci ferağ esnasındaki bedel olmadığını» açık bir şekilde kabul etmiştir. Yüksek bedelle, sırf şefi'n hakkını kulanmamasını temin gayesiyle yapılan bu nev'i ikinci satışların ahlâk ve hüsnüniyet kaidelerine münafi olduğunu da bilhassa belirtmiştir.

2 — Satış bedelini — fazla harç vermemek gayesiyle — hakikisinden az gösterme :

Zannımızca üzerinde en fazla münakaşa edilen ve edilmeğe değen, bu ihtimaldir. Günlük hayatımızda belki yüzlercesine rastlanılacak kadar çok tekerrür eden bu şekil, diyebiliriz ki tapu dairelerinde yapılan ferağ muamelelerinde kaideyi teşkil ediyor. Hakikî satış bedelleriyle intikâfı yapılanlarsa istisnayı vücade getiriyor.

Yukarıda, İsviçre Federal Mahkemesinin, Türk Yargıtay'ının aksine bir görüşle, zahiri aktin resmi dahi olsa muvazaa sebebiyle, gizli aktinde resmi şekilde yapılmamış olduğu için şekilsizlik hasebiyle batıl olduğu prensibinden hareketle iki akti de hükümsüz telâkki ettiğini, ancak bu esas prensibe bir kaç mühim noktada istisnalar vaz'ederek ve hakkın sulistimaline istinat ederek yapılan mukaveleyi muteber saydığını söylemiş ve bu istisnalara ilerde temas edeceğimize işaret etmiştik.

İşte mevzubahis istisnalar bedel aleyhine yapılan muvazaaların bilhassa bu nev'i için kabul olunmuştur. Esasen, satış bedelini — sırf fazla harç vermemek gayesiyle — resmi satış senedinde ve tapuya tescil esnasında hakikisinden az gösterme halinde tatbik edilecek hükmü tayine çalışan telâkkileri üç grupta toplamak mümkündür :

23) Y. I .H. D. 3/2/935 tarih ve 283/259 sayılı kararı: «Şuf'a dâvası ikame edildiikten sonra 2550 liraya satın aldığı meşfu hisseyi müddeialehylerden oğluna 8600 liraya ferağ cylemesi, kendine karşı dâvacıyı şuf'a hakkını istimalden etmek ve oğlu hakkında dâva ikamesi halinde fazla para kazandırıp dolayısıyla kendi istifadesine hizmet etmek ahlâk ve hüsnüniyet kaidelerine münafidir» (1935 Temyiz Kararları Sh: 343).

a) Birinci grup telâkki, Federal Mahkemenin bu noktadaki görüşünü mutlak bir şekilde tatbik taraftarıdır. Yâni onlara göre²⁴: «Böyle bir satım akti batıldır. Çünkü taraflar bu satımı, tevsik edildiği tarzda, istemediklerinde mutabıktırlar. Muvazaalı akit tarafından örtülen yâni semeni gerçekten istenilen satım akti ise şekle mugayeret sebebiyle batıldır. Zira semen de senette münderiç bulunmalıdır. Bu itibarla böyle bir halde ne muvazaalı muamele, ne de örtülü muamele muteberdir».

Demek oluyor ki, bu telâkkiye göre, ortada şuf'a hâdisesini gerçekleştirecek mahiyette bir «satış akti» dahi mevzuubahis değildir. Şüphesiz bu hal tarzı, belki hukuk tekniğine ve mantığına uygun gelse bile, hayat ihtiyaçlarına ve menfaatler vaziyetine hiç de münasip bir görüş değildir.

b) İkinci grup telâkki ise, (muvazaalı akitlerde kaideten gizli aktin muteber olduğu) prensibinin burada da kabili tatbik olduğu ve binaenaleyh şuf'a hakkını kullanmak isteyen şefie karşı, tarafların, hakikî satış bedelinin, sırf fazla harç vermemek gayesiyle resmî senet ve tapuda zikredilen dün bedelden ibaret olmadığı, bu itibarla meşfuu ancak bu hakikî fakat daha yüksek olan fiyatı ödemek suretiyle alabileceği iddiasında bulunabilecekleri ve bu iddianın mesmu olacağı, kanaatindedir.

