

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

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ÖNALIM HAKKINDA
DÜRÜSTLÜK KURALI

Cahide Firdevs GÜLEÇ SÖYLEMEZ
2501181396

TEZ DANIŞMANI
Prof. Dr. Emrehan İNAL

İSTANBUL-2022

ÖZ

ÖNALIM HAKKINDA DÜRÜSTLÜK KURALI CAHİDE FİRDEVS GÜLEÇ SÖYLEMEZ

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. Sözleşmeden doğan önalım hakkı, sözleşme veya vasiyetnameyle iradi olarak tanınabilirken, kanundan doğan 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. Önalım hakkının kullanılabilmesi için satış ve ekonomik anlamda satışa eşdeğer işlem olan önalım olayının gerçekleşmesi gerekmektedir. Kanunda, önalım olayı olarak kabul edilecek işlemler, sınırlı olarak sayılmamıştır. Önalım hakkı kullanılırken dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden işlemlerin varlığı halinde önalım hakkının kullanılamayacağı özellikle yargı içtihatlarıyla kabul edilmektedir. Söz konusu önalım hakkı kullanılırken paylı mülkiyete tabii taşınmaz üzerinde fiili taksimin varlığı veya kişinin yasal temsilcisine yapılacak satış sözleşmelerinin dürüstlük kuralından kaynaklı olarak Yargıtay tarafından 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, hak düşürücü süreler ve önalım hakkının kullanılmasını engelleyen işlemlerden bahsedilmiştir. Çalışmamızın son bölümünde ise öncelikle dürüstlük kuralının ne olduğu kısaca ele alınmış, daha sonra ise önalım hakkının kullanımını kısıtlayan sınırlamalardan olan yargı içtihatlarıyla şekillenmiş dürüstlük kuralından kaynaklanan sınırları ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Önalım hakkı, kanundan doğan önalım hakkı, sözleşmeden doğan önalım hakkı, önalım hakkının kullanılması, önalım hakkının sınırları, dürüstlük kuralı, önalım hakkının dürüstlük kuralından kaynaklanan sınırları.



ABSTRACT

THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH IN RELATION TO THE RIGHT OF FIRST REFUSAL

CAHİDE FİRDEVS GÜLEÇ SÖYLEMEZ

Right of first refusal (ROFR) is the right that entitles the owner of the right to purchase the good in case the subject matter of the right is sold to a third party. There are two types of right of first refusal: right of first refusal arising from the law and right of refusal arising from contracts. The right arising from contracts can be recognized voluntarily by contract or will, the right arising from the law is regulated through various codes, especially the Turkish Civil Code No. 4721 in the case of Turkey. The right of refusal is exercised by filing a lawsuit if the goods that are the subject of the right are sold or are subject to a transaction equivalent to the sale. It must be used within three months from the notification of the said transaction subject to right of first refusal and cannot be used after two years after the transaction. For the right to be exercised, the event, which is a transaction equivalent to a sale in economic terms, must take place. The law did not restrict the transactions subject to right of first refusal to a specific list. For this reason, it is debatable whether transactions such as the preliminary contract for sale or purchase contract, or barter contract could be accepted as events. It is accepted by jurisprudence that the pre-emption right cannot be exercised in case of the existence of transactions that violate the rule of good faith (*bona fides*). The Court of Cassation of Turkey has ruled specific cases would not be subject to right of first refusal due to good faith assumption. For instance, if the immovable asset which is subject to joint ownership has de facto division or sales made to the legal representative of the person, these could not be considered as events subject to right of first refusal and the right of first refusal cannot be exercised in such cases. In our study, the right of first refusal was studied in general, then the occurrence of the event causing right of first refusal the use of the right through litigation, the periods of foreclosure, and the procedures that prevent the use of the right of first refusal were mentioned. In

the last part, the article discusses the definition of good faith and then the limits of right of first refusal arising from good faith.

Keywords: Right of first refusal, legal ROFR, contractual ROFR, exercise of the right of first refusal, limits of ROFR, good faith, limits of ROFR arising from good faith.



ÖNSÖZ

Bu tez çalışması, paylı mülkiyet ilişkilerinin korunması amacıyla düzenlenen önalım hakkının, dürüstlük kuralı çerçevesinde sınırlarının ve kullanım koşullarının yeniden değerlendirilmesini amaçlamaktadır. Önalım hakkı, her ne kadar paydaşlar arasındaki dengeyi sağlama işlevi gören önemli bir yenilik doğuran hak niteliği taşısa da uygulamada bu hakkın dürüstlük kuralına aykırı biçimde kullanılması ciddi uyumsuzluklara yol açmaktadır. Özellikle hakkın şeklen hukuka uygun görünmekle birlikte, öz itibarıyla hakkın amacını aşan veya karşı tarafı zarara uğratmaya yönelik biçimde kullanılması, hakkın sınırlarının belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. TMK m.2’de düzenlenen dürüstlük kuralı, özel hukukun temel ilkelerinden biri olarak tüm hakların kullanımında geçerli bir üst norm niteliğindedir. Bu bağlamda önalım hakkının mutlak ve sınırsız bir yetki olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Çalışmada, dürüstlük kuralının önalım hakkı üzerindeki sınırlayıcı ve denetleyici işlevi sistematik bir bütünlük içerisinde ele alınmış; hakkın kötüye kullanılması yasağı ile olan ilişkisi öğretideki görüşler ve Yargıtay içtihatları ışığında kapsamlı biçimde analiz edilmiştir.

Bu tez ile amaçlanan, önalım hakkının kullanımında dürüstlük kuralının soyut ve genel bir ilke olmanın ötesinde, somut uyumsuzluklarda belirleyici bir ölçüt olarak nasıl uygulanması gerektiğini ortaya koymak ve uygulamadaki tereddütlerin giderilmesine katkı sağlamaktır.

Tez sürecinde bilgi ve birikimiyle yol gösteren değerli danışman hocam Prof. Dr. Emrehan İnal’e içten teşekkürlerimi sunarım. Ayrıca bu yoğun ve disiplinli çalışma sürecim ve tüm hayat yolculuğumda bugünlere gelmemi sağlayan desteklerini her zaman hissettiğim ve sürekli yanımda olan, vizyonlarıyla olduğum halimden daha ileri gitmem için her zaman bana alan açan, fikirleriyle ufkumu genişleten kıymetli ve biricik anne ve babama, her daim yol arkadaşım sevgili eşime, varlıklarıyla yaşamımı güzelleştiren ve hayatımı kolaylaştırmak için büyük katkılar sunarak her zaman yanımda olan kardeşlerime, büyük ve geniş aileme sonsuz şükranlarımı sunarım.

Cahide Firdevs GÜLEÇ

İstanbul-2022

İÇİNDEKİLER

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

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖNALIM HAKKININ TANIMI, NİTELİĞİ, TÜRLERİ

I. GENEL OLARAK ÖNALIM HAKKI	3
A. Genel Bakış	3
B. Tanım	4
C. Amaç.....	8
II. HUKUKİ NİTELİĞİ	9
A. Öğretide İleri Sürülen Çeşitli Görüşler	9
B. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kanaatimiz.....	15
III. TÜRLERİ.....	17
A. Genel Olarak	17
B. HUKUKİ İŞLEMDEN DOĞAN ÖNALIM HAKKI.....	17
1.Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı	17
a. Tanım	17
b. Önalım Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Özellikleri	19
c. Önalım Hakkının Şerh Verilmesi	21
d. Şerhin Niteliği ve Etkisi.....	22
2. Ölüme Bağlı Tasarruflardan Doğan Önalım Hakkı.....	23
C. Kanundan Doğan Önalım Hakkı	24
1. Medeni Kanun'dan Doğan Yasal Önalım Hakkı.....	24
2. Diğer Kanunlardan Doğan Önalım Hakkı.....	27

İKİNCİ BÖLÜM

ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASININ ŞARTLARI VE SONUÇLARI

I. ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASININ ŞARTLARI	31
A. Genel Olarak	31
1. Önalım Olayı Sayılan Haller.....	36

a. Satış Sözleşmesi.....	36
b. Satış Benzeri Hukuki İlişkiler	39
2. Önalım Olayının Bildirilmesi.....	44
C. Önalım Hakkının Süresi İçinde Kullanılmış Olması.....	47
1. Üç Aylık Süre (Asgari Süre).....	48
2. İki Yıllık Süre (Azami Süre)	49
D. Hakkın Dava Yoluyla Kullanılması.....	51
1. Önalım Davası.....	52
2. Önalım Davasında Taraflar	54
a. Davacı Taraf.....	54
b. Davalı Taraf	56
3. Görevli Mahkeme.....	57
4. Yetkili Mahkeme	57
5. Dava Konusunun Devri.....	58
II. ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASININ SONUÇLARI.....	58
A. Mülkiyetin Geçiş- Yeni Bir Satım İlişkisi Doğması.....	58
1. Halefiyet görüşü	60
2. Çifte Değişiklik Görüşü	61
3. Aynı Etki Görüşü.....	61
4. Eşyaya Bağlı Borç Görüşü /Yeni Bir Satım İlişkisi Doğurduğu Görüşü ...	62
B. Önalım Bedeli ve Giderlerinin Nakden Ödenmesi.....	63
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	
ÖNALIM HAKKININ SINIRLARI	
I. ÖNALIM OLAYININ GEÇERSİZLİĞİNE İLİŞKİN SINIRLAR.....	66
A. Kesin Hükümsüzlük Halleri	66
1. Genel Olarak	66
2. Muvazaa	69
B. İptal Edilebilirlik	73
II. ÖNALIM OLAYININ GERÇEKLEŞEMEDİĞİ HALLER.....	74
A. Alım ve Geri Alım Haklarının Tanınması	74
B. Cebri Artırma.....	75
C. Bağışlama	76
D. Trampa.....	78
E. Tapusuz Taşınmazların Devri	79

F. Paydaşlar Arası Satışlar	79
G. Önalım Hakkından Feragat Edilmiş Olması	80
1. Mutlak Feragat	80
2. Nispi Feragat	82
H. Bir Taşınmazın Bir Ortaklığa Sermaye Olarak Konulması.....	83
I. Kamulaştırma.....	84
J. Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi.....	84
K. Dostluk Satışlarında Önalım Hakkı.....	85
L. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Kapsamında Önalım Hakkı.....	85
M. Kat Mülkiyeti veya Kat İrtifakı Kurulan Taşınmazlarda Önalım Hakkı	86

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ÖNALIM HAKKININ DÜRÜSTLÜK KURALINDAN KAYNAKLANAN SINIRLARI

I. DÜRÜSTLÜK KURALI VE HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI

YASAĞI..... 89

A. GENEL..... 89

B. DÜRÜSTLÜK KURALI..... 89

II. Önalım Hakkında Dürüstlük Kuralının Uygulama Alanları ve Sonuçları 94

A. Önalım Hakkının Meydana Gelmesi Sırasında Dürüstlük Kuralının Etkisi 94

B. Önalım Hakkının Kullanılması Sırasında Dürüstlük Kuralının Etkisi..... 95

1. Fiili Taksim 97

a. Fiili Taksimin Görünüm Şekilleri 99

b. Fiili Taksimin Unsurları..... 105

c. Fiili Taksimin Önalım Hakkının Kullanılmasına Etkisi 109

2. Kat Mülkiyetine Geçilecek Taşınmazlarda Pay Devri 115

3. Yasal Temsilci Tarafından Önalım Hakkının Kullanılması..... 119

4. 6306 sayılı Kanun Uygulamasında Riskli Yapılarda Önalım Hakkının Kullanılması 120

5. Önalım Hakkı Kullanılırken Gabin İddiası 124

6. Önalım Hakkı Kullanılırken Muvazaa İddiası 126

7. Zimni Feragat mi Dürüstlük Kuralı mı?..... 129

8. Taşınmazın Satışının Kitle İletişim Araçları Aracılığı İle Yapılması Halinde Önalım Hakkının Kullanılması 131

9. Taşınmazın Değerinin Fahiş Miktarlarda Değişmesi Halinde Önalım Hakkının Kullanılması	132
C. Dürüstlük Kuralının Önalım Hakkının Sınırlarına Etkisi.....	134
SONUÇ.....	138
KAYNAKÇA	145



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
İÜHFM	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
TST	Tapu Sicili Tüzüğü
vd.	ve devamında
Y.	Yargıtay

YHGK

YİBK

YKD

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

Yargıtay Kararları Dergisi



GİRİŞ

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 dürüstlük kuralından kaynaklanan sınırları oluşturmaktadır. Önalım hakkı, türüne göre, 4721 sayılı TMK ve 6098 sayılı TBK ile düzenlenmiştir. Kanundan doğan önalım hakkı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.732 ila m.734 arasında düzenlenmiş, devamı maddelerde bu hükümlerin sözleşmeden doğan önalım hakkına da uygulanacağı belirtilmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ise sözleşmeden doğan önalım hakkı düzenlenmiş, hakkın konusu olan taşınmazın satış veya satışa eşdeğer bir işleme tabi olması durumunda kullanılabileceği belirtilmiştir. Her ne kadar bu husus, kanundan doğan önalım hakkı için TMK'da ayrıca düzenlenmiş olmasa da kanundan doğan 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 durulacak ve yasal önalım hakkı ve sözleşmeden doğan önalım hakkı incelenecektir. Çalışmamızın devamında yer alan ikinci bölümde ise hem kanundan doğan hem de sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılmasının şartları olan; önalım olayının gerçekleşmesi, hakkın dava yoluyla kullanılması ve bu hakkın kullanılması için gerekli hak düşürücü süreler üzerinde durulacaktır. Üçüncü bölümde önalım olayı kavramına girmeyen ya da önalım olayı olup olmadığı tartışmalı olan işlemler ve bazı özel durumlara değinilecektir. Bu işlemlerden bazılarının önalım olayını oluşturamayacağı kanunda açıkça düzenlenirken bazı işlemlerin önalım olayı oluşturacağı, uygulamayla kabul edilmiştir. Son bölümün konusunu ise önalım hakkının dürüstlük kuralından

kaynaklanan sınırları oluşturmaktadır. Dürüstlük kuralı, kaynağını Türk Medeni Kanununun “dürüst davranma başlığı” altında düzenlenen TMK m.2’den almaktadır. Türk Medeni Kanun’un başlangıç hükümlerinde yer alması sebebiyle medeni hukuk açısından genel bir ilkedir. Dürüstlük kuralı; dürüstlük, sadakat ve söze bağlılık gibi ahlaki ilkeleri içermesinin yanı sıra hukuksal ilişkinin taraflarından her birine, diğerinin de menfaatini göz önünde bulundurma yükümlülüğü getiren bir üst prensiptir. Dolayısıyla dürüstlük kuralı her hakta olduğu gibi önalım hakkının kullanılmasında da sınırlamalar getirmiştir. Çalışmamızda belirttiğimiz sınırlamaların birçoğu yargı içtihatlarıyla şekillenmiştir. Önalım hakkı kullanılırken dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edip etmediği her somut olayın özelliğine göre ayrı ayrı incelenecektir. Fakat yargı içtihatlarıyla gelişen; paydaşlar arasında fiili taksim bulunması, taşınmaz satılırken yasal temsilcinin, aracılık eden, teşvik eden kişinin daha sonra önalım hakkını kullanmak istemesi durumunda dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek bir hal bulunduğundan önalım hakkı kullanılamayacaktır. Önalım hakkının kullanılmasını engelleyen ve dürüstlük kuralına aykırılığa örnek teşkil edebilecek somut örnekler, çalışmamızın son bölümümüzde ayrıntılı olarak incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖNALIM HAKKININ TANIMI, NİTELİĞİ, TÜRLERİ

I. GENEL OLARAK ÖNALIM HAKKI

A. Genel Bakış

Önalım hakkı, Türk Medeni Kanunu'nun¹ (TMK) taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamaları başlığı altında düzenlenmiştir. Eski Medeni Kanun'unda (eMK) önalım hakkı kavramı yerine “şuf'a² hakkı” terimi kullanılmıştır³.

Önalım hakkı, kaynaklarına göre sözleşmeden doğan ve kanundan doğan önalım hakkı olarak ikiye ayrılmaktadır. Önalım hakkının iki türü de kanunlarımızda düzenlenmekte olup malikin mülkiyet hakkına getirilen bir kısıtlama olarak karşımıza çıkmaktadır⁴. Sözleşmeden doğan önalım hakkı kaynağını hukuki bir işlemde ve taraf iradelerinden aldığı için mülkiyet hakkının sınırlaması da kişilerin kendi tasarrufundan kaynaklanan bir sınırlamadır. Kanuni önalım hakkı kanundan doğan bir hak olduğu için mülkiyet hakkının sınırlamasının kaynağını da kanundan alır⁵. Nitekim kanundan doğan önalım hakkı, Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) “Eşya Hukuku” Kitabının “Mülkiyet” kısmında, “Taşınmaz Mülkiyetinin Kısıtlamaları” başlığı altında 732 ile 734. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Sözleşmeden doğan önalım hakkı ise Türk Borçlar Kanunu'nun⁶ (TBK) 242. maddesi ve devamı hükümleri ile TMK'nın 735.maddesinde düzenlenmiştir, TMK'nın 735. maddesinde kanuni önalım hakkının

¹ RG: 08/12/2001-24607, 4721 S.

² Şufa kelimesi Arapça kökenli bir kelimedir. Sözlük anlamı arttırma, eklemek, terkin zıddı, değer katma ve zam olup hukukumuzda ilave etme, birleştirme anlamında kullanılmaktadır. Vehbe Zuhayli, **İslam Fıkıh Ansiklopedisi**, C.7, S.269; Kasım Sami Paylı, **Kanunu Medeni'de Ayni Haklar-Şuf'a**, İstanbul, 1946, s.9 vd; Şefik Akyüz, **İslam Hukukunda Şuf'a Hakkı**, İstanbul, 1999, s.15; “Şufa” kelimesi sözlükte eklemek yahut artış veya pekiştirmek anlamına gelen şef kelimesinden alınmıştır, Türk Hukuk Lügatı, Ankara, 1991. 3.baskı, s.313.

³ Didem Akalp Demirtabak; **Yasal Önalım Hakkı**, On İki Levha Yayınları İstanbul, 2010, s.4; Kemal Oğuzman/Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2022, s.156, dipnot 280; önalım terimi yerine öncelikle alım, hatta öncelikli alım terimlerinin kullanılmasının söz konusu hukuki kurumu açıklaması açısından daha isabetli olacağını düşünmektedir.

⁴ Akipek/Akıntürk/Ateş, bu durumu malikin mülkiyet hakkından doğan yetkilerinin sınırlanması olarak adlandırmaktadır. Bu sınırlamaların taahhüt işlemi ve tasarruf işlemi mahiyetinde olabileceğini, konumuz olan önalım hakkının ise taahhüt işlemi niteliğinde olduğunu belirtmektedir; Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, **Eşya Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2018, s.575.

⁵ Şükran Taman Şıpka, **Kanuni Önalım (Şuf'a) Hakkı**, İstanbul, Alfa basım Dağıtım Yayınevi, 1993, s.15.

⁶ RG; T.4/2/2011- 27836, 6098 Sayılı.

kullanılmasına ve önalım hakkından vazgeçmeye ilişkin hükümlerin sözleşmeden doğan önalım hakkı için de uygulanacağı yer almaktadır.

TMK'nın 732. ve 735. madde hükümlerinin 3. fıkrası gereği, taşınmazın tamamı veya bir kısmı için önalım hakkı tesis edilebilir. TMK 732. maddesinde taşınmaz üzerindeki payın tamamen veya kısmen satılması halinde diğer paydaşın önalım hakkını kullanabileceği açıkça belirtildiği için yasal önalım hakkı sadece taşınmaz üzerinde söz konusu olabilir⁷. Sözleşmeden doğan önalım hakkı bakımından ise satış sözleşmesinin konusu olabilen her şey, önalım hakkının da konusu olabilecektir⁸. Önalım hakkı, hak sahibinin mirasçılarını mirası reddetmediği müddetçe mirasçılara da intikal eder⁹.

B. Tanım

Önalım hakkının tarihçesi çok eski zamanlara dayanmaktadır. Öyle ki Roma hukukunda da var olan önalım hakkının¹⁰, mülkiyet hukukuna müdahalesini mümkün olduğu kadar az bir zaman içerisinde dağıtmak amacıyla bu hak, kısa süreli olarak tesis edilmekteydi¹¹. İslamiyet'ten önce de Arap yarımadasında önalım hakkının varlığı kabul edilmektedir¹².

İslam Hukukunda önalım (Şuf'a) hakkı, satış veya bu hükümdeki bir sözleşme ile alınmış taşınmaz veya taşınmaz hükmündeki özel mülkiyete konu bir malı, alıcıya mal olduğu bedelle cebren alıp mülkiyetini elde etme hakkını ifade etmektedir¹³. İslam

⁷ Selahattin Sulhi Tekinay, **Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri II/1**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988, s.46, Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Şuf'a Hakkı**, Fakülteler Matbaası, (Şuf'a olarak anılacaktır) İstanbul, 1959, s.147-149, Şıpka, **a.g.e.**, s.92.

⁸ Tahir Sebük, **Şuf'a, Vefa ve İştirâ Hakları**, Kader Basımevi, İstanbul, 1951, s.44; Bütün menkul ve gayrimenkul mallar, devri mümkün olan bütün haklar, sair hukuki veya maddi iktisadi kıymetler, mesela ticari teşebbüsler, bu haklara örnek olarak verilebilir. Müslim Tunaboğlu, **Önalım (Şuf'a) Davaları**, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2013, s.20; sözleşmeden doğan önalım hakkı için ise böyle bir kısıtlama getirilmesi mümkün değildir, taşınır için önalım hakkı kurulduğunda tapuya şerh verilmesi mümkün olmayacağından üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi söz konusu olmayacaktır. Şıpka, **a.g.e.**, s.92, dn.229.

⁹ Muin Küley, **Medeni Kanunda ve Tatbikatında Şuf'a Hakkı**, İstanbul, Cumhuriyet Matbaası, 1950, s.18.

¹⁰ Sebük, **a.g.e.**, s.7, Feyzioğlu, Şuf'a, s.35; Roma hukukunda şufa hakkı aynı bir hak olmaktan öte bir şahsi hak niteliği taşıyordu, Sebük, **a.g.e.**, s. 7.

¹¹ Feyzioğlu, Şuf'a., s.36.

¹² Feyzioğlu, Şuf'a., s.36; "İbn'i Rüş bu konuyla alakalı olarak "peygamberlerden evvel de bir kimse bir ev satın aldığı zaman, komşusu mezkûr evin bedeli mukabilinde kendisine bırakılmasını müşteriden isteyebilirdi." demek suretiyle islamdan önce de arap yarımadasında şufa hakkının var olduğunu belirtmektedir", Feyzioğlu, **Şuf'a**, s.36.

¹³ Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, s.1854; Türk Hukuk Lügatı, s.313.

hukukunda önalım hakkı; “Bir bina ya da akar hükmünde bulunan taşınmaz malın maliki, bu akar veya binasının tamamını veya bir hissesini bir üçüncü şahsa belli bir bedelle satması halinde, bu bina veya akarın komşusu ya da ortağı olan kişinin bu bina ya da akarı, belli bedeli müşteriye onun rızası ile ödeyerek ya da hâkimin hükmü ile cebren, yani müşterinin rızasına bakılmaksızın satın alıp, kendi varlığına katma hakkına “Şuf’a” denir.”¹⁴ şeklinde tanımlanmıştır. Tanımdan anlaşılabacağı üzere İslam Hukukunda paydaşlara ve komşulara taşınmaz üzerinde önalım hakkı tanınırken¹⁵, sözleşmeden doğan önalım hakkı yer almamaktadır¹⁶.

Mecelle’de ise m.950 hükmü ile önalım hakkı, “şuf’a bir mülkü, müşterayı, müşteriye her kaç mal oldu ise ol miktar ile temellük etmektedir.” şeklinde tarif edilmektedir. Mecelledeki tanımdan yola çıkarak eski hukukumuzda önalım hakkının oluşabilmesi için öncelikle ivazlı bir sözleşme bulunması, yapılan sözleşmedeki ivazın mali olarak bir değeri olması ve önalım hakkı konusu olan şeyin gayrimenkul değerinde olması gerektiği söylenebilir¹⁷. Dolayısıyla Mecelle’ye göre, vasiyetname gibi bir ölüme bağlı tasarruf ile önalım hakkı doğması mümkün değildir. Mecellede de İslam Hukukunda olduğu gibi önalım hakkı komşuluk hukukundan doğacak zararların önlenmesi amacıyla, müşterek mülkiyet ilişkisi ve komşuluk hukukunda da kabul edilmiştir¹⁸.

Türk Medeni Kanununda önalım hakkına ilişkin kavramların tanımlanması yerine, genel olarak hakkın kullanımı ve kullanılması durumuna ilişkin uygulanacak hükümlere yer verilmesi tercih edilmiştir¹⁹. Türk Medeni Kanunu ve daha önceki kanunlarda önalım hakkına ilişkin hükümlerde önalım hakkının madde metninde bir tanımı bulunmamakla birlikte, kaynağı ve kanunda düzenlendiği yer, amacı, hukuki

¹⁴ Ali Haydar; **Dürer’ul Hukkam-Şerh-Mecellet’il Ahkâm**,3.Bası, İstanbul, 1330, s.1330, s. Şıpkı, **a.g.e.**, s.2.

¹⁵ Mehmet Beleş, “**Yasal Önalım Hakkı**” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara ,2007, s.12.

¹⁶ Türk Medeni Kanunun kabulünden önce Türk hukukunda sözleşmeden doğan önalım hakkı düzenlenmemişti fakat sözleşme serbestisi gereğince taraflar arasında böyle bir sözleşme kurulabilirdi, Sebük, **a.g.e.**, s.11; İlyas Yıldırım, “Şuf’a-Önalım Hakkı: Mecelle Ve Türk Medeni Kanunu Merkezli Bir Mukayesi”, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, sayı:31, 2018, s. 317-336, s. 319- 320.

¹⁷ Feyzioğlu, Şuf’a, s.60 , Mecelledeki bu tanımı esas alan yazarlar; Küley, **a.g.e.**, s.9; Senai Olgaç/ Mustafa R. Karahasan, **Gayrimenkulün İktisap ve Tescili**, İstanbul,1964, s.110.

¹⁸ Feyzioğlu, Şuf’a, s.5-6 ve 63-64, Celal Erdoğan, **Ortaklığın Giderilmesi (İzaleyi Şüyu) ve Şuf’a Davaları**, Ankara, En-Kay Kitapevi, 2.baskı, 1991, s.652.

¹⁹ Akalp-Demirtabak, **a.g.e.**, s.5; Mustafa Aykut Kayaöz, “**Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı**”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015, s. 4.

niteliği gibi hususlar dikkate alınarak doktrinde çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bu tanımlardan bazıları önalım hakkının niteliğine, bazıları konusuna, bazıları ise kaynağına vurgu yapmaktadır.

Sebük, önalım hakkının sözleşmeden doğmasına vurgu yaparak, “*önalım hakkını bir sözleşmeye veya bir vasiyetnameye dayanarak, önalım hakkı sahibine tek taraflı bir irade beyanı ile mükellefin önalım hakkına konu olan şeyi üçüncü bir kişiye satması halinde kendisi ile mükellef arasında o şeye ilişkin olmak üzere bir satış ilişkisi tesis eden inşai bir hak olarak*” tanımlamıştır²⁰.

Atabek kanuni önalım hakkını “*malik gayrimenkulü sattığı takdirde müşterinin yerine kaim olabilmek salahiyetini bahşeden hakka şüf’a hakkı denir.*” şeklinde tanımlamaktadır²¹. *Bertan* ise kanuni önalım hakkını “*bir gayrimenkulün hissedarlarının şayi bir hissesini satın alan üçüncü şahsa karşı kanuni şufa hakkını haizdir*” şeklinde ifade etmiştir²².

Feyzioğlu ise iki tür önalım hakkını da kapsayacak şekilde bir tanım yapmıştır. Günümüz hukuk diliyle; önalım hakkı kanun ya da akitten doğan ve hak sahibinin tek taraflı irade beyanıyla hükümlerini doğuran sübjektif ayni 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, şeklinde tanımlanmıştır²³.

Tandoğan ise Feyzioğlu’nun tanımını eleştirerek Feyzioğlu’nun tanımında yer alan “*önalım hakkının sübjektif ve ayni nitelikte*” olduğuna ilişkin ifade ile hakkın üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebileceği anlamının çıktığı oysa bu durumun, ancak kanuni önalım hakkı ve tapu siciline şerh edilmiş sözleşmeden doğan önalım hakkı için doğru olduğunu söyleyerek; önalım hakkını, “*şufa (önalım) hakkı, yükümlünün*

²⁰Sebük, **a.g.e.**, s.25.

²¹ Reşat Atabek, “Şüf’a Hakkı”, **İstanbul Baro Mecmuası**, 1940, C.XIV, s. 729-740, s.729.

²²Suad Bertan, **Ayni Haklar, Medeni Kanunun 618-764’üncü maddelerinin Şerhi (Bu Maddelerle İlgili Kanunlar ve Eski Hükümler)**, Cilt 1, Ankara,1976, s.786; Bertan bu tanımın İsviçre Medeni Kanunun 682.maddesinin karşılığı olduğunu belirtmektedir.

²³ Feyzioğlu, **Şuf’a**, s. 4, Güncelleştirilmiş tanımı için bkz. Şıpka, **a.g.e.**, s.4

(bağlananın) hakkın konusu olan şeyi üçüncü bir kişiye satması halinde, hak sahibine (şefi'e ön alıcıya) tek taraflı irade beyanıyla satılan şeyin mülkiyetinin kararlaştırılan bedel karşılığında öncelikle kendisine naklini talep yetkisi veren yenilik doğurucu (inşai) bir hak"²⁴ olarak tanımlamaktadır²⁵.

Sayman/Elbir, ise önalım hakkını rüçhan hakkı olarak değerlendirerek “muayyen bir mala temellük etmek hususunda bir kimseye bahşolunan bir rüçhan hakkı”²⁶ olarak tanımlamaktadır. Yargıtay ise önalım hakkını, 27.03.1957 tarihli E. 12, K. 2 sayılı içtihadı birleştirme kararında (İBK) “malikle üçüncü şahıs arasındaki satış akdinde yer tutma hakkı” olarak tanımlamıştır.

Tüm bu tanımlardan yola çıkarak önalım hakkı, eşyanın malikince sözleşme ile veya bizzat kanun tarafından karşı tarafa (önalım yükümlüsü veya paydaşlara) tanınan hakka konu eşyanın malikince üçüncü bir şahsa satılması veya satışa eşdeğer hukuki işlem neticesinde hakkın sözleşme veya kanunla tanındığı kişi veya kişiler tarafından kanunun öngördüğü belirli süreler çerçevesinde dava açmak suretiyle kullanılabilmesi mümkün olan, eşyaya bağlı, yenilik doğuran bir haktır²⁷.

²⁴ Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/1**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s.274.

²⁵ Aynı yönde talep yetkisi ve inşai hak olarak tanımlayan yazarlar için bkz; M. Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay-Özdemir; önalım hakkını taşınmaz malikinın taşınmazını bir üçüncü kişiye satması halinde önalım hakkı sahibine tek taraflı beyanı ile taşınmazın alıcısı olabilme yetkisini veren yenilik doğuran bir haktır, **Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s.608, aynı yönde bkz; A. Lale Sirmen, **Eşya Hukuku Dersleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s.422, Vedat Buz, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s.146- 192, Tekinay ise yine tanımında önalım hakkının talep etme hakkı verdiğini söylemiş fakat hakkı nitelendirmemiştir; önalım hakkını “başkasına ait olup da onun tarafından üçüncü kişiye satılan bir şey üzerinde mülkiyetin öncelikle devrini isteyebilme yetkisini sahip olan kimsenin sahip olduğu hak” şeklinde tanımlamıştır, Tekinay, **a.g.e.**, s.18; Her ne kadar doktrinde bazı yazarlar önalım hakkını nitelendirirken “ talep yetkisi veren hak” olarak nitelendirmişlerse de şuan yürürlükteki medeni kanunumuzda önalım hakkının dava yoluyla kullanılacağı açıkça belirtildiğinden, önalım hakkının talep ile kullanılacağını söyleyen tanımlar geçerliliğini yitirmiştir, bkz; TMK m.734, Vehbi Umut Erkan, “*Türk Medeni Kanunu’nda Yasal Önalım Hakkı*” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi),Ankara, 2006, s.4-5.

²⁶ Ferit Hakkı Seymen/ Halid Kemal Elbir, **Türk Eşya Hukuku Dersleri**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1963,s.371; Galip Esmer, önalım hakkını, “Hakkın ilişkin bulunduğu gayrimenkulün satılması halinde onu diğer alıcılarına tercihen satın alabilme hakkıdır.” şeklinde tanımlamaktadır; Galip Esmer, **Mevzuatımızda Gayri Menkul Hükümleri ve Tapu Sicili**, Ankara 1990, s.901, Akalp-Demirtabak önalım hakkını, “taşınmaz malikinın taşınmazının tamamını veya bir kısmını bir üçüncü kişiye tamamen veya kısmen satılması halinde hak sahibine satılanın alıcısı olma yetkisini veren kanundan veya sözleşmeden doğan kurucu nitelikte yenilik doğuran bir haktır” olarak tanımlamıştır.;Akalp-Demirtabak, **a.g.e.**, s.8.

²⁷ Erkan, **a.g.m.**, s. 6; Kutlu ise önalım hakkını tek bir tanımla tanımlamaktansa, önalım hakkının türlerine ilişkin ayrı ayrı tanımlamalara yer verilmesi gerektiğini savunmaktadır; Akalp-Demirtabak, **a.g.e.**, s.8; Nurgül Kutlu, “*Önalım Hakkının Kullanılması*”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli, 2010, s.6; “Bize göre yasal önalım hakkı ve sözleşmeden doğan önalım hakkı, iki ayrı tanımlı

C. Amaç

Önalım hakkının tanımlarından anlaşılacağı üzere önalım hakkının amacı, paylı bir malı diğer paydaşın almasını sağlayarak paylı mülkiyetleri tek mülkiyete dönüştürmek²⁸, paylı mülkiyet ilişkisine yabancı kişilerin dahil olmasını engellemek²⁹ ve mirasın paylaşımındaki açık artırımlarda payın çok ucuza ihale edilmesi durumunda diğer paydaşların aynı şartlarla satın alınmasını sağlamak olarak sayılabilir³⁰. Özellikle sözleşmeden doğan önalım hakkı uygulamada, söz konusu amaçların yanı sıra ileride taşınmazın değerinin artma olasılığına bağlı olarak önalım sözleşmesinde tespit edilen satış bedelinin ileriki bir tarihte ödenmesi ile kâr sağlamak amacıyla kurulmakta ve kira sözleşmelerinde bir kayıt olarak yer almaktadır³¹.

Önalım hakkı, daha önce toplumsal gayelere hizmet ederken bugün sadece bireylerin menfaatini temine yarayan bir müessese haline gelmiştir³². Önalım hakkının varlığı, taşınmaz malların şarta bağlı olarak devir ve ferağın yasaklanmış olmasından³³ kaynaklanan güçlüğü gidererek malların sirkülasyonunu (el değiştirmesini) kolaylaştırmaktadır³⁴. 27.03.1957 gün 12/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme

gerektirmektedir. Bu şekilde bir ayırım oluşturmada; önalım hakkının, hakkın ilişkin olduğu malın satılması halinde önalım hakkı sahibine, o malı tercihen satın alma yetkisi verdiğini söylemek, hakkın tüm unsurlarını açıklayamadığından eksik bir tanım olacaktır. Bununla birlikte her iki tür önalım hakkı için aynı tanımları vermek de kavram karışıklığına sebep olacaktır.”

²⁸ Mehmet Ayan, **Eşya Hukuku, Mülkiyet**, C. 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 385 (AYAN, Mülkiyet olarak anılacaktır); Y. HGK. 27.03.1957 T., E. 1957/12, K. 1957/2, “Kanuni önalım hakkının tanınmasında kanun koyucu şu amacı gütmüştür. Birbirini tanıyan paydaşlar arasına yabancı bir kimsenin girmesini önlemek, müşterek mülke konu gayrimenkulün daha küçük parçalara ayrılmasını engellemektir.” Aynı yönde bir karar için bkz. Y. 6.HD. 17/01/2012 T., E. 2012/13040, K. 2012/160; Fakat bu amacın gerçekleşmesi için paylı mülkiyet ilişkisinin iki kişiden oluşması gerekmektedir.

²⁹ Feyzioğlu, **Şuf’a**, s. 6-7; Kemal Tahir Gürsoy / Fikret Eren / Erol Cansel: **Türk Eşya Hukuku**, Ankara, 2. Bası, 1984, s.614; Tekinay, Takyitler, s.38; Ayan, **Mülkiyet**, s.385; Mehmet Ayan, “Kanuni Şuf’a Hakkı,” **Prof. Dr. Halil CİN’e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı (Konya: 1995)**, s. 337; Şıpka, age, s.17-19; paydaşların kendi aralarında yaptıkları satışlarda önalım hakkı kullanılamaması da bunun bir tezahürüdür.; Halil Kılıç, **Gayrimenkul Davaları**, Ankara, 2013, Adalet Yayınevi, Cilt 3, 5.baskı, s.3942.

³⁰ Feyzioğlu, **Şuf’a**, s. 264; Şıpka, **a.g.e.**, s. 22; Yargıtay İBK. 27/3/1957 T ve 12/2, <https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 10.12.2022.

³¹ Fikret Arık, “Şuf’a Hakkı Üzerinde Bir İnceleme,” **Adliye Ceridesi** (Sayı: 1-12, 1943), s. 791; Feyzioğlu, **Şuf’a**, s.7; Küley, **a.g.e.**, s.7; Sevtap Yücel, “Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Eskişehir, 2006, s.5.

³² Sebük, **a.g.e.**, s.28.

³³ Tapu Sicili Tüzüğü (TST) m.16/2; İstem, tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şarta bağlanamaz.

³⁴ Feyzioğlu, **Şuf’a**, s.7.

Kararı'nda (YİBK) önalım hakkının amacını; "...*Vazu kanunun bu hükümle iki gaye takip ettiği görülmektedir.1- Gayrimenkulün parçalanmasını önlemek, yani hisselerin mümkün olduğu kadar az hissedar elinde toplanmasını temin eylemek.2-Hissedarlar arasında öteden beri mevcut münasebeti idame ederek yabancı bir şahsın araya girmesine mâni olmak.*" sebepleriyle belirtmektedir. Bu kararda ilk vurgu "mal bütünlüğünü korumak", ikinci vurgu ise paylı mülkiyet üzerindeki "pay sahipleri arasındaki ilişkiyi korumak" hususlarına ilişkindir³⁵.

Önalım hakkının hak sahibine faydalarının yanı sıra, taşınmaz malikine zararları da söz konusu olabilmektedir. Özellikle yasal önalım hakkının varlığından dolayı önalım hakkı sahibinin payı üzerinde serbestçe tasarruf yapamaması³⁶ ve payını istediği kişiye, istediği zamanda devredememesi yüzünden payını hiç satmama eğilimine sahip olabilme ihtimali ile üçüncü kişilerin de bu yüzden paylı mülkiyet şeklindeki malları tercih etmeme olasılığından dolayı bu malların ekonomik değerinin düşmesi gündeme gelebilecektir³⁷. Önalım hakkının kullanılmasının çeşitli fayda ve sakıncaları mevcut olmasına rağmen önalım hakkı her devirde var olmuş ve her devirde geçerliliğini sürdürmüştür.

II. HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Öğretide İleri Sürülen Çeşitli Görüşler

Önalım hakkının hukuki niteliğine ilişkin olarak öğretide ileri sürülen görüşler; ayni hak görüşü, öneri görüşü, satış vaadi görüşü, şartlı satış görüşü ve yenilik doğuran hak görüşü olarak sayılabilir³⁸.

Ayni hak, bir kimseye bir şey üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlayan ve bu sebeple herkese karşı ileri sürülebilen haktır³⁹. Ayni hak görüşüne göre yasal önalım

³⁵ Soysal Özenli, **Uygulamada Önalım (Şuf'a) Davaları**, İstanbul, Kazancı Kitap Ticaret, 1990, 2.basım, s.98; Semiyiye Yurtoğlu, *İslam Hukuku ve Türk Medenî Kanununda Şuf'a' (Önalım) Hakkına İlişkin Yaklaşım Farklılıkları* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Adana, 2019, s.16

³⁶ Nuri Hacıhabiboğlu; "Zararlı Bir Hukuk Müessesesi Kanuni Şufa", **İstanbul Baro Dergisi**, 1949, s.734-740, s.738; Yazar tüm bu nedenlerle kanuni şufa hakkının kanundan tamamen çıkartılması gerektiğini savunmuştur.

³⁷ Feyzioğlu, **Şuf'a**, s.8; Şipka, **a.g.e.**, s.18.

³⁸ Buz, **a.g.e.**, s.151.

³⁹ Haluk Nami Nomer/Mehmet Serkan Ergüne, **Eşya Hukuku**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s.1; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s.4; Akipek, bu tanıma ayrıca mutlak ve mameleki hak ibaresini de eklemiştir;. Jale Akipek, **Türk Eşya Hukuku, Ayni Haklar, Üçüncü Kitap**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974, s. 9 vd.

hakkı, bir şeyin gelecekte elde edilmesini sağlayan beklenen haklar (intizari) sınıfına giren bir ayni haktır⁴⁰. Yasal önalım hakkının niteliğini ayni hak olarak nitelendirenler, görüşlerini yasal önalım hakkının ayni hakların özelliklerini bünyesinde barındırmasına dayandırmaktadır. Bu bağlamda ayni hak görüşünü savunanlar, yasal önalım hakkının kanundan doğması itibarıyla tapuda herhangi bir şerhe gerek kalmadan herkese karşı ileri sürülebilirliğini ve önalım hakkına konu olan taşınmazın mülkiyetini kazanan üçüncü kişiler iyiniyetli olsalar bile önalım hakkı sahibinin kimsenin aracılığına bağlı olmaksızın hakkını kullanabiliyor oluşunun altını çizmektedir⁴¹. Yine bu görüşü savunanlar, ayni haklara özgü *numerus clausus* ilkesinin ve süreklilik özelliklerinin kanundan doğan önalım hakkında da var olduğunu, bununla beraber süreklilik özelliğinin önalım hakkında paylı mülkiyet ilişkisi devam ettikçe önalım hakkının devam etmesi olarak tezahür ettiğini belirtmektedirler⁴². Yargıtay 20/6/1951 T. ve 13/5 sayılı İBK kararında yasal önalım hakkının ayni bir hak olduğunu belirtmektedir⁴³. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin 12.12.2007 T., 2003/34 E., 2007/94

⁴⁰ Arık, **a.g.m.**, s.828.; H. V. Velidedeoğlu / G. Esmer, **Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikati**, 2. bası, İstanbul 1956, s.430; Paylı, s.g.e., s.9; Allgaeuer, **a.g.e.**, s.10; Wieland, **a.g.e.**, s.270, Şıpka, **a.g.e.**, s.20 naklen atıf.

⁴¹ Şıpka, “önalım hakkını ayni hak teorisi ile açıklayanların yanlıgısı ilk olarak önalım hakkının ayni haklar gibi herkese karşı ileri sürülebileceği algısı gelmektedir”, s.20. Tekinay, Takyitler, s. 39; Ayan, **a.g.m.**, s. 337; Yasal önalım hakkının şerhe gerek kalmadan iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi, bazı yazarlarca bu hakkın, ayni haklardan bile güçlü bir etkiye sahip olduğu şeklinde değerlendirilmiştir. bkz. Feyzioğlu, Şuf’a, s. 107

⁴² Şıpka, **a.g.e.**, s. 21; Feyzioğlu, s.108, Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.230; H. V. Velidedeoğlu / G. Esmer, **Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikati**, 2. bası, İstanbul 1956, s.430-431; Buz, **a.g.e.**, s.151; Akalp-Demirtabak, **a.g.e.**, s.17.

⁴³ Yargıtay, İBK, 20/6/1951, T. ve 23/5 (RG. S. 7950), “bu karara 26.12.1951 tarih ve 1/6 sayılı İBK’nın alındığı büyük genel kurul toplantısındaki tartışmalarda söz alan Yargıtay üyesi Tahir Sebük’ün “...biz 16.05.1951 tarihli tevhide içtihat kararı ile şuf’anın inşai hak olduğunu kabul etmiştik. O zaman bu hakkın ayni hak olduğu iddia olunmuştu. 20.06.1951 tarihli tevhide içtihat kararının müzakeresinde de şuf’anın mahiyeti münakaşa olunmamıştı. Buna rağmen kararda şuf’anın ayni hak olduğunun yazılmış bulunması hayretimi mucip oldu. Bir ay evvel inşai hak denen şuf’a hakkı için bir ay sonra ayni hak denmesi bu kurulun ilmi hüviyetiyle kabili telif olmaz. Evvelki tavsifimiz yanlış da olsa bundan dönemeyiz. Kaldı ki ilk tavsifin yanlışlığı ortaya atılarak münakaşa edilmiş ve bir karar verilmiş değildir. Benim bildiğime göre ayni haklar tahdididir. Muayyen adettir. Dört tanedir. Mülkiyet, irtifak hakkı, gayrimenkul mükellefiyeti ve rehin hakkından ibarettir. Bunların dışında kanunumuzda bir ayni hak yoktur. ihdas da olunamaz. şuf’a hakkı, hak sahibi bakımından bir inşai hak ve mükellef bakımından da gayrimenkul temlik selâhiyetinin kanunî bir takyididir...” şeklinde beyanda bulunması karşısında; yasal önalım hakkının 20.06.1951 gün ve 13/5 sayılı içtihadı birleştirme kararında, yapılan maddî bir hata neticesinde ayni hak olarak nitelendirildiği anlaşılmaktadır.” Tunaboğlu, **a.g.e.**, s. 746-747, Egemen Köylüoğlu, “Önalım Davası”, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara, 2011, s. 19. Nitekim söz konusu karara karşı yazılan karşı oyunda: “Yine hakkın tarifinde şufanın (Ayni bir hak) olduğu ifade olunuyor ki şufanın mahiyeti meselesi de müzakere edilmemiştir. Kararın tahriri bakımından şufanın mahiyetini izaha lüzum görülmüşse, bu takdirde şufa ayni bir hak değildir. Hak sahibi bakımından inşai bir hak şufa mükellefi bakımından da temlik hakkının bir takyidinden ibarettir. Ayni hak tavsifi yapılmış

K., sayılı kararında “.... *Yasal önalım hakkı ise, yasadan kaynaklanır, sözleşme söz konusu olmadığı için, pay satın alan bütün üçüncü kişilere karşı hüküm doğurur ve aynı hak niteliğindedir.*” şeklinde belirtilerek yasal önalım hakkının niteliğinin aynı hak olduğunu hüküm altına almıştır⁴⁴. Aynı hak görüşünün kabul edilebilmesi için öncelikle, kanundan doğan önalım hakkının herkese karşı ileri sürülebileceğinin kabulü gerekmektedir. Fakat kanundan doğan önalım hakkının herkese karşı⁴⁵ değil, sadece payı devralan ve mülkiyeti geçerli olarak kazanan kişiye karşı yöneltilebileceği bilinmektedir. Diğer yandan kanundan doğan önalım hakkı aynı haklar gibi süresiz olarak kullanılamamaktadır. Kanundan doğan önalım hakkı bakımından, TMK m.734/f.4 hükmünde üç (3) ay ve iki (2) yıllık hak düşürücü süreler düzenlenmiş ve bu süreler içerisinde kullanılmayan önalım hakkının artık kullanılamayacağı ifade edilmiştir. Kanunda sınırlı sayıda sayılan aynı hak türleri arasında kanundan doğan önalım hakkı bulunmamaktadır. Tüm bu gerekçelerle kanundan doğan önalım hakkının niteliğinin aynı hak olamayacağı belirtilerek, bu görüş eleştirilmiştir⁴⁶. Ayrıca Yargıtay da son dönemde verdiği kararlarda yasal önalım hakkının niteliğinin aynı hak olduğu görüşünü reddetmektedir⁴⁷.

Önalım hakkı sahibinin önalım hakkını kullanırken yapmış olduğu tek taraflı beyan ile karşı tarafa uzun süreli bir öneride bulunması ve bunun üzerine önalım hakkı

olmasına rağmen hemen biraz sonra bu hakkın (Kurucu inşai hak) olduğu ifade olunuyor. Şu halde bu hak hem aynı ve hem de kurucu inşai bir haktır. Eğer böyle ise kanunumuzda bir aynı inşai haklar gurubu var demektir. Halbuki; Medeni Kanundan böyle bir hüküm çıkarmak kabil değildir. Hak istimal edilince şefi yeni bir akit yapmadan müşteriye halef olur denilir. Bu beyan da aynı hak tavsifi ile tezat halindedir. Eğer şefiın meşfu üzerindeki hakkı aynı bir hak idiyse şefi tarafından açılmış olan davanın aynı hakka müteveccih bir istihkak davası olması icap ederdi. Buna nazaran da artık akitten ve halefiyetten bahsetmenin yeri olmamak lazım gelirdi. Yine kararda müşteri durumunda olan şefiın bayii temerrüt haline koyması için en geç hükümden evvel şufa bedelini ödemesi veya tevdi etmesi lüzumundan bahsolunuyor. Aynı hak tavsifindeki isabetsizlik burada kendini daha açık gösteriyor. Şefi, müşteri durumunda, buna mukabil meşfuunaleyh de bayi durumunda ise, bayi ile müşteri arasındaki münasebet hiç bir zaman aynı hak münasebeti olamaz.” şeklinde belirtmiştir. <https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 15.11.2022.

⁴⁴ 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.269-29, s.284 (Karar olarak anılacaktır); Erkan bu hukuki nitelendirmeye katılmanın isabetsiz olduğunu savunmaktadır.

⁴⁵ Şıpka, yasal önalım hakkının yeni maliklere karşı ileri sürülebilmesinin onun “aynı hak” niteliğinden değil; varlığının tapu kütüğünden anlaşılabilir olmasından kaynaklanmakta olduğunu savunmaktadır, **a.g.e.**, s.21.

⁴⁶ Şıpka, **a.g.e.**, s. 2, Erkan, Karar, s.285.

⁴⁷ YHGK. T.13.04.2005, E.2005/230, 2005/244, <https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi:10.12.2022; Nagehan Kırkbeşoğlu, **Kanundan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı**, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2020, s.19.

yükümlüsü tarafından belirli bir sürede verilmesi gereken bir kabul cevabı ile sözleşme kuruluyor olması itibariyle doktrinde, önalım hakkının niteliğinin icap olduğunu savunan yazarlar bulunmaktadır⁴⁸. Bu görüşe göre öneri yapan önerisiyle kabul edilen sürenin sonuna kadar bağlıdır. Bu sürenin sonunda öneri kabul edilmezse öneriyi yapan önerisine bağlı kalmaktan kurtulur⁴⁹. Taşınmaz satışlarında öneri ve kabul işlemlerinin de resmi şekilde yapılması gerektiği ve bu şarta uymayan öneri ve kabullerin ise geçersiz olacağı ve bu görüşte kastedilen önerinin ne olacağı konularındaki belirsizliği gerekçeleriyle söz konusu görüş eleştirilmiştir⁵⁰. Zira önalım hakkının kullanılması için öncelikli şart, malın üçüncü bir kişiye satılmış olmasıdır. Bu görüş kapsamında önalım hakkının kuruluşu bakımından bir taşınmaz malın üçüncü kişiye satılacak olmasını öneri olarak kabul etmek gerekecektir. Fakat önerinin niteliği gereği, satış veya satış benzeri hukuki işlem karşı tarafa sunulan bir öneri olarak kabul edilemeyecektir⁵¹. Ayrıca önalım olayının öneri olduğu kabul edilecek olursa bu durumda öneri sahibi, önerisiyle belirsiz ve uzun bir süre ile bağlı kalması gerekeceğinden ve bu durumun önalım hakkının TBK madde 5 hükmü kapsamında öneri ve kabul olarak nitelendirilmesini engelleyeceği düşüncesiyle de eleştirilmiştir⁵².

Bir diğer ileri sürülen görüş ise satış vaadi görüşü olup bu görüşü savunanlar, önalım hakkının niteliğini, önalım sözleşmesini malikin önalım hakkı sahibine karşı ifayı taahhüt ettiği bir satış vaadi olarak açıklamaktadır. Bu görüş ön alım olayını bir ön sözleşme olarak nitelendirmektedir. Fakat bu görüş bağlamında önalım hakkını diğer ön sözleşmelerden ayıran husus, önalım hakkının tek taraflı irade beyanıyla kurulacak olmasıdır⁵³. Satış vaadi sözleşmeleri çeşitli şekillerde olmaktadır. Bu görüşü savunanlar burada ivazsız ve herhangi bir taahhüt altına girmeksizin yapılan bir satış vaadi olduğunu ifade etmektedir. Satış vaadi görüşü, önalım hakkı sahibinin tipik satış vaadi sözleşmesinde olduğu gibi maliki satış yapmaya zorlayamayacağı için ve önalım

⁴⁸ Feyzioğlu, **Şuf'a**, s.9, dn.18'de belirtilen yazarlar; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s.372; Tandoğan, **a.g.e.**, s.275; Şıpka, **a.g.e.**, s.24; Buz, **a.g.e.**, s.152, Haluk N. Nomer, **Vefa Hakkı**, İstanbul, Beta Yayınevi, 1992, s.11.

⁴⁹ Sebük, **a.g.e.**, s.30.

⁵⁰ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 275; Feyzioğlu, **Şuf'a**, s. 10; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 372, Buz, **a.g.e.**, s.152-153, Harun Demirbaş, **Yenilik Doğuran Haklar**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s.48-49.

⁵¹ Feyzioğlu, **Şuf'a**, 9-10 ; Sebük, **a.g.e.**, s. 30 ve 141; Kuley, **a.g.e.**, s.12.

⁵² Feyzioğlu, **Şuf'a**, s.9-10; Sebük, **a.g.e.**, s.30; Kuley, **a.g.e.** s.12.

⁵³ Buz, **a.g.e.**, s.153, Bu teori günümüzde savunulmamaktadır.

hakkı sahibinin önalım hakkını kullanması çok uzun sürebileceği veya hiçbir zaman mümkün olmayabileceği için eleştirilmiştir. Bu görüşün savunucuları, satış vaadi sözleşmesinin niteliği gereğince daima ikinci bir sözleşmenin yani esas sözleşmenin yapılmasını gerektirmekte olan bir hazırlık sözleşmesi olduğu fakat önalım hakkının kullanılması durumlarında hazırlık sözleşmesi veya ön sözleşmenin varlığına ihtiyaç olmadığı aksine önalım hakkı sahibinin tek taraflı irade beyanıyla önalım ilişkisinin meydana gelebilecek olmasından dolayı eleştirilmiştir⁵⁴.

Önalım hakkının niteliğini, şarta bağlı satış görüşü ile açıklayan yazarlar; önalım sözleşmesini iki tali şartın meydana gelmesine bağlı satış sözleşmesinden ibaret olarak tanımlamaktadırlar. Bu şartlardan ilki, satıcının önalım hakkına konu olan şeyle alakalı olarak üçüncü bir şahısla satış akdi yapmasıdır. İkincisi ise önalım hakkı sahibinin bu hakkını kullanması, önalım hakkına konu malı satın almaya ilişkin iradesini bildirmiş ve satın alacağını beyan etmesidir⁵⁵. Ancak bu iki şart⁵⁶ gerçekleşirse önalım hakkı sahibi ve satıcı arasında bir borç ilişkisi doğar. Bu durumda önalım hakkı, bu görüşü savunanlar tarafından kullanılması şarta bağlı bir iştir (alım) hakkı olarak tanımlanmıştır⁵⁷. Bu sözleşmenin hükümlerini doğurabilmesi için önalım olayının vuku bulmasının yanında iradi şart olan hak sahibinin önalım hakkını kullanması da gerekmektedir⁵⁸. Söz konusu görüş, önalım sözleşmesinin satıcıya malı satmak ve önalım hakkı sahibine malı almak hususlarında bir yükümlülük yüklediği, satış bedelinin satış sözleşmesinin esaslı unsuru olmasına rağmen önalım sözleşmesinde bedelin kararlaştırılmasının gerekmediği gerekçeleri ile eleştirilmiştir⁵⁹.

⁵⁴ Feyzioğlu, Şuf'a, s. 11; Arık, **a.g.m.**, s.292 ; Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s.372; Sebük, s.31; Tandoğan, **a.g.e.**, s.275; Kutlu, **a.g.e.**, s.38.

⁵⁵ Sebük, **a.g.e.**, s. 33; Feyzioğlu, Şuf'a, s.12; Şıpka, **a.g.e.**, s.25; Şıpka bu görüşü "çift şartlı satış görüşü" olarak adlandırmaktadır.

⁵⁶ Buradaki şartın bozucu şart olduğu da ileri sürülmüştür. Bu görüş, hakka konu eşyanın mülkiyetinin, üçüncü şahsa geçişi açısından düşünüldüğünde daha isabetlidir. Mülkiyet üçüncü şahsa geçmektedir. Fakat, önalım hakkı sahibinin bu hakkını kullanması, bu geçişin bozucu şartıdır. bkz. İsmet Sungurbey, **Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi**, İstanbul, Sermet Matbaası,1963, s. 91 vd. ; Şıpka, **a.g.e.**, s. 25 ve burada dn. 31.

⁵⁷ Tekinay, **a.g.e.**, s.17; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s.610.

⁵⁸ Barış Demirsatan, "Taşınmazlara İlişkin Olarak Tanınan Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:11, S:145-146, İstanbul, 2016, s.905-946, s.906.

⁵⁹ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.12-13; Yenilik doğurucu hak görüşünü savunanlara göre; satım sözleşmesi, hakkın doğumunu sağlayan önalım sözleşmesi ile değil; hak sahibinin hakkını kullanması ile doğar. Yani, önalım sözleşmesi, şarta bağlı olan bir satım sözleşmesi değil, kendisine has bir sözleşmedir. bkz. Tekinay, **a.g.e.**, s. 19; Feyzioğlu, Şuf'a, s. 14-15.

Ayrıca bu görüş, vasiyetname yolu ile yapılan önalım sözleşmesini de açıklayamadığı için eleştirilmektedir⁶⁰.

Bir diğer görüş olan yenilik doğuran hak görüşü savunucuları, önalım hakkının ne bir satış vaadi sözleşmesi ne de şartlı satış vaadi sözleşmesi olduğunu kabul etmektedirler. Önalım hakkını bir sözleşme kategorisine dahil edilmesinin gerekli olmadığını, önalım sözleşmesinin *sui-generis* bir sözleşmeden ibaret olduğunu savunmaktadırlar⁶¹. Yenilik doğuran hakların kullanılmalarıyla birlikte yeni bir hukuki ilişkinin kurulması, mevcut bir ilişkinin değiştirilmesi veya sona erdirilmesi söz konusu olmaktadır⁶². *Sebük ve Oğuzman*, önalım hakkını tanımlarken bir yenilik doğurucu hak olarak bahsetmektedirler⁶³.

4721 sayılı TMK kabul edilmeden önce hâkim görüş ve Yargıtay'ın⁶⁴ da kabul ettiği yenilik doğurucu hak teorisi uyarınca, önalım hakkı, hak sahibinin dava açmasına gerek kalmadan, tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılabilen bir hak olarak tanımlanmaktaydı⁶⁵. TMK ise önalım hakkının dava yoluyla kullanılması zorunluluk haline gelmiştir⁶⁶. TMK m.735/f.3 hükmünde belirtildiği üzere bu maddenin önalım hakkının kullanılması ve vazgeçilmesine ilişkin maddeleri kıyasen sözleşmeden doğan

⁶⁰ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.10; Nomer, **a.g.e.**, s.18; Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s.372; Sebük, **a.g.e.**, s.30-31, 141; Tandoğan, **a.g.e.**, s.275; Yücel, **a.g.m.**, s.6.

⁶¹ Sebük, **a.g.e.**, s. 36; Feyzioğlu, **Şuf'a**, s.15.

⁶² Oğuzman/ Barlas, **a.g.e.**, s.154-155.

⁶³ Sebük, **a.g.e.**, s.25; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s.608; Mecelle/İslâm hukuku açısından karşımıza hakku't-temellük çıkmaktadır. En tipik örneğini şuf'anın temsil ettiği bu hak, yarı aynî hak kategorisinde değerlendirilmekte; günümüz hukukuna nispetle yenilik doğuran haklara benzetilmektedir. Şuf'a hakkının tanıdığı tek taraflı irade beyanıyla satılan bir mala mâlik olma yetkisi onun, kurucu yenilik doğuran bir hak olarak değerlendirilmesindeki etken unsurdur; Yıldırım, **a.g.m.**, s.321.

