

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

Yüksek Lisans Tezi

SÖZLEŞMEDEN DOĞAN ÖNALIM HAKKI

Hazırlayan
Mustafa Aykut Kayaözü
2501110326

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Azra ARKAN SERİM

İstanbul - 2015



Y Ü K S E K L İ S A N S
T E Z O N A Y I

ÖĞRENCİNİN

Adı ve Soyadı : MUSTAFA AYKUT KAYAÖZÜ

Numarası : 2501110326

Anabilim/Bilim Dalı : ÖZEL HUKUK

Danışman: DOÇ.DR.AZRA ARKAN SERİM

Tez Savunma Tarihi : 23.07.2015

Tez Savunma Saati: 11.00

Tez Başlığı : SÖZLEŞMEDEN DOĞAN ÖNALIM HAKKI

TEZ SAVUNMA SINAVI, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜ'NE** OYBİRLİĞİ / ~~OYÇOKLUĞUYLA~~ karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-DOÇ.DR.AZRA ARKAN SERİM		KABUL
2-YRD.DOÇ.DR.CÜNEYT BELLİCAN		KABUL
3- YRD.DOÇ.DR.AYÇA AKKAYAN YILDIRIM		KABUL

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- DOÇ.DR.SERKAN ERGÜNE		
2-DOÇ.DR.EMRE GÖKYAYLA		

“SÖZLEŞMEDEN DOĞAN ÖNALIM HAKKI”

Mustafa Aykut KAYAÖZÜ

ÖZ

Sözleşmeden doğan önalım hakkı, hakkın konusu olan şeyin bir üçüncü kişiye tamamen veya kısmen satılması halinde hak sahibine satılanın alıcısı olma yetkisini veren, hak sahibi ile önalım yükümlüsü (mal sahibi) arasında satım yahut satıma eşdeğer bir tasarruf işleminden önce yapılan sözleşme ile doğan, kurucu nitelikte yenilik doğuran bir haktır.

Hakkın kaynağını teşkil eden önalım sözleşmesi, salt önalım hakkının düzenlendiği bir sözleşme niteliğini taşıyabileceği gibi, herhangi bir sözleşme içerisine yerleştirilecek bir kayıt ile de ortaya çıkabilir. Önalım sözleşmesi tarafların önalım hakkının tanınmasına dair olan irade beyanlarını içermeli ve bu hakkın hangi mala ilişkin olduğunu göstermelidir. Önalım sözleşmesinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır.

Sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanımı, önalım olayının gerçekleşmesi şartına bağlıdır. Önalım hakkının kullanılması için önalım olayı bir ön koşuldur. Önalım olayı, hakkın konusu olan şeyin üçüncü bir kişiye satılmasıyla gerçekleşmekle birlikte, satım benzeri bazı işlemler de önalım olayı olarak kabul edilmektedir.

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

Bu çalışma ile sözleşmeden doğan önalım hakkı, köklü değişiklik ve yenilikler getiren 4721 ve 6098 sayılı kanunlardaki yeni düzenlemeler ışığında değerlendirilmek istenmiştir.

Anahtar Sözcükler: Önalım, Hak, Sözleşme, Şufa, Satış

“THE CONTRACTUAL PREEMPTION RIGHT”

Mustafa Aykut KAYAÖZÜ

ABSTRACT

The right of preemption derived from a contract constitutes a right creating a constituent renewal of the right in case of sale to a third party -in part or in whole- of the subject which the preemptive right applies for, granting the holder of the right the authority to become the buyer of the subject on sale. The above mentioned right derives from a contract which is made before any transaction act -a sales contract or any equivalent to such a contract- between the person liable to the preemption right (the proprietor) and the beneficiary of the right.

The preemption contract is where the preemptive rights are derived from, so it is necessary that either a contract is specifically drafted to cover such a right or a relevant annex is added to an existing contract. It is compulsory that a declaration of the parties' intentions regarding the acknowledgement of the preemptive rights along with a clarification on the subject which the preemptive right refers to are included in the preemption contract. The preemption contract is required to be presented in a written format, for it to be considered as valid.

The preemptive right is irreversibly connected to the preemptive act. The realisation of the preemptive act constitutes a prerequisite for the preemptive right to be implemented. The preemptive act is considered to take place during the sale to a third party of the subject which the preemptive right applies for; certain actions similar to a sales transaction can be accepted as a preemptive act.

It is necessary for the right holder to open a case in the court of law within three months as of the date the preemptive act obligant sends him a notification and under no circumstances later than 2 years after the sales transaction has taken place.

The main aim of the present study is to shed light on the major changes and new elements regarding the preemptive right derived from the new regulations No 4721 and 6098.

Key Words: Preemption, Right, Contract, Sale

ÖNSÖZ

Tez konumuzu oluşturan “*Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı*” günlük yaşantıda her ne kadar önalım hakkının bir diğer çeşidi olan “*Yasadan Doğan Önalım Hakkı*” gibi bilinmese ve uygulama alanı bulmasa da, özellikle son dönemlerde muhtevasında birçok değişiklik ve yenilik barındıran düzenlemeler içeren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girmeleri ile birlikte, bu hakkın, daha aktif bir role büründürüldüğünü söylemek mümkündür.

Mülga kanunlarda, sadece “*Yasadan Doğan Önalım Hakkı*”na yapılan atıflar ile kıyasen uygulanabilen “*Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı*”na özellikle, Türk Borçlar Kanunu içerisindeki sistematik bir şekilde yer verilmesi ile bu hakkın şekline, süresi ve şerhine, devredilmesi ve miras yoluyla geçmesine, hakkın ileri sürülmesine, hakkın kullanılma koşulları ve hükümlerine ilişkin düzenlemeler ile gerek mehzaz kanunlar gerekse de Türk Medeni Kanunu’na uyumluluk sağlanmıştır.

Uygulamada “şuf’a” yahut “önalım” denilince ilk akla gelen kuşkusuz “*Yasadan Doğan Önalım Hakkı*”dır. Tez konusu belirlemek için tarafımda yapılan çalışmalarda, “*Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı*”nın hep bir adım geri planda kaldığı, aslında, geçerlilik şartı açısından da “*adi yazılı şeklin*” yeterli olmasına rağmen halk arasında pek de yaygın olarak kullanılmadığı fark edilmiştir. “*Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı*” ile ilgili, tez yazımına başlama tarihime rastlayan döneme kadar, yazılan eserlerde de, 1 Temmuz 2012 gibi yakın sayılabilecek bir tarihte yürürlüğe giren Borçlar Kanunu’ndaki olumlu değişiklik ve yeniliklerin işlenmiş olması ile bunların yapacağım çalışmada bir farklılık teşkil edeceğini düşünerek tez konumu “*Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı*” olarak belirledim. Bu kapsamda, tez konusunun kaynağını teşkil eden yasaların konuyu düzenleme sistemine uyumlu biçimde, tezin ilk kısmında, öncelikle “*Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı*”nın çatısı olan “*Önalım*” kavramı incelenmiş, akabinde ise, “*Önalım Hakkı*”nın hukuki niteliği, amacı, tarihsel süreçlerdeki yeri, türleri ve benzer haklar ile ilgili karşılaştırmaları yapılmaya çalışılmıştır. İkinci kısımda, tez konusunun ana hattını oluşturan “*Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı*”nın kullanımı,

“Önalım Sözleşmesi ve Özellikleri”, “Önalım Davası” hakkında ayrıntılı incelemeler ve değerlendirmeler yapılmaya çalışılmış; son kısımda ise, *“Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı”*nın özellikle dava dışı nedenlerle sona erdirilmesi ve hakkın sona ermesinin yarattığı neticeler değerlendirmeye konu edilmiştir.

Söz konusu tezin hazırlanması sırasında, yeni Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girdiği 2012 yılı ve sonrasında yayımlanan yahut hazırlanan eser ve kaynaklardan da faydalanılmaya, yeni kurallarla önemli ölçüde geliştirilen önalım hakkı konusunda açıklamalar yapılmaya çalışılmıştır.

Tezin konusunun belirlenmesinden bitirilmesine kadarki süreçte, şahsımı her daim söylemleri ve tavsiyeleri ile teşvik eden, bu tez çalışmasının hazırlanması sırasında benden tecrübelerini, yardımlarını ve anlayışlarını esirgemeyen tez danışmanım Sayın Doç. Dr. Azra ARKAN SERİM’e, *“Tezi tez bitir”* cümlesi ile her telefon görüşmemizi sonlandırmak sureti ile her daim desteklerini hissettiğim değerli aileme şükranlarımı sunuyorum.

Mustafa Aykut KAYAÖZÜ

İÇİNDEKİLER

ÖZ	III
ABSTRACT	IV
ÖNSÖZ	VI
KISALTMALAR	XII
BİRİNCİ BÖLÜM	3
1. ÖNALIM HAKKI	3
1.1 ÖNALIM KAVRAMI	3
1.1.1 Terminoloji	3
1.1.2 Tanım	4
1.2 ÖNALIM HAKKININ TARİHÇESİ.....	9
1.2.1 İlk Zamanlarda	9
1.2.2 Roma Hukukunda	9
1.2.3 Orta Çağda	10
1.2.4 İslam Hukukunda	11
1.3 MUKAYESELİ HUKUKTA ÖNALIM HAKKININ DÜZENLENİŞİ	12
1.3.1 Alman Hukukunda	12
1.3.2 İsviçre Hukukunda	16
1.4 ÖNALIM HAKKININ AMACI	17
1.5 ÖNALIM HAKKININ TÜRLERİ.....	20
1.5.1 Genel Olarak	20
1.5.2 Kaynağı Açısından.....	22
1.5.3 İçeriği Açısından.....	29
1.6 SÖZLEŞMESEL ÖNALIM HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ	32
1.6.1 Genel Olarak	32
1.6.2 Aynî Hak Görüşü	32
1.6.3 Özel Borç İlişkisinden Doğan Alacak Hakkı Görüşleri	34
1.6.4 Yenilik Doğuran Hak Teorisi.....	39
1.7 ÖNALIM HAKKININ BENZER HAKLARLA KARŞILAŞTIRILMASI.....	40
1.7.1 Alım Hakkı (İştira).....	40
1.7.2 Geri Alım Hakkı (Vefa)	43
1.7.3 Opsiyon Hakkı	44
1.7.4 Ön Sözleşme	46

İKİNCİ BÖLÜM	47
2. SÖZLEŞMEDEN DOĞAN ÖNALIM HAKKI ve KULLANILMASI	47
2.1 GENEL OLARAK	47
2.2 SÖZLEŞMEDEN DOĞAN ÖNALIM HAKKININ KAYNAĞI	48
2.3 ÖNALIM SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ	49
2.4 ÖNALIM SÖZLEŞMESİNİN KONUSU	52
2.4.1 Taşınmazlar	53
2.4.2 Taşınırlar	57
2.5 ÖNALIM SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ ve GEÇERLİLİĞİ	59
2.5.1 Önalım Sözleşmesinin Şekli	59
2.5.2 Önalım Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları	64
2.5.3 Önalım Sözleşmesinin Şerhi	67
2.6 ÖNALIM AÇISINDAN ÖZELLİK TAŞIYAN BAZI İŞLEMLER	75
2.6.1 İhtiyari Açık Arttırmalar	76
2.6.2 Şarta Bağlı Taşınmaz Satışları	78
2.6.3 Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmeleri	79
2.6.4 Tapusuz Taşınmazların Satımı	81
2.6.5 Trampa Sözleşmeleri	82
2.6.6 Bağışlama Sözleşmeleri	83
2.6.7 Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmeleri	84
2.6.8 Paydaşlar Arasındaki Satışlar	85
2.6.9 Payın Bir Ortaklığa Sermaye Olarak Konulması	87
2.6.10 Payların Hep Birlikte Devri	88
2.6.11 Cebri Artırma Yoluyla Yapılan Satışlar	89
2.6.12 Fiilen Taksim Halinde Önalım Hakkının Kullanılması	90
2.6.13 Dostluk Satışlarında	91
2.6.14 Tecrübe ve Muayene Şartıyla Yapılan Satışlarda	92
2.6.15 Kısmi Satışlarda	92
2.6.16 Taksitli ve Bedeli Muaccel Satışlarda	93
2.7 SÖZLEŞMEDEN DOĞAN ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASI	94
2.7.1 Genel Olarak	94
2.7.2 Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkının Kullanılmasını Sağlayan Koşullar	95
2.7.3 Önalım Hakkı Sahibinin Hakkın Kullanılmasına Yönelik İrade Beyanının Varlığı	103

2.8	ÖNALIM HAKKINDAN FERAGAT EDİLMEMİŞ OLMASI	108
2.8.1	Mutlak Feragat	109
2.8.2	Nispi Feragat	110
2.9	SÖZLEŞMEDEN DOĞAN ÖNALIM HAKKININ DAVA YOLUYLA KULLANILMASI	111
2.10	HAKKIN KONUSUNA GÖRE DAVA YOLUNA BAŞVURU ZORUNLULUĞU.....	114
2.10.1	Taşınmazlar Açısından.....	114
2.10.2	Taşınırılar Açısından.....	115
2.11	ÖNALIM DAVASINA İLİŞKİN USULİ İŞLEMLER	115
2.11.1	Önalım Davalarında Görevli Mahkeme	115
2.11.2	Önalım Davalarında Yetkili Mahkeme	117
2.11.3	Önalım Davasında Taraflar	118
2.11.4	Önalım Davasında Tarafların veya Dava Konusunun Değişmesi.....	119
2.11.5	Önalım Davası Açıldıktan Sonra Dava Konusunun Davalı Tarafından Devredilmesi.....	119
	ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	123
3.	SÖZLEŞMEDEN DOĞAN ÖNALIM HAKKININ SONA ERMESİ ve SONUÇLARI.....	123
3.1	SÖZLEŞMEDEN DOĞAN ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASININ SONUÇLARI.....	123
3.1.1	Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkının Dava Yoluyla Kullanılmasının Sonuçları.....	123
3.1.2	Yeni Bir Hukuki İlişki ve Bedelin Belirlenmesi	123
3.1.3	Mülkiyetin Geçiş Anı.....	125
3.2	ÖNALIM DAVASINA SON VEREN TARAF İŞLEMLERİ.....	126
3.2.1	Feragat.....	127
3.2.2	Kabul.....	127
3.2.3	Sulh	128
3.2.4	Davanın İşlemden Kaldırılması ve Açılmamış Sayılması.....	129
3.3	SÖZLEŞMEDEN DOĞAN ÖNALIM HAKKININ DAVA DIŞI NEDENLERLE SONA ERMESİ VE SONUÇLARI	129
3.3.1	Hak Sahibinin Veya Muhatabın Ölümü	130
3.3.2	Hak Sahibi Ve Muhatap Sıfatlarının Birleşimi	130
3.3.3	Önalım Hakkı Konusunun Yok Olması	130
3.3.4	Haktan Feragat Etmiş Olma	131

3.3.5	Sürelerin Geçirilmiş Olması.....	131
<i>SONUÇ</i>		133
<i>KAYNAKÇA</i>		139

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı Geçen Eser
a.g.m.	: Adı Geçen Makale
a.g.t.	: Adı Geçen Tez
Art.	:Artikel
b.	: Bent
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
BGB	:Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch)
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
D.n.	: Dipnot
E.	: Esas
EMK	:743 sayılı Türk Kanunu Medenisi
f.	: Fıkra
GYO	: Gayrimenkul Yatırım Ortaklığı
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı

İkt. Mal	: İktisat Maliye Dergisi
K.	: Karar
KMK	:Kat Mülkiyeti Kanunu
m.	: Madde
MHAD	:Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MK	:4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
N.	:Kenar Notu
OR.	:Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
RG.	:Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
Teb. K	: Tebligat Kanunu
TOKİ	: Toplu Konut İdaresi Başkanlığı
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vb.	:Ve benzeri
vd.	: Ve diğerleri
Yuk.	:Yukarıda
YHD	:Yargıtay Hukuk Dairesi
YHGK	:Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

YİBK	:Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
Y.	: Yargıtay
Yön.	: Yönetmelik
ZGB	: Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)

GİRİŞ

Önalım hakkı, kanun veya sözleşmeden doğan ve hak sahibinin tek taraflı irade açıklaması ile hükümlerini meydana getiren, yenilik doğuran öyle bir kurucu haktır ki, borçlu hakkın konusu olan şeyi, tamamen kendi isteği ile paydaşlar dışındaki kişilere geçerli bir satış sözleşmesi neticesinde sattığı takdirde, önalım hakkı sahibine kararlaştırılan bedeli ödeyerek önalım konusu şeyin mülkiyetinin öncelikli olarak kendisine geçirilmesini veya şerh verilmemiş sözleşmeden doğan önalımda, meydana gelen zararının giderimini belirli süre içinde talep yetkisini sağlar.

