

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ÖNALIM HAKKI VE SINIRLARI

Sultan Melis SARAY TÜRE

2501160676

TEZ DANIŞMANI

Prof. Dr. Emrehan İNAL

İSTANBUL – 2019



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : SULTAN MELİS SARAY TÖRE Numarası : 2501160676
Anabilim Dalı / Anasanat Dalı / Programı : ÖZEL HUKUK Danışmanı : PROF.DR.EMREHAN İNAL
Tez Savunma Tarihi : 05.09.2019 Saati : 11:00
Tez Başlığı : ÖNALIM HAKKI VE SINIRLARI

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜNE OYBİRLİĞİ / ~~OYÇOKLUĞUNA~~ karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF.DR. EMREHAN İNAL		KABUL
2- DR.ÖĞR.ÜYESİ MUSTAFA CAHİT GÜNEL		Kabul
3- DR.ÖĞR.ÜYESİ ÖZGE UZUN KAZMACI		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- DOÇ.DR.ÖZ SEÇER		
2 DR.ÖĞR.ÜYESİ KÜRŞAD YAĞCI		

ÖZ

ÖNALIM HAKKI VE SINIRLARI

SULTAN MELİS SARAY TÜRE

Önalım hakkı, hakkın konusu olan malın üçüncü bir kişiye satılması durumunda önalım hakkı sahibine bu malı satın alma yetkisi veren yenilik doğuran bir haktır. Önalım hakkı, kanundan doğan ve sözleşmeden doğan önalım hakkı olmak üzere ikiye ayrılır. Sözleşmesel önalım hakkı, sözleşme veya vasiyetnameyle iradi olarak tanınabilirken, yasal önalım hakkı, başta 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu olmak üzere çeşitli kanunlarda düzenlenmiş bir önalım hakkı türüdür.

Önalım hakkı, hakkın konusu olan malın satılması veya satışa eşdeğer bir işleme konu olması durumunda dava açılarak kullanılır. Söz konusu işlemin önalım hakkı sahibine bildirilmesinden itibaren üç ay ve her halde işlemin üzerinden iki yıl geçmesiyle önalım hakkı düşer.

Önalım hakkının kullanılmasına imkân veren satış ve satışa eşdeğer işlemlere önalım olayı denilmektedir. Kanunda, önalım olayı olarak kabul edilecek işlemler, sınırlı olarak sayılmamıştır. Bu sebeple taşınmaz satış vaadi, alım sözleşmesi, trampa sözleşmesi gibi işlemlerin önalım olayı olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. Bunun yanında, Yargıtay uygulaması ile, paylı mülkiyette fiili taksim bulunan hallerde yapılan satış sözleşmeleri ve eşe, akrabaya yapılan satış sözleşmelerinin önalım olayı olarak kabul edilemeyeceği ve bu durumlarda önalım hakkının kullanılamayacağı kabul edilmiştir.

Çalışmamızda öncelikle genel olarak önalım hakkının üzerinde durulmuş, sonrasında hakkın kullanılmasına ilişkin şartlardan önalım olayının meydana gelmesi, hakkın dava yoluyla kullanılması ve hak düşürücü sürelerden bahsedilmiştir. Çalışmamızın son bölümünde ise önalım hakkının kullanılamayacağı işlemler, ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Önalım hakkı, yasal önalım hakkı, sözleşmesel önalım hakkı, önalım hakkının kullanılması, önalım hakkının kullanılamayacağı durumlar.

ABSTRACT

THE PREEMPTION RIGHT AND ITS LIMITATIONS

SULTAN MELİS SARAY TÜRE

The preemption right is a formative right that provides the right-holder with an authority to acquire the respected property associated with the right in preference to third parties in case of sale of the property. There are two different types of preemption right: the rights arisen from law and contracts. The contractual preemption rights can be established on a voluntary basis through contracts or wills whereas the statutory preemption rights have been prescribed in various laws, particularly the Turkish Civil Code numbered 4721.

The preemption rights shall be exercised by filing a lawsuit in case of sale of the respected propriety, which is the subject of the right, or transactions equivalent to the sale. The preemption rights will be void three months after the notification of the respective transaction to the right-holder or in any case two years after the transaction.

The sales or the equivalent transactions to the sale, which allow exercising the preemption rights, are entitled “preemptive events.” In the law, the events which can be accepted as a preemptive event are not limited, not *numerus clauses*. Accordingly, it is controversial whether transactions such as preliminary purchase contracts, purchase contracts, and exchange agreements can be counted as a preemptive event. Additionally, based on the precedents of the Turkish Court of Cassation, it has been accepted that the purchase contracts made in cases where there is a de facto partition in the joint ownership and the purchase contracts made to the spouse and relatives cannot be considered as a preemptive event, and thus, the preemption rights cannot be exercised in these cases.

In our study, firstly, the preemption rights were emphasized, and then the following subjects have been evaluated: the occurrence of preemptive events -which is one of the conditions for the exercise of the preemption right-, the exercise of the

preemption rights through filing a lawsuit and periods of prescription for the preemption rights. In the last part of our study, the transactions in which the preemption rights cannot be exercised are examined in detail.

Keywords: The preemption right, the rights arisen from law, the rights arisen from contracts, exercising of preemption rights, the transactions in which the preemption rights cannot be exercised.



ÖNSÖZ

İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı kapsamında hazırlanan ve oy birliği ile başarılı bulunan tezimizde, tez konumuzu oluşturan gerek yasal önalım hakkı gerekse sözleşmesel önalım hakkı, günlük yaşantıda sık karşılaşılan ve hangi durumlarda kullanılamayacağı hususunda kesin bir netlik olmayan haklardır. Dava yoluyla kullanılma şartına bağlı olan bu hakların hangi durumlarda kullanılamayacağını bilmek büyük önem arz etmektedir. Zira önalım hakkının kullanılamayacağı bir durumda, bu durum bilinmeksizin dava açılması halinde, önalım hakkı sahibi, yargılama giderleri, vekâlet ücreti gibi giderler sebebiyle maddi kayıplara uğrayacaktır. Bu sebeple çalışmamızda öncelikle önalım hakkının tanımı, niteliği, türleri ve kullanılmasının üzerinde durulmuş olmakla birlikte, çalışmamızın büyük bir kısmı önalım hakkının kullanılamayacağı durumlara ayrılmıştır. Bu çerçevede tezimizle, önalım davasının açılmasında fayda olmayan halleri daha net bir şekilde ortaya koymuş olduğumuzu umuyoruz.

Tez konusunun seçilmesinde ve tezin yazılması aşamasında her türlü desteği veren, bilgisini ve anlayışını benden esirgemeyen değerli tez danışmanım Prof. Dr. Emrehan İnal'a, tez savunmam sırasında yapıcı eleştirilerde bulunan kıymetli hocalarım Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Cahit Günel ve Dr. Öğr. Üyesi Özge Uzun Kazmacı'ya, hayatımın her safhasında yanımda olup bana inanan, destek olan anneme, babama ve kardeşlerime, tez yazım aşamasında anlayışını ve yardımını benden esirgemeyen Türkiye Yazma Eserler Kurumu I. Hukuk Müşaviri Hande Çetinbaş Bülbül ve değerli mesai arkadaşım Bilim Uzmanı Seher Parlak'a, 2210/A Yurtiçi Yüksek Lisans bursu kapsamında maddi desteklerinden dolayı TÜBİTAK'a ve en çok da benimle çalışan, benimle uykusuz kalan, yeri geldiğinde kendi tezinden çok benim tezimi önemseyen, her daim bilgisine ihtiyaç duyduğum, yol arkadaşım, eşim Bilim Uzmanı Av. Taner Türe'ye teşekkürlerimi sunuyorum.

İstanbul, 2019

Sultan Melis SARAY TÜRE

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ.....	vi
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖNALIM HAKKININ TANIMI, NİTELİĞİ, TÜRLERİ

I. TANIM.....	3
II. HUKUKİ NİTELİĞİ.....	4
A. Genel Olarak.....	4
B. Sözleşmesel Önalım Hakkının Hukuki Niteliğine İlişkin Teoriler.....	5
1.Uzatılmış İcap Teorisi.....	6
2.Satış Vaadi Teorisi.....	7
3.Şarta Bağlı Satış Sözleşmesi Teorisi	7
C. Yasal Önalım Hakkının Hukuki Niteliğine İlişkin Ayni Hak Teorisi	8
D. Hem Yasal Hem Sözleşmesel Önalım Hakkının Hukuki Niteliğine İlişkin Yenilik Doğuran Hak Teorisi	9
III. TÜRLERİ	11
A. Genel Olarak.....	11
B. Yasal Önalım Hakkı	12
1. Medeni Kanunda Düzenlenen Yasal Önalım Hakkı.....	12
2. 1164 Sayılı ve 10.05.1969 Tarihli Arsa Üretimi Ve Değerlendirilmesi Hakkında Kanun’un 10. Maddesi	14
3. Mülga 4070 Sayılı Hazineye Ait Tarım Arazilerinin Satışı Hakkında Kanun’daki “Tarım Arazilerini Kullananların Öncelikli Alım Hakkı”	14

4. Mülga 1757 Sayılı ve 19.7.1973 Sayılı Toprak ve Tarım Reformu Kanunu’nun 123. Maddesi.....	15
5. 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu’ndaki “Öncelikli Satın Alma Hakkı”	15
6. 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamında Yasal Önalım Hakkı.....	16
C. Sözleşmesel Önalım Hakkı.....	18
1. Tanım	18
2. Özellikleri	19
3. Çeşitleri.....	21
4. Sözleşmenin Şekli.....	22
5. Şerh Edilmesi.....	23

İKİNCİ BÖLÜM

ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASI

I.ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASININ ŞARTLARI	26
A. Önalım Olayının Gerçekleşmesi.....	26
1. Genel Olarak	26
2. Önalım Olayı Sayılan Haller.....	28
3. Önalım Olayının Bildirilmesi	34
B. Önalım Hakkının Süresi İçinde Kullanılması.....	40
1. Genel Olarak	40
2. Üç Aylık Hak Düşürücü Süre	41
3. İki Yıllık Hak Düşürücü Süre	42
C. Önalım Hakkının Dava Yoluyla Kullanılması.....	44
1. Dava Yoluyla Kullanılması Zorunluluğu	44
2. Davanın Tarafları.....	46
3. Görevli Mahkeme	49
4. Yetkili Mahkeme	50
5. Taşınmazın Dava Devam Ederken Devri	51
II. ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASININ SONUÇLARI	52
A. Yeni Bir Hukuki İlişkinin Meydana Gelmesi.....	52

B.Bedelin Depo Edilmesi	53
-------------------------------	----

C.Mülkiyetin Geçiş Anı	54
------------------------------	----

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASININ SINIRLARI

I. GENEL OLARAK	56
-----------------------	----

II.PAYDAŞLAR ARASINDAKİ SATIMLAR	57
--	----

III.BAĞIŞLAMA	59
---------------------	----

IV.MAL DEĞİŞİM SÖZLEŞMESİ.....	60
--------------------------------	----

V.KAMULAŞTIRMA	62
----------------------	----

VI.MİRAS YOLUYLA İNTİKAL VE ÖLÜME BAĞLI TASARRUF	63
--	----

VII.ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİ.....	64
--	----

VIII.TAŞINMAZIN BİR ŞİRKETE SERMAYE OLARAK KOYULMASI.....	65
---	----

IX.TAPUSUZ TAŞINMAZLARIN SATIMI	66
---------------------------------------	----

X.FİİLİ TAKSİM	68
----------------------	----

A. Fiili Taksim Kavramı	68
-------------------------------	----

B. Fiili Taksimin Şartları.....	69
---------------------------------	----

1. Paylı Mülkiyete Tabi Bir Taşınmazın Olması	69
---	----

2. Taşınmazın Paydaşlarca Taksim Edilmiş Olması.....	70
--	----

3. Önalım Hakkı Sahibi İle Payını Devreden Paydaşın Belirli Kısımları Kullanıyor Olması.....	71
---	----

C. Fiili Taksimin Önalım Hakkının Kullanılmasına Etkisi	73
---	----

XI.DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI KULLANIM	76
---	----

XII.SATIŞIN GEÇERSİZ OLMASI.....	77
----------------------------------	----

A. Genel Olarak.....	77
----------------------	----

B. Kesin Hükümsüzlük Halleri	79
------------------------------------	----

1. Şekle Aykırılık.....	79
-------------------------	----

2. Kanunun Emredici Hükümlerine, Ahlaka, Kamu Düzenine, Kişilik Haklarına Aykırılık.....	79
3. Konusu İmkânsız Olan Sözleşmeler	80
4. Taraf Ehliyetinin Olmaması.....	80
5. Muvazaa.....	81
C. İptal Edilebilirlik Halleri.....	85
XIII.TAŞINMAZ SATIŞ VAADİ.....	87
XIV.ALIM- GERİALIM SÖZLEŞMELERİ.....	89
XV.CEBRİ ARTIRMAYLA SATIŞ.....	90
XVI.ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ	91
XVII.KAT MÜLKİYETİNE TABİ BAĞIMSIZ BÖLÜMLERİN VE KAT İRTİFAKININ SATIMI	92
XVIII.ÖNALIM HAKKINDAN FERAGAT EDİLMİŞ OLMASI	94
A. Mutlak Feragat.....	94
B. Nispi Feragat.....	96
XIX.DOSTLUK SATIŞLARI	97
SONUÇ	99
KAYNAKÇA.....	102

KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Bkz/bkz	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: dipnot
E.	: Esas
f.	: fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İBM	: İstanbul Barosu Mecmuası
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
K.	: Karar
KMK	: Kat Mülkiyeti Kanunu
m.	: madde
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve devamında
Y.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD	:Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Çalışmamızın konusunu oluşturan önalım hakkı, sözleşmeden veya kanundan doğan, sözleşmenin konusunun satış veya satışa eşdeğer bir işleme konu olması durumunda hak sahibine hakkını kullanarak hakkın konusu olan taşınmaz ya da paylı mülkiyet malını alma yetkisi veren yenilik doğuran bir haktır.

Çalışmamızın konusunu, hem kanundan doğan hem de sözleşmeden doğan önalım hakkı ve bu hakların kullanılamayacağı durumlar oluşturmaktadır. Kanundan doğan önalım hakkı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.732 ile m.734 arasında düzenlenmiş olup takip eden maddede bu hükümlerin sözleşmeden doğan önalım hakkına da uygulanacağı belirtilmiştir. Daha sonra yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile sözleşmeden doğan önalım hakkı, ayrıca Türk Medeni Kanunu'ndaki hükümlere uygun olarak düzenlenmiştir.

TBK'daki düzenlemede önalım hakkının, hakkın konusu olan taşınmazın satış veya satışa eşdeğer bir işleme tabi olması durumunda kullanılabileceği belirtilmiştir. Her ne kadar bu husus TMK'da yasal önalım hakkı için ayrıca düzenlenmiş olmasa da yasal önalım hakkının da satışa eşdeğer işlemlerde kullanılabileceği kabul edilmektedir. Önalım hakkının kullanılmasına imkân veren bu işlemlere genel olarak önalım olayı denilmektedir.

Satışa eşdeğer işlemde kastın ne olduğu kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Bu sebeple hangi işlemlerin önalım olayını oluşturduğu konusunda bir kesinlik yoktur. Genel olarak önalım hakkının konusu olan taşınmaz ya da paylı mülkiyet payının, bir bedel karşılığında, iradi olarak devredilmesini konu alan işlemlerin önalım olayını oluşturduğu kabul edilmektedir.

Çalışmamızın ilk bölümünde, önalım hakkı genel olarak ele alınıp, önalım hakkının tanımı, niteliği ve türleri üzerinde durulmuş ve yasal önalım hakkı ve sözleşmesel önalım hakkı incelenecektir.

Çalışmamızın devamında yer alan ikinci bölümde ise hem yasal hem de sözleşmesel önalım hakkının kullanılmasının şartları olan, önalım olayının

gerçekleşmesi, hakkın dava yoluyla kullanılması ve bu davanın açılması gereken süre üzerinde durulacaktır.

Son olarak, üçüncü bölümde önalım olayı kavramına girmeyen ya da önalım olayı olup olmadığı tartışmalı olan işlemler ve bazı özel durumlar üzerinde durulacaktır. Bu işlemlerden bazılarının önalım olayını oluşturamayacağı kanunda açıkça düzenlenmiştir. Bazılarının önalım olayını oluşturmayacağı ise uygulamayla kabul edilmiştir.



BİRİNCİ BÖLÜM

ÖNALIM HAKKININ TANIMI, NİTELİĞİ, TÜRLERİ

I. TANIM

Taşınmaz mülkiyetinin devri hakkının kısıtlamalarından biri olan önalım hakkı, kanundan doğabileceği gibi sözleşmeyle de tanınabilir. Türk Hukuk Tarihi kaynakları açısından bakılacak olursa, Mecelle m.950’de düzenlenen bu hak, “*Şuf’a bir mülk-i müşterayı müşteriye her kaça mal oldu ise ol miktar ile temellük etmektir.*” şeklinde tanımlanmıştı. İslam hukukunda önalım hakkının sözleşmeden doğması mümkün olmadığından Mecellenin bu hükmünün yasal önalım hakkına ilişkin olduğu kabul edilmelidir¹. Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nde tanıımı yapılmayan yasal önalım hakkı ve sözleşmesel önalım hakkı, TMK’da 732 ila 735. maddeler arasında düzenlenmiştir. TMK’nın genel sistematüğinde, kavramların tanımına yer vermek yerine uygulanacak hükümlere yer verildiğinden², kanunda önalım hakkının tanımına yer verilmemiştir.

Önalım hakkının tanıımı, doktrinde çok çeşitli şekillerde yapılmıştır. Mecelle’deki tanıımı esas alan tanımların³ yanında, Türk Hukuku’nda genel olarak; maliki tarafından başkasına satılmak istenen bir taşınmazı, hakkın sahibine, öncelikle kendisine satılmasını isteme yetkisi veren hak⁴ şeklinde tanımlanmaktadır. Yeni TMK’da önalım hakkının dava yoluyla kullanılabileceği düzenlendiğinden, artık bu hak tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılamadığından, doktrinde, önalım hakkının tanımına, “*yenilik doğuran bir dava ile kullanılan bir haktır*” ibaresini ekleyen

¹ İlyas Yıldırım, “Şuf’a- Önalım Hakkı: Mecelle ve Türk Medeni Kanunu Merkezli Bir Mukayese”, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, C.16, S.31, 2018, s. 319.

² Didem Akalp Demirtabak, **Yasal Önalım Hakkı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s.5.

³ Muin Küley, **Medeni Kanunda ve Tatbikatında Şuf’a Hakkı**, İstanbul, Cumhuriyet Matbası,1950, s. 9; Reşat Atabek, “Şuf’a Hakkı”, **İBM**, C.14, S.12, 1940, s. 729.

⁴Selahattin S. Tekinay; **Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, II/1**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1988, s.16; Ahmet M. Kılıçoğlu; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş 6. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016, s.23; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Şuf’a Hakkı**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1959, s. 17; Şükran Taman Şıpka, **Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şuf’a) Hakkı**, İstanbul, Alfa Basın Yayın Dağıtım, 1994, s.2 vd; Çiğdem Kırca, “Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanunda Değişiklikler”, **Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı**, C.II, İstanbul, Beta Yayınevi 2002, s. 1184; M.Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 20. Baskı, 2017, s. 536; Vedat Buz, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s.192.

yazarlar⁵ da mevcuttur. Ancak bu tanımlar, sözleşmesel önalım hakkı ile yasal önalım hakkı için ortak bir tanım yapmanın güç olmasından dolayı yeterince kapsamlı değildir.

Feyzioğlu, iki tür önalım hakkını da kapsayacak şekilde oldukça kapsamlı bir tanım yapmıştır. Bu tanım, günümüz hukuk diliyle; “*önalım hakkı kanun ya da akitten doğan ve hak sahibinin tek taraflı irade beyanıyla hükümlerini doğuran sübjektif aynı nitelikte öyle bir kurucu haktır ki; borçlu hakkın konusu olan şeyi, tamamen iradesiyle, paydaşlar dışındaki kişilere geçerli bir satış sözleşmesiyle sattığı takdirde, önalım hakkı sahibine kararlaştırılan bedeli ödeyerek hakkın konusu olan şeyin mülkiyetinin öncelikli olarak kendisine geçirilmesini veya şerh verilmemiş bir önalım hakkı söz konusu ise meydana gelen zararının tazminini belirli bir süre içinde isteme yetkisi verir*” şeklindedir⁶.

Bunun yanında, her iki tür önalım hakkını da kapsayarak yapılacak bir tanım, yasal ve sözleşmesel önalım hakkını tüm yönleriyle açıklayamayacağından, ayrı ayrı tanımlarının yapılması gerektiği yönünde bir görüş de mevcuttur⁷.

Kanaatimizce de yasal ve sözleşmesel önalım hakkının ayrı ayrı tanımlarının yapılması daha isabetli olacaktır. Ancak bunun yanında, önalım hakkının, kısaca, hakka konu olan malın satılması üzerine hakkın sahibine bu malı satın alma yetkisi veren sözleşmeden ya da kanundan doğabilen, yenilik doğuran hak olarak tanımlanması mümkündür. Zira hakkın bütün özelliklerinin ve şartlarının tanıma sığdırılmaya çalışılması anlaşılır bir tanımlama yapılması olasılığını düşürecektir.

II. HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Genel Olarak

Öncelikle önalım hakkının hukuki niteliğini incelemek için hakkın türlerine göre ikili bir ayırım yapıp sözleşmesel ve yasal önalım hakkının hukuki niteliğine ilişkin teorileri ayrı ayrı irdelemek gerekir. Bunun yanında, doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen yenilik doğuran hak teorisi, hem sözleşmesel hem de yasal önalım hakkının hukuki niteliğini kapsadığından, sistematik olarak önce önalım hakkı

⁵Fikret Eren, “Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı” **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XII, Y. 2008, S. 1-2, s.107; Jale Akipek, Turgut Akıntürk, **Türk Eşya Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2009 s. 555.

⁶ Feyzioğlu, a.g.e., s.4; Tanımın günümüz hukuk diline uyarlanmış hali: Şıpka, a.g.e., s. 4.

⁷ Nurgül Kutlu, **Önalım Hakkının Kullanılması**, Kocaeli, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi SBE, 2010, s.7.

türlerine has hukuki nitelik açıklamaları yapılacak, daha sonra her iki türün niteliğini de kapsayan yenilik doğuran hak teorisi açıklanacaktır.

B. Sözleşmesel Önalım Hakkının Hukuki Niteliğine İlişkin Teoriler

Sözleşmesel önalım hakkının hukuki mahiyetini açıklayan başlıca dört teori vardır⁸. Bunlar; uzatılmış icap teorisi, satış vaadi teorisi, çift şartlı satış teorisi ve yenilik doğuran hak teorisidir⁹. Aşağıda öncelikle sözleşmesel önalım hakkının tanındığı “önalım sözleşmesi”nin hukuki niteliğini açıklayan uzatılmış icap teorisi, satış vaadi teorisi ve çift şartlı satış teorisi detaylı olarak incelenecektir. Belirtmemiz gerekir ki, bu sözleşmelerin illa ki bir tipik akit kategorisine sokulmasına gerek olmayıp¹⁰ kendine özgü sözleşmeler (sui generis) oldukları kabul edilmelidir¹¹. Önalım sözleşmesinin değil de önalım hakkının niteliğini açıklayan yenilik doğuran hak teorisi, hem yasal hem sözleşmesel önalım hakkının hukuki niteliğine ilişkin olduğundan sistematik olarak daha sonra açıklanacaktır.

Bu teorilerin dışında bugün tamamen terk edilen giriş teorisi, ön sözleşme teorisi ve yetki teorisi gibi görüşler de mevcut olup¹² bunlara da kısaca değinilecektir.

Önalım hakkına ilişkin olarak giriş teorisini savunanlara¹³ göre; önalım hakkı kullanıldığı takdirde, artık önalım hakkı sahibi, önalım borçlusu ile üçüncü kişinin yaptığı sözleşmede üçüncü kişinin yerine geçecek ve onun hak ve yükümlülüklerine sahip olacaktır. Yani bu teoriye göre önalım hakkının kullanılmasıyla sözleşmenin devri durumu ortaya çıkacaktır; lakin sözleşmenin devri için devreden tarafın da muvafakati gerekirken önalım hakkının kullanılmasında bunun aksine üçüncü kişinin iradesinden bağımsız olarak önalım hakkı sahibi sözleşmenin tarafı haline geldiği için bu teori kabul edilebilir bir teori

⁸ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, Yetkin Yayınları, 6. Baskı, 2018, s.201.

⁹ Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.I/1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 5. Basımdan 6. Tıpkıbasım, 2008, s.275 vd.; Feyzioğlu, a.g.e., s.8-19.

¹⁰ Feyzioğlu, a.g.e., s.15.

¹¹ Buz, a.g.e., s.131; Feyzioğlu, a.g.e., s.15, Haluk Nami Nomer, Baki İlkey Engin, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri C:I Satış Sözleşmesi I. Fasikül Giriş; Madde 207-216,245**, 3.Baskı, İstanbul, Seçkin Yayınları, 2017, s.47.

¹² Buz, a.g.e., s.128-129.

¹³ Bu görüşteki yazarlar için bkz. Buz, a.g.e., s.128, dn.52.

değildir¹⁴.

Ön sözleşme teorisine¹⁵ göre; önalım hakkını kuran sözleşme, esas sözleşmenin kurulması için tek taraflı irade beyanı yeterli olan ön sözleşmelerdir. Ancak bu teori tek taraflı irade beyanıyla sözleşmenin nasıl kurulacağına net bir açıklama getiremeyip önalım hakkının kullanılmasının icap olduğunu, ancak kanun koyucunun burada kabul şartı aramadığını ileri sürdüklerinden pek taraftarı kalmamıştır¹⁶.

Yetki teorisine göre; önalım sözleşmesinde, hak sahibine önalım borçlusu tarafından, malın 3. kişiye satılması durumunda, kendisiyle sözleşme yapmasına imkân veren, temsil müessesesine benzer bir yetki verildiği ve dolayısıyla hak sahibinin kendi adına icapta bulunup, aldığı yetkiye dayanarak da önalım borçlusu adına bu icabı kabul ederek sözleşmeyi kurduğu savunulmaktadır¹⁷.

1.Uzatılmış İcap Teorisi

Bu teoriye göre alım ve önalım sözleşmelerinde malın sahibi; gerialım sözleşmesinde malı alan kişi tarafından hak sahibine satış konusunda yapılmış bir icap vardır ve hak sahibi, bu hakkını kullanacağını bildirmesi durumunda bu icabı kabul etmiş olacaktır¹⁸. Bu teori; hakkın uzun süre sonra kullanılması durumunda bir kimsenin icabıyla uzun yıllar boyunca bağlı kalmasının, icabın tabiyatına aykırı olması ve taşınmazların satışına ilişkin icap ve kabulün resmi şekilde yapılması gerekirken önalım sözleşmesi için adi yazılı şeklin yeterli olması bakımından eleştirilmiştir¹⁹. Ayrıca taşınır satışında icap herhangi bir şekle bağlı değil iken önalım sözleşmesi adi yazılı şekilde, gerialım ve alım sözleşmeleri ise resmi şekilde yapılması gereği ve icap içeren bir sözleşmenin şerhi mümkün değilken alım, gerialım ve önalım sözleşmelerinin şerhinin mümkün olması yönünden de bu görüş geçersiz görülmektedir²⁰.

¹⁴ Buz, a.g.e., s.128.

¹⁵ Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Buz, a.g.e., s.129, dn.57..

¹⁶ Buz, a.g.e., s.129.

¹⁷ Buz, a.g.e., s.129.

¹⁸ Tandoğan, a.g.e., s.275; Eren, a.g.e., s.201.

¹⁹ Feyzioğlu, a.g.e., s.10.

²⁰ Tahir Sebük, **Şufa, Vefa ve İştira Hakları**, İstanbul, Kader Basımevi, 1951, s.30.

2.Satış Vaadi Teorisi

Bu teoriye göre önalım sözleşmesi bir satış vaadi sözleşmesidir ve bu sözleşmelerle önalım sözleşmesinde malın maliki hak sahibine satmayı vadetmektedir²¹.

Satış vaadi sonucunda bir satış sözleşmesi yapılması gerekirken, önalım hakkında tek taraflı bir irade beyanı ile satış sözleşmesi gerçekleştiği için bu hakkı kuran sözleşmelerin satış vaadi olduğu söylenemez²². Ayrıca bu görüş, taşınmaz satış vaaadinin resmi şekilde yapılması gerekirken, önalım sözleşmesinin taşınmaza ilişkin dahi olsa adi yazılı şekilde yapılabilmesi sebebiyle kabul edilemeyeceği önalım ve hakkın vasiyetnameyle tanınabilmesini de açıklayamamaktadır²³.

3.Şarta Bağlı Satış Sözleşmesi Teorisi

Önalım hakkının hukuki niteliğini açıklayan ve yenilik doğuran hak görüşünden sonra en fazla taraftara sahip olan bu görüşe göre; önalım sözleşmesi bu sözleşmeden doğan hakkın kullanılması şartına bağlı olan satış sözleşmesidir. Yani bu sözleşmeler geciktirici iradi şarta bağlı satış sözleşmeleridir ve bu haklardan birine sahip olan kimsenin hakkını kullanma iradesini bildirmesi durumunda sözleşme hüküm doğuracak ve satış gerçekleşecektir. Bir diğer deyişle şarta bağlı alım hakkı da denilebilir. Bu görüşe göre önalım hakkı; malın malikinin malı 3. bir kişiye satması ve hak sahibinin önalım hakkını kullanma iradesini bildirmesi şartlarına bağlı olan çifte şarta bağlı bir satış sözleşmesidir²⁴.

Bu görüşün kabul edilebilmesi için öncelikle mutlak iradi şartın kabul edilmesi gerekir ki doktrinde mutlak iradi şart konusu tartışmalıdır²⁵. Bunun yanında mutlak iradi şartı caiz saysak dahi şarta bağlı satış sözleşmesinde malikin borcunu ifa etmesine engel olacak davranışlardan kaçınma yükümlülüğü vardır ki bu yükümlülük önalım borçlusu açısından ağır olabilir²⁶. Bunun yanında bu görüş adi önalım hakkı bakımından son derece

²¹ Görüş hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Haluk Nami Nomer, **Vefa Hakkı**, İstanbul, Beta Yayınevi, 1992, s.12; Eren, a.g.e., s.201.

²² Tandoğan, a.g.e., s.275.

²³ Sebük, a.g.e., s.31.

²⁴ A. Meier Hayoz, Şu'fa Akdi, İstanbul, **İHFM**, C.33, S.1-4, 1968, s. 275; Ayrıca bu teorinin açıklaması için bkz. Eren, a.g.e., s.201; Sebük, a.g.e., s.33; Tandoğan, a.g.e., s.276; Buz, a.g.e., s.130.

²⁵ Tartışmalar için bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1959, s. 96.

²⁶ Tandoğan, a.g.e., s. 276.

yetersizdir. Şöyle ki; adi önalım sözleşmesinde, malın bedeli dahi kararlaştırılmamış olup malın 3. bir kişiye satılması durumunda bu satışın şartları üzerinden önalım hakkı sahibi ile önalım borçlusu arasında bir satış sözleşmesi kurulacaktır. Ancak şarta bağlı da olsa satış sözleşmesinin şartlarının önceden belirlenmemiş olması önceden kararlaştırılmış bir satış ilişkisi olmadığını göstermektedir²⁷. Şarta bağlı satış sözleşmesi görüşünün açıklayamadığı bir diğer konu; önalım hakkının ölüme bağlı tasarrufla tanınabilmesidir²⁸. Bunun yanında, şarta bağlı satış sözleşmesi resmi şekle tabi iken önalım sözleşmesi adi şekilde yapılabildiğinden önalım sözleşmesinin şarta bağlı satış sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceği de düşünülmektedir²⁹.

C. Yasal Önalım Hakkının Hukuki Niteliğine İlişkin Ayni Hak Teorisi

Önalım hakkının niteliğine ilişkin tartışmalar her ne kadar daha çok sözleşmesel önalım hakkına ilişkin olsa da yasal önalım hakkının niteliği hakkında da görüş ayrılığı mevcuttur. Büyük çoğunluk tarafından hem yasal önalım hakkı hem de sözleşmesel önalım hakkının yenilik doğuran hak olduğu kabul ediliyor olsa da yasal önalım hakkının ayni nitelikli bir hak olduğunu kabul eden yazarlar da vardır³⁰. Yine bazı Yargıtay kararlarında bu yönde hükümler³¹ yer almaktaydı.

Ayni haklar, eşya üzerinde doğrudan hâkimiyet sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen, sınırlı sayı ve tipte, süreklilik arz eden, hak düşürücü süre ve zamanaşımına tabi olmayan haklardır³². Önalım hakkının ayni nitelikte olduğunu

²⁷ Buz, a.g.e., s.135; Feyzioğlu, a.g.e., s. 12,13.

²⁸ Nomer, a.g.e., s.14; Tekinay, a.g.e., s.17.

²⁹ Tekinay, a.g.e., s.18, dn.3.

³⁰ Hıfzı Veldet Velidedoğlu, Galip Esmer, **Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı**, İstanbul, İstanbul Matbaacılık T.A.O., 1956, s. 433; Ayrıca önalım hakkını ayni hak olarak nitelendiren diğer yazarlar için bkz. Şıpka, a.g.e., s. 20 dn: 1.

³¹ YİBK. 20.6.1951 T., 13 E./ 5 K., “Gayrimenkul mülkiyetinin takyidlerinden olan kanuni şuf’a hakkı gayrimenkulde hisse sahibi bulunan şahsa diğer bir hissenin üçüncü şahsa satılması halinde o hisse müşteriye neye mal olmuş ise o miktar ile ve belli bir süre içinde satın almak salâhiyetini veren ayni bir haktır.” RG: T.7.11.1951, S.7950; Yagıtay 6. Hukuk Dairesi bir kararında ise önalım hakkının hem ayni nitelikte hem de yenilik doğuran nitelikte olduğunu kabul etmiştir, Tekinay, a.g.e, s.40, dn.5.

³² Oğuzman, M. Kemal, Barlas, Nami, **Medeni Hukuk**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 24.Bası, 2018, s.145.

düşünen yazarlar da aynı hakkın herkese karşı ileri sürülebilmesi, hakkın doğrudan kullanılabilmesi, sınırlı sayı ve tipte olması özelliklerine dayanmaktadırlar³³.

Bu görüşü savunanların belirttiği gibi yasal önalım hakkının kanunlarda sayılan tip ve sayıyla sınırlı olduğu doğrudur. Gerçekten de yasal önalım hakkı sadece çeşitli kanunlarda sayılanlardan ibarettir ve bunlar dışında bir yasal önalım hakkından bahsedilemez. Bunun yanında önalım hakkının aynı haklarla örtüşmeyen özellikleri daha çoktur.

Yasal önalım hakkı, yalnızca önalım hakkının konusu olan payı satın alan kişiye karşı kullanılabilirdiğinden herkese karşı kullanılabilen bir hak olmadığı ve hak sahibine gerçek bir hâkimiyet hakkı tanımadığı belirtilerek aynı hak görüşü eleştirilmiştir³⁴. Kanunla, önalım hakkının kullanılması için belirli bir süre tanındığından, aynı haklara ilişkin temel prensiplerden olan süreklilik özelliğinin, önalım hakkı açısından söz konusu olmadığı ortadadır ve bu husus da önalım hakkının aynı nitelikte olmadığını göstermektedir³⁵.

D. Hem Yasal Hem Sözleşmesel Önalım Hakkının Hukuki Niteliğine İlişkin Yenilik Doğuran Hak Teorisi

Doktrinde bugün baskın görüş olan yenilik doğuran hak görüşüne göre; hak sahibinin tek taraflı irade beyanının muhataba varmasıyla, hak sahibi ile muhatap arasında bir satış ilişkisi kurulmaktadır³⁶. Yenilik doğuran hak, bir hukuki duruma ilişkin olarak bir kimsenin yalnız kendi iradesiyle hukuki bir sonuç meydana getirme yetkisidir³⁷.

Bu görüşe göre, satım sözleşmesi, şarta bağlı satım sözleşmesi görüşünün aksine, hakkı kuran sözleşme ile değil, hakkın kullanılması ile kurulmaktadır ve böylelikle

³³ Vehbi Umut Erkan, “ Anayasa Mahkemesi’nin 12.12.2007 Tarihli E. 2003/ 34 Ve K. 2007/ 94 Sayılı Kararı Üzerine: Türk Medeni Kanunu’nda Yasal Önalım Hakkının Hukuki Niteliği Ve Kullanılması”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:5, S:1, Malatya, 2014, s.277; Akalp Demirtabak, a.g.e., s.17; Kırkbeşoğlu, a.g.e., s.16.

³⁴ Şıpka, a.g.e., s.22.

³⁵ Şıpka, a.g.e., s.23.

³⁶ Tandoğan, a.g.e., s.276; Eren, a.g.e., 201; Cevdet Yavuz, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, 9. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2014, s.252; Mustafa Kılıçoğlu, **Akdi ve Kanuni Şu’fa Davaları**, Ankara, Adil Yayınevi, 1997, s.18; Buz, a.g.e., s.131.

³⁷ Andreas Von Tuhr, **Borçlar Hukuku Umumi Kısım**, Çeviren: Cevat Edege, İstanbul, Yargıtay Yayınları, 1952, s.23.

hakkın kullanılmasına kadar ne hak sahibinin bedel ödeme borcu doğacaktır ne de önalım hakkında malın malikinin yükümlülükleri doğacaktır³⁸. Bunun yanında bu hakkın yenilik doğuran hak olduğunu kabul ettiğimizde, bu hakkın vasiyetname ile kurulabilmesinin ve önalım sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılabilmesinin mümkün olmasını da açıklayabiliriz. Türk doktrinde hâkim görüş³⁹, önalım hakkının yenilik doğuran haklardan olduğu yönünde olduğu gibi Yargıtay içtihatları da bu yöndedir⁴⁰.

Yenilik doğuran haklar; kurucu, değiştirici ve bozucu olmak üzere üç çeşittir. Önalım hakkının yenilik doğuran haklardan kurucu yahut değiştirici yenilik doğuran hak olması konusunda da tartışma mevcuttur. Bazı yazarlar değiştirici yenilik doğuran hak derken⁴¹, ağırlıklı görüş kurucu yenilik doğuran hak olduğunu yani kullanılmaları ile yeni bir hukuki ilişki kurduklarını söylemektedir⁴². Kanunda (TMK m.734) önalım hakkının dava yolu ile kullanılma zorunluluğu getirildiği için, önalım hakkını alım ve gerialım hakkından ayırarak yenilik doğuran dava hakkı olduğunu ileri süren görüşler de doktrinde mevcuttur⁴³. Kanaatimizce hakkın kullanılması ile yeni bir satış ilişkisi doğduğundan önalım hakkı kurucu yenilik doğuran bir haktır.

Dikkat edilmelidir ki, sözleşmesel önalım hakkındaki uzatılmış icap teorisi, satış vaadi teorisi ve çift şartlı satış teorisi gibi görüşler, önalım hakkını doğuran sözleşmenin niteliğine ilişkin iken, yenilik doğuran hak görüşü, bizzat hakkın niteliğine ilişkindir. Bu sebeple, esasen bu görüşlerin yenilik doğuran hak görüşüne tam anlamıyla zıt oldukları söylenemeyeceği⁴⁴ gibi, hepsinin yenilik doğuran hak görüşüyle uyumlu olduğu

³⁸ Buz, a.g.e., s.131.

