

T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

NURGÜL KUTLU

ANA BİLİM DALI: ÖZEL HUKUK
PROGRAMI : ÖZEL HUKUK

DANIŞMAN: DOÇ. DR. HERDEM BELEN

KOCAELİ, 2010

T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tezi Hazırlayan: Nurgül KUTLU
Tezin Kabul Edildiği Enstitü Yönetim Kurulu Tarihi ve No: 28.04.2010 -2010/11

Doç. Dr. Herdem

BELEN



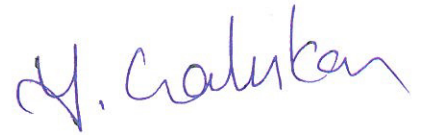
Yrd. Doç. Dr. Funda

ÇELEBİ



Doç. Dr. Yusuf

ÇALIŞKAN



KOCAELİ, 2010

T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI

ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASI
ÖZET

Önalım hakkı, hakka konu olan malın üçüncü kişiye satılması üzerine hak sahibine bu malı öncelikle satın alma yetkisi veren yenilik doğuran bir haktır. Önalım hakkının biri kanundan diğeri sözleşmeden doğan olmak üzere iki türü bulunmaktadır.

Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyete konu taşınmazlarda paydaşlara tanınmış bir haktır. Yasal önalım hakkının kaynağı kanundur. Sözleşmeden doğan önalım hakkının kaynağı ise taraflar arasında bir önalım sözleşmesidir. Önalım sözleşmesinde özel kayıtlar bulunup bulunmamasına göre sözleşmeden doğan önalım hakkı, basit önalım ve nitelikli önalım hakkı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

İster kanundan ister sözleşmeden doğsun, önalım hakkının kullanılması önalım olayının gerçekleşmesi şartına bağlıdır. Önalım olayı, hakka konu malın, yasal önalım hakkında paydaş olmayan bir üçüncü kişiye, sözleşmeden doğan önalım hakkında ise önalım sözleşmesinin tarafı olmayan herhangi bir üçüncü kişiye yapılan satımıdır.

Önalım olayını gerçekleştiren satımın önalım yükümlüsü tarafından hak sahibine bildirilmesinden üç ay ve her halde satımdan itibaren iki yıl içinde, hakkın dava yoluyla kullanılması gerekmektedir.

Tezi Hazırlayan: Nurgül Kutlu
Tez Danışmanı: Doç. Dr. Herdem Belen
Tez Kabul Tarih ve No: 28.04.2010-2010/11
Jüri Üyeleri: Doç. Dr. Yusuf Çalışkan – Yrd. Doç. Dr. Funda Çelebi

T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI

DIE AUSÜBUNG DES VORKAUFSRECHTS
ABSTRAKT

Das Vorkaufsrecht ist ein Gestaltungsrecht, dass nach dem verkauf des Rechtsobjekts zu einen Dritten, eine vortritt vollmacht für den kauf des Eigentums gibt. Es gibt zwei arten des Vorkaufsrechts. Das erste ist das gesetzliche und die zweite ist das vertragliche Vorkaufsrecht.

Das gesetzliche Vorkaufsrecht ist für Miteigentümer eines Grundstücks anerkannt. Die Herkunft des gesetzlichen Vorkaufsrechts ist das Gesetz. Die Herkunft des vertraglichen Vorkaufsrecht ist ein Vorkaufsvertrag. Gemäß ob besondere eintrage in diesem Vertag befinden gibt es zwei arten von diesen Vertrag.

Das gesetzliche und vertragliche Vorkaufsrecht kann geltend gemacht werden wenn der Vorkaufsfall zustande kommt. Wenn das rechtsobjekt zu einem Dritten, der kein Miteigentümer ist, verkauft wird kommt der Vorkaufsfall im gesetzlichen Vorkaufsrecht zustande. Dagegen im vertraglichen Vorkaufsrecht kann der Dritte irgendwer sein der nicht im Vorkaufsvertrag ein Vertragspartner ist.

Der Vorkaufspflichter muss den Vorkaufsfall zu dem vorkaufsberechtigten berichten. Das Vorkaufsrecht muss nach diesem bericht in drei Monaten und jedenfalls in zwei Jahren nach dem Vorkaufsfall mit einer Klage ausgeübt sein.

Tezi Hazırlayan: Nurgül Kutlu
Tez Danışmanı: Doç. Dr. Herdem Belen
Tez Kabul Tarih ve No: 28.04.2010-2010/11
Jüri Üyeleri: Doç. Dr. Yusuf Çalışkan – Yrd. Doç. Dr. Funda Çelebi

ÖNSÖZ

Medeni Kanunun 2001 yılı değişiklikleri ile önalım hakkına ilişkin bazı yeni düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerden biri önalım hakkının alıcıya karşı dava açılarak kullanılacağını öngören Medeni Kanunun 734. maddesidir. Eski Medeni Kanunda karşılığı bulunmayan bu düzenleme, bizde önalım hakkının kullanılması konusunda bir tez hazırlama düşüncesi doğurmuştur. Önalım hakkının kullanılması konulu tezimizin hukuk yaşamına bir katkı sağlayacağını umuyoruz.

Konunun bir yüksek lisans tezi olarak seçilmesini öneren ve yazım aşamasında bilgisini ve desteğini esirgemeyen değerli hocam Prof. Dr. Saba Özmen'e, tezin her aşamasında emeğini ve bilimsel katkılarını esirgemeyen tez danışmanım Doç. Dr. Herdem Belen'e, tez savunmam sırasında yapıcı eleştirilerde bulunan Doç. Dr. Yusuf Çalışkan'a ve Yrd. Doç. Dr. Funda Çelebi'ye, hayatımın her safhasında olduğu gibi tez çalışmam sırasında da desteğini, emeğini ve sevgisini esirgemeyen babam Zeki Kutlu'ya ve annem Kadriye Kutlu'ya sonsuz teşekkürlerimi sunuyorum.

İstanbul, Nisan 2010

Nurgül Kutlu

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	iii
ABSTRAKT.....	iv
ÖNSÖZ.....	v
KISALTMALAR.....	xi
GİRİŞ.....	1
I.GENEL OLARAK KONUNUN SUNUMU.....	1
II. KONUYU SINIRLAMA.....	2
III. ARAŞTIRMA PLANI.....	3
IV. TERMİNOLOJİ.....	4
V. TARİHÇE.....	5

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖNALIM HAKKININ TANIMI, TÜRLERİ, KONUSU ve HUKUKİ NİTELİĞİ

I. GENEL OLARAK.....	6
II. ÖNALIM HAKKININ TANIMI.....	6
III. ÖNALIM HAKKININ TÜRLERİ.....	8
A. Yasal Önalım Hakkı.....	9
B. Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı.....	13
1. Önalım Sözleşmesi.....	16
2. Önalım Sözleşmesinin Şekli.....	16
3. Önalım Sözleşmesinin İçeriği.....	19
a. Basit Önalım Hakkı.....	20
b. Nitelikli Önalım Hakkı.....	20
4. Önalım Hakkının Şerhi.....	21
a. Şerh Anlaşması.....	22
b. Şerhin Etkisi.....	23
c. Şerhin Etkisinin Tabi Olduğu Süre.....	27

C. Yasal Önalım Hakkının ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkının Karşılaşması.....	28
IV. ÖNALIM HAKKININ KONUSU.....	29
A. Önalım Hakkının Konusu Olarak Taşınır.....	30
B. Önalım Hakkının Konusu Olarak Taşınmaz.....	32
1. Arazi.....	33
2. Tapu Kütüğünde Ayrı Bir Sayfaya Kaydedilen Bağımsız ve Sürekli Haklar.....	33
3. Kat Mülkiyeti Kütüğüne Kayıtlı Bağımsız Bölümler.....	36
V. ÖNALIM HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ.....	37
A. İcap Görüşü	37
B. Satış Vaadi Görüşü.....	38
C. Çift Şarta Bağlı Satım Görüşü.....	38
D. Ayni Hak Görüşü.....	40
E. Yenilik Doğuran Hak Görüşü.....	41

İKİNCİ BÖLÜM

ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASI

I. GENEL OLARAK.....	44
II. ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASINI SAĞLAYAN HUKUKİ İŞLEM: ÖNALIM OLAYI.....	45
A. Genel Olarak Önalım Olayı.....	45
B. Önalım Olayı Olarak Kabul Edilen Kural Hukuki İşlem: Satım Sözleşmesi.....	46
C. Satım Sözleşmesinin Geçersizliğinin Önalım Olayına Etkisi...	48
1. Kesin Hükümsüzlük.....	48
a. Genel Olarak.....	48
b. Muvazaa.....	48
aa. Bağışlamanın Satım Sözleşmesi Olarak Gösterilmesi	50
bb. Satım Sözleşmesinin Bağışlama Olarak Gösterilmesi	53
cc. Bedelde Muvazaa.....	54
aaa. Satım Bedelinin Yüksek Gösterilmesi.....	54

bbb. Satım Bedelinin Düşük Gösterilmesi.....	55
2. İptal Edilebilirlik.....	57
a. Hata, Hile, İkraah.....	58
b. Gabin.....	59
D. Önalım Olayı Olarak Kabul Edilen Diğer Hukuki İşlemler.....	60
1. İhtiyari Arttırma.....	61
2. Alım ve Geri Alım Haklarının Kullanılmasıyla Doğan Satım İlişkisi.....	62
3. Taşınmazın İfa Yerini Tutan Edim veya İfa Uğruna Edim Olarak Devredilmesi.....	64
E. Önalım Olayı Olarak Kabul Edilmeyen Hukuki İşlemler.....	65
1. Bağışlama.....	66
2. Cebri Arttırma.....	67
3. Tapusuz Taşınmazların Satımı.....	68
4. Trampa.....	72
5. Kat Mülkiyetine Kütüğüne Kayıtlı Bağımsız Bölümlerin ve Kat İrtifakının Satımı	73
6. Taşınmaz Satış Vaadi.....	76
7. Dürüstlük Kuralına Aykırı İşlemler.....	78
III. ÖNALIM HAKKININ KULLANILMA KOŞULLARI	79
A. Genel Olarak.....	79
B. Önalım Olayının Bildirimi.....	79
C. Önalım Hakkının Yasal Süresi İçinde Kullanılması.....	84
D. Önalım Hakkının Kullanılması için Dava Açılması (Önalım Davası).....	85
1. Genel Olarak.....	85
2. Yenilik Doğuran Hak Kavramı.....	86
3. Yenilik Doğuran Hakların Kullanılması.....	88
a. Yenilik Doğuran Hakların Tek Taraflı Hukuki İşlemlerle Kullanılması.....	89
b. Yenilik Doğuran Hakların Dava Açılarak Kullanılmaları....	90
4. Yenilik Doğuran Hakların Kullanılmasına Hakim İlkeler.....	92
a. Yenilik Doğuran Hakların Kural Olarak Şarta	

Bağlanamaması.....	92
b. Yenilik Doğuran Hakların Kullanılmakla Tükenmeleri.....	94
c. Yenilik Doğuran Hakların Hak Düşürücü Süreye Tabi Olmaları.....	94
d. Yenilik Doğuran Hakların Kullanıldıktan Sonra Geri Alınamaması.....	95
5. Yasal Düzenlemenin Eleştirisi.....	95

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASININ SONUÇLARI, ÖNALIM DAVASI ve ÖNALIM HAKKININ SONA ERMESİ

I. GENEL OLARAK.....	104
II. ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASI ile MEYDANA GELEN HUKUKİ SONUÇ.....	104
A. Resmi Bir Satım Sözleşmesi Yapılmasını Talep Etme Görüşü	105
B. Çifte Değişiklik Görüşü.....	106
C. Halefiyet Görüşü.....	106
D. Yeni Bir Satım İlişkisi Kurulduğu Görüşü	108
III. ÖNALIM HAKKININ MALVARLIĞINI ETKİLEYEN İŞLEMLER KARŞISINDAKİ YERİ.....	110
A. Genel Olarak.....	110
B. Borçlandırıcı İşlem	111
C. Tasarruf İşlemi.....	113
D. Önalım Hakkının Kullanılmasının Malvarlığına Etkisi.....	116
IV. ÖNALIM DAVASI.....	117
A. Genel Olarak	117
B. Önalım Davasının Niteliği.....	119
C. Önalım Davası Sonunda Verilen Kararın Niteliği.....	120
D. Mülkiyetin Geçiş Anı.....	122
E. Depo Kararı.....	124
F. Önalım Davasının Tarafları.....	126
1. Önalım Hakkı Sahibi (Davacı).....	126

2. Önalım Yükümlüsü (Davalı).....	128
3. Önalım Olayı Gerçekleştikten Sonra Taşınmazın Üçüncü Kişiyeye Devredilmesinde Önalım Yükümlüsü.....	129
a. Genel Olarak	129
b. Yasal Önalım Hakkında Önalım Yükümlüsü.....	129
aa. Sonraki Devirlerin Satım Sözleşmesi ile Yapılması.....	130
bb. Sonraki Devirlerin Satım Sözleşmesi Haricinde Bir Hukuki İşlem ile Yapılması.....	131
aaa. Önalım Hakkı Kullanılmadan Önce.....	131
bbb. Önalım Hakkı Kullanıldıktan Sonra	132
c. Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkında Önalım Yükümlüsü.....	133
V. ÖNALIM HAKKININ SONA ERMESİ.....	134
A. Genel Olarak.....	134
B. Hakkın Kullanılması.....	135
C. Feragat	136
1. Önalım Hakkından Feragat.....	136
2. Önalım Hakkını Kullanmaktan Feragat.....	138
SONUÇ.....	141
YARARLANILAN YAYINLAR.....	146
ÖZGEÇMİŞ.....	156

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD	: Adalet Dergisi
Art.	: Article
bk.	: bakınız
BK	: Türk Borçlar Kanunu
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
dn.	: dipnot
E.	: Esas
EMK	: Eski Medeni Kanun
GÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
karş.	: Karşılaştırınız
KMK	: Kat Mülkiyeti Kanunu
KÜHFD	: Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
MK	: Türk Medenî Kanunu
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.	: Numara
m.	: madde
OR	: Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
RG	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı

SBFD	:	Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
T.	:	Tarih
TK	:	Tapu Kanunu
TST	:	Tapu Sicili Tüzüğü
VBD	:	Van Barosu Dergisi
vd	:	ve devamı
Yarg.	:	Yargıtay
YD	:	Yargıtay Dergisi
YKD	:	Yargıtay Kararları Dergisi
YHD	:	Yasa Hukuk Dergisi
YHGK	:	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	:	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
ZGB	:	Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)

GİRİŞ

I. GENEL OLARAK KONUNUN SUNUMU

Önalım hakkı, kısaca, satılan bir malı öncelikle satın alma hakkıdır. Önalım hakkının iki türü bulunmaktadır. Bunlardan ilki paylı mülkiyete tabi taşınmazlarda söz konusu olan yasal önalım; ikincisi ise paylı mülkiyet gerektirmeyen ve taşınırlarda da söz konusu olabilen sözleşmeden doğan önalım hakkıdır.

Malik, üçüncü kişi ile satım sözleşmesi yaptığında, önalım hakkı sahibi, hakkını kullanarak bu malın kendisine devrini talep etmektedir. Bu yönüyle önalım hakkı, mülkiyet hakkına getirilen bir kısıtlamadır. Malik, malvarlığındaki haklar üzerinde dilediği kişi ile borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi yapabilir. Malikin malvarlığının aktifinde yer alan mülkiyet hakkı, sahibine kullanma, yararlanma ve tüketme (tasarrufta bulunma) yetkisi vermektedir. Önalım hakkı ise mülkiyet hakkının vermiş olduğu bu yetkilerden tasarruf yetkisini kısıtlamaktadır.

Yasal önalım hakkı, mülkiyet hakkının kanundan doğan bir kısıtlaması olmasına karşılık, sözleşmeden doğan önalım hakkının kaynağı taraflar arasında yapılmış önalım sözleşmesidir. İkinci durumda malik kendi iradesiyle mülkiyet hakkına kısıtlama getirmektedir.

Malikin dilediği kişiye malını satmasını engelleyen önalım hakkının mülkiyet hakkına getirdiği bu kısıtlamanın temeli, Anayasanın 35. maddesidir. Bu düzenlemeye göre, mülkiyet hakkının verdiği yetkiler, bir takım sosyal amaçlarla veya toplum yararına olmak üzere kanun koyucu tarafından çeşitli sınırlamalara konu olabilir.

Çalışmamızın konusunu oluşturan önalım hakkı, Medeni Kanunda taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamalarına ilişkin 732–735. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Eski Medeni Kanununun 658–659. maddelerinde düzenlenmiş

olan bu hak, kanun değişikliğinden sonra daha ayrıntılı bir düzenlemeye kavuşmuştur. Bununla birlikte, yapılan değişiklikler farklı tartışmaları ve eleştirileri de beraberinde getirmiştir.

Medeni Kanunun önalım hakkına ilişkin en çok eleştiri toplayan değişikliği, önalım hakkının kullanılmasının düzenlendiği hükümdür (MK m. 734/I). Anılan hüküm uyarınca önalım hakkı, alıcıya karşı dava açılarak kullanılmalıdır. Böyle bir düzenleme eski Medeni Kanunda yer almamaktaydı ve önalım hakkının dava açılmaksızın da kullanılabileceği kabul edilmekteydi. Kanun değişikliği ile hak sahibine, dava açmak konusunda bir külfet yüklenmiştir. Bizi önalım hakkının kullanılması konusunda bir tez yazmaya iten sebep, getirilen bu düzenlemedir.

Önalım hakkının tüm yönleriyle incelenmesi, birden fazla çalışmanın konusunu oluşturacak kapsamdadır. Çalışmamızın temel hareket noktası Medeni Kanunun 734. maddesidir. Bu düzenlemeye eleştirel bir bakış açısı getirmeyi amaçladığımız tezimizde, hakkın sadece bizi ilgilendiren yönlerine değinilecektir. Bu doğrultuda önalım hakkı kavramı genel olarak tanıtılacak, hakkın hukuki niteliği belirlenip bundan çıkan sonuçlara göre Medeni Kanun düzenlemesi irdelenecektir.

II. KONUYU SINIRLAMA

Önalım hakkı Medeni Kanunda düzenlenmiştir. Bununla birlikte, aşağıda belirttiğimiz bazı kaynaklarda da önalım hakkından söz edilmektedir. Bu kaynakların çalışmamızın konusuyla doğrudan ilgileri bulunmadığı için, biz sadece Medeni Kanunda düzenlenen önalım hakkına değineceğiz. Ancak önalım hakkının düzenlendiği diğer kaynaklar, burada kısaca belirtilecektir.

Hakkın düzenlendiği kaynaklardan biri 1164 sayılı Arsa Üretimi ve Değerlendirilmesi Hakkında Kanundur¹. Kanunun 10. maddesinde toplu konut idaresinin; konut, sanayi, eğitim, sağlık ve turizm yatırımları ve kamu

¹ RG 10.05.1969, S. 13195.

tesisleri için planlamayı öngördüğü ve tahdidini yaparak ilgili tapu idarelerine bildirmiş bulunduğu sahalardaki arsa ve arazi satışlarında önalım hakkına sahip olduğu belirtilmektedir.

İptal edilen 1727 sayılı ve 19.7.1973 tarihli Toprak ve Tarım Reformu Kanununun 123. maddesi kiracıya ve ortakçıya işlediği toprağı öncelikle satın alma hakkı tanımaktaydı.

Türk Ticaret Kanununun 418. maddesinde nama yazılı hisse senetlerinin miras, evlilikte mal rejimi hükümleri veya cebri icra yoluyla iktisabında yönetim kurulu üyelerine veya ortaklara yasal önalım hakkı tanınmaktadır².

Hazineye ait tarım arazilerinin satış esaslarını düzenleyen 4074 sayılı Hazineye Ait Tarım Arazilerinin Satışı Hakkında Kanunun 8. maddesinde arazinin bulunduğu yerde oturan kişilere, bu arazileri kiralayan topraksız kiracılara, bu arazileri fiilen kullananlara ihalede öncelikle alım hakkı tanındığı belirtilmektedir³.

III. ARAŞTIRMA PLANI

Önalım hakkının kullanılması konusunun irdelenebilmesi için öncelikle önalım hakkının hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda çalışmamızın birinci bölümde genel olarak önalım hakkı kavramı açıklanacaktır. Önalım hakkının tanımı ile başlayacağımız bu bölümde hakkın türleri, konusu ve son olarak hukuki niteliğine değinilecektir.

Önalım hakkını genel olarak tanıttıktan sonra tezimizin ikinci bölümünde hakkın kullanılma koşulları belirtilecektir. Hakkın dava açılarak kullanılması

² **BAHTİYAR**, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2005, s. 187; **BERTAN**, Suat: Aynı Haklar, Medeni Kanun 618–704. Maddelerinin Şerhi, C.1, Ankara 1976, s. 731. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bk. **TEKİNALP**, Ünal: Anonim Ortaklık Payının Alım, Önalım Geri Alım ve Benzer Haklara Konu Olması Sorunu, (Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, I. Tebliğler), İstanbul 1978, s. 345–359.

³ RG 19.02.1995, S. 22207.

zorunluluğuna ilişkin eleştirilerimiz, önalım hakkının hukuki niteliğinden çıkan sonuçlarla birlikte aktarılacaktır.

Tezimizin üçüncü bölümünde, hakkın kullanılma koşulları oluştuktan ve hak dava yoluyla kullanıldıktan sonra oluşan hukuki sonuç belirtilecektir. Açıklamalarımız önalım hakkının kullanılmasının malvarlığına etkisi ve açılan davanın niteliği ile devam edecektir. Önalım hakkının sona ermesi konusundaki açıklamalarımızla çalışmamızı sonlandıracağız.

IV. TERMİNOLOJİ

Eski Medeni Kanunda önalım hakkı şufa hakkı, önalım hakkı sahibi şefi, önalım hakkının konusunu oluşturan mal da meşfu olarak adlandırılmaktaydı. şufa, Arapça kökenli bir kelimedir ve bir şeyin diğer bir şeye ilave edilmesi, terkin zıddı, zam, toplama, arttırma ve teki çift yapma anlamına gelmektedir⁴.

İsviçre hukukunda önalım hakkının karşılığı olarak “vorkaufsrecht” terimi kullanılmaktadır⁵. Bu kelime “öncelikli”, “öncelikle”, “tercihen” satın alma anlamına gelmektedir⁶.

Önalımın Latince karşılığı “Preemptio”dur. Bu terim ile hak sahibinin diğer şahıslara göre öncelikli satın alma hakkının var olduğu anlatılmaktadır⁷.

Oğuzman, önalım hakkı için “öncelikle alım” veya “öncelikli alım hakkı” deyiminin kullanılmasının daha isabetli olacağını belirtmektedir⁸. Biz de

⁴ FEYZİOğLU, F. Necmeddin: şufa Hakkı, İstanbul 1959, s. 3 (FEYZİOğLU, şufa olarak anılacaktır); şIPKA, şükran Taman: Türk Hukukunda Kanuni Önalım (şufa) Hakkı, İstanbul 1994, s.1 (şIPKA, Kanuni Önalım olarak anılacaktır); MUTÇALI, Serdar: Arapça –Türkçe Sözlük, İstanbul 2005, s. 450.

⁵ ALLGÄUER, Oskar: Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufsrecht nach dem Schweizerischen Zivilgesetzbüche, Aarau 1918, s. 2–3; SCHMID, Hans Peter: Das Vorkaufsrecht, Basel 1934, s. 5.

⁶ FEYZİOğLU, şufa, s. 4; şIPKA, Kanuni Önalım, s. 1.

⁷ FEYZİOğLU, şufa, s. 3.

⁸ OğUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami: Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul 2008, s. 143, dn. 168a.

yazarın bu görüşüne katılmakla birlikte, çalışmamızda terim birliğini sağlamak amacıyla Medeni Kanundaki “önalım hakkı” terimini kullanacağız.

V. TARİHÇE

Önalım hakkı, tarihin akış sürecinde çeşitli amaç ve düşüncelerle ilkçağlardan günümüze kadar hukuk alanında varlığını sürdürüegelmiştir. Önalım hakkı, mülkiyet hakkına getirilen bir kısıtlamadır. Tarihi sürecine bakıldığında bu kısıtlamanın sebepleri farklılık göstermektedir.

Önalım hakkı ilk çağlarda ortaya çıkmıştır ve sosyal bir amacı bulunmaktadır. Buna göre amaç, arzu edilmeyen tasarrufları engellemek, aile veya topluluk mallarının bir arada kalmasını sağlamak ve malların istenmeyen yabancı kişilere geçişini önlenmektir⁹.

İslam hukukunda önalım hakkı fena komşuluktan doğması muhtemel zararların önlenmesi için kabul edilmiştir. Bu tür zararların önlenmesi ana düşüncesiyle, Mecellede önalım hakkına geniş yer verilmiştir¹⁰.

Modern hukukta ise önalım hakkı bireysel mülkiyete hizmet etmektedir. Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyeti sona erdirip tek kişi mülkiyetine geçiş amacı taşır. Sözleşmeden doğan önalım hakkı ise, önalım sözleşmesinde kararlaştırılan bedelle ilerideki fiyat artışlarına karşı koruma sağlama amacı taşır¹¹.

⁹ FEYZİOĞLU, Şufa, s. 5–6; ŞİPKA, Kanuni Önalım, s. 37.

¹⁰ BERTAN, s. 724; FEYZİOĞLU, Şufa, s. 5–6, 63–64; OLGAC, Senai: Şüf'a- Vef'a- İştira Hakları (Ön-Alım, Geri-Alım, Satım-Alım Hakları), 1978, s. 34; ŞİPKA, Kanuni Önalım, s. 17.

¹¹ FEYZİOĞLU, Şufa, s. 5–8.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖNALIM HAKKININ TANIMI, TÜRLERİ, KONUSU ve HUKUKİ NİTELİĞİ

I. GENEL OLARAK

Çalışmamız esas olarak önalım hakkının kullanılmasına ilişkin hükümlerin değerlendirilmesine yöneliktir. Ancak bu konunun irdelenebilmesi için öncelikle hakkın genel olarak açıklanması gerekmektedir. Hakkı tanımlayarak başlayacağımız bu bölümde, hakkın türleri, konusu ve hukuki niteliği incelenip hak genel olarak tanıtılmaya çalışılacaktır.

Önalım hakkının kanundan ve sözleşmeden doğan olmak üzere iki türü bulunmaktadır. Yasal önalım hakkının kaynağı paylı mülkiyet birliği, sözleşmeden doğan önalım hakkının kaynağı ise önalım sözleşmesidir. Bu doğrultuda hakkın kaynakları, paylı mülkiyet birliğini ve önalım sözleşmesini açıklayacağız. Önalım sözleşmesinin türleri, şekli, içeriği, hakkın şerhi ve şerhin etkisi hakkında ileri sürülen görüşlere değindikten sonra, hakkın konusu olabilecek mallara değinilecektir. Hakkın hukuki niteliği hakkında ileri sürülen görüşleri belirterek bu bölümü sonlandıracağız.

II. ÖNALIM HAKKININ TANIMI

Medeni Kanunumuzda biri sözleşmeden doğan önalım hakkı diğeri yasal önalım hakkı olmak üzere iki tür önalım hakkı düzenlenmektedir. Her iki türün, kaynakları, hakkın muhatabı olacak kişiler, konuları, hukuki nitelikleri hakkında yapılan tartışmalar bakımından farklı hüküm ve sonuçları bulunmaktadır. Bu nedenle, sözleşmeden doğan önalım hakkının ve yasal önalım hakkının tüm yönlerini kapsayan bir tanım vermek oldukça güçtür.

Bize göre yasal önalım hakkı ve sözleşmeden doğan önalım hakkı, iki ayrı tanımı gerektirmektedir. Bu şekilde bir ayırım oluşturmadan; 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 olacaktır¹². Bununla birlikte her iki tür önalım hakkı için aynı tanımı vermek de kavram karışıklığına sebep olacaktır.

Doktrinde önalım hakkını bütün yönleriyle açıklamaya çalışan bir tanım Feyzioğlu tarafından yapılmıştır. Bu tanıma göre önalım hakkı, kanun veya sözleşmeden doğan ve hak sahibinin tek taraflı bir irade beyanıyla hükümlerini meydana getiren, sübjektif aynı nitelikte yenilik doğuran bir haktır ki, borçlu hakkın konusu olan şeyi, tamamen kendi isteğiyle, paydaşlar dışında bir kimseye geçerli bir satım sözleşmesi ile sattığı takdirde, önalım hakkı sahibine, kararlaştırılan bedeli ödeyerek malın mülkiyetinin kendisine öncelikle geçirilmesini veya şerh verilmemiş sözleşmeden doğan önalım hakkında süresi içinde talep edilirse zararın tazminini isteme hakkını verir¹³. Görüldüğü üzere Feyzioğlu'nun tanımı oldukça kapsamlı olmakla beraber, birçok kavramı bünyesinde barındırdığından açık değildir.

Yasal önalım hakkı ve sözleşmeden doğan önalım hakkı için ayrı tanımlar vermenin daha yerinde olacağını düşünüyoruz. Buna göre; yasal önalım hakkı, paylı mülkiyete tabi bir taşınmazın paydaşlarından birinin kendi payını, paydaş olmayan bir üçüncü kişiye sattığında, diğer paydaşlara bu payı aynı şartlarla öncelikle satın alma yetkisi veren kanundan doğan yenilik doğuran bir haktır¹⁴. Sözleşmeden doğan önalım hakkı ise bir kişinin, önalım sözleşmesi adı verilen bir sözleşme ile maliki bulunduğu bir malı bir üçüncü kişiye sattığında, sözleşmenin diğer tarafına, bu malı aynı şartlarla veya

¹² Sözleşmeden doğan önalım hakkı için verilen bir tanıma göre: Önalım hakkı, malik ile üçüncü kişi arasında kurulmuş satım sözleşmesinde yer tutma hakkıdır (**WIELAND C.**, Kanunu Medenide Aynı Haklar, Ankara 1946, s. 251 [Çev. İ.Hakkı Karafaki]).

¹³ **FEYZİOĞLU**, Şufa, s. 5. Tanımda geçen sübjektif aynı nitelik ile kastedilenin hakkın üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilmesinin olduğu, bunun ise ancak yasal önalım hakkı ile şerh edilmiş sözleşmeden doğan önalım hakkı için geçerli olacağını belirten eleştiri için bk. **TANDOĞAN**, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, Ankara 1988, s. 274. **OĞUZMAN**'a göre bu kavram, Almanca "subjektif dingliche rechte" karşılığı olan eşyaya bağlı hakları ifade etmek için kullanılmaktadır (**OĞUZMAN M. Kemal**: Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar, İÜHF 1965, C. XXXI, S. 1-4, s. 211 [**OĞUZMAN**, Eşyaya Bağlı Haklar olarak anılacaktır]).

¹⁴ **OĞUZMAN**, M. Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe: Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 449; **TEKİNAY**, S. Sulhi: Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri II/1, İstanbul 1988, s. 38 (**TEKİNAY**, Takyitler olarak anılacaktır).

önalım sözleşmesinde kararlaştırılan şartlarla, öncelikle satın alma yetkisi verdiği yenilik doğuran bir hak¹⁵.

III. ÖNALIM HAKKININ TÜRLERİ

Önalım hakkı, kaynağına göre yasal ve sözleşmeden doğan önalım hakkı olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu bölümde yasal önalım hakkının varlık bulduğu paylı mülkiyet birliği, sözleşmeden doğan önalım hakkının kaynağı olan önalım sözleşmesi, bu sözleşmenin şekli ve içeriği irdelenecektir. Yine sözleşmeden doğan önalım hakkının tapu kütüğüne şerh edilmesi durumunda şerhin etkisi açıklanacaktır. Ancak bu açıklamalardan önce önalım hakkının Eski Medeni Kanundaki düzenlemesine kısaca değinmek istiyoruz.

Eski Medeni Kanunumuzda sözleşmeden doğan önalım hakkı 658. maddede ve yasal önalım hakkı 659. maddede düzenlenmekteydi. Sözleşmeden doğan önalım hakkına ilişkin hükümlerin yasal önalım hakkı için kıyasen uygulanacağı kabul edilmekteydi¹⁶.

Eski Medeni Kanunun 659. maddesinde bir taşınmazın paydaşı olanların, bu taşınmazdan pay satın alan üçüncü kişiye karşı yasal önalım hakkına sahip oldukları belirtilmekteydi. Ancak bu kısa düzenleme uygulamada çıkan sorunların çözümü için yeterli değildi ve yasal önalım hakkına uygulanacak hükümler konusunda kanunda boşluk bulunmaktaydı. Bu nedenle önalım hakkı, hakimlerin hukuk yaratarak boşluk doldurma yetkilerini en çok kullandıkları alan olmuş ve bunun sonucunda birçok İçtihadı Birleştirme Kararı çıkmıştır¹⁷.

¹⁵ **SEBÜK**, Tahir: Şufa, Vefa ve İştirâ Hakları, İstanbul 1951, s. 25; **YILDIZ**, Ekrem: 4721 sayılı Türk Medeni Kanununa göre Önalım Davaları, İstanbul 2005, s. 5.

¹⁶ **AYAN**, Mehmet: Kanuni Şufa Hakkı, Prof. Dr. Halil Cin'e Selçuk Üniversitesi'nde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995, s. 335, dn. 2 (**AYAN**, Kanuni Şufa olarak anılacaktır); **FEYZİOĞLU**, Şufa, s. 315; **ŞIPKA**, Kanuni Önalım, s. 6–7.

¹⁷ **OĞUZMAN** Kemal: Medeni Kanunun Boşluklarının Yargıtay Kararları ile Doldurulduğu Bir Müessese: Şufa, Medeni Kanunun 50. Yılı (Bilimsel Hafta: 15–17 Nisan 1976, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi No: 408), Ankara 1977, s. 13 (**OĞUZMAN**, Şufa olarak anılacaktır).

Yeni Medeni Kanunda yasal önalım hakkı, Eski Medeni Kanundan farklı olarak tek maddede değil, MK m. 732–734 hükümleri arasında; sözleşmeden doğan önalım hakkı da Medeni Kanunun 735. maddesinde düzenlenmiştir. Şerh edilen sözleşmeden doğan önalım hakkını düzenleyen Medeni Kanunun 735. maddesinde, yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümlerin sözleşmeden doğan önalım hakkı için de uygulanacağı ifade edilmiştir.

Medeni Kanunda yapılan değişiklikler, konunun ayrıntılı düzenlenmesi bakımından yararlı olmuştur. Ancak bu hükümler yeni tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bu tartışmalara tezimizin ilgili bölümlerinde değinileceğini belirterek yasal önalım hakkı konusundaki açıklamalarımıza geçmek istiyoruz.

A. Yasal Önalım Hakkı

Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyete tabi bir taşınmazın paydaşlarından birinin kendi payını, paydaş olmayan bir üçüncü kişiye sattığında diğer paydaşlara bu payı aynı şartlarla öncelikle satın alma yetkisi veren kanundan doğan yenilik doğuran bir haktır¹⁸. Bu tanıma göre yasal önalım hakkı, paylı mülkiyet konusu bir taşınmazı gerektirmektedir. Bu nedenle öncelikle paylı mülkiyet kavramı açıklanacaktır.

Aynı hakların içinde en geniş yetkileri sağlayan mülkiyet hakkı, hak sahibinin adedine göre “tek kişi mülkiyeti” ve “birlikte mülkiyet” şeklinde bir ayrıma tabi tutulur¹⁹. Medeni Kanunda elbirliği mülkiyeti ve paylı mülkiyet olmak üzere iki tür birlikte mülkiyet çeşidi düzenlenmektedir. Önalım hakkının varlık bulunduğu paylı mülkiyette, paylı mülkiyet konusu şey bir bütün olarak tek bir mülkiyet hakkının konusu olmakla birlikte birden çok kimse söz konusu

¹⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 449; TEKİNAY, Takyitler, s. 38.

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bk. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 253.

mülkiyetin bir payına sahiptir²⁰. Paylı mülkiyetin düzenlendiği Medeni Kanunun 688. maddesinde: “Paylı mülkiyette birden çok kimse, maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla malik” tir demekle bu husus belirtilmiştir.

Yasal önalım hakkının doğması için paylı mülkiyetin kurulma biçiminin bir önemi yoktur. Paylı mülkiyet hukuki işlem, resmi makamın tasarrufu veya doğrudan doğruya kanundan doğabilir²¹. Örneğin birkaç kişi bir malı birlikte satın alıp devralırlarsa hukuki işlemle; İmar Kanunu uyarınca Belediyelerce paylı olarak dağıtılan taşınmazlar üzerinde idari kararlar veya Medeni Kanunun 721. maddesi hükmünde olduğu gibi kanun icabı paylı mülkiyet ilişkisi kurulabilir²². Taşınmaz üzerinde paylı mülkiyet ilişkisinin kurulmasıyla birlikte yasal önalım hakkı da kendiliğinden doğar²³.

Paylı mülkiyet birliğinin kurulması ile doğan yasal önalım hakkı, eşyaya (paya) bağlı bir haktır²⁴. Bu kavram ile ifade edilmek istenen, hakkın belirli bir kişiye değil, eşyada hak (pay) sahibi olan kişiye bağlı olmasıdır²⁵.

²⁰ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 253.

²¹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 255.

²² Medeni Kanunun 721. maddesi hükmü uyarınca, “İki taşınmazı birbirinden ayırmaya yarayan duvar parmaklık, çit gibi sınırlılıklar aksi ispat edilmedikçe her iki komşunun paylı malı sayılır”.

²³ AYAN, Kanuni Şufa, s. 340; FEYZİOĞLU, F. Necmeddin: Şufa Hakkının Doğuşu ve Buna Terettüp Eden Hükümler, İÜHFİM 1951, C. XVII, S 1–2, s. 226 (FEYZİOĞLU, Şufa Hakkının Doğuşu olarak anılacaktır); GÜRİSOY, Kemal T./EREN, Fikret/CANSEL, Erol: Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984, s. 615; TEKİNAY, Takyitler, s. 39; TUNABOYLU, Müslim: Açıklamalı-İçtihatlı Önalım Alım- Geri Alım Davaları, Ankara 2003, s. 18; YILDIZ, s. 4.

²⁴ AYAN, Kanuni Şufa, s. 337; AYİTER, Nuşin: Eşya Hukuku Kısa Ders Kitabı, Ankara 1987, s. 137 (AYİTER, Eşya Hukuku olarak anılacaktır); GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 614; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 450; ÖZENLİ, Soysal: Uygulamada Önalım (Şufa) Davaları, İstanbul 1990, s. 30; ŞİPKA, Kanuni Önalım, s. 38; TEKİNAY, Takyitler, s. 39.

²⁵ HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPAÇI Abdülkadir: Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 386; ŞİPKA, Kanuni Önalım, s. 39. Bu kavram ile ilgili ayrıntılı bilgi için bk. OĞUZMAN, Kemal: Eşyaya Bağlı Haklara Hakim Olan Esaslar, Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 108 vd (OĞUZMAN, Esaslar olarak anılacaktır). OĞUZMAN, aynı hak anlamına gelen “dingliche rechte” teriminin başına konan “subjektive” kelimesi ile hakkın bir kişiye değil eşyaya bağlı olduğunu belirtildiğini ifade etmektedir (OĞUZMAN, Eşyaya Bağlı Haklar, s. 211-212). Önalım hakkının paya bağlılığı Alman ve İsviçre hukuklarında “subjektiv-dingliche rechte” (subjektif aynı haklar) kavramı ile belirtildiği, ancak bu kavramın Türk öğretisinde yanlış değerlendirilerek önalım hakkının aynı hak olarak nitelendirilmesine sebep olduğu, Alman dilinde “recht” kelimesinin hem hak hem hukuk anlamına geldiği ve bu nedenle hukuk terimi için “objektive rechte”, hak kelimesi için ise “subjektive rechte”

Taşınmaz üzerinde paylı mülkiyetin kurulmasıyla birlikte doğan yasal önalım hakkı, mülkiyet hakkına bir kısıtlama getirmektedir. Bu kısıtlama malikin tasarruf yetkisinde kendisini göstermektedir. Hemen belirtelim ki yasal önalım hakkı, malikin taşınmaz üzerindeki payını dilediği kimseye devretmesine engel değildir. Buradaki kısıtlama ile anlatılmak istenen, taşınmazın paydaş olmayan bir üçüncü kişiye devredilmesi durumunda diğer paydaşların önalım hakkını kullanarak, bu payın kendilerine devrini talep etme haklarının doğmasıdır. Dolayısıyla önalım hakkı kullanılmaz ise bir kısıtlamadan da söz edilemeyecektir. Bu durum doktrinde bazı yazarlarca mülkiyet hakkının dolayısıyla kısıtlaması olarak da açıklanmaktadır²⁶.

Mülkiyet hakkı, bir kimseye kullanma, yararlanma ve tüketme yetkisi sağlayan en geniş kapsamlı ayni haktır. Buna göre; mülkiyet hakkı sahibi, mülkiyetinde bulunan malı dilediği gibi kullanabilir (usus), ondan dilediği gibi yararlanabilir (fructus) ve üzerinde dilediği tasarrufta bulunabilir (abusus). Ancak Anayasamızın 35. maddesine göre; mülkiyet hakkının vermiş bulunduğu yetkiler bir takım sosyal amaçlarla veya toplum yararına olmak üzere kanun koyucu tarafından çeşitli sınırlamalara konu olabilir²⁷. Yine Medeni Kanunumuzun 731. maddesinde de taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamalarının tapu siciline tescil edilmeksizin etkili olacağı düzenlenmektedir. Dolayısıyla yasal önalım hakkı, doğrudan doğruya kanundan kaynaklanan bir hak olduğundan, tapu siciline tescil edilmesi gerekmeksizin üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir²⁸.

terimlerinin kullanıldığı yönünde bk. **SCHWARZ**, Andreas B.: Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 1935 (Çev. **VELDET Hıfzı**), s. 112.

²⁶ **EREL**, Şafak N.: Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982, s. 43-44; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 450; **ŞIPKA**, Kanuni Önalım, s. 15; **TEKİNAY**, Takyitler, s. 37.

²⁷ **YAŞAR**, Mert: Yeni Medeni Kanunda Önalım Hakkına İlişkin Değişiklikler, GÜHFD 2002, S. 2, s. 423.

²⁸ **AYAN**, Mehmet: Eşya Hukuku, Mülkiyet, C. 2, Konya 1993, s. 245 (AYAN, Mülkiyet olarak anılacaktır); **BERTAN**, s. 793; **FEYZİOĞLU**, F. Necmeddin: Şufa Hakkının Kullanılması Mümkün Olan ve Olmayan Tasarruflar, İÜHFMD 1953, C. XIX, S. 1-2, s. 224 (**FEYZİOĞLU**, Tasarruflar olarak anılacaktır); **GÜRSOY/EREN/CANSEL**, s. 621; **ŞIPKA**, Kanuni Önalım, s. 15; **TANDOĞAN**, s. 267.

Yasal önalım hakkının, mülkiyet hakkına getirdiği bu kısıtlamanın sebebini hakkın amacında aramak gerekir. Bu amaç, yürütülmesi problemlerle dolu paylı mülkiyet ilişkisine, diğer ortakların izni ve onayı olmadan yabancı birinin girmesini engellemektir²⁹. Bununla birlikte yasal önalım hakkının payların tek elde toplanmasını sağlayarak paylı mülkiyet ilişkisini sona erdirip bireysel mülkiyete dönüştürülmesi amacı da bulunmaktadır³⁰.

Bir kişinin yasal önalım hakkı sahibi olabilmesi için, payın satıldığı tarihte taşınmazda paydaş olması gerekmektedir³¹. Bir kimse önalım hakkına konu pay satıldıktan sonra taşınmaza paydaş olursa, paydaşlık tarihinden sonraki pay satımlarında önalım hakkını kullanabilir. Buna karşılık paydaşlık tarihinden önceki satımlar için yasal önalım hakkı yoktur.

Yasal önalım hakkı konusundaki açıklamalarımızı bitirmeden elbirliği mülkiyetinde yasal önalım hakkı bulunmadığını belirtmek istiyoruz³². Elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygındır (MK m. 701). Bu nedenle, ortakların taşınmaz üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri payları

²⁹ **AYAN**, Kanuni Şufa, s. 336; **BERTAN**, s. 786–787; **ERÇİN**, Ferhat: Kanuni Şufa Hakkının Kullanılmasına İlişkin 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 734. Maddesi Üzerine Düşünceler, LEGAL Hukuk Dergisi, 2006, C.4, S. 46, s. 3012; **ERTAŞ**, Şeref/**SERDAR**, İlknur/**GÜRPINAR**, Damla: Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, Ankara 2006 s. 377; **GÜRSOY/EREN/CANSEL**, s. 614; **FEYZİOĞLU**, Tasarruflar, s. 248; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR** s. 451.

³⁰ **AYAN**, Kanuni Şufa, s. 336; **ERÇİN**, s. 3012; **GÜRSOY/EREN/CANSEL**, s. 614. **FEYZİOĞLU**, Tasarruflar, s. 248; **ŞIPKA**, Kanuni Önalım, s. 18. Yargıtay'ın 27.3.1957 tarihli ve 12/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da bu husus ifade edilmiştir (RG 21.8.1957, S. 9687).

³¹ **AYAN**, Kanuni Şufa, s. 343. Yargıtay kararları da bu yöndedir: “...Bir kimsenin şufa hakkından söz edilebilmesi için o kişinin davaya konu edilen payın satıldığı tarihte taşınmazda paydaş olması gerekir...” (Yarg. 6. HD, 14.01.2003 T. 2003/13 E. 2003/183 K); “...Şufalı payın iktisabından önce dava konusu taşınmazda paydaş olan kişi hakkında, şufa hakkı kullanılamaz. Çünkü şufa hakkı, bir paydaşın payını üçüncü şahsa satması halinde diğer paydaşların kullanabilecekleri bir haktır. Paydaş, üçüncü şahıs sayılmayacağına göre paydaşın paydaş aleyhine şufa hakkı söz konusu olamaz....” (Yarg. 6. HD, 4.2.2002 T. 2002/461 E. 2002/621 K.); “...Müşterek mülkiyet nedeniyle doğan kanuni şufa hakkı, müessesenin mahiyeti gereği ancak müşterek mülkiyet ilişkisi devam ettiği sürece mevcut olup, davacı davanın açılmasından sonra herhangi bir şekilde şufalı payın ilişkin bulunduğu taşınmazda payını kaybettiği takdirde, dava hakkı da ortadan kalkar...” (Yarg. 6. HD, 22.12.1998 T., 1998/9625 E., 1998/11017 K.); “...Paydaşlığı kalmayan kimsenin şufa davası açmasına olanak yoktur...” (Yarg. 6 HD, 26.4.1989 T. 3867/7464, Kararlar için bk. **ERÇİN**, s. 3013).

³² **GÜRSOY/EREN/CANSEL**, s. 614.

bulunmamaktadır. Elbirliği mülkiyetinde, ortaklar taşınmaz üzerinde ancak oybirliği ile alacakları kararla tasarrufta bulunabilirler (MK m. 702). Hemen belirtelim ki paylı mülkiyette, bir pay üzerinde elbirliği mülkiyeti varsa, diğer bir payın satımı halinde, elbirliği mülkiyetine tabi payın ortakları hep birlikte önalım hakkını kullanabilirler³³. Çünkü bu durumda elbirliği mülkiyetine tabi payın ortakları, birleşip tek pay maliki olarak paydaş sıfatını kazanmaktadırlar³⁴.

Kanundan doğan ve paylı mülkiyet birliğinde söz konusu olan yasal önalım hakkı paydaşlara tanınmış bir haktır. Sözleşmeden doğan önalım hakkının kaynağı ise önalım sözleşmesidir ve hak sahibi de bu sözleşmeye göre belirlenir. Yasal önalım hakkından farklı olarak sözleşmeden doğan önalım hakkına konu mal üzerinde paylı mülkiyet bulunması gerekmez. Yasal önalım hakkı konusundaki belirlemelerimizi burada noktalayarak sözleşmeden doğan önalım hakkı konusundaki açıklamalarımıza geçmek istiyoruz.

B. Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı

Medeni Kanun ile Borçlar Kanununda sözleşmeden doğan önalım hakkına ilişkin bazı düzenlemeler yer almaktadır (MK m. 735, 1009; BK m. 213). Ancak bu düzenlemelerde önalım hakkının tanımı yapılmamıştır. Medeni Kanunda sadece tapu kütüğüne şerh edilmiş önalım hakkından ve

³³ **AYAN**, Mülkiyet, s. 244; **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, s. 379; **TEKİNAY**, Takyitler, s. 38, 50.

³⁴ Elbirliği ortaklarından biri önalım davası açarsa diğer ortakların bu davaya muvafakat etmesi gerekir. Yargıtay'ın bir kararında bu husus: "...davacının dayandığı pay iştirak halinde mülkiyete konu ise tüm iştirakçilerin birlikte dava açması veya birinin açtığı davaya diğerlerinin muvafakat etmesi gerekir" şeklinde ifade edilmektedir (Yarg. 6. HD, 7.6.1996 T. 2295 E. 4299 K., karar için bk. **KILIÇOĞLU**, Mustafa: Akdi ve Kanuni Şufa Davaları (Önalım), Ankara 1997, s. 35-36). Bu muvafakat sağlanamadığı takdirde ise elbirliği topluluğuna temsilci atanması gerektiği kabul edilmektedir. "...Ortakların tümünün muvafakati sağlanamazsa payı bırakan murisin terekesine MK'nın 581 ve 630. maddeleri uyarınca görevli mahkemede mümessil tayini için davacıya süre verilir" (YHGK, 16.4.1997, 1997/6-105 E. 1997/359 K. karar için bk. **YILDIZ**, s. 175). Karş. **MOLLAMUSTAFAOĞLU**, M. Zeki: Önalım Hakkı ve Ortak Mülkiyet, AD, S. 1, Ankara 1973, s. 80. Yazar, elbirliği mülkiyetinde önalım hakkını kullanmak isteyen ortağın, paydaş olduğunun saptanmasının davayı yürütmesi için yeterli bulunduğunu, elbirliği topluluğuna temsilci atanmasının davacıya yersiz bir külfet yüklediğini belirtmektedir.

şerhin etkisinden söz edilmektedir. Başka deyişle, tapu kütüğüne şerh edilmemiş sözleşmeden doğan önalım hakkına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Borçlar Kanununda ise önalım sözleşmesinin şekline ilişkin bir düzenleme yer almaktadır (BK m. 213). Öğretide sözleşmeden doğan önalım hakkı; bir kişinin, önalım sözleşmesi ile maliki bulunduğu malı bir üçüncü kişiye satması üzerine sözleşmenin diğer tarafına bu malı, aynı şartlarla veya önalım sözleşmesinde kararlaştırılan şartlarla, öncelikle satın alma yetkisi verdiği bir yenilik doğuran hak olarak tanımlanmaktadır³⁵.

Çeşitli amaç ve düşüncelerle önalım sözleşmesi yapılabilir: Bir yerde yerleşip çalışan kimsenin, o yerdeki, meslek, sanat, ticaret bakımından çalışmasında sürekliliği sağlayabilmesine olanak tanımak veya kiracı için hoş olmayan bir mal sahibinin önüne geçmek gibi nedenlerle sözleşmeden doğan önalım hakkı tanınabilir³⁶. Ekonomik amaçlarla da önalım sözleşmesi yapılabilir. İlerideki fiyat artışlarına karşı önlem almak için bedeli önceden tespit edilerek yapılan önalım sözleşmelerinde amaç ekonomiktir³⁷. Önalım sözleşmesi, maliki olmadığı bir toprağı kiralayarak işleyen ve bu sayede geçimini sağlayan kiracıya, işlediğı toprağın maliki olma imkanı verilmesi amacı da taşıyabilir³⁸. Diğer bir örnekle, uzun yıllar kiraladığı evi veya işyerini, kiralayanın satmak istemesi durumunda, mevcut düzenini veya ticari ilişkilerini yürüttüğü ticarethanesini değiştirmek istemeyen kişiler de önalım sözleşmesi yaparak kiraladıkları bu yeri satın alarak mevcut düzenlerini devam ettirebilirler.

Sözleşmeden doğan önalım hakkının kaynağı taraflar arasında yapılmış bir önalım sözleşmesidir. Ancak önalım hakkının kaynağı vasiyetname gibi tek taraflı bir hukuk işlem de olabilir³⁹. Ancak uygulamada bu tür istisnalarla pek karşılaşılmamaktadır⁴⁰. Bu nedenle yapacağımız açıklamalar önalım

³⁵ **SEBÜK**, s. 25; **YILDIZ**, s. 5.

³⁶ **BERTAN**, s. 724; **OLGAÇ**, s. 34.

³⁷ **TANDOĞAN**, s. 275; **FEYZİOĞLU**, F. Necmeddin: Şufa Hakkının Mevzuu ve Sùjeleri, İÜHFİM 1952, C. 18, S. 3-4, s. 896 (**FEYZİOĞLU**, Şufa Hakkının Mevzuu olarak anılacaktır).

³⁸ **EREN**, Fikret/**BAŞPINAR**, Veysel: Toprak Hukuku, Ankara 2005, s. 206.

³⁹ **OLGAÇ**, s. 42; **TANDOĞAN**, s. 275; **TEKİNAY**, Takyitler, s. 16.

⁴⁰ **TEKİNAY**, Takyitler, s. 16.

sözleşmesinden kaynaklanan hakka ilişkin olacaktır. Bu sözleşmenin incelenmesine geçmeden önce önalım hakkının Medeni Kanun ve Borçlar Kanunundaki düzenlemesine kısaca değinmek istiyoruz.