Yukarıdaki tanımlama ile açıklanan önalım hakkı, temelde yasadan doğan önalım hakkı ve sözleşmeden doğan önalım hakkı olarak ikiye ayrılmaktadır. Yasadan doğan önalım hakkı, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 732-734 hükümleri arasında; sözleşmeden doğan önalım hakkı ise, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 237-242 hükümleri ile Türk Medeni Kanunu 735 hükmünde düzenlenmiştir.

“Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı”’nın en başta bir hak olarak, içeriğinden neleri barındırdığının ortaya çıkarılabilmesi için, tez içeriği de yürürlükte bulunan Borçlar Kanunu’nun söz konusu hakkı ele alış biçimine uygun hale getirilerek belirlenmeye çalışılmış ve üç bölüme ayrılmıştır.

İlk bölümde, bir çatı kavram olan *“Önalım Hakkı”*’nın çok çeşitli tanımlamalarına yer verilmiş, sonrasında da bu hakkın farklı tarihsel süreçlerdeki misyonuna ilişkin bilgiler vermeye çalışılmıştır. Mevzuat kanunlardaki ele alınış biçimi ile şu anda yürürlükteki Türk Mevzuatı arasındaki benzerlik ve farklılıklar gözlemlenmiş, önalım hakkı ile elde edilmesi istenen amaçlar da değerlendirilmiştir. Önalım hakkına benzerlik teşkil eden hakların ayrıntılı tanımlamalarına yer verilmek sureti ile aslında, bu hakların önalım hakkı ile aralarındaki farklılıkların net şekilde ortaya çıkartılması amaçlanmıştır.

Tez çalışmamıza adını veren “*Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı*”nın kendine has özelliklerini ve kullanımının incelenmeye çalışıldığı ikinci bölümde ise, ilk olarak, “*Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı*” kaynağını, hak sahibi ve hakka konu şeye malik olan kişi arasında düzenlenen “*Önalım Sözleşmesi*”nden aldığından, tez bünyesinde de önalım sözleşmesinin şekli, geçerliliği, konusu ve karakteristik özelliklerine yer verilmiştir. Aynı bölümde, özellikle kanunda da ifade edildiği gibi “*satıma eşdeğer*” işlem kavramından yola çıkılarak, önalım hakkının kullanılması için salt satımın “*Önalım Açısından Özellik Taşıyan Bazı İşlemler*” başlığı altında, birçok satım gibi hüküm doğurabilen yahut doğuramayan, önalım hakkının kullanılabileceği yahut kullanılamayacağı işlemler ayrıntılı incelemeye tabi tutulmuştur. Bu bölümde, son olarak, sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılması için gerekli olan koşullar ve hakkı kullanma aracı olan “*önalım davası*” ile ilgili değerlendirmeler yapılmıştır. Tez konumuzu daha çok sözleşmeden doğan önalım hakkının hukuki içeriği teşkil ettiğinden, incelememizde önalım hakkıyla ilgili usul hukuku kurallarına fazla değinilmemiş, daha çok bu hakkın esası üzerinde durulmaya gayret gösterilmiştir.

Yasadan doğan önalım hakkı yeri geldiğinde sözleşmeden doğan önalım hakkıyla kıyaslanarak anlatılmış, özellikle iki hakkı birbirinden ayıran temel nitelikleri ortaya çıkartılmaya çalışılmıştır.

Çalışmamızın son bölümünde ise, sözleşmeden doğan önalım hakkının dava yolu ile sona ermesi ve bunun doğurduğu neticeler ile bu hakkın dava dışı hangi nedenlerle nasıl şartlar altında sona erebileceğine ilişkin incelemelere ve değerlendirmelere yer verilerek çalışma bitirilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

1. ÖNALIM HAKKI

1.1 ÖNALIM KAVRAMI

1.1.1 Terminoloji

Önalım hakkı terimi; Türk hukuk mevzuatına 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu¹'nin kabulü ile girmiştir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun kabul edilmesinden önce yürürlükte olan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin² 658. ve 659. maddelerinde ve Mecellede önalım hakkı terimi yerine “şuf'a hakkı” terimi kullanılmaktaydı³.

Medeni Kanunda “önalım” olarak kullanılan “şuf'a” terimi kök olarak Arapçadan gelmekte olup, ileride bir şey kazanmak, devralmak, arttırmak anlamına gelmektedir⁴.

Şuf'anın (önalım) Latince karşılığı “**Preemptio**” kelimesidir⁵. Sözlük anlamı, “*önce satın alma, başkalarından önce satın alma*” hakkı olarak verilen bu kelimenin önalım (şuf'a) kavramını ve hukuki düzenlemesini daha açık ifade ettiği ileri sürülmüştür⁶.

Alman ve Avusturya Hukuk sisteminde önalım hakkı için Almanca kökenli bir kelime olan “**Vorkaufsrecht**” terimi kullanılmaktadır. Bu kelime “*öncelikli*”, “*öncelikle*”, “*tercihen*” satın alma hakkı anlamına gelir⁷.

¹ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (Kabul Tarihi:22.11.2001;R.G. 8.12.2001, S.24607).

² 743 Sayılı ve 17.02.1926 tarihli Türk Kanunu Medenisi (Resmi Ceride, 04.04.1926; Sayı 339; Düstur C.7, s. 237).

³ Osman Öztürk, **Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle**, İslami İlimler Araştırma Vakfı Neşriyatı, İstanbul 1973; Didem Akalp Demirtabak, **Yasal Önalım Hakkı**, 12 Levha Yayıncılık, 1.Baskı, İstanbul 2010,s.3.

⁴ Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Şuf'a Hakkı**, İstanbul 1959, s. 3; Şükran Taman Şıpka, **Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şuf'a) Hakkı**, Alfa Basın Yayın Dağıtım, İstanbul 1994, s. 1.

⁵ Bazı kaynaklarda, “Piremtio” olarak da geçmektedir. Bkz. Avni Olcay, **4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde, Önalım (Şuf'a) Hakkı ve Davaları**, 1.Baskı, İstanbul,s.13.

⁶ Feyzioğlu, a.g.e.,s.3; Şıpka,a.g.e.,s.1.

⁷ Feyzioğlu, a.e.,s.3; Şıpka,a.e.,s.1.

Fransız hukukunda Latince kökenli bir sözcükten gelen “**Preemption**” sözcüğü kullanılmaktadır⁸.

Türk hukuk öğretisinde, Arapça terim kullanım alışkanlığından uzaklaşarak Türkçe terim yaratmaya yönelik eğilimin etkisiyle şuf’a terimi yerine “*önalım*” teriminin kullanılması yeğlenir olmuştur⁹.

Önalım hakkı teriminin kullanılması, hukuk dilinin sadeleştirilmesi bakımından önem taşımaktadır. Önalım terimi; öncelikli bir alım hakkını ifade ettiği halde, şuf’a terimi yukarıda belirtildiği üzere katlama, ilave etme anlamındadır. İsviçre Hukuku’na ilişkin Almanca ve Fransızca metinlerde de “*öncelikle alma*” teriminin karşılığı olan kelimeler kullanılmaktadır¹⁰.

Belirtmek gerekir ki, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun¹¹ 237, 238, 239, 240, 241 ve 242. maddelerinde de “*Şuf’a*” yerine “*Önalım*” terimi kullanılmıştır. Biz de çalışmamızda hem daha açıklayıcı olması ve hem de yeni Borçlar Kanunu ve Medeni Kanunumuza paralellik teşkil etmesi sebebi ile “*Önalım*” terimini kullanacağız.

1.1.2 Tanım

4721 sayılı Türk Medeni Kanununda, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinde olduğu gibi, sistem olarak, kavramlara ilişkin tanımlara yer vermek yerine, genel olarak uygulanacak hükümlere değinmekle yetinmiştir¹². Kaynak İsviçre Medeni Kanunundaki düzenlemeye paralel olarak Türk Medeni Kanununda da önalım hakkının taşınmaz mülkiyetinin devir kısıtlamaları (md.732-735) ile bazı kişisel hakların şerhi (md.1009) başlıkları altında yer aldığı görülmektedir¹³.

⁸Feyzioğlu, **a.e.**,s.3; Şıpka,**a.e.**,s.1.

⁹ Sevtap Yücel, **Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı**, Eskişehir, 2006, s.3.(Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

¹⁰ Demirtabak, **a.g.e.**,s.4.

¹¹ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (Kabul Tarihi:11.1.2011; R.G. 4.2.2011, S. 27836).

¹² Demirtabak, **a.g.e.**,s.5.

¹³ Yücel, **a.g.e.**,s.4.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda ise “ *Satış İlişkisi Doğuran Haklar*” başlığı altında 237 ila 242. maddeler arasında “*Önalım Hakkı’nın*” süresi, ileri sürülmesi, koşulları, kullanılmasına ilişkin yeni düzenlemelere yer verilmiş; ancak, hakkın tanımına ilişkin bir düzenlemeye gidilmemiştir.

Kanunlarda “*Önalım*” a ilişkin bir tanıma yer verilmemesine rağmen, öğretide ve uygulamada birçok tanıma yer verilmiştir. Önalım hakkının İslam hukukunda ve Mecelle’de verilen tanımlarına ilaveten Türk Hukukunda öğreti ve yargı kararlarında çok çeşitli tanımlar geliştirilmiştir¹⁴.

İslam Hukukunda önalım (Şuf’a) tanımı şu şekilde yapılmıştır:

*“Bir bina ya da akar hükmünde bulunan taşınmaz malın maliki, bu akar veya binasının tamamını veya bir hissesini bir üçüncü şahsa belli bir bedelle satması halinde, bu bina veya akarın komşusu ya da ortağı olan kişinin bu bina ya da akarı, belli bedeli müşteriye onun rızası ile ödeyerek ya da hâkimin hükmü ile cebren, yani müşterinin rızasına bakılmaksızın satın alıp, kendi varlığına katma hakkına “Şuf’a” denir”*¹⁵.

Mecelle md.950’de bu hak şöyle tanımlanmaktadır: “*Şuf’a bir mülk-i müşterayı müşteriye her kaç mal oldu ise ol miktar ile temellük etmektir*”¹⁶. Doktrinde bazı yazarlar da tanımlamalarında mecelledeki bu tanımı esas almışlardır¹⁷.

Galip Esmer, önalım hakkını, “ *Hakkın ilişkin bulunduğu gayrimenkulün satılması halinde onu diğer alıcılarına tercihan satın alabilme hakkıdır.*” şeklinde tanımlanmaktadır¹⁸.

¹⁴ Bu konuda bkz. Şıpka, **a.g.e.**, s. 2 vd. yer alan yazarlar.

¹⁵ Ali Haydar; Dürer’ul Hukkam-Şerh-Mecellet’il Ahkâm, 3. Bası, İstanbul 1330, s.20; Şıpka, **a.e.**, s.2.

¹⁶ Osman Öztürk, **Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle** (İstanbul: İslami İlimler Araştırma Vakfı Neşriyatı, 1973), s.280 ;Şıpka, **a.e.**, s. 2.

¹⁷ Senai Olgaç / Mustafa Reşit Karahasan, **Gayrimenkullerin İktisap ve Tescili**, İstanbul 1964, s.110; Vehbi Umut Erkan, **Türk Medeni Hukuku’nda Yasal Önalım Hakkı**, Ankara 2006, s.4. (**Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**).

¹⁸ Galip Esmer, **Mevzuatımızda Gayri Menkul Hükümleri ve Tapu Sicili**, Ankara 1990, s.901.Şıpka, **a.g.e.**, s. 3.

Feyzioğlu, “şuf’a hakkı kanundan veya akitten doğan ve hak sahibinin tek taraflı bir irade beyanıyla hükümlerini husule getiren, sübjektif aynı mahiyette öyle bir inşai haktır ki, borçlu hakkın mevzuu olan şeyi, tamamen kendi ihtiyariyle, hissedarlardan gayri şahıslara salim bir bey akti neticesinde sattığı takdirde, şefie, kararlaştırılan bedeli ödeyerek mesfuun mülkiyetinin tercihen kendisine geçirilmesini veya şerh verilmemiş akti şuf’ada vaki zararının tazminini muayyen müddet içinde talep salahiyetini bahşeder” şeklinde bir tanım yapmaktadır¹⁹.

Öğretide Şıpka, Fevzioğlu’nun yapmış olduğu tanımını günümüz hukuk diline şu şekilde uyarlamıştır.

” Önalım hakkı, kanun veya sözleşmeden doğan ve hak sahibinin tek taraflı irade açıklaması ile hükümlerini doğuran, şahsi-ayni nitelikte öyle bir kurucu haktır ki, borçlu hakkın konusu olan şeyi, tamamen kendi isteği ile, paydaşlar dışındaki kişilere geçerli bir satış sözleşmesi neticesinde sattığı takdirde, önalım hakkı sahibine kararlaştırılan bedeli ödeyerek önalım konusu şeyin mülkiyetinin öncelikli olarak kendisine geçirilmesini veya şerh verilmemiş sözleşmeden doğan önalımda meydana gelen zararının giderimini belirli süre içinde talep yetkisini sağlar”²⁰.

Tandoğan ise; “şuf’a (önalım) hakkı, yükümlünün (bağlananın) hakkın konusu olan şeyi bir üçüncü kişiye satması halinde, hak sahibine (sefi’e, ön alıcıya) tek taraflı bir irade beyanıyla satılan şeyin mülkiyetinin kararlaştırılan bedel karşılığında öncelikle kendisine naklini talep yetkisi veren, yenilik doğurucu (inşai) bir hak” olarak tanımlamaktadır²¹.

Oğuzman / Seliçi / Oktay - Özdemir’e göre sözleşmeden doğan önalım hakkı; “taşınmaz malikinın taşınmazını bir üçüncü kişiye satması halinde önalım hakkı sahibine tek taraflı beyanı ile taşınmazın alıcısı olabilme yetkisi veren yenilik doğuran bir haktır”. Yasal önalım hakkı ise; “paylı mülkiyete tabi bir taşınmazın paydaşlarından birinin payını veya bir kısmını üçüncü kişiye satması halinde diğer

¹⁹ Feyzioğlu, a.g.e.,s.5.

²⁰ Şıpka, a.g.e.,s.4.

²¹ Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri Trampa, Bağışlama**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 274.

paydaşlara tanınan aynı şartlarla payın alıcısı olabilme yetkisini veren yenilik doğuran bir hak” olarak tanımlanmaktadır²².

Saymen / Elbir, önalım hakkını “*muayyen bir mala temellük etmek hususunda bir kimseye bahşolunan bir rüçhan hakkı*” olarak değerlendirmektedir²³.

Tekinay önalım hakkını, “*başkasına ait olup da onun tarafından üçüncü kişiye satılan bir şey üzerindeki mülkiyetin öncelikle devrini isteyebilmek yetkisine sahip olan kimsenin sahip olduğu hak*” olarak tanımlamaktadır²⁴.

Hatemi / Serozan /Arpacı, kanun veya sözleşmeden doğan yenilik doğuran hakların kullanılması yolu ile doğan devretme borcu ilişkileri başlığı altında yaptıkları değerlendirmede, “*önalım hakkı yenilik doğuran bir hak olarak kanundan veya sözleşmeden doğan ve taşınmazlarda ve paylı mülkiyet ilişkisi söz konusu olduğunda paydaşlara tanınan bir hak olduğu*” şeklinde tanımlama yapmışlardır²⁵.

Sebük, önalım hakkını, “*mukaveleye veya vasiyetnameye istinat eden ve hak sahibine bir taraflı bir irade beyanı ile mükellefin muayyen bir şeyi üçüncü şahsa satması halinde kendisi ile mükellef arasında o şeye müteallik olmak üzere bir bey münasebet tesis eden inşai hak*” olarak tarif etmiştir²⁶.

Demirtabak önalım hakkını, “*taşınmaz malikinın taşınmazının tamamını veya bir kısmını bir üçüncü kişiye tamamen veya kısmen satılması halinde hak sahibine satılanın alıcısı olma yetkisini veren kanundan veya sözleşmeden doğan kurucu nitelikte yenilik doğuran bir haktır*” olarak tanımlamıştır²⁷.