Şuf'a hakkı ile ilgili henüz neşredilmemiş kararları toplamak gayesiyle Ankara'da, Yargıtay'da yaptığımız temaslar esnasında Birinci Hukuk Dairesinin sayın reisi Şefkati Özkutlu'nun bu konudaki Yargıtay içtihatlarına muhalif olduğunu ve kendilerinin şimdi izahını yapmakta bulunduğumuz ikinci görüşü benimsediklerini öğrendik. Bu vesile ile lûtfettikleri ve henüz hiç bir yerde neşredilmemiş olan muhalefet serhlerini, aynı zamanda mevzuubahis telâkkinin de bir izahı olmak üzere, buraya aynen geçirmeyi zevkli bir vazife sayıyoruz²⁵:

« M. K. Md. 6 da taraflardan her birinin kendi iddiasını isbata mecbur olduğu hakkında umumî bir hüküm konularak isbat şekline dair kayıtlardan bahsedilmemiş olduğuna göre, iddia ve müdafaanın kanunda hilâfına hüküm bulunmadıkça her türlü delil ile isbat olunabileceği esas olarak kabul edilmiş bulunmaktadır.

H. U. M. K. Md. 288, taraflara M. K. nun vermiş olduğu bu geniş yetkiyi sınırlandırmış ve hayli daraltmıştır. Esas itibariyle şekle bağlı

24) Ezcümle A. B. Schwarz — a. g. Borçlar Hukuku Sh: 296.

25) Bu muhalefet serhi Y. I. H. D. nin 1/6/948 tarih ve 1546 es., 3215 K. sayılı kararı dolayısıyla verilmiştir.

tutulmuş bağitlar, hukukî muameleler ve tasarruflar şekle riayet edilmedikçe muteber olamayacaklarından bunların tarafları tabiatıyla birbirlerine karşı iddialarını kanunda yazılı şeklindeki delillerle isbat etmek mecburiyetindedirler.

Bir gayri menkule ait şâyi hissenin satışında da taraflar bağıtın vukuunda ve şartlarında ihtilâfa düştüklerinde bu husustaki iddialarını resmi senetle isbat etmekle mükellef olduklarında şüphe yoktur.

Ancak bu bağıtın muvazaa olduğunu iddia eden üçüncü bir şahsın da aynı isbat şekliyle mükellef tutulacağı tabiatıyla düşünülemez. Çünkü bağıtın taraflarından değildir. Acaba böyle bir muvazaa dâvasında dâva edilen tarafın bağıtın muvazaa olmadığı hakkındaki iddiasına dair göstereceği delil resmi senet mi olacaktır ? Buna evet denilemez. Çünkü bağıt yapan bir kimse, üçüncü şahısların muvazaa iddiası karşısında kaldığında kullanmak üzere, bağıtın muvazaa olmadığına dair bir senet yapıp cebine koyamaz. Böyle bir senet yapmış olsa bile bu senet üçüncü şahsı da kandıramaz. Üçüncü şahıs bu senedin de muvazaa olduğunu iddia edebilir. Böyle bir durumda dâva edilen taraf, muvazaa dâvacısına karşı, bütün müdafaa vasıtalarından mahrum mu tutulacaktır ? Elbet ki buna da evet denilemez. Dâva edilen taraf bağıtın gerçek ve mülkiyeti nakleden bir bağıt olduğu hakkında her nevi delil gösterebileceği gibi, dâvacının delillerinin hilâfına da yine kanun dairesinde her nevi delille isbat edilebilir.

Muvazaa iddiası mutlaka dâvacı tarafından ileri sürülecek bir iddia da değildir. Dâva edilen mevkiinde bulunan kimsenin de dâvacıya karşı muvazaa iddiasında bulunabilmesi her vakit kabildir. Meselâ gayri menkulü üzerine haciz konulan borçlu, bu gayri menkul her ne kadar adına kayıtlı ise de, hakikatte satmış olan kimsenin malı olup, üzerindeki kaydın muvazaa olduğunu ileri sürerek, muvazaa senedini gösterebilir; Buna karşı alacaklı da, muvazaa senedinin bir muvazaadan ibaret olduğunu iddia edebilir. Bir gayri menkul satışı hakkında bağıt yapanların vergiden kurtulmak için veya her hangi bir maksatla satış bedelini eksik göstermeleri de muvazaadan başka bir şey değildir. Çünkü muvazaa mutlaka hakikatte satış yapılmadığı halde yapılmış gibi gösterilen halere mahsus değildir.