³⁹ Aydın Aybay, Hüseyin Hatemi, **Eşya Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, 2010, s.199-200; Yavuz, a.g.e., s.252; Buz a.g.e., s.131; Eren, a.g.e., s.201; Nomer, Engin, a.g.e., s.47; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, a.g.e., s.554.

⁴⁰ **YİBK 11.2.1959 T. 1958/10 E. 1959/12 K.:** “Şufa mevzuundaki müteaddit içtihadı birleştirme kararları ile teyit olunduğu üzere, Türk hukukunda şufa hak kı, bir yenilik doğuran (inşai) hak mahiyetindedir ve bir hakkın sahibi tarafından diğer tarafa ulaştırılmış beyan ile kullanılması sonunda hak sahibi ile hissedarın satın almış bulunan kimse arasında bir satış akti münasebeti doğar.” Kılıçoğlu M., a.g.e., s.18.

⁴¹ Von Tuhr, Velidedeoğlu, Haab ve Saymen’in değiştirici yenilik doğuran hak görüşünde olduğu yönünde bkz. Feyzioğlu, a.g.e., s.17.

⁴² Feyzioğlu, a.g.e., s.15; Sebük, a.g.e., s.35; Tandoğan, a.g.e., s.276; Eren, a.g.e., s.201; Yavuz, a.g.e., s.252-253; Kılıçoğlu M., a.g.e., s.18; Buz, a.g.e., s.131.

⁴³ Eren, a.g.e., s.201.

⁴⁴ Necip Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e., s.100: yenilik doğuran hak görüşü ile şarta bağlı satım görüşünün birbiri ile çelişmediğini; alım, önalım ve gerialım haklarının yenilik doğuran hak olduğunu, bunları kuran sözleşmelerin ise şarta bağlı satım sözleşmesi olduğunu kabul etmektedir.

da söylenemez⁴⁵.

III. TÜRLERİ

A. Genel Olarak

Türk Hukukunda önalım hakkının en temel ayrımı kaynağı açısından; sözleşmeden doğan ve kanundan doğan önalım hakkı olarak yapılmaktadır. TMK m.732 ila 734. maddeler arasında yasal önalım hakkı, TMK m.735'te ise sözleşmesel önalım hakkı düzenlenmiştir. TMK'da yapılan bu ayrımın dışında yasal önalım hakkı ve sözleşmesel önalım hakkı kendi içlerinde de çeşitlere ayrılmaktadır.

Yasal önalım hakkı denilince ilk olarak akla TMK m.732'de düzenlenen paylı mülkiyette paydaşların sahip olduğu önalım hakkı gelse de TMK dışında diğer kanunlarda düzenlenen yasal önalım hakları da mevcuttur. Yasal önalım hakkı başlığı altında bu diğer kanunlardan doğan önalım hakları ayrıntılı olarak incelenecektir.

Sözleşmesel önalım hakkı açısından; önalım hakkı sahibi, bedel olarak üçüncü kişinin ödeyeceği bedeli ödeyecekse, adi(sınırsız) önalım hakkından, önceden önalım sözleşmesinde kararlaştırılan bedeli ödeyecekse, nitelikli(sınırlı) önalım hakkından bahsedilecektir⁴⁶. Yine sözleşmesel önalım hakkı, tapuya şerh edilip edilmemesine göre; tapuya şerh edilmiş önalım hakkı ve tapuya şerh edilmemiş önalım hakkı olarak ikiye ayrılır. Her ne kadar yasal önalım hakkı çeşitli kanunlarda, sadece taşınmazlar açısından düzenlenmiş olsa da sözleşmesel önalım hakkı konusunda böyle bir sınırlandırma yoktur. Önalım sözleşmeleri genellikle taşınmaz mallar için yapılıyor olsa da, önalım hakkının konusu taşınır mallar da olabilir⁴⁷. Bu bakımdan, sözleşmesel önalım hakkını taşınmaz önalım hakkı ve taşınır önalım hakkı olarak sınıflandırabiliriz⁴⁸.

⁴⁵ Buz, a.g.e., s.132.

⁴⁶ Tandoğan, a.g.e., s.274.

⁴⁷ Tandoğan, a.g.e., s.278; Eren, a.g.e., s.206.

⁴⁸ Eren, a.g.e., s.200.

B. Yasal Önalım Hakkı

1. Medeni Kanunda Düzenlenen Yasal Önalım Hakkı

TMK'nın 732 ila 734. maddeleri arasında “B. Taşınmaz Mülkiyetinin Kısıtlamaları” üst başlığının altında “II. Devir Hakkının Kısıtlamaları” başlığı altında düzenlenen yasal önalım hakkı, kanundan doğan önalım haklarının uygulamada en çok görülen türüdür.

TMK'nın 732. maddesinde “Paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması hâlinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler.” denilmek suretiyle, paylı mülkiyette paydaşlara böyle bir hak tanınmıştır.

Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyete tabi bir taşınmazın paydaşlarından birisi payını üçüncü bir kişiye satmak istediğinde, diğer paydaşlara, üçüncü kişiyle payını satan paydaş arasındaki satım sözleşmesinin şartlarıyla bu payın alıcısı olabilme yetkisi veren yenilik doğuran bir haktır⁴⁹. Bu hakkın kullanılması, payın üçüncü kişiye satılması şartına bağlı olsa da hakkın doğumu için paylı mülkiyetin kurulması yeterlidir⁵⁰. Paylı mülkiyetin kaynağı; hukuki işlem, resmi makamın tasarrufu veya kanun olabilir⁵¹. Yasal önalım hakkının doğması açısından, paylı mülkiyetin nasıl kurulduğunun bir önemi yoktur⁵². TMK'da yer alıp, yasal önalım hakkını kendiliğinden doğuran tek hukuki ilişki paylı mülkiyettir; özellikle elbirliği mülkiyeti ve kat mülkiyetinde önalım hakkından bahsedilemez⁵³.

Paylı mülkiyette, paydaşlara böyle bir hak tanınmasının iki temel amacı vardır; birincisi paydaşlar arasında sürekli anlaşmazlık çıkması ihtimaline binaen bir

⁴⁹ Feyzioğlu, a.g.e., s.5; Şıpka, a.g.e., s.2; Tekinay, a.g.e., s. 38.

⁵⁰ Eren, a.g.m., s.108; Tekinay, a.g.e., s. 39; Şıpka, a.g.e., s.42-43; Mehmet Ayan, “Kanuni Şufa Hakkı”, Prof. Dr. Halil Cin'e Selçuk Üniversitesinde 10. Yıl Armağanı, Konya, Selçuk Üniversitesi Yayınları, 1995, s. 340; Y.6.HD. T. 13.10.2003, E. 2003/7166, K. 2003/7123: “Bu hak, paylı mülkiyet ilişkisi kurulduğu anda vücut bulur. Payın satılması ile de kullanılabilir hale gelir.”(Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 24.04.2019)

⁵¹ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, a.g.e., s.305.

⁵² Kutlu, a.g.e., s.10.

⁵³ Mehmet Beleş, **Yasal Önalım Hakkı**, Ankara, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, 2007, s.23, Feyzioğlu, a.g.e., s.96; Ferit Hakkı Saymen, Halid Kemal Elbir, **Türk Eşya Hukuku Dersleri**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1963 , s.376; Kemal Tahir Gürsoy, Fikret Eren, Erol Cansel, **Türk Eşya Hukuku**, 2.Bası, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984, s.614.

süre sonra paylı mülkiyete son verme isteği iken, diğer amaç, paylı mülkiyet birliğine yabancı bir kişinin girmesini önlemektir⁵⁴.

Burada düzenlenen önalım hakkı, tarafların iradesine bağlı olmaksızın kanundan doğan bir hak olduğu için tapu siciline şerh edilmesine gerek yoktur; hatta böyle bir şerhin imkânı da yoktur⁵⁵. Zira TMK m.731’de “Taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları, tapu siciline tescil edilmeksizin etkili olur.” denilerek kanundan doğan kısıtlamaların tescil edilmesine gerek olmaksızın etki edeceği belirtilmiştir. Bunun yanında sözleşmeden doğan önalım hakkı, şerh verilmek suretiyle eşyaya bağlı hak statüsü kazanabilirken; yasal önalım hakkı eşyaya bağlı hak statüsüne sahip olarak doğar⁵⁶. Bu sebeple şerh edilmesine gerek olmaksızın payı satın alan üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir⁵⁷. Bu önalım hakkı kanun yoluyla tanındığı için herkes tarafından bilindiği kabul edilmektedir⁵⁸. Yasal önalım hakkının eşyaya bağlı bir hak olmasının sonucu olarak; paya kim sahip olursa önalım hakkına da sahip olur⁵⁹. Ayrıca; bu hak paya bağlı olduğu için, paydan ayrı olarak devredilmesi de mümkün değildir⁶⁰.

Burada paylı mülkiyetteki paydaş, hem önalım hakkının sahibi; hem de diğer paydaşların önalım hakkı karşısında, hakkın muhatabı konumundadır⁶¹.

⁵⁴ Ayan, a.g.m., s.336; Şıpka, a.g.e., s.17-19; Fahrettin Aral, Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 9. Baskı, İstanbul, Yetkin Yayınları, 2018, s.205; YİBK 27.3.1957 T., 1957/12 E., 1957/2 K.: “*Vazı kanunun bu hükümle iki gaye takibettiği görülmektedir, 1-Gayrimenkulün parçalanmasını önlemek, yani hisselerin mümkün olduğu kadar hissedar elinde toplanmasını temin etmek, 2- Hissedarlar arasında öteden beri mevcut münasebeti idame ederek yabancı bir şahsın araya girmesine mani olmak*”, RG., S.17738;T. 21.8.1957.

⁵⁵ Turhan Esener, Kudret Güven, **Eşya Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 7. Baskı, 2017, s.283.

⁵⁶ Lale Sirmen, **Eşya Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, 2017, s.413 ve s.422; Mustafa Aykut Kayaöz, , **Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı**, İstanbul, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2015 s.25.

⁵⁷ Mehmet Ayan, **Eşya Hukuku II-Mülkiyet**, C. 2, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 387 F. Necmeddin Feyzioğlu, “Şufa Hakkının Kullanılması Mümkün Olan ve Olmayan Tasarruflar”, **İÜHF**, C. XIX, S. 1-2, İstanbul, 1953 s. 224; Gürsoy/Eren/Cansel, a.g.e., s. 621; Şıpka, a.g.e., s.15; Tandoğan, a.g.e., s. 276.

⁵⁸ Gürsoy,Eren,Cansel, s. 615; Esener,Güven, a.g.e., s. 282; Eren; a.g.m., s.108.

⁵⁹ Tekinay, a.g.e., s.39.

⁶⁰ Eren, a.g.m., 6. HD E. 1984/892 K. 1984/4785 T. 14.4.1984: “Kanuni Şufa hakkı ortak mülkiyet hakkından doğduğundan ve adeta mülkiyet hakkıyla içiçe bulunduğundan şayi paydan ayrı olarak devir ve temlik düşünülemez.” (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 26.04.2019).

⁶¹ Şıpka, a.g.e., s. 119; Cengiz Topel Çay, “**Yeni Türk Medeni Kanununun Önalım Hakkı Konusunda Getirdiği Değişiklik Ve Yenilikler (Yenilik Doğuran Dava Düzenlemesi)**”, İstanbul, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2007, s.6.

2. 1164 Sayılı ve 10.05.1969 Tarihli Arsa Üretimi Ve Değerlendirilmesi Hakkında Kanun⁶²,un 10. Maddesi

Önalım hakkının TMK dışında düzenlendiği kanunlardan biri, 1164 sayılı ve 10.05.1969 tarihli Arsa Üretimi Ve Değerlendirilmesi Hakkında Kanun'dur. Bu kanunun 10.maddesinde “*Arsa Ofisi Genel Müdürlüğü; konut, sanayi, eğitim, sağlık ve turizm yatırımları ve kamu tesisleri için planlamayı öngördüğü ve tahdidini yaparak ilgili tapu idarelerine bildirmiş bulunduğu sahalardaki arsa ve arazinin satışlarında şufa hakkını haizdir.*” denilmek suretiyle Toplu Konut İdaresi Başkanlığı⁶³,na bir önalım hakkı tanınmıştır. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere bu önalım hakkının kazanılabilmesi için TOKİ tarafından ilgili tapu idaresine bir bildirim yapılması gerekmektedir. Bu bildirim yapılmadığı sürece ortada bir önalım hakkı olmayacaktır. Bu önalım hakkı, TOKİ'ye konut, sanayi, eğitim, sağlık ve turizm yatırımları ve kamu tesisleri planlaması durumunda verildiğinden kamu yararı doğrultusunda tanınmış bir haktır. TMK m.731'in 3.fıkrasında yer alan “Kamu yararı için konulan kısıtlamalar kaldırılamaz ve değiştirilemez.” hükmü dolayısıyla bu yasal önalım hakkının devredilmesi veya feragat edilmesi mümkün değildir⁶⁴. Doktrinde bu yasal önalım hakkına ilişkin hüküm bulunmayan yerlerde TMK'da yer alan hükümlerin uygulanacağı kabul edilmektedir⁶⁵.

3. Mülga 4070 Sayılı Hazineye Ait Tarım Arazilerinin Satışı Hakkında Kanun'daki “Tarım Arazilerini Kullananların Öncelikli Alım Hakkı”

4070 sayılı Hazineye Ait Tarım Arazilerinin Satışı Hakkında Kanun⁶⁶,un “Tarım Arazilerini Kullananların Öncelikli Alım Hakkı” başlıklı 8.maddesinde hazineye ait tarım arazilerinin doğrudan satışı hakkından yararlanamamış olanlar ve

⁶² R.G. 10.05.1969, S.13195.

⁶³ 1164 sayılı ve 10.05.1969 tarihli Arsa Üretimi Ve Değerlendirilmesi Hakkında Kanun' nun 1.maddesinde “Arsa Ofisi Genel Müdürlüğüne yapılan atıflar Toplu Konut İdaresi Başkanlığına yapılmış sayılır.” denilerek Arsa Ofisi Genel Müdürlüğü ile kastedilenin Toplu Konut İdaresi Başkanlığı olduğu belirtilmiştir.

⁶⁴ Ekrem Yıldız, **Önalım Davaları**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s.27; Şıpka, a.g.e., s.9; Kayaöz, a.g.e., s.28; Akalp Demirtabak, a.g.e., s.15.

⁶⁵ Şıpka, a.g.e., s.9; Akalp Demirtabak, a.g.e., s.15.

⁶⁶ R.G.: Tarih : 19/2/1995, Sayı : 22207.

bunların mirasçılara, 2003 yılından önce bu arazileri fiilen kullanma ve bu durumun Hazinece belirlenmiş olması şartlarına bağlı olarak bu araziler için düzenlenecek ihalelerde bir önalım hakkına sahip olacakları düzenlenmiştir.

Ancak 19/4/2012 tarihli ve 6292 sayılı kanunun⁶⁷ 13.maddesiyle 4070 sayılı kanun yürürlükten kaldırılmış ve bu önalım hakkına ilişkin yeni bir düzenleme yapılmamıştır.

4. Mülga 1757 Sayılı ve 19.7.1973 Sayılı Toprak ve Tarım Reformu Kanunu’nun 123. Maddesi

Medeni Kanun dışında düzenlenip yürürlükte olmayan bir diğer yasal önalım hakkı, 1757 sayılı Toprak ve Tarım Reformu Kanunu’nda düzenlenmişti⁶⁸. Bu kanunun 123. maddesine göre kiraya veya ortakçıya verilen toprak, kira veya ortakçılık sözleşmesi bitmeden satılmak istendiğinde kiracı veya ortakçının bir önalım hakkı vardır. Bu maddede ayrıca kiracı veya ortakçının önalım hakkını kullandığında bu toprağın tamamını almak zorunda olduğu ve bu önalım hakkının TMK’daki yasal önalım hakkından sonra sözleşmesel önalım hakkından önce geldiği de düzenlenmişti.

1757 sayılı Kanun Anayasa Mahkemesi’nce 10 Mayıs 1978 tarihinde şekil yönünden iptal edilmiş ve tanınan 1 yıllık süre içerisinde tekrar çıkarılmadığı için yürürlükten kaldırılmıştır⁶⁹.

5. 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu’ndaki “Öncelikli Satın Alma Hakkı”

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu’nun 8.maddesinin 2.fikrasında “Bir bağımsız bölümün paydaşlarından birinin kendi payını başkasına satması halinde öteki paydaşlar, öncelikle satın alma hakkını kullanabilirler” şeklinde bir hüküm bulunmaktadır. Esasen bu hüküm TMK’da düzenlenen yasal önalım hakkının bir

⁶⁷R.G.: Tarih: 26/4/2012, Sayı: 28275.

⁶⁸ Akalp Demirtabak, a.g.e., s.15; Kayaözü, a.g.e., s.28.

⁶⁹ Akalp Demirtabak; a.g.e.,15; Kayaözü, a.g.e., s.28.

tezahürüdür. TMK m.732’de paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını satmasından bahsedilmektedir. Yine TMK m.704’te taşınmaz mülkiyetinin konusunu; arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümlerin oluşturduğu belirtilmiştir.

İşte KMK’da belirtilen bu önalım hakkı da, taşınmaz mülkiyetinin konularından biri olan kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölüm üzerinde paylı mülkiyet olması durumunda, paydaşlardan birinin payını satması durumunda kullanılabilir olan önalım hakkıdır. Belirtmek gerekir ki bu önalım hakkı, KMK’da ayrıca düzenlemiş olmasaydı bile TMK’ya göre bu önalım hakkı zaten var olacaktı.

6. 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamında Yasal Önalım Hakkı

TMK dışında önalım hakkı tanınan kanunlardan biri de 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’dur. Bu kanunun temel amaçlarından biri, tarım arazilerinin satış, miras gibi yollarla küçülmesini önlemektir⁷⁰. 5403 sayılı Kanunda, 30/4/2014 tarihli ve 6537 sayılı kanunla bu amaç doğrultusunda birçok değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklerden biri de sınırdaş tarımsal arazi maliklerine önalım hakkı tanınmasıdır.

6537 sayılı kanunun 8/İ-I hükmünde “*8/C maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca aile malları ortaklığı veya kazanç paylı aile malları ortaklığı kurulduğu takdirde, ortaklardan birinin payını üçüncü bir kişiye satması hâlinde, diğer ortaklar önalım hakkına sahiptir.*” denilmektedir. Ancak aile malları ortaklığı TMK m.376’ya göre elbirliği mülkiyeti olduğundan ortaklar payları üzerinde tasarruf işlemi yapamayacağından burada tanınan önalım hakkı uygulama alanı bulamayacak bir haktır⁷¹.

⁷⁰ Barış Özçelik, “5403 Sayılı Toprak Koruma Ve Arazi Kullanımı Kanunu’nda 6537 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler Ve Değerlendirilmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIX, S.1, Ankara, 2015, s.87.

⁷¹ Hayriye Şen Doğramacı, “6537 Sayılı Toprak Koruma Ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.VIII, S.2, 2016, s.84. ;

8/İ-II'de ise *“Tarımsal arazilerin satılması hâlinde sınırdaş tarımsal arazi malikleri de önalım hakkına sahiptir. Tarımsal arazi, sınırdaş maliklerden birine satıldığı takdirde, diğer sınırdaş malikler önalım haklarını kullanamaz. Önalım hakkına sahip birden fazla sınırdaş tarımsal arazi malikinin bulunması hâlinde hâkim, tarımsal bütünlük arz eden sınırdaş arazi malikine önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyetinin devrine karar verir.”* denilerek sınırdaş tarım arazisi maliklerine önalım hakkı tanınmıştır. Böylelikle tarım arazisinin üçüncü bir kişiye satılması halinde sınırdaş tarım arazisinin sahibi önalım hakkını kullanabilecektir.

Maddede birden fazla sınırdaş malikin önalım hakkını kullanmak istemesi durumu da düzenlenmiştir. Buna göre birden fazla sınırdaş malik önalım hakkını kullanmak isterse, tarımsal bütünlük gösteren arazi sahibine mülkiyet devri yapılacaktır. Ancak tarımsal bütünlükten kastın miktar mı tarımsal faaliyet türü mü olduğu açık değildir⁷². Bu konu hâkimin takdirine bırakılmıştır. Bunun yanında açık olmayan bir konu da, birden fazla sınırdaş arazisinin tarımsal bütünlük oluşturması durumudur. Bu durumda önalım hakkını kimin kullanabileceği kanunda belirtilmemiştir. 11.6.1947 tarihli ve 5/18 sayılı İBK'da yer alan birden fazla önalım hakkı sahibinin haklarını kullanması durumunda hak sahiplerinin eşit olarak mülkiyeti paylaşacakları ilkesi doğrultusunda bir uygulama yapılabilir⁷³.

Bir diğer tartışmalı konu ise paylı mülkiyete tabi bir taşınmazın paydaşlarından birinin payını satması durumunda, sınırdaş tarım arazisi sahiplerinin önalım hakkını kullanıp kullanamayacağıdır⁷⁴. Kanunun 8/İ maddesinin gerekçesinde yer alan *“Türk Medeni Kanunu'na göre önalım hakkına sahip ortakların bu hakkını kullanmaması halinde sınırdaş arazi maliklerine de önalım hakkı tanınarak, arazilerin büyümesi hedeflenmiştir”* ifadesinden arazinin bir kısmının satılması durumunda paydaşların önalım hakkından sonra gelecek şekilde sınırdaş tarımsal arazi sahiplerinin de önalım hakkını kullanabileceği çıkıyor olsa da Kanunun 8/İ

Özçelik, a.g.m., s.103; Turan Şahin, “ Paylı Mülkiyette ve 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamında Yasal Önalım Hakkı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 24, S. 2, 2018, s.909.

⁷² Recep Adıgüzel, “Toprak Koruma Ve Arazi Kullanımı Kanununda Sınırdaş Arazi Malikinin Önalım Hakkı”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.90, S.3, İstanbul 2016, s.128.

⁷³ Özçelik, a.g.m., s.104; Adıgüzel, a.g.m., s.128.

⁷⁴ Şahin, a.g.m., s.909; Adıgüzel, a.g.m., s.127.

maddesinin iptali istemiyle açılan davada, Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararda⁷⁵ yer alan “*Kuralda, tarımsal arazinin satılmasından söz edilmiş olup hissenin satılması ifadesine yer verilmediğinden, önalım hakkının sadece arazinin (parselin) bütünüyle satılması hâlinde mevcut olduğu*” yorumu, kanun gerekçesinin aksini ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi bu konuya bir açıklık getirmiş olsa da, bir ya da birkaç payın satımı halinde de, diğer paydaşların önalım hakkını kullanmaması halinde sınırdaş arazi maliklerinin önalım hakkını kullanabilmesi gerektiği yönünde görüşler mevcuttur⁷⁶.

Son fıkrada yer alan “*Önalım hakkının kullanılmasında Türk Medenî Kanunu hükümleri uygulanır.*” hükmü ile burada düzenlenen önalım hakkının kullanılması konusunda TMK m.732 ve devamındaki hükümlere atıf yapılmıştır.

C. Sözleşmesel Önalım Hakkı

1. Tanım

Taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamalarından olan yasal önalım hakkı yukarıda incelenmişti. Bu başlık altında ise taşınmaz mülkiyetinin sözleşmeden doğan kısıtlamalarından olan sözleşmesel önalım hakkı incelenecektir.

Hukukumuzda sözleşmesel önalım hakkı, TMK m.735 ve TBK'nın 238 ila 242.maddeleri arasında düzenlenmiştir. Sözleşmesel önalım hakkının iki kanunda düzenlenmesini isabetsiz bulup yasal önalımın hakkının TMK'da sözleşmesel önalım hakkının ise TBK'da düzenlenmesi gerektiğini ileri süren görüşler mevcuttur⁷⁷. Her iki kanunda yapılan düzenlemede de sözleşmesel önalım hakkının tanımına yer verilmemiştir.

Doktrinde yapılan tanıma göre; sözleşmesel önalım hakkı, hakka konu olan malın, hak sahibinden başkasına satılması durumunda, hak sahibine mahkmeden

⁷⁵ 30.10.2014 T. 2014/133 Esas ve 2014/165 sayılı Karar (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 06.05.2019).

⁷⁶ Şahin, a.g.m., s.909.

⁷⁷ Aral, Ayrancı, a.g.e., s.203.

malın mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteme yetkisi veren ve önalım borçlusu tarafından iradi olarak tanınan bir haktır⁷⁸.

Sözleşmesel önalım hakkı için şarta bağlı alım hakkı da denilebilir⁷⁹. Buradaki şart, malın üçüncü bir kişiye devri şartıdır. Alım hakkında hak sahibi istediği zaman hakkını kullanarak bir satım sözleşmesi kurabilirken, önalım hakkında malın hak sahibi dışında bir kimseye devredilmesi şartına bağlı olarak kullanılması mümkündür.

2. Özellikleri

Sözleşmesel önalım hakkında malik, yasal önalım hakkının aksine iradi bir işlemle mülkiyet hakkının kendisine tanıdığı tasarruf yetkisini sınırlandırmaktadır⁸⁰. Önalım hakkı, hakkın muhatabı olan malikin, malını, önalım hakkı sahibi dışında istediği kişilere devretmesini engellemediğinden, buradaki tasarruf kısıtlaması tam anlamıyla bir kısıtlama değildir⁸¹. Zira malik malı herhangi bir işlemle üçüncü bir kişiye devrettikten sonra şerh edilmiş önalım hakkı sahibi, hakkını önalım borçlusuna karşı değil yeni malike karşı kullanacaktır.

Sözleşmesel önalım hakkı, sözleşme ile tanındığı için alacak hakkı niteliğindedir⁸². Alacak hakları nispi nitelikte olup sadece hakkın muhatabına karşı kullanılabilen haklardır⁸³. Bu hakların herkese karşı ileri sürülebilmesi için Tapu siciline şerh verilmesi gerekir. TMK’da şerh verilebilecek nispi haklar sınırlı bir şekilde sayılmış olup sözleşmesel önalım hakkı da bunlardan biridir. Bu sayede önalım hakkı, hakka konu mal üçüncü bir kişiye devredildiğinde, bu üçüncü kişiye karşı da kullanılabilir.

⁷⁸ Eren, a.g.e., s.198.

⁷⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, a.g.e., s.537; Yavuz, a.g.e., s.252.

⁸⁰ Cihan Avcı Braun, “TBK m.238-242”, **İstanbul Şerhi-Türk Borçlar Kanunu-Yürürlük Kanunu**, C.II, Editörler: Rona Serozan, Turgut Öz, Faruk Acar, K. Emre Gökyayla, Hüseyin Murat Develioğlu, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2.Baskı, 2018, s.1439-1440; Eren, a.g.e., s.199; Sirmen, a.g.e., s.403.

⁸¹ Avcı Braun, a.g.e., s. 1440.

⁸² Aral, Ayrancı, a.g.e., s.205; Eren, a.g.e., s. 204.

⁸³ Oğuzman, Barlas, a.g.e., s. 159.

Önalım sözleşmesinde taraflar, önalım hakkı tanınmasına ilişkin irade beyanlarını ve bu hakkın hangi mala ilişkin olarak tanındığını belirtmelidirler⁸⁴. Bunun yanında, önalım hakkının kullanılma şartları ve hak kullanıldıktan sonra kurulacak olan satım ilişkisinde ödenecek bedel de önalım sözleşmesinde belirtilebilir. Ancak bu hususların sözleşmede yer alması zorunlu değildir⁸⁵.

Önalım hakkı, sözleşmeyle bir kişiye tanınabileceği gibi, bir taşınmaz lehine de kurulabilir. Bu durumda önalım hakkı eşyaya bağlı bir hak haline gelecektir ve lehine önalım hakkı tanınan taşınmaza kim malik olursa, önalım hakkına da sahip olacaktır⁸⁶.

TBK m.239'da sözleşmesel önalım hakkının, sözleşmede kararlaştırılmış olması durumunda devredilebileceği, aksi takdirde devredilemeyeceği belirtilmiştir⁸⁷. Yani önalım hakkının devredilebilmesini isteyen taraflar bunu sözleşmelerinde açıkça düzenlemelidir. Önalım hakkının devri sözleşme ile olur ve kanunla bu sözleşmenin şekli de önalım hakkı tanınan sözleşmenin şekline tabi tutulmuştur.

Aynı maddenin devamında önalım hakkının miras yoluyla geçebileceği de düzenlenmiştir. Miras yoluyla geçişin ise sözleşmede açıkça düzenlenmesine gerek yoktur. Taraflar önalım hakkının miras yoluyla geçmeyeceğini de kararlaştırabilirler⁸⁸. Ancak, kanunda, önalım hakkının devredilebilir olması için önalım sözleşmesinde düzenlenmesi şart koşulmuşken, miras yoluyla geçmesinin yasaklanmasının ne şekilde yapılacağı belirtilmemiştir. Doktrinde bu sözleşmenin TBK m.239/2'deki hükme göre yapılması gerektiği yönünde görüşlerin yanında, kanunda açıkça şekil şartı aranmadığı durumlarda sözleşmelerin şekle tabi

⁸⁴ Tekinay, a.g.e., s.21.

⁸⁵ Tekinay, a.g.e., s.21.

⁸⁶ Yıldız, a.g.e., s.5.; Egemen Köylüoğlu, "Önalım Davası", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2011, s.26.; Kayaöz, a.g.e., s.51.

⁸⁷ Avcı Braun, a.g.e., s.1451; Murat Aydoğdu, **Yasadan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s.35: Bu düzenlemenin önalım hakkını devralan kişinin ekonomik durumunun, önalım hakkının kullanılması sonucu oluşacak satış ilişkisinden doğan yükümlülükleri yerine getirmeye yetmeyecek olması ihtimaline karşı önalım borçlusunu korumak için yapıldığı belirtilmektedir.

⁸⁸ Avcı Braun; a.g.e., s.1452.

olmayacağı prensibine göre bu sözleşmenin de şekle tabi olmayacağı yönünde görüşler de mevcuttur⁸⁹.

3. Çeşitleri

Öncelikle sözleşmesel önalım hakkını, sözleşmede satış bedeli kararlaştırılıp kararlaştırılmamasına göre ikiye ayırmak gerekir. Önalım hakkı sahibi, hakkını kullanıp malın kendisine devrini istediğinde, bedel olarak, üçüncü kişinin ödeyeceği bedeli ödeyecekse adi(sınırsız) önalım hakkından, önceden önalım sözleşmesinde kararlaştırılan bedeli ödeyecekse nitelikli(sınırlı) önalım hakkından bahsedilecektir⁹⁰. TMK m.735/I ve TBK m.241/III'e göre, aksi kararlaştırılmamışsa adi önalım söz konusu olacaktır. Adi önalım hakkının söz konusu olduğu durumlarda satış sözleşmesinin taraflarının bazı amaçlar doğrultusunda bedeli olduğundan düşük ya da yüksek göstermeleri durumunda bedelde muvazaa söz konusu olacaktır. Bedelde muvazaa durumunda önalım hakkının hangi bedel üzerinden kullanılacağı ileride incelenecektir⁹¹.

Önalım hakkı tapuya şerh edilip edilmemesine göre de; tapuya şerh edilmiş önalım hakkı ve tapuya şerh edilmemiş önalım hakkı olarak ikiye ayrılır.

Önalım sözleşmeleri genellikle taşınmaz mallar için yapılıyor olsa da, önalım hakkının konusu taşınır mallar da olabilir⁹². Bu bakımdan da taşınmaz önalım hakkı ve taşınır önalım hakkı olarak sınıflandırabiliriz⁹³. Taşınır önalım hakkının tapuya şerh verilmesi ve eşyaya bağlı borç ilişkilerine kaynaklık etmesi mümkün olmadığından yalnızca taraflar arasında ileri sürülebilir ve bu yüzden de uygulamada pek rastlanmaz⁹⁴.

⁸⁹ Avcı Braun, a.g.e., s.1454; Alper Gümüş, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Akdi Önalım Hakkına İlişkin Hukuklarının (TBK m. 237/HI, 238,239 ve 240 - 242) Değerlendirilmesi" **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan)**, C.VIII, S.2/ C. IX, S.1, İstanbul 2012, s. 438.

⁹⁰ Tandoğan, a.g.e., s.274; Sirmen; s.409-410; Eren; a.g.e., s.199.

⁹¹ Bkz. aşağıda, s.84.

⁹² Tandoğan, a.g.e., s.278; Eren, a.g.e., s.206.

⁹³ Eren, a.g.e., s.200.

⁹⁴ Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, **Eşya Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1991, s.123; Eren, a.g.e., s.206.

4. Sözleşmenin Şekli

TBK m.237’de önalım sözleşmesinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlanmıştır. Önalım hakkı için alım ve gerialım haklarından⁹⁵ farklı olarak yalnızca yazılı şeklin yeterli olmasının sebebi; uygulamada bu hakkın daha çok kira ve ürün kirası sözleşmelerine –geçerlilikleri herhangi bir şarta bağlı olmayan sözleşmelerdir- konulan bir hükümle kararlaştırılıyor olması dolayısı ile kolaylık sağlama amacıdır⁹⁶. Bu şekil, taşınmazlar için yapılan önalım sözleşmeleri için geçerlidir, taşınırlar için yapılan önalım sözleşmeleri ise herhangi bir şekle tabi değildir⁹⁷.

Önalım hakkı, sırf bu hakkı tanımak için yapılan bir sözleşmeyle tanınabileceği gibi, herhangi bir sözleşmeye hüküm koymak suretiyle de tanınabilir⁹⁸. Örneğin, Yargıtay bir kararında, miras taksim sözleşmesinde yer verilen mirasçılardan birinin payını üçüncü bir kişiye satmayı istemesi halinde öncelikle diğer mirasçılara teklif etmekle yükümlü olacağı hükmünü, önalım hakkı düzenlemesi olarak kabul etmiştir⁹⁹.

Ayrıca önalım hakkı vasiyetname veya miras sözleşmesi yoluyla da tanınabilir ki bu durumda vasiyetname ve miras sözleşmesinin geçerlilik şartlarına uyulması gerekir¹⁰⁰.

Önalım sözleşmesinin hükümlerinde değişiklik yapılmak istenmesi durumunda, TBK m.13’te yer alan “*Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir*

⁹⁵ TBK m.237/2: “*Taşınmaz satışı vaadi, geri alım ve alım sözleşmeleri, resmî şekilde düzenlenmedikçe geçerli olmaz.*”

⁹⁶ Hatemi, Serozan, Arpacı, a.g.e., s.122; Yavuz, a.g.e., s.252; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 3. baskı, 2018, s.120-121; Aral, Ayrancı, a.g.e., s.207. Tandoğan; önalım hakkının kullanılması sonucunda yapılacak taşınmaz satışında zaten resmi şekil şartı olacağından böyle bir düzenleme yapıldığını belirtmektedir, Tandoğan, a.g.e., s.279.

⁹⁷ Aydoğdu, a.g.e., s.21; Sevtap Yücel, **Sözleşmeden Dogan Önalım Hakkı**, Eskişehir, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi SBE, 2006, s.40.

⁹⁸ Yargıtay 6. HD. 25.02.1985 T., 1985/65 E. ve 1985/1969 K. sayılı bir kararında, “... *akti şufanın taraflar arasında yapılan kira sözleşmesine konulan özel şartla tanınması mümkün olup...*” diyerek bu yönde karar vermiştir. (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 05.05.2019).

⁹⁹ Y.6.HD., 17.1.2012 T., 2012/13040E., 2012/160K., YHGK, 26.2.2014, 2013/6-494 E., 2014/153 K., (Tufan Ögüz, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun Önalım Hakkının Şerhine İlişkin Görüşünün Değerlendirilmesi, **Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan**, C.3, İKÜHFD, C:15, S:2, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2016, s.583).

¹⁰⁰ Aydın Zevkliler, Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, Turhan Kitabevi, 18.Bası, 2018, s.72; Eren, a.g.e., s.202.

sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur.” hükmü gereği yine yazılı şekil şartı aranacaktır.

Kanunda önalım sözleşmesi için adi yazılı şekil yeterli sayılmışsa da elbette ki taraflar bu sözleşmeyi resmi şekilde de yapabilirler. Sözleşmenin resmi şekilde yapılması durumunda hangi makamın görevli olduğu açıkça belirtilmemiş olmakla beraber Noterlik Kanunu m.60/2’de *“Kanunlarda resmi olarak yapılmaları emredilen ve mercileri belirtilmemiş olan bütün hukuki işlemleri bu kanun hükümlerine göre yapmak”* noterlerin görevlerinden sayıldığından, önalım sözleşmesinin resmi şeklini gerçekleştirecek makamın noterler olduğu kabul edilmektedir¹⁰¹.

5. Şerh Edilmesi

Niteliği itibariyle şahsi bir hak olan önalım hakkı tapu kütüğüne şerh verilebilir(TMK m.1009). Bunun için taraflar öncelikle bir şerh anlaşması yapmalıdırlar(TST m.47) ve bu anlaşma da önalım sözleşmesi gibi yazılı şekilde yapılmalıdır¹⁰². Ayrıca taşınmazın maliki, önalım hakkının tapu kütüğüne şerh edilmesini talep etmelidir(TST 16/I). Şerhin kaç yıl geçerli olacağı kararlaştırılabilir ve her halde etkisi şerhin verildiği tarihten itibaren on yıl geçmesiyle sona erer(TMK m.735).

Önalım hakkı, tapu kütüğüne şerh verilmediği sürece yalnızca önalım borçlusu ve külli haleflerine karşı kullanılabilirken, şerh verilmesi durumunda taşınmaza kim malik olursa ona karşı kullanılabilir¹⁰³. Bu, nispî hak olan önalım hakkının aynı hak haline geldiği anlamına gelmez, şerh verilmesiyle hak ancak etkisi kuvvetlendirilmiş nispi hak haline gelir¹⁰⁴. Hakkın şerh edilmemesi durumunda yeni

¹⁰¹ Helvacı, İlhan: “İsviçre Borçlar Kanunu’nun Sözleşmeden Doğan Önalım, Alım ve Geri Alım Haklarına İlişkin Değişiklikleri, (İsviçre Borçlar Kanunu madde 216, fıkra 2, fıkra 3, madde 216a-216e)”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Y.19-20, S.1-2, 1999-2000, Aysel Çelikel’e Armağan, s.397-417.

¹⁰² Haluk Nami Nomer, Serkan Ergüne, **Eşya Hukuku-Zilyetlik-Tapu Sicili- Rehin Hakları**, On İki Levha Yayınları, 3.Bası, , İstanbul 2016, s.130.

¹⁰³Tandoğan, a.g.e., s.280; Helvacı, a.g.m., s.471; Kırca, a.g.m., s.1180; Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s.73.

¹⁰⁴ Nomer, Ergüne, a.g.e., s.132; aksi görüş için bkz: **YHGK., 26.02.2014, E. 2013/6-494, K.2014/153: “önalım sözleşmesinin tapuya şerh edilmiş olması halinde şahsi nitelik taşıyan bu**

malik kötü niyetli dahi olsa, bu kimseye karşı önalım hakkı kullanılamaz, ancak önalım borçlusundan tazminat talep edilebilir¹⁰⁵. Ayrıca daha önce belirttiğimiz gibi taşınır mallar için yapılan önalım sözleşmeleri tapuya şerh verilemeyeceği için taşınırılar üzerindeki önalım hakkı yalnızca taraflar arasında ileri sürülebilir.