²² M.Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, 17.Bası, İstanbul 2014,s.532; Hüseyin Hatemi/ Aydın Aybay, **Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 4.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s.186-188.

²³ Ferit Hakkı Saymen / Halid Kemal Elbir, **Türk Eşya Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1963, s.371.

²⁴ Selahattin Sulhi Tekinay, **Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri II/1**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988, s. 16.

²⁵ Hüseyin Hatemi / Rona Serozan /Abdülkadir Arpacı, **Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991, s. 8.

²⁶ Tahir Sebük, **Türk Medeni Kanunu’nda Şuf’a, Vefa ve İştira Hakları**, Kader Basımevi, İstanbul, 1951, s.25; Mustafa Kılıçoğlu, **Akdi ve Kanuni Şuf’a Davaları**, Adil Yayınevi, 1997, Ankara, s.16.

²⁷ Demirtabak, **a.g.e.**,s.8.

Uygulama ve Yargıtay kararlarında, öğretideki bu genel tanımlardan daha çok (müşterek mülkiyetten doğan) kanuni önalım hakkı ile ilgili tanımlamalara rastlamaktayız. Özellikle, konuyla ilgili İçtihadı Birleştirme Kararlarında, bu hakkın tanımı, hukuki nitelikleri de vurgulanarak verilmiştir²⁸.

20.6.1951 tarih ve 5/13 E.K sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda; *“Gayrimenkul mülkiyetinin takyitlerinden olan kanuni şuf’a hakkı, gayrimenkulde hisse sahibi bulunan şahsa diğer bir hissenin üçüncü bir şahsa satılması halinde o hisse müşteriye neye mal olmuş ise o miktar ile belli bir süre içinde satın almak salahiyyetini veren ayni bir haktır”*²⁹.

16.5.1951 tarihli ve 1949/ 6-19 E.1951/3 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, *“Anlaşmazlık konusu kanuni şuf’a da, kanundan doğan inşai bir haktır. Şuf’a hakkını kullanan şefi adına meşfu hisse kaydının düzeltilmesi sonucunu verir”*³⁰.

Yargıtay’ın bazı içtihatlarında ise şuf’a hakkının tanımından ziyade unsurlarına ağırlık verilmiştir. Örnek olarak Yargıtay 6. Hukuk Dairesi’nin 21.4.1992 - 2552/5520 sayılı içtihadında, *“Şuf’a hakkı, taşınmazdaki payın tapudaki temlik ile doğar ve satın alan üçüncü kişiye o pay kaçta mal olmuş ise o bedel üzerinden diğer paydaşa satın almak hakkı veren inşai bir hak”* olarak tanımlanarak şuf’a hakkının inşai bir hak olduğu vurgulanmıştır³¹.

Doktrindeki bazı görüşlerin³² aksine, kanuni ve sözleşmeden doğan önalım hakkının ayrı ayrı tanımı yapmak yerine, kanuni ve sözleşmeden doğan önalım hakkını birlikte açıklayıcı nitelik taşıyan ve yukarıda Feyzioğlu tarafından verilen tarifi en kapsamlı *“Önalım Hakkı”* tanımı olduğunu söylememiz mümkündür.

²⁸ Şıpka, **a.g.e.**, s.4

²⁹ RG 7.11.1951, S.7950, Şıpka, **a.g.e.**, s.4.

³⁰ RG.18.8.1951, S. 7888, Şıpka, **a.g.e.**, s.4.

³¹ Kılıçoğlu, **a.g.e.**,s.16.

³² Bkz. Demirtabak, **a.g.e.**, s.8; Nurgül Kutlu, **Önalım Hakkının Kullanılması**, Kocaeli 2010, s.7 (Yayımlanmamış tez).

1.2 ÖNALIM HAKKININ TARİHÇESİ

Önalım hakkı, tarihin akış sürecinde çeşitli amaç ve düşüncelerle ilk çağlardan günümüze kadar hukuk alanında varlığını sürdürme gelmiştir.

Önalım hakkı, mülkiyet hakkına getirilen bir kısıtlamadır. Tarihi sürecine bakıldığında bu kısıtlamanın sebepleri farklılık göstermektedir³³.

1.2.1 İlk Zamanlarda

O devirde önalım hakkının kurulmasındaki temel düşünce malların ailede, kabilede veya şehirde kalmasını sağlamaktı. Bu amacı gerçekleştirmek için taşınmazı satmak ve devretmek isteyen kimse önce yakınlarına müracaat etmek zorunda idi. Bu dönemde aile topluluğu yabancıların kendi çevrelerinde iktisap ettikleri her şeye karşı itiraz hakkına sahip olduğundan, bu topluluk üyelerinin söz konusu şeyi iktisap etmek istemediklerinin öğrenilmesinden sonra satışın yapılması mümkün olmakta idi³⁴.

Buna göre amaç, arzu edilmeyen tasarrufları engellemek, aile veya topluluk mallarının bir arada kalmasını sağlamak ve malların istenmeyen yabancı kişilere geçişini önlenmektir³⁵.

1.2.2 Roma Hukukunda

Önalım hakkının kaynağı Roma hukuku olup, ilk defa eşyaya bağlı borç ilişkisi çerçevesinde paylı (müşterek) mülkiyet ilişkisinde ve daha sonraları sözleşmeden doğan önalım hakkı şeklinde tanınmıştır (ius protomiseos)³⁶. Roma hukukunda, hem yasal önalım, hem de sözleşmeden doğan önalım hakkı söz konusu

³³ Kutlu, a.e., s.5

³⁴ Feyzioğlu, a.g.e., s. 5.

³⁵ Feyzioğlu, a.e., s. 5; Şıpka, a.g.e., s.2

³⁶ Arthur Meier-Hayoz, **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizersiche Privatrech, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, 1.Abteuling Das Eigentum 3.Teilband Grundeigentum II**, Artikel 680-701 ZGB, Bern 1975, Art.681, N.7; Murat Aydoğdu, **Yasadan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı**, Adalet Yayınevi, Nisan 2013, (s.9'dan naklen).

idi; sözleşmeden doğan önalım genellikle satış sözleşmesine bağlı bir sözleşme ile kurulurdu. Bununla beraber satış sözleşmesinden bağımsız önalım hakkı da kurulabilmekte idi³⁷.

Roma hukukunda tanınan önalım hakkının süreleri çok kısa tutulmakta idi. Bunun sebebi önalım hakkı mülkiyet hakkını sınırladığı için bu sınırlamaya ilişkin etkinin oldukça az bir zaman devam etmesini sağlamaktır.

Roma Hukuku'nda yasal önalım hakkının en önemli örneğini, uzun müddetli icarlarda, icar sahibi arazinin malikinin rızasını almadan başkasına devrettiğinde arazi sahibi önalım hakkını kullanarak arazinin yeni uzun müddetli icar sahibine geçmesine engel oluşturmakta idi³⁸.

Roma hukukunda önalım hakkı, satılan taşınmazın komşularına satışı takip eden yılın ilk altı ayında ileri sürebilecekleri bir hak olarak düzenlenmekte idi. Daha sonra 922 tarihinde yapılan bir düzenleme ile önalım hakkına sahip olanların alanı genişletilerek bu hakka sahip olanlar, öncelikle yakın akrabalar, sonra müşterek malikler, en sonunda komşular olmuştur. Ancak bu hakkın kullanımı bir aylık süreye indirilmiştir³⁹.

1.2.3 Orta Çağda

Ortaçağda önalım hakkı, sosyal bir amacı sağlamaktaydı. Bu da aile ve diğer birlik (topluluk) mallarının bir arada kalmasını, parçalanmamasını ve istenmeyen yabancı kişilere geçmesini engellemekteydi⁴⁰.

Orta çağda önalım hakkı, Roma hukukuna kıyasla daha geniş bir uygulama alanı bulmuştur. Bu dönemde bir yerde oturan kişiye, yabancıya yapılan satışlarda önalım hakkı tanınmıştır. Bir başka anlatımla yabancılara nazaran o yerde oturan kişilerin, yapılan satışlarda öncelikli satın alma hakkı bulunmaktadır. Bunun dışında,

³⁷ Sebük, **a.g.e.**, s.25; Mehmet Beleş, **Yasal Önalım Hakkı**, Ankara, 2007, s.11 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

³⁸ Sebük, **a.e.**, s.7; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.36.

³⁹ Feyzioğlu, **a.e.**, s.36.

⁴⁰ Feyzioğlu, **a.e.**, s.5-6; Şıpka, **a.g.e.**, s.17.

mal sahibinin mirasçısı veya akrabası bulunmaksızın ölümü durumunda, komşuları lehine bir önalım hakkının varlığı kabul edilmektedir. Bir de aile mallarının yabancıya satılması durumunda, aile üyelerinden birisinin satın alan yabancıya satış bedelini ödeyerek satılan malı geri alma hakkı bulunmakta idi⁴¹.

1.2.4 İslam Hukukunda

İslam Hukuku, sosyal devlet anlayışı yaklaşımıyla önalım hakkına geniş yer vermiştir. Mecellede “*devamlı komşuluktan doğması muhtemel zararların önlenmesi*” ana düşüncesiyle önalım, müşterek mülkiyet ve komşuluk hukukunun temel alanlarında kabul edilmiştir⁴². Özellikle Mecelle’ de bugünkü mevzuat açısından getirilen sınırlı düzenlemenin aksine toplam 29 madde şuf’a hakkına ayrılmıştır⁴³.

İslam hukukunda Şuf’a hakkı, “*Bir bina ya da akar hükmünde bulunan taşınmaz malın maliki bu akar veya binasının tamamını veya bir hissesini bir üçüncü şahsa belli bir bedelle satması halinde bu bina veya akarın komşusu ya da ortağı olan kişilerin bu bina ya da akarı, belli bedeli müşteriye onun rızasıyla ödeyerek ya da hâkimin hükmü ile cebren yani müşterinin rızasına bakılmaksızın satın alıp kendi varlığına katma hakkı*” olarak tanımlanmaktadır⁴⁴.

Tanımlardan da anlaşıldığı üzere İslam hukukunda önalım hakkı sadece paydaşlara değil, ayrıca komşuya da taşınmaz üzerinde önalım hakkı tanımaktadır⁴⁵.

Önalım hakkı, komşular ve paydaşlar dışında, su irtifakı, geçit irtifakı gibi bir taşınmaza ait haklara ortak olan kimselere de (Halitlik) tanınmaktaydı⁴⁶. Önalım

⁴¹ Feyzioğlu, **a.e.**, s. 36; Fikret Arık, “**Şuf’a Hakkı Üzerine Bir İnceleme**”, Adliye Ceridesi, 1943 C.34, s.791-792; Mehmet Beleş, **a.g.e.**,s.12.

⁴² Feyzioğlu, **a.e.**, s.5-6 ve 63-64; Şıpka, **a.g.e.**, s.17.

⁴³ Feyzioğlu, **a.e.**, s.5-6 ve 63-64;. Şıpka, **a.e.**, s.17; Cengiz Topel Çay, **Yeni Türk Medeni Kanununun Önalım Hakkı Konusunda Getirdiği Değişiklik ve Yenilikler (Yenilik Doğuran Dava Düzenlemesi)**, İstanbul, 2007, s 16.(Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

⁴⁴ Beleş, **a.g.e.**, s.12.

⁴⁵ Beleş, **a.e.**, s.12.

⁴⁶ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.63-64.

bedelini ise taşınmazı satın alan müşterinin o taşınmazı satın alırken ödediği bedel oluşturmaktaydı⁴⁷.

1.3 MUKAYESELİ HUKUKTA ÖNALIM HAKKININ DÜZENLENİŞİ

1.3.1 Alman Hukukunda

Batı hukukunda önalım hakkına en büyük önemi veren Alman Medenî Kanunu olmuştur⁴⁸. Alman Medenî Kanunu (BGB) modern hukuk mevzuatı içinde önalım hakkına en fazla yer veren kanunlardan birisidir. BGB’de önalım hakkına yani “*Vorkaufsrecht*” kavramına 25 paragrafta yer verilmiştir.

Alman Medeni Kanunu’nda önalım hakkı dört yerde düzenlenmiştir.

BGB § 463-473’de kişisel önalım hakkı, BGB § 577’de kiracının önalım hakkı, BGB § 1094-1104’de ayni önalım hakkı ve BGB § 2034-2035 ‘de ise yasal önalım hakkı düzenlenmiştir.

BGB § 463 ‘e göre, “*Bir şey üzerinde önalım hakkına sahip olan kimse, borçlunun o şeye dair satış sözleşmesi yapması halinde, önalım hakkını kullanabilir.*” Burada doğrudan doğruya değil dolaylı bir tanımlama söz konusudur⁴⁹.

BGB § 464 ‘e göre, önalım hakkın kullanılması yükümlüye (mal sahibine) karşı beyanla gerçekleşir. Bu açıklama satış sözleşmesinin şekline bağlı değildir. İleride açıklanacağı üzere, Türk Hukukunda bu hak, Borçlar Kanunumuzun 242. maddesinde açıkça belirtildiği gibi ancak dava yolu ile kullanılmaktadır.

BGB § 465’te, yükümlü (mal sahibi) ile alıcı 3.kişiler arasında gerçekleşen satımın önalım hakkının kullanılmamasına bağlı olarak yapılmasının ve de hak sahibi

⁴⁷ Haydar, **a.g.e.**, s.202; Erkan, **a.g.e.**, s.10.

⁴⁸ Muin Küley, **Medenî Kanun’da ve Tatbikatında Şuf’a Hakkı**, İstanbul 1950; Egemen Köylüoğlu, **Önalım Davası**, Ankara, 2011, s.16 (Yayımlanmamış Doktora Tezi).

⁴⁹ Nasır, **a.g.e.**, s.20; Beleş, **a.g.e.**, s.13 (Bu madde eski BGB’de 504’e karşılık gelmektedir).

tarafından, önalım hakkı kullanıldığında yükümlünün sözleşmeden dönme hakkı saklı tutmasına dair anlaşmaların, önalım hakkı sahibine karşı geçersiz olduğu düzenlenmiştir.

BGB § 466 “*Yan Edim*”, BGB § 467 “*Toplam Önalım Bedeli*”, BGB § 468 ise “*Ödemeyi Erteleme*” başlığı ile düzenlenmiştir.

BGB § 469’da, Türk Hukukundaki düzenleme ile benzer şekilde, yükümlü, 3. kişi ile yaptığı sözleşmenin içeriğini derhal önalım hakkı sahibine bildirmelidir. Ayrıca, yükümlünün bildiriminin 3. şahsın bildirimi ile ikame edileceği düzenlenmiştir.

BGB § 471’de önalım hakkının kullanılamayacağı hallere yer verilmiştir. Buna göre, satış eğer icra veya iflas yolu ile gerçekleşmiş ise önalım hakkı kullanılamaz. Benzer bir düzenleme Türk Hukukunda Türk Medeni Kanunu’nun 733. maddesinin 1. fıkrasındaki “*Cebrî artırmayla satışlarda önalım hakkı kullanılamaz.*” hükmü ile mevcuttur.

BGB § 473’de ise, önalım hakkının miras yolu ile geçmesi ve devredilmesi düzenlenmiştir. Devredilme konusunda ise, aynı kanunun 1059a ve 1059d hükümlerine atıf yapılmıştır.

BGB § 463-473 paragrafları arasında düzenlenen önalım hakkı sahibi ile önalım hakkı yükümlüsü arasındaki ilişki hakkındaki düzenleme olup, buna göre, şahsî önalım hakkının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için tapuya şerh verilmesi zorunlu kılınmıştır.

BGB § 577’de Türk Hukuku’ndan farklı olarak, kiracıya önalım hakkı tanınmıştır. Buna göre, kiralanan kiracıya devredildikten sonra kiraya veren tarafından 3. şahıslara satılırsa bu durumda kiracı önalım hakkı sahibi olur. Kiraya

veren kiralananı akrabaları ya da aile bireylerine satması durumunda geçerli değildir. Bundan sonraki maddelerden aksine bir hüküm olmadıkça önalım ile ilgili genel hükümler uygulanır. Satıcının veya 3. Şahsın satış sözleşmesinin içeriği hakkındaki bildirimde kiracıya önalım hakkı sahibi olduğu bilgisi de verilmelidir. Önalım hakkı kiracının satıcıya bu hakkı kullandığına dair yazılı bildirimi ile gerçekleşir. Kiracının ölmesi durumunda önalım hakkı madde 563/1 ya da 2'ye göre kiracı konumuna geçenlere intikal eder. Kiracı aleyhine yapılan sözleşmeler geçersizdir.