Muvazaa, bağıtın gerçek hilâfında gösterilmesidir. Gerçekteki duruma aykırı bir dış görünüşü vücade getirmektir. Taraflar bedelli olan bir bağıtı, hibe şeklinde gösterecekleri gibi, az para karşılığında yapılan bir bağıtı çok paraya veya çok paraya karşı yapılan bir bağıtı az paraya yapılmış gibi gösterebilirler. Bunların hepsi de muvazaadır.

Hâdisede durum böyledir. Hisseyi satın alan az vergi vermek için satıcıyı razı ederek satılan hisselerin bedeli hakikatte 13 bin lira olduğu halde satış senedinde 4 bin lira gösterilmiş olduğu iddia edilmektedir. Hattâ Maliyeye yapılan ihbar üzerine, harcının tamamlattırıldığı da ileri sürülmüştür. Bu müdafaa, vergiden kurtulmak için bedelin sözleşmede az gösterilmiş olması ahlâka mugayirdir, denerek dinlenmemelik edilemez. Ve şuf'a dâvacısına vergiden kurtulmak maksadiyle bedelin sözleşmede az gösterilmiş olmasına rağmen, sözleşmede yazılı miktar ile şuf'alı hisseyi almak hakkı verilemez. Çünkü şuf'a hakkı dâvacısı, müşterinin yerini tutmak istemektedir. Bunun içindir ki, müşteri iktisap için mamelekin-den ne çıkarmışsa, şuf'a dâvacısı da onu vermeğe mecburdur. Bedelin çok gösterilmiş olması halinde şuf'a dâvacısına hakiki vaziyeti ve bedeli isbat ederek o miktarı almak yetkisinin tanınması da bu düşünceyi teyit eder.

Şuf'a hakkı sahibine bu yetkinin tanınıp müşteriye tanımaması için hiç bir hukuka uygun sebep gösterilemez. Şuf'a hakkı sahibinin niçin bedeli az gösterdin diye, müşteriye çıkışmağa ve böyle bir yola sapmış olduğu için müşterinin gerçekten ödemiş olduğu bedeli vermeyip, eksik gösterilmiş bedelle hisseyi almağa kalkışmağa hakkı olamaz. Çünkü böyle bir bağıtta, bağıtın mevzuuna müteallik olarak ahlâka mugayir bir hareket vardır denemez Satış muteberdir. Müşteri satış sözleşmesinde gösterilen bedeli değil, asıl aralarında sözleşilmiş olan bedeli ödemeğe mecburdur.

Ödenmiş ise, satış senedinde bedel az gösterilmiştir diyerek fazlasını geri istiyemeyeceği gibi, aksine olan hallerde de satıcı satış senedinde bu kadar para yazılmıştır, halbuki sen bana az para verdin, üst tarafını isterim, ver diyemez. Çünkü sözleşme batıl ise, batıl olan sözleşmeye dayanılarak hak istenilemez. Olsa olsa verilmiş olan şey'i geri istiyebilir.

Sözleşmede bedelin eksik veya fazla gösterilmiş olması, sözleşmenin batıl olmasını icap ettirmeyeceği gibi sözleşme kâğıdında yazılı miktar üzerinden bağlanmış sayılmasını da icap ettiremez. Çünkü rızanın beyanı kanunda yazılı şekilde olmuştur. Tarafların miktar üzerine muvazaa yapmış olmaları, bağıtın bağlanmamış veya sözleşme kâğıdında yazılı miktar üzerine bağlanmış sayılmasını gerektirmez. Taraflar karşılıklı rızalarını beyan ederken ikisi de aynı şeyi, yani aralarında konuşulmuş düşünerek rızalarını beyan etmişlerse sözleşme muteberdir. Sözleşme, evvelce düşünülmüş ve konuşulmuş olana uygun olarak vücut bulmuş olur. Aksi halde resmî şekle tâbi olan sözleşme ve bağıtlarda muvazaa yapılamıyacağı kabul edilmek gerekirdi.