Şerhin şahsi hak üzerindeki etkisi doktrinde tartışmalıdır. Şerhin şahsi hak üzerinde sadece ayni etkisi (munzam etki) olduğu yönündeki görüşe göre; kişisel hakkın kullanılacağı karşı taraf değişmez; yani önalım hakkı, taşınmazın ilk malikine karşı kullanılır ancak şerh, önalım hakkı sahibinin taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını kazanmasını engelleyici durumların ortadan kaldırılmasını talep etme imkânı tanır¹⁰⁶. Eşyaya bağlı borç görüşüne göre ise şerh edilmiş şahsi hak, taşınmazın mülkiyeti kime geçerse o kişiye karşı kullanılabilir¹⁰⁷. TBK m.242’de şerh edilmiş sözleşmesel önalım hakkının taşınmazın mülkiyeti adına tescil edilmiş yeni malike karşı dava açmak suretiyle kullanılacağının belirtilmesinden, kanunun eşyaya bağlı borç görüşünü kabul ettiği anlaşılmaktadır.

Bir görüşe göre; şahsi haklarda şerhin iki etkisi vardır; eşyaya bağlı borç etkisi ve munzam etki. Eşyaya bağlı borç etkisi, hak kullanılana kadardır. Taşınmazın hak kullanılmadan önceki son malikine karşı hakkın kullanılmasıyla bu etki sona erecek, sonrasında munzam etki söz konusu olacaktır. Yani taşınmaz üçüncü kişiye temlik edilip önalım hakkı bu kimseye karşı kullanıldıktan sonra eşyaya bağlı borç etkisi sona erecek, bu süreçte taşınmaz bir başkasına satılsa dahi, önalım hakkı yeni malike karşı ileri sürülemeyecek ancak munzam etki sayesinde önalım alacaklısı hakkına zarar veren bu mülkiyet hakkının bertaraf edilmesini isteyebilecektir¹⁰⁸. Yargıtay kararları da bu yöndedir¹⁰⁹. Bu görüş, yarım eşyaya bağlılık olarak da adlandırılmıştır¹¹⁰. Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus da şerhin eşyaya bağlı borç etkisinin, ilk satışta satış öğrenilmesine rağmen

hak ayni hak niteliği kazanır ve herkese karşı ileri sürülebilir hale gelir.” Canan Ruhi, Ahmet Cemal Ruhi, **Önalım Davaları**, Ankara, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, 2017, s.119.

¹⁰⁵ Hayoz, a.g.e., s.285;Tandoğan, a.g.e., s.280.

¹⁰⁶ İsmet Sungurbey, **Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi**, İstanbul, Sermet Matbaası, 1963, s.102 vd.

¹⁰⁷ Nomer,Ergüne, a.g.e., s.134.

¹⁰⁸ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, a.g.e., s.250-251.

¹⁰⁹HGK., T. 2.11.2016, E. 2015/14-12, K. 2016/1005(Lexpera, Erişim Tarihi:04.04.2019)

¹¹⁰ Hatemi, Serozan, Arpacı, a.g.e., s.122.

hakkın kullanılmaması durumunda sonraki satışlarda devam edip etmeyeceği hususudur. Bir görüşe göre kanundaki 3 aylık süre içinde hakkın kullanılmaması, hakkı nispi olarak düşürür; sonraki her satışta önalım hakkı, süresi içerisinde yeni malike karşı kullanılabilir¹¹¹. Diğer bir görüşe göre bu durum sözleşmenin yorumu sorunudur ve kabul edilmesi gereken, önalım hakkının sadece ilk satışta kullanılabilmesidir¹¹². Kanımızca, önalım hakkının amacını göz önünde bulundurursak hak, ilk satışta kullanılmasa bile sonraki satışlarda kullanılabilmelidir. Zira malın mülkiyetinin istenilmeyen bir kimseye geçmesini önlemek amacı taşıyan önalım hakkında, ilk satışta taşınmazın hak sahibi için sorun oluşturmayan bir kimse tarafından alınması, hak sahibinin hakkı kullanmamasına sebebiyet verebilir; lakin bu durum, sonraki alıcıların istenilmeyen kimseler olmayacağı anlamına gelmez.

¹¹¹ Tandoğan, a.g.e., s.281; Feyzioğlu, a.g.e., s.470; Eren, a.g.e., s.205.

¹¹² Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, a.g.e., s.545; Yavuz, a.g.e., s.254.

İKİNCİ BÖLÜM

ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASI

I. ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASININ ŞARTLARI

A. Önalım Olayının Gerçekleşmesi

1. Genel Olarak

Hem yasal önalım hakkının hem de sözleşmesel önalım hakkının kullanılabilmesi için önalım hakkına konu malın, üçüncü bir kişiye satılması ya da ekonomik bakımdan satışa eşdeğer bir işleme konu edilmesi gerekir. Önalım hakkının ancak taşınmazın satışı ya da ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her türlü işlemin yapılması hâllerinde kullanılabileceği, sözleşmesel önalım hakkının ileri sürülmesini düzenleyen TBK m.240'da belirtilmiş olsa da bu hükmün yasal önalım hakkı açısından da uygulanması gerekir¹¹³.

Önalım hakkının kullanılmasına sebep olan bu işleme önalım olayı¹¹⁴ ya da önalım olgusu¹¹⁵ denir. Doktrinde çoğunluğun “önalım olayı” dediği bu işlemin, bir ücret karşılığında, taşınmazın mülkiyetini devir borcu doğuran iradi sözleşmeler olduğu kabul edilmektedir¹¹⁶.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi önalım hakkı, sadece satış sözleşmesi yapılması durumunda değil, satışa eşdeğer bir işleme konu olması durumunda da kullanılabilir. Satışa eşdeğer işlemlerin neler olduğu kanunda açıkça sayılmamıştır. Doktrinde, ifa yerine eda amacıyla gerçekleştirilen devirler¹¹⁷, ihtiyari artırma

¹¹³ Gümüş, a.g.m., s.452; Sirmen, a.g.e., s. 420.

¹¹⁴ Feyzioğlu, a.g.e., s. 183; Kırca, a.g.m., s. 1184; Aybay, Hatemi, a.g.e., s.194; Ayan, a.g.e., s. 390.

¹¹⁵ Eren, a.g.e., s. 207.

¹¹⁶ Feyzioğlu, a.g.m., s.222; Ayan, a.g.e., s. 340; Sıpka, a.g.e., s. 44 ve 48; Oguzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 417 ve 429; Sirmen, a.g.e., s. 410.

¹¹⁷ Tekinay, a.g.e., s.22; Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s. 73.

yoluyla yapılan satışlar¹¹⁸, taşınmaz üzerinde üst hakkı tesisi¹¹⁹ satışa eşdeğer işlemler olarak kabul edilmektedir¹²⁰.

Önalım olayının gerçekleşmiş sayılması için taşınmaz üçüncü bir kişiye satılmalıdır. Taşınmazın önalım hakkı sahibine satılmasının önalım hakkını kullanmaya sebep olamayacağı açıktır. Burada üçüncü kişinin kim olduğunun önem arz ettiği asıl nokta yasal önalım hakkının kullanımında karşımıza çıkmaktadır. Zira paylı mülkiyette, payın diğer paydaşlardan birine satılması durumunda yasal önalım hakkı kullanılamayacaktır¹²¹. Sözleşmesel önalım hakkında ise malın herhangi bir üçüncü kişiye satılması, önalım olayını meydana getirecektir.

Önalım hakkının kullanılabilmesi için önalım olayını oluşturan sözleşmenin kurulması yeterli olup ifası şart değildir¹²². Hukuk sistemimizde resmi şekilde yapılması gereken taşınmaz satış sözleşmeleri tapu müdürlüklerinde yapılmak zorunda olduğundan tescil talebi de sözleşmenin içinde yer almaktadır ve satış sözleşmesi ile tescil art arda yapılmaktadır. Dolayısıyla sözleşmenin kurulması ile ifası yani taşınmaz mülkiyetinin alıcı üzerine geçmesi neredeyse aynı zamanda olduğundan satış sözleşmesi açısından bu hususun pratik bir önemi bulunmamaktadır¹²³.

Önalım olayının gerçekleşmiş sayılabilmesi için, yapılan satış sözleşmesinin ya da satışa eşdeğer işlemin geçerli olması gerekir¹²⁴. Önalım olayını oluşturan sözleşmenin hükümsüz olması ya da yok hükmünde olması durumunda önalım hakkı

¹¹⁸ Eren, a.g.e., s.209.

¹¹⁹ Avcı Braun, a.g.e., s.1458; Yavuz, a.g.e., s.253.

¹²⁰ Burada sayılan işlemler dışında misli mal karşılığında yapılan trampa sözleşmeleri ve satış niteliği ağır basan karma bağışlama sözleşmelerinin önalım olayını oluşturacağı çoğunlukla kabul edilmekte olup bu hususlara ileride ayrıntılı olarak değinilecektir. Bkz. s.60 ve s.61.

¹²¹ Gürsoy, Eren, Cansel, a.g.e., s.618-619; Ayan, a.g.m., s.342; Oguzman, Seliçi, Oktay- Özdemir, a.g.e., s. 557.

¹²² Feyzioğlu, a.g.m., s.222 ve 223; Eren, a.g.e., s.209; Sıpka, a.g.e., s. 52. Aksi yönde; Akalp Demirtabak, a.g.e., s.53; Y.14.HD. T.15.03.2016, E.2015/17608, K.2016/3269: “.. TMK’nın 732. Maddesi gereğince önalım hakkı payın satılması ile kullanılabilen bir hak olup bu hakkın kullanılabilmesi için satış sözleşmesinin kurulması yeterli değildir. Satış, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmesi ile geçerlilik ve aleniyet kazanır.” (Haluk Burcuoğlu,”Önalım Hakkının Kullanılmasında İki Yıllık Hak Düşürücü Sürenin Başlangıcı Hakkında Önemli Bir Kararın İrdelenmesi”, **Prof. Dr. İlhan Ulusan’a Armağan, C.III.**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2016, s.185).

¹²³ Sıpka, a.g.e., s. 49; Kutlu, a.g.e., s.46.

¹²⁴ Sirmen, a.g.e., s.412; Ayan, a.g.m., s.342.

kullanılamayacaktır¹²⁵. TBK m. 27’ye göre, “*kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız*” olan sözleşmeler, kesin hükümsüzdür. Kesin hükümsüz olan sözleşmeler, en baştan geçersiz sayıldığından önalım hakkının kullanılmasına sebep olacak bir ilişki bulunmamaktadır. Dolayısıyla kesin hükümsüz bir satım sözleşmesine dayanılarak önalım hakkının kullanılması mümkün değildir. Yine sözleşmenin kurucu unsurlarındaki eksiklik sebebiyle yok hükmünde olması da sözleşmenin hiç doğmamış sayılmasına sebep olduğundan¹²⁶ önalım hakkının kullanılması mümkün olmayacaktır.

2. Önalım Olayı Sayılan Haller

a. Satış Sözleşmesi

Önalım olayı olarak sayılan işlemlerin başında satış ilişkisi gelmektedir. Zira TMK m.732 ve TBK m.240’da önalım hakkının malın satımı halinde kullanılabileceği açıkça hüküm altına alınmıştır. Bu satış ilişkisinin özelliklerini inceleyecek olursak, öncelikle ortada tam ve sağlam bir satış sözleşmesi olmalıdır. Çünkü önalım olayının gerçekleşmesi için, önalım borçlusunun önalım hakkı konusu malın mülkiyetini nakletmeyi borçlandığı tam ve geçerli bir sözleşmenin kurulması gerekir¹²⁷.

Geçerli bir sözleşmeden kasıt, sözleşmenin kesin hükümsüzlük, yokluk ve iptal edilebilirlik hallerinden ari olmasıdır. Kesin hükümsüzlük, kanunda öngörülen şekle aykırı, ehliyetsiz kişilerce yapılmış, konusu imkânsız, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlaka veya kişilik haklarına aykırılık içeren ya da muvazaalı bir sözleşme yapılması durumunda söz konusu olur¹²⁸. İptal edilebilirlik halleri ise; irade sakatlıkları ve gabindir. İrade sakatlıkları olan yanıltma, aldatma ve korkutma hallerinin öğrenilmesinden itibaren bir yıl içinde sözleşmenin iptal

¹²⁵ Oğuzman, Seliçi, Oktay- Özdemir, a.g.e., s.539; Sirmen, a.g.e., s.412.

¹²⁶ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.I., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s.179.

¹²⁷ Feyzioğlu, a.g.m., s.222; Tekinay, a.g.e., s. 26; Sıpka, a.g.e., s.54; Belec, a.g.e., s.28.

¹²⁸ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.180-181.

edilmesi talep edilmezse sözleşme geçerli hale gelir¹²⁹. Ancak iptali talep edilir ve sözleşme iptal edilirse önalım hakkı kullanılamaz. Kesin hükümsüzlük hali, üzerinden bir sürenin geçmesi ya da hükümsüzlük sebebinin ortadan kalkması ile geçerli hale gelmez¹³⁰.

Tam bir sözleşme, TBK m.1 hükmünce tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla kurulur. Önalım hakkının kullanılması için gerekli olan önalım olayını meydana getiren bir satış sözleşmesi de bu şekilde kurulmuş olmalıdır. Zira önalım borçlusunun önalım hakkına konu olan malı satma amacıyla üçüncü kişilere yapmış olduğu icap beyanları önalım olayının gerçekleşmesi için yeterli olmaz¹³¹. Yine satış sözleşmesi kurulmadan önce önalım borçlusunun satış yapma niyetinde olması ya da bu yöndeki hazırlık ve görüşmeleri önalım olayını oluşturmamaktadır¹³².

Kısmi satım halinde önalım hakkının kullanılabileceği TMK m.732’de yasal önalım hakkı bakımından düzenlenmiş olsa da bu hükmün sözleşmesel önalım hakkı için de uygulanabileceği genel olarak kabul edilmektedir. Önalım hakkının konusu olan taşınmazın bir kısmının satımı halinde önalım hakkı sadece o kısım açısından kullanılabilecektir¹³³. Yani kısmi satış halinde, önalım hakkı sahibi, hakkını kullanarak yalnızca önalım olayını oluşturan satış sözleşmesine konu olan kısmın mülkiyetinin kendisine devrini sağlayabilecektir.

Satış sözleşmesinin şarta bağlı olarak kurulması mümkündür. Her ne kadar Yargıtay bir kararında¹³⁴ “... *Borçlar Kanununun 214. maddesi hükmü gereğince satış akdinin koşula bağlanması da olanaksızdır.*” demiş olsa da TBK m.243/I

¹²⁹ Haluk Nami Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Beta Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, 2015, (Borçlar Genel), s.82.

¹³⁰ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.181.

¹³¹ Şıpka, a.g.e., s. 55; “Önalım hakkı satışla doğduğundan satıştan önce yapılan teklif veya benzeri olaylar hakkın kullanılmasına etkili olmaz ve hak sahibi aleyhine yorumlanamaz.” Y. 6. HD. 21.02.1995T. 13098/ 1939K. (Kılıçoğlu M., a.g.e., s. 89).

¹³² Eren, a.g.m., s.113; Şıpka, a.g.e., s.55; Nagehan Kırkbeşoğlu, Önalım Hakkı, Aristo Yayınevi, İstanbul 2019, a.g.e., s.38.

¹³³ Eren, a.g.m., s.111.

¹³⁴ Y.1.HD E. 2004/13169 K. 2004/13749 T. 13.12.2004 (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 08.07.2019).

hükmünün lafzından¹³⁵ da anlaşılacağı üzere taşınmaz satış sözleşmesinin koşula bağlı olarak kurulması mümkündür¹³⁶.

Şarta bağlı olarak kurulan bir satış sözleşmesi de önalım olayını oluşturabilir. Her ne kadar kanun hükmünde şarta bağlı satışlarda şart gerçekleşmedikçe tapu siciline tescil yapılamayacağı belirtilmiş olsa da yukarıda da bahsettiğimiz gibi önalım hakkının kullanılabilmesi için sözleşmenin kurulmuş olması yeterlidir.

TBK m.241/2’de yer alan hükme göre; “*Önalım hakkı kullanıldıktan sonra satış sözleşmesi ortadan kaldırılırsa ya da alıcının şahsından kaynaklanan sebeplerle onaylanmazsa, bu durum önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülemez.*” Burada kanun koyucu, önalım hakkını kullanma girişimini öğrenen önalım hakkı konusu taşınmazın alıcısı ve satıcısının, kurulan satış sözleşmesini ortadan kaldırıp önalım hakkının kullanılmasını önlemelerini engellemek istemiştir¹³⁷.

b. İhtiyari Artırma İle Satış

Artırma ile satış; cebri artırma, ihtiyari açık artırma ve ihtiyari özel artırma olmak üzere üç türe ayrılır. Cebri artırma durumunda önalım hakkının kullanılamayacağı kanunda açıkça belirtilmiştir¹³⁸.

İhtiyari açık artırma, satıcının rızası ile belirsiz bir kişi çevresinde duyurulan ve herkesin katılabildiği, pey sürebildiği ihtiyari artırma türüdür. Satış sözleşmesi, açık artırmayı yöneten kişinin, en yüksek bedeli öneren kişiye ihale etmesiyle kurulmuş olur. Taşınmazların açık artırmayla satışı halinde mülkiyetin devri ihale ile değil, ancak tapuya tescille gerçekleşir¹³⁹.

¹³⁵ TBK m.243/1: “*Bir taşınmazın koşula bağlı satışında, koşul gerçekleşmedikçe tapu siciline tescil yapılamaz.*”

¹³⁶ Gümüş, a.g.e.,s.170.

¹³⁷ Gümüş, a.g.e., s.126.

¹³⁸ TBK m.240/2: “*Taşınmazın, mirasın paylaşımında mirasçılardan birine özgülenmesi, cebri artırma yoluyla satışı ve kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi ve bunlara benzer amaçlarla edinilmesi hâllerinde önalım hakkı kullanılamaz.*”

¹³⁹ YHGK, 6-278/270, 21.3.2001 T.: “*Taşınmaz malların, ihtiyari açık artırma usulü ile satımında; mülkiyet ihale ile değil, ancak tapuya tescille geçer. Bu durumda tescil, artırma memurunun satıma dayanak olan "satım zabıtnamesini (tutanağını)" Tapu Sicil Müdürlüğüne göndermesi üzerine yapılır.*”(Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi:19.06.2019).

Yukarıda da belirttiğimiz gibi belli bir ücret karşılığında mülkiyeti devir borcu doğuran, iradi ve sağlam akitler önalım olayı olarak değerlendirildiğinden ve ihtiyari açık artırma yoluyla geçerli bir şekilde kurulan satış sözleşmeleri de bu şartları sağladığından ihtiyari artırma ile yapılan satışlar da önalım hakkının kullanılmasına olanak sağlar¹⁴⁰. Bu durum Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları'nda da kabul edilmiştir¹⁴¹. Satış sözleşmesi, TBK m.275 hükmünce artırmayı yönetenin en yüksek bedeli öneren kişiye ihale etmesiyle kurulmuş olacağından, önalım hakkının kullanılması için ihalenin yapılması yeterlidir¹⁴². Önalım hakkı sahibi, hakkını sözleşmenin kurulmasından sonra ve tescilin yapılmasından önce kullanacak olursa muhatabı önalım hakkının konusu olan malı satan önalım borçlusu olacaktır¹⁴³.

İhtiyari özel artırma ile satış ise öncesinde genel bir ilan yapılmayan, sadece belirli kişilerin katılabildiği ihtiyari artırma türüdür¹⁴⁴. İhtiyari özel artırma ile yapılan satışların da önalım olayını oluşturduğu kabul edilmektedir¹⁴⁵. İhtiyari açık artırmanın aksine ihtiyari özel arttırma ile satışta, satış sözleşmesinin ne zaman kurulmuş sayılacağına ilişkin Kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. *Feyzioğlu*'na göre, taşınmaz satışına ilişkin ihtiyari özel arttırmalarda, ihalenin yapılması sözleşmenin kurulması için yeterli değildir. Yazar bu görüşüne dayanak olarak, ihtiyari özel arttırmalar belli kişiler arasında yapıldığından aleniyetin sağladığı güvenin burada oluşmayacağını, bu sebeple önalım olayının resmi senedin düzenlenmesi ile gerçekleşeceğini belirtmektedir¹⁴⁶. Yine TBK m.279/4'deki, *"İsteğe bağlı özel arttırmalarda mülkiyetin geçmesi genel hükümlere tabidir."* hükmüne dayanılarak ihtiyari özel artırma ile satışta sözleşmenin kurulmasının,

¹⁴⁰ Feyzioğlu, a.g.e., s. 238; Şıpka, a.g.e., s. 81.

¹⁴¹ 29.11.1939 T. ve 57/17 sayılı YİBK.; ayrıca 9.3.1955 T. ve 27/3 sayılı YİBK (Esener, Güven, a.g.e., s.247).

¹⁴² Feyzioğlu, a.g.e., s. 239; Şıpka, a.g.e., s. 81.

¹⁴³ Feyzioğlu, a.g.e., s. 239; Şıpka, a.g.e., s. 81; Ersin Cığırım, **Türk Medeni Hukukunda Kanuni Önalım Hakkı**, İstanbul, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2001, s.102.

¹⁴⁴ Gümüş, a.g.e., s.229.

¹⁴⁵ Eren, a.g.m., s.113.

¹⁴⁶ Feyzioğlu, a.g.e., s.239.

artırma yöneticisinin ihale kararıyla olmayacağı, en yüksek pey süren ile satıcı arasında resmi bir senet düzenlenmesi yoluyla gerçekleştirileceği belirtilmektedir¹⁴⁷.

Önalım hakkına konu mal veya payın ihtiyari artırma ile satışı durumunda önemli bir diğer husus da önalım hakkının kullanılması için sürenin ne zaman başlayacağıdır. Kural olarak, önalım hakkının, satışın hak sahibine bildirilmesinden itibaren 3 ay içinde kullanılması gerekir. Aksi halde o satış açısından önalım hakkı düşecektir. Eski TMK döneminde önalım hakkı açısından hak düşürücü sürenin satışın öğrenilmesiyle başlayacağı düzenlenmişti. İhtiyari artırmayla satışta bu hak düşürücü sürenin ihalenin öğrenilmesi ile mi yoksa satışın öğrenilmesi ile mi başlayacağı hususu tartışmalıydı¹⁴⁸. 4721 sayılı TMK’da ise hak düşürücü sürenin, satışın önalım hakkı sahibine noter yoluyla bildirilmesiyle başlayacağı hüküm altına alındığından bu tartışma ortadan kalkmıştır.

9.3.1955 tarihli ve 27/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı’nda, önalım hakkı sahibi paydaşın payın ihtiyari açık artırma ile satışına katılıp bir müddet sonra pey sürmeyi bırakmasının önalım hakkından feragat anlamına gelmediği belirtilmiştir¹⁴⁹. Hatta paydaşın bu ihtiyari açık arttırmaya hiç katılmamasına rağmen önalım hakkını kullanması mümkündür. Kaldı ki, TMK m.733/2’de, önalım hakkından feragat için resmi şekil, belirli bir satışta önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme için de yazılı şekil zorunluluğu getirildiğinden, bu tarz durumların feragat anlamına gelemeyeceği açıktır.

¹⁴⁷ Gümüş, a.g.e., s.232.

¹⁴⁸ Akalp Demirtabak, a.g.e., s.71, dn.147.

¹⁴⁹ “Bir gayrimenkulün şayi hissesinin aleni müzayede ile satılığa çıkarılması halinde, şayi hissedarlardan her birinin müzayedeye iştirak ederek satılığa arz edilen hisseyi satın almak hakkını haiz bulundukları gibi bu yola başvurmıyarak müzayededen satın alan üçüncü şahsa karşı şuf’a hakkını kullanmak suretiyle de o hisseyi elde etmek salâhiyetini haizdirler Hissedarın müzayedeye iştirak etmesi, şuf’a hakkını kullanması demek olmayıp bilâkis satılığa arz edilen hisseyi müzayedede neticesinde taayyün edecek bedelle satın almak istemesidir Muayyen bir hadden sonra hissedarın müzayededen çekilmesi de şuf’a hakkının istimalinden feragat olmayıp fiyatı daha fazla yükseltmemek, müzayedede neticesini beklemek hususundaki kasdı ifade eder Müzayededen çekilen hissedarın bu yoldaki irade tezahüründe şuf’a hakkından feragat kasdının da mündemiç olduğu mânası çıkarılamaz“ RG:18.5.1955; Ayan, a.g.m., s.345.

c. İfa Yerini Tutan Eda ve İfaya Yönelik Eda

Sözleşmenin ifası sırasında taraflar sözleşmede kararlaştırdıkları edim yerine başka bir şeyle borcun ifasına karar verebilirler. Böyle bir durumda, ifa yerini tutan eda söz konusu olur¹⁵⁰. İfa yerini tutan edanın yerine getirilmesiyle sözleşme konusu borç ifa edilmiş sayılır.

İfa yerini tutan eda olarak bir taşınmazın devri de kararlaştırılabilir. Önalım hakkının konusu olan bir taşınmazın, ifa yerini tutan eda olarak devri durumunda da önalım hakkı kullanılabilir¹⁵¹. Önalım hakkı, taşınmazın bir para borcunu ödemek için ifa yerini tutan eda olarak devri halinde kullanılabilir¹⁵² ve bu halde önalım hakkı sahibinin ödeyeceği bedel bu para borcu kadar olmalıdır.

İfaya yönelik edada ise borçlu, alacaklıya sözleşmede belirlenen edimden başka bir şey vererek alacaklının bu şeyi paraya çevirmesiyle borcundan kurtulmaktadır¹⁵³. Yani ifaya yönelik edada, borçlanılan şey yerine verilen şeyin paraya çevrilip alacağın bu paranın içinden tahsil edilmesiyle borç sona erer¹⁵⁴.

İfaya yönelik eda olarak, önalım hakkının konusu olan taşınmazın verilmesi durumunda da önalım hakkının kullanımı söz konusu olur¹⁵⁵. Burada önalım olayının doğduğu an, ifaya yönelik olarak taşınmazın alacaklıya devredildiği andır. Bu sebeple önalım hakkını kullanmak için alacaklının bu taşınmazı alacağını tahsil etmek amacıyla satmasını beklemeye gerek yoktur.

d. Taşınmazın Tamamı Üzerinde Üst Hakkı Tanınması

Üst hakkı, mülkiyeti başkasına ait bir taşınmazın altında veya üstünde yapı inşa edip bu yapıya malik olma yetkisi veren sınırlı ayni haklardan biridir. Üst hakkı, üzerine kurulu olduğu taşınmazın mülkiyetini ve bu taşınmaz hakkında tasarrufta bulunma yetkisi vermeyen ancak bu taşınmaz üzerinde yer alan yapının maliki olma yetkisini veren bir haktır. Dolayısı ile bir taşınmaz üzerine üst hakkı kurulması,

¹⁵⁰ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.281; Kılıçoğlu, a.g.e., s.616.

¹⁵¹ Tekinay, a.g.e., s.22; Hayoz, a.g.e., s.282; Eren, a.g.m., s.114; Yücel, a.g.e., s.65.

¹⁵² Tekinay, a.g.e., s.22.

¹⁵³ Oğuzman, Öz, a.g.e., a.283.

¹⁵⁴ Kılıçoğlu, a.g.e., s.617.

¹⁵⁵ Tekinay, a.g.e., s.22; Kutlu, a.g.e., s.64; Yücel, a.g.e., s.65.

esasen satış ilişkisi doğurmamaktadır. Ancak bu hakkın uzun süreli olarak kurulması durumunda satış ilişkisine benzer bir durum ortaya çıkmakta ve hatta bazen sırf önalım hakkının kullanılmasını önleme amacıyla satış yapmak yerine taşınmaz üzerinde üst hakkı tanıma yoluna gidilmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin böyle durumlarda önalım hakkının kullanılabileceğine ilişkin kararları mevcuttur¹⁵⁶.

TBK m.241'in gerekçesinde açıkça belirtildiği üzere, taşınmazın tamamı üzerinde kurulan üst hakkı satışa eşdeğer işlem olarak kabul edilmektedir¹⁵⁷. Bu ifadeden taşınmazın tamamı üzerinde tanınan herhangi bir üst hakkının önalım olayını oluşturacağı anlaşıyor olsa da kanımızca dürüstlüğe aykırı bir şekilde önalım hakkının kullanımını engellemek amacıyla sürekli nitelikte bir üst hakkı kurulmasının satışa eşdeğer nitelikte olduğu kabul edilmelidir.

TMK m.826/3'e göre en az otuz yıl süreli olarak kurulan üst hakkı, sürekli niteliktedir. Bu sebeple satış değerine yakın bir bedel karşılığında otuz yıl ve üzeri bir süre için tanınan üst hakkının ekonomik anlamda satışa eşdeğer bir işlem olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Bunun yanında tarafların asıl gayesinin satış sözleşmesi yapmak olduğu, fakat önalım hakkının kullanılmasını engellemek amacıyla görünürde önalım olayını oluşturmayacak bir işlem olarak göstermeleri durumunda, nispi muvazaanın söz konusu olacağı ve bu durumda da önalım hakkının kullanılması gerektiğine dair Yargıtay kararları mevcuttur¹⁵⁸. Bu sebeple önalım hakkının kullanılmasını önleme amaçlı olarak satış sözleşmesi yapmak yerine üst hakkı tanınması durumunda da önalım hakkı kullanılabilmelidir.

3. Önalım Olayının Bildirilmesi

Hem TBK m.241/1 hükmü hem de TMK m.733/3 hükmü, önalım olayını oluşturan satışın, önalım hakkı sahiplerine noter aracılığıyla bildirilmesini hükmetmektedir. Bu hükmün getirilmesinde amaç, satıştan haberdar olunmadığı

¹⁵⁶ Kırkbeşoğlu, a.g.e., s.41.

¹⁵⁷ Avcı Braun, a.g.e., s.1458.

¹⁵⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda, s.82.

yönündeki iddialarla önalım hakkının çok uzun zaman sonra kullanılmasının önüne geçmektir¹⁵⁹.

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki bildirim yapılması, önalım hakkının kullanılması için bir şart değildir. Yani önalım hakkı sahibi, satışı başka bir yolla öğrenmiş olsa da kendisine bildirim yapılmasını beklemezsizin hakkını kullanabilir¹⁶⁰.

Önalım hakkının kullanılması için hak düşürücü süre olan üç aylık sürenin başlangıcı, bu bildirim yapıldığı tarihtir. Bu sebeple satışın bildirilmesi büyük önem arz etmektedir. Eski Medeni Kanunda önalım hakkının, önalım olayının bildirildiği tarihten değil öğrenildiği tarihten itibaren bir ay içerisinde kullanılması gerektiği düzenlenmişti. Önalım olayının öğrenildiği tarihin tespiti oldukça zor olduğundan yeni düzenleme, önalım hakkının kötüye kullanılmasından doğan haksızlıkları önleme amacı taşımaktadır.

Ayrıca, yine her iki hükümde de, önalım hakkı sahiplerine satışı bildirme yükümlülüğü, hem satıcıya hem de alıcıya yüklenmiştir. Bunun yanında TMK m.1019/1'da yer alan *"Tapu memuru, ilgililerin bilgisi dışında yaptığı işlemleri onlara tebliğ etmekle yükümlüdür."* hükmü gereğince, tapu memurunun da -özellikle yasal önalım hakkı açısından- önalım olayını, önalım hakkı sahiplerine bildirme yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir¹⁶¹. Tapu memurunun bildirim yapmaması sebebiyle doğan zarardan dolayı TMK m.1007 uyarınca Devletin sorumluluğuna gidilebilecektir¹⁶². Uygulamada herhangi bir yaptırımla karşılaşmadığından, tapu memurları genellikle bu yükümlülüklerini yerine getirmemektedir. Kanunda bildirim açıkça alıcı veya satıcı tarafından yapılması gerektiği belirtildiğinden, tapu memurunun satışı bildirme yükümlülüğü bulunmadığı yönündeki görüşün¹⁶³ yanı sıra tapu memurunun TMK m.1019'a uyarak önalım olayını oluşturan işlemi, hak

¹⁵⁹ Şıpka, a.g.e., s.134; Kırca, a.g.m., s.1189; TMK m.733'ün gerekçesinde, *"uygulamada en büyük sıkıntıya neden olan, "önalım hakkı sahibinin, satıştan haberdar olmadığı iddiasıyla bu hakları kullanılabileceği üst süre olan 10 yılın bitimine kadar" bu hakkını kullanmasının önlenmesi amaçlanmıştır."* denilmektedir.

¹⁶⁰ Ayan, a.g.e., s.406; Sirmen, a.g.e., s.415.

¹⁶¹ Şıpka, a.g.e., s.138; Aydoğdu, a.g.e., s.70; Sirmen, a.g.e., s.415; Aksi yönde: Mert Yaşar, "Yeni Medeni Kanunda Önalım Hakkına İlişkin Değişiklikler", **Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.2, 2002, s.428.

¹⁶² Sirmen, a.g.e., s.415.

¹⁶³ Yaşar, a.g.m., s.428.

sahiplerine bildirmesinin üç aylık hak düşürücü süreyi başlatmayacağı yönünde bir görüş de mevcuttur¹⁶⁴.

Uygulamada, ne alıcının ne de satıcının, önalım olayını, önalım hakkı sahibine bildirmesi sık karşılaşılan bir durum değildir. Satıcı taşınmazın mülkiyetini devredip karşılığını aldıktan sonra, noter vasıtasıyla bildirim yaparak bir masraf altına girmek istemediğinden; alıcı da belli bir miktar para bağlayarak iktisap ettiği taşınmazı kaybetmek istemediğinden böyle bir zahmete girmemektedir¹⁶⁵.

Kanunda bildirimin ne zaman yapılacağına dair bir hüküm yer almamaktadır. Kanun, sadece bildirimin satıcı ya da alıcı tarafından noter aracılığıyla yapılması gerektiğini düzenleyip bildirim zamanını alıcı ve satıcının kararına bırakmıştır¹⁶⁶. Alıcı, bildirim en kısa sürede yaparak üç aylık hak düşürücü süreyi başlatacak ve önalım hakkının kullanılıp kullanılmayacağı yönündeki belirsizliği kısa bir süre içinde kaldıracaktır¹⁶⁷. Bu bakımdan, bildirimin erken yapılması, alıcının yani yeni malikin de istemesi gereken bir durumdur.

Noter aracılığı ile yapılacak bildirimle sadece satışın gerçekleştiğini değil içeriğinin de bildirilmesi gerektiği TMK m.241/1'de belirtilmiştir. Fakat içerikten kastın ne olduğu açıkça belirtilmemiştir. Önalım hakkının kullanılması sonucunda, önalım olayını oluşturan satım sözleşmesinin şartlarıyla taşınmazın önalım hakkı sahibine satışı gerçekleşeceğinden, bildirimde önalım olayını oluşturan satışın esaslı unsurları belirtilmelidir¹⁶⁸ ki hak sahibi hakkını kullandığında nasıl bir satış ilişkisi içine gireceğini bilsin¹⁶⁹. Bu doğrultuda bildirilmesi gereken hususların, sözleşmenin konusu, tarafları, bedeli, satış tarihi, ödeme şartları ve diğer esaslı sayılabilecek unsurlar olduğunu söylemek mümkündür¹⁷⁰. Böyle bir bildirim, önalım hakkı sahibinin hakkı kullanıp kullanmayacağına karar vermesini kolaylaştıracaktır. Bu

¹⁶⁴Eren, a.g.m., s.122; Tapu memurunun bildirim yükümlülüğünün uygulamaya geçirilmesi durumunda sürenin bu bildirimle başlayacağı yönünde: Cigirim, a.g.e, 65; Beleş, a.g.e., s.57.

¹⁶⁵ Avcı Braun, a.g.e., s.1468.

¹⁶⁶ Yıldız, a.g.e., s.35; Kutlu, a.g.e., s.80.

¹⁶⁷ Kılıçoğlu M., a.g.e., 353.

¹⁶⁸ Gümüş, a.g.e., s.125.

¹⁶⁹ Avcı Braun, a.g.e., s.1468.

¹⁷⁰ Aral, Ayrancı, a.g.e., s.210; Kayaöz, a.g.e., s.100.

esaslı noktalar belirtilmeden yapılan bir bildirim, üç aylık hak düşürücü süreyi başlatmayacaktır¹⁷¹.

Kanunda bildirimin yapılmaması halinde, yaptırımın ne olacağı düzenlenmemiştir. Fakat doktrinde önalım olayının zamanında bildirilmemesi ya da hiç bildirilmemesi sebebiyle, önalım hakkı sahibinin, iki yıllık üst süre içerisinde önalım hakkını kullanamaması durumunda uğrayacağı zararlardan alıcı ve satıcının sorumlu olacağı belirtilmektedir¹⁷².

Sözleşmesel önalım hakkı bakımından satıcının bildirim borcu akdi bir borçtur ve buna aykırı davranışı akdi sorumluluk çerçevesinde tazminata sebep olacaktır¹⁷³. Alıcının bildirim borcu ise yasal bir borç olup bu borca aykırılık halinde akdi sorumluluk kıyasen uygulanacaktır¹⁷⁴.

Yasal önalım hakkı sözleşmesel önalım hakkının aksine bir sözleşmeden doğmadığı, kanundan doğduğu için yasal önalım hakkı açısından bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen alıcı ve satıcı kanundan doğan bir yükümlülüklerini yerine getirmemiş sayılacak ve kanundan doğan borca aykırılık söz konusu olacaktır. Bu durumda da TBK m.112 uyarınca borca aykırılık sebebiyle zararın tazmin edilmesi gerekecektir. TBK m.112'ye göre borca aykırı davranan kişinin tazminat yükümlülüğünden kurtulması için kusursuz olduğunu ispatlaması gerekir. Yani tazminat talebinde bulunan önalım hakkı sahibinin karşısında bildirimde bulunmayan alıcı ve satıcı kendilerine kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe bu yükümlülükten kurtulamayacaktır.

Yasal önalım hakkı bakımından, bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemenin, önalım hakkı sahibinin uğradığı zararı tazmin etmesi gereğinin bir dayanağı da haksız fiil sorumluluğu olabilir¹⁷⁵. Zira bu yükümlülüğe uymayan yükümlüler, kusurlu hareketleriyle önalım hakkı sahibinin zarara uğramasına sebep

¹⁷¹ Aral, Ayrancı, a.g.e., s.210.

¹⁷² Feyzioğlu, a.g.e., s. 206; Tekinay, a.g.e., s. 28; Kırca, a.g.e., s. 1190; Şıpka, a.g.e., s. 138; Yaşar, a.g.m., s. 430; Tülay Aydın Ünver, "Yasal Önalım Hakkında Önalım Olayının Bildirilmesi", **Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan**, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2016, s.852.

¹⁷³ Gümüş, a.g.m., s.445; Avcı Braun, a.g.e., s.1469; Şıpka, a.g.e., s. 137, dn. 85.

¹⁷⁴ TMK m. 5 hükmüne TMK ve TBK'da yer alan genel nitelikli hükümler, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanacaktır.

¹⁷⁵ Kutlu, a.g.e.,s.82.

olmuşlardır. Haksız fiil sorumluluğunun şartları olan; haksız fiil, zarar ve illiyet bağının böyle bir durumda gerçekleştiği söylenebilir. Ancak TBK m.50'ye göre zarara uğrayan uğradığı zararı ve zarar verenin kusurunu ispat etmek zorunda olduğundan, önalım hakkı sahibinin borca aykırılığa dayanarak tazminat talep etmesi daha lehine olacaktır. Yasal önalım hakkındaki bildirim yükümlülüğüne ilişkin bu açıklamalar, sözleşmesel önalımda alıcının bildirim yükümlülüğü açısından da geçerli olacaktır. Zira önalım hakkı sahibi ile alıcı arasında bir sözleşme bulunmadığından sözleşmeye aykırılık söz konusu olmayacaktır.