⁶⁴ "...taşınmaz mal mülkiyetinin kanunî takyitlerinden olan şuf'a hakkı, bir taşınmaz malda pay sahibi bulunan kişiye, diğer bir payın üçüncü kişiye satılması halinde, o pay alıcıya neye mal olmuş ise, o miktar ile ve belli süre içinde, aynı şartlarda satın almak yetkisi veren aynî bir haktır. Bu hak, inşâî bir hak olup kullanıldığı yolundaki tek taraflı irade beyanının müşteriye ulaşması ile hukukî sonuç doğurur..." HGK 17.03.1983 T.E:1981/6-299 K:1982/270 (YKD, Y.1983, S.1, s.23-26). Yine Yarg. 6.HD'nin 06.02.1980 T.E:1979/6568 K:1980/924 sayılı kararında şuf'anın hem bir aynî hak hem de yenilik doğuran bir hak olduğundan bahsedilmektedir (YKD, Y.1980, S.6 s.798).

⁶⁵ Feyzioğlu, **Şuf'a**, s. 16; Türk Hukukunda şuf'a hakkı, yenilik doğuran hak mahiyetindedir. Ve bu hakkın, sahibi tarafından diğer tarafa ulaştırılmış beyan ile kullanılması sonunda hak sahibi ile hissedarın hissesini satın almış bulunan kimse arasında bir satış münasebeti doğar..." (11.02.1959 Tarih ve 10/12 sayılı YİBK, RG. 29. 04. 1959).

⁶⁶ YHGK. T. 13.4.2005, E. 2005/6-230, K. 2005/244 "Önalım hakkı eskisi gibi irade bildirimi ile değil ancak alıcıya karşı dava açılarak kullanılabilir. Bu hakkın dava dışında kullanılması olanaklı değildir. Önalım davası yenilik doğuran bir dava, kararı da yenilik doğuran bir karardır.

önalım hakkı için de uygulanacağı için sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılması da ancak dava yoluyla mümkün olmaktadır⁶⁷.

B. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kanaatimiz

Önalım hakkının niteliği doktrinde farklı görüşlerle açıklanmaktadır. Bu görüşler, özünde önalım hakkının niteliğinin aynı hak mı şahsi hak mı olarak yer alması gerektiği hususları üzerinde toplanmaktadır. Önalım hakkı her ne kadar, önalım hakkı sahibinin önalım hakkına konu olan şeyi satın alan herkese karşı ileri sürülebilecek olması ve süreklilik arz eden bir hak olması sebebiyle aynı hak olarak açıklanmaya çalışılsa da önalım hakkı herkese karşı⁶⁸ değil, sadece payı devralan ve mülkiyeti geçerli olarak kazanan kişiye karşı yöneltilebileceğinden ayrıca aynı haklar gibi süresiz olarak kullanılamayacağı ancak kanunun belirlediği süreler içinde kullanılması gerektiği için önalım hakkı aynı hak olarak nitelendirilemeyecektir. Önalım hakkının şahsi hak olarak nitelendirilenler ise görüşlerini önalım hakkı sahibinin tek taraflı bir talep ile önalım hakkını kullanabilecek olması ile önalım hakkı sahibi ile önalım hakkına konu olan payı satan kişi arasında oluşan sözleşme ilişkisine dayandırmaktadırlar. Fakat kanunumuz bu tartışmalara son vererek, önalım hakkının artık yalnızca dava yoluyla kullanılabileceğini düzenlemiştir⁶⁹. Ayrıca önalım hakkı sahibinin önalım hakkına konu olan şeyi tek taraflı satın alma talebi, sözleşme kurulması için gerekli olan bir öneri niteliğinde de düşünülemeyecektir. Çünkü taşınmaz satışlarında öneri ve kabul işlemlerinin de resmi şekilde yapılması gerekmektedir. Ayrıca buradaki önerinin konusunun ve süresinin belirsiz olmasından dolayı önalım hakkının şahsi bir hak olarak da nitelendirilmesi mümkün değildir.

⁶⁷ Feride Demirbaş, *Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı*, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 65 (2) 2016: 249-277, s.254, Önalım hakkının dava yoluyla kullanılmasının zorunlu hale getirilmesi sebebiyle yenilik doğuran hakların tek taraflı beyan ile kullanılabilecek olması özelliği ile çeliştiğini düşünen yazarlar bulunmaktadır, Buz, **a.g.e.**, s.57, Demirbaş, **a.g.e.**, s.23 vd.

⁶⁸ Şıpka, yasal önalım hakkının yeni maliklere karşı ileri sürülebilmesinin onun “aynı hak” niteliğinden değil; varlığının tapu kütüğünden anlaşılabilir olmasından kaynaklanmakta olduğunu savunmaktadır, **a.g.e.**, s.21.

⁶⁹ Madde 734- Önalım hakkı, alıcıya karşı dava açılarak kullanılır. 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.

Yukarıdaki bilgiler ışığında önalım hakkının niteliğini, sahibine hakkı dava yoluyla kullanması neticede yeni bir satış sözleşmesi kurabilme yetkisi veren bir hak olarak, yenilik doğuran hak görüşüyle açıklamak mümkündür⁷⁰.

Yenilik doğuran haklar “tek taraflı bir hukuki işlemle bir hukuki ilişkiyi kurmak, içeriğini değiştirmek veya sona erdirmek suretiyle başka bir şahsın hukuk alanında değişiklik meydana getirebilme yetkisi veren haklar” olarak tanımlanmaktadır⁷¹. Tanımdan anlaşıldığı üzere yenilik doğuran hakların varlığı halinde hukuki ilişkinin kurulması için tek taraflı bir hukuki işlem yeterli olmaktadır. Yenilik doğuran haklar ancak istisnai hallerde dava yoluyla kullanılırlar. Yenilik doğuran hakların ileri sürülmesi hak düşürücü sürelerle tabidir. Önalım hakkı da tıpkı diğer yenilik doğuran haklar gibi bir hukuki ilişkiye, hukuki bir olguya bağlı olması sebebiyle tali bir haktır. Önalım hakkının doğması için öncelikle taraflar arasında önalım hakkının doğmasına sebep olacak önalım sözleşmesi veya paylı mülkiyet ilişkisinin doğması gerekir. Önalım hakkının kullanılabilmesi için öncelikle önalım yükümlüsü ile alıcı üçüncü kişi arasında satış işleminin veya ekonomik anlamda satışa eşdeğer bir işlemin gerçekleşmesi gerekir. Fakat önalım hakkı, tek taraflı bir hukuki işlemle değil ancak dava yoluyla kullanılabilir. Ayrıca önalım hakkının kullanımı yenilik doğuran haklarda olduğu gibi hak düşürücü sürelerle tabidir. Her ne kadar dava yoluyla hakkın kullanılma, yenilik doğuran haklar için istisnai bir özellik de olsa bu durum önalım hakkının yenilik doğuran hak olarak nitelendirilemeyeceği anlamına gelmeyecektir⁷². Dolayısıyla Yargıtay’ın 20.06.1951 tarihli ve 13/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında⁷³ da kabul edildiği üzere önalım hakkının kurucu yenilik doğuran hak niteliği, yasal önalım hakkında paylı mülkiyet ilişkisi, sözleşmeden doğan önalım hakkında da sözleşme ilişkisinin bulunmasının gerekliliği yenilik doğuran haklarda olması gereken temel ilişki oluşturduğundan önalım hakkının yenilik doğuran hak olarak kabul etmek gerekecektir⁷⁴.

⁷⁰ Şıpka, **a.g.e.**, s.31.

⁷¹ Buz, **a.g.e.**, s.57.

⁷² Buz, **a.g.e.**, s.160.

⁷³ YİBK 20.06.1951 T., 1949/13 E., 1951/5 K. <https://www.lexpera.com.tr/> Erişim Tarihi:15.11.2022

⁷⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s.608 vd; Tekinay, **a.g.e.**, s.18; Ayan, **a.g.m.**, s.336; Çiğdem Kırcı, **“Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanunda Değişiklikler”**, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55.

Yaş Günü Armağanı, C.II, İstanbul, 2002, s.1179-1203 , s.1183; Mert Yaşar, **“Yeni Medeni Kanunda**

III. TÜRLERİ

A. Genel Olarak

Mecelle döneminde kanundan doğan önalım hakkı, üç şekilde düzenlenmekteydi. Bunların ilki satış sözleşmesine konu olan taşınmaz mal üzerinde tarafların pay sahibi olmaları, ikincisi; özel yol ve özel nehri birlikte kullanan kişilerin birbirilerine karşı önalım hakkı sahibi olmaları, üçüncüsü ise; bir taşınmaza bitişik komşu olmaları haliydi⁷⁵. Günümüz pozitif hukukumuzda ise önalım hakkı Türk Medeni Kanununda kanundan ve sözleşmeden doğan önalım hakkı olarak ikiye ayrılarak incelenmiştir⁷⁶. Türk Medeni Kanununda yapılan bu ayrımın temeli, önalım hakkının kaynağını bir hukuki işlemde veya doğrudan doğruya kanundan almış olmasına dayanmaktadır⁷⁷. Biz de Türk Medeni Kanunun dayandığı ayrımı dikkate alarak önalım hakkını kaynaklarına göre; hukuki işlemde doğan önalım hakkı ve kanundan doğan önalım hakkı olarak inceleyeceğiz.

B. HUKUKİ İŞLEMDEN DOĞAN ÖNALIM HAKKI

1.Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı

a. Tanım

Sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla kurulan bir hukuki işlemdir⁷⁸. Sözleşmeden doğan önalım hakkı daha önce de belirtildiği üzere kanunda taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamaları başlığı adı altında TMK m.735 hükmünde ve Türk Borçlar Kanunu satış ilişkisi doğuran haklar üst başlığı adı altında TBK m.240 ve devamı hükümlerinde düzenlenmiştir⁷⁹. Türk Medeni Kanunu 735. maddesinde tapuda şerh edilmiş sözleşmeden doğan önalım hakkı düzenlenmiştir.

Önalım Hakkına İlişkin Değişiklikler", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:1, Sayı:2, s.424; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s.22.

⁷⁵ Mecelle m.1008; Akalp-Demirtabak, **a.g.e.** s. 9.

⁷⁶ Atabek, **a.g.m.**, s. 730; Oğuzman/ Seliçi/Oktay- Özdemir, **a.g.e.**,s.608-633; Saymen/Elbir,**a.g.e.**, s.373-374; Tekinay a.ge.,s.16; Feyzioğlu, Şuf'a, s.29; Şıpka, **a.g.e.**, s.5.

⁷⁷ Şıpka, **a.g.e.**, s. 5 vd.; Feyzioğlu, Şuf'a, s. 29 vd; Küley, **a.g.e.**, s.14.

⁷⁸ 6089 sayılı TBK MADDE 1- Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir.

⁷⁹ Madde 735- Tapu kütüğüne şerh verilen sözleşmeden doğan önalım hakkı, şerhte belirtilen sürede ve belirtilen koşullara göre her malike karşı kullanılabilir. Kütükte koşullar belirtilmemişse taşınmazın üçüncü kişiye satışındaki koşullar esas alınır. Şerhin etkisi her durumda, şerhin verildiği tarihin üzerinden on yıl geçmekle sona erer. Yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümler sözleşmeden doğan önalım hakkında da uygulanır.

Sözleşmeden doğan önalım hakkı kaynağını Borçlar Hukuku anlamında bir önalım sözleşmesinden alır⁸⁰. Önalım sözleşmesi, herhangi başka bir sözleşmede üçüncü bir kişi ile sözleşme yapmayı veya sözleşmenin taraflarından birinin diğer tarafla ileride sözleşme yapmayı taahhüt ettiği sözleşmedir⁸¹. Önalım hakkının kullanılmasına dayanak teşkil eden önalım sözleşmesinde ise malik sözleşmenin taraflardan birine veya üçüncü bir kişiye o şeyi satmayı taahhüt ederek üçüncü bir kişi veya taraflardan biri lehine önalım hakkı tanımaktadır⁸². Sözleşmeden doğan önalım hakkına dayanak teşkil eden önalım sözleşmesi, TBK m.237/f.3 gereğince adi yazılı şekle tabidir⁸³. Kanunun öngördüğü bu şekil, bir geçerlilik şartıdır. Önalım sözleşmesinde gayrimenkul satımına yönelik sözleşmelerde olduğu gibi resmi şekil şartı aranmamıştır⁸⁴. Önalım sözleşmesinin çoğunlukla kira sözleşmelerine kayıt şeklinde konulması sebebiyle sözleşme taraflarına kolaylık sağlanmak istenmiştir⁸⁵.

Önalım sözleşmesi ile önalım yükümlüsü, sözleşmeye konu olan malın bir şekilde satılması durumunda önalım hakkı sahibine sözleşme konusu malı devretme borcu altına girmektedir. Fakat bu devretme yükümlülüğü ancak önalım hakkı sahibinin bu hakkı kullanması ile ortaya çıkmaktadır. Önalım yükümlüsü, önalım sözleşmesine konu olan şeyi satıp satmamakta serbest olduğundan önalım hakkına sebep teşkil eden önalım olayının gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hiçbir zaman kesin değildir⁸⁶. Önalım sözleşmesi uygulamada, mal sahibinin malını o sırada değil de ileride satmasının muhtemel olması halinde veya o şeyin istenmeyen bir kimsenin eline geçmesini önlemek için veyahut da alıcının fiyat artışlarına karşı önlem olarak

⁸⁰ Şipka, **a.g.e.**, s.5.

⁸¹ Von Andreas von Tuhr; **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım** Cilt 1-2 (çeviren Cevat Edege), Olgaç Matbaası, Ankara, 1983, s.261; Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, s.194.

⁸² Akipek/Akıntürk/Ateş, önalım sözleşmesiyle önalım hakkı yükümlüsünün önalım hakkı sahibine bütün 3. kişilere tercihan satın alma hakkı verdiğini belirtmektedir; **a.g.e.**, s.575.

⁸³ TBK m.237/f.3 Önalım sözleşmesinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır. Kanun koyucu aynı maddenin 2. fıkrasında alım ve geri alım sözleşmelerinin resmi şekilde yapılması hususunu düzenlenmiş iken önalım sözleşmeleri için yazılı şekilde yapılmış olmasını yeterli bulmuştur.

⁸⁴ Feyzioğlu, **Şuf'a**, s.80; Şipka, **a.g.e.**, s.6.

⁸⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 609.

⁸⁶ Sebük, **a.g.e.**, s.48, sınırlı (mevsüf) önalım sözleşmesinde sözleşmede satacağı miktar ve koşullar belirlendiği için önalım yükümlüsünün tasarruf özgürlüğünün bu durumda geçerli olmayacağı söylenece de bu durumda da önalım yükümlüsü sözleşmeye konu olan şeyi satma borcunu üzerine aldığından önalım yükümlüsünün sözleşmedeki tasarruf özgürlüğüne bir kısıtlama getirilmemiştir; Sebük, **a.g.e.**, 49.

yapılmaktadır⁸⁷. Bu sözleşmede önalım hakkının kullanılması durumunda hak sahibinin ödeyeceği miktarın açıkça belirlenmiş olması şart olmayıp sözleşme dışı unsurlarla belirlenebilir olması yeterlidir⁸⁸.

Sözleşmeden doğan önalım hakkı, bir sözleşmeye veya bir ölüme bağlı tasarrufa dayanarak, önalım hakkı sahibine tek taraflı bir irade beyanı ile mükellefin önalım hakkına konu olan şeyi üçüncü kişiye satması halinde kendisi ile mükellef arasında o şeye ilişkin olmak üzere bir satış ilişkisi tesis eden yenilik doğuran bir haktır⁸⁹. Sözleşmeden doğan önalım hakkının, yenilik doğuran haklardan hangi gruba girdiği de doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, Yargıtay'ın 20.06.1951 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nda kurucu yenilik doğuran bir hak olduğu belirtilmektedir⁹⁰.

Sözleşmeden doğan önalım hakkı çeşitli amaçlarla ile kurulabilir. Bu amaçlardan biri, mülkiyet sahibinin taşınmazını ileride satma ihtimaline karşı taşınmazın istenmeyen üçüncü kişilerin eline geçmesini önlemektir⁹¹. Bu konuda sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılmasının şarta bağlı bir alım hakkı sayılabileceğini, şartın ise taşınmazın üçüncü kişiye satılmış olması olduğunu belirten yazarlar bulunmaktadır⁹². TBK m.241/f.2'ye göre önalım hakkı kullanıldıktan sonra satış sözleşmesi ortadan kaldırılırsa ya da alıcının şahsından kaynaklanan sebeplerle onaylanmazsa bu durum önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülemeyecektir⁹³. TBK m.241 son fıkrasında ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemlerde de önalım hakkının kullanılmasının kabul edileceği belirtilmesi ile birlikte taşınmazın mülkiyetin geçirilmesi halinde şart gerçekleşmiş sayılarak önalım hakkı kullanılabilecektir⁹⁴.

b. Önalım Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Özellikleri

Sözleşmeden doğan önalım hakkına dayanak teşkil eden önalım sözleşmesinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bu sözleşmeyi isimsiz sözleşme olarak nitelendiren görüşler bulunduğu gibi iki tarafa borç yükleyen bir satış sözleşmesi olarak kabul eden

⁸⁷ Turhan Esener/Kudret Güven, **Eşya Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s.316.

⁸⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s.616.

⁸⁹ Sebük, **a.g.e.**, s.25; Aydoğdu, **a.g.e.**, s.4; Esener/Güven, **a.g.e.**, s.286; Demirbaş, **a.g.e.**, s.254-255

⁹⁰ YİBK. 20.06.1951 T., E. 1949/13, K. 1951/5. <https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi:15.11.2022

⁹¹ Tandoğan, **a.g.e.**, s.277.

⁹² Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s.609.

⁹³ TBK m.241/2; Önalım hakkı kullanıldıktan sonra satış sözleşmesi ortadan kaldırılırsa ya da alıcının şahsından kaynaklanan sebeplerle onaylanmazsa, bu durum önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülemez.

⁹⁴ Oğuzman/ Seliçi/ Özdemir, **a.g.e.**, s.610-611.

görüşler de bulunmaktadır⁹⁵. *Esener/Güven*, önalım sözleşmesini öncelikli satın alma yetkisi veren özel türde bir satış sözleşmesi olarak kabul ederken⁹⁶ *Ayan*, önalım sözleşmesinin karşı tarafa bir alacak hakkı veren bir sözleşme olarak kabul etmektedir⁹⁷.

Doktrinde üzerinde önalım hakkı kurulacak şeyin bir gayrimenkul, menkul veya devri kabil olan haklar gibi satış sözleşmesine konu olabilen her şey olabileceği belirtilmektedir⁹⁸. Taşınır mallar üzerinde kurulan önalım hakkının şerh verilmesi söz konusu olmayacağı için taşınırlar üzerinde kurulan önalım hakkı, taraflara ancak kişisel bir hak sağlayacaktır⁹⁹.

Sözleşmeden doğan önalım hakkı doktrinde basit ve nitelikli önalım hakkı olarak incelenmektedir¹⁰⁰. Önalım hakkının kullanım koşullarının ve önalım bedelinin önalım sözleşmesinde belirlenmediği durumlarda, basit önalım hakkının var olduğu kabul edilmektedir. Basit önalım hakkında önalım bedeli, malik ile üçüncü şahıs arasında daha sonradan yapılan sözleşmede belirlenmektedir. Önalım hakkının kullanım koşulları ve önalım bedeli gibi hususların önceden taraflar arasında yapılan önalım sözleşmesinde belirlendiği ve önalım hakkının daha önceden yapılan önalım sözleşmesinde belirtilen şartlarla kullanıldığı durumlarda nitelikli önalım hakkının varlığından söz edilmektedir¹⁰¹.

Önalım sözleşmesinde önalım hakkı sahibi ile muhatap satım bedeli ve diğer şartları kararlaştırabilecekleri gibi, şartların üçüncü kişi ile belirlenebileceğini de kararlaştırabilirler. Bu şartların önalım hakkı sahibi ile muhatap arasında kararlaştırıldığı sözleşmelerde, sınırlı (mevsuf) önalım sözleşmesinin; üçüncü kişi ile kararlaştırılacağı belirlendiği sözleşmelerde ise sınırsız önalım sözleşmesinin varlığından söz edilmektedir¹⁰².

⁹⁵ *Esener/Güven*, **a.g.e.**, s.317 naklen atıf Rey; s.303-s.296 n.1238.

⁹⁶ *Esener/Güven*, **a.g.e.**, 317.

⁹⁷ *Ayan*, **Mülkiyet**, s.416.

⁹⁸ *Sebüke*, **a.g.e.**, s.44; *Feyzioğlu*, **a.g.e.**, s.78.

⁹⁹ *Erdoğan C*, **a.g.e.**, s.654.

¹⁰⁰ *Küley*, **a.g.e.**, s.14; *Eren*, **Mülkiyet**, s. 446; *Feyzioğlu*, s. 30; *Akalp-Demirtabak*, **a.g.e.**, s. 8-9; *Demirbaş*, **a.g.m.**, s. 24.

¹⁰¹ *Feyzioğlu*, s. 30; *Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir*, **a.g.e.**, s.616; *Tekinay*, s. 21.

¹⁰² *Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir*, **a.g.e.**, s. 616; *Sirmen*, **a.g.e.**, 425, 2019 *Tekinay*, **a.g.e.**, s. 21; *Feyzioğlu*, **a.g.e.**, s.30; *Akalp-Demirtabak*, **a.g.e.**, s.9-10. *Tandoğan*, **a.g.e.**, S.260; *Buz*, s.146.

c. Önalım Hakkının Şerh Verilmesi

Malik, sözleşmeyle bir kimseye önalım hakkı tanıdığı takdirde taşınmazı önalım hakkı sahibine devretme borcu altına girmektedir. Sözleşmeyle tanınan önalım hakkı ile taraflar arasındaki borç ilişkisinin niteliğini belirlemek için tapu sicilinin beyanlar hanesine bu hakla ilgili olarak şerh verilip verilmediği hususunun incelenmesi gerekmektedir.

Sözleşmeden doğan önalım hakkının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için tarafların şerh anlaşması yaparak bu durumun tapuda şerh edilmesi gerekir¹⁰³. Şerh anlaşmasında taraflardan biri, tapu sicilinde şerh talebinde bulunmayı taahhüt etmektedir. Şerh anlaşmasının önalım sözleşmesi ile veya ayrı bir sözleşme olarak yapılması mümkündür. Ayrı bir şerh anlaşmasının yapıldığı durumlarda şerh anlaşması, şerh verilebilecek veya şerh verilen nispi hakkın yapıldığı hukuki işlemin şekline tabidir¹⁰⁴.

Bir hakkın tapuda şerh verilebilmesi için bir hukuki sebep ve bu konuda yazılı bir talep bulunması gerekmektedir. Sözleşmeden doğan önalım hakkında şerh verilebilmesi için geçerli olan hukuki sebep önalım hakkı veren sözleşmedir. Yazılı talep ise gayrimenkul maliki tarafından verilecek bir dilekçeyle tamamlanmış olur¹⁰⁵. Sözleşmeden doğan önalım hakkında önalım olayını daraltan, genişleten değişikliklerin de şerh edilme imkânı vardır. Fakat önalım hakkı yükümlüsünün durumunu ağırlaştıran hükümlerin şerh edilme durumu tartışmalıdır. Yaygın görüş, önalım hakkını etkilemeyen ve önalım hakkının kullanılmasının şartlarına aykırı bir hüküm olmadığı sürece tarafların kendi aralarında kararlaştırdığı hükümlerin geçerli kabul edilmesi gerektiği yönündedir¹⁰⁶. Önalım hakkı tapuya şerh verilmediğinde ise sadece malik ve külli haleflerine karşı ileri sürülebilen alacak hakkı niteliğinde basit bir borç ilişkisi teşkil edecektir¹⁰⁷.

¹⁰³ Demirsatan, **a.g.m.**, s.907.

¹⁰⁴ Şerh anlaşması borçlunun borcunu ağırlaştıran bir yan anlaşma olduğundan TBK m.13/1 uyarınca asıl sözleşmenin şekline tabidir. Hatta kira sözleşmesi kanunen şekle tabi olmasa da kiracılık hakkı bakımından ispat şartı olarak adi yazılı senet ile ispatlanması gerekir, sözleşmeden doğan önalım hakkı ile kiracılık hakkı bakımından şerh talebinin hak sahibine imzalatması duruma göre de şerh anlaşması olarak değerlendirilebilir, Nomer/ Ergün, **a.g.e.**, s.154.

¹⁰⁵ Küley, **a.g.e.**, s.15.

¹⁰⁶ Demirsatan, **a.g.m.**, s. 910.

¹⁰⁷ Atabek, **a.g.m.**, s. 730; Oğuzman/ Seliçi/ Özdemir; **a.g.e.**, s.616-617, Demirbaş, **a.g.m.**, s.252.

d. Şerhin Niteliği ve Etkisi

Kanunun açıkça şerh verilebileceğini düzenlediği nispi haklar, tapu kütüğüne şerh verilmek suretiyle taşınmaz üzerinde sonradan hak iktisap eden üçüncü kişilere de ileri sürülebilirler¹⁰⁸. Üçüncü kişilere ileri sürülebilme hakkı, tapuda şerh verilen nisbi hakların aynı hak olarak değerlendirilmesine imkân vermemektedir. Şerhin bu haklara etkisini açıklayan farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, önalım hakkının tapu siciline şerh verildiği durumlarda; önalım hakkı sahibinin, önalım hakkını, taşınmazın herhangi bir malikine karşı ileri sürülebilme imkânı doğacağından bahisle söz konusu şerh ile sözleşmeden doğan önalım hakkı sahibi, taşınmaz üzerinde eşyaya bağlı bir borç ilişkisi kazanmaktadır¹⁰⁹. Bu durumda taşınmazın, hakkı tanıyan kişiden başka üçüncü bir kişiye devredilmesi halinde sözleşmeden doğan önalım hakkı yeni malike karşı ileri sürülebilecektir. TBK m.242 ve TMK m.734/I birlikte düşünüldüğünde kanun koyucunun da eşyaya bağlı borç görüşünden hareket ettiği anlaşılmaktadır¹¹⁰.

Şerh verilen sözleşme tarafının, bu hakkı kullanmasından sonra eşyaya bağlı borç ilişkisi sona erecektir. Bu durum şerhin birinci etkisidir ve bu etki sebebiyle şerh verilmesinden sonra taşınmazın her maliki, kendi mülkiyeti esnasında bu borçla yükümlüdür. Şerhin bu etkisi kanunda şerhi mümkün olan her kişisel hak için ayrıca belirtilmiştir. Borcun ifasında ise alacaklının haklarına zarar verenlerin ilgili haklarına bertaraf etkisi olan ikinci etkiye ise “munzam etki” denir. Şerhin birinci etkisi borcun doğumuna kadar iken şerhin ikinci etkisi ancak borç doğduktan sonra söz konusu olur, borç doğmadıkça bir rolü yoktur¹¹¹. Bir diğer görüşe göre ise sözleşmeden doğan önalım hakkı şahsi bir haktır, tapu sicilinde şerh verilmesinin mümkün olması bu hakkın niteliğini değiştirmez¹¹². Yine bir diğer görüş, şerh ile birlikte şahsi hakkın

¹⁰⁸ TMK m.1009/II; Madde 1009- Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, gerilim sözleşmelerinden doğan haklar ile şerh edilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerh edilebilir. Bunlar şerh verilmekle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir.

¹⁰⁹ Oğuzman/ Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s.617.

¹¹⁰ Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s.156-157.

¹¹¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s.246.

¹¹² Sebük, **a.g.e.**, s.37, Şerhin şerh verilen nisbi hakkın niteliğini değiştirmeyeceği, o hakkı bir aynı hak haline getirmeyeceği, sadece etki alanın genişleteceği sebeplerinden dolayı şerh verilen kişisel hakların etkisi kuvvetlendirilmiş nisbi haklar olarak adlandırılmaktadır. Oğuzman/ Barlas, **a.g.e.**, s.153, Küley, **a.g.e.**, s.10; Tapuya tescille aynı hak niteliği kazanacağını belirtmektedir. Erdoğan C., **a.g.e.**, s.649.

ayni etki kazanacağı ve bu yüzden üçüncü kişiye karşı ileri sürülebileceğini, bu durumda üçüncü kişi ile şerh sahibi arasında TMK m.2/I ile belirlenecek bir ilişki doğduğunu savunmaktadır¹¹³. Sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılması için sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca, herhangi bir süre şartı yoktur. Fakat tapu siciline verilen TBK m.238 gereğince alım, önalım ve geri alım hakları için şerhin üçüncü kişilere karşı etki süresi on (10) yıldır, on (10) yıl sonra şerhin etkisi kendiliğinden kalkacağından önalım hakkı kararlaştırılan on (10) yılın üzerindeki süre için alelade kişisel hak olarak devam eder¹¹⁴. Eğer sözleşmenin tarafları önalım hakkı ve şerh için on yıldan daha az bir süre öngörmüş ise, şerhin etkisi de bu süre için geçerli olur¹¹⁵.

Önalım hakkının tapuda şerh verilmesiyle hakkın niteliği ayni bir hakka dönüşmemekte sadece etkisi kuvvetlenmektedir¹¹⁶. Şerh verilmesi ile sadece söz konusu nispi hakkın etkisi kuvvetlendirilmiş olmaktadır. Yani şerh süresince nispi hakka, ayni bir etki (taşınmaz üzerinde hak iktisap eden üçüncü kişilere ileri sürülebilmek etkisi) kazandırılmış olur¹¹⁷. Sözleşmeden doğan önalım hakkının tapuda şerh verilmesinden sonra, malikin taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak veya şerh edilmiş kişisel hak kurması durumunda da şerhin munzam etkisi ile hak sahibi hakkını bu kişilere karşı ileri sürebilecektir¹¹⁸.

2. Ölüme Bağlı Tasarruflardan Doğan Önalım Hakkı

Sözleşmeden doğan önalım hakkı, bir hukuki işleme veya bir vasiyetnameye dayanarak, önalım hakkı sahibine tek taraflı bir irade beyanı ile mükellefin önalım hakkına konu olan şeyi üçüncü bir kişiye satması halinde kendisi ile mükellef arasında o şeye ilişkin olmak üzere bir satış ilişkisi tesis eden yenilik doğurucu bir haktır¹¹⁹.

Kanunda açık bir hüküm bulunmamasına rağmen hak sahibinin vasiyetname veya miras sözleşmesi gibi hukuki işlemlerle önalım hakkı tanınması mümkündür, ki bu durumda sözleşmeden doğan bir önalım hakkı mevcut olduğunu kabul etmek

¹¹³ Sungurbey, **a.g.e.**, s.102 vd.

¹¹⁴ Tapu Kanunu m.26/9 gereğince Taşınmaz satış vaatleri için şerhin süresi en çok 5 yıldır fakat Yargıtay şerhin verilmesinden itibaren 5 yıl geçse de terkinde kadar şerhin etkisinin devam edeceği görüşündedir; **Yargıtay HGK, 02.11.2016, 2015/13-12 E, 2016/1005 K.** Nomer/Ergüne, s.155, dn. 101.

¹¹⁵ Ekrem Yıldız, **Önalım Davaları**, İstanbul, Vedat Kitapçılık,2008, s.17.

¹¹⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 617, Nomer/Ergüne, **a.g.e.** s.156.

¹¹⁷ Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s.156.

¹¹⁸ Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s.157, Sirmen, **a.g.e.**, s.22, Ayşe Nilay Şenol, **Teminat Amaçlı Geri Alım Sözleşmesi**, s.29, Ankara, 2022.

¹¹⁹ Sebük, **a.g.e.**, s.25.

gerekir. Neticede tek taraflı hukuki işlem olan önalım vasiyeti, mirasçılarını önalım sözleşmesi kurmaya yükümlü kılar¹²⁰. Bu yolla önalım hakkı, lehine vasiyet yapılan yararına, yükümlü mirasçı aleyhine kurulmaktadır. Bu durumda önalım hakkı mal vasiyetinin hüküm ifade etmesi ile meydana gelir ve bir önalım hakkının tüm sonuçlarını doğurur¹²¹. Önalım hakkı vasiyetname veya miras sözleşmesi yoluyla tanındığı takdirde, vasiyetname ve miras sözleşmesinin geçerlilik şartlarına uyulması gerekir¹²². Ölümüne bağlı tasarruflarla önalım hakkı tanınması hususu ile ilgili içtihatlarla yansımış bir uygulama bulunmamaktadır.

C. Kanundan Doğan Önalım Hakkı

1. Medeni Kanun'dan Doğan Yasal Önalım Hakkı

Kanundan doğan önalım hakkı, TMK 732 ve devamı maddelerinde taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamaları başlığı altında düzenlenmektedir. TMK 732. madde hükmüne göre paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması halinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilecektir. Türk Medeni Kanunu'nda elbirliği mülkiyeti ve paylı mülkiyet türleri, birlikte mülkiyet çeşidi olarak düzenlenmektedir. Elbirliği mülkiyet ilişkisi içerisinde maliklerin önalım hakkına konu olacak şey üzerinde paylarının oran olarak belirli olmamasından dolayı tasarrufa konu edilecek bir pay olmaması¹²³ ve elbirliği mülkiyet ilişkisinde pay üzerinde tasarrufta bulunmak için tüm maliklerin onayı gerekeceğinden önalım hakkı doğuracak bir önalım olayının kurulması mümkün değildir¹²⁴.

Kat Mülkiyeti Kanunu Madde 8'e göre kat mülkiyeti ve kat irtifakı kurulan bağımsız bölümlerde paydaşlardan birinin kendi payını üçüncü şahıslara satması halinde, diğer paydaşın önalım hakkını kullanması mümkün değildir. Ancak bağımsız

¹²⁰ Erdoğan, C., **a.g.e.**, s.651.

¹²¹ Tekinay, **Takyitler**, s.16; Tandoğan, **a.g.e.**, s.275; Feyzioğlu, **a.g.e.** s.83.

¹²² Aydın Zevkliler/Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, Turhan Kitabevi, 18.Bası, 2018, s.72; Fikret Eren, **Mülkiyet Hukuku**, Yetkin Yayınevi, Ankara,2020, s.459 (mülkiyet olarak anılacaktır).

¹²³ Ayan, **Mülkiyet**, 387; Ayan, **a.g.m.**, s.339.

¹²⁴ Şeref Ertas, **Eşya Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 2005, s.273; Sebük, **a.g.e.**, s.45; Ayan, **Mülkiyet**, s.387; Ayan, **a.g.m.**, 339.

bir bölüm paylı mülkiyete konu olursa paylı mülkiyete tabi olan bağımsız bölümün hissedarları önalım hakkını kullanabilir¹²⁵.

Kanundan doğan önalım hakkı taraflar arasında herhangi bir sözleşme yapılmasına gerek olmaksızın, kanunun koyduğu hüküm doğrultusunda, paylı mülkiyet ilişkisinin varlığından doğan bir haktır. Doğrudan doğruya kanundan doğduğu için tapu kütüğüne şerh edilmesine gerek yoktur¹²⁶. Paylı mülkiyet¹²⁷ ilişkisi içerisindeki paydaşlardan birisi, payını o taşınmazda paydaş olmayan üçüncü bir kişiye satması halinde o payda malik olmayan paydaş, kanundan doğan önalım hakkını kullanabilecektir. Paydaşlara tanınan kanundan doğan önalım hakkı ile paylı mülkiyet ilişkisine yabancıların dâhil olmaması sağlanacaktır. Böylece paylı mülkiyet ilişki ile ortaya çıkacak sorunların önlenmesi ve tek kişinin hâkim olduğu mülkiyet ilişkisine dönülmesi amaçlanmaktadır¹²⁸. Bu anlamda tüm paydaşlar bu haktan eşit oranda yararlanır. Birden fazla paydaşın önalım davası açmaları veya bir paydaşın açtığı davaya asli müdahil olarak dahil olmaları durumunda dava açan tüm paydaşlar, önalım hakkı konusu olan payı eşit oranda iktisap edeceklerdir. Bu durum Yargıtay'ın 11.06.1947 tarihli ve 5/18 sayılı İBK kararında da açıkça belirtilmiştir¹²⁹. Fakat bu karar doktrinde, paydaşların önalım hakkının dava açan paydaş sayısında eşit olarak değil, paydaşların payları oranında kazanması gerektiği düşüncesiyle eleştirilmiştir¹³⁰.

Kanundan doğan önalım hakkı kanunda taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamaları başlığı altında düzenlenmiş olsa da mülkiyet hakkının devrine sadece önalım hakkının kullanılması durumunda getirilen bir kısıtlama söz konusu olduğu için doktrinde bu

¹²⁵ Bertan, **a.g.e.**, s.786; Ayan, **Mülkiyet**, s.388; Fikret Eren, “Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** C. XII, Y. 2008, Sa. 1-2 103-126, s.106 s.109; Tunaboğlu, **a.g.e.**, s.565-566.

¹²⁶ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.615; Feyzioğlu, **Şufa Hakkının Kullanılması Mümkün Olan ve Olmayan Tasarruflar**, İUHFM, C.19, s.1-2, 1953, s.224.

¹²⁷ Paylı mülkiyet Medeni Kanunun 688. maddesinde: “Paylı mülkiyette birden çok kimse, maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir.” şeklinde düzenlenmiştir. Yasal önalım hakkının doğması için paylı mülkiyetin ne şekilde kurulduğunun önemi yoktur. Paylı mülkiyet hukuki işlem, resmi makamın tasarrufu veya doğrudan doğruya kanundan doğabilir; Oğuzman/Seliçi/Özdemir, **a.g.e.**, s. 349, Kutlu, **a.g.m.**, s. 10.

¹²⁸ Ayan, **Mülkiyet**, s.385; Ayan, **a.g.m.**, s.336.

¹²⁹ Erdoğan C, **a.g.e.**, s.785.

¹³⁰ Sungurbey, **a.g.e.**, s.86; Tekinay, **a.g.e.**, s.48; Şipka, **a.g.e.**, s.126.

durumun dolaylı bir mülkiyet kısıtlaması olduğunu savunan yazarlar bulunmaktadır¹³¹. Paylı mülkiyetten doğan önalım hakkında kişinin payını üçüncü bir kişiye satması bakımından doğrudan bir engel bulunmamaktadır, ancak diğer pay sahibi önalım hakkını kullandığı takdirde bu kısıtlama söz konusu olabilecektir. Önalım hakkının kullanılmaması durumunda böyle bir kısıtlamanın varlığından söz etmek mümkün değildir, bu yüzden doktrinde bazı yazarlar bu duruma mülkiyet hakkının dolaylı kısıtlanması adını vermektedir¹³². Aksi bir görüş olarak kanundan doğan önalım hakkının, özel bir işleme gerek kalmaksızın, doğrudan doğruya taşınmazı satma yükümlülüğü doğurmasından cihetle doğrudan mülkiyet kısıtlaması niteliğinde olduğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır¹³³.

Kanundan doğan önalım hakkı, paylı mülkiyette bir paydaşın, taşınmaz mal üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü bir kişiye satması halinde, diğer paydaş veya paydaşlara aynı şartlarla bu payı öncelikle satın alma yetkisi veren, eşyaya bağlı, kanundan doğan, yenilik doğurucu bir dava ile kullanılan bir haktır¹³⁴. Pay üzerinde kanundan doğan önalım hakkı ve sözleşmeden doğan önalım hakkının bir arada bulunabildiği durumlar söz konusu olabilmektedir. Bu durumda kanundan doğan önalım hakkı ve sözleşmeden doğan önalım hakkı yarışacaktır bu iki hak yarıştığı zaman kanundan doğan önalım hakkı üstün tutulacaktır¹³⁵.

Kanundan doğan önalım hakkının doğması için gerekli ilk koşul, paydaşın payını paydaş olmayan üçüncü bir kişiye devretmesidir. Söz konusu devir ise üçüncü kişi ile pay arasında yapılacak bir sözleşme ile gerçekleşecektir. Bu sözleşme isteğe bağlı, ivazlı ve cüz'i halefiyete dayanan bir sözleşme olmalıdır¹³⁶. Bu anlamda kanundan doğan önalım olgusunu doğuran en tipik sözleşme, satış sözleşmesidir.

¹³¹ YHGK., T. 13.4.2005, E. 2005/6230, K. 2005/244: “Bu hak kullanılmadığı sürece ortada bir kısıtlama olmayıp, (kısıtlama ancak) önalım hakkının kullanılmasıyla birlikte ortaya çıkar.” Eren, **a.g.m.**, s.106, Eren, **Mülkiyet**, s.408.

¹³² Şafak N. EREL, **Eşyaya Bağlı Borç**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, No:490, Ankara 1982, s. 43-44; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 617; Şıpka, **a.g.e.**, s. 15; Tekinay, **a.g.e.**, s. a.g.e., Kutlu, **a.g.m.**, s.11.

¹³³ Sirmen, **a.g.e.**, s.434, dn.640.

¹³⁴ Eren, **a.g.m.**, s.103.

¹³⁵ Esener/Güven, **a.g.e.**, s.317; Kanuni önalım hakkı kanuna dayandığı halde, sözleşmeden doğan önalım hakkı hak sahibi ile taşınmazın maliki arasında akdedilen ve önalım hakkı sahibine o taşınmazın satılması halinde öncelikle satın alma yetkisi veren sözleşmeye dayanır. Bertan, **a.g.e.**, s. 760; Feyzioğlu, **Şufa**, s. 111; Özenli, **a.g.e.**, s. 23; Sebük, **a.g.e.**, s. 147.

¹³⁶ Eren, **a.g.m.** 103.

Fakat isteğe bağlı açık artırma yoluyla yapılan satışlarda, ifa yerine geçen edimde¹³⁷ ve Yargıtay’a¹³⁸ göre bir üst hakkı tesis edilerek payın üçüncü kişiye devredilmesi halinde de¹³⁹ diğer paydaş için kanundan doğan önalım hakkı doğabilmektedir. Bağışlama ve benzeri sözleşmelerde ise bu hak kullanılamaz¹⁴⁰.

Paylı mülkiyette kanuni önalım hakkı, kanundan doğan eşyaya bağlı bir borç¹⁴¹ olduğu için paydan ayrı olarak devredilemez. Kanundan doğan önalım hakkı eşyaya bağlı bir borç/hak olma niteliğini, kanunda belirtilen zorunlu şartı olan hukuki ilişkinin paylı mülkiyet ilişkisinden doğmuş olmasından almaktadır¹⁴². Önalım hakkı sahibinde değişiklik, ancak payın devri veya temlik ile mümkündür; mirasçılara geçişi de payın miras yolu ile kazanılması ile olur. Sözleşmeden doğan önalım hakkında ise sözleşmeye aksi yönde bir hüküm yoksa hakkın mirasçılara geçeceği kabul edilmektedir. Türk Medeni Kanunu 731. maddesinde de taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamalarının tapu siciline tescil edilmeksizin etkili olacağı düzenlenmektedir. Kanundan doğan önalım hakkı da kanunda taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlaması olarak düzenlendiği için tapu siciline tescil edilmesi gerekmeksizin üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir¹⁴³.

2. Diğer Kanunlardan Doğan Önalım Hakkı

Türk Hukukunda 1164 sayılı ve 10.5.1969 tarihli Arsa Üretimi ve Değerlendirilmesi Kanunu¹⁴⁴, Arsa Ofisine bir “önalım hakkı” tanımaktadır. Arsa Ofisi

¹³⁷ YİBK 9.3.1955 T., 27/3 E.K., RG, sayı: 9009, Eren, **a.g.m.**, s.113, Şıpka, **a.g.e.**, s.51.

¹³⁸ Yargıtay 6. H.D., T. 21.01.2008, E.2007/13277, K. 2008/323, “TMK’nın 826. maddesi hükmü uyarınca tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilen bağımsız ve sürekli nitelikte bulunan üst hakkındaki payın üçüncü bir kimseye satılması halinde önalım hakkına konu teşkil eder.” uyap | ulusal yargı ağı bilişim sistemi, Erişim Tarihi: 15.12.2022.

¹³⁹ Mülkiyet devrini sağlamayan üst hakkı, intifa hakkı gibi sözleşmelerin önalım olayını oluşturmayaacağı görüşü için bkz. Şıpka, **a.g.e.**, s.44.

¹⁴⁰ Eren, **a.g.m.**, s.103.

¹⁴¹ Kanundan doğduğu için eşyaya bağlı bir borç vardır, hak sahibi bakımından ise eşyaya (paya bağlı bir hak vardır. Bu kavram ile ifade edilmek istenen, hakkın belirli bir kişiye değil, eşyada hak (pay) sahibi olan kişiye bağlı olmasıdır; Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 1991, s. 386; Şıpka, **a.g.e.**, s. 39; Ayan, **a.g.m.**, s.337; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 634.

¹⁴² Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s.425; Şıpka, **a.g.e.**, s.9; Yaşar, **a.g.e.**, s.425.

¹⁴³ Ayan, Mülkiyet, s. Feyzioğlu, **Tasarruflar**, s. 224; Şıpka, **a.g.e.**, s. 16; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 267; Kutlu, **a.g.m.**, s.11.

¹⁴⁴ RG 1164 sayılı, 29/4/1969 tarih, sayı: 13195; 8/12/2004 tarihli ve 5273 sayılı Kanunun 1.maddesiyle, Kanunun adı “Arsa Ofisi Kanunu” iken, “Arsa Üretimi ve Değerlendirilmesi Hakkında Kanun” olmuş ve 1.madde de Bu Kanunda yazılı görevler Toplu Konut İdaresi Başkanlığı tarafından yürütülür. Bu Kanunda, diğer kanunlarda ve ilgili mevzuatta Arsa Ofisi Genel Müdürlüğüne yapılan atıflar Toplu

Kanunu madde 10 hükmü gereğince: “*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 şuf’a hakkını haizdir. Bu sahalardaki arsa ve arazinin satışları tapu daireleri tarafından 15 gün içinde Arsa Ofisine bildirilir.*” demek suretiyle Toplu Konut İdaresi Başkanlığı’na bir önalım hakkı tanımaktadır. Bu Kanuna göre tapu dairelerine yapılacak bildiri üzerine TOKİ, en geç 30 gün zarfında önalım hakkını kullanacağını bildirmediği ve bu süre içinde ödenmiş satış bedeli ile her türlü harç ve masrafları peşin olarak, malik adına yatırmadığı takdirde, önalım hakkını kullanmaktan vazgeçmiş sayılır. 30 günlük süre içinde ödenmiş satış bedeli ile her türlü harç ve masrafların yatırılmasını müteakip, tapu dairelerince re ‘sen eski satışın iptali ile yeni malik adına tescil işlemi yapılır¹⁴⁵. Aynı zamanda bu kanunun madde 10/5 hükmünde tapu idarelerinin re ‘sen önalım hakkındaki şerhi kaldırmaya yetkili olduğu düzenlenmiştir.

TMK dışında önalım hakkı tanınan kanunlardan biri de 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunudur¹⁴⁶. 30/4/2014-6537/5 Kanuna eklenen 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. Tarım arazileri, TKAKK md.3/d hükmünde “Toprak, topografya ve iklimsel özellikler tarımsal üretim için uygun olup, hâlihazırda tarımsal üretim yapılan veya yapılmaya uygun olan veya imar, ihya, ıslah edilerek tarımsal üretim yapılmaya uygun hale dönüştürülebilen” araziler olarak belirtilmiştir (TKAKK md.3).

5403 sayılı Kanuna değişiklik yapılmasına ilişkin 6537 sayılı Kanunda amacı satış, bağış vesaire gibi sebeplerle tarımsal arazilerinin küçülmesi yoluna giderek bu arazilerde elde edilen verimin düşmesi önlenmektir¹⁴⁷. Söz konusu yasal önalım hakkı

Konut İdaresi Başkanlığına yapılmış sayılır. ; 4 üncü maddesiyle de Birinci Bölüm başlığı “Kuruluş ve Görevler” iken, “Amaç ve Görevler” olarak değiştirilmiş ve metne işlenmiştir.

¹⁴⁵1164 sayılı kanun md.10/f.3 ve f.4.

¹⁴⁶ RG: T:3/7/2005. S:25880.

¹⁴⁷Hayriye Doğramacı Şen, “**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, s.74.

ile taşınmaza elbirliğiyle malik olan kişilerin, taşınmazdan birlikte yararlanması ve toprağı birlikte işleyen kişilerin aralarındaki ilişkiye yabancı bir kişinin pay sahibi sıfatıyla girmemesi, ayrıca birbirine komşu iki tarım arazisinin birlikte ekilerek daha az masrafla ürün elde edilmesi sağlanmaktadır¹⁴⁸. Yapılan değişiklikle getirilen 8/İ-I maddesi ile birlikte kanun koyucu, medeni kanundan doğan önalım hakkından farklı olarak paya değil kişilere önalım hakkı vermiştir¹⁴⁹. Maddenin ikinci fıkrasında tarımsal arazilerin satılması hâlinde sınırdaş tarımsal arazi maliklerinin de önalım hakkına sahip olacağı, birden fazla sınırdaş tarımsal arazi malikinin bulunması hâlinde hâkim, tarımsal bütünlük arz eden sınırdaş arazi malikine önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyetinin devrine karar verileceği düzenlenmiştir. Burada kanun koyucu arazi malikleri dışında, arazinin sınır komşularına da önalım hakkı tanımıştır. Hükümde sınırdaş arazi maliki denmiş olsa da öğretilde komşuluk ilişkisinin doğması için arazilerin illa birbirine bitişik olmasına gerek olmadığı, taşınmazın kullanılmasından konumu, durumu veya herhangi bir sebeple etkilenme söz konusu ise komşuluk ilişkisinin bulunduğu kabul edilmektedir¹⁵⁰. Son fıkrada yer alan “*Önalım hakkının kullanılmasında Türk Medenî Kanunu hükümleri uygulanır.*” hükmü ile burada düzenlenen önalım hakkının kullanılması konusunda TMK m.732¹⁵¹ ve devamındaki hükümlere atıf yapılmıştır. Burada ortaya çıkan sorunlardan bir tanesi, TMK madde 732 hükmünde yer alan kısmi satımlarda da önalım hakkının kullanılacağı hükmünün sınırdaş arazi maliklerine de uygulanıp uygulanmayacağına ilişkindir. Bu konuda Anayasa Mahkemesi, “*5403 sayılı Kanun’un 8/İ maddesinin dava konusu ikinci fıkrasıyla tarımsal arazilerin satılması hâlinde sınırdaş tarımsal arazi maliklerine önalım hakkı tanınmaktadır. Kuralda, tarımsal arazinin satılmasından söz edilmiş olup hissenin satılması ifadesine yer verilmediğinden, önalım hakkının sadece arazinin (parselin) bütünüyle satılması hâlinde mevcut olduğu,*

¹⁴⁸ Gökçe Canarslan, *Tarım Arazilerinin Satılması Halinde Sınırdaş Maliklerin Önalım Hakkı*, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:6, Sayı:1, Ocak 2020, S.1-18, s.5, <https://www.jurix.com.tr/> Erişim Tarihi: 21.07.2020.

¹⁴⁹ Şen-Doğramacı, **a.g.m.**, s.83.

¹⁵⁰ Şen-Doğramacı, **a.g.m.**, s.85 ve dn.36’da belirtilen yazarlar.

¹⁵¹ Burada TMK’ya atıf yapılmasından dolayı sadece satış işlemi yapılması durumunda önalım hakkının kullanılabilceği, TBK m.240’da belirtildiği üzere satış veya ekonomik anlamda satışa eşdeğer bir işlem yapılması durumunda önalım hakkının kullanılamayacağı anlamına geleceğinden, ortakların kanunu dolanmak amacıyla satış değil de satışa eşdeğer bir işlem yaparak arazinin küçültülmesi yoluna gitme ihtimali bulunduğundan dolayı bu hükmü Şen-Doğramacı eleştirmektedir; **a.g.m.**, s. 85.

tarım parselinin hissesinin bir bölümünün satılması durumunda geçerli olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.” şeklinde belirterek bu konuya ilişkin uyuşmazlığın önüne geçmiştir¹⁵². Fakat 28.10.2020 tarihli 31294 sayılı Resmî Gazetenin 20.maddesi ile getirilen değişiklikle 8/i maddesinin ikinci fıkrası yürürlükten kaldırılmış¹⁵³ ve bu husustaki tartışmalar sona ermiştir. Söz konusu değişiklikten sonra sınırdaş tarımsal arazi sahipleri birbirlerine karşı önalım hakkını kullanamayacaklardır.



¹⁵² Recep Adıgüzel, *Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Sınırdaş Tarımsal Arazi Malikinin Önalım Hakkı*, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt:90, sayı:3 yıl:2016, s.121-129, s. 127; Anayasa Mahkemesinin 30.10.2014 Tarih, 2014/133 E., 2014/165 K. sayılı kararı.

¹⁵³ RG 04.11.2020 31294 sayılı 7255/20. Madde.

İKİNCİ BÖLÜM

ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASININ ŞARTLARI VE SONUÇLARI

I. ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASININ ŞARTLARI

A. Genel Olarak

Önalım hakkı, hukuki niteliği itibarıyla bir yenilik doğuran haktır¹⁵⁴. Yenilik doğuran hakları diğer haklardan ayıran en önemli özelliklerinden biri, bir hukuki ilişki kurarak, mevcut bir hukuki ilişkiyi değiştirerek ya da ortadan kaldırarak yeni bir hukuk durum oluşmasını sağlamalarıdır¹⁵⁵. Önalım hakkında hukuki bir işlem ile yeni bir hukuki ilişki kurulması söz konusu olabilmektedir. Sözleşmeden doğan önalım hakkında, önalım hakkının kullanılması için önalım yükümlüsü ve önalım hakkı sahibi arasında bir önalım sözleşmesi¹⁵⁶ kurulmalı ve sözleşme konusu şeyi önalım yükümlüsünün herhangi bir satış veya satışa eşdeğer bir hukuki işlem ile üçüncü kişi olan alıcı muhataba devretmesi gerekmektedir. Kanundan doğan önalım hakkının kullanılabilmesi için ise pay sahibinin payını paydaş olmayan üçüncü bir kişiyle arasında satış veya satışa eşdeğer bir hukuki işlem ile devretmesi ve önalım hakkı sahibinin bu hukuki işlem gerçekleştiği sırada, payını devreden kişiyle paylı mülkiyet ilişkisi içerisinde bulunması gerekir¹⁵⁷. Sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılması için önalım hakkı sahibi ile önalım yükümlüsü arasında geçerli bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olması gerekmektedir¹⁵⁸. Önalım hakkının iki türü için de önalım hakkının kullanılması için önalım hakkına konu mal, üçüncü bir kişiye satılmalı ya da ekonomik bakımdan satışa eşdeğer bir işleme konu edilmelidir. Nitekim

¹⁵⁴ Sebük, **a.g.e.**, s. 36; Feyzioğlu, **Şuf'a**, s.15; Oğuzman/Barlas; **a.g.e.**, s. 155.

¹⁵⁵ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 24.

¹⁵⁶ Demirbaş, **a.g.m.**, s. 255, “önalım sözleşmesi, hak sahibi ile taşınmazın maliki arasında akdedilen ve önalım hakkı sahibine o taşınmazın satımı halinde taşınmazı öncelikle satın alma yetkisi veren bir sözleşmedir”, Esener/Güven, **a.g.e.**, s. 317; Sirmen, **a.g.e.**, s. 423.

¹⁵⁷ Ayan, **a.g.m.**, s. 343; Ayan, **Mülkiyet**, s.390.

¹⁵⁸ Feyzioğlu, **Şuf'a**, s. 183; Feyzioğlu, **Tasarruflar**, s. 222; Yücel, **a.g.m.**, s.53; Demirbaş, **a.g.m.**, s.257.

bu husus sözleşmeden doğan önalım hakkı hükümlerini düzenleyen TBK m. 240'da belirtilmiş olup bu hükümler kıyasen kanundan doğan önalım hakkı için de uygulanmalıdır¹⁵⁹.

Sözleşmeden doğan önalım hakkından farklı olarak kanundan doğan önalım hakkı paya bağlı bir haktır¹⁶⁰. Dolayısıyla bu hakkın kullanımında özel olarak; aynı anlama gelen, biri diğerinden bağımsız olarak kullanılamayan ve ayrı olarak devredilemeyen pay ve hak sahipliği kavramları karşımıza çıkmaktadır¹⁶¹. Paylı mülkiyet ilişkisi genel olarak tapuda tescille kurulur¹⁶². TMK m.705/2 de belirtilen miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal ve kamulaştırma ve olağanüstü zamanaşımı ile taşınmazın mülkiyetinin tescil dışı olarak kazanıldığı hallerde paylı mülkiyet ilişkisi de tescil dışı olarak kurulacaktır, bu hallerde tapuya yapılan tescil açıklayıcıyı nitelik taşır. Paylı mülkiyet ilişkisinin kurulmasıyla yasal önalım hakkı hukuki olarak doğarken önalım olayı meydana geldiğinde fiili olarak doğmaktadır¹⁶³.

Önalım hakkı sahibinin, paylı mülkiyet ilişkisinden hem de önalım yükümlüsü ile aralarındaki sözleşme ilişkisinden dolayı kanundan doğan önalım hakkı ve sözleşmeden doğan önalım hakkı aynı anda doğmuş olabilir. Bu durumda kanundan doğan önalım hakkının sözleşmeden doğan önalım hakkına önceliği bulunmakta olup, sözleşmeden doğan önalım hakkının tapuda şerh verilmesi bu durumu değiştirmemektedir¹⁶⁴. Tüm bu değerlendirmeler ışığında, önalım hakkının her iki türü için de önalım hakkının kullanılabilmesi için öncelikle bir önalım olayı meydana gelmiş olmalı ve hak düşürücü süreleri içinde açılmış bir önalım davasıyla önalım hakkı sahibinin hakkını kullanmış olması gerekmektedir.

¹⁵⁹ Mustafa Alper Gümüş, “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, s.452; Sirmen, **a.g.e.**, s. 435.

¹⁶⁰ Yasal önalım hakkı kişiye değil paya bağlı bir hak olduğundan dolayı eşyaya bağlı hak sınıfında yer almaktadır, Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s.633.

¹⁶¹ Şıpka, **a.g.e.**, s. 38; “Oğuzman, bu durumun Alman ve İsviçre hukukunda subjektiv-dinglicheRechte olarak belirtilmesinden yola çıkarak bu hususu belirtirken sübjektif-ayni hak özelliğinden kaynaklandığını belirtmektedir.”, Şıpka, **a.g.e.**, s.38.

¹⁶² Nomer/ Ergüne, **a.g.e.**, s.214 ve devamı.

¹⁶³ Şıpka, **a.g.e.**, s.38; Hatemi de aynı görüştedir, Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s.609.

¹⁶⁴ Ayan, **Mülkiyet**, s.338-339, Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.635, Nagehan Kırkbeşoğlu, **Önalım Hakkı**, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2019, s.36.

Önalım hakkının kullanılmasında, yasal önalım hakkı için ilk şart paylı mülkiyet ilişkisinin bulunuyor olması, sözleşmeden doğan önalım hakkı için ise tarafların arasında sözleşme ilişkisi bulunmasıdır. Bu iki şart tek başına önalım hakkının doğması için yeterli değildir. Önalım hakkı, önalım olayı denilen hukuki işlemin gerçekleşmesi ile doğmuş olur¹⁶⁵.

Önalım olayı, önalım hakkına sebep olan şeyin bedel karşılığında mülkiyetinin devrini sağlayan kazandırıcı bir işlemdir¹⁶⁶. Kanundan doğan önalım hakkında paylı mülkiyet ilişkisi içerisinde önalım olayının gerçekleşmesi için pay sahibinin payını üçüncü kişiye devretmiş olması gerekmektedir. Her ne kadar TMK 732. maddesinde payın kısmen veya tamamen üçüncü kişiye satılmış olması ifadesi geçse de önalım olayına konu olan hukuki işlem her zaman satış işlemi olmayabilir¹⁶⁷. TBK m. 240 hükmüne kıyasen önalım hakkının iki türü için de önalım olayı için satış veya satışa eşdeğer ekonomik bir olayın olmuş olması, önalım hakkının doğmasına sebep teşkil edebilir¹⁶⁸. Satışa eşdeğer ekonomik bir olayın ne olduğuna ilişkin ayrıntılı bir düzenleme mevcut değildir, dolayısıyla her somut olayda bu durum ayrı olarak değerlendirilmelidir¹⁶⁹.