Kaynağının bir sözleşme olması nedeniyle sözleşmeden doğan önalım hakkının Borçlar Kanununda düzenlenmiş olması gerekirdi⁴¹. Ancak, sözleşmenin şeklini düzenleyen madde dışında önalım hakkına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır (BK m. 213). Mehaz İsviçre Borçlar Kanununda ise sözleşmeden doğan önalım hakkı konusunda ayrıntılı bir düzenleme yer almaktadır. İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanununda 4 Ekim 1991 tarihinde yapılan değişiklikler ile sözleşmeden doğan önalım hakkına ilişkin hükümler Medeni Kanundan çıkartılmış; konu Borçlar Kanununun taşınmaz satımına ilişkin hükümleri arasında düzenlenmiştir (OR Art. 216a-216e). Bu değişikliğin gerekçesi ise hukuki işlem ile yapılan devir kısıtlamalarının borçlandırıcı işlem niteliğinde bulunması ve borçlandırıcı işlemlerin düzenleme yerinin Borçlar Kanunu olmasıdır⁴². İsviçre Medeni Kanununda sadece yasal önalım hakkına ilişkin hükümlere yer verilmiştir (ZGB 681-682a). Biz de bu tür bir düzenlemenin yerinde olacağını düşünüyoruz. Bu doğrultuda Türk Borçlar Kanunu Tasarısının satım ilişkisi doğuran haklar başlıklı 237–241 maddeleri arasında sözleşmeden doğan önalım hakkına yer verilmiş olması bu yolda atılmış güzel bir adımdır⁴³. Zira sözleşmeden doğan önalım hakkı, borçlandırıcı işlem niteliğinde bir hukuki işlemle yapılan devir kısıtlamasıdır⁴⁴.

⁴¹ **KIRCA**, Çiğdem: Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanundaki Değişiklikler, Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanundaki Değişiklikler, Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002, C. 2, s. 1185.

⁴² **VITO**, Roberto: Teilrevision des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechts, Recht, Bern 1993, s. 175 (**KIRCA**, s. 1186, dn. 32 ve 33'den naklen).

⁴³ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı için bk. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0499.pdf>, çevrimiçi, 29.3.2010.

⁴⁴ **GÜMÜŞ**, M. Alper: Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Ankara 2003, s. 142, dn. 118; **KIRCA**, s. 1186.

1. Önalım Sözleşmesi

Borçlar Kanununda önalım sözleşmesinin tanımı yapılmamıştır. Ancak öğretide kabul gören tanıma göre önalım sözleşmesi, önalım hakkına konu olan malın bir üçüncü kişiye satılması halinde önalım hakkı sahibinin, bu malı öncelikle satın alma hakkının düzenlendiği sözleşmedir⁴⁵. Aşağıdaki bu sözleşmenin şekli, içeriği ve sözleşmeden doğan önalım hakkının şerhi incelenecektir.

2. Önalım Sözleşmesinin Şekli

Borçlar Kanunumuz borçlandırıcı işlemler için kural olarak şekil serbestisi ilkesini kabul etmiştir⁴⁶. Bu ilkenin sonucu olarak kanunun açıkça bir şekil öngörmediği hallerde taraflar iradelerini sözlü olarak açıklayabilirler. Diğer bir ifadeyle sözleşmeyi oluşturan irade beyanları için kural olarak belirli bir şekle uyma zorunluluğu yoktur. Borçlar Kanununda bu ilke “Sözleşmenin sıhhati, kanunda açıklık olmadıkça hiçbir şekle bağlı değildir” şeklinde ifade edilmektedir (BK m. 11).

Andığımız hükümden anlaşılacağı üzere şekil serbestisi ilkesinin istisnaları bulunmaktadır. Kanun, bazı sözleşmelerin geçerliliği için bir şekle uyulmasını öngörmüş olabilir. Kanunun öngördüğü bu şeklin geçerlilik şartı mı ispat şartı mı olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Örneğin; miktar ve değeri Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 288. maddesinde yazılı tutarı aşan hukuki işlemlerin senetle ispat edilmesi gerekmektedir. Anılan hükümde öngörülen şekil ispat şartıdır. Şeklin ispat şartı olduğu durumlarda bu şekle uyulmamış olması sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Ancak sözleşmenin

⁴⁵ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 437; **TUNÇOMAĞ**, Kenan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul 1977, s. 305 (**TUNÇOMAĞ**, Borçlar Özel olarak anılacaktır). Önalım hakkının belirli bir kimseye tanınan rüçhan hakkı olduğu yönünde bk. **SAYMEN**, Ferit H./**ELBİR**, Halid K.:Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963, s. 371.

⁴⁶ **EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009, s. 239; **OĞUZMAN/Kemal, ÖZ/Turgut**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009, s. 116; **HATEMİ**, Hüseyin: Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 2004, s. 158 (**HATEMİ**, Medeni Hukuk olarak anılacaktır).

varlığı her türlü delil ile ispat edilemez. Buna karşılık şeklin bir geçerlilik şartı olduğu hallerde, bu şekle uyulmadıkça sözleşme geçerli olmaz⁴⁷.

Kanun, sözleşmenin belli bir şekilde yapılmasını öngörmüşse bu şekil, kural olarak geçerlilik şartıdır (BK 11/II). Bunun için şekil şartının kanunda açıkça öngörülmüş olması gerekmektedir. Kanunda bu yönde belirleme yoksa geçerlilik şartı söz konusu değildir. Bu genel açıklamalardan sonra önalım sözleşmesini şeklini incelemeye geçebiliriz.

Önalım sözleşmesinin şekli Borçlar Kanununun 213. maddesi hükmünde düzenlenmektedir. Bu hükme göre, önalım sözleşmesi adi yazılı şekle tabidir⁴⁸. Bu şekil, geçerlilik şartı olup bu şekle uyulmadan yapılan bir önalım sözleşmesi geçerli olmayacaktır.

Borçlar Kanununun anılan hükmünde, önalım hakkına çok benzedikleri halde, alım ve gerialım hakkına ilişkin sözleşmeler için adi yazılı şekil yeterli görülmemiş ve bunların resmi şekilde yapılması gerektiği emredilmiştir. Bunun tarihsel nedeni İsviçre'deki bir uygulamadan kaynaklanmaktaydı. Zira İsviçre'de önalım sözleşmeleri çoğunlukla kira sözleşmelerine konan bir kayıt şeklinde yapılmaktaydı ve önalım sözleşmesi için resmi şekil zorunlu sayılırsa kira sözleşmelerinde düzenlenen önalım hakkının da geçersiz olacağı düşünülmekteydi⁴⁹. Bu sakıncayı gidermek için önalım sözleşmeleri için adi yazılı şekil yeterli görülmüştür. Ancak 19.10.1988 tarihli İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu değişikliğinde, bir taşınmaza ilişkin alım ve geri alım hakları gibi önalım hakkının da resmi şekilde yapılacağı (OR Art. 216/II); ancak, satım bedeli önceden kararlaştırılmamış ise önalım

⁴⁷ EREN, s. 241; OĞUZMAN/ÖZ, s. 116–117.

⁴⁸ Önalım hakkının vasiyetname ile tanınmasında ise vasiyetnameye ait şekil şartlarına uyulmuş olmasının yeterli olduğu yönünde bk. TANDOĞAN, s. 275.

⁴⁹ SCHMID, s. 45; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 122; FEYZİOĞLU, Şufa Hakkının Doğuşu, s. 210–211; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 638; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 437; TUNÇOMAĞ, Borçlar Özel, s. 311; ACEMOĞLU, Kevork: Eşya Hukuku Meseleleri, İstanbul 1970, s. 161; TANDOĞAN, s. 279; VELİDEDEOĞLU, Hıfzı V./ESMER, Galip: Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı, İstanbul 1956, s. 421; HAYOZ, A. Meier: Şufa Akdi, İÜHF 1968, C. XXXIII, S. 3–4, s. 276 (Çev. DOĞANAY, Y. Ümit). TEKİNAY, önalım sözleşmesinin adi yazılı şekle tabi olmasını, İsviçre'deki uygulamalara ilişkin bir özellik olduğunu ve bu istisnanın Türk Hukuk sistemine zıt olduğunu belirtmektedir (TEKİNAY, Takyitler, s. 20).

sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılmasının yeterli olacağı kabul edilmiştir (OR Art. 216/III)⁵⁰.

Konusu taşınmaz olan önalım sözleşmesi, adi yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmayacaktır. Buna karşılık, taşınırları konu alan önalım sözleşmeleri için herhangi bir geçerlilik şekli söz konusu değildir⁵¹. Ancak ispat kolaylığı bakımından bunların da yazılı şekilde yapılması faydalı olacaktır⁵².

Yazılı geçerlilik şekline bağlı sözleşmelerde borç altına girenlerin imzaları gerekli olmasına rağmen, alacaklının imzasına ihtiyaç bulunmamaktadır (BK m.13/I). Önalım sözleşmesi ile önalım yükümlüsü, hakkın ilişkin olduğu malın satılması halinde önalım hakkı sahibine malı devretme borcu altına girmektedir. Buna karşılık önalım hakkı sahibi, hakkını kullanmadıkça herhangi bir borç altına girmemektedir. Önalım hakkı sahibi, ancak önalım hakkının kullanılması sonucunda önalım yükümlüsüne önalım bedelini ödeme borcu altına girmektedir. Fakat bu borç ilişkisi, hak kullanıldıktan sonra doğmaktadır⁵³. Bu yönüyle önalım sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁵⁴.

Doktrinde bazı yazarlar, önalım sözleşmesi ile önalım yükümlüsü borç altına girdiğinden sözleşmede sadece onun imzasının bulunmasının yeterli olduğunu belirtmekle birlikte; eğer sözleşmede bedel kararlaştırılmışsa veya önalım hakkı sahibine de bazı yükümlülükler yüklenmişse onun da imzasının gerekeceğini ifade etmektedirler⁵⁵. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise her iki tarafın imzası bütün önalım sözleşmeleri için gereklidir⁵⁶. Bu görüşte olan Tekinay'a göre, önalım sözleşmesi, önalım yükümlüsü gibi

⁵⁰ **KIRCA**, s. 1180, dn. 4.

⁵¹ **AYAN**, Mülkiyet, s. 263; **BERTAN**, s. 730; **FEYZİOĞLU**, Şufa Hakkının Doğuşu, s. 211–212; **TANDOĞAN**, s. 275; **TEKİNAY**, Takyitler, s. 19.

⁵² **BERTAN**, s. 730; **FEYZİOĞLU**, Şufa Hakkının Doğuşu, s. 210.

⁵³ Önalım hakkının kullanılması ile meydana gelen hukuki sonuç hakkında bk. Üçüncü Bölüm II.

⁵⁴ **BELEN**, Herdem: "Akdi Şufa Hakkının Noterde Düzenlenmesi Gereğine İlişkin Tapu Sicili Tüzüğü Hükmünün Eleştirisi, KÜHFD 1998–1999, S. 2, s. 105 (**BELEN**, Şufa olarak anılacaktır).

⁵⁵ **AYİTER**, s. 145; **FEYZİOĞLU**, Şufa Hakkının Doğuşu, s. 212

⁵⁶ **HAYOZ**, s. 276; **TEKİNAY**, Takyitler, s. 21.

önalım hakkı sahibinin de ileride (önalım bedelini ödeme konusunda) taahhüt altına girmesine esas olmakta ve bu nedenle onun da imzası gerekmektedir⁵⁷. Hayoz, önalım hakkı sahibinin, şarta bağlı olmakla birlikte borç altına girdiğini, önalım yükümlüsü ile üçüncü kişi arasında ileride yapılacak satım sözleşmesine halef olmayı taahhüt ettiğini belirterek bu sonuca varmaktadır⁵⁸.

3. Önalım Sözleşmesinin İçeriği

Sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur (BK m. 1). Sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların sözleşmenin esaslı unsurlarında anlaşmaları gereklidir. Bu doğrultuda, tarafların, belirli bir mala ilişkin önalım hakkı tanınması konusundaki karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile önalım sözleşmesi kurulmuş olur. Başka bir deyişle sözleşmenin kurulması için, önalım hakkı tanınmasına yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ve hakkın hangi mala ilişkin olduğunun belirlenmiş olması yeterlidir⁵⁹.

Taraflar, önalım sözleşmesine hakkın kullanılma şartları ve ödenmesi gereken bedel gibi bazı kayıtlara da yer verebilirler. Önalım sözleşmesinde bu gibi kayıtların olup olmamasına göre basit ve nitelikli olmak üzere iki tür önalım hakkı karşımıza çıkmaktadır. Önalım sözleşmesinin içeriği açısından yapılan bu ayrımın önemi, hakkın kullanılmasından sonra kendini göstermektedir. Zira hak kullanıldıktan sonra önalım hakkı sahibi ile önalım yükümlüsü arasında bir satım ilişkisi kurulur.⁶⁰ Bu satım ilişkisinin hükümleri önalım sözleşmesinde bazı kayıtlara yer verilmiş olup olmamasına göre farklı olacaktır⁶¹. Aşağıda basit ve nitelikli önalım hakkı incelenip bu farklılığa değinilecektir.

⁵⁷ **TEKİNAY**, Takyitler, s. 21

⁵⁸ Halefiyet görüşü için bk. Üçüncü Bölüm II C.

⁵⁹ **FEYZİOĞLU**, Şufa Hakkının Doğuşu, s. 208; **TEKİNAY**, Takyitler, s. 21.

⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için bk. Üçüncü Bölüm II D.

⁶¹ **OGUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 439.

a. Basit Önalım Hakkı

Önalım sözleşmesinde tarafların satım bedelini veya diğer şartları kararlaştırmamaları halinde basit önalım hakkı söz konudur⁶². Bu durumda önalım hakkı sahibi, hakkını yükümlü malik ile üçüncü kişi arasında yapılan sözleşmedeki bedel ve şartlarla kullanır. Medeni Kanunda kütükte koşullar belirtilmemişse (diğer bir ifadeyle başka türlü anlaşma yoksa) taşınmazın üçüncü kişiye satışındaki koşulların esas alınacağı belirtilmektedir (MK m. 735/I). Taraflar, üçüncü kişiyle yapılan satıştaki şartların uygulanmasına rıza göstermişlerdir. Diğer bir ifadeyle, önalım hakkı sahibi hakkını kullandığında, önalım yükümlüsü ile üçüncü kişi arasında yapılan satım sözleşmesinin hükümleri onu da bağlar. Bu şekilde ortaya çıkan önalım hakkı basit önalım hakkı olarak adlandırılmaktadır⁶³.

Basit önalım hakkı kullanıldıktan sonra, önalım yükümlüsünün hak sahibine malı üçüncü kişi ile yapılan satım sözleşmesindeki şartlarla satma borcu, önalım hakkı sahibinin de yine bu sözleşmede kararlaştırılan satım bedelini önalım yükümlüsüne ödeme borcu doğmaktadır.

b. Nitelikli Önalım Hakkı

Taraflar önalım sözleşmesine bedel, ödeme tarzı, önalım hakkının geçerli olacağı süre, hakkının devri, şerh anlaşması, ipoteklerin devralınması gibi bir takım hükümlere yer verebilirler⁶⁴. Nitelikli önalım hakkında, gelecekteki hukuki ilişkinin esaslı unsurları kesin olarak belirlenmiştir⁶⁵. Önalım sözleşmesinde böyle unsurlar bulunması durumunda hakkın kullanılmasıyla, önalım hakkı sahibi ile önalım yükümlüsü arasında bu hükümlere uygun bir satım ilişkisi kurulur. Dolayısıyla bu satım ilişkisi, üçüncü kişi ile yapılan satım

⁶² OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 440.

⁶³ Basit önalım hakkı için alelade şufa (bk. SAYMEN/ELBİR, s. 372), adi şufa (bk. TEKİNAY, Takyitler, s. 21; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 637) terimleri de kullanılmaktadır.

⁶⁴ FEYZİOĞLU, Şufa Hakkının Doğuşu, s. 208; TEKİNAY, Takyitler, s. 33.

⁶⁵ HAYOZ, s. 278.

sözleşmesinden bağımsızdır⁶⁶. Bu şekilde ortaya çıkan önalım hakkı, nitelikli önalım hakkı olarak ifade edilmektedir⁶⁷.

Nitelikli önalım hakkında, önalım sözleşmesinde kararlaştırılan bedel ödenir. Bu bedel, üçüncü kişiye yapılan satımda kararlaştırılan bedelden ister düşük ister yüksek olsun durum değişmemektedir.

4. Önalım Hakkının Şerhi

Sözleşmeden doğan önalım hakkı nisbi bir haktır. Haklar, ileri sürülebilecekleri çevre açısından mutlak haklar ve nisbi haklar olarak bir ayrıma tutulmaktadır⁶⁸. Buna göre (aynı haklar, kişilik hakkı, velayet hakkı gibi) mutlak haklar, herkese karşı ileri sürülebilirken; nisbi haklar kural olarak sadece borç ilişkisinin karşı tarafına ileri sürülebilir⁶⁹. Bu hakların başlıca örneği alacak hakları ve yenilik doğuran haklardır. Önalım hakkı da yenilik doğuran bir hak olduğundan nisbi niteliktedir⁷⁰.

Nisbi hakların üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilmesi, bu haklara Kanunda şerh imkanı tanınmasına ve tapu kütüğüne şerh edilmiş olmalarına bağlıdır. Şerh edilebilecek nisbi haklar sınırlı sayıdadır (numerus clausus). Kanunun açıkça şerhine izin verdiği nisbi haklar, şerh yoluyla, o taşınmaz üzerinde sonradan hak kazanan üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir. Kişisel hakların şerhini düzenleyen Medeni Kanunun 1009. maddesi hükmünde: "Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, alım, önalım, gerialım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerh edilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar"ın tapu kütüğüne şerh edilebileceği belirtilmektedir. Görüldüğü üzere sözleşmeden doğan önalım hakkı için şerh imkanı vardır. Bu nisbi haklar şerh edilince sadece sözleşmenin karşı tarafına değil,

⁶⁶ BELEN, Şufa, s. 102.

⁶⁷ Nitelikli önalım hakkı için mevsuf şufa (bk. GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 637; TEKİNAY, Takyitler, s. 21), sınırlı önalım (VELİDEDEOĞLU/ESMER, s. 422) terimleri de kullanılmaktadır.

⁶⁸ DURAL, Mustafa/SARI, Suat: Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, C.I, İstanbul 2006, s. 123 vd; OĞUZMAN/BARLAS, s.138.

⁶⁹ BERTAN, s. 774.

⁷⁰ ACEMOĞLU, s. 162; AYAN, Mülkiyet, s. 262.

taşınmazın sonraki maliklerine ve o taşınmaz üzerinde sonradan hak kazanan kişilere karşı da ileri sürülebilir.

Önalım hakkı, tapu kütüğüne şerh edilmediği sürece, sadece sözleşmenin tarafları arasında hüküm ifade eder. Bu bağlamda önalım hakkına konu taşınmaz bir üçüncü kişiye devredildiğinde, önalım hakkı sahibinin bu kişiye karşı ileri sürebileceği herhangi bir hakkı bulunmamaktadır. Kanun koyucu bu gibi sakıncaları önlemek için istisnaen nisbi hakların şerh edilerek üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilmesi imkanını tanımaktadır. Hak şerh edilmediği takdirde önalım hakkı sahibi sadece, hakka konu malın devri borcunu ifa etmeyen önalım yükümlüsüne karşı, oluşan zararları için borca aykırılıktan dolayı tazminat davası açabilir⁷¹.

a. Şerh Anlaşması

Kanunun şerh imkanı tanımış olması, nisbi hakların tapu siciline şerh edilmesi için yeterli değildir⁷². Bunun için bir şerh anlaşması yapılması gerekir. Borçlar Kanununda ve Medeni Kanunda şerh anlaşmasına ilişkin genel bir düzenleme olmamasına rağmen bu sonuca Borçlar Kanununun 255. maddesi hükmünden varılır. Bu hükme göre: “Bir gayrimenkulün kiralanmasında akdin tapu siciline şerh verilmesini iki taraf mukavele edebilirler”. Şerh anlaşması önalım sözleşmesine bir hüküm olarak yer alabileceği gibi ayrı bir sözleşmeyle de düzenlenebilir⁷³.

Şerh anlaşmasının önalım sözleşmesinin şekline tabi olduğu kabul edilmektedir⁷⁴. Ancak Tapu Sicili Tüzüğü'nün “Kişisel Hakların Şerhi için Aranacak Belgeler” başlıklı 55. maddesinin c hükmü uyarınca önalım hakkının tapu kütüğüne şerhi için noterce düzenlenmiş sözleşme aranacağı belirtilmektedir.

⁷¹ **SUNGURBEY**, İsmet: Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul 1963, s. 1–2 (**SUNGURBEY**, Kişisel Hakların Şerhi olarak anılacaktır).

⁷² **GÜMÜŞ**, s. 21.

⁷³ **SUNGURBEY**, Kişisel Hakların Şerhi, s. 47.

⁷⁴ **SUNGURBEY**, Kişisel Hakların Şerhi, s. 49–50.

Tapu Sicili Tüzüğü'nün andığımız hükmü önalım sözleşmesinin yazılı şekilde yapılacağını belirten Borçlar Kanununun 213. maddesi hükmü ile çelişmektedir⁷⁵. Bu düzenleme doktrinde Belen tarafından eleştirilmiştir⁷⁶. Yazar, normlar hiyerarşisinde tüzük hükmünün yasa hükmünün önüne geçerek uygulanamayacağını ve tüzük hükmünün düzeltici yoruma bağlı tutularak olumlu sonuca varılabileceğini belirtmektedir. Bu doğrultuda, kira sözleşmelerine ilişkin Tapu Sicili Tüzüğü'nün 55/d hükmünün önalım hakkına ilişkin benzer hüküm olarak uygulanmasını önermektedir. Bu uygulamaya göre, kira sözleşmesinin şerhi için taraflar birlikte başvuru yaptıklarında adi kira sözleşmesi ile yetinilerek şerh yapılmaktadır. Buna karşılık kira sözleşmesinin taraflarından birinin, kira sözleşmesini vererek şerhi talep etmesi halinde, noterden onaylı kira sözleşmesi getirilmesi istenmekte ya da tarafların birlikte gelmesi gerektiği ileri sürülerek talep reddedilmektedir. Noterden onaylı kira sözleşmesi istenmesi burada ispat koşulu olarak gündeme gelmektedir. Yazar, bu uygulamadan yola çıkarak, önalım yükümlüsünün, şerh için tapu müdürlüğüne gitmesi halinde adi yazılı şekilde yapılmış bir önalım sözleşmesinin yeterli olacağını; buna karşılık, önalım hakkı sahibinin şerh talebinde bulunabilmesi için elinde en azından imzaları noterce onaylı bir sözleşmenin bulunması gerektiğini ifade etmektedir⁷⁷.

b. Şerhin Etkisi

Şerhin nisbi hak üzerinde nasıl bir etki yaptığı tartışmalıdır. Bu tartışmalar sonunda "ayni etki" ve "eşyaya bağlı borç" görüşü önem kazanmıştır⁷⁸. Aşağıda bu iki görüşe değinilecektir. Şerhin nisbi hakkı ayni hak niteliğine dönüştürdüğü görüşü ise terk edilmiştir⁷⁹.

⁷⁵ **BELEN**, Şufa, s. 97.

⁷⁶ Bu düzenlemenin eleştirisi için bk. **BELEN**, Şufa, s. 106–109.

⁷⁷ **BELEN**, Şufa, s. 107.

⁷⁸ Şerhin etkisi hakkında ileri sürülen diğer görüşler için bk. **SEBÜK**, s. 55–57; **SUNGURBEY**, Kişisel Hakların Şerhi, s. 80 -117.

⁷⁹ Şerhin, nisbi hakkı ayni hak niteliğine dönüştürmeyeceği konusunda bk. **GUHL**, Theo: Persönliche Rechte mit Verstärkter Wirkung, Festgabe zur Feier des Fünfzigjährigen Bestehens des Schweizerischen Bundesgerichtes, dargebracht von der Juristischen Fakultät der Universität Bern, 1924'den ayrı bası s.122 (**NOMER**, Haluk N.: Vefa Hakkı, İstanbul 1992, s. 72'den naklen [**NOMER**, Vefa olarak anılacaktır]). Şerh sonucu önalım hakkının ayni hak niteliğine büründüğünü savunan yazarlar ve bu görüşün eleştirisi için bk. **FEYZİOĞLU**,

Sungurbey'in savunduğu "ayni etki" görüşüne göre, nisbi hak tapu kütüğüne şerh edilince yine nisbi hak olarak kalmaktadır; fakat, bu haktan doğan istem ayni etkili kılınıp, üçüncü şahsa karşı da ileri sürülebilir hale gelmektedir. Yazar'a göre, borç ilişkisi yine sözleşmenin tarafları arasında devam etmekte fakat bu borç ilişkisinden doğan talep, şerhin etkisiyle eşya üzerinde ayni hak kazanan üçüncü kişiye karşı da ileri sürülebilmektedir⁸⁰.

Nisbi hakkın şerhinin etkisi hakkında ileri sürülen "eşyaya bağlı borç" görüşünde ise şerh edilmiş nisbi hakkın kullanılmasıyla doğan borcun yükümlüsü, taşınmaz üzerindeki mülkiyet durumuna göre belirlenmektedir⁸¹. Buna göre, şerh edilmiş nisbi hakkın kullanılması sırasında taşınmaza kim malikse, bu kişi kurulan borç ilişkisinin tarafı olmaktadır. Diğer bir anlatımla önalım hakkı kullanıldığında taşınmaza kim malikse, önalım hakkı bu kişiye karşı ileri sürülecektir⁸². Bu görüşe göre, sadece borç değil, borç ilişkisi de yeni malike geçmektedir⁸³. Şerhin bu etkisi, şerhi mümkün nisbi hakların her biri için ilgili hükümlerde ayrı ayrı belirtilmiştir⁸⁴.

Şufa Hakkının Doğuşu, s. 216, dn. 33. Şerh edilen nisbi hakların ayni hak niteliğine bürünmediği, sadece ayni hak kuvvetini kazandığı ve bu nedenle ayniyet değil, geçici bir kuvvet benzerliği bulunduğu yönünde bk. **VELİDEDEOĞLU/ESMER**, s. 416. Ayni hak, herkese karşı ileri sürülebilirken; eşyaya bağlı borçlar sadece malın her malikine karşı ileri sürülebilir (**OĞUZMAN**, Kemal: Eşyaya Bağlı Borçlara Hakim Olan Esaslar, Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu I. Tebliğler, İstanbul 1978, s. 229 [**OĞUZMAN**, Eşyaya Bağlı Borçlar olarak anılacaktır]).

⁸⁰ **SUNGURBEY**, Kişisel Hakların Şerhi, s. 102, dn. 94 ve burada anılan yazarlar.

⁸¹ Bu görüşte **TEKİNAY**, Takyitler, s. 19; **EREL**, s. 205; **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, s. 373; **HAYOZ**, s. 287; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip: Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959, s. 198, 202–203 (**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Satış Vaadi olarak anılacaktır); **NOMER**, Vefa, s. 122; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 440; **SEROZAN**, Rona: Nisbi Hakların Güçlendirilmesi, İÜHF 1974, C. XL, S. 1-4, s. 475 (**SEROZAN**, Nisbi Haklar olarak anılacaktır); **TEKİNAY**, Takyitler, s. 19.

⁸² **BELEN**, Şufa, s. 103.

⁸³ **EREL**, s. 205; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Satış Vaadi, s. 198; **NOMER**, Vefa, s. 73; **OĞUZMAN**, Eşyaya Bağlı Haklar, s. 232–233; **SEROZAN**, Nisbi Haklar, s. 12; **TEKİNAY**, Takyitler, s. 29; **TUNÇOMAĞ**, Borçlar Özel, s. 307, dn. 86.

⁸⁴ **EREL**, s. 205. **GÜMÜŞ**, nisbi hakların şerhinin etkisini, şerhten sonra taşınmaz üzerinde kazanılan hakkın niteliğine göre iki farklı şekilde açıklamaktadır. Yazara göre, munzam etki olarak adlandırılan şerhin birinci etkisi ile şerhten sonra taşınmaz üzerinde üçüncü kişiler tarafından kazanılan sınırlı ayni haklar veya şerh edilebilir şahsi haklar, şerh edilen kişisel hakla uyumadıkları ölçüde otomatikman etkisizleşir; şerhin ikinci etkisi ise, şerhten sonra taşınmazın mülkiyetinin el değiştirmesi halinde söz konusu olur ve bu durumda konunun her bir kişisel hak için ayrı ayrı ele alınması gerekir (**GÜMÜŞ**, s. 109).

Burada kısaca eşyaya bağlı borç kavramına da değinmek istiyoruz. Borçlar hukukunun temel ilkelerinden biri olan nisbilik ilkesi gereğince; sözleşme, ancak sözleşmenin taraflarını borç altına sokar. Fakat bazen bir kimse borçlanma yolunda bir irade beyanında bulunmadığı halde sadece bir malın maliki olduğu için bir borçla yükümlü olmaktadır⁸⁵. Böyle durumlarda borç, eşya üzerindeki mülkiyet hakkına bağlıdır ve borçlu, borcun bağlı olduğu eşyanın malikidir⁸⁶. Eşya, borçluyu tespit etmek bakımından bir araçtır. Bu durumu ifade etmek için eşyaya bağlı borç kavramı kullanılmaktadır⁸⁷. Buna göre, şerh edilmiş önalım hakkında, hakkın kullanılmasıyla kurulan borç ilişkisinden doğan borç, önalım hakkının konusu olan taşınmaz üzerindeki mülkiyet durumuna bağlanmıştır.

Eşyaya bağlı borç etkisi, sözleşmeden doğan önalım hakkı için ancak bu hakkın şerh edilmesi halinde söz konusudur. Buna karşılık yasal önalım hakkında bu etki kanunen mevcuttur. Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyete tabi taşınmazda paydaşlara tanınmış eşyaya bağlı bir haktır. Taşınmaz payını edinen üçüncü kişinin satın aldığı payı önalım hakkı sahibine devir borcu ise eşyaya bağlı bir borçtur⁸⁸.

Sözleşmeden doğan önalım hakkı kullanılıp satış ilişkisi kurulduktan sonra, önalım yükümlüsünün taşınmazı devir borcu doğar. Ancak hak kullanıldıktan sonra, üçüncü kişiler şerh verilen hakka konu taşınmaz üzerinde hak kazanmış olabilirler. Bu durumda şerhin bu kişilere etkisi hakkında farklı görüşler ileri sürülmektedir.

⁸⁵ **OĞUZMAN**, Eşyaya Bağlı Borçlar, s. 227; **OĞUZMAN**, eşyaya bağlı borç ve eşyaya bağlı hak kavramını, sadece eşyadaki mülkiyete bağlı haklar için kullanmaktadır. Yazar, bu kavramları eşya üzerindeki sınırlı aynı haklar ve zilyetliğe bağlı hak ve borçlar için kullanmamaktadır (**OĞUZMAN**, Eşyaya Bağlı Haklar, s. 217). Ancak doktrinde bazı yazarlar, eşyaya bağlı borç kavramını zilyetliğe bağlı borçlar için de kullanmaktadırlar. Bu yönde bk. **EREL**, s. 5; **GÜMÜŞ**, s. 103; **SEROZAN**, Rona: Taşınır Eşya Hukuku, Eşya Hukukunun Temel Kavramları ve İlkeleri, Zilyetlik, Mülkiyet, İntifa ve Rehin Uygulama Çalışmaları, İstanbul 2002, s. 33 (**SEROZAN**, Taşınır Eşya olarak anılacaktır). **OĞUZMAN** ise, borcun zilyetliğe bağlı olduğu durumlar için “zilyetliğe bağlı borç” kavramını kullanmaktadır (**OĞUZMAN**, Eşyaya Bağlı Haklar, s. 217–218).

⁸⁶ **OĞUZMAN**, Eşyaya Bağlı Haklar, s. 214–215.

⁸⁷ Eşyaya bağlı borç kavramı için kullanılan farklı adlandırmalar için bk. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Satış Vaadi, s. 198; **SEBÜK**, s. 58; **SUNGURBEY**, Kişisel Hakların Şerhi, s. 97.

⁸⁸ **TEKİNAY**, Takyitler, s. 39.

Bir görüşe göre şerhin eşyaya bağlı borç etkisi, borç doğuncaya kadar söz konusudur⁸⁹. Borç doğduktan sonra, diğer bir anlatımla hak kullanıldıktan sonra, şerhin munzam etkisi gündeme gelmektedir (MK m. 1009/II)⁹⁰. Munzam etki, şerhten sonra taşınmazda hak kazanmış olanlardan, doğmuş borcun ifasında alacaklıya zarar verenlerin haklarının bertaraf edilmesini sağlamaktadır⁹¹. Buna göre, hak kullanılıp satım ilişkisi kurulduktan sonra, taşınmazda hak kazananlar, satım ilişkisinden doğan edim yükümlüğünün (taşınmazın devri borcunun) ifasına katlanmak zorundadırlar. Başka bir deyişle, hak kullanılıp satım ilişkisi kurulduktan sonra, taşınmazın bir üçüncü kişiye devredilmesi durumunda, yeni malik bu sözleşmenin tarafı haline gelmemektedir; sadece kurulan satım ilişkisinden doğan mülkiyeti devir borcunun ifasına katlanmak durumunda kalmaktadır⁹².

Diğer bir görüşe göre ise, hak kullanıldıktan sonra da şerhin eşyaya bağlı borç etkisi devam eder ve hakkın kullanılması ile doğan edim yükümlülüğü eşyaya bağlı olarak yeni malike geçer⁹³. Bu son görüşe göre, satım ilişkisi bütün olarak yeni malike intikal eder ve yeni malik satım ilişkisinin tarafı olur.

⁸⁹ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 214–215. Eşyaya bağlı borç ilişkisinde borç, borçlunun şahsına bağlı kalıp yeni malike geçmez (**OĞUZMAN**, Eşyaya Bağlı Borçlar, s. 232, 248).

⁹⁰ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 214–215. Munzam etki hakkında “yarım eşyaya bağlılık” terimi için bk. **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, s. 23; **SEROZAN**, Taşınır Eşya, s. 35.

⁹¹ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 214–215. Şerh verilmiş önalım hakkının sonradan kurulan sınırlı aynı haklar veya sonradan şerh verilen diğer nisbi haklarla ilişkisi konusunda bk. **FEYZİOĞLU**, Şufa Hakkının Doğuşu, s. 218–222. EREL’e göre, şerhin munzam etkisi, taşınmazın devri halinde söz konusu olmamaktadır. Bunun nedeni ise şerhin, nisbi haktan doğan yükümlülüğü mülkiyete bağlı bir borç haline getirmesi ve taşınmazın devri borcunun ifası bakımından alacaklıya zarar vermeyeceğini; yeni malikin borcu tam olarak ifayla yükümlü olmasıyla açıklamaktadır (**EREL**, s. 206). **GÜMÜŞ**, taşınmazın devri halinde ne munzam etki ne eşyaya bağlı borç etkisini kabul eder. Yazar’a göre, önalım hakkı kullanıldıktan sonra taşınmaz üzerinde mülkiyeti kazanan kişilerin “mülkiyeti devir borcu” altında olması “yasal sözleşme devri”nin bir sonucudur (**GÜMÜŞ**, s. 111, dn. 26).

⁹² **BELEN**, Şufa, s. 103. Yasal önalım hakkı için şerhin munzam etkisini sağlayan bir hüküm bulunmadığı yönünde bk. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 442. Aksi görüşte, **ŞIPKA**, Kanuni Önalım, s. 200. **GÜMÜŞ** ise bu burumda şerhin munzam etkisinin yaratacağı “yasal sözleşme devri etkisi” ile taşınmazı devralan yeni malikin satım ilişkisinin tarafı haline geleceğini ve önalım hakkı sahibinin yeni malike karşı mülkiyeti devir talebinde bulunabileceğini, bu durumda önalım bedelinin yeni malike ödenmesi gerektiğini ifade etmektedir (**GÜMÜŞ**, s. 111).

⁹³ **EREL**, s. 206; **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, s. 23; **SEROZAN**, Nisbi Haklar, s. 475, dn. 19. **SEROZAN**’a göre, munzam etki (yarım eşyaya bağlılık) görüşünde hak sahibinin, taşınmazı devreden kişiye karşı tescile zorlama davası ve devralan kişiye karşı da tapu sicilinin düzeltilmesi davası açmak zorunda kaldığını, bunun ise usul ekonomisine uygun

Her iki görüş de hak kullanıldıktan sonra yeni malikin taşınmazın devri borcuna katlanması gerektiği sonucuna varmakla birlikte, ayrıldıkları nokta yeni malikin hakkın kullanılması ile kurulan borç ilişkisinin tarafı haline gelip gelmeyeceğinde toplanmaktadır. Bize göre, şerhe konu hak sahibinin irade beyanı, kime yöneltilmiş ise borç ilişkisinin de onunla kurulduğunu kabul etmek gerekir. Bu nedenle sonraki maliklere yöneltilmiş irade beyanı bulunmadığından, bu kişilerin borç ilişkisinin tarafı haline gelmeyeceklerini düşünüyoruz. Bu sonuçla biz de munzam etki görüşüne katılmaktayız.

Şerhin munzam etkisi, taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların önceden şerh edilen hakkın sahibine karşı ileri sürülmesini de engellemektedir⁹⁴. Buna göre şerh edilmiş nisbi haklar, taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan aynı veya nisbi haklara göre öncelik elde etmektedir⁹⁵.

c. Şerhin Etkisinin Tabi Olduğu Süre

Şerhin etkileri, taşınmaz maliki aleyhine bir yük oluşturmaktadır. Bu nedenle bazı nisbi hakların şerhi, belirli bir süreyle sınırlandırılmıştır. Bu süre sınırlaması, şerhin etkisinin tabi olacağı süreye ilişkindir. Nisbi hak, bu süre geçtikten sonra da varlığını sürdürmektedir. Ancak üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez.

Medeni Kanunda sözleşmeden doğan önalım hakkında şerhin etkisinin, şerh tarihinin üzerinden on yıl geçmekle sona ereceği düzenlenmektedir (MK m. 735/II). Taraflar sözleşme ile daha kısa bir şerh süresi kararlaştırabilirler; fakat, on yıllık süreyi aşamazlar⁹⁶. Bu süre geçtikten sonra, hak sadece nisbi bir nitelik taşır ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Ancak önalım hakkı

olmadığını ifade etmektedir (**SEROZAN**, Taşınır Eşya, s. 35). Aynı yönde **GÜMÜŞ**, s. 111, dn. 26.

⁹⁴ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Satış Vaadi, s. 196.

⁹⁵ **YÜCEL**, Sevtap: Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir 2006, s. 44, <http://tez2.yok.gov.tr>, çevrimiçi, 1.4.2010.

⁹⁶ **HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI**, s. 610.

sona ermediğinden taraflar arasında hüküm ifade etmeye devam eder⁹⁷. Başka bir deyişle önalım hakkı daha uzun bir süre için kurulmuş ise on yılın sonunda önalım hakkı düşmez; sadece şerhin etkisi ortadan kalkar⁹⁸. Ancak şerhin etkisi sona erdikten sonra yeniden bir şerh anlaşması yapılabilir⁹⁹.

C. Yasal Önalım Hakkının ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkının Karşılaşması

Yasal önalım ve sözleşmeden doğan önalım hakkı, kaynakları, hakkın muhatabı olacak kişiler ve hakkın konusu olabilecek mallar açısından farklılıklar taşımaktadır. Bu bölümde kısaca bu farkları değinip ardından hak konusu mal üzerinde her iki tür önalım hakkının karşılaşması durumu incelenecektir.

Sözleşmeden doğan önalım hakkı ve yasal önalım hakkı malikin mülkiyet hakkını kısıtlamaktadır. Bu kısıtlama sözleşmeden doğan önalım hakkında, yasal önalım hakkından farklı olarak, kanundan değil bizzat malikin yaptığı bir hukuki işlemde kaynaklanmaktadır¹⁰⁰. Belirtmek istediğimiz diğer bir farklılık ise hakkın muhatabı olacak kişiler bakımındandır. Yasal önalım hakkının muhatabı, taşınmazda paydaş olmayan bir üçüncü kişi iken sözleşmeden doğan önalım hakkının muhatabı, önalım sözleşmesinin tarafı olmayan herhangi bir üçüncü kişidir.

Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyet konusu taşınmazlarda söz konusu olmasına rağmen, sözleşmeden doğan önalım hakkı için böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bununla birlikte paylı mülkiyet konusu bir taşınmaz payına ilişkin olarak sözleşmeden doğan önalım hakkı tanınabilir. Örneğin; paylı mülkiyet konusu bir taşınmazda paydaşlardan birinin kendi payı üzerine bir üçüncü kişiye sözleşmeden doğan önalım hakkı tanınmasına herhangi bir

⁹⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 442; YAŞAR, s. 433; KIRCA, s. 1193.

⁹⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 442; YILDIZ, s. 7.

⁹⁹ GÜMÜŞ, s. 22.

¹⁰⁰ ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, s. 371, 377; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 613, 634; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 436, 449.

engel bulunmamaktadır. Pay satıldığında diğer paydaşların ve aynı zamanda, sözleşmeden doğan önalım hakkı sahibinin önalım hakkını kullanma imkanı doğar. Bu şekilde bir pay satımında hem yasal hem sözleşmeden doğan önalım hakkını kullanma imkanı doğduğunda, yasal önalım hakkına öncelik tanınması gerektiği kabul edilmektedir¹⁰¹.

Feyzioğlu, yasal önalım hakkının mülkiyet hakkının kanuni bir kısıtlaması olduğunu belirterek bu sonuca varmaktadır. Yazar, bu sonuca varmakla birlikte yasal önalım hakkının, sözleşmeden doğan önalım hakkını tamamıyla ortadan kaldırmadığını ve yasal önalım hakkı kullanılmazsa sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılabileceğini belirtmektedir¹⁰².

Medeni Kanunda bu konuya ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. İsviçre Medeni Kanununda ise yasal önalım hakkının, sözleşmeden doğan önalım hakkına karşı bir öncelik kazandığı açıkça düzenlenmektedir (ZGB Art. 681/3). Bize göre de paylı mülkiyete konu taşınmazda, paydaşların yasal önalım hakkına öncelik tanınmalıdır. Zira mülkiyet hakkının kanundan doğan bir kısıtlaması olan yasal önalım hakkı tapu siciline tescil edilmeksizin etkili olur (MK m. 731). Taşınmazdaki paylı mülkiyet, tapu sicilinde gözüktüğünden yasal önalım hakkının varlığı, sözleşmeden doğan önalım hakkı sahibi tarafından bilinebilecek durumdadır. Bu nedenle yasal önalım hakkının kullanılabilmesi bilinerek önalım sözleşmesi yapıldığı sonucuna varılabileceğini düşünüyoruz.

IV. ÖNALIM HAKKININ KONUSU

Önalım hakkı, hak konusunun bir üçüncü kişiye satılması üzerine kullanılabilir. Dolayısıyla satım sözleşmesine konu olabilecek değerler önalım hakkının konusu olabilir. Borçlar Kanununda satım sözleşmesi, taşınır satımı ve taşınmaz satımı ayrımı ile düzenlenmektedir (BK m. 182–217). Medeni

¹⁰¹ ALLGÄUER, s. 105; AYAN, Mülkiyet, s. 244, 262; BERTAN, s. 760; ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, s. 378; FEYZİOĞLU, Şufa, s. 111; ÖZENLİ, s. 23; SEBÜK, s. 147.

¹⁰² FEYZİOĞLU, Şufa, s. 111.

Kanunun paylı mülkiyete tabi taşınmaz payının satılması halinde yasal önalım hakkının kullanılabilceğini ve sözleşmeden doğan önalım hakkının şerhte belirtilen sürede ve koşullarda her malike karşı kullanılabilceğini düzenleyen hükümlerinden (MK m. 732, 735), her iki tür önalım hakkının konusun taşınmaz olabileceğinde duraksama yoktur. Ancak taşınır haklarında böyle bir açıklık bulunmamaktadır.

Borçlar Kanununda taşınır satımı ve taşınmaz satım olarak ayırım yapan hükümlerinde, taşınır satımı ayrıntılı düzenlenmiş olmasına karşılık, taşınmaz satımı birkaç hükümde toplanmıştır. Taşınmaz satımına ilişkin hüküm bulunmayan hallede taşınır satımına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağı öngörülmüştür (BK m. 217).

Borçlar Kanununun taşınır ve taşınmaz satımı ayırımı doğrultusunda aşağıda taşınır ve taşınmaz kavramı genel hatları ile incelenecektir. Taşınır ve taşınmaz olarak kabul edilen değerlerden, nelerin önalım hakkının konusu olabileceği her iki tür önalım hakkı için açıklanmaya çalışılacaktır.

A. Önalım Hakkının Konusu Olarak Taşınır

Taşınır satımının önalım hakkının kullanılmasına imkan verip vermediğinin incelenmesine geçmeden önce taşınır kavramının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Borçlar Kanununda taşınırın tanımı yapılmamıştır. Taşınır mülkiyetinin konusu Medeni Kanunda düzenlenmiştir. Buna göre, nitelikleri itibariyle maddi şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler taşınır mülkiyetinin konusu olarak belirlenmiştir (MK m. 762).

Taşınır eşya, özüne zarar vermeksizin, nitelikleri itibariyle kendi gücüyle veya başka bir güç sayesinde bir yerden başka bir yere taşınabilen eşya

olarak tanımlanmaktadır¹⁰³. İktisadi bir değer taşımayan varlıklar ile insan vücut organları, ceset ve gayri maddi eşyalar (fikir sanat eserleri) taşınır eşya kavramı dışındadır¹⁰⁴.

Borçlar Kanununda arazi veya gayrimenkul olmak üzere tapu siciline kaydedilen haklardan başka her türlü şeyin satımının taşınır satımı olduğu düzenlenmektedir (BK m. 184/l). Buna göre taşınır satımının konusu sadece taşınır eşyadan ibaret değildir. Taşınmaz olmayan her şey, bir yerden diğer bir yere bağımsız olarak taşınabilen her türlü maddi eşya ve mülk edinmeye elverişli bulunan elektrik, su havagazı gibi doğal güçler de taşınır satımının konusu olabilir¹⁰⁵. Bunun gibi alacak haklarının, şirketlerdeki ortaklık haklarının, fikri ve sinai haklar ile maddi olmayan mallar üzerindeki hakların, anonim ortaklıkta yeni çıkarılan pay senetlerini satın alma hususundaki rüçhan hakkının satımında da taşınır satımına ilişkin hükümlerin uygun düştüğü oranda uygulanması gerekir¹⁰⁶.

Medeni Kanunun ifadesinden yasal önalım hakkının konusunun sadece paylı mülkiyete tabi taşınmazlar olabileceği anlaşılmaktadır (MK m. 732). Taşınır satımı sözleşmesi, yasal önalım hakkının kullanılmasına imkan vermez. Başka deyişle paylı mülkiyet konusu taşınırlarda yasal önalım hakkı yoktur¹⁰⁷.

Sözleşmeden doğan önalım hakkına, Borçlar Kanununun taşınmaz satımına ilişkin bölümünde yer verildiğinden, doktrinde taşınırlar hakkında

¹⁰³ **HATEMİ**, Medeni Hukuk, s. 118; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 587. Ayrıntılı bilgi için bk. **SEROZAN**, Taşınır Eşya, s. 183 vd. Ayrıca bk. **AYDIN/Aybay,HATEMİ/Hüseyin**: Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 146.

¹⁰⁴ **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, s. 453.

¹⁰⁵ **YAVUZ**, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2009, s. 33 (**YAVUZ**, Borçlar olarak anılacaktır).

¹⁰⁶ Ayrıntılı bilgi için bk. **TANDOĞAN**, s. 78–84, 100–103; **YAVUZ**, Borçlar, s. 32–34.

¹⁰⁷ "...şufa hakkı ancak taşınmaz mallardaki hisselerin satışında kullanılabilir. Taşınırlar mallarda şufa hakkının kullanılması düşünülemez...." (Yarg. 6. HD, 21.4.1975 T. 1975/1814 E. 1975/2966 K.; YKD 1975, C. 1, S. 8, s. 100-101).

sözleşmeden doğan önalım hakkının kurulamayacağı ileri sürülmüştür¹⁰⁸. Bize göre, sözleşme serbestisi ilkesi gereğince taşınır için önalım hakkı tanınmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır¹⁰⁹. Satım sözleşmesine konu olabilecek her şey sözleşmeden doğan önalım hakkının konusu olabilir¹¹⁰. Bu doğrultuda yukarıda taşınır satımına konu olabileceğini belirttiğimiz mal ve hakların sözleşmeden doğan önalım hakkının konusu olabilmesine herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Biz bu çalışmamızda esas olarak konusu taşınmaz olan önalım hakkını inceleyeceğimizden taşınırlara ilişkin açıklamalarımızı burada noktalıyoruz.

B. Önalım Hakkının Konusu Olarak Taşınmaz

Medeni Kanunun ve Borçlar Kanununun önalım hakkına ilişkin hükümlerinden, taşınmazların her iki tür önalım hakkının konusu olabileceği açıktır (BK m. 213, MK m. 732–735). Bu nedenle taşınmaz satımı sözleşmesine konu olabilecek değerler önalım hakkının konusunu oluşturur.

Geçerli bir taşınmaz satımı sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için taşınmazın, tapu kütüğünde kayıtlı olması gerekir. Zira taşınmaz satımı sözleşmesinin resmi şekilde yapılması gerekmektedir ve şekli yerine getirecek makam tapu sicil müdürü veya tapu sicili görevlileridir (BK m. 213, MK m. 706/I, TK m. 26)¹¹¹.

Taşınmaz mülkiyetinin konusu Medeni Kanunda belirtilmiştir (MK m. 704). Bu hüküm uyarınca araziler, tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilmiş bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız

¹⁰⁸ Bu yönde **İMRE**, Zahit: Ayni Hak Mefhumu Üzerinde Düşünceler, A. Samim Gönensay'a Armağan, İstanbul 1955, s. 346; **KILIÇOĞLU**, s. 31; **ÖZENLİ**, s. 10; **TÜYSÜZ**, Vahit: Şufa (Önalım) Davası, AD, Ankara 1989, S.1, s. 53; **YILDIZ**, s. 6.

¹⁰⁹ **AYAN**, Mülkiyet, s. 261; **AYİTER**, Eşya Hukuku, s.145; **BERTAN**, s. 723; **DEMİRBAŞ**, Harun: Yenilik Doğuran Haklar, İstanbul 2007, s. 54; **FEYZİOĞLU**, Şufa, s. 147; **GÜRSOY/EREN/CANSEL**, s. 635; **SEBÜK**, s. 44. Taşınır bir mala ilişkin önalım hakkının uygulama hayatında pek değeri olmayacağı yönünde bk. **TEKİNAY**, Takyitler, s. 16.

¹¹⁰ **FEYZİOĞLU**, Şufa Hakkının Mevzuu, s. 877; **TEKİNAY**, Takyitler, s. 16.

¹¹¹ Tapusuz taşınmazların satımının önalım hakkının kullanılmasına imkan verip vermediği konusunda bk. İkinci Bölüm II E 3.

bölümler taşınmaz mülkiyetinin konusunu olabilir. Aşağıdaki bölümde taşınmaz mülkiyetini konusunu oluşturan bu değerler ayrı başlıklar altında incelenip önalım hakkının konusu olup olmayacakları belirtilecektir.

1. Arazi

Medeni Kanunumuzda arazinin tanımı yapılmamıştır. Yürürlükten kalkan Tapu Sicil Nizamnamesinin 8. maddesinin 2. cümlesinde arazi tanımı yapılmıştır¹¹². Buna göre: “Arazi, hudutları tefrika kafi vasıtalar ile tahdit ile tayin edilmiş bilim sathı zemin”dir. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere toprağın arazi niteliği kazanabilmesi için sınırlarının tespit edilmesi gerekir.

Toprak parçası, bir sınırlama ile belirli bir mal niteliği kazanır; kadastrosu yapılmış yerlerde bu sınırı kadastro planı, kadastrosu yapılmamış fakat zabıt defterine kaydedilmiş taşınmazlarda ise fen memurları veya mühendisleri tarafından yapılmış olan haritalar göstermektedir¹¹³. Bu şekilde sınırları tespit edilerek tapu siciline arazi olarak kayıt edilen taşınmaz, sözleşmeden doğan önalım hakkının ve yasal önalım hakkının konusu olabilir.

2. Tapu Kütüğünde Ayrı Bir Sayfaya Kaydedilen Bağımsız ve Sürekli Haklar

Medeni Kanunda tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli hakların taşınmaz mülkiyetinin konusu olabileceği düzenlenmektedir (MK m. 704). Tapu kütüğünde bağımsız sayfa açılan haklar, devir ve intikal kabiliyeti olan kişiye bağlı (kişisel) irtifak haklarıdır¹¹⁴.

Hakkın bağımsızlığından amaç, irtifakın ne belirli bir taşınmaz ne münhasıran belirli bir kişi lehine kurulmamış olmasıdır. İrtifak hakkı, bir

¹¹² 8.10.1930 tarih ve 10012 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Tapu Sicili Nizamnamesi, 94/5623 sayılı ve 18.5.1994 tarihli Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile yürürlüğe giren Tapu Sicili Tüzüğü'nün 105. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır (RG 7.6.1994, S. 21953).

¹¹³ OĞUZMAN/SELiÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 140.

¹¹⁴ OĞUZMAN/SELiÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 141.

taşınmaz lehine yani taşınmazın maliki kim olursa onun bu irtifak hakkından yararlanması şeklinde kurulmuş ise “eşyaya bağlı irtifak”, bir kişi lehine kurulmuş ise “kişiyeye bağlı irtifak” söz konusudur¹¹⁵.

Eşyaya bağlı irtifaklarda, bir yararlanan (hakim) taşınmaz, bir de katlanan (hadim, yüklü) taşınmaz vardır. Yararlanan (hakim) taşınmazın maliki kim ise irtifak hakkından o yararlanır. Mülkiyet hakkı devredilip irtifak hakkı elde tutulamayacağından bunların bağımsızlık nitelikleri yoktur¹¹⁶.