Bu konuya ilişkin olarak doktrinde tartışmalı olan hususlardan biri de üç aylık hak düşürücü sürenin satışın başka yolla öğrenilmesi ile başlayıp başlamayacağıdır. Yargıtay kararları, noter aracılığıyla bildirim yapılmadığı sürece önalım hakkı sahibi satımı herhangi bir şekilde öğrenmiş olsa da üç aylık hak düşürücü sürenin işlemeye başlamayacağı yönündedir¹⁷⁶.

Doktrinde, Yargıtay uygulamaları yönünde görüşler¹⁷⁷ olmasının yanı sıra önalım hakkı sahibinin satışı başka bir yolla öğrenmesinin de üç aylık hak düşürücü süreyi başlatacağını düşünen yazarlar¹⁷⁸ da mevcuttur. Bildirimin herhangi bir şekilde yapılmasının, sürenin başlaması için yeterli olacağı görüşünü savunanlar, gerekçe olarak TMK m.2 hükmünü göstermektedir. Bildirimin amacı, önalım hakkı

¹⁷⁶ "... yasal önalım hakkının kullanılması için gerekli sürenin başlaması konusunda bu yasal değişiklikten sonra geçerli olan kural; "öğrenme" olgusu değil "bildirim" olgusunun söz konusu olmasıdır. Bu bildirim de herhangi bir bildirim değil, noter vasıtasıyla yapılacak bildirimdir. Madde metninde "bildirilir" şeklinde kullanılan ifade kesinlik taşıdığı gibi, sürenin "bildirimden" başlayacağı da devamı fıkra da açıkça ve kesin olarak ifade edilmiştir. Bu açık düzenleme karşısında süre mutlaka bildirimden itibaren başlayacağından bildirim yapılmamışsa hak sahibinin satışı öğrendiği ileri sürülerek hak düşürücü sürenin başlatılması ve hak düşümü sonucunu doğurması olanaklı değildir." YHGK E. 2005/6-358, K. 2005/470, T. 21.9.2005; Aynı yönde bkz: "yasal önalım hakkının kullanılması için öngörülen üç aylık hak düşürücü süre, satışın, önalım hakkı sahibine alıcı veya satıcı tarafından noter aracılığıyla bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Onalım hakkı sahibinin satışı kesin olarak başka bir şekilde öğrenmiş olması sürenin işlemesine yol açmaz." YHGK E. 2005/6-230, K. 2005/244, T.13.4.2005; Yargıtay 14. HD E. 2016/8306 K. 2019/1429 T. 19.2.2019; Y. 14. HD.,T.28.05.2014,5988/7042; "Muhatabına tebliğ edilemeyen ihtarname hukuki sonuç doğurmayacağı gibi yasada bildirimin noter aracılığı ile yapılacağının düzenlenmesi karşısında davalı tarafından gazete ilanı ile yapılan bildirim Türk Medeni Kanunu'nun 733 / 3 maddesi hükmü gereğince üç aylık hak düşürücü süreyi başlatmaz." Yargıtay 6. HD E. 2009/7141, K. 2009/10701, T. 8.12.2009. (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi:03.06.2019).

¹⁷⁷ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, a.g.e., s.561; Aral, Ayrancı, a.g.e., s.210; Eren, a.g.m., s.121

¹⁷⁸ Abdülkadir Arpacı, "Eşya Hukukumuzda Yeni Medeni Kanun ile Yapılan Değişikliklerden Bazılarına Kısa Bir Bakış", **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s.104; Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s.73-74.

sahibinin önalım olayını öğrenmesini sağlamak olduğundan, hak sahibinin önalım olayını öğrenmesinin süreyi başlatması gerektiği belirtilmektedir.

Bunun yanında sürenin, satışın noter yoluyla bildirilmesi suretiyle başlayacağını kabul etmesine rağmen bu durumun önalım hakkı sahibince kötüye kullanılabileceğini belirten yazarlar da mevcuttur¹⁷⁹. Çünkü önalım hakkı sahibi satışı öğrenmesine rağmen kendisine noter aracılığıyla bir bildirim yapılmadığına dayanarak uzun süre sonra hakkını kullanmaya kalkışabilecektir.

Eksik yapılan, noter vasıtasıyla yapılmayan bir bildirim ya da önalım hakkı sahibinin haricen satışı öğrenmesi her ne kadar üç aylık hak düşürücü süreyi başlatmasa da iki yıllık süre içerisinde önalım hakkı sahibinin, hakkını kullanmaması ortak kusur olarak kabul edilir ve hak sahibi yukarıda bahsettiğimiz tazminat talebinde bulunamaz¹⁸⁰.

Sözleşmeden doğan önalım hakkında, sözleşmede bildirimin noter aracılığıyla yapılması zorunluluğunun kaldırılabilmesi yönündeki görüşe¹⁸¹ göre TBK m. 241/1 hükmü kısmi emredici nitelikte olduğundan aksi kararlaştırılabilecektir¹⁸².

Kanaatimizce mehzaz düzenlemede üç aylık hak düşürücü sürenin noter bildirim ile başlayacağı açıktır. Kanundaki açık ifadelere rağmen satışın herhangi bir yolla öğrenilmesinin üç aylık hak düşürücü süreyi başlatacağı görüşünün yerinde olmadığı fikrinde olsak da Kanun hükmünün bu halinin bazı durumlarda zorluklara sebep olduğu fikrindeyiz. Zira önalım hakkı sahibinin satışı öğrendiğinin çok açık olduğu ya da ikrar ettiği durumlarda veyahut öğrenmenin açıkça ispatlanabildiği durumlarda, noter yoluyla bildirimin aranmasına gerek olmadığı sonucunu doğuracak bir kanun hükmü düzenlenmesinin daha yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

¹⁷⁹ Yaşar, a.g.e., s.148.

¹⁸⁰ Avcı Braun, a.g.e., s.1469; Gümüş, a.g.m., s.445.

¹⁸¹ Gümüş, a.g.e., s.125; Avcı Braun, a.g.e., s.1468.

¹⁸² Aksi yönde: Y. 6. HD, E. 2003/7115, K. 2003/7099, T. 13.10.2003: “MK. 733. maddesi hükmüne göre paylı mülkiyette yapılan satışın alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığı ile bildirilmesi gerekir. Kanunun bu hükmü emredici niteliktedir.”(Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi:03.06.2019).

B. Önalım Hakkının Süresi İçinde Kullanılması

1. Genel Olarak

TMK m.733/4' de önalım hakkının, satışın hak sahibine bildirildiği tarihten itibaren üç ay içinde ve her hâlde satıştan sonraki iki yıl içinde kullanılmaması durumunda düşeceği belirtilmiştir. TBK 242'de de aynı süreler içinde dava açılması gerektiği düzenlenmiştir.

Önalım hakkı yenilik doğuran haklardan olduğundan burada belirtilen süreler de hak düşürücü sürelerdir¹⁸³. Doktrinde üç aylık sürenin asgari (nispi) hak düşürücü süre, iki yıllık sürenin ise azami (mutlak) hak düşürücü süre olduğu kabul edilmektedir¹⁸⁴.

Davalının hak düşürücü sürenin geçtiğine ilişkin savunması, def'i niteliğinde olmayıp itiraz niteliğindedir¹⁸⁵. Bu sebeple bu itiraz, taraflarca ileri sürülebilecek olmasının yanında, taraflarca ileri sürülmemiş olsa bile dava dosyasından anlaşılması durumunda hâkim tarafından re'sen dikkate alınabilecektir¹⁸⁶. Bu husus hâkim tarafından re'sen dikkate alınıyor olsa bile ispatı taraflara aittir¹⁸⁷. Bu sürelerin geçtiğini, bunu iddia eden yani davalı ispatlamalıdır¹⁸⁸. İspatı her türlü delille yapması mümkündür¹⁸⁹.

¹⁸³ Eren, a.g.e., s.213; Sirmen, a.g.e., s.414 ve 423; Aybay, Hatemi, s.197; Y.14.HD E.2014/5988, K. 2014/7042,T. 28.5.2014: “Önalım hakkı satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her halde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer(TMK m. 733/4). Bu süre hak düşürücü süre olup mahkemece kendiliğinden göz önünde bulundurulması gerekir.” (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi:03.06.2019).

¹⁸⁴ Kırca, a.g.m., s.1191; Eren, a.g.e., s.213.

¹⁸⁵ Baki Kuru, **İstinaf Sitemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku**, İstanbul, Legal Yayınevi, 2016, s.251.

¹⁸⁶ Mine Akkan vd., **Pekcanitez Usul - Medenî Usûl Hukuku**, C.2, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.1209; Kuru, a.g.e., s.251; İsmail Ercan, **Avukatlar ve Hakimler İçin Medeni Usul Hukuku**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 15. Baskı, 2015, s. 312.

¹⁸⁷ Akkan vd., a.g.e., s.1209.

¹⁸⁸ Tekinay, a.g.e., s.62; Ayan, a.g.e., s.406.

¹⁸⁹ Y.6.HD., E. 1986/8089, K. 1986/9964,T. 18.9.1986: “Davalı hak düşürücü süre geçirildiği savunmasında bulunmuşsa bunu isbat etmesi gerekir. Bu konuda tanık dahi her türlü delil ikamesi mümkündür.” (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 22.06.2019).

2. Üç Aylık Hak Düşürücü Süre

TMK m.733/4 ve TBK m.242’de düzenlenen üç aylık hak düşürücü süre, satış ya da ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemin, önalım hakkı sahibine tebliğ edilmesiyle, tebliğ tarihini izleyen günden itibaren işlemeye başlayacaktır¹⁹⁰. Sürenin başlaması için bildirimin usulüne uygun yapılmış olması gerekir. Bildirim öncelikle noter vasıtasıyla yapılmış olmalıdır. Bunun yanında bildirimde satış sözleşmesinin içeriği de yer almalıdır. Aksi halde bildirim yapılmamış sayılır ve hak düşürücü süre işlemeye başlamaz¹⁹¹. İki yıllık azami süre ise satım tarihinde başlar.

Yasal önalım hakkında, önalım hakkı sahibi birden fazla paydaş olması durumunda, üç aylık hak düşürücü süre her paydaş açısından ayrı işleyecektir. Yani her paydaşa farklı tarihte bildirim yapıldıysa, her paydaş için süre kendisine bildirim yapıldığı zaman başlayacaktır¹⁹². Bunun yanında diğer paylardan herhangi biri üzerinde elbirliği mülkiyeti olması durumunda süre elbirliği mülkiyetindeki paydaşların hepsine bildirimin yapılmasıyla yani en son ortağa yapılan bildirim ile başlayacaktır¹⁹³.

Yine yasal önalım hakkında, üç aylık süre dolmadan ya da dolduktan sonra payın yeni malik tarafından bir başkasına satılması halinde, diğer paydaşlar bu malike karşı önalım haklarını kullanabileceklerdir¹⁹⁴. İkinci bir satış yapılması halinde süreç baştan başlayacak ve bu satışın da diğer paydaşlara bildirilmesi gerekecek ve bu satış açısından hak düşürücü süre yine bildirimle başlayacaktır. Burada önem arz eden nokta, ilk satışta üç aylık süresi içinde önalım hakkının kullanılmamasının sadece o satış açısından önalım hakkını düşürmeye sebep olması ve sonraki satışları etkilememesidir¹⁹⁵.

¹⁹⁰ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, a.g.e., s.561; Aral, Ayrancı, a.g.e., s.211.

¹⁹¹ Bu yönde bkz: YHGK, 3.3.1982 T. 1981/6-548 E. ve 1982/193 K.: “Ancak hakkın düşebilmesi için önalım hakkı sahibinin satışı ve özellikle onun esaslı koşullarını -satışın konusunu, bedelini, ödeme koşullarını ve alıcıyı- öğrenmesine karşın, bu hakkın bir aylık süre içinde kullanılmadığı ya da davanın süresinde açılmadığı yönünü kanıtlama yükü alıcıya (davalıya) düşer.” (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 22.06.2019).

¹⁹² Eren, a.g.m., s.122; Kırkbeşoğlu, a.g.e., s.71.

¹⁹³ Soysal Özenli, **Uygulamada Önalım (Şu’fa Davaları)**, Ankara, Kazancı Hukuk Yayınları, 1990, s. 61; Müslim Tunaboğlu, **Önalım Davaları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, 2013, s. 108; Akalp Demirtabak, a.g.e., s.90.

¹⁹⁴ Kırkbeşoğlu, a.g.e., s.71.

¹⁹⁵ Eren, a.g.m., s.122.

3. İki Yıllık Hak Düşürücü Süre

TMK m.733/4 hükmünde iki yıllık sürenin satışın yapılmasından itibaren başlayacağı düzenlenmiştir. Her ne kadar kanun lafzında sadece satış kelimesi kullanılmış olsa da, yasal önalım hakkı için de iki yıllık hak düşürücü süre, sözleşmesel önalım hakkının kullanılmasını düzenleyen TBK m.242 hükmünde olduğu gibi satış ya da ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemin yapılmasından itibaren başlar.

Eski MK'da böyle bir azami süre öngörülmemiştir. Yargıtay verdiği bir İçtihadı Birleştirme Kararında, sözleşmeden doğan önalım hakkının şerh süresi olan on yıllık süreyi, yasal önalım hakkı için de hakkın kullanılması için azami süre olarak kabul etmişti¹⁹⁶. Bu durum, on yıl gibi uzun bir süre boyunca önalım hakkının kullanılması ihtimaliyle yaşamanın, alıcıyı olumsuz etkileyeceği yönüyle eleştirilmiş ve sürenin iki yıl olarak düzenlenmesinin yerinde bir düzenleme olduğu belirtilmiştir¹⁹⁷.

İsviçre Medeni Kanunu'nda bu sürenin başlaması için tescilin yapılması şartı aranmasına karşılık TMK m.733'ün lafzından sözleşmenin kurulmasıyla başladığı anlaşılmaktadır; ancak bu husus özellikle tescilsiz kazanım halleri açısından eleştirilebilir niteliktedir¹⁹⁸. Yargıtay bir kararında¹⁹⁹ sözleşmenin kurulması değil de tescilin gerektiği yönünde karar vermiş olsa da, önalım olayını meydana getiren sözleşmenin kurulmasının, sürenin başlaması için yeterli olacağını belirten yazarlar da bulunmaktadır²⁰⁰.

¹⁹⁶ YİBK,26.12.1951T., 1/6: "Netice; yukarda izah olunan sebeplere binaen; Medeni Kanunun 658 inci maddenin son fıkrasındaki bir aylık müddet gibi, 10 yıllık müddetin de kanuni şufaya tatbiki gerektiğine ve 10 yıllık müddetin kanuni şufaya tatbikında başlangıcın meşfuun satışı tarihi olması iktiza ettiğine..", (RG. 12.4.1952, 8084); Kırca, a.g.m., s.1196.

¹⁹⁷ Aydın Ünver, a.g.e., s.850; Burcuoğlu, a.g.m., s.181.

¹⁹⁸ Burcuoğlu, a.g.m., s.181.

¹⁹⁹ Y.14.HD. T.15.03.2016, E.2015/17608, K.2016/3269: "Ayrıca, TMK'nın 732.maddesi gereğince önalım hakkı payın satılması ile kullanılabilen bir hak olup bu hakkın kullanılabilmesi için satış sözleşmesinin kurulması yeterli değildir. Satış, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmesi ile geçerlilik ve aleniyet kazanır." (Lexpera, Erişim Tarihi: 05.06.2019).

²⁰⁰ Gümüş, a.g.e., s.127.

Bu sürenin başlaması ne noter aracılığıyla yapılan bildirimle ne de satışın öğrenilmiş olup olmamasına bağlı değildir²⁰¹. Satış önalım hakkı sahibine geç bildirilmiş olsa bile; örneğin iki yıllık üst sürenin bitimine üç aydan az bir zaman kala bildirilmiş olsa da önalım hakkı sahibi, hakkını, iki yıllık süre bitmeden kullanmalıdır²⁰². Yani bildirimin geç yapılmış olması, iki yıllık süreyi uzatmayacaktır.

Doktrinde iki yıllık sürenin başlangıcının satış sözleşmesinin kurulması olmasına ilişkin eleştiriler yer almaktadır. Bu görüşteki yazarlar²⁰³ İsviçre Medeni Kanunu'nda olduğu gibi bizim hukukumuzda da bu sürenin önalım olayını oluşturan ilişkinin kurulmasıyla değil, tescille başlaması gerektiğini savunmaktadır. Uygulamada satış sözleşmesinin kurulmasıyla tescil art arda gerçekleşiyor olsa da bu husus daha çok tescile gerek kalmaksızın mülkiyetin geçtiği durumlarda önem arz etmektedir. Özellikle taşınmaz satış vaadi sözleşmesine dayanarak açılan davalarda mülkiyet, mahkeme kararıyla geçtiğinden ve tescilin açıklayıcı bir rolü olduğundan mülkiyeti kazanan taraf tescil talebinde bulunmada gecikebilir hatta iradi olarak tescilden imtina edebilir. Bu ihtimalde önalım hakkı sahibinin taşınmazın mülkiyetinin devredildiğinden haberi olması oldukça güçtür. Bu sebeple iki yıllık hak düşürücü sürenin mahkeme kararıyla başlaması, önalım hakkı sahibi bakımından adaletsiz bir sonuca yol açacaktır. Ancak yürürlükteki düzenlemeye rağmen sürenin tescille başlayacağını söylemek de mümkün değildir.

Taşınmaz satış vaadinde söz konusu olan bu sorun, mülkiyetin mahkeme kararı ile tescilden önce geçtiği diğer bazı hallerde de söz konusu olacaktır. Örneğin, alım ya da gerialım haklarının kullanılması üzerine malikin mülkiyeti devir borcunu yerine getirmemesi durumunda, hak sahibinin TMK m.716'ya dayanarak açacağı dava sonucunda mülkiyetin devri kararı verilmesi durumunda da aynı sorun söz konusu olacaktır. Söz konusu sorunun çözümü ancak yeni bir mevzuat düzenlemesi ile mümkün olacaktır.

²⁰¹ Kırca, a.g.e., s. 1191.

²⁰² Kırkbeşoğlu, a.g.e., s. 71.

²⁰³ Aydın Ünver, a.g.e., s. 851; Burcuoğlu, a.g.m., s. 187.

Son olarak ele alacağımız bir eleştiri de iki yıllık azami sürenin getirilmesindeki amaca yöneliktir. Bu sürenin getirilme amacı, taşınmazı satın alan üçüncü kişinin uzun süre önalım hakkının kullanılması tehlikesi ile karşı karşıya kalmasını engellemek olarak kabul edilmektedir. Aynı zamanda önalım borçlusu malik ve alıcıya, bildirim yükümlülüğü getirilerek bildirimden itibaren üç ay içinde bu tehlikeden kurtulma imkânı da tanınmıştır. Böyle bir imkân varken ayrıca bir de azami bir süre koyularak, bildirim yapılmadığı takdirde ve önalım hakkı sahibinin satışı öğrenmediği durumda, iki yıllık sürenin geçmesiyle hakkın düşmesine sebep olacak bir düzenlemeye gidilmesinin yerinde olmadığı belirtilmektedir²⁰⁴.

C. Önalım Hakkının Dava Yoluyla Kullanılması

1. Dava Yoluyla Kullanılması Zorunluluğu

TMK m.734'te yasal önalım hakkının, TBK m.242'de ise sözleşmesel önalım hakkının ancak dava yoluyla kullanılabileceği düzenlenmiştir. Önceki mevzuatta yer almayan bu şart, önalım hakkının kullanılmasına yönelik tek taraflı bir beyanla istenilen sonuç elde edilemediği ve daima dava açılması gerektiği gerekçesiyle²⁰⁵ kanun hükmü haline getirilmiştir.

Ancak, bu durum, bir yenilik doğuran hak olan önalım hakkının tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılması gerektiği ve uygulamada genellikle dava yoluyla kullanılıyor olmasının, hak sahibinin dava açmaksızın bu hakkı kullanma imkânının elinden alınmasını haklı kılmayacağı gerekçeleri ile eleştirilmektedir²⁰⁶. Bunun yanında, bu zorunluluğun yargısal bürokrasiyi artıracığı da belirtilmektedir²⁰⁷. Hatta TBK'daki sözleşmesel önalım hakkını dava yoluyla kullanma zorunluluğuna ilişkin hükmün, emredici bir hüküm olmadığı ve tarafların adi yazılı bir sözleşmeyle bu zorunluluğu kaldırıp önalım hakkının tek taraflı irade beyanıyla kullanılmasına karar verebilecekleri yönünde bir görüş de mevcuttur²⁰⁸.

²⁰⁴ Kırca, a.g.m., s.1198.

²⁰⁵ TMK m. 242'nin gerekçesi.

²⁰⁶ Kırca; a.g.m., s.1199; Buz, a.g.e., s.159.

²⁰⁷ Eren, a.g.m., s.108.

²⁰⁸ Gümüş, a.g.m., s.450.

Tüm bu eleştirilerin yanında, kanundaki bu düzenlemenin yerinde bir düzenleme olduğu yönünde görüşler²⁰⁹ de vardır. *Burcuoğlu*, önceki kanun döneminde önalım hakkının bildirim yoluyla kullanılıp da sonuç alındığı neredeyse hiç örnek olmadığı, bu hakkı daima dava açarak kullanmak gerektiği; alım ve gerialım haklarının kullanımında yalnız iki tarafın -yani hakkı tanıyan ve hak sahibi- olmasına rağmen önalım hakkında üçüncü bir kişi olan yeni malikin de devreye girmesi sebepleriyle önalım hakkının dava yoluyla kullanılmasına yönelik düzenlemenin yerinde olduğunu savunmaktadır²¹⁰.

Yenilik doğuran haklar kural olarak tek taraflı varması gereken bir irade beyanıyla kullanılırlar²¹¹. Yani kural olarak dava yoluyla kullanılmaları gerekmez. İstisnai olarak, kanun koyucu, kamu yararı ya da tarafların ve ilgili üçüncü kişilerin hukuk güvenliklerinin sağlanması amacıyla bazı yenilik doğuran hakların dava yoluyla kullanılmasını öngörmektedir²¹².

TMK ve TBK ile önalım hakkının dava yoluyla kullanılması zorunluluğu getirilmeden önce, önalım hakkı geçerliliği herhangi bir şarta bağlı olmayan bir bildirim yoluyla kullanılabilmekteydi²¹³. Elbette ki önalım hakkının dava yoluyla kullanılması da mümkündü. Dava yoluyla kullanılması durumunda, satışı öğrenmeyle başlayan bir aylık hak düşürücü sürenin bitimine kadar dava dilekçesinin davalı tarafa yani önalım borçlusuna ulaşması gerekmektedir²¹⁴. Günümüzde ise hakkın süresinde kullanılmış sayılması için önalım hakkı sahibine noter yoluyla yapılan bildirimden itibaren üç ay içinde dava açılması yani mahkemeye dava dilekçesinin verilmesi gerekmektedir.

Kanaatimizce de kanun hükümleriyle önalım hakkının dava yoluyla kullanılması şartının getirilmesi yerinde olmamıştır. *Kırca*'nın da belirttiği gibi uygulamada bu hakkın kullanımı için genellikle dava açmanın gerekmesi, bu hakkın

²⁰⁹ Burcuoğlu, a.g.m., s.180; Tunaboğlu, a.g.e., s.29; Yıldız, a.g.e., s.106.

²¹⁰ Burcuoğlu, a.g.m., s.181.

²¹¹ Oğuzman, Barlas, a.g.e., s.163.

²¹² Ergun Önen, **İnşai Dava : İnşai Hak, İnşai Dava, İnşai Hüküm, İnşai Tesir**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Yüksek Okulu Yayınları, Ankara 1981, s.50; Kırca, a.g.m., s.1201: yazar bu durumlara örnek olarak, boşanma davası, babalık davası, anonim şirket genel kurul kararlarının iptali için iptal davası açılması zorunluluğunu göstermektedir.

²¹³ Tekinay, a.g.e., s. 47; Ayan, a.g.m., s. 348; Gürsoy, Eren, Cansel, a.g.e., s. 617.

²¹⁴ Şıpka, a.g.e., s. 153.

bildirim yoluyla kullanılmasını engellemeyi gerektirmez²¹⁵. Bu düzenlemenin bir sebebi olarak gösterilen bildirim yapma sonucunda bir süre beklenmesi gerekçesinin kanunda yapılabilecek başka bir düzenlemeyle aşılabileceği kanaatindeyiz. Zira bildirim yapıldıktan sonra cevap vermesi için önalım borçlusuna belli bir süre -bir aylık bir süre gibi- tanırsa ve bu süre içinde, önalım hakkı sahibine cevap vermemesinin zımni ret sayılacağı düzenlemesiyle bu sakınca da aşılabilirdi.

Kanaatimizce yürürlükteki kanun hükümlerine rağmen dava açılmaksızın, önalım hakkının kullanılmasının sonucuna ulaşmak mümkündür. Şöyle ki, yeni malike yapılacak bir bildirimle taşınmazın devrini gerçekleştirmezse dava açılacağı belirtilerek taraflar arasında bir satış sözleşmesi kurulması yoluyla istenilen sonuca ulaşılabilir. Bu yöntem tam anlamıyla önalım hakkının kullanılması sayılmasa da önalım hakkının amacına ulaştırabilir. Zira önceki düzenleme döneminde önalım hakkının kendisine karşı bildirimle kullanılması durumunda taşınmazın devrini kabul edecek kişi şimdi de bu satış sözleşmesini kurmaya olumlu yaklaşacaktır.

2. Davanın Tarafları

a. Davacı Taraf

Yasal önalım hakkı bakımından davacı taraf, önalım hakkını kullanmak isteyen paydaşlardır²¹⁶. Birden fazla paydaşın önalım hakkını kullanmak istemesi durumunda birlikte dava açma zorunluluğu yoktur. Çünkü kendilerine noter aracılığı ile satışın bildirilip bildirilmemesi ve bunun sonucu olarak üç aylık hak düşürücü sürenin her paydaş açısından farklı zamanlarda işlemeye başlaması gibi sebeplerle her paydaşın durumu farklıdır. Bunun yanında paydaşların ihtiyari dava arkadaşlığı doğrultusunda birlikte dava açmaları da mümkündür²¹⁷. Önalım hakkını kullanmak isteyen paydaşın payı üzerinde elbirliği mülkiyeti varsa bu paydaş davasını diğer ortaklarıyla birlikte açmalı ya da bu ortaklar açılan davaya muvafakat vermelidir²¹⁸.

²¹⁵ Kırca, a.g.m., s.1202.

²¹⁶ Ayan, a.g.e., s.413.

²¹⁷ Ayan, a.g.e., s.413.

²¹⁸ Kırkbeşoğlu, a.g.e., s.77; aynı yönde: Y. 14. H.D., E. 2016/11300, K. 2019/1032, T. 7.2.2019: “Önalım hakkının kullanılmasında, davacının dayandığı pay elbirliği mülkiyetine konu ise tüm

Sözleşmesel önalım hakkı bakımından ise davacı taraf, kendisine sözleşmeyle önalım hakkı tanınmış olan hak sahibi, hak sahibinin ölümü halinde mirasçıları, önalım hakkını devretmesi durumunda ise hakkı devralan üçüncü kişidir²¹⁹.

Yasal önalımda, paylı mülkiyette ikiden fazla paydaş varsa ve diğer paydaşların hepsi ya da birden fazlası önalım hakkını kullanmak isterse, önalım hakkına konu olan paya, payları oranında değil eşit bir şekilde sahip olacaklardır²²⁰. Yargıtay bir İçtihadı Birleştirme kararında da bu hususu hüküm altına almıştır²²¹. Yargıtay'ın bu kararı, paydaşların önalım hakkına konu taşınmaza payları nispetinde sahip olmasının hakkaniyete daha uygun olacağı belirtilerek eleştirilmiştir²²².

b. Davalı Taraf

Önalım hakkı sahibi, önalım davasını taşınmazın tapudaki malikine karşı açmalıdır. Yani taşınmazı satın alan kimse adına tapuda tescil yapılmış ise yeni malike, aksi takdirde satıcıya karşı açılacaktır²²³. Yargıtay da önalım davasının, tapu kaydının iptalini de amaçladığı gerekçesiyle, davanın tapu sicilinde görünen son malike karşı açılması gerektiğini belirtmektedir²²⁴. Şüphesiz ki bu durum yasal önalım hakkı ve şerh edilmiş önalım hakkı için geçerlidir.

ortakların birlikte dava açması veya birinin açtığı davaya diğerlerinin muvafakat etmesi gerekir.” (Kazancı İçtihat Programı- Erişim Tarihi: 07.05.2019).

²¹⁹ Eren, a.g.e., s. 213.

²²⁰ Esener, Güven, a.g.e., s.283; Hatemi, Serozan, Arpacı, a.g.e., s.614.

²²¹ “Kanunun ifade tekniği de kanun vazının kanun-i şuf’ada hisse miktar ve nispetini kasdetmediğini göstermektedir.... Birinci Hukuk Dairesinin hissedarların sayısına göre şuf’a hakkından faydalanacaklarına ait, İlk içtihadın İsabetli olduğuna 11/6/1947 tarihinde karar verildi.” YİBK 11.6.1947 gün ve 5/18 sayılı (RG. 24.7.1947 S.6666); Bu İçtihadı Birleştirme Kararının Mecellenin etkisinde kalınarak oluşturulduğu, eskiden önalım hakkının amacının paylı mülkiyet ilişkisine yabancı birini sokmamak olmasına rağmen günümüzde paylı mülkiyetin tek kişi mülkiyetine çevrilmesi olduğu yönünde: Feyzioğlu, a.g.e., s. 165.

²²² Gürsoy, Eren, Cansel, a.g.e., s.620, dn.81; Ayan, a.g.e, s.401.

²²³ Eren, a.g.e., s.213; Gürsoy, Eren, Cansel, a.g.e., s.639; Sirmen, a.g.e., s.415.

²²⁴ Y.14.H.D. E. 2016/4264 K. 2019/1022 T. 7.2.2019: “Önalım hakkı müşterek mülkiyette pay satın alana karşı kullanılır, dava da onun aleyhine açılır. Satış tapuya tescil ile vaki olacağından tapu ile payı kim iktisap etmiş ise ona karşı önalım hakkı kullanılacaktır. Davadan önce bir çok satış olmuşsa önalım davası en son satın alana karşı açılacaktır. Çünkü dava, önalıma konu paya ilişkin tapu kaydının iptalini de amaçladığından kayıt sahibi aleyhine açılması zorunludur.” (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi:25.06.2019).

Şerh edilmemiş önalım hakkı, ancak önalım borçlusunu ve külli haleflerine karşı ileri sürülebilir. Taşınmazın maliki, önalım hakkı konusu taşınmazı satın mülkiyeti devrettiğinde, alıcı yani yeni malik, cüz'i halef konumunda olacaktır ve önalım hakkı kendisine karşı kullanılamayacaktır²²⁵.

Doktrinde, şerh edilmemiş önalım hakkı sahibinin, önalım borçlusundan ancak tazminat talep edebileceği belirtilmektedir²²⁶. Önalım sözleşmesine rağmen taşınmazı satan malikin, sözleşmeye aykırı davrandığı düşünülerek tazminatın dayanağı olarak borca aykırılığı düzenleyen TBK m.112 düşünülmüştür²²⁷. Bu görüşe göre, taşınmazın maliki önalım sözleşmesi ile mülkiyeti devir borcu altına girmektedir ve taşınmazı üçüncü bir kişiye devrederek bu borcunun ifasını imkânsızlaştırmaktadır²²⁸.

Bir görüşe göre²²⁹ önalım sözleşmesinin şerh edilmesini talep etmeyen önalım hakkı sahibi, hakkın konusu olan taşınmazın üçüncü bir kişiye satılmasını kusurlu bir davranış olarak kabul edip tazminat talebinde bulunamayacaktır. Zira buna TMK m.2 engel olacaktır.

Kanaatimizce de burada sözleşmeye aykırılık söz konusu değildir. Kanunun lafzından da anlaşılacağı üzere önalım sözleşmesinin kurulması, doğrudan mülkiyetin nakli borcunu oluşturmaz. Ayrıca sözleşmeden doğan bu hakkın kullanılabilmesi için satış veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer bir işleme konu olma gibi bir önkoşul gerekmektedir. Dolayısıyla taşınmazın üçüncü bir kişiye satılması hakkın niteliği gereği sözleşmeye aykırılık oluşturmayacak, aksine hakkın kullanılabilmesini sağlayacaktır. Zira bu satış gerçekleşirse önalım hakkının kullanılabilmesi zaten mümkün olmayacaktır. Önalım sözleşmesi, taşınmaz üzerindeki kati sınırlandırmalardan olmadığından, malikin, hakkın konusu olan taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi her zaman vardır²³⁰. Sözleşmesel önalım hakkını tapuya şerh ettirmeyen hak sahibinin bu hakkı kullanma konusundaki

²²⁵ Avcı Braun, a.g.e., s.1479.

²²⁶ Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s.73; Aral, Ayrancı, a.g.e., s.213.

²²⁷ Eren, a.g.e., s. 204; Sungurbey, a.g.e., s. 102; Aydoğdu, a.g.e., s. 80.

²²⁸ Avcı Braun, a.g.e., s.1479.

²²⁹ Arpacı, kendisi ile yapılan özel görüşmede ifade edilmiştir.(Avcı Braun, a.g.e., s.1480, dn.186'dan naklen.)

²³⁰ Kırca, a.g.e., s.1185.

ciddiyeti şüphe uyandıracak niteliktedir. Eğer önalım hakkı sahibi, taşınmazın mülkiyetinin kendisine devrini gerçekten isteseydi, bu hakkı şerh ettirip herkese karşı kullanma yetkisini alırdı. Önalım hakkı sahibinin şerhi gerçekleştirmemesi, hakkın niteliğine ters bir şekilde taşınmazın mülkiyetini istemeyip herhangi bir harcama yapmadan tazminata sahip olma gibi bir yolu seçtiği şüphesi oluşturacaktır.

3. Görevli Mahkeme

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan “(1) *Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir.*” hükmüne göre dava konusunun değerine bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalar bakımından asliye hukuk mahkemeleri görevlidir. Önalım davası sonucunda, bir mülkiyet hakkı elde edileceğinden, bu davanın malvarlığı haklarına ilişkin bir dava olduğunu söyleyebiliriz. Bu sebeple de önalım hakkına ilişkin davalarda Asliye Hukuk Mahkemeleri görevlidir²³¹. Hatta davada her iki tarafın da tacir olması durumunda bile doğrudan ticari işletmeyle ilgili olmadığı gerekçesiyle görevli mahkemenin Asliye Hukuk Mahkemeleri olacağı, doktrin ve içtihatlarla belirtilmiştir²³².

Mülga 1086 sayılı HUMK'ta malvarlığına ilişkin davalarda, değeri beş milyar lirayı²³³ aşmayan davalara sulh hukuk mahkemesinin bakacağı belirtilmekteydi. Bu miktarı aşan davalar bakımından asliye hukuk mahkemeleri görevliydi. Önalım davası açısından, dava konusu taşınmazın değerine, tapu harç ve masrafları da eklenerek görevli mahkeme tespit ediliyordu²³⁴. Ancak 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi döneminde, tapuda yapılan satışın üzerinden uzun bir süre geçmesinden sonra açılan davalarda güncel değerin hesaplanarak görevli mahkemenin tespit

²³¹ Avni Olcay, **4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde, Önalım (Şu'f'a) Hakkı ve Davaları**, İstanbul, 2013, s.231.

²³² Kuru, a.g.e., s.95, dn.27; Y.14.HD. T. 18.9.2014, E. 2014/6783, K. 2014/10188: “Her ne kadar taraflar tacir ise de TMK'nın 732 ve devamı maddelerinde düzenlenen önalım hakkı ticari nitelikte olmayıp, mal varlığı hakkına ilişkindir. (...)Dayanağı TMK'nın 732 v.d.maddeleri olan yasal önalım hakkı eşya hukukuna dayalı ve mal varlığı hakkına ilişkin olup doğrudan ticari işletmeyle ilgili olmadığından davanın asliye hukuk mahkemesinde görülmesi gerekir.” (İBD, 2015/1, s.469-470).

²³³ Bu miktar, her yıl Maliye Bakanlığınca tespit edilen orana göre artırılıyordu.

²³⁴ Yücel, a.g.e., s.97; Akalp Demirtabak, a.g.e., s.104.

edilmesi gerekiyordu²³⁵. 4721 sayılı TMK ile alıcı ve satıcıya, noter yoluyla bildirim yapma zorunluluğu getirilmesiyle satış ile dava tarihi arasında uzun süre geçmesi pek mümkün olmamakta ve tapudaki satış bedeli ile tapu harç ve masraflarının eklenmesi ile oluşan değere göre görevli mahkeme tespit edilebilmekteydi.

6100 sayılı HMK'nın yürürlüğe girmesi ile mal varlığı haklarına ilişkin davalarda miktar ve değere bakılmaksızın asliye hukuk mahkemeleri görevli sayılmış ve bir yıl asliye hukuk mahkemesinin görevine giren davanın, ertesi yıl sulh hukuk mahkemesinin görevine girme ihtimali kalmamıştır²³⁶.

4. Yetkili Mahkeme

Önalım davalarında yetkili mahkemenin tespiti ise HMK m.12/I hükmünce yapılacaktır²³⁷. Hükümde *“Taşınmaz üzerindeki aynı hakka ilişkin veya aynı hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin davalarda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir.”* denilmek suretiyle taşınmazın aynından doğan davalarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemelerinin kesin yetkili olacağı belirtilmiştir. Doğrudan taşınmazın üzerindeki aynı hakka ilişkin davaların yanında, sözleşmeden doğan şahsi bir talep hakkına dayanarak taşınmaz üzerinde aynı hak sahibinin değiştirilmesine yönelik davalar da taşınmazın aynına ilişkin sayılır²³⁸. Bu sebeple sözleşmeden doğan önalım hakkına dayanılarak açılan önalım davasında da taşınmazın bulunduğu yer mahkemeleri kesin yetkilidir.

Kanunda taşınmazın aynından kaynaklanan davalarda kesin yetki kuralı koyulmuştur. Kesin yetki olması durumunda, dava, ne başka bir yer mahkemesinde açılabilecek ne de sözleşmeyle başka bir yer mahkemesi yetkili kılınabilecektir²³⁹.

²³⁵ Yarg. 6.HD. 12.10.2000 T, 8437/8643, Yarg. 6.HD. 24.4.2001 T, 3145/3397 (Tunaboğlu, a.g.e., s.801 vd.); Akalp Demirtaş, a.g.e., s.104.

²³⁶ Akkan vd., a.g.e., s.115, N.209.

²³⁷ Özekes vd., **Pekcanıtez Usul - Medenî Usûl Hukuku**, C.1, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.294, N.524.

²³⁸ Özekes vd., a.g.e., s.294, N.523; Önalım davasının sözleşmeye dayalı bir alacak davası olduğundan taşınmazın aynına ilişkin olmadığı yönündeki görüş için bkz. Köylüoğlu, a.g.e., s.144.

²³⁹ Akkan vd., a.g.e., s.293, N.522.

5. Taşınmazın Dava Devam Ederken Devri

HMK m.125'te dava açıldıktan sonra dava konusunun devri halinde, davacıya iki seçenek sunulmuştur. Davacı taraf, davasını, dava konusunu devralana karşı yöneltebilecek ya da devreden tarafa karşı tazminat davasına dönüştürebilecektir.