Önalım hakkının kullanılmasına ilişkin olarak Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında, *“önalım hakkı, paylı mülkiyet hükümlerine tabi taşınmazlarda payın üçüncü kişiye satılması halinde, diğer paydaşlara o payı öncelikle satın alma yetkisi veren bir haktır. Bu hak paylı mülkiyet ilişkisi kurulduğu anda doğar ve payın üçüncü kişiye satılması ile kullanılabilir hale gelir. Önalım hakkının kullanılmasıyla bu hakkı kullanan paydaş ile alıcı arasında kapsam ve şartları satıcı ile alıcı arasında yapılan sözleşmenin aynı olan bir satım ilişkisi kurulmuş olur”* şeklinde belirtilerek önalım hakkının paylı mülkiyet ilişkisinin kurulması ile doğacağı ve payın üçüncü kişiye satılması ile kullanılabilir hale geleceği kabul edilmektedir. Ayrıca söz konusu

¹⁶⁵ Şıpka, **a.g.e.**, s.43, Tekinay, **a.g.e.**, s.41, Sirmen, **a.g.e.**, s.423-435, Eren, **a.g.e.**, s.419, Ertaş, **a.g.e.**, **a.g.e.**, 13.4.2005,6-230/244, Tülay Aydın Ünver, “Yasal Önalım Hakkında Önalım Olayının Bildirilmesi”, **Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan**, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2016 s.829-857; s.833; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 49.

¹⁶⁶ Demirbaş, **a.g.m.**, s. 257.

¹⁶⁷ Kırca, **a.g.e.**, s.1184; Sirmen, **a.g.e.**, s.435, Erkan, **Karar**, s. 27.

¹⁶⁸ TBK m.240'da sözleşmeden doğan önalım hakkı için belirtilen bu ifade kıyasen yasal önalım hakkı için de uygulanacaktır.

¹⁶⁹ Akalp-Demirtabak, s.52 ; Murat Aydoğdu, **Yasadan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013. s. 52, Gümüş, **a.g.m.**, s.436.

kararlardan önalım hakkının kullanılması için sözleşmenin ifa edilmesine gerek bulunmadığı sonucuna da rahatlıkla varılabilmektedir¹⁷⁰. Doktrindeki baskın görüş de Yargıtay'ın görüşü ile paralel bir şekilde, önalım olayının gerçekleşmesi için önalım yükümlüsü ile üçüncü kişi arasında yapılan taşınmazın devrini sağlayacak nitelikteki sözleşmenin ifasının gerekmediği yönündedir¹⁷¹.

Önalım olayı, önalım hakkının fiilen doğabilmesi için bir sebeptir. Önalım olayının, önalım hakkının meydana gelebilmesi için bir geçerlilik şartı olup olmadığı konusunda farklı görüşler mevcut olup bu bağlamda *Şıpka*¹⁷² önalım olayının önalım hakkının kullanılması için şart olmadığını dile getirirken; *Oğuzman/Barlas*, önalım olayının önalım hakkının kullanılması için bir şart olduğunu bu şartın da taşınmazın payının üçüncü kişiye satılması olduğunu ifade etmektedir¹⁷³.

Önalım olayının doğması için taşınmazın üçüncü kişiye satılması gerekir. Kanundan doğan önalım hakkında üçüncü kişinin paydaşlardan biri olmaması gerekir. Zira paydaşlar arasında yapılan satışlarda önalım hakkının amacı olan paylı mülkiyet ilişkisine üçüncü bir kişinin dahil olması gerçekleşmediği için paydaşlar arasında yapılan satışlarda önalım hakkını kullanmak mümkün değildir.¹⁷⁴ Sözleşmeden doğan önalım hakkı için ise üçüncü kişinin kim olduğu önemli değildir. Herhangi bir üçüncü kişiye yapılan satış veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer hukuki işlemin gerçekleşmesiyle önalım hakkı doğacaktır. Önalım hakkında payın kısmen satılması durumunda da önalım hakkı kullanılabilir¹⁷⁵.

Önalım olayının, önalım hakkının kullanılmasına sebebiyet verebilmesi için mülkiyetin devrini sağlayan bir kazandırıcı işlem olması ve iradi, bedelli ve cüz'i halefiyet şeklinde gerçekleşen bir işlem olması gerekmektedir¹⁷⁶. Dolayısıyla cebri

¹⁷⁰ Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, 02/04/2019 T., 2019/788 E., 2019/3025 K.; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 26.05.2014 T., 2014/824 E., 2014/8190 K. Yargıtay HGK 03/04/2013 T., 2012/6-858 E., 2013/427 K., [uyap | ulusal yargı ağı bilişim sistemi](#) ,Erişim Tarihi: 15.10.2021.

¹⁷¹ Bertan, **a.g.e.**, s. 796; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.219; Özenli, **a.g.e.**, s.54, Gürsoy/Eren/Cansel/, **a.g.e.**, s.616, Erdoğan C, **a.g.e.**, s.656, Şıpka, **a.g.e.**, s. 52.

¹⁷² Şıpka, **a.g.e.**, s. 43.

¹⁷³ Nomer, Vefa, s.16; Oğuzman/ Barlas, **a.g.e.**, s.156.

¹⁷⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, s.635, Sebük, **a.g.e.**, s.85-87, Ayan, **a.g.m.**, s.342; Akalp-Demirtabak, **a.g.e.**, s.49, Gürsoy/Eren/ Cansel, **a.g.e.**, s.618-619; YGHK 13.4.2005 T.,2005/6-230 E.,2005/244 K.

¹⁷⁵ 4721 Sayılı Madde 732- Paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması hâlinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler.

¹⁷⁶ Sirmen, **a.g.e.**,434, Feyzioğlu, **a.g.m.**, s.222, Şıpka, **a.g.e.**, s.44, Eren, **a.g.m.**, s. 110; Eren, Mülkiyet, s. 412-413; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s.31.

artırma, kamulaştırma gibi cebri; bağışlama gibi ivazsız ve mirasın geçmesi veya mirası paylaşma gibi külli halefiyet yoluyla gerçekleşen devirlerde önalım hakkı söz konusu olmadığı için kullanılamaz¹⁷⁷. Yargıtay, karı ve kocaya, evlada veya akrabaya yapılan temliklerde şeklen satış sözleşmesi bulunsa bile amaçları miras hukukuna ilişkin ise veya bağışlama amacıyla yapılan satışlarda önalım hakkının kullanamayacağını belirtmiştir¹⁷⁸. Yalnız; kârı, koca, evlat vs. akrabalara yapılan her satışta bu hısımlık ilişkisinin varlığı, miras hukukuna ilişkin temlik maksadının var olduğuna yönelik yeterli bir delil teşkil etmez¹⁷⁹. Burada satıcı olan önalım yükümlüsünün satıştaki maksadının da ispatlanabilmesi gerekir¹⁸⁰.

Sözleşmeden doğan önalım hakkında, tarafların satış veya ekonomik anlamda satışa eşdeğer işlemler dışında başka bir hukuki ilişkiyi önalım olarak kabul edip etmeyeceği ise tartışmalıdır. Satış sözleşmesi dışında ivazlı veya ivazsız temliklerin de önalım olayı olarak kabul edilmesinin önalım hakkının ruhuna uygun olacağını ve bu sayede kanuna karşı hile ve muvazaa iddialarının öne sürülemeyeceğini savunan yazarlar¹⁸¹ olduğu gibi sadece satış sözleşmesinin önalım olayı olarak kabul edilmesi gerektiği, satış sözleşmeleri dışındaki sözleşmelerin önalım olayı olarak kabul edilmesi durumunda önalım yükümlüsünün malik olarak mülkü üzerinde tasarruf etme

¹⁷⁷ Şıpka, **a.g.e.**, s.44 ; Eren, **a.g.m.**, s. 110.

¹⁷⁸ Yargıtay, 14. H.D., 17/1/2019 T., 2016/10930 E., İBK 27/3/1957, 12/2.

¹⁷⁹ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.270-271.

¹⁸⁰ Feyzioğlu, İsviçre Fedaral Mahkeme kararlarında olduğu gibi “miras hukukuna ilişkin maksadının satışta hakim olduğunun sübutunu da arayışını” bulması için fiili karineyi yeterli görülmemesi gerektiğini, önalım hakkı sahibi, önalım yükümlüsünün hısımlarıyla yaptığı satışların, aslında gerçek bir satış maksadıyla yapıldığını ispat mecburiyetinde olmadığını, davalının bu satışın gerçek bir satış olmadığını iddia ediyorsa bu iddiasını ispatla mükellef olduğunu aksi halde önalım hakkının kullanılmasına ve amacına engel bir durum söz konusu olacağını savunmaktadır. Sonuç olarak davalının önalım davasında en azından tanıkla, asıl maksadın satış olmadığını ispatlaması gerekmektedir, Feyzioğlu, **Şuf’a**, s. 270-271. Nitekim Yargıtay daha sonraki kararlarında bu paralelde kararlar vermiştir. “Mahkeme, payı satanla davalının karı-koca olduğunun celbedilen kayıtla saptamış 27. 03. 1957 gün 12/2 sayılı içtihadı birleştirme kararına dayanarak şufanın cereyan etmeyeceğinden bahisle davayı reddetmiştir. Anılan içtihadı birleştirme kararı, mutlak olarak yapılan işlemin hibe olduğunun kabulüne ilişkin değildir. Bunun ispat edilmesi halinde, şuf’anın cereyan etmeyeceğine dairdir. Davalının bu savunmasını ispat bakımından delil istenmemiştir. Bu bakımdan savunma gereği davalının göstereceği tanıkların çağrılıp dinlenmesi, gerektiğinde, davacının mukabil delillerinin de toplanması ve hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken sadece, bilirkişi raporuna dayanılarak yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olduğundan hükmün bozulması gerekmektedir.” 6. HD’nin 04. 02. 1988 gün ve 11166/1419 sayılı kararı, Özenli, **a.g.e.**, s. 101-102 Ancak Arık, bunun aksini savunmuş, amaçta gerçek satışın olamadığı yönünde bir kanaat için, satın alanla satan kişinin akraba olması gibi bir fiili karinenin kafi olacağını belirtmiştir, Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.271; bkz. Fikret Arık, Mirasçıya Şuf’a Cereyan Eder mi?, **Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 1957, sayı:4, s. 214-215.

¹⁸¹ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.181.

özgürlüğünü engellediğini savunan yazarlar da bulunmaktadır¹⁸². Sözleşmeden doğan önalım hakkında taraflar satış ve satış benzeri hukuki işlemlerin önalım hakkına sebebiyet verip vermeyeceğini, irade serbestisi ilkesi gereğince sözleşmelerinde özgürce belirleyebileceklerdir. Fakat sözleşmeden doğan önalım hakkının tapuya şerh verilmesi durumunda üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecek ve tapuya şerh verilebilecek hakların sınırlı sayıda olması nedeniyle bu hakların dışında önalım hakkına konu olan bir sözleşmenin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi mümkün olmayacaktır¹⁸³. Bu tartışmaların birçoğu TBK m.240 hükmünde satış veya ekonomik anlamda satışa eşdeğer her türlü işlem şeklinde belirtilmesiyle geçerliliğini kaybetmiştir. Fakat TBK m.240'da belirtilen satış ve ekonomik anlamda satışa eşdeğer işlemlerin neler olacağı açıkça belirtilmediği için somut olayın özelliğine göre bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Ayrıca önalım hakkının kullanılması için gerçekleşmesi gereken önalım olayının yalnız şekil bakımından değil tarafların yaptıkları sözleşmeye verdikleri anlam ve amaçlarının da gerçek anlamda bir satış olması gerekmektedir¹⁸⁴.

Tüm bu bilgiler ışığında önalım yükümlüsünün önalım hakkına konu olan şeyi üçüncü kişiye satması veya ekonomik anlamda satışa eşdeğer işlemle devretmesi ile önalım olayı doğmuş olacaktır.

1. Önalım Olayı Sayılan Haller

a. Satış Sözleşmesi

TMK m.732 hükmünde önalım hakkının kullanılması için satış işleminin gerçekleşmesinin gerektiği belirtilmiştir. TBK m. 240'da ise önalım hakkının taşınmazın satışı ya da ekonomik bakımından satışa eşdeğer her türlü işlemin yapılması hallerinde kullanılacağı hükmü düzenlenmektedir. TBK m.240 hükmünü kıyasen kanundan doğan önalım hakkına uygulandığında önalım hakkının kullanılabilmesi için gerçekleşmesi gereken önalım olayının niteliğini belirlemek mümkündür. Bu kapsamda önalım hakkının amacı kapsamında mülkiyetin naklini gerektiren satış veya ekonomik anlamda satışa eşdeğer işlemlerin gerçekleşmesi

¹⁸² Sebük, **a.g.e.**, 85.

¹⁸³ Şıpka, **a.g.e.**, s.46.

¹⁸⁴ Tekinay, Takyitler, s.42; Ayan, Mülkiyet, s.392; Ayan, **a.g.m.**, s.340; Yaşar, **a.g.m.**, s. 426.

halinde önalım hakkının kullanılacağı kabul edilmelidir¹⁸⁵. TBK m.240/2 hükmünde ise taşınmazın mirasın paylaşımında mirasçılardan birine özgülenmesi, cebri arttırma yoluyla satışı ve kamu hizmetlerin yerine getirilmesi ve bunlara benzer amaçlarla edinilmesi hallerinde önalım hakkı kullanılamayacağı düzenlenerek hangi işlemlerin önalım olayı teşkil etmeyeceği açıkça belirtilmiştir¹⁸⁶.

Önalım olayının gerçekleşmesi için mülkiyetin temlikini sağlayan kazandırıcı bir hukuki işlem olması gerektiğinden mülkiyetin devrini amaçlayan en belirgin sözleşmelerden olan satış sözleşmesi, önalım olayının konusunu oluşturacak sözleşmelerden biridir. Taraflar arasında yapılmış olan satış sözleşmesinin önalım hakkının konusunu oluşturabilmesi için önalım konusu olan şeyin mülkiyetinin üçüncü kişiye geçirilmiş olmasına gerek duyulmayacak, sadece satış sözleşmesinin yapılması yeterli olacaktır¹⁸⁷.

Önalım olayı konusunu oluşturan sözleşmenin geçerli bir satış sözleşmesi olması gerekmektedir¹⁸⁸. Bir sözleşmenin kurulması için iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları gerekmektedir. Dolayısıyla geçerli olmayan bir sözleşme ile önalım olayının doğması mümkün değildir. Bir sözleşmenin geçerli olması için sözleşmeyi kesin hükümsüz ya da iptal edilebilir hale getiren bir durumun meydana gelmemesi gerekmektedir. Bu durum Yargıtay kararlarında da “gerçek bir satışın konusu olmayan, satış niteliğinde olmayan pay temliklerinde yasal önalım hakkı doğmayacaktır” ibaresi ile belirtilmektedir¹⁸⁹. Ayrıca önalım hakkının kullanılması için gerçekleşmesi gereken önalım olayının yalnız şekil bakımından değil tarafların yaptıkları sözleşmeye verdikleri anlam ve amaçlarının da gerçek anlamda bir

¹⁸⁵Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 184; Şıpka, **a.g.e.**, s. 44; Akalp-Demirtabak, **a.g.e.**, s. 51.

¹⁸⁶İsviçre Borçlar Kanunu m.216c de de paralel bir düzenleme bulunmaktadır; Başak Başoğlu/ Kadir Berk Kapancı, **Karşılaştırmalı- Kavram Endeksli Türk Medeni Kanunu- Türk Borçlar Kanunu ve İlgili Mevzuat**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

¹⁸⁷Feyzioğlu, **a.g.m.**, s.222-223; Eren, **a.g.e.**, s.209; Şıpka, **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.

¹⁸⁸Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.186.

¹⁸⁹Yargıtay 14 HD., 17/01/2019 T, 2016/10930 E., 2019/498 K., Yargıtay 14.HD., 12/12/2018, 2018/4238 E., 2018/8864 K., uyap | ulusal yargı ağı bilişim sistemi, Erişim Tarihi; 14.11.2022.

satış olmalıdır¹⁹⁰. Önalım yükümlüsü, önalım hakkı sahibinin önalım hakkını kullanılmasını engellemek amacıyla satışa denk fakat satış sözleşmesi olmayan başka bir işlemle önalım hakkına konu olan şeyi üçüncü bir kişiye devrederse bu durumda önalım yükümlüsünün yaptığı işlem kanuna karşı hile teşkil edeceğinden önalım hakkı sahibi yine önalım hakkını kullanabilecektir¹⁹¹. Kısmi satış olması durumunda da TMK m.732 hükmü gereği önalım hakkı kullanılabilir.

Önalım olayını doğuran sözleşmenin geçersiz olması durumunda bu sözleşmenin geçersizliğinin niteliğine ve geçersizliğin ileri sürülme zamanına göre doğacak sonuçlar değişecektir. Bir sözleşmenin kesin hükümsüzlük hallerinden biri ile geçersiz olması durumunda, taraflar bunu belirtmese bile hâkim bunu re'sen dikkate alacak ve bu durumda önalım hakkı kullanılamayacaktır¹⁹². Önalım davası sırasında, önalım hakkı kullanılmadan önce iptal edilebilirlik hallerinden biri olması sebebiyle iptal davası açılması durumunda ise önalım davasında bu durum ön sorun olarak ele alınır ve bekletici mesele yapılarak bu davanın sonucuna göre karar verilir¹⁹³. Önalım hakkının kullanılması ve davanın olumlu sonuçlanarak önalım hakkı sebebiyle mülkiyetin önalım hakkı sahibine geçmesi durumunda sözleşmenin geçersiz olması sebebiyle iptal davası açılırsa bu durumda önalım hakkı sahibinin paya ilişkin tescili yolsuz bir tescil olacağından ilk paydaş/önalım yükümlüsü, tapudaki malik olan önalım hakkı sahibine karşı iptal ve kendi adına tescil için dava açabilmektedir¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Tekinay, Takyitler, s.42; Ayan, Mülkiyet, s.392; Ayan, **a.g.m.**, s.340; Mert Yaşar, “Yeni Medeni Kanunda Önalım Hakkına İlişkin Değişiklikler”, **Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2002/2, s.426-432 s. 426.

¹⁹¹ Kılıç, H. **a.g.e.**, s.3947; nitekim federal mahkemenin de bu yönde kararı bulunmaktadır, federal mahkeme önalım yükümlüsünün üçüncü bir kişiye uzun süreliğine verdiği üst hakkını kanuna karşı hile kabul ederek önalım hakkının kullanılabilirliğini kabul etmiştir.

¹⁹² Bkz, III. Bölüm, s.57 vd.

¹⁹³ Özenli, **a.g.e.**, s.109; Şıpka, **a.g.e.**, s.65

¹⁹⁴ Özenli, **a.g.e.**, 58; Şıpka, **a.g.e.**, s.66; bu durumda ilk paydaşın bu iddiasının hakkın kötüye kullanımı olup olmadığına ilişkin iddia ayrı olarak değerlendirilecektir. Özenli, önalım hakkına konu olan sözleşmenin önalım hakkı sahibinin hakkını kullanmaması amacıyla geçersiz kalındığını önalım hakkı sahibinin daha sonradan öğrenmesi durumunda bu kararın iptalini isteyebileceği ve önalım davası açabileceğini ileri sürmektedir; Özenli, **a.g.e.**, s.59.

b. Satış Benzeri Hukuki İlişkiler

(1). Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi

Taşınmaz satış vaadi, bir taşınmaz satışı değil ileride satışı kararlaştırılan bir taşınmazın, belirli bir kişiye satımının yapılmasını vaat eden bir ön sözleşmedir¹⁹⁵. Taşınmaz satış vaadinin bir önalım olayı olarak kabul edilip edilemeyeceği ise tartışmalıdır. Çünkü taşınmaz satış vaadi, mülkiyetin devrini başka bir asıl sözleşmeyle yapılmasını amaçlayan bu anlamda bir vaat etme edimi barındıran bir ön sözleşmedir. Bu tanımdan yola çıkarak doktrinde bazı yazarlar taşınmaz satış vaadinin kurulmasıyla mülkiyetin devri işlemi gerçekleşmediği için taşınmaz satış vaadi sözleşmesini bir önalım olayı olarak kabul etmemektedirler¹⁹⁶. Doktrinde bazı yazarlar taşınmaz satış vaadinin önalım olayı kabul edilemeyeceğini fakat taşınmaz satış vaadinden doğan tescil davalarının tescil yönünde neticelendiği durumlarda önalım olayının doğduğunu kabul etmektedirler¹⁹⁷.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesini önalım olayı olarak kabul eden yazarlar¹⁹⁸ taşınmaz satış vaadinin satış sözleşmesi yapma borcu doğurmasından yola çıkarak taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tarafa dava yoluyla satış borcu doğurmasını sağlama hakkı verdiğinden uygulamada satış sözleşmesi gibi sonuç doğurduğunu, bu durumun da sözleşmenin ifası ile önalım olayının gerçekleşeceği şeklinde kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar¹⁹⁹. Yargıtay'ın satış vaadi yapılmasının, kesin satışı meydana getirmeyeceği bu durumun önalım hakkının kullanılabilmesi için

¹⁹⁵ Soysal Özenli, **Uygulamada Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Neden Olduğu Davalar**, Ankara, Kazancı Matbaacılık, 1986, s.4 (Taşınmaz Satış Vaadi olarak anılacaktır.); Necip Kocayusufpaşaoğlu: **Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1959, s.67; ön akit olduğu ile ilgili görüşler ve tartışmalar için bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 44 ve devamı.

¹⁹⁶ Ertaş, **a.g.e.**, 380; Özenli, **a.g.e.**, s.100; Erdoğan, C., 661, (Şipka **a.g.e.**, s. 55 dipnot 66'dan naklen); Arık, s. 809; Haab, R/ Simonius, A./ Scherrer, W./ Zobl. D.:Kommentar zum SchweizerischenZivilgesetzbuch, IV. Band, DasSachenrecht, ErsteAbteilung, DasEigentum, Zürich 1977, Art. N. 681- 682 (Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 616 dipnot 67'den naklen).

¹⁹⁷ Özenli, **a.g.e.**, s.100; Aynı görüşte, Şipka, **a.g.e.**, s.61.

¹⁹⁸ Ayan, **a.g.m.**, s.277; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.616; Tekinay, Takyitler, s.23; Eren, **a.g.m.**, s.113; Eren, **Mülkiyet**, s.415; Erkan, **a.g.m.**, s.64.

¹⁹⁹ Ayan, **Mülkiyet**, 392; Demirsatan, **a.g.m.**, s.911, Demirsatan, alım sözleşmesinin de aynı şekilde önalım olayına konu edilebileceği görüşündedir. Satım vaadinin kurulmasıyla ifasının talep edilmesi arasında uzun süre bulunduğu takdirde Yargıtay'ın süreklilik kazanmış içtihadı (Yargıtay HGK., 3.4.2013, 6-1127/434) uyarınca bedel olarak rayiç değer alınmışsa, önalım bedeli olarak bu değer esas alınacaktır, s.911 vd.

yeterli olmayacağı gerekçesiyle taşınmaz satış vaadi sözleşmesini önalım olayı olarak kabul etmediği kararları bulunmaktadır²⁰⁰.

Taşınmazların mülkiyetini nakil amacı taşıyan sözleşmeler resmi şekilde yapılmalıdır. Resmi şekilde yapılma, geçerlilik şartıdır. Şekil şartı bulunan sözleşmelerde şekil şartının gerçekleşmemesi halinde geçerli bir sözleşme olmayacak ve sözleşme bu durumda kesin hükümsüzlük yaptırımıyla karşı karşıya kalacaktır²⁰¹. Bu durumda resmi şekilde yapılmayan sözleşmenin noterde yapılması durumunda tahvil yoluyla noterde yapılan satış sözleşmesini, taşınmaz vaadi sözleşmesi kabul ederek sözleşmeyi ayakta tutmaya çalışan yazarlar bulunmaktadır²⁰². Her ne kadar resmi şekilde yapılmayan taşınmaz satış sözleşmeleri, taşınmaz satış vaadi kabul edilerek sözleşme ayakta tutulmaya çalışılsa da taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin bir önalım olayı oluşturmaması sebebiyle yine geçerlilik sağlanmayacaktır. Ayrıca tahvil yoluyla ayakta tutulmaya çalışılan satış sözleşmeleri de şekil şartından dolayı geçerli bir satış sözleşmesi oluşturmayacağı için önalım hakkının konusu olamayacaktır.

(2). Üst Hakkı Tesis Edilmesi

Üst hakkı, hak sahibine mülkiyeti başkasına ait bir taşınmazın altında veya üstünde yapı inşa edip hakkın devamı süresince bu yapıya malik olma veya taşınmaz üzerinde zaten mevcut olan yapıyı muhafaza etme yetkisi sağlayan sınırlı aynı haklardan biridir²⁰³. Önalım olayı doğuran işlem; iradi, bedelli ve cüz'i halefiyet şeklinde gerçekleşen bir işlem olmalıdır. Dolayısıyla bir taşınmaz üzerinde üst hakkı kurulması durumunda mülkiyetin naklini sağlanmadığı için taraflar arasında bir satış

²⁰⁰ YGHK 14.12.1994 T, 1994/6-663 E, 1994/841 K; Yargıtay 1.HD., 5.5.1951, 7860 E., 2429 K., Esener/Güven, **a.g.e.**, s.319.

²⁰¹ Necip Kocayusufpaşoğlu/ Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, Birinci Cilt, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 309 vd. Bu konuda farklı görüşler ve değerlendirilmeler için bkz. s.309 ve devamı, İsviçre-Türk hukukunda hakim olan görüş ise kesin hükümsüzlük yaptırımı olması gerektiğidir.

²⁰² Akalp-Demirtabak, **a.g.e.**, s.59.

²⁰³ Mehmet Serkan Ergüne, Üst Hakkının Tasarruf İşlemlerine Konu Olmasına İlişkin Hukukî Sorunlar, İÜHFMD C. LXVI, S.1, s. 275-292, 2008, s. 275; Esener/Güven, **a.g.e.**, s.367; Ertaş, **a.g.e.**, s. 512; Sinan Okur, Önalım Olgusuna Dair Yeni Bir Kategori; Ekonomik Bakımdan Satışa Eşdeğer İşlem Kavramı Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme (TBK m.240/Art.216c Or), **SDÜHFD** Cilt; 9, Sayı 1, 2019, s.222-223; Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s.141, TMK m.826 vd. İsviçre Medeni Kanununda 19 Aralık 1963 Tarihli bir değişiklikle ZGB. 682.maddeye eklenen bir fıkra ile Üst Hakkından Doğan Önalım Hakkı Kanundan Doğan Önalım Hakkının bir türü olarak eklenmiştir; Şipka, **a.g.e.**, s. 8.

ilişkisi doğurmayacaktır²⁰⁴. Fakat son zamanlarda, özellikle taşınmaz satışlarında, taraflar arasında satış ilişkisi kurulması yerine taşınmazı satın almak isteyen lehine uzun süreli üst hakkı tesis edilmesi yoluna gidilmektedir. Bu şekilde tesis edilen üst hakkı, kişiye uzun süre boyunca malik olma hakkı verdiğiinden önalım hakkı sahibinin önalım hakkını kullanmasını engellemektedir. Önalım hakkının kullanılmasını engellemek amacıyla, satış yerine üst hakkının kurulduğu bu tarz hallerde yapılan işlemin kanuna karşı hile olduğu düşünülerek önalım hakkı kullanılabilir²⁰⁵. Ayrıca doktrinde TBK m. 241 gereğince taşınmazın tamamı üzerinde kurulan üst hakkını, satışa eşdeğer bir işlem olarak tanımlayan ve önalım olayı olarak kabul edilmesi gerektiğini belirten yazarlar da bulunmaktadır²⁰⁶. Bu nedenlerle taşınmaz üzerinde üst hakkı tesis edilmesi ile önalım olayının gerçekleşip gerçekleşmediği hususu, dürüstlük kuralı da dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, önüne gelen bir olayda önalım hakkının kullanılmasını engellemek için taşınmaz üzerinde üst hakkı kurulması karşısında önalım olayının gerçekleşmediği iddiasını dürüstlük kuralına aykırı bulmuş ve üst hakkı tesisini önalım olayı olarak değerlendirmiştir²⁰⁷. Yargıtay'da bazı kararlarında taşınmaz üzerinde üst hakkı tesisinin önalım hakkının konusunu oluşturacağını kabul etmektedir²⁰⁸. Nitekim TMK m.826/3'e göre en az otuz yıl süreli olarak kurulan üst hakkı, sürekli nitelikte olduğundan otuz yıl ve üzeri bir süre için tanınan üst hakkının ekonomik anlamda satışa eşdeğer bir işlem olarak kabul edilmesi gerekmektedir²⁰⁹. Aynı şekilde uzun süreli intifa ve oturma hakları için de bu durum geçerlidir. Fakat uzun süreli olmayan oturma ve intifa hakları, önalım olayına konu olan ekonomik anlamda satışa eşdeğer bir işlem olarak kabul edilmeyecektir²¹⁰.

²⁰⁴ Okur, **a.g.m.**, s.225; Şıpka, **a.g.e.**, s. 44

²⁰⁵ Okur, **a.g.m.**, s.224-225; Demirsatan, **a.g.m.**, s.911;Kırkbeşoğlu, s.41; Kırkbeşoğlu, Kanundan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, s.115; Fedaral mahkemenin bu nitelikte bir kararı ;Şıpka, **a.g.e.**, s.44, dn, 11.

²⁰⁶ Avcı Braun, **a.g.e.**, s.1458.

²⁰⁷ Gümüş, **a.g.e.**, s. 162; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 287; Demirbaş, **a.g.m.**, s.257.

²⁰⁸ Yargıtay 6.HD., 21.01.2008 T., 2007/13277 E., 2008/323 K, [uyap | ulusal yargı ağı bilişim sistemi](#), Erişim Tarihi; 14.10.2022.

²⁰⁹ Okur, **a.g.m.**, s.226; Saray Türe, **a.g.m.**, s.34.

²¹⁰ Demirsatan, **a.g.m.**, s.911.

(3). İhtiyari Artırma

Artırma, zamanı ve yeri daha önceden belirlenmiş ve yine daha önceden belirlenmiş şartlarla, en iyi teklifi yapanla satım sözleşmesinin sağlayan müzakerelerdir²¹¹. Artırmada hazır bulunanların fiyat ileri sürme işlemine pey sürme, en yüksek fiyatı verenle sözleşmenin kurulmasına ihale denir. Artırma ile satım işlemi cebri artırma, ihtiyari açık artırma ve ihtiyari özel artırma olarak üç şekilde gerçekleşebilir. İhtiyari özel artırma tamamen belli şahıslar arasında yapılırken ihtiyari açık artırmada satış, aleni olarak yapılır.

İhtiyari açık artırmalarda satıma konu olan şey, malikin tasarruf yetkisiyle satışa çıkarılmaktadır. Bir artırmanın açık artırma sayılabilmesi için artırma şartnamesinde öngörülen şartları gerçekleştiren herkesin artırmaya katılabilmesi, yapılacak artırmanın önceden kamuya duyurulması ve satıcının yararının gözetilerek veya satıma ilişkin iradesinin değerlendirilmesi gerekir. Satıcı artırma koşullarında aksi yönde bir irade açıklamasında bulunmamışsa, herkesin katılabileceği isteğe bağlı açık artırmalarda satış sözleşmesi, artırmayı yönetenin en yüksek bedeli öneren kişiye ihale etmesiyle kurulmuş olur. (TBK m. 275). Artırmada taşınır bir mal alan kişi, onun mülkiyetini ihale anında kazanırken taşınmazın mülkiyeti ise ancak tapu siciline tescille alıcıya geçer (TBK m.279/1). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında kanunun açık hükmünden yola çıkarak ihtiyari artırmalarda sözleşmenin ihale edildiği anda doğmuş olacağını, bunun için resmi senet düzenlenmesine gerek olmadığını ifade etmiştir²¹².

İhtiyari özel artırmalar ise ihtiyari açık artırmalar gibi satışın ne zaman yapıldığına dair açık ilan yapılmayıp sadece özel kişilerin katıldığı artırma türüdür²¹³.

²¹¹ TBK MADDE 274- Açık artırma yoluyla satış; yeri, zamanı ve koşulları önceden belirlenerek, hazır olanlar arasından en yüksek bedeli öneren ile yapılan satıştır. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.49; Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Yetkin Yayınları, 12.Basım, Ankara, 2019.

²¹² YGHK 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 tapu sicil müdürlüğüne göndermesi üzerine yapılır. <https://www.lexpera.com.tr/>, erişim tarihi: 12.12.2022.

²¹³ Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C.I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 229 (Borçlar olarak anılacaktır); Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s.229.

İhtiyari özel artırmalarda satış sözleşmesinin ne zaman kurulduğuna dair açık bir hüküm yoktur. Fakat bu artırma türü, sadece belirli kişiler arasında yapılacağı için aleniyetin oluşmadığı gerekçesiyle ve ihtiyari açık artırmanın aksine sözleşmenin ihale anında değil resmi senedin düzenlenmesi ile oluşacağı, önalım olayının da resmi senedin düzenlenmesiyle doğacağı kabul edilmektedir²¹⁴.

İhtiyari artırmalarda payın veya sözleşmeye konu olan şeyin açık artırma ile devredilmesi durumlarında ister açık olsun ister özel olsun tarafların serbest iradesine dayandığı için önalım olayı gerçekleşmiş olarak kabul edilir²¹⁵. Dolayısıyla da bu durumda önalım hakkı sahibinin önalım hakkı doğmuş olacaktır. İhtiyari açık artırmalarda özellik taşıyan durum, önalım hakkı sahibinin önalım hakkının ne zaman doğmuş olacağıdır. Mülkiyetin intikali taşınırlarda ihale anında, taşınmazlarda ise tapu siciline kayıt anında geçer. Kanundan doğan önalım hakkının kullanılması için gereken üç aylık hak düşürücü süre bildirimin yapılmasından²¹⁶, iki yıllık hak düşürücü süre ise satıştan itibaren işlemeye başlar.

İhtiyari artırmalar, herkese açık artırmalar olduğu için kanundan doğan önalım hakkında paydaşlardan bir diğeri veya önalım hakkı sahibi de artırmaya katılabilir. Bu artırmada önalım hakkı sahibinin pey sürdüğü halde artırmadan çekilmesi durumunda önalım hakkından feragat etmiş olmayacağı ve taşınmazı satın alan üçüncü kişiye karşı önalım hakkını kullanabileceği Yargıtay'ın İçtihadı Birleştirme Kararı ile belirtilmiştir²¹⁷. Yargıtay, kişinin buradaki amacının önalım hakkından feragat olmayıp fiyatı daha fazla yükseltmemek adına artırmanın neticesini beklemek olduğunu, feragatin karşı tarafa bildirilmiş olması gerektiğinden feragatin şartlarının oluşmadığını ifade etmektedir. Nitekim TMK m.733/2 ile önalım hakkından feragat için resmi şekil, belirli bir satışta önalım hakkından vazgeçme için yazılı şekil

²¹⁴Feyzioğlu, a.g.e., s.239; TBK m. 279, Gümüş, Borçlar, s. 232; Aral/Ayrancı, a.g.e., s.230.

²¹⁵Küley, a.g.e., s.32; Feyzioğlu, a.g.e. s.239; Şıpka, a.g.e., s.81 ; Tekinay, a.g.e., s.22; Kırca, a.g.m., s.1184; YİBK 9.3.1955 T., 1954/27 E., 1955/3 K (RG: 9009); Eren, a.g.m., s.113.

²¹⁶Akalp-Demirtabak, a.g.e., s. 71; “ hak düşürücü sürenin başlangıcı eski medeni kanun zamanında tartışılmıştır, hak düşürücü süre öğrenmeden itibaren başlayacağı düzenlendiği için ihalenin öğrenilmesi mi yoksa satım sözleşmesinin kurulduğunun öğrenilmesi ile başlayacağı tartışmalıydı. Yargıtay 15.3.1940 İBK kararı ile ihalenin değil önalım hakkına konu olan satışın öğrenilmesiyle hak düşürücü sürenin başlayacağını karara bağlamıştır. YİBK 15.3.1940T,17/57 (RG.4506), Akalp-Demirtabak, a.g.e., s.71, dn 147.

²¹⁷YİGHK 9.3.1955 gün ve E.27 K.3 sayılı kararı, Erdoğan C, a.g.e., s. 668; Yıldız, a.g.e., s.164; Ayan, agm. s.345.

zorunluluğu getirildiğinden, ihtiyari artırmalarda paydaşlardan birinin katılıp pey sürmekten vazgeçmesi veya pey sürmeyi bırakmış olması feragat anlamına gelmez.

2. Önalım Olayının Bildirilmesi

Türk Medeni Kanunu'nun m.733/3²¹⁸ hükmü ve Türk Borçlar Kanunun m.242²¹⁹ hükmü ile önalım olayının alıcı²²⁰ veya satıcı tarafından yasal önalım hakkında diğer paydaşlara, sözleşmeden doğan önalım hakkında önalım hakkı sahibine bildirileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme Eski Medeni Kanunda yer almamaktaydı²²¹. Bildirimin madde düzenlenmelerine eklenme gerekçesi, önalım hakkının üst süresi olan on (10) yıl boyunca önalım hakkı sahibinin satışı öğrenmediği savıyla önalım hakkının kullanılabilmesini önlemek olarak belirtilmiştir²²².

Önalım olayının gerçekleştiğini önalım hakkı sahibine haber vermek amacıyla yapılan bildirimin içeriğinde önalım olayına konu olan satış sözleşmesinin esaslı unsurları yer almalıdır²²³. Önalım hakkı sahibi, söz konusu bildirimle önalım hakkına konu olan sözleşmenin konusunu, bedelini, ödeme koşullarını ve alıcısını öğrenmiş olmalıdır. Kanun gereğince söz konusu bildirimin ancak noter aracılığıyla yapılması gerekmektedir. Önalım hakkı sahibine noter aracılığıyla yapılan bildirimde sözleşmenin esaslı noktalarının bildirilmemesi durumunda önalım hakkı sahibi için üç

²¹⁸ TMK m. 733/3; "Yapılan satış, alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirilir".

²¹⁹ TBK m.242; "Sözleşmeden doğan önalım hakkını kullanmak isteyen hak sahibi, bu hak şerh edilmiş ve taşınmazın mülkiyeti alıcı adına tescil edilmişse alıcıya; aksi takdirde satıcıya karşı, satışın veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer başka bir işlemin kendisine bildirildiği tarihten başlayarak üç ay ve her hâlde satışın yapılmasından başlayarak iki yıl içinde dava açmak zorundadır".

²²⁰ Sözleşmeden doğan önalım hakkında alıcıya bildirim yükümlülüğü yüklenebilmesi için önalım sözleşmesinin tapuda şerh verilmesi gerekir. Aksi takdirde alıcıya taraf olmadığı bir sözleşmeden kaynaklanan bir borç yüklenmiş olacaktır.; Demirsatan, **a.g.m.**, s.914; Aydoğdu, **a.g.e.**, s. 66.

²²¹ İlhan Helvacı, "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, s. 412; İsviçre Borçlar Kanununu m.216d/f.1'nde ; "satıcı, satım sözleşmesinin kurulduğunu ve onun içeriğini önalım hakkı sahiplerine bildirmek zorundadır" hükmü yer almaktadır.

²²² Kırca, **a.g.m.**, s.1189; Akalp-Demirtabak, **a.g.e.**, 85; 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.

²²³ Gümüş, **Borçlar**, s. 125; Akalp-Demirtabak, **a.g.e.**, s.91; Yasal önalım hakkında bildirilme yükümlülüğünü düzenleyen TMK 733/IV maddesinden farklı olarak 6098 sayılı TBK 241/1. maddesinde satış içeriğinin de öğrenilmesinden itibaren sürelerin başlayacağını düzenlemiştir.

aylık hak düşürücü süre başlamayacaktır²²⁴. Ayrıca kendisine noter bildirimi yapılmayan davacının TMK m.733/f.3 ile düzenlenen sürelerle uymadığı gerekçesiyle önalım hakkını kullanmamış sayılmasına ilişkin davalının iddiası TMK m.2 ve m.3 kapsamında dinlenilmeyecektir²²⁵.

Önalım hakkının kullanılması için öngörülen üç aylık süre önalım olayının paydaşlara bildirildiği tarihten itibaren başlar. Yapılacak bu bildirim üç aylık hak düşürücü sürenin işlemesi bakımından önem taşımaktadır²²⁶. Kanundan doğan önalım hakkında birden fazla paydaş olması durumunda üç aylık hak düşürücü süre her paydaş bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Doktrinde kimi yazarlar önalım hakkı sahibi önalım hakkı doğuran olayı kendisine bildirim yapılmadığı halde başka bir şekilde öğrenmiş olsa bile bu hakkını kullanabileceğinden önalım hakkını kullanmak için bildirim zorunluluğunun bulunmadığını, Türk Medeni Kanununda yer alan bu düzenlemenin önalım hakkının kullanılması için üç aylık asgari hak düşürücü sürenin ne zaman başlayacağına dair tereddütleri ortadan kaldırmayı amaçladığından getirildiğini savunmaktadırlar²²⁷. Bu konuyla ilgili diğer bir görüşün savunucuları ise TMK m.733/4 hükmünde açıkça “noter aracılığıyla” şeklinde belirtildiği için noter dışında başka bir bildirim şeklinin veya bildirimin hiç yapılmamasının önalım hakkı için gereken üç aylık asgari hak düşürücü süreyi başlatmayacağını belirtmektedirler²²⁸.

Yargıtay, 13.4.2005 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararında öğrenme ile hak düşürücü sürenin başlamayacağını belirtmektedir²²⁹. Söz konusu karar ile önalım hakkının kullanılması için bildirimin zorunlu hale getirilmesi, öğretide önalım hakkı sahibinin satışı öğrendiği halde bildirim yapılmadığı için önalım hakkını öğrenmesinden itibaren kullanamamasına yol açacağı için de eleştirilmiştir²³⁰. Fakat söz konusu eleştiriye, önalım hakkı sahibinin satıştan itibaren 2 yıllık hak düşürücü

²²⁴ Aral /Ayrancı, **a.g.e.**, s. 210; Kayaöz, **a.g.m.**, s.100.

²²⁵ Esener/Güven, **a.g.e.**, s.318; Yargıtay 14.H.D., T. 04.11.2014, E.2014/7344, K. 2014/12294.

²²⁶ Ayan, **Mülkiyet**, s.405.

²²⁷ Sirmen, **a.g.e.**, s.428; Gümüş, **Borçlar**, s.143; Ertaş, **a.g.e.**, s.382; bildirim yapılmadan öğrenme halinde hak düşürücü sürenin geçtiğinin ispat yükünün davalıya ait olduğunu savunmaktadırlar. Aydın-Ünver, **a.g.m.**, s. 843.

²²⁸ Eren, **a.g.m.**, s.121, Eren, **Mülkiyet**, s.423, Aydoğdu, **a.g.e.**, s.73; Erkan, **Karar**, s. 282; Ayan, **Mülkiyet**, s.406; Ayan, dürüstlük kuralına özgü halleri bu durumun dışında tutmaktadır.

²²⁹ YGHK 13.4.2005 t, 2005/230 Esas, 2005/244 Karar sayılı kararı; <https://www.lexpera.com.tr/> Erişim Tarihi:12.11.2022.

²³⁰ Yaşar, **a.g.m.**, s. 428.

süre içerisinde hakkını dava yoluyla kullanabileceği, bildirim yapılmamasının önalım hakkı sahibinin bir hak kaybına sebebiyet vermeyeceği gerçeği karşısında katılmıyoruz. Aynı zamanda doktrinde TMK m.1019²³¹ hükmüne dayanarak tapu memurlarının da bildirim yükümlülüğü olduğu kabul edilmiştir²³². Uygulamada ve hukukumuzda bu bildirim yükümlülüğü, tapudaki beyanlar hanesine yapılan değişikliklerin ilgililere bildirilmesi olarak yorumlanmaktadır. Fakat TMK m. 1019 hükmünde açıkça “işlem” şeklinde belirtildiği ve satışın da bir işlem olmasından dolayı bu hükmün tapu memurlarına bildirim yükümlülüğü getirdiği bazı yazarlar tarafından savunulmaktadır²³³. Fakat kanun koyucunun TMK m.733/3 ve TBK m.242 hükümleri ile önalım hakkının bildirilmesi hususunda yasada açıkça alıcı veya satıcı şeklinde belirttiği, tapu memuruna böyle bir yükümlülük yüklenmediği görülmektedir²³⁴. Bu anlamda Kanun, önalım olayını noter aracılığıyla satıcı ve alıcıya önalım hakkı sahibine bildirme yükümlülüğü getirmiştir²³⁵.

Kanunda sürelerin bildirimle başlayacağı ve bildirimin nasıl olacağı ve ne şekilde yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Fakat bildirimlerin süresi içerisinde yapılmaması durumunda yaptırımın ne şekilde olacağı düzenlenmemiştir. Bildirimin zamanında yapılmaması ve iki yıllık hak düşürücü sürenin geçmesi durumunda alıcı veya satıcının sorumlu olduğu doktrinde kabul edilmiştir²³⁶.

Bu kapsamda önalım hakkının türüne göre bu nitelendirmede de farklılıklar olabilecektir. Sözleşmeden doğan önalım hakkında taraflar arasında daha önce kurulan bir önalım sözleşmesi bulunmaktadır. Bu durumda satıcının bildirim borcu da sözleşmeden kaynaklanan bir borç olarak kabul edilebilecek ve buna aykırı davranış sözleşmeden doğan sorumluluk çerçevesinde tazminata hükmetmek gerekecektir²³⁷.

²³¹ “Tapu memuru ilgililerin bilgisi dışında yapılan işlemleri ilgisine tebliğ etmekle yükümlüdür.”

²³² Şıpka, **a.g.e.**, s.138; Aydoğdu, **a.g.e.**, 70; Akalp-Demirtabak, **a.g.e.**,88; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.206-207.

²³³ İhsan Hüseyin/Erhan Yaşbey, “Önalım Hakkının Kullanılması Kapsamında Tapu Memurunun İlgililere Bildirim Yükümlülüğü”, **Hasan Kalyoncu Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt No:10 Sayı:19, Ocak 2020, s.175-200, s.183, <https://www.jurix.com.tr/> erişim tarihi; 21/07/2020.

²³⁴ Yaşar, **a.g.m.**, s.429.

²³⁵ Bu yükümlülük sayesinde 3 aylık hak düşürücü sürenin başlangıcının saptanmasındaki belirsizliğin ve ispat sorununun ortadan kaldırılması amaçlanmıştır; Kırca, **a.g.m.** s.1195; Akalp-Demirtabak, **a.g.e.**, s.86.

²³⁶ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.206; Tekinay, **a.g.e.**, s.28; Kırca, **a.g.m.**, s.1190; Şıpka, **a.g.e.**, s.138; Yaşar, **a.g.m.**, s.430; Aydın Ünver, **a.g.m.**, s.852.

²³⁷ Gümüş, **a.g.m.**, 445; Şıpka, **a.g.e.**, s. 137, dn 85; Saray-Türe, **a.g.e.**, s.37.

Alıcının bildirim borcu ise TBK m.242 çerçevesinde değerlendirilerek yasal bir borç kabul edilip sözleşmeye aykırılıktan sorumluluk hükümleri kıyasen uygulanacaktır²³⁸.

Kanundan doğan önalım hakkında da sözleşmeden doğan önalım hakkında olduğu gibi, borca aykırılık hükümlerinin uygulanması da düşünülebilir²³⁹. Zira kanundan doğan önalım hakkı, kanundan doğan bir borç olduğu için burada kanundan doğan borca aykırılık söz konusu olacaktır²⁴⁰. Borca aykırılık durumunda TBK m.112²⁴¹ uyarınca alıcı ve satıcı önalım hakkı sahibinin zararlarını gidermekle yükümlü olur. Türk Borçlar Kanunu genel hükümleri uyarınca bir kişi, borca aykırı davranması sebebiyle ortaya çıkacak zarardan ancak kusuru olması halinde sorumlu tutulabilir. O halde borca aykırı davranan kişi, kusursuz olduğunu ispatlaması halinde borçtan kurtulabilir. Aynı zamanda bu durumda bildirim ile üç aylık hak düşürücü süre işlemeye başlayacak ve iki yıllık hak düşürücü süre geçtikten sonra bildirimin yapılması durumunda ise yükümlülüklerini yerine getirmediklerinden alıcı veya satıcı önalım hakkı sahibine tazminat ödemek zorunda kalacaktır²⁴². Bildirimin alıcı ve satıcı için bir yükümlülük olduğu kabul edilerek ve sorumluluk, borca aykırılık sorumluluğuna dayandırılarak zararın tazmin edilmesi sağlanacaktır.

C. Önalım Hakkının Süresi İçinde Kullanılmış Olması

Önalım hakkı sahibinin önalım hakkını kullanabilmesi için diğer bir şart ise önalım olayını öğrenmiş olması ve kanunda belirlenen süreler içerisinde önalım hakkını kullanması gerektiğidir²⁴³. Önalım hakkı yenilik doğuran bir hak olduğu için bu süreler hak düşürücü sürelerdir. Bu süreler sonucunda hak sahibinin eylemi ile hakkın kurulması veya hakkın kendisini kaybetmesi söz konusu olur. Hak düşürücü süreler hâkim veya kanun tarafından belirlenen ve kullanılmamasıyla hakkın

²³⁸ Saray-Türe, **a.g.m.**, s.37, TMK m.5.

²³⁹ Kutlu, **a.g.m.**, s.83; “Zira Borçlar Kanununun ve Medeni Kanunun genel nitelikteki hükümleri bütün kanundan doğduğu için buradaki alıcı ve satıcının da sorumluluğunun yerine getirilmemesi durumunda özel hukuk ilişkilerine kıyasen uygulanabilir”; (TMK m.5 hükmü gereğince).

²⁴⁰ Saray-Türe, **a.g.m.**, s.37.

²⁴¹ TBK m.112; “Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür”.

²⁴² Yargıtayın kararları da bu yöndedir, YGHK 21.9.2005 T., 2005/6-358 e.,2005/470 K. Akalp-Demirtabak, s.89; TBK 112 ye aykırılık söz konusu olduğu için burada önalım hakkı sahibi olumlu zararı isteyebilecektir; Demirsatan, **a.g.m.**, s.915.

²⁴³ Aynı zamanda önalım hakkı yenilik doğuran bir hak olduğu için, yenilik doğuran haklar da belirli süreler içerisinde kullanılmalıdır; Akalp-Demirtabak, **a.g.e.**, s.91.

yitirilmesine sebep olan sürelerdir. Hak düşürücü süreler kamu düzeninden olduğu için tarafların bu konuda bir beyanı olmasa dahi hâkim re'sen dikkate almalıdır.

Önalım hakkı TMK m. 733/f.4 gereğince satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve herhalde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer.

1. Üç Aylık Süre (Asgari Süre)

TMK m.733'ün son fıkrasında belirtilen önalım olayının önalım hakkı sahibine bildirilmesinden itibaren başlayacak süre, hakkın kullanılması için gerekli olan üç aylık asgari süredir²⁴⁴. Üç aylık süre önalım hakkı sahibine alıcı veya satıcı tarafından yapılacak olan bildirimin yapıldığı tarihten itibaren işlemeye başlar. Bildirimin noter aracılığıyla yapılmış olması ve bildirimin içeriğinde önalım olayı teşkil eden sözleşmenin tüm unsurlarının yer alması gerekmektedir. Aksi takdirde üç aylık hak düşürücü süre işlemeye başlamaz. Eski Medeni Kanununda kanundan doğan önalım hakkı için bir süre öngörülmemişti, sözleşmeden doğan önalım hakkına ilişkin hükümler kıyasen kanundan doğan önalım hakkı için de uygulanmaktaydı. Sözleşmeden doğan önalım hakkı için ise bir aylık süre öngörülüyordu²⁴⁵.

Kanundan doğan önalım hakkında birden fazla paydaş olması durumunda her bir paydaş için süreler ayrı olarak işleyecek olup, her paydaş için süre kendisine bildirim yapıldığı tarih itibarıyla başlar²⁴⁶. Payların üzerinde elbirliği mülkiyeti bulunması halinde ise elbirliği mülkiyete sahip pay üzerindeki paydaşların hepsine bildirimin yapılması gerekir. Bu durumda elbirliği mülkiyetteki hisse sahiplerinin hepsine bildirim yapılması ile hak düşürücü süreler işlemeye başlar²⁴⁷.

Burada önem arz eden konulardan bir tanesi, hak düşürücü sürenin ne zaman başlayacağı hususudur. Bir görüşe göre kanunen öngörülen üç aylık süre önalım olayı önalım hakkı sahibine noter aracılığıyla bildirim yapılmasa dahi önalım hakkı sahibinin önalım olayını haricen öğrenmesi durumunda önalım hakkını öğrenmiş sayılacak ve hak düşürücü süre işlemeye başlayacaktır²⁴⁸. Bu görüşü savunanlara göre önalım hakkı sahibinin bildirimden önce öğrendiği ve önalım hakkı bakımından hak

²⁴⁴ Akalp-Demirtabak, **a.g.e.**, s.93.

²⁴⁵ eMK m.658/f.3, ayrıca süreler öğrenme ile başlamaktaydı.

²⁴⁶ Ayan, Mülkiyet, s.405; Eren, **a.g.m.**, s.122, Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s.71; Saray-Türe, **a.g.e.**, s.41.

²⁴⁷ Özenli, **a.g.e.**, s.61; Tunaboğlu, **a.g.e.**, s.108; Akalp-Demirtabak, **a.g.e.**, s. 90.

²⁴⁸ Gümüş, **a.g.e.**, s.143; Ertay, **a.g.e.**, s.382.

düşürücü sürenin geçtiğinin ispat yükü davalının üzerindedir²⁴⁹. Fakat Yargıtay, kararlarında önalım hakkı sahibinin noter kanalı dışında harici öğrenmesi ile hak düşürücü sürenin başlamayacağını açıkça belirtmiştir. Hatta Yargıtay kararlarında önalım hakkı sahibine kanunda belirtilen kişiler tarafında bildirim yükümlülüğü yerine getirilmediği durumlarda iki yıllık hak düşürücü süre geçirilmeden açılan önalım davalarını dahi süresi içinde açılmış kabul etmektedir. Bildirim yapılmadığı için önalım hakkı sahibinin önalım hakkını kullanması için iki yıllık hak düşürücü sürenin geçmesi halinde ise “alıcı veya satıcı” bildirim zorunluluğunu yerine getirmeyerek kendi fiilleriyle önalım hakkı sahibinin zararına sebep olduklarını kabul ederek tazmin yükümlülüğü getiren kararları bulunmaktadır²⁵⁰.

2. İki Yıllık Süre (Azami Süre)

Türk Medeni Kanunumuzda önalım hakkının kullanılması için üç ay ve iki yıl olmak üzere öngörülen iki farklı süre TMK m.735 hükmünün gereği olarak önalım hakkının iki türü için de kullanılmaktadır. Hakkın kullanılması için önalım olayının bildirilmesinden itibaren üç aylık süre önalım hakkı sahibinin hakkı bildirim yoluyla öğrenmesiyle başlamaktadır. İşte önalım hakkı sahibinin her halükârda bu hakkı kullanabileceği azami süre ise iki yıldır. Bu süre üç aylık sürenin aksine önalım hakkına konu olan önalım olayının gerçekleşmesinden itibaren işlemeye başlar. Kanunda öngörülen iki yıllık süre bildirimden bağımsız bir üst süredir. Dolayısıyla önalım olayının gerçekleşmesinden iki yıl geçtikten sonra önalım hakkı sahibi bu hakkı kullanamayacaktır. Türk Kanuni Medenisinde bu şekilde bir üst süre düzenlenmemiştir. Yargıtay, eski kararlarında eMK madde 658 hükmüne dayanarak azami süreyi 10 yıl olarak kabul etmişti²⁵¹. Bu kararlarda gerekçe olarak, sözleşmeden doğan önalım haklarının tapuda şerh verilmesi ve şerh süresinin 10 yıl olması ve bunun kıyasen kanundan doğan önalım hakkına uygulanması belirtilmekteydi ki bu durum doktrinde sürenin çok uzun tutulması ve şerh için öngörülen sürenin şerhin gerekmediği yasal önalım hakkına uygulanması gerekçeleriyle eleştirilmekteydi²⁵².

²⁴⁹ Tekinay, Takyitler, s.62; Gümüş, **a.g.e.** 143; Şeref Ertaş Eşya Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 382; Ayan, Mülkiyet, s.406.

²⁵⁰ Yargıtay 6. H.D. 19.9.2006 T., 2006/5998 E. 2006/8806 K.; Yargıtay 6.H.D. 31.1.2006 T. 2005/10546E., 2006/554K.; Akalp-Demirtabak, **a.g.e.**, s. 87.

²⁵¹ Aydın-Ünver, **a.g.m.**, s.850 ; Yargıtay İBK 26/12/1951,1/6 (RG 12.4.1952/8084).

²⁵² Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.619, Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s.620; Şıpka, **a.g.e.**, s.159.

Türk Medeni Kanununda getirilen iki yıllık azami hak düşürücü süre ise “haklı menfaatler dengesini” ihlal ettiği gerekçeleriyle eleştirilmektedir²⁵³. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde iki yıllık azami sürenin önalım olayında alıcı bulunan üçüncü kişiyi yani yeni maliki korumayı amaçladığı anlaşılmaktadır²⁵⁴.

İki yıllık süre önalım olayının gerçekleşmesinden itibaren başlayacaktır. Bu sürenin önalım olayından itibaren başlamasının tescilsiz kazanım hallerinde karışıklığa sebebiyet vereceğinden İsviçre hukukunda olduğu gibi mülkiyetin geçmesi ile başlaması gerektiğini savunan yazarlar bulunmaktadır²⁵⁵. Yargıtay, kararlarında sürenin tescille başlayacağını savunmaktadır. Fakat maddenin lafzından yola çıkarak sözleşmenin kurulmasından itibaren başlaması gerektiği de savunulmaktadır²⁵⁶.

TBK m.238 gereğince sözleşmeden doğan önalım hakkında önalım hakkı sahibi, sözleşmede bir süre belirtilmişse hakkını o süre içinde kullanmalıdır. Sözleşmede belirli bir süre belirlenmemişse eski medeni kanun gereğince genel hükümler gereğince sözleşmelere uygulanacak zamanaşımın on yıl olması hasebiyle, hakkını on yıl içinde kullanılabilecekti. Fakat TMK m. 733/4 hükmü ile tapuya şerh edilmiş veya şerh edilmemiş sözleşmeden doğan ayrımını kaldırarak bunu iki yılla sınırlandırarak kanunda belirtmiştir²⁵⁷. Söz konusu hükmün lafzından iki yıllık hak düşürücü sürenin geçmesinden sonra kişinin önalım hakkını kullanamayacağı anlaşıldığından iki yıllık hak düşürücü süreyi kaçıran sözleşmeden doğan önalım hakkı sahibi genel hükümlere dayalı olarak tazminat davası açamayacaktır²⁵⁸. Bu durumda doktrinde önalım hakkı sahibi iki yıllık hak düşürücü süre geçtikten sonra şerh edilmiş sözleşmeden doğan önalım hakkında şerh süresi boyunca TBK m.112 gereğince genel hükümlere dayalı olarak tazminat davası açması gerektiği şeklinde savunulmaktadır²⁵⁹.

²⁵³ Abdülkadir Arpacı, “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, s.104; Arpacı makalesinde üst sürenin 5 yıl olarak belirlenmesi ve satışın başka yollarla öğrenilmesiyle de asgari hak düşürücü sürenin başlaması gerektiğini belirtmektedir.

²⁵⁴ Kırca, **a.g.m.**, s.1198, dn 73.

²⁵⁵ Burcuoğlu, **a.g.m.**, s.181; Kırca, **a.g.m.**, s.1199.

²⁵⁶ Gümüş, **a.g.e.**, s. 127.

²⁵⁷ YİBK 26/12/1951 T , 1/6 (RG. 12.4.1952,8084); Kırca, **a.g.m** s.1196.

²⁵⁸ Murat Aydoğdu / Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İzmir, İleri Kitabevi, 2013, s.301; Nitekim Yargıtay birçok kararında Kadastro Kanunu m.3402 sayılı kanunda belirtilen hak düşürücü sürelerin geçmesi ile hak düşürücü sürenin niteliği gereği taşınmazlar üzerinde hak iddia edilemeyeceğinden tazminatta talep edilemeyeceğini düzenlemektedir.

²⁵⁹ Aydoğdu/Kahveci **a.g.e.**, s.303, Demirbaş, **a.g.m.**, s. 268.

Şerh verilmiş önalım hakkı için önalım hakkı sahibi şerh süresi boyunca yapılan satışlardan herhangi biri için de bu hakkını kullanabilmelidir²⁶⁰. Aksi takdirde sözleşmeden doğan önalım hakkında tapuya şerh verilmesinin bir anlamı kalmayacağını savunan yazarlar bulunmaktadır²⁶¹. Fakat kanaatimizce önalım hakkının kullanılması için kanun hak düşürücü süre belirlemiştir. Hak düşürücü sürenin niteliği gereği sürenin geçmesinden sonra hak sahibi o yer ile ilgili olarak hiçbir hak iddia edemeyecektir. Aksi takdirde hak düşürücü sürenin anlamı kalmayacaktır. Dolayısıyla hak düşürücü sürelerin geçmesi sebebi ile önalım hakkından doğan hiçbir hak dile getirilmemelidir.