Böyle bir anlayış ve tefsir, bugüne kadar olan anlayış ve tefsirlere ve tatbikata aykırı düşer. Bugüne kadarki içtihatlar, gayri menkul satışının muvazaa olduğu, bağıtı yapanlar veya üçüncü şahıslar tarafından iddia olunabileceği ve bedelin sözleşme kâğıdında yazılı olduğu miktardan eksik veya fazla olduğunun satıcı veya alıcı tarafından dâva olunabileceği merkezindedir.

Mahkemece iki tarafın delilleri takdir olunarak satışın hakikatte 13 bin lira bedelle yapılmış olup, tapu senedinde yazılı miktarın muvazaa olduğunun kabul edilmesinde yukarıda yazılı düşüncelere göre bir yolsuzluk yoktur.

Dâvacı da şuf'alı hisselerin hakiki değeri 4 bin lira olduğunu ve bu hisselerin 4 bin liradan fazla etmiyeceğini iddia etmemiş, yalnız dâva edilenin tapu senedinde yazılı miktar ile ilzam edilmesi lâzım geleceğini bir tez olarak ileri sürmüştür. Bu bakımdan da mahkemenin takdiri doğrudur. Hüküm usul ve kanuna uygundur, onanması reyindeyim».

Görülüyor ki, ileri sürülen deliller cidden kuvvetli ve teklif olunan hal tarzı, hakiki duruma daha uygundur. Fakat buna rağmen,

c) Bir üçüncü grup telâkki daha vardır ki, burada tarafların üçüncü şahsa (yani dâvacı şefie) karşı muvazaa iddiasında bulunmaları hüsnüniyet ve ahlâk kaidelerine muhalif telâkki edilmekte ve dâvacıların, gizli akitle değil, zahiri akitle mülzem olacakları, binnetice şefiî de bu zahiri fakat düşük olan bedeli vermek suretile meşfuû alabileceği iddia olunmaktadır.

Ancak bu sonuncu grubu da, kendi arasında ikiye bölerek incelemek yerinde olacaktır.

aa — Birinci kısım Federal Mahkemenin, ana görüşüne vaz'ettiği istisnaları teşkil etmektedir :

Filhakika Federal Mahkeme kaideten hem gizli, hem zahiri aktin şekilsizlik ve muvazaa sebepleriyle batıl olduğunu ileri sürmekle beraber, bazı ahvalde, resmî senette görülen semeni mebiin, hakikatteki miktara uymamasına rağmen yapılmış olan zahiri anlaşmanın muteber olarak devam ettiğini kabul ve teslim etmiş ve böylece ana telâkkisinden ayrılmak zorunda kalmıştır²⁶.

aaa) «Alıcı semeni mebiin bir kısmını elden tediye etmiş ve resmî satış senedinde satış fiyatının tamamı gösterilmiyerek yalnız mütebakî kısmı zikredilmiş ise (ki bizde de halk arasında müteamel olan şekil, daha ziyade

26) R. O. 1924 I. 101, Keza R. O. 1924 I. 434.

bu tarzdadır. Umumiyetle tapu dairesinin, hem de kapısı önünde, fark müşteri tarafından bayie verilir ve sonra tahrir için içeriye girilir), o zaman satışın butlanına hükmedilemez. Vakıa alıcının yüklendiği vecibenin tamamı resmî senede raptolunması icap ederken bu lâzimeye riayet edilmemiştir. Fakat Federal Mahkeme bu işte bir mahzur görmemekte, hattâ resmî senette hakikî fiyatın eksik olarak dercedilmesini bir muvazaa dahi telâkki etmemektedir. Mahkemenin kanaatine, muvazaadan bahsedebilmek için açığa vurulan vaziyetin hakikate uymaması, hakikatin gizlenmesi lâzımdır. Halbuki resmî senedin tanzim edildiği sırada müşteri yalnız tediye etmediği bedelden mes'uldür; ve mes'uliyetinin derecesini tesbit edecek mukaveleye hakikaten mütebaki miktar, ödenmeyen bedel geçmiştir.