BGB §1094-1104 arasındaki düzenleme herkese karşı ileri sürülebilen aynî önalım hakkına ilişkin düzenlemedir. Aynî önalım hakkı hukukî işlemde doğan taşınmaz mülkiyetine getirilen bir sınırlama olarak bulunmaktadır. Bu hak Alman Medenî Kanununda aynî haklar arasında düzenlenmiş olup, aynî önalım hakkında önalım hakkı sahibi ile önalım hakkı yükümlüsü arasındaki ilişkinin ne şekilde olacağına dair şahsî önalım hakkını düzenleyen BGB § 463-473 maddelerinin uygulanması gerektiği (Bkz. BGB § 1098) düzenlenmiştir⁵⁰.

BGB § 1094'de, taşınmaz üzerinde lehine hak sahibi kurulan her kimse malike karşı önalım hakkına haiz olması ve de önalım hakkının başka bir gayrimenkul lehine de kullanılabileceği düzenlenmiştir.

BGB § 1095'de, eğer taşınmazın bir bölümü kiracının zilyedindeyse taşınmazın o bölümü üzerine önalım hakkı şerhi kurulabileceği düzenlenmiş iken; §1096'da önalım konu taşınmaz ile birlikte eklentiler de satılırsa önalım hakkı eklentiler için de genişletileceği, muallak durumlarda önalım hakkı eklentileri de kapsadığı varsayılacağı düzenlenmiştir.

BGB § 1099'da, önalım hakkı sahibine yapılacak bildirim düzenlenmiştir. Buna göre, gayrimenkul 3. şahsa geçerse, yükümlü gibi aynı şekilde satım sözleşmesinin içeriğini § 469/2 deki hükmün etkileri ile birlikte bildirimde bulunabilir. Önalım hakkının icrasının kullanıldığı ya da kullanılmadığı belli olduğunda yükümlü bunu yeni malike bildirmelidir.

⁵⁰ Sebük, a.g.e., 21; Beleş, a.e., s.13.

BGB § 1100 - 1102 arasında, alıcının ve yükümlü mal sahibinin hakları ve borçtan kurtulmaları ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır.

BGB § 1103'de "*subjektif - aynî ve sübjektif - şahsi önalım hakkı*" başlığı altında, gayrimenkul maliki lehine var olan bir önalım hakkı, gayrimenkulden ayrılamayacağı ve belli bir kişi lehine var olan şufa hakkı gayrimenkul mülkiyetine bağlanamayacağı belirtilmiştir.

BGB § 1104'de "*Bilinmeyen hak sahiplerin çıkarılması*" başlığı altında, önalım hakkı sahibi eğer tanınmıyorsa, gaiplik usulü ile bu hakkından mahrum edilebileceği belirtilmiş, burada § 1170'deki rehin hakkı sahibinin iskâtına ilişkin hükmün koşulları oluşmuşsa gaiplik kararın kesinleşmesi ile önalım hakkının sona ereceği düzenlenmiştir.

Alman Hukuku'nda aynî önalım hakkının hukukî niteliği konusunda farklı görüşler ortaya atılmıştır: Bir görüşe göre, bu hak aynî bir hakkın temel unsurlarını içermemektedir. Çünkü iç ilişki bakımından hak sahibinin hakkın konusu olan şey üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyeti söz konusu değildir. Dış ilişki bakımından ise hükümleri bakımından şerh verilmiş şahsî hak niteliğinde olduğunu ileri sürmektedir⁵¹.

BGB § 2034 - 2035 hükümlerinden de yasal önalım hakkı mirasçılara tanınmış olup, mirasçılardan birisinin, miras payını üçüncü bir kişiye satması halinde diğer mirasçıların bu pay üstündeki yasal önalım hakkını iki ay içerisinde kullanılabilecekleri düzenlenmektedir. Öte yandan BGB § 2035'de mirasçısını sahip olduğu önalım hakkını, devir yapılmamışsa payı satana, devir yapılmışsa alıcıya karşı ileri sürebileceği ve burada BGB § 2034 maddenin uygulanacağı belirtilmiştir⁵².

⁵¹ Sebük, **a.e.**, 9; Beleş, **a.e.**, s.13.

⁵² Meier-Hayoz, Art. 682 N.1; Feyzioğlu, **a.e.**, s.51; Erkan, **a.g.e.**, s.11.

Görüldüğü gibi, Alman Hukukunda önalım hakkı ile ilgili geniş ve ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır.

1.3.2 İsviçre Hukukunda

İsviçre Medeni Kanunu (ZGB), önalım hakkının düzenlendiği maddeleri “*mülkiyet hakkının takyitleri*” başlığı altında ZGB. Art. 681 ila 683. maddelerinde ele alınmış, ancak 1965 yılında yürürlüğe giren kanun ile esaslı ve önemli değişiklikler yapılmıştır.

Yasal önalım hakkı, ZGB. Art. 681 ve 681/a maddelerinde sözleşmeden doğan önalım hakkı ise 4 Ekim 1991 tarihli değişiklik ile Medeni Kanundan çıkarılarak, İsviçre Borçlar Kanununun (OR) taşınmaz satımına ilişkin hükümleri arasında düzenlenmiştir. (OR. Art. 216-216/e)⁵³.

Bunun sebebi, önalım hakkının kaynağının Borçlar Hukuku alanında bir önalım sözleşmesi olarak kabul edilmesidir. Zira hukuki işlem ile yapılan devir sınırlandırmalarının borçlandırıcı işlem niteliğinde ve borçlandırıcı işlemin düzenleme yerinin Borçlar Kanunu olması gerektiği düşüncesinden hareket eden İsviçre kanun koyucusu, sözleşmeden doğan önalım hakkını bir borç doğurucu işlem olarak görmüş, bu nedenle düzenleme yerinin borç doğurucu işlemleri düzenleyen Borçlar Kanunu olması gerektiğini düşünmüştür⁵⁴.

ZGB. Art. 681/I’de, yasal önalım hakkının zorunlu arttırmalar dışında, sözleşmeden doğan önalım hakkı için gereken şartların gerçekleşmesi halinde ileri sürülebileceği kabul edilerek, sözleşmeden doğan önalım hakkına atıfta bulunulmuştur.

OR. Art. 216c/I’de ise sözleşmeden doğan önalım hakkının taşınmazın satıldığı veya ekonomik olarak satım ile eşdeğerde bir hukuki işlem yapıldığında (önalım olayı) kullanılabileceği hükme bağlanmaktadır.

⁵³ Olcay, **a.g.e.**, s.17; Çiğdem Kırca, **Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanundaki Değişiklikler**, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55.Yaş Günü Armağanı, Cilt II, İstanbul 2002 s. 1186; Çay, **a.g.e.**, s.17.

⁵⁴ Çiğdem Kırca, **a.g.m.**; Çay, **a.e.**, s.18.

ZGB. Art. 681/I, yasal önalım hakkında zorunlu arttırmaları önalım olayı olarak kabul ederken, OR. Art. 216c/II miras taksimi sözleşmesi ve kamu ödevi nedeniyle elde edilen kazanımlarla birlikte, zorunlu arttırmaları önalım olayı olarak kabul etmemiştir. ZGB. Art. 681a, yasal önalım hakkının kullanılmasını, ZGB. Art. 681b ise yasal önalım hakkının değiştirilmesini veya kaldırılmasını düzenlemektedir. ZGB. Art.682/I de paylı mülkiyet ilişkisi içerisinde, paydaş olmayıp da payın mülkiyetini iktisap eden kişilere karşı, paydaşların yasal önalım hakkına sahip oldukları hükme bağlanmıştır. Öte yandan birden fazla paydaşın aynı anda önalım hakkını kullandıklarında bu paydaşların payları oranında önalım hakkı tanınacağı belirtilmiştir⁵⁵.

İsviçre Hukuku'nda düzenlenen ancak Türk Hukuku'nda bulunmayan bir yasal önalım hakkı türü de; üst hakkından doğan yasal önalım hakkıdır. ZGB. Art. 682/2 fıkrasında; üst hakkı sahibine ve üst hakkı ile yüklü taşınmazın malikine karşılıklı olarak bir yasal önalım hakkı tanınmaktadır. Bu önalım hakkının düzenlenmesindeki amaç; taşınmaz veya irtifak hakkı sahibinin değişmesi halinde, taşınmazın üst hakkından arındırılmış olarak devredilmesinin sağlanmasıdır⁵⁶.

1.4 ÖNALIM HAKKININ AMACI

Mülkiyet hakkının varlığına binaen devamlılığını sürdürebilen önalım hakkı ile yukarıdaki tarihsel süreçlerde de belirtildiği üzere, o dönemlerde malların başta aile olmak üzere birbirleri ile belirli yakınlık bağlarının bulunduğu belirli bir toplulukta (müşterek mülkiyet, komşuluk ya da şehir vb.) kalmasını sağlanarak bu birliğe dışarıdan gelmesi muhtemel yabancıları dışarıda tutmak amaçlanmıştır.

Modern hukukta ise önalım hakkı bireysel mülkiyete hizmet etmektedir. Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyeti sona erdirip tek kişi mülkiyetine geçiş amacı

⁵⁵ Erkan, **a.g.e.**, s.11.

⁵⁶ Heinz Rey / Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Thomas Geiser: **Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457- 977 ZGB, 2. Auflage, Helbing& Lichtenhahn, Basel Genf München 2002(Art.680-682a)** Basel 2003. Demirtabak, **a.g.e.**, s.13., d.n. 44'den naklen

taşıır⁵⁷. Kanun Koyucunun yasal önalım hakkını düzenlerken izlediği amaç; paydaşlar arasına istenmeyen kişilerin girmesini önlemek, payları mümkün olduğu ölçüde bir veya birkaç paydaş elinde toplayarak, ekonomik olmayan ve paydaşlar arasında anlaşmazlıklara neden olan paylı mülkiyet ilişkisini sona erdirmektir⁵⁸.

Fakat önalım hakkının paylı mülkiyet ilişkisini ortadan kaldırması her zaman mümkün olabilecek bir husus değildir. Bu durum paylı mülkiyet ilişkisi içinde iki paydaşın varlığı halinde mümkün olabilir⁵⁹.

Sözleşmeden doğan önalım hakkı ise, önalım sözleşmesinde kararlaştırılan bedelle ilerideki fiyat artışlarına karşı koruma sağlama amacı taşıır⁶⁰.

Sözleşmeden doğan önalım hakkı, mal sahibi taşınmazı bugün için satmak istemiyorsa ileride satması ihtimali varsa tesis olunur ve çok defa bu hak ile taşınmazın istenilmeyen bir kişinin eline geçmesini önleme amacı güdölür⁶¹. Örneğin, bir fabrikatörün fabrikasını genişletmek amacıyla civar arsalar üzerinde, bir resim meraklısının bir resim üzerinde önalım hakkı tesis etmesi gibi. Keza kiracı malikle yaptığı bir sözleşme veya kira sözleşmesi içine koyduğu bir hükümle kendi lehine; miras bırakan, bir aile malının yabancılar eline geçmemesi için vasiyetname ile mirasçısından başka akrabaları lehine, boşanma protokolü ile eşlerden biri diğeri lehine, miras taksim sözleşmesiyle bir mirasçı lehine, finansal kiralamada kiracı lehine önalım hakkı tesis edilebilir⁶².

Önalım hakkı, ileride taşınmazın değerinin artması olasılığına bağılı olarak kâr sağlamak amacı ile de kurulabilmektedir⁶³. Önalım sözleşmesinde tespit edilen satım bedelinin ileriki bir tarihte ödenmesi ile önalım hakkı sahibi için bu amaç gerçekleştirilmektedir⁶⁴.

⁵⁷ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.52 .

⁵⁸ Kemal Tahir Gürsoy / Fikret Eren / Erol Cansel, **Türk Eşya Hukuku**, 2.Bası, Ankara, 1984, s.614; Köylüoğlu, **a.g.e.**, s.38.

⁵⁹ Yücel, **a.g.e.**, s.5.

⁶⁰ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.52 .

⁶¹ Tandoğan, **a.g.e.**, s.277; Köylüoğlu, **a.g.e.**, s.24; Olcay, **a.g.e.**, s.26.

⁶² Meier-Hayoz, Art.681,N.18 vd.;Tandoğan,I/1,s.277; Aydoğdu,**a.g.e.**, s.13

⁶³ Arık, **a.g.m.**, s.791; Yücel, **a.g.e.**, s.5.

⁶⁴ Feyzioğlu,**a.g.e.**, s,7; Küley, **a.g.e.**, s.7; Yücel, **a.e.**, s.5.

Bir diğerk husus olarak da, taşınmaz fiyatlarının, yeni şehir kurulmasına, havaalanları ve köprülerin yapılmasına yönelik projelere bağılı olarak sürekli artış gösterdiği günümüz emlak sektöründe, özellikle “*önalım hakkının*“ bazı paydaşlarca, diğerk paydaşlara yönelik “*satışı engelleme kozu*” şeklinde kullanılması da mümkündür. Zira hisseli bir arazide bir metrekaresi olan bir paydaşa kanunen tanınan önalım hakkı, diğerk paydaşların haklarını üçüncü kişiye satmalarında ister istemez engellenme endişesi ile kalmalarına sebep olabilir. Bu endişe neticesinde de arazinin hisseli bir tapudan, tek malikin mülkiyetine geçmesi, yani halk arasındaki tabiri ile “*tek tapu*” olması normalden daha uzun sürelerde yapılacaktır.

Gerçekten de pay sahibi payını istediği kişiye devredememektense, hiç elinden çıkarmamayı tercih edecek, üçüncü şahıslar da müşterek bir payı almaktan kaçınacakları için payın satılabilme şansı azalıp, ekonomik değeri düşecektir. Ayrıca yüksek enflasyon sonucu taşınmaz değerlerinin korkunç yükselişi, ortakları kâr amacına yönelik olarak önalım hakkını kullanmaya yöneltmekte, bu da önalım hakkının spekülasyon aracı olmasını doğurmaktadır⁶⁵.

Sözleşmedeki önalım bedelinin belirlendiği durumlarda ise, önalım hakkı sahibinin özellikle taşınmaz fiyatlarının sürekli arttığı bir ortamda büyük bir avantaj yakalaması doğaldır. Zira örnek olması bakımından, İstanbul ilinin kuzey kesimlerine yapılması planlanan “*3.havalimanı*”, “*Kanal İstanbul*”, “*Yavuz Sultan Selim Köprüsü*” projelerinin duyurulmasından bu yana henüz iki sene geçmesine rağmen arazi fiyatlarında yaklaşık üç misli bir artış meydana gelmiştir. Bu durumda, her ne kadar taşınmaz maliklerinin sözleşme yapmaya ikna etmek zor olsa da, yapılacak bir nitelikli önalım sözleşmesi ile önalım hakkı sahibinin avantaj elde etmesi kaçınılmazdır. Zira daha önce de açıklandığı gibi, satış şartları önalım sözleşmesinde kararlaştırılmışsa, “*sınırlı veya nitelikli önalım*” söz konusu olur. Bu durumda önalım hakkı sahibi, müşterinin ödediği bedel ne olursa olsun, önalım sözleşmesinde kararlaştırılan bedeli ödemekle taşınmazın kendi adına tescilini isteyebilir. Önalım bedelinin enflasyon gerekçesiyle arttırılması istenemez⁶⁶. Tabi ki, ülkedeki siyasi iradenin değişmesi ihtimaline binaen söz konusu projelerin rafa

⁶⁵ Feyzioğlu, a.e., s.8; Şıpka, a.g.e., s.2.

⁶⁶ Turhan Esener / Kudret Güven, **Eşya Hukuku**, Genişletilmiş 5.Bası, Ankara, 2012, Yetkin Yayınları, s.258; Yarg. 6. HD. 27.01.1998, E.1998/492, K.1998/523 (YKD.1998, s.5).

kaldırılması ve arazi fiyatlarındaki muhtemel bir düşüş ise önalım hakkı sahibinin zararına yol açacak niteliktedir.