Kişiyeye bağlı irtifaklarda ya başkasına devredilemeyecek ve mirasçılara intikal edemeyecek şekilde ya başkasına devir ve intikali mümkün olmak üzere kurulabilir. İntifa ve oturma (sükna) hakkı gibi devir ve intikal kabiliyeti olmayan kişiyeye kaim irtifaklar bağımsız nitelikte değildir. Zira bunlar, lehine kuruldukları kişiden başkasına devredilemez ve o kişinin mirasçısına geçmez; münhasıran o kişiyeye bağlıdır¹¹⁷. Buna karşılık, bir kişiyeye başkasına ait arazideki yapının maliki olma yetkisini veren kişiyeye bağlı irtifaklardan üst hakkı (MK m. 726, 826) ve bir kişiyeye başkasının arazisindeki kaynağın sularını almak ve kendi arazisine akıtmak yetkisini veren kaynak irtifakı (MK m. 837) aksi kararlaştırılmış olmadıkça bağımsız niteliktedir¹¹⁸. Medeni Kanun, bir taşınmaz üzerinde bir kişi veya topluluk lehine kurulmuş bulunan çeşitli içerikli irtifak haklarını “diğer irtifak hakları” adı altında toplamıştır (MK m. 838). Bu irtifak hakları kural olarak devredilemez ve mirasçılara geçmez. Ancak taraflar aksini kararlaştırmışlarsa bağımsız niteliktedirler¹¹⁹.

Bağımsız nitelikteki irtifak haklarının taşınmaz mülkiyetinin konusu olabilmesi için bir de süreklilik koşulunun sağlanması gerekmektedir.

¹¹⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 141, dn. 438; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 374, 684–685.

¹¹⁶ HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 684.

¹¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bk. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 142.

¹¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bk. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.142, 693, 699. GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 897, 901 vd; Üst hakkı bir taşınmazda inşaat yapma, ya da yapılmış olan bir inşaatı orada alıkoyma ve bu inşaatın maliki olma yetkilerini veren devredilebilir kişiyeye bağlı bir irtifak hakkıdır (AKİPEK, Jale G.: Üst Hakkı Kavramı ve Bu Hakkın Muhtevası, Medeni Kanununun 50. Yılı, Ankara 1977, s. 246).

¹¹⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 701; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 913.

Süreklilik koşulunun gerçekleşmesi için bu haklar, süresiz veya en az otuz yıl süreli olarak kurulmalıdır (MK m. 998; TST m. 10). Buna göre, süreklilik koşulunu sağlayan ve kural olarak bağımsız nitelikte olan üst hakkı, kaynak hakkı tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilebilir. Aynı sonuç sürekli nitelikte kurulan, devredilebileceği ve mirasçılara geçeceği kararlaştırılan diğer irtifak hakları için de geçerlidir. Bunlardan önalım hakkı için önemli olan üst hakkıdır.

İsviçre Medeni Kanununda üst hakkı ile yüklü taşınmazlarda üst hakkı sahibine ve yüklü taşınmaz malikine yasal önalım hakkı tanınmaktadır (ZGB Art. 682/II)¹²⁰. Ancak bu yasal önalım hakkı, bizim çalışmamızda kullandığımız anlamda bir yasal önalım hakkı değildir. Diğer bir deyişle üst hakkı sahipleri arasında paylı mülkiyet ilişkisinin bulunması gerekmemektedir. İsviçre Medeni Kanununun anılan hükmü ile kaynağını kanundan alan farklı bir önalım hakkı düzenlenmiştir.

Medeni Kanunumuzda üst hakkının önalım hakkına konu olup olmayacağına ilişkin bir açıklık yoktur. Yüklü taşınmaz malikinin veya üst hakkı sahibinin, haklarını üçüncü kişilere bir ivaz karşılığında devretmeleri durumunda birbirlerine karşı önalım hakkı tanınması menfaatler dengesine uygun olacaktır¹²¹. Bu nedenle İsviçre Medeni Kanunundaki düzenlemeye benzer bir hükmün Medeni Kanunumuza eklenmesinin uygun olacağını düşünüyoruz.

Türk hukukunda, üst hakkı sahipleri arasında paylı mülkiyet ilişkisi varsa ve paydaşlardan biri payını satarsa diğer paydaşların yasal önalım hakkı vardır¹²². Ancak bu paylı mülkiyet ilişkisinin sonucudur. Bu nedenle üst hakkı, paylı mülkiyete tabi ise yasal önalım hakkının konusu olabileceği; buna

¹²⁰ Ayrıntılı bilgi için bk. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 450, dn. 1041; **ŞIPKA**, Kanuni Önalım s. 8; **YÜCEL**, s. 35.

¹²¹ **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, s. 497.

¹²² "...MK'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..." (Y. 6. HD, 21.1.2008 T., 2007/13277 E., 2008/323 K., www.kazanci.com, çevrimiçi, 31.3.2010).

karşılık üst hakkı paylı mülkiyete tabi değilse yasal önalım hakkının konusu olamayacağı sonucuna varabiliriz. Ancak üst hakkının sözleşmeden doğan önalım hakkının konusu olarak belirlenmesine herhangi bir engel yoktur. Zira satım sözleşmesine konu olabilecek her şey sözleşmeden doğan önalım hakkının konusu olabilir.

3. Kat Mülkiyeti Kütüğüne Kayıtlı Bağımsız Bölümler

Kat mülkiyeti, bir yapının bağımsız olarak kullanılmaya elverişli bir bölümü üzerinde, taşınmazın tamamındaki mülkiyetten ayrı ve bağımsız bir mülkiyet hakkıdır¹²³. Kat Mülkiyeti Kanununun ifadesiyle, tamamlanmış bir yapının kat, daire, iş bürosu, dükkân, mağaza, mahzen, depo gibi bölümlerinden ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olanları üzerinde, bağımsız mülkiyet hakları kurulabilir (KMK m. 1). Bağımsız bölüm, anataşınmazın ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli ve Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerine göre müstakil mülkiyete konu olan bölümleridir (KMK m. 2). Bağımsız bölümler üzerinde kurulan mülkiyet hakkına, kat mülkiyeti denilmektedir (KMK m. 2).

Kat mülkiyeti kurulurken, bağımsız bölümlerden her birine, o bölümün değeriyle oranlı olarak, paylı mülkiyet esaslarına göre arsa payı tahsis edilir (KMK m. 3). Bağımsız bir bölüm üzerinde müstakil mülkiyet hakkına sahip olan her kat maliki, aynı zamanda, mecburi olarak, ana taşınmazın üzerinde bulunduğu arsanın da paydaşdır. Böylece kat mülkiyeti, arsa payı ve ana taşınmazdaki ortak yerlerle bağlantılı özel bir mülkiyettir (KMK m. 3).

Kat mülkiyeti söz konusu değilse, bir arsaya paylı mülkiyet hükümlerine göre sahip olan paydaşlardan her biri, kendi payı hakkında malik hak ve yükümlüklerine sahip olup payını devredebilir (MK m. 688). Kat mülkiyetinde ise kat malikleri, arsa paylarını bağımsız bölüm üzerindeki kat mülkiyetinden ayrı olarak devredemezler. Kat mülkiyetinin başkasına devri halinde, ona bağlı arsa payı da birlikte geçer. Arsa payı, kat mülkiyetinden ayrı olarak devredilemez (KMK m. 5).

¹²³ AYBAY/HATEMİ, s. 215.

Bağımsız bölümün satılması halinde, ona bağlı arsa payı da birlikte geçeceğinden; arsaya paylı mülkiyet hükümlerine göre malik olan diğer paydaşların (kat maliklerinin) bağımsız bölümü satın alan üçüncü kişiye karşı yasal önalım haklarının olması gerekirdi. Ancak Kat Mülkiyeti Kanunu bu durumda diğer paydaşların (kat maliklerinin) önalım hakkının olmadığı hükmünü getirmiştir (KMK m. 8). Bu nedenle bağımsız bölümler yasal önalım hakkının konusu olamayacaktır. Ancak sözleşme ile bunun aksi kararlaştırılabilir (KMK m. 3). Bu konu aşağıda, önalım hakkının kullanılmayacağı haller başlığı altında ayrıntılı olarak incelenecektir¹²⁴.

V. ÖNALIM HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Önalım hakkının hukuki niteliği konusunda doktrinde değişik görüşler ileri sürülmüştür. Yargıtay içtihatlarında da birbirinden farklı sonuçlara varan birçok karar çıkmıştır. Ancak bu tartışmalar artık önemini yitirmiş olup önalım hakkının bir yenilik doğuran hak olduğu doktrin ve içtihatlarda genel kabul görmüştür. Aşağıda hakkın hukuki niteliği konusunda ileri sürülmüş görüşlere kısaca değineceğiz.

A. İcap Görüşü

Önalım hakkının hukuki niteliği konusunda ileri sürülen icap görüşüne göre, malik önalım sözleşmesi ile malı satmak hususunda önalım hakkı sahibine bir icapta bulunmaktadır. Önalım hakkının kullanılması ise icabın kabulü niteliğindedir. Önalım hakkı sahibi hakkını kullanınca, yapılan icabı kabul etmiş ve sözleşmede bu anda kurulmuş olur¹²⁵.

Bu görüş, bir kimsenin icabıyla uzun süre bağlı kalmasının Borçlar Kanununun, icapta bulunanın icabıyla makul bir süreyle bağlı kalacağına ilişkin 5. maddesine ve icabın niteliğine aykırı olduğu; taşınmaza ilişkin

¹²⁴ Ayrıntılı bilgi için bk. İkinci Bölüm II E 5.

¹²⁵ Bu görüşü savunan yazarlar için bk. **FEYZİOĞLU**, Şufa, s. 9; **HAYOZ**, s. 276; **NOMER**, Vefa, s. 17.

önalım sözleşmelerinde hem icabın hem kabulün resmi şekilde yapılması gerekeceği, halbuki önalım sözleşmesi için yazılı şeklin yeterli olduğu; yasal önalım hakkını doğuran ilişkinin paylı mülkiyet birliğindeki paydaşlık olduğu ve paydaşlığın ise bir icap olarak kabul edilemeyeceği, yasal önalım hakkını açıklayamadığı gerekçeleriyle eleştirilmiştir¹²⁶.

B. Satış Vaadi Görüşü

Satış vaadi görüşüne göre, önalım sözleşmesi bir satış vaadidir. Önalım hakkına konu malın maliki, ya nitelikli önalım hakkında olduğu gibi tespit edilen şartlar dairesinde ya basit önalım hakkında olduğu gibi ileride yapılacak satım şartları dairesinde, önalım hakkı sahibi ile satım sözleşmesi yapmayı vaad ve taahhüt etmiştir¹²⁷.

Görüş, satış vaadinin esas sözleşmeyi yapmak hususunda bir talep hakkı verdiği, halbuki önalım hakkının kullanılması ile yeni bir satım sözleşmesinin kurulduğu, yasal önalım hakkını açıklayamadığı, taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin resmi şekilde yapılması gerekmesine rağmen önalım sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasının yeterli olduğu gerekçeleri ile eleştirilmiştir¹²⁸.

C. Çift Şarta Bağlı Satım Görüşü

Çift şarta bağlı satım görüşüne göre, önalım sözleşmesi iki (geciktirici) şarta bağlı bir satım sözleşmesidir. Bu şartlardan ilki önalım yükümlüsünün (malikin) önalım sözleşmesine konu malı üçüncü bir kişiye satması, ikincisi

¹²⁶ **FEYZİOĞLU**, Şufa, s.10; **HAYOZ**, s. 276; **KÜLEY**, Muin M.: Şufada Eski ve Yeni Hükümler ve Mülkiyetin Şefie İntikali Anı, MHAD, İstanbul, 1958, S. 2, s. 225 (**KÜLEY**, Mülkiyetin İntikal Anı olarak anılacaktır); **NOMER**, Vefa, s. 18; **SAYMEN/ELBİR**, s. 372; **SEBÜK**, s. 30-31, 141; **TANDOĞAN**, s. 275.

¹²⁷ **ALLGÄUER**, s. 28; **ACEMOĞLU**, s. 161; **HAYOZ**, s. 274; **KÜLEY**, Mülkiyetin İntikal Anı, s. 225.

¹²⁸ Eleştiriler için bk. **FEYZİOĞLU**, Şufa, s. 11; **SAYMEN/ELBİR**, s. 372; **SEBÜK**, s. 31; **TANDOĞAN**, s. 275.

ise önalım hakkı sahibinin önalım hakkını kullanmasıdır¹²⁹. Bu iki şart gerçekleşikten sonra önalım hakkı sahibi ile önalım yükümlüsü arasında (daha önce) yapılmış önalım sözleşmesi hüküm ve sonuç doğurmaktadır¹³⁰. Bu anlamda önalım hakkının, kullanılması şarta bağlı bir alım hakkı olduğu ileri sürülmüştür¹³¹.

Görüş, önalım sözleşmesinin ne satıcıya malı satmak hususunda ne önalım hakkı sahibine malı almak hususunda bir yükümlülük yüklediği, satım bedelinin satım sözleşmesinin esaslı unsuru olmasına rağmen, önalım sözleşmesinde bedelin kararlaştırılmasının gerekmediği gerekçeleri ile eleştirilmiştir¹³². Görüşe karşı, şarta bağlı satım sözleşmelerinde, borçlunun şart gerçekleşinceye kadar borcun gereği gibi yerine getirilmesine engel olan her çeşit tasarruftan kaçınması gerektiği (BK m.150/I), fakat önalım sözleşmesine konu malın malikinin istediği tasarrufta bulunabileceği ileri sürülmüştür¹³³. Bir diğer eleştiri ise buradaki her iki şartın, iradi şart olduğu ve iradi şartın hukuki bir değerinin bulunmadığı yönündedir¹³⁴. Son olarak, görüş

¹²⁹ **ACEMOĞLU**, s. 161; **ALLGÄUER**, s. 28; **FEYZİOĞLU**, Şufa, s. 12; **HAYOZ**, s. 274; **KIRCA**, s. 1181; **NOMER**, Vefa, s. 19 vd; **SAYMEN/ELBİR**, s. 372; **SEBÜK**, s. 33; **SUNGURBEY**, Kişisel Hakların Şerhi, s. 91 vd; **ŞIPKA**, Kanuni Önalım, s. 25; **TANDOĞAN**, s. 275; **TEKİNAY**, Takyitler, s. 16–18.

¹³⁰ **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, s. 371; **NOMER**, Vefa, s. 76; **SEBÜK**, s. 26; **TEKİNAY**, Takyitler, s. 17. Tipik örneği şarta bağlı haklar olan beklenen haklar ilerde kazanılması muhtemel hakları ifade etmek için kullanılmaktadır. Hak sahibi olmayı bekleyen kimsenin hukuki durumunu ifade etmek üzere de beklenti tabiri kullanılmaktadır. Beklentinin ayrı bir hak olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Bu tartışmalar için bk. **NOMER**, Haluk: Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları, İstanbul 2002, s. 12–29. **WIELAND**, tapu kütüğüne şerh edilen önalım hakkını aynı şufa hakkı olarak isimlendirmekte ve beklenen haklar kategorisine dahil etmektedir (**WIELAND**, s. 252). **BUZ**'a göre, taşınmaz mülkiyetinin devri bakımından, tescil anına kadar mülkiyeti iktisap edecek kişiye beklenen bir hak tanınmasını gerektirecek herhangi bir neden yoktur. Çünkü hukukumuzda taşınmaz devrinin tesciline kadar bir beklenen hak tanınmasını gerektirecek zaman aralığı mevcut değildir. Mülkiyetin devrine ilişkin borçlandırıcı işlemin tapu memuru huzurunda yapılmasını takiben tescil işlemi de gerçekleşmektedir (**BUZ**, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 121). Aynı yönde **HATEMİ**, Hüseyin: Eşya Hukuku Meseleleri, İstanbul 1995, s. 8 (**HATEMİ**, Meseleler olarak anılacaktır).

¹³¹ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 437.

¹³² **FEYZİOĞLU**, Şufa, s. 12, 13.

¹³³ **FEYZİOĞLU**, Şufa, s. 13; **TANDOĞAN**, s. 276. **TEKİNAY** ise bunun hukuki ilişkinin niteliğine etkili olmadığını belirtmektedir (**TEKİNAY**, Takyitler, s. 18, dn. 3).

¹³⁴ **FEYZİOĞLU**, Şufa, s. 12; **KIRCA**, s. 1181, dn. 14; **SAYMEN/ELBİR**, s. 372; **SEROZAN**, Taşınır Eşya, s. 18. Aksi görüşte **KOCAYUSUPFAŞAOĞLU**, Satış Vaadi, s. 92–95; **NOMER**, Vefa, s. 20–21. İradi şart, bir işlemin hüküm ifade etmesinin veya hükümden düşmesinin taraflardan birinin bir davranışta bulunması veya bir irade beyanında bulunması şartına bağlanmasını ifade eder (**PULAŞLI**, Hasan: Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Ankara 1989, s. 39; **SİRMEN**, Lale A.: Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992, s.

yasal önalım hakkını açıklayamadığı, şarta bağlı satım sözleşmelerinin resmi şekilde yapılması gerektiği, fakat önalım sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılmasının yeterli olduğu gerekçeleri ile eleştirilmiştir¹³⁵.

D. Aynı Hak Görüşü

Buraya kadar aktardığımız görüşler, sözleşmeden doğan önalım hakkının hukuki niteliği hakkında ileri sürülmüş ve yasal önalım hakkını açıklayamadıkları gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bir başka görüş yasal önalım hakkının hukuki niteliği hakkında ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre yasal önalım hakkı bir aynı haktır. Aynı hakların karakteristik özellikleri olan hakkın kullanılmasındaki bağımsızlık, herkesin hakka uyması zorunluluğu, süreklilik, sınırlı sayı ilkesi gibi özellikler yasal önalım hakkında da görüldüğünden yasal önalım hakkı bir aynı haktır¹³⁶. Görüşe göre, yasal önalım hakkı tapu kütüğüne şerh edilmesi gerekmeksizin herkese karşı ileri sürülebilme, hak sahibi iyiniyetli üçüncü kişilerden dahi önalım konusu payı geri alabilmektedir. Zira MK m. 731 hükmü uyarınca taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları tapu siciline tescil edilmeksizin etkili olur¹³⁷.

Yargıtay, 20.6.1951 tarihli ve 13/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında yasal önalım hakkını aynı hak olarak nitelendirmiştir¹³⁸. Bu karara göre

67). NOMER'e göre birinci şart satıcı ile üçüncü kişinin iradesine bağlıdır ki bu tür şartlara karma şart denilmektedir; ikinci şart ise sırf iradi bir şarttır (**NOMER**, Vefa, s. 20, dn. 42). Ayrıca bk. **ŞIPKA**, Kanuni Önalım, s. 26, dn. 37. **TEKİNAY**, kendisine değer verilmeyecek olan iradi şartın, sadece tek taraflı sözleşmelerde borcun meydana gelmesinin borçlunun iradesine bağlı kılan şart olduğunu, önalım sözleşmesinde ise şartı gerçekleştiren irade beyanının önalım yükümlüsünden değil, önalım hakkı sahibinden geldiğini belirtmektedir (**TEKİNAY**, Takyitler, s. 17, dn. 2). Karş. **ŞIPKA**, Kanuni Önalım, s. 26 dn. 37.

¹³⁵ **FEYZİOĞLU**, Şufa, s. 13–14; **KIRCA**, s. 1182; **NOMER**, Vefa, s. 22; **SAYMEN/ELBİR**, s. 372; **ŞIPKA**, Kanuni Önalım, s. 26; **TANDOĞAN**, s. 275. **TEKİNAY**, çift şartlı satım sözleşmesi görüşünün, yasal önalım hakkını açıklayamadığı eleştirisine cevap olarak, bu görüşün sadece sözleşmeden doğan önalım hakkı için ortaya atıldığını ve bu nedenle yapılan eleştirinin yerinde olmadığını belirtmektedir (**TEKİNAY**, Takyitler, s. 17, dn. 2).

¹³⁶ Bu görüş için bk. **BUZ**, s. 152; **DEMİRBAŞ**, s. 50; **NOELPP**, Christoph: Eine Studie zur Rechtlichen Erfassung des Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufsrechts, Frankfurt 1987, s. 67; **ŞIPKA**, Kanuni Önalım, s. 20 vd.

¹³⁷ **ALLGÄUER**, s. 10; **TÜYSÜZ**, s. 52; **VELİDEDEOĞLU/ESMER**, s. 431. **FEYZİOĞLU**, yasal önalım hakkını aynı hak anlamı kuvvetli yenilik doğuran bir hak olarak nitelendirmektedir (**FEYZİOĞLU**, Şufa Hakkının Doğuşu, s. 230).

¹³⁸ RG 7.11.1951, S. 7950. Bu kararın eleştirisi için bk. **OĞUZMAN**, Şufa, s. 19. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında da yasal önalım hakkı aynı hak olarak

“...Gayrimenkul mülkiyetinin takyitlerinden olan kanuni şufa hakkı gayrimenkulde hisse sahibi bulunan şahsa diğer bir hissenin üçüncü şahsa satılması halinde o hisse müşteriye neye mal olmuş ise o miktar ile ve belli bir süre içinde satın almak salâhiyetini veren aynı bir haktır...”. Ancak, bu görüş sonraki bir İçtihadı Birleştirme Kararı ile terk edilmiştir¹³⁹.

Aynı hak, konusunu oluşturan eşya üzerinde dolaysız bir egemenlik (hakimiyet) sağlayan ve herkese karşı etkili olan mutlak bir haktır. Şıpka'nın da belirttiği gibi yasal önalım hakkının muhatabı herkes değil, ancak payı devralan ve mülkiyeti geçerli olarak kazanan kişidir. Yazar'a göre, aynı hakların kullanılması bir süreye bağlı olmadığı halde, önalım hakkı ancak kanunun belirlediği süre içinde kullanılabileceğinden yasal önalım hakkı bir aynı hak olarak nitelendirilemez. Bu nedenlerle yasal önalım hakkı bir aynı hak olarak nitelendirilemez¹⁴⁰.

E. Yenilik Doğuran Hak Görüşü

Bu görüşe göre, gerek kanundan gerek sözleşmeden doğan önalım hakkı, taşınmaz malikinın, taşınmazını bir üçüncü kişiye satması halinde önalım hakkı sahibine tek taraflı irade beyanı ile satım sözleşmesi kurma yetkisi veren yenilik doğuran bir haktır¹⁴¹.

Önalım hakkının hukuki niteliği araştırılırken iki husus ayırt edilmelidir. Bunlardan ilki önalım hakkının hangi hak kategorisine dahil olduğu, diğeri ise bu hakkı doğuran sözleşmenin hukuki niteliğidir. Hakkın hukuki niteliği

nitelendirilmiştir. Bu karara göre: “....Taşınmaz mal mülkiyetinin kanuni takyitlerinden olan şufa hakkı, bir taşınmaz malda pay sahibi bulunan kişiye, diğer bir payın üçüncü kişiye satılması halinde, o pay alıcıya neye mal olmuşsa, o miktar ile ve belli bir süre içinde aynı şartlarla satın almak yetkisi veren aynı bir haktır. Bu hak inşai bir hak olup kullanıldığı yolundaki tek taraflı irade beyanının müşteriye ulaşması ile hukuki sonuç doğurur...” (YHGK, 17.3.1982 T. 1981/6–299 E. 1982/270 K., YKD, 1983, C. 9, S. 1, s. 23–26).

¹³⁹ YİBK 11.2.1959 T., 1958/10 E., 1959/12 K. (RG 29.4.1959, S. 10194).

¹⁴⁰ ŞIPKA, Kanuni Önalım, s. 22–23.

¹⁴¹ AYİTER, Eşya Hukuku, s.137; ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, s. 371; FEYZİOĞLU, Şufa, s. 14; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 635; KILIÇOĞLU, s. 18; NOELPP, s. 32; NOMER, Vefa, s. 25; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 436; OLGAÇ, s. 33; ÖZENLİ, s. 11; ÖNEN, Ergun: İnşai Dava, Ankara 1981, s. 88; SCHMID, s. 24; SEBÜK, s. 36; TANDOĞAN, s. 276; TEKİNAY, Takyitler, s. 17.

konusunda ileri sürülen şartlı satım sözleşmesi ve satış vaadi görüşlerinde önalım hakkı ile bu hakkı kuran sözleşmelerin hukuki nitelikleri konusunda bir ayrıma gidilmemekte; önalım hakkının hukuki niteliğinden çok hakkın kaynağı olan önalım sözleşmesinin hukuki niteliği açıklanmaktadır¹⁴².

Görüşe göre önalım hakkı ancak malın malik tarafından bir üçüncü şahsa satılması şartı gerçekleşince kullanılabilir; hakkın kullanılması ile satım ilişkisi kurulur. Ancak buradaki şart, önalım hakkının hukuki niteliğine değil, hakkın kullanılmasına ilişkin bir şarttır¹⁴³. Bu görüşü savunanlar, satım ilişkisinin hakkı doğuran sözleşme ile değil, hak sahibinin hakkını kullanması ile meydana geldiğini kabul etmektedirler¹⁴⁴.

Diğer görüşlerden farklı olarak yenilik doğuran hak görüşünün hareket noktası, önalım hakkını kuran sözleşme değil doğrudan doğruya bu hakkın kendisidir¹⁴⁵. Yenilik doğuran hak görüşüne göre önalım sözleşmesi ne bir satış vaadi ne bir şartlı satım sözleşmesi olmayıp kendine özgü (sui generis) bir sözleşmedir¹⁴⁶.

Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise önalım hakkının bir yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmesi diğer görüşlerin reddini gerektirmemektedir¹⁴⁷. Görüş taraftarlarına göre yenilik doğuran hak görüşü, önalım hakkının bir hak olarak hukuki niteliğini, diğer görüşler ise hakkı doğuran sözleşmenin hukuki niteliğini açıklamaktadır¹⁴⁸.

¹⁴² ALLGÄUER, s. 27 vd; DEMİRBAŞ, s. 51; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Satış Vaadi, s. 91, dn. 13; NOMER, Vefa, s. 15; SEBÜK, s. 30 vd; TANDOĞAN, s. 275 vd; TEKİNAY, Takyitler, s. 17.

¹⁴³ FEYZİOĞLU, Şufa, s. 19; TEKİNAY, Takyitler, s.18.

¹⁴⁴ BUZ, s. 154; DEMİRBAŞ, s. 52; KIRCA, s. 1182; NOMER, Vefa, s. 25. Yargıtay da 11.2.1959 tarihli ve 10/12 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında bu görüşü benimsemiştir (RG 29.4.1959, S. 10194).

¹⁴⁵ NOMER, Vefa, s. 25.

¹⁴⁶ BERTAN, s. 728; FEYZİOĞLU, Şufa, s. 14; HAYOZ, s. 275; KIRCA, s. 1183; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Satış Vaadi, s. 97; NOMER, Vefa, s. 25; OLGAC, s. 35; SEBÜK, s. 36; ŞIPKA, Kanuni Önalım, s. 31; TEKİNAY, Takyitler, s. 19; TANDOĞAN, s. 262.

¹⁴⁷ BUZ, s. 155; DEMİRBAŞ, s. 53; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Satış Vaadi, s. 99–100; NOMER, Vefa, s. 26. Bu tespitin hangi görüşler için kabul edilebileceği hakkında bk. BUZ, s. 155 vd.

¹⁴⁸ BUZ, s. 155.

Sonuç olarak yenilik doğuran hak görüşü hem sözleşmeden doğan nalım hakkını hem yasal nalım hakkını açıklayabilmektedir. Hakkın kullanılması ile istenen sonucun elde edilmesini de sağladığından biz de nalım hakkının bir yenilik doğuran hak olduğu görüşüne katılıyoruz¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Yenilik doğuran hak niteliğinden çıkan sonuçlar için bk. İkinci Bölüm III D 1-4.

İKİNCİ BÖLÜM

ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASI

I. GENEL OLARAK

Gerek yasal önalım hakkında gerek sözleşmeden doğan önalım hakkında, hakkın kullanılabilmesi, bir hukuki olayın gerçekleşmesine bağlıdır. Bu olay, önalım hakkının konusu taşınır veya taşınmazın bir üçüncü kişiye satılmasıdır ve bu satıma “önalım olayı” denilmektedir¹⁵⁰. Medeni Kanunun ifadesiyle, payın üçüncü kişiye kısmen veya tamamen satılması durumunda önalım hakkı kullanılabilir (MK m. 732).

Sözleşmeden doğan önalım hakkının hem taşınır hem taşınmazlarda söz konusu olabileceğini yukarıda belirtmiştik. Ancak uygulamanın neredeyse tamamı taşınmazlara ilişkin önalım hakkının örneklerinden oluştuğundan açıklamalarımız taşınmazlar esas alınarak yapılacaktır.

Yenilik doğuran hakların kullanılarak arzu edilen hukuki yeniliğin meydana gelmesi bir sebebin varlığına bağlıdır ki; buna “yenilik doğurucu sebep” denilmektedir¹⁵¹. Bu anlamda önalım hakkının yenilik doğurucu sebebi, taşınmazın bir üçüncü kişiye satılması şeklinde açıkladığımız önalım olayıdır¹⁵². Önalım olayı, önalım hakkının kullanılabilmesi için gerekli bir şarttır¹⁵³. Ancak söz konusu şart, hukuki anlamda bir şart değildir; kendisine hukuki sonuç bağlanan bir hukuki olaydır¹⁵⁴.

¹⁵⁰ **AYAN**, Kanuni Şufa, s. 340; **ERÇİN**, s. 3013; **HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI**, s. 609; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.437; **ŞİPKA**, Kanuni Önalım, s. 43.

¹⁵¹ **BUZ**, s. 210.

¹⁵² **BUZ**, s. 211, dn. 26.

¹⁵³ **FEYZİOĞLU**, Şufa, s. 19; **HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI**, s. 122; **ŞİPKA**, Kanuni Önalım, s. 43; **TEKİNAY**, Takyitler, s. 18.

¹⁵⁴ **FEYZİOĞLU**, Şufa, s. 19; **TEKİNAY**, Takyitler, s. 18.

Önalım olayı, taşınmazın üçüncü bir kişiye satılmasıyla gerçekleşmekle birlikte, satım benzeri bazı işlemler de önalım olayı olarak kabul edilmektedir. Bu hukuki işlemlere aşağıda değinilecektir¹⁵⁵.

Önalım hakkının kullanılması için önalım olayı bir önkoşuldur. Bu önkoşul gerçekleştikten sonra Medeni Kanunun önalım yükümlüsüne ve önalım hakkı sahibine yüklediği külfetlerin yerine getirilmesi gerekmektedir. Önalım yükümlüsü, önalım olayının gerçekleştiğini önalım hakkı sahibine bildirmelidir. Önalım hakkı sahibi de hakkını süresinde dava açarak kullanmalıdır.

Çalışmamızın bu bölümünde hakkın kullanılmasının ön koşulu olan önalım olayı, önalım olayı kabul edilen ve edilmeyen hukuki işlemler, önalım yükümlüsünün bildirim yükümlülüğü ve önalım hakkı sahibinin süresinde açması gereken dava irdelenecektir.

II. ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASINI SAĞLAYAN HUKUKİ İŞLEM: ÖNALIM OLAYI

A. Genel Olarak Önalım Olayı

Önalım olayı türler açısından farklılık taşımaktadır. Yasal önalım hakkında, önalım olayı taşınmazın (payın) paydaş olmayan bir kişiye satılmasıyla gerçekleşir¹⁵⁶. Başka bir deyişle, paydaşlardan birine yapılan satım sözleşmesi önalım olayı olarak kabul edilmez. Buna karşılık sözleşmeden doğan önalım hakkında, önalım hakkına konu malın herhangi bir üçüncü kişiye satılması yeterlidir.

¹⁵⁵ Önalım olayı olarak kabul edilen hukuki işlemler için bk. İkinci Bölüm II D.

¹⁵⁶ "MK 659. maddesi uyarınca bir paydaşın payını üçüncü şahsa satması halinde diğer hissedarların şufa hakkı söz konusudur. Pay iktisap eden kimse üçüncü şahıs olmayıp, paydaş ise, yasa gereği diğer paydaşların şufa haklarını kullanmaları mümkün değildir. Bu husus dava şartı olduğundan mahkemenin re'sen gözetmesi gerekir" (Yarg. 6. HD, 15.4.1986 T. 4080 E. 5324 K., **KILIÇOĞLU**, s. 40).

Önalım hakkının kullanılabilmesi için taşınmaz satım sözleşmesinin yapılmasından sonra tescilin de yapılmasının gerekli olup olmayacağı tartışmalıdır. Hakim görüşüne göre, satım sözleşmesinin (borçlandırıcı işlemin) yapılması yeterli olup ayrıca tescilin yapılması gerekli değildir. Buna göre önalım hakkı, mülkiyet hakkının devrinden değil satımın yapılmasından itibaren ileri sürülebilir¹⁵⁷.

Tapu uygulamamız, resmi senet (borçlandırıcı işlem olarak taşınmaz satım sözleşmesi) ile tescil arasına zaman yani vade veya koşul konmasına engeldir¹⁵⁸. Uygulamada tapu memurları tarafından düzenlenen taşınmaz satımı sözleşmesi ile yevmiye defterine kayıt ve tescil ard arda yapılmaktadır¹⁵⁹. Bu nedenle önalım hakkının kullanılması için borçlandırıcı işlem niteliğindeki satım sözleşmesinin yapılmasının yeterli olduğu görüşü, uygulamanın özelliği dolayısıyla pratik olmaktan çok teorik bir ayrımdır.

Bu genel bilgilerden sonra önalım olayını gerçekleştiren satım sözleşmesini incelemeye geçebiliriz.

B. Önalım Olayı Olarak Kabul Edilen Kural Hukuki İşlem: Satım Sözleşmesi

Satım sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile satıcı alıcıya bir malın mülkiyetini devretme; alıcı da satım bedelini (semeni) ödemeyi ve eşyayı teslim alma borcu altına girmektedir.

¹⁵⁷ **AYAN**, Mülkiyet, s. 251; **ERÇİN**, s. 3013; **FEYZİOĞLU**, F. Necmeddin: Şufa Hakkının Kullanılması İçin Gereken Şartlar, İBD 1952, C. XXVI, S. 10, s. 575 (**FEYZİOĞLU**, Şufa Hakkının Kullanılması olarak anılacaktır); **GÜRSOY/EREN/CANSEL**, s. 639; **ÖZENLİ**, s. 54; **ŞIPKA**, Kanuni Önalım, s. 54; **TEKİNAY**, Takyitler, s. 50; **WIELAND**, s. 255; **YILDIZ**, s. 20. Aksi yönde **AYİTER**, Eşya Hukuku, s. 137; **ATEŞ**, Turan: Önalım Davası, Legal Hukuk Dergisi, 2005, C.3, S. 27, s. 925; **VELİDEDEOĞLU/ESMER**, s. 426. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. **FEYZİOĞLU**, Şufa s. 218 vd.

¹⁵⁸ **BELEN**, Şufa, s. 100; **ÖZMEN**, E. SABA/YÜCE B., Melek: Taşınmaz Satış Vaadlerinde Tarih Önceliğine Üstünlük Tanıyan Yargıtay Kararlarına İlişkin Düşünceler, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s. 952.

¹⁵⁹ **ŞIPKA**, Kanuni Önalım, s. 54.

Başka deyişle satım sözleşmesi bir malın para ile değiştirilmesini hedeflemektedir¹⁶⁰.

Satım sözleşmesi, satıcının satım konusu malın mülkiyetini alıcıya geçirme, alıcının da kararlaştırılan semeni satıcıya ödeme yönündeki karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur (BK m. 182). Ancak hukuki işlemin kurulması ile hüküm ve sonuçlarını doğurması farklıdır. Hukuki işlemin geçerli bir şekilde meydana gelmesi ve kendisinden beklenen sonuçları yaratması, hem kurucu unsurlarında hem geçerlilik şartlarında herhangi bir eksiklik bulunmamasına bağlıdır¹⁶¹.

Kurucu unsurları bulunan bir sözleşme doğmuştur. Bu unsurları taşımayan satım sözleşmesi yok hükmündedir¹⁶². Ancak sözleşmenin kurulmuş olması, önalım olayının gerçekleşmesi için yeterli değildir. Önalım olayının gerçekleşebilmesi için satım sözleşmesinin geçerlilik koşullarını da taşıması gerekmektedir. Geçerli olmayan bir satım sözleşmesi önalım hakkının kullanılmasına imkan vermez¹⁶³.

Hukuki işlemin geçerlilik koşullarından birisi bulunmadığı zaman işlem koşulun niteliğine göre ya kesin hükümsüz ya iptal edilebilir niteliktedir. Aşağıda kesin hükümsüz ve iptal edilebilir satım sözleşmelerinin önalım hakkına etkisi irdelenecektir.

¹⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için bk. **TANDOĞAN**, s. 78 vd; **TUNÇOMAĞ**, Borçlar Özel, s. 28 vd; **YAVUZ**, Borçlar, s. 21.

¹⁶¹ **AYAN**, Mehmet: Medeni Hukuka Giriş, Konya 2009, s. 116–121 (**AYAN**, Medeni Hukuk olarak anılacaktır); **DURAL/SARI**, s. 177–187; **HATEMİ**, Medeni Hukuk, s.150–162; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 70–144.

¹⁶² **AYAN**, Medeni Hukuk, s. 116; **DURAL/SARI**, s. 178; **EREN**, s. 298; **HATEMİ**, Medeni Hukuk, s. 159; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 137.

¹⁶³ **AYAN**, Mülkiyet, s. 263; **FEYZİOĞLU**, Şufa, s. 187; **GÜRSOY/EREN/CANSEL**, s. 637; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 437; **OLGAÇ**, s. 47; **TANDOĞAN**, s. 288.

C. Satım Sözleşmesinin Geçersizliğinin Önalım Olayına Etkisi

1. Kesin Hükümsüzlük

a. Genel Olarak

Bir hukuki işlemin kurucu unsurları tamam olmakla beraber, geçerlilik şartlarından kamu düzenini ilgilendirecek önemde bulunanların gerçekleşmemiş olması halinde, o hukuki işlem kesin hükümsüzdür. Satım sözleşmesinde irade beyanında bulunan kişinin ehliyetsiz olması, sözleşmenin konusunun emredici hukuk kurallarına, ahlaka aykırı veya imkansız olması, sözleşmenin geçerliliği için aranan şekle uyulmaması, sözleşmenin muvazaalı olması halinde kesin hükümsüzlük asıldır. Kesin hükümsüzlük, her zaman ilgili herkes tarafından ileri sürülebilir ve hakim tarafından re'sen dikkate alınır¹⁶⁴.

Kesin hükümsüz bir sözleşme, önalım hakkının kullanılmasına imkan vermemektedir¹⁶⁵. Ancak bazı koşulların varlığı halinde bunun aksi söz konusu olabilir. Aşağıda önalım hakkı bakımından uygulamayı en çok meşgul eden kesin hükümsüzlük hallerinden muvazaa örneği üzerinden, muvazaalı sözleşmelerin önalım hakkının kullanılmasına imkan verip vermediği incelenecektir.

b. Muvazaa

Sözleşme, en az iki kişinin, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile oluşan bir hukuki işlemdir. İrade, insanın iç dünyasına has bir kavram olduğu için bunun beyan edilmesine (açıklanmasına) ihtiyaç vardır ve sadece beyan edilmiş irade hukuki sonuç doğurabilir. Sözleşmeyi kuran irade beyan(lar)ı, belirli bir hukuki sonucun gerçekleşmesine ilişkin istek ve iradenin herhangi

¹⁶⁴ **AYAN**, Medeni Hukuk, s. 118; **DURAL/SARI**, s. 180; **EREN**, s. 48 vd; **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 185–186; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 137–138.

¹⁶⁵ **FEYİZOĞLU**, Şufa Hakkının Kullanılması, s. 573; **ÖZENLİ**, s. 57; **ŞIPKA**, Kanuni Önalım, s. 62; **TÜYSÜZ**, s. 53.

bir şekilde dış dünyaya açıklanmasıdır¹⁶⁶. Ancak, taraflar bazen gerçek iradelerden farklı bir açıklama yapabilirler. Bu durumda irade-beyan uygunsuzluğu oluşur. İrade-beyan uygunsuzluğu bazen istenerek yaratılır. İstenerek yaratılan irade-beyan uygunsuzluğu, her iki tarafın isteğiyle oluşturulduğunda muvazaa gündeme gelmektedir¹⁶⁷.

Muvazaa, tarafların yaptıkları sözleşmenin hiç hüküm doğurmaması veya görünürdeki sözleşmeden başka bir sözleşmenin hükümlerini doğurması hususundaki anlaşmalarıdır. Taraflar bilerek gerçek iradelerinden farklı bir beyanı dışa yansıtmaktadırlar. Muvazaalı sözleşmenin tarafları, üçüncü kişilere karşı irade beyanlarıyla meydana gelen sözleşmeyi yapmış görünmeyi istemektedirler. Ancak kendi aralarında bu sözleşmenin hiç hüküm doğurmaması veya başka bir sözleşmenin hükümlerini doğurması konusunda anlaşmaktadırlar¹⁶⁸.

Taraflar muvazaalı sözleşmenin hiç hüküm doğurmayacağı konusunda anlaşmışlarsa basit muvazaa; muvazaalı sözleşmenin arkasında başka bir sözleşme gizlenmekte ise, diğer bir deyişle taraflar gizli sözleşmenin hükümlerinin meydana gelmesi hususunda anlaşmışlarsa mevsuf muvazaa söz konusudur¹⁶⁹.

Muvazaalı sözleşme, muvazaa anlaşması sebebiyle hüküm doğurmaz¹⁷⁰. Zira Borçlar Kanununun 18. maddesi hükmünce tarafların gerçek iradeleri dikkate alınır. Hükümsüzlük kural olarak, üçüncü kişilere karşı da, onlar tarafından da ileri sürülebilir¹⁷¹. Muvazaa, ispat yükü açısından özellik taşır. Sözleşmenin muvazaalı olduğunu iddia eden kimse, o sözleşmenin tarafı ise

¹⁶⁶ **AYAN**, Medeni Hukuk, s. 111; **DURAL/SARI**, s. 164–168; **HATEMİ**, Medeni Hukuk, s. 140–143; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 39.

¹⁶⁷ **EREN**, s. 311.

¹⁶⁸ **EREN**, s. 315; **TEKİNAY**, S. Sulhi/**AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Haluk/**ALTOP**, Attila: Eşya Hukuku, C. I. (Zilyetlik–Tapu Sicili–Mülkiyet), İstanbul 1989, s. 408; **TUNÇOMAĞ**, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1976, s. 291 (**TUNÇOMAĞ**, Borçlar Genel olarak anılacaktır); **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 108.

¹⁶⁹ **EREN**, s. 318–319; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 109.

¹⁷⁰ **EREN**, s. 321; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 109.

¹⁷¹ **EREN**, s. 321–322; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 110. Muvazaalı sözleşmenin tarafının muvazaa iddiasını üçüncü kişiye karşı ileri süremeyeceği yönünde bk. **YILDIZ**, s. 84.

bu iddiasını ancak yazılı bir delil ile ispatlayabilir (HUMK m. 290)¹⁷². Sözleşmede taraf olmayan üçüncü kişiler ise muvazaa iddiasını her türlü delil ile ispatlayabilirler¹⁷³. Zira üçüncü kişiler, muvazaalı işlemin tarafı olmadıklarından, bunlardan yazılı delil istemek mümkün değildir¹⁷⁴.

Önalım hakkı açısından sözleşmenin niteliğinde veya bedelde muvazaa karşımıza çıkmaktadır. Akdin niteliğinde yapılan muvazaa çoğunlukla bağışlamada karşımıza çıkmaktadır. Taraflar bazen önalım hakkının kullanılmasını engellemek için gerçekte satım sözleşmesi yaptıkları halde bunu bağışlama gibi göstermekte ya da önalım hakkının kullanılmasına zemin hazırlamak veya başka düşüncelerle gerçekte yaptıkları bağışlamayı satım gibi göstermektedirler. Bazı durumlarda ise taraflar önalım hakkına vücut veren satım sözleşmesinde satım bedelini gerçek değerinden daha farklı göstermektedirler ki bu da bedelde muvazaa olarak adlandırılmaktadır. Aşağıda bağışlama örneği verilerek sözleşmenin niteliğinde yapılan muvazaanın önalım hakkına etkisi ve ardından bedelde muvazaa incelenecektir.

aa. Bağışlamanın Satım Sözleşmesi Olarak Gösterilmesi

Mevsuf muvazaanın yaygın örneği, tarafların gerçek iradelerinin bağışlama sözleşmesi yönünde olmasına rağmen, açıkladıkları iradelerinin satım sözleşmesi olmasıdır. Bir kişi hayatta olduğu sürede mirasçılarından birine taşınmazını bağışlamak isteyebilir. Ancak yüksek vergi ödemekten kaçınmak veya ileride tenkis davası açılmasının önüne geçmek için bu işlem satım şeklinde gösterilebilir. Tarafların gerçek iradelerinin bağışlama, fakat dışa yansıttıkları iradelerinin satım sözleşmesi olduğu bu veya buna benzer durumlarda önalım hakkının kullanılmasına zemin hazırlanmış olur¹⁷⁵.

¹⁷² EREN, s. 328; YILDIZ, s. 84–85.

¹⁷³ EREN, s. 328; OĞUZMAN/ÖZ, s. 110; YILDIZ, s. 84–85.

¹⁷⁴ EREN, s. 328.

¹⁷⁵ YILDIZ, s. 86.

Önalım hakkı sahibi görünürdeki satım sözleşmesine dayanarak önalım hakkını kullanabilir. Bu durumda önalım yükümlüsünün önalım hakkı sahibine karşı, görünürdeki satım sözleşmesinin muvazaalı olduğunu ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırılığın görünümünden hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmektedir (MK m. 2). Bir kimsenin kendi hukuka aykırı davranışından menfaat sağlamasının kabul edilemeyeceği gerekçesiyle, gerçek irade satıma yönelik olmasa da görünürde bir satım sözleşmesi yapılmış ise önalım hakkının kullanılabilmesi sonucuna varılmaktadır¹⁷⁶.

Hatemi'ye göre muvazaalı sözleşmenin tarafları, önalım hakkı sahibine karşı muvazaa iddiasına bulunabilirler. Bununla birlikte muvazaa iddiası ancak tapu kütüğündeki kaydın düzeltilmesinden sonra ileri sürülebilir. Yazar, aksi durumun "çelişkili davranış" nedeniyle hakkın kötüye kullanılması sayılacağını ifade etmektedir. Buna göre tapu kütüğündeki kayıt gerçeğe uygun hale getirilmedikçe işlem satım olarak kabul edilmeli ve önalım hakkı kullanılabilirdir¹⁷⁷.

Burada dikkat edilmesi gereken bir husus ise 27.3.1957 tarihli ve 12/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında varılan sonuçtur¹⁷⁸. Bu kararda, karı ve kocaya, evlada veyahut akrabaya yapılan devirlerde "şeklen satış akdi bulunsa bile hakikatte satıştan gayri miras hukukuna müteferri maksatların veya hibe gibi mülahazaların hakim bulunduğu ahvalde" önalım hakkının kullanılamayacağı kabul edilmiştir. Bu karar kapsamına giren işlemlerde önalım yükümlüsü, tapu sicilinde yapılan işlemin muvazaalı olduğunu savunabilecektir¹⁷⁹.

Yargıtay'ın bu kararını eleştiren bir görüş, alıcı satıcının mirasçısı bulunsa bile, eğer gerçek amaç bir satım sözleşmesi yapmak ise önalım hakkının

¹⁷⁶ **FEYZİOĞLU**, F. Necmeddin: Şufa Hakkında Muvazaa İddiaları, İÜHF 1950, C. XVI, S.1-4, s. 278 (**FEYZİOĞLU**, Muvazaa olarak anılacaktır); **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, s. 612; **KILIÇOĞLU**, s. 65; **ÖZENLİ**, s. 138; **SEBÜK**, s. 88; **ŞİPKA**, Kanuni Önalım, s. 73; **TUNABOYLU**, s. 302; **YILDIZ**, s. 87.

¹⁷⁷ **HATEMİ**, Meseleler, s. 146.

¹⁷⁸ RG 21.8.1957, S. 9687.

¹⁷⁹ **ÖZENLİ**, s. 138.

kullanılabileceğini ve sözleşmenin gerçek amacı miras hukukuna ilişkin bir devir ise bunun ispat edilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁸⁰. Diğer bir görüş ise satımın miras payının devri amacıyla yapıldığının ispat edilmesinin gerekmediği, (şekli) satımın mirasçı durumundaki akrabaya yapılmasının önalım hakkını engellemesi için yeterli olduğunu, bu konuda fiili bir karinenin kabul edildiğini belirtmektedir¹⁸¹.

Yargıtay uygulamasına göre, tarafların gerçek iradeleri bağışlama yönünde olsa bile, görünürdeki satım sözleşmesi nedeniyle kural olarak önalım hakkı kullanılabilir. Ancak görünürde yapılan satım sözleşmesi miras hukukuna ilişkin amaçlarla akrabalar arasında yapılmış bir işlem ise akrabalık durumu ispat edilerek önalım hakkının kullanılması engellenebilir¹⁸².

Sonuç olarak; muvazaalı sözleşmeler kesin hükümsüzdür. Bu nedenle hüküm ve sonuç doğurmazlar. Bu durumda ortada geçerli bir satım sözleşmesi olmadığından önalım hakkının da kullanılamaması gerekir. Ancak önalım hakkı sahibi, görünürdeki satım sözleşmesine dayalı olarak hakkını kullandığında, muvazaanın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması sayılacağını belirten yukarıda aktardığımız görüşlere biz de katılmaktayız. Bu nedenle görünürdeki satım sözleşmesi, miras hukukuna ilişkin amaçlarla akrabalar arasında yapıldığı ispat edilmedikçe, önalım hakkının kullanılmasına imkan verir.

¹⁸⁰ **ERKÜN**, Ali Şevket: Müstakbel Varise Satışlarda Şufa, İBD 1957, C. XXXI, S.8, s. 234.

¹⁸¹ **ARIK**, K.F.: Mirasçıya Satışta Şufa Hakkı Cereyan Eder mi? SBF 1957, C. XII, s. 214.

¹⁸² “Önalım davasında davalıya yapılan temlikin gerçekte satış olmayıp bağış olduğu satıcı ile davalının yakın akraba oldukları savunulduğuna göre bu savunmanın 27.3.1957 gün–12/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca tanık dahil her türlü delille ispatı mümkün olduğundan mahkemece davalının savunması yönünde delilleri toplanıp varsa davacının karşı delilleri de toplanıp değerlendirilerek işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken...” (Yarg. 6. HD, 2004/1960 E. 2004/1910 K. 2.3.2004 T., www.kazanci.com, çevrimiçi, 29.3.2010); “Davalı, kendisine yapılan temlikin satıcıya yanlışlıkla fazladan devredilen payın iadesine ilişkin olduğunu, gerçek bir satış olmadığını bildirmiş ise de satış aktinin tarafı olan davalı bu aktin aksini savunamaz. 27.3.1957 gün ve 12/2 sayılı içtihadı birleştirme kararı satıcı ile alıcı arasında akrabalık ilişkisi bulunması haline ilişkindir. Olayda böyle bir akrabalık ilişkisi bulunduğu iddia ve ispat edilmemiştir. O halde tapuda yapılan temlik gerçek bir satıştır...” (Yarg. 6. HD, 21.6.2994 T. 5133/5076, **YILDIZ**, s. 87).

bb. Satım Sözleşmesinin Bağışlama Olarak Gösterilmesi

Mevsuf muvazaanın bir diğer yaygın örneği, tarafların gerçek iradelerinin satım sözleşmesi yönünde olmasına rağmen iradelerini bağışlama olarak açıklamalarıdır. Taraflar bu olasılıkta, önalım hakkının kullanılmasını önlemek istemiş olabilirler. Bu durumda önalım hakkının kullanılıp kullanılmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, ortada geçerli bir satım sözleşmesi olmadığı için önalım hakkı da kullanılmayacaktır¹⁸³. Bizim de katıldığımız diğer bir görüş ve Yargıtay uygulamasına göre ise önalım hakkı sahibi muvazaayı ispat ederek hakkını kullanabilir¹⁸⁴.

Feyzioğlu, bağışlamanın muvazaa satımın da aranan şekle uyulmadığı için geçersiz olduğu gerekçesiyle önalım hakkının kullanılmayacağını kabul etmenin dürüstlük kuralına uygun olmayacağını ve hakkın kötüye kullanılması sayılacağını belirtmektedir. Yazar, muvazaanın ispatlanması halinde önalım hakkının kullanılabilirliğini ifade etmektedir¹⁸⁵. Yazar'a göre önalım hakkı sahibi muvazaayı her türlü delil ile ispat edebilmelidir¹⁸⁶. Yargıtay uygulamasında da önalım hakkı sahibinin muvazaayı tanık dahil her türlü delil ile ispat edebileceği kabul edilmektedir¹⁸⁷.

Şıpka, bu tür muvazaanın önalım hakkını engelleme amacıyla yapılmadığı durumlarda, tarafların muvazaa iddialarının dinlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Yazar, muvazaanın ispatlanması halinde her iki

¹⁸³ TANDOĞAN'a göre burada gizli satım sözleşmesi şekil noksanı dolayısıyla hükümsüzdür ve bu nedenle önalım hakkı da kullanılmaz (TANDOĞAN, s. 287). Aynı yönde AYAN, Mülkiyet, s. 347; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 637.

¹⁸⁴ HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s. 612; KÜLEY, Muin: Şufada Muvazaa ve İspatı, ABD 1949, C. 5, S. 57, s. 25 (KÜLEY, Muvazaa olarak anılacaktır); ÖZENLİ, s. 134; SEBÜK, s. 88; ŞIPKA, Kanuni Önalım, s. 75; TEKİNAY, Takyitler, s. 27; VELİDEDEOĞLU/ESMER, s. 428; YILDIZ, s. 85; ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, s. 380; FEYZİOĞLU, Muvazaa s. 275. Yargıtay'ın 4.5.1942 tarihli 1942/57 E. ve 1942/17 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında bu görüş kabul edilmiştir (RG 11.5.1940, S. 4506).

¹⁸⁵ FEYZİOĞLU, F. Necmeddin: Medeni Kanunun 50. Yıldönümünde Hakların Kötüye Kullanılması, Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, I. Tebliğler, İstanbul 1978, s. 178, 179 (FEYZİOĞLU, Hakların Kötüye Kullanılması olarak anılacaktır).