Önalım hakkının dava açılarak kullanılmasından sonra, hakka konu olan taşınmaz ya da paylı mülkiyet payının üçüncü bir kişiye devri halinde, önalım hakkı sahibinin de bu iki seçenek yoldan birini izlemesi mümkündür.

Önalım hakkı sahibi davasını, dava konusunu devralana yöneltecek olursa, dava ilk satıştaki bedel üzerinden devam edecektir. Zira ikinci dava birincinin devamı niteliğindedir²⁴⁰. Ancak bu durum ilk davanın süresi içinde açılmış olmasına bağlıdır. Eğer, ilk satışa karşı açılan dava, süresi içinde açılmamışsa, yeni malike yöneltilen dava, ikinci satıştaki bedel üzerinden devam edecektir²⁴¹.

İkinci ihtimalde, yani davanın ilk satıştaki alıcıya karşı tazminat davasına dönüştürülmesi durumunda ise, talep edebileceği tazminat miktarı ilk satış ile ikinci satış arasındaki farktır²⁴².

Bu hususların yanında önalım davasına konu olan taşınmaz ya da paylı mülkiyet payının önalım borçlusuna yani ilk satışı yapan paydaş ya da sözleşmesel

²⁴⁰ Kırkbeşoğlu, a.g.e., s.82.

²⁴¹ YHGK T. 8.3.1989 E. 1988/6-855 K. 1989/130: "Ne var ki, davalı yargılama sırasında payı üçüncü kişiye devretmiş, davacı da yasal süre içerisinde bir aylık Şufa hakkına ilişkin süre geçirilmeden davayı usulün 186. maddesi uyarınca bu üçüncü kişiye yöneltmiştir. Burada şu husus belirtilmelidir ki ilk Şufa davası süresinde açılmış bulunsaydı davacı ikinci Şufa hakkı nedeniyle ikinci dava birincinin devamı niteliğinde olacağından Şufa bedeli olarak ilk Şufa bedeli esas alınacaktır. Olayda ilk dava süresinde olmadığına göre Şufa bedeli, devirde kötüniet olmadıkça ikinci satıştaki bedel olarak kabul edilmelidir." (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 06.06.2019); Ayan, a.g.e., s.407.

²⁴² Y. 6.HD., T.23.1.2006, E.2005/9786K.2006/36: "Önalım hakkına konu payın dava sırasında bir başk a kişiye veya satışı yapan paydaşa satılması halinde davacının HUMK'nın 186. maddesi hükmü uyarınca seçimlik hakkı olduğundan dilerse davayı yeni satın alan şahsa yöneltir, dilerse davasını tazminata dönüştürerek davalı hakkındaki davasını devam ettirir. Davacının seçimlik hakkını kullanarak davasını tazminata dönüştürmesi ve davanın dinlenme olanağı bulunması halinde davacının talep edebileceği tazminat miktarı birinci satış ile ikinci arasındaki farktan ibarettir." (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 2.6.2019).

önalım borçlusuna, daha yüksek bedelle satılması halinde, bu satışın kötünıyetli olarak yapıldığı kabul edilecek ve hak düşük bedel üzerinden kullanılacaktır²⁴³.

II. ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASININ SONUÇLARI

A. Yeni Bir Hukuki İlişkinin Meydana Gelmesi

Önalım davası, yenilik doğuran dava, sonucunda hâkimin verdiği karar da yenilik doğuran karardır; bu karar ile davacı ile davalı arasında bir satım ilişkisi kurulduğu gibi taşınmazın mülkiyeti de önalım hakkı sahibine geçer²⁴⁴.

Öncelikle önalım hakkının kullanılması ile meydana gelen bu yeni hukuki ilişkinin niteliği tartışma konusu olmuştur. Bir kısım yazarlar bu ilişkinin halefiyet ilişkisi olduğunu, hakkın kullanılması ile yeni bir hukuki ilişki kurulmadığını, önalım hakkı sahibinin hakkını kullanarak önalım olayını oluşturan satış sözleşmesindeki alıcı üçüncü kişi yerine geçeceğini belirtmişlerdir²⁴⁵. *Tekinay*’a göre önalım hakkının kullanılması ile ortaya çıkan ilişki satım benzeri bir ilişki olup, satım sözleşmesine ilişkin hükümler uygun düştüğü ölçüde kıyasen bu ilişkiye de uygulanır²⁴⁶. Günümüzde ağırlıklı olarak kabul gören bir diğer görüşe göre ise önalım hakkının kullanılması ile önalım hakkı sahibi ile kendisine karşı önalım hakkı kullanılan

²⁴³Y.14.HD, T. 27.2.2019 E. 2016/4576, K. 2019/1785: “Önalım davası açıldıktan sonra davaya konu payı satın alan kimse önalım davasının açıldığını bilerek kötü niyetle iktisap etmişse davacı daha düşük ise ilk satış sözleşmesindeki satış bedeli ile, aksi halde son satış bedeli ile sorumludur. Davacının davayı yönelttiği kimsenin kötünıyetli olduğunu iddia etmesi halinde bu iddiasını ispatlamakla yükümlüdür. İkinci satış fazla bedelle ilk satan paydaşa yapılmış ise o kimse ilk satışın tarafı olduğu için kötünıyetli olduğunun kabulü gerekir. Ayrıca kötünıyetin kanıtlanmasına gerek yoktur.” (Kazancı İçtihat Programı- Erişim tarihi: 09.06.2019).

²⁴⁴ Oğuzman, Seliçi, Özer, a.g.e., s.540-541; Eren, a.g.e., s.212.

²⁴⁵ Velidedeoğlu, Esmer, a.g.e., s.428; Kuley, a.g.e., s.23; 20.6.1951 tarihli ve 12/5 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında da önalım hakkının kullanılması ile önalım hakkı sahibinin alıcı üçüncü kişi yerine geçerek mülkiyeti kazanacağı ve açacağı davanın tapu kaydını düzeltilmesi davası olduğu kabul edilmiştir(Demirbasan, a.g.e., s.931, dn.130.).

²⁴⁶ Tekinay, a.g.e., s.31; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi de T. 23.12.1975 E. 1975/4215 K. 1975/12688 sayılı kararında “Oysa davacı, bu hakkını kullanmış Şufa davasını açmış ve hüküm almış olmakla beraber; İçtihadı Birleştirme Kararına uymamış ve Şufa parasını 14.5.1970 gününde Şufa hakkı dairesinin emsal kararlarında gösterildiği üzere nitelikçe bir satış sözleşmesine benzer, hak sahibi mülkiyetin kendisine devrini istemiş, fakat mal parasını vermemiş olmakla mal parasını vermedikçe satılan maldan yararlanma hakkını kullanamaz.” diyerek bu ilişkinin satış sözleşmesine benzer nitelikte olduğunu belirtmiştir.(Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 05.07.2019).

taşınmaz ya da pay maliki arasında yeni bir satış ilişkisi kurulmaktadır²⁴⁷.

Bu konuda diğer tartışmalı konu ise bu satış ilişkisinin ne zaman kurulmuş sayılacağıdır. Doktrinde bu dava sayesinde davacı önalım hakkı sahibi ile davalı taşınmaz maliki ya da alıcı üçüncü kişi arasında kurulacak olan satış ilişkisinin, dava dilekçesinin davalı tarafa tebliği ile kurulacağı yönünde bir görüş mevcuttur²⁴⁸.

Eren'e göre ise dava sonucunda verilen yenilik doğuran kararla satıcı ile alıcı arasında kurulan satış ilişkisi kaldırılacak ve onun yerine davacı önalım hakkı sahibi ile alıcı arasında bir satış ilişkisi kurulmuş olacaktır²⁴⁹. Yani yeni satım ilişkisi mahkeme kararının kesinleşmesi ile meydana gelecektir.

Bizim de katıldığımız görüşe göre ise yeni satış ilişkisi, önalım hakkının kullanılması yani davanın açılması ile doğacaktır²⁵⁰. Önceki düzenlemede önalım hakkının kullanılması, her yenilik doğuran hak gibi hakkın kullanılmasına ilişkin beyanın muhataba varması ile mümkündü ve bu suretle satım ilişkisi kurulmakta idi. Yürürlükteki düzenlemede ise önalım hakkının kullanılmasının dava yoluyla olacağı kabul edildiğinden, satış ilişkisinin de, hakkı kullanma yöntemi olan dava açma yoluyla, davanın açıldığı anda kurulduğunu kabul etmek gerekir.

B.Bedelin Depo Edilmesi

TMK m.734/2 hükmünde “*Önalım hakkı sahibi, adına payın tesciline karar verilmeden önce, satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerini, hâkim tarafından belirlenen süre içinde hâkimin belirleyeceği yere nakden yatırmakla yükümlüdür*” denilmek suretiyle, önalım hakkı sahibine, mahkeme kararından önce taşınmazın bedeli ve tapu giderlerini yatırma yükümlülüğü getirilmiştir. Söz konusu önalım bedelinin yatırılması için mahkemenin depo kararı vermesi gerekmekte olup davacının bu karar verilmeksizin önalım bedelini yatırma imkânı

²⁴⁷ Sebük, a.g.e., s.76; Şıpka, a.g.e., s.185; Tandoğan, a.g.e., s.281; Feyzioğlu, a.g.e., s.344.

²⁴⁸ Aral, Ayrancı, a.g.e., 213; Şıpka, a.g.e., s.204; Yücel, a.g.e., s.96.

²⁴⁹ Eren, a.g.e., s.212.

²⁵⁰ Aybay, Hatemi, a.g.e., s.196, N.14; Barış Demirsatan, “Taşınmazlara İlişkin Olarak Tanınan Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:11, S:145-146, İstanbul, 2016, s.931, dn.129.

bulunmamaktadır²⁵¹.

Taraflar arasında kurulan satış ilişkisi, önalım sözleşmesinde aksi belirtilmemiş ise üçüncü kişi ile yapılan satış sözleşmesinin koşullarına tabidir(TBK 241/3). Önalım sözleşmesinde, hakkın kullanımı sonucunda doğacak olan satış ilişkisinin şartları belirtilmişse yani nitelikli (sınırlı) önalım hakkı söz konusu ise satış ilişkisi bu şartlarla doğacaktır. Yani hak sahibi sözleşmede belirtilen şartlarla özellikle de bedelle taşınmaza sahip olacaktır. Olağan (sınırsız) önalım hakkı söz konusu ise önalım hakkının kullanılması sonucunda kurulan satış ilişkisinde, önalım olayını oluşturan satışıdaki şartlar geçerli olacaktır²⁵². Yasal önalım hakkının konusu olan pay satışında da olağan sözleşmesel önalım hakkında olduğu gibi, önalım olayını oluşturan satışıdaki şartlar geçerli olacaktır. Önalım davasında tescile karar verilmeden önce nakden yatırılacak olan bedel de bu doğrultuda tespit edilecektir.

Yargıtay, önalım hakkı sahibinin, satışı uzun bir süre sonra öğrenmesi üzerine geç bir tarihte önalım hakkını kullanması durumunda, taşınmazın hakkın kullanıldığı tarihteki değeri üzerinden; önalım hakkı kullanıldıktan uzun bir süre sonra dava açılması durumunda ise davanın açıldığı tarihteki değeri üzerinden kullanılması yönünde birçok karar vermiştir²⁵³. Ancak bu kararlar, önalım hakkına ilişkin yeni kanun maddeleri yürürlüğe girmeden önce verilmiş kararlardır. Yürürlükteki düzenlemeyle alıcı ve satıcıya bildirim yükümlülüğü yüklendiğinden, bu bildirimi geç yapan alıcı veya satıcı önalım hakkının uzun süre sonra kullanılmış olmasına dayanarak bedelin tapudaki değerden daha fazla olması gerektiği iddiasında bulunamayacaktır²⁵⁴.

C.Mülkiyetin Geçiş Anı

Yukarıda da belirttiğimiz gibi önalım hakkının kullanılması amacıyla açılan bu dava yenilik doğuran dava, verilen karar da yenilik doğuran karardır. Bu dava

²⁵¹ Demirsatan, a.g.e., s.930, dn.129.

²⁵² Eren, a.g.e., s.212.

²⁵³ Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s.71.

²⁵⁴ Eren, a.g.m., s.123.

TMK 716'ya dayanarak açılan bir tescile zorlama davasıdır²⁵⁵. Önalım hakkının kullanılması üzerine verilen kararın kesinleşmesi ile sözleşmesel önalım hakkında taşınmazın, yasal önalım hakkında ise payın mülkiyeti davacıya geçmektedir²⁵⁶.

Yeni satış ilişkisinin ne zaman kurulmuş sayılacağı hususu doktrinde tartışmalı olsa da dava konusu taşınmaz ya da payın mülkiyetinin önalım hakkı sahibine, hâkimin kararıyla hükmen geçtiği TMK m.716 ile sabittir.

TMK m. 716'ya dayanarak alınan kararların icrası zamanaşımına tabi olmadığından, önalım davası sonucunda alınan karar üzerine önalım hakkı sahibi, mülkiyetin adına tescil edilmesini her zaman isteyebilir²⁵⁷. Mülkiyet mahkeme kararı ile geçeceğinden yapılacak olan bu tescil, kurucu değil açıklayıcı niteliktedir²⁵⁸.

²⁵⁵ Sirmen, a.g.e., s.423.

²⁵⁶YİBGK, T. 11.2.1959, E. 1958/10, K. 1959/12: “Hissenin mülkiyeti şefi`e ancak, kendisinin satış münasebetinden doğan borçlarını yerine getirmesi halinde ve diğer tarafın hisseyi tapuda temlik etmesi yahut şefi`in satış münasebetine dayanarak ve Medeni Kanun`un 642. maddesi hükmünce açtığı tescil davası sonunda, lehinde karar alması ile geçer.” (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi:3.8.2019); Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, a.g.e., s.559.

²⁵⁷ YİBGK, T. 11.2.1959, E. 1958/10, K. 1959/12: “Bu sebeple Medeni Kanun`un 642. maddesi hükmünce alınmış olan ilamın ve bu arada şufa ilamlarının iskati müruruzamana tabi olmadığı esasına dayanan İcra ve İflas Dairesi içtihadı, kanuna uygundur.”(Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s.76); Eren, a.g.e., s.217.

²⁵⁸Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, a.g.e., s.560; Eren, a.g.e.,s.217.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASININ SINIRLARI

I. GENEL OLARAK

Yukarıda da belirttiğimiz gibi önalım hakkının kullanılması için önalım konusu malın satış veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer bir işleme konu olması gerekir²⁵⁹. TBK’da ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemlerin neler olduğu açıkça sayılmamıştır. Bu sebeple birçok işlem bakımından hangi işlemlerin önalım olayı sayılacağı konusunda doktrinde tartışma söz konusudur. Belirtmek gerekir ki, hangi işlemlerin bu kapsamda değerlendirilebileceği konusunda kesin bir sınırlandırma yapılamaz ve her somut olay için özel değerlendirme yapmak gerekir²⁶⁰.

Doktrinde genel olarak, ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemlerin, ivazlı, iradi ve cüz’i halefiyet yoluyla yapılan devir işlemlerini ifade ettiği kabul edilmektedir²⁶¹. Önalım hakkına konu taşınmazın devrine ilişkin ilişkiler, bu çerçevede incelenerek önalım olayını oluşturup oluşturmadığına karar verilebilecektir. Bu konuda hâkime geniş bir takdir yetkisi tanındığı kabul edilmektedir²⁶².

Aşağıda TBK m.240’ın ikinci fıkrasında önalım olayını oluşturmayacağı belirtilen işlemler ile doktrin ve Yargıtay kararlarında önalım olayını oluşturmayacağı kabul edilmiş bazı durumlar ayrıntılı olarak incelenecektir. Taşınmazın mirasın paylaşımında mirasçılardan birine özgülenmesi, cebrî artırma yoluyla satış, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi ve bunlara benzer amaçlarla edinilmesi durumlarında önalım hakkının kullanılamayacağı hususu, TBK’da sözleşmesel önalım hakkı açısından düzenlenmiş olsa da yasal önalım hakkı için de geçerlidir.

²⁵⁹ “Önalım Olayının Gerçekleşmesi” başlığı altında ayrıntılı olarak açıklanmıştır, bkz. yuk. s.26 vd.

²⁶⁰ Gümüş, a.g.m., s.440.

²⁶¹ Eren, a.g.e., s.207; Sirmen, a.g.e., s.410.

²⁶² Kırkbeşoğlu, a.g.e., s.38.

II.PAYDAŞLAR ARASINDAKİ SATIMLAR

Yasal önalım hakkı açısından, önalım hakkının kullanılmasının engellerinden birisi, payın paydaşlardan birine satılmış olmasıdır. Yasal önalım hakkının, paylı mülkiyete yabancı sokmama ve toprağın tek elde toplanması yani paylı mülkiyet ilişkisinin sonlandırılması amacını güttüğünü de düşünürsek, payın zaten paydaş olan birisi tarafından alınması bu amaçla çelişmeyecektir.

Satış yapılan kişinin paydaş olup olmadığının tespiti yapılırken satış anına göre değerlendirme yapılmalıdır. Üçüncü kişi, önalım olayını oluşturan satıştan önce başka bir işlemle bir pay almış ve bu işleme karşı diğer paydaşlar tarafından önalım hakkı kullanılmamışsa, üçüncü kişi bu durumda bir paydaş konumuna geçecektir.

Yargıtay bir kararında²⁶³, “*Dava konusu edilen 53 parsel ile ilişkin tapu kaydının incelenmesinden davalının 19.7.1994 tarihinden itibaren 24.4.1996 tarihine kadar çeşitli tarihlerde pay satın almak suretiyle taşınmazda paydaş olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda 24.4.1996 tarihinde yapılan pay satışı paydaşa yapılan pay satışından ibarettir. Yukarıda açıklandığı gibi paydaşın paydaş aleyhine önalım hakkını kullanması mümkün olamayacağından davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar tesisi usul ve yasaya aykırı olmuştur.*” diyerek kendisine karşı önalım hakkı kullanılmak istenen satış sözleşmesinin tarafı olan alıcı, önceki tarihlerde pay satın alarak paydaş konumuna gelmişse, bu kişiye karşı önalım hakkının kullanılamayacağını belirtmiştir.

Üçüncü kişinin, birden fazla paydaştan aynı anda ya da yakın zamanlarda paylarını satın alması durumunda önalım hakkını kullanmak isteyen bir diğer paydaş, sadece bir pay satışına karşı önalım hakkını kullanmak isterse, üçüncü kişinin diğer paylara sahip olmasından dolayı paydaş sayılması ve kendisine karşı önalım hakkının kullanılmaması söz konusu olmayacaktır. Yani önalım hakkı sahibi paydaş, istediği satışa karşı önalım hakkını kullanabilecek, istediği paya sahip olabilmek için diğer pay satışlarına karşı da önalım hakkını kullanmak zorunda olmayacaktır. Ancak bunun için bütün pay satışları açısından hak düşürücü süre geçmeden önalım davası

²⁶³ Y. 6. HD 8.2.2005 2005/9759 E., 2005/733 K. (Kazancı İçtihat Programı- Erişim Tarihi: 15.6.2019).

açılmış olmalıdır²⁶⁴. Yargıtay, birden fazla payın tek işlemle satıldığı ve sadece bir pay satışına karşı önalım hakkının kullanıldığı bir durumda, diğer satış sayesinde üçüncü kişinin paydaş haline gelmediğini ve bu kişiye karşı önalım hakkının kullanılabileceğini belirtmiştir²⁶⁵.

Yine söz konusu satıştan önce, üçüncü kişi, önalım olayı olarak nitelendirilemeyecek bir işlemle –bağışlama, trampa gibi- pay devralmışsa, yine paydaş haline gelmiş olacaktır. Bu durumda artık pay, üçüncü kişiye değil bir paydaşa satılmış olacaktır.

Yargıtay bir başka kararında²⁶⁶, trampa sözleşmesi ile pay devralan kimsenin paydaş haline geldiğini ve sonraki tarihte satış yoluyla başka bir payı devralması durumunda, bu kişiye karşı önalım hakkının kullanılamayacağını belirtmiştir.

Paylı mülkiyetteki paylardan biri üzerinde el birliği mülkiyeti söz konusu ise ve bu payın ortaklarından birinin diğer paydaşlardan birinden pay devralacak olsa burada önalım olayı oluşacak mıdır? Yani bir pay üzerinde elbirliği ortağı bulunan kişi paydaş sayılıp ona yapılan satış paydaşa yapılan satış hükmünde olacak mıdır? Bu hususta doktrindeki görüşe göre bir pay üzerindeki elbirliği ortağına yapılan satış da paydaşa yapılmış sayılacak ve bu satışa karşı önalım hakkı kullanılamayacaktır²⁶⁷.

Bu konuda özel bir hal de, araya üçüncü kişi bir alıcı girdikten sonra payın tekrar bir paydaşa satılması halidir. Örneğin bir taşınmazda A, B ve C paylı mülkiyet

²⁶⁴ Tekinay, a.g.e., s. 41, dn.8.

²⁶⁵ Y.6.HD, E. 1978/8819, K. 1978/9345, T. 25.12.1978: “Ematullah ve Hikmet'in payları aynı gün ve tek muamele ile davalı Şükrü'ye satıldığına göre Şükrü'nün taşınmaz malda paydaş olduğu kabul edilemez. Bu nedenle mahkemenin görüşünde isabet bulunmadığından davanın görülmesi gerekirken aksi düşünce ile red kararı verilmesi Usul ve Kanun'a aykırıdır.” (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 15.06.2019).

²⁶⁶ Y. 6. HD, E. 2002/703, K. 2002/1119, T. 18.2.2002: “30.3.2000 gününde davalı kooperatif ile paydaşlardan Sevim A. ve Yaşar A. arasında bir trampa akdi yapılmıştır. Unsurları itibariyle gerçekleşen trampadan sonra kooperatiftan alınan yerleri eski paydaşların, başka kooperatiflere satması oluşan trampanın varlığını etkilemez. O nedenle bu trampanın danışık sebebiyle iptalini gerektirir herhangi bir hal söz konusu değildir. Diğer paydaşlar Veli Y. ve Mehmet Ş'in yaptıkları satışlar ise 31.3.2000 ve 4.4.2000 tarihlerinde olup, bu tarihler itibariyle davalı kooperatif paydaş durumundadır. Paydaşın paydaş aleyhine önalım davası açamayacağı kuralı da gözönüne alındığında bu paylar nedeniyle de önalım cereyan etmeyeceğinden davanın reddedilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle davanın kabulü doğru bulunmamıştır. Bu nedenle hüküm bozulmalıdır.” (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 15.06.2019)

²⁶⁷ Kırkbeşoğlu, a.g.e., s.91.

sahibidir. A payını üçüncü kişi K'ya satsa ve K aldığı payı sonra B'ye satsa, C önalım hakkını kullanabilecek midir? Burada K'ya satış yapıldıktan sonra önalım hakkının süresi içinde kullanılmış olması halinde, K'nın B'ye yaptığı satış, C'nin önalım hakkını ortadan kaldırmayacaktır. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin bu yönde bir kararı bulunmaktadır²⁶⁸.

Peki, C, K'ya karşı önalım hakkını henüz kullanmamış ve hak düşürücü süre henüz geçmemişken, K payı B'ye satmışsa, yine önalım hakkı kullanılabilecek midir? Bu hususta *Tekinay*, böyle bir satış durumunda da önalım hakkının kullanılabileceği görüşündedir²⁶⁹. Kanımızca da böyle bir durumda önalım hakkı kullanılabilmelidir. Aksi halde, önalım hakkını tek başına kullanmak isteyen paydaş, böyle bir yola başvurarak yani payı yeni malikten satın alarak paydaşa karşı önalım hakkının kullanılamayacağı kuralı doğrultusunda, diğer paydaşların önalım haklarını kullanmalarını kötüniyetli olarak engelleyebilecektir. Belirttiğimiz gibi diğer paydaşın önalım hakkını kullanması durumunda ise birden fazla paydaşın önalım hakkını kullanması durumunda olduğu gibi payı eşit bir şekilde paylaşmalı ve C, B'den önalım hakkına konu payın yarısını almalıdır. Zira B de paydaş olduğundan, payın tamamının kendisinden devralınması hakkaniyete aykırıdır.

III.BAĞIŞLAMA

Ekonomik anlamda satışa eşdeğer işlem denilince ilk akla gelen bu işlemin ivazlı olması gerektiğidir. Bu anlam “ekonomik anlamda” ifadesi ile açıkça ortaya koyulmaktadır. Bilindiği üzere bağışlama sözleşmesinin tanımı TBK’da “*Bağışlama sözleşmesi, bağışlayanın sağlararası sonuç doğurmak üzere, malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak bir kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşmedir.*” şeklinde yapılmıştır. Bu tanımdan da anlaşıldığı üzere, bağışlama sözleşmesinde bağışlanan mal karşılığında bir ivaz alınmamaktadır. Bu sebeple bağışlamanın önalım olayını oluşturamayacağı tartışmasız olarak kabul edilmektedir²⁷⁰.

²⁶⁸ Y.6.HD., T. 30.5.1974, E. 2689/ K.2611, (Tekinay, a.g.e., s.42, dn.10.)

²⁶⁹ Tekinay, a.g.e., s.42.

²⁷⁰ Yavuz, a.g.e., s.252-253; Eren, a.g.e., s.210; Şıpka, a.g.e., s.87-88; Gümüş, a.g.m., s.441.

Saf bağışlama sözleşmeleri açısından önalım hakkının kullanılması için gerekli olan önalım olayı şartını oluşturamayacağı fikrinde, doktrin ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında²⁷¹ fikir birliği sağlanmış olsa da, karma bağışlamalar açısından durum bu kadar net değildir.

Karma bağışlama sözleşmeleri; satış sözleşmesi ile bağışlama sözleşmelerinin kaynaştırılarak oluşturulan, bağışlanan mal karşılığında kısmi bir ivazın ödendiği karma nitelikte sözleşmelerdir²⁷².

Bir kısım yazarlar²⁷³ karma sözleşmede bağışlama amacı ya da satış amacının baskın olmasına göre ayırım yaparken; kimi yazarlarsa²⁷⁴ herhangi bir ayırma gitmeksizin karma bağışlama sözleşmelerinin önalım olayı oluşturmayacağını belirtmektedir. İlk görüşe göre, karma bağışlamaya konu taşınmaz karşılığında verilen bedelin miktarına göre satış amacı ya da bağışlama amacından hangisinin başat olduğuna karar verilmeli ve bu doğrultuda bedel taşınmazın değerinin çok altındaysa önalım hakkının kullanılamayacağına hükmedilmelidir. Aksi halde ise önalım hakkı kullanılabilir.

Ayrıca bir satış sözleşmesinde, satılan taşınmaz karşılığında sembolik bir bedelin ödenmesinin kararlaştırıldığı durumlarda, bağışlama sözleşmesi söz konusu olacaktır²⁷⁵ ve dolayısıyla bu durumda da önalım hakkının kullanılması mümkün olmamalıdır.

IV.MAL DEĞİŞİM SÖZLEŞMESİ

Trampa sözleşmesi, TBK m.282’de, “*taflardan birinin diğef tarafa bir veya birden çok şeyin zilyetlik ve mülkiyetini, diğef tarafın da karşı edim olarak başka bir veya birden çok şeyin zilyetlik ve mülkiyetini devretmeyi üstlendiği*

²⁷¹ YİBK, T. 27.03.1957, E.1957/12, K. 1957/2, R.G: 21.08.1957 T. S.9687.

²⁷² Gümüş, a.g.e., s.255.

²⁷³ Feyzioğlu, a.g.m., s.255; Sebük, a.g.e., s. 87; Akipek, Akıntürk, a.g.e., s.554; Kırca, a.g.e., s.67; Mahmut Kızır,”6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Satış İlişkisi Doğuran Haklar ve Özellikle Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, İstanbul 2016, C.22/II, S.3, s. 1779.

²⁷⁴ Sirmen, a.g.e., s.411.

²⁷⁵ Gümüş, a.g.e., s.255.

sözleşmedir.” denilerek tanımlanmıştır. Doktrinde, trampa sözleşmesiyle karşılıklı olarak değiştirilecek şeylerin, eşya, hak veya ekonomik yarar olabileceği belirtilmektedir²⁷⁶.

Bu tanım doğrultusunda, sözleşmesel önalım hakkının konusu olan bir taşınmaz ya da yasal önalım hakkına konu bir paylı mülkiyet payının trampa sözleşmesine konu olması durumunda, karşılığında maddi ya da gayrimaddi bir mal ya da hak devredilebilecektir. Burada belirtilen maddi mal misli olabileceği gibi gayrimisli de olabilir.

Satış sözleşmesinin aksine, trampa sözleşmesi sonucunda, mal, para ile değiştirilmemekte yine başka bir mal ya da hak ile değiştirilmektedir. Hal böyle olunca, trampa sözleşmesinin ekonomik anlamda satış ile eşdeğer olduğu söylenemeyecek ve taşınmazın trampa sözleşmesine konu olması ile önalım olayının meydana geldiği kabul edilemeyecektir. Bu husus doktrinde genel olarak kabul görüldüğü gibi Yargıtay İBK’sı ile de sabittir²⁷⁷.

Taşınmaz karşılığında verilen malın misli mal olması durumunda önalım olayının oluşacağı yönündeki görüşün²⁷⁸ yanında, bu durumda da önalım hakkının kullanılamayacağını belirten yazarlar²⁷⁹ mevcuttur. İlk görüşteki yazarlar, önalım hakkına konu taşınmaz karşılığında kararlaştırılan edimin misli eşya vermek olması durumunda, önalım hakkı sahibinin de bu edimi yerine getirebileceğini ve bu sebeple önalım hakkının kullanılabileceğini belirtmektedirler. Özellikle bu edim altın, kıymetli evrak gibi paraya çevrilmesi kolay olan bir şey olduğunda önalım hakkının kullanılabileceği düşünülmektedir²⁸⁰. Kanaatimizce bu fikir benimsendiği takdirde, sözleşmesel önalım hakkının nitelikli olduğu halde, yani önalım sözleşmesinde önalım hakkı kullanıldığı takdirde ödenecek bedel belirlenmişse, trampa sözleşmesindeki ivazın ne olduğuna bakılmaksızın önalım hakkının

²⁷⁶ Eren, a.g.e., s.296 ;Gümüş, a.g.e., s.240.

²⁷⁷ YİBK, T. 27.03.1957, E.1957/12 , K. 1957/2 , R.G: 21.08.1957 T. S.9687; Feyzioğlu (Tasarruflar), s. 246- 247; Eren, a.g.m., s.114; Sirmen, a.g.e., s.411; Gürsoy/ Eren/ Cansel, a.g.e., s. 616; Celal Erdoğan, **Ortaklığın Giderilmesi ve Şufla Davaları**, 2. Bası, Ankara 1991, s.661; Tekinay, a.g.e., s. 22; Ayan, a.g.e., s. 390; Kırca, a.g.e., s. 1185; Hatemi, Serozan, Arpacı, a.g.e., s.611; Özenli, a.g.e., s. 100; Sıpka, s. 90; Tunaboylu, a.g.e., s. 542; trampa olayı olarak kabul edilmesi yönünde bkz: Oguzman, Seliçi, Oktay- Özdemir, s. 540.

²⁷⁸ Feyzioğlu, a.g.m., s.247; Sıpka, a.g.e., s. 91; Avcı Braun, a.g.e., s.1459.

²⁷⁹ Gümüş, a.g.m., s.442.

²⁸⁰ Kizir, a.g.e., s.1780, dn.46.

kullanılabileceğini de kabul etmek gerekir. Zira böyle bir önalım sözleşmesi yapan önalım borçlusu, önalım hakkı sahibinden, üçüncü kişiyle yaptığı satış sözleşmesindeki bedeli beklememektedir. Nitelikli önalım hakkı sahibi, misli mal karşılığında yapılan trampa sözleşmesine dayanarak önalım hakkını kullandığında, yine önalım sözleşmesinde belirtilen bedeli ödeyeceğine göre, gayrimisli mal karşılığında yapılan trampa sözleşmesine karşı önalım hakkını kullandığında da bu bedeli ödeyebilecektir. Başka bir şekilde ifade edecek olursak, trampa sözleşmesindeki edimi yerine getirebilme kriterini, önalım hakkını kullanabilmek için referans alan yazarlar, nitelikli önalım hakkının varlığı durumunda önalım hakkının her türlü trampa sözleşmesine karşı kullanılabilmesini de kabul etmelidirler.

Trampa sözleşmesinde, malların arasındaki değer farkını kapatmak amacıyla bir tarafın para vermesi durumunda satış ve trampa karışımı bir sözleşme söz konusu olacaktır²⁸¹. Böyle bir durumda karma sözleşmede, satış özelliği ağır basıyorsa ve para yanındaki edimin önalım hakkı tarafından yerine ifa edilmesi mümkünse, burada önalım hakkının kullanılabileceği kabul edilmektedir²⁸². Aksi durumda yani trampa ana unsur olması durumunda önalım olayı oluşmayacaktır²⁸³.

V.KAMULAŞTIRMA

TBK m.240/1’de önalım olayı oluşturmayan hukuksal işlemlere örnekler sayılırken kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi amacıyla yapılan devirler de sayılmıştır. Kamulaştırma da bu kapsamda önalım olayı dışında tutulmuş ve önalım olayını oluşturmayaacağı kabul edilmiştir.

Anayasa’nın 46. maddesinde “Devlet ve kamu tüzel kişilerinin, kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılığı peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz bir malın tamamına veya bir kısmın kanunda gösterilen esas ve usullere göre kamulaştırılması” düzenlenmiştir. Kamulaştırmanın konusunun, önalım hakkına konu bir taşınmaz ya da pay olması da mümkündür.

²⁸¹ Tandoğan, a.g.e., s.336.

²⁸² Feyzioğlu, a.g.e., s. 246; Sıpka, a.g.e., s. 91.

²⁸³ Feyzioğlu, a.g.e., s. 245- 246; Cigirim, a.g.e., s. 112; Kutlu, a.g.e., s.73.

Kamulaştırmada taşınmaz malikinin rızası aranmamakta, taşınmaz idarece zorla mülk edilmektedir. Bu hususta, malikin kamulaştırmayı yapan kurum ile anlaşarak tapu ferağını vermiş olması ya da mahkemece tescil kararının verilmiş olmasının önemi yoktur. Zira iki halde de kamulaştırma baskısı söz konusudur ve rızai bir devirden söz edilemez²⁸⁴. Ayrıca burada ödenecek bedel de taşınmaz malikince ilgili kanunda yer alan hükümlere göre belirlenir. Her ne kadar kamulaştırma karşılığında bir bedel ödeniyor olsa da önalım olayında aranan iradilik şartını sağlamadığından kamulaştırma karşısında önalım hakkı kullanılamayacaktır²⁸⁵.

Bununla birlikte önalım hakkı kullanıldıktan sonra kamulaştırma yapılması durumunda önalım hakkı sahibinin talebini bedele çevirerek önalım davasına devam edilmesi gerektiği Yargıtay kararlarında kabul edilmiştir²⁸⁶. Hatta kamulaştırmadan önce önalım hakkını kullanan önalım hakkı sahibi, bedelin artırılması talebinde de bulunabilecektir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 3.2.1957 gün ve 9/17 karar sayılı kararında, bu talebin önalım davası sonucunda verilen kararın kesinleşmesini beklemeden yapılabileceğini hüküm altına almıştır²⁸⁷.

VI.MİRAS YOLUYLA İNTİKAL VE ÖLÜME BAĞLI TASARRUF

TBK m. 240/2’de taşınmazın, mirasın paylaşımında mirasçılardan birine özgülenmesi halinde de önalım hakkının kullanılamayacağı belirtilmiştir. Bu ifade ile kastedilen taşınmazın, ölüme bağlı tasarrufla veya miras yoluyla geçişi ve bunun yanında miras taksim sözleşmesiyle veya miras taksim davası yoluyla mirasçılardan birine özgülenmesi halleridir²⁸⁸.

²⁸⁴ Kırkbeşoğlu, a.g.e., s.108.

²⁸⁵ Feyzioğlu, a.g.e., s.272; Özenli, a.g.e., s. 91; Yıldız, a.g.e., s. 50; Eren, a.g.e., s.210.

²⁸⁶ Y.6 HD., T. 7.2.1974, E. 1974/453, K. 1974/455; Y.6 HD., T. 15.11.1976, E. 1976/7207, K. 1976/7227: “Şufa davası devam ederken dava konusu pay idarece kamulaştırılmış ise davacının hakkı bedele dönüşür.” (Kazancı İçtihat Programı- Erişim Tarihi: 7.06.2019).

²⁸⁷ Çay, a.g.e., s.86.

²⁸⁸ Kayaözü, a.g.e., s.76.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi önalım olayını oluşturan işlemin cüz'i intikal niteliğinde olması gerekmektedir. Mirasta ise külli intikal söz konusu olduğundan önalım olayından söz edilemeyecektir.

Miras bırakanın ölümüyle tereke içinde yer alan taşınmazların, miras ortaklığına külli intikali halinde olduğu gibi, terekenin mirasçılarca taksim edilmesi sonucunda taşınmazın bir mirasçıya özgülenmesi halinde de önalım olayı oluşmayacaktır²⁸⁹.

Feyzioğlu, bu duruma sebep olarak miras bırakanın son arzusuna önalım hakkının kullanılması yoluyla mani olmanın düşünülemeyeceğini belirtmektedir²⁹⁰.

Ayrıca, malikin miras bırakma amacıyla, taşınmazı ölmeden önce mirasçılara satış göstererek devretmesinin de önalım olayını oluşturmayaacağı, Yargıtay İBK'sı ile kabul edilmiş olup çalışmamızda “Dostluk Satışları” başlığı altında incelenmiştir.

VII.ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİ

TBK m.611'de “*bakım borçlusunun bakım alacaklısını ölünceye kadar bakıp gözetmeyi, bakım alacaklısının da bir malvarlığını veya bazı malvarlığı değerlerini ona devretme borcunu üstlendiği sözleşmedir*” şeklinde tanımlanan ölünceye kadar bakma sözleşmesinde, bakım alacaklısı bakım borçlusuna bir malvarlığı değeri devretme borcu altına girmektedir. Bu malvarlığının bir taşınmaz ya da paylı mülkiyet payı olması mümkündür.

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, ölüme bağlı bir tasarruf sözleşmesi şeklinde yapılabileceği gibi alelade nitelikte de yapılabilir²⁹¹. Miras hukukuna tabi şekilde ölüme bağlı tasarruf şeklinde yapılan ölünceye kadar bakma sözleşmesinde, bakım alacaklısının ölümü ile sözleşme konusu malvarlığı bakım borçlusuna geçecektir. Bu malvarlığının taşınmaz olması durumunda, pekâlâ üzerinde önalım hakkı da bulunabilir. Ancak böyle bir sözleşme sonucunda külli intikal söz konusu olacağından önalım hakkının kullanılması mümkün olmayacaktır.

²⁸⁹ Eren, a.g.e., s.211.

²⁹⁰ Feyzioğlu, a.g.m., s.256.

²⁹¹ Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, (**Borçlar Özel**), s.548.

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin alelade yapılması halinde ise bakım hizmeti karşılığında kararlaştırılan ivaz, cüzi intikal esaslarına göre geçecektir. Bu ivazın taşınmaz olması durumunda, intikal, tescil ile sağlanacaktır²⁹². Peki, bu sözleşmeye binaen devredilecek taşınmazın ya da payın üzerindeki önalım hakkı kullanılabilecek midir?