Önalım hakkı, üçüncü şahısla yapılan satıştan kısa bir süre sonra kullanılmış ise, bu satıştaki bedel üzerinden önalım hakkının kullanılması hakkaniyete de aykırı sayılmaz. Ancak önalım hakkının azami süresi on yıl olduğundan, üçüncü şahısla yapılan satıştan uzun bir süre sonra önalım hakkının kullanılması halinde, yine bu bedel üzerinden önalım hakkının kullanılması ülkemizdeki yüzde yüzlere varan enflasyon karşısında adalet duygularına uygun düşmemektedir. Bu durumu dikkate alan YHGK. 14.12.1994 tarihli kararında:

“Önalım hakkının ortak payın satışından çok sonra kullanılması halinde, aradan geçen zaman içinde taşınmazın değerinde meydana gelen objektif artışlarla enflasyon olgusunun önalım bedelinin belirlenmesinde 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.” demek suretiyle üçüncü şahısla yapılan satıştan çok sonra önalım hakkının kullanılması halinde artık önalım bedelinin bu bedel üzerinden değil, enflasyonun para değerini düşürüşü de dikkate alınarak önalım bedelinin hesap edileceği sonucuna varılmıştır⁶⁷.

1.5 ÖNALIM HAKKININ TÜRLERİ

1.5.1 Genel Olarak

Şuf'a, yani önalım hakkı, yürürlükten kalkan 743 sayılı Medeni Kanun'un "Mülkiyet Hakkının Takritleri" başlığı altında, 658. (İMK 681) ve 659. (İMK m.682) maddelerinde sırası ile "mukaveleden mütevellit şuf'a" ve "kanuni şuf'a hakkı" olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutularak düzenlenmişti⁶⁸. Bu kanunu yürürlükten kaldıran 4721 sayılı Türk Medeni Kanunumuzda da eski medeni kanundaki bu ayrım

⁶⁷ YHGK. 14.12.1994 (YKD. 1995, 861 sy.6); aynı doğrultuda YHGK. 6.11.1996, E.1996/14-569, K.1996/734; Kar. HGK. 11.3.1988, E.6-172, K.209 (İKİS.1999, 13850); Şeref Ertaş, **Eşya Hukuku**, Barış Yayınları, İzmir, 2012, s.377; Esener / Güven, **a.e.**, s.258.

⁶⁸ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.16.

sürdürülmüş, önalım hakkı, “*Devir Hakkının Kısıtlamaları*” başlığı altında 732. ve 735. maddelerde düzenlenmiştir.

İsviçre’de, yasal önalım hakkının ZGB’de, sözleşmeden doğan önalım hakkının OR’de düzenlenmesine sebep olarak yasal önalım hakkının mülkiyet hakkının yasal bir kısıtlaması olarak öngörülmesi, sözleşmeden doğan önalım hakkının kaynağının ise borçlar hukuku anlamında borç doğuran bir sözleşmeden kaynaklanması gösterilmektedir⁶⁹. Oysa bizde TMK içinde (m.732 vd.) hem yasal hem de sözleşmeden doğan önalım hakkı düzenlenerek sistematik açıdan karışık bir düzenlemeye yer verilmiştir. TBK içindeki düzenleme (m.237 vd.) ise mehz OR’ye uygun olarak sadece sözleşmeden doğan önalım hakkını ele alacak biçimde yerinde olarak düzenlenmiştir⁷⁰.

Önalım hakkı, görüldüğü üzere, kaynağı bakımından-hukuki işlemde ya da kanundan doğmaları açısından bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Buna göre, önalım hakkı kanundan veya sözleşmeden doğabilir⁷¹.

Ayrıca sözleşmeden doğan önalım hakkı, sözleşmede özel bir kayıt taşıyıp taşıyamamasına göre; adi önalım hakkı ve nitelikli (mevsuf) önalım hakkı olarak ikiye ayrılmaktadır⁷².

Tezimizin konusunu sözleşmeden doğan önalım hakkı oluşturduğundan, hem bu hak üzerine daha ayrıntılı bir incelenmenin yapılarak konunun sınırlandırılması hem de bir bütünlük sağlanması açısından başta yasal önalım hakkı olmak üzere diğer önalım hakkı türlerine ana hatları ile değinilmeye çalışılacak ve ilgili eserlere yollama yapılmakla yetinilecektir.

⁶⁹ M. Alper Gümüş, **Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler**, İstanbul 2007, Vedat Kitapçılık, s.435-436; Aydoğdu, **a.g.e.**, s.20.

⁷⁰ Aydoğdu, **a.e.**, s.20.

⁷¹ Şipka, **a.g.e.**, s.4.

⁷² Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 427; Tekinay, **a.g.e.**, s. 21; Gürsoy / Eren / Cansel, **a.g.e.**, s.63; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.30; Demirtabak, **a.g.e.**, s.9-10.

1.5.2 Kaynağı Açısından

1.5.2.1 Hukuki İşlemden Doğan Önalım Hakkı

Hukuki işlemde doğan önalım hakkını, sözleşmesel (sözleşmeden doğan) önalım hakkı ve vasiyetname yoluyla kurulan önalım hakkı olarak ikili bir ayrıma tabi tutmak mümkündür.

1.5.2.2 Sözleşmesel Önalım Hakkı

Sözleşmesel yani sözleşmeden doğan önalım hakkı, mülkiyet hakkına hukuki işlemle getirilen bir sınırlamadır. Bu sözleşmesel hak, İsviçre’de ortaya çıkış sürecinde genellikle kira sözleşmelerine konulan bir kayıt şeklinde görülmüştür⁷³.

Sözleşmeden doğan önalım hakkının kaynağı taraflar arasında yapılmış bir önalım sözleşmesidir.

Her ne kadar 743 sayılı MK. md.658 ve TMK md.735’te bu düzenleme yapılmışsa da genel olarak bu hakkı fazla uygulandığını söylemek mümkün değildir. Oysa İsviçre Hukuku’nda bunun uygulaması ülkemize göre oldukça fazladır⁷⁴.

Zira sözleşmeden doğan önalım hakkı, borçlandırıci işlem niteliğinde bir hukuki işlemle yapılan devir kısıtlamasıdır⁷⁵.

Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde, kaynağının bir sözleşme olması nedeniyle sözleşmeden doğan önalım hakkının Borçlar Kanununda sözleşmenin şeklini düzenleyen madde dışında bir hüküm bulunmaması bazı yazarlarca eleştiri konusu olmuştur⁷⁶. Bu doğrultuda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda “*Taşınmaz satışı ve satış ilişkisi doğuran haklar*” başlıklı 237–242

⁷³ Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, **a.g.e.**, s.424; Tandoğan, **a.g.e.**, s.279; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.80; Yarg. 6. HD. 25.2.1985 T, 1985/65E, 1985/1969K (YKD 1985, S.9, s.13191). Demirtabak, **a.g.e.**, s.9; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014, s.226 vd.

⁷⁴ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.3.

⁷⁵ Gümüş, **a.g.e.**, s.142, d.n. 118.

⁷⁶ Kırca, **a.g.e.**, s.1186, d.n. 32 ve 33’den naklen.

maddeleri arasında sözleşmeden doğan önalım hakkına yer verilmiş olması bu yolda atılmış güzel bir adımdır.

Bu kısım, bir başlık olarak tez konumuzu oluşturduğundan, daha ayrıntılı olarak tezin ikinci bölümünde inceleme alanı bulacaktır.

1.5.2.3 Vasiyetname Yoluyla Kurulan Önalım Hakkı

Belirtmek gerekir ki, Medeni Kanunu'nda önalım hakkının vasiyetname yoluyla da kurulabileceği yönünde bir açıklık mevcut değildir.

Önalım hakkının kaynağı vasiyetname gibi tek taraflı bir hukuk işlem de olabilir. Ancak uygulamada bu tür istisnalarla pek karşılaşılmamaktadır⁷⁷.

Bu yolla önalım hakkı, lehine vasiyet yapılan yararına, yükümlü mirasçı aleyhine kurulmaktadır. Bu durumda önalım hakkı mal vasiyetinin hüküm ifade etmesi ile meydana gelir ve normal bir önalım hakkının sonuçlarını doğurur⁷⁸.

Şıpka, vasiyetname yoluyla kurulan önalım hakkını, sözleşmeden doğan önalım hakkına dâhil bir nitelikte görmektedir. Zira ona göre, “*vasiyet alacaklısı şerhi (mirasçılar şerh verdirmiyor ise) dava yolu ile sağlayabilir*”⁷⁹.

Kanunda bu türe ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediğinden, önalım hakkının vasiyetname ile tanınmasında şekli açısından ise, vasiyetnameye ait şekil şartlarına uyulmuş olmasının yeterli olduğu görüşler de mevcuttur⁸⁰.

⁷⁷ Tekinay, **a.g.e.**, s.16; Kutlu, **a.g.e.**, s.14.

⁷⁸ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.83.

⁷⁹ Şıpka, **a.g.e.**, s.7.

⁸⁰ Bkz. Tandoğan, **a.g.e.**, s.275; Kutlu, **a.g.e.**, s.17, d.n.48.

1.5.2.4 Kanundan Doğan Önalım Hakkı

Önalım hakkı, sözleşme ile kurulabileceği gibi kanundan da doğabilir⁸¹. Yasal önalım hakkı kaynağını, sözleşmeden doğan önalım hakkında olduğu gibi taraf iradelerinden değil, doğrudan doğruya Medeni Kanundan almaktadır⁸².

1.5.2.4.1 Medeni Kanunda Düzenlenen Yasal Önalım Hakkı

Evvelce Mecelle’de çok geniş olarak düzenlenen yasal önalım hakkı, İsviçre Medeni Kanunu’nun 628. maddesinde ve 743 sayılı Mülga Medeni Kanunu’nun sadece tek bir maddesinde (md.659) düzenlenmişti⁸³.

Yasal Önalım Hakkı, yürürlükteki 4721 sayılı Türk Medeni Kanunumuzun “*Taşınmaz Mülkiyetinin Kısıtlamaları*” başlığı altında 732, 733 ve 734. maddelerinde önceki kanuna oranla daha açık biçimde yer almaktadır⁸⁴.

Yasal önalım hakkı, bazı Yargıtay kararlarına birtakım tanımlamalarla da yer bulmuştur. Öyle ki, bir kararda, “*önalım hakkı, malikle üçüncü şahıs arasında vaki satış akdine yer tutmak hakkıdır*”⁸⁵ diye tanımlanmış iken; bir diğer kararda, “*Yasal önalım hakkı, taşınmazda pay sahibi bulunan kişiye, diğer bir payın üçüncü kişiye satılması halinde o pay müşteriye neye mal olmuş ise o miktar ile ve belli bir süre içinde satın almak yetkisini veren aynı bir haktır.*” olarak tanımlanmıştır⁸⁶.

Türk Medeni Kanunu’nun 735. maddesinde açıkça taşınmazdan bahsedilmektedir. Kısaca önalım davasının konusu taşınmazlardır. Taşınır mallarda önalım hakkı kullanılmaz⁸⁷. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi de 21.04.1975 gün ve 1814/2916 sayılı kararı ile taşınır mallarda yasal önalım hakkının kullanılamayacağını kabul etmiştir⁸⁸.

⁸¹ Demirtabak, **a.g.e.**, s.12.

⁸² Soysal Özenli, **Uygulamada Önalım (Şuf’a Davaları)**, Kazancı Hukuk Yayınları, s.12.

⁸³ Özenli, **a.e.**, s.28.

⁸⁴ Şıpka, **a.g.e.**, s.8 .

⁸⁵ Y.İBK. 27.3.1957 gün ve 2/12 sayılı K.; Özenli, **a.g.e.**, s.12.

⁸⁶ Y.İBK. 20.6.1951 gün ve 5/13 sayılı K.; Özenli, **a.g.e.**, s.13.

⁸⁷ Ahmet Cemal Ruhi, **Önalım Davaları**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s.15.

⁸⁸ Bu karar için bkz. Müslim Tunaboylu, **Önalım Davaları**, Adil Yayınevi, Ankara 2003, s.94-95.

Kanuni önalım hakkı, paylı mülkiyete tabi olan bir taşınmazda paydaşlardan birinin payını üçüncü bir kişiye satması halinde diğer paydaşlara aynı şartlarla bu payı satın alma yetkisi veren yenilik doğuran bir haktır. Bu hak kişiye değil paya bağlı bir haktır. Kim paydaş olursa bu hakka o sahip olur⁸⁹.

Önceki düzenlemeden farklı olarak, payın kısmen satımı halinde de hakkın kullanılabileceği kanunda düzenlenmiş ve önceden tartışmalı olan bu husus böylece açıklığa kavuşturulmuştur⁹⁰.

Kanuni önalım hakkı tanınmasının asıl amacı, birbirlerini tanıyan paydaşlar arasında yabancı bir kişinin veya kişilerin girmesini önlemek, paydaşların satılacak payı öncelikli olarak satın almalarını sağlamaktır⁹¹.

1.5.2.4.2 Müşterek Mülkiyetten Doğan Önalım Hakkı

Yasal önalım hakkının en önemli ve en kapsamlı uygulama alanına sahip olan türü Medeni Kanun'un tanıdığı müşterek (paylı) mülkiyette paydaşlardan birinin payını üçüncü kişiye satması halinde diğer paydaşların sahip olduğu önalım hakkıdır.

Yasal önalım hakkının kullanılması için, payın başka bir kişiye satılmış olması yeterlidir. Herhangi bir koşula bağlı olmaksızın, payı satın alan herhangi bir kişiye karşı ileri sürülebilir. Ancak belli bir payın satışında, önalım hakkını kullanmayan paydaşın, bu payla ilgili hakkı ölür. Fakat diğer paylar için, paydaşlığı devam ettiği sürece, önalım hakkı da devam eder⁹².

Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyetteki payın kazanılmasıyla birlikte, kendiliğinden meydana gelmektedir⁹³. Sözleşmeden doğan önalım hakkında tapuya şerh ile kazanılan eşyaya bağlı borç niteliği⁹⁴, yasal önalım hakkında şerh edilmeksizin kanun gereği bulunmaktadır.

⁸⁹ Ruhi, **a.g.e.**, s.15.

⁹⁰ Kırca, **a.g.m.**, s.1187; Yücel, **a.g.e.**, s.25. Ayrıca Bkz. TMK md.732/f.1.

⁹¹ Ruhi, **a.g.e.**, s.15.

⁹² Özenli, **a.g.e.**, s.30.

⁹³ Şıpka, **a.g.e.**, s.42-43 .

⁹⁴ Bu kavram ile ifade edilmek istenen, hakkın belirli bir kişiye değil, eşyada hak (pay) sahibi olan kişiye bağlı olmasıdır. Bkz. Kutlu, **a.g.e.**, s.10, d.n 25'teki yazarlar.

Anayasamızın 35. maddesine göre; mülkiyet hakkının vermiş bulunduğu yetkiler bir takım sosyal amaçlarla veya toplum yararına olmak üzere kanun koyucu tarafından çeşitli sınırlamalara konu olabilir. Yine Medeni Kanunumuzun 731. maddesinde de taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamalarının tapu siciline tescil edilmeksizin etkili olacağı düzenlenmektedir⁹⁵.

Dolayısıyla bu anlamda, yasal önalım hakkı, etkisini tarafların iradelerinde değil, doğrudan doğruya kanundan almaktadır⁹⁶. Bu itibarla, yasal önalım hakkı, şerh edilmeksizin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir.

1.5.2.4.3 Üst Hakkından Doğan Önalım Hakkı

Mülkiyet, aynî hakkın sağladığı yetkilerin tümünü sağlayan ve buna bağlı olarak tüm boyutlarıyla mutlak etki saçıyan en geniş kapsamlı “sınırsız” aynî haktır. Serozan, mülkiyetin sağladığı kullanıp yararlanma ve paraya çevirip değerlendirme yetkilerinin – mülkiyet küresinin (karpuzunun) kesilip dilimlenmesi” yolu ile ayrılıp bağımsızlaştırılabileceğini ve böylece mülkiyetten aynî hak tiplerinin türetilebileceğini belirtmiştir⁹⁷. İşte üst hakkı da, sınırlı aynî hak türleri içerisinde olmakla birlikte, bunlar, taşınmazdan bağımsızlaştırılmış ve belirli bir kişiye bağlı oldukları için de kişiden kişiye serbestçe el değiştirebilen irtifak hakkıdır⁹⁸.