¹⁸⁶ FEYZİOĞLU, Muvazaa, s. 276; ŞIPKA, Kanuni Önalım, s. 75.

¹⁸⁷ "...Şufa davasında, davacılar, tapuda hibe olarak görülen muamelenin hakikatte satış olduğunu ileri sürdüklerine göre, bu iddialarını tanık dahil her türlü delil ile ispat edebilirler" (YHGK, 19.3.1997 T., 1996/6-968 E. ve 1997/214 K., www.kazanci.com, çevrimiçi, 29.3.2010).

işlemin geçersiz olacağını ve bunun sonucu olarak tapudaki tescilin de yolsuz tescile dönüşeceğini ifade etmektedir. Yazar'a göre, muvazaalı işlemin taraflarının, yolsuz tescilin düzeltilmesini talep etmemeleri dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık oluşturur ve bu durumda önalım hakkı kullanılabilir¹⁸⁸.

cc. Bedelde Muvazaa

Önalım hakkının kullanılması üzerine, önalım hakkı sahibinin ödemesi gereken bedel, taşınmazı satın alan üçüncü kişinin ödediği bedeldir. Ancak uygulamada satım bedeli, ya tapu harç ve masraflarından kaçınmak için düşük gösterilmekte ya önalım hakkının kullanılmasını engellemek için gerçek değerinden çok yüksek gösterilmektedir. Bu gibi durumlarda bedelde muvazaa söz konusu olmaktadır. Aşağıda önalım bedelinin gerçek değerinden farklı gösterilmiş olması ihtimallerinde muvazaa iddiaları incelenecektir.

aaa. Satım Bedelinin Yüksek Gösterilmesi

Önalım hakkının kullanılmasını engellemek için satım bedeli çok yüksek gösterilmiş olabilir. Bu ihtimalde muvazaa iddiasına bulunacak kişi önalım hakkı sahibidir. Muvazaalı sözleşmenin tarafı olmadığından muvazaayı her türlü delil ile ispat edebilir. Önalım hakkı sahibinin hakkını kullanmasını güçleştirmek veya engellemek amacıyla satım bedelinin gerçek bedelden çok yüksek gösterildiği hallerde önalım yükümlüsünün sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi ise hakkın kötüye kullanılması sayılmaktadır¹⁸⁹.

Muvazaa iddiası ispat edildiği takdirde, önalım hakkı tapu sicilinde gösterilen bedel üzerinden değil taşınmazın belirlenecek gerçek değeri

¹⁸⁸ **ŞIPKA**, Kanuni Önalım, s. 75

¹⁸⁹ **AYAN**, Mülkiyet, s. 258; **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, s. 372; **FEYZİOĞLU**, Şufa, s. 421-422; **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, s. 612; **ŞIPKA**, Şükran Taman: Kanuni Önalım (Şufa) Hakkının Kullanılması Sonucunda Önalım Bedelinin Belirlenmesi Meselesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları, 1994, C. 7, S.1-3, s. 291 (**ŞIPKA**, Önalım Bedeli olarak anılacaktır).

üzerinden kullanılacaktır¹⁹⁰. Muvazaa iddiası ispatlanamaz ise mahkeme, önalım hakkını kullanan paydaşa, satılan payı tapuda yazılı olan bedel ve masrafları ile almak isteyip istemediğini soracak; hak sahibi taşınmazı (payı) almak isterse parayı ve masrafları hakimın belirleyeceği yere yatıracaktır. Ancak önalım hakkı sahibi taşınmazı (payı) tapudaki satım parası ile almak istemezse davası reddedilecektir¹⁹¹.

Önalım hakkı sahibi muvazaa iddiasında bulunmadan, hakkını kullanmış ve satım bedelini ödemiş olabilir. Bu durumda önalım hakkı sahibinin, muvazaalı satım sözleşmesi altında gizlenmiş bir hile durumu olduğundan gerçek durumu öğrendiğinde hata ya da hile hükümlerine dayanarak satım sözleşmesini iptal ettirebileceği ve ödediği bedelin iadesini talep edebileceği ifade edilmektedir¹⁹². Diğer bir görüşe göre ise burada muvazaa nedeniyle kesin hükümsüzlüğe dayanmak daha elverişlidir çünkü bu durumda bir yıllık süre kısıtlaması bulunmamaktadır¹⁹³.

Bize göre de bu durumda muvazaa nedeniyle kesin hükümsüzlüğe dayanmak daha uygundur. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere kesin hükümsüzlük bir süre kısıtlamasına tabi olmadan her zaman ileri sürülebilir. Kesin hükümsüz bir sözleşmeye dayanarak hakkını kullanan önalım hakkı sahibi, bu durumda borç olmayan şeyin ifası sonucu sebepsiz zenginleşme hükümlerince ödediği bedelin iadesini talep edecektir (BK m. 62).

bbb. Satım Bedelinin Düşük Gösterilmesi

Önalım konusu taşınmaza ilişkin satım bedeli, özellikle tapu masraflarından kaçınmak amacı ile gerçek bedelinden daha düşük gösterilmiş olabilir. Öğreti ve uygulamada, bu durumlarda önalım hakkının görünürdeki düşük bedel üzerinden kullanılacağı kabul edilmektedir. Bunun sebebi bir kimsenin kendi hukuka aykırı davranışına dayanmasının hakkın

¹⁹⁰ ÖZENLİ, s. 141; SEBÜK, s. 89; TEKİNAY, Takyitler, s. 27, 52.

¹⁹¹ ERÇİN, s. 3019.

¹⁹² ALLGÄUER, s. 139; FEYZİOĞLU, Muvazaa, s.279; ÖZENLİ, s. 135; SEBÜK, s. 88–89.

¹⁹³ YÜCEL, s. 52.

kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesidir (MK m. 2)¹⁹⁴. Buna karşılık diğer bir görüşe göre, önalım hakkının taşınmazın gerçek değerinden düşük bir bedel üzerinden kullanılması dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur¹⁹⁵.

Vural, önalım yükümlüsüne gerçek satım bedelinin daha yüksek olduğunun ispatı imkanı verilmemesinin önalım hakkı sahibini sebepsiz zenginleştirdiğini, haksız bir kazanç elde etmesini sağladığını ifade ederek satım bedelinin tapuda düşük gösterildiği durumlarda mahkemece keşif yapılarak taşınmazın gerçek değerinin tespit edilmesi ve tespit sonrasında eksik yatırılan harç ve vergilerin tamamlattırılması ve önalım hakkının tespit

¹⁹⁴**ACEMOĞLU**, s. 129, dn. 9; **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, s. 372; **FEYZİOĞLU**, Şufa, s. 431; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 312; **ÖZENLİ**, s. 144; **TEKİNAY**, Takyitler, s. 52; **TUNABOYLU**, s. 363. "...Önalım hakkı, paylı mülkiyet hükümlerine tabi taşınmazlarda, payın üçüncü bir şahsa satılması halinde diğer paydaşlara, payı öncelikle satın alma hakkı veren kurucu yenilik doğuran bir haktır. Paydaş davacı bu payı satın almak isterse satıcı ile davalı arasında yapılan satım akdinde kararlaştırılan bedeli ve bu satım sebebiyle tapuda ödenen harç ve masrafları ödemek zorundadır. Olayımızda, dava konusu payın 14.11.2001 tarihinde altı yüz milyon TL bedelle davalıya satıldığı tapu kaydı ve akit tablosu ile sabittir. Her ne kadar davalı bedelin düşük gösterildiğini, gerçekte yedi milyara aldığını ileri sürmüş ise de, davalı satım akdinin tarafı olduğundan, bedelde muvazaa yapıldığı iddiasında bulunamaz..." (Yarg. 6. HD, 21.6.2004 T. 2004/4911 E. 2004/5044 K., www.kazanci.com, çevrimiçi, 29.3.2010). "...Önalım hakkına konu payın 6.5.2003 tarihinde 1.000.000.000.-TL bedelle satıldığı akit tablosu ile sabittir. Davalı tapudaki bedelin gerçek olmadığını, bedelin düşük gösterildiğini, gerçek değerinin 22.000.000.000.-TL olduğunu belirterek bedelde muvazaa iddiasında bulunmuştur. Davalı satım akdinin tarafı olduğundan bedelde muvazaa iddiasında bulunamaz. Mahkemece her ne kadar objektif değer artışı esasına göre belirlenen değer üzerinden önalım hakkının tanınmasına karar verilmiş ise de objektif değer artışı esasının bu olayda uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Bu sebeple tapuda gösterilen bedel ile tapu harç ve masraflar toplamının önalım bedeli olarak kabulü gerekir..." (Yarg. 6. HD, 18.11.2004 T. 2004/7415 E. 2004/8048 K., www.kazanci.com, çevrimiçi, 29.3.2010); "...Önalım bedeli tapuda gösterilen satış bedeli ile davalı tarafından ödenen harç ve masrafların toplamından ibarettir. Olayımıza gelince; davalı, davacının da paydaşı bulunduğu 5 No'lu parselde önalım hakkına konu edilen 504 / 1152 payı taşınmazın diğer paydaşlarından Necati Öztaş'tan 12.12.2004 tarihinde 31.000.000.000 TL bedelle satın almıştır. Davalı tapuda dava konusu edilen payın değeri 31.000.000.000 TL olarak gösterilmiş ise de, gerçek satış bedelinin 70.000.000.000 TL olduğunu ve satış bedelinde muvazaa bulunduğunu savunmuştur. Satış sözleşmesinin tarafı olan davalının satış bedelinin tapuda gösterilen miktardan fazla olduğu savunması dinlenemez. Davalı yapmış olduğu sözleşme ile bağlı olup bunun aksini savunma ve kanıtlama olanağından yoksundur. Davanın açılmasından sonra, yapılan şikayet üzerine davalının vergi dairesine başvurarak satış bedelini artırması ve tapu harcı ve gecikme faizini ödemesi de hukuki sonuç doğurmaz. Bu itibarla önalım bedeli yukarıda açıklandığı gibi tapuda gösterilen 31.000.000.000 TL satış bedeli ve tapu harç ve masraflarından ibarettir. Önalım bedeli de davacı tarafından 29.3.2005 tarihinde mahkeme veznesine depo edilmiş olduğundan mahkemece tapuda gösterilen değer üzerinden önalım hakkının tanınmasına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı görüldüğünden kararın davacı yararına bozulması gerekmektedir (Yarg. 6. HD, 20.9.2005 T. 2005/7136 E. 2005/8331 K., www.kazanci.com, çevrimiçi, 29.3.2010).

¹⁹⁵**ŞIPKA**, Önalım Bedeli, s. 293.

edilen bu bedel üzerinden kullanılmasının hakkaniyete daha uygun olacağını belirtmektedir¹⁹⁶.

Tandoğan, bedelin gerçekte daha yüksek olduğu iddiasına ispat olanağı verilmesi gerektiğini ve bu iddia ispat edilirse geçerli bir satım sözleşmesi varmış gibi gerçek bedel üzerinden önalım hakkının kullanılması gerektiğini belirtmektedir¹⁹⁷.

Bize göre önalım hakkı sahibinin bedelin gerçekte daha düşük olduğunu ispat etme imkanı bulunduğundan, önalım yükümlüsünün de gerçek bedelin daha yüksek olduğunu ispat etme olanağı bulunmalıdır. Aksi takdirde önalım hakkı sahibi, taşınmazı gerçek değerinden çok daha düşük bir bedelle satın alma imkanına kavuşarak ödüllendirilmiş olacaktır. Satım bedelinin daha yüksek olduğu iddiasında bulunacak kişi önalım yükümlüsüdür. Önalım yükümlüsü, muvazaalı satım sözleşmesinin tarafı olduğundan, iddiasını yazılı bir delil ile ispat etmek zorundadır (HUMK m. 290).

2. İptal Edilebilirlik

Hukuk düzeni, bazı hallerde ilgisine hukuki işlemi tek taraflı olarak iptal edebilme imkanı tanımıştır. İptal edilebilirlik yaptırımını iradenin hata, hile, ikrah nedeniyle sakatlanmış olduğu hukuki işlemlerde veya taraflardan birinin gabine maruz kalması durumunda söz konusudur. Bu nedenlerden birisinin varlığı durumunda, ilgili kişiye hukuki işlemi tek taraflı olarak iptal edebilme hakkı tanınmıştır (BK m. 21, 31).

İptal edilebilirlik yaptırımını ya düzelebilir hükümsüzlük ya bozulabilir geçerlilik şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bir tarafın irade beyanının hata, hile veya ikrah sebebiyle sakat olması halinde düzelebilir hükümsüzlük söz konusudur. Bu tür işlemlerde iradesi sakatlanan taraf, yapılan sözleşme ile

¹⁹⁶ **VURAL**, Ahmet Hüsrev: Şufa Hakkı ve Bedelde Muvazaa, VBD 2004, S. 9, s. 8. Önalım hakkının rayiç bedel üzerinden kullanılmasının dürüstlük kuralına daha uygun olacağı yönünde bk. **ŞIPKA**, Kanuni Önalım, s. 79.

¹⁹⁷ **TANDOĞAN**, s. 162, 238. Aynı yönde **AYAN**, Kanuni Şufa, s. 359.

başlangıçtan itibaren bağlı değildir. Kanun, iptal hakkının kullanılması için, hata veya hilenin anlaşılmasından ya da korkunun ortan kalkmasından itibaren bir yıllık süre tanımaktadır (BK m. 31). Kanunda öngörülen bu süre hak düşürücü süre niteliğindedir. Bu süre içerisinde iptal hakkı kullanılırsa sözleşme kesin hükümsüz hale gelir; kullanılmaz ise sözleşme geçerli hale gelir¹⁹⁸.

Bir sözleşmede bir tarafın gabine maruz kalması halinde ise bozulabilir geçerlilik söz konusudur. Bu durumda, geçerlilik şartının eksikliğine rağmen hukuki işlem başlangıçtan itibaren hüküm doğurur; fakat iptal hakkı sahibi hakkını kullanarak işlemi baştan itibaren (geçmişe etkili biçimde) hükümsüzleştirebilir¹⁹⁹.

Aşağıda hata, hile, ikrah ve gabin nedeniyle iptal edilebilir nitelikte olan bir satım sözleşmesinin önalım hakkının kullanılmasına imkan verip vermeyeceği açıklanmaya çalışılacaktır.

a. Hata, Hile, İkrah

Hata, hile veya ikrah gibi iradeyi sakatlayan sebeplerin varlığı halinde yapılan hukuki işlemin, önalım hakkının kullanılmasına imkan verip vermeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre hata, hile, ikrah gibi iptal edilebilirlik hallerinde, sözleşme bir yıllık sürenin (BK m. 31) geçmesiyle geçerlilik kazanacağından önalım hakkı da sözleşmenin geçerlilik kazanmasından sonra kullanılabilir²⁰⁰.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, böyle bir sözleşme önalım hakkının kullanılmasına imkan vermektedir. Bu görüşe göre önalım hakkı

¹⁹⁸ **DURAL/SARI**, s. 182–183; **HATEMİ**, Medeni Hukuk, s. 161; **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 195–196.

¹⁹⁹ **OĞUZMAN/BARLAS**, s.196.

²⁰⁰ **FEYZİOĞLU**, böyle bir sözleşmeye dayanarak kullanılan önalım hakkının, icazet halinde kullanıldığı ana etkili olarak geçerli olacağını, sözleşmenin feshedilmesi halinde ise önalım hakkının kullanılmasına imkan verecek sözleşme meydana gelmemiş sayılacağından önalım hakkının da kullanılamayacağını belirtmektedir (**FEYZİOĞLU**, Şufa Hakkının Kullanılması, s. 573–574).

sahibi, sözleşmenin iptal edilip edilemeyeceğini bilemez ve önalım hakkının kullanılabilmesi kabul edilmez ise hakkın kullanılması için öngörülen (3 aylık) hak düşürücü süre geçebilir. Görüş bağlamında sorun, iptal hakkının önalım hakkının kullanılmasından önce veya sonra kullanılmış olmasına göre ayrı ayrı incelenmektedir. Şıpkı, önalım hakkı kullanılmadan önce iptal hakkı dava yoluyla kullanılmış ise, bu davanın bekletici mesele sayılarak, davanın sonucuna göre önalım hakkının kullanılıp kullanılmayacağına karar verileceğini belirtmektedir. Yazar'a göre dava sonunda sözleşme iptal edilirse önalım hakkının kullanılmasına imkan veren sözleşme de ortadan kalkmış olacağından önalım hakkı kullanılamayacaktır. Dava sonunda sözleşme iptal edilmez ise önalım hakkı kullanılabilir. Yazar, önalım hakkı kullanıldıktan sonra iptal davası açılmışsa, iptal davası açanların iyiniyetli olup olmamalarına göre ayırım yapmaktadır. Buna göre, iptal davasını açanlar iyiniyetli ise yukarıda belirtilen çözüm tarzı aynen uygulanacaktır; aksi durumda iptal davası sonucu alınacak ilam, önalım hakkının kullanılmasına engel olmayacaktır²⁰¹.

b. Gabin

Gabin, karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık bulunmasıdır. Böyle bir oransızlık, taraflardan birinin öteki tarafın müzayakasından (darda kalmasından) hiffetinden (düşüncesizliğinden) veya tecrübesizliğinden yararlanarak ivazlar arasında açık bir oransızlık yaratıp onu sömürmesinden kaynaklanmaktadır²⁰².

Öğreti ve uygulamada satım bedeli taşınmazın gerçek değerinden çok düşük gösterildiğinde bedelde muvazaa iddiasının önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülemeyeceği kabul edildiğinden; önalım olayını meydana getiren satım sözleşmesinin tarafları bu kez gabin iddiasında bulunmaya yönelmektedirler²⁰³.

²⁰¹ ŞIPKA, Kanuni Önalım, s. 65. Aynı yönde ÖZENLİ, s. 57–59. Karş. YILDIZ, s. 19.

²⁰² ASLAN, Çiğdem M.: Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2006, s. 26. Ayrıca bk. EREN, s. 377; OĞUZMAN/ÖZ, s. 113 vd, TUNÇOMAĞ, Borçlar Genel, s. 380 vd.

²⁰³ ŞIPKA, Kanuni Önalım, s. 68.

Hata, hile ve ikrahtan farklı olarak burada geçerli olarak kurulmuş bir sözleşme vardır. Ancak gabine maruz kalan, sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren bir yıl içinde iptal hakkını kullanabilir. Sözleşme iptal edildiğinde geçmişe etkili olarak hükümsüz hale gelmektedir.

Önalım yükümlüsü, önalım hakkının kullanıldığını görünce bu hakkı bertaraf etmek için satım yaptığı alıcı ile anlaşarak kendisi aleyhine bir gabin davası açtırabilir. Bu şekilde önalım hakkı kullanıldıktan sonra ileri sürülen gabin iddiası, hakkın kötüye kullanılması sayılmaktadır²⁰⁴. Buna karşılık gabin iddiası gerçek ise önalım hakkı kullanılamayacaktır²⁰⁵.

D. Önalım Olayı Olarak Kabul Edilen Diğer Hukuki İşlemler

Önalım hakkının kullanılabilmesi için önalım olayının gerçekleşmesi gerektiğini, bunun kural olarak bir satım sözleşmesi olduğunu yukarıda belirttik. Bununla birlikte ekonomik açıdan satım sözleşmesine eşdeğer görülen bazı hukuki işlemler de önalım olayı olarak kabul edilmektedir²⁰⁶.

İsviçre Borçlar Kanununda ekonomik açıdan satım sözleşmesi ile aynı sonuçları doğuran hukuki işlemlerin yapılması halinde önalım hakkının kullanılabilmesi açıkça belirtilmektedir (OR Art. 216c)²⁰⁷. Türk Hukukunda ise yürürlükteki Borçlar Kanununda bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 239. maddesinde ekonomik bakımından satıma eşdeğer her türlü işlemde önalım hakkının

²⁰⁴ **FEYZİOĞLU**, Şufa, s. 191; **ŞIPKA**, Kanuni Önalım, s. 68. Yargıtay, önalım hakkı sahibinin, ayrı bir mahkemede açılmış olan gabin davası sonucu alınan iptal ilamını önalım davasında, (kendisi sözleşmeye taraf olmadığından) ileri süremeyeceği sonucuna varmıştır (Yarg. 1. HD, 17.4.1956 T. 1956/2761 E. 2422 K.). Bu karar ve eleştirisi için bk. **ÇERNİS**, Volf: Şufa Hakkını Akim Bırakmaya Matuf Bir Teşebbüs Olarak Gabin Davası, AD, Ankara 1956, S. 7, s. 720–724. Yazar, halefiyet görüşünü benimseyerek, önalım hakkı sahibinin satıcı yerine geçtiğini ve bu nedenle de önalım davasında, gabine ilişkin ilamın iptalini isteyebileceğini belirtmektedir.

²⁰⁵ **FEYZİOĞLU**, Şufa, 191. Karş. **ŞIPKA**, Kanuni Önalım, s. 69.

²⁰⁶ **KIRCA**, s. 1184.

²⁰⁷ **KIRCA**, s. 1184.

kullanılabileceği düzenlenmektedir²⁰⁸. Bu düzenlemeler sözleşmeden doğan önalım hakkına ilişkin olsa da, bu tür hukuki işlemlerin koşulları varsa yasal önalım hakkı için de önalım olayı olarak kabul edileceğini düşünüyoruz.

Önalım hakkının kullanılması olanağı açısından satım sözleşmesine eşdeğer görülen hukuki işlemlere ihtiyari arttırma, alım ve gerialım haklarının kullanılmasıyla doğan satım ilişkisi, taşınmazın ifa yerine edim veya ifa uğruna edim olarak devredilmesi örnek gösterilmektedir²⁰⁹.

1. İhtiyari Arttırma

Arttırma ile satım, önceden tespit edilen zaman ve yerde, önceden tayin edilen şartlara göre hazırlar arasında, birbirini izleyen tekliflerle oluşan fiyatla, en yüksek teklifte bulunan kimse ile yapılan satımdır. Arttırma ile satımın cebri arttırma, ihtiyari açık arttırma ve ihtiyari özel arttırma olmak üzere üç çeşidi

²⁰⁸ Borçlar Kanunu Tasarısının 239. maddesinin gerekçesinde, bir gayrimenkul yatırım ortaklığına ait hisselerin bütünüyle devrinin ekonomik açıdan satıma eşdeğer bir işlem sayılabileceği; buna karşılık bir taşınmazın anonim veya limited şirkete aynı sermaye olarak konulmasında önalım hakkının kullanılamayacağı belirtilmektedir (Tasarı için bk. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0499.pdf>, çevrimiçi, 29.3.2010).

²⁰⁹ **FEYZİOĞLU**, Tasarruflar, s. 255. Taşınmaz üzerinde üst hakkı kurulmasının önalım hakkının kullanılmasına imkan verip vermediğini inceleyen GÜRZUMAR, üst hakkı kurulması ile taşınmazın devri işlemlerinin özdeş işlemler olmadığını, burada dikkat edilecek noktanın taşınmaz devri ile üst hakkı kurulması işleminin hukuki anlamda değil, yalnız ekonomik sonuçları açısından ortak bir zemine sahip olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğini ve bunun sözleşmenin yorumu meselesi olduğunu belirtmektedir. Yazar, üst hakkı sözleşmesinin kural olarak taşınmazın devrine yönelik bir sözleşme olarak kabul edilemeyeceğini, fakat somut sözleşmenin yorumuyla üst hakkı sözleşmesinin ekonomik açıdan mülkiyet devri işlemine çok yakın sonuçlar doğurduğunun tespit edilmesi halinde, bunun karşı hile sayılacağını, bunun tipik örneğinin önalım hakkının üst hakkı sözleşmesiyle etkisizleştirilmesi olduğunu ifade etmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi, önalım hakkının kullanılmasının engellemek için, satım yerine ekonomik açıdan neredeyse onunla aynı sonuçları doğuracak bir tarzda üst hakkı sözleşmesi yapılmasını kanuna karşı hile olarak değerlendirerek önalım hakkının kullanılmasının mümkün olduğuna karar vermiştir (BGE II 484/485). GÜRZUMAR, İsviçre Borçlar Kanununa 1991 yılında eklenen Art. 216/c hükmünde ekonomik açıdan satım sözleşmesi ile aynı sonuçları doğuran hukuki işlemlerin yapılması halinde önalım hakkının kullanılabileceği açıkça ifade edildiğinden, İsviçre hukukunda kanuna karşı hile değerlendirilmesine gerek kalmadan önalım hakkının kullanılabileceğini belirtmektedir (**GÜRZUMAR**, Osman B: Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı, İstanbul 2001, s. 77–79). Önalım olayının taşınmaz mülkiyetinin devrini sağlayabilecek nitelikte bir kazandırıcı işlem olması gerektiği, üst hakkının mülkiyetin devrini sağlamadığı ve bu nedenle önalım olayı olarak kabul edilemeyeceği yönünde bk. **ŞIPKA**, Kanuni Önalım, s. 44.

vardır. İhtiyarı açık arttırmaya herkes katılabilir; ihtiyari özel arttırmaya belirli bazı kişiler katılabilir²¹⁰.

Medeni Kanunda cebri arttırma ile yapılan satımlarda önalım hakkının kullanılamayacağı düzenlenmektedir (MK m. 733). Aksine hüküm bulunmayan ihtiyari arttırma ile satımlarda önalım hakkının kullanılabilceği kabul edilmektedir²¹¹.

İhtiyari açık arttırmalarda sözleşme, ihalenin yapılması ile kurulur (BK m. 225/2). Bu tür arttırmalarda mülkiyetin kazanılması, arttırmanın konusuna göre farklılık göstermektedir. İhale edilen mal taşınır ise mülkiyet ihale anında alıcıya geçmektedir (BK m. 231). Buna karşılık arttırmanın konusu taşınmaz ise mülkiyet tapu kütüğüne yapılan tescil ile alıcıya geçmektedir (BK m. 231). İhtiyari açık arttırmalarda, sözleşme ihalenin yapılmasıyla kurulduğundan önalım hakkı da ihaleden sonra kullanılabilir²¹².

İhtiyari özel arttırmalarda sözleşmenin ne zaman kurulmuş sayılacağına ilişkin Kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Feyzioğlu, ihtiyari özel arttırmalarda ihale edilen mal taşınmaz ise ihalenin sözleşmenin kurulmasını sağlamadığını belirtmektedir. Yazar, ihtiyari özel arttırmalardaki özelliğin aleniyetin sağladığı güveni bertaraf ettiğini ifade ederek, önalım olayının resmi senedin düzenlenmesi ile gerçekleşeceğini kabul etmektedir²¹³.

2. Alım ve Geri Alım Haklarının Kullanılması ile Doğan Satım İlişkisi

Alım ve gerialım hakkına ilişkin Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda ayrıntılı bir düzenleme yer almamaktadır. Borçlar Kanununda alım ve geri alım hakkı tanıyan sözleşmelerin resmi şekilde yapılacağı düzenlenmektedir (BK m. 213). Medeni Kanunda tapu kütüğüne şerh edilmiş alım ve geri alım hakkının şerhte belirtilen sürede her malike karşı ileri sürülebileceği

²¹⁰ YAVUZ, Borçlar, s. 127.

²¹¹ FEYZİOĞLU, Tasarruflar s. 242; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 616; ÖZENLİ, s. 99; ŞIPKA, Kanuni Önalım, s. 81; YILDIZ, s. 28.

²¹² FEYZİOĞLU, Şufa, s. 239; ŞIPKA, Kanuni Önalım, s. 81.

²¹³ FEYZİOĞLU, Şufa, s. 239.

belirtilmektedir. Bu haklara ilişkin ayrıntılı hükümler bulunmaması nedeniyle, hukuki nitelikleri hakkında icap, satış vaadi, şartlı satış görüşleri ileri sürülmüştür. Ancak baskın görüşe göre, bu haklar yenilik doğuran hak niteliğindedir²¹⁴.

Alım ve geri alım hakkının kullanılmasıyla doğan satım ilişkisi, önalım hakkının kullanılmasına imkan verir. Alım hakkı, hak sahibine tek taraflı beyanla bir taşınmazın alıcısı olabilme yetkisi veren yenilik doğuran bir haktır (MK m. 736; BK m. 213). Malikin bir kişiye alım hakkı tanımak üzere yaptığı sözleşmeye alım sözleşmesi denir. Alım hakkı kullanılınca muhatap ile alım hakkı sahibi arasında alım sözleşmesindeki hükümlere göre bir satım ilişkisi doğar. Muhatap, taşınmaz mülkiyetini alım hakkı sahibine devir, alım hakkı sahibi de alım sözleşmesinde kararlaştırılan bedeli ödeme borcu altına girer²¹⁵.

Geri alım hakkı, taşınmazını başkasına devretmiş olan kimseye, tek taraflı irade beyanıyla o taşınmazı geri alabilme yetkisi veren yenilik doğuran bir haktır. Bu hakkı kuran sözleşmeye geri alım sözleşmesi denir. Geri alım hakkı kullanılınca hak sahibi ile muhatap arasında geri alım sözleşmesindeki hükümlere göre bir satım ilişkisi doğar. Muhatap taşınmazın mülkiyetini geri alım hakkı sahibine devretme, geri alım hakkı sahibi de geri alım sözleşmesinde kararlaştırılan bedeli ödeme borcu altına girer²¹⁶.

Alım ve geri alım haklarının kullanılmasıyla hak sahibi ile muhatap arasında yeni bir satım ilişkisi meydana gelmektedir ve bu satım ilişkisi de önalım olayı olarak kabul edilmektedir²¹⁷. Ancak önalım olayının meydana geldiği an bakımından alım ve geri alım hakkı ayrı ayrı incelenmelidir.

²¹⁴ **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, s. 370; **SEBÜK**, s. 30-37; **YAVUZ**, Borçlar, s. 107-110.

²¹⁵ **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, s. 370; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 432-435.

²¹⁶ **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, s. 370; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 435-436; **NOMER**, Vefa, s. 3.

²¹⁷ **TEKİNAY**, Takyitler, s. 22; **ŞİPKA**, Kanuni Önalım, s. 84.

Alım sözleşmesinin yapılması veya tapuya şerh edilmesi ile satım ilişkisi kurulmadığından önalım olayı da gerçekleşmeyecektir. Satım ilişkisi, alım hakkının kullanılması ile kurulmaktadır. Önalım hakkı da alım hakkının kullanılmasından sonra kullanılabilir²¹⁸.

Geri alım hakkında, geri alım sözleşmesinin yapılmasıyla satım ilişkisi kurulmaktadır. Geri alım hakkı şerhiyle yapılan satım aynı zamanda önalım olayını da oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu satımla birlikte önalım hakkının da kullanılabilirliği kabul edilmektedir²¹⁹.

Feyzioğlu, geri alım koşullu satımlarda tam ve geçerli bir satım gerçekleşmediğinden önalım hakkının kullanılmayacağını; önalım hakkının ancak, geri alım hakkının süresi içinde kullanılmaması halinde veya (geri alım hakkına ilişkin) şerh süresinin geçmesinden sonra kullanılabilirliğini belirtmektedir²²⁰.

3. Taşınmazın İfa Yerine Edim veya İfa Uğruna Edim Olarak Devredilmesi

Hak konusunun ifa yerine edim veya ifa uğruna edim olarak devrinin önalım olayını meydana getirdiği kabul edilmektedir²²¹.

İfa yerine edim, ifa sırasında tarafların anlaşarak borçlanılan edimden başka bir şeyle borcun ifasını kararlaştırmalarıdır²²². Örneğin para yerine pul veya jeton vermek ifa yerine edimin tipik örnekleridir²²³. İfa uğruna edimde ise borçlu, borcun ifasını sağlamak için alacaklıya bir edimde bulunur ve alacaklı

²¹⁸ FEYZİOĞLU, Şufa, s. 120; SEBÜK, s.147; ŞIPKA, Kanuni Önalım, s. 84; TEKİNAY, Takyitler, s. 23.

²¹⁹ ŞIPKA, Kanuni Önalım, s. 85; TEKİNAY, Takyitler, s. 23, dn. 15a.

²²⁰ FEYZİOĞLU, Şufa, s. 119–124. Bu görüşün eleştirisi için bk. ŞIPKA, Kanuni Önalım, 85–87.

²²¹ TEKİNAY, Takyitler, s. 22; YÜCEL s. 65.

²²² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. III, İstanbul 2006, s. 92; OĞUZMAN/ÖZ, s. 217; REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2004, s. 249 (REİSOĞLU, Borçlar Genel olarak anılacaktır); TUNÇOMAĞ, Borçlar Genel, s. 718.

²²³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 93.

da bu edimi paraya çevirmek suretiyle alacağını elde eder²²⁴. Örneğin para yerine bono ya da çek verilmesi ifa uğruna edimdir²²⁵.

İfa yerine edimde borçlu edimden başka bir şeyi önerir ve alacaklı da bunu kabul ederse, ifa gerçekleşmiş olur ve borç sona erer. İfa uğruna edimde ise borç, ifa olarak verilen şey paraya çevrilip bundan elde edilen miktar alacağı karşıladığı oranda sona erer²²⁶. Örneğin; taşınmaz maliki ile üçüncü kişinin, malikin üçüncü kişiye olan para borcunu ödemek için önalım hakkına konu taşınmazın devrini kararlaştırmaları, ifa yerine edim veya uğruna edim olarak kabul edilebilir²²⁷. Bunlardan hangisinin amaçlandığı tarafların anlaşmasına göre belirlenir. Ancak tarafların ifa yerine edim mi yoksa ifa uğruna edim mi kararlaştırdıklarını kesin olarak saptayabilme olanağı yoksa ifa uğruna edimin varlığı kabul edilmektedir²²⁸.

E. Önalım Olayı Olarak Kabul Edilmeyen Hukuki İşlemler

Önalım hakkının kullanılabilmesi için gerçekleşmesi gereken önalım olayının bir satım sözleşmesi olduğuna; fakat, ihtiyari arttırmalarda, alım ve geri alım hakkının kullanılması ile doğan satım ilişkilerinde ve taşınmazın ifa yerine veya ifa uğruna edim olarak devredilmesi durumunda da önalım hakkının kullanılabilmesine yukarıda değindik.

Çalışmamızın bu bölümünde önalım olayı olarak kabul edilmeyen bazı hukuki işlemler incelenecektir. Aşağıda uygulamada sık karşılanan işlemlerden bağışlama; Medeni Kanunda önalım hakkının kullanılamayacağı düzenlenen cebri arttırma; Kat Mülkiyeti Kanununda özel bir düzenleme yer alan bağımsız bölümlerin ve kat irtifakının satımı; satım sözleşmesine benzerliği nedeniyle trampa ve taşınmaz satış vaadi; ülkemizde çokluğu

²²⁴ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, s. 95; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 217–218; **REİSOĞLU**, Borçlar Genel, s. 250; **TUNÇOMAĞ**, Borçlar Genel, s. 719.

²²⁵ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, s. 95.

²²⁶ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, s. 96; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 218–219; **REİSOĞLU**, Borçlar Genel, s. 250; **TUNÇOMAĞ**, Borçlar Genel, s. 719–720.

²²⁷ **TEKİNAY**, Takyitler, s. 22.

²²⁸ İfa edilecek borcun para borcu dışında bir borç olması halinde asıl olarak ifa yerine edimin varlığını kabul etmenin doğru olacağı yönünde bk. **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 219.

nedeniyle tapusuz taşınmazların satımı ve son olarak da genel bir hukuk kuralı olmasından dolayı dürüstlük kuralına aykırı işlemler inceleme konusu yapılmıştır. Ancak önalım hakkının kullanılmasının mümkün olmadığı hukuki işlemler bunlarla sınırlı değildir. Taşınmazın bir ortaklığa sermaye olarak konulmasında²²⁹, ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile mülkiyetinin geçirilmesinde²³⁰, kamulaştırma²³¹ gibi işlemlerde de önalım hakkının kullanılamayacağı kabul edilmektedir. Ancak tüm bu hukuki işlemlere yer vermek çalışmamızın sınırlarını aşacaktır. Bu nedenle ilgili kaynaklara atıf yapmakla yetiniyoruz.

1. Bağışlama

Bağışlama, bağışlayanın kendi malvarlığından bağışlanana zenginleştirmek için bağışlama sebebiyle yaptığı sözleşme niteliği taşıyan sağlararası denk bir ivaz içermeyen kazandırıcı bir işlemdir (BK m. 234 vd)²³².

Önalım hakkının kullanılabilmesi için önalım olayının bir ivaz içermesi gerekmektedir. Bağışlama ise denk ivaz içermeyen bir işlem olduğundan önalım olayını gerçekleştirilmemektedir. Bu nedenle bağışlamalarda önalım hakkı kullanılamaz²³³.

Bir malın gerçek değerinden çok aşağı bir fiyatla satıldığı karma bağışlamalarda durum tartışmalıdır. Bu tip işlemlerde mukabil bir ivaz kararlaştırılmış olmasına rağmen, işlemin bağışlama niteliği ağır basmaktadır. Karşı edimin, bağışlanan malın gerçek değerinden az veya yüksek olmasına göre bir ayrıma gidilmektedir. Buna göre karşı edim, bağışlanan malın değerinden önemli derecede yüksek ise bu işlemin satım

²²⁹ **AYAN**, Mülkiyet, s. 245; **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, s. 379; **FEYZİOĞLU**, Tasarruflar, s. 256; **TANDOĞAN**, s. 286.

²³⁰ **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, s. 379; **GÜRSOY/EREN/CANSEL**, 616.

²³¹ **GÜRSOY/EREN/CANSEL**, s. 616.

²³² Ayrıntılı bilgi için bk. **FEYZİOĞLU**, Şufa, s. 256; **TANDOĞAN**, s. 341; **YAVUZ**, Borçlar, s. 137.

²³³ **FEYZİOĞLU**, Şufa, s. 260–272; **GÜRSOY/EREN/CANSEL**, s. 616; **TEKİNAY**, Takyitler, s. 25, dn. 26; **TUNABOYLU**, s. 557–558; **VELİDEDEOĞLU/ESMER**, s. 424.

niteliğinin ağır bastığı ve bu tür işlemlerde önalım hakkının kullanılabilceği; buna karşılık, karşı edimin bağışlanan malın değerinden az olması durumunda işlemin bağışlama niteliğinin ağır bastığı ve bu durumda önalım hakkının kullanılmayacağı kabul edilmektedir²³⁴.

Şipka, üçüncü kişinin kişisel özellikleri nedeniyle gerçek değer altında işlem yapılmakta ise önalım hakkının kullanılmasının hakkaniyete aykırı olacağını ifade etmektedir²³⁵. Yazar, yapılan sözleşmenin içeriği negotium mixtum cum donatione²³⁶ kuralına uygun yorumlanabiliyorsa, diğer bir deyişle satıcı paydaş için alıcının kimliği fazla önem taşıyorsa, buradaki kazandırmanın üçüncü kişinin kişisel özelliğine bağlı olmadığını ve önalım hakkı sahibinin de yerine getirebileceği bir ivazın söz konusu olduğunu belirterek önalım hakkının kullanılabilceğini kabul etmektedir²³⁷.

2. Cebri Arttırma

Medeni Kanununda cebri arttırma ile satımlarda önalım hakkının kullanılmayacağı düzenlenmiştir (MK m. 733)²³⁸. Bu düzenleme eski Medeni Kanunda yoktu. Ancak 29.11.1939 tarihli ve 57/17 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararından sonra cebri icra yoluyla yapılan satımlarda önalım hakkının kullanılmayacağı kabul edilmişti²³⁹.

Cebri arttırma, satım konusu şey üzerinde tasarrufa yetkili kişinin rızasına bakılmaksızın resmi makamlar tarafından yapılan satımdır. Cebri icra arttırmalarında önalım hakkının kullanılmamasının gerekçesi; bu işlemin malikin serbest iradesine dayanan gerçek bir satım değil, kamu gücüne

²³⁴ FEYZİOĞLU, Şufa s. 257–258.

²³⁵ ŞIPKA, Kanuni Önalım, s. 89.

²³⁶ Bağışlama ile birlikte başka bir sonucun da doğmasının kabul edildiği durumda, doğan işlem, bk. UMUR, Ziya: Roma Hukuku Lugati, İstanbul 1983, s. 140.

²³⁷ ŞIPKA, Kanuni Önalım, s. 89.

²³⁸ SUNGURBEY, cebri icranın bir kamu hukuku işlemi olduğunu ve bu nedenle cebri arttırma satımı ifadesinin kullanılmaması gerektiğini belirtmektedir (SUNGURBEY, İsmet: Medeni Hukukun Temel Sorunları, Ankara 2003, s. 205 [SUNGURBEY, Medeni Hukuk olarak anılacaktır]).

²³⁹ RG 11.5.1940, S. 4506.

dayanan bir işlem olmasıdır²⁴⁰. Cebri arttırmalarda ne yasal önalım ne sözleşmeden doğan önalım hakkı kullanılabilir (MK m. 733).

İsviçre Medeni Kanununda, sözleşmeden doğan önalım hakkından farklı olarak yasal önalım hakkının cebri icra yoluyla yapılan arttırmalarda kullanılabileceği kabul edilmektedir (ZGB Art. 681/I). Bunun gerekçesi, paydaşlar arasında paylı mülkiyet birliğine cebri icra yoluyla istenmeyen üçüncü bir kişinin girmesinden rahatsız olmalarını gerektirecek sıkı bir bağlılık bulunabileceğidir²⁴¹. Bu gibi durumlarda yasal önalım hakkının kullanılabileceğini kabul etmek aktarılan sakıncayı ortadan kaldıracaktır. Bu nedenle İsviçre'deki düzenlemeye benzer bir hükmün Medeni Kanunumuza da eklenmesi faydalı olacaktır.

İsviçre hukukunda yasal önalım hakkından farklı olarak sözleşmeden doğan önalım hakkının cebri arttırmalarda kullanılamayacağı kabul edilmektedir (OR Art. 216c).

3. Tapusuz Taşınmazların Satımı

Tapusuz taşınmazların satımının önalım olayı olarak kabul edilebilmesi için bunların geçerli bir taşınmaz satım sözleşmesine konu olabilmeleri gerekir. Taşınmaz satımı sözleşmesi ise resmi şekle tabidir (MK m. 706, BK m. 213, TK m. 26). Tapusuz taşınmazların satımı resmi şekilde yapılamayacaktır. Uygulamada tapusuz taşınmazların satımı haricen satım olarak adlandırılmaktadır²⁴². Haricen satımın geçerli olup olmayacağı

²⁴⁰ **KIRCA**, s. 1184; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 438; **TUNABOYLU**, s. 576. Cebri icra ihalesi bir satım sözleşmesi olarak kabul edilirse burada önalım hakkının kullanılıp kullanılamayacağı ve cebri icra ihalesinin hukuki niteliği hakkındaki görüşlere ilişkin özet bilgi için bk. **SANCAR**, Mithat: Cebri Arttırma Yoluyla Satımlarda Önalım Hakkına İlişkin Bir Yargıtay Kararı, Yargıtay Dergisi 1987, C. 13, S. 1-2, s. 72-87.

²⁴¹ **KIRCA**, s. 1187; **SUNGURBEY**, Medeni Hukuk, s. 205; **ŞIPKA**, Kanuni Önalım, s. 102-103.

²⁴² **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 327; **TANDOĞAN**, s. 259; **YAVUZ**, Cevdet: Tapusuz Gayrimenkullerin Devren Kazanılması, Ümit Y. Doğanay'a Armağan, C.1, İstanbul 1982, s. 386 (**YAVUZ**, Tapusuz Gayrimenkuller olarak anılacaktır).

tartışmalıdır²⁴³. Konu hakkında çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Aşağıda kısaca bu görüşlere değineceğiz ve ardından haricen satımın önalım olayı olarak kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin görüşümüze yer vereceğiz.

Bir görüşe göre, tapusuz taşınmazlara ilişkin satım sözleşmesi resmi şekle uyulmaksızın geçerli biçimde yapılabilir. Haricen satım zilyetliğin devrine ilişkin olup herhangi bir şekle tabi değildir²⁴⁴. Yargıtay da 9.10.1946 tarihli ve 6/12 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, taraflar tapusuz taşınmazı satım sözleşmesine konu yapmış olsalar da devre konu durumun zilyetlik olduğuna, tarafların zilyetliğin devrini borçlandıklarına karar vermiştir²⁴⁵. Bu kararda zilyetliğin bedel karşılığında devrinin taşınır satımı hükümlerine tabi olduğuna dair bir açıklık yoktur. Ancak Yargıtay'ın sonraki bazı kararlarında tapusuz taşınmazların taşınır satımı hükümlerine tabi olduğu belirtilmiştir²⁴⁶.

Diğer bir görüşe göre, haricen satım resmi şekle uyulmadığı için geçersizdir. Bu sözleşme zilyetliğin devrine yönelik bir sözleşme olarak kabul

²⁴³ Tapusuz taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkı bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre tapusuz taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkı yoktur. **ARTUS**, Amil: Zilyedlik, İBD 1943, s. 337; **GÜRAL (AKİPEK)**, Jale: Türk Hukukunda Tapuda Kayıtlı Olmayan Gayrimenkullerin Hukuki Rejimi ve MK m. 639/I, AHFD, 1952, S. 3-4, s. 90; **POSTACIOĞLU**, İlhan E.: Gayrimenkullerin Ferağına Müteallik Akitlerde Şekle Riayet Mecburiyeti, İstanbul 1945, s. 80-81 (**TANDOĞAN**, s. 258, dn. 85'den naklen); **FEYZİOĞLU**, Şufa, s. 280. Diğer bir görüşe göre tapusuz taşınmazlar, üzerinde mülkiyet hakkı doğmuş bulunanlar ve bulunmayanlar olmak üzere ayrıma tutulur. Bu görüşte olan yazarların hepsinin birleştiği nokta, tapusuz taşınmazlar üzerinde eski hukuktan intikal eden bir mülkiyet hakkının bulunabileceğidir (**GÜRSOY/EREN/CANSEL**, s. 492; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Satış Vaadi, s. 54; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 326; **OKTAY**, Saibe: Türk Hukukunda Tapuda Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Zamanlaşımı ile Kazanılması, İstanbul 1990, s. 3-7; **SUNGURBEY**, İsmet Gülümser: İsviçre-Türk Hukukuna Göre İktisabi Müruru Zaman, İstanbul 1956, s. 81, dn. 328 [**SUNGURBEY**, Müruru Zaman olarak anılacaktır]). Ayrıntılı bilgi için bk. **TANDOĞAN**, s. 258-259; **YAVUZ**, Tapusuz Gayrimenkuller, s. 387-403.

²⁴⁴ **AKİPEK**, Jale, Türk Eşya Hukuku, Mülkiyet, Ankara 1971, s. 117 (**YAVUZ**, Tapusuz Gayrimenkuller, s. 407-408'den naklen); **POSTACIOĞLU**, İlhan E.: Gayrimenkullerin Ferağına Müteallik Akitlerde Şekle Riayet Mecburiyeti, İstanbul 1945, s. 81-82 (**YAVUZ**, Tapusuz Gayrimenkuller, s. 407-408'den naklen); **FEYZİOĞLU**, Şufa, s. 280. Ayrıca bk. **GÜRSOY/EREN/CANSEL**, s. 492-496; **TANDOĞAN**, s. 260-261.

²⁴⁵ RG 20.6.1947, S. 6637. Kararın eleştirisi için bk. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 329.

²⁴⁶ "...Tapusuz gayrimenkule ilişkin bir satış akdi, gerçekte zilyetliğin devrine ilişkin bir rizai akit olup, muteberliği herhangi bir şekle bağlı değildir. Bu bakımdan davaya esas akdin konusunun tapusuz gayrimenkul olması halinde, ifa davası, yani gayrimenkulün davacıya teslimi davası açılabilir..." (YHGK, 11.3.1964 T., 5/3-184; **YAVUZ**, Tapusuz Gayrimenkuller, s. 409). "...Tapusuz gayrimenkuller menkul mal niteliğinde olup zilyetliğin devrine ilişkin sözleşme menkul satımı olarak kabul edilmek gerekir..." (YHGK 10.2.1960 T., 4-6/188; **YAVUZ**, Tapusuz Gayrimenkuller, s. 409). Ayrıca bk. **TANDOĞAN**, s. 260-261.

edilemez²⁴⁷. Yargıtay, 22.11.1944 tarihli ve 27/32 sayılı içtihadı birleştirme kararında “tapusuz gayrimenkulün zilyedi tarafından haricen satışı ve alıcıya teslimi kanunen hükümsüz olduğundan, satıcının mezkur gayrimenkulü geri almaya yetkili olduğunu” kabul etmiştir²⁴⁸.

Konuyla ilgili diğer bir görüş, haricen satımın geçerliliğini tapusuz taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı bulunup bulunmamasına göre değerlendirmektedir. Buna göre tapusuz taşınmaza zilyet bulunan kimse, malik durumunda ise tapusuz taşınmaz ancak resmi şekilde satılabilir (MK m. 706, BK m. 213). Resmi şekle uyulmadan yapılan satım hükümsüz olup, zilyetliğin devri vaadi olarak geçerli sayılamaz. Çünkü malikin, malik sıfatıyla sahip olduğu zilyetliği devretmeyi vaad etmesi mülkiyet hakkını devretmeyi vaad etmesi demektir. Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmeler ise resmi şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz. Hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmemek şartıyla malik, mülkiyet hakkına dayanarak taşınmazı geri alabilir²⁴⁹.

Buna karşılık tapusuz taşınmaz üzerinde zilyetlik söz konusu ise zilyedin, zilyetliğini devretmesi bir şekle tabi olmadığı gibi böyle bir devir borcu doğuran sözleşme de şekle tabi değildir. Vaadin geçerli sonuç doğurabilmesi için tapusuz taşınmazın teslim edilmiş olması da gerekmez. Görüşe göre, Yargıtay’ın 9.10.1946 tarihli ve 6/12 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının vardığı sonuç, sadece üzerinde zilyetlik bulunan tapusuz taşınmazın devrinde kabul edilmelidir²⁵⁰.

²⁴⁷ REİSOĞLU, Safa: La Prescription Extraordinaire el le Transfert des Immeubles non Immatricules en Droit Suisse et en Droit Tire, Lausanne 1956, s. 97–112 (YAVUZ, Tapusuz Gayrimenkuller, s. 409-410’dan naklen); TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Eşya Hukuku, İstanbul 1978, s. 470–473 (YAVUZ, Tapusuz Gayrimenkuller, s. 409-410’dan naklen). Ayrıca bk. TANDOĞAN, s. 259–260.

²⁴⁸ RG 14.3.1945, S. 5955.

²⁴⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 330.

²⁵⁰ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 328–330; SUNGURBEY, Müruru Zaman, s. 80, 83, dn. 335–336; Ayrıca bk. TANDOĞAN, s. 261–263; YAVUZ, Tapusuz Gayrimenkuller, s. 410–411. YAVUZ, bu görüşün Medeni Kanun hükümleri ile ahenk içinde olduğunu fakat toplumun iktisadi ihtiyaçlarına uygun olmadığını; Medeni Kanun hükümleri dışında ve tapu sicilinde gözükmeksizin doğan mülkiyet haklarının, zilyetliğe eşit bir durum olarak kabul edilerek devre konu yapılabilmeleri gerektiğini ifade etmektedir (YAVUZ, Tapusuz Gayrimenkuller, s. 412).

Haricen satımın geçersiz olduğunu savunan görüş tapusuz taşınmazların devrine ilişkin bir çözüm getirmemektedir. Tapusuz taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı bulunup bulunmamasına göre ayırım yapan görüş Medeni Kanun hükümlerine uygundur. Ancak tapusuz taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı olması durumunda bunların ancak resmi şekilde yapılacak bir sözleşme ile devredilebileceğini savunmak, aynı zamanda bunların devredilemeyeceği anlamına gelmektedir. Çünkü tapusuz taşınmazlar tapu kütüğüne kaydedilmedikçe, bunların devrine ilişkin sözleşmede resmi şekil şartı yerine getirilemeyecektir. Bunun sonucu olarak malik karşısında zilyede daha geniş yetkiler verilmektedir. Malik, tapusuz taşınmazını geçerli bir satım sözleşmesine konu yapamamasına karşılık; zilyed (zilyetliğin devri vaadi olarak geçerli kabul edilen) tapusuz taşınmazın zilyetliğini satabilecektir. Bize göre, malikin, tapusuz taşınmazın satımına ilişkin sözleşme yapması gerçek iradesinin satım yönünde olduğunu göstermektedir. Bu nedenle malikin yaptığı haricen satım, zilyetliğin devri sözleşmesi olarak geçerli kabul etmek gerekir.

Haricen satımın önalım olayı kabul edilip edilemeyeceği sorununa dönecek olursak, yukarıda savunduğumuz görüş kabul edildiğinde haricen satımın önalım olayı olarak kabul edilmesi gerekecektir. Ancak yasal önalım hakkında, paylı mülkiyet ilişkisini gösteren ve dolayısıyla aleniyeti sağlayan tapu kütüğündeki kaydın eksikliği nedeniyle tapu kütüğünün üçüncü kişileri koruyucu etkisi söz konusu olmayacaktır²⁵¹.

Öğreti ve uygulamada tapusuz taşınmazların satımında yasal önalım hakkının kullanılamayacağı kabul edilmektedir²⁵². Tapusuz taşınmazların satımında, aleniyeti sağlayan tapu kütüğündeki kaydın eksikliği nedeniyle, önalım hakkı kullanılamamalıdır.

²⁵¹ FEYZİOĞLU, Şufa, s. 281. Aynı yönde ŞIPKA, Kanuni Önalım, s. 96.

²⁵² FEYZİOĞLU, Şufa Hakkının Kullanılması, s. 573; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.577; OLGAÇ, s. 72; ÖZENLİ, s. 73; ŞIPKA, Kanuni Önalım, s. 96; TEKİNAY, Takyitler, s. 46; TUNABOYLU, s. 568; YILDIZ, s. 49–50. Yasal önalım hakkı, tapuda kayıtlı ve paylı mülkiyete tabi taşınmazlardaki payın üçüncü şahsa satılması halinde kullanılabilir. Medeni Kanunun 732. maddesi hükmü uyarınca, yasal önalım hakkının varlığı için taşınmazın satış anında tapuda kayıtlı olması zorunludur. Bu yönde bk. Yarg. 6. HD, 28.3.1985 T. 2190/9003; Yarg. 6. HD, 20.12.1963 T. 3009/5326 (Kararlar için bk. TUNABOYLU, s. 568).