Önalım hakkına konu taşınmaz, ölünceye kadar bakma sözleşmesinde, bakım borçlusuna bakım hizmeti karşılığında devredilirken, satış sözleşmesinde, belirli bir bedel-bir miktar para karşılığında devredilmektedir. Bakım karşısında bir taşınmazın devredilmesi söz konusu ise, bu işlem, taşınmazların devrine ilişkin kurallar çerçevesinde tapuda gerçekleştirilecektir²⁹³. Söz konusu devir, iradi ve ivazlı olarak yapılıyor olsa da, para karşılığında yapılmadığından ekonomik anlamda satışa eşdeğer sayılamayacak ve önalım hakkının kullanılmasına imkân vermeyecektir²⁹⁴.

VIII.TAŞINMAZIN BİR ŞİRKETE SERMAYE OLARAK KOYULMASI

TTK m.127/1-c hükmünde ticaret şirketlerine sermaye olarak her çeşit taşınmazın koyulabileceği düzenlenmiştir. TTK'nın devam eden hükmünde, taşınmazın sermaye olarak koyulması borcunu içeren şirket sözleşmesinin resmi şekil aranmaksızın geçerli olacağı, ancak şirketin bu taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunabilmesi için tapu sicile tescil gerektiği belirtilmektedir.

Önalım hakkına konu bir taşınmaz ya da payın, bir şirkete sermaye olarak koyulması durumunda, taşınmazın ya da payın mülkiyeti şirkete nakledilmiş olacaktır. Ancak burada mülkiyetin nakli karşılığında bir bedel alınması söz konusu değildir. Bu sebeple önalım olayının oluşması için gereken satış benzeri işlemden söz edilemeyecektir ve taşınmazın şirkete sermaye olarak koyulması durumunda önalım hakkı kullanılamayacaktır. Bu husus uygulamada tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Keza TBK m. 240'ın gerekçesinde de “*Ancak, bir taşınmazın anonim veya limited şirkete aynî sermaye olarak konulmasında önalım hakkı*

²⁹² Hatemi, Serozan, Arpacı, (Borçlar Özel), s.550.

²⁹³ Akalp Demirtabak, a.g.e., s.79.

²⁹⁴ Özenli, a.g.e., s. 103; Köylüoğlu, a.g.e., s.86; Yıldız, a.g.e., s.55.

kullanılamayacaktır” denilmek suretiyle önalım hakkına konu taşınmaz ya da payın bir şirkete sermaye olarak koyulmasının satışa eşdeğer bir işlem olmadığı ve önalım olayını oluşturmayaacağı belirtilmiştir. Ayrıca 27.03.1957 gün ve 12/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da bu husus belirtilmiştir²⁹⁵.

Taşınmazın şirkete sermaye olarak koyulması ile bir şirkete satılması karıştırılmamalıdır. Zira taşınmaz satımında karşı taraf gerçek bir kişi olabileceği gibi bir şirket de olabilir. Böyle bir durumda ise taşınmaz, satış sözleşmesiyle devredildiğinden önalım olayı oluşur ve önalım hakkı kullanılabilir. Keza Yargıtay 6. Hukuk Dairesi 3.2.1987 tarihli ve 15821/979 sayılı kararında²⁹⁶, *“Satın alan üçüncü şahsın gerçek kişi veya hükmi şahıs olması arasında bir ayrıcalık yoktur. Davada üçüncü şahıs durumunda olan anonim şirket pay satın almış, davacı paydaş da Şufa hakkını kullanmıştır. Bunda yasaya aykırı bir yön yoktur. Şirket ortaklarından birisinin, şirkete koyacağı sermaye karşılığı pay devri söz konusu değildir. Bu gibi hallerde ancak Şufa hakkı ileri sürülemez.”* denilerek bu durum açıkça ifade edilmiştir.

IX.TAPUSUZ TAŞINMAZLARIN SATIMI

Tapuda kayıtlı olmayan taşınmazlar üzerinde mülkiyet bulunup bulunmadığı ve bu mülkiyetin devrinin nasıl olacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bazı Yargıtay kararlarına²⁹⁷ ve bazı yazarlara²⁹⁸ göre tapusuz taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkı söz konusu değildir. Bu görüş doğrultusunda taşınmaz mülkiyetinin devri de mümkün olmayacak ve satışı gerçekleştirilemeyecektir.

Diğer bir görüşe göre tapusuz taşınmazlarda, taşınırlarda olduğu gibi zilyetliğin devri yoluyla mülkiyet devredilebilecektir²⁹⁹. Haricen satış şeklinde

²⁹⁵ RG: S.17738, T. 21.8.1957.

²⁹⁶ Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 15.06.2019.

²⁹⁷ YHGK, 3.3.201 T., 2010/12-101 E., 2010/128 K.: *“Zira kural olarak taşınmaz malda mülkiyet hakkı tapu siciline tescil edilmekle doğar. Tapu siciline kayıtlı olmayan bir taşınmaz mal üzerinde mülki-yet hakkının varlığından söz edilemez.”* (Kazancı İçtihat Programı- Erişim tarihi: 13.06.2019).

²⁹⁸ Feyzioğlu, a.g.e., s.280.

²⁹⁹ Gürsoy, Eren, Cansel, a.g.e., s. 492-496; Tandoğan, a.g.e., s. 260–261; Akipek, Akıntürk, a.g.e., s.474.

yapılan böyle bir satışta resmi şekil şartı aranmayacak ve mülkiyetin devri, zilyetliğin devri ile gerçekleştirilebilecektir.

Bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre ise haricen satışta şekle uyulmadığı için satış geçerli olamayacak ve zilyetliğin devri, mülkiyetin devri sonucunu doğurmayacaktır³⁰⁰.

Bir diğer görüşe göre haricen satışın geçerliliği, taşınmaz üzerinde mülkiyet olup olmamasına bağlıdır. Mülkiyeti devretmek isteyen tapusuz taşınmazın zilyedi, aynı zamanda taşınmazın maliki olmalıdır. Tapusuz taşınmazın satımı da şekle uygun olmalıdır. Bu görüşe göre malikin zilyetliği devretmeyi vaat etmesi demek, mülkiyetin devrini vaat etmesi demektir. Taşınmazlarda mülkiyetin devri de resmi şekilde yapılmak zorundadır. Dolayısıyla zilyetliğin devriyle tapusuz taşınmazın mülkiyetinin devredileceği ifadesi, bu satışın şekle uygun olarak yapılması zorunluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Bunun yanında üzerinde mülkiyet bulunmayan taşınmazlar ise zilyetliğin devri yoluyla devredilebilir ve burada resmi şekil şartı aranmaz³⁰¹.

Tapusuz taşınmazların devri konusu bu kadar tartışmalı iken, bu devir sonucunda önalım hakkının kullanılıp kullanılmayacağı hususu da tartışmalıdır. Bilindiği üzere, önalım hakkının kullanılmasına imkân veren satış sözleşmesi, geçerli bir sözleşme olmalıdır. Bu sebeple tapusuz taşınmazın satışının geçerliliği büyük önem taşımaktadır. Bunun yanında, önalım olayının oluşup oluşmadığı hususunda doktrinde bu satışların geçerliliğine değinmeksizin de bazı değerlendirmeler yapılmıştır.

Öncelikle doktrinde tapusuz taşınmazlar açısından yasal önalım hakkının kullanılamayacağı kabul edilmektedir³⁰². Bunun sebebi ise tapusuz bir taşınmaz üzerinde paylı mülkiyetin varlığı anlaşılamayacağından, alıcı üçüncü kişi tarafından bu taşınmaz üzerinde paylı mülkiyet olduğu ve bu sebeple önalım hakkı sahiplerinin

³⁰⁰ YİBK, 22.11.1944 T., 1944/27 E., 1944/32K. :“*tapusuz gayrimenkulün zilyedi tarafından haricen satışı ve alıcıya teslimi kanunen hükümsüz olduğundan, satıcının mezkur gayrimenkülü geri almaya yetkili olduğunu...*” (RG 14.3.1945, S. 5955.).

³⁰¹ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, a.g.e., s.403-404.

³⁰² Feyzioğlu, a.g.m., s.266; Hatemi, Serozan, Arpacı, a.g.e., s.577; Özenli, s. 73; Şipka, a.g.e., s. 96; Tekinay, a.g.e., s. 46; Yıldız, s. 49–50; Eren, a.g.m., s.116.

bulunduğu bilinemeyecek ve bu üçüncü kişinin hukuki anlamda korunması mümkün olamayacaktır³⁰³. Aynı zamanda, paylı mülkiyetin, ancak tapuya kayıtlı taşınmazlar açısından mümkün olacağı sebebiyle, herhangi bir devirde yasal önalım hakkının kullanılamayacağı da belirtilmiştir³⁰⁴. TMK'nın 713. maddesi gereği olağanüstü zamanaşımı ile birden çok kişinin zilyetliğinde olan bir taşınmazın mülkiyetinin kazanılması durumunda, tapusuz taşınmazın paylı mülkiyetin konusunu oluşturacak biçimde kazanılması söz konusu olacaktır ve artık payın satılması halinde önalım hakkı kullanılabilecektir³⁰⁵. Zira böyle bir durumda taşınmaz zaten tapuda kayıtlı hale gelmiştir.

Bunun dışında Yargıtay bir kararında, payın haricen satışla alınmasından sonra kadastro çalışması ile taşınmazın tapuya kaydının yapılmasına rağmen, bu satış açısından yasal önalım hakkının kullanılamayacağını, ancak kadastro çalışmasından sonra yapılan pay satışı için önalım hakkının kullanılabileceğini belirtmiştir³⁰⁶.

Sözleşmesel önalım hakkı bakımından değerlendirecek olursak, tapusuz taşınmaz üzerinde mülkiyet sahibi olan kişi, önalım sözleşmesi ile önalım hakkı tanımış olsa bile tapu kütüğüne şerh verilemeyeceğinden, üçüncü kişiye karşı ileri sürülemeyecek, taşınırlara ilişkin önalım hakkı gibi nitelendirilecektir³⁰⁷.

X.FİİLİ TAKSİM

A. Fiili Taksim Kavramı

Yasal önalım hakkına özgü önalım hakkı sınırlamalarından biri de paylı mülkiyete konu arazide fiili taksim yapılmış olması ve bunun sonucunda önalım hakkının kullanılmasının dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmasıdır. Bu sınırlama kanunda yer almayan, Yargıtay içtihatlarıyla kabul edilmiş bir sınırlamadır. Dolayısı ile fiili taksime ilişkin şartlar ve hangi durumlarda önalım hakkının kullanılmasına engel olabileceği de Yargıtay içtihatlarına göre değerlendirilecektir. Fiili taksim

³⁰³ Şıpka, a.g.e., s. 96.

³⁰⁴ Feyzioğlu, a.g.m., s.266.

³⁰⁵ Çay, a.g.e., s.90.

³⁰⁶ Y.6.HD., 4.12.2003, 2003/8425 E., 2003/8730 K. (Ayan, a.g.e., s.391, dn.1065).

³⁰⁷ Şıpka, a.g.e., s. 96.

halinde önalım hakkının kullanılmasının, dürüstlük kuralına aykırılık oluşturduğu kabul edilmektedir³⁰⁸.

Yargıtay kararlarında fiili taksimin tanımı, “*yasal ön alım hakkına konu payın ilişkin bulunduğu taşınmazın paydaşlarınca özel olarak kendi aralarında taksim edilmesi ve her bir paydaşın belirli bir kısmı kullanması durumudur*”³⁰⁹ şeklinde yapılmıştır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, fiili taksimden söz edilebilmesi için; üzerinde paylı mülkiyet bulunan bir taşınmaz olmalı, bu taşınmaz paydaşlarca kendi aralarında taksim edilmiş olmalı ve her paydaş belirli bir kısmı kullanmalıdır.

B. Fiili Taksimin Şartları

Yukarıda da belirttiğimiz gibi Yargıtay kararlarında yapılan fiili taksim tanımından anlaşıldığı üzere fiili taksimden söz edebilmek için üç şartın var olması gerekmektedir³¹⁰. Fakat her ne kadar tanımdan böyle bir sonuca ulaşıyor olsa da Yargıtay aynı kararlarda bu şartlar aksine ifadeler de kullanmıştır. Aşağıda bu şartlar ayrı ayrı incelenecek olup aksi yöndeki ifadelere de değinilecektir.

1. Paylı Mülkiyete Tabi Bir Taşınmazın Olması

İlk olarak paylı mülkiyete tabi bir taşınmaz söz konusu olmalıdır. Yasal önalım hakkının kullanılabilmesi için taşınmaz üzerinde paylı mülkiyet olması gerektiğinden, yasal önalım hakkının kullanılması engellerinden olan fiili taksim için de paylı mülkiyete tabi bir taşınmaz olması elbette ki ilk şarttır. Bu durumda elbirliği mülkiyeti söz konusu olduğunda, önalım hakkından ve fiili taksimden bahsedilemeyecektir.

³⁰⁸ Tekinay, a.g.e., s.45; Ayan, a.g.e., s.397; Erkan, a.g.e., s. 109; Beleş, a.g.e., s. 73; Köylüoğlu, a.g.e., s.94.

³⁰⁹ YHGK, T. 28.2.2018, E. 2017/14-1761, K. 2018/407; Y14.HD E.2016/4264, K.2019/1022, T. 7.2.2019; Y.14. HD, E. 2016/16882, K. 2019/3301, T.10.4.2019; Y 6. HD, E. 2001/9019, K. 2001/9226, T. 27.11.2001 (Kazancı İçtihat Programı, Erişim tarihi: 13.06.2019).

³¹⁰ Zeynep Sayımlar, “Yasal Önalım Hakkının Kullanılmasını Etkileyen Bir Durum Olarak Fiili Taksim”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı, C:1, 2015, s.627-652, s.638.

2. Taşınmazın Paydaşlarca Taksim Edilmiş Olması

Fiili taksimin ikinci şartı, paylı mülkiyete tabi taşınmazın paydaşlarca kendi aralarında paylaşılmış olmasıdır. Bu paylaşım, TMK m.698-699 hükmü doğrultusunda paylı mülkiyeti sona erdirecek şekilde rızai veya kazai olarak yapılmış olmamalıdır³¹¹. Zaten hukuken yapılan bir paylaşım, paylı mülkiyeti sona erdirecek ve her paydaş adına bölümleri ayrı ayrı tescil edilecek ve bütün paydaşların artık birbirinden bağımsız taşınmazları olacaktır. Böyle bir durumda önalım hakkından da söz edilemeyecektir. Nitekim Yargıtay da konuya ilişkin hemen hemen tüm kararlarında “*Önalım davalarında fiili taksime değer verilmesi için taksimin yazılı olarak yapılması (...) gerekmez*³¹²” ifadesini kullanarak yazılı bir taksim sözleşmesi gerekmediğini vurgulamıştır.

Hukuki olarak yapılmayan bu paylaşımın, eylemli olması gerekmektedir. Bu fiili paylaşım, arazi üzerinde yatay olarak yapılabileceği gibi arazi üzerindeki bir yapının yatay ya da dikey olarak bölümlere ayrılması ve bu bölümlerin ayrı ayrı paydaşlara özgülenmesi yoluyla da yapılabilir. Örneğin; paydaşların taşınmazı bir bütün halinde ortak olarak kullanması ya da bütün olarak bir başkasına kiraya vermesi³¹³ gibi durumlarda fiili taksimin varlığından bahsedilemez³¹⁴.

Yasal önalım hakkının kullanımına sebep olacak bir satış işleminin doğmasından sonra yapılan taksim, fiili taksim olarak kabul edilemez³¹⁵. Taşınmaz üzerinde fiili taksimden söz edilebilmesi için taksim, önalım hakkını kullanma imkânı doğmadan önce gerçekleştirilmelidir³¹⁶. Zira önalım hakkı kullanılabilir hale

³¹¹ Barış Özçelik, “Fiili Taksim Halinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılamayacağı Önündeki Yargıtay Uygulamasının Değerlendirilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.141, 2019, s.253-264, (**Fiili Taksim**), s. 260.

³¹² Y.14.HD. E. 2018/1565 K. 2019/2313 T. 13.3.2019; Y.14.H.D. E. 2016/4264 K. 2019/1022 T. 7.2.2019; Y.14.H.D. E. 2016/10308 K. 2019/330 T. 14.1.2019; Y.14.H.D. E. 2018/791 K. 2018/4856 T. 26.6.2018; Y.14.H.D. E. 2016/16190 K. 2017/7614 T. 17.10.2017 (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 13.06.2019).

³¹³ Y.14. HD E. 2016/18391 K. 2019/250 T. 10.1.2019: “*Mahkemece yapılan araştırmada taşınmazda davalının kullandığı yerin olduğu belirlenmiş ise de; davacının taşınmazı hissedar olan diğer mirasçılar ile birlikte, bütün tarım arazisi olarak kiraya verdiği anlaşılmış, davacının kullandığı bir yerin olduğu belirlenmemiştir. O halde taşınmazda geçerli bir fiili taksimin varlığından söz edilemez.*” (Kazancı İçtihat Programı, Erişim tarihi:05.06.2019).

³¹⁴ Özçelik, **Fiili Taksim**, s.256.

³¹⁵ Sayımlar, a.g.m., s.241.

³¹⁶ Y.6.HD., 25.6.2002T., 3056/4283 K. (Tunaboğlu, a.g.e., s. 661).

geldikten sonra yapılan bir taksim, sırf hakkın kullanılmasına engel olmak için yapılmış olabilir.

Yargıtay, yasal önalım hakkının kullanımını engelleyen fiili taksimin varlığına ilişkin değerlendirmelerinde, taşınmazın niteliği, paydaşlara özgülenme amacı gibi noktalarda herhangi bir ayrıma gitmemiştir. Yani, taşınmazın bir tarım arazisi olmasının ya da üzerine inşa edilmiş bir yapı olup olmamasının bir önemi bulunmaksızın fiili taksimin varlığına karar verip önalım hakkının kullanılamayacağına hükmetmektedir³¹⁷.

Yargıtay'ın konuya ilişkin bütün kararlarında yer alan “*Davalı eylemli paylaşma savunmasını tanık dâhil her türlü delil ile kanıtlayabilir*”³¹⁸ ifadesinden de anlaşılacağı üzere fiili taksim iddiasının, her türlü delille ispat edilmesi mümkündür. Ayrıca önalım hakkının kullanılmasına karşı fiili taksimin varlığını ileri süren davalı, bu iddiasını ispat etmek zorundadır³¹⁹. Yukarıda da belirttiğimiz gibi bu iddia her türlü delille ispat edilebileceğinden tanık, yemin gibi delillerle ispat sağlanabilecektir.

3. Önalım Hakkı Sahibi İle Payını Devreden Paydaşın Belirli Kısımları Kullanıyor Olması

Konuya ilişkin Yargıtay kararlarında³²⁰ geçen, yukarıda verdiğimiz fiili taksim tanımında yer alan “*her bir paydaşın belirli bir kısmı kullanması durumudur*” ifadesinden ve yine konuya ilişkin çoğu kararda geçen “*Önalım davasına konu payın ilişkin bulunduğu taşınmaz paydaşlarca özel olarak kendi aralarında taksim edilip her bir paydaş belirli bir kısmı kullanırken...*”³²¹ ifadesinden paylı mülkiyet

³¹⁷ Özçelik, **Fiili Taksim**, s.257-258.

³¹⁸ 14. HD., E. 2013/10554, K. 2013/11605, T. 16.09.2013; Y. 14. H.D. E. 2016/16882 K. 2019/3301 T. 10.4.2019; Y. 14. H.D. E. 2018/4238 K. 2018/8864 T. 11.12.2018 (Kazancı İçtihat Programı- Erişim tarihi:05.06.2019).

³¹⁹ Özçelik, **Fiili Taksim**, s.258.

³²⁰ YHGK, E. 2017/14-1761 K. 2018/407 T. 28.2.2018; YHGK, E. 2017/14-1747 K. 2018/1617 T. 6.11.2018 (Kazancı İçtihat Programı- Erişim tarihi:05.06.2019).

³²¹ Y.14. HD., E. 2018/4781, K. 2019/3619, T. 18.4.2019; Y.14. HD., E. 2016/5255, K. 2019/3027, T. 2.4.2019; Y.14.HD., E. 2016/16209, K. 2019/2651, T. 25.3.2019; Y.14.HD., E. 2016/6380, K. 2019/2348, T. 14.3.2019; Y.14. HD., E. 2018/816, K. 2018/4247, T. 29.5.2018: “*Önalım davasına konu payın ilişkin bulunduğu taşınmaz paydaşlarca özel olarak kendi aralarında taksim edilip her bir*

paydaşlarından her birinin kullanımına özgülenmiş ayrı bir bölüm olması gerektiği anlaşılmaktadır.

Fakat Yargıtay bir kararında, “*Davacı ve davalının taşınmazda ayrı ayrı kullandıkları yerler var ise taksim savunması kabul edilir. Dolayısıyla tüm paydaşların katılımı ile yapılmış bir taksim gerekli değildir*³²²” diyerek bütün paydaşlar için yapılmış bir paylaşımın varlığı aramamıştır. Yine aynı doğrultuda, yeni tarihli kararlarında³²³ “*bu taşınmazın, paydaşlarca kendi aralarında taksim edilmesi ve davacı ve davalıya pay satan paydaş(paydaşların) taşınmazın belirli bir kısmını kullanması gerekli ve yeterlidir.*” diyerek sadece önalım hakkını kullanan davacı ile davalıya payını satan paydaşın kullanımına ayrılmış bölümler olmasını aramakta ve diğer paydaşlara özgülenmiş bir bölüm olması gerektiğinden bahsetmemektedir.

Bunun yanında “*Bu davaya karşı davalının taşınmazın fiilen bölünerek kullanıldığı yönündeki savunması doğrultusunda dinlenen tanıkları, davacının kullanımı olmasa da pay satın aldığı malikin zemin kattaki daireyi, satıcı paydaşın birinci kattaki daireyi kullandığını beyan etmişlerdir. Yapı kullanma izin belgesinde her iki malikin adının da bulunduğu, iki dairenin girişlerinin farklı olduğu, belediyece iki ayrı numara verilmek suretiyle numaralandırıldığı, böylece taşınmazın fiilen taksim edilerek kullanıldığı anlaşılmaktadır.*”³²⁴ şeklindeki kararda ise önalım

paydaş belirli bir kısmı kullanırken bunlardan biri kendisinin kullandığı yeri ve bu yere tekabül eden payı bir üçüncü şahsa satarsa, satıcı zamanında bu yerde hak iddia etmeyen davacının tapuda yapılan satış nedeniyle önalım hakkını kullanması TMK'nın 2. maddesinde yer alan dürüst davranma kuralı ile bağdaşmaz.” (Kazancı İçtihat Programı-Erişim Tarihi: 04.06.2019).

³²² Y.14. HD, E. 2014/7327, K. 2014/11379, T. 20.10.2014 (Kazancı İçtihat Programı-Erişim Tarihi: 04.06.2019).

³²³ YHGK, E. 2017/14-1763 K. 2019/129 T. 12.2.2019; YHGK, E. 2017/14-1747 K. 2018/1617 T. 6.11.2018; YHGK E. 2017/14-1748 K. 2018/1329 T. 19.9.2018; Aynı yönde; Y.14. HD, E. 2016/4264, K. 2019/1022, T. 7.2.2019: “*Davacının kullandığı ve davalıya pay satan kişilerin kullandığı ayrı ayrı bölümler var ise satıcı zamanında kullanıma karşı çıkmayan, o yerde hak iddia etmeyen davacının tapuda pay satışı nedeni ile önalım hakkını kullanması Türk Medeni Kanununun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağı kabul edilmektedir.*”; YHGK, T. 28.2.2018, E. 2017/14-1761, K. 2018/407; Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, T. 6.2.2018 tarihli ve E. 2016/296, K. 2018/860 sayılı kararında “*Dolayısıyla tarafların hisselerine tekabül eden yer kadar kullanıp kullanmaması ve taraflar dışındaki hissedarların bu gayrimenkulde yer kullanmasının araştırılmasına gerek yoktur.*” Diyerek daha da ileri giderek yüz ölçümü bakımından tarafların paylarına denk gelen miktardaki kısımları kullanıp kullanmadıklarını araştırmaya gerek olmadığını belirtmiştir. (Kazancı İçtihat Programı-Erişim Tarihi: 04.06.2019).

³²⁴ Y.14. HD, E. 2013/4607, K. 2013/6642, T. 3.5.2013 (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 04.06.2019).

hakkını kullanan davacı paydaş belli bir bölümü kullanmıyor olsa bile bu paydaşın payı devraldığı eski paydaşın belli bir daireyi kullanması ve davalıya pay satmış olan satıcının başka bir daireyi kullanıyor olmasını, fiili taksimin varlığı için yeterli görmüştür. Başka bir kararda “...davaya konu taşınmazda davacının kullandığı pay bulunmadığından fiili taksimden söz edilemez”³²⁵ denilerek davacının kullandığı bir bölüm olmaması sebebiyle fiili paylaşımın olmadığı sonucuna varılmıştır.

Bazı kararlarda ise çok sayıda paydaşın bulunması halinde tüm paydaşların fiilen kullandığı bölümler olmasının aranmayacağı belirtilmiştir³²⁶. Yani paydaşların her birine ayrı ayrı özgülenmiş bir bölüm olması gerekli midir, bu gereklilik sadece paydaş sayısının çok olduğu durumda mı ortadan kalkacaktır yoksa her zaman sadece davacı ile davalıya satış yapan paydaşın fiili paylaşımı mı yeterli olacaktır sorularının kesin bir cevabı bulunmamaktadır. Bunun yanında yukarıda da değindiğimiz gibi Yargıtay’ın güncel kararlarından sadece önalım hakkı sahibi davacı ile payını satan davalının fiili taksiminin yeterli olacağı anlaşılmaktadır.

C. Fiili Taksimin Önalım Hakkının Kullanılmasına Etkisi

Yargıtay, önalım hakkının kullanılmak istendiği pay satışlarında, fiili taksimin bulunduğu kanaat getirdiği her durumda, zamanında diğer paydaşın kullanımına karşı çıkmayan, o yerde hak iddia etmeyen davacı paydaşın, pay satıldığı zaman önalım hakkını kullanmak istemesini, TMK’nın 2.maddesinde yer alan dürüstlük kuralına aykırı bulmuş ve önalım davasının reddi gerektiğini belirtmiştir. Yani Yargıtay önalım hakkının kullanımındaki fiili taksim engelini dürüstlük kuralına dayandırmaktadır³²⁷.

14.02.1951 tarihli ve 17/1 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı’yla kabul edildiği gibi kötüniet iddiası hâkim tarafından resen dikkate alınacak ve

³²⁵ Y.14. HD, E. 2014/8491, K. 2014/9115, T. 8.7.2014 (Kazancı İçtihat Programı-Erişim Tarihi: 04.06.2019).

³²⁶ “...taşınmazın çok sayıda paydaşının bulunması halinde tüm paydaşları tarafından fiilen kullanılan bölümlerin olması gerekmez.” Y.14. HD, E. 2014/6552, K. 2014/10138, T. 18.9.2014; Y.14. HD,E. 2014/6398,K. 2014/11139, T. 14.10.2014; 14. HD., E.2014/79, K.2014/2614, T. 27.02.2014 (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 04.06.2019).

³²⁷ Y.14.HD, E. 2016/4264 K. 2019/1022 T. 7.2.2019 (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 04.06.2019).

davanın her aşamasında ileri sürülebilecektir³²⁸. Yani dilekçeler aşaması geçtikten sonra da davalı taraf, savunmanın genişletilmesi yasağına takılmaksızın fiili taksimin mevcut olduğunu ve davacı paydaşın önalım hakkını kullanmak istemesinin hakkın kötüye kullanılmasını teşkil ettiğini iddia edebilecektir.

Her ne kadar Yargıtay fiili taksimi istikrarlı bir şekilde önalım hakkının kullanılmasına engel bir durum olarak kabul ediyor olsa da, doktrinde bu konu hakkında görüş birliği bulunmamaktadır. Bazı yazarlar Yargıtay'ın bu uygulamasının yerinde olduğunu ve paylı mülkiyette fiili taksim durumunda paydaşlardan birinin payını satması halinde, diğer paydaşların bu satışa karşı önalım haklarını kullanamayacaklarını kabul etmektedirler³²⁹.

Bu kararların yerinde olmadığı yönünde de görüşler mevcuttur. Bir görüşe³³⁰ göre fiili taksime ilişkin bir sözleşme yapılmış olsa bile, bu sözleşme önalım hakkından feragat anlamına gelmemelidir. Böyle bir taksim sözleşmesinin satış olarak değerlendirilmesi ve bu satışa karşı önalım hakkının zamanında kullanılmadığı iddiası yerinde olmayacaktır ve bu sebeple fiili taksim halinde de önalım hakkı kullanılabilir. Yine başka bir görüş fiili taksimin varlığına rağmen önalım hakkının kullanılıyor olmasının, her zaman hakkın kötüye kullanılması amacı taşıdığı yönünde bir genelleme yapmanın doğru olmadığı yönündedir³³¹.

Bu görüşte olan yazarlar, fiilen taksimin TMK 698-699 hükümleri anlamında bir paylaşım olmadığını, bu sebeple paylı mülkiyet paylarının tamamen bağımsızlaşmadığı ve paylı mülkiyet ilişkisinin sona ermediğini, bu kabulün yasal önalım hakkının amacı olan paylı mülkiyete yabancı birini sokmama ve taşınmazın

³²⁸ İlk derece yargılamasında ileri sürülmeyen fiili taksim savunmasının temyiz aşamasında ileri sürülebileceği yönünde bkz. Y14.HD, T. 5.12.2017, E. 2017/518 K. 2017/9099: "Somut olaya gelince, davalı vekili cevap dilekçesinde davaya konu taşınmazlarda fiili taksim savunmasında bulunmamış ise de, temyiz dilekçesinde fiili taksim savunmasında bulunulduğuna göre bu konuda davalıya delillerini sunması için süre verilmesi, delil bildirildiği takdirde toplanması, varsa davacı delillerinin de toplanarak varılacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı oluğu şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir."

³²⁹ Tekinay, a.g.e., s. 45; Eren, a.g.m., s. 116; Çay, a.g.e., s. 91; Beleç, a.g.e., s. 73; Özenli, a.g.e., s. 113; Tunaboylu, a.g.e., s. 541; Özenli, a.g.e., s. 61-62; Yasemin Özdek, "Önalımda (Şu'ada) Vazgeçme ve Bir Yargıtay Kararı", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. III, S. 3, 1985, s. 365.

³³⁰ Esener, Güven, a.g.e., s.283.

³³¹ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, a.g.e., s. 563, dn. 1242; Sirmen, a.g.e., s.422, dn. 631; Sayımlar, a.g.m., s. 646.

parçalanmasını önleme amaçlarına uygun olmadığı ve fiili paylaşım yapmanın önalım hakkından feragat anlamı taşımadığını belirtmektedirler³³².

Bir görüşe³³³ göre ise Yargıtay'ın bu uygulaması kısmen isabetlidir. Bazı durumlarda, özellikle paydaşların taşınmaz bir veya birden fazla yapı yaparak bu yapının farklı bölümlerini ya da farklı yapıları kullandıkları durumlarda, paylı mülkiyetin kâğıt üzerinde kaldığı ve böyle durumlarda önalım hakkının kullanılmasının dürüstlük kuralına ve çelişkili davranış yasağına³³⁴ aykırılık teşkil edebileceği belirtilmektedir. Bunun yanında özellikle paylı mülkiyetin bir tarım arazisi üzerinde olması durumunda, fiili paylaşımına rağmen, önalım hakkının kullanılması, yasal önalım hakkının temel amacı olan toprağın tek elde toplanması amacına ulaşmaya hizmet edeceğinden hak kullanılabilmesi ve fiili taksim iddiası böyle durumlarda dinlenmemelidir. Yani, önalım hakkının kullanılması söz konusu olduğunda ileri sürülen fiili taksim savunması, somut olaya göre incelenmeli ve buna göre hakkın kullanılmasına ya da kullanılmamasına karar verilmelidir.

Kanaatimizce de Yargıtay uygulaması kısmen isabetli kısmen isabetsizdir. Öncelikle paylı mülkiyete tabi taşınmaz üzerinde inşa edilen ve henüz kat mülkiyetine geçilmemiş bir yapı olması durumunda paydaşların ayrı ayrı kullandığı kısımlar olması halinde, bizce de önalım hakkının kullanılamaması yerinde bir uygulamadır. Bu durumun fiiliyatta kat mülkiyetine benzemesini de göz önüne alırsak bu uygulamanın yerindeliği daha iyi anlaşılabilecektir. Zira kat mülkiyetine geçilmiş olsaydı zaten Kat Mülkiyeti Kanunu m.8/I gereği önalım hakkı kullanılamayacaktı.

Fakat bu durumun dışındaki, paylaşımın yukarıdaki örnekteki gibi paydaşlara ayrı dairelerin düşmesi kadar net olmadığı fiili paylaşımlarda, önalım hakkının kullanılmasının dürüstlük kuralına aykırı olmadığı söylenebilir. Özellikle yasal önalım hakkının, taşınmazı tek elde toplama amacı düşünüldüğünde, böyle taksimlerde önalım hakkının kullanılması mümkün olmalıdır. Hatta özellikle taşınmazın bir tarım arazisi olduğu düşünüldüğünde, fiili taksim söz konusu olduğunda, sırf paylı mülkiyetin söz konusu olması sebebiyle davacı paydaşın hak

³³² Şıpka, a.g.e., s. 116 vd.; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, a.g.e., s.557, s.563, dn.1242.

³³³ Özçelik, a.g.m., s.260.

³³⁴ Hatemi, Serozan, Arpacı, a.g.e., s. 615.

kaybına uğratılması hakkaniyete aykırı olacaktır. Şöyle ki; 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 8/İ hükmüne göre sınırdaş tarımsal arazi malikinin önalım hakkı varken, paylı mülkiyetteki paydaşların, taşınmazı fiilen paylaşarak sınır komşusu olmaları ihtimalinde önalım hakkını kullanamamaları hakkaniyete uygun değildir. Genel nitelikli hukuk kuralları içeren TMK ile tanınan yasal önalım hakkının daha güçlü olması gerekirken, bu durumda sırf tapuda paylaşım yapılmadı diye sınırdaş kabul edilemeyen paydaş, önalım hakkını kullanamayacaktır. Sonuç olarak, bizce de fiili taksim her somut olay açısından ayrı değerlendirilmeli ve bu değerlendirmeye göre önalım hakkının kullanımına engel olup olmayacağına karar verilmelidir.

XI.DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI KULLANIM

Dürüstlük kuralı TMK m.2 ile düzenlenmiş, uyulması gereken genel bir kuraldır. Her hakkın kullanılmasında uyulacağı gibi önalım hakkının kullanımında da dürüstlük kuralına uyulmalıdır³³⁵. Dürüstlük kuralına aykırılık hâkim tarafından her olay açısından ayrı değerlendirilecek ve hüküm kurulacaktır³³⁶. Önalım hakkı bakımından Yargıtay'ın dürüstlük kuralına aykırılık tespiti yaptığı bazı durumlar aşağıda incelenecektir.

Yargıtay bir kararında³³⁷ taşınmazın tamamına sahip olan bir kimsenin, bu taşınmazı parsellere ayırıp bir kısım payı satması ve sonrasında bu paylardan bir kısmının üçüncü kez el değiştirmesi üzerine önalım hakkını kullanmasını dürüstlük kuralına aykırı bulmuş ve davanın reddinin gerektiği yönünde karar vermiştir.

Bir diğer kararda³³⁸ velayeti altındaki çocuklarının payını üçüncü bir kişiye satan yasal temsilcinin daha sonra aynı bedel üzerinden önalım hakkını kullanmak istemesi, TMK m. 2'ye aykırı bulunmuştur.

³³⁵ Tekinay, a.g.e., s.44; Ayan, a.g.e., s.397.

³³⁶ Oğuzman, Barlas, a.g.e.,s.269.

³³⁷ Y.6. HD., E. 1989/12389, K. 1989/15269, T. 18.10.1989 (Kazancı İçtihat Programı- Erişim Tarihi: 5.6.2019).

³³⁸ Y. 6. H.D. T. 25.4.1985 E. 1985/4561 K. 1985/5504 (Kazancı İçtihat Programı- Erişim Tarihi: 5.6.2019).

Paylı mülkiyete tabi taşınmazın tamamının ya da bir payının, tüm paydaşlar tarafından satılması halinde de paydaşlardan birinin önalım hakkını kullanması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir³³⁹.

Toplu konut yapımı gibi durumlarda, alıcıların bağımsız bölüm sahibi olmak için, kat mülkiyeti ya da kat irtifakına geçilmeden önce arsa payı satın alması durumunda, arsa payını diğer alıcılardan daha önce alan kişilerin önalım hakkı kullanarak düşük fiyatlarla daire sahibi olması da dürüstlük kuralına aykırı bir durum teşkil etmektedir³⁴⁰.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi dürüstlük kuralına aykırılık iddiası yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilen ve her türlü delille ispatlanabilen bir itirazdır.

Bunların yanında önalım hakkından feragat ya da feragat anlamına gelen davranışlarda bulunulması durumunda ve fiili taksim durumunda önalım hakkının kullanılması da dürüstlük kuralına aykırılık olarak kabul ediliyor olmakla birlikte bu hususlar çalışmamızda ayrı başlıklar altında incelenmiştir.

XII.SATIŞIN GEÇERSİZ OLMASI

A. Genel Olarak

Bir sözleşmenin geçerli olabilmesi için tarafların sözleşme ehliyetinin olması, sözleşmenin şekle uygun olarak yapılması, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmaması, konusunun imkânsız olmaması ve irade sakatlığının bulunmaması gerekir³⁴¹. Bu unsurlarda eksiklik olması durumunda sözleşme geçersiz olacak ve borç doğmayacaktır. Önalım olayını

³³⁹ Gürsoy, Eren, Cansel, a.g.e., s.617; Tekinay, a.g.e., s.43; Ayan, a.g.e., s.398.

³⁴⁰ “Bu durumda davalının taşınmazların arsa payının değil bu arsa üzerine yapılan binanın bir dairesini satın alındığını kabul edilmek gerekir. Davacının da aynı şekilde edindiği bir dairede oturduğu anlaşılmaktadır. Taraflar yanını henüz bitmiş olan binada bağımsız bölüm sahibi olmak amacı ile birer daire almışlardır. Amaç herhangi bir arsanın payını almak değil bu arsa payına isabet eden dairenin alınmasıdır. Davacının buna rağmen davalının daire edinmek kasdıyla aldığı pay için şuf’a hakkının kullanması ve çok düşük fiyatla satın alınan arsa kıymeti üzerinden para sarfedilip yüksek kıymet kazanan daireyi kanun boşluklarından yararlanarak elde etmek istemesi için niyet kuralları ile bağdaşmaz. Bu cihet nazara alınmadan şuf’a hakkın kabulü ile yazılı şekilde iptal ve tescile karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır.” 6. HD., E. 1980/9356, K. 1980/8634, T. 7.10.1980.

³⁴¹ Kılıçoğlu, a.g.e., s.97.

oluşturan satım sözleşmesinin de geçerli olması gerekir. Satım sözleşmesinin geçersiz olması halinde önalım hakkı kullanılamayacaktır³⁴².