İki yıllık hak düşürücü süre dolmadan yasal önalım hakkında payın tekrar satılması söz konusu olduğunda önalım hakkı sahibi paydaş için istediği satışa ilişkin olarak önalım hakkını kullanabilme imkânı doğmaktadır²⁶². Bu durum önalım hakkı kullanıldıktan sonra yapılan satışlar için de geçerli olacaktır²⁶³.

D. Hakkın Dava Yoluyla Kullanılması

Önalım hakkı sahibinin hakkını kullanabilmesi için kanunun belirttiği süreler içerisinde dava açması gerekmektedir. Türk Medeni Kanunu önalım hakkının ancak dava yoluyla kullanılabileceğini düzenlemiştir²⁶⁴. Eski Medeni Kanunumuzda böyle bir zorunluluk bulunmamaktaydı. Önceki medeni kanunumuzda önalım hakkının kullanılması için önalım hakkı sahibinin herhangi bir şarta bağlı olmayan tek taraflı beyanı/bildirimi yeterli görülmekteydi²⁶⁵.

²⁶⁰ Gürsoy Eren /Cansel, **a.g.e.**, s.642; Yaşar, **a.g.m.**, s. 434.

²⁶¹ Tekinay, **a.g.e.**, s.35; Yaşar, **a.g.e.**, s.434.

²⁶² Ayan, Mülkiyet, s.407.

²⁶³ Ertaş, **a.g.e.**, 278.

²⁶⁴ TMK m.734 ve TBK m.242;TBK m.242 gerekçesinde, “”818 sayılı Borçlar Kanunu’nda yer verilmeyen, "3. Kullanılması ve hükümleri" kenar başlıklı yeni bir maddedir. Tasarının tek fıkradan oluşan 241 inci maddesinde, sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılması ve hükümleri düzenlenmektedir. Maddeye göre. Türk Medeni Kanunu’nun yasal önalım hakkının kullanılmasının tâbi olduğu süreyi düzenleyen 733 üncü maddesinin son fıkrasında olduğu gibi, ancak dava açılarak kullanılabilecektir. Sözleşmeden doğan önalım hakkım kullanmak isteyen kişi, bu hakkın tapu siciline şerh edilmiş olup olmadığına ve taşınmazın mülkiyetinin alıcı adına tescil edilip edilmediğine göre farklı kişilere karşı dava açmak zorunda olacaktır. Söz konusu hakkın tapu siciline şerh edilmesi ve taşınmazın mülkiyetinin alıcı adına tescil edilmesi durumunda hak sahibi açacağı davayı alıcıya; aksi takdirde satıcıya yöneltecektir. Ayrıca, maddede, bu davanın açılması bir süreye bağlanmıştır. Buna göre davanın, satışın veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer başka bir işlemin kendisine bildirildiği tarihten başlayarak üç ay ve her hâlde satışın yapılmasından başlayarak iki yıl içinde açılması zorunludur.” Şeklinde belirtilmiştir.

²⁶⁵ Tekinay, **a.g.e.**, s.47; Ayan **a.g.m.**, s.348; Gürsoy/ Eren/ Cansel, **a.g.e.**, s.617.

Önalım hakkının aksine alım ve geri alım hakları kullanırken kanun dava açma zorunluluğa getirmemiş olup bu zorunluluk sadece önalım hakkının kullanılması için geçerlidir. Ayrıca bu zorunluluk kanunda taşınmazlar üzerinde kurulan önalım hakkından bahsettiği için sadece önalım hakkının taşınmazlar üzerinde kullanılması sırasında geçerli olacaktır.

1. Önalım Davası

Önalım hakkı ancak dava yoluyla kullanılacağından önalım hakkını kullanmak isteyen önalım hakkı sahibinin bir önalım davası açması gerekmektedir. Söz konusu davayla önalım hakkı sahibi önalım hakkına konu olan taşınmazın mülkiyetin kendisine geçmesini talep edecektir. Bu davanın hak düşürücü süreler içinde açılması gerekir. Bu durumda açılacak önalım davası yenilik doğuran bir davadır.

Yenilik doğuran haklar, “ *tek taraflı bir hukuki işlem ile bir hukuki ilişkiyi kurmak, içeriğini değiştirmek veya sona erdirmek suretiyle başka bir şahsın hukuk alanında değişiklik meydana getirebilme yetkisi veren haklar*” olarak tanımlanmaktadır²⁶⁶. Tanımdan hareketle yenilik doğuran haklar sahibinin tek taraflı beyanıyla sahibine değişiklik yapma yetkisi veren haklardır. Bu hakkın kullanımı için normal şartlarda dava açmaya veya karşı tarafın kabul beyanına gerek yoktur²⁶⁷. Fakat kanun koyucu sınırlı sayıda bazı yenilik doğuran hakların koruduğu hukuki menfaatleri ve sağladığı hukuki yararların, hak sahibine sağladığı yetkilerin etkilerini düşünerek bazı yenilik doğuran hakları kullanmanın dava yoluyla kullanılması zorunlu tutulmuştur. Diğer bir ifadeyle bu haklara yargı yoluyla bir koruma sağlamıştır²⁶⁸. Yenilik doğuran davalarda hak sahibi, mahkemeden yeni bir hukuki durumun ortaya çıkması veya mevcut bir hukuki durumun içeriğinin değiştirilmesi veyahut ortadan kaldırılmasını talep edebilir²⁶⁹. Önalım hakkı sahibi de yenilik doğuran bir hak olan önalım hakkını kullanınca önalım yükümlüsü ile önalım hakkı sahibi arasında bir satım ilişkisi doğmaktadır.

²⁶⁶ Buz, **a.g.e.**, s.57, Demirbaş, **a.g.e.**, s.23 vd.

²⁶⁷ Baki Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları**, 2017, s.151

²⁶⁸ Buz, **a.g.e.**, s.183; Ergun Önen, **İnşai Dava: İnşai Hak, İnşai Dava, İnşai Hüküm, İnşai Tesir**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Yüksek Okulu Yayınları, 1981, s.50; Kırca, **a.g.m.**, s. 1201.

²⁶⁹ 6100 sayılı HMK m.108/1: İnşai dava yoluyla, mahkemeden, yeni bir hukuki durum yaratılması veya mevcut bir hukuki durumun içeriğinin değiştirilmesi yahut onun ortadan kaldırılması talep edilir.

Eski Medeni Kanunumuzda önalım hakkı sahibinin önalım hakkını kullanması için dava açma zorunluluğu bulunmamaktaydı. Önalım hakkı sahibinin tek taraflı beyanıyla önalım yükümlüsü ve önalım hakkı sahibi arasında satış ilişkisi doğmaktaydı²⁷⁰. Fakat uygulamada önalım yükümlüsü taşınmazı önalım hakkı sahibine tescilden kaçtığı için tescil davası açması gerekmektedir²⁷¹. Türk Medeni Kanunuyla birlikte artık önalım hakkı ancak dava yoluyla kullanılabilir. TMK'nın m.735/f.3 hükmü gereğince bu durum sözleşmeden doğan önalım hakkında da uygulanacaktır. Türk Medeni Kanunuyla önalım hakkının dava yoluyla kullanılmasının zorunlu hale getirilmesi doktrinde bazı yazarlar tarafından eleştirilirken²⁷² bazı yazarlar bu düzenlemeyi yerinde bulmuşlardır²⁷³.

Arpacı, önalım hakkının dava yoluyla kullanılmasının zorunlu hale getirilmesini, önalım hakkı sahibinin dava açması gereken sürede maddi sıkıntıda olması nedeniyle kullanamamasının hak kaybına sebep olacağı ve madde gerekçesinde belirtilen “dava açılmasının nasıl olsa gerekli olduğu” ifadesinin hatalı olduğu bu gerekçeyle kanunda yer alan her hakkın dava yoluyla kullanılmasının zorunlu hale gelmesi gerektiği ayrıca aynı nitelikte alım ve geri alım haklarının kullanılmasında böyle bir zorunluluk yokken önalım hakkı için olmasının çelişkiye sebep olduğu gerekçeleriyle eleştirmiştir²⁷⁴. Doktrinde bazı yazarlar ise dava açılmasının zorunlu tutulmasının tarafların irade beyanıyla kendi aralarında anlaşarak önalım hakkını kullanma isteğini önalım hakkı sahibinin elinden alınması sebepleriyle eleştirmiş ve madde gerekçesinde belirtilen “dava açılmasının nasıl olsa gerekli olduğu” ifadesinin yenilik doğuran hak olan önalım hakkının tek taraflı bir irade beyanıyla kullanma imkânının elinden alınarak dava açılmasının zorunlu hale getirilmesini haklı kılamayacağı görüşünü ileri sürmektedirler²⁷⁵. Burcuoğlu ise Türk Kanuni Medenisi önalım hakkının bildirim yoluyla kullanılması şeklinde düzenleme olmasına rağmen

²⁷⁰ Önen, **a.g.e.**, s.88.

²⁷¹ Önen, **a.g.e.**, s.89.

²⁷² Kırca **a.g.m.**, s.1179-1203; Arpacı, *Değişiklikler*, s. 105; Buz **a.g.e.**, s.158; Ertaş, yasadan doğan önalım hakkının dava yoluyla kullanılabilceğinin fakat sözleşmeden doğan önalım hakkının dava yoluyla kullanılmaması gerektiğini belirtiyor, **a.g.e.**, s. 383.

²⁷³ Burcuoğlu, *a.g.m.*, s. 180; Tunaboğlu, **a.g.e.**, s. 29; Yıldız, **a.g.e.**, s.106.

²⁷⁴ Arpacı, *Değişiklikler*, s.105.

²⁷⁵ Kırca, **a.g.m.**, s.1199; Buz, **a.g.e.**, s. 158-159.

önalım hakkının daima dava açarak kullanıldığı dolayısıyla dava yoluyla zorunluluğu getirilen düzenlemenin yerinde olduğunu savunmuştur²⁷⁶.

Kanaatimizce, tüm bu eleştirilerin haklılık payı olmakla beraber önalım hakkının tek taraflı irade beyanı ile sonuç alınabilecek olması durumunda dahi önalım yükümlüsü beyan ile payını devretmemesi halinde önalım hakkı sahibinin tescil davası açması gerekecektir. Ayrıca bir takım durumlarda, fiili taksim, bağış veya muvazaa gibi durumlarda mahkemenin değerlendirme yapması gerekeceğinden önalım hakkının dava yoluyla kullanılması zorunluluğu ortaya çıkabilecektir. Tüm bu sebeplerin yanı sıra önalım hakkı sahibini hakkını kullanmak için dava açmaya zorunlu tutmanın önalım hakkı sahibinin tek taraflı beyanı ile sonuçlandırabilme ihtimalinin göz ardı edilmesine sebep olacaktır. Bu durumun kanun maddesine “dava yoluyla veya bildirim yoluyla kullanılabilir” gibi bir ekleme yapılması ile giderilebileceğini düşünüyoruz.

2. Önalım Davasında Taraflar

a. Davacı Taraf

Önalım hakkı davasında davacı tarafın belirlenmesinde davanın konusunun önalım hakkının hangi türüne ilişkin olduğu önem arz etmektedir. Kanundan doğan önalım hakkı ve sözleşmeden doğan önalım hakkı türlerinde davacı tarafın kim olduğu değişecektir.

Kanundan doğan önalım hakkında davacı taraf önalım hakkını kullanmak isteyen paydaşlardır. Birden fazla paydaş olması durumunda paydaşlar arasında zorunlu dava arkadaşlığı yoktur. Önalım hakkını kullanmak isteyen paydaşın payı üzerinde elbirliği mülkiyeti var ise davayı ortaklar birlikte açmalı ya da ortaklardan birinin açtığı davaya diğerleri muvafakat etmelidir²⁷⁷ *. Kanundan doğan önalım hakkında birden fazla paydaşın da aynı payda yasal önalım hakkını kullanmak istemesi durumunda ayrı ayrı dava açılmışsa bu davalar birleştirilerek görevli ve yetkili mahkemece görülür²⁷⁸. Birden fazla paydaşın aynı pay için önalım hakkını kullanmak

²⁷⁶ Burcuoğlu, **a.g.m.**, s.181.

²⁷⁷ Akalp-Demirtabak, **a.g.e.**, s.101, Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s.77, YHGK 15.3.1978 T, E.1977/6-10, K.241, Yargıtay 6.H.D. 6.12.2005 T, 2005/11323 E, 2005/11273K, Yargıtay 6.H.D. 5.7.2005 T, 2005/5968 E, 2005/7116K, Yargıtay 14. H.D., E. 2016/11300, K. 2019/1032, T. 7.2.2019.

²⁷⁸ Özenli, **a.g.e.**, s.160, Hasan Erdoğan, **Şufla Davaları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2001, s.701; Tunaboğlu, **a.g.e.**, 24.

istememesi durumunda önalım hakkını kullanmak isteyen paydaşlar arasında ne şekilde kullanacağı konusu tartışmalıdır. Böyle bir durumda İsviçre Hukukunda olduğu gibi paydaşlar önalım hakkı konusu şey üzerinde payları oranında hak kazanması gerektiğini savunan yazarlar bulunmaktadır²⁷⁹. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararında paydaşlardan her biri payları oranında değil, eşit oranda kullanmasını gerektiğini belirtmektedir²⁸⁰.

Sözleşmeden doğan önalım hakkında ise davacı taraf, önalım olayı gerçekleşmeden önce yapılan bir önalım sözleşmesiyle kendisine önalım hakkı tanınmış kişidir, tapuya şerh edilmiş bir önalım sözleşmesi bulunuyorsa lehine şerh verilen kişidir. Önalım hakkı sahibinin ölümü durumunda mirasçıları da bu davayı açabileceği gibi hakkı devretmesi durumunda devralan kişi de bu davayı açabilecektir²⁸¹.

Kanundan veya sözleşmeden doğan önalım hakkında açılan bir davaya diğer paydaş veya sözleşmeden doğan önalım hakkı sahiplerinden biri müdahale talebinde bulunabilmektedir. Bu durumda müdahale talebinde bulunanın durumu müdahale talebinin niteliğine göre değişkenlik arz edecektir. 6100 sayılı HMK' nın 65. maddesinde "(1) Bir yargılamanın konusu olan hak veya şey üzerinde kısmen ya da tamamen hak iddia eden üçüncü kişi, hüküm verilinceye kadar bu durumu ileri sürerek, yargılamanın taraflarına karşı aynı mahkemede dava açabilir. (2) Asli müdahale davası ile asıl yargılama birlikte yürütülür ve karara bağlanır" düzenlenmesine yer verilmektedir. Fakat bununla birlikte geçerli bir asli müdahale²⁸² talebinin varlığı için gerekli olan "görülmekte olan bir dava bulunması", "asli müdahilin dava konusu üzerinde bir hak iddia etmesi", "asli müdahilin üçüncü kişi olması", "asli müdahilin ayrı bir dava açması", "ilk davanın davacısı ile davalıların şekli mecburi dava arkadaşı

²⁷⁹Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.620, dn.81; Ertaş, **a.g.e.**, s.279; Tekinay, **a.g.e.**, s.48; Şıpka, **a.g.e.**, s.126; Ayan, Mülkiyet, s.401; Ayan, **a.g.m.**, s.351.

²⁸⁰YİBK 11/06/1947, 5/18 sayılı içtihadı; Tunaboylu, a.g.e, s. 24, Ferhat Erçin, "Kanunî Şufa Hakkının Kullanılmasına İlişkin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 734 Maddesi Üzerine Düşünceler", **Legal Hukuk Dergisi** – Ekim 2006 Sayı 46, s. 3011-3024, s.3023-3024.

²⁸¹Eren, a.g.e, s.213; Ayan, Mülkiyet, s.400.

²⁸²İki kişi arasında bir şey veya hak üzerinde bir dava devam ederken üçüncü bir kişi, bu dava konusu olan şey veya hak üzerinde kısmen veya tamamen bir hak sahibi olduğunu iddia ederek aynı mahkemede veya aynı dava dosyasında bir dava açarsa buna asli müdahale denir. Kuru, **a.g.e.**, s.377

olarak "davalı" olarak gösterilmesi" şartlarının birlikte gerçekleşmiş olması gerektiği hususları ise yargı kararları ve doktrin ile şekillenmiştir²⁸³. Dolayısıyla asli müdahil sıfatıyla önalım hakkı sahibi paydaşın davaya katılması halinde asli müdahil tıpkı diğer davacı paydaşlar gibi önalım hakkı konu pay üzerinde eşit pay sahibi olabilecektir.

Tahsis ile veya satıştan başka bir yolla tapuya tescilden önce paylı mülkiyete dahil olmuş kişilerin daha sonra pay sahibi olmuş kişilere karşı önalım hakkı kullanıp kullanamayacakları meselesi konusunda Yargıtay İBK kararında idari bir yolla veya özel kanunlar uyarınca tescilden önce mülkiyet hakkı kazanıp kazanamayacaklarının özel kanuna göre çözülmesi gerektiğini vurgulamıştır²⁸⁴. Bu çözümlemeye göre **1331,1771 ve 2510** sayılı Kanunlara göre usulüne uygun tahsislerde tapuya kaydedilmemiş olan taşınmazlar için kanun hükümlerinde tescilden önce mülkiyet hakkını haiz oldukları belirtildiğinden kendisinden sonra edinen pay sahiplerine karşı önalım hakkını kullanabileceklerdir²⁸⁵.

b. Davalı Taraf

Önalım hakkı davasında davalı taraf taşınmazın tapudaki malikidir. Taşınmazı satın alan kimse tapuda malik ise ona karşı aksi takdirde satıcıya karşı açılacaktır²⁸⁶. Her ne kadar TMK m.734 hükmünde önalım hakkı alıcıya karşı dava açılarak kullanılır ifadesinden yola çıkarak hakkın alıcıya karşı kullanılması gerekse²⁸⁷ de Yargıtay'ın²⁸⁸ yerleşik kararlarında belirtildiği üzere önalım hakkı davasının bir tapu iptal tescil davası olması sebebiyle tapu sicilinde görünen son malike karşı açılması gerekmektedir²⁸⁹.

²⁸³ Kuru, **a.g.e.**, s. 378 vd, Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 2023/1681 E., 202373840 K. Sayılı kararı

²⁸⁴ Kılıç, H, **a.g.e.**, s.3943; YİBK, 1.11.1944 T, 9/30 sayılı.

²⁸⁵ Kılıç H, **a.g.e.**, s.3944.

²⁸⁶ Eren, **a.g.e.**, s.213; Gürsoy/ Eren/ Cansel, **a.g.e.**, s.639, Sirmen, **a.g.e.**, s.430 (TBK 242).

²⁸⁷ Arpacı kanundaki bu hükmün satımın gerçekleşmesine rağmen tapuda henüz alıcı adına tescil yapılmadığı hallerde davanın alıcıya yöneltilemeyeceğinden dolayı eleştirmektedir, Arpacı, Değişiklikler, s.105.

²⁸⁸ 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 birçok 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.

²⁸⁹ Erdoğan, C, **a.g.e.**, s.792.

Sözleşmeden doğan önalım hakkında şerh edilmiş bir önalım hakkı söz konusu ise bu durumda adına tescil yapılan her alıcı davalı sıfatını haiz olabilecektir. Eğer tapuda henüz tescil işlemi yapılmamış ve tapuda beyanlar hanesinde şerh edilmiş sözleşmeden doğan önalım hakkı söz konusuysa satıcıya karşı dava açılmalıdır. Şerh edilmemiş bir önalım hakkı mevcutsa bu durumda ancak önalım borçlusu/satıcı ve onun külli halefleri davalı sıfatını haizdir. Bu durumda açılacak dava da önalım davası değil tazminat davası olacaktır²⁹⁰.

3. Görevli Mahkeme

Önalım davalarında 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m.2²⁹¹ gereğince malvarlığına ilişkin dava olduğundan görevli mahkeme asliye hukuk mahkemeleridir, görev HMK gereğince kamu düzeninden ve dava şartı olduğu için yargılamanın her aşamasında taraflar tarafından dile getirebileceği gibi hâkim re'sen de dikkate alabilir²⁹². Önalım davası sonucunda bir mülkiyet hakkı elde edileceğinden malvarlığına ilişkin bir dava olup görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir.

4. Yetkili Mahkeme

Yetkili mahkeme ise HMK'nın yetki kurallarına göre belirlenecektir. HMK m.12/1²⁹³ gereğince taşınmazın aynından doğan davalarda yetkili mahkeme taşınmazın bulunduğu yer mahkemesidir. Kanundan doğan ve sözleşmeden doğan önalım hakkından doğan davalarda taşınmazın aynından kaynaklı davalar olduğu için önalım konusu taşınmaz ise taşınmazın bulunduğu mahkeme yetkili mahkemedir. Bu yetki kuralı kesin yetkidir. Kesin yetki kamu düzeninden olduğu için kesin yetkinin

²⁹⁰ Zevkliler / Gökyayla, **a.g.e.**, s.73.

²⁹¹ HMK m.2/1; “(1) Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir”. Önceki HUMK döneminde dava değerine göre asliye hukuk mu sulh hukuk mu olduğu değişmekte olduğunsan taşınmazın değerine göre davanın göreceği görevli mahkeme değişmekteydi fakat 6100 sayılı HMK ile bu ayrım ortadan kalktığı için görevli mahkeme asliye hukuk mahkemeleridir. HUMK döneminde önalım davasının dava değeri belirlenirken dava konusu taşınmazın değerine tapu harç ve masrafları da eklenerek tespit edilmekteydi; Özenli, **a.g.e.**, s.38; Yıldız, **a.g.e.**, s.62-63; Yücel, **a.g.m.**, s.97; Akalp-Demirtabak, **a.g.e.**, s.104; Köylüoğlu, **a.g.m.**, s.141.

²⁹² Kuru, **a.g.e.**, s.60.

²⁹³ 6100 sayılı HMK m.12/1; “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”.

geçerli olduğu durumlarda yetki sözleşmesi ile aksi kararlaştırılmadığı gibi tarafların herhangi bir itirazı olmasa da hâkim bu hususu resen incelemekle yükümlüdür²⁹⁴.

5. Dava Konusunun Devri

Önalım davası açıldıktan sonra önalım davası konusu olan şey başkasına devredilirse²⁹⁵ bu durumda davacının seçimlik iki hakkı bulunmaktadır²⁹⁶. Bunlardan bir tanesi davayı önalım hakkı konusu olan şeyin devredildiği kişiye yönelterek devam ettirmek, diğeri ise davayı tazminata dönüştürerek ilk açılan davalı hakkında yürütmektir²⁹⁷. Dava devam ederken dava konusu şeyin üçüncü kişiye devrini önlemek amaçlı ihtiyati tedbir kararı aldırılabilir. Böyle bir tedbir kararı alınmamışsa ve taşınmaz dava devam ederken satılırsa bu durumda HMK m. 125 uygulama alanı bulur.

Önalım hakkı sahibinin, önalım hakkını kullanma iradesini muhatabına dava yoluyla bildirmesinin zorunlu olduğunu belirtmiştik. Bu durumda önalım hakkı sahibi hak düşürücü süreler için önalım hakkı sahibine, hakkını kullandığı yönündeki arzusunu dava dilekçesi yoluyla bildirecektir. Dava konusunun devri durumunda da seçimlik haklarından hangisini kullanacağına ilişkin iradesinin karşı tarafa doğru şekilde bildirilmiş olması da önalım hakkı sahibinin sorumluluğundadır. Bu anlamda davalıya dilekçenin tebliği için gerekli masrafların aynı süre içinde ödenmemiş olmaması durumunda davacının hak düşürücü sürede hakkını kullandığından bahsetmek mümkün olmaz²⁹⁸.

II. ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASININ SONUÇLARI

A. Mülkiyetin Geçiş- Yeni Bir Satım İlişkisi Doğması

Önalım hakkının kullanılması ile önalım hakkı sahibinin yasal koşullara uygun şekilde önalım davasını açması ile birlikte önalım hakkı sahibi, kendisi ile önalım hakkına konu olan şeyin yeni maliki arasında (yasal önalım hakkı için payın yeni

²⁹⁴Kuru, **a.g.e.**, s.74.

²⁹⁵HMK m.125; - (1) Davanın açılmasından sonra, davalı taraf, dava konusunu üçüncü bir kişiye devrederse, davacı aşağıdaki yetkilerden birini kullanabilir: a) İsterse, devreden tarafla olan davasından vazgeçerek, dava konusunu devralmış olan kişiye karşı davaya devam eder. Bu takdirde dava davacı lehine sonuçlanırsa, dava konusunu devreden ve devralan yargılama giderlerinden müteselsilen sorumlu olur.(1) b) İsterse, davasını devreden taraf hakkında tazminat davasına dönüştürür. Bu durumda istisna olarak iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı uygulanmayacaktır, Kuru; **a.g.e.**, s.415 vd.

²⁹⁶Tekinay, Takyitler, s.54-55; Özenli **a.g.e.**, s.91-95; Şıpka, **a.g.e.**, s. 196.

²⁹⁷Köylüoğlu, **a.g.m.**, s.163.

²⁹⁸Erdoğan C, **a.g.e.**, s.825.

maliki, sözleşmeden doğan önalım hakkı için muhatap üçüncü kişi) bir satış sözleşmesinin meydana geldiğinin tespiti ile bu satış sözleşmesinin gereği olarak önalım hakkına konu olan şeyi davacı olan önalım hakkı sahibine temlik etme yükümlülüğüne girmesini istemiş olmaktadır²⁹⁹. Sözleşmeden doğan önalım hakkında sözleşmenin tarafları önalım hakkının farklı koşullarla kullanacağını kararlaştırabilirler. Fakat bunu tapu sicilinde göstermeleri gerekecektir³⁰⁰.

Önalım hakkının kullanılmasıyla meydana gelen yeni hukuki durumun niteliğinin ne olacağı tartışmalıdır³⁰¹. Doktrinde çoğunluğun kabul ettiği görüş önalım hakkının kullanılmasıyla önalım hakkı yükümlüsü ile üçüncü kişi arasında yapılan satış sözleşmesi geçerliliğini kaybederek önalım hakkı sahibi ve önalım yükümlüsü arasında önalım olayına sebep teşkil eden sözleşme ile aynı içerikte bir satış ilişkisi kurulduğuna ilişkindir³⁰². Nitekim Yargıtay'da kararlarında önalım hakkının kullanılmasıyla bu hakkı kullanan paydaş ile alıcı arasında kapsam ve şartları satıcı ile davalı arasında yapılan sözleşmenin aynı olan bir satış ilişkisi kurulmuş olacağını belirtmiştir³⁰³.

Yasal önalım hakkının kullanılmasıyla ortaya çıkacak yeni hukuki durum ile ilgili olarak dört farklı temel görüş bulunmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki bu görüşler Eski Medeni Kanun zamanında ileri sürülen görüşlerdir. Eski Medeni Kanunununda tek taraflı beyanın muhataba varması ile alıcı ve satıcı arasında kurulmuş bulunan satım sözleşmesinin ve alıcı adına yapılmış tescilin ne olacağı konusunda doktrinde tartışmalar bulunmaktaydı³⁰⁴. Fakat şu an dava yoluyla yeni bir satım ilişkisinin kurulacağı konusunda görüş birliği bulunmaktadır³⁰⁵.

²⁹⁹Özenli, **a.g.e.**, s.14.

³⁰⁰Ertaş, **a.g.e.**, s.372.

³⁰¹Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.332; Sungurbey, **a.g.e.**,s.80.

³⁰²Oğuzman/Seliçi/Özdemir, **a.g.e.**, s.636; Gürsoy/ Eren/ Cansel, **a.g.e.**, s.617; Ertaş, **a.g.e.**, 372; Tekinay,**a.g.e.**, s.50.

³⁰³Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 07.07.2020 T., 2019/2958 E., 2020/4439 K. sayılı ilamı; [uyap | ulusal yargı ağı bilişim sistemi](#), Erişim Tarihi; 14.08.2020.

³⁰⁴Akalp-Demirtabak, **a.g.e.**, s.112.

³⁰⁵Kutlu, **a.g.m.**,s. 105.

1. Halefiyet görüşü

Alacaklının yerini kanun gereği borcu ifa eden kişinin almasına halefiyet denilmektedir³⁰⁶. Önalım hakkının kullanılması durumunda meydana gelen ilişkiyi halefiyet olarak nitelendirilenlere göre önalım hakkının kullanılması ile yeni bir hukuki ilişki kurulmamakta önalım hakkı sahibi bu hakkı kullanarak önalım olayındaki üçüncü kişinin yerine geçerek üçüncü kişinin halefi olmaktadır³⁰⁷. Bu durumda daha önce önalım olayının meydana gelmesiyle alıcı ve satıcı arasında meydana gelen sözleşmenin tarafı önalım hakkı sahibinin tek taraflı beyanını kullanmasıyla değişecek ve alıcı yerine önalım hakkı sahibi geçecektir³⁰⁸. Böylece kullanma beyanının üçüncü kişiye ulaşmasıyla mülkiyet önalım hakkı sahibine geçecektir. Bu görüşe göre önalım hakkı sahibinin önalım hakkını kullanmasıyla daha önce alıcı ve satıcı arasında yapılan sözleşme hiç yapılmamış sayılacak³⁰⁹ ve önalım hakkı sahibi alıcının yerine geçmiş olacaktır. Bu durumda söz konusu görüş, önalım hakkı sahibi ile alıcı üçüncü kişi arasında yeni bir satım ilişkisi oluşacağını kabul etmemektedir³¹⁰. Bu görüş neticesinde alıcının yerine önalım hakkı sahibi geçtiği için yarar ve hasar da önalım hakkı sahibine mülkiyetin kazanıldığı anda geçecektir. Bu durumda alıcı adına bulunan tescil yolsuz tescil durumuna düşecektir. Önalım hakkı sahibinin bu durumda alıcıya karşı tapu kaydının düzeltilmesi davası açarak mülkiyetin kendisine geçirilmesini talep etmesi gerekecektir³¹¹. Bu görüş, halefiyetin söz konusu olması durumunda var olan bir hakka hak sahibi dışında başkasının halefi olması durumu olması gerektiği hâlbuki önalım hakkında önalım hakkı sahibinin hakkının önalım olayıyla doğduğu dolayısıyla gerçek anlamda bir halefiyetten söz edilemeyeceği ayrıca halefiyetin var olması için kanunda açık bir

³⁰⁶Hüseyin Hatemi/Gökhan Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 312 vd; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s.954; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.baskı, İstanbul, 1993, s.208.

³⁰⁷Velidedeoğlu/Esmer, **a.g.e.**, s.428; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.332, 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 (Demirsatan, **a.g.m.**, s.931, dn.130.).

³⁰⁸Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.333; Şıpka, **a.g.e.**, s.175; Sungurbey, burada tam olarak halefiyet kuralının oluşmadığının, halefiyet yerine “yerine geçme” olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmektedir; Sungurbey, **a.g.e.**, s.84.

³⁰⁹Kutlu, **a.g.m.**, s.106.

³¹⁰Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.332; Şıpka, **a.g.e.**, s.175.

³¹¹Şıpka, **a.g.e.**, s.175-176.

hüküm olması gerektiği, önalım hakkında kanunda açıkça bir düzenleme olmaması sebepleriyle eleştirilmiş ve günümüzde bu görüş terkedilmiştir³¹².

2. Çifte Değişiklik Görüşü

Önalım hakkının kullanılması ile oluşacak hukuki duruma ilişkin görüşlerden bir diğeri de önalım hakkının kullanılmaması şartı ile alıcı üçüncü kişinin önalım hakkı konusu taşınmaz payının mülkiyetini kazanabileceğidir³¹³. Bu görüşü ileri sürenlerin bir kısmı önalım hakkının kullanılmasını bozucu şart, bir kısmı ise geciktirici şart olarak görmektedir³¹⁴. Çifte değişiklik görüşünde alıcı üçüncü kişi taşınmazın mülkiyetini önalım hakkı sahibinin hakkını kullanmaması şartı ile kazanır, önalım hakkı sahibi hakkını kullanınca hak sahibi ile satıcı arasında yeni bir ilişki doğar, diğer taraftan daha önce alıcı üçüncü kişi adına yapılmış tescil yolsuz bir tescil halini alır³¹⁵. Bu durumda önalım hakkı sahibi satıcıya karşı mülkiyetin geçirilmesi, alıcıya karşı ise; tapu kütüğünün tashihi davası açacaktır³¹⁶. Bu görüş taşınmazın mülkiyetinin geçirilmesi için tapuda yapılan tescil işleminin şarta bağlı yapılamayacağından ve hak sahibinin hakkına ulaşmak için iki dava açması gerekmesinin külfete sebep olacağından eleştirilmiştir³¹⁷.

3. Aynı Etki Görüşü

Önalım hakkının kullanılması için oluşacak hukuki durumla ilgili olarak belirtilen diğer görüş ise aynı etki görüşüdür³¹⁸. Bu görüş daha çok sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılmasıyla oluşacak hukuki durumu anlatmaya çalışmaktadır³¹⁹. Sözleşmeden doğan önalım hakkında önalım hakkı sahibinin şerhin etkisiyle aynı talep gibi borçlu olmayan üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilir fakat bu

³¹² Sungurbey, **a.g.e.**, s.81-84; Şıpka, **a.g.e.**, s.177.

³¹³ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.329; Şıpka, **a.g.e.**, s.178.

³¹⁴ Şıpka, **a.g.e.**, s.178.

³¹⁵ Kutlu, **a.g.e.**, 106; Tarafların hukuki durumlarında çifte bir değişiklik söz konusu olduğu için görüş çifte değişiklik adını almaktadır. Şıpka eserinde bu görüşe “önalım hakkının kullanılmaması koşulu ile mülkiyetin alıcı üçüncü kişiye geçeceği kuramı” başlığıyla yer vermiştir, s.178.

³¹⁶ İsmet Sungurbey, Medeni Kanun Ön tasarısının Nesneler Hukukunun Eleştirisi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1972, s.278-284; Şıpka, **a.g.e.**, s.178.

³¹⁷ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.329 vd; Bu görüş ile ilgili eleştiriler için bkz, Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.329; Akalp Demirtabak, **a.g.e.**, s.114.

³¹⁸ Bu görüşü daha çok Sungurbey savunmaktadır. Sungurbey, **a.g.e.**, s.102, Şıpka, **a.g.e.**, s. 179 ve dndaki yazarlar.

³¹⁹ Akalp-Demirtabak, **a.g.e.**, s.114.

halde dahi borç üçüncü kişiye geçmez³²⁰. Önalım hakkının kullanılmasında üçüncü kişinin borca katlanma yükümlülüğü üçüncü kişiden talep edilen borcun ödenmesi değil, taşınmazın önalım hakkı sahibine iade edilmesi ve önalım hakkı sahibi adına tescilin yapılmasıdır³²¹. Tapuda şerh edilmiş sözleşmeden doğan önalım hakkında şerhin etkisiyle etkisi kuvvetlendirilmiş bir kişisel hak doğacağı için üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecektir. Yasal önalım hakkı kanundan doğduğu için mülkiyeti geçerli olarak kazanan alıcı üçüncü kişiye karşı kullanabilecektir. Bu görüşü savunanlara göre önalım hakkı sahibi önalım hakkının kendisine kazandırmış olduğu aynı hakkın etkisi ile hem borçluya hem de taşınmaza sonradan hak kazanan üçüncü kişilere karşı hakkını ileri sürebilecektir. Ancak asıl borçlu satıcı üçüncü kişi olacağından, önalım hakkının kullanılmasıyla doğacak yeni satım ve borç ilişkisi satıcı paydaş ile önalım hakkı sahibi arasında hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır³²².

4. Eşyaya Bağlı Borç Görüşü /Yeni Bir Satım İlişkisi Doğurduğu Görüşü

Önalım hakkının kullanılması ile ortaya çıkacak hukuki durumu açıklayan görüşlerden öğretide ve uygulamada en kabul gören eşyaya bağlı borç görüşüdür. Bu görüşe göre önalım hakkının konusu taşınmazı iktisap eden alıcı üçüncü kişi önalım hakkı sahibinin hakkı kullanılması ile oluşacak satış ilişkisinin borçlusu olur, bunun için herhangi bir işlem yapmasına gerek yoktur³²³.

Önalım hakkının kullanılması için dava yoluyla kullanılması zorunluluğu getirildikten sonra satış ilişkisinin, hakkın kullanıldığına ilişkin beyanı içeren dava dilekçesinin karşı tarafa ulaşmasıyla kurulduğunu söyleyebiliriz³²⁴. Önalım hakkı davasının olumlu olarak sonuçlanmasıyla birlikte hâkimin verdiği karar ile önalım hakkı sahibine mülkiyet geçmiş olur³²⁵. Bu durumda mahkemenin kararı yenilik

³²⁰ Sungurbey, a.g.e, s. 105.

³²¹ Sungurbey, a.g.e., s.105-106; Şıpka, a.g.e., s. 180.

³²² Sungurbey, a.g.e.,s.106; Şıpka, a.g.e., s. 180.

³²³ Ayan, Mülkiyet, s.259; Gürsoy/Eren/Cansel, a.g.e., s.617; Kırca, a.g.m., s.1183, Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 614; Şıpka, a.g.e., s. 182; Tekinay, meydana gelen bu yeni durumu satım benzeri bir hukuki ilişki olarak nitelendirmektedir, Tekinay, Takyitler, s. 18-28 vd; Ayan, a.g.m., s.362.

³²⁴ Yücel, a.g.m., s. 77. Yargıtay da bir kararında bu sonuca varmıştır. “Önalım hakkının dava açılmak suretiyle kullanılması halinde, yeni satım ilişkisi, bu beyanı içeren dilekçenin karşı tarafa varması anında kurulmuş olur” (Yarg. 3. HD, 1.7.2003 T. 2003/7375 E. 2003/8403 K.), YÜCEL, a.g.m., s.96,Şıpka, a.g.e., 204.

³²⁵ Gürsoy / Eren / Cansel, a.g.e., s.640; Tekinay, Takyitler s.2.

doğurucu bir karardır. Doktrindeki genel görüş bu kararın kesinleşmesi ile önalım hakkına konu olan payın mülkiyetinin önalım hakkı sahibine intikal edeceği, önalım hakkı sahibinin tapuda yapılmasını isteyeceği tescil açıklayıcı nitelik taşır³²⁶.

B. Önalım Bedeli ve Giderlerinin Nakden Ödenmesi

Önalım davaları yenilik doğuran bir dava türü olması sebebiyle bu dava sonucunda önalım hakkı sahibi ile önalım hakkı yükümlüsü arasında yeni bir satış ilişkisi doğmaktadır. Bu satış ilişkisi sebebiyle TMK m. 734/2³²⁷ hükmü davacıya payı satın alacağına dair önalım bedelini, tapu harç ve giderlerini mahkeme veznesine hâkimin belirleyeceği yere depo etme³²⁸ yükümlülüğü getirmiştir. Türk Kanuni Medenisinde yer almayan bu düzenleme ile bedelin nakden yatırılması şartı getirilerek, depo bedelinin banka teminat mektubu yolu ile veya nakit dışı yapılacak herhangi bir ödeme şekli ile tevdi edilmesi imkânı ortadan kaldırılmıştır³²⁹. Davacı önalım hakkı sahibinin, önalım bedelini yatırması için mahkemenin depo kararı vermesi gerekmektedir³³⁰. Yargıtay, önalım bedelinin tapuda gösterilen satış bedeli ile davalı tarafından ödenen harç ve masraflarından ibaret olduğunu kararlarında belirtmiştir³³¹.

Davacının mahkeme veznesine depo etmesi gereken bedel satış bedelidir. Satış bedelinin miktarı olarak taraflar tapu sicilinde yazılan miktarı kabul ediyorsa bu durumda yatırılacak satış bedeli tapuda belirtilen bedeldir. Fakat payı satmak isteyen paydaş diğer paydaşların önalım hakkının kullanılmasını önlemek için çoğu zaman tapudaki satış bedelini gerçek satış bedelinden çok daha fazla gösterme yolunu seçmektedir. Bu durumda davacı bu bedelin gerçek bedel olmadığını iddia edebilir. Bu durumda davacı satış bedeline ilişkin kendisi bir miktar belirtmişse onu mahkeme

³²⁶ Feyzioğlu, a.g.e., s.361; Tandoğan, a.g.e, s. 290; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**,s.618, Şıpka, **a.g.e.**, s.209.

³²⁷ TMK 734/2; “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”.

³²⁸ Bu durun depo kararı olarak anılmaktadır; Tekinay, Takyitler, s.51 vd, YİBK 20.6.1951 t., 1949/13 E., 1951/5k, RG.7950; Yargıtay 6. HD. 06.05.2003 T., 2003/3126 E., 2003/3189K.

³²⁹ Ceniz Topel Çay, “Yeni Türk Medeni Kanununun Önalım Hakkı Konusunda Getirdiği Değişiklik Ve Yenilikler (Yenilik Doğuran Dava Düzenlemesi)”, (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), İstanbul, 2007,s. 36.

³³⁰ Demirsatan, **a.g.m.**, s.930 dn 129.

³³¹ Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, 22.09.2020 T., 2016/17482 E., 2020//5276 K. sayılı ilamı, uyap | ulusal yargı ağı bilişim sistemi, Erişim Tarihi, 10.2020; Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 07.07.2020 T., 2019/2958 E., 2020/4439 K. sayılı ilamı; uyap | ulusal yargı ağı bilişim sistemi, Erişim Tarihi; 14.08.2020.

veznesine depo eder. Mahkemece yapılacak keşifle belirlenen miktar davacının yatırdığı miktardan fazla ise davacıya eksik kalan kısmı yatırması için süre verilir ve davacının aradaki farkı mahkeme veznesine depo etmesi sağlanır³³². Bedel önalım hakkının kullanılmasını önlemek için kasten gerçek ödenen bedelden yüksek gösterilmiş ise önalım hakkı sahibi bedeldeki muvazaayı her türlü delille kanıtlayarak gerçek bedel üzerinden önalım hakkını kullanabilir³³³.

Önalım davasının konusu paydaşlardan birinin satılan payıdır. Dolayısıyla paylı mülkiyet ilişkisinde birden fazla paydaş önalım hakkı sahibi olacağından önalım hakkı davası açma hakkı da bulunmaktadır. Bu durumda önalım hakkı davasında birden çok davacı bulunacaktır, açılan davaların birleştirilmesinde de, diğer paydaşların hep beraber dava açması durumlarında da birleştirilen davacılar bedeli depo etmemişlerse bu durumda hepsi eşit pay olarak depo edecektir³³⁴. Eğer birleştirilen davaların bazılarında para depo edilmiş bazılarında depo edilmemişse bu durumda dava değerinin davacılar arasında eşit olarak bölüştürülmesi durumunda çıkan miktar üzerinden fazla depo etmiş olanlara fazla olan depo bedeli iade edilir. Önalım bedelini depo etmemiş veya eksik depo etmiş paydaşlara da bu değer üzerinden tamamlatma işlemi yaptırılır. Türk Kanuni Medenisinde azami bir süre öngörülmediği için önalım davası önalım hakkına konu olan şey satıldıktan sonra aradan uzunca bir süre geçtikten sonra açılabilirdi. Bu durumda önalım hakkı sahibinin tapuda belirlenen bedel üzerinden mi önalım hakkını kullanacağı doktrinde tartışılmaktaydı. Yargıtay'ın bu durumda taşınmazın önalım hakkının kullanıldığı tarihteki gerçek değer (rayiç değer) esas alınması yönünde kararları mevcuttur³³⁵. Fakat Türk Medeni Kanunda öngörülen azami süreler çok uzun olmadığı ve kanunda alıcı ve satıcıya bildirim yükümlülüğü getirildiği için çıkabilecek tartışmalar son bulmuştur. TMK'da bu husus ancak iki (2) yıllık azami sürenin bitimine az bir süre kala bildirimin yapılması ve enflasyonun çok yüksek olması durumunda gündeme gelebilir³³⁶. Bu konuya ilişkin olarak Yargıtay vermiş olduğu bir kararda davalının satışı noter aracılığıyla önalım

³³² Özenli, **a.g.e.**, s.119.

³³³ Ertaş, **a.g.e.**, s. 372.

³³⁴ Özenli, **a.g.e.**,s.120; Yıldız, **a.g.e.**, s. 98-99.

³³⁵ Yargıtay 6 HD., 8.5.1990 T.,1990/4195 E., 1990/6529 K. ; [uyap | ulusal yargı ağı bilişim sistemi](#), Erişim Tarihi; 14.12.2022.

³³⁶ Ayan, Mülkiyet, s.411.

hakkı sahibine bildirmediği için dava tarihi ile satış tarihi arasında sürenin geçmesine kendi kusurlu eylemi ile sebep olduğu için önalım bedelinin keşif ile belirlenmesini isteyemeyeceğini, dava değerinin tapuda belirtilen satış bedeli ve satış sebebiyle yapılan tapu, harç ve masraflar tutarı üzerinden belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir³³⁷. Fakat ülkemizde, harç miktarını az ödemek saikiyle tapuda belirtilen bedelin düşük gösterilmesinden kaynaklı olarak, tapudaki bedel ile taşınmazın gerçek bedeli arasında ciddi bir fark bulunduğu sıklıkla rastlanmaktadır. Bu durum, önalım hakkını kullanmak isteyen taraf için haksız bir kazanç meydana getireceğinden söz konusu taşınmazın bedelinin mahkemece keşif yolu ile belirlenerek depo edilmesinin hakkaniyete daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

Önalım hakkına konu olan şey üzerinde ipotek var ise ipotek bedelinin önalım bedelinden indirilir. Fakat dava açıldıktan sonra önalım bedelinin çok üzerinde bir miktarla ipotek tesis edilmişse burada önalım hakkının kullanılmasını engellemek amacıyla ipoteğin tesis edildiği kabul edilerek ipotek gözetilmeksizin hüküm kurulmalıdır aksi durumun ispatı davalıya aittir³³⁸.

³³⁷ Ayan, Mülkiyet, 411; Yargıtay 6. HD, 22.2.2005, 2004/10357 E., 2005/1348 K.

³³⁸ Kılıç, **a.g.e.**, 3958; Yargıtay 6. HD.29.07.1980, T.8161/7488, Yargıtay 6.HD., 25.04.1983, T.354/4471.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖNALIM HAKKININ SINIRLARI

Önalım hakkı sahibinin önalım hakkını kullanılabilmesi için ilk şart önalım olayının gerçekleşmesidir. TBK m. 241 kapsamında önalım olayını, satış veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemler oluşturur. Madde hükmünden hangi işlemlerin önalım olayı oluşturacağı hangi işlemlerin önalım olayının konusunu oluşturamayacağı açık değildir. Dolayısıyla bu konuda genel bir sınırlandırma yapmak mümkün değildir. Bu durumda her somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapmak gerekecektir. Kanunlarda yer alan haller, doktrinde kabul edilen kıstaslar ve yargı kararları ışığında önalım olayına konu olamayacak işlemler ile önalım hakkının sınırlarını oluşturan işlemler tezimizin bu bölümünde ayrıntılı olarak incelenecektir.

I. ÖNALIM OLAYININ GEÇERSİZLİĞİNE İLİŞKİN SINIRLAR

A. Kesin Hükümsüzlük Halleri

1. Genel Olarak

Sözleşme, tarafların birbirlerine uygun irade beyanlarıyla kurulur³³⁹. Bir sözleşmenin geçerli olabilmesi için bazı şartlar bulunmaktadır. Kurucu unsurları mevcut olduğu halde sözleşmenin geçerlilik şartlarından kamu düzenini ilgilendiren öneme sahip olanların gerçekleşmemiş olması durumunda sözleşme kesin hükümsüzlük yaptırımıyla karşı karşıya kalır³⁴⁰. Türk Borçlar Kanunu 27. maddesinde³⁴¹ bir sözleşmenin kesin hükümsüzlük halleri; ehliyet, sözleşmenin konusunun emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlaka ve kişilik haklarına aykırı veya imkânsız olması, sözleşmenin geçerliliği için aranan şekle uyulmaması ve sözleşmenin muvazaalı olmaması şeklinde belirtilmiştir³⁴².

³³⁹ 6098 sayılı TBK madde 1.

³⁴⁰ Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, s.180; vonTuhr, **a.g.e.**, s.221; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.134; “batıl işlem iflah olmaz”, Haluk N. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 67 vd.

³⁴¹ 6098 sayılı TBK m.27/1; “Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür”.

³⁴² Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 181, vonTuhr, **a.g.e.**, s.222.

Sözleşmenin konusunun imkânsız yahut kanuna veya ahlaka aykırı olması durumunda sözleşmeler batıldır. Bu durumda sözleşme kesin hükümsüzlük yaptırımı sebebiyle kurulduğu andan itibaren geçersizdir³⁴³. Bir hukuki işlemin kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşı karşıya kalması durumunda hukuki işlem baştan itibaren geçersiz olur³⁴⁴. Böyle bir hukuki işlemi hükümsüz kılmak için bir beyana veya bir davaya gerek yoktur. Hukuki işlem kendiliğinden hükümsüzdür. Bu sebeple bir hukuki işlemin kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşı karşıya kaldığına ilişkin iddia, herkes tarafından ileri sürülebilir. Hatta kimse ileri sürmemiş olsa dahi sözleşmenin hükümsüzlüğünü hâkim re'sen gözetmekle yükümlüdür³⁴⁵.

Önalım hakkının meydana gelmesinde gerçekleşen önalım olayında kesin hükümsüzlük hallerinden birinin bulunması durumunda önalım hakkı kullanılamaz. Bu durumda önalım hakkına konu olan sözleşmenin ifa edilip edilmemesine de bakılmaz³⁴⁶. Sözleşmeden doğan önalım hakkında ise hem önalım hakkının yer aldığı önalım yükümlüsü ile önalım hakkı sahibi arasında yapılan önalım sözleşmesinin hem de önalım hakkının kullanılmasını sağlayan önalım yükümlüsü ile üçüncü kişi arasında yapılan sözleşmenin geçerli olarak kurulması gerekmektedir³⁴⁷.

Söz konusu sözleşmelerin kesin hükümsüz olması durumunda, bu sözleşmeler hiç yapılmamış gibi hukuk alanında sonuç doğurur. Bu şekilde yapılmış satış veya ekonomik anlamda satışa eşdeğer hukuki işlem, kurulduğu andan itibaren geçersiz olacağından bir önalım olayı teşkil edemeyecek ve dolayısıyla önalım hakkı da doğmayacaktır. Bu durumda önalım hakkı için yukarıda belirttiğimiz hak düşürücü sürelerin başlaması da mümkün değildir.

Önalım hakkı konusunun taşınmaz olması durumunda sözleşmenin resmi şekilde yapılması gerektiği TMK m.706 ve TBK m.237 de düzenlenmiştir³⁴⁸. Bir

³⁴³Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.180.

³⁴⁴Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s.582.

³⁴⁵Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.181; YİBK 13.5.1964,1/3 (RG s.11748).

³⁴⁶Önalım olayı askıda hükümsüz olursa bu durumda önalım hakkının akıbeti, önalım hakkına konu olan olayın akıbetine bağlı olacaktır. Bu durumda onamanın etkisi geçmişe etkili bile olsa TBK m. 242 hükmündeki hak düşürücü süreler onama tarihinden itibaren işlemesi gerektiği kabul edilmek gerekir. Demirsatan, **a.g.m.**, s. 912.

³⁴⁷Yücel, **a.g.m.**, s. 47.

³⁴⁸ 4721 sayılı TMK Madde 706- “Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmî şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır”.; 6098 sayılı TBK MADDE 237- “Taşınmaz satışının geçerli olabilmesi için, sözleşmenin resmî şekilde düzenlenmesi şarttır”.

hukuki işlem şekil noksanlığı sebebiyle geçersiz hale gelmişse ve taraflar henüz borçlarını ifa etmemişlerse taraflar ifaya zorlanamazlar. Fakat bu durumda taraflar daha önce ifa ettikleri edimleri ortada geçersiz sözleşme olması sebebiyle sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak isteyebilir ³⁴⁹ . Söz konusu şekil şartına uyulmadan yapılan bir sözleşme, kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağından önalım hakkı kullanılamaz. Sözleşmenin kesin hükümsüzlük hallerinden biri olması durumunda beklenen hukuki sonuca ulaşılamayacaktır. Lakin sözleşmenin baştan itibaren geçersiz olması yaptırımı, ağır bir yaptırım olduğu için benzer hukuki amaç güden başka bir hukuki işlemin geçerlilik şartları mevcutsa tahvil³⁵⁰ işlemi yapılarak geçersiz hukuki işlem hukuk dünyasında geçerli hale getirilerek kullanılabilir. En sık yapılan tahvil işlemi, noterde yapılan taşınmaz satış sözleşmesinin satış vaadi olarak kabul edilmesidir. Noterde yapılmış ve önalım olayına konu teşkil eden bir hukuki işlem, taşınmaz satış vaadi kabul ederek ayakta tutulmaya çalışılsa da yukarıda açıklandığı üzere taşınmaz satış vaadi sözleşmesi önalım olayı oluşturamayacağı³⁵¹ için önalım hakkının kullanılmasında tahvil işlemi, sözleşmenin ayakta tutulmasına imkân sağlamaz.

Kısmi butlan durumunda önalım hakkının ne şekilde kullanılacağı ise TBK m.27/2 hükmü; “Sözleşmenin içerdığı hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.” esas alınarak çözüme kavuşturulabilir.

Önalım hakkına konu olan önalım sözleşmesinin kesin hükümsüz olması halinde, sözleşmeyi yapanların sözleşmenin kesin hükümsüz olduklarını bilmelerine rağmen daha sonra bu hususu ileri sürmeleri durumunda hakkın kötüye kullanılması gündeme gelecek ve hakkın açıkça kötüye kullanılması sebebiyle bu husus dikkate alınmayacaktır³⁵².

³⁴⁹ 6098 sayılı TBK m.77/2, Akalp-Demirtabak, **a.g.e.**, s.58.

³⁵⁰ Kesin hükümsüz sözleşme şayet yakın amaç güden başka bir hukuki işlemin geçerlilik şartlarını taşıyorsa ve taraflar sözleşmenin kesin hükümsüz olduklarını bilselerdi diğer geçerli işlemi yapacakları kabul edilebiliyorsa geçerlilik şartları tamam olan işleme çevrilmesi ve bu şekilde hüküm doğurmasına tahvil (çevirme) denir. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.182; vonTuhr, **a.g.e.**, s. 224.

³⁵¹ Bkz, II. Bölüm s. 34 vd.

³⁵² Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.18.

2. Muvazaa

Muvazaa, iki tarafın iradeleri ile beyanları arasında kendilerinin isteği doğrultusunda uyumsuzluk olması ve tarafların anlaşarak yaptıkları sözleşmenin hiç hüküm doğurmaması veya görünüşteki sözleşmeden başka bir sözleşmenin hüküm doğurması şeklinde anlaşmalarıdır³⁵³.

Muvazaa hüküm doğurma biçimlerine göre adi muvazaa ve nitelikli muvazaa olarak ikiye ayrılır. Taraflar muvazaalı sözleşmenin hiç hüküm doğurmayacağı konusunda anlaşmışlarsa basit (adi) muvazaa, taraflar muvazaalı sözleşmenin arkasında başka bir sözleşme gizlemek konusunda ve gizli sözleşmenin hükümlerinin meydana gelmesi konusunda anlaşmışlarsa nitelikli muvazaadan söz edilmektedir³⁵⁴.

Bir hukuki işlemin muvazaalı olarak yapılması durumunda görünüşteki işlem, tarafların iradesiyle uyuşmadığı için hüküm doğurmaz. Doktrinde, tarafların iradesine uymadığı için muvazaalı işlemin kesin hükümsüz yaptırımına tabi olması gerektiğini savunan yazarlar olduğu gibi³⁵⁵, aslında muvazaalı işlemde bir irade söz konusu olmadığı için yoklukla malul olması gerektiğini savunan yazarlar³⁵⁶ da bulunmaktadır.

Mutlak (adi) muvazaada taraflar arasında gizli bir sözleşme mevcut değildir, sadece görünürdeki sözleşme tarafların iradelerini yansıtmamaktadır. Nisbi muvazaada ise görünürdeki sözleşmenin hiç hüküm doğurmaması, gizli bir sözleşme ile kararlaştırılmaktadır³⁵⁷. Önalım hakkında adi muvazaa yapılmasının amacı, önalım hakkı sahibinin önalım hakkını kullanmasına engel olmaktır³⁵⁸. Bu durumda tarafların kendi aralarında kararlaştırdıkları bir sözleşme olmadığı için aslında önalım hakkına konu olan önalım olayı doğuran bir hukuki işlem de bulunmamaktadır.

Mutlak muvazaa halinde önalım hakkı sahibinin önalım hakkını kullanması durumunda muvazaalı hukuki işlemin ne zaman öğrenildiği, doğuracağı sonuçlar bakımından önem arz etmektedir. Mutlak muvazaa hükmüne tabi olacak hukuki işleme dayanarak önalım hakkını kullanan önalım hakkı sahibinin, bu durumu önalım hakkına konu olan taşınmazın mülkiyetini kazandıktan sonra öğrenmesi durumunda ne olacağı

³⁵³ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.130, Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s.236.

³⁵⁴ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.131, Nomer, **Borçlar Genel**, s.107, Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s.238.

³⁵⁵ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.132, Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 239.

³⁵⁶ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/ Arpacı, **a.g.e.**, s. 357; Eren, **a.g.e.**, s.433.

³⁵⁷ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.131.

³⁵⁸ Fezyioğlu, **a.g.e.**, 400; Sebük, **a.g.e.**, 87.

hakkında farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre önalım hakkı sahibinin hile hükümlerine dayanarak³⁵⁹ 1 (bir) yıllık iptal hakkını kullanma süresi içerisinde bedelini geri alabilmesi ve hukuki durumunu değiştirmesi gerekmektedir. Diğer bir görüş, hata hükümlerine dayanılarak³⁶⁰ 1 (bir) yıllık iptal edebilme hakkına başvurulması gerektiğini savunmaktadır. Başka bir görüş ise mutlak muvazaanın yaptırımının kesin hükümsüz olmasından yola çıkarak yapılan tescilin de yolsuz tescil olacağını ve önalım hakkı sahibine yolsuz tescil hükümlerine göre tazminat verilebileceğini savunmaktadır³⁶¹. Fakat *Akalp-Demirtabak*, önalım davasında davalılardan birinin sözleşmenin muvazaalı olduğunu dile getirmesi durumunda gündeme gelen hakkın kötüye kullanma yasağından yola çıkarak bu savunmanın kabul edilmemesi gerektiğini belirtmektedir³⁶². Bu durumda dikkat edilmesi gereken diğer bir nokta ise mutlak muvazaa iddiasının ne zaman ve kimin tarafından öne sürüldüğüdür. Önalım hakkı sahibi hakkını kullandıktan sonra önalım hakkı yükümlüsü satıcı paydaş ile alıcı üçüncü kişi, mutlak muvazaa iddiasında bulunursa ve gerçekten de muvazaalı durum gerçekleşmiş ise bu halde önalım hakkına konu olan sözleşme geçersiz olduğundan önalım hakkı kullanılamayacaktır. Bu durumda önalım yükümlüsü ile alıcı üçüncü kişi arasında gerçekleşen satış sözleşmesi, kesin hükümsüz; tapudaki tescil, yolsuz tescil olduğundan önalım yükümlüsü satıcı, yolsuz tescilin düzeltilmesine yanaşmadığı takdirde ne olacaktır? *Şıpka* bu durumda TMK m.2/II hükmünde belirtilen hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık ve önalım hakkı sahibine karşı bir muvazaadan söz etmektedir³⁶³. Bazı durumlarda satıcı paydaş ve alıcı üçüncü kişi, önalım hakkı sahibini yüksek bir bedel ödemeye mecbur bırakmak için taşınmaz bedelini bilerek yüksek tutmak suretiyle mutlak muvazaayı kullanabilmektedir. Bu durumda mutlak muvazaa olduğunu öğrenen önalım hakkı sahibi bu iddiasını, öğrendiği zamana göre önalım hakkı davası sırasında veya davadan sonra ileri sürebilecektir. Bu durumu önalım hakkını kullanmak için açtığı dava sırasında ileri süren önalım hakkı sahibi davasından feragat edebilecektir³⁶⁴. Fakat bu

³⁵⁹ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 420, Sebük, 87, Özenli, s.135, Şıpka, s.71.

³⁶⁰ Nejat Aday, **Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa**, Kazancı Kitap, İstanbul 1992, s.80.

³⁶¹ Akalp-Demirtabak, **a.g.e.**, s.61.

³⁶² Akalp-Demirtabak, **a.g.e.**, s.61.

³⁶³ Şıpka, **a.g.e.**, s.70.