İsviçre Hukuku’nda düzenlenen ancak Türk Hukuku’nda hakkında düzenleme bulunmayan bir yasal önalım hakkı türü de; üst hakkından doğan yasal önalım hakkıdır. İsviçre Medeni Kanunu’nun 682. maddesinin 2. fıkrasında;” *üst hakkı sahibine ve üst hakkı ile yüklü taşınmazın malikine karşılıklı olarak bir yasal önalım hakkı tanınmaktadır*”⁹⁹.

⁹⁵ Kutlu, **a.g.e.**, s.11

⁹⁶ Şıpka, **a.g.e.**, s.180.

⁹⁷ Rona Serozan, **Eşya Hukuku**, Genişletilmiş 3.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s.41-42.

⁹⁸ Rona Serozan, **a.e.**, s.48-49.

⁹⁹ Şıpka,**a.e.**, s.8.

Bu önalım hakkının düzenlenmesindeki amaç; taşınmaz veya irtifak hakkı sahibinin değişmesi halinde, taşınmazın üst hakkından arındırılmış olarak devredilmesinin sağlanmasıdır¹⁰⁰.

Buna karşın Türk Hukukunda, Türk Medenî Kanunu'nda yer almayan üst hakkından doğan önalım hakkını, Yargıtay üst hakkının da taşınmaz hükmünde olduğundan bahisle kabul etmektedir¹⁰¹. Yargıtay söz konusu kararında, öncelikle üst hakkının TMK. 704. maddede taşınmaz mülkiyetinin konusu arasında sayıldığını, üst hakkının kurulmasını düzenleyen 826. maddede "Bir taşınmaz maliki, üçüncü kişi lehine arazisinin altında veya üstünde yapı yapmak veya mevcut bir yapıyı muhafaza etmek yetkisi veren bir irtifak hakkı kurabilir" şeklinde üst hakkının konusu belirle dikten sonra 2. fıkrasında da bu hakkın devredilebileceği ve mirasçılara geçeceği, ayrıca son fıkrasında "bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkının tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilmesi" öngörüldüğünü belirtmiş ve akabinde de taşınmaz mal hükmünde bulunan üst hakkına konu payın üçüncü kişiye satılması halinde, diğer hak sahibinin bu satış nedeniyle önalım hakkını kullanabileceğinin kabulü gerektiğine hükmetmiştir.

Türk Medenî Kanunu'nun 708. maddesinin 2. fıkrası da yeni oluşan araziye, arazi kaybına uğrayana veya bitişik arazi malikine hazineden öncelikle satın alma hakkı vermektedir. Ancak, bu hakkın kullanılabilmesinin devletin takdir yetkisine bırakılması, yasal önalım hakkı ile hak sahibine tanınan hak kadar geniş bir yetki değildir.

1.5.2.4.4 Medeni Kanun Dışında Diğer Kanunlarda Düzenlenen Yasal Önalım Hakları

Türk Hukukunda 1164 sayılı ve 10.05.1969 tarihli Arsa Ofisi Kanunu'nun¹⁰² 10. maddesi, Arsa Ofisi'ne bir önalım hakkı tanımaktadır. Arsa Ofisi lehine kanuni önalım hakkının kabul edilme nedeni sosyal amaçlara dayanmakta ve

¹⁰⁰ Rey / Honsell / Vogt / Geiser, ZGB. Art. 682, N.5-6-7. (Demirtabak, **a.g.e.**, s.13, d.n. 44 'den naklen).

¹⁰¹ Bkz. 6. HD. 21.01.2008 T. E:13277, K:323 (Karar yayınlanmamıştır). Köylüoğlu, **a.g.e.**, s.37, d.n. 147.

¹⁰² (R.G. 10.05.1969, S.13195).

kamu yararı yönü ağır basmaktadır¹⁰³. 1164 sayılı Arsa Ofisi Kanunu'nda, arsa ofisine (TOKİ'ye) ve 4070 sayılı 19.2.1995 tarihli Tarım Arazilerinin Satışı Hakkında Kanun¹⁰⁴ ile Kanun kapsamındaki arazilerde oturan kişilere, arazileri kiralayan topraksız kiracılara ve tarımsal amaçla fiilen kullanan kişilere bir önalım hakkı tanınmıştır¹⁰⁵. Arsa ofisi kanunda yapılan yeni düzenleme ile değişmiştir. 1164 sayılı Kanundan kaynaklanan önalım hakkı, şerh edilmiş olması koşulu ile sadece TOKİ'ye¹⁰⁶ tanındığından, önalım hakkı sahibi daima TOKİ olacaktır. Bu hak TOKİ'ye kamu yararı düşüncesiyle verildiğinden başkasına devredilmesi mümkün değildir¹⁰⁷.

4070 sayılı Hazineye Ait Tarım Arazilerinin Satışı Hakkında Kanun'un **“Tarım Arazilerini Kullananların Öncelikli Alım Hakkı”**, başlıklı 8. maddesinde, **a)** Taşınmaz malı halen kullanmaları ve fiilen kullandıklarının da Hazinece belirlenmiş olması, **b)** Kendilerinin, eşlerinin ve reşit olmayan çocuklarının adına, aynı yerde, sulu arazide 40, kuru arazide 100 dönümden fazla arazilerinin olmaması şartları ile arazinin bulunduğu yerde oturan kişilere, bu arazileri kiralayan topraksız kiracılara, bu arazileri fiilen kullananlara ihalede önalım hakkı tanımaktadır¹⁰⁸.

Türk Medeni Kanunu dışında düzenlenen yasal önalım haklarından biri de, 1757 sayılı ve 19.7.1973 sayılı Toprak ve Tarım Reformu Kanunu'nun 123. maddesinde yer almaktaydı. Bu kanunun 123. maddesinde, *“kiracıya ve ortakçıya işlediği toprağı öncelikle satın alma hakkı”* tanınıyordu¹⁰⁹. 19.7.1973 tarihli 1757 sayılı Toprak ve Tarım Reformu Kanunu, Anayasa Mahkemesi tarafından 10 Mayıs 1978 tarihinde şekil yönünden iptal edilmiş ve yeni kanun tanınan 1 yıllık süre içerisinde T.B.M.M. tarafından çıkarılmadığı için yürürlükten kalkmıştır.

¹⁰³ Şıpka, **a.g.e.**, s.8-9.

¹⁰⁴ 16.2.1995, RG.19.2.1995, S:22207.

¹⁰⁵ Şıpka, **a.g.e.**, s.8-9.

¹⁰⁶ 1164 sayılı Yasadaki arsa ofisi genel müdürlüğünün TOKİ (Başbakanlık Toplu Konut İdaresi) anlamına geldiği hakkında bkz. Yıldız, **a.g.e.**, s.6-7.

¹⁰⁷ Ekrem Yıldız, **Önalım Davaları**, Vedat Kitapçılık, 2008, İstanbul, s.27.

¹⁰⁸ Ersin Çiğirim, **Türk Medeni Hukukunda Kanuni Önalım Hakkı**, İstanbul 2001, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s.8.

¹⁰⁹ Tekinay, **a.g.e.**, s.38; Demirtabak, **a.g.e.**, s.15.

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun¹¹⁰ “*Öncelikli Satın Alma Hakkı*” başlıklı 8. maddesinin 2. fıkrasında da yine, “*Bir bağımsız bölümün paydaşlarından birinin kendi payını başkasına satması halinde öteki paydaşlar, öncelikle satın alma hakkını kullanabilirler*” ifadesi ile Medeni Kanunu'na paralel şekilde paydaşlara önalım hakkı tanındığını söylemek mümkündür.

1.5.3 İçeriği Açısından

Kaynağı açısından yasal önalım hakkı ve sözleşmesel önalım hakkını ikili bir ayrıma tabi tutulmasının yanında, sözleşmeden doğan önalım hakkı, hakkın kaynağı olan sözleşmede yer alan bazı kayıtların olup olmamasına binaen ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır.

Zira Borçlar Kanunu'nun “*Sözleşme Özgürlüğü*” başlıklı 26. maddesinde, mülga Borçlar Kanunu'nun 19. maddesine paralel biçimde olduğu gibi, tarafların sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içerisinde kalmak şartı ile serbestçe belirleyebilecekleri düzenlenmiştir.

Bu serbesti, hakkın kullanılacağı taşınmaz bölümünün genişliği ile ilgili olabileceği gibi, kullanma süresi ve bedeli de kapsayabilir.¹¹¹

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 önalım (adi şuf'a) ve nitelikli (mevsuf şuf'a) olmak üzere iki tür önalım hakkı doktrinde¹¹² karşımıza çıkmaktadır.

1.5.3.1 Basit (Adi) Önalım Hakkı

Önalım sözleşmesinde tarafların satım bedelini veya diğer şartları kararlaştırmamaları halinde basit önalım hakkı söz konudur¹¹³. Bu durumda önalım hakkı sahibinin yasal önalım hakkının kullanılmasında olduğu gibi alıcının ödediği

¹¹⁰ R.G. 2.7.1965, S.12038 .

¹¹¹ Özenli, **a.g.e.**, s.24.

¹¹² Erkan, **a.g.e.**, s.15, d.n.53'teki yazarlar.

¹¹³ Oğuzman / Seliçi / Oktay - Özdemir, **a.g.e.**, s.440.

bedeli ödemesi gerekir. Örneğin, (A), taşınmazını (B)'ye 100.000 TL'ye satınca, önalım hakkı sahibi, (Ö), (A)'ya karşı önalım hakkını kullanırsa, (A) ile (Ö) arasında aynı şartlarla yani, satış bedeli 100.000 TL olan bir satış ilişkisi kurulur¹¹⁴.

MK'nin 735. maddesinin 1. fıkrasına (EMK'nin 658. maddesinin 2. fıkrasına) göre, başka türlü anlaşma yoksa malın üçüncü kişiye satılmasındaki şartlar, önalım hakkı kullanıldığı takdirde aynen kabul edilmiş sayılır. İşte taraflarca önalım hakkının, kullanılma şartları ayrıca tayin edilmemiş ve sonuç olarak üçüncü kişiye yapılan satıştaki şartların uygulanmasına rıza gösterilmiş ise (niteliksiz/vasıfsız) adi önalımdan bahsedilir¹¹⁵. Böylelikle, önalım hakkının kullanılmasının ön koşulunu oluşturan satım olayı ile önalım hakkının kullanılması sonucu doğan satım ilişkisindeki hükümler aynı olacaktır¹¹⁶.

1.5.3.2 Nitelikli Önalım Hakkı

Taraflar önalım hakkının kullanılmasına ilişkin bazı şartlar ve özellikle belli bir bedel kararlaştırmış olurlarsa nitelikli (vasıflı) önalım söz konusu olur¹¹⁷. Yine taraflar, önalım sözleşmesine bedel, ödeme tarzı, önalım hakkının geçerli olacağı süre, hakkının devri, şerh anlaşması, ipoteklerin devralınması gibi bir takım hükümlere yer verebilirler. Önemle belirtmek gerekir ki, nitelikli önalım hakkında satım bedeli ve diğer şartlar, üçüncü kişi ile yapılan satım sözleşmesinden bağımsız olarak kararlaştırılmaktadır¹¹⁸. Nitelikli önalım hakkında, gelecekteki hukuki ilişkinin esaslı unsurları kesin olarak belirlenmiştir¹¹⁹.

Nitelikli önalımda, başta bedel olmak üzere diğer şartların belirli olması sebebi ile taraflardan birinin özellikle taşınmaz fiyatlarının sürekli değişkenlik gösterdiği bir yerde önemli kâr oranı ile malı satması ya da satın alması mümkündür. Bu takdirde, taşınmaz maliki (A) ile önalım hakkı sahibi (Ö), aralarında satış bedelini 120.000 TL olarak kararlaştırmışlarsa, (A) taşınmazı (B)'ye hangi bedelle satarsa

¹¹⁴ Sirmen, **a.g.e.**, s.446; Benzer bir örnek için bkz. Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s.228.

¹¹⁵ Tekinay, **a.g.e.**, s.21. Köylüoğlu, **a.g.e.**, s.25.

¹¹⁶ Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, **a.g.e.**, s.427; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.30; Tunaboğlu, **a.g.e.**, s.22; Özenli, **a.g.e.**, s.27; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.17. Demirtabak, **a.g.e.**, s.12.

¹¹⁷ Tekinay, **a.g.e.**, s.21. Köylüoğlu, **a.g.e.**, s.25.

¹¹⁸ Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, s. 440.

¹¹⁹ Meier-Hayoz, s.278; Kutlu, **a.g.e.**, s.20.'den naklen.

satsın, (Ö) önalım hakkını kullanınca (A) ile (Ö) arasında, satış bedeli 120.000 TL olan bir satış ilişkisi kurulmuş olur¹²⁰.

Bu hususa ilişkin olarak Tekinay, bir de şöyle bir örnek vermiştir: *“... taraflarca özel şartlar kararlaştırılmamış ve mal önalım yükümlüsü tarafından bir milyon liraya satılmıştır. Bu takdirde önalım hakkı sahibi tercihen satın alabilmek hakkını kullanırsa, o da bir milyon lira ödemelidir. Oysa önalım sözleşmesinde, önalım hakkı sahibinin beş yüz bin lira ödeyeceği kararlaştırılmış olsaydı, üçüncü kişiye yapılan satıştaki bedelin miktarı ne olursa olsun önalım hakkı sahibi beş yüz bin lira ödemekle yetinecekti...”*¹²¹.

Nitelikli olarak yapılan bir önalım sözleşmesi söz konusu ise ve tapuya da şerh edilmişse, önalım hakkı Medenî Kanun’un 735. maddesinin 1. fıkrası (EMK’nin 658. maddesinin 1. fıkrası) gereğince sözleşmede kararlaştırılan koşullara göre kullanılır. Bu durumda sözleşmeden doğan önalım hakkının içeriğinin de sözleşmede belirlenen bu kapsama göre tayin edilmesi gerekir. Buna karşın önalım hakkının kapsamına ilişkin olarak önalım sözleşmesinde herhangi bir hüküm yoksa veya önalım sözleşmesi nitelikli (vasıflı) olarak yapılmamışsa, önalım hakkının kullanılması MK m.735 f.1 son cümle (EMK m.658 f.2 ilk cümle) uyarınca üçüncü kişiye satıştaki koşullara göre olur¹²².

Belirtmek gerekir ki, Medeni Kanunu’ndaki bu düzenlemeye paralel bir düzenleme de yeni Borçlar Kanunu’nun 241. maddesinin 3. fıkrasında, *“Önalım hakkını kuran sözleşmede aksi öngörülmemişse, önalım hakkı sahibi taşınmazı, satıcının üçüncü kişiyle kararlaştırdığı satışa ilişkin koşullarla kazanır.”* hükmü ile getirilmiştir. Bu bakımdan, kanun taraflar arasında bir kayıt yok ise adi önalım sözleşmesini, bedel başta olmak üzere diğer şartların kararlaştırılmasında ise nitelikli önalım sözleşmesindeki önalım hakkına göre muhatap ile önalım hakkı sahibi arasında yeni bir satım sözleşmesi olacağını düzenlemiştir.

¹²⁰ Sirmen, **a.g.e.**, s.446-447.

¹²¹ Tekinay, **a.g.e.**, s.21-22.

¹²² Yıldız, **a.g.e.**, s.10.

1.6 SÖZLEŞMESEL ÖNALIM HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

1.6.1 Genel Olarak

Önalım hakkının hukuki niteliğine ilişkin olarak Türk Hukuku'nda, Alman Hukuku'nda ve İsviçre Hukuku'nda çok sayıda görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşlerin çoğunda önalım hakkı ile bu hakkı kuran anlaşmaların hukuki niteliği konusunda bir ayırım yapılmamaktadır¹²³.

Önalım hakkının hukuki niteliğine ilişkin olan görüşlerden ilki, aynî hak görüşü, diğeri, özel borç ilişkisinden doğan alacak hakkı görüşü, son görüş ise Yargıtay tarafından da son dönemlerde benimsenen yenilik doğuran hak görüşüdür¹²⁴.