Önalım hakkının meydana gelmemesi için satışın geçersiz olması yeterli olup borcun ifa edilip edilmemesi bu durumu etkilemeyecektir³⁴³. Bunun yanında, taşınmaz mülkiyetinin devrinde sebebe bağlılık prensibi kabul edildiğinden geçersiz bir satış sözleşmesine dayanarak yapılan tescil de yolsuz olacaktır³⁴⁴. Keza TMK m. 1024/2'ye göre de; bağlayıcı olmayan bir hukuki işleme dayanan veya hukuki sebepten yoksun bulunan tescilin yolsuz olacağı düzenlenmiştir. Böyle yolsuz bir tescile karşı, TMK m.1025'e dayanılarak tescilin düzeltilmesi istenebilir.

Sözleşmedeki geçersizlik halleri, kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik halleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır³⁴⁵. Kesin hükümsüzlük halleri; irade beyanında bulunan kişinin ehliyetsiz olması, sözleşmenin geçerlilik şartına aykırılık, kamu düzenine, genel ahlaka, kanunun emredici hükümlerine, kişilik haklarına aykırılık, sözleşmenin konusunun imkânsız olması halleri ile sözleşmenin muvazaalı olması halleridir. Kesin hükümsüzlük halleri, herkes tarafından her zaman ileri sürülebilen, dava açmaya gerek olmaksızın sözleşmeyi kendiliğinden hükümsüz kılan, hâkim tarafından da resen dikkate alınması gereken hallerdir³⁴⁶. İptal edilebilirlik halleri ise, taraf iradelerinin yanı sıra, aldatma, korkutma ve gabin sebepleriyle sakat olması halleridir. Bu hallerde sözleşme baştan itibaren geçersiz olmasına rağmen iptal hakkı sahibi süresi içerisinde iptal hakkını kullanmazsa sözleşme geçerli hale gelecektir³⁴⁷. İptal edilebilirlik halleri hâkim tarafından re'sen dikkate alınmadığı gibi, bu husus sadece iradesi sakatlanan taraf tarafından ileri sürülebilecektir.

³⁴² Oğuzman, Seliçi. Oktay-Özdemir, a.g.e., s.539; Sirmen, a.g.e., s.412; Ayan, a.g.m., s.342; Aydoğan, a.g.e., s.28.

³⁴³ Kırkbeşoğlu, a.g.e., s.46.

³⁴⁴ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 287 vd.

³⁴⁵ Kılıçoğlu, a.g.e., s.98.

³⁴⁶ S. Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Attila Altop, **Eşya Hukuku, C. I. (Zilyetlik – Tapu Sicili –Mülkiyet)**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 5. Bası, 1989, s. 376; Oğuzman, Öz, a.g.e., s.181; Oğuzman, Barlas, s.225.

³⁴⁷ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.184; irade bozukluklarının düzelebilir hükümsüzlük sonucunu doğurduğu yönünde: Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz, H. Murat Develioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016, s.239.

B. Kesin Hükümsüzlük Halleri

1. Şekle Aykırılık

TBK m.12/1’de belirtildiği üzere “*Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir*”. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere sözleşmeler açısından genel olarak şekil serbestisi kabul edilmektedir. Ancak aynı hükmün devamında, kanunda bir sözleşme için şekil şartı öngörülmüşse bu şekle uyulmaması durumunda sözleşmenin hüküm doğurmayacağı belirtilmiştir.

TBK m.237 ve TMK m.706’da taşınmaz satışı resmi şekle tabi tutulmuştur. Taşınmaz satışı açısından resmi şekil, Tapu Kanunu m.26’ya göre tapu sicil memurları tarafından resmi senet düzenlenmesi suretiyle gerçekleştirilecektir. Böyle yapılmayan bir taşınmaz satış sözleşmesi kesin hükümsüz olacaktır³⁴⁸.

Taraflar şekle aykırı bir satış sözleşmesine dayanarak karşı taraftan ifa talep edemeyecekleri gibi, sözleşmenin ifa edilmesi durumunda sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ifa ettiklerini geri isteyebileceklerdir³⁴⁹.

Şekle aykırı bir taşınmaz satış sözleşmesi, kesin hükümsüz olduğundan önalım olayını da oluşturmaz ve önalım hakkı sahibi şekle aykırı bir satış sözleşmesine dayanarak önalım hakkını kullanamaz. Ancak önalım hakkının kullanılması üzerinde, sırf bu hakkı bertaraf etmek için şekle aykırılığın ileri sürülmesi durumunda hakkın kötüye kullanılması söz konusu olur ve şekle aykırılık iddiası dinlenmez³⁵⁰.

2. Kanunun Emredici Hükümlerine, Ahlaka, Kamu Düzenine, Kişilik Haklarına Aykırılık

TBK m. 27 hükmünce kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı sözleşmeler kesin hükümsüzdür.

³⁴⁸ Şekle aykırılığın kendine özgü geçersizlik olduğu yönünde bkz: Tandoğan, a.g.e., s.233 vd.; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 480; Hatemi, Serozan, Arpacı, a.g.e., s. 540.

³⁴⁹ TBK m.77/2 gereği.

³⁵⁰ Akalp Demirtabak, a.g.e., s.55.

Taşınmaz satış sözleşmelerinin, bu şekilde hükümsüz olması çok rastlanılan bir durum değildir. Bir taşınmaz satış sözleşmesinin ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olması pek mümkün olmasa da böyle bir durumda da satış sözleşmesi geçersiz olacak ve böyle geçersiz bir sözleşmeye karşı önalım hakkı kullanılamayacaktır.

3. Konusu İmkânsız Olan Sözleşmeler

TBK m. 27 hükmünce konusu imkânsız olan sözleşmeler de kesin hükümsüzdür. Örneğin bir kimse arazisinin elli metrekarelik bölümünü satmak istemiş, fakat imar mevzuatına göre bu yüz metrekareden küçük parsel için verilmiyorsa, sözleşmenin konusu imkânsız sayılır³⁵¹. Önalım hakkına konu taşınmaz ya da payın da böyle imar mevzuatına aykırı bir sözleşmeye konu olması durumunda, hukuki imkânsızlıktan dolayı sözleşme geçersiz olacak ve önalım hakkı kullanılamayacaktır.

Yine, önalım hakkının konusu olan taşınmaz ya da paylı mülkiyet payının satım sözleşmesinin yapıldığı sırada kamu malı haline gelmiş olması durumunda satım sözleşmesi hükümsüz olur³⁵².

4. Taraf Ehliyetinin Olmaması

Bir sözleşmenin geçerli olabilmesi için sözleşmenin taraflarının fiil ehliyetine de sahip olması gerekir. TMK m.14'e göre ayırt etme gücüne sahip olmayan, küçük ve kısıtlıların fiil ehliyeti bulunmamaktadır. Dolayısı ile böyle kişilerin yaptıkları sözleşmeler de geçersiz olacaktır.

Önalım konusu malın, ehliyetsiz bir kişi tarafından satılması da satış sözleşmesini geçersiz kılar ve önalım olayı oluşmaz. Bunun yanında TMK m.16 gereği ayırt etme gücüne sahip kısıtlı ya da küçük, yasal temsilcisinin rızası ile kendisini borç altına sokan sözleşmeyi yapabilecektir.

³⁵¹ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.89.

³⁵² Akalp Demirtabak, a.g.e., s.56.

5. Muvazaa

Muvazaa, tarafların görünürdeki sözleşmenin hiç hüküm doğurmaması ya da bu sözleşme yerine başka gizli bir sözleşmenin hüküm doğurmasını kararlaştırmaları durumunda ortaya çıkar. Tarafların yaptıkları sözleşmenin hiç hüküm doğurmamasını kararlaştırdıkları durumda mutlak muvazaa söz konusu olur. Ancak görünürdeki sözleşme yerine gizli bir sözleşmenin hüküm doğurması yönünde iradelerinin olması durumunda nispi muvazaadan söz edilecektir³⁵³. Muvazaa halinde de sözleşme hükümsüz olarak doğar. Önalım hakkına konu olan bir taşınmaza ya da paya ilişkin satış sözleşmesinde muvazaa olması halinde de satış sözleşmesi geçersiz sayılacaktır.

a. Mutlak Muvazaa

Böyle bir satış sözleşmesinde mutlak muvazaa genellikle önalım hakkı sahibini taşınmazı alması yönünde harekete geçirmek amacıyla söz konusu olmaktadır. Taşınmaz maliki bu amaçla gerçekte bir satış sözleşmesi yapmamış olmasına rağmen, görünürde hüküm doğurmayacak bir satış sözleşmesi yaparak önalım hakkı sahibi tarafından taşınmazın alınmasını sağlamaya çalışabilir³⁵⁴. Hatta önalım hakkı sahibinin hakkın konusu olan taşınmaz ya da payı alacağından emin olan bir önalım borçlusunu, yüksek bir bedelle satış sözleşmesi yapılmış gibi de gösterebilir.

Bu durumlarda önalım hakkı sahibinin muvazaayı öğrenme zamanına göre durum değişecektir. Öncelikle önalım hakkını kullanmadan ya da önalım davası devam ederken muvazaayı öğrenen hak sahibi, hakkını kullanmayabilir veya davasından feragat edebilir. Ayrıca kesin hükümsüzlük halleri herkes tarafından her zaman ileri sürülebileceğinden satışın hükümsüzlüğünü ve sicilin terkinini de talep edebilecektir.

³⁵³ Oguzman/Öz, a.g.e., s. 108 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoglu/Alttop, a.g.e., s. 408.

³⁵⁴ Feyzioğlu, s. 419- 420; Özenli, s. 134; Şıpka, s. 71.

Önalım hakkı sahibinin önalım hakkını kullanıp bedeli ödemesi ve taşınmazın mülkiyetini kazanmasından sonra muvazaayı öğrenmesi durumu ise daha karmaşıktır. Böyle bir durumda önalım hakkı sahibinin hakkını kullanması sonucu oluşan satış sözleşmesinin hükümsüzlüğünü istemesi ve bu doğrultuda ödediği bedelin iadesini istemesi gerekecektir. Bu talebinde ise aldatma ya da yanıltma hükümlerine dayanarak muvazaayı öğrenmesinden sonra bir yıl içinde önalım borçlusu ile yaptığı satış sözleşmesinin iptalini ve bedelin iadesini isteyebilir³⁵⁵.

b. Nispi Muvazaa

Bunun yanında önalım hakkına konu taşınmaz ya da paylı mülkiyet payı sahibi, önalım hakkının kullanılmasını engellemek amacıyla esasen satış sözleşmesi yapılmasına rağmen görünüşte bağışlama sözleşmesi gibi önalım olayını oluşturmeyen bir sözleşme türü olarak gösterebilir.

Önalım hakkına ilişkin olarak uygulamada en çok rastlanılan muvazaa tarzı, satış sözleşmesinin bağışlama sözleşmesi olarak gösterilmesidir. Böyle bir muvazaada, görünürdeki bağışlama sözleşmesi, TBK m.19 gereği muvazaa sebebiyle; gizlenen satış sözleşmesi ise şekle aykırılıktan dolayı hükümsüz olacaktır³⁵⁶. Dolayısı ile hükümsüz bir satış sözleşmesine dayanarak önalım hakkının kullanılamaması gerekir³⁵⁷. Fakat böyle bir kabul önalım borçlusunun yaptığı hukuka aykırı işlemin amacına ulaşmasını sağlayacak ve hakkaniyete aykırı olacaktır. Bu sebeple önalım hakkı sahibi, muvazaa iddiasında bulunarak asıl sözleşmenin satış yönünde olduğunu tanık başta olmak üzere her türlü delille ispatlayarak³⁵⁸ önalım hakkını kullanabilir³⁵⁹. Muvazaa iddiasında bulunan, muvazaalı sözleşmenin tarafları olursa yalnız yazılı delille ispatlayabilir³⁶⁰. Ancak sözleşmenin tarafının muvazaa iddiası ile sözleşmenin geçersiz olduğunu ve önalım hakkının kullanılamayacağını

³⁵⁵ Sebük, a.g.e., s. 87; Feyzioğlu, a.g.e., s. 420; Özenli, a.g.e., s. 135; Şıpka, a.g.e., s. 71.

³⁵⁶ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.132; Avcı Braun, a.g.e., s.1461.

³⁵⁷ Tandoğan, a.g.e., s.288; Gürsoy, Eren, Cansel, a.g.e., s.637.

³⁵⁸ Yıldız, a.g.e., s.85; Şıpka, a.g.e., s.75; “Şu’fa davasında, davacılar, tapuda hibe olarak görülen muamelenin hakikatte satış olduğunu ileri sürdüklerine göre, bu iddialarını tanık dahil her türlü delil ile isbat edebilirler.” YHGK E. 1996/6-968 K. 1997/214 T. 19.3.1997 (Kazancı İçtihat Programı-Erişim Tarihi: 5.6.2019).

³⁵⁹ Feyzioğlu, a.g.e., s.418.

³⁶⁰ YİBK 5.2.1947 T., 1945/20 E., 1947/6 K. (Lexpera, Erişim Tarihi: 5.6.2019)

ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması sayılacağı doktrinde ve Yargıtay uygulamalarında kabul edilmektedir³⁶¹.

Bir başka muvazaa tarzı ise bağışlama sözleşmesinin satış sözleşmesi gibi gösterilmesidir. Genellikle bir mirasçısına taşınmazını bağışlamak isteyen miras bırakan, diğer saklı paylı mirasçılarının tenkis davası açma ihtimaline karşı yaptığı bağışlamayı satış olarak gösterir. Bu taşınmazın üzerinde önalım hakkı olması durumunda, önalım hakkı sahibinin satış sözleşmesine dayanarak hakkını kullanmasına zemin hazırlanmış olur. Ancak asıl amacı bağışlama olan bu muvazaalı satış sözleşmesine karşı önalım hakkı kullanılabilecek midir? Öncelikle burada muvazaa iddiasını ileri sürmesi beklenen kişi, muvazaalı sözleşmenin taraflarıdır. Fakat doktrinde, kişinin kendi hukuka aykırı davranışından menfaat elde etmemesi gerektiği ve burada önalım borçlusu ya da yeni malikin kendi yaptığı muvazaaya dayanarak görünürdeki satış sözleşmesinin hükümsüzlüğünü ileri sürerek önalım hakkının kullanımını engelleyememesi gerektiği belirtilmektedir³⁶². Bizim de katıldığımız bu görüşe göre böyle bir satış sözleşmesi durumunda da önalım hakkı kullanılabilir. Buna karşılık Yargıtay, 27.3.1957 tarih ve 12/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında³⁶³ eş, evlat ve akrabaya yapılan satımların, hibe veya miras hukukuna ilişkin amaçlar taşıması halinde, önalım hakkının kullanılamayacağına hükmetmiştir. Bu husus çalışmamızda “Dostluk Satışları” başlığı altında ayrıca incelenecektir³⁶⁴.

Yukarıda açıkladığımız muvazaa türleri, sözleşmenin niteliğinde muvazaadır. Bunun yanında tarafların tapudaki masrafları düşürmek amacıyla bedeli düşük göstermek veya önalım hakkı sahibinin hakkını kullanmasını önlemek amacıyla bedeli yüksek göstermek gibi şekillerde bedelde muvazaa yani sözleşmenin şartlarında muvazaa yapmaları da mümkündür³⁶⁵. Öncelikle yukarıda da belirttiğimiz gibi önalım yükümlüsü ile yeni malikin, satış sözleşmesindeki bedel muvazaasını

³⁶¹ Hatemi, Serozan, Arpacı, a.g.e., s. 612; Özenli, s. 134; Sebük, s.88; Şıpka, a.g.e., s. 75; Tekinay, a.g.e., s. 27; Yıldız, a.g.e., s. 85; YİBK, 4.5.1942 T., 1942/57 E., 1942/17 K.(RG 11.5.1942, S. 4506).

³⁶² Hatemi, Serozan, Arpacı, a.g.e., s.612; Kılıçoğlu, a.g.e., s. 65; Özenli, a.g.e., s.138; Sebük, a.g.e., s.88; Şıpka, a.g.e., s.73; Tunaboylu, a.g.e., s.288; Yıldız, a.g.e., s. 87; davalının asıl sözleşmenin bağışlama olduğunu iddia edebileceği yönünde: Ayan, a.g.e., s.393.

³⁶³ RG 21.8.1957, S.9687.

³⁶⁴ Bkz. aşağıda, s.97.

³⁶⁵ Feyzioğlu, a.g.e., s.421; Şıpka, a.g.e., s.76.

ileri sürerek sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürmeleri, hakkın kötüye kullanılması sayılacağından sözleşmenin taraflarının bu nedene dayanamayacaklarını tekrar belirtmek gerekir. Bunun üzerine iki çeşit bedel muvazaasını sırasıyla inceleyecek olursak;

Önalım olayını oluşturan satım sözleşmesinde, taraflar, önalım hakkının kullanılmasını engellemek amacıyla bedeli çok yüksek göstermiş olabilirler. Böyle bir durum elbette bedelin önalım sözleşmesinde düzenlendiği nitelikli sözleşmesel önalım hakkı açısından sorun teşkil etmeyecektir. Fakat bedele ilişkin herhangi bir ek sözleşme yapılmamışsa, bu durum, yasal önalım hakkı ve adi sözleşmesel önalım hakkı bakımından, önalım hakkı sahiplerini zor duruma sokacaktır. Bedelin yüksek gösterildiği böyle bir bedel muvazaasında, önalım hakkı sahibi, muvazaayı ispatlayabilirse önalım hakkını gerçek değer üzerinden kullanabilir³⁶⁶. Davacı önalım hakkı sahibi, muvazaaya konu sözleşmenin tarafı olmadığından muvazaayı her türlü delille ispatlayabilir³⁶⁷. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre davacı muvazaa iddiasını ispatlayamazsa kendisine resmi senetteki bedel üzerinden hakkını kullanıp kullanmayacağı sorulur ve bunun sonucuna göre karar verilir³⁶⁸.

İkinci ihtimale yani satış bedelinin düşük gösterilmesi ihtimaline gelecek olursak, bu konuda çeşitli görüşler yer almaktadır. Öncelikle bir kişinin hukuka aykırı davranışına dayanmasının hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği ve dolayısı ile davalının bedelde muvazaa olduğunu, bedelin normalden düşük gösterildiğini ve önalım hakkının taşınmazın gerçek değeri üzerinden kullanılması gerektiğini ileri süremeyeceği, bazı yazarlarca ve yakın tarihli Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir³⁶⁹. Bunun yanında önalım hakkının tapudaki düşük bedel

³⁶⁶ Tekinay, a.g.e., s.27; Sebük, a.g.e., s.89.

³⁶⁷ “Dava konusu payın satışına ilişkin hukuki işlemin tarafı olan davalı üçüncü kişi durumundaki davacıya karşı bedelde muvazaa iddiasında bulunamaz ise de davacı önalım hakkına engel olmak amacıyla satış bedelinin resmi satış senedinde yüksek gösterildiğini iddia edebilir ve bu iddiasını tanık dahil her türlü delille kanıtlayabilir.” Y.14.HD E. 2019/788 K. 2019/3025 T. 2.4.2019 (Kazancı İçtihat Programı- Erişim Tarihi: 05.06.2019).

³⁶⁸ Y. 6. HD E. 2001/4511 K. 2001/5870 T. 10.7.2001; YHGK, E. 1977/6-17 K. 1978/408 T. 31.5.1978; Y6.HD E. 2004/68 K. 2004/1055 T. 24.2.2004 (Kazancı İçtihat Programı- Erişim Tarihi: 05.06.2019)

³⁶⁹ Tekinay, a.g.e., s.52; Özenli, a.g.e., s.144; Feyzioğlu, a.g.e., s.431; Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s.71; “Paydaş davacı bu payı satın almak isterse satıcı ile davalı arasında yapılan satım akdinde kararlaştırılan bedeli ve bu satım sebebiyle tapuda ödenen harç ve masrafları ödemek zorundadır. Olayımızda, dava konusu payın 14.11.2001 tarihinde altıyüz milyon TL. bedelle davalıya satıldığı

üzerinden kullanılmasının, davacının sebepsiz zenginleşmesine ve haksız kazanç elde etmesine sebep olacağı, taşınmazın önalım hakkının kullanıldığı tarihteki değeri üzerinden hakkın kullanılması gerektiğini belirten yazarlar³⁷⁰ ve kararlar³⁷¹ da bulunmaktadır.

Kanaatimizce de önalım hakkı tapudaki düşük bedel üzerinden kullanılmamalıdır. Davalı malik ile satıcının böyle bir uygulamaya gitmesinin amacının önalım hakkı sahibine yönelik olmadığı ortadadır. Sadece vergi ve harcı azaltmak için bedeli düşük göstermelerinin, önalım hakkı sahibinin tapudaki düşük bedel ile taşınmaza sahip olmasına yol açması, davalı tarafı cezalandırma niteliğinde olacaktır. Ayrıca aksi yönde kabul, önalım hakkı sahibinin bu durumu kötüye kullanmasına, hakkını kullanmayacak olsa bile sırf düşük bir bedelle taşınmaza sahip olmak gayesiyle hakkını kullanmaya itebilecektir. Dolayısı ile önalım hakkının, taşınmazın gerçek değeri üzerinden kullanılması hakkaniyete daha uygun olacaktır.

C. İptal Edilebilirlik Halleri

Sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğuran bir diğer durumsa iptal edilebilirlik halleridir. Bu durumda sözleşme baştan sakat olarak doğmakta, iptal sebeplerine dayanılarak sözleşmenin iptal edilmesi halinde ise baştan itibaren kesin

tapu kaydı ve akit tablosu ile sabittir. Hernekadar davalı bedelin düşük gösterildiğini, gerçekte yedi milyara aldığını ileri sürmüş ise de, davalı satım akdinin tarafı olduğundan, bedelde muvazaa yapıldığı iddiasında bulunamaz.” Y.6.HD., E. 2004/4911 K. 2004/5044 T. 21.6.2004; “Satış sözleşmesinin tarafı olan davalının satış bedelinin tapuda gösterilen miktardan fazla olduğu savunması dinlenemez. Davalı yapmış olduğu sözleşme ile bağlı olup bunun aksini savunma ve kanıtlama olanağından yoksundur.” Y.6.HD. E. 2005/7136 K. 2005/8331 T. 20.9.2005; aynı yönde: YHGK, 6.4.2016, 2014/356 E., 2016/491 K. (Kazancı İçtihat Programı- Erişim Tarihi: 05.06.2019)

³⁷⁰ Tandoğan, a.g.e., s.238; Avcı Braun, a.g.e., s.1462; Ayan, a.g.e., s.410; önalım hakkı sahibine bedelin gerçekte gösterilenden daha az olduğunu ispat imkanı verildiği gibi önalım yükümlüsüne de gerçekte bedelin daha fazla olduğunu ispat imkanının verilmesi gerektiği yönünde bkz. Aybay, Hatemi, a.g.e., s.198.

³⁷¹ “Gerçekten hakikatı yansıtmayan sicildeki düşük satış bedelinin kabul edilmesi, Şufa hakkının kullanıldığı tarih ile satış günü arasında geçen sürede taşınmazın değerinde, enflasyon ve diğer objektif nedenlerle meydana gelen artışların gözetilmemesi, hukukun amacı olan adaletin somutlaşmasını önlediği ve çıkarlar dengesini bozduğu tartışılmayacak kadar açık bir olgudur. Zira önalım hakkı sahibi, sebepsiz zenginleşirken alıcı olan davalı fakirleşmektedir. Şufa (önalım) hakkının kullanılması nedeniyle Şufa hakkı sahibi davacının, bedele ilişkin yükümlülüğü, hakka konu olan payın kullanıldığı tarihteki (önceden kullanılmamış ise dava tarihi) değeri olmalıdır.” YHGK E. 1994/6-343, K. 1994/625, T. 19.10.1994; aynı yönde: YHGK, E. 1993/6-761, K. 1993/192, T. 5.5.1993.

hükümsüz hale gelir³⁷². İptal edilebilirlik hallerinde iptal hakkı daha çok tarafların yararını korumak için koyulmuş olup sadece taraflarca ileri sürülebilir³⁷³.

TBK m.30-35 arasında düzenlenen yanıltma, TBK m.36'da düzenlenmiş olan aldatma, TBK m.37 ile m.38'de düzenlenmiş olan korkutma ve TBK m.28'de yer alan aşırı yararlanma halleri bu hallere maruz kalan taraf tarafından sözleşmenin iptal edilmesine sebep olabilir.

İptal edilebilirlik hallerine maruz kalarak iradesi sakatlanan taraf, aldatma veya yanıltmayı öğrendiği tarihten itibaren bir yıl içinde, korkutmanın etkisinin kalktığı andan itibaren bir yıl içinde iptal hakkını kullanmalıdır. Aksi halde sözleşmeyi onamış sayılır ve sakat olarak doğan sözleşme baştan itibaren geçerli hale gelir ve iptal edilme olasılığı kalmaz³⁷⁴.

Aşırı yararlanma durumunda ise zarar gören iptal hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl içinde ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanmalıdır.

Önalım olayının konusunu oluşturan satış sözleşmesinde de bu iptal edilebilirlik hallerinden birisinin bulunması ve iradesi sakatlanan tarafça sözleşmenin iptal edilmesi halinde önalım hakkı kullanılamayacaktır³⁷⁵. Zira böyle bir durumda geçerli bir satış akdi olmayacağından önalım olayı da gerçekleşmemiş sayılacaktır. Bunun yanında TBK m. 241/2 hükmünde önalım hakkı kullanıldıktan sonra satış akdinin ortadan kaldırılmasının önalım hakkı sahibine karşı kullanılamayacağı belirtilmiştir. Dolayısı ile önalım hakkı kullanıldıktan sonra satış sözleşmesinin iptal edilmesi sözleşmesel önalım hakkının kullanılmasını etkilemeyecektir³⁷⁶.

³⁷² Oğuzman, Öz, a.g.e., s.184.

³⁷³ Kılıçoğlu, a.g.e., s.101.

³⁷⁴ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.183.

³⁷⁵ Avcı Braun, a.g.e., s.1471; Aydoğdu, a.g.e., s.29.

³⁷⁶ Kırkbeşoğlu, a.g.e., s.55.

XIII.TAŞINMAZ SATIŞ VAADI

Önalım olayını oluşturup oluşturmadığı tartışmalı olan ilişkilerden biri de taşınmaz satış vaadi sözleşmeleridir. Bu husus hakkında bir sonuca varabilmek için öncelikle taşınmaz satış vaadinin niteliğinin incelenmesi gerekir.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, genel olarak, bir tarafa veya iki tarafa, bir taşınmazın satış sözleşmesinin yapılmasını isteme hakkı veren bir ön sözleşme olarak tanımlanmaktadır³⁷⁷. Bu sözleşme, tek başına mülkiyetin nakli borcunu doğurmayan yani taşınmaz üzerinde tasarrufun söz konusu olmadığı, asıl satış sözleşmesinin yapılmasını talep etme yetkisi veren ayrı bir ön sözleşmedir³⁷⁸. Yargıtay içtihatları da taşınmaz satış vaadinin bir ön sözleşme olduğu yönündedir³⁷⁹. Taşınmaz satış vaadi alacaklısının talebiyle, satış vaadi borçlusu, satış sözleşmesini yapma borcu altına girmektedir. Taşınmazı satma veya satın alma borcu satış vaadi sözleşmesi ile değil, bu sözleşmeden doğan hakkın kullanılması ile doğmaktadır³⁸⁰.

Taşınmaz satış vaadi alacaklısının hakkını kullanması sonucunda, vaat borçlusu satış sözleşmesi yapmaya yanaşmazsa, vaat alacaklısı TMK m.716'ya göre hâkimden taşınmazın kendi adına tescilini isteyebilir³⁸¹. Hâkimin vereceği kararla mülkiyetin vaat alacaklısına geçmesi hususu her ne kadar doktrinde bazı yazarlarca³⁸² eleştiriliyor olsa da, Yargıtay'ın kökleşmiş görüşü doğrultusunda uygulamada hâkimin kararıyla taşınmazın mülkiyeti geçmektedir³⁸³.

³⁷⁷ Gürsoy, Eren, Cansel, a.g.e., s. 253; Lütfü Dalamanlı, **Gayrimenkul Satış Vaadi**, Ankara, Kazancı Yayınevi, 1986, s.3.

³⁷⁸ Gürsoy, Eren, Cansel, s. 490; Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e., s. 67 vd; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 390.

³⁷⁹ “Zira yasal anlamda satış vaadi sözleşmesi, herhangi bir taşınmazın, ilerde mülkiyetinin nakledilmesini isteyebilmek amacı ile düzenlenen bir ön akittir.”, Y.14. HD. E. 1984/6237 K. 1985/293 T. 15.1.1985; Aynı yönde: Y. 14. HD. E. 2015/17696 K. 2018/4573 T. 18.6.2018; Y.14. HD. E. 1984/6237 K. 1985/293 T. 15.1.1985 (Kazancı İçtihat Programı-Erişim Tarihi: 9.4.2019)

³⁸⁰ Eren, a.g.e., s.223; Tandoğan, a.g.e., s.248.

³⁸¹ Tandoğan, a.g.e., s.246; Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e., s.170; Eren, a.g.e., s.224;

³⁸² Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin yerine getirilmemesi üzerine açılacak davada taşınmaz malikinin satış sözleşmesi için irade beyanında bulunmasına karar verileceği ve malik tescile yanaşmazsa bir de tescile zorlama için dava açılması gerektiği yönünde bkz: Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, a.g.e., s.398.

³⁸³ “...satış vaadi sözleşmesine dayanan ve Medeni Kanunun 642; maddesi hükmü, gereğince açılan, tescile zorlama davası...” YİBK, E. 1970/1 K. 1971/2 T. 25.10.1971; “Vaat alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyet devir borcu yüklenen satıcıdan edim yerine getirilmediğinde Türk Medeni Kanununun 716. maddesi uyarınca açacağı tapu iptali ve tescil davasında borcun hükmün

Doktrindeki bir görüşe göre taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ön sözleşme niteliğinde değildir. Her ne kadar adı satış vaadi olsa da ileride bir taşınmazın devri taahhüt edildiğinden bu sözleşmenin niteliği itibarıyla asıl satış sözleşmesinden farklı olmadığı kabul edilmektedir³⁸⁴.

Taşınmaz satış vaadinin bir ön akit olduğu kabul edildiğinde önalım olayı olarak kabul edilmesi de mümkün olmayacaktır. Zira bir işlemin önalım olayı olarak sayılabilmesi için taşınmazın devrine ilişkin olması ve karşılığında bir bedel verilmesi gerekmektedir. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde ise taşınmazın devri söz konusu olmadığı gibi genelde bu sözleşme karşılığında bir bedel verilmemekte olup taşınmaz karşılığında verilecek olan bedel, hakkın kullanılması sonucu ortaya çıkacak satış sözleşmesi sonrasında verilmektedir.

Genel kabule göre taşınmaz satış vaadi ile taşınmazın mülkiyetinin başkasına geçirilmesi ve o kişi adına tescili değil, o taşınmaz malın ileride satışına ilişkin bir sözleşme yapılması hususu borçlanıldığından satış sözleşmesine eşdeğer değildir ve önalım hakkı kullanılamayacaktır³⁸⁵. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre satış vaadinin yerine getirilmemesi üzerine açılacak tescile zorlama davası sonucunda verilecek kararla önalım olayı oluşacak ve önalım hakkı kullanılabilir hale gelecektir.

Ayrıca Yargıtay bir kararında taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılmasının, satış sözleşmesinin de kesin olarak yapılacağını göstermediğini belirterek taşınmaz satış vaadinin önalım hakkının kullanılması için yeterli olmayacağını belirtmiştir³⁸⁶.

Buna karşılık, taşınmaz satış vaadinin ön sözleşme niteliğinde olmadığını savunan *Tekinay*'a göre önalım hakkının kullanılması için satış vaadi sonrasında satış sözleşmesinin beklenmesi, önalım hakkı sahibi aleyhine hileli tertiplere yol açabileceğinden taşınmaz satış vaadi sözleşmesi de önalım hakkının kullanımına imkân sağlamalıdır³⁸⁷. Benzer şekilde *Eren*, Türk Hukuku'nda satış vaadi borçlusunun borcunu yerine getirmemesi üzerine açılan dâvada hâkim, tescile de

yerine getirilmesini isteyebilir." Y 14. HD E. 2011/15524 K. 2012/278 T. 16.1.2012 (Kazancı İçtihat Programı-Erişim Tarihi: 9.4.2019)

³⁸⁴ Sungurbey, a.g.e., s.8.

³⁸⁵ Burcuoğlu, a.g.m., s.183; Olcay, a.g.e., s.129; Aydoğdu, a.g.e., s.48; Şıpka, a.g.e., s131.

³⁸⁶ Y.1.HD. 5.5.1951 T., 1951/7860 E., 1951/2429 K. (Aral, Ayrancı, a.g.e., s.209, dn.64'ten naklen)

³⁸⁷ Tekinay, a.g.e., s.23; Aynı yönde: Gürsoy, Eren, Cansel, a.g.e.,s.656.

karar verdiğinden, taşınmaz satış vaadi sözleşmesini satış sözleşmesine eşdeğer bir sözleşme olarak kabul etmekte ve önalım olayını oluşturacağını belirtmektedir³⁸⁸.

XIV.ALIM- GERİALIM SÖZLEŞMELERİ

Alım hakkı, tek taraflı bir irade beyanıyla hak konusu mal üzerinde malın sahibi ile kendi arasında bir satım sözleşmesi kurma yetkisi veren sözleşmeden doğan yenilik doğuran bir haktır³⁸⁹. Geri alım hakkı ise satım sözleşmesine ek bir yan anlaşma ile satıcıya tek taraflı irade beyanı ile malı geri satın alma yetkisi veren yenilik doğuran haktır³⁹⁰. Her iki sözleşme de TBK’da satış ilişkisi doğuran haklar başlığı altında düzenlenmiştir. Bu iki hak da kullanılması durumunda hakkın sahibi ile muhatapı arasında bir satış ilişkisi doğurmaktadır.

Alım ve geri alım sözleşmelerinin konusunu önalım hakkına konu bir taşınmazın oluşturması durumunda önalım olayının gerçekleşip gerçekleşmeyeceği tartışmalıdır. Bu hakların kullanılması sonucunda doğan satış ilişkisinin mi yoksa bu hakların doğduğu sözleşmelerin mi önalım olayını oluşturduğu hususunda değişik görüşler mevcuttur.

Öncelikle alım hakkına değinecek olursak, alım hakkını tanıyan alım sözleşmesi ile önalım olayı meydana gelmemektedir. Bu sözleşme taşınmazın devrine ilişkin değil, sadece bir alım hakkı tanınmasına ilişkindir. Ancak alım hakkı kullanıldıktan sonra, alım hakkı sahibi ile bu hakkı tanıyan malik arasında bir satım ilişkisi meydana geldiğinde, önalım olayı da oluşur ve önalım hakkı sahibi yeni malike karşı hakkını kullanabilir³⁹¹.

Geri alım hakkı ise yukarıda da belirttiğimiz gibi satış sözleşmesine ek olarak yapılan bir sözleşme ile tanındığından, geri alım hakkının tanınması esnasında zaten bir satış sözleşmesi de yapılmaktadır. Dolayısı ile taşınmazın mülkiyetinin nakli söz konusudur. Geri alım hakkının tanındığı sözleşme önalım olayını oluşturur. Bunun

³⁸⁸ Eren, a.g.m., s.113; Aynı yönde: Ayan, a.g.e., s.392.

³⁸⁹ Sebük, a.g.e., s.25.

³⁹⁰ Nomer, a.g.e., s.20.

³⁹¹ Sebük, a.g.e., s.147; Feyzioğlu, a.g.e., s. 120; Şıpka, a.g.e., a.g.e., s. 84; Tekinay, a.g.e., s.23.

yanında gerialım hakkının kullanılması ile oluşan satış sözleşmesi de ayrıca önalım olayını oluşturur ve önalım hakkının kullanılmasına imkân sağlar³⁹².

XV.CEBRİ ARTIRMAYLA SATIŞ

Bilindiği üzere önalım hakkının kullanılması için önalım hakkının konusu olan taşınmaz ya da paylı mülkiyet payının, bir satış akdi ya da satışa eşdeğer bir işleme konu olması gerekir. Burada bahsi geçen akitler malikin rızası ile ve ivazlı olarak yapılan ve taşınmazın devrine ilişkin olan sözleşmelerdir. Cebri artırmayla gerçekleştirilen satış ise Borçlar Hukuku anlamında bir sözleşme olmayıp, resmi makamlar tarafından yapılan bir işlem niteliğindedir³⁹³.

TBK m.240/2 ve TMK m.733/1’de önalım hakkının cebri artırma yoluyla kullanılamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden önce bu konu doktrinde tartışılmaktaydı. Baskın görüş cebri artırmayla satış üzerine önalım hakkının kullanılamayacağını kabul etmekteydi³⁹⁴. Yargıtay önceki kararlarında cebri artırmayla satışın önalım hakkının kullanılmasına imkân vereceği yönünde kararlar verirken 29.11.1939 tarih ve 57/17 sayılı İçtihadı Birleştirme kararı ile de cebri artırmayla satışta önalım hakkının kullanılamayacağı kabul edilmiştir³⁹⁵. Bu dönemde önalım hakkının kullanılamama sebebi olarak, cebri artırmayla satışın önalım olayını oluşturacak tarzda malikin iradesine dayanan bir satış sözleşmesi olmadığı belirtilmiştir. Bunun yanında cebri artırmayla satışın amacının, taşınmazın olabildiğince yüksek fiyata satılması ve alacaklıların olabildiğince çok tatmin edilmesi olduğu ve cebri artırmayla satışın önalım hakkının kullanılmasına imkân vermesi halinde alıcıların taşınmazı almak konusunda tereddüt edecekleri ve bu sebeple cebri artırmayla satışın amacına ulaşamayacağı da belirtilmiştir³⁹⁶. Bunun

³⁹² Tekinay, a.g.e., s.23, dn.15.

³⁹³ Tandogan, a.g.e., s. 306; Mithat Sancar, “Cebri Artırma Yoluyla Satımlarda Önalım Hakkına İlişkin Bir Yargıtay Kararı”, **Yargıtay Dergisi**, Ocak-Nisan 1987, C.13,S.1-2,s.76.

³⁹⁴ Feyzioğlu, a.g.e., s. 253; Sancar, a.g.e., s.76; Tekinay, a.g.e., s. 25; Özenli, a.g.e., s.99; Gürsoy, Eren, Cansel, a.g.e., s. 616; Ayan, a.g.m., s.341.

³⁹⁵ “İcra Kanunununa tevfiik edilmeyen ihtiyari artırmaların hepsi hakkında şüf'anın umumi hükümleri aynıyla cereyan eder. Bundan dolayı o gibi aleni ve ihtiyari müzayedelerde de zikri geçen usulün 572. maddesi hükmü tatbik olunamaz.” YİBK 29.11.1939T., 1938/17E., 1939/57 K. (Kazancı İçtihat Programı-Erişim Tarihi: 9.4.2019).

³⁹⁶ Sancar, a.g.e., s.76-77; Feyzioğlu, a.g.e., 253.

yanında cebri artırmayla satışın aleni olması sebebiyle önalım hakkı sahibi de dâhil herkesin artırmaya katılabileceği bu sebeple önalım hakkı sahibinin taşınmazı alma yönünde iradesi varsa artırmaya katılarak taşınmaza malik olabileceği, bu sebeple de bir hak kaybına uğramayacağı kabul edilmiştir³⁹⁷.