³⁶⁴ Özenli, **a.g.e.**, s.135 dn.12; Şıpka, **a.g.e.**, s.71.

durumu söz konusu payın mülkiyetini kazandıktan sonra öğrenmesi halinde hile hükümlerine başvurarak muvazaayı öğrenmesinden itibaren bir yıl içinde bu ilişkiyi bozabilir ve ödediği bedeli geri alabilir³⁶⁵.

Nispi (mevsuf) muvazaada tarafların iradesi görünürdeki sözleşmeden başka bir sözleşmedir. Bu durumda taraflar aralarında gizli sözleşme yaparak görünürdeki sözleşmenin niteliğini değiştirmektedirler³⁶⁶. Nispi muvazaada görünürdeki işlemin ardına gizlenen sözleşmenin şekil şartına uyulmadığı için geçersiz olsa da eğer ki görünürdeki işlemin muvazaalı yapıldığı, asıl yapılmak istenen sözleşmenin satış sözleşmesi olduğu ispat edilirse bu durumda önalım hakkı kullanılabilecektir³⁶⁷. Bu halde satış sözleşmesinin şekil olarak geçersiz olduğunun ileri sürülmesi, MK. m.2/II 'ye göre hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olacaktır³⁶⁸. Nispi muvazaada taraflar sadece sözleşmenin niteliğinde değil aynı zamanda sözleşmenin içeriğinde ve şartlarında da muvazaalı işlem yapabilmektedirler.

Önalım hakkının kullanılmasında en sık rastlanılan muvazaa hali, bedelde muvazaa halidir. Satış sözleşmelerinde bedele ilişkin muvazaa, tarafların kararlaştırdıkları bedelin taşınmazın gerçek bedelinden düşük veya yüksek gösterilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır³⁶⁹. Taraflar önalım hakkı sahibinin hakkı kullanmasını engellemek amacıyla çoğu zaman kendi aralarında daha düşük bir bedelle anlaşmalarına rağmen tapuda bedeli yüksek göstermektedirler³⁷⁰. Bedelin tapuda yüksek gösterilmesi durumunda davacı bunu her türlü delille kanıtlayabilir³⁷¹.

³⁶⁵ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.420; Özenli, **a.g.e.**, s.135; Sebük, **a.g.e.**, s.88, Şıpka, **a.g.e.**, s.71.

³⁶⁶ Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s.348; nitelikli (vasıflı) muvazaa olarak adlandırmaktadırlar.

³⁶⁷ Erhan Günay, **Önalımda Muvazaa**, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 11, sayı:118, Haziran 2016, s.109-118, s.110 vd., <https://www.jurix.com.tr/>, erişim tarihi: 21/07/2020; Şıpka, **a.g.e.**, s.75, Özenli, **a.g.e.**, s.134-135-136, Ertaş, **a.g.e.**, s.380; Ayan, Mülkiyet, s.392.

³⁶⁸ Şıpka, **a.g.e.**, s. 75. Tekinay, bu durumda böyle bir çözüm tarzına gerek kalmadan, gizli satış sözleşmesindeki şekil eksikliğinin, görünürdeki bağış sözleşmesinin şekliyle tamamlanacağını ve bu satış işleminin geçerliliği sonucunda, önalım hakkının kullanılabileceğini belirtmiştir. Tekinay, Takyitler, s. 27 ve 61-62.

³⁶⁹ Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s.236, Söz konusu muvazaa hali kısmi muvazaa olarak adlandırılmaktadır; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 35; M.Kemal Oğuzman/Turgut Öz; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s.134.

³⁷⁰ Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 351; Feyzioğlu, **a.g.e.**, 421-422; Şıpka, **a.g.e.**, s. 76, Günay, **a.g.m.**, s.112.

³⁷¹ Uygulamada genellikle keşif ve tanık deliline dayanılmaktadır; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 422; Özge Erbek Odabaşı "Yargıtay Kararları Işığında Yasal Önalım Hakkının Tapuda Düşük Gösterilenn Bedel Üzerinden Kullanılması", **Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:23, Sayı:2 İzmir, 2021, s.1001-1056, s. 1030

Yargıtay 14.Hukuk Dairesi bir kararında “*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 resmi satış senedinde satış bedelinin yüksek gösterildiğini ileri sürebilir ve bu iddiasını tanık dahil her türlü delille kanıtlayabilir*” şeklinde belirtmiştir³⁷². Davalı bedelin yüksek gösterildiğine ilişkin iddiasını ise ancak yazılı delille kanıtlayabilir³⁷³. Aksi takdirde böyle bir iddia, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olacağı için dinlenilmez.³⁷⁴Yargıtay 14. HD, 24/06/2014 tarih, 6863/8456 sayılı kararında bedelde muvazaa iddiasının bilirkişi raporuyla çelişen soyut tanık anlatımlarıyla ispat edilmiş sayılamayacağını belirtmiştir³⁷⁵. Bu durumda da Yargıtay önalım hakkı sahibinin önalım hakkını, taşınmazın gerçek değerinden kullanması gerektiğini kabul etmektedir³⁷⁶. Taraflar tapuda harç bedelinin düşük gösterilmesi için de satım bedelini düşük gösterebilmektedirler. Bu durumda önalım hakkı sahibinin önalım hakkını, taşınmazın gerçek değeri üzerinden mi yoksa tapuda belirtildiği değer üzerinden mi kullanacağı tartışmalıdır. Yargıtay daha önce bedelin düşük gösterilmesi durumunda davalının bu şekildeki bir savunmasının muvazaa iddiası olarak değerlendirileceğinden ve hakkın kötüye kullanılması niteliği olacağından dinlenmeyeceğini belirtmekteydi³⁷⁷. Fakat Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 5.5.1993 T, 1993/6-761 E., 1993/192 K. sayılı kararında taşınmazın gerçek bedelinden daha düşük bedelle satın alınacak olmasının iyiniyet ve dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağını, ayrıca Harçlar Kanunu m.72 hükmünü gerekçe göstererek bu durumda da muvazaa iddiasına dayanılabileceğini kabul etmiştir³⁷⁸. Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin 28/09/2020 Tarih, 2020/2434 E., 2020/5543 K., sayılı ilamında Konya Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesinin tapuda gösterilen bedel üzerinden hesaplanan dava

³⁷² Yargıtay 14. HD. 11.2.2019, 2018/2866 E., 2019/1081 K. Sayılı kararı, Kırkbeşoğlu, **Kanundan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı**, s.133.

³⁷³ Eren, **a.g.m.**, s.112; Tunaboylu, **a.g.e.**, 367.

³⁷⁴ Şıpka, **a.g.e.**, s.77; Aday, **a.g.e.**, s.79.

³⁷⁵ Günay, **a.g.m.**, s.113.

³⁷⁶ Aynı görüşte; Tekinay, **Takyitler**, s.52.

³⁷⁷ Yargıtay 6 HD. 23.11.1982, 10278/928; Ayan, **a.g.m.**, s. 358.

³⁷⁸ Ayan, **a.g.m.**, s. 358; *Ayan* Yargıtay’ın kararını, harçlar kanunda getirilen düzenlemenin amacının kamu hizmeti ve yararı olduğu, bu düzenleme ile özel hukuk sorunun çözülmesi isteğinin yasa koyma tekniğiyle bağdaşmayacağından bu durumda harçlar kanunun gerekçe olarak gösterilmesini eleştirmiştir.

değerinin istinaf sınırı altında kalması sebebiyle istinaf dilekçesinin reddine ilişkin kararının temyiz edilmesiyle yapılan incelemede; davalının dava değerinin daha yüksek olduğu, tapudaki satış senedinde taşınmazın değerinin düşük gösterildiği, davacının düşük bedelden taşınmazı alarak daha yüksek bir bedele satacağına ilişkin savunmada bulunduğu görülmüştür. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi; dava değerinin taraflar arasında ihtilaflı olmasından hareketle, dava değeri belirlenirken HMK m.26 taleple bağlılık ilkesinin davalının savunmalarını da kapsayacağını, davalının dava değerinin daha yüksek olduğunu iddia ederek istinaf yoluna başvurduğu hususu dikkate alınmaksızın dava değeri üzerinden istinaf dilekçesinin reddi kararı verilmesinin doğru olmadığını ifade etmiş ve bu doğrultuda kararın bozulmasına hükmetmiştir³⁷⁹.

B. İptal Edilebilirlik

Bir sözleşmede tarafların iradesini sakatlayan yanıltma, aldatma, korkutma veya gabin hallerinden birinin bulunması halinde sözleşmenin taraflarından biri, bu sebeplerden dolayı iradesinin sakatlandığını ileri sürerek; bozucu yenilik doğuran tek taraflı beyanını kullanarak sözleşmeyi hükümsüz hale getirebilir³⁸⁰. Bu durumlarda sözleşme taraflarından iradesi sakatlanan tarafça herhangi bir itiraz ileri sürmemiş olursa sözleşme yapıldığı andan itibaren geçerli olur. Tarafların sözleşmede yukarıda sayılan koşulların varlığı olduğunu belirterek sözleşmenin iptalini isteyebilecekleri süre, söz konusu irade sakatlayıcı olayın varlığını öğrendiklerinden itibaren bir (1) yıldır. Bir yıllık süre içerisinde tarafların itiraz etmesi durumunda sözleşme, yapıldığı andan itibaren geçersiz hale gelir³⁸¹. Bu anlamda bizim konumuz için özellik taşıyan husus ise iptal edilebilirlik hallerinden birinin mevcut olduğu bir satış sözleşmesi veya satış benzeri sözleşmenin, önalım hakkının doğmasına sebebiyet verip veremeyeceği noktasındadır.

Sözleşmenin taraflarının iradelerini sakatlayan iptal edilebilirlik hallerinden birinin varlığı halinde itiraz edilmediği sürece o sözleşme geçerli olacağından bu

³⁷⁹ Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin 28/09/2020 Tarih, 2020/2434 E., 2020/5543 K., sayılı ilamı; [uyap | ulusal yargı ağı bilişim sistemi](#), Erişim Tarihi; 10.02.2020.

³⁸⁰ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.184, Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s.135.

³⁸¹ Nomer, **Borçlar Genel**, s. 73.

şekildeki bir sözleşme önalım hakkının doğmasına sebebiyet verecektir³⁸². Eğer ki önalım hakkı sahibi böyle bir sözleşmeye dayanarak önalım davası açmış ise sözleşmenin taraflarından birinin sözleşme dolayısıyla iptal davası açması durumunda açılan bu ikinci iptal davası, önalım davası bakımından bekletici mesele yapılarak bu davanın neticesine göre karar verilir³⁸³.

Önalım hakkı davası sonuçlandıktan sonra önalım hakkına konu sözleşmenin iptali için dava açılmışsa öncelikle davayı açan davacının iyi niyetli olup olmadığını tespit etmek gerekir³⁸⁴. Önalım hakkını doğuran sözleşmenin taraflarının, bu sözleşmenin iptal edilebilirlik hallerinden biri ile sakat olduğunu iddia ederek açtıkları iptal davasında iyi niyetli olmadıkları ve sadece önalım hakkının kullanılması sebebiyle bu davayı açmış oldukları tespit edildiği takdirde TMK m.2 gereğince önalım hakkını kullanan önalım hakkı sahibinin, önalım hakkı bu durumdan etkilenmeyecektir³⁸⁵.

II. ÖNALIM OLAYININ GERÇEKLEŞEMEDİĞİ HALLER

A. Alım ve Geri Alım Haklarının Tanınması

Alım hakkı (işтира), sözleşmeye veya vasiyetnameye dayanarak hak sahibine tek taraflı bir irade beyanı ile mal sahibi ve kendisi arasında satım sözleşmesi kurma yetkisi veren yenilik doğuran bir haktır³⁸⁶. Geri alım hakkını (vefa) ise satıcıya bir sözleşme veya sözleşmeye ek olarak yapılan başka bir anlaşma ile tanınan ve ona tek taraflı olarak sattığı malı geri alma yetkisi veren kurucu yenilik doğuran haktır³⁸⁷.

Alım hakkı tanımında belirtildiği üzere kişiye sözleşme kurma yetkisi veren bir haktır. Alım hakkı kapsamında taşınmaz sahibi ile karşı taraf arasında yapılan sözleşme; taşınmazın devrine ilişkin değil, sadece bir alım hakkı tanınmasına ilişkindir. Alım hakkı tanıyan sözleşme ile taraflar arasında satış sözleşmesi kurulması borcu doğmaktadır. Başka bir deyişle iki kişi arasında alım sözleşmesi yapılması durumunda

³⁸²Özenli, **a.g.e.**, s.58; aksi bir durum söz konusu olursa o halde önalım hakkı kullanılamayacaktır; Aydoğdu, **a.g.e.**, s.29.

³⁸³Şipka, **a.g.e.**, s.65.

³⁸⁴Özenli, **a.g.e.**, s.58.

³⁸⁵Özenli, **a.g.e.** s.58; Mustafa Reşit Karahasan, **Yeni Türk Medeni Kanunu, Eşya Hukuku, Birinci Cilt** Arıkan Yayınevi, İstanbul 2007, s.1156; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s.55.

³⁸⁶Sebük, **a.g.e.**, 25.

³⁸⁷Nomer, **Vefa**, s.20.

taşınmazın devri değil satış sözleşmesi yapma borcu doğmaktadır. Alım sözleşmesi ile mülkiyetin devri gerçekleşmediğinden önalım olayı meydana gelip gelmeyeceği tartışmalıdır. Bu anlamda doktrindeki tartışmalar, alım sözleşmesinin kurulmasının mı yoksa yapılan sözleşme neticesinde alım hakkı kullanılmasının mı önalım olayı sayılacağı hususlarında toplanmaktadır³⁸⁸. Genel olarak kabul edilen görüş;³⁸⁹ alım hakkı kullanıldıktan sonra, alım hakkı sahibi ile bu hakkı tanıyan malik arasında satım veya ekonomik olarak satışa eşdeğer bir hukuki işlem meydana geldiğinde, önalım olayının oluşacağı ve önalım hakkı sahibinin yeni malike karşı hakkını kullanabileceği yönündedir³⁹⁰.

Geri alım hakkı ise, yukarıda da belirttiğimiz gibi, satış sözleşmesine ek olarak veya satış sözleşmesi ile tanınmaktadır. Dolayısıyla geri alım hakkının tanınması esnasında zaten bir satış sözleşmesi yapılmaktadır. Geri alım sözleşmesine dayanılarak süre sonunda geri alım tanındığı durumlarda önalım hakkı oluşmaz³⁹¹. Fakat geri alım hakkının tanındığı sözleşme ile taşınmazın devrinin gerçekleştiği sübut bulursa önalım olayı oluşur³⁹². Ayrıca geri alım hakkı, paydaşın önalım hakkını bertaraf etmek amacıyla düzenlenmiş ise yine önalım hakkının kullanılabilmesini kabul etmek gerekir³⁹³.

B. Cebri Artırma

Açık artırma yolu ile yapılan satışlar, satılacak mala en fazla fiyatı vererek malı satın almaya istekli kişilere malın satılmasıdır³⁹⁴. Bu satışlar ihtiyari ve cebri olarak ikiye ayrılmaktadır. Cebri artırmalarda malikin sahip olduğu malı satmak gibi bir iradesi mevcut olmadığından burada gerçek bir satış yoktur. Cebri artırma yolu ile yapılan satışlarda amaç, malın en yüksek fiyatla satılmasını sağlamaktır.

³⁸⁸Sirmen, **a.g.e.**, s. 423; naklen atıf; Meier-Hayoz, tanınan alım hakkının hiç kullanılmayarak önalım hakkı sahibinin oyalanmasına neden olabileceğinden, alım sözleşmesinin önalım olayı olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündedir. (art.681, n.180 vd).

³⁸⁹Sirmen, **a.g.e.**, s.423; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s.60, dn.180 naklen atıf Maier-Hayoz, ZGB Art.68, PN.180 in: BernerKommentar; Stark, OR Art.216c PN.2, in: KURZKOMMENTAR.

³⁹⁰Sebü, **a.g.e.**, s.147; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 120; Şipka, **a.g.e.**, s. 84; Tekinay, **a.g.e.**, s.23.

³⁹¹Kılıç, **a.g.e.**, s. 3947; Ertaş, **a.g.e.**, s.379; Yargıtay 6. HD., 29.9.1974 T.3617 E., 3993 K.

³⁹²Tekinay, **a.g.e.**, s.23, dn.15.

³⁹³Ertaş, **a.g.e.**, s.379, Yargıtay 6. HD.24.9.1974, (YKD. 1977,52.s.1).

³⁹⁴Özenli, **a.g.e.**, s.98.

TBK m.240/2 ve TMK 733/1 maddelerinde cebri arttırmalarda önalım hakkının kullanılmayacağı açıkça yazıldığından cebri arttırmalarda önalım olayı doğmamaktadır. Bu düzenlemelerden önce de cebri artırma yolu ile yapılan satışın gerçek bir satış olmadığı düşünüldüğünden ve 6183 sayılı Kanun gereğince cebri artırma yolu ile satışlarda önalım hakkının kullanılmayacağı belirtildiğinden cebri artırma yolu ile yapılan satışlarda önalım hakkı kullanılamamaktaydı³⁹⁵. Zira cebri artırma satış yolunda müzayedeye katılacak olanların satışın güvenilir bir satış olmasından emin olmaları için önalım gibi herhangi bir tehdidin bulunmadığından emin olmaları gerekir³⁹⁶. Bu anlamda Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 09/03/1955 gün ve 27/3 sayılı kararı ile cebri arttırmaların önalıma konu olmayacağı ve ihtiyari arttırmaların ise önalım hakkına sebep teşkil edeceğini belirtmektedir³⁹⁷.

C. Bağışlama

Bağışlama sözleşmesi TBK madde 285.maddede “*bağışlayanın sağlararası sonuç doğurmak üzere, malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak bir kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşmedir*” şeklinde tanımlanmıştır. Tanımından da görüleceği üzere bağışlama sözleşmesinde bağışlayanın bu sözleşmede herhangi bir karşılığı bulunmamaktadır.

Bağışlama sözleşmesinin varlığı halinde, tıpkı önalım olayını tanımlarken söylediğimiz gibi, mülkiyetin devri söz konusudur. Lakin burada devir, ivazsız bir şekilde yapılmaktadır. Bağışlama sözleşmelerinde önalım hakkı sahibinin bedelini ödeyerek üçüncü kişiden önalım hakkına konu olan malı talep etme gibi bir durumu söz konusu değildir. Çünkü üçüncü kişi burada bir bedel ödememiştir³⁹⁸. Önalım olayının oluşması için satım veya ekonomik anlamda satışa eşdeğer bir işlem olması gerektiğinden³⁹⁹ bağışlama sözleşmeleri önalım olayı oluşturamayacaktır⁴⁰⁰. Nitekim

³⁹⁵Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.253; 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. 34.

³⁹⁶Küley, **a.g.e.**, s.33.

³⁹⁷Erdoğan, C., **a.g.e.**, s.658.

³⁹⁸Küley, **a.g.e.**, s.40.

³⁹⁹ 6098 sayılı TBK MADDE 242- Sözleşmeden doğan önalım hakkını kullanmak isteyen hak sahibi, bu hak şerh edilmiş ve taşınmazın mülkiyeti alıcı adına tescil edilmişse alıcıya; aksi takdirde satıcıya karşı, satışın veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer başka bir işlemin kendisine bildirildiği tarihten başlayarak üç ay ve her hâlde satışın yapılmasından başlayarak iki yıl içinde dava açmak zorundadır.

⁴⁰⁰Eren, **a.g.e.**, s.210; Şipka, **a.g.e.**, s.87-88; Gümüş, **a.g.m.**, s.441

Yargıtay da aynı şekilde bağışlamanın önalım olayı oluşturmayaacağına kararlarında belirtmiştir⁴⁰¹. Hatta bağışlama niyetiyle yapılan muvazaalı satışlarda kişinin amacı bağışlamaysa öncelikle satış sözleşmesinin amacı araştırılmalı ve bağışlama olduğuna kanaat getirilirse bu durumda önalım kabul edilmemelidir⁴⁰². Tarafların gerçek iradeleri satış işlemi olmasına rağmen bu iradelerini, tapuda bağış işlemi olarak göstermeleri durumunda ise önalım hakkı sahibinin muvazaalı işlemdeyken gerçekte bir satış işlemi yapıp yapılmadığını bilme imkânı olmadığından resmi işleme bağlı kalınacak ve önalım hakkı sahibi bakımından hak düşürücü süreler tapudaki bağışlama işlemini öğrenmesiyle başlayacaktır⁴⁰³.

Bağışlamada asıl olan sözleşmenin karşılıksız kazandırma niyetiyle yapılmasıdır. Ancak bazen sözleşmelerde tarafların edimlerin miktarları arasında farklılık sebebiyle, bir taraf diğer tarafı karşılıksız zenginleştirmek amacıyla davranmış kabul edilir ve bu durumda bir tarafın bağışlama, diğer tarafın satış sözleşmesi olduğu karma bir sözleşmenin varlığı söz konusu olur⁴⁰⁴. Karma bağışlamanın bulunabilmesi için akdin kurulduğu anda edimler arasındaki değer farkını ve bu farkın bağışlama niyetinden kaynaklandığını, tarafların bilmesi gerekmektedir. Ancak bu durumda bağışlama iradesi mevcut kabul edilmektedir⁴⁰⁵. Bu durumda önalım olayının oluşup olmayacağı konusunda kimi yazarlar⁴⁰⁶ karma sözleşmede bağışlama sözleşmesinin mi satış sözleşmesinin mi baskın olduğuna bakılmasını ve duruma göre önalım olayı oluşturup oluşturmayacağının belirlenmesi gerektiğini, taşınmaz karşılığında verilen bedelin miktarına⁴⁰⁷ göre satış amacının mı bağışlama amacının mı baskın olduğuna karar verilebileceğini savunurken, kimi

⁴⁰¹ YİBK. 27.3.1957, 12/2, RG. 9687; YGHK 26.9.1979 T, 1978/6-284 E. 1979/1263 K. [uyap | ulusal yargı ağı bilişim sistemi](#), Erişim Tarihi; 10.10.2022.

⁴⁰² Atabek, **a.g.m.**, s.730; Küley, **a.g.e.**, s.40 naklen atf; V.rossel et F.h.MENTHA AG.E., NO 1277,

⁴⁰³ Özenli, **a.g.e.**, s.60; Yargıtay 6. HD 21/1/1986 gün ve 14055/399 sayılı kararı.

⁴⁰⁴ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s.240; Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s.170.

⁴⁰⁵ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s.240; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 278.

⁴⁰⁶ Atabek, s.730; Feyzioğlu, **a.g.m.**, s.255; Sebük, **a.g.e.**, s. 87; Akipek/Akıntürk, **a.g.e.**, s.554; Kırca, **a.g.m.**, 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.

⁴⁰⁷ Satış sözleşmesinde de taşınmazın karşılığında çok cüzi bir bedel ödenmesi söz konusu ise burada tarafların iradesinin bağışlama olduğunun kabul edilmesi gerektiği yönünde; Gümüş, **a.g.e.**, s.225.

yazarlar⁴⁰⁸ ise her halükarda bağışlama ve satış sözleşmesinin bir arada olduğu karma sözleşmelerde bağışlama işlemi ile önalım hakkının oluşmayacağını savunmaktadırlar.

D. Trampa

Trampa sözleşmesi 6098 sayılı TBK madde 282’de düzenlenmektedir. Bu sözleşmede taraflar, karşılıklı olarak bir malla başka bir malı ya da hakları değiştirerek zilyetlik veya mülkiyeti karşı tarafa geçirmeyi amaçlamaktadır⁴⁰⁹. Bu sözleşmede edinilen mala karşılık, satış sözleşmesinden farklı olarak para değil, mal verilmektedir⁴¹⁰. Trampaya konu olan değiştirilecek şey eşya, hak veya ekonomik yarar olabilir⁴¹¹. Bu doğrultuda önalım hakkında önalım hakkına konu olan taşınmazın alıcıya devredilmesi karşılığında alıcı maddi ya da gayri maddi ya da bir hak devretme borcu altına girecektir. Devredilen maddi mal, misli bir mal olabileceği gibi gayri misli bir mal da olabilir.

Yargıtay’ın 27.3.1957 gün ve 12/02 sayılı içtihadı birleştirme kurulu kararı ile trampaya konu olan taşınmazlarla ilgili olarak önalım davası açmaya olanak bulunmamaktadır⁴¹². Trampa sözleşmelerinde karşılıklı değişim yapılan eşyalar sayılabilir veya sayılamayan eşya olabilmektedir. Doktrinde genel kabul gören görüş trampa sözleşmelerinin önalım olayı oluşturamayacağı olsa da taşınmazın devri karşılığında verilen eşyanın sayılabilir bir mal olması, özellikle bu malın altın, kıymetli evrak gibi paraya çevrilebilir bir mal olması durumunda önalım hakkının kullanılması gerektiğini savunan yazarlar bulunmaktadır⁴¹³.

⁴⁰⁸Sirmen, **a.g.e.**, 424.

⁴⁰⁹ Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s.163

⁴¹⁰ Küley, **a.g.e.**, s.39.

⁴¹¹ Eren, **a.g.e.**, s.296, Gümüş, **a.g.e.**, s.240.

⁴¹² YİBK 27/03/1957, 1957/12 E., 1957/2 K, RG :21.08.1957, ; Feyzioğlu (Tasarruflar), s. 246- 247; Eren, **a.g.m.**, s.114; Sirmen, **a.g.e.**, s.424; Gürsoy/ Eren/ Cansel, **a.g.e.**, s. 616; Erdoğan,C., **a.g.e.**, s.661; Tekinay, **a.g.e.**,s.22; Ayan, **a.g.e.**, s. 390; Kırca, **a.g.m.**, s. 1185; Özenli, **a.g.e.**, s. 100; Sıpka, s. 90; Tunaboğlu, **a.g.e.**, s. 542; trampaın önalım olayı olarak kabul edilmesi yönünde bkz: Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir,**a.g.e.**, s. 612.

⁴¹³ Atabek, **a.g.m.**, s.730; Küley, edimin misliyatından olması durumunda trampa sözleşmesinin önalım hakkının kullanılmasına sebep olabilecek bir işlem olduğu görüşündedir ; s.40 ; İsviçre hukukunda da trampa sözleşmesinde karşı tarafın edimin paraya çevrilebilen bir şey olması durumunda önalım olayının doğacağı kabul edilmektedir; Akalp-Demirtabak, **a.g.e.**, s.77 naklen atıf Hess/Honsell/Vogt/Wiegand, OR Art 216c, N.10.; Feyzioğlu, tasarruflar, 247, Sıpka, **a.g.e.**, s.91.; edimlerden birinin misli mal olması durumunda da trampa sözleşmesiyle önalım hakkının oluşmayacağını savunan yazarlar; Gümüş **a.g.m.**, s.442; Olgaç/Karahasan, eBK m.232 de trampa sözleşmesi hükümlerine satış sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulanacağını belirttiği dolayısıyla trampa sözleşmesi ile önalım hakkının düzenleneceğini belirtmiştir, **a.g.e.**, s. 116.

Trampa sözleşmelerinde karşılıklı verilen edimlerin arasındaki değer farkını kapatmak amacıyla bir tarafın denklik parası vermesi durumu söz konusu olabilmektedir. Bu durumda meydana gelen sözleşme, satış ve trampa sözleşmesi karışımı bir sözleşme olacaktır. Meydana gelen sözleşmede satış özelliği daha baskın bir sözleşme mevcut ve verilen denklik parasının yanındaki edim, önalım hakkı sahibi tarafından ifa edilebilecek nitelikte bir mal ise ancak o zaman önalım hakkı kullanılabilir⁴¹⁴.

E. Tapusuz Taşınmazların Devri

Ülkemizde halen tapuya kaydedilmemiş taşınmazlar bulunmaktadır. Yargıtay kararlarına ve bazı yazarlara göre bu taşınmazları elde bulunduruyor olmak, mülkiyete sahip olunduğunu değil zilyetliğe sahip olunduğunu göstermektedir⁴¹⁵. Dolayısıyla bu tür taşınmazların devredilmesi durumunda mülkiyetin değil zilyetliğin devri söz konusu olacağı için bazı yazarlar, burada mülkiyetin naklinin gerçekleşmediğinden bahisle önalım hakkına konu olabilecek bir satışın da mümkün olmadığını savunmaktadırlar⁴¹⁶. Kanaatimizce de taşınmazın sonradan tapulu hale gelmesi de satış anında mevcut olmayan bir hakkın daha sonradan doğmasına yol açmayacaktır⁴¹⁷.

F. Paydaşlar Arası Satışlar

Yasal önalım hakkı bakımından pay sahibinin payını mirasçılarından birine devretmesi durumunda diğer pay sahibinin önalım hakkını kullanıp kullanmayacağı konusu tartışmalıdır. Paydaşlar arasındaki satışlarda önalım hakkının kullanılması da mümkün değildir ve hâkim bunu re'sen dikkate almalıdır⁴¹⁸. Yargıtay bazı kararlarında paydaşlar arasındaki satışlarda önalım hakkının kullanılamayacağını, önalım hakkının amacının paylı mülkiyet ilişkisine yabancı bir kişiyi eklememek olduğunu, paydaşlar arasındaki satımlarda müsterek mülkiyet ilişkisine yabancı bir kişinin dahil olmasının

⁴¹⁴Feyzioğlu, **a.g.e.**, 246; Şıpka, **a.g.e.**, 91.

⁴¹⁵ 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 mülkiyet hakkının varlığından söz edilemez.”, Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.280.

⁴¹⁶ Erdoğan, C., **a.g.e.**, s.664, Feyzioğlu, **a.g.m.**, s.226, Özenli, **a.g.e.**, s.73; Şıpka, **a.g.e.**, s.96; Tekinay, **a.g.e.**, s.46; Yıldız, **a.g.e.**, s. 49-50; Eren, **a.g.m.**, s.116.

⁴¹⁷Kılıç, **a.g.e.**, s.3952.

⁴¹⁸ Paylı, **a.g.e.**, s.44; Küley, **a.g.e.**, s.36; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s.636; Tekinay, **Takyitler**, s.41, Yargıtay 6.HD., 4/6/2001 T., 2001/4475 E., 2001/4599 K., uyap | ulusal yargı ağı bilişim sistemi Erişim Tarihi: 17.12.2022.

söz konusu olmadığını ifade ederek bu durumda önalım hakkının doğmayacağını belirtmektedir⁴¹⁹.

Satış yapılan kişinin paydaş olup olmadığı belirlenirken satış anındaki duruma göre değerlendirilme yapılması gerekir⁴²⁰. Fakat pay sahibi, mirasçısı ile satım sözleşmesi veya ekonomik anlamda satışa eşdeğer bir hukuki işlem gerçekleştirmişse bu durumda ne şekilde hareket edileceği açık değildir. *Şıpka*, bu durumda üçüncü kişi ile gerçek bir satış işlemi söz konusu olacağı için yapılan işlemin önalım olayı olarak kabul edilerek önalım hakkı doğmasına sebep olacağını savunmaktadır⁴²¹. Önalım hakkının kullanılmasına engel bulunan bu hal, sadece yasal önalım hakkı için geçerlidir, yoksa sözleşmeden doğan önalım hakkı için böyle bir durum söz konusu değildir.

G. Önalım Hakkından Feragat Edilmiş Olması

Önalım hakkının kullanılmasını engelleyen hallerden bir tanesi de önalım hakkı sahibinin önalım hakkından feragat etmiş olmasıdır. Feragat, bir haktan vazgeçmedir. Usul hukuku anlamında feragat, hakkın doğmasından vazgeçme olarak tanımlanabilir⁴²². Önalım hakkı sahibi de önalım hakkından feragat edebilir. Önalım hakkından feragat ise mutlak feragat başka bir ifadeyle hakkın kendisinden vazgeçme ve nispi feragat başka bir ifadeyle hakkın kullanılmasından vazgeçme olarak ikiye ayrılarak incelenmelidir. Hak sahibi, yasal önalım hakkından da sözleşmeden doğan önalım hakkından da mutlak ve nispi olarak feragat edebilir. Fakat aynı anda birden fazla payın satılmış olması durumunda, paydaşın bazılarına karşı önalım hakkının kullanılmamış olması, diğerlerine karşı önalım hakkından feragat ettiği şeklinde yorumlanamaz⁴²³.

1. Mutlak Feragat

Mutlak feragat hakkın kendisinden, özünden vazgeçmek olduğundan hakkın doğumundan önce gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu nedenle mutlak feragatin gerçekleşmesi için önalım hakkı doğmadan önce, önalım olayı gerçekleşmeden önce

⁴¹⁹ Özenli, **a.g.e.**, s.109; Yargıtay 6. HD 15/04/1986 Tarih, 4080/5324 sayılı kararı, *Şıpka*, **a.g.e.**, s.18, Oğuzman/ Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s.636; Tekinay, **a.g.e.**, s.39; Ertaş, **a.g.e.**, s.361.

⁴²⁰ *Şıpka*, **a.g.e.**, s.120, Saray Türe, **a.g.m.** s.72.

⁴²¹ *Şıpka*, **a.g.e.**, s.99.

⁴²² Kuru, **a.g.e.**, s.386.

⁴²³ Ertaş, **a.g.e.**, s.380, Yargıtay 6. HD. 24.4.1979 T., 2755 E., 3503 K.

yapılmış olması gerekmektedir. TMK m.733/2⁴²⁴ hükmünde önalım hakkından feragatin resmi şekilde yapılması ve tapu kütüğüne şerh verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu durumda mutlak feragat, üçüncü kişiler dahil herkese karşı ileri sürülebilir. Bu şekilde yapılan feragatte hak sahibi önalım hakkından tamamen vazgeçmiş olacağı için ileride yapılacak herhangi bir satış için de önalım hakkını kullanması söz konusu olamaz⁴²⁵. Bu şekilde yapılan feragat, önalım hakkı için “mutlak kullanma engeli” olarak sayılır⁴²⁶. TMK m.733/2 de belirtilen resmi şekil geçerlilik şartı olduğundan bu şekle uymadan yapılan feragatler hukuk dünyasında hüküm doğurmaz⁴²⁷. Fakat madde metninde resmi şeklin kim tarafından yapılacağı belirtilmemiştir. Bu yüzden *Ayan*, tapu memurlarının yanında noterlerin de bunu gerçekleştirebileceğini belirtmiştir⁴²⁸.

Sözleşmeden doğan önalım hakkından feragatte de hak sahibi, hakkından sözleşme gerçekleşikten fakat önalım olayı gerçekleşmeden önce feragat edebilir. Türk Kanuni Medenisi yürürlükteyken önalım sözleşmesi için adi yazılı şekil öngörüldüğünden dolayı feragatin geçerli olabilmesi için bir şekil şartı olup olmadığı konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktaydı. Bir görüş, sözleşmeden doğan önalım hakkı tapuya şerh verilmiş olsa dahi feragatin herhangi bir şekle tabi olmadan yapılması gerektiği yönündedir⁴²⁹. Diğer bir görüş ise önalım sözleşmesinde geçerli olan adi yazılı şeklin, önalım hakkından feragatte de olması gerektiğini savunmaktaydı⁴³⁰. Türk Medeni Kanunda TMK m.732 hükmü ile sözleşmeden doğan önalım hakkında da yasal önalım hakkına ilişkin hükümlerin uygulanacağına ilişkin düzenleme sebebiyle önalım hakkından feragatin yazılı şekilde yapılması ve tapuya şerh verilmesi gerektiğinden bu konuda tartışmalar son bulmuştur. Halbuki bu

⁴²⁴ TMK m.733/2; “Önalım hakkından feragatin resmî şekilde yapılması ve tapu kütüğüne şerh verilmesi gerekir. Belirli bir satışta önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme, yazılı şekle tâbidir ve satıştan önce veya sonra yapılabilir”.

⁴²⁵ Tekinay, **a.g.e.**, s.63.

⁴²⁶ Şıpka, **a.g.e.**, s.162, Cansu Yavuz, “Sözleşmeden Doğan ve Yasal Önalım Hakkından Feragat”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:17,Sayı:34 , Güz 2018/2, 2018, s.181-193, s.187.

⁴²⁷ Feyzioğlu, **a.g.e.**, 438, Özenli **a.g.e.**, s.113.

⁴²⁸ Ayan, **Mülkiyet**, s.395.

⁴²⁹ Özenli, **a.g.e.**, s.112.

⁴³⁰ Yasemin Özdek, “Önalımda Vazgeçme ve Bir Yargıtay Kararı”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı:3, Yıl: 1985, s.337-369, s.349, Bu durumun noterlik kanunun çeliştiğini ifade etmektedir. Hüseyin Bozkurt: “Şuf’a Hakkı Sözleşmesi ve Feragatin (Teslim-i Şuf’a) Şekil ve Şartları”, **Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi**, 1976, s.79.

durumun sözleşmeden doğan önalım hakkında sözleşme serbestliği ilkesine ters düşeceği, taraflar feragat ile ilgili sözleşmede farklı bir şekil ve usul kararlaştırmışsa bu usulün uygulanması gerektiğini savunan yazarlar bulunmaktadır. Bu durum ile ilgili olarak kanun hükmünün, sözleşmeden doğan önalım hakkı için kıyasen uygulanması şeklinde düzeltilmesi gerektiğini savunan yazarlar da mevcuttur⁴³¹. Türk Kanuni Medenisi zamanında da yasal önalım hakkının kullanılmasının tapuya kaydedilmesi gerekli ve zorunlu ise aynı şekilde bu haktan feragatin de sonuç doğurması için resmi şekilde yapılması ve tapu siciline tescil edilmesi gerektiği belirtilmekteydi⁴³². Yasal önalım hakkından feragat resmi şekilde yapıldığı halde tapuya tescil edilmemiş ise bu durumda sadece taraflar arasında geçerli olacaktır. Üçüncü kişilere ileri sürülebilme imkânı yoktur⁴³³.

2. Nispi Feragat

Nispi feragat, hakkın kullanılmasından vazgeçme, hak doğduktan sonra kullanılmasından feragat etmektir. Nispi feragat durumunda önalım hakkı mevcut olup kişinin önalım hakkını kullanmasından feragat etmesi söz konusu olmaktadır⁴³⁴. Önalım hakkının kullanılmasından feragatte önalım hakkının kendisinden feragatte olduğu gibi resmi olarak yapılma zorunluluğu yoktur. Basit (adi) yazılı şekilde yapılmış bir sözleşme ile yapılması durumunda da nispi feragat, hüküm ve sonuçlarını doğurur. Sözlü olarak yapılan önalım hakkının kullanılmasından feragat geçerli olmayacaktır. Adi yazılı şekilde geçerli olması, önalım hakkının, kamuyu ilgilendiren bir hak olmaması ve pay sahibinin/önalım yükümlüsünün şahsi menfaatine hizmet eden ve önalım hakkı sahibinin pay sahibinin payını satması halinde yeni bir ortağı bertaraf etme imkânı sağlayan bir hak olmasından kaynaklanmaktadır⁴³⁵. Önalım hakkı sahibi, önalım hakkının doğumdan sonra olacak feragati önalım hakkının kullanılması için kanunda düzenlenen hak düşürücü süreler içinde kullanmalıdır. Aksi

⁴³¹ Yücel, **a.g.m.**, s.86; Demirsatan, **a.g.m.**, s.918

⁴³² Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.495; Şipka, **a.g.e.**, s.112, Tekinay, **a.g.e.**, s.63; Özdek, **a.g.e.**, s. 349; kanundaki hükmün sadece önalım hakkının tamamından feragate ilişkin olduğu, önalım hakkının kullanılmasından feragat edilmesi durumunda resmi şekil şartı aranmaması konusunda bkz.; Turhan Feyzioğlu; “**Kanuni Şufa Hakkının İstimalinden Feragat Şekle Tabi midir?**”, Ankara Barosu Hukuk Dergisi, Cilt:5 Sayı:58-59, s.26-28

⁴³³ Özenli, **a.g.e.**, s.113

⁴³⁴ Bertan, **a.g.e.**, s.790; Feyzioğlu **a.g.e.**, s.440; Şipka,**a.g.e.**, s. 163; Kırca, **a.g.m.**,s. 1187

⁴³⁵ Feyzioğlu Turhan, **a.g.m.**, s. 28

takdirde hak düşürücü süreden sonra kullanılabilecek bir önalım hakkı bulunmadığı için feragat de mümkün değildir. Dolayısıyla da nispi feragat, sadece önalım hakkına konu olan şeyi alan alıcıya (3.kişiye) karşı hüküm ifade etmektedir⁴³⁶. Fakat dava açıldıktan sonra da önalım hakkı sahibi önalım hakkını kullanmaktan feragat edebilir⁴³⁷.

H. Bir Taşınmazın Bir Ortaklığa Sermaye Olarak Konulması

Türk Ticaret Kanunu'nda m.127/1-C ticari şirketlere her çeşit taşınmazın sermaye olarak koyulabileceği düzenlenmiştir⁴³⁸. Aynı Kanunun 128. maddesinde sermaye olarak taşınmaz mülkiyeti veya taşınmaz üzerinde var olan veya kurulacak olan aynı bir hakkın konulması borcunu içeren şirket sözleşmesi hükümlerinin resmî şekil aranmaksızın geçerli olacağı ve şirketin bunlar üzerinde tasarruf edebilmesi için tapu siciline tescilin gerekli olduğu düzenlenmiştir.

Yasal önalım hakkında paydaşlardan birisinin payının, sözleşmeden doğan önalım hakkında ise sözleşme konusu olan şeyin bir ortaklık ilişkisine sermaye olarak koyulması durumunda taşınmazın mülkiyeti şirkete devredilmiş olur. Taşınmazın şirkete sermaye olarak konulması durumunda bir bedel alınması söz konusu olmadığı için ortada satış ve satış benzeri bir hukuki işlem oluşmayacak ve önalım hakkı sahibinin önalım hakkı doğmayacaktır. Nitekim 27.3.1957 gün ve 12/2 sayılı inancıları birleştirme kararı uyarınca da bir malın ortaklığa sermaye olarak konulması halinde önalım hakkı kullanılamayacaktır⁴³⁹.

Ayrıca 6098 sayılı TBK m.240'ın gerekçesinde gayrimenkul yatırım ortaklığına ait hisselerin bütünüyle devri halinde bu işlemin önalım olayına konu bir işlem olacağını, buna karşılık taşınmazın anonim veya limited şirkete aynı sermaye olarak konulmasında önalım hakkının kullanılmayacağını belirtmiştir⁴⁴⁰.

⁴³⁶Şipka, **a.g.e.**, s.163.

⁴³⁷Ayan, **Mülkiyet**, s.396.

⁴³⁸TTK 127/1; “(1) Kanunda aksine hüküm olmadıkça ticaret şirketlerine sermaye olarak; a) Para, alacak, kıymetli evrak ve sermaye şirketlerine ait paylar, b) Fikrî mülkiyet hakları, c) Taşınır ve her çeşit taşınmaz, d) Taşınır ve taşınmazların faydalanma ve kullanma hakları, e) Kişisel emek, f) Ticari itibar, g) Ticari işletmeler, h) Haklı olarak kullanılan devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerler, i) Maden ruhsatnameleri ve bunun gibi ekonomik değeri olan diğer haklar, j) Devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer, konabilir.”

⁴³⁹Özenli, **a.g.e.**, s. 102.

⁴⁴⁰Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s.31.

I. Kamulaştırma

Anayasa'nın 46. maddesinde “Devlet ve kamu tüzel kişilerinin, kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılığ⁴⁴¹ı peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz bir malın tamamına veya bir kısmın kanunda gösterilen esas ve usullere göre kamulaştırılması” düzenlenmiştir. Anayasa metninden açıkça anlaşılacağı üzere kamulaştırmanın konusunun, önalım hakkına konu bir taşınmaz ya da pay olması da mümkündür.

Kamulaştırma işleminde mülkiyetin kamulaştırma işlemi yapan kuruma geçirilmesi durumu malikin kendi rızası ile değil kamulaştırmayı yapan kurumun tek taraflı olarak iradesi ile olmaktadır. Dolayısıyla burada tarafların iradeleri söz konusu değildir⁴⁴¹. Bu işlem sırasında da satış sözleşmesinde olduğu gibi bir taraf malın bedelini öderken diğer taraf da mülkiyeti karşı tarafa devretmektedir. Ama taraflar bunu kamu yararı için yapmaktadırlar. Dolayısıyla kamulaştırma hukuki niteliği açısından bir satış değil, taşınmaz üzerindeki mülkiyet hürriyetini zedeleyen ve ortadan kaldıran idari bir işlemdir⁴⁴². Kamu yararının öne çıktığı bir durum olduğu ve TBK m.240/1 ve TMK m. 733/2 de sayılan işlemlerden bir tanesi olduğu için kamulaştırma işleminin gerçekleşmesi durumunda önalım hakkı sahibinin önalım hakkı doğmayacaktır.

J. Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, 6098 sayılı TBK m.611 de taraflardan birinin diğerine ölünceye kadar bakmak ve onu görüp gözetmek şartıyla diğer tarafın malvarlığı veya bazı malların temlik borçlandığı sözleşmedir.

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım borçlusunun borcu para değil bakımdır. Bu nedenle ölünceye kadar bakma sözleşmesi, bir satım sözleşmesi niteliğinde değildir. Önalım hakkının konusu olan taşınmazın ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile karşı tarafa devredilmesi durumunda karşı tarafın edimi bakım gözetmek olacaktır. Bakım ve gözetim borcu, para veya paraya eşdeğer nitelikte bir misli eşya niteliğinde olmadığından bu sözleşme satış veya ekonomik bakımdan

⁴⁴¹ Feyzioğlu, a.g.e., s. 272; Özenli, a.g.e., s. 91; Yıldız a.g.e., s.50, Eren, a.g.e., s. 210, Kırkbeşoğlu, a.g.e., s.108.

⁴⁴² Çay, a.g.m., s.86.

satıma eşdeğer bir işlem olarak kabul edilemeyecektir. Dolayısıyla yukarıda bahsedilen önalım olayı doğuran sözleşmelerden farklı olarak ölünceye kadar bakma sözleşmelerinde borç, miktar yönünden belirli olmadığı için bu sözleşmelerin önalım olayı doğurması mümkün değildir⁴⁴³.

K. Dostluk Satışlarında Önalım Hakkı

Dostluk satışı veya hatır satışı olarak bilinen satışlar, önalım hakkına konu olan şeyin değerinden az bir değerle akrabaya veya bir yakınına satılmasıdır⁴⁴⁴. Bu durumda bir bağış söz konusu değildir. Çünkü burada bir bedel mevcut olup önalım hakkı yine gündeme gelecektir. Fakat buradaki sorun, önalım bedelinin ne olacağına ilişkindir. Söz konusu bedel sorunu ile ilgili olarak, satış tarihinde hesaplanacak bedelin dikkate alınmasını gerektiğini savunan yazarlar⁴⁴⁵ olduğu gibi, önalım hakkının kullanıldığı tarihteki değer dikkate alınması gerektiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır⁴⁴⁶.

L. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Kapsamında Önalım Hakkı

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, karşılıklı edim içeren ve iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olup, arsa payı karşılığı inşaat yapımında, sözleşmenin taraflarından arsa sahibi, sözleşmeye uygun koşullarda arsasını yükleniciye teslim etmek ve yüklenici kendisine karşı edimini yerine getirdiğinde de edimi karşılığı yükleniciye bırakılan bağımsız bölümlerin tapusunu ona devretmekle yükümlüdür⁴⁴⁷. Sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenicinin edimi ise, sözleşmede kararlaştırılan koşullarda binayı yapıp arsa sahibine teslim etmektir. Sözleşme neticesinde arsa sahibi yükleniciye yaptığı iş neticesinde payını devretmeyi talep etmektedir⁴⁴⁸. Söz konusu pay devrinin satış amaçlı bir devir olup olmadığı ve bu kapsamda önalım hakkının

⁴⁴³Özenli, **a.g.e.**, s.103; Köylüoğlu, **a.g.e.**, s.86; Yıldız, **a.g.e.**, s.55

⁴⁴⁴Erdoğan, C., **a.g.e.**, s. 659; Feyzioğlu burada satıştan daha çok miras ya da bağışlama gibi amaçlar güdüldüğünden bahsetmektedir, **a.g.e.**, s.244; Burada karma bağış olduğu da kabul edilebilir, bu durumda karma bağış sözleşmelerindeki hükümler uygulanacaktır, bkz.s.76 vd.

⁴⁴⁵Erdoğan, C., **a.g.e.**, s.659

⁴⁴⁶Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 244; Karahasan, **a.g.e.**, s. 983

⁴⁴⁷Hasan Erman, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, DER Yayınları, İstanbul, 2010, s.1

⁴⁴⁸Erman, **a.g.e.**, s.2; 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, s116.

kullanılmasının mümkün olup olmadığı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bakımdan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yapılan pay devrinin esasen satış amaçlı bir devir sayılamayacağı, nitekim devrin ancak inşaatın sözleşmeye uygun yapılması halinde geçerlilik kazandığı, Yargıtay yerleşik kararlarında arsa sahibinin yükleniciye pay devrini taahhüt etmesinin adeta “avans” niteliğinde pay devri olarak değerlendirildiği⁴⁴⁹ ve tapuda “satış” olarak isimlendirilen sebebin gerçekte bağımsız bölüm yapma olduğu hususları karşısında, devredilen bu payların önalım hakkına konu olamayacağı genel olarak kabul edilmektedir⁴⁵⁰.

M. Kat Mülkiyeti veya Kat İrtifakı Kurulan Taşınmazlarda Önalım Hakkı

Kat Mülkiyeti Kanunu’nun (KMK) 8. maddesinin birinci fıkrası gereğince, üzerinde kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmuş taşınmazlarda da, kat irtifakının bağlandığı arsa payının veya bağımsız bölüm mülkiyetinin devri halinde, diğer kat irtifakı sahiplerinin veya bağımsız bölüm maliklerinin yasal önalım hakkı bulunmamaktadır. Bu durumda Kat Mülkiyeti Kanunu md. 8/1 hükmü ile kanuni bir yasak getirilmiştir. Buna karşılık, bizzat bağımsız bölümün paylı mülkiyete tâbi olması ve paydaşlardan birinin payını üçüncü bir kişiye satması halinde diğer paydaşlar, yasal önalım hakkını kullanabilirler (KMK 8/II). Söz konusu maddenin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan hükümler emredici hüküm niteliğinde değildir. Nirekim maddenin üçüncü fıkrasında bu durumun aksinin sözleşme ile kararlaştırılabileceği de

⁴⁴⁹Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 04.03.2005 tarih ve E.2004/3299, K.2005/1234 sayılı kararı “...Yanlar arasındaki uyumsuzluk eser sözleşmelerinin bir türü olan arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Bu sözleşmeye göre inşaat 12 ay içerisinde yapılacak ve arsa sahibi olan davacıya teslim edilecektir. Yükleniciye peşinen yapılan tapu devirleri yükleniciye finans kolaylığı sağlamak amaçlıdır. Bir bakıma avans niteliğinde olan bu tapular sözleşmedeki edimler yerine getirilmemiş ise her zaman geri istenebilir...” Y. 15. HD.5.4.2004 tarih ve E.2003/5340, K.2004/1910 sayılı kararı. Yargıtay’a göre; “Yüklenicinin ücrete (bağımsız bölümlere) hak kazanabilmesi, edimini ifa etmesine, yani inşaatı eksiksiz ve kusursuz yapıp teslim etmesine bağlıdır. İşin başında, yükleniciye bir kısım tapu paylarının geçirilmesi, deyim yerindeyse avans niteliğindedir.”; Yavuz, **a.g.m.**, s.121, dn.34; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 1.6.2004 tarih ve 2003/6241 E., 2004/3055 K. sayılı kararında³⁵ bu husus, “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 üçüncü kişilere eser bedeline hak kazanılmadığından aynı bir hak sağlamaz. Üçüncü kişiler burada, MK.nun 3.maddesi hükmünce iyiniyet iddiasında bulunamaz. Daha açık bir anlatımla yükleniciye devri yapılan payların devir sebebi ortadan kalkınca avans niteliğindeki bu payların geri verilmesi arsa sahipleri tarafından her zaman istenebilir.” şeklinde ifade edilmiştir, Yavuz, **a.g.m.**, s.121-122, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 29.11.2010 t.li ve E.2009/6021, K.2010/6481 sayılı kararı.

⁴⁵⁰ Yavuz, **a.g.m.**, s.127.

belirtilmektedir. *Tekinay*, bu durumda yapılacak sözleşmenin resmi olarak yapılmasına gerek olmadığını ve Türk Borçlar Kanununda düzenlenen sözleşmeden doğan önalım hakkında öngörüldüğü gibi adi yazılı şeklin yeterli olacağını belirtmektedir. Fakat bu sözleşmenin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için tapuya şerh verilmiş olması gerekir⁴⁵¹. Bağımsız bölüm üzerinde tanınan sözleşmeden doğan önalım hakkının ana gayrimenkulde paydaş olmayan kişiler lehine de tanınması mümkündür⁴⁵².

654 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu kat mülkiyetinin niteliğini, kurulmasını, kat malikleri arasındaki ilişkileri ve özellikle paylı mülkiyet ilişkisini, kat malikleri arasındaki ilişkileri ve paylı mülkiyet ilişkilerini düzenlemesinin yanı sıra, yapılmakta olan veya ileride yapılacak bir veya birden çok binanın inşası borcunu ve bina inşa edilince de kat mülkiyeti kurma yükümlülüğü getirme imkânı olarak kat irtifakını da düzenlemektedir⁴⁵³. Kanuna göre kat mülkiyeti bağımsız bölüm üzerinde bir mülkiyettir (m/2a)⁴⁵⁴.

Kat mülkiyeti, bir binanın birden fazla bağımsız bölümü ile bu bölümlere bağlanmış eklentiler, arsa payı ve müşterek mülkiyet esasına tabi yerlerden oluşan bir tür ortak mülkiyeti ifade etse de paylı mülkiyetten farklıdır. Paylı mülkiyette maliklere tanınan önalım hakkı, kat mülkiyetinde söz konusu değildir. Bu durumda malik ancak maliki olduğu bağımsız bölüm üzerinde, diğer kat malikleri veya üçüncü şahıs lehine, sözleşmeden doğan önalım hakkı kurma hakkına sahiptir⁴⁵⁵.

Kat Mülkiyeti Kanunu Madde 8'e göre mülkiyeti ve kat irtifakı kurulan bağımsız bölümlerde paydaşlardan birinin kendi payını üçüncü şahıslara satması halinde diğer paydaşın önalım hakkını kullanması mümkün değildir. Ancak bağımsız bir bölüm paylı mülkiyete konu olursa paylı mülkiyete tabi olan bağımsız bölümün hissedarları önalım hakkını kullanabilecektir⁴⁵⁶.

⁴⁵¹ Tekinay, **a.g.e.**, s.44

⁴⁵² Tekinay, **a.g.e.**, s. 44

⁴⁵³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 691.

⁴⁵⁴ Kat Mülkiyeti Kanunun m.1/1 hükmünde de, bağımsız bölümü üzerindeki mülkiyet hakkının “bağımsız mülkiyet hakkı” olduğu açıkça ifade edilmiştir; Emrehan İnal, Riskli Yapıda Azınlığın Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Karardaki Boşluğun Hakim Tarafından Doldurulmasına İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, **Prof. Dr. Necla Giritlioğlu’na Armağan**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.

⁴⁵⁵ Esener/Güven, **a.g.e.**, s. 329

⁴⁵⁶ Bertan, **a.g.e.**, s.786; Tekinay, **a.g.e.**, s.43; Ayan, **Mülkiyet**, s.388; Eren, **a.g.m.**, s.109; Tunaboğlu, **a.g.e.**, s.565-566



DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ÖNALIM HAKKININ DÜRÜSTLÜK KURALINDAN KAYNAKLANAN SINIRLARI

I. DÜRÜSTLÜK KURALI VE HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI

A. GENEL

Önalım hakkının kullanılmasının sınırlarından bir tanesi de önalım hakkı kullanımının dürüstlük kuralına aykırı bir nitelik taşımaması gerektiğidir⁴⁵⁷. Tüm haklarda olduğu gibi önalım hakkını kullanırken de dürüstlük kuralına uyma zorunluluğu bulunmaktadır⁴⁵⁸. Önalım hakkı davası sırasında önalım hakkının dürüstlük kuralına aykırı kullanıldığı iddiasını davalı da dile getirebilir. Bu iddiayı taraflar yargılamanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi hâkim re’sen dikkate almak zorundadır⁴⁵⁹. Uygulamada dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı kavramları birbirlerinin yerlerine kullanılan kavramlar olduğundan biz bu çalışmamızda iki kavrama da yer vereceğiz.

B. DÜRÜSTLÜK KURALI

Dürüstlük kuralı kaynağını Roma Hukukunda bulunan “başkasına zarar vermeme, kimseye kötülük yapmama” değerlerine bağlı olan “*bona fides*”⁴⁶⁰ ilkesinden almaktadır⁴⁶¹. Dürüstlük kuralı genel ve objektif hukuk normudur ve kişilerin özel bir hukuki ilişkide bulunmaları sırasında olduğu gibi kişilerin tüm haklarının korunmasında da genel bir sınır çizer⁴⁶².

⁴⁵⁷Dürüstlük kuralına aykırı kullanılmaması gerektiğini önalım hakkı kullanımının olumsuz koşulu olarak değerlendiren yazarlar bulunmaktadır; Şipka, s.170 ve devamı (Şipka bu hususu kitabında hakkın kötüye kullanılması başlığı olarak yer vermiştir); Erkan, **a.g.m.**, s.109 ve devamı.

⁴⁵⁸Tekinay, **Takyitler**, s.44; Şipka, **a.g.e.**, s.170 vd; Ayan, **Mülkiyet**, s. 397

⁴⁵⁹Ayan, **Mülkiyet**, s.399; YGHK 24.5.2006, 2006/288 E., 2006/304 K. <https://www.lexpera.com.tr/> erişim tarihi: 13.12.2022.

⁴⁶⁰“BonaFides” kavramı, eski Roma metinlerinde halihazırda kullanmakta olduğumuz iyiniyet ve dürüstlük kuralı kavramlarını bir arada ifade etmek amacıyla kullanılmıştır; Halil Akkanat, **Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s.22.

⁴⁶¹Derya Ateş, **Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık**, Ankara, 2006, s.228-229.

⁴⁶²Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 245; YGHK, T. 20.10.2010, 2010/6-404 E., 2010/533 K. sayılı ilamı, [uyap | ulusal yargı ağı bilişim sistemi.](#), Erişim tarihi:15.12.2022; Ateş, **a.g.e.**, s.229; fakat doktrinde kişilerin özel hukuki ilişkilerinde dürüstlük kuralının uygulanması gerektiğini savunan yazarlar bulunmaktadır. dn.500.

Dürüstlük kuralı kaynağını almakta olduğu Roma Hukukunda iyi anlamına gelen “bona” ve sadakat anlamına gelen “fides” kavramları birleştirilerek “bona fides” kelimeleriyle ifade edilmekteydi⁴⁶³. Bu kavram Roma Hukukunda hukuksal ilişkilere, sözleşmelere ve özellikle bunlardan doğan borçlara sadakati karşılamaktadır⁴⁶⁴.

Dürüstlük kuralı genel olarak kişilerin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüst, makul ve yaptığı eylemin sonucunu bilebilen orta zekalı bir kimsenin benzer olaydaki davranışına benzer davranması gerekliliğini getiren kurallar bütünüdür⁴⁶⁵. Tanımdan da anlaşıldığı üzere dürüstlük kuralının somut kıstasları bulunmamaktadır. Fakat dürüstlük kuralının sınırlarını, toplumda egemen olan ahlaki ölçüler, geçerli adetler ve hak ile borçları doğuran hukuksal ilişkilerin amacı belirlemektedir⁴⁶⁶. Hukukumuzda dürüstlük kuralı bazen düzeltici ve tamamlayıcı, bazen borçlunun borcunu yerine getirme tarzını belirleyici amaçlarla kullanılmaktadır⁴⁶⁷. Dürüstlük kuralı genel olarak bir davranış kuralı olarak yer alır. Fakat yalnızca hakların kullanılmasında değil aynı zamanda borçların ifasında da uyulması gereken bir kuraldır⁴⁶⁸.

Özetle çağdaş hukuk sistemimizde dürüstlük kuralı, dürüstlük, sadakat ve söze bağlılık gibi ahlaki ilkeleri içermesinin yanı sıra hukuksal ilişkinin taraflarından her birine, diğerinin de menfaatini göz önünde bulundurma yükümlülüğü getiren bir üst prensiptir⁴⁶⁹. Dürüstlük kuralının uygulanması için “*culpa in contrahendo*” ilkesinde olduğu gibi borç ilişkisinin doğması şart değildir⁴⁷⁰.

⁴⁶³Yalçın Kavak; **Dürüstlük Kuralı ve İyiniyetin Korunması**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2019, s.6.