Federal Mahkemenin reyine göre, hakikî fiyatın tamamen resmî mukaveleye derci, haddi zatında başlı başına bir gaye olamaz. Resmî senede semeni mebiin dercinden maksat müşterinin gayri menkule biçtiği fiyatın değil, müşterinin yüklenmiş olduğu vecibenin tesbitidir ve hakikaten resmî senedin tanzimi anında alıcının borcu, resmî senette yazılı olduğu kadardır.

Kaldı ki, bu şekilde ihzar edilmiş resmî mukavele, hem tescil ve hem de iki tarafın arzusuna tevfikân icra edilmiş bulunuyorsa hakikî fiyatın senette tecessüm etmemesinden dolayı mukavelenin butlanına gitmek, yani, bilâhare şekle ademi riayetden bahsile onların butlan hakkını kullanması hakikatte hakkın istimali değil, suiistimali olur²⁷⁾.

bbb) Federal Mahkeme daha ileri giderek, «hakikî fiyatla resmî senette görülen fiyat arasındaki farkın, elden ödenmiyerek adı senetle taahhüt edildiği takdirde dahi, hâdisede bir muvazaa bulunmasına rağmen, yine hakkın suiistimali nazariyesine istinatla resmen senedin butlanının istenemeyeceği noktai nazarını müdafaa etmiştir²⁸⁾.

Zira Federal Mahkemeye göre «şekle ademi riayetden dolayı bir aktin butlanını talep etmek bir haktır ve hakkın istimali, haddi zatında hakkın suiistimalini teşkil etmez. Ancak hâdisede, butlanı şimdi dermeyan eden taraf, bizzat mukavelede fiyatın noksan gösterilmesini istemiş, böylelikle şekle riayetsizliğe doğrudan doğruya kendisi sebebiyet vermiştir.

Kanun, tarafları ikaz düşüncesiyle bazı akitlerin şekle tâbi olduğunu ve şekle ademi riayet halinde aktin batıl olacağı kaidesini koymuş-

27) İlhan Postacıoğlu — a. g. e. Sh. 122 - 123

28) R. O. 1927. I. 62.

tur. Ancak bu kaidenin sebebi hikmeti ile hiç münasebeti olmıyan ve istihdaf ettiği gayeye yabancı, hattâ zıt bulunan bir maksat uğrunda kullanılması doğru olamaz. Artık o zaman hakkın suiistimali mevzuu-bahis olur. Madem ki hâdisede müddei hakikatte arzu ettiği mukaveleyi esas itibariyle icra etmiştir, şu halde bu mukavele ile bağlı kalmakta devam etmelidir²⁹.

Federal Mahkemenin bu görüşünü hâdisemize tatbik edersek demek oluyor ki — bu iki hâdiseye münhasır olarak, şefie karşı taraflar, zahiri aktin muvazaa, yahut şekil noksanı sebebiyle batıl olduğunu, bu itibarla meşfuu resmî senetteki dün fiyatla değil, kararlaştırılıp icra edilen hakikî bedelle alabileceği yolunda bir hak iddia edemiyeceklerdir.

bb) Türk Yargıtay'ı ise meseleyi daha zecrî ve mutlak bir şekilde halletmiş bulunmaktadır. Biraz önce naklettiğimiz Sayın Şefkatli Özkutlu'nun muhalefet şerhlerine sebep olan Yargıtay I. H. D. nin 1/6/948 tarih ve 1546/3215 sayılı kararlarında da zikrolunduğu üzere «Şuf'a hakkı, iddia olunan gayri menkulün satış bedelinin 4 bin lira olduğu tapu cevabıyla anlaşılmasına ve bu gibi şuf'a dâvalarında müşterinin tapu memuru huzurunda tapu bedelini eksik beyan etmesi hüsnüniyete delâlet edemiyeceğine ve şuf'a bedelinin dâvadan sonra yapılan ihbar üzerine idarece yapılan tahkikat neticesinde 13 bin lira olarak kabulile cezaî harç alınması, bedel hakkındaki tapu kaydına tesiri olmayacağına göre, ferağ bedelinin 4 bin lira olduğu kabul edilmek lâzım gelirken, 13 bin lira olarak kabulile dâvacının bu bedelle almağa tâlip olmadığından bahsile dâvanın reddine karar verilmesi yolsuzdur».