Özellikle, “*Aynî Hak Teorisi*” ve “*Yenilik Doğuran Hak Teorisi*” önalım hakkının hukuki niteliğine ilişkin olarak en çok ileri sürülen teorilerdir. “*Alacak Hakkı Teorisi*”, “*Çift Şartlı Satış Teorisi*”, “*Satış Vaadi Teorisi*”, “*İcap Teorisi*”, “*Ön sözleşme Teorisi*”, “*Yetkilendirme Teorisi*” başlıkları altında ileri sürülen teoriler de önalım hakkının hukuki niteliğini açıklamaya yönelik olmayıp, önalım hakkını kuran önalım sözleşmesinin hukuki niteliğini açıklamaya yöneliktir¹²⁵.

Aşağıda “*özel borç ilişkisinden doğan alacak hakkı görüşleri*” başlığı altında söz konusu görüşlere yer verilecektir.

1.6.2 Aynî Hak Görüşü

Aynî kelimesi Arapçadan gelmektedir. “*Ayn*” kelimesinin çeşitli anlamları yanında, İslam Hukuku'nda bir anlamı da “misli eşya olmayan” nesnelerdir. Bugün kullandığımız “*Aynî hak*” terimi, Hatemi'ye göre, önceki hukukumuzda tam olarak

¹²³ Sebük, **a.g.e.**, s. 30 vd; Tandoğan, **a.g.e.**, s.275 vd. Vedat Buz, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s.151, Demirtabak, **a.g.e.**, s.16. vd.

¹²⁴ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.18.

¹²⁵ Demirtabak, **a.g.e.**, s.16.

uymamaktadır. Ona göre, “*ayn*” terimi, bugünkü Türk Hukuku’nda dar anlamda “*malvarlığı değeri olan somut nesne*” ile eş anlamlıdır¹²⁶.

Aynî hak: “*bir eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlayan ve bu sebeple herkese karşı ileri sürülebilen hak*” olarak tanımlanabilir. Serozan’a göre, ayni hakkın prototipi mülkiyettir. “*Bu eşya sadece benimdir, münhasıran bana aittir, bana tahsis edilmiştir. Dilediğim gibi kullanıp yararlanır, tasarruf edip değerlendiririm*” sözleri ile canlandırılabilir¹²⁷. Öğretide daha çok yasal önalım hakkının hukuki niteliğini açıklamaya çalışan ve bu hususta ileri sürülen en eski teori, “*aynî hak teorisidir*”. Bu görüşe göre yasal önalım hakkı “*Aynî hak*” olarak nitelendirilmektedir¹²⁸.

Önalım hakkının herkese karşı ileri sürülebilmesi, hak sahibinin hakkını kimsenin aracılığına bağlı kalmaksızın kullanabilmesi, sınırlı sayı ve süreklilik özellikleri, önalım hakkının bünyesinde toplanan ve onun aynî hak niteliğine kavuşmasını sağlayan özellikleridir¹²⁹. Yine bu görüş yanlılarına göre, önalım hakkının kullanılmasının sonucunda meydana gelecek olan yeni bir satım sözleşmesine dayanarak taşınmazın mülkiyetini talep etme yetkisi de “*aynî talep*” olarak nitelendirilmektedir¹³⁰.

Görüşe göre, yasal önalım hakkı tapu kütüğüne şerh edilmesi gerekmeksizin herkese karşı ileri sürülebilmekte, hak sahibi iyi niyetli üçüncü kişilerden dahi önalım konusu payı geri alabilmektedir. Zira MK md.731 hükmü uyarınca taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları tapu siciline tescil edilmeksizin etkili olur¹³¹.

Bu görüş uzun yıllar İsviçre ve Türk hukuk öğretisini meşgul etmiş ve “*yenilik doğuran hak*” görüşünün ortaya atılmasıyla eski geçerliliğini önemli ölçüde

¹²⁶ Hüseyin Hatemi, Aydın Aybay, **a.g.e.**, s.5.

¹²⁷ Rona Serozan, **a.g.e.**, s.16-17.

¹²⁸ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.230; H. V. Velidedeoğlu / G. Esmer, **Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı**, 2. bası, İstanbul 1956, s.430-431; Erdoğan, C., **Ortaklığın Giderilmesi ve Şuf’a Davaları**, 2.Bası, Ankara, 1991, s.649; Şıpka, **a.g.e.**, s.20.; Vedat Buz, **a.g.e.**, s.151; Harun Demirbaş, **Yenilik Doğuran Haklar**, İstanbul 2007; Demirtabak, **a.g.e.**, s.16.

¹²⁹ Şıpka, **a.g.e.**, s.20.

¹³⁰ Şıpka, **a.g.e.**, s.22 (d.n. 11’den naklen).

¹³¹ Kutlu, **a.g.e.**, s.40, d.n.137 ‘deki yazarlar.

yitirmiştir. Zira Yargıtay da önceki dönemlerde verdiği kararlarda¹³², yasal önalım hakkını bir aynî hak olarak nitelendirmiş iken, sonraki yıllarda vermiş olduğu kararlarda¹³³, önalım hakkını hem aynî bir hak hem de yenilik doğuran bir hak olarak nitelendirmektedir¹³⁴.

Bu görüş doktrinde çeşitli açılardan eleştirilmiştir. Şıpka'nın¹³⁵ da belirttiği gibi yasal önalım hakkının muhatabı herkes değil, ancak payı devralan ve mülkiyeti geçerli olarak kazanan kişidir. Bir başka deyiş ile önalım hakkı sadece önalım yükümlüsüne karşı kullanılabilir ve gerçek bir hâkimiyet hakkı söz konusu olmaz. Ayrıca, aynî hakların temel özelliği olan “*kullanılmalarının herhangi bir süreye tabi olmaması*”¹³⁶ önalım hakkı açısından geçerli değildir. Zira önalım hakkı, MK md.733/IV uyarınca belli bir sürede kullanılır¹³⁷.

Bu görüşe yönelik getirilen eleştirilerden biri de, bu teori yanlılarının, yasal önalımda öne sürülen “*aynî talebi*” diğer önalım türlerinde, özellikle şerh verilmiş sözleşmeden doğan önalım hakkının üçüncü kişilere etkisini bir “*aynîleşme*” olarak görmeyip, “*kişisel hakların güçlenmesi*” şeklinde istisnai bir yoruma tutmakla yetinmeleridir¹³⁸.

1.6.3 Özel Borç İlişkisinden Doğan Alacak Hakkı Görüşleri

“*Aynî hak*” görüşüne karşı geliştirilen yeni kuramlara göre önalım, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak görülmekte ve bu anlamda önalım hakkı şahsî talep (alacak) hakkı olarak öne çıkmaktadır. Bu kuramlar ile önalım hakkı sahibi, satıcı ve alıcı üçüncü kişi arasındaki satım sözleşmesine herhangi bir şekilde dâhil edilerek, ona şeyin mülkiyetini bir şahsî talep hakkı ile isteyebilme yetkisi

¹³² YİBK 20.6.1951 RG 7.11.1951, S.7950; Şıpka, **a.g.e.**, s.2; Demirtabak, **a.g.e.**, s.17.

¹³³ Yarg. 6. H.D 6.2.1980 T. 1979/6568 E. 1980/924 K. (Bkz. YKD. 1980/6, s.798) Ayrıca bkz. YHGK 17.3.1982 T. 6-299/270 (YKD 1983/1, s.23) Demirtabak, **a.g.e.**, s.16.

¹³⁴ YİBK 11.2.1959 gün ve 12/10 sayılı kar arı ile de ÖNALIM hakkının, Türk Hukukunda yenilik doğuran bir hak mahiyetinde olduğu görüşüne yer verilmiştir. Bkz. Özenli, **a.g.e.**, s.12.

¹³⁵ Şıpka, **a.g.e.**, s. 22–23.

¹³⁶ Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, **a.g.e.**, s.23.

¹³⁷ md.733/IV: “Önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her hâlde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer.”

¹³⁸ Şıpka, **a.g.e.**, s. 22–23; Sungurbey, **a.g.e.**, s.102 v.d; Çay, **a.g.e.**, s.8; Beleş, **a.g.e.**, s.17.

bahşedilmektedir. Yani burada önalım hakkı sahibinin sözleşmeye taraf olarak bir alacak hakkına sahip olduğu farz olunmaktadır¹³⁹.

1.6.3.1 İcap Teorisi

Önalım hakkının hukuki niteliği konusunda ileri sürülen icap görüşüne göre, muhatap önalım hakkı sahibine hakkını kullanması için uzun süreli bir icap yöneltmekte, hak sahibi de belirli süre içinde hakkını kullanmak suretiyle icabı kabul etmektedir¹⁴⁰.

Buna göre malik, diğer tarafa bir icap yapıp, önalım hakkı sahibinin hakkını kullanması için belirlenen süre kadar icabıyla bağlıdır¹⁴¹. Hakkın kullanılma şartı gerçekleştiğinde, hak sahibinin hakkını kullanması ile bir kabul meydana gelir ve böylece aralarındaki satım ilişkisi hüküm doğurur¹⁴². Bir başka deyiş ile muhatap ile önalım hakkı sahibi arasındaki satım sözleşmesi yöneltilen icabın kabulü ile meydana gelmektedir¹⁴³.

Bu görüş, bir kimsenin icabıyla uzun süre bağlı kalmasının Borçlar Kanunu'nun, icapta bulunanın icabıyla makul bir süreyle bağlı kalacağına ilişkin 5. maddesine ve icabın niteliğine aykırı olduğu; taşınmaza ilişkin önalım sözleşmelerinde, hem icabın hem kabulün resmi şekilde yapılması gerekeceği, hâlbuki 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 eleştirilmiştir¹⁴⁴. Ayrıca, vasiyetname yoluyla kurulan önalım hakkını açıklayamadığı için de eleştirilmiştir¹⁴⁵.

¹³⁹ Şıpka, **a.g.e.**, s.24.

¹⁴⁰ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.9; Sebük, **a.g.e.**, s.30; Haluk N. Nomer, **Vefa Hakkı**, İstanbul, 1992; Yücel, **a.g.e.**, s.6 .

¹⁴¹ Beleş, **a.g.e.**, s.17.

¹⁴² Bu görüşü savunan yazar ve eleştiriler için Bkz. Çay, **a.g.e.**, s.9., d.n.19'daki yazarlar.

¹⁴³ Feyzioğlu, s.10.

¹⁴⁴ Bkz. Kutlu, **a.g.e.**, s.38, d.n.126'daki yazarlar .

¹⁴⁵ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.10; Nomer, **a.g.e.**, s.18; Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s.372; Sebük, **a.g.e.**, s.30-31, 141; Tandoğan, **a.g.e.**, s.275. Yücel, **a.g.e.**, s.6 .

1.6.3.2 Ön Sözleşme Teorisi

Bazı çalışmalarda¹⁴⁶ “*Satış Vaadi Teorisi*” olarak da geçen bu teori, hakkı içeren önalım sözleşmesini bir ön sözleşme olarak değerlendirmektedir. Önalım olayının bildirilmesinin muhatabın icabı olarak göz önünde tutulması ve hak sahibinin bunu kabul etmesi ile satım sözleşmesinin akdedilmesi, teorinin esas noktasını oluşturmaktadır¹⁴⁷.

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 etmiştir¹⁴⁸.

Bu teori, yasal önalım hakkını açıklayamadığı, taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin resmi şekilde yapılması gerekmesine rağmen önalım sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasının yeterli olduğu gerekçeleri ile eleştirilmiştir¹⁴⁹.

Bununla birlikte, ön sözleşme dolayısıyla meydana gelecek asıl sözleşme, mülkiyetin devrine sebep teşkil edecekken, doğrudan doğruya ön alım sözleşmeleri mülkiyetin devri için gereken hukuki sebep olarak yeterli bulunduğundan, bu teori de ön alım hakkının hukuki niteliğini açıklamakta yetersiz kalmıştır¹⁵⁰.

1.6.3.3 Giriş Teorisi

Bazı kaynaklarda¹⁵¹, “*Şartın Gerçekleşmesi Kuramı*” olarak da adlandırılan bu teoriye göre, önalım hakkı sahibi satıcı ve alıcı üçüncü kişi arasındaki satım sözleşmesine tek taraflı irade açıklaması ile katılır. Burada satım sözleşmesi muhatap (satıcı) ile hak sahibi arasında kurulmamakta, aksine (alıcı) üçüncü kişi sözleşmeden çıkartılmakta ve böylece önalım hakkı sahibi üçüncü kişinin yerine geçmektedir.

¹⁴⁶ Bkz. Yücel, **a.g.e.**, s.7; Beleç, **a.g.e.**, s.17; Kutlu, **a.g.e.**, s.38.

¹⁴⁷ Küley, **a.g.e.**, s.225; Yücel, **a.g.e.**, s.7.

¹⁴⁸ Kutlu, **a.g.e.**, s.38, d.n. 127’deki yazarlar.

¹⁴⁹ Eleştiriler için bk. Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.11; Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s.372; Sebük, s.31; Tandoğan, **a.g.e.**, s.275; Kutlu, **a.g.e.**, s.38.

¹⁵⁰ Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s.372; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.9-10; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 275. Çay, **a.g.e.**, s. 10.

¹⁵¹ Bkz. Köylüoğlu, **a.g.e.**, s.20, d.n.73

Bugün artık, önalım hakkının kullanılmasıyla hak sahibi ile muhatap arasında satım sözleşmesinin kurulmasının tereddütsüz kabulü bu teorinin geçerliliğini yitirmesine neden olmuştur¹⁵².

1.6.3.4 Yetki Teorisi

Bu teoriye göre, hakkın kullanıldığına ilişkin beyan aslında satım sözleşmesinin kendisini ihtiva etmektedir¹⁵³. Hak sahibine hakkın muhatabı tarafından, yani taşınmazın satıcı tarafından üçüncü kişiye satılması söz konusu olduğunda, onun adına irade beyanında bulunma yetkisi verilmesi dolayısıyla, önalım hakkını kullanmakla yapmış olduğu icabı muhatabın yerine geçerek kabul yetkisinin bulunduğunu kabul etmektedir¹⁵⁴.

Teori, önalım hakkının yetkiye dayanarak kurulamayacağı ve kanuni anlamıyla temsilin önalım haklarında uygulanamayacağı hususlarında eleştiriye tabi tutulmaktadır¹⁵⁵.

1.6.3.5 Çifte Şarta Bağlı Satım Teorisi

Sözleşmeden doğan önalım, alım ve geri alım hakları ile onları kuran anlaşmaları açıklamak için ortaya atılmış olan bu kuramın esası, önalım sözleşmesinin, hüküm doğurması iki şarta bağlanmış bir satım sözleşmesi olmasıdır. Bu geciktirici (taliki) şartlardan birincisi; satıcının (önalım yükümlüsünün) sözleşme konusu şeyi bir başka kişiye satmasıdır. Diğer şart ise, bu satışı öğrenen önalım hakkı sahibinin, söz konusu malı öncelikle satın alma yolundaki iradesini bildirmiş (önalım hakkını kullanmış) olmasıdır. Ancak bu şartlar gerçekleşirse, geciktirici-çift bağlı olarak akdedilmiş olan satım sözleşmesi (önalım anlaşması) yükümlü satıcı ve

¹⁵² Buz, **a.g.e.**, s.151

¹⁵³ Bkz. Köylüoğlu, **a.g.e.**, s.21, **d.n.73**

¹⁵⁴ Şıpka, **a.g.e.**, s. 24; Buz, **a.g.e.**, s.152; Demirbaş, **a.g.e.**, s.58.

¹⁵⁵ Yücel, **a.g.e.**, s.8, d.n. 32'den naklen

önalım hakkı sahibi arasında bir borç ilişkisi doğurur. Bu anlamda önalım hakkının, kullanılması şarta bağlı bir iştir (alım) hakkı olduğu ileri sürülmüştür¹⁵⁶.

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 eleştirilmiştir¹⁵⁷.

Bir diğer eleştiri ise, buradaki her iki şartın, iradi şart olduğu ve iradi şartın hukuki bir değerinin bulunmadığı yönündedir¹⁵⁸. Zira öğretilde şart, hukuki işlemin etkisinin meydana gelmesi, sona ermesi veya devam etmesi için taraf iradesinin gelecekte gerçekleşmesi şüpheli bir olaya tabi tutulması olarak tanımlanmaktadır. Hâlbuki bu teoride önalım sözleşmesinde yer alan şartlar olduğu savunulan “*önalım olayının meydana gelmesi*” ve “*önalım hakkının kullanılması*” hususlarının taraf iradelerine tabi tutulduğu görülmektedir¹⁵⁹.