⁴⁶⁴Talya Şans Uçaryılmaz, **BonaFides (Dürüstlük Kuralı)**, Ankara, 2019, s.24 vd.

⁴⁶⁵Seyfullah Edis, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Ankara, 1997, s.291, Talha Uyar, “Yargıtay Kararlarında Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanımı Yasağı”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, s. 439-465, s.440.

⁴⁶⁶Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 247-248.

⁴⁶⁷Şener Akyol, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, İstanbul, 2006, s.1.

⁴⁶⁸Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s.246 Dürüstlük kuralı, İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarında genel bir kural olarak yer alırken Fransız, Alman ve İtalyan Medeni Kanunlarında sadece sözleşmelerin yorumu ve borçların ifası için yer verilmiştir, Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s.246.

⁴⁶⁹Kavak, **a.g.e.**, s. 11.

⁴⁷⁰Nami Barlas; “Dürüstlük Kuralı Ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenlenme Tarzı Ve Eleştirisi”; **İÜHFİM**, C: LV- S 3 (1997), s.200

Dürüstlük kuralı Türk Medeni Kanununda kaynağını⁴⁷¹ dürüst davranma başlığı altında düzenlenen TMK m.2'den almaktadır⁴⁷². Türk Medeni Kanunun başlangıç hükümlerinde yer alması sebebiyle medeni hukuk açısından genel bir ilkedir⁴⁷³. Dürüstlük kuralı kanunda düzenlenerek pozitif hukuk içinde de genel bir hukuk kuralı haline gelmiştir. Dolayısıyla bu kurala aykırılık hukuka aykırılık teşkil edecektir⁴⁷⁴. Türk Medeni Kanununun 2. maddesinde yer alan hüküm, hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde dürüst davranma mecburiyeti getirirken hakların kötüye kullanılmaması boyutunda ise bir yasaklama getirmektedir⁴⁷⁵.

Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı TMK madde 2'de belirtilen hakların kullanılması ve borçların ifasının yanında kanunların yorumlanması ve boşlukların doldurulmasında, kanuna karşı hilenin önlenmesinde, hukuki işlemin oluşması, yorumlanması ve tamamlanmasında, güven ilişkisinin temelinde, borçların doğumunda, sözleşmelerde değişiklik yapılmasında ve sonlandırılmasında, yan edimlerin neler olduğu, neler olması gerektiği konularında da uygulama alanına sahiptir⁴⁷⁶.

Dürüstlük kuralının emredici nitelikte olup olmadığı doktrinde tartışma konusudur. Doktrinde bir görüş, tarafların kendi aralarında yaptıkları bir sözleşmeyle TMK m. 2'de yer alan dürüstlük kuralının uygulanmayacağını kararlaştıramayacağından bahisle, dürüstlük kuralının emredici olduğunu savunmaktadır⁴⁷⁷. Bir diğer görüşe göre ise emredici hukuk kurallarına ve kamu

⁴⁷¹Medeni Kanunumuzdaki bu düzenleme İsviçre Medeni Kanunundaki- ZGB ART-2 hükmüne paralel bir düzenleme şeklinde yapılmıştır; Barlas, **a.g.m.**, s.192.

⁴⁷²Söz konusu madde aynı zamanda taraflar arasındaki güven ilişkisinden kaynaklanan ve bu ilişkinin oluşması için herhangi bir sözleşme ilişkisi kurulmasına gerek olmayan, tarafların iradelerinden bağımsız yasal bir sorumluluk olan “güven sorumluluğu”na da kaynaklık etmektedir; Yasemin Durak, Güven Sorumluluğu ve “Culpa in Contrehendo”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.25, S.1, 2017, s.239-288, s.241-242.

⁴⁷³Uyar, **a.g.m.**, s. 440.

⁴⁷⁴Ateş, **a.g.m.**, s.84.

⁴⁷⁵Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s.248; Kavak,**a.g.e.**, s.32.

⁴⁷⁶Kemal Oğuzman, “Dürüstlük Kuralı (MK.M.2) Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi”, Prof.Dr. Yaşar Karayalçın’a 65 İNCİ Yaş Armağanı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Olguç Matbaası, Ankara, 1988, s. 407-415, s. 407 (Dürüstlük Kuralı olarak anılacaktır); Akyol, **a.g.e.**, s. 6; Derya Ateş, “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, **TBB Dergisi** sayı 72,s. 75-93, 2007, s.86.

⁴⁷⁷Yargıtay da bazı kararlarında dürüstlük kurallarını kamu düzenine ilişkin bulan görüşü benimseyerek hükmü emredici bulmakta, ayrıca dürüstlük kuralının hâkim tarafından re’sen uygulanması gerektiğini

düzenine aykırılık olmadığı sürece taraflar, sözleşme özgürlüğü kapsamında dürüstlük kuralının uygulanmayacağını kararlaştırabilecek olup bu anlamda dürüstlük kuralına aykırılık, bir itiraz niteliğinde değerlendirilmeli, bu sebeple dürüstlük kuralının emredici nitelikte olmadığı kabul edilmelidir⁴⁷⁸. Dürüstlük kuralı emredici nitelikte bir ilke olmakla birlikte TMK m.2 hükmünde düzenlenen dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı emredici hükümlerden değildir⁴⁷⁹. Hâkim, bu kurallara uyulup uyulmadığını kendisi dikkate alabilmektedir⁴⁸⁰. Öncelikle somut olaya uygulanması gereken özel hüküm araştırılarak bu hükmün uygulanması gerekmekte, bu uygulamanın menfaatler dengesi ve adalet duygusuna aykırı bir sonuca sebep olacağı durumlarda sonucu düzeltmek amacıyla tali ve istisnai olan dürüstlük kuralına başvurulmalıdır. Aksi takdirde “*hukuk güvenliği*” ortadan kaldırma riski söz konusu olacaktır⁴⁸¹.

Hakkın kötüye kullanılması ise kişiye hukuken tanınan bir hakkın, açıkça dürüstlük kurallarına aykırı kullanılması sonucunda bir başkasına zarar vermesi ya da zarar verme tehlikesi yaratması durumlarında ortaya çıkan üstün ve genel bir hukuk ilkesi olup amacı, hukuku ahlaken yüceltmektedir⁴⁸². Hakkın kötüye kullanılması için öncelikle hukuk tarafından bir hak tanınmış olması ve bu hakkın açıkça dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kullanılmış olması gerekir⁴⁸³. Bir hakkın hak sahibine meşru bir menfaat sağlaması için değil de sırf karşı tarafı zarara sokmak, hak üzerinden meşru olmayan bir kazanç sağlamak için kullanılması durumlarında hak kötüye kullanılmış sayılır⁴⁸⁴. Hakkın kötüye kullanılması yasağı, hakkın kullanılmasında hak sahibine hiç yararı olmadığı veya sınırlı yararı olduğu hallerde mevcuttur⁴⁸⁵.

kabul etmektedir. Akyol, **a.g.e.**, s. 7-8; Akyol bu görüş için, Staudinger/Weber’e göndermede bulunmaktadır. Yargıtay, 14.2.1951 gün, 17/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında bu hususun davanın her aşamasında ileri sürülmesi, hatta mahkemenin kendiliğinden nazara alması gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca bkz., Oğuzman, *Dürüstlük Kuralı*, s.407-415.

⁴⁷⁸ Ateş, **a.g.m.**, s. 85; Edis, **a.g.e.**, s. 295-299; Akyol, **a.g.e.**, s. 7; Uyar, **a.g.m.**, s.440.

⁴⁷⁹ Akyol **a.g.e.**, s.10; TMK madde 2’nin emredici nitelikte maddi hukuk kuralı olduğunu söyleyen yazarlar da bulunmaktadır, bkz; Kavak, **a.g.e.**, s.41.

⁴⁸⁰ Akyol, **a.g.e.**, s.10.

⁴⁸¹ Akyol, **a.g.e.** s.17; Oğuzman, *Dürüstlük Kuralı*, s. 408, Uyar, **a.g.m.**, s.441.

⁴⁸² Ateş, **a.g.m.**, s.82-83.

⁴⁸³ Oğuzman/ Barlas, **a.g.e.**, s.249-250.

⁴⁸⁴ Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 249.

⁴⁸⁵ Akyol, **a.g.e.**, s. 22.

Hakkın kötüye kullanılması yasağının Türk Medeni Kanununun 2. maddesinde düzenlenmesi sebebiyle işbu yasağı, dürüstlük kuralının temel bir yaptırımı olarak açıklayan görüşler bulunmaktadır⁴⁸⁶.

Dürüstlük kuralının, genel olarak kanun hükümlerinin veya var olan hukuksal ilişkilerin yorumlanması ve tamamlanması işlevine sahip olduğu kabul edilmektedir⁴⁸⁷. Hakkın kötüye kullanılması yasağının ise var olan hukuksal ilişkiyi düzeltme ve güveni koruma fonksiyonuna sahip olduğu kabul edilmektedir⁴⁸⁸. Bu ifadelerden anlaşılabacağı üzere iki kurum da genel bir güvenin korunmasını amaçlamakla beraber, farklı işlevlere sahiptir. Bu durumda bir görüşe göre dürüstlük kuralı kanun hükümlerinin yorumlanmasında, hukuksal işlemlerin kurulmasında, değiştirilmesinde, dönüştürülmesinde ve değişen koşullara uygulamasında etkili iken hakkın kötüye kullanılması yasağı ise hukuk kurallarında gerçek olmayan boşlukların⁴⁸⁹ doldurularak uyumsuzluk konusu üzerinde bir uygulama alanı sağlama ve güveni koruma işlevine sahiptir⁴⁹⁰. Bir başka görüşe göre ise dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, aynı ilkenin olumlu ve olumsuz sonuçlarıdır⁴⁹¹. O yüzden ki hakkın kötüye kullanılması yasağının ortaya çıkması durumunda dürüstlük kuralına aykırı bir kullanım da meydana gelmiş olacaktır. Bu görüşe göre, “dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, adeta bir madalyonun iki yüzü gibi birbirine bağlı iki hukuksal kurumdur”⁴⁹². Başka görüşe göre ise dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, birbirini tamamlayan fakat birbirinden farklı iki hukuki kurumu ifade etmektedir⁴⁹³. Bu görüşe göre MK m.2/f.1 hükmünde yer alan dürüstlük kuralı var olan bir hukuki ilişki içerisinde taraflara birbirlerinin

⁴⁸⁶ Akyol, **a.g.e.**, s. 23; Kavak, **a.g.e.**, s.64; Hakkın kötüye kullanılması kuralı Türk Medeni Kanunun aksine Alman Medeni Kanununda dürüstlük kuralından bağımsız bir şekilde ayrı bir normda düzenlenmiştir, Barlas; **a.g.m.**, s.193.

⁴⁸⁷ Kavak, **a.g.e.**, s.133.

⁴⁸⁸ Kavak, **a.g.e.**, s.134.

⁴⁸⁹ Kanunda lafzı ile ruhu bağdaşan, eşdeğerdeki başka bir hükümle çatışmayan ve uygulaması dürüstlük kuralına aykırı sonuç doğurmayan bir hüküm bulunduğu halde, bu hükümde öngörülen çözüm tatminkâr sayılmıyor, beğenilmiyor ve ihtiyaçlara uygun görülüyorsa ortada bir kanun boşluğu olduğu kabul edilmekte, buna da gerçek olmayan boşluk adı verilmektedir; Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s.99-100.

⁴⁹⁰ Gökhan Antalya/ Murat Topuz, **Medeni Hukuk, Giriş- Temel Kavramlar – Başlangıç Hükümleri**, İstanbul, 2017, s.360; Hüseyin Altaş/ Tuğçe Döngül; **Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri**, Ankara, 2014, s.289.

⁴⁹¹ Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s.244.

⁴⁹² Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s.245.

⁴⁹³ Ateş, **a.g.m.**, s.83.

menfaatlerini gözetme yükümlülüğü getirirken, m.2/f.2 hükmünde yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağı ise açıkça adaletsizlik doğuracak bir hakka dayanmayı yasaklamaktadır⁴⁹⁴. Kanaatimizce de dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulama alanları ve sonuçları arasında kesin bir ayrım yapmak mümkün olmadığından birbirine bağlı iki hukuksal kurum olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

II. Önalım Hakkında Dürüstlük Kuralının Uygulama Alanları ve Sonuçları

Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, tüm hakların korunmasında olduğu gibi önalım hakkının oluşma ve kullanma aşamasında da genel bir sınır teşkil etmektedir. Önalım hakkı kullanılırken TBK'nın 240. maddesinde belirtilen satış veya ekonomik bakımından satışa eşdeğer işlemlerin önalım olayı oluşturup oluşturmayacağı konusunda dahi dürüstlük kuralından faydalanılması gerekmektedir⁴⁹⁵.

Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması bizim de katıldığımız görüşe göre bir madalyonun iki yüzü olduğundan çalışmamızda önalımda hakkının dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması sınırlarına birlikte yer vereceğiz.

A. Önalım Hakkının Meydana Gelmesi Sırasında Dürüstlük Kuralının Etkisi

Dürüstlük kuralı, bir hakkın meydana gelmesinde tarafların dikkat etmesi gereken bir hukuk kuralı olmasının yanında, hakkın meydana gelmesi sırasında sözleşmeye yönelik olarak görüşmelere başlayan taraflara; birbirlerine karşı dürüst davranma, sözleşmenin yapılması veya şartlarının tespitine dair kararlarına etki edecek hususlar hakkında birbirlerine bilgi verme ve görüşmeleri dürüst ve ciddi bir tavırla yürütme yükümlülüğü de yüklemektedir⁴⁹⁶. Dürüstlük kuralından kaynaklanan bu esasa “*culpa in contrahendo*” (sözleşme görüşmelerinde kusurlu davranış) sorumluluğu denilmektedir. Bu teori, dürüstlük kuralından kaynaklanan ve içeriği özen ve koruma yükümlülüğünden ibaret bulunan bir borç ilişkisine aykırılık olarak kabul edilmektedir.

⁴⁹⁴Ateş, **a.g.m.**, s.83.

⁴⁹⁵Tekinay, **a.g.e.**, s.44; Şipka, **a.g.e.**, s.170 vd.

⁴⁹⁶Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s.286.

Önalım hakkının kullanılmasının ilk şartı önalım olayının gerçekleşmesidir. Önalım olayı ise temelini satış veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemlerden almaktadır. Tüm hukuki işlemlerde olduğu gibi önalım olayında da “*culpa in contrahendo*” (sözleşme görüşmelerinde kusurlu davranış) sorumluluğu geçerli olmalıdır. Dolayısıyla önalım hakkı kullanılmadan önce, önalım hakkının meydana gelmesi sırasında da dürüstlük kuralı; üst bir prensip olarak var olması gereken temel bir ilkedir. Önalım olayına temel teşkil eden sözleşmenin kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşı karşıya kalması halinde ve önalım hakkı sahibi, hakkını kullandıktan sonra; sözleşmenin taraflarınca bu hükümsüzlüğün bilinmesine rağmen ileri sürülmesinde hakkın açıkça kötüye kullanılması durumunun varlığı nedeniyle kesin hükümsüzlük iddiası dikkate alınmamakta olup bu durum, önalım olayının meydana gelmesi sırasında var olması gereken dürüstlük kuralına örnek verilebilir⁴⁹⁷.

Önalım hakkı kullanılmadan önce hakkın meydana gelmesi sırasında dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden bir durumun olup olmadığı her somut olayın özelliklerine göre ayrı ayrı değerlendirilecektir. Bunun haricinde önalım hakkı sahibinin satıcı paydaş ile alıcı arasında payın satılması yönünde aracılık etmesi, tanıklık etmesi, kendi payını da satmak isteyerek ve hatta bunun için pey akçesi alması⁴⁹⁸ veya paylı mülkiyete konu taşınmazın oybirliği ile satımına katılması⁴⁹⁹ ve tüm bunlara rağmen önalım hakkını kullanmak istemesi durumunda; önalım hakkı meydana geldiği sırada dürüstlük kuralına aykırı bir durum bulunduğundan TMK. md. 2/II’ye göre hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlali söz konusu olmaktadır⁵⁰⁰.

B. Önalım Hakkının Kullanılması Sırasında Dürüstlük Kuralının Etkisi

Dürüstlük kuralına uyma zorunluluğu diğer bütün hakların kullanımında olduğu gibi önalım hakkının kullanılmasında da riayet edilmesi gereken kurallardandır. Dolayısıyla önalım hakkının dürüstlük kuralına aykırı kullanımı, hukuk düzeni tarafından korunmayacaktır. Yargıtay, içtihatlarında dürüstlük kuralına aykırılık halinde önalım hakkının kullanılamayacağını kabul etmektedir. Hakkın kötüye

⁴⁹⁷ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.181.

⁴⁹⁸ Şıpka, **a.g.e.**, s.173, Tekinay, **a.g.e.**, s.65.

⁴⁹⁹ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.617; Ayan, **a.g.m.**, s. 345; Tekinay, **a.g.e.**, s. 43.

⁵⁰⁰ Erkan, **a.g.m.**, s.112.

kullanılması hali ise uygulamada yasal önalım hakkı bakımından “yaratılan güvene aykırı davranış” veya “çelişkili davranma yasağı” şeklinde görülmektedir⁵⁰¹.

Yargıtay, önalım hakkının kullanılırken bazı durumların hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmeyeceğini açıkça düzenlemiştir. Örneğin, aleni ihtiyari artırmaya katılan paydaşın sonradan önalım hakkını kullanmak istemesi⁵⁰², satış tarihinden önce önalım konusu pay davacıya teklif edilmiş olduğu halde paydaşın sonradan önalım hakkını kullanmak istemesi⁵⁰³, davacıların ihaleye katılmayıp sonradan önalım haklarını kullanmak istemesi, kanuni önalım hakkının kullanılmasında davacının önceden taşınmaza tek başına malik olması⁵⁰⁴ gibi durumlarda dürüstlük kuralına aykırılık ve hakkın kötüye kullanılması yasağı ihlali savunmasının dinlenilmeyeceği kabul edilmiştir⁵⁰⁵.

Önalım hakkının dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı kullanımı durumunda buna ilişkin savunma, karşı tarafça bir def’i olarak ileri sürülebileceği gibi hâkim tarafından da re’sen araştırılır.

Önalım hakkının kullanılması sırasında dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden durumlar, Türk Medeni Kanununda açıkça belirtilmemiştir. Bu durumlar, doktrin ve yargı içtihatlarıyla şekillenerek önalım hakkının kullanılmasını sınırlayan hallerden biri olarak yer almaktadır. Dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden ve açıkça hakkın kötüye kullanıldığı bir hukuki işlem, hukuk düzeni tarafından korunamaz. Bu doğrultuda önalım hakkının kullanılması sırasında da dürüstlük kuralına açıkça bir aykırılık olması durumunda önalım hakkı kullanılamayacaktır. Bu sınırlama hali genel olarak yargı içtihatlarıyla şekillendiği için her somut olayın özelliğine göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

Her ne kadar dürüstlük kuralına aykırı kullanım halinin hukuk düzenince korunmaması gerektiği temel bir ilke olarak yer alsa da her somut olayda dürüstlük kuralına aykırı bir kullanım hali olup olmadığı titizlikle incelenmelidir. Aksi halde

⁵⁰¹Şipka, **a.g.e.**, s.171; Çelişkili davranma yasağı, kişinin önceki davranışı ile çelişmesinin bir başka şahsa zarar vermesi ve onun durumunu ağırlaştırması ve karşı tarafta uyandırılmış haklı güvene aykırı olması durumunda hukukun bu durumu yaptırıma bağladığı hukuk ilkesi olarak kabul edilmektedir; Şener Akyol, **Medeni Hukukta Çelişki Yasağı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s.1 vd.

⁵⁰²Yıldız, **a.g.e.**, s.164, YİBK 09/03/1955 T., 1954/27 E., 1955/3 K..

⁵⁰³Yıldız, **a.g.e.**, s.166, YHGK 10/10/2001 T., 2001/6-698 E., 2001/703 K..

⁵⁰⁴Yıldız, **a.g.e.**, s.168, Yargıtay 6. HD. 04/03/2003 T., 2003/554 E., 2003/1104 K..

⁵⁰⁵Yıldız, **a.g.e.**, s.169, Yargıtay 6. HD., 24/09/2001 T., 2001/6740 E., 2001/6999 K..

kanunun çizdiği sınırlar net olarak belirlenmediği için yargı kararlarında makul olmayan ve çelişkili durumlar yaratan sonuçlar doğabilecek ve hukuk güvenliği ilkesi ihlal edilecektir.

Yargıtay önalım, özellikle paylı mülkiyetten doğan önalım hakkında paydaşlar arasında fiili taksim olması, paydaşın yasal temsilci olarak sattığı taşınmazda daha sonra önalım hakkını kullanmak istemesi gibi durumlarda dürüstlük kuralının dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Fakat aşağıda inceleyeceğimiz gibi önalım hakkında dürüstlük kuralına aykırılık hali, söz konusu durumlarla sınırlı değildir.

1.Fiili Taksim

Kanundan doğan önalım hakkının kullanılmasının en temel şartı, önalım hakkı sahibi ile diğer pay sahibinin arasında paylı mülkiyet ilişkisinin bulunmasıdır. Paylı mülkiyet ilişkisi, doğrudan doğruya kanun gereği kurulabileceği gibi aynı zamanda bir hukuki işlem ile veya mahkeme kararı ile kurulabilecektir⁵⁰⁶. Paylı mülkiyet ilişkisi; bir veya birkaç paydaş tarafından payın temliki, paydan vazgeçme, paydaşlardan birinin müşterek mülkiyetten çıkarılması sonucunda ortadan kalkabileceği gibi bütün paydaşlar bakımından müşterek mülkiyet konusu malın temliki, terki, yok olması, kamulaştırılması veya taksimi sonucunda da sona ermektedir⁵⁰⁷. Taksim yoluyla paylı mülkiyetin sona ermesi hali, tüm paydaşların anlaşması yani “rızaî taksim” veya mahkeme kararıyla başka bir ifadeyle “kazaî taksim” yoluyla olmaktadır. Paylı mülkiyet sahipleri paylı mülkiyet ilişkisinin sona erdirilmesini, ortaklığın giderilmesine dair açtıkları bir dava sonucu sağlayabileceği gibi kendi aralarında tüm paydaşların rızasının alınması suretiyle rızai taksim yoluyla da gerçekleştirebilirler. Paylı mülkiyet ilişkisinin rızai taksim yoluyla sonlanması için öncelikle taraflar arasında yazılı olarak ve tapuda resmi bir biçimde yapılmış bir taksim sözleşmesinin varlığı gerekmektedir⁵⁰⁸. Paylı mülkiyet ilişkisinin bu hallerden biri neticesinde son bulması durumunda kanundan doğan önalım hakkı var olamayacaktır. Taraflar arasında ortaklığın giderilmesi davası açılması durumunda ise ortada devam eden bir paylı mülkiyet ilişkisi olmadığı için yine kanundan doğan önalım hakkı söz konusu

⁵⁰⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s.349.

⁵⁰⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s.375 vd.

⁵⁰⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s.377 vd.

olmayacaktır. Fiili taksim ise paylı mülkiyet ilişkisini sona erdiren bir hal olarak yer almamaktadır.

Fiili taksim ile ilgili kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır⁵⁰⁹. Fiili taksim konusu, özellikle Yargıtay içtihatları ile önalım hakkının sınırı olarak yer alan hukuki bir kurumdur. Yargıtay, taşınmazın paydaşların kendi arasında fiili olarak taksim edilerek kullanılması durumunda fiili taksime herhangi bir itirazı bulunmayan paydaşın önalım hakkını kullanmak istemesini dürüstlük kuralına aykırı bir istem olacağından fiili taksimin varlığı halinde önalım hakkının kullanılmayacağını kabul etmektedir. Kanunda fiili taksim durumunda önalım hakkına kullanımın etkisi de düzenlenmemiş, tüm bunlar yargı kararlarıyla şekillenmiştir.

Yargıtay, kararlarında fiili taksimi, yasal önalım hakkına konu payın ilişkin bulunduğu taşınmazın paydaşlarınca özel olarak kendi aralarında taksim edilmesi ve her bir paydaşın belirli bir kısmı kullanması durumu olarak tanımlamıştır. Yargıtay paylı mülkiyet ilişkisinin fiilen sona erdiği fakat resmi olarak devam ettiği fiili taksim durumunu, paylı mülkiyet ilişkisinin sona ermesi olarak yorumlayarak paydaşlardan birinin yasal önalım hakkını kullanmasını hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirerek önalım hakkının kullanılmasına izin vermemektedir⁵¹⁰. Bu durumda özellikle tarafların taşınmazı fiili olarak kendi aralarında taksim ettikleri, taşınmaz üzerinde kullandıkları alanların belirli olduğu ve bu kullanım söz konusu iken tarafların herhangi bir itirazda bulunmadığı vurgulanmaktadır. Bu durumda taraflar, taşınmazlarını eylemli olarak kendi aralarında paylaştıklarından dolayı kendi paylarında özgürce tasarruf edebileceklerdir. Bu sebeple taraflardan birinin kendi payını üçüncü bir kişiye satması halinde fiili taksime itiraz etmemiş tarafın, paydan tasarruf etme hakkı kalmadığından önalım hakkını kullanmak istemesi, fiili taksim hali ile çelişkili davranış yasağı oluşturduğundan ve hakkın kötüye kullanılması hali sayılacağından önalım hakkının kullanılması Yargıtay tarafından kabul edilmemektedir. Yargıtay'ın fiili taksim tanımında, paylı mülkiyet ilişkisi içerisindeki paydaşların taşınmaz üzerinde hangi alanı kullanacağı kısımların belirli olmasından dolayı bu durum, zımni olarak paylı mülkiyet ilişkisinin sonlanması olarak

⁵⁰⁹ Tunaboylu, **a.g.e.**, s.440 vd.

⁵¹⁰ Özdek fiili olarak taksim yapılmış olmasını ancak paylı mülkiyet ilişkisini sonlandıran taksim haline bir hazırlık olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır., Özdek, **a.g.m.**, s.361.

anlaşılmaktadır. O yüzden ki taşınmaz üzerinde kullanacağı alanı belirli olan ve bu duruma herhangi bir itirazı olmadan bu şekilde kullanmaya devam eden paydaşın, önalım hakkını kullanmak istemesi, daha önceki kullanım şekliyle çelişkili bir hareket olarak görülmektedir. Bu husus, hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmekte ve bu şekildeki bir durum, tarafların arasındaki zımni iradeye ve ahde vefa ilkesine aykırılık olarak değerlendirilmektedir. Sonuç olarak böyle hareket eden bir paydaşın da dürüstlük kuralı gereğince önalım hakkını kullanması engellenmektedir.

a.Fiili Taksimin Görünüm Şekilleri

Fiili taksim, yukarıda tanımladığımız üzere paylı mülkiyete sahip taşınmazlarda paydaşların yazılı bir anlaşma olmadan dahi taşınmaz üzerinde kullanabilecekleri veya kullandıkları alanların olması ve bu kullanım şekline diğer paydaşlar tarafından itiraz edilmemesidir. Fiili taksim bir anlamda tarafların zımni olarak paylı mülkiyet haline kendi iradeleriyle son vermesi durumudur. Konumuz gereğince biz fiili taksimin önalım hakkının kullanılma sırasındaki görünüm şeklini detaylı olarak incelemiş bulunmaktayız. Fakat fiili taksim önalım hakkının yanı sıra özellikle paylı mülkiyetin kullanımı ve sonlandırılması sebebiyle ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda da söz konusu olabilmektedir.

(1) El Atmanın Önlenmesi Davalarında Fiili Taksim

A. Genel Olarak

El atmanın önlenmesi davaları, mülkiyet hakkının korunması amacıyla getirilen davalardır. Bu davalarda malikin zilyetliğine ve bundan dolayı mülkiyet hakkına karşı yapılan devam eden saldırının önlenmesi sağlanmaktadır⁵¹¹. Bu davalarda amaç, taraflardan birinin diğer tarafın mülkiyet hakkına dair bir tecavüzünün önlenmesini sağlamak ve kişinin malik olduğu eşyadan tam olarak faydalanmasını sağlamaktır. El atmanın önlenmesi davası; malike, mülkiyet hakkından doğan yetkilerini kullanmasının haksız olarak güçleştirildiği hallerde bu el atmaya karşı kendisini koruma imkânı vermektedir⁵¹². Mülkiyet hakkı kişiye, eşya üzerinde tam bir faydalanma hakkı sağlamaktır. Aynı bir hak olan mülkiyet hakkına ilişkin sınırlamalara

⁵¹¹ Oğuzman/ Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s.321; Ayan, **Mülkiyet**, s.144.

⁵¹² Oğuzman/ Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s.321; Gürsoy/ Eren/ Cansel, **a.g.e.**, s.365; Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s.197, Eren, **Mülkiyet**, s. 43.

malik, her zaman ve her kişiye karşı itiraz edebilecektir. El atmanın önlenmesi davaları ise kaynağını aynı hak olan mülkiyet hakkından aldığı için bir süreye tabi değildir. Haksız el atma devam ettiği sürece bunun sona erdirilmesi talep edilebilir⁵¹³. El atmanın haksız olması gerekir ancak malik el atmaya katlanma yükümlülüğünde ise bu durumda haksız bir el atmanın varlığından söz edilemeyecektir⁵¹⁴. El atmanın önlenmesi davalarında davacının zararının meydana gelmesi veya davalının kusurunun olması gerekmemektedir⁵¹⁵.

B. Paylı Mülkiyet Halindeki Taşınmazlarda El Atmanın Önlenmesi

Paylı mülkiyet, kanunda birlikte mülkiyet hallerinden biri olarak düzenlenmiştir. TMK m.688 “paylı mülkiyette birden çok kimse maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktirler”, hükmü ile paylı mülkiyeti belirlemiştir. Paylı mülkiyet, bir eşya üzerindeki mülkiyet hakkının, paylı olarak birden çok kişiye ait olması olarak tanımlanmaktadır⁵¹⁶. Paylı mülkiyet bir anlamda tarafların taşınmaz üzerinde hisseleri belirli şekilde malik olma halidir. Fiili taksim ise taşınmaz üzerinde paydaşların kendi aralarında anlaşarak özel olarak kullanacakları yerlerinin belirli olmasıdır. Paylı mülkiyete tabi taşınmazlarda paydaşların kullanacakları özel alanlarının belirli olması durumunda paydaşların, bu kısımları üzerinde serbestçe tasarruf etmelerinin mümkün olup olmadığı hususu gündeme gelecektir. Bu durum özellikle el atmanın önlenmesi davalarında söz konusu olabilmektedir. Paylı mülkiyet halinde de taraflar, malik oldukları taşınmazdan yararlanmalarını engelleyecek her türlü duruma ilişkin itirazlarını dile getirebilmektedirler. Her paydaş kendi payı için, diğer paydaşlara ve üçüncü kişilere karşı el atmanın önlenmesi davası açabilmektedir⁵¹⁷. Bu davada, davacının payı oranında el atmanın önlenmesine karar verilebilecektir. Fakat davalı paydaşın taşınmazı kullanımını tamamen engelleyecek şekilde karar verilemez⁵¹⁸. Hemen belirtmek gerekir ki paylı mülkiyette, taşınmazdan

⁵¹³ Nomer/ Ergüne, **a.g.e.**, s.199, Ayan, **Mülkiyet**, s.151.

⁵¹⁴ Oğuzman/ Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s.323, Davalının aynı veya şahsi hakka sahip olması (örnek olarak intifa, geçit hakkı, kira) yahut kamu hukukundan doğan bir yetkiyi kullanması, el atmayı haksız olmaktan çıkarmaktadır; Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s.198.

⁵¹⁵ Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s. 198, Eren, **Mülkiyet**, s.43.

⁵¹⁶ TMK m..688; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 400-401; Nomer/ Ergüne; **a.g.e.**, s.213, Ayan, **Mülkiyet**, s.58 vd., Eren, **Mülkiyet**, s.85 vd.

⁵¹⁷ Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s.199, Ayan, **Mülkiyet**, s.147.

⁵¹⁸ Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s.225.

yararlanamayan paydaş, engel olan öteki paydaş veya paydaşlardan payına vaki el atmanın önlenmesini her zaman isteyebilir. Ancak o paydaşın, payına karşılık çekişmesiz olarak kullandığı bir kısım yer varsa açacağı el atmanın önlenmesi davasının dinlenme olanağı yoktur. Yerleşmiş Yargıtay içtihatlarına ve aynı doğrultudaki doktrin görüşlerine göre payından az yer kullandığını ileri süren paydaşın, sorununu el atmanın önlenmesi davası ile değil kesin sonuç getiren taksim veya ortaklığın satış yoluyla giderilmesi davası açmak suretiyle çözümlemesi gerekmektedir⁵¹⁹.

Yargıtay birçok kararında “4721 s. Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 706., Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 237., Borçlar Kanunu'nun (BK) 213.), Tapu Kanunu'nun 26. maddeleri hilafına tapulu taşınmazlarda harici veya fiili taksim ile payların mülkiyeti ana taşınmazdan ayıramaz. Ne var ki taşınmazın kullanma biçimi tüm paydaşlar arasında varılan bir anlaşma ile belirlenmiş ya da fiili bir kullanma biçimi oluşmuş, uzun süre paydaşlar bu durumu benimsemişlerse kayıta paylı, eylemsel olarak (fiilen) bağımsız bu oluşumun tapuda yapılacak resmi taksime veya ortaklığın satış suretiyle giderilmesine yahut o yerde bir imar uygulaması yapılmasına kadar korunması, "ahde vefa" kuralının yanında TMK'nin 2. maddesinde düzenlenen iyi niyet kuralının da bir gereğidir. Aksi halde pek çok kimse zarar görecektir toplum düzeni ve barışı bozulacaktır” şeklinde belirtmektedir⁵²⁰. Bu durumda Yargıtay’a göre, genel olarak paydaşlar arasındaki el atmanın önlenmesi davalarında öncelikle tüm paydaşları bağlayan harici bir taksim sözleşmesi ve özel bir parselasyon planının olup olmadığı veya fiili kullanma biçiminin oluşup oluşmadığı üzerinde özenle durulmalı, varsa çekişmeli yerin kimin kullanımına terk edildiği saptanmalı, harici veya fiili taksim yoksa TMK'nin müşterek mülkiyet hükümlerine göre çözümlenmelidir. Bu kararlardan da açıkça anlaşılacağı üzere paylı mülkiyet halindeki taşınmazlarda paydaşların taşınmaz üzerinde fiili olarak anlaşmaları neticesinde kullanacakları bir alan varsa o alan üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek olup bu tasarrufa ilişkin açılmış bir dava dürüstlük kuralı gereğince dinlenemeyecektir. Paydaşlar arasında taşınmaz üzerinde

⁵¹⁹ Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 01.06.2022 T., 2021/4487 E., 2022/3960 K.; Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 23.05.2022 T., 2021/3989 E., 2022/3630 K.; Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 22.12.2021 T., 2021/15288 E., 2021/12774 K.; Yargıtay 1. Hukuk Dairesi 11.03.2021 T., 2019/4019 E., 2021/1402 K, [uyap | ulusal yargı ağı bilişim sistemi](#)., Erişim Tarihi: 15.12.2022.

⁵²⁰ Ayan, Mülkiyet, s. 147, dn.552.

fiili olarak bir kullanım biçimi belirlenmiş ise ve bu kullanım şekline tarafların itirazları söz konusu değilse paydaş, kullandığı alanı dilediği şekilde üçüncü bir kişinin kullanımına sunabilecektir. Bu durumda paydaşlardan biri o pay üzerinde el atmanın önlenmesi davası açtığı takdirde dürüstlük kuralığı gereğince bu dava kabul edilemeyecektir. Bu durumda da taraflar zeminde fiili olarak kullanım olduğunu yapılacak keşif ve keşif mahallinde dinlenen tanıklarla ispat edebileceklerdir.

C. Elbirliği Mülkiyet Halindeki Taşınmazlarda El Atmanın Önlenmesi

TMK m.701/1 uyarınca kanun veya kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk dolayısıyla mallara birlikte malik olanların mülkiyetine elbirliği mülkiyeti denilmektedir. Elbirliği mülkiyeti; paylı mülkiyet halinden farklı olarak belirli bir mal üzerinde hak sahipliği olduğu için değil, başka özel bir sebep (mirasçı olma, adi ortaklık; evlenme vs) dolayısıyla doğmaktadır⁵²¹. TMK m.702/2 gereğince kanunda veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça elbirliği mülkiyet halindeki eşyalar üzerinde yönetim ve tasarruf işlemleri için ortakların oybirliği ile karar vermeleri gerekir. Elbirliği mülkiyetinde dahi paydaşlardan biri; öteki paydaşların olurlarını almadan veya miras şirketine temsilci atanmadan, tek başına, ortak taşınmazdan yararlanmasına engel olan ortaklar aleyhine elatmanın önlenmesi davası açabilir. Dava, ortaklardan biri tarafından açıldığı takdirde diğer ortaklar davanın olumlu sonuçlarından yararlanırlar; olumsuz sonuçlarından ise etkilenmezler⁵²². Elbirliği mülkiyetinin söz konusu olduğu mallarda açılacak el atmanın önlenmesi davası bakımından ortaklar arasında oybirliğini gerektirecek, ortaklığa ait malvarlığına ilişkin herhangi bir tasarruf söz konusu olmamaktadır⁵²³. Bu nedenlerle elbirliği ortaklıklarında ortaklardan biri, üçüncü kişiye karşı el atmanın önlenmesi davası açabileceği gibi davaya devam edilebilmesi için diğer ortakların rıza göstermesi veya

⁵²¹ Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s.248, Eren, **Mülkiyet**, s.128.

⁵²² Bu hususun TMK m.702/4 ; “Ortaklardan her biri, topluluğa giren hakların korunmasını sağlayabilir. Bu korumadan bütün ortaklar yararlanır”. Kapsamında değerlendirilmesi gerektiği konusunda bkz. Pakize Ezgi Akbulut; Elbirliği Mülkiyeti Çerçevesinde El Atmanın Önlenmesi Davası ve Ecrimisil Tazminatı Talebi (Özellikle Miras Ortaklığı Halinde), **LHD** - Cilt: 16/Sayı: 181/Yıl: 2018, s. 69-102; s.80 vd. ve ayrıca bkz “Ortakların hepsi birlikte maliktirler. Bu itibarla iştirak halinde mülkiyet durumunda olan bir taşınmaza üçüncü bir kişi tarafından el atılması halinde bir ortağın MK.nun 618. maddesine dayanarak dava açması mümkün ise de bunu sürdürebilmesi, diğer ortakların muvafakatını almak veya terekeye bir mümessil atanmasını sağlaması ile mümkün olacaktır”. İBK T. 11.10.1982, E. 1982/3, K. 1982/2..

⁵²³ Akbulut, **a.g.m.**, s.86 .

göstermezlerse ortaklığa temsilci atanmasına da gerek bulunmamaktadır⁵²⁴. Elbirliği mülkiyete sahip taşınmazlarda ortaklardan birinin 3.bir kişiye el atmanın önlenmesi davası açabileceği gibi taraflardan birinin kullanımına ilişkin olarak da ortaklardan birine karşı el atmanın önlenmesi davası açılabilir. Bu durumda davacı ortağın, diğer ortakların onayını almasına ihtiyacı yoktur. Yargıtay’ın bu tür davalardaki uygulaması, öncelikle ortaklar arasında harici bir taksim sözleşmesinin bulunup bulunmadığının anlaşılması, eğer bu yoksa aralarında kullanıma ilişkin bir anlaşmanın veya fiili bir kullanma biçiminin olup olmadığının tespit edilmesi yönündedir. Ayrıca davacının çekişmesiz olarak kullandığı bir taşınmaz (veya taşınmaz kısmı) varsa bu halde uygulamada davacı ortağın açtığı el atmanın önlenmesi davası kabul edilmemekte ve ortaklığın giderilmesi davasının açılması gerektiğine hükmedilmektedir. Yargıtay bu konuda kararlarında sık sık “*Hatta elbirliği mülkiyetinde dahi paydaşlardan biri öteki paydaşların olurlarını almadan veya miras şirketine temsilci atanmadan tek başına ortak taşınmazdan yararlanmasına engel olan ortaklar aleyhine el atmanın önlenmesi davası açabilir. Ancak, o paydaşın, payına karşılık çekişmesiz olarak kullandığı bir kısım yer varsa açacağı el atmanın önlenmesi davasının dinlenme olanağı yoktur. Yerleşmiş Yargıtay içtihatlarına ve aynı doğrultudaki bilimsel görüşlere göre, payından az yer kullandığını ileri süren paydaşın sorununu el atmanın önlenmesi davası ile değil, kesin sonuç getiren taksim veya ortaklığın satış yoluyla giderilmesi davası açmak suretiyle çözümlemesi gerekmektedir.*” şeklinde belirtmektedir⁵²⁵. Görüldüğü üzere Yargıtay elbirliği mülkiyetine sahip taşınmazlarda ortaklardan birinin diğer ortağa karşı el atmanın

⁵²⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s.401; Eren, 134; Dural/Öz, n. 1880. Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s.261 Aksi görüşte: Sirmen, 305, dn. 224; Ayan, 148. Anılan son yazar sadece gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, hak kaybına uğramamak için ortaklardan birinin tek başına el atmanın önlenmesi davasını açabileceğini kabul etmektedir. Sirmen ise hakkın tartışıl madığı zilyetlik davalarının ortaklardan birinin tek başına açıp, davaya devam edebileceği; buna karşılık bir hakkın tartışıldığı istihkak ve el atmanın önlenmesi davaları bakımından 1982 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı’nın uygulanmasını gerektiği görüşündedir. Bunun yanında yazar ortakların birlikte hareket etme ilkesinin, ortaklardan bir kısmı için zararlı olacağı hallerde artık bu ilkenin uygulanmasının amaca aykırı olacağını belirtmektedir. Ayrıntılı tartışma için bkz: Akbulut, **a.g.m.** s. 86 vd.

⁵²⁵ Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 01.06.2022 T., 2021/4487 E., 2022/3960 K.; Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 23.05.2022 T., 2021/3989 E., 2022/3630 K., Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 22.12.2021 T., 2021/15288 E., 2021/12774 K.; Yargıtay 1. Hukuk Dairesi 11.03.2021 T., 2019/4019 E., 2021/1402 K., [uyap | ulusal yargı ağı bilişim sistemi](#), Erişim Tarihi: 15.12.2022.

önlenmesi davasının açılması durumlarında fiili taksim var ise dürüstlük kuralı gereğince bu davaların dinlenemeyeceğini kabul etmektedir.

(2) Ortaklığın Giderilmesi Davalarında Fiili Taksim

Ortaklığın giderilmesi kavramı genel olarak birlikte mülkiyetin sona erdirilmesi ve kapsamda açılacak davaların adlandırılmasında kullanılmaktadır ⁵²⁶ . Ortaklığın giderilmesi davalarında amaç, paylı mülkiyet veya elbirliği mülkiyet halinde bulunan taşınmazlarda bu ortaklığının sonlandırılmasıdır. Ortaklığın giderilmesi ya paydaşların oybirliği ile yapacağı sözleşme ile veya mahkeme kararıyla yapılır. TMK m.698/1’de paylı mülkiyet halindeki taşınmazın hukukî bir işlem gereğince veya paylı malın sürekli bir amaca özgülenmiş olması sebebiyle paylı mülkiyeti devam ettirme yükümlülüğü bulunmadıkça, paydaşlardan her biri malın paylaşılmasını istenebileceği hüküm altına alınmıştır. Taraflar arasında yapılacak olan paylaşma, aralarında yapılan bir anlaşmaya dayanıyorsa bu anlaşmanın yazılı olması gerekmektedir. Fakat bu anlaşma zamanla oluşan fiili kullanma biçimine dayanıyorsa tapu kütüğüne verilmiş bir şerh bulunmasa da TMK m.2 gereğince bu anlaşmanın tarafları (cüz’i halefleri) bağlaması gerektiği Yargıtay⁵²⁷ tarafından savunulmakta olup bu paylaşmaya aykırı

⁵²⁶ Önder Topal, *Medeni Yargılama Hukuku Bağlamında Ortaklığın Giderilmesi Davası*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2020, s.1. bu konudaki kavram tartışmaları için bkz., **a.g.e.**, s. 3 vd .

⁵²⁷ “Öte yandan, yurdumuzda sosyo-ekonomik nedenlerle kırsal kesimlerden kentlere yönelen aşırı akım ve nüfus çoğalması, büyük mesken ve işyeri ihtiyacı nedeniyle oluşan hızlı yapılaşma karşısında görevli mercilerin aciz kalmaları veya çeşitli nedenlerle göz yummaları sonucu izinsiz, ruhsatsız, resmi kayıtlara bağlanmayan büyük yerleşim alanları oluştuğu, bu arada paylı taşınmazların tapuda resmi ifrazları yapılmadan paydaşlar arasında haricen veya fiilen taksim edilip üzerlerine büyük mahalleler hatta beldeler kurulduğu bir gerçektir. Türk Medeni Kanununun (TMK) 706, Türk Borçlar Kanununun (TBK) 237 ve Tapu Kanununun 26. maddeleri hilafına tapulu taşınmazlarda harici veya fiili taksim ile payların mülkiyeti ana taşınmazdan ayrılamaz ise de, taşınmazın kullanma biçimi tüm paydaşlar arasında varılan bir anlaşma ile belirlenmiş ya da fiili bir kullanma biçimi oluşmuş, uzun süre paydaşlar bu durumu benimsemişlerse kayıta paylı, eylemsel olarak (fiilen) bağımsız bu oluşumun tapuda yapılacak resmi taksime veya şüyunun satış suretiyle giderilmesine yahut o yerde bir imar uygulaması yapılmasına kadar korunması "ahde vefa" kuralının yanında TMK'nun 2. maddesinde düzenlenen iyi niyet kuralının da bir gereğidir. Aksi halde pek çok kimse zarar görecektir, toplum düzeni ve barışı bozulacaktır.” Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 07.06.2022 T., 2021/4132 E., 2022/4101 K.sayıli ilamı uyp.gov.tr erişim tarihi 13.12.2022; “Ortaklar, TMK'nın 702/2 nci maddesine göre kendi aralarında oybirliğiyle anlaşarak taşınmazın kullanım şeklini belirleyebilirler. Böyle bir kullanım şekli sözleşmeyle kararlaştırılabileceği gibi eylemli olarak da oluşabilir. Taşınmazda eylemli (fiili) bir kullanma biçimi oluşmuş ve ortaklar uzun süre bu durumu benimsemişlerse, bu oluşumun tapuda yapılacak resmi taksime veya ortaklığın satış suretiyle giderilmesine yahut o yerde bir imar uygulaması yapılmasına kadar korunması "ahde vefa" kuralının yanında TMK'nın 2 nci maddesinde düzenlene iyiniyet kuralının da bir gereğidir. Ancak oluşan fiili kullanım şeklinin hukuken korunabilmesi için her bir ortağın kullandığı yerin zeminde belli olması ve bu durumun uzun yıllar boyunca devam etmesi gerekir.” Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 23.05.2022 T., 2021/4441 E., 2022/3649 K. Sayılı ilamı.

bir paylaşım şekli istenilmemelidir⁵²⁸. TMK m.699/2’de ise paylaşma biçiminde uyuşma sağlanamazsa, paydaşlardan birinin istemi üzerine hâkim, malın aynen bölünerek paylaştırılmasına, bölünen parçaların değerlerinin birbirine denk düşmemesi hâlinde eksik değerdeki parçaya para eklenerek denkleştirme sağlanmasına karar verileceği belirtilerek bu durumda ortaklığın giderilmesi davası açılabileceği vurgulanmıştır. Elbirliği mülkiyet halinde ise miras ortaklığı durumunda ortaklar, ortaklığın paylı mülkiyete çevrilmesi ile ortaklığın giderilmesi ile talep edilebilmektedir⁵²⁹. Paydaşlardan her biri satış veya aynen taksim yoluyla veya kat mülkiyetine çevirme yoluyla ortaklığın giderilmesini talep edebileceklerdir. Kat mülkiyetine çevirme yoluyla ortaklığın giderilmesi talep edildiğinde öncelikle buna elverişli bir taşınmaz olup olmadığına ve taraflar arasında her bir tarafa bir bağımsız bölüm düşecek şekilde bir anlaşma olup olmadığına bakılır. Taraflar arasında bir anlaşma yoksa buna uygun bir fiili taksim olup olmadığı incelenmelidir. Bu durumda da diğer paydaşların rızası bulunması gerekir. Tarafların aralarında uzun zamandır fiili taksim bulunması ve tarafların bu duruma itiraz etmemiş oldukları halde sebepsiz yere bu paylaşma rıza göstermemesi halinde hakkın kötüye kullanılması gereğince rıza olmadığına ilişkin savunmanın dinlenmemesi gerekmektedir⁵³⁰. Fakat ortaklığın giderilmesi davalarında sadece taraflar arasında fiili taksim olması durumunda dava, bu sebeple münhasıran reddedilemeyecektir⁵³¹.

b. Fiili Taksimin Unsurları

Yargıtay HGK, 28.02.2018 Tarih, 2017/14-1761 Esas, 2018/407 Karar sayılı kararında ve süregelen içtihatlarında fiili taksimi, yasal ön alım hakkına konu payın ilişkin bulunduğu taşınmazın paydaşlarınca özel olarak kendi aralarında taksim edilmesi ve her bir paydaşın belirli bir kısmı kullanması durumu olarak tanımlamıştır. Yargıtay genel olarak taşınmaz üzerinde önalım hakkı sahibi her paydaşın kendi

⁵²⁸ Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s. 243; dn.223, Ayan, **Mülkiyet**, s.134 vd.

⁵²⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s.402 vd, buna ilişkin hükümler paylı mülkiyet hükümlerine tabidir. Ayan, **Mülkiyet**, s.134 vd.

⁵³⁰ Gözde Edalı, Ortaklığın Giderilmesi Davası, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Antalya, 2018, s.40 dipnot 161.

⁵³¹ Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 27.09.2022 T., 2022/1697 E., 2022/5542 K. Sayılı ilamda davacılar ortaklığın giderilmesini talep ederken davalı ise fiili taksim bulunduğundan ortaklığın giderilmesi davasının reddedilmesini talep etmiştir. Yargıtay ise söz konusu ilamda fiili taksim savunmasını dinlemeyerek ortaklığın satış yoluyla giderilmesinin talebini uygun bulmuştur.

kullanımı için yer olması durumunda fiili taksimin varlığını kabul ederek önalım hakkının kullanımını sınırlandırmıştır. Yargıtay kararlarından yola çıkarak fiili taksimin üç unsuru olduğunu söyleyebiliriz. Bunlardan ilki, payın ilişkin bulunduğu bir taşınmaz olmasıdır. İkincisi, taşınmazın paylı mülkiyet sahibi paydaşların aralarında taksim edilmesidir. Üçüncüsü ise taşınmazın taksimi sonucunda ortaya çıkan bölümlerin paydaşlara özgülenmiş olmasıdır⁵³². Fiili taksimin varlığı halinde ancak kanundan doğan önalım hakkı, dürüstlük kuralı gereğince sınırlanabilecektir. Sözleşmeden doğan önalım hakkı için ise sözleşmenin nisbiliği ve serbestliği ilkeleri gereğince böyle bir sınırlama söz konusu olamayacaktır.

(1). Paylı Mülkiyete Tabi Bir Taşınmazın Olması

Önalım hakkının bir sınırı olarak yer alan fiili taksimin kabul edilebilmesi için öncelikle paylı mülkiyet ilişkisi içeren bir taşınmaz bulunmalıdır. Tarafların elbirliği mülkiyet halinde malik olduğu taşınmazlarda taraflar arasında pay ilişkisi olmayacağı için pay devri de mümkün olmayacağından önalım hakkı da söz konusu olamaz.

Kat Mülkiyeti Kanunu'nun (KMK) 8. maddesinin birinci fıkrası gereğince, üzerinde kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmuş taşınmazlarda da, kat irtifakının bağlandığı arsa payının veya bağımsız bölüm mülkiyetinin devri halinde, diğer kat irtifakı sahiplerinin veya bağımsız bölüm maliklerinin yasal önalım hakkı bulunmamaktadır. Buna karşılık, bizzat bağımsız bölümün paylı mülkiyete tâbi olması ve paydaşlardan birinin payını üçüncü bir kişiye satması halinde diğer paydaşlar, yasal önalım hakkını kullanabilirler (KMK 8/II)

(2). Taşınmazın Paydaşlarca Taksim Edilmiş Olması

Fiili taksimin kabul edilebilmesi için bir diğer şart ise taşınmazın paydaşlarca kendi aralarında taksim edilmesidir. Burada kastedilen taksim, fiili olarak bölünmedir. Bu paylaşma, arazinin yatay olarak bölünmesi şeklinde olabileceği gibi arazi üzerinde bulunan bir yapının yatay ve dikey şeklinde bölünmesi de söz konusu olabilecektir⁵³³.

⁵³² Ş. Barış Özçelik, Fiili Taksim Halinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılamayacağı Yönündeki Yargıtay Uygulamasının Değerlendirilmesi, **TBB Dergisi** 2019 (141), s.3-4; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 19.09.2018 T, 2017/14-1748 E., 2018/1329 K.,

⁵³³ Özçelik, **a.g.m.**, s. 256

Yargıtay fiili taksim durumunda önalım hakkında dürüstlük kuralını uygulamak için yapılan paylaşımın fiili olarak yapılmasını yeterli bulmuş ve paylaşımın yazılı olarak yapılması şartını aramamıştır⁵³⁴. Ayrıca yapılan bu paylaşım, tarafların arasındaki paylı mülkiyet ilişkisini sonlandıracak şekilde yapılmamış olmalıdır. Çünkü böyle bir durumda paylı mülkiyet ilişkisi sona ereceğinden önalım hakkı oluşmayacaktır⁵³⁵.

Ayrıca Yargıtay yapılan paylaşımın imar kanununa da uygun olarak yapılmış olması gerektiğini savunmaktadır⁵³⁶. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi verdiği bir kararda imar uygulamasına tabi tutulan taşınmazlarda imardan sonraki durum araştırılmadan, yeni imar parsellerinde davacı ve davalının paydaş olup olmadığına dair değerlendirme yapılmadan fiili taksim olduğu gerekçesiyle önalım hakkı reddedilmesini doğru bulmamıştır⁵³⁷. Hatta Yargıtay bu konu ile ilgili bir kararında taşınmazların; cinsi, yüzölçümü, pay oranları ve paydaş sayısı göz önünde tutulduğunda imar mevzuatı uyarınca aynen taksim edilemeyeceği tespit edildiğinde fiili taksimin olamayacağını savunmuştur⁵³⁸. Dolayısıyla özellikle imar uygulaması görmüş taşınmazlarda fiili taksim olgusu mahkemece araştırılırken taşınmazın imar mevzuatı uyarınca aynen taksim edilip edilemeyeceği ayrıntılı bir şekilde araştırılmalıdır. Fiili taksimin önalım hakkının kullanılmasını sınırlayan bir hal olarak kabul edebilmemiz için paylaşımın önalım hakkını kullanmak isteyen paydaşlarca da yapılması gerekmektedir. Bir paydaşın bölüşme harici bırakılması ya da bölüşmeye

⁵³⁴ 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, , [uyap | ulusal yargı ağı bilişim sistemi](#), erişim tarihi: 12.08.2022

⁵³⁵ Özçelik, **a.g.m.**, s.260

⁵³⁶ Zeynep Sayımlar, “Yasal Önalım Hakkının Kullanılmasını Etkileyen Bir Durum Olarak Fiili Taksim”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2015, C.1, Özel Sayı, s. 640

⁵³⁷ Yargıtay 14. H.D., 25.09.2019 T., 2016/6877 E., 2019/5824 K.; “*Somut olayda; davacı Osman ile davalı Özküçükler Petrol Ürünleri Oto. Nak. Nar. İnş. veMalz. Tur. San. Tic. Ltd. Şti.'nin paydaş oldukları 820 ada 1 ve 2 parsel sayılı taşınmazların dosya içerisine alınan bilgi ve belgelerden imar uygulamasına tabi tutuldukları anlaşılmaktadır. Dava konusu taşınmazların yeni oluşan imar parsellerinde davacı Osman ile davalının paydaşlığının bulunup bulunmadığının araştırılarak paydaş bulundukları taşınmazlar yönünden yukarıda belirtilen ilkeler çerçevesinde davanın esası hakkında bir inceleme yapılarak karar verilmesi gerekirken davacının taşınmazda bir kısım yeri kullanması gerekçe gösterilerek davanın reddine karar verilmesi doğru değildir.*” [uyap | ulusal yargı ağı bilişim sistemi](#), erişim tarihi: 13.03.2021

⁵³⁸ Sayımlar, **a.g.m.**, s.641; Yargıtay 14. HD., E. 2013/2976, K. 2013/4680, T. 28.03.2013; [uyap.gov.tr](#), erişim tarihi: 13.09.2021

onay vermemesi halinde ortada fiili bir taksim olmadığından var olan durum, taksime katılmayan paydaşı bağlamayacak ve bu paydaş önalım hakkını kullanabilecektir⁵³⁹.

(3). Taşınmazın Taksim Edilmiş Bölümlerinin Paydaşlara Özgülenmiş Olması

Önalım hakkında paydaşlar arasında yapılan paylaşımın fiili taksim olarak kabul edilebilmesi için yapılan paylaşım neticesinde ortaya çıkan bölümler, paydaşların kendilerine özgülenmiş olmalıdır. Böylece yapılan taksim neticesinde taksim edilen kısımlar, taksim eden paydaşların kullanımında kalacaktır. Bu durumda önalım hakkına konu olan paya özgülenmiş bir kısım bulunmadığı takdirde, fiili taksim bulunsa dahi, bu durum yasal önalım hakkının kullanılmasını engellemeyecektir⁵⁴⁰.

Bahsi geçen halde birden fazla paydaşın yer aldığı taşınmazlarda tüm pay sahiplerine ait olarak özgülenmiş bir yer olması gerekli midir? Yargıtay içtihatlarında, genel olarak önalım hakkında fiili taksimin kabul edilebilmesi için taşınmazdaki her pay sahibine özgülenmiş bir yer olmasına gerek olmadığı, sadece önalım hakkını kullanmak isteyen paydaş ve payını devreden paydaşa özgülenmiş bir yer olmasının gerekli ve yeterli olacağı kabul edilmektedir⁵⁴¹. Ayrıca yasal önalım hakkında fiili taksimin kabul edilebilmesi için tüm bu şartların, yasal önalım hakkı doğmadan önce var olması gerekmektedir. Başka bir deyişle söz konusu şartların pay sahibi payını üçüncü bir kişiye satmadan önce var olması gerekir, aksi takdirde fiili taksimden söz etmek mümkün olmayacaktır⁵⁴².

Bazı durumlarda tek bir paydaşın taşınmaz üzerinde kendi kullandığı alanın belirli olması ve diğer paydaşlardan birinin payını satması durumunda, belirli alanı kullanan paydaşın önalım hakkını kullanmak istemesi halinde önalım hakkının engellenip engellenemeyeceği sorunu karşımıza çıkmaktadır. Maliklerden birinin,

⁵³⁹Yargıtay 6. HD. 13.9.1988 T., 7508/12088 E.K. ; Şıpka, **a.g.e.**, s.118; Yargıtay 6. HD. T.21.03.2006, 2006/828 E., 2006/2781 K.; Yıldız, **a.g.e.**, s. 170-171

⁵⁴⁰Özçelik, **a.g.m.**, s. 256

⁵⁴¹Özçelik, **a.g.m.**, s. 256; Yarg. 14. HD, T. 6.2.2018, E. 2016/296, K. 2018/860; “Mahkemece fiili taksim olgusu için davacının ve davalıya pay satan bayisinin gayrimenkulde bir yer kullanması yeterlidir. Dolayısıyla tarafların hisselerine tekabül eden yer kadar kullanıp kullanmaması ve taraflar dışındaki hissedarların bu gayrimenkulde yer kullanmasının araştırılmasına gerek yoktur”, uyap | ulusal yargı ağı bilişim sistemi, erişim tarihi 14.12.2022.