Feyzioğlu farklı gerekçelerle aynı sonuca varmaktadır. Yazar'a göre, tapusuz taşınmazlarda mülkiyet hakkı bulunmamaktadır. Bu nedenle, bunlar üzerinde paylı mülkiyet ilişkisinin ve dolayısıyla yasal nalım hakkının bulunması mümkün değildir. Yazar, tapusuz taşınmazların satımının, adı satım olsa da gerçekte zilyetliğin devri taahhüdü olduğunu, bunun ise nalım olayı olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir²⁵³. Yazar, tapusuz taşınmazların satımının, sözleşmeden doğan nalım hakkı için nalım olayı olarak kabul edilebileceğini, fakat bu durumda hak şerh yoluyla glendirilmeyeceği için sözleşmeden doğan nalım hakkının nisbi bir hak olarak kalacağını ifade etmektedir²⁵⁴.

4. Trampa

Trampa sözleşmesi, taraflardan birinin, diğer tarafa bir veya birkaç malın teslimi ve mülkiyetini geçirmeyi; diğer tarafın da aynı şekilde başka bir veya birkaç malın teslimi ve mülkiyetini geçirmeyi taahhüt etmesi karşılığında borçlandığı bir sözleşmedir (BK m. 232–233). Bu sözleşmede taraflardan her birinin edimi paradan başka bir řeydir²⁵⁵. Diğer bir ifadeyle trampa sözleşmesi, para dışında bir malın başka bir malla değişimini öngören sözleşmedir.

Önalım hakkı, hak konusu bir malın üçüncü kişiye satılması halinde kullanılabilir. Satım sözleşmesi bir malın para ile değişimi amacıyla yapılmaktadır. Diğer bir deyişle satım sözleşmesinde alıcının borcu bir miktar para vermektir. Bu, satımı trampadan ayıran unsurdur²⁵⁶.

²⁵³ FEYZIOĞLU, şufa, s. 281.

²⁵⁴ şIPKA, Kanuni nalım, s. 96.

²⁵⁵ YAVUZ, Borçlar, s. 133.

²⁵⁶ TANDOĞAN, s. 84; TUNÇOMAĞ, Borçlar zel, s. 28–29.

Bir işlemin önalım olayı olarak kabul edilmesi için malın para ile değişimi gerekmektedir. Trampa ise parasız bir alış verıştır. Bu nedenle trampada önalım hakkının kullanılamayacağı kabul edilmektedir²⁵⁷.

Trampa sözleşmesi, değişimi kararlaştırılan malların değeri arasında yaklaşık bir eşitlik ve dengeyi gerektirir. Değerler arasında eşitlik olmadığı takdirde, fazla değeri karşılamak üzere bir miktar paranın (denklik parasının) ödenmesi kararlaştırılabilir. Bu durumda satım ve trampadan oluşan karma bir sözleşme söz konusudur²⁵⁸. Denklik parası, sözleşmenin konusunu teşkil edecek derecede önemli ise sözleşmenin satım niteliğinin ağır bastığı ve önalım hakkın kullanılabileceği belirtilmektedir²⁵⁹.

5. Kat Mülkiyeti Kütüğüne Kayıtlı Bağımsız Bölümlerin ve Kat İrtifakının Satımı

Kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümlerin, önalım hakkı konusu olup olamayacağı incelenirken kat mülkiyetinin, bağımsız bölümün ve arsa payının tanımını yapmıştı²⁶⁰. Bu nedenle, bu bölümde sadece bağımsız bölümlerin veya kat irtifakının satımının, önalım hakkının kullanılmasına imkan verip vermediği incelenecektir.

Bağımsız bir bölüm üzerinde müstakil mülkiyet hakkına sahip olan her kat maliki, aynı zamanda binanın üzerinde bulunduğu arsa ve ortak yerler üzerinde paylı mülkiyet hakkına sahiptir²⁶¹. Bu nedenle normal şartlar altında paylı mülkiyet ilişkisinin söz konusu olduğu bu taşınmazın paylı mülkiyet (arsa) payının satılması durumunda yasal önalım hakkının kullanılabilmesi gerekirdi. Ancak Medeni Kanun hükümleri Kat Mülkiyeti Kanununda hüküm bulunmayan hallerde uygulanabilir (KMK m. 9). Kat Mülkiyeti Kanununda ise

²⁵⁷ **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, s. 371; **GÜRSOY/EREN/CANSEL**, s. 616; **OLGAÇ**, s. 67; **TUNABOYLU**, s. 557. "...Trampa yolu ile edinilen paya ilişkin olarak önalım hakkı kullanılamayacağından davanın reddi gerekir..." (Yarg. 6. HD, 21.5.2009 T. 2009/4691 E. 2009/4665 K., www.kazanci.com, çevrimiçi, 29.3.2010).

²⁵⁸ **TANDOĞAN**, s.336; **TUNÇOMAĞ**, Borçlar Özel, s. 372–373.

²⁵⁹ **FEYZİOĞLU**, Şufa, s. 246. Ayrıca bk. **ŞIPKA**, Kanuni Önalım, s. 91.

²⁶⁰ Bk. yukarıda Birinci Bölüm IV B 3.

²⁶¹ **GÜRSOY/EREN/CANSEL**, s. 445.

önalım hakkına ilişkin özel bir hüküm yer almaktadır (KMK m. 8). Anılan hükümde kat mülkiyeti kurulmuş bir taşınmazın bağımsız bölümlerinden birinin veya kat irtifakına bağlanmış arsa payının satılması halinde diğer kat maliklerinin veya kat irtifakı hakkı sahiplerinin önalım hakkı bulunmadığı düzenlenmiştir (KMK m. 8/l).

Kat Mülkiyeti Kanununun 8. maddesi, önce sadece bağımsız bölüm satımında önalım hakkını yasaklamışken, 13.4.1983 tarihli ve 2814 sayılı Kanun ile değiştirilerek, kat irtifakına bağlanmış arsa payının satılması halinde de önalım hakkının kullanılamayacağı kanun kuralı haline getirilmiştir²⁶². Kanun değişikliğinden önce doktrinde çoğunluk tarafından Kat Mülkiyeti Kanununda kat irtifakından söz edilmemiş olması nedeniyle kat irtifakına bağlı arsa payının satılması halinde önalım hakkının kullanılabileceği görüşü kabul edilmekteydi²⁶³. Kocayusufpaşaoğlu, bu görüşün Kanunun amacına aykırı olduğunu, buradaki asıl amacın yapının çeşitli bağımsız bölümleri üzerinde ayrı ayrı kimselere mülkiyet hakkı sağlamak olduğunu, bunun ise payların tek bir elde toplanmasını amaçlayan önalım hakkı ile bağdaşmadığını belirterek kat irtifakı bağlanmış arsa payının satılması halinde de önalım hakkının kullanılmaması gerektiğini belirtmiştir.

Kat Mülkiyeti Kanununun anılan hükmü emredici değildir. Bu nedenle bağımsız bölüm malikleri veya irtifakı hakkı sahipleri, kendi aralarında yapacakları bir sözleşme ile bağımsız bölüm satımlarında önalım hakkının kullanılabileceğini kararlaştırabilirler (KMK m. 8/III). Bu durumda, belirli bir kişi

²⁶² **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip: Kat İrtifakında Kanuni Şufa Hakkı Kullanılabilir mi, Reşit Kaynar'a Armağan'dan Ayrı Bası, İstanbul 1981, s.137 (**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Kat İrtifakı olarak anılacaktır).

²⁶³ Bu görüşte olan yazarlar (**OĞUZMAN/SELİÇİ**, Eşya Hukuku, İstanbul 1978, s. 585; **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, Sınırlı Ayni Hakları, İstanbul 1972–1973, s. 151; **ARCAK/ERDOĞAN**, Açıklamaları Kat Mülkiyeti Kanunu ve Uygulaması, Ankara 1976, s. 161; **ESMER**, Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, Ankara 1969, s. 196; **VELİDEDEOĞLU**, Medeni Hukuk, İstanbul 1969, s. 431 [**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Kat İrtifakı, s. 131, dn. 3'den naklen]). Ayrıca bk. **ÖZMEN**, E. Saba: Kat İrtifakı, 1997, a. 211–218; **ŞİPKA**, Kanuni Önalım, s. 104–105.

lehine değil, bağımsız bölüm malikleri lehine kurulmuş sözleşmen doğan önalım hakkı söz konusudur²⁶⁴.

Kat Mülkiyeti Kanununun lafzından kat malikleri ile irtifakı hakkı sahiplerinin bu yönde yapacakları sözleşmenin resmi senet olduğu söylenebilir (KMK m. 2/e)²⁶⁵. Ancak önalım sözleşmesi için yazılı şekli yeterli gören Borçlar Kanununun 213. maddesi hükmü karşısında, konusu kat irtifakı veya bağımsız bölüm olan önalım sözleşmesinin resmi şekilde yapılması gerektiğini söylemek doğru olmayacaktır²⁶⁶. Bu nedenle önalım sözleşmeleri için adi yazılı şekli yeterli gören kuralın (BK m. 213), Kat Mülkiyeti Kanununun genel hükümlere yollama yapan 9. maddesi uyarınca, bu sözleşme için de uygulanabileceğini kabul etmek gerekir²⁶⁷.

Reisoğlu, bu sözleşmenin üçüncü kişilere karşı ileri sürebilmesi için Medeni Kanununun 1009. maddesi kıyasen uygulanarak tapu kütüğüne şerh edilmesi gerektiğini belirtmektedir²⁶⁸. Erel, sözleşmeden doğan önalım hakkının kat mülkiyetinin kurulmasına ilişkin resmi sözleşmede yer alması gerektiği görüşünde olduğundan, resmi sözleşmenin bağımsız bölümü sonradan edinecek kişiler için aleniyeti sağladığını ileri sürmektedir²⁶⁹. Özmen ise yönetim planı ile önalım hakkı tanınabileceğini, bu durumda şerhe gerek olmayacağını, yönetim planı ile getirilen yükümlülüklerin, hukuki işlemle yaratılan eşyaya bağlı borç olarak şerhe konu olmadan tıpkı kat malikleri ve kat irtifakı sahiplerini bağladığı gibi, külli ve cüzi halefleri de bağlayacağını kabul etmektedir (KMK m. 28)²⁷⁰. Bize göre de, yönetim planında önalım hakkı tanınmasına herhangi bir engel yoktur. Taşınmaz

²⁶⁴ **EREL**, s. 239; **ÖZMEN**, s. 214–215. Aynı yönde **SUNGURBEY**, İsmet: Medeni Hukuk Eleştirileri, C. II, İstanbul 1970, s. 122–123 (**REİSOĞLU**, Safa: Uygulamada Kat Mülkiyeti, Ankara 1979, s. 66’dan naklen, **REİSOĞLU**, Kat Mülkiyeti olarak anılacaktır). **REİSOĞLU**, Kat Mülkiyeti Kanununun anılan hükmünün “malikler kat mülkiyetinin kurulmasına ilişkin resmi sözleşme ile bağımsız bölümlerden birinin satılması halinde diğer kat maliklerinin yasal önalım haklarını kullanabileceklerini kabul edebilirler” şeklinde anlaşılması gerektiğini, böyle bir sözleşmenin yasal önalım hakkı olduğunu belirtmektedir (**REİSOĞLU**, Kat Mülkiyeti, s. 65–66).

²⁶⁵ **EREL**, s. 240–241.

²⁶⁶ **ÖZMEN**, s. 215.

²⁶⁷ **ÖZMEN**, s. 215.

²⁶⁸ **REİSOĞLU**, Kat Mülkiyeti, s. 65 vd.

²⁶⁹ **EREL**, s. 240.

²⁷⁰ **ÖZMEN**, s. 217.

üzerinde kat mülkiyeti kurulurken bütün kat maliklerince imzalanarak tapu memurluğuna verilmesi gereken yönetim planı, kat mülkiyeti kütüğünün beyanlar sütununa kaydedilir (KMK m.12/b). Bu nedenle yönetim planının, önalım hakkı için aleniyeti sağladığı şeklindeki son görüşe katılıyoruz.

Kat Mülkiyeti Kanununda, bir bağımsız bölümün paydaşlarından birinin kendi payını başkasına satması halinde diğer paydaşların önalım hakkını kullanabileceği düzenlenmektedir (KMK m. 8/II). Bize göre, Kanunda bu yönde bir hükmün getirilmesi gerekli değildir. Zira kat mülkiyeti kütüğünde kayıtlı bağımsız bölümler taşınmaz mülkiyetinin konusudur (MK m. 704). Bağımsız bölüm üzerinde paylı mülkiyet ilişkisi varsa yasal önalım hakkı genel hükümlere göre zaten vardır (MK m. 732).

6. Taşınmaz Satış Vaadi

Taşınmaz satış vaadinin önalım hakkının kullanılmasına imkan verip vermediğinin belirlenmesi için, öncelikle bu sözleşmenin hukuki niteliğinin tespit edilmesi gerekmektedir²⁷¹.

Hakim görüşe göre taşınmaz satış vaadi, bir taşınmazın ileride belirli şartlarla belirli bir kişiye satılması taahhüdünü içeren bir önsözleşmedir ve satış vaadi alacaklısına asıl (satım) sözleşmenin yapılmasını talep hakkı vermektedir. Sözleşme ile hak sahibi, yenilik doğuran bir hak kazanmaktadır. Bu hakkın kullanılmasıyla, karşı taraf asıl satım sözleşmesini yapma borcu altına girmektedir²⁷².

Bir kişinin, ileride belirlenen bir sözleşmeyi yapma taahhüdün yer aldığı sözleşmeye ön sözleşme veya sözleşme yapma vaadi adı verilmektedir. Sözleşme yapma vaadi ile taraflar yine borçlandırıcı bir işlemin yapılması

²⁷¹ Taşınmaz satış vaadinin hukuki niteliği hakkındaki tartışmalar için bk. **SUNGURBEY**, *Kişisel Hakların Şerhi*, s. 9 vd. Karş. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, *Satış Vaadi*, s. 37 vd.

²⁷² **ÇENBERCİ**, Mustafa: *Gayrimenkul Satış Vaadi*, Ankara 1986, s. 6. vd; **von TUHR**, Andreas: *Borçlar Hukuku*, Ankara 1983 (Çev: EDEGE, Cevat), s. 264; **GÜRSOY/EREN/CANSEL**, s. 490; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, *Satış Vaadi*, s. 67 vd; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 320.

borcu altına girmektedirler. Bu anlamda yapılması vaad edilen sözleşme bir borçlandırıcı işlemdir²⁷³.

Doktrinde bazı yazarlar, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin bir ön sözleşme değil satım sözleşmesi olduğunu ileri sürmektedirler. Bu görüşe göre, yapılan sözleşmenin adı akit yapma vaadi olsa bile tarafların gerçek iradeleri ileride bir tasarruf işlemi yapılması ise bu sözleşme, akit yapma vaadi olarak değil asıl sözleşme olarak kabul edilmelidir (BK m. 18)²⁷⁴.

Aktardığımız son görüş kabul edildiği takdirde taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin önalım olayı olarak kabul edilmesi gerekecektir. Ancak Yargıtay uygulamasında taşınmaz satış vadeleri bir ön sözleşme olarak değerlendirilmektedir²⁷⁵. Bu nedenle Şıpka'nın da belirttiği gibi, Yargıtay uygulaması göz önüne alındığında taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri önalım olayı olarak kabul edilemeyecektir²⁷⁶.

Diğer görüşe göre, (taşınmaz satış vaadi bir satım sözleşmesi olmadığından) ancak satış vadedine dayanılarak tescile zorlama davası açılır. Bu davanın lehe neticelenmesi durumunda, verilen karar kesinleştikten sonra önalım hakkı kullanılabilir²⁷⁷.

Tekinay, taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin önalım olayı olarak kabul edilmesi ile tarafların satış ve devir masraflarından tasarruf sağlayacaklarını; satıştan pek farkı bulunmayan satış vadinin tapuya şerh edilmesinden sonra, taşınmazın alıcı tarafından önalım hakkı sahibinin hakkını engellemek

²⁷³ OĞUZMAN/ÖZ, s. 148; ÖZMEN/YÜCE, s. 964; von TUHR, s. 261.

²⁷⁴ ÖZMEN/YÜCE, s. 964–967; SUNGURBEY, Kişisel Hakların Şerhi, s. 8 vd; von TUHR, s. 261–262.

²⁷⁵ “... Satış vaadi sözleşmesi, herhangi bir taşınmazın, ileride mülkiyetinin nakledilmesini isteyebilmek amacı ile düzenlenen bir ön akittir...” (Yarg. 14. HD, 15.1.1985 T. 6237/293); “...Satış vaadi sözleşmesi borç doğuran ve alıcıya ileride adına mülkiyetin nakledilmesini isteme olanağı sağlayan bir ön akittir” (Yarg. 14. HD, 8.11.1983 T. 6969/6808); “...Borçlar Kanununun 22. maddesi hükümlerine göre gayrimenkule müteallik satış vaadi sözleşmesi ileride tapu dairesinde o gayrimenkulün ferağını taahhüt ve iltizamdan ibarettir...” (Yarg. 4. HD, 29.1.1946 T. 595/337, kararlar için bk. ÇENBERCİ, s. 6-8).

²⁷⁶ ŞIPKA, Kanuni Önalım, s. 61.

²⁷⁷ BERTAN, s. 756; ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, s. 372; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 437, dn. 984; ÖZENLİ, s. 99; VELİDEDEOĞLU/ESMER, s. 426.

kastıyla uzun yıllar malikmiş gibi kullanılabileceğini belirterek taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin önalım hakkının kullanılmasına imkan vermesi gerektiği görüşündedir²⁷⁸.

7. Dürüstlük Kuralına Aykırı İşlemler

Medeni Kanunun başlangıç bölümünde, hukukun temel ilkelerinden, dürüstlük kuralı ile bağlılık düzenlenmiştir. Hükme göre herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır (MK m. 2). Dürüstlük kuralına uyulmamasının yaptırımı, bu tür bir kullanmanın hukuken korunmamasıdır (MK m. 2/II)²⁷⁹. Dürüstlük kuralıyla bağlılık, bütün haklar açısından geçerlidir. Bu bağlamda önalım hakkı da dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde kullanılamaz. Yasal önalım hakkı açısından dürüstlük kuralına aykırı işlem olarak paydaşlar arasında fiili yararlanma anlaşması bulunması örneği verilmektedir. Buna göre, paydaşlar arasında fiili yararlanma anlaşması varsa, paydaşlardan birinin payını satması üzerine önalım hakkının kullanılmasının dürüstlük kuralına aykırı olacağı kabul edilmektedir²⁸⁰. Oğuzman ise yasal önalım hakkının amacının paylı mülkiyet birliğine bir yabancıнын girmesini önlemek olduğunu, payı devralan üçüncü kişinin paylı mülkiyette yararlanma tarzını düzenleyen anlaşma ile bağlı olmadığını belirterek bu durumda da yasal önalım hakkının kullanılabileceğini kabul etmektedir²⁸¹.

²⁷⁸ **TEKİNAY**, Takyitler, s. 23.

²⁷⁹ **DURAL/SARI**, s. 196-197.

²⁸⁰ **AYAN**, Mülkiyet, s. 246; **HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI**, s. 615. Yargıtay'ın uygulaması da bu yödedir. "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 MK'nın 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Kötü niyet iddiası 14.02.1951 gün ve 17/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca davanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi mahkemece de kendiliğinden nazara alınması gerekir. Bu gibi halde savunmanın genişletilmesi söz konusu değildir. Eylemli paylaşmanın varlığı halinde davanın reddi gerekir" denilmektedir (Yarg. 6. HD, 25.1.2005 T. 2004/10135 E. 2005/186 K.).

²⁸¹ **OĞUZMAN**, Kemal: Dürüstlük Kuralına (MK m. 2) Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi, Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 414, (**OĞUZMAN**, Dürüstlük Kuralı olarak anılacaktır). Aynı görüşte **ŞİPKA**, Kanuni Önalım, s.115.

III. ÖNALIM HAKKININ KULLANILMA KOŞULLARI

A. Genel Olarak

Önalım hakkının kullanılabilmesi için önalım hakkına konu olan malın (yasal önalım hakkında paydaş olmayan) bir üçüncü kişiye satılması gerektiğini ve bu satımın önalım olayı olarak adlandırıldığını yukarıda belirttik. Bu şekilde önalım olayı gerçekleşikten sonra önalım hakkı kullanılabilir. Ancak hakkın kullanılabilmesi için önalım olayının gerçekleşmesi tek başına yeterli değildir. Medeni Kanun bu konuda hem hak sahibine hem önalım yükümlüsüne bir takım yükümlülükler getirmiştir. Buna göre önalım yükümlüsü, önalım olayını gerçekleştiren satımı hak sahibine bildirmekle yükümlüdür. Hak sahibi de yasal süreler içerisinde hakkını dava açarak kullanmalıdır. Çalışmamızın bu bölümünde Kanunun taraflara yüklediği bu yükümlülükler incelenecektir.

B. Önalım Olayının Bildirimi

Medeni Kanunda önalım hakkına ilişkin ayrıntılı düzenleme yasal önalım hakkı için yapılmıştır. Bu bağlamda önalım olayının bildirimi de bu hükümler arasında düzenlenmiştir. Önalım hakkının kullanılabilmesi için yapılan satımın alıcı veya satıcı tarafından önalım hakkı sahibine noter aracılığıyla bildirilmesi gerektiği belirtilmiştir (MK m. 733/III). Buna göre, yapılan pay satımının alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirilmesi gerekmektedir. Yasal önalım hakkı için getirilmiş olan bu hüküm Medeni Kanunun 735. maddesinin yollamasıyla sözleşmeden doğan önalım hakkı için de uygulanacaktır.

Eski düzenlemede bildirim ne şekilde yapılacağına ilişkin bir açıklık bulunmamaktaydı. Dolayısıyla bildirim herhangi bir şekilde, hatta sözlü olarak bile yapılabileceği kabul edilmekteydi; fakat bildirim noter aracılığıyla

veya iadeli taahhütlü mektupla yapılmasının ispat kolaylığı sağlayacağı savunulmaktaydı²⁸².

Yeni düzenlemeye göre satımın noter aracılığıyla bildirilmesi artık zorunludur²⁸³. Bildirimin önemi, önalım hakkının kullanılması için getirilen üç aylık hak düşürücü sürenin bu bildirim tarihinden itibaren işlemeye başlamasındadır (MK m. 733/4). Eski Medeni Kanunda önalım hakkının satımın öğrenilmesinden itibaren bir ay içerisinde kullanılması gerektiği düzenlenmişti (EMK m. 657/3). Eski düzenlemede hak düşürücü süreler, bildirim tarihinden değil, önalım olayının öğrenilmesinden itibaren başlamaktaydı. Bu düzenlemenin, önalım olayının öğrenilmediği iddiasıyla önalım olayının gerçekleştiği tarihten itibaren yıllar sonra önalım hakkına dayalı davaların açılması gibi sakıncaları bulunmaktaydı²⁸⁴. Medeni Kanunun 733. maddesinin gerekçesinde, önalım hakkının kullanılması için getirilen hak düşürücü sürelerin öğrenme tarihinden değil, bildirim tarihinden itibaren işlemeye başlayacağını düzenlenmesiyle, bu gibi sakıncaların önlenmeye çalışıldığı belirtilmektedir²⁸⁵.

Kanun koyucu bildirim hangi süre içinde yapılacağına dair bir düzenleme getirmemiştir²⁸⁶. Bu konuda satımın önalım hakkı sahibine bildirilmesi gerektiği şeklindeki düzenlemeyle yetinilmiş, bildirim süresi alıcı ve satıcının isteğine bırakılmıştır²⁸⁷. Öğretide, üç aylık sürenin bildirimden itibaren başlatılmasının yerinde olmadığı, önalım hakkı sahibinin önalım olayının gerçekleştiğini öğrendiği halde kendisine bildirim yapılmadığını iddia ederek önalım davası açabileceği belirtilerek bu düzenleme eleştirilmektedir²⁸⁸.

²⁸² FEYZİOĞLU, Şufa, s. 207; ŞIPKA, Kanuni Önalım, s. 137.

²⁸³ GÜLCAN, Erdem: Noterler Açısından Yeni Medeni Kanunda Önalım (Şufa) Hakkı, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi 2004, S. 122, s. 102; YILDIZ, s. 31.

²⁸⁴ ŞIPKA, Kanuni Önalım, s. 134.

²⁸⁵ <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/maddegerekce4721.htm>, çevrimiçi, 30.3.2010.

²⁸⁶ ERÇİN, s. 3016; GÜLCAN, s. 102; YILDIZ, s. 35.

²⁸⁷ YILDIZ, s. 35.

²⁸⁸ KIRCA, s.1195; YAŞAR, s. 428.

Sungurbey, önalım hakkı sahibinin satımın yapıldığını öğrendiği halde, kendisine bildirim yapılmadığından söz ederek önalım davası açmasının, hakkın kötüye kullanılmasının özel bir durumu olan çelişkili davranış yasağından kaynaklanan “hak düşümü” ilkesine açıkça aykırı olduğunu belirtmektedir²⁸⁹.

Bir görüş, bildirim yapılmadığı halde, önalım hakkı sahibinin satımı kesin olarak başka bir şekilde öğrenmiş olmasının süreyi işletmeye başlatmayacağını ifade etmektedir²⁹⁰.

Yargıtay uygulaması, noter aracılığıyla bildirim yapılmamışsa önalım hakkı sahibi satımı başka suretle öğrenmiş olsa bile sürelerin işlemeye başlamayacağı yönündedir²⁹¹.

Noter aracılığıyla yapılan bildirimde, önalım hakkı sahibinin hakkını kullanabilmesi için gerekli taşınmaz bilgileri, satım bedeli, ödeme şartları gibi konuların belirtilmesi gerekmektedir²⁹².

Kanunda bildirim yapılmamasının yaptırımını düzenlenmiş değildir. Ancak bize göre, kendisine bildirim yapılmadığı için önalım hakkını kullanamayan

²⁸⁹ SUGURBEY, Medeni Hukuk, s. 207.

²⁹⁰ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 443.

²⁹¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun aktaracağımız kararında bu husus ifade edilmektedir. “...Yasal önalım hakkının kullanılması için gerekli sürenin başlaması konusunda bu yasal değişiklikten sonra geçerli olan kural; **öğrenme** olgusu değil **bildirim** olgusunun söz konusu olmasıdır. Bu bildirim de herhangi bir bildirim değil, noter vasıtasıyla yapılacak bildirimdir. Madde metninde **bildirilir** şeklinde kullanılan ifade kesinlik taşıdığı gibi, sürenin **bildirimden** başlayacağı da devamı fıkrada açıkça ve kesin olarak ifade edilmiştir. Bu açık düzenleme karşısında süre mutlaka bildirimden itibaren başlayacağından bildirim yapılmamışsa hak sahibinin satışı öğrendiği ileri sürülerek hak düşürücü sürenin başlatılması ve hak düşümü sonucunu doğurması olanaklı değildir. Eş söyleyişle; yasal önalım hakkının kullanılması için öngörülen üç aylık hak düşürücü süre, satışın, önalım hakkı sahibine alıcı veya satıcı tarafından noter aracılığıyla bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Önalım hakkı sahibinin satışı kesin olarak başka bir şekilde öğrenmiş olması sürenin işlemesine yol açmaz. Somut olaya gelince; yasal önalım hakkı sahibi davacının bizzat kendisi tarafından alıcılara gönderilen ihtarname ile satışı öğrendiğini ve önalım hakkını kullanacağını bildirmiş olması; açıklanan hükümler karşısında yasanın aradığı anlamda ve sürenin başlamasına yol açacak nitelikte bir bildirim değildir. Dolayısıyla öğrenme ile hak düşürücü süre başlamayacağından hak düşürücü sürenin geçtiğinden de söz edilemez. Davacının kendisine yapılan bir bildirim olmadığından, satıştan itibaren iki yıl içinde açtığı dava süresindedir...” (YHGK 21.9.2005 tarihli 2005/6–358 E. ve 2005/470 K., www.kazanci.com, çevrimiçi, 30.3.2010).

²⁹² FEYZİOĞLU, Şufa, s. 207; ŞIPKA, Kanuni Önalım, s. 130

önalım hakkı sahibinin uğradığı zararların alıcı ve satıcı tarafından tazmin edilmesi gerekir. Nitekim doktrinde de satımın bildirilmemesi veya bildirim zamanında yapılmaması durumunda, satımdan itibaren iki yıl içerisinde hakkını kullanamayan önalım hakkı sahibinin bu yüzden uğradığı zararların alıcı ve satıcı tarafından tazmin edilmesi gerektiği belirtilmektedir²⁹³. Bu tazminatın kaynağı bakımından ise sözleşmeden doğan önalım hakkını ve yasal önalım hakkını ayrı ayrı incelemek gerekir.

Şıpka'ya göre sözleşmeden doğan önalım hakkında bu tazminatın kaynağı Borçlar Kanununun 96. maddesi hükmüdür²⁹⁴. Bize göre de sözleşmeden doğan önalım hakkının kaynağı taraflar arasında yapılmış bir önalım sözleşmesi olduğu için borca aykırılık hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Yasal önalım hakkı bakımından ise durum bu kadar açık değildir. Yasal önalım hakkında, önalım hakkı sahibi ile önalım yükümlüsü (satıcı veya alıcı) arasında önalım hakkı kullanılmadan önce herhangi bir sözleşme bağı bulunmamaktadır. Bu konuda Kanunda düzenlenmiş bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen önalım yükümlüsüne karşı haksız fiil hükümlerinin uygulanıp zararın tazmin edilmesi düşünülebilir (BK m. 41). Zira önalım yükümlüsü Kanunun kendisine yüklediği bildirim külfetini yerine getirmeyerek kusurlu hareketiyle önalım hakkı sahibinin zarara uğramasına neden olmuştur. Bu durumda önalım hakkı sahibi, önalım yükümlüsünün, bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi şeklindeki hukuka aykırı fiiliyle zarara uğradığını, önalım yükümlüsünün kusurlu olduğunu ispat etmelidir.

Yasal önalım hakkı açısından bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin yaptırımı konusunda, sözleşmeden doğan önalım hakkında olduğu gibi, borca aykırılık hükümlerinin uygulanması da düşünülebilir. Zira Borçlar Kanununun ve Medeni Kanunun genel nitelikteki hükümleri bütün

²⁹³ FEYZİOĞLU, Şufa s. 206; KIRCA, s. 1190; ŞIPKA, Kanuni Önalım, s. 138; TEKİNAY, Takyitler, s. 28; YAŞAR, s. 430.

²⁹⁴ ŞIPKA, Kanuni Önalım, s. 137, dn. 85.

özel hukuk ilişkilerine kıyasen uygulanabilir (MK m. 5)²⁹⁵. Bu bağlamda, bildirim yükümlülüğü kanundan doğan bir borç sayılarak, yasal önalım hakkı için de borca aykırılık hükümlerinin uygulanabileceği sonucuna varılabilir. Bu son durumda önalım yükümlüsü, bildirim yapılmamasında kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe, kanundan doğan bildirim borcunu yerine getirmemesinden dolayı sorumlu olacaktır. Böylece önalım hakkı sahibi zararını ispat etmek zorunda kalmayacak ve haksız fiil hükümlerine nazaran daha iyi korunmuş olacaktır.

Kanunda bildirim noter aracılığıyla yapılması gerektiğine ilişkin bir yükümlük getirilmiş olması olumlu bir değişikliktir. Bununla birlikte konunun daha detaylı şekilde ve andığımız sakıncaları ortadan kaldıracı nitelikte düzenlenmesi, bildirim borcunun yerine getirilmemesi halinde uygulanacak yaptırımın açıkça belirtilmesi faydalı olacaktır.

Alıcı ve satıcı için getirilmiş bildirim yükümlülüğünün tapu memuru için de geçerli olduğu belirtilmektedir (MK m. 1019)²⁹⁶. Bu hükme göre: “Tapu memuru, ilgililerin bilgisi dışında yaptığı işlemleri onlara tebliğ etmekle yükümlüdür”. Ancak uygulamada tapu memurları bu yükümlülüğü yerine getirmemektedirler²⁹⁷.

İsviçre Medeni Kanununun, tapu memurunun tapu sicilinde ilgililerin bilgisi dahilinde olmayan tapu siciline ilişkin tasarrufları ilgisine bildirme yükümlülüğüne ilişkin 969. maddesine 1991 değişikliği ile şu cümle eklenmiştir: “Önalım hakkı tapu kütüğüne şerh verilmişse veya kanundan dolayı mevcutsa ve tapu sicilinden anlaşılıyorsa, üçüncü kişilerin mülkiyet hakkını kazandıkları özellikle” bildirilir²⁹⁸. Böylece, İsviçre hukukunda hem yasal hem sözleşmeden doğan önalım hakkının tapu memuru tarafından ilgililere bildirilme zorunluluğu vurgulanmıştır. Türk hukukunda ise tapu memurunun bildirim yükümlülüğüne ilişkin Medeni Kanununun 1019.

²⁹⁵ DURAL/SARI, s. 87–90.

²⁹⁶ ŞIPKA, Kanuni Önalım, s. 138; VELİDEDEOĞLU/ESMER, s. 423; YAŞAR, s. 428.

²⁹⁷ FEYZİOĞLU, Şufa, s. 206–207; ŞIPKA, Kanuni Önalım s. 139.

²⁹⁸ KIRCA, s. 1189; YAŞAR, s. 428, dn. 28.

maddesinde içerik açısından eski düzenlemeden farklı herhangi bir değişiklik yapılmamıştır²⁹⁹.

Şipka, tapu memurlarına böyle bir yükümlülük getirmenin, mahkemeleri ve Yargıtay'ı çok fazla uğraştıran önalım davalarındaki uyuşmazlık ve tereddütlerin büyük bir kısmını gidereceğini ifade etmektedir³⁰⁰. Bize göre de, tapu memurlarının bildirim, en azından hak düşürücü sürelerin kaçırılması için kötüniyetli olarak önalım olayını bildirmeyen alıcı veya satıcıya karşı önalım hakkı sahibinin korunmasını sağlayacaktır.

C. Önalım Hakkının Yasal Süresi İçinde Kullanılması

Medeni Kanunda önalım hakkının kullanılması için belirli süreler öngörülmüştür (MK m. 733/IV). İlgili hükme göre önalım hakkı, satımın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her halde satımın üzerinden iki yıl geçmekle düşer. Yasal önalım hakkının kullanılması için getirilen bu süreler sözleşmeden doğan önalım hakkı için de geçerlidir (MK m. 735/III). Bu süreler hak düşürücü süre niteliğindedir³⁰¹. Zira önalım hakkı yenilik doğuran bir haktır ve yenilik doğuran haklar kural olarak hak düşürücü süreye bağlıdır³⁰². Yapılan satımın bildirilmesi ihmal edilir ve önalım hakkı sahibi hakkını bu süre içerisinde kullanmazsa iki yılın sonunda önalım hakkı düşer³⁰³.

Üç aylık hak düşürücü süre, bildirim önalım hakkı sahibine tebliğ tarihini izleyen günden itibaren işlemeye başlar³⁰⁴. Yargıtay uygulamasına göre, üç aylık sürenin başlaması için önalım hakkı sahibi (satım konusu malı, satım

²⁹⁹ KIRCA, s. 1190.

³⁰⁰ ŞIPKA, Kanuni Önalım, s. 139; KIRCA, s. 1190.

³⁰¹ ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, s. 374; KIRCA, s. 1194; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 430, 441.

³⁰² Ayrıntılı bilgi için bk. İkinci Bölüm III D 4 c.

³⁰³ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 442, 454.

³⁰⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 442.

bedelini, ödeme koşulları gibi) satımın esaslı unsurlarını ve alıcıyı öğrenmiş olması gerekir³⁰⁵. İki yıllık sürenin başlangıcı ise satım tarihidir.

Eski Medeni Kanununun 658. maddesinde sözleşmeden doğan önalım hakkının satımın öğrenilmesinden itibaren bir ay ve her halde sicile şerh verildiği tarihten itibaren on yıl geçmekle düşeceği düzenlenmekteydi. Yasal önalım hakkına ilişkin açık bir düzenleme ise bulunmamaktaydı. Bu nedenle sözleşmeden doğan önalım hakkına ilişkin sürelerin kıyasen yasal önalım hakkı için de uygulanacağı öğretide kabul edilmekteydi³⁰⁶. Diğer bir görüş ise on yıllık sürenin sözleşmeden doğan önalım hakkının şerhin etkisinden yararlanacağı süre olduğunu, buna karşılık yasal önalım hakkının hukuki niteliği ve amacı itibarıyla paylı mülkiyet ilişkisi devam ettikçe var olacağını, bu hakkın şerhinin söz konusu olmadığını, bu nedenle on yıllık sürenin yasal önalım hakkına uygulanamayacağını belirtmekteydi³⁰⁷. Yeni düzenleme ile eski Medeni Kanun zamanında yasal önalım hakkının kullanılmasındaki süreye ilişkin kıyas tartışmasına son verilmiştir³⁰⁸.

D. Önalım Hakkının Kullanılması için Dava Açılması (Önalım Davası)

1. Genel Olarak

Medeni Kanunda önalım hakkına ilişkin yapılan en çarpıcı değişiklik hakkın kullanılmasına ilişkindir. Medeni Kanununun 734. maddesinde önalım hakkının alıcıya karşı dava açılarak kullanılacağı düzenlenmektedir. Önceki

³⁰⁵ "...Önalım hakkı, satışın öğrenildiği günden başlayarak bir ay içinde kullanılmalıdır. Yoksa o satış yönünden hak düşmüş olur. Ancak hakkın düşebilmesi için önalım hakkı sahibinin satışı ve özellikle onun esaslı koşullarını -satışın konusunu, bedelini, ödeme koşullarını ve alıcıyı- öğrenmesine karşın, bu hakkın bir aylık süre içinde kullanılmadığı ya da davanın süresinde açılmadığı yönünü kanıtlama yükü alıcıya (davalıya) düşer. Bu yön -tanık ve and dâhil-her türlü kanıtla ispatlanabilir" (YHGK, 3.3.1982 T. 1981/6-548 E. ve 1982/193 K. www.kazanci.com, çevrimiçi, 30.10.2010). **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, s. 382; **TANDOĞAN**, s. 285, dn. 30c.

³⁰⁶ **AYİTER**, Eşya Hukuku, s. 138; **KÜLEY**, Muin M.:Şufa Hakkının İstimali Müddeti: İBD 1948, C. XXII, S. 5, s. 228 (**KÜLEY**, Şufa Hakkının İstimali olarak anılacaktır); **VELİDEDEOĞLU/ESMER**, s. 432.

³⁰⁷ Ayrıntılı bilgi için bk. **AYAN**, Kanuni Şufa, s. 356; **FEYZİOĞLU**, Şufa, s.309–311; **GÜRSOY/EREN/CANSEL**, s. 619; **HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI**, s. 611; **OĞUZMAN**, Şufa, s. 18; **SEBÜK**, s. 155; **ŞIPKA**, Kanuni Önalım, s. 156–161; **TEKİNAY**, Takyitler, s. 60.

³⁰⁸ **YAŞAR**, s. 429.

düzenlemede ise önalım hakkının kullanılmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı. Hakkın tek taraflı ve muhataba ulaşması gereken bir irade beyanı ile kullanılabilmesi kabul edilmekteydi³⁰⁹. Bu beyanın da herhangi bir geçerlilik şekline tabi olmadığı; fakat, ispat kolaylığı bakımından noter aracılığıyla veya iadeli taahhütlü mektupla yapılmasının faydalı olacağı öğreti ve uygulamada belirtilmekteydi³¹⁰.

Çalışmamızın bu bölümünde önalım hakkının kullanılması açısından getirilen bu düzenleme ve konuya ilişkin eleştiriler ele alınacaktır. Ancak konunun daha iyi anlaşılması için öncelikle yenilik doğuran hak kavramı, bu hakların kullanılması ve bunların kullanmasına hakim olan ilkeler incelenecektir.

2.Yenilik Doğuran Hak Kavramı

Önalım hakkının hukuki niteliği bölümünde de belirttiğimiz üzere önalım hakkı bir yenilik doğuran haktır. 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

³⁰⁹ **AKIN**, Mustafa: Önalım Hakkının Kullanımının Anayasaya Aykırılığı, İBD 2005, C. 79, S. 3, s. 729; **AYAN**, Mülkiyet, s. 252; **BERTAN**, s. 770; **ERÇİN**, s. 3016; **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, s. 375; **FEYZİOĞLU**, Şufa, s. 16; **GÜRSOY/EREN/CANSEL**, s. 617; **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, s. 611; **OLGAÇ**, s. 48; **ÖNEN**, s. 89; **ÖZENLİ**, s. 6; **SCHMID**, s. 92; **ŞIPKA**, Kanuni Önalım, s 152; **YAŞAR**, s. 426.

³¹⁰ **AYAN**, Mülkiyet, s. 252; **ERÇİN**, s. 3017; **ŞIPKA**, Kanuni Önalım, s 152; **TANDOĞAN**, s. 285; **TEKİNAY**, Takyitler, s. 47. "...Şufa davalarında şufa hakkı dava dilekçesi ile kullanılabilmesi gibi, şufa iradesi yazılı olarak diğer taraf ulaştırılmak sureti ile de kullanılabilir. Bu irade beyanı taahhütlü bir mektup ve bir noter ihtarnamesi ile de olabilir. Zira şufa hakkı inşai bir haktır. Muhataba ulaşması ve vusulü ile hukuki sonuç doğurur..." (Yarg. 6. HD, 21.9.1982 T. 1982/7609 E. 1982//8106 K., **ÖZENLİ**, s. 193); "...Şufa isteğinin açıklanması yasayla bir biçime de bağlanmamıştır. Bu hak pay sahibi tarafından mahkeme dışında da kullanılabilir ve dava açma zorunluluğu yoktur. Davacının, alıcıya dilekçe, mektup ya da uyarma göndererek şufa iradesini bildirmesi olanağı varken, bu olanaktan yararlanılmamıştır..." (Yarg. 6 HD, 17.4.1984 T. 1984/2434 E. 1984/4879 K. www.kazanci.com, çevrimiçi, 30.3.2010); "...Şufa hakkının mutlak surette dava yoluyla kullanılmasına gerek yoktur. Şufa iradesi karşı tarafa ulaştırılmakla şufa hakkı korunmuş olur..." (Yarg. 6. HD, 7.3.1985 T. 1985/1797 E. 1985/2708 K., www.kazanci.com, çevrimiçi, 30.3.2010); "... şufa davalarında, şufa hakkı dava açmak suretiyle kullanılabilmesi gibi, şufa iradesi diğer tarafa taahhütlü mektup veya noter ihtarnamesiyle gönderilmek suretiyle de ulaştırılabilir..." (Yarg. 6. HD.21.3.1995 T. 466/3058, **KILIÇOĞLU**, s. 27–28).

yetkisi veren haklardır³¹¹. Yenilik doğuran hakların en önemli özelliği sahibine tek taraflı olarak başka bir kişinin hukuk alanında değişiklik meydana getirebilme gücü vermeleridir³¹². Yenilik doğuran haklar, sahibine olağan dışı bir hukuki güç sağladıkları için bu gücün özel bir yetkiye dayanması gerekir. Bu yetki ya bir hukuki işlemde ya doğrudan doğruya kanundan kaynaklanır³¹³. Yenilik doğuran hak sahibi kanun veya hukuki işlemde kaynaklanan bu yetkisi ile muhatabın hukuk alanına müdahale etmekte ve tek taraflı olarak hukuki yenilikler meydana getirmektedir³¹⁴.

Yenilik doğuran haklar, hakkın kullanılmasının meydana getirdiği etkiye göre kurucu, değiştirici, bozucu yenilik doğuran haklar olarak üç türe ayrılmaktadır. Kurucu yenilik doğuran hakların kullanılması ile birlikte bir hak veya hukuki ilişki kurulur. Değiştirici yenilik doğuran haklar, bir hak veya hukuki ilişkinin içeriğini değiştirir. Bozucu yenilik doğuran haklar ise bir hak veya hukuki ilişkinin sona erdirilmesine hizmet eder³¹⁵.

Burada kısaca yenilik doğuran hakların talep haklarından farkına da değinmek istiyoruz³¹⁶. Talep, sahip olunan hakka dayanarak, bir kişiden bir şey vermesini, yapmasını ya da yapmamasını isteme yetkisidir³¹⁷. Yenilik doğuran hakları talep haklarından ayıran en temel özellik ise bu hakların yeni

³¹¹ Yenilik doğuran hak kavramı konusunda yapılan çeşitli tanımlar için bk. **BUZ**, s. 55, dn. 2 ve s. 57; **ÖNEN**, s. 8.

³¹² **BUZ**, s. 61; **FEYZİOĞLU**, Şufa Hakkının Kullanılması, s. 584; **ÖNEN**, s. 11; **ÖZENLİ**, s. 16; **ŞIPKA**, Kanuni Önalım, s. 141.

³¹³ **BUZ**, s. 189; **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, s. 608; **ÖNEN**, s. 8.

³¹⁴ Muhatabın hukuk alanına yaptıkları etki bakımında bu tür yenilik doğuran haklar "müdahale yenilik doğuran hakları" olarak ifade edilmektedir. Yenilik doğuran hakkın kullanılması sadece hak sahibinin hukuk alanına etki ediyorsa bunlar da "öz yenilik doğuran haklar" olarak adlandırılmaktadır. Konuya ilişkin bk. **BUZ**, s. 207; **DEMİRBAŞ**, s. 40–41; **ÖNEN**, s. 217.

³¹⁵ **BUZ**, s. 192–193; **TEKİNAY**, Medeni Hukuk, İstanbul 1987, s. 147–148 (**TEKİNAY**, Medeni Hukuk olarak anılacaktır).

³¹⁶ **HATEMİ**, hakları, talep yetkisi verip vermemesine göre ayırmakta ve talep yetkisi veren hakları birincil haklar, yenilik doğuran hak gibi talep yetkisi vermeyen hakları ise ikincil (tali) haklar olarak isimlendirmektedir (**HATEMİ**, Medeni Hukuk, s. 113). Tali haklar taraflar arasında daha önceden mevcut, kanundan veya hukuki işlemde doğan bir hukuki ilişkiyi gerektirmektedir. Yasal önalım hakkında bu hukuki ilişki taşınmaz eşya üzerinde paydaşlık ilişkisidir; sözleşmeden doğan önalım hakkında ise doğrudan doğruya sözleşmedir. Bu yönde bk. **BUZ**, s. 60, 82; **DEMİRBAŞ**, s. 23; **ŞIPKA**, Kanuni Önalım, s. 29. **BUZ' a göre, sadece başka bir kişinin hukuki durumunu etkileyen haklar yenilik doğuran haklardır (**BUZ**, s. 83).**

³¹⁷ **HATEMİ**, Medeni Hukuk, s. 114.

bir hukuki durum meydana getirmeleridir³¹⁸. Bir hukuki değişikliği tek taraflı olarak meydana getirme kudreti sağlamaları nedeniyle talep haklarından farklı olarak, yenilik doğuran hak sahibinin karşısında, olumlu veya olumsuz bir davranışta bulunmakla yükümlü bir şahıs mevcut değildir. Yenilik doğuran hakları talep haklarından farkını vurgulamak için yenilik doğuran hak sahibi ile muhatap arasında “tabiiyet ilişkisinin” varlığından söz edilmektedir³¹⁹. Talep hakkı karşısında sadece bir yükümlü olarak kalan sözleşen, yenilik doğuran hak sahibinin karşısında bir bağımlı kişi derecesine düşer³²⁰. Muhatap, hakkın kullanılması ve arzu edilen sonucun doğması bakımından söz sahibi olmayıp hak sahibinin iradesine tabidir³²¹.

Yenilik doğuran hakların alacak hakları ile benzer yönü, her ikisinin nisbi nitelikte oluşudur. Yenilik doğuran haklar da alacak hakları gibi ancak hukuki ilişkinin karşı tarafına ileri sürülebilmektedir. Yenilik doğuran hakların alacak haklarından farklı gücü ise yukarıda belirttiğimiz gibi hukuki ilişkinin muhatabına yaptığı etkide görülmektedir. Buna göre yenilik doğuran hak muhatabının iradesi, kabulü veya herhangi bir davranışta bulunması gereksizdir, yenilik doğuran hakkın kullanılması ile istenen hukuki sonuç doğacaktır³²².

3. Yenilik Doğuran Hakların Kullanılması

Yenilik doğuran hak kavramına kısaca değindikten sonra, bu hakların ne şekilde kullanılacağını belirtmek istiyoruz. Buna göre, yenilik doğuran haklar kural olarak, hak sahibinin tek taraflı beyanı ile kullanılır. Beyanın muhataba varması ile sonuçların doğduğu bu durumda, hak sahibinin beyanı yenilik doğuran işlem olarak adlandırılır³²³. Yenilik doğuran hakkın geçerli olarak kullanılabilmesi ve kendisine bağlanan hukuki sonuçları doğurabilmesi için

³¹⁸ DEMİRBAŞ, s. 23.

³¹⁹ BUZ, s. 68.

³²⁰ SEROZAN, Rona: Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, s. 45 (SEROZAN, Sözleşme olarak anılacaktır).

³²¹ BUZ, s. 69.

³²² SEROZAN, Nisbi Haklar, s. 460–461.

³²³ BUZ, s. 59; DEMİRBAŞ, s. 74; SEROZAN, Sözleşme, s. 51. İnşai işlem deyimi için bk. ÖNEN, s. 11.

hakkın kullanıldığına ilişkin iradenin özel bir şekle uyularak açıklanması zorunluluğu yoktur. Ancak bu kuralın aşağıda belirteceğimiz gibi bazı istisnaları vardır. Öncelikle taraflar sözleşmeden doğan yenilik doğuran hakların kullanılması için bir geçerlilik şekli öngörmüş olabilirler. Bunun dışında kanunda yenilik doğuran hakkın belirli bir şekilde kullanılması zorunluluğu getirilmiş olabilir. Hakkın dava açılarak kullanılması gereken bu durumlarda ise yenilik doğuran sonuç talep doğrultusunda verilen kararın kesinleşmesi ile doğar³²⁴.

a. Yenilik Doğuran Hakların Tek Taraflı Hukuki İşleme Kullanılması

Yenilik doğuran hakların ayırt edici özelliklerinden biri, bu hakların tek taraflı bir hukuki işlemle kullanılmalarıdır³²⁵. Hak sahibinin hakkını kullandığına ilişkin irade beyanının muhataba varması ile arzu edilen hukuki sonuç meydana gelmektedir³²⁶.

Yenilik doğuran hakların kullanımında da önemli olan ve yenilik doğurucu sonucu yaratan, hak sahibinin iradesidir³²⁷. Hukuki sonucun meydana gelmesi için muhatabın işleme katılması ya da muvafakat etmesi gerekli değildir³²⁸. Hakkın kullanılması ile muhatabın iradesi, kabulü veya herhangi bir davranışta bulunması gerekmez istenen hukuki sonuç doğacaktır. Örneğin; seçimlik borçlarda (BK m. 73) seçim hakkının kullanılması, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüd durumunda alacaklıya tanınan ifa ve gecikme tazminatı ya da aynen ifadan vazgeçerek tazminat talebinde bulunulması (BK m. 106), muacceliyet ihbarının yapılması (BK m. 101) tek taraflı hukuki işlem ile kullanılan yenilik doğuran haklardır³²⁹. Bu hakların

³²⁴ **BUZ**, s. 250.

³²⁵ **BUZ**, s. 57, dn. 9; **DEMİRBAŞ**, s. 75; **ÖNEN**, s. 11.

³²⁶ **BUZ**, s. 57, 256; **DEMİRBAŞ**, s. 75; **DURAL/SARI**, S. 168; **HATEMİ**, Medeni Hukuk, s. 142–143; **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 155; **SEROZAN**, Sözleşme, s. 49.

³²⁷ **ÖNEN**, s. 9. Önalım konusu malın, muhatap tarafından satılmadıkça önalım hakkı sahibinin satım sözleşmesinin kurulup kurulmamasına karar verme yetkisi bulunmadığı, onun yetkisinin sadece yükümlünün yapmaya karar verdiği sözleşmenin karşı tarafını belirleme olduğu, bu nedenle de önalım hakkı sahibinin iradesi yanında muhatabın iradesinin de rol oynadığı yönünde bk. **KIRCA**, s. 1183.

³²⁸ **DEMİRBAŞ**, s. 75; **ÖNEN**, s. 11.

³²⁹ **DEMİRBAŞ**, s. 59–61 ve daha fazla örnek için bk. s. 44–69.

kullanılması için dava açılması gerektiği yönünde bir hüküm bulunmamaktadır.

Önceki düzenlemede önalım hakkının tek taraflı bir hukuki işlem ile kullanılabilmesi ve yenilik doğuran sonucun, beyanın muhataba ulaşması ile gerçekleşeceği kabul edilmekte idi³³⁰. Beyanın muhataba ulaşması ile kastedilenin, beyanın muhatabın hakimiyet alanına girmesi olduğu yoksa muhatabın beyanı öğrenmiş olmasının aranmayacağı ifade edilmekteydi³³¹.

b.Yenilik Doğuran Hakların Dava Açılarak Kullanılmaları

Yenilik doğuran hakların kullanılması için kural olarak dava açılması gerekmez³³². Ancak bazı istisnai durumlarda, özellikle kamu düzeni ile ilgili veya hukuk güvenliğinin sağlanması ya da üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması gereken durumlarda, yenilik doğuran hakların kullanılması için dava açılması gerekmektedir. Bu gibi durumlarda hukuki durum değişikliği için sadece hak sahibinin iradesi yeterli görülmemiş ve iradenin bir de yargı denetiminden geçmesi uygun bulunmuştur³³³. Yenilik doğuran hakkın dava yoluyla kullanılmasında açılan davaya “yenilik doğuran dava” adı verilmektedir³³⁴.