İcra İflas Kanunu'nun 134. maddesinde ihalenin feshini tapu sicilindeki ilgililerin de isteyebileceği belirtilmiştir. Bu sebeple paylı mülkiyette payı satılmayan diğer pay sahipleri ya da şerh edilmiş önalım hakkı bulunan hak sahipleri her ne kadar cebri artırmayla satışa karşı önalım haklarını kullanamamaları da ihalenin feshini ihale tarihinden itibaren yedi gün içinde talep edebilirler.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi TMK ve TBK ile getirilen düzenlemelerle cebri artırmanın hem yasal önalım hakkı hem de sözleşmesel önalım hakkının kullanılmasına imkân vermeyeceği kanunlarla hüküm altına alınmıştır. İsviçre hukukunda ise hukukumuzdan farklı olarak sözleşmeden doğan önalım hakkının cebri artırmayla satışta kullanılamayacağı; yasal önalım hakkının ise cebri artırmada sadece ilk ihale edilen kişiye karşı olmak üzere kullanılabileceği kabul edilmektedir³⁹⁸.

XVI.ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, tanımı kanunda yer alan sözleşme tiplerinden biri değildir. Doktrinde bu sözleşmenin tanımı değişik şekillerde yapılıyor olsa da genel itibarıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa payı sahibinin arsanın belli paylarının mülkiyetini, müteahhidin bu arsa üzerinde inşa edeceği binanın belli bölümlerini kendisine teslim etmesi karşılığında devretmeyi taahhüt etmesi şeklinde tanımlanabilir³⁹⁹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine, paylı mülkiyete tabi taşınmazın konu olması da mümkündür. Böyle bir durumda diğer paydaşların önalım hakkını kullanmasının mümkün olup olmadığı büyük önem arz eder.

³⁹⁷ Feyzioğlu, a.g.e., s.253;Sancar, a.g.e. s.77, Erdoğan, a.g.e., s. 661.

³⁹⁸ Kırca, a.g.m., s. 1187.

³⁹⁹ Hasan Erman, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul, Der Yayınları, 3. Basım, 2010, s.1.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin arsa payını devri, esasen bedel niteliğindedir. TBK m.479 gereği bu bedel, eserin yani müteahhidin yaptığı binadaki belli bölümlerin teslimi anında talep edilebilecektir. Fakat uygulamada arsa payı sahibi, karşılığında bağımsız bölüm almak kaydıyla inşaat tamamlanmadan önce, belirli payları müteahhide avans niteliğinde devretmektedir⁴⁰⁰.

Pay devirlerinin avans niteliğinde olduğu Yargıtay kararlarında da istikrarlı bir şekilde kabul edilmektedir⁴⁰¹. Hatta bu devirlerin geçici bir intikal niteliğinde olduğu, aynı hak kazandırmayacağı da bu kararlarda belirtilmektedir.

Buradaki finans sağlama amacıyla yapılan devirlerin gerçek bir devir olmadığı, inşaatın tam olarak yapılması halinde devrin geçerlilik kazanacağı da belirtilmektedir⁴⁰². Bu devirlerin satış amaçlı olmadığı, kendisine devredilmesi taahhüt edilen bağımsız bölüm karşılığı ev sahibi olabilme amacı doğrultusunda yapıldığı da kabul edilmektedir⁴⁰³. Hal böyle olunca önalım olayının meydana geldiği de kabul edilemeyecektir⁴⁰⁴.

XVII.KAT MÜLKİYETİNE TABİ BAĞIMSIZ BÖLÜMLERİN VE KAT İRTİFAKININ SATIMI

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 8. maddesinde, “*Kat mülkiyeti kurulmuş bir gayrimenkulün bağımsız bölümlerinden birinin veya kat irtifakı bağlanmış arsa payının satılması halinde diğer kat maliklerinin veya irtifak hakkı sahiplerinin öncelikle satın alma hakkı yoktur.*” hükmü ile kat irtifaklı arsa payı ya

⁴⁰⁰ Cevdet Yavuz, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılması Sonucuna Dair Görüşler”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.8, C.4, 2017, s.121.

⁴⁰¹ “Kararlılık kazanan Dairemiz içtihatlarına göre, arsa sahipleri teslimden evvel işin finansında kolaylık sağlamak üzere yükleniciye bir kısım pay devri yapmışsa bu devir “avans” niteliğindedir. Bu payın devredilmiş olması ne yükleniciye ve ne de yükleniciden bu payları satın alan 3. kişilere eser bedeline hak kazanılmadığından aynı bir hak sağlamaz.” Y. 15. H.D. E. 2003/6241 K. 2004/3055 T. 1.6.2004; aynı yönde: Y.15.HD, 4.3.2005 T, 2004/3299 E., 2005/1234 K.; Y.15.HD., 5.4.2004 T, 2003/5340 E., 2004/1910 K. (Y.15.HD, 4.3.2005 T, 2004/3299 E., 2005/1234 K.; Y.15.HD., 5.4.2004 T, 2003/5340 E., 2004/1910 K. (Yavuz, a.g.m., s.121, dn.34)

⁴⁰² YHGK, 2.6.2010 T., 2010/6-341 E., 2010/346 K. (Yavuz, a.g.m., s.121, dn.38)

⁴⁰³ Yavuz, a.g.m., s.123-124.

⁴⁰⁴ Ayan, a.g.e., s.390; Yavuz, a.g.m., s.127.

da kat mülkiyeti kurulmuş olan taşınmaz bağımsız bölümünün satımı halinde önalım hakkının kullanılamayacağı düzenlenmiştir.

Kat mülkiyetine tabi bağımsız bir bölüm adından da anlaşılacağı üzere bağımsız bir mülkiyettir. Her bağımsız bölüm farklı numaralar olarak kat mülkiyeti kütüğüne ayrı ayrı kaydedilir⁴⁰⁵. Bu sebeple kat mülkiyetine tabi bağımsız bölüm sahiplerinden birinin bölümünü satması halinde, diğer kat maliklerinin önalım hakkını kullanamaması gayet doğal bir durumdur. Kat Mülkiyeti Kanunu ile bu durum da kanun hükmü haline getirilmiştir. Kanundaki ilk düzenlemede sadece kat mülkiyetli bağımsız bölüm için getirilmiş olan bu hüküm, sonraki bir düzenlemeyle kat irtifaklı arsa payı için de getirilmiştir. Bu sebeple kat mülkiyetine geçilmeden payı üzerinde kat irtifakı bulunan paydaşlardan birinin payının satılması halinde de diğer irtifak hakkı sahipleri önalım hakkı kullanamazlar.

KMK m.8'in son fıkrasında bu hükmün aksine sözleşme düzenlenebileceği belirtilmiştir. Yani kat malikleri ya da kat irtifakı sahipleri, bağımsız bölümlerini ya da paylarını satmaları halinde önalım hakkı kullanılabilesine dair sözleşme yapabilirler. Bu sözleşmenin şeklinin ne olacağı kanunda belirtilmemiştir. *Tekinay*, bu sözleşmenin kat mülkiyetini kuran sözleşmenin şekline tabi olmayacağını, alelade yazılı şeklin yeterli olacağını ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için şekli her ne olursa olsun tapuya şerh verilmesi gerektiğini belirtmiştir⁴⁰⁶.

Bu konuya ilişkin hükmün ikinci fıkrasında ise bağımsız bölümün birden fazla paydaşı bulunması halinde önalım hakkının kullanılmasının mümkün olduğu belirtilmiştir. Bu hüküm TMK m.732'nin bir tezahürüdür. KMK'da böyle bir düzenleme olmasa dahi kat mülkiyeti kurulmuş bağımsız bir bölümdeki paydaşların önalım hakkı olacaktı. Zira TMK m.704'e göre kat mülkiyetine tabi bağımsız bir bölüm de taşınmaz hükmündedir ve bu bağımsız taşınmaz üzerinde paylı mülkiyet olması halinde paydaşların önalım hakkını kullanabilmesi tabiidir. Ancak burada önem arz eden husus maddenin sonunda sözleşmeyle aksinin kararlaştırılabileceğinin belirtilmesidir. Zira sadece TMK'daki yasal önalım hakkına göre hareket ediliyor olsaydı bu mümkün olmayacaktı. KMK'daki önalım hakkı düzenlemesi ile bağımsız

⁴⁰⁵ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, a.g.e., s.137.

⁴⁰⁶ Tekinay, a.g.e., s.44.

bölüm üzerinde birden çok paydaşın mülkiyet hakkının bulunması durumunda, bu paydaşların önalım hakkının bulunmayacağına dair bir sözleşme düzenleyebileceklerdir.

XVIII.ÖNALIM HAKKINDAN FERAGAT EDİLMİŞ OLMASI

Önalım hakkının kullanılamayacağı hallerden biri de önalım hakkından feragat edilmiş olmasıdır. Önalım hakkından feragat, mutlak veya nispi nitelikte olabilir. Mutlak feragatte, önalım hakkı sahibi, bütün satışlar açısından önalım hakkından vazgeçmekte iken nispi feragat, belirli bir satış için yapılan feragattir⁴⁰⁷. Nispi feragate önalım hakkının kullanılmasından feragat, mutlak feragate ise önalım hakkından feragat de denilmektedir⁴⁰⁸.

Önalım hakkından feragat de önalım hakkının kullanılmasından feragat de yetkili kişilerce yapılmalıdır. Yetkisiz kişilerce yapılan feragat, önalım hakkının kullanılmasını etkilemeyecektir⁴⁰⁹. Ayrıca, Yargıtay feragat için vekâletnamede özel yetki aradığından özel olarak yetkilendirilmedikçe önalım hakkından feragat hüküm doğurmayacaktır⁴¹⁰.

A. Mutlak Feragat

TMK m.733/2 hükmünde önalım hakkından feragat “*Önalım hakkından feragatin resmî şekilde yapılması ve tapu kütüğüne şerh verilmesi gerekir.*” denilerek düzenlenmiştir. Bu hükme göre bütün satışlar için yapılan mutlak feragat, resmi şekilde yapılmalı, tapuya şerh verilmelidir. Buradaki resmi şekil, geçerlilik şartı olduğundan bu şekle uyulmayarak yapılan feragatler hüküm doğurmaz⁴¹¹.

⁴⁰⁷ Hatemi, Serozan, Arpacı, a.g.e., s.613; Şıpka, a.g.e., s.111; Ayan, a.g.m., s.345.

⁴⁰⁸ Kırca, a.g.m., s.1188; Tekinay, a.g.e., s.63; nispi feragate önalım hakkının kullanılmasından vazgeçme denilmesi gerektiği yönünde: Sirmen, a.g.e., s.425.

⁴⁰⁹ Ayan, a.g.m., s.345.

⁴¹⁰ “...vekil Osman'ın almış olduğu vekaletnamede şufa hakkında feragat etmeye yetki verilmemiştir. Yetkisiz vekilin vermiş olduğu feragatname davacıyı bağlamaz.” Y.6. H.D. E. 1987/15356 K. 1988/3300 T. 4.3.1988 (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 9.4.2019)

⁴¹¹ Feyzioğlu, a.g.e., s.438, Özenli, a.g.e., s.113.

Önalım hakkından mutlak feragatte, önalım hakkı tamamen ortadan kalkmaktadır ve ileride yapılacak herhangi bir satışta önalım hakkı kullanılamayacaktır⁴¹².

Önalım hakkından feragatte bir sözleşme söz konusudur. Önalım hakkı sahibinin önalım borçlusu ile resmi şekilde yapacağı bu sözleşme ile haktan feragat edilecek ve bu sözleşme tapuya şerh verilecektir. Bu resmi şekil şartını yerine getirecek olan makam noterlerdir⁴¹³. Önalım hakkından feragatte, kanundan doğan bir mülkiyet kısıtlamasının kaldırılması söz konusu olduğundan resmi şekilde yapılmasının isabetli olduğu yönünde görüşlerin⁴¹⁴ yanında, yenilik doğuran bir haktan feragat için tek taraflı bir beyanın yeterli olmaması ve resmi bir sözleşme yapmak zorunda olunmasının yerinde olmadığı, feragat yapılmasının zaten diğer paydaşların işine yarayacağı ve bu sebeple bu şeklin kimi korumaya çalıştığının anlaşılamadığını belirten görüşler de mevcuttur⁴¹⁵.

Önalım hakkından feragat için yapılan resmi sözleşmenin şerh edilmesi de sıhhat şartıdır ve feragat sözleşmesi şerh edilmedikçe hüküm doğurmayacaktır⁴¹⁶. Şerhin ne kadar süre etkili olacağını taraflar şerh anlaşmasında düzenleyebilirler ve bu şerh, feragat eden paydaşın külli ve cüzi haleflerinin de feragatle bağlı olmalarını sağlar⁴¹⁷. Feragatin şerh edilmesi yoluyla geçerlilik kazanacak olması da doktrinde eleştirilmiştir. Bu yönde, kanun koyucu tarafından mehz İsviçre Medeni Kanunu'ndaki ilgili maddenin yanlış yorumlanarak hüküm haline getirildiği, mehz kanunda şerhin geçerlilik şartı sayılmadığı, Türk hukukunda da önalım hakkından şerh edilmesinin geçerlilik şartı olmaması gerektiği, ancak taraflarca anlaşılması halinde şerh edilebileceği şeklinde bir düzenleme olması gerektiği belirtilmektedir⁴¹⁸.

Tüm önalım olaylarına karşı önalım hakkından feragat edilebileceği gibi yine henüz önalım olayı doğmadan, belli önalım olaylarına karşı ya da belli kişilere karşı önalım hakkının kullanılmayacağına ilişkin yani önalım hakkının içeriğini

⁴¹² Tekinay, a.g.e., s.63.

⁴¹³ Kırkbeşoğlu, a.g.e., s.121.

⁴¹⁴ Sirmen, a.g.e., s.424.

⁴¹⁵ Buz, a.g.e., s.431.

⁴¹⁶ Ayan, a.g.m., s.345; Mustafa Alper Gümüş, **Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, Birinci Basıdan İkinci Tıpkı Bası, 2007, s.148.

⁴¹⁷ Gümüş, **Yeni Şerhler**, s.150.

⁴¹⁸ Gümüş, **Yeni Şerhler**, s.149.

değiştirecek nitelikte bir sözleşme yapmak da mümkündür. Böyle bir sözleşme de resmi şekilde yapılmalı ve tapu kütüğüne şerh verilmelidir⁴¹⁹.

B. Nispi Feragat

Önalım hakkının kullanılmasından feragat ise TMK m.733/2'nin devamında *“Belirli bir satışta önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme, yazılı şekle tâbidir ve satıştan önce veya sonra yapılabilir.”* şeklinde düzenlemiştir. Sadece belirli bir önalım olayı açısından önalım hakkından vazgeçme için tek taraflı ve adi yazılı bir beyan yeterlidir⁴²⁰. Bu vazgeçme, önalım olayını oluşturan işlemin yapılmasından önce ya da sonra yapılabilir ve sadece bu işlem açısından önalım hakkından vazgeçme anlamına gelip sonraki satışlarda kullanılmasına engel oluşturmaz⁴²¹.

Nispi feragatte şerh edilme şartı bulunmamaktadır. Kanunda yer alan bir mülkiyet hakkının kısıtlaması olan bir hakkın tamamen ortadan kaldırılması söz konusu olmadığından, ne resmi şekil ne de şerh edilme şartı aranmaktadır⁴²².

Buradaki geçerlilik şartı olan yazılılık şartı da doktrinde bazı yazarlarca eleştirilmektedir. Bu doğrultuda, kullanılıp kullanılmaması tamamen sahibinin iradesinde olan yenilik doğuran bir haktan feragatin yazılı şekilde yapılmak zorunda olmasının hakkın mahiyetine aykırı olduğu belirtilmektedir⁴²³.

Önalım davası açıldıktan sonra davadan feragat etmek de mümkündür. Ancak böyle bir durumda önalım hakkından değil, davadan feragat hükümlerine göre hareket edilmeli ve HMK uyarınca davadan feragat edilmelidir. Zira dava açmakla önalım hakkı zaten kullanılmıştır. Bu sebeple hakkı kullanmaktan feragat artık söz konusu olamayacaktır⁴²⁴. HMK m. 307'ye göre feragat davacının talep sonucundan

⁴¹⁹ Sirmen, a.g.e., s.424.

⁴²⁰ Şıpka, a.g.e., s.165; Sirmen, a.g.e., s.425; nispi feragatin de sözleşme şeklinde yapılması yönünde: Gümüş, **Yeni Şerhler**, s.147; Tekinay, a.g.e., s.63.

⁴²¹ Tekinay, a.g.e., s.63.

⁴²² Sirmen, a.g.e., s.425.

⁴²³ Buz, a.g.e., s.431.

⁴²⁴ “Kanuni süre içinde şüfa hakkı kullanılarak dava açıldıktan sonra artık dava ile sona ermiş olan şüfa hakkının kullanılmasından feragat bahis konusu olamayıp davadan feragat olacağına göre bu durumda uygulanacak hüküm; Medeni hükümleri değil tabiatıyla usul hükümleridir.” YİBK, T. 16.5.1951 E. 1949/19 K. 1951/3 (Lexpera, Erişim Tarihi: 9.4.2019); Özenli, a.g.e., s.116; Akalp Demirtabak, a.g.e., s.113.

kısmen veya tamamen vazgeçmesidir. Devamındaki hükümlerde ise feragatin dilekçeyle veya yargılama sırasında sözlü olarak yapılabileceği düzenlenmiştir. Feragatin hüküm doğurması karşı tarafın ya da mahkemenin muvafakatine bağlı değildir.

XIX.DOSTLUK SATIŞLARI

Dostluk satışları, taşınmazın az bir bedel karşılığında, kişisel olarak önem taşıyan bir şahsa (evlat, akraba ya da tanıdık gibi) satılmasıdır. Böyle durumlarda, satıştan çok miras ya da bağışlama gibi amaçlar güdülmektedir⁴²⁵. Bu sözleşmeler için karma bağışlama sözleşmelerinin özel bir görünümü olduğu söylenebilir.

Her ne kadar az bir bedelle satış yapılmış olsa da, görünürde bir satış sözleşmesi yer aldığından, bu durumun önalım olayını oluşturup oluşturmayacağı tartışma konusu iken, Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında⁴²⁶, “*müşterek mülkün hissedarının hissesini karı ve kocaya, evlada veya akrabaya temlik etmesi halinde şeklen satış akdi bulunsa bile gerçekte satıştan gayri düşünceyle miras hukukuna ilişkin amaçla veya bağışlama amacıyla yapılan temliklerde şufa hakkının cereyan etmeyeceği*” ifade edilmiştir. Bu içtihadı birleştirme kararı, her ne kadar yasal önalım hakkına ilişkin olsa da sözleşmesel önalım hakkı bakımından da geçerlidir⁴²⁷.

Elbette ki düşük bedelle yapılan her satış dostluk satışı olarak değerlendirilemez. Örneğin; tapuda daha az harç ödemek için bedelin az gösterildiği satışlar, dostluk satışı gibi değerlendirilmeyecektir⁴²⁸. Burada önemli olan taşınmazı devreden için karşı tarafın taşıdığı kişisel önem ve bağışlama ya da miras amacının olup olmamasıdır. Dolayısı ile dostluk satışının varlığından söz edebilmek için kişilerin yakınlık derecelerine de bakılarak her somut olay açısından ayrı değerlendirme yapılarak karar verilmelidir.

Bunun yanında eş, akraba ya da evlada yapılan her satışta da muvazaa olduğu söylenemez. Bir kişi gerçekten de taşınmazını akrabası ya da evladına

⁴²⁵ Feyzioğlu, a.g.e., s 244.

⁴²⁶ YİBK, T. 27.03.1957, E.1957/12, K. 1957/2, R.G: 21.08.1957 T. S.9687.

⁴²⁷ Sirmen, a.g.e., s.463, dn.557.

⁴²⁸ Feyzioğlu, a.g.e., s.244; Sebük, a.g.e., s.81.

satabilir. Böyle bir durumda ise satışın e e, evlada ya da akrabaya yapılması sebebiyle önalım olayının oluşmayacağı söylenemez⁴²⁹. Bir görüşe⁴³⁰ göre bu durumda da önalım hakkı sahibi, hakkını kullanabilecek ve bedel olarak da ön alımlı payın satış tarihi itibarıyla saptanacak gerçek bedeli ödeyecektir.



⁴²⁹ Sıpka, a.g.e., s. 99; Y. 6. HD. 20.03.1995 T. 2783E./ 2986K. (Kılıçoğlu, a.g.e., s. 66- 67)

⁴³⁰ Erdoğan, a.g.e, s.659.

SONUÇ

Önalım hakkı, ilişkin olduğu malın satılması halinde kullanılabilen, hak sahibine satış sözleşmesine konu olan bu malın kendisine devrini isteme yetkisi veren, kanundan veya sözleşmeden doğan yenilik doğuran bir haktır.

Kanundan doğan önalım hakkı TMK’da taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamaları başlığı altında düzenlenmiş olup paylı mülkiyetin söz konusu olduğu taşınmazlarda, payın diğer paydaşlar dışında bir kimseye satılması halinde, diğer paydaşlara payın alıcısı olabilme yetkisi verir.

Sözleşmeden doğan önalım hakkı ise sözleşme ile tanınan, sözleşmenin konusu olan malın üçüncü bir kişiye satılması veya satışa eşdeğer bir işleme tabi tutulması durumunda kullanılabilir. Sözleşmesel önalım hakkı genellikle taşınmazlar için tanınıyor olsa da taşınırların da önalım sözleşmesine konu olması mümkündür.

Önalım hakkı, hakkın konusu olan mala ilişkin kurulan satış veya satışa eşdeğer işlemin önalım hakkı sahibine noter aracılığıyla bildirilmesinden itibaren üç ay içinde ve her halde söz konusu işlemin kurulmasından itibaren iki yıl içinde kullanılmalıdır. Üç aylık süre asgari, iki yıllık süre ise azami süre olarak adlandırılmakta olup bu süreler hak düşürücü sürelerdir.

Önalım hakkı yukarıda belirtilen süreler içerisinde dava yoluyla kullanılmalıdır. Kural olarak yenilik doğuran hakların karşı tarafa varması gereken bir beyanla kullanılması mümkünken kanun koyucu önalım hakkının dava yoluyla kullanılması şartını getirmiştir.

Söz konusu dava, malın dava tarihinde maliki gözüken kişiye karşı açılmalıdır. Burada belirtmemiz gereken önemli bir husus da sözleşmesel önalım hakkında, hakkın yeni malik olan üçüncü kişiye karşı kullanılabilmesi için önalım sözleşmesinin tapu siciline şerh edilmiş olması gerekliliğidir. Aksi takdirde önalım hakkı, hakkı tanıyan önalım borçlusu dışındaki bir kimseye karşı kullanılamaz.

Önalım hakkının kullanılması için ön koşul olan satış ya da satışa eşdeğer işlemlere genel olarak önalım olayı denilmektedir. Önalım hakkının kullanılması için gerçekleşmesi gereken bu işlemleri neler olabileceği baştan sınırlı olarak sayılamaz.

Her somut olay kendi şartları çerçevesinde incelenmeli ve önalım olayı oluşturup oluşturmadığına karar verilmelidir.

Genel olarak önalım olayını oluşturan işlemin ivazlı, iradi, önalım hakkına konu malın devri sonucunu doğuran işlemler olduğu kabul edilmektedir. Bu doğrultuda satış sözleşmesi, ihtiyari artırma ile satış, ifa yerini tutan eda doğrultusunda yapılan devirler gibi işlemler önalım olayı sayılmaktadır. Önalım hakkının kullanılabilmesi için önalım olayını oluşturan bu işlemlerin geçerli olması gerekir. Geçersiz bir işlem önalım hakkının kullanılmasına imkân vermez.

Yasal önalım hakkının kullanılabilmesi için payın paydaşlar dışında bir kişiye satılması gerekir. Yani paydaşlardan birine yapılan satış önalım olayını oluşturmaz. TBK m.240'da taşınmazın, mirasın paylaşımında mirasçılardan birine özgülenmesi, cebri artırma yoluyla satışı ve kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi ve bunlara benzer amaçlarla edinilmesi hâllerinde önalım hakkının kullanılamayacağı belirtilmiştir. Yine TMK m.733'de cebri artırmayla satışlarda önalım hakkının kullanılamayacağı açıkça belirtilmiştir. Kat Mülkiyeti Kanunu'na göre bağımsız bir bölümün satılması durumunda diğer kat maliklerinin önalım hakkı bulunmamaktadır. Ayrıca önalım hakkının kullanılabilmesi için haktan feragat edilmemiş olmalıdır. Bu hususlar dışında bazı işlemlerin önalım hakkının kullanılmasına imkân verip vermediği doktrinde tartışılmaktadır.

Öncelikle ivazlı, iradi bir işlem olarak trampa sözleşmelerinin önalım olayı olarak kabul edilip edilmeyeceği konusu önem arz etmektedir. Çoğunluğa göre trampa sözleşmesinin önalım olayını oluşturmayaacağı kabul edilmektedir. Bunun sebebi olarak trampa sözleşmesinde malın karşılığı olarak bir bedel değil bir başka malın veriliyor olması gösterilmektedir. Bunun dışında, uygulamada taşınmaz satış vaaadinin yerine getirilmemesi durumunda vaad alacaklısının açtığı dava ile taşınmazın mülkiyetini kazanıyor olmasının, taşınmaz satış vaaadinin satış sözleşmesinden farkını ortadan kaldırdığı gerekçesiyle taşınmaz satış vaaadinin de önalım olayı olarak sayılması gerektiği görüşü bazı yazarlarca savunulmaktadır. Buna karşılık uygulamada taşınmaz satış vaadi, doğrudan taşınmazın mülkiyetinin devrine ilişkin bir işlem olmadığından önalım olayı olarak kabul edilmemektedir.

Yine alım sözleşmeleri de, sözleşmenin konusu olan malın mülkiyetinin devrine ilişkin olmayıp sadece alım alacaklısına ileride tek taraflı bir irade beyanıyla malın alıcı olabilme yetkisi tanıdığından satış sözleşmesine eşdeğer olarak kabul edilmemektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise arsa payının devri, müteahhide avans verme niteliğinde olup sözleşmenin sonucunda bir konut elde etme amacı taşıdığından Yargıtay kararlarında satışa eşdeğer kabul edilmemiş önalım hakkının kullanılmasına imkân sağlamayacağı kabul edilmiştir.

Yukarıda sayılan sözleşme tiplerinin satışa eşdeğer olarak kabul edilmemesi yanında bazı satış sözleşmelerinin de önalım olayını oluşturamayacağı yönünde Yargıtay kararları mevcuttur. Öncelikle yasal önalım hakkının konusu olan paylı mülkiyetlerde, paydaşların kullanımına özgülenmiş paylarının olması durumunda, önalım hakkının kullanılmasının dürüstlüğe aykırı olduğu ve bu sebeple önalım hakkının kullanılamayacağı kabul edilmektedir. Bunun yanında, satışın eşe, evlada, akrabaya yapılması halinde bağışlama ya da miras hukukuna ilişkin bir amaç taşıdığı gerekçesiyle yine önalım olayının oluşmayacağı kabul edilmektedir. Ayrıca önalım hakkının kullanılmasının dürüstlük kuralına aykırı olduğu diğer durumlarda da önalım hakkı kullanılamayacaktır.

KAYNAKÇA

- ADIGÜZEL, Recep: “Toprak Koruma Ve Arazi Kullanımı Kanununda Sınırdış Arazi Malikinin Önalım Hakkı”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.90, S.3, 2016, s.121-129.
- AKALP DEMİRTABAK, Didem: **Yasal Önalım Hakkı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut: **Türk Eşya Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2009.
- AKKAN, Mine, vd.: **Pekcanitez Usul - Medenî Usûl Hukuku**, C.2, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 11.Baskı, 2018.
- ARPACI, Abdülkadir: “Eşya Hukukumuzda Yeni Medeni Kanun ile Yapılan Değişikliklerden Bazılarına Kısa Bir Bakış”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 89-115.
- ATABEK, Reşat: “Şuî’a Hakkı”, **İBM**, C.14, S.12, 1940, s.729-740.
- AVCI BRAUN, Cihan: “TBK m.238-242”, **İstanbul Şerhi-Türk Borçlar Kanunu-Yürürlük Kanunu**, C.II, Editörler: Rona Serozan, Turgut Öz, Faruk Acar, K. Emre Gökyayla, Hüseyin Murat Develioğlu, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2.Baskı, 2018, s.1437-1461.
- AYAN, Mehmet: **Eşya Hukuku II-Mülkiyet**, C. 2, Ankara, Seçkin Yayınları, 9. Baskı, 2016.

AYAN, Mehmet:

“Kanuni Şufa Hakkı”, **Prof. Dr. Halil Cin’e Selçuk Üniversitesinde 10. Yıl Armağanı**, Konya, 1995.

AYBAY, Aydın / HATEMİ, Hüseyin:

Eşya Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, 2010.

AYDIN ÜNVER, Tülay:

“Yasal Önalım Hakkında Önalım Olayının Bildirilmesi”, **Prof. Dr. Özer Seliçi’nin Anısına Armağan**, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2016.

AYDOĞDU, Murat:

Yasadan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.

BELEÇ, Mehmet:

Yasal Önalım Hakkı, Ankara, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, 2007.

BURCUOĞLU, Haluk:

“Önalım Hakkının Kullanılmasında İki Yıllık Hak Düşürücü Sürenin Başlangıcı Hakkında Önemli Bir Kararın İrdelenmesi”, **Prof. Dr. İlhan Ulusan’a Armağan**, C.3, Seçkin Yayınları, 2016, s.179-193.

BUZ, Vedat:

Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005.

CİĞERİM, Ersin:

Türk Medeni Hukukunda Kanuni Önalım (Şufa) Hakkı, İstanbul, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2001.

ÇAY, Cengiz Topel:

Yeni Türk Medeni Kanununun Önalım Hakkı Konusunda Getirdiği Değişiklik Ve Yenilikler (Yenilik Doğuran Dava Düzenlemesi), İstanbul, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2007.

DALAMANLI, Lütfü:

Gayrimenkul Satış Vaadi, Ankara, Kazancı Yayınevi, 1986.

DEMİRSATAN, Barış:

“Taşınmazlara İlişkin Olarak Tanınan Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:11, S:145-146, İstanbul, 2016, s.905-946.

EREN, Fikret:

Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Yetkin Yayınları, 6. Baskı, 2018.

EREN, Fikret:

“Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XII, Y. 2008, S. 1-2, s.103-126.

ERMAN, Hasan:

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, Der Yayınları, 3. Basım, 2010.

ESENER, Turhan / GÜVEN, Kudret:

Eşya Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2017.

ERCAN, İsmail:

Avukatlar Ve Hâkimler İçin Medeni Usul Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 15. Baskı, 2015.

ERKAN, Vehbi Umut:

“Anayasa Mahkemesi’nin 12.12.2007 Tarihli E. 2003/ 34 Ve K. 2007/ 94 Sayılı Kararı Üzerine: Türk Medeni Kanunu’nda Yasal Önalım Hakkının Hukuki Niteliği Ve Kullanılması”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:5, S:1, Malatya, 2014, s.269-294.

FEYZİOĞLU, F. Necmeddin:

Şuf'a Hakkı, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1959.

FEYZİOĞLU, F. Necmeddin:

“Şufa Hakkının Kullanılması Mümkün Olan ve Olmayan Tasarruflar”, **İÜHF**, C.19, S.1-2, İstanbul, 1953, s.222-269.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper:

Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper:

“6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Akdi Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerinin (TBK m. 237/3, 238, 239 ve 240 - 242) Değerlendirilmesi” **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan)**, C.8, S.2/ C.9, S.1, İstanbul 2012, s.435-454.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper:

Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, İstanbul, Vedat Kitapçılık, Birinci Basıdan İkinci Tıpkı Bası, 2007, **(Yeni Şerhler)**.

GÜRSOY, Kemal Tahir / EREN, Fikret / CANSAL, Erol:

Türk Eşya Hukuku, Ankara, 2.Bası, 1984.

HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI Abdülkadir:

Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, **(Borçlar Özel)**.

HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir:

Eşya Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1991.

HAYOZ, A. Meier:

“Şuf'a Akdi”, **İHF**, C.33, S.1-4, İstanbul, 1968, (Çeviren: Y. Ümit Doğanay), s.273-287.

HELVACI, İlhan:

“İsviçre Borçlar Kanunu’nun Sözleşmeden Doğan Önalım, Alım ve Geri Alım Haklarına İlişkin Değişiklikleri, (İsviçre Borçlar Kanunu madde 216, fıkra 2, fıkra 3, madde 216a-216e)”, **Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Y.19-20, S.1-2, 1999-2000, s.397-417.

KAYAÖZÜ, Mustafa Aykut:

Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, İstanbul, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2015.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.:

Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 6. Bası, 2016.

KILIÇOĞLU, Mustafa:

Akdi ve Kanuni Şufla Davaları, Ankara, Adil Yayınevi, 1997.

KIRCA, Çiğdem:

“Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanunda Değişiklikler”, **Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı**, C.II, İstanbul, 2002, s.1179-1203.

KIRKBEŞOĞLU, Nagehan:

Önalım Hakkı, İstanbul, Aristo Yayınevi, 2019.

KİZİR, Mahmut:

“6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Satış İlişkisi Doğuran Haklar Ve Özellikle Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, İstanbul, 2016, C.22/2, S.3.

- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: **Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1959.
- KÖYLÜOĞLU, Egemen: **Önalım Davası**, Ankara, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2011.
- KURU, Baki: **İstinaf Sitemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku**, İstanbul, Legal Yayınevi, 2016.
- KUTLU, Nurgül: **Önalım Hakkının Kullanılması**, Kocaeli, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi SBE, 2010.
- KÜLEY, Muin: **Medeni Kanunda ve Tatbikatında Şu'fa Hakkı**, İstanbul, Cumhuriyet Matbaası, 1950.
- NOMER, Haluk Nami: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Beta Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, 2012, (Borçlar Genel).
- NOMER, Haluk Nami: **Vefa Hakkı**, İstanbul, Beta Yayınevi, 1992.
- NOMER, Haluk Nami / ENGİN, Baki İlkay: **Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri C:I Satış Sözleşmesi I. Fasikül Giriş; Madde 207-216,245**, Seçkin Yayınları, 3.Baskı, 2017.
- NOMER, Haluk Nami / ERGÜNE, Serkan: **Eşya Hukuku – Zilyetlik - Tapu Sicili - Rehin Hakları**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 3.Bası, 2016.

OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ,
Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe:

Eşya Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 20.
Baskı, 2017.

OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS,
Nami:

Medeni Hukuk, İstanbul, Vedat Kitapçılık,
24.Bası, 2018.

OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M.
Turgut:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I,
İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.

OLCAY, Avni:

**4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
Hükümleri Çerçevesinde, Önalım (Şuf'a)
Hakkı ve Davaları**, İstanbul, 2013.

ÖĞÜZ, Tufan:

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Önalım
Hakkının Şerhine İlişkin Görüşünün
Değerlendirilmesi, **Prof. Dr. M. İlhan
Ulusan'a Armağan**, C.3, İKÜHFD, C:15,
S:2, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2016,
s.577-588.

ÖNEN, Ergun:

**İnşai Dava: İnşai Hak, İnşai Dava, İnşai
Hüküm, İnşai Tesir**, Ankara, Ankara
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet
Yüksek Okulu Yayınları, 1981.

ÖZÇELİK, Barış:

“5403 Sayılı Toprak Koruma Ve Arazi
Kullanımı Kanunu'nda 6537 Sayılı
Kanun'la Yapılan Değişiklikler Ve
Değerlendirilmesi”, **Gazi Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIX, S.1,
Ankara, 2015, s.87-110.

ÖZÇELİK, Barış:

“Fiili Taksim Halinde Yasal Önalım
Hakkının Kullanılamayacağı Önündeki
Yargıtay Uygulamasının
Değerlendirilmesi”, **Türkiye Barolar
Birliği Dergisi**, S.141, 2019, s.253-264,
(Fiili Taksim).

- ÖZDEK, Yasemin: “Önalımda (Şuf’ada) Vazgeçme ve Bir Yargıtay Kararı”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, , C. III, S.3, 1985, s.337-369.
- ÖZEKES, Muhammet, vd.: **Pekcanıtez Usul - Medenî Usûl Hukuku**, C.1, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- ÖZENLİ, Soysal: **Uygulamada Önalım (Şufa) Davaları**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1990.
- RUHİ, Canan / RUHİ, Ahmet Cemal: **Önalım Davaları**, Ankara, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, 2017.
- SANCAR, Mithat: “Cebri Artırma Yoluyla Satımlarda Önalım Hakkına İlişkin Bir Yargıtay Kararı”, **Yargıtay Dergisi**, Ocak-Nisan 1987, C.13, S.1-2, s.72-87.
- SAYIMLAR, Zeynep: “Yasal Önalım Hakkının Kullanılmasını Etkileyen Bir Durum Olarak Fiili Taksim”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Özel Sayı, C:1, 2015, s.627-652.
- SAYMEN, Ferit Hakkı / ELBİR, Halid Kemal: **Türk Eşya Hukuku Dersleri**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1963.
- SEBÜK, Tahir: **Şufa Vefa ve İştira Hakları**, İstanbul, Kader Basımevi, 1951.
- SİRMEN, Lale: **Eşya Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 5.Baskı, 2017.

SUNGURBEY, İsmet:

Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi,
İstanbul, Sermet Matbaası, 1963.

ŞAHİN, Turan:

“Paylı Mülkiyette ve 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamında Yasal Önalım Hakkı”,
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi. C. 24, S. 2, 2018, s.906-930.

ŞEN DOĞRAMACI, Hayriye:

“6537 Sayılı Toprak Koruma Ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C.VIII, S.2, 2016, s. 69-94.

ŞIPKA, Şükran Taman:

Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şu’fa) Hakkı, İstanbul, Alfa Basın Yayın Dağıtım, 1994.

TANDOĞAN, Haluk:

Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 6. Basım, 2008.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi:

Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, C.II/1, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1988.

TEKİNAY, S. Sulhi / AKMAN,
Sermet / BURCUOĞLU, Haluk /
ALTOP, Attila:

Eşya Hukuku, C. I. (Zilyetlik –Tapu Sicili –Mülkiyet), İstanbul, 1989.

TERCİER, Pierre / PİCHONNAZ,
Pascal / DEVELİOĞLU, H. Murat:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler,
İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016.

TUHR, Andreas von:

Borçlar Hukuku Umumi Kısım, Çeviren:
Cevat Edege, İstanbul, Yargıtay Yayınları,
1952.

TUNABOYLU, Müslim:

Önalım Davaları, Ankara, Yetkin
Yayınları, 5. Baskı, 2013.

VELİDEDOĞLU, Hıfzı Veldet /
ESMER, Galip:

**Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili
Tatbikatı**, İstanbul, İstanbul Matbaacılık T.
A. O., 1956.

YAŞAR, Mert:

“Yeni Medeni Kanunda Önalım Hakkına
İlişkin Değişiklikler”, **Galatasaray Hukuk
Fakültesi Dergisi**, 2002/2, s.426-432.

YAVUZ, Cevdet:

Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9.
Baskıyı Hazırlayanlar: Cevdet YAVUZ,
Faruk ACAR, Burak ÖZEN, İstanbul, Beta
Yayınları, 2014.

YAVUZ, Cevdet:

“Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde
Yasal Önalım Hakkının Kullanılması
Sonucuna Dair Görüşler”, **İstanbul
Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dergisi**, S.8, C4, 2017.

YILDIRIM, İlyas:

“Şuf’a- Önalım Hakkı: Mecelle ve Türk Medeni Kanunu Merkezli Bir Mukayese”, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, C.16, S.31, 2018, s.317-336.

YILDIZ, Ekrem:

Önalım Davaları, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.

YÜCEL, Sevtap:

Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi SBE, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006.

ZEVKLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, Emre:

Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, Turhan Kitabevi, 18.Bası, 2018.