Bu, Yargıtay'ın yeni bir içtihamı değildir. Tâ eskidenberi devam edegelen görüşüdür. Ezcümle 7/10/931 tarihli bir hey'eti umumiye kararı³⁰, keza III. II. D. nin 936/4632 sayılı kararları da³¹ hep bu noktaî nazardan hareket ve onu tatbik etmektedirler. Federal Mahkemenin yapmış olduğu gibi bedelin fazla kısmının önceden verilmiş olması yahut bir adî senede raptolunmuş bulunması gibi bir takım kayıtlar aramağa dahi lüzum görmemektedir.

29) İ. Postacıoğlu a. g. e. Sh: 124.

30) Y. H. G. K. kararı: «Müşteri şuf'a dâvasında bedelin tapudaki miktardan fazla olduğunu iddia edemez T: 7/10/931 — Fuat Sedat — a. g. e. Sh: 66,

31) Y. 3. H. D. «Alım ve satımda âkit olan fâriğ ve mefrûğunbihin bedeli şuf'anın tapu kaydında yazılı miktardan fazla olduğuna dair şahit ikameleri kunnuna uymaz ve şahitleri dinlemez». Vehbî Tetik. — M. K. na ait Yargıtay K. dan

Zannımızca, mes'ele hakikaten münakaşaya değer bir mahiyettedir. Filhakika, tarafların belki bir suiniyeti vardır. Fakat bu niyet, şuf'a hakkını kullanan şefie karşı değil, belki fazla harç vermemek gayesiyle hazineye karşıdır ve hazine de, tapu kanununun 29 uncu maddesindeki hükümle bir hayli korunmuştur. Bu maddeye göre « gayri menkul malların alım ve satımında noksan harç vermek gayesiyle satış bedelinin kısmen saklanıldığı hükmen anlaşılırsa alan ve satandan noksan harç üç kat olarak yarı yarıya alınmaktadır..

Ama buna rağmen yine aynı madde son fıkrasında, «Bedelde ketim olması sebebiyle muamele'nin geri bırakılamıyacağı» nı söylemekle, resmî senette hakikî bedelin zikrolunmamasının bir butlan sebebi sayılmıyacağını, yalnız hazinenin menfaatini korumak gayesiyle, cezai bir müeyyide olamak üzere, (üç misli harç) alınabileceğini tebarüz ettirmektedir.

Binaenlayeh, vaznı kanun harç mes'elesi dolayısıyla mevzua temas eden şu hükmü ile, adeta Medenî Kanun ve Borçlar Kanununun vaz'ettikleri «resmî yapılması lâzım gelen mukavelelerin en esaslî unsurlarının da yine resmî mukavelede yer alması icap edeceği» prensibine zahirî bir istisna vaz'ederek «semenî mebiin gizlenmesinin aktin sıhhati üzerine müessir olamayacağını zımnen, fakat muhakkak surette ifade etmiş oluyor³²».

Bu itibarla, şefiin hakikî bedelle meşfuu iktisap etmesi esas ve bu esas zımında ona resmî senetteki miktarın hakikî bedel olmadığını isbat imkânını tanımak hak ve nisfet duygularını daha ziyade tatmin etmekte olmasına rağmen bu resmî aktin batıl sayılamıyacağını sarîh bir şekilde kabul eden kanun vazına ve Yargıtaya — muamelelerdeki emniyeti sağlamak ve nihayet şu veya bu maksatla da olsa böyle bir akti yaptıktan sonra, tarafların, menfaatlerine uymayan bir vaziyetle karşılaşınca yine onun noksanlığına istinat etmeğe kalkışmalarının hüsnüniyete hamledilemeyeceği düşüncelerini de katarak — hak vermek lâzım gelmektedir.

Feyzi Necmeddin Feyzioğlu