Yenilik doğuran davalar, kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği konularda söz konudur. Taraflar bu tür konularda karşılıklı anlaşmayla yenilik doğuran hakkın meydana getirdiği hukuki sonucu sağlayamazlar³³⁵. Kanunlarda düzenlenmiş yenilik doğuran dava örnekleri olarak: boşanma davası (MK m. 161 vd), evlenmenin butlanı davası (MK m. 146,156), evlenmenin feshi davası (MK m. 148), soybağının reddi davası (MK m. 289),

³³⁰ **DEMİRBAŞ**, s. 75; **ÖNEN**, s. 13; **ŞİPKA**, Kanuni Önalım, s. 148; **FEYZİOĞLU**, Şufa, s. 216.

³³¹ **FEYZİOĞLU**, Şufa Hakkının Kullanılması, s. 590; **ŞİPKA**, Kanuni Önalım, s. 148.

³³² **DEMİRBAŞ**, s. 81; **FEYZİOĞLU**, Şufa Hakkının Kullanılması, s. 584; **KIRCA**, s. 1200; **ÖNEN**, s. 11, 14; **PEKCANITEZ**, Hakan/**ATALAY**, Oğuz/ **ÖZEKES**, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2006, s. 271.

³³³ **BUZ**, s. 183 vd; **DEMİRBAŞ**, s. 80; **ÖNEN**, s. 50.

³³⁴ **DEMİRBAŞ**, s. 81.

³³⁵ **DEMİRBAŞ**, s. 80; **KIRCA**, s. 1201–1202.

babalık davası (MK m. 301 vd), anonim şirket genel kurul kararlarının iptali davası (TTK m. 381 vd), ölüme bağlı tasarrufların iptali ve tenkis davası (MK m. 557), derneğin feshi davası (MK m. 89), vakfın feshi davası (MK m. 116) sayılabilecektir³³⁶.

Yenilik doğuran haklar, kural olarak tek taraflı irade beyanı ile kullanılır. Yenilik doğuran hakların dava yoluyla kullanılması ise istisnadır. Bu bağlamda yenilik doğuran hakların dava yoluyla kullanılmasında “numerus clausus” ilkesi geçerlidir; kanunda öngörülenler dışında, yenilik doğuran dava hakları yaratılması mümkün değildir³³⁷. Hakların dava yoluyla kullanılması kamu düzeni, hukuki işlemlerde emniyet ve güvenlik, karşı tarafın veya üçüncü bir kişinin menfaatini korumak gibi hallerin varlığı halinde söz konusudur³³⁸.

Yenilik doğuran davada hak sahibi davacı, mahkemeden, muhatabı ile arasındaki mevcut hukuki ilişkinin değiştirilmesine veya sona erdirilmesine ya da onunla arasında yeni bir hukuki ilişki kurulmasına karar verilmesini talep eder. Arzu edilen hukuki değişiklik, hakimin bu yönde kurucu nitelikteki kararı ile gerçekleşir³³⁹. Örneğin eşlerin boşanma hususunda anlaşmaları boşanmanın gerçekleşmesini sağlamaz. Eşlerin boşanabilmesi için mahkemenin boşanmaya karar vermesi gerekir³⁴⁰.

Yenilik doğuran hakların tek taraflı hukuki işlemle kullanılması ile dava yoluyla kullanılması arasındaki en önemli fark, yenilik doğuran hakkın yöneldiği sonucun sağlanması açısından ortaya çıkar. Karşı tarafa yöneltmesi gereken irade beyanı ile kullanılan yenilik doğuran haklar, sonuçlarını bu beyanın muhataba varması ile kendiliğinden doğururlar. Dava

³³⁶ **BUZ**, s. 183–184; **DEMİRBAŞ**, s. 86.

³³⁷ **BUZ**, s. 186 vd.

³³⁸ **BUZ**, s. 187; **ÖNEN**, s. 53.

³³⁹ **BUZ**, s. 183; **DEMİRBAŞ**, s. 81; **ÖNEN**, s. 50; **S. ÖZKAN**, Meral: İnşaf Karar ve Özellikleri, Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 554.

³⁴⁰ **BUZ**, s. 183; **DEMİRBAŞ**, s. 80; **ÖNEN**, s. 14.

yoluyla kullanılan yenilik doğuran hakların yöneldikleri sonuçların elde edilmesi ise mahkemenin vereceği yenilik doğuran (inşai) karar ile olur³⁴¹.

Medeni Kanunda, eski düzenlemeden farklı olarak, önalım hakkının alıcıya karşı dava açılarak kullanılacağı öngörüldüğünden, önalım hakkının kullanıldığı beyanını içeren dava, yenilik doğuran dava niteliğindedir. Bu bağlamda hakkın yöneldiği sonuç da mahkemenin vereceği karar ile doğacaktır³⁴². Önalım hakkının dava yoluyla kullanılmasına ilişkin değerlendirmelerimize ve eleştirilerimize geçmeden önce yenilik doğuran hakların kullanılmasına hakim ilkelere kısaca değinmek istiyoruz.

4. Yenilik Doğuran Hakların Kullanılmasına Hakim İlkeler

Yenilik doğuran hakların, muhatabın hukuk alanında değişiklik meydana getirebilme yetkisi vermesi karşısında, muhatabın korunmasına yönelik bazı ortak özellikleri bulunmaktadır³⁴³. Bu özellikler; yenilik doğuran hakların kural olarak şarta bağlanamamaları, kullanılmakla tükenmeleri, hak düşürücü süreye tabi olmaları ve kullanıldıktan sonra geri alınamamalarıdır. Aşağıda yenilik doğuran hakların bu ortak özellikleri kısaca incelenecektir.

a. Yenilik Doğuran Hakların Kural Olarak Şarta Bağlanamaması

Hukuk güvenliğini sağlamak amacıyla, yenilik doğuran haklar şarta bağlı olarak kullanılamazlar³⁴⁴. Bunun temel nedeni muhatabı bir belirsizlik ortamında bırakmama düşüncesidir³⁴⁵.

Hukuken şart, gelecekte gerçekleşmesi beklenen, ancak gerçekleşip gerçekleşmeyeceği kesin olarak belli olmayan bir olaydır³⁴⁶. Yenilik doğuran

³⁴¹ DURAL/SARI, s. 153.

³⁴² Önalım hakkının yöneldiği sonuç hakkında ileri sürülen görüşler için bk. Üçüncü Bölüm II.

³⁴³ DEMİRBAŞ, s. 75.

³⁴⁴ BUZ, s. 258; DEMİRBAŞ, s. 77; DURAL/SARI, s. 154; HATEMİ, Medeni Hukuk, s. 133; OĞUZMAN/BARLAS, s.185; SEROZAN, Sözleşme, s. 50.

³⁴⁵ BUZ, s. 259; OĞUZMAN/BARLAS, s.185; ÖNEN, s. 28; ŞİPKA, Kanuni Önalım, s. 149.

³⁴⁶ DURAL/SARI, s. 154; PULAŞLI, s. 121; SİRMEN, s. 112.

hakkın kullanılmasının şarta bağlanmasının anlamı, söz konusu yenilik doğuran işlemin sonuçlarının, ileride gerçekleşip gerçekleşmeyeceği kesin olarak bilinmeyen olayın gerçekleşmesi halinde doğmasıdır³⁴⁷. Bu durum muhatap açısından bir belirsizlik yaratacaktır. Bu belirsizliğe muhatabın katlanmasını beklemek uygun değildir. Muhatabın nasıl bir hukuki durumda bulunduğunu kesin ve açık olarak bilmesi gerekmektedir³⁴⁸. Mevcut hukuki durumları iradeleri dışında değişikliğe uğrayan kişilerin, en azından bu hukuki durumun ne zaman ve hangi içerikte oluşacağını kesin ve açık olarak bilmeye hakları vardır³⁴⁹. Bu nedenle, gelecekte gerçekleşmesi beklenen fakat ne zaman gerçekleşeceği belli olmayan şart dolayısıyla ortaya çıkan belirsiz, şüpheli durum, muhatabının menfaatine aykırı olduğu sürece yenilik doğuran hakkın kullanılmasının şarta bağlı tutulması mümkün değildir³⁵⁰.

Şartın yarattığı belirsizliğe muhatabın katlanması, kendisinden beklenilmeyecek derecede olumsuz bir durum yaratmadığı istisnai durumlarda yenilik doğuran haklar şarta bağlı kullanılabilirler³⁵¹. Özellikle, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği yenilik doğuran hakkın yöneldiği kişinin iradesine bağlı olan şartlar, bu kişiler yönünden herhangi bir olumsuzluk yaratmadığından, yenilik doğuran haklar, yöneldikleri kişilerin iradesine bağlı şartlarla kullanılabilirler³⁵².

Hukuki işlem yoluyla kullanılan yenilik doğuran hakların şarta bağlanabilmesinin, şartın yarattığı belirsizliğin muhatabın menfaatine zarar verip vermemesine göre yapılan ikili ayırım karşısında, dava yoluyla kullanılan yenilik doğuran hakların şarta bağlanamaması kesinlik arz etmektedir. Çünkü yargılama hukukunda, şarta bağlı olarak dava açılması mümkün değildir³⁵³.

³⁴⁷ DURAL/SARI, s. 154–155.

³⁴⁸ PULAŞLI, s. 121.

³⁴⁹ DURAL/SARI, s. 155.

³⁵⁰ DEMİRBAŞ, s. 78.

³⁵¹ BUZ, s. 259; DEMİRBAŞ, s. 77; DURAL/SARI, s. 155; OĞUZMAN/BARLAS, s. 145; ÖNEN, s. 29; SİRMEN, s. 112–115; ŞIPKA, Kanuni Önalım, s. 149. DURAL/SARI, s. 155.

³⁵² DURAL/SARI, s. 155. Örneğin; satın aldığı malı uzun süredir teslim etmeyen satıcıya, alıcının bir hafta içinde malın teslim edilmemesi halinde sözleşmeden dönmüş sayılacağını bildirmesi şeklinde, bozucu yenilik doğuran hak şarta bağlı olarak kullanılabilir (s. 155).

³⁵³ DEMİRBAŞ, s. 78; DURAL/SARI, s. 155.

b. Yenilik Doğuran Hakların Kullanmakla Tükenmeleri

Yenilik doğuran haklar, hakkın kullanılmasına ilişkin beyanın muhataba varması ile istenen hukuki sonucu doğurur³⁵⁴. Bir hukuki ilişkinin kurulması, değiştirilmesi ya da ortadan kaldırılmasını amaçlayan yenilik doğuran hakların kullanılması ile arzulanan hukuki sonuç meydana geleceğinden bu haklar sona erer³⁵⁵. Bu nedenle yenilik doğuran haklar sadece bir defa kullanmaya müsait haklardır³⁵⁶.

c. Yenilik Doğuran Hakların Hak Düşürücü Süreye Tabi Olmaları

Yenilik doğuran haklar, ancak sözleşmede ya da kanunda belirtilen süre içerisinde kullanılabilirler³⁵⁷. Yenilik doğuran hakların kullanılması için öngörülen süre zamanaşımı süresi değil hak düşürücü süredir³⁵⁸. Zamanaşımı süresinin dolması alacak hakkını ortadan kaldırmamasına karşılık, hak düşürücü sürenin dolması hakkı sona erdirir. Bu nedenle alacak hakkının zamanaşımına uğradığı iddiasının borçlu tarafından defa yoluyla ileri sürülmesi gerekirken; hak düşürücü sürenin dolduğu taraflarca ileri sürülmesi bile hakim tarafından re'sen göz önünde tutulur³⁵⁹.

Hak düşürücü süreler muhatabın korunmasına hizmet ederler³⁶⁰. Bu süreler, yenilik doğuran hakkın meydana getireceği sonuçlar bakımından hak sahibinin iradesine tabi olan muhatap açısından, sonsuza kadar sürebilecek bir hukuki belirsizlik ortamının doğmasını engeller³⁶¹.

Zamanaşımı süresinin işlemesinin durması ve kesilmesi mümkünken, hak düşürücü sürenin işlemesinin durması ya da kesilmesi söz konusu değildir

³⁵⁴ BUZ, s. 256.

³⁵⁵ OĞUZMAN/BARLAS, s. 146.

³⁵⁶ BUZ, s. 256; DURAL/SARI, s. 154; HATEMİ, Medeni Hukuk, s.132.

³⁵⁷ ÖNEN, s. 12; HATEMİ, Medeni Hukuk, s. 132; DURAL/SARI, s. 155–156.

³⁵⁸ ÖNEN, s. 29; SEROZAN, Sözleşme, s. 50.

³⁵⁹ AYAN, Kanuni Şufa, s. 354; BUZ, s. 264; ŞIPKA, Kanuni Önalım, s. 155.

³⁶⁰ BUZ, s. 263.

³⁶¹ BUZ, s. 263.

(BK m. 132,133)³⁶². Hakimin, hak düşürücü sürenin sona erip ermediğini re'sen gözetmesi gerektiği halde, hakkın zamanaşımına uğrayıp uğramadığını re'sen nazara alması mümkün değildir (BK m. 140)³⁶³.

d. Yenilik Doğuran Hakların Kullanıldıktan Sonra Geri Alınamaması

Muhatabın korunması düşüncesiyle, yenilik doğuran haklar geçerli bir şekilde kullanıldıktan sonra geri alınmazlar. Tarafların anlaşmış olmaları ya da yenilik doğuran hak sahibinin feragati gerçekleşen yenilik doğurucu sonucu bertaraf etmeye yeterli değildir³⁶⁴.

Dava yoluyla kullanılan yenilik doğuran hakların yöneldikleri hukuki sonuç mahkemenin vereceği karar ile doğacaktır. Bu nedenle dava devam ederken bu tür yenilik doğuran haklar geri alınabilir. Ancak bu geri alma, teknik anlamda yenilik doğuran hakkın geri alınması değil, davadan feragat usuli işlemi ile davanın geri alınmasıdır³⁶⁵.

5. Yasal Düzenlemenin Eleştirisi

Yenilik doğuran hak kavramı ve bu hakların kullanılmasına hakim ilkeleri inceledikten sonra, önalım hakkının kullanılmasına ilişkin Medeni Kanun düzenlemesine yönelik eleştirilere yer vermek istiyoruz.

Önalım hakkının kullanılması açısından eski ve yeni düzenleme farklıdır. Yeni düzenlemeye göre önalım hakkının alıcıya karşı dava açılarak kullanılması gerekmektedir (MK m. 734). Eski Medeni Kanunda bu yönde bir hüküm bulunmaktaydı; hakkın yöneltmesi ve varması gerekli tek taraflı bir hukuki işlemle kullanılabileceği kabul edilmekteydi. Sonuçları açısından

³⁶² **BUZ**, s. 264.

³⁶³ **BUZ**, s. 264; **DEMİRBAŞ**, s. 30; **ÖNEN**, s. 29.

³⁶⁴ **AYAN**, Mülkiyet, s. 262; **BUZ**, s. 257–258, 447 vd; **DEMİRBAŞ**, s. 78; **DURAL/SARI**, s. 154; **FEYZİOĞLU**, Şufa Hakkının Kullanılması, s. 585; **HATEMİ**, Medeni Hukuk, s.133; **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 146; **ÖNEN**, s. 28 -29; **SEROZAN**, Sözleşme, s. 50; **ŞIPKA**, Kanuni Önalım, s. 150.

³⁶⁵ **BUZ**, s. 186; **DEMİRBAŞ**, s. 79.

önem taşıyan bu farklılıkların iki düzenlemeye de değinilerek irdelenmesi yarar sağlayacaktır.

Yeni düzenlemeye göre önalım hakkının dava dışında kullanılması artık mümkün değildir³⁶⁶. Eski ve yeni düzenlemenin yarattığı farklılık, yenilik doğurucu sonucun gerçekleşeceği an yönündedir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi yenilik doğuran hakların kullanılması, hak muhatabının hukuk alanında bir takım değişiklikler meydana getirmektedir. Bu hukuki durum değişikliği yeni bir hukuki ilişkinin kurulması, değişmesi veya bozulması şeklinde görülmektedir. Önalım hakkının kullanılması ile meydana gelen hukuki durum değişikliği, önalım hakkı sahibi ile önalım yükümlüsü arasında yeni bir satım ilişkisinin kurulmasıdır³⁶⁷.

Önceki düzenlemede tek taraflı bir hukuki işlem ile kullanılabilen önalım hakkında, yenilik doğuran sonucun, beyanın muhataba ulaşması ile gerçekleşeceği kabul edilmekte idi³⁶⁸. Beyanın muhataba ulaşması ile kastedilenin, beyanın muhatabın hakimiyet alanına girmesi olduğu yoksa muhatabın beyanı öğrenmesinin aranmayacağı ifade edilmekteydi³⁶⁹.

Önalım hakkının dava yoluyla kullanılmasının hukuki anlamı ise hak sahibinin irade beyanına bağlanan hukuki sonucun ancak mahkemenin vereceği kararla doğmasıdır³⁷⁰. Bu hükme göre, önalım hakkının dava dışı yenilik doğuran bir beyanla kullanılması ve satım ilişkisinin bu şekilde kurulması imkanı hukuken ortadan kalkmıştır. Önalım hakkının dava yoluyla kullanılması sonucu, önalım hakkı sahibi ile muhatap arasında doğan satım ilişkisinin hükümleri, mahkemenin kararı ile sonuca bağlanacak ve muhatabın hukuk alanına müdahale, mahkeme kararının kesinleşmesi ile ortaya çıkacaktır.

³⁶⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 439, 453.

³⁶⁷ Bu satım ilişkisi hakkında bk. Üçüncü Bölüm II D.

³⁶⁸ DEMİRBAŞ, s. 75; ÖNEN, s. 13; ŞİPKA, Kanuni Önalım, s. 148; FEYZİOĞLU, Şufa, s. 216.

³⁶⁹ FEYZİOĞLU, Şufa Hakkının Kullanılması, s. 590; ŞİPKA, Kanuni Önalım, s. 148.

³⁷⁰ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 439.

Medeni Kanununun 734. maddesinin madde gerekçesinde aynen şu ifadeler yer almaktadır: “*Maddenin birinci fıkrası ile onalım hakkının alıcıya karşı dava açılması suretiyle kullanılması esası getirilmiştir. Yürürlükteki hükümler onalım hakkının, dava dışı bir beyanla kullanılabilmesine olanak sağlamaktadır. Ancak buna rağmen bu beyanla istenilen sonucun elde edilebilmesi sonuçta daima bir dava açılmasını gerektirmektedir. Yeni düzenlemeyle, uygulamada onalım hakkının gerçekleşmesinin daima bir davayı gerektirmesi, kanun hükmü hâline getirilmiş bulunmaktadır*”³⁷¹. Bu değişiklik doktrinde çok eleştirilmiştir. Eleştirilerin temel noktasını ise önalım hakkının bir yenilik doğuran hak olması ve yenilik doğuran hakların kural olarak dava açılarak kullanılmasının gerekmemesi oluşturmaktadır³⁷².

Yukarıda da belirttiğimiz gibi yenilik doğuran dava hakları, kamu düzeni veya üçüncü şahısların korunması gibi önemli çıkarların varlığı halinde kabul edilmiştir. Böyle durumlarda hakkın kullanılması için gerekli şartların mevcut olup olmadığının bir kez de yargı süzgecinden geçirilmesi uygun görülmüş ve hakkın ancak dava yoluyla kullanılabileceği öngörülmüştür. Oysa önalım hakkı bakımından böyle bir durum söz konusu değildir. Önalım hakkında ne kamu menfaati ne de korunması gereken bir üçüncü şahıs mevcuttur³⁷³. Önalım hakkının doğurduğu hukuki sonucun, muhatap ile hak sahibi arasında yapılacak bir satım sözleşmesi ile de elde edilmesi mümkündür. Oysa yenilik doğuran bazı dava haklarının doğuracağı hukuki sonucun, tarafların anlaşması ile meydana getirilmesi kural olarak mümkün değildir. Örneğin karı kocanın anlaşarak boşanmaları veya çocuğun evlilik dışı olduğuna serbestçe karar verme imkanları mevcut değildir³⁷⁴.

Önalım hakkının dava açılarak kullanılmasına ilişkin düzenlemeye yapılan bir diğer eleştiri, önalım hakkı gibi taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamaları

³⁷¹ www.kazanci.com, çevrimiçi, 30.3.2010.

³⁷² **AKIN**, s. 732; **BUZ**, s. 158 vd; **ERÇİN**, s. 3016; **KIRCA**, s. 1199; **SUNGURBEY**, Medeni Hukuk, s. 208; **YAŞAR**, s. 426. Bu düzenlemenin isabetli olduğu ve önalım hakkının kullanıldığı zamanının tespit edilmesi bakımından önem taşıdığı yönünde bk. **TUNABOYLU**, s. 28.

³⁷³ **BUZ**, s. 159.

³⁷⁴ **BUZ**, s. 187

arasında yer alan ve önalım hakkına çok benzeyen, alım ve geri alım hakları için dava açma zorunluluğunun getirilmemiş olmasıdır. Bu bağlamda Medeni Kanunun 734. maddesi aynı kategoride yer alan hak sahiplerinden, önalım hakkı sahipleri aleyhine eşitsizlik yaratmaktadır³⁷⁵.

Önalım hakkının dava yoluyla kullanılmasına ilişkin başka bir eleştiri de hak düşürücü süreler bakımındadır. Buna göre, önalım hakkı basit bir bildirim ile kullanılıp hak düşürücü sürelerin geçmesine engel olunabilirdi. Yeni düzenlemeye göre ise, hak düşürücü süreler içinde dava açılması gerekmektedir. Önalım yükümlüsü, taşınmazın devrine rıza gösterse bile önalım hakkı sahibi, bu düzenleme nedeniyle dava açmak zorundadır. Tarafların karşılıklı anlaşma ile çözümlenebilecekleri bir husus asılken dava açma zorunluluğu getirilmiş olması usul ekonomisi ilkesine aykırıdır³⁷⁶.

Medeni Kanunda yapılan bu hatalı düzenleme Borçlar Kanunu Tasarısında da yerini almıştır³⁷⁷. Borçlar Kanunu Tasarısının 241. maddesinde sözleşmeden doğan önalım hakkının satımın ya da satıma eşdeğer başka bir işlemin bildirildiği tarihten itibaren üç ay ve her halde satımdan itibaren iki yıl içinde dava açılması suretiyle kullanılacağı öngörülmektedir³⁷⁸. Borçlar Kanununu Tasarısında bu hakkın tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılabilmesi şeklinde bir düzenleme getirilmesi, yukarıda belirttiğimiz sakıncalı durumları en azından sözleşmeden doğan önalım hakkı bakımından giderebilirdi³⁷⁹.

Gümüş, Borçlar Kanununun satım sözleşmesine ilişkin bazı hükümlerinde³⁸⁰ geçen “dava edebilir” ifadelerinin “ileri sürülebilir” şeklinde yorumlandığını; buna benzer bir yorumla Medeni Kanunun 734. maddesindeki “dava açılarak

³⁷⁵ **AKIN**, s. 730; **ARPACI**, Abdülkadir: Eşya Hukukumuzda Yeni Medeni Kanun ile Yapılan Değişikliklerden Bazılarına Kısa Bir Bakış, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, s. 105; **BUZ**, s. 160.

³⁷⁶ **KIRCA**, s. 1199; **ERÇİN**, s. 3016.

³⁷⁷ **BUZ**, s. 160.

³⁷⁸ http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723_Madde_Gerekceleri_4.pdf, Esas Komisyon Raporu (Sırasıyla) 723, Esas Alınan Tasarı Teklif 1/611, çevrimiçi, 25.3.2010.

³⁷⁹ **BUZ**, s. 160.

³⁸⁰ BK m. 193/2, 203/1, 206/1.

kullanılır” ifadesinin de aynı şekilde yorumlanarak, önalım hakkının dava dışı bir beyanla kullanılabileceğini ifade etmektedir. Yazar, böyle bir düzeltici yorum kabul edilmese bile, tarafların önalım hakkını dava dışı kullanmaları ve çekişmesiz bir şekilde anlaşmaya varmaları durumunda, tapu memurlarının önalım yükümlüsünün hak sahibi lehine yaptığı tescil talebini, dava açılmadığı gerekçesiyle, reddetmemeleri gerektiğini belirtmektedir³⁸¹.

Hükmü isabetsiz bulan Hatemi'nin görüşü ise şöyledir: Medeni Kanunun 734. maddesi düzeltici yoruma tabi tutularak, önalım hakkı eskiden olduğu gibi yine tek taraflı bir hukuki işlem ile kullanılabilmesi ve bununla satım ilişkisinin doğacağı kabul edilmelidir³⁸². Üç aylık süre, önalım olayının noter aracılığıyla bildirilmesinden sonra, önalım hakkının yenilik doğurucu işlem veya dava yoluyla kullanılması için hak düşürücü süre olarak kabul edilmelidir. Buna karşılık iki yıllık süre, önalım yükümlüsünün (satımın bildirilmesi gibi) yükümlülüklerini yerine getirmediği durumlarda, bir ifa davası açılmasına engel olacak hak düşürücü süre olarak uygulanmalıdır. Yazar, aynı haklarda hak düşürücü süre veya zamanaşımı süresi bulunmamasına rağmen, Kadastro Kanununun 12. maddesinin 3. fıkrasında, mülkiyet hakkına ilişkin hak düşürücü süre öngörüldüğünü, burada da aslında bir ifa davası bulunduğunu ve kanun koyucunun aynı bir hak için hak düşürücü süre öngörmüşse ifa davası için de hak düşürücü süre öngörebileceğini ifade etmektedir. Bu bağlamda, önalım hakkı için öngörülmüş olan kısa hak düşürücü süreler içinde dava açmak gerekmeyecek ve bu durumun yaratacağı sakıncalar giderilmiş olacaktır³⁸³.

Önalım hakkının dava yolu ile kullanımının zorunlu tutulması, Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyetini de zorlaştıran bir hükümdür. Önalım hakkı sahibi dava açmadan, hakkını yenilik doğurucu bir

³⁸¹ GÜMÜŞ, s. 142, dn. 119.

³⁸² HATEMİ, Hüseyin: Das Vorkaufsrecht im Neuen Türkischen ZGB, Prof. Dr. Pierre Widmer'e Armağan, İstanbul 2005, s. 170 (HATEMİ, Vorkaufsrecht olarak anılacaktır).

³⁸³ HATEMİ, Vorkaufsrecht, s. 171.

beyanla alabilecek iken bu hüküm nedeniyle, dava açmak zorunda bırakılmaktadır³⁸⁴.

Medeni Kanununun 734. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı savıyla Anayasa Mahkemesi'nin 2003/34 E. sayılı dosyası ile iptal davası açılmıştır³⁸⁵. İtiraz yoluna başvuran mahkemelerin gerekçelerinde; itiraz konusu kurallardaki önalım hakkı nedeniyle, pay sahibinin payını istediği şahıslara serbestçe piyasa şartlarına göre oluşacak rayiç bedelle satma hakkından mahrum olduğu gibi üçüncü şahısların da paydaşların önalım hakkını kullanma olasılığı nedeniyle taşınmazı rayiç bedel üzerinden satın almaktan kaçınmalarına yol açtığı, bunun taşınmazın satılmasını zorlaştırdığı, bu durumun satıcı paydaşı, diğer paydaşlara bağlı kıldığı, itiraz konusu kurallarda pay satımına getirilen bu sınırlamanın kamu yararına dayanmadığı, 4721 sayılı Yasa'nın 736. maddesinde alım ve geri alım haklarının kullanılması için dava açmanın zorunlu bulunmamasına rağmen yasal önalım hakkının kullanılabilmesi için dava açmanın zorunlu kılınmasının kamu düzeni kavramıyla açıklanmasının mümkün olmadığı, ayrıca açılması zorunlu dava nedeniyle davalının kanun gereği yargılama giderleriyle sorumlu olmasının hak arama özgürlüğünü de zorlaştırdığı, yasal zorunluluk olmadan dava açılması halinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 94. maddesinin birinci fıkrası gereğince davalının ilk duruşmada davayı kabul edip herhangi bir yargılama gideri ve vekalet ücreti ödememe imkanı olduğu halde, Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin yorumuna göre, aleyhine dava açılmasına sebebiyet veren kişi konumuna düşeceği için yasal önalım hakkı davasında davalının, davacının yapmış olduğu tüm yargılama giderleri ile vekalet ücreti ve ilam harcından sorumlu olduğu, bu nedenlerle başvurulara konu kuralların Anayasa'nın Başlangıç Bölümü ile 2., 5., 10., 12., 17., 35., 36. ve 141. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi'nin kararında ise aynen şu ifadeler yer almaktadır:
“... 736. maddedeki alım ve geri alım hakları, sözleşmeden doğan, taraflar

³⁸⁴ AKIN, s. 733.

³⁸⁵ 12.12.2007 T., 2003/34 E., 2007/94 K. (RG 28.02.2008, S. 26801).

arasında etki oluşturan, sözleşmede belirlenen süre içinde ve hak sahibi tarafından istenildiği zaman kullanılabilen kişisel nitelikte haklardır. Yasal önalım hakkı ise yasadan kaynaklanır, sözleşme söz konusu olmadığı için, pay satın alan bütün üçüncü kişilere karşı hüküm doğurur ve aynı hak niteliğindedir. Bu nedenlerle yasal önalım hakkı, alım ve geri alım haklarından ayrılır ve bu iki gruptaki hak sahipleri de, hakkın doğumu, niteliği ve kullanılması bakımından aynı hukuksal durumda bulunmadıklarından kural Anayasa'nın 10. maddesine aykırı değildir.

Kuralın, 743 sayılı Türk Medeni Kanunu döneminde dava zorunluluğunun olmamasından kaynaklanan mağduriyetlerin giderilmesi ve ayrıca büyük çoğunlukla dava ile sonuca gidilebilme uygulaması da gözetilerek yasal önalım hakkının amacına uygun bir biçimde kullanılması için getirildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle hak arama özgürlüğüne aykırılıktan söz edilemez.

Yasal önalım hakkının kullanıldığı davanın ilk duruşmasında davayı kabul eden davalının, yargılama giderleri ile vekâlet ücreti ve ilam harcından sorumlu olup olmayacağı konusunun, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 94. maddesi ve ilgili mevzuat hükümlerine göre belirlenmesi gerektiği açıktır. Kuralın davaların en az giderle ve kısa sürede sonuçlandırılması amacına da aykırı bir hüküm içermediği gözetildiğinde Anayasa'nın 141. maddesine aykırı olmadığı kuşkusuzdur'.

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda aktardığımız kararında yasal önalım hakkı bir aynı hak, alım ve geri alım hakları da nisbi hak olarak nitelendirilmiştir. Kararda önalım hakkının yenilik doğuran hak niteliği üzerinde hiç durulmamış ve yasal önalım hakkının muhatabının herkes olabileceği belirtilerek önalım hakkına aynı hak niteliği verilmiştir.

Yasal önalım hakkının muhatabı herkes değil paylı mülkiyete tabi taşınmazda pay satın alan ve bu payı satın aldığı tarihte taşınmaz üzerinde paydaş sıfatına sahip olmayan bir üçüncü kişidir. Yasal önalım hakkının

mülkiyet hakkının kanundan doğan bir kısıtlaması olarak tapu siciline tescil edilmesi gerekmeksizin herkese karşı ileri sürülebilmesi, bu hakkın aynı hak olarak nitelendirilmesini gerektirmez.

Anayasa Mahkemesinin yasal önalım hakkını aynı hak olarak nitelendirmesi hukuki temelden yoksundur. Aynı haklarda sınırlı sayıda olma (numerus clausus) ilkesi geçerlidir. Bu ilkenin sonucu olarak kanunda yer verilenler dışında yeni bir aynı hak oluşturulması mümkün değildir. Aynı haklar bir kimseye bir mal üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet sağlayan, herkese karşı ileri sürülebilen ve herkes tarafından ihlal edilebilen haklardır³⁸⁶.

Yasal önalım hakkı, yukarıda kısaca açıklamaya çalıştığımız aynı hakların verdiği yetkiye sahip bir hak değildir. Yasal önalım hakkı paylı mülkiyete tabi taşınmazda paydaşlardan birinin payını, paydaş olmayan bir üçüncü kişiye sattığında, hak sahibine bu payı öncelikle satın alma yetkisi vermektedir. Hakkın verdiği yetki bununla sınırlı olup; hak herkese karşı değil sadece önalım yükümlüsüne karşı ileri sürülebilir. Açıklanan nedenlerle ve aynı hakların sınırlı sayıda olması ilkesi gereğince yasal önalım hakkının aynı hak olarak nitelendirilmesi isabetsizdir.

Bir an için yasal önalım hakkı sahibinin taşınmazdaki payı üzerinde mülkiyet hakkına ve dolayısıyla bir aynı hakka sahip olduğu düşünülebilirse de, bu sonuç yine de kabul edilemez. Zira paylı mülkiyette, paylı mülkiyet konusu şey bir bütün olarak tek bir mülkiyet hakkının konusu olmakla birlikte birden çok kimse mülkiyetin bir payına sahiptir. Dolayısıyla önalım hakkı sahibi, paylı mülkiyet konusu taşınmazın tamamında değil, sadece kendi payı üzerinde mülkiyet hakkının verdiği yetkilere sahiptir.

Anayasa mahkemesinin yasal önalım hakkının kanundan kaynaklanması ve sözleşme söz konusu olmadığından alım ve geri alım hakları ile aynı hukuksal durumda bulunmadığı yönündeki tespiti de yerinde değildir. Zira bu

³⁸⁶ **TEKİNAY**, Medeni Hukuk, s. 145.

yöndeki tespit, hakları, aynı hak ve nisbi hak olmak üzere iki tür olarak sınırlandırmaktadır. Halbuki hak türü olarak, kullanılmaları üzerine yeni bir hukuk ilişki yaratan yenilik doğuran haklar da bulunmaktadır. Ayrıca yasal önalım hakkının, alım ve geri alım hakkından farklı boyutu sadece kaynağının kanun olmasıdır. Aktarılan nedenlerle sadece, alım ve geri alım hakkı gibi yenilik doğuran hak niteliğinde olan, önalım hakkı için dava açma zorunluluğu getirilmiş olması aynı kategoride bulunan haklar arasında eşitsiz bir durum yaratmaktadır.

Sonuç olarak; yenilik doğuran hak niteliğindeki önalım hakkının tek taraflı bir hukuki işlem ile kullanılabilmesi gerektiği, bunun için bir dava açılmasına gerek olmadığı konusunda yukarıda aktardığımız tüm eleştirilere katılmaktayız. Ancak, Medeni Kanunun konuya ilişkin düzenlemesi iptal edilmediğinden, yürürlükteki hükümlere göre önalım hakkı ancak dava açmak suretiyle kullanılabilir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASININ SONUÇLARI, ÖNALIM DAVASI ve ÖNALIM HAKKININ SONA ERMESİ

I. GENEL OLARAK

Çalışmamızın bu bölümünde önalım hakkının kullanılması ile meydana gelen hukuki sonuca ilişkin ileri sürülen görüşlere değindikten sonra önalım hakkının malvarlığına etkisi, hakkın kullanılması üzerine tarafların hakları ve borçları incelenecektir.

Medeni Kanunun önalım hakkının dava açılarak kullanılacağına ilişkin düzenlemesi doğrultusunda, bu davanın ve dava sonunda verilen kararın niteliği tespit edilecektir. Dava sırasında mahkemenin vereceği depo kararı ve dava sonunda verilen kararın mülkiyet hakkının geçiş anına etkisi açıklanmaya çalışılacaktır. Önalım davasının tarafları, hak kullanıldıktan sonra üçüncü kişilerin taşınmazda hak kazanmış olup olmamalarına göre değerlendirilecektir.

Önalım hakkının sona ermesi ile ilgili açıklamalarımızda önalım hakkından feragat ve önalım hakkının kullanılmasından feragat işlemleri İsviçre Medeni Kanunundaki düzenlemelerle karşılaştırmalı olarak aktarılacaktır.

II. ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASI ile MEYDANA GELEN HUKUKİ SONUÇ

Önalım hakkının kullanılması ile oluşan yeni hukuki durumun ve sonuçlarının nitelendirilmesi, tarihi gelişim içinde birçok görüş farklılıklarının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Özellikle sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılması ile alıcı üçüncü kişinin satıcı ile önalım hakkı sahibi arasındaki hukuki ilişkiye nasıl dahil edileceği ve onun önalım konusu

taşınmazın mülkiyetini önalım hakkı sahibine devretme yükümlülüğü bulunduğu meselesi uzun yıllar hukuk dünyasını meşgul etmiştir³⁸⁷. Günümüzde artık bu görüşler terk edilmiş ve önalım hakkının kullanılması üzerine önalım yükümlüsü (tescil yapılmamışsa satıcı/tescil yapılmışsa alıcı) ile hak sahibi arasında yeni bir satım ilişkisinin kurulduğu konusunda doktrinde görüş birliği vardır³⁸⁸. Ancak konunun tarihi gelişimini belirtmek amacıyla biz yine de bu konuda ileri sürülmüş görüşlere kısaca değineceğiz.

A. RESMİ BİR SATIM SÖZLEŞMESİ YAPILMASINI TALEP ETME GÖRÜŞÜ

Bu görüşe göre hakkın kullanılması üzerine önalım yükümlüsü, önalım konusu malın mülkiyetini hak sahibine devretme borcu altına girer. Ancak bu borcun geçerli bir şekilde doğumu ve ifası için her şeyden önce resmi bir satım sözleşmesinin düzenlenmesi zorunludur. İşte önalım hakkının kullanılması üzerine hak sahibi, önalım yükümlüsünden bu resmi satım sözleşmesinin düzenlenmesini isteme hakkını elde eder³⁸⁹.

Görüş, önalım hakkının ve kullanma beyanının niteliğine uygun olmadığı; yenilik doğuran hak olan önalım hakkının kullanıldığına ilişkin irade beyanın muhataba ulaşması ile karşı tarafın kabulü gerekmeksizin iki tarafı bağlayan yeni bir satım ilişkisi meydana geldiği; önalım sözleşmesi için yazılı şeklin yeterli olduğu ve yasal önalım hakkı için ise herhangi bir şekil şartının bulunmadığı belirtilerek eleştirilmiştir³⁹⁰.

³⁸⁷ **ŞIPKA**, Kanuni Önalım, s. 174.

³⁸⁸ Ayrıntılı bilgi için bk. Üçüncü Bölüm II D.

³⁸⁹ Bu görüşü savunanlar ve bu görüşe karşı yapılan eleştiriler için bk. **FEYZİOĞLU**, Şufa, s. 328; **SEBÜK**, s. 94.

³⁹⁰ Eleştiriler için bk. **FEYZİOĞLU**, Şufa, s. 328; **SEBÜK**, s. 94; **VELİDEDEOĞLU/ESMER**, s. 426.

B. ÇIFTE DEĞİŞİKLİK GÖRÜŞÜ

Çifte değişiklik görüşüne göre, alıcı üçüncü kişinin mülkiyeti kazanması önalım hakkı sahibinin hakkını kullanmaması şartına bağlıdır³⁹¹. Önalım hakkı sahibi hakkını kullanınca alıcı üçüncü kişi adına yapılmış tescil yolsuz bir tescil halini alır ve mülkiyet alıcıya geçmemiş sayılır. Diğer taraftan önalım hakkının kullanılması üzerine hak sahibi ile satıcı arasında yeni bir ilişki doğar. Böylece çifte bir değişiklik meydana gelmiş olur.

Bu görüş de kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Her iki görüş yukarıda belirtilen şekilde çifte bir değişikliğin meydana geldiğini kabul etmekle birlikte, ayrıldıkları nokta açılacak davalar bakımındandır. Birinci görüşe göre önalım hakkı sahibi iki dava açmak zorundadır. Hak sahibi, adına tescil yapılmış olan alıcı üçüncü kişiye, Medeni Kanununun 1025. maddesine dayalı tapu sicilinin düzeltilmesi ve asıl borçlu satıcıya karşı da Medeni Kanununun 716. maddesine dayalı mülkiyetin hükmen geçirilmesi davası açmalıdır³⁹². İkinci görüşe göre ise hak sahibi, üçüncü kişi alıcıya karşı açacağı tek bir dava ile doğrudan doğruya tapu sicilinin düzeltilmesini ve mülkiyetin kendi adına tescilini talep edebilir³⁹³.

C. HALEFİYET GÖRÜŞÜ

Halefiyet görüşüne göre önalım hakkının kullanılması ile önalım hakkı sahibi taşınmazı satın alan alıcıya halef olmakta, onun yerine geçerek hak ve borçlarına sahip olmaktadır³⁹⁴. Satıcı ile alıcının yaptığı satım sözleşmesi hiç yapılmamış sayılmaktadır. Önalım hakkı sahibinin hakkını kullandığını beyan etmesi ve satım bedelini ödemesi halinde yeni bir sözleşme yapmaya ihtiyaç olmaksızın hak sahibi taşınmazın mülkiyetini kazanmış olur. Alıcı adına tescil

³⁹¹ Bu görüşü savunanlar ve bu görüşe yapılan eleştiriler için bk. **FEYZİOĞLU**, s. 329; **ŞIPKA**, Kanuni Önalım, s. 178.

³⁹² **FEYZİOĞLU**, Şufa, s. 329.

³⁹³ **KORAL**, Rabi: Şufada İstihlaf Fikri Kayıt Tashihi Davası ve Temyiz Tevhidi İçtihat Kararı, A. Samim Gönensay'a Armağan, İstanbul 1955, s. 276–286. Eleştiriler için bk. **FEYZİOĞLU**, Şufa, s. 329 vd.

³⁹⁴ Ayrıntılı bilgi için bk. **FEYZİOĞLU**, Şufa, s. 332 vd; **VELİDEDEOĞLU/ESMER**, s. 426.

yapılmış ise bu tescilin geçerli bir hukuki sebebi kalmaz ve bu nedenle alıcıya karşı tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılmalıdır³⁹⁵.

Velidedeoğlu/Esmer önalım hakkı kullanılınca, önalım hakkı sahibinin alıcının yerine geçerek malik olmasını tam halefiyet; alıcının sadece tescili talep etmek konusunda alıcıya halef olmasını ise eksik halefiyet olarak adlandırmaktadırlar³⁹⁶. Tam halefiyet görüşüne göre hakkın kullanılması ve bedelin ödenmesi ile mülkiyet ve taşınmazın yarar ve hasarı artık alıcıdan ayrılarak önalım hakkı sahibine geçer. Eksik halefiyet görüşüne göre ise hakkın kullanıldığına ilişkin beyanın muhataba ulaşması ile bir taraftan hak sahibi ve diğer taraftan önalım yükümlüsü veya hukuki halefi arasında bir satım ilişkisi meydana gelir. Bu ilişkiden satım sözleşmesine ilişkin haklar doğar. Hak sahibi tek taraflı irade beyanı ile meydana getirdiği satım sözleşmesine dayanarak mülkiyetinin kendisine devredilmesini; diğer taraf da önalım bedelinin ödenmesini talep hakkına sahip olurlar. Hak sahibi ile önalım yükümlüsü arasında satım sözleşmesi tek taraflı irade beyanı ile kurulmuş olduğundan, ayrıca resmi şekilde bir satım sözleşmesi yapılması gerekmez³⁹⁷.

Yargıtay 20.6.1951 tarihli ve 13/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında önalım hakkının kullanılması ile hak sahibinin; alıcıya halef olacağına, mülkiyetin kendisine geçeceğine ve alıcıya karşı bir tapu sicilinin düzeltilmesi davası açması gerekeceğine karar vermiştir³⁹⁸. Ancak Yargıtay, 11.2.1959 tarihli ve 10/12 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile bu görüşü terk etmiştir³⁹⁹.

³⁹⁵ **MARDİN**, Ebül'ülâ: Şufada İstihlaf Nazariyesi, İBD 1948, C. 22, s. 590; **SAYMEN/ELBİR**, s. 407.

³⁹⁶ **VELİDEDEOĞLU/ESMER**, s. 426. **SUNGURBEY**, alacak hakkının halefiyet yoluyla geçtiği hallerin kanunda açıkça belirtilmiş olduğunu, önalım hakkında ise bu yönde bir açıklık bulunmadığından eksik halefiyet görüşünün kabul edilemeyeceğini; mülkiyet hakkının halefiyet yoluyla geçemeyeceğini, çünkü bunun sadece alacak hakkı ve ferî haklarda mümkün olduğunu belirterek tam halefiyet görüşünün de kabul edilemeyeceğini belirtmektedir (**SUNGURBEY**, İsmet: Şufada Halefiyet Görüşü'nün Tenkidi, MHAD, İstanbul 1957, S.1, N. 1, s. 52 [**SUNGURBEY**, Halefiyet olarak anılacaktır]). Ayrıca bk. **FEYZİOĞLU**, Sufa, s. 327, 342, dn. 606.

³⁹⁷ **VELİDEDEOĞLU/ESMER**, s. 427. Görüşün eleştirisi için bk. **SUNGURBEY**, Halefiyet, s. 52.

³⁹⁸ "...Şefiî şufa hakkını kullanmasıyla husule gelen yeni hukuki vaziyet göz önünde tutulursa şufa davasının bir kayıt tashihi davasından ibaret olduğu sonucuna varılır. Her ne kadar doktrinde bu davanın mülkiyetin devrini tazammum ettiği de ileri sürülmüş ise de; şefiî

Görüş, halefiyette bir yenilik olmadığı fakat yenilik doğuran hakkın kullanılması ile yeni bir ilişki kurulduğu, bu iki kavramın birbirine zıt olduğu; tapu sicilinin düzeltilmesi davası açan kimsenin, davanın ilişkin olduğu taşınmaz üzerinde bir aynı hakka sahip olması gerektiği halde, önalım hakkı sahibinin taşınmaz üzerinde böyle bir hakkının bulunmadığı ve bu nedenle onun mülkiyeti tam olarak elde etmiş alıcıya karşı açacağı davanın tapu sicilinin düzeltilmesi davası olarak kabul edilemeyeceği belirtilerek eleştirilmiştir⁴⁰⁰.

D. YENİ BİR SATIM İLİŞKİSİ KURULDUĞU GÖRÜŞÜ

Bu görüşe göre, önalım hakkı sahibinin hakkını kullandığına ilişkin yenilik doğuran beyanının önalım yükümlüsüne ulaşması ile yeni bir satım ilişkisi doğar⁴⁰¹. Satım ilişkisini doğuran, önalım hakkının kullanılmasıdır. Bu yeni satım ilişkisi, önalım hakkının bir yenilik doğuran hak, kullanma iradesinin de yenilik doğuran bir beyan olmasının doğal sonucu olarak, kullanma beyanının muhataba ulaşması ile birlikte derhal ve kendiliğinden meydana gelir. Bir yenilik doğuran hakkın kullanılması ile istenilen (yenilik doğurucu) sonuç beyanının muhataba ulaştığı andan itibaren, muhatabın kabul beyanına gerek

şufa hakkını kullanmak suretiyle müşteriye halef olması prensibi, bizi daha ziyade davanın kayıt tashihi davası mahiyetini arz ettiği hususundaki ilmi içtihatlarla temayül ettirmektedir. Davanın mülkiyetin devrini tazammun ettiği yolundaki içtihadı göre de mülkiyetin en geç hükmün kesinleştiği tarihte şefie geçmiş olduğu kabul edilmektedir. Bu içtihadı temayül edilmesi halinde de, şufa bedelinin her halde hükümden önce ödenmiş olması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Çünkü müşteri satış bedelini peşinen ödediği gibi şefi de meşfu hisseyi iktisaptan önce şufa bedelini ödemesi lazımdır. Mülkiyet hükümlerle devredilmiş olacağına göre bu devirden yani hükümden önce şefi kendisine terettüp eden vecibeleri tamamen yerine getirmiş olması zaruridir. Şufaya ait hükmün ise kayıtsız ve şartsız ve yalnız tapu kaydının düzeltilmesini ihtiva etmesi bu düşüncelerin bir neticesi olarak belirmektedir....” (RG 7.11.1951, S. 7950).

³⁹⁹ RG 29.4.1959, S. 10194.

⁴⁰⁰ FEYZİOĞLU, Şufa, s. 337; KORAL, s. 273–275; SEBÜK, s. 96.

⁴⁰¹ AYİTER, Eşya Hukuku, s. 137; AYAN, Mülkiyet, s. 259; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 617; HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s. 609–611; KIRCA, s. 1183, 1200; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 452; OLGAÇ, s. 104; ÖNEN, s. 13, 88, dn. 30; ŞIPKA, Kanuni Önalım, s. 202; TEKİNAY, meydana gelen bu yeni durumu satım benzeri bir hukuki ilişki olarak nitelendirmektedir (TEKİNAY, Takyitler, s. 18, 28- 30).

olmaksızın gerçekleşir, hüküm ve sonuç doğurur⁴⁰². Yargıtay 26.12.1951 tarihli 1/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında bu görüşü benimsemiştir⁴⁰³.

Yenilik doğuran haklar kullanılmakla, daha önce bulunmayan bir hukuki ilişki doğabileceği gibi önceden var olan bir hukuki ilişki değişime uğrayabilir ya da tamamen ortadan kalkabilir. Buna göre yenilik doğuran hakkın kurucu, değiştirici ve bozucu olmak üzere üç değişik etkisi bulunmaktadır⁴⁰⁴. Yeni bir hukuki ilişki kurulmasını sağlayan yenilik doğuran haklara kurucu yenilik doğuran haklar denilmektedir. Önalım hakkı da kurucu yenilik doğuran bir haktır⁴⁰⁵. Bu hakkın kullanılmasıyla birlikte yeni bir hukuki durum ortaya çıkmakta, satım ilişkisi kurulmaktadır⁴⁰⁶.

Yasal önalım hakkı kullanınca önalım hakkı sahibi ile muhatap arasında, önalım hakkının kullanılmasına yol açan satım sözleşmesinin şartlarına uygun bir satım ilişkisi doğar. Sözleşmeden doğan önalım hakkında ise kurulan satım ilişkisinin hükümleri önalım sözleşmesinde bir kayıt olup olmamasına göre değişir. Önalım sözleşmesine özel hükümler konmamışsa, önalım hakkının kullanılmasından doğan satım ilişkisi, önalım hakkının kullanılmasına yol açan (taşınmaz maliki ile alıcı üçüncü kişi arasındaki) satım ilişkisinin aynıdır. Önalım sözleşmesine (bedel gibi) özel hükümler konmuşsa, hak kullanılınca muhatap ile hakkı sahibi arasında bu hükümlere uygun bir satım ilişkisi kurulur⁴⁰⁷.

⁴⁰² Yargıtay da prensip olarak aynı görüşte olmakla beraber, uygulamada kolaylık ve emniyet nedeniyle inşai sonucun önalım bedelinin mahkeme kalemine yatırıldığı anda doğmasını uygun bulmaktadır. "...Kurucu yenilik doğuran hakların kullanıldığı, muhataba ulaştırıldığı anda yenilik doğuran durum meydana gelir. Şufa hakkı da bu nitelikte olduğundan hakkın kullanıldığının ulaşması anında sonuç doğurması gerekirse de uygulamadaki sakıncaları nedeniyle mahkeme içtihatlarıyla bu hakkın ulaştığı anda değil, önalım değeri ile giderlerinin mahkeme kalemine yatırıldığı anda sonuç doğuracağı benimsenmekte ve bu yolda uygulanmaktadır" (Yarg. 4 HD, 11.9.1972 T. 480 E. 7123 K., karar için bk. **ÖZENLİ**, s. 193–194). Kararın eleştirisi için bk. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 453, dn. 1056.

⁴⁰³ RG 12.4.1952, S. 8084.

⁴⁰⁴ **ÖNEN**, s. 8.

⁴⁰⁵ **BERTAN**, s. 728; **BUZ**, s. 192 vd; **DEMİRBAŞ**, s. 54; **ERÇİN**, s. 3013; **FEYZİOĞLU**, Şufa, s. 17; **ÖNEN**, s. 21; **SEBÜK**, s. 35; **SEROZAN**, Sözleşme, s. 48.

⁴⁰⁶ **ÖNEN**, s. 21.

⁴⁰⁷ **AYAN**, Mülkiyet, s. 259; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 439–400, 452.

Önalım hakkının kullanılması üzerine yeni bir satım ilişkisi, diğer bir anlatımla yeni bir borç ilişkisi kurulduğunu böylece belirtmiş bulunuyoruz. Medeni Kanun değişikliğinden önce bu satım ilişkisinin hakkın kullanılması ile doğacağı kabul edilmekteydi. Kanun değişikliğinden sonra ise önalım hakkı yenilik doğuran bir dava olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle satım ilişkisinin tek taraflı bir beyanla kurulması artık hukuken mümkün değildir. Yeni düzenlemeye göre, satım ilişkisinin, hakkın kullanıldığına ilişkin beyanı içeren dava dilekçenin karşı tarafa ulaşmasıyla kurulacağını söyleyebiliriz⁴⁰⁸.

Çalışmamızın bundan sonraki bölümünde kurulan bu satım ilişkisinin tarafları, tarafların bu ilişkiden doğan hak ve borçları üzerinde durulacaktır. Ancak bu konulara geçmeden önce kısaca malvarlığını etkileyen işlemler ve önalım hakkının malvarlığına etkisi ele alınacaktır.

III. ÖNALIM HAKKININ MALVARLIĞINI ETKİLYEN İŞLEMLER KARŞISINDAKİ YERİ

A. GENEL OLARAK

Bir kimsenin para ile ifade edilebilen tüm hak ve borçları, o kimsenin malvarlığını oluşturur⁴⁰⁹. Diğer bir deyişle malvarlığı kişinin ekonomik değer taşıyan hak ve borçlarıdır⁴¹⁰. Her gerçek ve tüzel kişinin haklardan oluşan aktif ve borçlardan oluşan pasif kısmı ile malvarlığı mevcuttur⁴¹¹. Önalım hakkı kullanılmadan, malvarlığın aktifinde bir malvarlığı değeri olarak yer almaktadır. Hakkın kullanılması ile malvarlığında meydana gelen değişikliği, malvarlığını etkileyen işlemler konusundaki açıklamalarımızdan sonra inceleyeceğiz.