⁵⁴²Sayımlar, **a.g.m.**, s.641, Tunaboğlu, **a.g.e.**, s.661

taşınmazın bir bölümünü, diğerlerinden farklı bir kullanım biçimiyle kullanması durumu söz konusu olabilmektedir. Örneğin maliklerden biri, tarla vasfında olan taşınmazın bir bölümünü çitlerle çevreleyerek taşınmazın genelinden farklı bir ürün ekip biçiyor veya taşınmazın bir kısmını kendince sınırlayarak farklı bir vasıfta kullanabiliyor olabilir. Bu durumlarda fiili taksimin tanımı ve Yargıtay içtihatları gereğince, önalım hakkını kullanmak isteyen ve payını devreden paydaşların kendine özgü kullandığı alan olması gerektiği için fiili taksimin varlığından söz etmek mümkün olmayacaktır. Fakat kendi sınırlarını belirli şekilde kullanan malikin kullandığı alanın yüzölçümü, taşınmazdaki hisse oranına tekabül ediyor ve kullandığı alanın sınırları belli ise bu paydaşın paylı mülkiyet halinden zımnî olarak feragat ettiğinin ve paylı mülkiyet ilişkisini sonlandırdığının kabul edilmesi ve dürüstlük kuralı gereğince belirli bir alanı kullanan malikin önalım hakkını kullanmasının engellenmesi gerekecektir. Bu husus, taşınmaz başında yapılacak keşif ve tanık anlatımları ile sabit olması ve alanında uzman bilirkişiler tarafından hazırlanacak rapor ve krokide davacının kullandığı alanın metrekaresinin tüm taşınmazın toplam metrekaresine oranının hisse payına tekabül edip etmediği de oranlanarak belirlenmeli ve sonuca göre dürüstlük kuralı gereğince önalım hakkının kullanılması engellenmelidir.

c. Fiili Taksimin Önalım Hakkının Kullanılmasına Etkisi

Yargıtay; süregelen içtihatlarında, tarafların paylı mülkiyet halinde malik olarak bulunduğu taşınmazlarda fiili taksimin varlığı halinde yasal önalım hakkının kullanılmasını, dürüstlük kuralına aykırı kabul ederek bu durumu önalım hakkının sınırları kapsamında değerlendirmektedir. Yargıtay bu durumu gerekçelendirirken daha önce paydaş olan taraflar arasında yapılan fiili taksim anlaşmasına uygun hareket ederek bu duruma itiraz etmeyen paydaşın daha sonra ilgili payın devri üzerinde hak iddia etmesini çelişkili bir davranış ve hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmektedir⁵⁴³. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 26.9.1990 gün ve 1990/6-321/441 sayılı kararında, fiili taksim olgusunun buna iştirak etmeyen paydaşları

⁵⁴³Özçelik, a.g.m., s. 257.

bağlamayacağı ilkesini belirtmiş ve bundan sonraki kararlarında da bu hususa yer vermiştir⁵⁴⁴.

Yargıtay, önalım hakkına konu olan taşınmazın paydaşların kendi aralarında fiili olarak taksim edilmiş olmasını, TMK m. 2 gereğince “uyandırılan güvene aykırı davranış” veya “çelişkili davranış yasağı” olarak belirterek önalım hakkının kullanılmasını/doğmasını fiili taksimde bulunan paydaş için engellemektedir⁵⁴⁵. Önalım hakkına ilişkin davalarda fiili taksim iddiası her zaman, davanın her aşamasında⁵⁴⁶ ileri sürülebileceği gibi mahkeme de bu durumu re’sen dikkate alacaktır⁵⁴⁷. Taraflardan birinin fiili taksim iddiasında bulunması durumunda, hukuk mahkemeleri kanununun ispat kuralları çerçevesinde, iddiayı ileri süren bu iddiasını ispatlamakla yükümlüdür. Fiili taksim iddiası tanık dâhil her türlü delille ispatlanabilir. Yargıtay bu durumda önalım hakkına konu olan taşınmaz başında keşif yapılarak, özellikle zeminde davacının ve davalının veya davalıya pay satan kişilerin kullandığı yer olup olmadığının belirlenmesi ve davacının taşınmazın belirli bir yerini kullanıp kullanmadığının araştırılması, taşınmaz başında fiili taksim iddiası ile ilgili dinlenen tanıklar ve diğer deliller neticesinde tarafların denetimine açık tanıkların ve tarafların gösterdiği yerleri belirtir şekilde denetime elverişli krokiye bağlanmış ayrıntılı rapor alınması gerektiğini kararlarında belirtmektedir⁵⁴⁸.

Yasal önalım hakkının kullanılması durumunda fiili taksimin varlığı halinde dürüstlük kuralına aykırı kullanım gerekçesiyle kullanılmasının engellenmesini

⁵⁴⁴Tunaboylu, **a.g.e.** s. 580 vd.; Kılıçoğlu, M., **a.g.e.** s. 120.

⁵⁴⁵Şipka,**a.g.e.**, s.116, Tekinay, **a.g.e.**, s.45; Özdek, **a.g.m.**, s.365.

⁵⁴⁶ Saray-Türe, **a.g.m.**, s.74; dilekçeler aşaması geçtikten sonra da davalı taraf, savunmanın genişletilmesi yasağına takılmaksızın fiili taksim iddiasını ileri sürebilecektir, bu kapsamda Yargıtay fiili taksim iddiasını ilk derece mahkemesinde ileri sürülmezse dahi 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. , uyap | ulusal yargı ağı bilişim sistemi, erişim tarihi: 14.12.2022 ; Saray- Türe, **a.g.m.**, s.74, dn.328.

⁵⁴⁷Yargıtay 6. HD. 16.10.1986 T., 9338 E., 11414 K., Erdoğan H., **a.g.e.**, s. 67-68.

⁵⁴⁸ Yargıtay 14. HD. 29.09.2020 T., 2016/18199 E., 2020/5565 K.,; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 19.09.2018 T., 2017/14-1748 E., 2018/1329 K.,; Yargıtay 14. HD. 15.09.2020 T., 2016/17530 E., 2020/4979 K.,; 14. HD. E. 2014/9883, K. 2014/13670, T. 01.12.2014, 14. HD. E. 2014/6867, K. 2014/12293, T. 04.11.2014, 14. HD. E. 2014/6552, K. 2014/10138, T. 18.09.2014, 14. HD. E. 2014/5481, K. 2014/9286, T. 10.07.2014; , uyap | ulusal yargı ağı bilişim sistemi. Erişim tarihi: 15.03.2021

doktrinde isabetli bulan yazarlar bulunmaktadır. Bu yazarlar fiili taksim ile önalım hakkının asıl amacı olan paylı mülkiyet ilişkisine yabancı birinin sokulmaması ve arazilerinin bölünmesinin engellenmesinin amacı ortadan kalkmış olduğundan fiili taksimin önalım hakkının kullanılmasını engelleyen bir sınır olarak yer verilmesini yerinde bulmaktadırlar⁵⁴⁹. Bazı yazarlar ise Yargıtay kararlarıyla önalım hakkının sınırı haline gelen bu durumu eleştirmektedir⁵⁵⁰. Eleştiriler özellikle paylı mülkiyet halinde bulunan her taşınmazda fiili taksimin bulunması durumunda yasal önalım hakkının kullanılmasını engellemenin yasal önalım hakkının amacıyla çelişeceği noktasında toplanmaktadır. Bu yazarlar, fiili taksim bulunan durumlarda somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapmak gerektiğini savunmaktadırlar⁵⁵¹. Ayrıca fiili taksim durumunda paydaşlar arasında yapılan paylaşımın resmi olmaması ve Türk Medeni Kanunu'nun öngördüğü şekilde yapılmamış bir paylaşımı önalım hakkının kullanılmasının engellenmesi olarak nitelendirilemeyeceği ve bu durumun kanundan doğan önalım hakkından ve hakkın amacından uzaklaşarak sınırlarının çok dar tutulduğu anlamını doğuracağı gerekçeleriyle Yargıtay'ın fiili taksim durumunda önalım hakkını kullanılmasının engellenmesi yönündeki içtihatları eleştirilmektedir⁵⁵².

Bu hususta fiili taksimin bulunduğu durumda önalım hakkının kullanılmasını dürüstlük kuralına aykırılık sayan yazarlardan *Esener/Güven*, paylı mülkiyet kapsamında fiili taksim içeren bir kullanım sözleşmesi yapılmış ve her paydaşa düşen yer belirlenmişse bu durumun önalım hakkından feragat anlamına geleceği ve ayrıca paydaşın fiili taksime razı olup daha sonradan önalım hakkını kullanmak istemesinin çelişkili davranış yasağına (venirecontrafactumproprium) aykırılık teşkil edeceğinden hukuken korunmamasının isabetli olduğunu ileri sürmektedir⁵⁵³. Bazı yazarlar ise tarafların taşınmazı kendi aralarında paylaşarak kullanması durumunun; paydaşların, paydaşlıktan doğan haklarından vazgeçtiği olarak değerlendirilmesinin zorlama bir

⁵⁴⁹ Tekinay, **a.g.e.**, s. 45; Özenli, **a.g.e.**, s.144 vd; Ertaş, **a.g.e.**, s. 378; Özdek, **a.g.m.**, s. 365; Esener/Güven, **a.g.e.**, s.313-314; Eren, **a.g.m.**, s. 116; Çay, **a.g.m.**, s. 91, Beleş, **a.g.m.**, s. 73; Tunaboğlu, **a.g.e.**, s. 441,

⁵⁵⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, **a.g.e.**, s. 634 dn. 1206; Şıpka, **a.g.e.**, s. 117-118; Sirmen, **a.g.e.**, s. 422 dn. 631; Sayımlar, **a.g.m.**, s. 646; Köylüoğlu, s. 96; Akalp-Demirtabak, **a.g.e.**, s. 84; Mustafa Kılıçoğlu, **Akdi ve Kanunî Şu'f'a Davaları (Önalım)**, Ankara 1997, s. 120

⁵⁵¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, **a.g.e.**, s. 634 dn. 1206; Sirmen, **a.g.e.**, s. 422 dn. 631; Sayımlar, **a.g.e.**, s. 646.

⁵⁵² Şıpka, **a.g.e.**, s.117.

⁵⁵³ Esener/Güven, **a.g.e.**, s.313-314; aynı görüşte bkz; Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 615

yorum olduğunu dile getirmektedirler⁵⁵⁴. Bir diğer görüş ise taraflar arasında fiili taksim sözleşmesi yapılmış olmasının önalım hakkından feragat sayılmayacağı fakat KMK m. 8 uyarınca kat mülkiyeti kurulan taşınmazlar üzerinde fiili taksim sözleşmesi yapılmış olması halinde önalım hakkından feragat sayılacağını belirtmektedir⁵⁵⁵. Paydaşların taşınmazın kullanımını kendi aralarında belirlemiş olmalarının paylı mülkiyet ilişkisini sona erdirmeyeceğinden ve yabancı bir kişinin paylı mülkiyet ilişkisine dâhil olmasının paylı mülkiyet ilişkisinden sağlanan yararı ve diğer paydaşların menfaatini etkileyecek bir durum olduğunu ve paydaşların kendi aralarında yaptıkları anlaşmanın sadece anlaşmanın taraflarını bağlayacağı payı devralan üçüncü kişiyi bağlayamayacağından fiili taksim halinde dürüstlük kuralı sebebiyle önalım hakkının kullanılmasını engelleyen Yargıtay'ın yerleşmiş görüşüne katılmadığını belirten yazarlar bulunmaktadır⁵⁵⁶.

Kanaatimizce yasal önalım hakkı kullanılırken önalım hakkının amacı göz önünde bulundurularak fiili taksimin önalım hakkının engelleyen bir hal olarak kabul edilmesi durumunda paydaşların uğrayacağı zararın menfaatler dengesi göz önünde bulundurularak belirlenmesi gerekmektedir. Yukarıdaki yargı kararlarından bahsederken belirttiğimiz üzere önalım hakkının en önemli amaçları; paylı bir malı diğer paydaşın almasını sağlayarak paylı mülkiyetleri tek mülkiyete dönüştürmek, paylı mülkiyet ilişkisine yabancı kişilerin dâhil olmasını engellemek ve mirasın paylaşımındaki açık artırımlarda payın çok ucuza ihale edilmesi durumunda diğer paydaşların aynı şartlarla satın alınmasını sağlamak olarak belirtilebilir⁵⁵⁷. Dolayısıyla her somut olayın özelliğine göre ayrı ayrı değerlendirilerek fiili taksimin önalım hakkı kullanılırken dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edip etmediği önalım hakkının amacı da gözetilerek değerlendirilmedir. Fiili taksim neticesinde önalım hakkını kullanan ve payını devreden paydaşın paylı mülkiyetten beklenen fayda ve etkilerinden yararlanmaları söz konusu değilse ve bu duruma tarafların açık veya zımni bir itirazları bulunmamışsa bu durumda önalım hakkının kullanılarak paylı mülkiyete yabancı kişilerin dahil olmasını engellemek gibi bir amacı korumanın menfaatler dengesi

⁵⁵⁴Şıpka, **a.g.e.**, s. 116 vd.

⁵⁵⁵Cansu Yavuz, “Önalım Hakkından Feragat”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Sayısı**,Güz 2018/2, s.191.

⁵⁵⁶Oğuzman, **a.g.m.**, s.414; M.Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.120; Köylüoğlu, **a.g.m.**, s. 96.

⁵⁵⁷Bkz; yuk. I.bölüm s.9 vd

bakımından da bir yararı kalmayacaktır. Ancak bu durumlarda fiili taksim, önalım hakkının kullanılmasını engelleyen bir hal olarak kabul edilmelidir.

Yargıtay fiili taksimin varlığı halinde paylı mülkiyete tabi bir taşınmazda taşınmazın türü fark etmeksizin önalım hakkının kullanılamayacağını ifade etmektedir. Bu anlamda tarımsal arazilerde de fiili taksimin varlığı halinde önalım hakkı kullanılmaz⁵⁵⁸. *Özçelik*'e göre; bu durumda fiili taksimin varlığı halinde de olsa

⁵⁵⁸Yarg. 14. HD, T. 20.3.2017, E. 2015/17174, K. 2017/2116; Yarg. 14. HD, T. 8.2.2016, E. 2014/16744, K. 2016/1508; Yarg. 14. HD, T. 5.4.2016, E. 2015/17802 K. 2016/4083, [uyap | ulusal yargı ağı bilişim sistemi](#), Erişim tarihi: 02.08.2021; Yargıtay 7. HD.10.02.2022 T. 2021/2452 E., 2022/947 K. Sayılı ilamı, ilamın karşı oy gerekçesinde ise,

“Dava konusu taşınmaz, 5403 sayılı yasa kapsamında olan tarım arazisidir. Yasal önalım hakkının başlıca iki amacı vardır. Paydaşlar arasında istenmeyen kişilerin girmesini önlemek ve paydaşlar arasında birçok soruna sebep olan paylı mülkiyetin ortadan kalkmasını kolaylaştırmaktır. Bunların yanında, yasal önalım hakkının kullanılması ile arazilerin çok fazla bölünmesinin de önüne geçilebileceği söylenebilir. Hatta, 5403 sayılı Yasada yapılan değişiklik ile tarım arazilerinin birleştirilmesi amaçlanmıştır. Daire ile görüş ayrılığına sebebiyet veren husus, tarım arazilerinde “fiil taksim/eylemlili paylaşma” varlığının yasal önalım hakkına engel teşkil edip etmeyeceği noktasındadır. Önalım davasına konu payın ilişkin bulunduğu taşınmaz paydaşlarca özel olarak kendi aralarında taksim edilip her bir 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. Kötü niyet iddiası 14.2.1951 tarihli ve 17/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca davanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi mahkemece de kendiliğinden nazara alınması gerekir. Bu gibi halde savunmanın genişletilmesi söz konusu değildir. Eylemlili paylaşmanın varlığı halinde davanın reddi gerekir.

Yüksek Mahkeme uzun süredir istikrar kazanan kararlarında fiili taksim halinde önalım hakkının kullanılamayacağına karar vermesinde bizce bir haklılık vardır. Ancak, yasal bir dayanağı olmadığı halde TMK 2. maddesine dayanarak verdiği kararların, 5403 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesi ile artık uygulama dayanağı kalmamıştır.

Anayasa’nın 44. maddesiyle Devlete, tarım topraklarının korunması ve geliştirilmesi ödevi yüklenmiş ve bu amaçla, tarımsal arazileri gruplandırma ve bunların büyüklüğünü belirleme yetkisi tanınmıştır.

5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu, 15.05.2014 tarih ve 29001 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile değiştirilmiştir. Yeni yasal düzenleme ile asgari tarımsal arazi büyüklüğü ve yeterli gelirli tarımsal arazi büyüklüğü kavramları tanımlanmış, belirlenen büyüklükteki tarımsal araziler üzerinde gerçekleştirilecek mülkiyeti aktarıcı nitelikli işlemlerin yanı sıra, intikal ve miras taksimi işlemlerinde önemli değişiklikler öngörülmüştür. Kural olarak tarımsal alanlarda gerçekleştirilecek tapu ve kadastro işlemlerinde, tarımsal nitelik taşıyan alanların asgari tarımsal arazi büyüklüğü, yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü, arazi sınıfları arasındaki dönüştürme katsayıları, tarımsal alanlar arasındaki ekonomik bütünlük vb. kavramların tarım müdürlüklerince irdelenerek doğrudan işlem tesis edilmesi mümkün olmadığından söz konusu taleplerle ilgili olarak il/ilçe tarım ve orman müdürlüklerince olumlu görüş verilmesi durumunda işlemlerin gerçekleştirilmesi yoluna gidilmiştir. 5403 sayılı Kanunda 6537 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile, tarım arazileri Tarım ve Orman Bakanlığınca belirlenen büyüklüklerin altında ifraz edilemeyecek, hislendirilemeyecek, pay ve paydaş sayısı artırılmayacaktır. Tarımsal açıdan gelişmiş ülkelerde yıllara göre tarımsal işletmelerin sayısı azalıp büyüklükleri artarken, ülkemizdeki süreç bunun tam tersi bir şekilde işlemekte, tarımsal işletme sayısı artarken büyüklükleri azalmaktadır. Modern ülkelerde olduğu üzere tarımsal işletmelerin büyümesinin sağlanması yolunda düzenleme yapılmasının kamu yararına aykırı bir yönü olmadığı gibi Anayasanın 44. maddesiyle Devlete yüklenen ödevle de uyumludur. Yargısal kararlarda fiili taksim

tarımsal arazilerin niteliği gereği paylı mülkiyet ilişkisi bulunan tarımsal arazilere yabancı kişilerin eklenmesi, ekonomik verimliliğini olumsuz yönde etkileyeceğinden bu durumda hakkın kötüye kullanılması gerekçesiyle önalım hakkının kullanılmasını engellemek isabetli olmayacaktır⁵⁵⁹. Bu konuya ilişkin olarak Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 07.07.2020 T., 2019/2958 E., 2020/4439 K. sayılı ilamında Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin tarımsal arazide önalım hakkı kullanılırken fiili taksim iddiasını kabul ettiği karara ilişkin olarak Yargıtay üyelerinden birinin verdiği karşı oy gerekçesinde“5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununa 6537 sayılı Kanunla, tarım arazisi niteliğindeki bir taşınmazın satılması halinde, o araziyle sınırdaş olan taşınmaz maliklerine önalım hakkı tanımaktadır. Diğer bir deyişle, tek kişi mülkiyetine tâbi bir tarım arazisi satıldığında, bu taşınmazla sınırdaş olan bir diğer komşu taşınmazın maliki önalım hakkına sahip olduğu kabul edildiği halde birçok paydaşı olan paylı bir taşınmazda bir paydaşın payını devretmesine karşın payını satan ve davacının taşınmazda belli bir kısmı kullandığının saptanması halinde önalım hakkını kullanamayacağı çelişki doğurduğu gibi kamu düzeni ve kamu yararı ilkeleri gözetilerek çıkarılan yasaya ve adalet ilkesi ile hakkaniyete uygun düşmeyecektir. Sayın çoğunluğun, yerel mahkeme kararının önalım bedeli ve harca yönelik bozma gerekçesine katılmakla beraber, yukarıda açıklanan nedenlerle, tarım arazilerinde ilkesel olarak, fiili taksim olgusunun önalım hakkına engel teşkil

olgusunun varlığı halinde önalım hakkının kullanılamayacağına ilişkin süregelen uygulamaların yasa değişikliği ile birlikte artık tarım arazilerinde devam edilmesi mümkün değildir.

Hatta, 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 5. maddesi ile 3/7/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 8/İ maddesinin ikinci fıkrası sınırdaş tarımsal arazi maliklerine de önalım hakkı getirerek aynı yasanın 1. maddesinde açıklanan “...asgari tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin belirlenmesi ve bölünmelerinin önlenmesi..” amacına uygun bir düzenleme getirmişti. Ne var ki, önalım hakkının kötüye kullanılması sonucu yasa koyucu 28.10.2020 kabul tarihli, 04.11.2020 tarih ve 31294 sayılı R.G.de yayımlanan 7255 sayılı Kanunun 20. Maddesiyle yürürlükten kaldırmıştır. Yasa koyucunun sınırdaş parsel malikine tanınan önalım hakkını kaldırması yasanın amacında da değişikliğe gittiği anlamı çıkarılamaz.

5403 sayılı yasanın ilk hali ve sonrasındaki değişiklikler bir bütün olarak ele alındığında, MK m.2'nin dayanak yapıldığı İBK'nın uygulama kabiliyeti kalmamıştır. Birçok paydaşı olan tarım arazisi vasfında olan paylı bir taşınmazda, bir paydaşın payını devretmesi halinde davacının taşınmazda belli bir kısmı kullandığının saptanması halinde önalım hakkını kullanamayacağına ilişkin uygulamaya devam edilmesi, kamu düzeni ve kamu yararı ilkeleri gözetilerek çıkarılan yasalara ve adalet ilkesi ile hakkaniyete uygun düşmeyecektir. Açıklanan gerekçelerle, tarım arazilerinde ilkesel olarak, fiili taksim olgusunun önalım hakkına engel teşkil etmeyeceği düşüncesinde olduğumuzdan, yerel mahkemenin davanın reddine ilişkin hükmünün bozulması gerektiği kanaatiyle, çoğunluğun kararına katılmıyoruz”.

şeklinde belirtilmiştir. , uyap | ulusal yargı ağı bilişim sistemi. Erişim tarihi: 13.12.2022

⁵⁵⁹Özçelik, a.g.m., s.262

etmeyeceği görüşünde olduğumdan, dava konusu 114 ada 2 parsel sayılı taşınmaz yönünden, yerel mahkemenin taşınmazın fiilen taksim edildiği gerekçesiyle davanın reddine ilişkin hükmünün de bozulması gerektiğini düşündüğümünden çoğunluğun kararına bu yönüyle katılamıyorum.” denerek tarım arazilerinde önalım hakkı kullanırken fiili taksim iddiasının kabul edilmemesi gerektiği belirtilmiştir⁵⁶⁰. Fakat karşı oy gerekçesinin temelini oluşturan 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununa 6537 sayılı Kanunun 8/i maddesinin 2. fıkrası 28.10.2020 tarihli 31294 sayılı Resmî Gazetenin 20’nci maddesiyle getirilen değişiklikle yürürlükten kaldırıldığı için tarımsal arazilerde o arazi ile sınırdış olan taşınmaz maliklerine önalım hakkı tanınması mümkün değildir.

2. Kat Mülkiyetine Geçilecek Taşınmazlarda Pay Devri

Önalım hakkı kullanılırken önalım hakkı sahibinin hakkını dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanmak istemesi durumlarında her ne kadar önalım hakkının kullanılması için olması gereken tüm şartların varlığı gerçekleşmişse de hukuk düzeni dürüstlük kuralına aykırılık durumunu korumayacak ve önalım hakkı sahibi hakkını kullanamayacaktır. Bu durum yukarıda da belirttiğimiz üzere önalım hakkının kullanılmasını engelleyen sınırlardan bir tanesini oluşturmaktadır. Önalım hakkının dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kullanılması kanunlarımızda düzenlenmemekte bu husus uygulamada yargı içtihatlarıyla şekillendiğinden dürüstlük kuralına aykırı kullanımla ilgili örnekleri de çoğaltmak mümkündür.

Önalım hakkının uygulamada dürüstlük kuralına aykırı tarzda kullanımına verilebilecek örneklerden bir tanesi de kat mülkiyetine geçilecek taşınmazlarda önalım hakkının kullanılması halidir.

Kat mülkiyeti bir taşınmaz üzerinde bütün halinde mülkiyet hakkına sahip olan maliklerin taşınmaz üzerinde özellikle yapılan binalar üzerinde sahip olduğu alanların belirlenmesi durumudur. Bu durum kentleşmeyle birlikte artan konut ihtiyacını karşılamak üzere az sayıda arsa üzerinde çok sayıda kişi veya işletmenin birleştirilmesini sağlayarak özellikle bireylerin konut sahibi olmasını

⁵⁶⁰Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, 07.07.2020 T., 2019/2958 E., 2020/4439 K. sayılı ilamı, , [uyap | ulusal yargı ağı bilişim sistemi](#), erişim tarihi 14.08.2020 benzer nitelikte karşı oy görüşleri için bkz.; Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, 15.09.2020 T., 2016/17530E., 2020/4979 K., sayılı kararı, , [uyap | ulusal yargı ağı bilişim sistemi](#), erişim tarihi 01.08.2021

kolaylaştırmaktadır⁵⁶¹. Böylece bir yapı üzerindeki mülkiyet hakkı parçalanarak ve kişiler arasında dağıtımı yapılarak sahip olunan alanlar belirlenebilecektir. 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu ⁵⁶² m.3/1’de kat mülkiyetini arsa payı ve ana gayrimenkullerdeki ortak yerlerle bağlantılı özel bir mülkiyet şeklinde tanımlamıştır. Aynı maddenin 2. Fıkrasında ise ne şekilde kurulacağı düzenlenerek kat mülkiyetine konu olan ana gayrimenkulün bağımsız bölümlerinden her birinin konum ve büyüklüklerine göre hesaplanan değerleri ile oranlı olarak projesinde tahsis edilen arsa payının ortak mülkiyet esaslarına göre açıkça gösterilmesi suretiyle kurulacağı, arsa paylarının bağımsız bölümlerin payları ile oranlı olarak tahsis edilmediği hallerde, her kat maliki veya kat irtifakı sahibi, arsa paylarının yeniden düzenlenmesi için mahkemeye başvurabileceği şeklinde düzenlenmiştir. Kat mülkiyeti kanunu m.3/f.3’te ise “kat irtifakı arsa payına bağlı bir irtifak çeşidi olup, yapının tamamı için düzenlenecek yapı kullanma izin belgesine dayalı olarak, bu Kanunda gösterilen şartlar uyarınca kat mülkiyetine re’sen çevrilir. Bu işlem arsa malikinin veya kat irtifakına sahip ortak maliklerinden birinin istemi ile dâhi gerçekleştirilebilir.” şeklinde belirterek kat irtifakından kat mülkiyetine geçişi düzenlemiştir. Ayrıca 7143 sayılı imar kanuna eklenen geçici m.16 ile yapı kayıt belgesi ve maliklerin tamamının muvafakati hâlinde yapı kullanma izni belgesi aranmadan kat mülkiyeti geçişine imkân tanınmaktadır.

Kat Mülkiyeti Kanunu m.8 gereğince kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmuş taşınmazlarda yasal önalım hakkının kullanılamayacağı belirtilmiştir. Fakat henüz kat mülkiyeti kurulmamış, kurulma aşamasında veya daha önce kat mülkiyeti kurulmuş olduğu halde taşınmazın yıkılması durumunda önalım hakkının kullanılıp kullanılamayacağı düzenlenmemiştir. Arsa üzerinde inşaat yapılması durumunda kişilerin, konut sahibi olabilmeleri açısından üzerinde inşaat yapılan araziden pay satın almaları söz konusu olmaktadır. Uygulamada özellikle inşaat halindeki yapılarda henüz kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulamadığı için arsa payı üzerinden topraktan daire satın alma şeklinde yerleşen pay satışı olaylarında, arsa payını önce satın alanların sonraki alıcılara karşı önalım hakkını kullanıp kullanamayacakları meselesi

⁵⁶¹ Murat Balamir, Kat Mülkiyeti ve Kentleşmemiz, **O.D.T.Ü. Mimarlık Fakültesi Dergisi**, Cilt 1, Sayı 2, Sonbahar 1975, s.295-318; s. 299

⁵⁶²RG:12038- 02/7/1965

karşımıza çıkmaktadır⁵⁶³. Arsa payı üzerinden yapılan satışlar bir diğer adı ile kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin, kanunda bir karşılığı bulunmadığından kanuni bir tanımı bulunmamaktadır.

*Erman*⁵⁶⁴, kat karşılığı inşaat sözleşmelerini; “*arsa sahibinin arsasının belirli paylarının mülkiyetini, müteahhidin arsa üzerine inşa edeceği binanın belirlenen bağımsız bölümlerinin teslimi karşılığında, müteahhide devretmeyi taahhüt etmesidir*” şeklinde tanımlamıştır⁵⁶⁵.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi yükleniciye (müteahhide) yaptığı iş neticesinde payını devretmeyi talep etmektedir. Bu yüzden de bu şekilde arsa payı üzerinden yapılan satışlarda genellikle daire değerlerine oranla çok daha düşük gösterilerek yapılmaktadır. Bu durumda arsa payı üzerinden yapılan satışlarda diğer paydaşlar önalım haklarını kullanma konusunda daha istekli olabilmektedirler⁵⁶⁶. Bu yüzden ki bu tarz satışlarda daha önce pay satın alanların önalım hakkını kullanmak istemesi durumunda bir veya iki kişinin tüm daireleri ele geçirecek olması, toplu konut yapımının amacına ulaşması engellenmesi veya yapılan sözleşmenin bir niteliğinin kalmaması gibi olumsuz durumlar meydana gelmesine sebep olabilecektir. Böyle bir halde söz konusu taşınmazda henüz kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmamışsa ve bu araziden önce pay alanın sonrakine karşı yasal önalım hakkının varlığı kabul edilirse toplu konuttan beklenen amacın engellenmesi söz konusu olur. Kişinin, ev sahibi olma beklentisiyle inşaata konu taşınmazda pay alımının, önalım hakkıyla engellenmesi, Yargıtay’ın⁵⁶⁷ da kabul ettiği gibi dürüstlük kuralıyla bağdaşmayan bir hal olarak kabul edilecek⁵⁶⁸ ve önalım hakkının kullanılması mümkün olmayacaktır.

⁵⁶³Tekinay, **a.g.e.**, s.45

⁵⁶⁴Erman, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, s.1

Bu sözleşme kapsamında Yargıtay, müteahhittin ediminin yeni bir yapı meydana getirme olmasının yanı sıra var olan yapı üzerinde yapılacak olan güçlendirme, yenileme, ilave, tadilat gibi çalışmalar karşılığında da arsa sahibinin müteahhide taşınmaz taahhüt edebileceğini kabul etmektedir.

⁵⁶⁶Şıpka, **a.g.e.**, s.109

⁵⁶⁷YHGK T: 19.03.1980, E: 978 K: 6.1101 k.1420 – HGK 13.01.1982 E: 6.1099 K: 22 ; 6 HD 07.10.1980 T. E: 9356 K: 8634 (YKD, Y.1982, S.1, s.45).

⁵⁶⁸Takış, **a.g.m.**, s.100, Tekinay, **Takyitler**, s. 45; Şıpka, **Önalım**, s. 109-110. “...Amaç, herhangi bir arsanın payını almak değil, bu arsa payına düşen dairenin satın alınmasıdır. Davacının buna rağmen davalının daire edinmek amacıyla aldığı pay için önalım hakkını kullanması ve çok yüksek değer kazanan daireyi yasa boşluklarından yararlanarak elde etmek istemesi iyi niyet kurallarıyla bağdaşmaz.” 6. HD, 07. 10. 1980 T., 9356/8654 kararı (YKD, 1982, sa. 1, s. 45).

Yargıtay kararlarında “*henüz kat mülkiyeti kurulmamış bir binada daire sahibi olmak için daha önce arsa payı almış olan kimsenin, sonra arsa payı alana karşı önalım hakkını kullanması ve çok düşük fiyatla satın alınan arsa değerini ödeyip, yüksek değerli daireyi kanunun boşluklarından yararlanarak elde etmek istemesi dürüstlük kuralları ile bağdaşmaz*” şeklinde belirterek kat mülkiyeti kurulmamış bir binada dahi arsa payı karşılığında satış olması durumunda paydaşın önalım hakkını kullanmak istemesini dürüstlük kuralına aykırılık kabul ederek önalım hakkını kullanmasını engellemektedir⁵⁶⁹.

Ayrıca Yargıtay, özel parselasyonla arsa payı satışında da bir diğer ifadeyle taşınmazın malikleri binayı yapmadan önce veya sonra yapılacak binadan hangi malikin hangi daireyi alacağını kararlaştırmışsa, fiili olarak bir taksim söz konusuysa kendisine isabet eden daireyi tapudan pay devri suretiyle satan paydaşın alımı; arsa payı değil, arsa payına düşen dairenin alınması olduğundan bu satışa karşı önalım hakkının kullanılmasının da iyi niyetle bağdaşmayacağını ve hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olacağını kabul etmektedir⁵⁷⁰. Bu durumda paylı mülkiyet ilişkisine yabancı birinin sokulmaması, arazilerin bölünmesinin engellenmesi gibi önalım hakkının asli amaçları ortadan kalkmıştır⁵⁷¹. Arsasını resmi olmayan bir şekilde parselleyerek arsa payı satan malikin daha sonra müşterilerden birinin aldığı payı üçüncü kişiye satması halinde de dürüstlük kuralı devreye girecek ve önalım hakkı kullanılamayacaktır⁵⁷². Bu durumda özel parselasyonun varlığı iddia edilen tarafından ispat edilmelidir.

Kat mülkiyeti kurulmuş taşınmazlarda, herhangi bir sebeple yapının yıkılması ve tekrar kat mülkiyetinin kurulacağını belli olması durumunda da daha önce bağımsız bölüm sahiplerinden birinin taşınmazını satması halinde, diğer bağımsız bölüm sahiplerinden birinin önalım hakkını kullanmak istemesi dürüstlük kuralı gereğince söz konusu olamayacaktır.

⁵⁶⁹ Yargıtay 6. HD., 7.10.1980, 9356/8634 (YKD.1982/1, s.45); Yargıtay HGK., 19.3.1980, 6-1101/1420 (YKD. 1980/9 s.1191); Oğuzman/Seliçi/ Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 642, dn.1242.

⁵⁷⁰ Şıpka, **a.g.e.**, s.110; Yargıtay 6.HD. 22.12.1986, 13113/14774; Yargıtay 6.h.d., 6.11.1986T., 10541/12443 ; Yıldız, **a.g.e.**, s.164.

⁵⁷¹ Ertaş, **a.g.e.**, s. 378.

⁵⁷² Ertaş, **a.g.e.**, s. 379.

3. Yasal Temsilci Tarafından Önalım Hakkının Kullanılması

Türk Medeni Kanunu 10. maddeye göre ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti bulunmaktadır. Kural olarak fiil ehliyetine sahip kişi hukuki işlemlerini kendisi yapabilecek ve işlemin hukuki sonuçlarının kendisi üzerine doğmasını sağlayacaktır. Hukukumuzda kabul edilen temsil kurumu ise kural olarak bir hukuki işlemi bir kişinin, başka bir kişi adına ve hesabına yapması ve işlemin hukuki sonuçlarının temsil edilen kişi üzerinde doğmasıdır⁵⁷³. Bu temsil yasal olarak olabileceği gibi iradi temsil olarak da yapılabilmektedir.

Yasal temsilciler kanunda velayet, vesayet ve yasal danışman olarak üç kısımda yer almaktadır. Velayet hakkına sahip kişiler anne ve babalardır, anne ve babanın velayet hakkını kullanabilmesi için küçüğün ergin olmaması veya ergin olsa dahi kısıtlanmış olması gerekir. Vesayet kurumu ise ergin bir kimsenin mahkeme tarafından kısıtlanması olarak düzenlenmiştir⁵⁷⁴. İradi temsil ise kanundan doğmayan, doğrudan veya dolaylı temsil şeklinde, kişilerin aralarındaki vekâlet sözleşmesine dayanan hukuki işlemin sonuçlarının temsil edilen kişi üzerinde doğmasıdır.

Dürüstlük kuralı tüm haklarda olduğu gibi önalım hakkı kullanılırken de karşımıza çıkmaktadır. Yasal temsilcinin temsil kabiliyeti gereğince yasal temsilcinin aynı zamanda temsil olunan ile birlikte taşınmazda paydaş olması durumunda, temsil olunanın payını temsilci sıfatıyla satması halinde yasal temsilci daha sonrasında önalım hakkını kullanmak isteyemeyecektir. Söz konusu durumda yasal temsilci, temsil olunanın taşınmazını temsil olunan adına sattığında daha sonra temsil olunanın payı üzerinde önalım hakkını kullanmak istemesi halinde dürüstlük kuralına aykırılık söz konusu olacak ve önalım hakkını kullanamayacaktır. Bu durumda paydaşın payını kanunî temsilci sıfatıyla satan kimsenin, kendi payına dayanarak alıcıya karşı yasal önalım hakkını kullanmak istemesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir. Zira burada kanuni temsilci sıfatıyla satışta bulunmuş kişinin satış gerçekleştikten sonra söz konusu pay üzerinde önalım hakkını kullanmak istemesi, hakkın kötüye

⁵⁷³Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, s. 217.

⁵⁷⁴Akıntürk/ Ateş, a.g.e., s. 469.

kullanılması hükmünde olacaktır. Dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden bu işlemi hukuk düzeni korumayacaktır.

Aynı zamanda velayet altındaki çocuklarının paylarını üçüncü kişiye sattıktan sonra önalım hakkı kullanılması sebebiyle aynı bedelle tekrar satın alınmak istenmesi durumunda da Yargıtay, hakkın kötüye kullanılması bulunduğu gerekçesiyle önalım hakkının kullanılamayacağını kabul etmiştir⁵⁷⁵. Fakat Yargıtay'ın; aynı taşınmazda paydaş olarak yer alan baba ve oğuldan birinin payını satması ile diğerinin önalım hakkını kullanmak istemesi durumunda, davacı ve davalının baba-oğul olmasının hakkın kötüye kullanılması kuralı dâhilinde değerlendirilemeyeceğine ilişkin kararları mevcuttur⁵⁷⁶. Bu durumda Yargıtay, tarafların arasında salt baba oğul ilişkisi bulunmasını değil, yapılan satışta yasal temsilci sıfatı sebebiyle yapılan satışı bilmesine rağmen kişinin, daha sonra önalım hakkını kullanmak istemesini dürüstlük kuralına aykırılık olarak kabul etmektedir.

4. 6306 sayılı Kanun Uygulamasında Riskli Yapılarda Önalım Hakkının Kullanılması

Kentsel dönüşüm kavramı bir kentin veya bir kent parçasının hâlihazırda var olan kullanım şekline; sosyal, estetik veya mimari yapısına yönelik dışarıdan yapılan müdahaleleri ifade eden bir kavramdır. Bu müdahaleler toplumsal, ekonomik, çevresel veya kültürel olabilmektedir⁵⁷⁷. Bu anlamda kentsel dönüşüm *“kentsel gelişmenin toplumsal ekonomik ve mekânsal olarak yeniden ele alındığı ve kentteki sorunlu alanların sağlıklı yaşanabilir hale getirilmesi için yıkıp yeniden yapma canlandırma, sağlıklılaştırma veya proje üretilmesi ve uygulama yapılmasıdır.”*⁵⁷⁸ şeklinde tanımlanmaktadır.

Kentsel dönüşümün ekonomide, teknolojiye veya sosyal hayatta meydana gelen değişiklikler sonucu ortaya çıkan fiziki, sosyal, ekonomik veya çevresel ihtiyaçları karşılamak, afet ve kaza riski karşısında yapıları daha güvenli hale getirmek;

⁵⁷⁵Yargıtay 6.HD 25.04.1985 T. E: 4561 K: 5504 (YKD, Y.1985, S.11, s.1632; Yıldız, **a.g.e.**, s. 175; Köylüoğlu, **a.g.m.**, s.96

⁵⁷⁶ Yargıtay 14.H.D., 05.10.2020 T., 2016/18583 E., 2020/5772 K. , [uyap | ulusal yargı ağı bilişim sistemi](#), Erişim tarihi: 01/08/2022

⁵⁷⁷ Emrehan İnal, **Kentsel Dönüşüm Hukukunda Riskli Yapı**, Onikilevha yayınları, Aralık, 2017, s.6.

⁵⁷⁸Mehmet Ertaş, Kentsel Dönüşüm Çalışmalarında Sosyal Boyutun İncelenmesi Ankara ve Londra Örnekleri, Selçuk Üniversitesi, **Teknik Online Dergisi** Cilt 10, Sayı 2011, s.2.

kültürel, tarihi, doğal ve çevresel dokuyu korumak ve mümkünse geri kazanmak gibi birçok amacı bulunmaktadır⁵⁷⁹. Kentsel dönüşümün hayata geçirilebilmesi için birçok farklı yöntem bulunmaktadır. Anlaşma yolu ile taşınmaz üzerinde hak sahipliği bulunan bağımsız hak sahipleri veya paydaşların yüksek bir oy oranı ile kentsel dönüşümün gerçekleştirilmesi daha sonra ise kentsel dönüşümü gerçekleştirecek kurum arasında anlaşma yolu esas alınabileceği⁵⁸⁰ gibi idarenin kamu hukukundan doğan yetkilerini kullanarak taşınmazın kentsel dönüşümü için gerekebilecek hususları kamunun müdahalesi ile sağlaması⁵⁸¹ yöntemleri de kullanılabilecektir. Kentsel dönüşümü gerçekleştirmek için kullanılan amaçlardan olan afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi hakkında 6306 sayılı Kanun 2014 yılında yürürlüğe girmiştir⁵⁸². 6306 sayılı Afet riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun, kamuoyunda “KENTSEL DÖNÜŞÜM” yasası olarak anılmış ise de bu kanun, daha çok ülkemizde meydana gelme ihtimali yüksek olan afetler neticesinde ortaya çıkabilecek can ve mal kaybını en aza indirmek, sağlıklı ve güvenli yaşam çevreleri oluşturmak amaçları ile çıkartılmıştır⁵⁸³. Kanunun amacı afet riski altındaki binaların güvenli hale getirilmesini sağlamaktır⁵⁸⁴. Kanun dönüşüme tabi tutulacak taşınmazları riskli yapılar ve riskli alanlar olarak belirlemiştir. Bir binanın 6036 sayılı Kanun kapsamında riskli yapı olarak kabul edilebilmesi için ilgili yapının “riskli yapı”⁵⁸⁵ olarak tespit edilmiş ve riskli yapının bulunduğu alanın ise Bakanlar Kurulu tarafından “riskli alan”⁵⁸⁶ olarak kararlaştırılmış olması gerekmektedir. Kanun kapsamında riskli

⁵⁷⁹ İnal, **a.g.e.**, s.8.

⁵⁸⁰ İnal, **a.g.e.**, s.10.

⁵⁸¹ İnal, **a.g.e.**, s.11.

⁵⁸² RG: 26.07.2014, S. 29072.

⁵⁸³ Murat Saraç, Kentsel Dönüşüm ve Gelişimi Sosyal Boyutu, Kentsel Dönüşümden Doğan Hukuki Sorunlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2014, s.78, “6306 Sayılı Kanun MADDE 1- (1) Bu Kanunun amacı; afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemelere dair usul ve esasları belirlemektir.”

⁵⁸⁴ İnal, bu kanunun kat mülkiyetine veya paylı mülkiyete ilişkin sistem ve esasları tümüyle değiştirmek ve aksayan yönleri düzeltmek; kat malikleri veya paydaşlar arasında önceden mevcut uyuşmazlıkların giderilmesini sağlamak; kat mülkiyeti veya paylı mülkiyet ilişkisini çözülmesini kolaylaştırmak; veya mülkiyetin mümkün mertebe tek elde toplanmasını sağlamak gibi bir amacı bulunmadığını vurgulamak gerektiğini belirtmektedir, **a.g.e.**, s.16-17 .

⁵⁸⁵ 6306 sayılı Kanun m.2/d ve Uygulama Yönetmeliği m.3/g hükmünde riskli yapı, “ riskli alan içinde veya dışında olup hep ekonomik ömrünü tamamlamış olan ya da yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığı ilmi ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen yapı” olarak tanımlanmıştır.

⁵⁸⁶ 6306 sayılı Kanun m.2/ç ve Uygulama Yönetmeliği m.3/f hükmünde riskli alan, “ zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıyan, Bakanlık veya İdare

yapı veya riskli alan ilan edilen taşınmazın dönüştürülebilmesi için öncelik, maliklerin kendi aralarında anlaşması ve dönüşümün malikler tarafından gerçekleştirilmesidir⁵⁸⁷. Maliklerin anlaşamaması durumunda⁵⁸⁸ hâkimin müdahalesine mi başvurulması gerektiği veya ortaklığın giderilmesi davası yoluna mı gidilmesi gerektiği hususunda kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. *İnal*, bu durumda TMK m.691/3 hükmü çerçevesinde hâkime başvurulması gerektiğini ve bu yol ile tüm paydaşların menfaatinin gözetildiği hakkaniyete uygun bir karar verilebileceğini kabul etmek gerektiği görüşündedir⁵⁸⁹.

6306 sayılı Kanun kapsamında ne şekilde olursa olsun riskli yapı ilan edilerek taşınmazın üzerindeki binanın yıkılması durumunda, taşınmazın önceki vasfı ile değerlendirmede bulunarak binanın mevcut malikleri adına payları oranında tescil edileceği hususu hüküm altına alınmıştır⁵⁹⁰. Riskli yapı ilan edilen bir taşınmazın yıkılması durumunda üzerinde bulunan taşınmazların 6306 sayılı Kanun 6.maddesi kapsamında riskli yapı ilan edildikten sonra taşınmaz üzerindeki bina yıkılarak arsa hâline gelen taşınmazlarda daha önce kurulmuş olan kat irtifakı veya kat mülkiyeti, ilgililerin muvafakatleri aranmaksızın Bakanlığın talebi üzerine ilgili tapu müdürlüğünce resen terkin edilerek, önceki vasfı ile değerlemede bulunularak veya malik ile yapılan anlaşmanın şartları tapu kütüğünde belirtilerek malikleri adına payları oranında tescil edilecek, taşınmazların niteliği resen mevcut duruma göre tescil edilecektir. Bu taşınmazların sicilinde bulunan aynı ve şahsi haklar ile temlik hakkını kısıtlayan veya yasaklayan her türlü şerh, hisseler üzerinde devam edecektir. Dönüşüme tabii riskli yapıların genel olarak üzerlerinde kat mülkiyeti kurulmuş taşınmazlar olduğu göz önünde bulundurulduğunda 6036 sayılı Kanun kapsamında dönüştürülmesi durumunda ortaya Kat Mülkiyeti Kanunu ve arsa payları bakımında birçok sorun ortaya çıkabilecektir⁵⁹¹.

tarafından Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının görüşü de alınarak belirlenen ve Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca kararlaştırılan alan” olarak tanımlanmıştır.

⁵⁸⁷6306 sayılı Kanun m.6/1, c.6, Kanunun uygulama yönetmeliği m.15/1.

⁵⁸⁸6306 sayılı kanun m.6/1, c.7 hükmü doğrultusunda kat malikleri veya paydaşların en az 2/3 çoğunluğu ile karar alınamaması halinde.

⁵⁸⁹*İnal*, **a.g.e.**, s.110 vd.

⁵⁹⁰6306 sayılı Kanun m.6.

⁵⁹¹ Bu sorunlar bizim konumuzun kapsamı dışında kaldığından dolayı belirtmiyoruz.

6306 sayılı Kanun kapsamında kat mülkiyetine tabi binanın yıkılması durumunda, bu binadaki kat mülkiyeti yani maliklerin bağımsız bölüm üzerindeki mülkiyet hakkı sona erecek⁵⁹² ve bağımsız bölümler üzerindeki mülkiyet hakları arsa payları oranında, arsa üzerinde paylı mülkiyet şekline dönüşecektir⁵⁹³. Önalım hakkı bakımından ise sorun, daha önce kat mülkiyetine tabii riskli yapının dönüşümü kapsamında paylı mülkiyete tabii taşınmaz haline gelen yapının yıkılarak yeniden dönüştürülmesine kadar geçen zaman içerisinde; pay sahibi, payını başka birine devrettiğinde diğer pay sahiplerinin önalım hakkını kullanıp kullanamayacağı şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Daha önce katlı mülkiyete tabii olduğu için önalım hakkını kullanamayan paydaş, kat mülkiyeti niteliği sona eren bu taşınmazda önalım hakkı kullanabilecek midir? Kanaatimizce burada da tıpkı kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulacak taşınmazlarda önalım hakkının kullanılmasının istenilmesi durumundaki dürüstlük kuralına aykırılık ile benzer bir hal söz konusudur. 6306 sayılı Kanun kapsamında riskli yapı veya riskli alan olarak tespit edilmesinin amacı riskli alan veya yapıların kanun kapsamında dönüştürülerek riskli yapı veya riskli alan hali sonlandırılarak yine 6306 sayılı Kanun kapsamında maliklerine geri verilerek yeniden kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmasıdır⁵⁹⁴. Bu durumda riskli alan veya yapının tekrar dönüştürülene kadar önalım hakkının kullanılması, kanunun amacına da ters düşecek ve dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir. Bu nedenle 6306 sayılı Kanun kapsamında dönüşümü yapılan binalar üzerinde önalım hakkı sahibinin önalım hakkını kullanması dürüstlük kuralı sebebiyle engellenecektir. Ayrıca kat mülkiyetine tabi riskli yapının yıkılması durumunda paylı mülkiyete tabi taşınmaz üzerinde yeniden bir bina yapılması ve dairelerin paydaşlar arasında paylaşılmış olmasında, yukarıda da ayrıntılı olarak belirttiğimiz üzere, fiili taksim söz konusu olacak ve bu taşınmazlar kat mülkiyetine geçmemiş olmasalar dahi dürüstlük kuralı doğrultusunda önalım hakkı kullanılması engellenecektir⁵⁹⁵.

⁵⁹² İnal, **a.g.e.**, s. 37; KMK m.47.

⁵⁹³ İnal, **a.g.e.**, s.38.

⁵⁹⁴ 6306 sayılı kanunun amacının “tasfiye ve yenilemelere” denilmesi ile riskli yapılarının yıktırılması durumunda yeniden yaptırılması olduğu açıkça vurgulanmaktadır, İnal, **a.g.e.**, s.120.

⁵⁹⁵ İnal, **a.g.e.**, s.123 vd.

5. Önalım Hakkı Kullanılırken Gabin İddiası

Gabin (aşırı yararlanma), bir sözleşmede bir tarafın edimi ile diğer tarafın edimi arasında açık oransızlık bulunması durumudur. TBK m.28’de düzenlenen gabinin esası, bir sözleşmede bir tarafın edimi ile diğer tarafın edimi arasında açık bir oransızlık bulunmasıdır. Böyle bir oransızlık; bir tarafın zor durumda olmasını, düşüncesizliğini veya deneyimsizliğini diğer tarafın kötüye kullanmasıdır. Aşırı yararlanmanın mevcut olması durumunda aşırı yararlanmadan zarar gören taraf, ya sözleşmeyi iptal ederek edimin geri verilmesini ya da sözleşme ile bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir⁵⁹⁶. Zarar gören söz konusu seçimlik haklarını; düşüncesizlik veya deneyimsizliği öğrendiği, zor durumda kalmada ise bu durumun ortadan kalktığı tarihten itibaren bir yıl ve her hâlükârda sözleşmenin kurulmasından itibaren beş yıl içerisinde kullanmalıdır.

Önalım hakkı kullanılırken gabin iddiası sözleşmenin geçerliliğini etkileyecektir. Önalım hakkına konu olan sözleşme iptal edilebilirlik yaptırımı ile karşı karşıya kalacağından önalım hakkının varlığı da etkilenecektir. Aşırı yararlanma (gabin) durumunda kanun koyucu zarar görene iptal hakkı ve edimler arasındaki oransızlığını giderilmesini talep etme olmak üzere iki tane seçimlik hak tanımıştır. TBK m.28’de hangi durumlarda iptal hakkının hangi durumlarda edimler arasındaki oransızlığın giderilmesinin istenebileceği konusu açık olarak belirtilmemiştir. Kanun koyucu madde lafzında “durumun özelliğine göre” ibaresini kullanarak bu hususta tarafları bağlayan sınırlandırmalar getirmemeyi tercih etmiştir. Bu durumda aşırı yararlanmaya maruz kalanın seçtiği hakkın, somut olayın (durumun) özelliğine uymadığı yönünde yararlananın itiraz etmesi halinde hâkim hangi hakkın kullanılacağına karar verebilecektir⁵⁹⁷. Dolayısıyla önalım hakkı bakımından aşırı yararlanmanın mevcut olduğu bir satım sözleşmesinde zarar görenin iptal hakkını kullanması durumunda sözleşme baştan itibaren geçersiz hale gelecek olup⁵⁹⁸ önalım hakkı kullanılmış veya kullanılmak isteniyorsa burada, geçersiz bir sözleşme bakımından önalım hakkı kullanılmak istendiği için önalım hakkı kullanılamayacaktır.

⁵⁹⁶Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.136 vd.

⁵⁹⁷Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.139

⁵⁹⁸Aşırı yararlanma durumunda sözleşme baştan itibaren geçerlidir, ancak zarar gören hak düşürücü süresi içinde iptal hakkını kullanarak sözleşmeyi baştan itibaren hükümsüz hale getirebilir. Doktrinde bu durum “bozulabilir geçerlilik” olarak yer almaktadır; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.140

Fakat önalım hakkı kullanıldıktan sonra zarar gören tarafın gabin iddiası, somut olay bazında hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyor ise dikkate alınmayacaktır. Özellikle uygulamada, tapuda taşınmazın devrinde alınan harç ve vergi masraflardan kaçmak için önalım hakkı yükümlüsü ve alıcı üçüncü kişi; taşınmazın gerçek değeri altında bir bedeli, satış bedeli olarak gösterdiğinde ve önalım hakkı sahibi de bu satışı esas alarak önalım hakkını kullanırken tapudaki bedel üzerinden hakkını kullanmak istediğinde önalım davasında davalı tarafın bedelde muvazaaa iddiası, Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları gereğince dinlenmeyeceğinden; davalı taraf veya tarafların gabin iddiasında bulunarak bu tarzda yapılan sözleşmeyi geçersiz kılmak istediklerine⁵⁹⁹ rastlanmaktadır. Bu hususu dikkate alarak Yargıtay, genel olarak önalım davası açıldıktan sonra ileri sürülen gabin iddialarının dinlenmeyeceğini, bunun TMK m.2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olacağını kabul etmektedir⁶⁰⁰.

Şıpka, ayrıca önalım davası sırasında paydaş olan önalım yükümlüsünün önalım hakkı sahibinin hakkının kullanmaması amacıyla gabin iddiasında bulunduğu ve muvazaalı bir işlem yapıldığının önalım hakkı sahibi tarafından kanıtlanması durumunda, önalım yükümlüsünün gabin iddiasını bertaraf edeceğini düşünmektedir. Ayrıca davalı tarafın gabin iddiasının gerçek olması durumunda da önalım hakkı sahibinin gerçek bedeli ödemeyi teklif etmesi halinde önalım hakkının kullanılmasını sağlayan önalım olayının geçersizliğinden dolayı önalım davasının reddedilmemesi gerektiğini, önalım davası dinlenerek gerçek bedel üzerinden varılması gereken sonuca ulaşılabilceğini de belirtmektedir⁶⁰¹.

Aşırı yararlanma durumunda zarar gören taraf edimlerin oransızlığının giderilmesini talep ettiği durumlarda ise var olan sözleşme geçerli bir sözleşme haline gelecek sadece gerçek sözleşme bedelinin belirlenmesi hususu gündeme gelecektir. O yüzden bu tür durumlarda öncelikle sözleşme bedelinin belirlenmesi gerekecek ve gerçek bedel üzerinden önalım hakkı sahibi önalım hakkını kullanacaktır. Kanaatimizce bu durumda gerçek bedel üzerinden önalım hakkının kullanılması ve zarar görenin bu iddiası dürüstlük kuralı kapsamında kalmayacaktır.

⁵⁹⁹Şıpka, **a.g.e.**, s.68 vd

⁶⁰⁰ Şıpka, **a.g.e.**, s.68, Yargıtay HGK, 6.2.1957 T., 1/4 E., 20 K., Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 191

⁶⁰¹ Şıpka, **a.g.e.**, s. 69.

6. Önalım Hakkı Kullanılırken Muvazaa İddiası

Muvazaa, iki tarafın iradeleri ile beyanları arasında kendilerinin isteyerek uyumsuzluk olması ve tarafların anlaşarak yaptıkları sözleşmenin hiç hüküm doğurmaması veya görünüşteki sözleşmeden başka bir sözleşmenin hüküm doğurması şeklinde anlaşmalarıdır⁶⁰².

Muvazaa hüküm doğurma biçimlerine göre adi muvazaa ve nitelikli muvazaa olarak ikiye ayrılır. Taraflar muvazaalı sözleşme hiç hüküm doğurmayacağı konusunda anlaşmışlarsa basit (adi) muvazaa, taraflar muvazaalı sözleşmenin arkasında başka bir sözleşme gizlemek konusunda anlaşmışlar ve gizli sözleşmenin hükümlerinin meydana gelmesi konusunda anlaşmışlarsa nitelikli muvazaadan söz edilmektedir⁶⁰³.

Önalım hakkına konu olan sözleşmenin basit muvazaa ile sakatlanması durumunda önalım hakkı sahibinin hakkını kullandıktan sonra durumunun ne olacağını yukarıda belirtmiştik⁶⁰⁴. Basit muvazaa durumunda önalım yükümlüsü satıcı paydaş veya alıcı üçüncü kişi tarafından önalım davasında muvazaa savunmasının dile getirilmesi halinde Akalp-Demirtabak, hakkın kötüye kullanma yasağından yola çıkarak bu savunmanın kabul edilmemesi gerektiğini belirtmektedir⁶⁰⁵. Bir başka görüş ise önalım hakkı sahibi hakkını kullandıktan sonra önalım hakkı yükümlüsü satıcı paydaş ile alıcı üçüncü kişi basit muvazaa iddiasında bulunursa ve muvazaanın gerçekleştiğinin sabit bulunması durumunda önalım yükümlüsü ile alıcı üçüncü kişi arasında gerçekleşen satış sözleşmesi kesin hükümsüz, tapudaki tescil ise yolsuz tescil olduğundan önalım yükümlüsü satıcı paydaş yolsuz tescilin düzeltilmesine yanaşmadığı takdirde Şıpka bu durumda TMK m.2/II hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık söz konusu olacağı için burada aslında önalım hakkı sahibine karşı da bir muvazaanın varlığından söz etmektedir⁶⁰⁶. Tüm bu görüşler ışığında önalım yükümlüsü ile alıcı arasında yapılan satış sözleşmesi muvazaa sebebiyle hükümsüz hale geldiği takdirde ortada geçerli bir sözleşmenin varlığından söz edilemeyeceğinden önalım hakkı da kullanılamayacaktır. Fakat bu durumda muvazaa

⁶⁰² Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.130; Aday, **a.g.e.**, s.5 vd.

⁶⁰³ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.131; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s.345-346; Aday, **a.g.e.**, s.5 ve s.12.

⁶⁰⁴ Bkz. III. Bölüm, s.71 vd.

⁶⁰⁵ Akalp-Demirtabak, **a.g.e.**, s.61.

⁶⁰⁶ Şıpka, **a.g.e.**, s.70.

iddiasının ne zaman ve kim tarafından dile getirildiği de önem arz etmektedir. Önalım hakkı sahibi önalım davasını açtıktan sonra alıcı davalı kişinin muvazaa iddiasında bulunması durumunda hakim somut olay çerçevesinde bu iddianın hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğuna karar vererek bu iddiayı dinleyemeyebilecektir.

Nitelikli muvazaada ise taraflar kendi aralarında satış sözleşmesi yaptıkları halde bu durumun gerçek iradelerini yansıtmadıklarını gerçek amaçlarının bağış ya da trampa olduğunu iddia etmeleri halinde önalım hakkını engellemek için kötü niyetle bu iddiayı ileri sürdükleri dikkate alınarak hakkın kötüye kullanılması yasağı dikkate alınarak tarafların bu iddiaları dinlenmeyecektir⁶⁰⁷. Fakat tarafların görünürde satış sözleşmesinden başka bir sözleşme kararlaştırdıkları halde tarafların gerçek iradelerinin satış olduğu hususunda anlaşmaları durumunda farklı görüşlerin olduğunu yukarıda belirtmiştik⁶⁰⁸. Şıpka ise bu durumda da alıcı veya paydaşın önalım hakkı sahibi önalım hakkını kullandıktan sonra muvazaa iddiasında bulunulmasını hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık kabul edilerek önalım hakkının kullanılması gerektiğini savunmaktadır⁶⁰⁹.

Ayrıca nitelikli muvazaada görünürdeki işlemin ardına gizlenen sözleşmenin şekil şartına uyulmadığı için geçersiz olsa da eğer ki görünürdeki işlemin muvazaalı yapıldığını, asıl yapılmak istenen sözleşmenin satış sözleşmesi olduğu ispat edilirse bu durumda önalım hakkı kullanılabilir⁶¹⁰. Bu halde satış sözleşmesinin şekil olarak geçersiz olduğunun ileri sürülmesi MK. m.2/II 'ye göre hakkın kötüye kullanılması niteliğinde değerlendirilecektir⁶¹¹.