⁴⁰⁸ YÜCEL, 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. www.kazanci.com.tr, çevrimiçi, 18.3.2010).

⁴⁰⁹ AYİTER, Nuşin: Mamelek Üzerine Bir İnceleme, Ankara 1968, s. 18 (AYİTER, Mamelek olarak anılacaktır); OĞUZMAN/BARLAS, s.125; DURAL/SARI, s. 140 vd.

⁴¹⁰ AYİTER, Mamelek, s. 18; OĞUZMAN/BARLAS, s.125.

⁴¹¹ DURAL/SARI, s. 171; ÖZMEN/YÜCE, s. 952 vd.

Malvarlığını etkileyen işlemler, malvarlığı azalan için borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu işlemlerden her ikisi malvarlığında bir eksilme meydana getirmektedir. Borçlandırıcı işlemler malvarlığının pasif bölümünü artırırlar; tasarruf işlemleri ise malvarlığının aktifini azaltırlar. Bu işlemler malvarlığı artan taraf için kazandırıcı işlem olarak adlandırılmaktadır⁴¹².

Kazandırıcı işlemler, kazandırma kavramı içinde yer almaktadır. Kazandırma, bir kimseye malvarlığına ilişkin menfaat sağlanmasıdır. Malvarlığına ilişkin sağlanan menfaat, aktifin artması şeklinde olabileceği gibi pasifin azalması ya da aktifin azalmasına engel olunması şeklinde de ortaya çıkabilir. Kazandırıcı işlem, kazandırmada bulunan açısından bir tasarruf işlemi veya borçlandırıcı işlem niteliği taşır⁴¹³.

Aşağıda öncelikle borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi kavramları açıklanacak ve devamında önalım hakkının kullanılmasının malvarlığına etkisi incelenecektir.

B. BORÇLANDIRICI İŞLEM

Borçlandırıcı işlemler, işlemi yapan kişiyi borç altına sokan ve malvarlığının pasif kısmını çoğaltan işlemlerdir⁴¹⁴. Borçlandırıcı işleme konu edilen hak -malvarlığı değeri-, malvarlığında kalmaya devam eder. Bu nedenle aynı hak üzerinde birden fazla borçlandırıcı işlem yapılabilir⁴¹⁵. Birbiri ile çelişen birden fazla borçlandırıcı işlem yapılması halinde bu işlemlerin her biri geçerlidir ve bunlar arasındaki tarih sırasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır⁴¹⁶.

⁴¹² DURAL/SARI, s. 175; FEYZİOĞLU, F. Necmeddin: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1976, s. 45 (FEYZİOĞLU, Borçlar olarak anılacaktır); OĞUZMAN/BARLAS, s. 159.

⁴¹³ DURAL/SARI, s. 175–176; FEYZİOĞLU, Borçlar, s. 45; OĞUZMAN/BARLAS, s. 162; ÖZMEN/YÜCE, s. 953; von TUHR, s.194.

⁴¹⁴ DURAL/SARI, s. 171; FEYZİOĞLU, Borçlar, s. 40; OĞUZMAN/BARLAS, s. 159; ÖZMEN/YÜCE, s. 954; TUNÇOMAĞ, Borçlar Genel, s. 138; von TUHR, s. 190.

⁴¹⁵ DURAL/SARI, s. 172; TUNÇOMAĞ, Borçlar Genel, s. 138; von TUHR, s. 190.

⁴¹⁶ BELEN, Herdem: Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarının Faaliyetlerinin Medeni Hukuk Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul 2002, s. 142, (BELEN, Gayrimenkul Yatırım

Borçlar hukuku uyarınca düzenlenen sözleşmeler çoğunlukla borçlandırıcı işlemlerdir⁴¹⁷. Borçlandırıcı işlemler, işlemi yapan kişinin malvarlığını azaltarak pasifine borç yüklerken, alacaklı tarafın malvarlığının aktifinde bir alacak hakkı doğururlar. Örneğin; satım sözleşmesi bir borçlandırıcı işlemdir ve satıcıya malın mülkiyetini devretme, alıcıya da para ödeme borcu yüklemektedir. Satım sözleşmesi aynı zamanda her iki taraf için kazandırıcı işlem niteliğindedir. Satıcı, satım bedeline, alıcı da mülkiyetin devrine ilişkin alacak hakkı kazanmaktadır⁴¹⁸.

Tasarruf işlemlerinde, zorunlu unsur olan tasarruf yetkisi karşılığında borçlanma yetkisi diye bir kavram bulunmamaktadır⁴¹⁹. Bir kimsenin tasarruf yetkisine sahip olmadığı haklar üzerinde borçlandırıcı işlem yapılması ve bunların geçerli sayılmasındaki amaç karşı tarafı korumaktır⁴²⁰. Tasarruf yetkisi olmayan kimse ifayı gerçekleştiremez. Yapılan borçlandırıcı işlem geçersiz kabul edilirse karşı tarafın borca aykırı davranan taraftan borca aykırılıktan dolayı tazminat talep etme hakkı olmayacaktır⁴²¹. Ancak tasarruf yetkisi olmayan bir hak üzerinde yapılan borçlandırıcı işlem geçerli kabul edilirse işlemin karşı tarafı, zararını borca aykırılık hükümlerince tazmin ettirebilecektir (BK m. 96 vd)⁴²².

Borçlandırıcı işlem geçersiz kabul edilirse Borçlar Kanununun borca aykırılık hükümleri uygulanamayacaktır. Bu durumda ancak haksız fiil hükümleri uyarınca tazminat talep edilebilirdi. Ancak alacaklı için borçluyu, borca aykırılık hükümlerine göre sorumlu tutmak, haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutmaktan daha elverişlidir. Zira haksız fiil hükümleri uyarınca tazminata hak kazanabilmek için davacı (haksız fiil mağduru), davalının

Ortaklıkları olarak anılacaktır); **ÖZMEN/YÜCE**, s. 956; **TUNÇOMAĞ**, Borçlar Genel, s. 138; **von TUHR**, s. 190.

⁴¹⁷ **ÖZMEN/YÜCE**, s. 954.

⁴¹⁸ **DURAL/SARI**, s. 172–175; **ÖZMEN/YÜCE**, s. 954–955; **von TUHR**, s. 190.

⁴¹⁹ **ÖZMEN/YÜCE**, s. 954; **von TUHR**, s. 190.

⁴²⁰ Konu ile ilgili olarak bk. **BELEN**, Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları, s. 142, dn. 244; **KOÇAK**, Duygu: Konut Finansmanı Kanunu Öncesi ve Sonrası Mortgage, İstanbul 2007, s. 20–25; **ÖZMEN/YÜCE**, s. 956.

⁴²¹ **DURAL/SARI**, s. 172–173; **ÖZMEN/YÜCE**, s. 956.

⁴²² **BELEN**, Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları, s. 142; **ÖZMEN/YÜCE**, s. 956.

hukuka aykırı fiili nedeniyle zarara uğradığını, fiil ile zarar arasındaki illiyet bağıını ve davalının kusurlu olduğunu ispat etmek zorundadır (BK m. 41 vd). Borca aykırılık hükümlerinde ise borçlu (davalı) kusursuz olduğunu ispat edemedikçe alacaklının uğradığı zararı tazmin etmek zorundadır (BK m. 96). Zamanaşımı açısından da borca aykırılık hükümleri daha elverişlidir. Zira haksız fiil nedeniyle tazminat davasının, zararın ve fiilin öğrenilmesinden itibaren bir yıl içinde açılması gerekir (BK m. 60). Buna karşılık borca aykırılık nedeniyle tazminat davasının zamanaşımı süresi on yıldır (BK m. 125).

Borçlandırıcı işlemler bir söz vermeden ibarettir. Bu işlem ile taahhütte bulunan tarafın malvarlığının aktifini doğrudan etkileyen bir değişiklik olmamaktadır. Borçlunun borcunu ifa etmesi başka bir işlemi gerekli kılmaktadır; bu işlem tasarruf işlemi olarak adlandırılmaktadır⁴²³.

C. TASARRUF İŞLEMİ

Tasarruf işlemi, işlemi yapan kişinin malvarlığının aktifini azaltır⁴²⁴. Tasarruf işlemi, tasarrufta bulunanın malvarlığındaki hakka doğrudan etki yaparak, o hakkı başkasına devreder, sınırlar, külfet yükler, değiştirir veya sona erdirir⁴²⁵. Mülkiyetin nakli, alacağın temliki hakkı devreden; bir taşınmaz üzerinde irtifak hakkı kurulması, mülkiyet hakkını sınırlayan; bir borç ilişkisinde borçluya mehil verilmesi, alacağı değiştiren; bir haktan feragat, hakkı sona erdiren tasarruf işlemlerine örnek gösterilmektedir⁴²⁶.

Borçlandırıcı işlem, tasarruf işlemine doğru atılmış ilk adımdır⁴²⁷. Tasarruf işlemi ile borçlandırıcı işlemin doğurduğu borç ifa edilmektedir. Örneğin; taşınır satım sözleşmesi bir borçlandırıcı işlemdir. Satıcının malı alıcıya

⁴²³ ÖZMEN/YÜCE, s. 957.

⁴²⁴ DURAL/SARI, s. 173; OĞUZMAN/BARLAS, s. 160; ÖZMEN/YÜCE, s. 958; TUNÇOMAĞ, Borçlar Genel, s. 138; von TUHR, s.189.

⁴²⁵ AYBAY/HATEMİ, s. 175; DURAL/SARI, s. 173; FEYZİOĞLU, Borçlar s. 40; OĞUZMAN/BARLAS, s. 160; ÖZMEN/YÜCE, s. 958; TUNÇOMAĞ, Borçlar Genel, s. 138; von TUHR, s.189.

⁴²⁶ DURAL/SARI, s. 173; OĞUZMAN/BARLAS, s. 160; ÖZMEN/YÜCE, s. 958.

⁴²⁷ CANSEL, Erol: Menkul Mülkiyetinin Geçişinin İlliliği Meselesi ve Aynı Sözleşme Kavramı, İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s. 335; FEYZİOĞLU, Borçlar, s.41.

teslim etmesi ve alıcının satım bedelini ödemesi tasarruf işlemidir. Bu anlamda taşınmaz üzerinde bir aynı hakka ilişkin olarak yapılan tasarruf işlemi tescil talebidir. Nisbi haklara ilişkin tasarruf işlemleri ise zilyetliğin devri yoluyla gerçekleştirilmektedir. Taşınırlarda ise mülkiyeti devreden tasarruf işlemi teslim, alacak ve diğer hakların devri ise temlik yoluyla yapılmaktadır⁴²⁸.

Tasarruf işlemlerinin geçerliliğinin buna temel teşkil eden borçlandırıcı işlemin geçerliliğine bağlı olup olmamasına göre tasarruf işlemleri ikiye ayrılmaktadır. Bazı tasarruf işlemlerinin geçerli olabilmesi, bu işlemin yapılmasına sebep ve dayanak oluşturacak geçerli bir borçlandırıcı işlemin varlığı gerektirir. Bu tür tasarruf işlemlerine sebebe bağlı (illi) tasarruf işlemleri denir. Sebebe bağlı tasarruf işlemlerinde, borçlandırıcı işlemin hiç yapılmamış olması veya herhangi bir sebeple geçersiz olması, tasarruf işleminin de geçersizliğine yol açar. Örneğin, taşınmaz mülkiyetinin devri sebebe bağlı bir tasarruf işlemidir⁴²⁹.

Geçerli bir borçlandırıcı işlemin varlığına gerek duymayan tasarruf işlemlerine sebepten soyut (mücerret) tasarruf işlemleri denilmektedir. Bu işlemler kendilerine temel teşkil eden borçlandırıcı işlem hükümsüz bile olsa geçerlidir. Ancak bu durumda tasarruf işlemi ile malvarlığı artan kişinin bu kazanımı sebepsiz zenginleşme hükümlerince geri istenebilir⁴³⁰.

Hakların özünü etkiledikleri için, borçlandırıcı işlemde farklı olarak, tasarruf işlemini yapan kimsenin o hak üzerinde tasarruf yetkisinin olması gerekir. Bir kimsenin, hakka doğrudan doğruya etki edebilme yetkisine

⁴²⁸ **DURAL/SARI**, s. 174; **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 160; **ÖZMEN/YÜCE**, s. 958; **von TUHR**, s. 190.

⁴²⁹ **DURAL/SARI**, s. 174; **FEYZİOĞLU**, Borçlar s. 43; **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 161; **ÖZMEN/YÜCE**, s. 959, dn. 22. Taşınırlara ilişkin tasarruf işleminin sebebe bağlı (illi) mi yoksa sebepten soyut (mücerret) mu olduğu tartışmalıdır. Bu tartışmalar için bkz. **CANSEL**, s. 333–358.

⁴³⁰ Ayrıntılı bilgi için bk. **DURAL/SARI**, s. 174; **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 165; **ÖZMEN/YÜCE**, s. 959, dn. 22; **TUNÇOMAĞ**, Borçlar Genel, s. 142.

tasarruf yetkisi denir. Tasarruf yetkisi borçlandırıcı işlemin yapıldığı anda değil, tasarruf işleminin yapıldığı anda mevcut olmalıdır⁴³¹.

Bir kimse tasarruf yetkisine sahip olmadığı bir hak üzerinde borçlandırıcı işlem yapabilir. Ancak tasarruf yetkisine sahip olmadığından tasarruf işlemini gerçekleştiremez ya da yapılan tasarruf işlemi hükümsüz olur. Buna karşılık tasarruf yetkisine sahip olunmayan hak üzerinde yapılan borçlandırıcı işlem geçerlidir. Bu nedenle bu kişinin tasarruf işlemini yapma borcu devam eder; fakat, bunu gerçekleştiremeyeceği için borca aykırılıktan dolayı sorumlu tutulur. Örneğin; hırsız çaldığı taşınır malı bir kimseye geçerli bir şekilde satabilir. Ancak tasarruf yetkisi bulunmadığından bu malı geçerli şekilde devredemez. Dolayısıyla borcunu ifa edemeyeceği için borca aykırılıktan dolayı tazminat ödemek zorunda kalır⁴³².

Borçlandırıcı işlemlerden farklı olarak aynı konuda birbiri ile çelişen birden fazla tasarruf işlemi yapılamaz. Tasarruf işlemi bir kez yapıldıktan sonra tasarruf yetkisi sona ermektedir. Örneğin, malını satan malik, mülkiyeti alıcıya bir kez devredince, artık o mal üzerinde tasarruf yetkisi kalmadığı için bir daha o malla ilgili tasarruf işlemi yapamaz⁴³³.

Birbiri ile çelişen birden fazla borçlandırıcı işlem yapılmışsa, bunlara ilişkin yapılan tasarruf işlemlerinden tarih bakımından önce yapılan hüküm doğurur. Bu durumda borçlandırıcı işlemlerden birinden doğan borç ifa edildikten sonra diğer borçlar bakımından bir ifa imkansızlığı ortaya çıkmaktadır. Bu ifa imkansızlığı borçlunun kusuru ile ortaya çıktığından borca aykırılık hükümlerince tazminat yükümlülüğü doğmaktadır (BK m. 96 vd). Bu bağlamda tasarruf işlemlerinde, borçlandırıcı işlemlerden farklı olarak, tarih önceliği çok önemlidir⁴³⁴.

⁴³¹ **AYBAY/HATEMİ**, s. 175; **ÖZMEN/YÜCE**, s. 960; **TUNÇOMAĞ**, Borçlar Genel, s. 139–140; **von TUHR**, s.189.

⁴³² **BELEN**, Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları s.144; **KOÇAK**, s. 24; **TUNÇOMAĞ**, Borçlar Genel, s. 141.

⁴³³ **BELEN**, Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları s. 144; **KOÇAK**, s. 24; **ÖZMEN/YÜCE**, s. 959; **von TUHR**, s. 189.

⁴³⁴ **KOÇAK**, s. 24; **ÖZMEN/YÜCE**, s. 960–961; **TUNÇOMAĞ**, Borçlar Genel, s. 139- 141.

Borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemine ilişkin yaptığımız bu genel açıklamalardan sonra önalım hakkının kullanılmasının malvarlığına etkisini incelemeye geçmek istiyoruz. Aşağıda bu konu açıklanacaktır.

D. ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASININ MALVARLIĞINA ETKİSİ

Yukarıda da belirttiğimiz üzere her gerçek ve tüzel kişinin ekonomik değer taşıyan haklardan ve borçlardan oluşan malvarlığı mevcuttur. Maddi değeri olan yenilik doğuran haklar da malvarlığı kapsamına dahildir⁴³⁵. Önalım hakkı, henüz önalım olayı gerçekleşmediği dönemde, hak sahibinin malvarlığının aktifinde bir malvarlığı değeri olarak yer almaktadır. Bu hakkın kaynağı yasal önalım hakkında kanun, sözleşmeden doğan önalım hakkında önalım sözleşmesidir.

Önalım hakkının kullanılması üzerine hak sahibi ile önalım yükümlüsü arasında bir satım ilişkisi kurulmaktadır. Kurulan bu satım ilişkisi, taraflar arasında sanki bir satım sözleşmesi yapılmış gibi malvarlığını etkilemektedir. Satım sözleşmesinden farkı boyutu ise sözleşmenin icap ve kabul sonucu değil, önalım hakkının kullanılması ile kurulmasıdır. Önalım hakkı kullanılıp satım ilişkisi, diğer bir deyişle borç ilişkisi kurulduktan sonra, önalım yükümlüsünün malvarlığının pasif hanesine önalım konusu taşınmazın mülkiyetini devir borcu eklenerek pasif hanesi çoğalmaktadır. Buna karşılık önalım hakkı sahibinin malvarlığının pasif hanesine de önalım konusu taşınmazın bedelini önalım yükümlüsüne ödeme borcu yüklenerek pasif hanesi çoğalmaktadır.

Yenilik doğuran hakların kullanılması ile kurulan, borç doğuran satım ilişkisi, taraflar için aynı zamanda bir kazandırıcı işlemdir. Zira önalım hakkının kullanılması ile doğan yeni satım ilişkisinde, hak sahibi ve önalım yükümlüsü bu sözleşmenin tarafları olarak bir takım alacak haklarının da

⁴³⁵ **AYİTER**, Mamelek, s. 122.

sahibi olmaktadır. Önalım hakkı sahibi, mülkiyetin kendisine devrini diğer taraftan isteme alacağına, karşı taraf da satım bedelini talep etme alacağına sahip olur⁴³⁶. Bu yönüyle hakkın kullanılması ile kurulan karşılıklı borç yükleyen satım sözleşmesi her iki taraf için hem borçlandırıcı işlem hem kazandırıcı işlem niteliğindedir.

Önalım hakkının kullanılması ile kurulan satım ilişkisinin tarafları nisbi nitelikte alacak hakları elde etmektedirler. Önalım yükümlüsü taşınmaz mülkiyetinin devri, önalım hakkı sahibi de satım bedelinin ödenmesi borcu altına girmektedir. Önalım yükümlüsü, bu borç ilişkisinden doğan borcunu kendi arzusuyla ifa edebilir. Önalım yükümlüsü borcunu ifa etmediği takdirde, önalım hakkı sahibi dava açarak hakkını elde edebilir. Borcun ifa edilmemesi halinde dava açılması gerekmesine rağmen, Medeni Kanunun yeni düzenlemesine göre borç ilişkisinin kurulması için de dava açılması gerekmektedir. Aşağıdaki bölümde açılan bu davanın özellikleri incelenecektir.

Sonuç olarak; önalım hakkı kullanılmadığı dönemde, hak, hak sahibinin malvarlığının aktifinde, maddi değeri olan bir yenilik doğuran hak olarak yer almaktadır. Hak kullanıldıktan sonra ise taraflar arasında yeni bir satım ilişkisi kurulmaktadır. Bu satım ilişkisinden doğan alacak hakları tarafların malvarlıklarının aktiflerinde, borçlar da pasiflerinde yerini alır.

IV. ÖNALIM DAVASI

A. Genel Olarak

Önalım hakkının kullanılmasıyla kurulan satım ilişkisi, eski düzenlemeye göre önalım hakkı sahibinin tek taraflı irade beyanıyla kurulmaktaydı. Yeni düzenlemeye göre ise satım ilişkisi, hakkın kullanıldığı beyanını içeren dava dilekçesinin karşı tarafa ulaştırılması ile kurulmaktadır.

⁴³⁶ GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 617; ÖZENLİ, s. 14; ŞIPKA, Kanuni Önalım, s. 202.

Önalım hakkı sahibi, hakkın kullanılması üzerine taşınmazın mülkiyetinin devrine yönelik bir alacak hakkına sahip olmaktadır. Önalım yükümlüsü de taşınmaz mülkiyetini devretme borcu altına girmektedir⁴³⁷. Hak kullanıldıktan sonra bütün mesele ifanın temin edilmesinde toplanmaktadır. Çözümü de normal bir satım sözleşmesinin hükümlerinin, taraflara yüklediği hak ve borçların olaya uygulanmasından ibarettir.

Borçlar Kanununun satım sözleşmesi için öngördüğü hükümler bünyesine uygun düştüğü oranda önalım hakkının kullanılmasından doğan satım ilişkisine de uygulanır⁴³⁸. Önalım yükümlüsü ile hak sahibi karşılıklı olarak borçlarını ifa ettiklerinde, diğer bir anlatımla hak sahibi önalım bedelini ödediğinde ve önalım yükümlüsü de taşınmazın mülkiyetini devrettiğinde, her iki tarafın borçları ifayla sona ermektedir. Buna karşılık önalım yükümlüsü borcunu ifa etmediğinde, önalım hakkı sahibi ifa talebiyle dava açabilecektir.

Medeni Kanunun 734. maddesinde yapılan değişiklikten önce, önalım hakkının dava yoluyla kullanılmasının gerekmediği fakat hakkın kullanılması sonrasında elde edilen taşınmazın devrine yönelik alacak hakkının, dava yoluyla kullanılmasının zorunlu olduğu kabul edilmekteydi⁴³⁹.

⁴³⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 451; ÖNEN, s. 88–89.

⁴³⁸ FEYZİOĞLU, Şufa, s. 343; NOMER, Vefa, s. 63; SEBÜK, s. 97.

⁴³⁹ FEYZİOĞLU, Şufa, s. 360–361; ÖNEN, s. 90; ÖZENLİ, s. 166; ŞİPKA, Kanuni Önalım, s. 204. Yargıtay uygulaması da bu yöndeydi. "...şufa hakkı, bir yenilik doğuran (inşai) hak mahiyetindedir ve bir hakkın sahibi tarafından diğer tarafa ulaştırılmış beyan ile kullanılması sonunda hak sahibi ile hissedarin hissesini satın almış bulunan kimse arasında bir satış akti münasebeti doğar ve bu satış münasebeti dolayısıyla hissenin mülkiyeti şefi'e geçmez ve fakat şefi, her alıcı gibi, malın temlikini isteme alacağına sahip olur. Hissenin mülkiyeti şefi'e ancak, kendisinin satış münasebetinden doğan borçlarını yerine getirmesi halinde ve diğer tarafın hisseyi tapuda temlik etmesi yahut şefi'in satış münasebetine dayanarak ve Medeni Kanun'un 642. maddesi hükmünce açtığı tescil davası sonunda, lehinde karar alması ile geçer. Tatbikatta şefi, açtığı tek bir dava ile hem şufa hakkını kullandığını diğer tarafa bildirir ve bu hakkın kullanıldığının tespitini ister, hem de şufa hakkını kullanmış olması sebebiyle meydana gelen satış münasebeti dolayısıyla hissenin kendisine temlikini ister; mahkeme, şufa hakkının kullanılmasının şartları gerçekleşmiş olduğunu ve satış münasebetinden doğan borçlarının (hususiyile satış parasının vadeye bağlı olmadığı hallerde para ödeme borcunu) şefi tarafından yerine getirilmiş bulunduğunu tespit ettikten sonra, hissenin mülkiyetinin şefi'e geçirilmesine karar verir ve ancak bu karar ile şefi hisseye malik olur. Lakin tek bir dava ile neticeye ulaşılmış olması, ortada her şeyden önce tek taraflı bir irade beyanı (şufa hakkının kullanıldığını diğer tarafa bildiren beyan), bundan sonra bu beyan neticesinde meydana gelen satış akti münasebeti ve daha sonra da satış münasebetine dayanan şefi'in hissesinin kendisine temlikini istemesi gibi, üç safhanın mevcut olduğu ve her safhanın hukuki hükümlerinin ayrı olduğu hakikatini bertaraf edemez..." (YİBK 11.2.1959 tarihli 1958/10 E. ve 1959/12 K. RG 29.4.1959, S. 10194).

Tek taraflı bir hukuki işlem olarak bir hukuki ilişkiyi kurma, değiştirme veya sona erdirme yetkisi veren yenilik doğuran haklar dava yoluyla kullanılmaya muhtaç olmadıkları halde, bu hakların kullanılması ile doğan nisbi nitelikteki alacak haklarının ifa edilmemesi halinde dava açılması gerekir⁴⁴⁰. Davaya muhtaç olan hak türü, yenilik doğuran hak değil, bu hakkın kullanılması üzerine meydana gelen alacak haklarıdır. Ancak Medeni Kanun, önalım hakkının ancak dava açılarak kullanılacağını öngördüğünden bu prensip göz ardı edilmiştir (MK m 734). Dolayısıyla önalım hakkının dava yoluyla kullanılması artık zorunludur. Çalışmamızın bu bölümünde önalım davası olarak adlandırılan bu davanın ve yargılama sonunda verilen kararın niteliği, mülkiyetin geçiş anı, depo kararı ve davanın tarafları incelenecektir.

B. Önalım Davasının Niteliği

Önalım davasında hak sahibi, taşınmazın kendi adına tescilini talep etmektedir. Borcun ifa edilmemesi sonucunda alacaklıya tanınmış çeşitli imkanlar bulunmaktadır. İfa davası bunların başında gelir. Doktrinde “aynen ifa” olarak adlandırılan bu dava, alacaklının edimi elde etmesine imkan vermektedir⁴⁴¹. Önalım yükümlüsü (borçlu) borcunu zamanında ifa etmediğinde, borçlu temerrüdüne düşmekte ve önalım hakkı sahibi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünün bir görünümü olan aynen ifayı talep etme hakkına sahip olmaktadır (BK m. 96–108).

Borçlar Kanununun aynen ifaya ilişkin bu sonucu, Medeni Kanunun 716. maddesinde tekrar edilmiştir⁴⁴². Hükme göre: “Mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukuki sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, malikin kaçınması halinde hakimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir”. Önalım hakkında, mülkiyetin kazanılmasına esas olacak hukuki sebep, hakkın kullanılmasıyla birlikte doğan satım ilişkisidir.

⁴⁴⁰ BUZ, s. 159.

⁴⁴¹ ÖZMEN/YÜCE, s. 977.

⁴⁴² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 672.

Önalım hakkı sahibinin açacağı ve önalım davası olarak adlandırılan bu dava tescile zorlama davasıdır (MK m. 716). Önalım yükümlüsü mülkiyetin devri için tescil talebinde bulunmaktan kaçınırsa, önalım hakkı sahibi, tescile zorlama davası açarak taşınmazın adına tesciline karar verilmesini mahkemeden talep eder⁴⁴³. Bu dava yenilik doğuran dava niteliğindedir⁴⁴⁴.

C. Önalım Davası Sonunda Verilen Kararın Niteliği

Medeni Kanunda yenilik doğuran dava olarak düzenlenen önalım davası sonunda verilen kararın niteliğinin belirlenmesi için, hakkın kullanılmasıyla doğan satım ilişkisinin kurulma anının tespit edilmesi gerekmektedir. Eski düzenlemeye göre, satım ilişkisinin önalım hakkı sahibinin hakkını kullandığına ilişkin beyanın karşı tarafa varmasıyla kurulduğu ve önalım yükümlüsü satım ilişkisi uyarınca, taşınmaz mülkiyetini devir borcunu ifa etmediğinde, dava açılması gerektiği kabul edilmekteydi. Davada, mahkemenin, hakkın kullanılması ile satım ilişkisi kurulduğuna yönelik kararının tespit hükmü, taşınmaz mülkiyetinin önalım hakkı sahibi adına tesciline yönelik vereceği kararın ise yenilik doğurucu bir hüküm olduğu belirtilmekteydi⁴⁴⁵.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin bir kararında aynı davada yer alan bu ikili istem ve karar ilişkisi gayet net bir biçimde ifade edilmiştir. Bu karara göre: "... Şufa hakkının kullanılmasıyla beraber satış münasebeti doğmuş olacağı cihetle, şufaya ait mahkeme kararının satış münasebetini tespit eden kısmı yenilik doğuran (inşai) ve (ihdasi) bir hüküm olmayıp daha önce meydana gelmiş olan bir hukuki durumu tespit eden bir hükümden ibarettir. Bu itibarla şufaya dair hüküm kesinleşmesinin akdi münasebete ve dolayısıyla nef'i ve hasar cihetine tesiri olamaz. Şufanın hukuki niteliği yenilik doğuran bir hak olup bu hakkın vevki dava açılarak kullanılması halinde dahi şufa davası

⁴⁴³ **AYAN**, Mülkiyet, s. 260; **BUZ**, s. 67; **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, s. 375; **KIRCA**, s.1200; **ÖNEN**, s. 89; **ŞİPKA**, Kanuni Önalım, s. 203; **TEKİNAY**, Takyitler, s. 51.

⁴⁴⁴ **BUZ**, s. 151; **DEMİRBAŞ**, s. 83; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 439. "...Önalım davası yenilik doğuran bir dava, kararı da yenilik doğuran bir karardır" (YHGK, 13.4.2005 T. 2005/6–230 E. 2005/244 K., (www.kazanci.com.tr), çevrimiçi, 18.3.2010).

⁴⁴⁵ **ÖNEN**, s. 14, 89, 91.

üzerine verilecek hükmün şufanın subutuna ilişkin kısmının yenilik doğuran bir hüküm olmasını gerekli kılmaz. Çünkü bir hükmün yenilik doğuran bir hüküm olması demek, meydana gelecek yeni hukuki durumun ancak hâkimin kararıyla meydana gelmesi demektir Vasiyetin iptali, evlenmenin iptali gibi hükümler buna misal teşkil ederler. Hâlbuki şufada şefi sözlü bir beyanla dahi hakkını kullanmak istediğini hasmına bildirdiği anda şefi ile diğer taraf arasında bir satış münasebeti doğar. Ve satış münasebeti şefia, akit hükümlerince kendisine düşen borçları ve hususiyle satış parası borcunu yerine getirince veya ödemeye hazır olduğunu, parayı yatırarak bildirince gayrimenkulün şefi adına tescilini diğer taraftan isteme hakkını verir. Şu duruma göre: Şufa kararında şefi ile hasmı arasında meydana gelen akit münasebetini tespit eden kısım ihzari bir hüküm, şufa hakkının ilişkin olduğu hisselerin mülkiyetinin şefi'a geçirilmesine ait kısım ise, yenilik doğuran (ihdasi ve inşai) bir hükümdür. Tatbikatta her iki hükmün aynı ilam ile verilmekte olmasına bakılarak gerçekten tek bir hüküm mevcut bulunduğu kabul edilemez. Zira şufa hakkının tesbiti ayrı bir mesele, tespit edilen şufa hakkı sebebiyle mülkiyetin şefi'a geçirilmesi ayrı bir meseledir. Bu sebeplerle, şufaya ait mahkeme kararının, şufa dolayısıyla meydana gelen akdi münasebete ilişkin kısmının ihzari, mülkiyetinin şefi'a geçmesine ait kısmın ise ihdasi olduğu kabul edilmek gerekmektedir. Bu halde kararın akdi münasebete ait kısmının hükümlerini meydana getirmesi için kesinleşmesine ihtiyaç yoktur" (Yarg. 3. HD, 7.10.1963 T. 8102 E. 8510 K.)⁴⁴⁶.

Yenilik doğuran hakların dava açılarak kullanılmalari incelenirken, önalım davasının Medeni Kanunda yenilik doğuran bir dava olarak düzenlendiğini, bu davalarda hak sahibinin (davacının), mahkemeden, muhatabı ile arasındaki mevcut hukuki ilişkinin değiştirilmesine veya sona erdirilmesine ya da onunla arasında yeni bir hukuki ilişki kurulmasına karar verilmesini talep ettiğini ve arzu edilen hukuki değişikliğin hakim bu yönde kurucu nitelikteki kararı ile gerçekleşeceğini ifade etmiştir⁴⁴⁷. Bu nedenle, teorik olarak satım ilişkisinin de mahkemenin vereceği karar ile kurulacağı düşünülebilir. Ancak

⁴⁴⁶ Karar için bk. **ÖNEN**, s. 91, dn. 34.

⁴⁴⁷ Bk. İkinci Bölüm III D 3 b.

Yargıtay satım ilişkisinin, dava dilekçesinin karşı tarafa varmasıyla kurulacağını kabul etmektedir⁴⁴⁸. Ayrıca aşağıda inceleyeceğimiz üzere, önalım davası sırasında, hakim, önalım hakkı sahibi adına tescile karar vermeden önce, depo kararı vermek zorundadır⁴⁴⁹. Depo kararı uyarınca önalım hakkı sahibi, payın adına tesciline karar verilmesinden önce, satım bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerini hakim tarafından belirlenen süre içinde hakimin belirleyeceği yere nakden yatırmakla yükümlüdür (MK m. 734/II). Medeni Kanundaki bu düzenleme dikkate alındığında, satım ilişkisinin mahkemenin vereceği karar öncesinde kurulduğu sonucuna varılabilir. Zira mahkemenin depo kararı vermesi, diğer bir deyişle taraflardan birinin (önalım hakkı sahibinin) borcunu ifa etmesine karar vermesi, satım ilişkisinin mahkemenin nihai kararı öncesinde kurulduğu sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenlerle Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin yukarıda aktardığımız kararında varılan sonucun yeni düzenleme için de geçerli olacağını düşünüyoruz⁴⁵⁰.

Sonuç olarak, tescile zorlama davası niteliğinde (MK m. 716) görülen önalım davasında, yargılama sonunda mahkemenin, hak sahibi ile muhatap arasında satım ilişkisinin gerçekleştiğine yönelik vereceği karar bir tespit hükmü; taşınmaz mülkiyetinin önalım hakkı sahibi adına tesciline yönelik vereceği karar ise yenilik doğurucu bir hükümdür⁴⁵¹.

D. Mülkiyetin Geçiş Anı

Yenilik doğuran dava sonunda verilen hükümler kurucu niteliktedir⁴⁵². Kararın kurucu nitelikte olması, kararın kesinleşmesinden sonra davacının

⁴⁴⁸ Yarg. 3. HD, 1.7.2003 T. 2003/7375 E. 2008/8403 K. www.kazanci.com.tr, çevrimiçi, 18.3.2010.

⁴⁴⁹ Bk. Üçüncü Bölüm IV E.

⁴⁵⁰ Yarg. 3. HD, 7.10.1963 T. 8102 E. 8510 K. (ÖNEN, s. 91, dn. 34).

⁴⁵¹ Konuyla ilgili bk. AYAN, Mülkiyet, s. 267; BUZ, s. 183; FEYZİOĞLU, Şufa, s. 329; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 618; KIRCA, s. 1200; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 332; ÖNEN, s. 14, 89, 91; ŞİPKA, Kanuni Önalım, s. 209; TANDOĞAN, s. 290. TEKİNAY/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 716; ÜSTÜNDAĞ, Saim: Tapu Kütüğünün Tashihi Davası, İstanbul 1959, s. 32, dn. 15.

⁴⁵² ÖNEN, s. 46.

başka bir işlem yapması gerekmeksizin hukuki sonucunun meydana geleceği anlamına gelmektedir⁴⁵³.

Önalım hakkının dava yoluyla kullanılması ve dava dilekçesinin önalım yükümlüsüne ulaşması devamında taraflar arasında bir satım ilişkisinin kurulması ile taşınmazın mülkiyeti de kendiliğinden önalım hakkı sahibine geçmiş olmaz⁴⁵⁴.

Medeni Kanununun 705. maddesine göre, taşınmaz mülkiyetinin kazanılması tescil ile olur. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasında tescil prensibinin istisnaları düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, “Miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer hallerde, mülkiyet tescilden önce” kazanılır. Bu durumlarda yapılacak tescil kurucu değil açıklayıcı nitelik taşır⁴⁵⁵. Bu hallerden biri olan bir mahkeme kararı ile mülkiyetin tescilden önce kazanılmasını, mahkemelerin yenilik doğuran kararları sağlar⁴⁵⁶. Bu nitelikte olmayan mahkeme kararlarının mülkiyetin tescilsiz kazanılmasını sağlaması söz konusu olamaz⁴⁵⁷.

Mülkiyet, önalım davası sonucunda alınan kararın kesinleşmesi ile tescilden önce önalım hakkı sahibine geçmektedir. Mülkiyet hakkı bu şekilde tescilden önce kazanıldığı halde açıklayıcı tescilin yapılması yine de önemlidir. Zira tescil yapılmadıkça malik tasarruf işlemlerinde bulunamaz (MK. m 705). Açıklayıcı tescilin yapılması için herhangi bir zamanaşımı veya hak düşürücü süre bulunmamaktadır⁴⁵⁸.

⁴⁵³ DEMİRBAŞ, s. 85; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 273.

⁴⁵⁴ HATEMİ, Medeni Hukuk, s. 126; ÖNEN, s. 88–89.

⁴⁵⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 453; AYAN, Mülkiyet, s. 260; DEMİRBAŞ, s. 85; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 618; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 609; ŞIPKA, Kanuni Önalım, s. 209; TANDOĞAN, s. 289.

⁴⁵⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 332; ÖZMEN/YÜCE, s. 980.

⁴⁵⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 332.

⁴⁵⁸ AYAN, Mülkiyet, s. 260; ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, s. 375; ŞIPKA, Kanuni Önalım, s. 209; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 453; ÖZENLİ, s. 166–167; ÖNEN, s. 33, 89, dn. 32; TANDOĞAN, s. 289; ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, s. 375.

E. Depo Kararı

Yeni Medeni Kanun düzenlemesine göre önalım hakkı sahibi, payın adına tesciline karar verilmesinden önce satım bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerini hakim tarafından belirlenen süre içinde hakim belirleyeceği yere nakden yatırmakla yükümlüdür (MK m. 734/II). Önceki düzenlemede yer almayan bu hüküm, önalım bedelinin depo edilmesine ilişkin uygulamayı kanun hükmü haline getirmiştir⁴⁵⁹. Önceki uygulamadan farklı olarak nakit dışında (örneğin banka teminat mektubu olarak) yapılan ödemeler kabul edilmemektedir.

Kural olarak, sözleşme, kanun, işin niteliği ve teamül, taraflardan birinin borcunu önce ifa etmesini gerekli kılmıyorsa, her iki tarafın borçlarını karşılıklı olarak aynı zamanda ifa etmeleri gerekir⁴⁶⁰. Bu kural satım sözleşmesi için Borçlar Kanununda şu şekilde ifade edilmektedir: “Hilafına adet veya mukavele mevcut değil ise, satıcı ile alıcı borçlarını aynı zamanda ifa etmekle mükelleftirler” (BK m. 182/II). Aynı zamanda ifa kuralının geçerli olduğu durumlarda, bir tarafın diğerini borcunu ifaya zorlayabilmesi için, kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif etmiş olmalıdır. Aksi halde karşı taraf, karşılıklı olarak aynı zamanda ifa esasına göre kendisinin önce ifa zorunda olmadığını ileri sürerek ödemezlik definde bulunabilir (BK m. 81). Önalım hakkı açısından ise Medeni Kanun, borçların ifa sırasını belirlemiştir. Buna göre öncelikle önalım hakkı sahibi, borcunu ifa etmekle yükümlüdür (MK m. 734/II). İfa sırası Kanunda belirlendiğinden önalım hakkı sahibi, önalım yükümlüsünün taşınmaz mülkiyetini devir borcu ifa etmediğinden bahisle ödemezlik definde bulunamayacaktır.

Yargıtay uygulamasına göre, mülkiyetin önalım hakkı sahibine devrine karar verilmesinden önce, hakim re’sen bir süre tayin etmesi ve bu süre

⁴⁵⁹ ERÇİN, s. 3019; KIRCA, s. 1203.

⁴⁶⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 267.

içinde önalım bedeli ile satım masraflarının ödenmesine karar vermesi gerekir⁴⁶¹.

Yasal önalım hakkını kullanan paydaşın ödemek zorunda olduğu satım bedeli, payını satan paydaşa alıcının ödemiş olduğu bedelin aynısıdır⁴⁶². Yargıtay kararlarında, önalım hakkı, satım tarihinden çok sonra kullanılmışsa önalım bedelinin, taşınmazın değerinde meydana gelen objektif değer artışları dikkate alınarak belirleneceği kabul edilmekteydi⁴⁶³. Ancak yeni yasal düzenleme uyarınca önalım hakkının kullanılması için üç ay ve iki yıllık hak düşürücü süreler öngörüldüğünden, pay satışından yıllar sonra önalım olayının öğrenildiği iddiası ile önalım hakkı artık kullanılamayacağından, depo edilecek miktar artık tapuda gözüken miktardır. Ancak bedelde muvazaa yapıldığı iddia edilirse, öncelikle bu konu çözüme kavuşturulacaktır. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları da bu yöndedir⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ YİBK, 20.6.1951 T., 13 E., 5 K., (RG 7.11.1951, S. 7950). Bu kararın BK m. 81 hükmü ile ilişkisi hakkında bk. **FEYZİOĞLU**, Şufa, s. 387. Ayrıca bk. **NOMER**, Vefa, s. 64–65; **TEKİNAY**, Takyitler, s. 19. "... Şufa hakkını kullanan kimsenin, pay satın alan kimsenin satış akdindeki şartlarla şufalı payı iktisap etmesi esastır. Buna göre de şufa bedeli ile tapu harç ve masraflarının aynen ödenmesi ya da mahkeme veznesine depo ettirilmesi gerekir. Bu husus BK'nın 81. maddesi gereğince alıcının kendi vecibesini daha önceden ifa etmiş veya ifayı teklif etmiş bulunması hükmünün bir sonucudur. Şufa bedeli ve tapu harç ve masraflarının mahkeme veznesine depo edilmesi, ifayı teklif niteliğindedir..." (Yarg. 6. HD, 12.10.1982 T. 1982/8725 E. 1982/8692 K., **AYAN**, Mülkiyet, s. 260, dn. 860).

⁴⁶² **AYAN**, Mülkiyet, s. 257; **FEYZİOĞLU**, Şufa, s. 375; **OGUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 452; **TEKİNAY**, Takyitler, s. 51.

⁴⁶³ "...Önalım hakkının ortak payın satışından çok sonra kullanılması halinde, aradan geçen zaman içinde taşınmazın değerinde meydana gelen objektif artışlarda enflasyon olgusunun önalım bedelinin belirlenmesine etkisi vardır. Çağdaş hukuk, tam karşılığı verilmeden elde edilen kazançları korumaz. Bu itibarla, önalım hakkının kullanılması nedeni ile önalım hakkı sahibi alıcının, bedele ilişkin yükümlülüğü, hakka konu olan payın önalım hakkının kullanıldığı tarihteki (önceden kullanılmamış ise dava tarihi) değeri dikkate alınır...", (YHGK, 14.12.1994 T., 1994/6-663 E., 1994/841 K., www.kazanci.com, çevrimiçi, 3.4.2010); "...Olayımızda 1930'lardan günümüze kadar gelen yerleşmiş içtihattan dönülerek önalım (şufa) bedelinin payın satışında tapu sicilinde gösterilen değer olmayıp hakkın kullanıldığı yani dava tarihindeki değer olduğunun kabulü hukukun temel amaçlarından olan adaleti (hakkaniyeti) gerçekleştirecektir..." (YHGK, 5.5.1993 T., 1993/6-761 E., 1993/192 K., www.kazanci.com, çevrimiçi, 3.4.2010). Bu kararın eleştirisi için bk. **KOÇ**, Kahraman: Şufa Bedeli Hakkındaki Hukuk Genel Kurulu Kararı Münasebetiyle, Yargıtay Dergisi 1994, C. 20, S. 1-2, s. 275. Yazar, 20.6.1951 tarihli ve 13/5 sayılı YİBK'da satış bedelinin alıcının ödemiş olduğu bedel olduğunun açıkça kabul edildiğini, YİBK'nın Hukuk Genel Kurulunu bağlayıcı olduğunu belirterek, önalım yükümlüsünün satımı haber vermeyerek kazandığı zamandan ödüllendirilmemesi gerektiğini belirtmektedir.

⁴⁶⁴ "...Bedelde muvazaa iddia edildiğine göre önce bu husus araştırılır..." (Yarg. 6. HD, 22.10.1975 T. 1975/6440 E. 1975/6009 K., www.kazanci.com, çevrimiçi, 18.3.2010); "...ancak bedelin depo edilebilmesi için verilecek mehilden önce bedelde muvazaa iddiasının incelenmesi gerekeceğinden..." (YHGK, 31.05.1978 T. 1978/6-17 E. 1978/408 K., www.kazanci.com, çevrimiçi, 18.3.2010).

Sözleşmeden doğan önalım hakkında önalım sözleşmesinde kararlaştırılan bedel; önalım sözleşmesinde bedel kararlaştırılmamışsa tapuda görünen bedel depo edilmelidir.

F. Önalım Davasının Tarafları

Yasal önalım hakkı, hakka konu payın paydaş olmayan bir üçüncü kişiye satılması durumunda kullanılabilir. Sözleşmeden doğan önalım hakkında ise önalım sözleşmesinin konusunu oluşturan malın, herhangi bir üçüncü kişiye satılması yeterlidir. Dolayısıyla önalım hakkı; önalım hakkı sahibi, önalım yükümlüsü ve satım yapılan üçüncü kişi olmak üzere üç tarafın hukuk sahasını etkilemektedir.

Sözleşmeden doğan önalım hakkında önalım yükümlüsü, hakkın şerh edilmiş olup olmamasına; yasal önalım hakkında ise satım yapılan kişiye mülkiyetin devredilmiş olup olmamasına göre değişmektedir. Bu nedenle aşağıda hak sahibinin ve yükümlünün durumları iki ayrı başlık altında incelenecektir.

1. Önalım Hakkı Sahibi (Davacı)

Sözleşmeden doğan önalım hakkı, bir önalım sözleşmesine dayandığı ve malik tarafından herhangi bir kişiye tanınmış olabildiği halde, yasal önalım hakkı, kanun tarafından sadece paydaşlara tanınmıştır. Paylı mülkiyetten doğan yasal önalım hakkında her paydaş olayına göre ya önalım hakkı sahibi ya önalım yükümlüsüdür.

Önalım hakkına sahip birden fazla paydaş var ise paydaşlardan her biri önalım hakkını kullanabilir. Yargıtay, 11.6.1947 tarihli ve 5/8 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, bu durumda satılan payın, önalım hakkını kullanan birden fazla paydaş arasında kendi payları oranında değil, eşit olarak

bölüneceğine karar vermiştir⁴⁶⁵. Bu sonuç, yasal önalım hakkının bünyesine uymadığı ve hakkaniyet duygularını rahatsız ettiği gerekçesiyle öğretilde eleştirilmiştir⁴⁶⁶. Feyzioğlu, anılan İçtihadı Birleştirme Kararının Mecellenin etkisinde kalınarak oluşturulduğunu belirterek; Mecellede yasal önalım hakkının amacının, paylı mülkiyet birliğine yabancıların girmesini engellemek; oysa günümüzde yasal önalım hakkının amacının, paylı mülkiyetin sona erdirilerek tek kişi mülkiyetine dönüştürülmesi olduğunu ifade etmektedir⁴⁶⁷. Yazara göre, payı fazla olan paydaşa payı oranında önalım hakkı tanındığında, bireysel mülkiyete doğru her gün biraz daha yaklaşılmaktadır. Bize göre de yürütülmesi problemlerle dolu paylı mülkiyetin bireysel mülkiyete geçişinin hızlanması için, paydaşlar pay oranlarına göre önalım hakkını kullanabilmelidirler.

Sözleşmeden doğan önalım hakkında, önalım sözleşmesini hak sahibi sıfatıyla imzalayan kişi önalım hakkı sahibidir. Önalım hakkı sahibinin tayin edilmesinde bir zorluk yoktur. Asıl mesele önalım yükümlüsünün kim olduğudur.

Sözleşmeden doğan önalım hakkı şerh edilmemişse, hak sahibi taşınmazı devralan kişiye hakkını ileri sürememektedir. Yasal önalım hakkında da önalım olayı gerçekleştikten fakat önalım davası açılmadan taşınmaz tekrar başka bir kişiye satılabilir veya başka bir hukuki işlemle devredilebilir. Aynı durum sözleşmeden doğan önalım hakkı için de gerçekleşebilir. Bu gibi durumlarda önalım yükümlüsünün (davalının) belirlenmesi özellik taşımaktadır. Aşağıda çeşitli ihtimaller değerlendirilip bu konu incelenecektir.

⁴⁶⁵ RG 24.7.1947, S. 6666. Bu kararın eleştirisi için bk. **FEYZİOĞLU**, Şufa, s. 162–166.

⁴⁶⁶ **ERÇİN**, s. 3023; **FEYZİOĞLU**, Şufa, s. 165; **SUNGURBEY**, Medeni Hukuk, s. 204; **ŞIPKA**, Kanuni Önalım, s. 126.

⁴⁶⁷ **FEYZİOĞLU**, Şufa, s. 165. Aynı görüşte **ŞIPKA**, Kanuni Önalım, s. 126.

2. Önalım Yükümlüsü (Davalı)

Medeni Kanunda önalım hakkının alıcıya karşı kullanılacağı belirtilmiştir (MK m. 734). Ancak bu düzenlemenin biraz açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Önalım yükümlüsü satımdan sonra tescil işlemi yapılmış olup olmamasına göre değişir⁴⁶⁸. Üçüncü kişiye satım yapıldıktan sonra mülkiyet hakkı devredilmemişse yani tescil yapılmamışsa satıcıya, tescil yapılmış ise alıcıya karşı önalım davası açılır. Ancak tapu uygulamasında satım sözleşmesinin yapılmasından hemen sonra tescil de yapıldığından önalım yükümlüsü genellikle alıcıdır⁴⁶⁹.

Yasal önalımda hakkında kanun gereği mevcut olan eşyaya bağlı borç ilişkisi, sözleşmeden doğan önalım hakkında ancak hakkın şerh edilmesiyle kurulur. Sözleşmeden doğan önalım hakkı şerh edilmemişse, hak sadece önalım sözleşmesini yapan malike veya külli haleflerine karşı kullanılabilir⁴⁷⁰. Cüzi halef durumundaki sonraki maliklere karşı kullanılamaz⁴⁷¹. Yeni malikin kötüniyetli olması, diğer bir deyişle önalım hakkına ilişkin sözleşme ilişkisini bilmesi bu sonucu değiştirmemektedir⁴⁷².

Sözleşmeden doğan önalım hakkı tapuya şerh edilmiş ise önalım yükümlüsü, satımdan sonra tescil işlemi yapılmış olup olmamasına göre belirlenecektir. Buna göre, üçüncü kişiye satım yapıldıktan sonra mülkiyet devredilmemişse yani tescil işlemi yapılmamışsa önalım hakkı satıcıya,

⁴⁶⁸ Önalım hakkının hem satıcıya hem alıcıya karşı kullanılmasının daha pratik ve anlaşmazlıkları önleyecek nitelikte olduğu yönünde bk. **TANDOĞAN**, s. 285; **VELİDEDEOĞLU/ESMER**, s. 422.

⁴⁶⁹ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 438; **ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR**, s. 374; **ARPACI**, s. 105–106.

⁴⁷⁰ **FEYZİOĞLU**, Şufa Hakkının Kullanılması, s. 587; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 440; **TANDOĞAN**, s. 284; **TEKİNAY**, Takyitler, s. 28.

⁴⁷¹ **FEYZİOĞLU**, Şufa Hakkının Kullanılması, s. 587; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 440; **TANDOĞAN**, s. 284; **TEKİNAY**, Takyitler, s. 28.

⁴⁷² **FEYZİOĞLU**, Şufa, s. 346; **TANDOĞAN**, s. 280; **TEKİNAY**, Takyitler, s. 28.

tescilden sonra ise alıcıya karşı kullanılır⁴⁷³. Tapu kütüğüne şerh verilmiş sözleşmeden doğan önalım hakkı, şerhte belirtilen sürede ve belirtilen koşullara göre her malike karşı kullanılabilir ve satım ilişkisi onunla doğar⁴⁷⁴ (MK m. 735/1). Bu halde borç ilişkisi, şerh dolayısıyla eşyaya bağlı borç ilişkisi niteliğindedir⁴⁷⁵.

3. Önalım Olayı Gerçekleştikten Sonra Taşınmazın Üçüncü Kişiyeye Devredilmesinde Önalım Yükümlüsü

a. Genel Olarak

Önalım davası açılmadıkça önalım yükümlüsünün taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisi devam etmektedir. Aşağıda önalım olayı meydana geldikten sonra taşınmazın önalım yükümlüsü tarafından bir başkasına satılması veya (bağışlama, trampa gibi) başka bir hukuki işlemle devredilmiş olması durumunda önalım hakkının kime karşı kullanılacağına; ilk alıcıya karşı kullanılmışsa bundan sonraki devirlere etkisinin ne olacağına değinilecektir⁴⁷⁶. Açıklamalarımız yasal ve sözleşmeden doğan önalım hakkı için iki ayrı başlıkta aktarılacaktır.

b. Yasal Önalım Hakkında Önalım Yükümlüsü

Yasal önalım hakkında sonraki devirlerin satım sözleşmesi veya satım dışında başka bir hukuki işlemle yapılması durumunda önalım yükümlüsünün belirlenmesi farklılık taşımaktadır. Bunun gibi sonraki devirlerin hak kullanılmadan veya kullanıldıktan sonra yapılmış olmasının da değerlendirilmesi gerekmektedir.

⁴⁷³ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 452; ÖNEN, s. 88, dn. 29; TANDOĞAN, s. 280, 289; TEKİNAY, Takyitler, s. 28, 50; YAŞAR, s. 433; FEYZİOĞLU, Şufa, s. 214; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 617.

⁴⁷⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 440–441.

⁴⁷⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 440–441; TEKİNAY, Takyitler, s. 29.

⁴⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bk. FEYZİOĞLU, Şufa, s. 128–129; ŞİPKA, Kanuni Önalım, s. 195–201; TEKİNAY, Takyitler, s. 55.

aa. Sonraki Devirlerin Satım Sözleşmesi ile Yapılması

Yasal önalım hakkı eşyaya bağlı yenilik doğuran bir haktır⁴⁷⁷. Yasal önalım hakkında payın her satımında diğer paydaşlar için, önceki satıştan bağımsız yeni bir önalım hakkı doğar⁴⁷⁸. Bu genel bilgidен sonra önalım yükümlüsünün belirlenmesi için, sonraki devirlerin önalım hakkı kullanılmadan önce ya da kullanıldıktan sonra yapılmış olmasının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Önalım hakkı kullanılmadan önce yapılan her satış, yeni bir önalım hakkı doğurur⁴⁷⁹.

Şıpka ve Tekinay'a, göre birbirini takip eden satışlarda, hak sahibi mülkiyeti kazanan en son malike karşı önalım hakkını kullanır. Bu durumda önalım bedeli, son alıcının, kendisine satım yapan satıcıya ödediği bedel esas alınarak belirlenir⁴⁸⁰. Ancak, önalım hakkının kullanılmasını güçleştirmek için sonraki satımlarda satım bedelinin yüksek gösterildiğini ispat edebilen önalım hakkı sahibi, ilk satışa ilişkin bedeli ödemekle yetinebilir⁴⁸¹.

Bir görüşe göre, bu durumda önalım hakkı sahibi için yeni bir önalım hakkı kullanma imkanı doğar ve hak sahibi dilerse ilk satışa dilerse ikinci satışa dayanarak hakkını kullanır ve hangisine dayanmışsa o satışın şartları dikkate alınır⁴⁸².

Önalım davası esnasında pay satılmışsa, Yargıtay uygulamasına göre, önalım hakkı sahibi (davacı) davasını yeni alıcıya yöneltebilir veya önceki davalıya karşı tazminata çevirerek sürdürebilir (HUMK m. 186)⁴⁸³. Alıcıya

⁴⁷⁷ ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, s. 378; OĞUZMAN, Esaslar, s. 111.

⁴⁷⁸ AYAN, Mülkiyet, s. 256; ŞIPKA, Kanuni Önalım, s. 195; TEKİNAY, Takyitler, s. 53.

⁴⁷⁹ ŞIPKA, Kanuni Önalım, s. 195; TEKİNAY, Takyitler, s. 53.

⁴⁸⁰ ŞIPKA, Kanuni Önalım, s. 195.

⁴⁸¹ FEYZİOĞLU, Şufa 128–129; ŞIPKA, Kanuni Önalım, s. 196; TEKİNAY, Takyitler, s. 55.

⁴⁸² OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 452.

⁴⁸³ ÖZENLİ, s. 92; ŞIPKA, Kanuni Önalım, s. 196; TEKİNAY, Takyitler, s. 55; YILDIZ, s. 79.

yöneltilen bu dava, yeni bir dava olmayıp eski davanın devamıdır. Davayı yeni alıcıya yöneltmek için üç aylık hak düşürücü süre söz konusu değildir⁴⁸⁴.

Sonraki devirler bir satım sözleşmesi ile yapılmış ise yukarıda belirtildiği gibi sonuca varılır. Ancak sonraki devirler bağışlama gibi satım haricinde bir işlem ile yapılmışsa yasal önalım hakkının yeni malike karşı da kullanılıp kullanılmayacağı konusunda tartışmalar vardır. Aşağıda bu konu incelenecektir.

bb. Sonraki Devirlerin Satım Sözleşmesi Haricinde Bir Hukuki İşlem ile Yapılması

aaa. Önalım Hakkı Kullanılmadan Önce

Önalım hakkı henüz kullanılmadan taşınmazın bağışlama gibi satım haricinde bir işlem ile üçüncü kişiye devredilmesi halinde önalım hakkının bu kişiye karşı da ileri sürülebilir sürülemeyeceği hakkında görüş ayrılıkları vardır.

Bir görüş, gerekçe belirtmeden önalım hakkı kullanılmadan ve kullanma süresi geçmeden önalım yükümlüsü payı bir başkasına bağışlarsa, hak sahibinin, önalım hakkını, bağışlanan kişiye karşı da ileri sürebileceğini belirtmektedir⁴⁸⁵.

Tekinay'a göre bu durumda önalım hakkı sahibinin payı bağışlama yoluyla kazanan yeni malike karşı kullanabileceği bir hakkı yoktur; meğer ki bu işlem muvazaalı veya kötüniyetle yapılmış olsun⁴⁸⁶.

⁴⁸⁴ "...HUMK 'un 186. maddesine göre müddeabih dava sırasında başkasına temlik edilirse davacı için iki seçimli durum ortaya gelir. Bunlardan birisi davacının eski davalılar hakkındaki davasından sarfınazar ederek davasını yeni malike teşmil etmesidir. Üçüncü kişiye teşmil edilen bu dava yeni bir dava değildir. Eski davanın devamı sayılır..." (Yarg. 6. HD. 10.3.1989 T. 44 E. 4262 K., bk. **ÖZENLİ**, s. 198-199).

⁴⁸⁵ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 452.

⁴⁸⁶ **FEYZİOĞLU**, Şufa, s. 130–131; **TEKİNAY**, Takyitler, s. 55.

Şıpka, şerh edilmiş sözleşmeden doğan önalım hakkının cüzi haleflere karşı ileri sürülebilmesinin tapu kütüğündeki şerhten kaynaklandığını ve yasal önalım hakkının şerh edilemediği için daha zayıf bir konuma düşürülmemesi gerektiğini, paylı mülkiyet ilişkisinin tapu kütüğünden anlaşılabilir olduğunu, yasal önalım hakkında eşyaya bağlı borç etkisinin önalım yükümlüsü alıcıdan sonraki cüzi halefler için de geçerli olduğunu belirterek önalım hakkının yeni malike karşı da ileri sürülebileceğini belirtmektedir⁴⁸⁷.

bbb. Önalım Hakkı Kullanıldıktan Sonra

Önalım hakkı kullanıldıktan sonra taşınmaz bağışlama gibi satımdan başka bir hukuki işlemle üçüncü kişiye devredilmiş ise önalım hakkının bu kişiye karşı da kullanılabilip kullanılamayacağı konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmektedir.

Bir görüşe göre, önalım hakkı kullanıldıktan sonra, önalım yükümlüsü payı bir üçüncü kişiye bağışlarsa, burada şerh ve onun munzam etkisi olmadığından, önalım hakkı sahibi, hakkını bağışlanana karşı kullanamaz. Kanunda önalım hakkının kullanılmasıyla doğan satım ilişkisinin bağışlanan kişiye etkisini sağlayacak bir hüküm bulunmamaktadır⁴⁸⁸.

Tekinay önalım hakkı sahibinin, hakkını bağışlanan kişiye karşı ileri süremeyeceğini belirtmekle birlikte; bağışlamanın kötü niyetle veya muvazaa suretiyle yapıldığının ispatlanması halinde önalım hakkının bağışlanan kişiye karşı da kullanılabileceğini ifade etmektedir⁴⁸⁹.

Şıpka'ya göre önalım hakkının kullanılması ile kurulan satım ilişkisinden doğan nisbi alacak hakkı, aynı kapsam ile yeni malike karşı da ileri sürülebilir⁴⁹⁰. Yazar'a göre, önalım hakkının kullanılması ile kurulan satım

⁴⁸⁷ ŞIPKA, Kanuni Önalım, s. 198.

⁴⁸⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 452. Aynı yönde TANDOĞAN, s. 290; TEKİNAY, Takyitler, s. 55.

⁴⁸⁹ TEKİNAY, Takyitler, s. 55; YILDIZ, s. 80. Aynı yönde ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, s. 380.

⁴⁹⁰ ŞIPKA, Kanuni Önalım, s. 200.

ilişkisinden doğan nisbi hak, paydaşlık durumunun tapu kütüğünden anlaşılabilir olması nedeniyle (kanundan doğan) aynı etkiden yararlanır ve bu nedenle yeni malike karşı da kullanılabilir⁴⁹¹.

Önalım hakkı kullanıldıktan sonra, payın satım haricinde bir işlem ile devredilmesi durumunda, önalım hakkının payı devralan kişiye karşı kullanılabilmesine imkan veren bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak önalım hakkı sahibi, hakkını dava yoluyla kullandıktan sonra, Medeni Kanunda tanınan olanakla, taşınmaz malikin tasarruf yetkisini kısıtlama talebinde bulunabilecektir. Hüküm uyarınca çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararları şerh edilebilecektir (MK m. 1010/ bent 1). Bu bentte kastedilen çekişmeli haklar, nisbi haklardır. Bu anlamda, uyuşmazlık konusu nisbi hak sahibi (önalım hakkı sahibi), mahkemeden alacağı kararı tapu kütüğüne şerh ettirerek çekişmeyi aleniyete kavuşturacak, şerhten sonra taşınmaz üzerinde aynı hak kazanan kimseler, çekişmeyi bilerek taşınmazı satın aldıkları için önalım hakkı sahibi lehine verilen hükme uygun davranmak zorunda kalacaklardır. Mahkemenin, malikin tasarruf yetkisinin kısıtlanması yönünde vereceği karar, ihtiyatı tedbir kararıdır (HUMK m. 101)⁴⁹². Bu nedenle önalım davası açılırken aynı zamanda ihtiyatı tedbir talep edilerek dava sonuçlanıncaya kadar taşınmazın devrinin engellenmesi faydalı olacaktır⁴⁹³.

c. Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkında Önalım Yükümlüsü

Sözleşmeden doğan önalım hakkı, hukuki niteliği itibarıyla bir nisbi hak olduğundan ancak sözleşmenin tarafları arasında hüküm ifade etmektedir. Bu durumda sözleşmeden doğan önalım hakkı sahibi, kendisine devir yapmayan önalım sözleşmesinin tarafı satıcıya karşı borca aykırılık dolayısıyla tazminat davası açabilir (BK m. 96). Buna karşılık önalım hakkı

⁴⁹¹ ŞİPKA, Kanuni Önalım, s. 200–201.

⁴⁹² OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 187, dn. 617, 452. Aynı yönde TANDOĞAN, s. 290; TEKİNAY, Takyitler, s. 55.

⁴⁹³ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 452. Aynı yönde TEKİNAY, Takyitler, s. 55.

tapu kütüğüne şerh edilmişse, önalım hakkı taşınmazda daha sonra hak kazanan kişilere karşı da ileri sürülebilir (MK m. 1009).

Yasal önalım hakkında sonraki devirlerin satım sözleşmesi dışında bir hukuki işlemle yapılması durumunda önalım hakkının sonraki cüzi haleflere karşı ileri sürülebilip sürülemeyeceği hususu, bu devirlerin hak kullanılmadan önce veya sonra yapılmış olmasına göre ayrı ayrı değerlendirmeyi gerektirmesine rağmen; tapu kütüğüne şerh edilen sözleşmeden doğan önalım hakkında, şerhin eşya bağlı borç ve munzam etkisi nedeniyle böyle bir ayırım yapılması gerekmemektedir. Zira hakka konu taşınmaz ister satım sözleşmesi ile ister başka bir hukuki işlemle üçüncü kişiye devredilmiş olsun, önalım hakkı kullanılmadan önce şerhin eşyaya bağlı borç etkisi; hak kullanıldıktan sonra ise şerhin munzam etkisi dolayısıyla önalım hakkı sahibi hakkını ve tescile zorlama davasını (MK m. 716) bu kişiye karşı da ileri sürebilir⁴⁹⁴.

V. ÖNALIM HAKKININ SONA ERMESİ

A. Genel Olarak

Önalım hakkının sona ermesi değişik şekillerde olabilir. Yasal önalım hakkı paylı mülkiyete konu taşınmazın tamamen yok olmasıyla veya paylı mülkiyet ilişkisinin sona ermesiyle, taşınmazın tek kişi mülkiyetine veya elbirliği mülkiyetine dönüşmesiyle sona ermektedir⁴⁹⁵.

Sözleşmeden doğan önalım hakkı, taşınmazın yok olması, önalım sözleşmesinde belirli bir süre için kararlaştırılmışsa bu sürenin geçmesiyle sona ermektedir. Önalım sözleşmesinin tarafları, sözleşme özgürlüğü kapsamında önalım hakkının ne zamana kadar devam edeceğini belirleyebilirler⁴⁹⁶. Ancak önalım hakkı şerh verilmişse, hakkın üçüncü kişiye

⁴⁹⁴ ÖNEN, s. 91, dn. 35; ŞIPKA, Kanuni Önalım, s. 199; TANDOĞAN, s. 282.

⁴⁹⁵ GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 620.

⁴⁹⁶ KIRCA, s. 1194; YAŞAR, s. 433.

karşı ileri sürülmesi, hakkın şerh verildiği tarihten itibaren on yıl ile sınırlıdır (MK 735/2)⁴⁹⁷.

Sözleşmeden doğan önalım hakkı ister şerh edilmiş olsun ister olmasın önalım sözleşmesinde kararlaştırılan süre içinde mevcuttur. Eğer bu süre içinde bir satım yapıp hakkın kullanılması imkanı doğmazsa, önalım hakkı düşer. Bundan sonra yapılacak satımlarda önalım hakkı yoktur⁴⁹⁸.

Önalım hakkının kullanılması için öngörülen hak düşürücü süreler içinde önalım davası açılmaması, önalım hakkı sahibinin ölümü, diğer sona erme nedenleridir. Aktardığımız bu nedenler dışında hakkın kullanılması veya feragat nedeniyle de önalım hakkı sona erebilir. Aşağıda bu sona erme nedenleri üzerinde durulacaktır.

B. Hakkın Kullanılması

Kural olarak yenilik doğuran haklar bir kez kullanılmakla tükenirler⁴⁹⁹. Hakkın kullanılması ile birlikte amaca ulaşılmış olur⁵⁰⁰. Mevcut bir hukuki ilişkinin kurulması, değiştirilmesi ya da ortadan kaldırılmasını amaçlayan yenilik doğuran hakların kullanılarak arzulanan hukuki sonucun meydana gelmesiyle artık bu haklar sona erer.

Taraflar arasındaki hukuki ilişki, bir yenilik doğuran hakkın kullanılmasından sonra da devam etmekte ise bu hukuki ilişkiden ileride yine belirli şartların gerçekleşmesi ile başka bir yenilik doğuran hakkın doğması mümkündür. Yasal önalım hakkında payın her satılışında diğer paydaşlar için yeni bir önalım hakkı doğar. Önalım hakkı kullanıldıktan sonra yeni bir hukuki ilişki kurulmaktadır. Bir pay için yasal önalım hakkının

⁴⁹⁷ Sözleşmeden doğan önalım hakkında, İsviçre hukukunda yapılan değişiklikle bu hakkın kullanılması yirmi beş yıl ile sınırlandırılmıştır (OR Art. 216a). İster şerh verilsin ister verilmesin yirmi beş yıldan daha uzun süreli bir önalım hakkı kararlaştırılmaz (**KIRCA**, s. 1193).

⁴⁹⁸ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 442.

⁴⁹⁹ **BUZ**, s. 256; **HATEMİ**, Medeni Hukuk, s. 132; **ÖNEN**, s. 30.

⁵⁰⁰ **DEMİRBAŞ**, s. 75; **HATEMİ**, Medeni Hukuk, s. 132; **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 146.

kullanılmasından sonra, o payın satımı için önalım hakkı tükenir. Ancak bundan sonra yeni bir pay satımı halinde, başka bir önalım hakkı doğacaktır⁵⁰¹.

C. Feragat

Feragat, önalım hakkını sona erdiren bir işlemdir. Yasal önalım hakkına ilişkin olarak Medeni Kanunda şu düzenleme yer almaktadır: “Önalım hakkından feragatin resmi şekilde yapılması ve tapu kütüğüne şerh verilmesi gerekir. Belirli bir satışta önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme, yazılı şekle tabidir ve satıştan önce veya sonra yapılabilir” (MK m. 733/II). Medeni Kanununun 735/III hükmüne göre ise “yasal önalım hakkının kullanılması ve vazgeçmeye ilişkin hükümler sözleşmeden doğan önalım hakkına da uygulanır”.

Yenilik doğuran haklar ancak kullanıldıkları takdirde hukuki sonuç meydana getirdikleri için, kural olarak hakkı kullanmaktan feragat, aynı zamanda haktan feragat anlamı taşır. Fakat yasal önalım hakkında olduğu gibi yenilik doğuran hakkı kullanma imkanının bir defaya mahsus değil de, belirli bir süre içinde birden fazla kullanma imkanı mevcut olabilir. Bu gibi durumlarda haktan feragat ve hakkı kullanmaktan feragat şeklinde bir ayrıma gidilmektedir⁵⁰². Zira yasal önalım hakkı, paylı mülkiyet ilişkisi devam ettikçe her pay satımında kullanılabilir. Biz de bu ayrım doğrultusunda aşağıda önalım hakkından feragat ve önalım hakkını kullanmaktan feragati iki ayrı başlık altında inceleyeceğiz ve devamında bu düzenleme hakkındaki eleştirilerimize yer vereceğiz.

1. Önalım Hakkından Feragat

Önalım hakkından feragat, yasal ve sözleşmeden doğan önalım haklarında, farklı özelliklerle karşımıza çıkar. Yasal önalım hakkından

⁵⁰¹ DEMİRBAŞ, s. 29.

⁵⁰² BUZ, s. 411, dn. 49.

feragatin anlamı, taşınmaz üzerindeki paylı mülkiyet ilişkisi içinde paydaşların, artık hangi pay satılırsa satılsın, önalım hakkının doğması imkanından vazgeçmeleridir⁵⁰³. Bu nedenle bu tür feragate mutlak feragat denir⁵⁰⁴.

Mutlak feragat, hakkın özünden, kendisinden vazgeçme olduğundan, hakkın doğumundan önce ve herkese karşı hüküm doğurur⁵⁰⁵. Bu nedenle feragat işleminin satımdan önce gerçekleşmesi gerekir⁵⁰⁶. Bu şekilde bir feragat, feragat edenin külli ve cüzi haleflerini de bağlar⁵⁰⁷.

Önalım hakkından resmi şekilde yapılacak bir sözleşme ve tapuya verilen şerh ile feragat edilebilir (MK m. 733/2). Medeni Kanunda bu sözleşmeye hangi makamın resmiyet vereceği düzenlenmemiştir. Sözleşmeye resmiyetin verilmesinde kural olarak noterlerin yetkili olduğu belirtilmektedir⁵⁰⁸.

Eski Medeni Kanun düzenlemesinde, yasal önalım hakkından feragatin mülkiyet hakkının kanundan doğan kısıtlamalarından olması sebebi ile resmi bir sözleşme ve tapu kütüğüne kayıt (EMK md. 657) ile yapılacağı; fakat, sözleşmeden doğan önalım hakkından feragatin herhangi bir şekle tabi olmadığı kabul edilmekte idi⁵⁰⁹. Eski Medeni Kanununun 657. maddesinde belirtilen “tapu kütüğüne kayıt” ibaresi ile tescil kastedilmekteydi⁵¹⁰. Bu hükmün karşılığı olan Medeni Kanununun 731. maddesi, taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamalarını ortadan kaldıran veya değiştiren sözleşmelerin tapu kütüğüne şerhini öngörmüş ve böylece Eski Medeni

⁵⁰³ GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 620–621.

⁵⁰⁴ HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 613; YAŞAR, s. 430.

⁵⁰⁵ YAŞAR, s. 430.

⁵⁰⁶ ŞIPKA, Kanuni Önalım, s. 111.

⁵⁰⁷ ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, s. 381.

⁵⁰⁸ GÜLCAN, s. 103.

⁵⁰⁹ FEYZİOĞLU, F. Necmeddin: Şufada Feragat, İBD 1951, C. XXV, S. 5, s. 258 (FEYZİOĞLU, Feragat olarak anılacaktır).

⁵¹⁰ Yargıtay'ın 16.5.1951 tarihli 6–19/3 İçtihadı Birleştirme Kararında bu husus ifade edilmiştir. Bu karara göre, “Ammenin menfaati için konulmuş olan mülkiyetin kanuni takyitlerini ilga ve tadil mahiyetinde olmak itibarıyla nefsi şufa hakkından feragatin resmi şekilde yapılarak tapuya tescili” gerekir. Bu kararın eleştirisi için bk. OĞUZMAN, Şufa, s. 16.

Kanununun 657. maddesindeki "tapu kütüğüne kayıt" ibaresinin oluşturduğu belirsizliğe son verilmiştir⁵¹¹.

Türk hukukunda önalım hakkından feragate ilişkin şerh, feragatin sonraki hak sahiplerine ileri sürülebilmesini sağlamanın yanı sıra önalım hakkından feragate ilişkin sözleşmenin geçerliği için tamamlayıcı bir unsur olarak kabul edilmektedir⁵¹². Buna karşılık İsviçre hukukunda şerh, sözleşmenin geçerliliği için gerekli değildir. Şerh, feragatin sonraki hak sahiplerine ileri sürülebilmesi işlevi görmektedir⁵¹³.

2. Önalım Hakkını Kullanmaktan Feragat

Önalım hakkının kullanılmasından feragat bir paydaşın, bir satımda önalım hakkını kullanmamayı taahhüt etmesidir⁵¹⁴. Bu tür feragate nisbi feragat denir. Nisbi feragat, önalım hakkının kullanılmasını sağlayan satımdan önce veya sonra yapılabilir (MK m. 733/2). İsviçre hukukunda ise bu yöndeki feragat sadece satımdan sonra yapılabilir (ZGB Art. 681 b/II).

Belirli bir satımda önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme yazılı şekle tabidir (MK m. 733/2). Mutlak feragatten farklı olarak nisbi feragat adi yazılı şekilde yapılabilir. Ancak bu şekil ispat şartı değil, geçerlilik şartıdır⁵¹⁵. Sözleşmeden doğan önalım hakkından da bu şekilde bir sözleşme ile feragat edilebilir (MK m. 735/III).

Medeni Kanununun önalım hakkından feragate ilişkin düzenlemesi isabetsizdir. Önalım hakkı yenilik doğuran bir haktır ve bu yenilik doğuran hakkın sahibi, tek taraflı bir hukuki işlemle muhatabın hukuk alanına etkide

⁵¹¹ **ARPACI**, s. 103.

⁵¹² **GÜMÜŞ**, s. 151.

⁵¹³ **REY**, Heinz: Basler Kommentar, ZGB, Art. 681b/ N. 5, (**YÜCEL**, s. 83'den naklen).

⁵¹⁴ **GÜRSOY/EREN/CANSEL**, s. 620-621; **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI** s. 613; **OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR**, s. 443; **VELİDEDEOĞLU/ESMER**, s. 434; **YAŞAR**, s. 430.

⁵¹⁵ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 455; **YAŞAR**, s. 431.

bulunma imkanına sahiptir. Hakkı kullanıp kullanmamak tamamen onun takdirindedir. Bu tür yetkilerle donatılmış önalım hakkı sahibinin, hakkından feragat edebilmesi için muhatap ile sözleşme yapmak zorunda olması yenilik doğuran hak niteliğine aykırıdır⁵¹⁶.

Buz, yenilik doğuran hakkın kullanılıp kullanılmayacağı hususunda tek yetkili kişinin hak sahibi olduğunu, hakkı kullanırken muhatapın işbirliğine muhtaç olmayan hak sahibinin, bu haktan feragat ederken onun olurluğunu almak zorunda bırakılmasının isabetsiz olduğunu belirtmektedir. Yazara göre yenilik doğuran hak sahibinin, tek taraflı bir hukuki işlemle hakkından feragat etmesi mümkündür ve bu tek taraflı feragat beyanının geçerliliği herhangi bir şekilde tabi değildir⁵¹⁷. Biz de yazarın bu görüşüne katılıyoruz. Ancak mevcut hükümler karşısında önalım hakkından ve hakkı kullanmaktan feragat ancak sözleşme ile mümkündür.

Medeni Kanunun, önalım hakkından feragatin sözleşme ile yapılması gerektiğine ilişkin düzenlemesi yasal önalım hakkı açısından bir noktaya kadar kabul edilebilir. Zira yasal önalım hakkı, mülkiyet hakkının kanuni bir kısıtlamasıdır ve bu kısıtlamanın kaldırıldığına ilişkin resmi şekilde yapılacak sözleşmenin şerhi, üçüncü kişiler bakımından aleniyeti sağlayacaktır. Ancak bu düşünce kabul edilse bile hak sahibinin tapu müdürlüğüne hakkından feragat ettiğini beyan edebilmesi mümkün olmalıdır. Hak sahibinin hakkından feragatinin geçerliliği için muhatapla sözleşme yapmak zorunda bırakılması yerinde değildir. Yasal önalım hakkı açısından bile yerindeliği tartışılır bir düzenlemenin sözleşmeden doğan önalım hakkı için de öngörülmesi isabetsizdir. Zira sözleşmeden doğan önalım hakkı mülkiyet hakkının kanundan doğan bir kısıtlaması değildir.

Muhatap (önalım yükümlüsü) yenilik doğuran hak sahibini (önalım hakkı sahibini) hakkını kullanmasına zorlayamaz. Hakkın kullanılıp kullanılmayacağı konusunda tek yetkili kişi yenilik doğuran hak sahibidir.

⁵¹⁶ Medeni Kanunun önalım hakkından feragat ile ilişkin düzenlemesinin (MK m. 733/II) eleştirisi için bk. **BUZ**, s. 428 vd.

⁵¹⁷ **BUZ**, s. 422-426.

Hakkın kullanılmasında olduğu gibi, haktan feragatte de tek yetkili kişi hak sahibi olmalıdır.

SONUÇ

Medeni Kanunun 2001 yılı değişiklikleri ile önalım hakkının dava açılarak kullanılacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme önalım hakkının hukuki niteliği ile bağdaşmamaktadır. Zira doktrinde oybirliği ile kabul edildiği üzere, önalım hakkı yenilik doğuran bir haktır; yenilik doğuran haklar, kural olarak tek taraflı bir hukuki işlemle kullanılırlar.

Yenilik doğuran haklar, tek taraflı hukuki işlemle, bir hukuki ilişkiyi kurmak, içeriğini değiştirmek veya sona erdirmek suretiyle başka bir şahsın hukuk alanında değişiklik meydana getirebilme yetkisi veren haklardır. Hakların en önemli özelliği, sahibine tek taraflı olarak başka bir kişinin hukuk alanında değişiklik meydana getirebilme gücü vermeleridir. Bu güç özel bir yetkiye dayanır ve bu yetkinin kaynağı yasal önalım hakkında kanun, sözleşmeden doğan önalım hakkında önalım sözleşmesidir.

Yenilik doğuran haklar, hakkın kullanılmasının meydana getirdiği etkiye göre kurucu, değiştirici veya bozucu yenilik doğuran haklar olarak üç türe ayrılmaktadır. Önalım hakkı da kurucu yenilik doğuran bir haktır. Zira hakkın kullanılması ile yeni bir satım ilişkisi kurulmaktadır. Eski Medeni Kanun döneminde satım ilişkisinin, hakkın kullanıldığına ilişkin beyanın karşı tarafa varmasıyla kurulduğu kabul edilmekteydi. Yeni düzenlemeye göre ise hakkın kullanıldığı beyanını içeren dava dilekçesinin karşı tarafa varmasıyla satım ilişkisi kurulmaktadır.

Yenilik doğuran hakların kullanımında önemli olan ve yenilik doğurucu sonucu yaratan, hak sahibinin iradesi olduğundan, hukuki sonucun meydana gelmesi için muhatabın işleme katılması ya da muvafakat etmesi gerekli değildir. Hakkın kullanılması ile muhatabın iradesi, kabulü veya herhangi bir davranışta bulunması gerekmez istenen hukuki sonuç doğar. Önalım hakkının kullanılmasıyla elde edilmek istenen hukuki sonuç ise satım ilişkisinin kurulmasıdır. Böyle bir sonucu taraflar aralarında anlaşarak da elde

edilebileceklerinden, Medeni Kanunun önalım hakkının dava açılarak kullanılacağına ilişkin düzenlemesi isabetsizdir.

Yenilik doğuran haklar, kamu düzeni ile ilgili veya hukuk güvenliğinin sağlanması ya da üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması gibi istisnai durumlarda dava açılarak kullanılır. Bu gibi istisnai hallerde, hukuki durum değişikliği için sadece hak sahibinin iradesi yeterli görülmemektedir. Taraflar bu tür konularda karşılıklı anlaşmayla yenilik doğuran hakkın meydana getirdiği hukuki sonucu sağlayamazlar. Önalım hakkı açısından ise ne kamu menfaati ne de korunması gereken bir üçüncü şahıs mevcuttur.

Önalım hakkının dava yoluyla kullanılmasının hukuki anlamı, hak sahibinin irade beyanına bağlanan hukuki sonucun, ancak mahkemenin vereceği kararla doğmasıdır. Buna göre, önalım hakkının dava dışı yenilik doğuran bir beyanla kullanılması ve satım ilişkisinin bu şekilde kurulması imkanı hukuken ortadan kalkmıştır. Önalım hakkının dava yoluyla kullanılması sonucu, önalım hakkı sahibi ile muhatap arasında doğan satım ilişkisinin hükümleri, mahkemenin kararı ile sonuca bağlanacak ve muhatapın hukuk alanına müdahale, mahkeme kararının kesinleşmesi ile ortaya çıkacaktır.

Medeni Kanunda, eski düzenlemeden farklı olarak, önalım hakkının alıcıya karşı dava açılarak kullanılacağı öngörüldüğünden, önalım hakkının kullanıldığı beyanını içeren dava, yenilik doğuran dava niteliğindedir. Medeni Kanunun 734. maddesinin madde gerekçesinde, önalım hakkının dava dışı bir beyanla kullanılabilmesine rağmen bu beyanla istenilen sonucun elde edilebilmesi için daima bir dava açılması gerektiği belirtilmektedir. Böyle bir gerekçe önalım hakkının yenilik doğuran dava olarak düzenlenmesinin gerekçesi olamaz. Zira önalım hakkı, yenilik doğuran bir haktır ve yenilik doğuran hakların kullanılması için kural olarak dava açılması gerekmez.

Önalım hakkı gibi taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamaları arasında yer alan ve önalım hakkına çok benzeyen, alım ve geri alım hakları için dava açma

zorunluluğu getirilmemiştir. Bu bağlamda Medeni Kanunun 734. maddesi aynı kategoride yer alan hak sahiplerinden, önalım hakkı sahipleri aleyhine eşişsizlik yaratmaktadır.

Yeni Medeni Kanunda önalım olayını geręekleřtiren satımın önalım yükümlüsü tarafından hak sahibine bildirilmesinden başlayarak üç ay ve her halde satımdan itibaren iki yıl içinde hakkın dava yoluyla kullanılması gerektiği düzenlenmektedir (MK m. 734). Eski düzenlemeye göre, önalım hakkı tek taraflı ve ulaşması yeterli bir irade beyanı ile kullanılıp hak düşürücü sürelerin geçmesine engel olunabilirdi. Yeni düzenlemeye göre ise, hak düşürücü süreler içinde dava açılması gerekmektedir. Önalım yükümlüsü, taşınmazın devrine rıza gösterse bile önalım hakkı sahibi, bu düzenleme nedeniyle dava açmak zorundadır. Tarafların karşılıklı anlaşma ile çözümlenebilecekleri bir husus asılken dava açma zorunluluğu getirilmiş olması usul ekonomisi ilkesine aykırıdır.

Önalım hakkının dava yolu ile kullanımının zorunlu tutulması, Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyetini de zorlaştıran bir hükümdür. Önalım hakkı sahibi, hakkına, dava açmadan, yenilik doğurucu bir beyanla kavuşabilecekken bu hükümlerle, dava açmak zorunda bırakılmaktadır.

Medeni Kanunun önalım hakkının dava açılarak kullanılacağını düzenleyen 734. maddesinin iptali için Anayasa Mahkemesinde dava açılmışsa da, bu dava reddedilmiştir. Bu nedenle, yürürlükte hükümler uyarınca hakkın tek taraflı bir hukuki işlemlerle kullanılması ve satım ilişkisinin bu şekilde kurulması mümkün değildir. Anayasa Mahkemesinin kararında, yasal önalım hakkını aynı hak olarak nitelendirilmiştir. Kararda önalım hakkının yenilik doğuran hak niteliği üzerinde hiç durulmamıştır. Anayasa Mahkemesinin yasal önalım hakkını aynı hak olarak nitelendirmesi hukuki temelden yoksundur. Aynı haklarda sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesi geçerli olduğundan, kanunda yer verilenler dışında, yeni bir aynı hak oluşturulması mümkün değildir. Yasal önalım hakkı, aynı hakların verdiği yetkiye sahip bir hak değildir. Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyete tabi

taşınmazda, paydaşlardan biri payını, paydaş olmayan bir üçüncü kişiye sattığında, hak sahibine bu payı öncelikle satın alma yetkisi vermektedir. Hakkın verdiği yetki bununla sınırlıdır; hak herkese karşı değil sadece önalım yükümlüsüne karşı ileri sürülebilir. Bu nedenlerle yasal önalım hakkının aynı hak olarak nitelendirilmesi isabetsizdir.

Anayasa mahkemesinin yasal önalım hakkının kanundan kaynaklandığı, alım ve geri alım hakları ile aynı hukuksal durumda bulunmadığı yönündeki tespiti de yerinde değildir. Zira bu yöndeki tespit, hakları, aynı hak ve nisbi hak olmak üzere iki tür olarak sınırlandırmaktadır. Halbuki hak türü olarak, kullanılmaları üzerine yeni bir hukuk ilişki yaratan yenilik doğuran haklar da bulunmaktadır. Ayrıca yasal önalım hakkının, alım ve geri alım hakkından farklı boyutu, sadece kaynağının kanun olmasıdır. Aktarılan nedenlerle alım ve geri alım hakkı gibi yenilik doğuran hak niteliğinde olan önalım hakkı için dava açma zorunluluğu getirilmesi, aynı kategoride bulunan haklar arasında eşitsiz bir durum yaratmaktadır.

Medeni Kanunun önalım hakkına ilişkin hükümlerinde eleştirilecek tek nokta hakkın dava açılarak kullanılması değildir. Bunun dışında önalım hakkından feragat de yenilik doğuran hak niteliğine aykırı bir düzenlemedir. Yürürlükteki hükümler uyarınca önalım hakkından feragatin resmi şekilde yapılması ve tapu kütüğüne şerh verilmesi gerekir. Önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme ise yazılı şekle tabidir. Bu şekil şartları sözleşmeden doğan önalım hakkı için de uygulanır.

Medeni Kanunun önalım hakkından feragat ilişkine düzenlemesi isabetsizdir. Önalım hakkı yenilik doğuran bir haktır ve bu yenilik doğuran hakkın sahibi, tek taraflı bir hukuki işlemle muhatapın hukuk alanına etkide bulunma imkanına sahiptir. Hakkı kullanıp kullanmamak tamamen onun takdirindedir. Bu tür yetkilerle donatılmış önalım hakkı sahibinin, hakkından feragat edebilmesi için muhatap ile sözleşme yapmak zorunda olması yenilik

doğuran hak niteliğine aykırıdır. Ancak mevcut hükümler karşısında önalım hakkından ve hakkı kullanmaktan feragat ancak sözleşme ile mümkündür.

Önalım hakkının dava dışı bir beyanla kullanılabilmesi ve feragatin tek taraflı bir hukuki işlem yapılabileceği yönünde bir kanun değişikliği yapılması gerektiğini düşünürüz. Böyle bir değişiklik, Medeni Kanunun önalım hakkının yenilik doğuran hak niteliğine aykırı düzenlemelerinin yarattığı sakıncaları giderecektir.

YARARLANILAN YAYINLAR

- ACEMOĞLU, Kevork** : Eşya Hukuku Meseleleri, İstanbul 1970.
- AKİPEK, Jale G.** : Üst Hakkı Kavramı ve Bu Hakkın Muhtevası, Medeni Kanunun 50. Yılı, Ankara 1977, a. 229-275.
- AKIN, Mustafa** : Önalım Hakkının Kullanımının Anayasaya Aykırılığı, İBD 2005, C. 79, S. 3, s. 728–735.
- ALLGÄUER, Oskar** : Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufsrecht nach dem Schweizerischen Zivilgesetzbuche, Aarau 1918.
- ARIK, K. F.** : Mirasçıya Satışta Şufa Hakkı Cereyan Eder mi? SBF 1957, C. XII, s. 211-217.
- ARPACI, Abdülkadir** : Eşya Hukukumuzda Yeni Medeni Kanun ile Yapılan Değişikliklerden Bazılarına Kısa Bir Bakış, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, s. 89–115.
- ASLAN, Çiğdem M.** : Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2006.
- ATEŞ, Turan** : Önalım Davası, Legal Hukuk Dergisi 2005, C. 3, S. 27, s. 923–929.
- AYAN, Mehmet** : Kanuni Şufa Hakkı, Prof. Dr. Halil Cin'e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995, s. 335 – 369 (AYAN, Kanuni Şufa).
- AYAN, Mehmet** : Eşya Hukuku, Mülkiyet, C. 2, Konya 1993 (AYAN, Mülkiyet).
- AYAN, Mehmet** : Medeni Hukuka Giriş, Konya 2009 (AYAN, Medeni Hukuk).
- AYBAY, Aydın/
HATEMİ, Hüseyin** : Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- AYİTER, Nuşin** : Eşya Hukuku Kısa Ders Kitabı, Ankara 1987 (AYİTER, Eşya Hukuku).

- AYİTER**, Nuşin : Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme, Ankara 1968 (AYİTER, Mamelek).
- BAHTİYAR**, Mehmet : Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2005.
- BELEN**, Herdem : Akdi Şufa Hakkının Noterde Düzenlenmesi Gereğine İlişkin Tapu Sicili Tüzüğü Hükümünün Eleştirisi, KÜHFD 1998–1999, S. 2, s. 97–109 (BELEN, Şufa).
- BELEN**, Herdem : Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarının Faaliyetlerinin Medeni Hukuk Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul 2002 (BELEN, Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları).
- BERTAN**, Suat : Ayni Haklar, Medeni Kanun 618–704. Maddelerinin Şerhi, C.1, Ankara 1976.
- BUZ**, Vedat : Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.
- CANSEL**, Erol : Menkul Mülkiyetinin Geçişinin İlliliği Meselesi ve Ayni Sözleşme Kavramı, İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s. 333-358.
- ÇENBERCİ**, Mustafa : Gayrimenkul Satış Vaadi, Ankara 1986.
- ÇERNİS**, Volf : Şufa Hakkını Akim Bırakmaya Matuf Bir Teşebbüs Olarak Gabin Davası, AD, Ankara 1956, S. 7, s. 719–730; S. 8, s. 856- 871.
- DEMİRBAŞ**, Harun : Yenilik Doğuran Haklar, İstanbul 2007.
- DURAL**, Mustafa/
SARI, Suat : Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2006.
- ERÇİN**, Ferhat : Kanuni Şufa Hakkının Kullanılmasına İlişkin 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 734. Maddesi Üzerine Düşünceler, LEGAL Hukuk Dergisi, 2006, C. 4, S. 46, s. 3011 – 3024.
- EREL**, Şafak N. : Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982.
- EREN**, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009.

- EREN**, Fikret/
BAŞPINAR, Veysel
ERKÜN, Ali Şevket
- : Toprak Hukuku, Ankara 2005.
- : Müstakbel Varise Satışlarda Şufa, İBD 1957, C. XXXI, S.8, s. 217- 234.
- ERTAŞ**, Şeref/
SERDAR, İlknur/
GÜRPINAR, Damla
- : Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, Ankara 2006.
- FEYZİOĞLU**,
F. Necmeddin
- : Şufa Hakkı, İstanbul 1959 (FEYZİOĞLU, Şufa).
- FEYZİOĞLU**,
F. Necmeddin
- : Şufa Hakkının Doğuşu ve Buna Terettüp Eden Hükümler, İÜHFM 1951, C. XVII, S 1-2, s. 207- 238 (FEYZİOĞLU, Şufa Hakkının Doğuşu).
- FEYZİOĞLU**,
F. Necmeddin
- : Şufa Hakkının Mevzuu ve Søjeleri, İÜHFM 1952, C. 18, S. 3-4, s. 875-902 (FEYZİOĞLU, Şufa Hakkının Mevzuu).
- FEYZİOĞLU**,
F. Necmeddin
- : Şufa Hakkının Kullanılması Mümkün Olan ve Olmayan Tasarruflar, İÜHFM 1953, C. XIX, S. 1-2, s. 222- 269 (FEYZİOĞLU, Tasarruflar).
- FEYZİOĞLU**,
F. Necmeddin
- : Şufa Hakkında Muvazaa İddiaları, İÜHFM 1950, C. XVI, S.1-4, s. 272-288. (FEYZİOĞLU, Muvazaa).
- FEYZİOĞLU**,
F. Necmeddin
- : Şufa Hakkının Kullanılması İçin Gereken Şartlar, İBD 1952, C. XXVI, S. 10, s. 569-590. (FEYZİOĞLU, Şufa Hakkının Kullanılması).
- FEYZİOĞLU**,
F. Necmeddin
- : Şufada Feragat, İBD 1951, C. XXV, S. 5, s. 257-275 (FEYZİOĞLU, Feragat).
- FEYZİOĞLU**,
F. Necmeddin
- : Medeni Kanunun 50. Yıldönümünde Hakların Kötüye Kullanılması, Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, I. Tebliğler, İstanbul 1978, s. 147-188 (FEYZİOĞLU, Hakların Kötüye Kullanılması).
- FEYZİOĞLU**,
F. Necmeddin
- : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1976 (FEYZİOĞLU, Borçlar).

- GÜLCAN**, Erdem : Noterler Açısından Yeni Medeni Kanunda Önalım (Şufa) Hakkı, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi 2004, S.122.
- GÜMÜŞ**, M. Alper : Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Ankara 2003.
- GÜRSOY**, Kemal T./
EREN, Fikret/
CANSEL, Erol : Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984.
- GÜRZUMAR**, Osman B. : Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı, İstanbul 2001.
- HATEMİ**, Hüseyin/
SEROZAN, Rona/
ARPACI, Abdülkadir : Eşya Hukuku, İstanbul 1991.
- HATEMİ**, Hüseyin : Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 2004 (HATEMİ, Medeni Hukuk).
- HATEMİ**, Hüseyin : Eşya Hukuku Meseleleri, İstanbul 1995, (HATEMİ, Meseleler).
- HATEMİ**, Hüseyin : Das Vorkaufsrecht im Neuen Türkischen ZGB, Prof. Dr. Pierre Widmer'e Armağan, İstanbul 2005, s. 165–172 (HATEMİ, Vorkaufsrecht).
- HAYOZ**, A. Meier : Şufa Akdi, İÜHFM 1968, C. XXXIII, S. 3–4, s. 273- 287 (Çev. DOĞANAY, Y. Ümit).
- İMRE**, Zahit : Ayni Hak Mefhumu Üzerinde Düşünceler, A. Samim Gönensay'a Armağan, İstanbul 1955, s. 324- 352.
- KILIÇOĞLU**, Mustafa : Akdi ve Kanuni Şufa Davaları (Önalım), Ankara 1997.
- KIRCA**, Çiğdem : Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanundaki Değişiklikler, Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002, C. 2, s.1179–1203.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip : Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959 (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Satış Vaadi).

- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip** : Kat İrtifakında Kanuni Şufa Hakkı Kullanılabilir mi, Reşit Kaynar'a Armağan'dan Ayrı Bası, İstanbul 1981, s. 129–139 (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Kat İrtifakı).
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir** : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. III, İstanbul 2006.
- KOÇ, Kahraman** : Şufa Bedeli Hakkındaki Hukuk Genel Kurulu Kararı Münasebetiyle, Yargıtay Dergisi 1994, C. 20, S. 1–2, s. 270–278.
- KOÇAK, Duygu** : Konut Finansmanı Kanunu Öncesi ve Sonrası Mortgage, İstanbul 2007.
- KORAL, Rabi** : Şufada İstihlaf Fikri Kayıt Tashihi Davası ve Temyiz Tevhidi İçtihat Kararı, A. Samim Gönensay'a Armağan, İstanbul 1955, s. 263-293.
- KÜLEY, Muin M.** : Şufada Eski ve Yeni Hükümler ve Mülkiyetin Şefie İntikal Anı, MHAD, İstanbul 1958, S. 2, s. 220- 244 (KÜLEY, Mülkiyetin İntikal Anı).
- KÜLEY, Muin** : Şufada Muvazaa ve İspatı, ABD 1949, C. 5, S. 57, s. 23–28 (KÜLEY, Muvazaa).
- KÜLEY, Muin M.** : Şufa Hakkının İstimali Müddeti, İBD 1948, C. XXII, S. 5, s. 228- 233 (KÜLEY, Şufa Hakkının İstimali).
- MARDİN, Ebül'ülâ** : Şufada İstihlaf Nazariyesi, İBD 1948, C. 22, s. 585–596.
- MOLLAMUSTAFAOĞLU, M. Zeki** : Önalım Hakkı ve Ortak Mülkiyet, AD, Ankara 1973, S. 1, s. 77–81.
- MUTÇALI, Serdar** : Arapça – Türkçe Sözlük, İstanbul 2005.
- NOELPP, Christoph** : Eine Studie zur Rechtlichen Erfassung des Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufsrechts, Frankfurt 1987.
- NOMER, Haluk N.** : Vefa Hakkı, İstanbul 1992 (NOMER, Vefa).

- NOMER, Haluk N.** : Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukukî Sonuçları, İstanbul 2002.
- OĞUZMAN, M. Kemal** : Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar, İÜHFM 1965, C. XXXI, S. 1-4, s. 209- 219 (OĞUZMAN, Eşyaya Bağlı Haklar).
- OĞUZMAN, Kemal** : Eşyaya Bağlı Haklara Hakim Olan Esaslar, Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s.107–126 (OĞUZMAN, Esaslar).
- OĞUZMAN, Kemal** : Dürüstlük Kuralına (MK m. 2) Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi, Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 407–415 (OĞUZMAN, Dürüstlük Kuralı).
- OĞUZMAN, Kemal** : Eşyaya Bağlı Borçlara Hakim Olan Esaslar, Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu I. Tebliğler, İstanbul 1978, s. 225–250 (OĞUZMAN, Eşyaya Bağlı Borçlar).
- OĞUZMAN, Kemal** : Medeni Kanunun Boşluklarının Yargıtay Kararları İle Doldurulduğu Bir Müessese: Şufa, Medeni Kanun'un 50. Yılı (Bilimsel Hafta: 15-17 Nisan 1976, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi No: 408) Ankara 1977, s.13-22 (OĞUZMAN, Şufa).
- OĞUZMAN, M. Kemal/ BARLAS, Nami** : Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul 2008.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, Turgut** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe** : Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- OKTAY, Saibe** : Türk Hukukunda Tapuda Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Zamanaşımı ile Kazanılması, İstanbul 1990.
- OLGAÇ, Senai** : Şüfa Vefa- İştira Hakları (Ön-Alım, Geri-Alım, Satım- Alım Hakları), 1978.
- ÖNEN, Ergun** : İnşai Dava, Ankara 1981.

- ÖZENLİ**, Soysal : Uygulamada Önalım (Şufa) Davaları, İstanbul 1990.
- S. ÖZKAN**, Meral : İnşai Karar ve Özellikleri, Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s.553–576.
- ÖZMEN**, E. SABA : Kat İrtifakı, 1997.
- ÖZMEN**, E. SABA/
YÜCE B.,Melek : Taşınmaz Satış Vaadlerinde Tarih Önceliğine Üstünlük Tanıyan Yargıtay Kararlarına İlişkin Düşünceler, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s. 951–998.
- PEKCANITEZ**, Hakan/
ATALAY, Oğuz/
ÖZEKES, Muhammet : Medeni Usul Hukuku, Ankara 2006.
- PULAŞLI**, Hasan : Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Ankara 1989.
- REİSOĞLU**, Safa : Uygulamada Kat Mülkiyeti, Ankara 1979 (REİSOĞLU, Kat Mülkiyeti).
- REİSOĞLU**, Safa : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2004 (REİSOĞLU, Borçlar Genel).
- SANCAR**, Mithat : Cebri Arttırma Yoluyla Satımlarda Önalım Hakkına İlişkin Bir Yargıtay Kararı, Yargıtay Dergisi 1987, C. 13, S. 1–2, s. 72–87.
- SAYMEN**, Ferit H./
ELBİR, Halid K. : Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963.
- SCHMID**, Hans Peter : Das Vorkaufsrecht, Basel 1934.
- SCHWARZ**, Andreas B. : Medeni Hukuk Dersleri İstanbul 1935, (Çev. Hıfzı Veldet).
- SEBÜK**, Tahir : Şufa, Vefa ve İştira Hakları, İstanbul 1951.
- SEROZAN**, Rona : Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007 (SEROZAN, Sözleşme).
- SEROZAN**, Rona : Nisbi Hakların Güçlendirilmesi, İÜHFM 1974, C. XL, S. 1–4, s. 459–479 (SROZAN, Nisbi Haklar).

- SEROZAN, Rona** : Taşınır Eşya Hukuku, Eşya Hukukunun Temel Kavramları ve İlkeleri, Zilyetlik, Mülkiyet, İntifa ve Rehin Uygulama Çalışmaları, İstanbul 2002 (SEROZAN, Taşınır Eşya).
- SİRMEN, Lale A.** : Türk Özel Hukukunda Şart, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1992.
- SUNGURBEY, İsmet** : Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul 1963 (SUNGURBEY, Kişisel Hakların Şerhi).
- SUNGURBEY, İsmet** : Şufada Halefiyet Görüşünün Tenkidi, MHAD, İstanbul 1957, S.1, N.1, s. 48–53 (SUNGURBEY, Halefiyet).
- SUNGURBEY, İsmet** : Medeni Hukukun Temel Sorunları, Ankara 2003 (Medeni Hukuk).
- SUNGURBEY, İsmet Gülümser** : İsviçre Türk Hukukuna Göre İktisabi Müruru Zaman, İstanbul 1956 (Müruru Zaman).
- ŞIPKA, Şükran Taman** : Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şufa) Hakkı (MK m. 659) Hukuki Niteliği ve Kullanma Koşulları, İstanbul 1994 (Kanuni Önalım).
- ŞIPKA, Şükran Taman** : Kanuni Önalım (Şufa) Hakkının Kullanılması Sonucunda Önalım Bedelinin Belirlenmesi Meselesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları, 1994, C. 7, S.1-3, s. 289- 299 (ŞIPKA, Önalım Bedeli).
- TANDOĞAN, Haluk** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, İstanbul 1988.
- TEKİNALP, Ünal** : Anonim Ortaklık Payının Alım, Önalım, Geri Alım ve Benzer Haklara Konu Olması Sorunu, Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, I. Tebliğler, İstanbul 1978, s. 345–359.
- TEKİNAY, S. Sulhi** : Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri II/1, İstanbul 1988 (TEKİNAY, Takyitler).

- TEKİNAY, S. Sulhi** : Medeni Hukuka Giriş Dersleri, İstanbul 1987 (TEKİNAY, Medeni Hukuk).
- TEKİNAY, S. Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Attila,** : Eşya Hukuku, C. I. (Zilyetlik –Tapu Sicili – Mülkiyet), İstanbul 1989.
- TUNABOYLU, Müslim** : Açıklamalı- İçtihatlı Önalım Alım- Geri Alım Davaları, Ankara 2003.
- TUNÇOMAĞ, Kenan** : Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul 1977 (TUNÇOMAĞ, Borçlar Özel).
- TUNÇOMAĞ, Kenan** : Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1976 (TUNÇOMAĞ, Borçlar Genel).
- TÜYSÜZ, Vahit** : Şufa (Önalım) Davası, AD, Ankara 1989, S.1, s. 52–65.
- UMUR, Ziya** : Roma Hukuku Lugati, İstanbul 1983.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim** : Tapu Kütüğünün Tashihi Davası, İstanbul 1959.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı V./ ESMER, Galip** : Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı, İstanbul 1956.
- VURAL, Ahmet Hüsrev** : Şufa Hakkı ve Bedelde Muvazaa, VBD2004, S. 9, s. 6–8.
- von TUHR, Andreas** : Borçlar Hukuku, Ankara 1983 (Çev: EDEGE, Cevat).
- WIELAND, C.** : Kanuni Medenide Aynı Haklar, Ankara 1946 (Çev. KARAFAKİ, İ. Hakkı).
- YAŞAR, Mert** : Yeni Medeni Kanunda Önalım Hakkına İlişkin Değişiklikler, GÜHFD 2002, S.2, s. 423–434.
- YAVUZ, Cevdet** : Türk Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2009 (YAVUZ, Borçlar).

- YAVUZ**, Cevdet : Tapusuz Gayrimenkullerin Devren Kazanılması, Ümit Y. Doğanay'a Armağan, C.1, İstanbul 1982, s. 383–422 (YAVUZ, Tapusuz Gayrimenkuller).
- YILDIZ**, Ekrem : 4721 sayılı Türk Medeni Kanununa göre Önalım Davaları, İstanbul 2005.
- YÜCEL**, Sevtap : Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir 2006.

<http://www.kazanci.com>

<http://www.tbmm.gov.tr>

<http://www.yok.gov.tr>

ÖZGEÇMİŞ

NURGÜL KUTLU

Eğitim

1987-1994: Grund und Hauptschule Herrieden

1994-1996: Gerze İnkılap İlköğretim Okulu

1996-2000: Sinop Atatürk Lisesi (Yabancı Dil Ağırlıklı Lise)

2000-2004: Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İş

2006 - : Avukat, İstanbul Barosu

Kişisel Bilgiler

Doğum Yeri ve Yılı: Almanya, 1981

Yabancı Dili : İngilizce, Almanca