⁶⁰⁷ Feyzioğlu, **a.g.e.**, 418-419; Sebük, **a.g.e.**, s.88; Şıpka, **a.g.e.**, s.73; Aday, ise bu durumda somut olayın özelliğine göre bu iddianın hakkın kötüye kullanılması yasağı niteliğinde taşıyıp taşımadığı değerlendirilmeli ve bu duruma göre önalım hakkının kullanılıp kullanılamayacağına karar verilmesi gerektiğini savunmaktadır, **a.g.e.**, s.80.

⁶⁰⁸ Bkz. III. Bölüm s.71 vd.

⁶⁰⁹ Şıpka, **a.g.e.**, s.75; Yargıtay 6.HD. 21.1.1986 T., 85-14055/399 sayılı kararı (YKD.1986, S.5, s.663); Odabaşı Erbek, **a.g.m.**, s. 1017, ayrıca Odabaşı bağışın veya önalım hakkı kullanımının mümkün olmadığı bir devir işleminin satış olarak gösterilmesi halinde, önalım hakkını kullanan paydaşa karşı, muvazaalı işlemin taraflarının muvazaa dermeyerinde bulunduğu her halde, hakkın kötüye kullanım olduğunun söylenemeyeceğini belirtmiştir.

⁶¹⁰ Şıpka, **a.g.e.**, s.75; Özenli, **a.g.e.**, s.134-135-136; Ertaş, **a.g.e.**, s.380; Ayan, Mülkiyet, s.392.

⁶¹¹ Şıpka, **a.g.e.**, s. 75- 77. Tekinay, bu durumda böyle bir çözüm tarzına gerek kalmadan, gizli satış sözleşmesindeki şekil eksikliğinin, görünürdeki bağış sözleşmesinin şekliyle tamamlanacağını ve bu satış işleminin geçerliliği sonucunda, önalım hakkının kullanılabilirliğini belirtmiştir. Tekinay, Takyitler, s. 27 ve 61-62.

Muvazaa her zaman sözleşmenin tamamını kapsamayabilmekte bazı durumlarda ise sözleşmenin bazı hükümlerinde muvazaa söz konusu olabilmekte ve bu durum kısmi muvazaa olarak adlandırılmaktadır⁶¹². Örneğin tarafların aralarında kararlaştıkları bedelin yazılı yapmış oldukları satış sözleşmesine göre bedelin düşük veya yüksek gösterilmesi durumlarında kısmi muvazaadan söz edilmektedir.

Bedelde muvazaa durumunda taraflar yapmış oldukları sözleşmede kendi aralarında kararlaştırmış oldukları sözleşmeye göre bedelin yüksek veya düşük gösterebilmektedirler. Önalım hakkında özellikle satış bedelinin harçlardan kaçınmak amacıyla resmi senette düşük gösterilmesi söz konusu olabilmektedir. Resmi senette bedelin düşük gösterilme durumunu önalım hakkı sahibi biliyor ve önalım hakkını kullanmayacağına dair önalım yükümlüsü satıcı paydaşta bir güven oluşturmuşsa bu durumda önalım hakkını kullanmak istemesi durumunda hakkın kötüye kullanılması niteliğinde sayılacağından önalım hakkı sahibi dürüstlük kuralı gereği bu hakkını kullanamayacaktır⁶¹³. Yargıtay, tapuda bedelin düşük gösterilip bu durumun davalılarca dava açılmadan önce vergi dairesinde eksik harcı tamamlamış olması durumunda davalılarca bedelin daha yüksek olduğuna ilişkin savunmanın hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmayacağını, tapudaki değer in dava açılmadan önce düzeltildiğinden bu durumu davacının kabul etmemesini hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmektedir⁶¹⁴.

⁶¹² Oğuzman, **a.g.e.**, s. 131, Aday, **a.g.e.**, s. 54 vd.

⁶¹³ Şipka, **a.g.e.**, s. 77 .

⁶¹⁴ Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, 07.09.2020 T., 2019/3186 E., 2020/4622 K., sayılı kararı; “*Dava konusu olaya gelince; resmi satış sözleşmesine göre, davalı dava konusu taşınmazlardaki payları 24.11.2015 tarihinde toplam 9.240,00TL’ye satın almış; davalı tarafından dosyaya ibraz edilen Gelendost Vergi Dairesinin 25.11.2015 tarihli, Afşar 2347, 7149 ve 7150 parseller için ek harç açıklama, 1.950,00TL miktarlı vergi dairesi alıncısına göre, davalının gerçek değer olarak ifade ettiği miktar üzerinden harcı tamamladığı anlaşılmıştır. Bu düzeltme işlemi, önalım davasının açıldığı 04.12.2015 tarihinden önce tamamlanmıştır. Davalı taraf, satış sözleşmesinde yer alan ve satış bedelinden kaynaklanan hatayı dava açılmadan önce yetkili mercie başvurmak suretiyle düzelttirmiştir. Buradaki mesele; davalı tarafın, dava açılmadan önce resmi olarak düzenlenen sözleşmedeki herhangi bir hatayı düzelttirmeye hakkı ve yetkisinin bulunup, bulunmadığı; eğer düzeltme yapılmış ise bu düzeltmenin sözleşme dışındaki üçüncü kişilere etki edip etmeyeceğidir.*

Taşınmaz mal mülkiyetinin kanundan kaynaklanan daraltımlarından biri olan önalım hakkıyla ilgili yorumların ve değerlendirmelerin, mülkiyet hakkının özüne zarar verecek şekilde önalım hakkı sahibine genişletilmesi doğru değildir. Bu nedenle, dava açılmadan önce gerçekleşen satış ve düzeltme işlemlerinin, bir bütün halinde ve hepsine eşit değer vererek mevcut durumun değerlendirilmesi gerekir. Önalım davasına konu satış sözleşmesine ve buradaki bilgilere dayanarak talepte bulunan davacının, dava açılmadan önce bu sözleşmedeki bir hatanın düzeltilmesine yönelik davalı işlemini kabul etmemesi 4721 sayılı Kanunun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı ile

7. Zimni Feragat mı Dürüstlük Kuralı mı?

Hakkın kötüye kullanımının bir görünümü olan “yaratılan güvene aykırı davranış” halinin, yasal önalım hakkının kullanımında başka şekillerde de görülmesi mümkündür. Özellikle önalım hakkı kullanılırken önalım hakkı sahibi, önalım olayı sayılan satış sözleşmesinin başlangıcında hazır bulunuyorsa ve hatta bu sözleşmede aracılık etme⁶¹⁵, tanıklık yapma⁶¹⁶ gibi aktif bir rol oynamışsa, bunun yanı sıra kendi payını da satmak istemiş ve hatta bunun için pey akçesi bile almışsa⁶¹⁷ veya paylı mülkiyete konu taşınmazın oybirliği ile satımına katılmışsa⁶¹⁸ ve tüm bunlara rağmen önalım hakkını kullanmayı talep etmesi durumunda MK. md. 2/II’ye göre hakkın kötüye kullanılması hali mevcut olacaktır.⁶¹⁹

Aynı şekilde Yargıtay, paydaşların noterde yaptıkları bir sözleşme ile yasal önalım hakkından vazgeçtiklerini ve herhangi birisinin yapacağı pay satışında hakkını kullanmayacaklarını taahhüt etmelerinden sonra, tapu memurunun eksik işlem yapması sonucu tapuya şerh edilmeyen bu taahhüde rağmen önalım davasının açılmasını hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmiştir⁶²⁰. Bu konuda doktrinde verilen başka bir örnek de; paydaşlardan birinin, kendisine ait bir pay için bir üçüncü kişiye karşı satış vaadinde bulunması ve fakat aynı üçüncü kişiye karşı diğer paydaş tarafından devredilen pay için önalım davası açması halidir. Burada Tekinay’a göre⁶²¹, yasal önalım hakkı sahibi, önalım hakkından vazgeçtiğini, satış vaadinde bulunduğu kişiye karşı davranışıyla göstermiştir. Dolayısıyla, vaatte bulunanın, vaatte bulunduğu kişiye karşı önalım hakkını kullanması “çelişkili davranıştır”. Yargıtay ise verilen bu örnekte “çelişkili davranışın” varlığını kabul etmemiştir⁶²². Erkan, bu durumda ilgili

bağdaşmaz. Davanın 58.000,00TL satış bedeli üzerinden kabulü gerekirken, 9.240,00TL üzerinden kabulü hukuka uygun değildir.” , uyarı | ulusal yargı ağı bilişim sistemi, Erişim tarihi: 01.09.2022

⁶¹⁵Tekinay, **a.g.e.**, s.64

⁶¹⁶Tekinay, **a.g.e.**, s.65

⁶¹⁷Şıpka, **a.g.e.**, s.173; Tekinay, **a.g.e.**, s.65

⁶¹⁸ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.617; Ayan, **a.g.m.**, s. 345; Tekinay, Takyitler, s. 43

⁶¹⁹Erkan, **a.g.m.**, s.112

⁶²⁰Yarg. 6.HD.02.07.1969 T., E.1969/6-383, K.2005/653. “YHGK. 02.07.1969 T., 967/6-383,653 sayılı kararı bkz.(Ank.BD.1971,S.2, 281 vd. Şıpka, **a.g.e.**, s. 172’ den naklen).

⁶²¹Tekinay, **a.g.e.**, s.65.

⁶²²Yargıtay, bu olayda vaatte bulunan paydaş tarafından açılan önalım davasında, davalı olan tarafın (lehine taşınmaz satış vaadinde bulunulan kişi), şufa davacısına (vaatte bulunan önalım hakkı sahibi) satış vaadine dayanarak tescile zorlama davası açması halinde, bu davanın sonucunun beklenilmesine karar vermiştir. (bkz. YHGK. 06. 07. 1977 T. ve 1977/6-535 E., 1977/701 K. sayılı kararı. YKD, 1979, sa. 10, s. 1395).; Takış, **a.g.m.**, 99; Tekinay’a göre, bu karar son derece yanlış bir karardır. Tescile zorlama davası neticesinde mülkiyeti geçiren mahkeme kararı, geçmişe etkili değildir. Vaatte bulunan

paydaşın kendi payını, satış vaadine konu yapmasının altında ekonomik olarak zor bir dönemde bulunmak gibi bir sebep yatabileceğinden; zor durumda olan paydaşın, satış vaadinde bulunması, vaatte bulunduğu kişiye karşı yasal önalım hakkından vazgeçtiği anlamına gelmeyeceğini ve daha sonra durumu düzelen ve satış vaadinde bulunan paydaşın, vaatte bulunduğu kişinin önalım olayında alıcı üçüncü kişi olması durumunda bu üçüncü kişiye karşı önalım hakkını kullanmasını hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendiremeyeceğini savunmaktadır⁶²³.

Eski Medeni Kanun döneminde, aslında tüm bu çelişkili davranış yasağına aykırı haller aynı zamanda zımni feragat olarak da nitelendirilebiliyordu⁶²⁴. Fakat yeni kanunumuz ile birlikte davacının önalım hakkından feragatin yazılı şekilde yapılmasına ilişkin düzenleme getirilmiştir. Söz konusu davranışların yazılı şekle uyulmadan yapılması durumunda feragat olarak adlandırılmayacaktır. Dolayısıyla, bu değişiklikten sonra belirtilen hallerde zımni feragatten değil, hakkın kötüye kullanımı hallerinden bahsedilmelidir. Davacının önalım hakkından feragat ettiğine dair satıcıda somut olarak belirlenecek şekilde güven uyandırması durumunda önalım hakkını kullanmak istemesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir.

Nitekim aynı şekilde payın satılmasında aracılık eden, tanıklık eden paydaşın daha sonra önalım hakkını kullanmak istemesi durumunda da yine dürüstlük kuralı devreye girecek ve kişinin önalım hakkını kullanması sınırlanacaktır. Ayrıca pay sahibinin payını daha önceden davacıya teklif edilmesi ve kişinin istemediğini beyan etmesi fakat daha sonra önalım hakkını kullanmak istemesi durumunda önalım hakkını dürüstlük kuralı gereğince kullanamayacaktır. Burada önem arz eden husus ise bu teklifin niteliğidir, bu teklifi pay sahibinin davacının kullanamayacağını bildiği bir zamanda ve kullanamayacağı nitelikte taşınmazın değerinden çok daha fazla bir miktara teklif edilmesi durumunda yukarıda belirttiğimiz üzere gabin iddiası gündeme geleceğinden bu husus taşınmazın satılması için bir teklif olmayacaktır. Fakat davacının satıcıya yapılan teklif ile tüm koşullar aynı şekilde yapılmış bir teklifi kesin bir şekilde reddetmiş ve pay sahibinde önalım hakkı sahibinin almayacağına dair bir

paydaş hâlâ maliktir ve iyi niyet kurallarına uygun olmak kaydıyla her zaman önalım hakkını kullanabilir. Tekinay, **Takyitler**, s. 65.

⁶²³ Erkan, **a.g.m.**, s. 113 .

⁶²⁴ Şıpka, **a.g.e.**, s.173.

güven oluşturulmuşsa bu durumda davacının önalım hakkını kullanmak istemesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği söylenebilir. Davacının kötü niyetli olarak önalım hakkını kullandığını ve kötü niyetini davalı taraf kanıtlamalıdır.

8. Taşınmazın Satışının Kitle İletişim Araçları Aracılığı İle Yapılması Halinde Önalım Hakkının Kullanılması

Günümüzde kitle iletişim araçlarının⁶²⁵ kullanılmasının yaygınlaşması ile birlikte taşınmazlar veya taşınırlar da kitle iletişim araçlarının sağladığı kolaylık kullanılarak satılabilmektedir. Hatta özellikle amacı taşınmaz ve taşınırların satılmasını sağlayan ilan siteleri aracı kılınarak taşınmaz satışları çok fazla yaygınlaşmıştır. Herkesin erişebileceği ve görebileceği bu tarz sitelerde veya kitle iletişim araçları ile taşınmazın satılması hususunu ilan eden pay sahibinin payını 3. kişiye satması durumunda önalım hakkı sahibinin önalım hakkını kullanmak istemesi durumunda alıcının pay sahibinin taşınmazın satılacağını bildiği, önalım hakkını kullanmak istemesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği şekilde savunması gündeme gelebilmektedir. Böyle durumlarda söz konusu taşınmazın satıldığını davacı kişinin bilmesi veya taşınmazın satılacağını bildiğinin ispat edilmesi durumlarında dahi kanunda öngörülen şekilde taşınmazın satılacağını bildirilmediği durumlarda kişi o kişinin taşınmazın satılacağını bildiğini iddia edemeyecektir. Bu hususta Türk Medeni Kanunu'nun m.733/3 hükmü ve Türk Borçlar Kanunun m.242 hükmü ile önalım olayının alıcı veya satıcı tarafından yasal önalım hakkında diğer paydaşlara, sözleşmeden doğan önalım hakkında önalım hakkı sahibine bildirileceği düzenlenmiştir. Ayrıca kendisine noter bildirimi yapılmayan davacının TMK m.733/III ile düzenlenen sürelerle uymadığı gerekçesiyle önalım hakkını kullanmamış sayılmasına ilişkin davalının iddiası TMK m.2 ve m.3 kapsamında dinlenilemez⁶²⁶. Zira bildirim koşulu ile amaç hukuk güvenliğini sağlamanın yanı sıra alıcı ve satıcıya taşınmazını satın alındığına dair bildirmesi gerektiği yükümlülüğü getirilmiştir. Bu nedenle alıcı veya satıcının davacının süresi içerisinde önalım hakkını kullanmadığı iddiası dürüstlük kuralı gereğince dinlenmeyecektir.

⁶²⁵ “Kitle iletişimi” veya “Kitle haberleşmesi”, kitle iletişim araçları adı verilen basın, radyo-televizyon, sinema filmleri, videobantları ve internet ile yapılan her türlü yayınları kapsayan bir kavramdır. Ebru Çetin, KİTLE İLETİŞİM ARACI OLARAK İNTERNET VE HUKUK İLİŞKİSİ: TÜRKİYE ÖRNEĞİ, *Sosyoloji Dergisi*, Sayı:33, 1-13, 2016,s.1.

⁶²⁶ Bu hususa ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. II. Bölüm s.42 vd

Davalının davacının kitle iletişim araçları ile taşınmazın satılacağını bildiği halde almak için herhangi bir girişimde bulunmadığını ispatlaması durumunda dahi alıcı veya satıcı tarafından kanuna uygun bir şekilde bildirim yapılmadığından bu iddiası dinlenmeyecektir. Nitekim İstanbul Bölge Adliye Mahkemeleri 7. Hukuk Dairesi sahibinden.com adlı sitede ilan verildiği ve bu hususun davacı tarafından bilindiğinden önalım hakkını kullanmak isteyen davacının kötüniyetli olduğunu iddia eden davalının savunmasını “TMK’nın 732 vd maddelerinin esas alınması düzenlendiğine göre, davalı dava konusu taşınmazı edinmesinden sonra davacıyı satın almasına ilişkin TMK’nın 733/3 maddesi uyarınca noter bildirimi ile bilgilendirmemiş, bilgilendirdiğini iddia ve ispat etmemiştir. Davacının davalının edimini noter bildirimi dışında bir yolla öğrenmesinin hak düşürücü işlemesine bir etkisi bulunmamaktadır.” şeklinde belirterek bu hususu kararında açıkça belirtmiştir⁶²⁷.

Fakat davalı, davacının bu sitelerde görerek alıcı olarak ilan sahibine ulaştığı, pazarlık yaptığı fakat daha sonra almaktan vazgeçtiğini kanıtlaması durumunda farklı bir değerlendirme yapmak gerekecektir. Bu durumda davacının önalım hakkını kullanmak istediğinden feragat ettiğine dair alıcı veya satıcıda güven oluşturulduğuna dair somut deliller bulunduğu takdirde davacının önalım hakkını kullanmak istemesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceğinden kullanılamayacaktır⁶²⁸.

9. Taşınmazın Değerinin Fahiş Miktarlarda Değişmesi Halinde Önalım Hakkının Kullanılması

Önalım hakkını kullanılması için kanunumuz 3 ay ve 2 yıl olmak üzere iki farklı süre öngörmüştür. Bu süreler hak düşürücü sürelerdir. Önalım hakkı sahibi önalım hakkını alıcı veya satıcı kendisine bildirim yapıldıktan sonra 3 ay içinde kullanması gerekmektedir. Bu bildirimin yapılmaması veya eksik yapılması durumlarında ise 3 aylık süre başlamayacaktır fakat bu durumda da önalım hakkı sahibi satışın yapıldığı tarihten itibaren 2 yıl içerisinde önalım hakkını kullanmak için dava açılmadığı takdirde hak düşürücü süre geçtiğinden ötürü önalım hakkı sahibi bu hakkını kullanamayacaktır. Eski Medeni Kanun böyle bir azami bir süre öngörülmediği için önalım davası önalım hakkına konu olan şey satıldıktan sonra

⁶²⁷ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi 24.01.2019 T. 2018/1376 E.2019/94 K, [uyap | ulusal yargı ağı bilişim sistemi](#).. Erişim Tarihi: 01.12.2022

⁶²⁸ Bkz. IV. Bölüm s.125.

aradan uzunca bir süre geçtikten sonra açılabilmekteydi. Bu durumda taşınmazın satış bedeli ile güncel bedeli arasında çok fazla fark olduğundan ötürü hakkaniyete aykırı bir durum oluşabilmektedir. Yargıtay'ın bu durumda taşınmazın önalım hakkının kullanıldığı tarihteki gerçek değer (rayiç değer) esas alınması yönünde kararları mevcuttur⁶²⁹. Türk Medeni Kanunda öngörülen azami süreler çok uzun olmadığı ve kanunda alıcı ve satıcıya bildirim yükümlülüğü getirildiği için söz konusu farkın çok olmayacağından bu durumun dikkate alınmaması kabul edilebilir. Hatta bu hususa ilişkin olarak Yargıtay, vermiş olduğu bir kararda davalının satışı noter aracılığıyla önalım hakkı sahibine bildirmediği için dava tarihi ile satış tarihi arasında sürenin geçmesine kendi kusurlu eylemi ile sebep olduğu için önalım bedelinin keşif ile belirlenmesini isteyemeyeceğini, dava değerinin tapuda belirtilen satış bedeli ve satış sebebiyle yapılan tapu, harç ve masraflar tutarı üzerinden belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir⁶³⁰.

Davalı davacının iki yıllık sürenin bitmesine az bir süre davayı açtığını ve taşınmazın değerinin enflasyon oranının değişkenlik göstermesinden dolayı çok fazla artmış olmasından kaynaklı kötü niyetli olarak önalım hakkını kullanmak istediğine ilişkin iddiada bulunabilmektedir. Söz konusu durumda bildirimde bulunmayan veya geç bulunan davalının davacının önalım hakkını 2 yıllık hak düşürücü süre geçmesine yakın kullanıldığına ilişkin bir kötü niyet iddiası dinlenmeyecektir⁶³¹. Burada önemli olan husus davacının hak düşürücü süre içerisinde önalım hakkını kullanıp kullanmadığıdır. Fakat önalım hakkı sahibinin tapuda gösterilen bedelin taşınmazın rayiç bedelinden düşük olduğunu bildiği ve davalı tarafından bu husus ileri sürüldüğü halde davacının hala tapuda belirtilen bedel üzerinden kullanmak istemesi durumunda hakkın kötüye kullanılması söz konusu olabilecektir⁶³². Nitekim buradaki sorun

⁶²⁹ Bkz. IV. Bölüm s.125.

⁶³⁰ Ayan, **Mülkiyet**, 411; Yargıtay 6. HD, 22.2.2005, 2005/10357 E., 2005/1348 K. <https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 13.12.2022

⁶³¹ Ayrıca Odabaşı Erbek; tarafların düşük harç, vergi ödemek için bedeli de düşük göstermiş olmaları halinde davalı alıcının bu husus davacı önalım hakkı sahibine ileri sürmesinde yani bedelin muvazaalı olduğunu söyleyip gerçek bedeli ispat edip önalım hakkının bu bedel üzerinden kullanılmasını istemesinde kötüye kullanılan bir hak olduğunu düşünmemektedir, **a.g.m.**, s.1045

⁶³² Odabaşı Erbek, **a.g.m.**, s. 1045

yapılacak keşifle ile belirlenecek rayiç bedel üzerinden önalım hakkının kullanılması ile çözülebilecektir⁶³³

Burada ayrıca tapudaki bedel üzerinden önalım hakkının kullanılması durumunda satış tarihindeki değeri ile dava tarihi arasındaki değeri arasında fahiş miktarda bir artış olduğu ve bu artışın tarafların veya taşınmazın niteliğinden kaynaklanmaması durumunda davacı tarafça sebepsiz zenginleşmeye sebep olunup olunmayacağı irdelenerek sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde taşınmazın değerinin denkleştirici adalet ilkesi uyarınca belirlenerek bedelin depo edilmesi gerekmektedir. Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri kararlarında özellikle dava açıldığı tarih ile taşınmaz bedelinin depo edilmesi için verilen mahkeme ara kararının tarihi arasında zaman farkı bulunduğunda bu durumun davalının sebepsiz zenginleşmesine sebep olacağından bu hususun bilirkişiler tarafından tespit edilerek aradaki farkın da depo edilmesi gerektiğini kararlarında belirtmektedir⁶³⁴.

C. Dürüstlük Kuralının Önalım Hakkının Sınırlarına Etkisi

Önalım hakkının sınırlarından biri olarak yer alan dürüstlük kuralının yukarıda belirttiğimiz durumlar dışında da uygulama alanları bulunmaktadır. Dürüstlük kuralı genel ve birçok prensibin üstünde yer alan bir ilkedir. Dolayısıyla bu prensibin uygulama alanını daraltmak mümkün değildir. Dürüstlük kuralının söz konusu niteliği

⁶³³ Tandoğan, **a.g.e.**, s.238; Esener/Güven, **a.g.e.**, s.314; Şıpka, **a.g.e.**, s.79; Erkan, **a.g.e.**, s.59, Ayan, **a.g.e.**, s.409-410. Odabaşı Erbek ise rayiç bedelin söz konusu sorunu çözemeyeceği çoğunlukla taşınmazın gerçek değerinn belediyenin tespit ettiği rayiç değerinden yüksek olacağından her zaman bir çözüm olamayacağını savunmaktadır, bkz. a.g.m., s.1047

⁶³⁴ Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi 2021/2418 E., 2022/1536 K. 20.10.2022 Tarih; “Davanın açıldığı tarih olan 30.05.2017 tarihi ile ön inceleme duruşmasının yapıldığı 04.05.2018 tarihi ve mahkemece bedelin depo ettirildiği 24.12.2020 tarihi gözetildiğinde önalım bedelinin depo edildiği tarih ile dava tarihi arasında olması gereken makul süre geçmiş, önalım bedeli davalının kusuru olmaksızın değer kaybına uğramış, satış bedelinin değerinde meydana gelen azalmanın önüne geçilmemiş ve taraflar arasında gözetilmesi gereken menfaatler dengesi davalı yönünden zarar görmüştür. Emsal nitelikte;

Bu itibarla, mahkemece yapılması gereken iş, dava konusu taşınmazda davalıya hisse satışına ait devir akit tablosu (resmi senet) tapu müdürlüğünden getirtilerek önalım bedelinin devir akit tablosunda gösterilen devir bedeli ile devirde alıcıya düşen masraf toplamından ibaret olduğu hususu göz önüne alınarak depo edilen bedel ile belirlenecek bedel arasındaki fark bedel ile konusunda uzman bilirkişiden denetime elverişli şekilde rapor alınarak; önalım bedelinin ön inceleme duruşması tarihi olan 04.05.2018 tarihinden bilirkişi incelemesi yapılan tarihe kadarki dönem için de nemalandırılması halinde ulaşacağı değer belirlenerek, aradaki farkın da depo ettirilmesi suretiyle ulaşacak bedel üzerinden davacı tarafa önalım hakkının kullanılmasına karar vermek olup, davalı vekilinin önalım bedeline ilişkin istinaf sebebi bu yönüyle yerindedir.” , uyap | ulusal yargı ağı bilişim sistemi, Erişim tarihi:26.11.2022

gereğince önalım hakkının kullanımını sınırlayan hallerden biri ile dürüstlük kuralına aykırı kullanım halinin bir arada olması durumunda önalım hakkının kullanılamamasının sebebi dürüstlük kuralına aykırılık hali olacaktır.

Örneğin üst hakkı kurulmasında önalım olayının gerçekleşip gerçekleşmediği hususu değerlendirilirken üst hakkının ekonomik anlamda satışa eşdeğer hukuki bir işlem oluşturup oluşturmadığı değerlendirilmesinin yanında üst hakkı ile taşınmazın devredilmesi durumunda dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edip etmeyeceği hususu da dikkate alınmaktadır. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, önüne gelen bir olayda önalım hakkının kullanılmasını engellemek için taşınmaz üzerinde üst hakkı kurulması karşısında önalım olayının gerçekleşmediği iddiasını dürüstlük kuralına aykırı bulmuş ve üst hakkı tesisini önalım olayı olarak değerlendirmiştir⁶³⁵. Paylı mülkiyete tabi taşınmazın tamamının ya da bir payının, tüm paydaşlar tarafından satılması halinde de paydaşlardan birinin önalım hakkını kullanması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir⁶³⁶. Ayrıca malikin kendisinin taksim edip sattığı paylardan birinin üçüncü kez el değiştirdikten sonra önalım hakkını kullanmak istemesi durumu da, hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirileceğinden kişi önalım hakkını kullanamayacaktır⁶³⁷. Bu duruma bir diğer benzer örnek ise önalım hakkının kullanılmasının şartlarından biri olan satışın önalım hakkı sahibine noterle bildirim yükümlülüğünü ihlal eden alıcı veya satıcının önalım hakkı sahibinin önalım davasını süresi geçtikten sonra açtığı iddiasının TMK m.2 kapsamında dinlenmeyeceği verilebilir⁶³⁸.

Ayrıca Yargıtay geçmiş tarihli kararlarında davalıya taşınmazda payın tamamı değil payın belli ve muayyen bir kısmı satılmış ve önalım hakkı sahibi davacı bu durumu biliyorsa ve bunu bilmesine rağmen dava açmış ise MK m.2 gereğince davacının bu davasının dinlenmemesi gerektiğini savunmaktaydı. Fakat TMK m.732

⁶³⁵ Gümüş, **a.g.m.**, s.162; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 287; Demirbaş, **a.g.m.**, s.257

⁶³⁶ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.617; Tekinay, **a.g.e.**, s.43; Ayan, **a.g.e.**, s.398

⁶³⁷ Ayan, **a.g.m.**, s.345; Yargıtay 6.hd., 18.10.1989 T., 1989/12389 E., 1989/15269 K.,

⁶³⁸ Y. 14 HD.T: 4.11.2014; E: 2014/7344; K: 2014/12294;” Davalı dava konusu payları 11.01.2012 tarihinde edinmiş ve 09.04.2012 günü dava açılmış olduğundan TMK’ nın 733/son maddesinde belirlenen süreler geçmemiştir. TMK’nın 733/3. maddesinin amir hükmü gereği kendisine noter bildirimi yapılmayan davacının tanık anlatımlarına dayanarak satıştan bilgisi bulunduğu önalım hakkını kullanmasının TMK’nın 2 ve 3. maddesine aykırı olduğunun kabulü doğru görülmemiştir.” uyap | ulusal yargı ağı bilişim sistemi, Erişim Tarihi; 01.12.2022; Esener/Güven, **a.g.e.**, s.318.

gereğince artık kısmi satımlarda da önalım hakkı kullanılabileceği için bu durum geçerliliğini kaybetmiştir.

Görüldüğü üzere önalım hakkının dürüstlük kuralından kaynaklanan sınırlamaları somut olayın özelliğine göre çoğaltmak mümkündür.

Dürüstlük kuralı hukuk normlarının önemli bir tamamlayıcısı ve açıklayıcısı olarak yer alan bir ilke olarak yer almaktadır⁶³⁹. Ayrıca bir kimsenin hakkını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken, sözleşmeden doğan temel edimleri yerine getirirken, yan edimler belirlenirken ve tarafların menfaatlerini yerine getirirken gibi hukuki işlemlerin her aşamasında dürüstlük kuralı etkin bir rol oynamaktadır⁶⁴⁰. Dürüstlük kuralının kapsam alanı çok geniş olduğu için somutlaştırılmaya ihtiyaç duymaktadır. Bu yüzden de öncelikle taraflar arasındaki menfaatler dengesini gözetilmeli ardından da hukuk güvenliği ilkesi göz ardı edilmeden somut olaya uygulanmalıdır⁶⁴¹.

Tüm hukuki işlemlerde olduğu gibi hem önalım hakkı meydana gelirken hem önalım hakkı kullanılırken dürüstlük kuralı uygulama alanı bulmaktadır. Önalım hakkı kullanılırken dürüstlük kuralı önalım hakkının kullanılmasının bir sınırı olarak karşımıza çıkmaktadır. Fakat bu sınırlama sadece yukarıda belirttiğimiz sınırlamalar halinde karşımıza çıkmayacak, her somut olayda dürüstlük kuralının uygulanıp uygulanmayacağını ayrı ayrı değerlendirilmek gerekecektir. Her somut olayda dürüstlük kuralı tarafların menfaatleri, olayın kendi içerisinde şartları, önalım hakkında taraflar arasındaki ilişkiler, önalım hakkının amacı, korumak istediği değer gibi hususlar gözetilerek somutlaştırılmalı ve tarafların arasındaki menfaat dengesi gözetilerek uygulanmalıdır. Aksi halde her durumda dürüstlük kuralının uygulanması önalım hakkının korumak istediği menfaati zedeleyerek hukuki güvenlik ilkesini ihlal edeceğinden hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açacağı göz ardı edilmemelidir. Bu sebeple, önalım hakkında dürüstlük kuralı uygulanırken önalım hakkının amacı ve niteliği dikkatli ve taraflica irdelenmeli, hakkın amacını ortadan kaldıracak sonuçlara varılması tehlikesinin önüne geçilmesi için her somut olayın özellikleri ayrıca değerlendirilmelidir.

⁶³⁹Akyol, Dürüstlük Kuralı, s.6; Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s.247.

⁶⁴⁰Ateş, **a.g.e.**, s.89.

⁶⁴¹Akyol, **a.g.e.**, s.17.



SONUÇ

Önalım hakkı, eşyanın malikince sözleşme ile veya bizzat kanun tarafından karşı tarafa (önalım yükümlüsü veya paydaşlara) tanınan hakka konu eşyanın malikince üçüncü bir şahsa satılması veya satışa eşdeğer hukuki işlem neticesinde hakkın sözleşme veya kanunla tanındığı kişi veya kişiler tarafından kanunun öngördüğü belirli süreler çerçevesinde dava açmak suretiyle kullanılabilmesi mümkün olan, eşyaya bağlı, 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.

Önalım hakkı, hakkın konusu olan eşyaya 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 sözleşmeden doğan önalım hakkında özellik arz eden durum ise sözleşmeden doğan önalım hakkına ilişkin tapuda şerh verilmediği sürece hakkı tanıyan önalım borçlusuna karşı hakkın kullanılamayacağıdır. Önalım hakkının kullanılması için gerekli olan satış ya da satışa eşdeğer işlemlere genel olarak önalım olayı denilmektedir. 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. Kanundan doğan 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 artırımla 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. Trampa sözleşmesi, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, alım sözleşmesi gibi sözleşmeler genel olarak ekonomik olarak satışa eşdeğer sözleşme olarak kabul edilmediğinden önalım hakkı meydana getirmemektedir. 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. Satışın eşe, evlada, akrabaya yapılması halinde bağışlama ya da miras hukukuna ilişkin bir amaç taşıdığı gerekçesiyle yine önalım olayının oluşmayacağı kabul edilmektedir.

Önalım hakkının kullanılmasını engelleyen sınırlarından bir tanesi de tezimizin konusunu oluşturan önalım hakkının kullanılmasının dürüstlük kuralına aykırı olduğu durumlardır. Dürüstlük kuralına aykırılık durumlarda önalım hakkı kullanılamayacaktır. Dürüstlük kuralı genel olarak kişilerin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüst, makul ve yaptığı eylemin sonucunu bilebilen orta zekalı bir kimsenin benzer olaydaki davranışına benzer davranması gerekliliğini getiren kuralları bütünüdür. Türk Medeni Kanununun 2.maddesinde yer alan hüküm, hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde dürüst davranma mecburiyeti getirirken hakların kötüye kullanılmaması yönünde ise bir yasaklama getirmektedir. Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı TMK madde 2'de belirtilen hakların kullanılması ve borçların ifasının yanında kanunların

yorumlanması ve boşlukların doldurulmasında, kanuna karşı hilenin önlenmesinde, hukuki işlemin oluşması, yorumlanması ve tamamlanmasında, güven ilişkisinin temelinde, borçların doğumunda, sözleşmelerde değişiklik yapılmasında ve sonlandırılmasında, yan edimlerin neler olduğu, neler olması gerektiği konularında da uygulama alanına sahiptir. Dürüstlük kuralı önalım hakkında da diğer haklarda olduğu gibi genel bir sınır çizmektedir. Dürüstlük kuralı sadece önalım hakkı kullanılırken değil aynı zamanda önalım hakkının varlığına esas teşkil eden önalım olayı meydana gelirken de genel bir sınır çizmektedir. Önalım olayı ise temelini satış veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemlerden almaktadır. Tüm hukuki işlemlerde olduğu gibi önalım olayında da “*culpa in contrahendo*” (sözleşme görüşmelerinde kusurlu davranış) sorumluluğu geçerli olmalıdır. Dolayısıyla önalım hakkı kullanılmadan önce de önalım hakkının meydana gelmesi sırasında da dürüstlük kuralı üst bir prensip olarak var olması gereken temel bir ilkedir. Örneğin önalım olayına temel teşkil eden sözleşmenin kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşı karşıya kalması durumunda önalım hakkı sahibi hakkını kullandıktan sonra sözleşmenin taraflarının sözleşmenin kesin hükümsüz olduklarını bilmelerine rağmen daha sonra ileri sürmeleri halinde hakkın açıkça kötüye kullanılması durumunun varlığı nedeniyle kesin hükümsüzlük iddiası dikkate alınamayacaktır.

Önalım hakkı kullanılmadan önce hakkın meydana gelmesi sırasında dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edip etmediği somut olayın özelliklerine göre ayrı ayrı değerlendirilecektir. Önalım hakkı sahibinin satıcı paydaş ile alıcı arasında payın satılması yönünde aracılık etmesi, tanıklık etmesi, kendi payını da satmak isteyerek ve hatta bunun için pey akçesi alması veya paylı mülkiyete konu taşınmazın oybirliği ile satımına katılması ve tüm bunlara rağmen önalım hakkını kullanmak istemesi durumunda; önalım hakkı meydana gelirken, önalım hakkı henüz kullanılmamışken var olması gereken dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek ve MK. md. 2/II’ye göre hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlali söz konusu olacaktır. Önalım hakkının kullanılması sırasında dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden haller Türk Medeni Kanununda açıkça belirtilmemiştir. Doktrin ve yargı içtihatlarıyla şekillenerek önalım hakkının kullanılmasını sınırlayan hallerden biri olarak yer almaktadır. Dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden açıkça hakkın kötüye kullanıldığı bir hukuki işlemi hukuk

düzeni açıkça koruyamayacağından önalım hakkının kullanılması sırasında da dürüstlük kuralına açıkça bir aykırılık olması durumunda önalım hakkı kullanılamayacaktır. Bu sınırlama hali genel olarak yargı içtihatlarıyla şekillendiği için her somut olayın özelliğine göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Her somut olayda dürüstlük kuralına aykırı bir kullanım hali olup olmadığı titizlikle incelenmelidir. Aksi halde somut olayla kanunun çizdiği sınırlar tam net olarak belirlenmediği için yargı kararlarında makul olmayan ve çelişkili durumlar yaratan sonuçlar doğabilecek ve hukuk güvenliği ilkesi ihlal edilecektir.

Önalım hakkında dürüstlük kuralı karşımıza en çok paylı mülkiyetten doğan önalım hakkında paydaşlar arasında fiili olarak taksim edilmiş olması durumunda karşımıza çıkmaktadır. Yargıtay kararlarında fiili taksimi, yasal önalım hakkına konu payın ilişkin bulunduğu taşınmazın paydaşlarınca özel olarak kendi aralarında taksim edilmesi ve her bir paydaşın belirli bir kısmı kullanması durumu olarak tanımlamıştır. Yargıtay, önalım hakkına konu olan taşınmazın paydaşların kendi aralarında fiili olarak taksim edilmiş olmasını TMK m.2 gereğince “uyandırılan güvene aykırı davranış” veya “çelişkili davranış yasağı” olarak belirterek önalım hakkının kullanılmasını/doğmasını fiili taksimde bulunan paydaş için engellemektedir. Önalım hakkına ilişkin davalarda fiili taksim iddiası her zaman, davanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi mahkeme de bu durumu re’sen dikkate alacaktır. Taraflardan birinin fiili taksim iddiasında bulunması durumunda hukuk mahkemeleri kanununun ispat kuralları çerçevesinde iddiayı ileri süren bu iddiasını ispatlamakla yükümlüdür. Fiili taksim iddiası tanık dahil her türlü delille ispatlanabilecektir. Kat mülkiyeti ve kat irtifakı kurulmamış taşınmazlarda fakat işin niteliği gereği kat mülkiyetine veya kat irtifakına geçecek taşınmazlarda önalım hakkı kullanılamayacaktır. Uygulamada özellikle inşaat halindeki yapılarda henüz kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmadığı için arsa payı üzerinden topraktan daire satın alma şeklinde yerleşen pay satışı olaylarında, arsa payını önce satın alanların sonraki alıcılara karşı önalım hakkını kullanmak istemesi durumunda bir veya iki kişinin tüm daireleri ele geçirecek olması, toplu konut yapımının amacına ulaşması engellenmesi veya yapılan sözleşmenin bir niteliğinin kalmaması gibi olumsuz durumlar meydana gelmesine sebep olacağından dürüstlük kuralı gereğince önalım hakkının kullanılması mümkün olmayacaktır. Yasal

temsilcinin temsil kabiliyeti gereğince yasal temsilcinin aynı zamanda temsil olunan ile birlikte taşınmazda paydaş olması durumunda, temsil olunanın payını temsilci sıfatıyla satması halinde yasal temsilci daha sonrasında temsil olunanın payı üzerinde önalım hakkını kullanmak istemesi halinde dürüstlük kuralına aykırılık söz konusu olacak ve önalım hakkını kullanamayacaktır. Aynı zamanda velayet altındaki çocuklarının paylarını üçüncü kişiye sattıktan sonra önalım hakkı kullanılması sebebiyle aynı bedelle tekrar satın alınmak istenmesi durumunda da Yargıtay hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olacağından önalım hakkının kullanılamayacağını kabul etmiştir.

6306 sayılı kanun kapsamında kat mülkiyetine tabi binanın yıkılması durumunda bu binadaki kat mülkiyeti yani maliklerin bağımsız bölüm üzerindeki mülkiyet hakkı sona erecek ve bağımsız bölümler üzerindeki mülkiyet hakları arsa payları oranında, arsa üzerinde paylı mülkiyet şekline dönüşeceğinden daha önce katlı mülkiyete tabii olduğu için önalım hakkını kullanamayan paydaşın önalım hakkının kullanılmasının istenilmesi durumunda riskli alan veya yapının tekrar dönüştürülene kadar önalım hakkının kullanılması kanunun amacına da ters düşecek ve dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca kat mülkiyetine tabi riskli yapının yıkılması durumunda paylı mülkiyete tabi taşınmaz üzerinde yeniden bir bina yapılması durumunda ve dairelerin paydaşlar arasında paylaşılmış olmasında fiili taksim söz konusu olacağından bu taşınmazlar kat mülkiyetine geçmemiş olmasalar dahi dürüstlük kuralı kapsamında önalım hakkı kullanılması engellenecektir.

Önalım hakkına konu olan önalım olayı teşkil eden satış veya ekonomik olarak satışa eşdeğer işlemde görünürdeki işlemin ardına gizlenen sözleşmenin şekil şartına uyulmadığı için geçersiz olsa da eğer ki görünürdeki işlemin muvazaalı yapıldığını, asıl yapılmak istenen sözleşmenin satış sözleşmesi olduğu ispat edilirse bu durumda önalım hakkı kullanılabilir. Bu halde satış sözleşmesinin şekil olarak geçersiz olduğunun ileri sürülmesi MK. m.2/II 'ye göre hakkın kötüye kullanılması niteliğinde değerlendirilecektir. Önalım hakkında özellikle satış bedelinin harçlardan kaçınmak amacıyla tapuda düşük gösterilmesi söz konusu olabilmektedir. Tapuda bedelin düşük gösterilme durumunu önalım hakkı sahibi biliyor ve önalım hakkını kullanmayacağına dair önalım yükümlüsü satıcı paydaşa bir güven oluşturmuşsa bu durumda önalım

hakkını kullanmak istemesi durumunda hakkın kötüye kullanılması niteliğinde sayılacağından önalım hakkı sahibi dürüstlük kuralı gereği bu hakkını kullanamayacaktır. Yargıtay, tapuda bedelin düşük gösterilip bu durumun davalılarca dava açılmadan önce vergi dairesinde eksik harcı tamamlamış olması durumunda davalılarca bedelin daha yüksek olduğuna ilişkin savunmanın hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmayacağını, tapudaki değer in dava açılmadan önce düzeltildiğinden bu durumu davacının kabul etmemesini hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmektedir.

Dürüstlük kuralı genel ve birçok prensibin üstünde yer alan bir ilke olduğundan önalım hakkının kullanımını sınırlayan hallerden biri ile dürüstlük kuralına aykırı kullanım halinin bir arada olması durumunda önalım hakkının kullanılamamasının sebebi dürüstlük kuralına aykırılık hali olacaktır. Üst hakkı kurulmasında önalım olayının gerçekleşip gerçekleşmediği hususu değerlendirilirken üst hakkının ekonomik anlamda satışa eşdeğer hukuki bir işlem oluşturup oluşturmadığı değerlendirilmesinin yanında üst hakkı ile taşınmazın devredilmesi durumunda dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edip etmeyeceği hususu da dikkate alınmaktadır. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, önüne gelen bir olayda önalım hakkının kullanılmasını engellemek için taşınmaz üzerinde üst hakkı kurulması karşısında önalım olayının gerçekleşmediği iddiasını dürüstlük kuralına aykırı bulmuş ve üst hakkı tesisini önalım olayı olarak değerlendirmiştir. Paylı mülkiyete tabi taşınmazın tamamının ya da bir payının, tüm paydaşlar tarafından satılması halinde de paydaşlardan birinin önalım hakkını kullanması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca malikin kendisinin taksim edip sattığı paylardan birinin üçüncü kez el değiştirdikten sonra önalım hakkını kullanmak istemesi durumu da, hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirileceğinden kişi önalım hakkını kullanamayacaktır. Bu duruma bir diğer benzer örnek ise önalım hakkının kullanılmasının şartlarından biri olan satışın önalım hakkı sahibine noterle bildirim yükümlülüğünü ihlal eden alıcı veya satıcının önalım hakkı sahibinin önalım davasını süresi geçtikten sonra açtığı iddiasının TMK m.2 kapsamında dinlenmeyeceği verilebilir.

Görüldüğü üzere önalım hakkının dürüstlük kuralından kaynaklanan sınırlamaları somut olayın özelliğine göre çoğaltmak mümkündür. Her somut olayda

dürüstlük kuralı tarafların menfaatleri, olayın kendi içerisinde şartları, önalım hakkında taraflar arasındaki ilişkiler, önalım hakkının amacı, korumak istediği değer gibi hususlar gözetilerek somutlaştırılmalı ve tarafların arasındaki menfaat dengesi gözetilerek uygulanmalıdır. Aksi halde her durumda dürüstlük kuralının uygulanması önalım hakkının korumak istediği menfaati zedeleyerek hukuki güvenlik ilkesini ihlal edeceğinden hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açacağı göz ardı edilmemelidir. Bu yüzden de önalım hakkında dürüstlük kuralı uygulanırken önalım hakkının amacı ve niteliği çok iyi bir şekilde irdelenmeli, hakkın amacını ortadan kaldıracak sonuçlara varılmasına sebebiyet verecek durumlara sebebiyet verilmemesi adına her somut olaya göre karar verilmelidir.

KAYNAKÇA

- ADAY, Nejat: Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, Kazancı Yayınevi, İstanbul 1992
- ADIGÜZEL, Recep: Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Sınırdış Tarımsal Arazi Malikinin Önalım Hakkı, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:90, sayı:3 yıl:2016, s.121-129
- AKALP- DEMİRTABAK, Didem: Yasal Önalım Hakkı, 12. Levha Yayınları İstanbul, 2010
- AKBULUT, Pakize Ezgi : Elbirliği Mülkiyeti Çerçevesinde El Atmanın Önlenmesi Davası ve Ecrimisil Tazminatı Talebi (Özellikle Miras Ortaklığı Halinde), LHD - Cilt: 16/Sayı: 181/Yıl: 2018, s. 69-102
- AKİPEK, Jale G.: Türk Eşya Hukuku, Ayni haklar, Üçüncü Kitap,Sevinç Matbaası, Ankara, 1974
- AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Eşya Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2018
- AKKANAT, Halil: Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.
- AKYOL, Şener: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul, 2006.
- AKYOL, Şener: Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.

- AKYÜZ, Şefik : İslam Hukukunda Şu'fa Hakkı, İstanbul, 1999
- ALTAŞ,
Hüseyin/DÖNGÜL, Tuğçe : Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri, Ankara, 2014
- ANTALYA,
Gökhan/TOPUZ, Murat : Medeni Hukuk, Giriş- Temel Kavramlar – Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2017.
- ARAL,Fahrettin/
AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, Yetkin Yayınları, 11.Baskı, 2018
- ARIK, Fikret : Şu'fa Hakkı Üzerinde Bir İnceleme, Adliye Ceridesi (Sayı: 1-12, 1943)
- 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: Şu'fa Hakkı, İstanbul Baro Mecmuası, 1940, C.XIV, s. 729-740
- ATEŞ, Derya: Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık, Ankara, 2006.
- ATEŞ, Derya : Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları, TBB Dergisi sayı 72, s.75-93 2007
- AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku, Mülkiyet, C. 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara,2016

- AYAN, Mehmet: Kanuni Şuf'a Hakkı, Prof. Dr. Halil CİN'e Selçuk Üniversitesi'nde 10. Hizmet Yılı Armağanı (Konya: 1995)
- AYDIN ÜNVER, Tülay: "Yasal Önalım Hakkında Önalım Olayının Bildirilmesi", Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- AYDOĞDU, Murat / KAHVECİ, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İzmir, İleri Kitabevi, 2013.
- AYDOĞDU, Murat: Yasadan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- BALAMİR, Murat: Kat Mülkiyeti ve Kentleşmemiz, O.D.T.Ü. Mimarlık Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 2, Sonbahar 1975, s.295-318
- BARLAS, Nami: Dürüstlük Kuralı Ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medenî Kanunundaki Düzenlenme Tarzı Ve Eleştirisi ; İHFM C: LV - S 3 (1997)
- BAŞOĞLU, Başak/KAPANCI, Kadir Berk: Karşılaştırmalı- Kavram Endeksli Türk Medeni Kanunu- Türk Borçlar Kanunu ve İlgili Mevzuat, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014
- BELEÇ, Mehmet: Yasal Önalım Hakkı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara ,2007
- BERTAN, Suad: Ayni Haklar, Medeni Kanunun 618 -764üncü maddelerinin Şerhi (Bu Maddelerle İlgili Kanunlar ve Eski Hükümler), Cilt 1, Ankara, 1976

- BOZKURT, Hüseyin: “Şu’fa Hakkı Sözleşmesi ve Feragatin (Teslim-i Şu’fa) Şekil ve Şartları”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 1976
- BURCUOĞLU, Haluk: 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
- BUZ, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005
- CANARSLAN, Gökçe : Tarım Arazilerinin Satılması Halinde Sınırdış Maliklerin Önalım Hakkı, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:6, Sayı:1, Ocak 2020, S.1-18
- ÇAY, Cengiz Topel: Yeni Türk Medeni Kanununun Önalım Hakkı Konusunda Getirdiği Değişiklik Ve Yenilikler (Yenilik Doğuran Dava Düzenlemesi), (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), İstanbul, 2007
- ÇETİN, Ebru: KİTLE İLETİŞİM ARACI OLARAK İNTERNET VE HUKUK İLİŞKİSİ: TÜRKİYE ÖRNEĞİ, Sosyoloji Dergisi, Sayı:33, 1-13, 2016,s.1
- DEMİRBAŞ, Feride: Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (2) 2016: 249-277
- DEMİRBAŞ, Harun: Yenilik Doğuran Haklar, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007

- 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
- DURAK, Yasemin: Güven Sorumluluğu ve “Culpa in Contrehendo”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.25, S.1, 2017, s.239-288
- EDALİ, Gözde: Ortaklığın Giderilmesi Davası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya, 2018
- EDİS, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara, 1997.
- ERÇİN, Ferhat: Kanunî Şufa Hakkının Kullanılmasına İlişkin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 734 Maddesi Üzerine Düşünceler, Legal Hukuk Dergisi – Ekim 2006 Sayı 46, s. 3011-3024
- ERDOĞAN, Celal: Ortaklığın Giderilmesi (İzaleyi Şuyuu) ve Şuf’a Davaları, Ankara, En-Kay Kitapevi, 2.baskı, 1991
- ERDOĞAN, Celal: Şuf’a Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2001
- EREL, Şafak N.: Eşyaya Bağlı Borç, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, No:490, Ankara 1982
- EREN, Fikret : Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, Y. 2008, Sayı: 1-2, 103-126
- EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011.

- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara,2019.
- ERGÜNE, Mehmet Serkan : Üst Hakkının Tasarruf İşlemlerine Konu Olmasına İlişkin Hukukî Sorunlar, İÜHFM C. LXVI, S.1, 2008,s. 275-292.
- ERKAN, Vehbi Umut: TÜRK MEDENİ KANUNU’NDA YASAL ÖNALIM HAKKI (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2006
- 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.
- ERMAN, Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, DER Yayınları, İstanbul, 2010
- ERTAŞ, Şeref: Eşya Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005
- ERTAŞ, Mehmet : Kentsel Dönüşüm Çalışmalarında Sosyal Boyutun İncelenmesi Ankara ve Londra Örnekleri, Selçuk Üniversitesi, Teknik Online Dergisi Cilt 10, Sayı 2011
- ESENER, Turhan/ GÜVEN, Kudret : Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara,2019
- ESMER, Galip: Mevzuatımızda Gayri Menkul Hükümleri ve Tapu Sicili, Ankara 1990.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Şuî’a Hakkı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1959.
- Necmeddin :
- FEYZİOĞLU, Feyzi “Şufa Hakkının Kullanılması Mümkün Olan ve Olmayan Tasarruflar”, İÜHFM, C.19, S.1-2, İstanbul, 1953, s.222-269
- Necmeddin:

- FEYZİOĞLU, Turhan: Kanuni Şufa Hakkının istimalinden Feragat Şekle Tabi Midir? Ankara Barosu Hukuk Dergisi, Cilt:5 Sayı:58-59, s.26-28
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, İstanbul, Vedat Kitapçılık, Birinci Basıdan İkinci Tıpkı Bası, 2007, (Yeni Şerhler).
- 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.
- GÜNAY, Erhan : Önalımda Muvazaa, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 11, sayı:118, Haziran 2016,s.109-118.
- GÜRSOY, Kemal Tahir/ EREN, Fikret /CANSEL, Erol : Türk Eşya Hukuku, Ankara, 2.Bası, 1984
- HACIHABİBOĞLU, Nuri: Zararlı Bir Hukuk Müessesesi Kanuni Şufa, İstanbul Baro Dergisi, 1949, s.734-740
- HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI Abdülkadir: Eşya Hukuku, İstanbul 1991
- HATEMİ Hüseyin /GÖKYAYLA Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017

- HAYDAR, Ali: Dürer’ul Hukkam-Şerh-Mecellet’il Ahkâm,3.Bası, İstanbul,1330
- 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
- İhsan Hüseyin/Erhan Yaşbey: Önalım Hakkının Kullanılması Kapsamında Tapu Memurunun İlgililere Bildirim Yükümlülüğü, Hasan Kalyoncu Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt No:10 Sayı:19, Ocak 2020,s.175-200,s.183
- İNAL,Emrehan : Kentsel Dönüşüm Hukukunda Riskli Yapı, Onikilevha yayınları, Aralık,2017
- İNAL, Emrehan: Riskli Yapıda Azınlığın Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Karardaki Boşluğun Hakim Tarafından Doldurulmasına İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Necla Giritlioğlu’na Armağan, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020
- KARAHASAN,Mustafa Reşit: Yeni Türk Medeni Kanunu, Eşya Hukuku, Birinci Cilt Arıkan Yayınevi,İstanbul 2007.
- KAVAK, Yalçın: Dürüstlük Kuralı ve İyiniyetin Korunması, Legal Yayınevi, İstanbul, 2019.
- KAYAÖZÜ, Mustafa Aykut: Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, İstanbul, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2015.
- KILIÇ, Halil: Gayrimenkul Davaları, Ankara, 2013, Adalet Yayınevi, Cilt 3, 5.baskı
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.

- KILIÇOĞLU, Mustafa: Akdi ve Kanuni Şuf'a 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.
- KIRKBEŞOĞLU, Nagehan: Kanundan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2020.
- 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. 107
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1959.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ Hüseyn/SEROZAN Rona/ARPACI Abdülkadir: Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019
- KÖYLÜOĞLU, Egemen: Önalım Davası, Ankara, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2011.
- KURU, Baki: İstinaf Sitemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 2017,

- KUTLU, Nurgül: Önalım Hakkının Kullanılması, Kocaeli, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi SBE, 2010.
- KÜLEY, Muin: Medeni Kanunda ve Tatbikatında Şuî'a Hakkı, İstanbul, Cumhuriyet Matbaası, 1950.
- NOMER, Haluk Nami: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Beta Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş 17. Bası, 2020, (Borçlar Genel).
- NOMER, Haluk Nami: Vefa Hakkı, İstanbul, Beta Yayınevi, 1992
- NOMER Haluk Nami/ Eşya Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul, ERGÜNE Mehmet Serkan : 2020.
- ODABAŞI ERBEK Özge: “Yargıtay Kararları Işığında Yasal Önalım Hakkının Tapuda Düşük Gösterilen Bedel Üzerinden Kullanılması” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:23, Sayı:2.İzmir, 2021, s.1001-1056
- OĞUZMAN, M. Kemal / Eşya Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 23. Baskı, SELİÇİ, Özer / OKTAY- 2021.
- ÖZDEMİR, Saibe:
- OĞUZMAN, M. Kemal / Medeni Hukuk, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, BARLAS, Nami: 28. Bası, 2022.
- OĞUZMAN, M. Kemal / Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul, ÖZ, M. Turgut: Vedat Kitapçılık, 2013.
- OĞUZMAN, Kemal: Dürüstlük Kuralın (MK.M.2)Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi, Prof.Dr. Yaşar Karayalçın’a 65 İNCİ Yaş Armağanı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Olgaç Matbaası,

Ankara, 1988, s. 407-415 (Dürüstlük Kuralı olarak anılacaktır)

OKUR, Sinan: Önalım Olgusuna Dair Yeni Bir Kategori; Ekonomik Bakımdan Satışa Eşdeğer İşlem Kavramı Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme (TBK m.240/Art.216c Or), SDÜHFD Cilt; 9, Sayı 1, 2019, s.222-223;

OLGAÇ, Senai/ KARAHASAN, Mustafa R.: Gayrimenkulun İktisap ve Tescili, İstanbul, 1964

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.

- ÖZENLİ, Soysal : Uygulamada Önalım (Şuf'a) Davaları, İstanbul, Kazancı Kitap Ticaret, 2. Basım, 1990.
- ÖZENLİ, Soysal: Uygulamada Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Neden Olduğu Davalar, Ankara, Kazancı Matbaacılık, 1986
- PAYLI, Kasım Sami : Kanuni Medeni’de Ayni Haklar-Şuf’a, İstanbul,İsmail Akgün Matbaası, 1946
- REİSOĞLU, Safa : Türk Eşya Hukuku, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1980
- SARAÇ, Murat Kentsel Dönüşüm ve Gelişimi Sosyal Boyutu, Kentsel Dönüşümden Doğan Hukuki Sorunlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2014
- SARAY TÜRE, Sultan Melis: Önalım Hakkı ve Sınırları, İstanbul, İstanbul Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- 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 Dersleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019
- 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, “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 (Şuf’a) Hakkı, İstanbul, Alfa Basın Yayın Dağıtım, 1994.

TAKIŞ, Adnan: Yasal Önalım Hakkı, Ankara, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi,2005

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.

TOPAL, Önder Medeni Yargılama Hukuku Bağlamında Ortaklığın Giderilmesi Davası, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2020

TUHR, Andreasvon: Borçlar Hukuku Umumi Kısım, Çeviren: Cevat Edege, Olgaç Matbaası, Ankara, 1983.

TUNABOYLU, Müslim: Önalım Davaları, Ankara, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, 2013.

Türk Hukuk Lügatı, Ankara, 1991. 3.baskı

Türkiye Diyanet Vakfı İslam
Ansiklopedisi.

UÇARYILMAZ,Talya Şans: BonaFides (Dürüstlük Kuralı), Ankara,Yetkin
Yayınları, 2019

UYAR, Talha: Yargıtay Kararlarında Dürüstlük Kuralı ve Hakkın
Kötüye Kullanımı Yasağı, Prof. Dr.SeyfullahEdis’e
Armağan, s. 439-465.

VELİDEDOĞLU, Hıfzı Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı,
Veldet / ESMER, Galip: 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,Cansu : Sözleşmeden Doğan ve Yasal Önalım Hakkından
Ferağat, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilim-
ler DergisiYıl:17 Sayı:34Güz 2018/2 s.181-193

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.

YURTOĞLU, Semiyye: İslâm Hukuku ve Türk Medenî Kanununda Şüf'a (Önalım) Hakkına İlişkin Yaklaşım Farklılıkları, Adana, Çukurova Üniversitesi, SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019

YÜCEL, Sevtap: Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006.

ZEVKLİLER, Aydın / Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, GÖKYAYLA, Emre: Turhan Kitabevi, 14.Bası, 2014.

ZUHAYLİ, Vehbe: İslam Fıkıh Ansiklopedisi, C.7,

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

<https://dergipark.org.tr/tr/>

<https://www.jurix.com.tr/>

<https://www.lexpera.com.tr/>

uyap | ulusal yargı ağı bilişim sistemi