Görüşe karşı, şarta bağlı satım sözleşmelerinde, borçlunun şart gerçekleşinceye kadar borcun gereği gibi yerine getirilmesine engel olan her çeşit tasarruftan kaçınması gerektiği (818 sayılı BK m.150/I)¹⁶⁰, fakat önalım sözleşmesine konu malın malikinin istediği tasarrufta bulunabileceği ileri sürülmüştür¹⁶¹.

Yine, şarta bağlı satım sözleşmelerinin resmi şekilde yapılması gerektiği, fakat önalım sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılmasının yeterli olduğu gerekçeleri ile eleştirilmiştir¹⁶².

Görüş, yasal önalım hakkını ve vasiyetname yoluyla kurulan önalım hakkını açıklayamamaktadır¹⁶³.

¹⁵⁶ Tekinay, Takyitler, s.17, dn.2.

¹⁵⁷ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.12-13.

¹⁵⁸ Feyzioğlu, **a.e.**, s.12; Kırca, **a.g.e.**, s.1181, dn.14.

¹⁵⁹ Feyzioğlu, **a.e.**, s.12; Sebük, **a.g.e.**, s.33.

¹⁶⁰ Belirtmek gerekir ki, aynı kanun maddesi 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 171. maddesinde de sadeleştirilmek sureti ile aynen muhafaza edilmiştir.

¹⁶¹ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.13; Tandoğan, **a.g.e.**, s.276.

¹⁶² Feyzioğlu, **a.e.**, s.12; Kırca, **a.g.e.**, s.1182.

¹⁶³ Yücel, **a.g.e.**, s.10

Tekinay, 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 belirtmektedir¹⁶⁴.

1.6.4 Yenilik Doğuran Hak Teorisi

Bir hukuki yetkiye dayanarak, bir kimsenin varması gerekli tek taraflı irade beyanıyla yeni bir hukuki durum yaratmasına imkân veren haklar, yenilik doğuran haklardır¹⁶⁵.

Hukuk düzeninde yer alan diğer hakların etkisini göstermesi kural olarak tarafların iradelerinin uyuşmasını bağıdır. Yenilik doğuran hakların kurucu, bozucu ve değiştirici etkisini doğurması kural olarak diğer tarafın iradesine bağlı kılınmamıştır. Bu yüzden yenilik doğuran haklar hak sahibine olağanüstü güç ve yetki vermektedir¹⁶⁶.

Bugün doktrin ve uygulamada oybirliği ile kabul edilen görüş önalım hakkının yenilik doğuran bir hak olduğu şeklindedir¹⁶⁷.

Yenilik doğuran haklar yöneldikleri sonuca göre; kurucu, bozucu, değiştirici yenilik doğuran haklar olmak üzere ayrılırlar. Kurucu yenilik doğuran haklar, kullanılmaları ile mevcut hukuki ilişkiyi değiştiren, yeni bir hukuki ilişki kuran haklardır. Bu haklara öğretilde yeni bir hukuki durum yarattığı için '*olumlu yenilik*

¹⁶⁴ Tekinay, **a.g.e.**, s.17,dn.2.

¹⁶⁵ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.58.

¹⁶⁶ **Şıpka**, a.g.e, s.28; Vedat Buz, **a.g.e.**, s.183; Mustafa Dural /Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2012, s.137.

¹⁶⁷ Bkz. Tekinay, **Takyitler**, s.17; Özenli, **a.g.e.**, s.16; M. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.18; Prof. Dr. Aydın Zevkliiler, Prof. Dr. Şeref Ertaş, Prof. Dr. Ayşe Havutçu, Doç. Dr. Murat Aydoğdu, Yard. Doç. Dr. Emre Cumalıoğlu, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri**, Barış Yayınları, İzmir, 2013, s.74; Tandoğan,**a.g.e.**, s.273; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.19; Sebük, **a.g.e.**, s.36; Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.**, s.611; Tunaboğlu, **a.g.e.**, s.20-21; Jale Akipek/ Turgut Akıntürk, **Türk Eşya Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2009, s.553; YİBK 20.06.1951 T. E:13, K:5 (RG, 7950); YİBK 16.05.1951 T. E:1949/6-19. K:3 (RG, 7888).

doğuran haklar' da denilmektedir¹⁶⁸. Önalım hakkı kurucu yenilik doğuran haklara örnek olarak gösterilebilir. Çünkü önalım hakkı sahibi tek taraflı irade açıklamasıyla, karşı tarafın rızasına gerek kalmadan, yeni bir hukuki ilişki kurma, değiştirme veya mevcut hukuki ilişkiyi sona erdirmeye hakkına sahiptir. Şöyle ki, önalım hakkı sahibi, hak doğduğunda (üçüncü kişiye satım gerçekleştiğinde) eğer isterse bu hakkını kullandığını karşı tarafa (önalım yükümlüsü muhataba) bildirerek, önceki satışın aynı şartları ile “*yeni bir satış ilişkisi*” kurar.

Önalım hakkının çeşitleri olan sözleşmeden doğan önalım hakkı ve yasal önalım hakkının da hukuki niteliğini açıklayabilmesi bakımından, çoğunluğa uyarak, yenilik doğuran hak teorisinin, önalım hakkının hukuki niteliğini en iyi şekilde açıklayan teori olduğunu söylememiz mümkündür.

1.7 ÖNALIM HAKKININ BENZER HAKLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

1.7.1 Alım Hakkı (İştira)

Alım hakkı, hak sahibine tek taraflı bir beyan ile taşınmazın alıcısı olabilme yetkisi veren yenilik doğuran bir haktır¹⁶⁹. Alım hakkının konusu genellikle bir taşınmazdır; ancak alım hakkının konusunu taşınır da oluşturabilir¹⁷⁰.

Bu hakkın tek taraflı irade beyanıyla kurulması sonucu muhatap ile alım hakkı sahibi arasında bir satım ilişkisi doğmakta ve böylece muhatap mülkiyetin devrini borçlanmakta, hak sahibi de sözleşmede belirlenen bedeli ödeme borcu altına girmektedir¹⁷¹.

Alım hakkının tanınmasında çeşitli amaçlarla hareket edilebilir: Alım hakkı, hakkın konusu olan malı edinmek isteyen fakat özel bir sebeple onu derhal iktisap edemeyecek durumda olan kişi lehine tanınabilir veya hakkın konusu olan malın

¹⁶⁸ Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, 2. Bası, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2007, s.48.

¹⁶⁹ Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, **a.g.e.**, s.420; Demirtabak, **a.g.e.**, s.25; Ertaş, **a.g.e.**, s.374.

¹⁷⁰ Tandoğan, **a.g.e.**, s.278; Demirtabak, **a.g.e.**, s.25; Avni Olcay, **a.g.e.**, s.348.

¹⁷¹ Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, **a.g.e.**, s.419; Ertaş, **a.g.e.**, s.374.

istenilmeyen bir kişinin eline geçmesini önlemek gibi bir amaçla alım hakkı kurulabilir¹⁷².

Bazen, taşınmaz malikinin belli bir yapma veya yapmama borcuna uymasını sağlamak amacıyla da, uymama halinde kullanılma şartıyla alacaklı lehine alım hakkı tanınabilir¹⁷³.

Bu hak, hak sahibinin sözleşmede kararlaştırılan bedelle hak konusuna malik olmasını sağlamakta, bedeli sonradan yükseltilmesi halinde hak sahibi kâr elde etmektedir¹⁷⁴.

Alım hakkı, taşınmazlar bakımından şekil, süre ve devir açısından Borçlar Kanunu 237. maddede, mülkiyetin devir hakkı kısıtlamaları açısından Medenî Kanun'un 736. maddede ve şerhin etkisi açısından Medenî Kanun'un 1009. maddede düzenlenmiştir.

Borçlar Kanunu'nun 237. maddesindeki düzenlemeye göre, alım sözleşmelerinin resmi şekilde yapılması bir zorunluluk iken, önalım sözleşmelerinin geçerliliğinde ise resmi şekil şartı yoktur. Önalım sözleşmeleri, yazılı şekilde yapılmaları halinde geçerlidirler. Alım sözleşmesinin tapu memurundan başka (Tapu Kanunu'nun 26. maddesi), noterlerce de düzenlenebileceği kabul edilmektedir¹⁷⁵.

Yine, Borçlar Kanunu'nun 238. maddesinde, taşınmazlar üzerindeki önalım ve alım haklarının en çok on yıllık süre ile için kararlaştırılabileceğini ve bu süre ile şerh edilebileceklerini düzenlemiştir. Sözleşmeden doğan alım ve önalım hakları, bir taşınmaza ilişkin olduklarında, eğer tapuya şerh verilmezler ise, sonradan o taşınmazı devralan iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemezler. Tapu siciline şerh verilmemiş ise; alım hakkı sadece sözleşmenin tarafları arasında ileri sürülebilir.

¹⁷² Cevdet Yavuz, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 12. Bası, İstanbul, 2013, s.126; Tandoğan, **a.g.e.**, s.277.

¹⁷³ Yavuz, **a.g.e.**, s.190; Tandoğan, **a.g.e.**, s.277.

¹⁷⁴ Sebük, **a.g.e.**, s.29.

¹⁷⁵ Ertaş, **a.g.e.**, s.374.

Medeni Kanunda ise, önalım hakkının kullanılması üç aylık ve iki yıllık sürelerle tabi tutulurken, alım hakkının herhangi bir süre ile sınırlandırılmadığı görülmektedir. Dolayısıyla bu iki hak arasında şekil ve süre yönünden bir takım farklılıklar bulunmaktadır. Bununla birlikte, Medeni Kanun 734. maddede önalım hakkının kullanılmasını alıcıya karşı dava açılması şartına tabi tutar iken, alım hakkına ilişkin olarak 736. maddede böyle bir şart öngörmemiştir.

Önalım hakkı gibi alım hakkı da kurucu yenilik doğuran haklardandır. Ancak önalım hakkından farklı olarak, alım hakkının içinde yer aldıkları temel ilişkinin meydana gelmesini sağlayan hukukî bağın kurulmasından sonra bu hakkın doğmasında artık borçlunun hiçbir yetkisi olamaz¹⁷⁶. Bir başka deyiş ile önalım hakkının hak sahibi tarafından borçluya ileri sürmesinde, borçlunun önalım konusu malı 3. kişiye satma şartı gibi bir şart olmadığından, alım hakkı sahibi başkasının iradesine ve herhangi bir şarta bağlı kalmaksızın, dilediği zaman hakkını kullanmaktadır¹⁷⁷. Tek taraflı olarak böyle bir hakkın sahibinin taşınmazı alma arzusunu bildirmesi mülkiyet hakkının alım ve geri alım hakkı sahibine geçmesini sağlayan hukukî durumu meydana getirir¹⁷⁸.

Bir diğer farklılık olarak da, alım hakkın da bedelin önceden belirli veya belirlenebilir olmasına karşın, önalım hakkında bedelin, hakkın tesis edildiği anda tespit edilmesi zorunlu bir unsur değildir. Önceden de değinildiği üzere, önalım sözleşmesinde bedelin belirlenmesi ile nitelikli bir önalım sözleşmesinin varlığından söz edilecektir¹⁷⁹.

Bir benzerlik olarak da, Borçlar Kanunu'nun 239. maddesinde getirilen düzenleme ile aksine anlaşma olmadıkça sözleşmeden doğan önalım ve alım haklarının devredilemeyeceği, ancak miras yolu ile geçebileceği düzenlenmiştir. Geçmişte yenilik doğuran hakların devrinin mümkün olup olmadığı tartışmalı bir

¹⁷⁶ Olgaç, **a.g.e.**, İstanbul, 1978, s.261; Köylüoğlu, **a.g.e.**, s.48

¹⁷⁷ Küley, **a.g.e.**, s.13; Sebük, **a.g.e.**, s.29.

¹⁷⁸ Olgaç, **a.g.e.**, s.261.

¹⁷⁹ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.20.

konu idi: Bu düzenleme ile bu tartışmaya son verilmiş ve miras yoluyla intikal edebileceğinin açıklığa kavuşturulduğu savunulmuştur¹⁸⁰.

1.7.2 Geri Alım Hakkı (Vefa)

Hak sahibine sattığı malı tek taraflı irade beyanı ile geri alabilme imkânı tanıyan hak, geri alım hakkı olarak adlandırılmıştır. (MK. md.736, 1009)

Vefa hakkına genellikle de bir borcu temin etmek amacıyla başvurulmakta olup, bu sayede istenilmeden elden çıkarılan bir şeyin geri alınması imkânını saklı tutulmaktadır¹⁸¹.

Malik rehin vermek yerine, malını borç aldığı kişiye devretmekte, borcunu ödeyebilecek duruma geldiğinde de vefa hakkını kullanarak malını geri almaktadır¹⁸². Ancak borç süresinde ödenmediği takdirde vefa hakkı ortadan kalkmakta ve borç veren vefa hakkı konusu mala malik olmaktadır¹⁸³.

Geri alım hakkının kullanılabilir hale gelmesi, önalım hakkındaki gibi bir önalım olayının gerçekleşmesine bağlı değildir. Geri alım ve alım hakkının kullanılması, hak sahibinin tek taraflı beyanı ile gerçekleşmekte iken; önalım hakkının kullanılması, önalım hakkı sahibinin bildirimden itibaren üç ay veya her halde satımda itibaren iki yıl içinde dava açması ile mümkündür¹⁸⁴.

Geri alım hakkını kuran sözleşmeye “*geri alım sözleşmesi*” denir. Bu sözleşme resmi şekle tabidir (BK. md.237). Daha önce de belirtildiği gibi, kanunda önalım sözleşmesinden farklı olarak, geri alım ve alım sözleşmelerinin resmi şekilde yapılacağı belirtilmiştir.

¹⁸⁰ Kürşad Yağcı, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Yenilikler ve Değişiklikler**, Rehber Yayınları, İstanbul, 2012-40, s.286.

¹⁸¹ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.25; Özge Akan, **Geri Alım Vaadi ile Satım (REPO) Sözleşmesi**, Ankara 2006, s.89. (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

¹⁸² Ertaş, **a.g.e.**, s.375.

¹⁸³ Ertaş’a göre, “*Bu yönüyle geri alım hakkı, TMK.863. maddesinin borç ödenmediği takdirde, taşınmaz mülkiyetinin ipotekli alacaklıya ait olmasını yasaklayan hükmüne, kanuna karşı hile teşkil edebilir. Ancak, kanun koyucu tarafından özel olarak müsaade edildiği için, hukuka uygun bulunmaktadır.*”

¹⁸⁴ Demirtabak, **a.g.e.**, s.27.

Bunun dışında, alım hakkının önalım hakkındaki farklılıklarında olduğu gibi, geri alım hakkı da önalım hakkından, özellikle geri alım bedelinin sözleşme ile belirlenmesinin zorunlu olması, geri alım hakkının kullanılabilmesi için malın üçüncü kişiye satılmasının zorunlu olmaması, hakkın kullanılabilmesi için dava açma şartının bulunmaması gibi noktalarda ayrılmaktadır.

Öte yandan, önalım hakkında da olduğu gibi, tapu siciline yapılacak şerh ile en çok on yıllığına kararlaştırılabilmesi ve şerh edilebilmesi, B.K madde 239'da düzenlendiği gibi, miras yolu ile devredilebilmesi gibi noktalarda ise benzerlik taşımaktadır.

Yargıtay vermiş olduğu bir kararında,¹⁸⁵ vefa akdinin kanıtlanamaması halinde önalım hakkının kullanılabilmesine hükmetmiştir.

1.7.3 Opsiyon Hakkı

Sözcük karşılığı olarak serbestçe seçim (optio, freie wahl) anlamına gelen ve devletler hukuku kökenli olan opsiyon, medenî hukukta da önemli rol oynamaktadır¹⁸⁶.

Opsiyon hakkı, hak sahibinin, muhatabın iradesine bağımsız bir şekilde, tek taraflı irade beyanı ile muhataptan bir edimde bulunmasını talep etme hakkını tanıyan bir haktır¹⁸⁷. Doktrinde Buz'a göre, opsiyon hakkı, önalım-geri alım ve alım haklarını da içerisinde barındıran daha geniş bir haktır¹⁸⁸. Bununla birlikte opsiyon hakkı daha geniş kavram olup; önalım, alım ve geri alım haklarından farklı yönleri de mevcuttur. Örneğin, opsiyon hakkının kullanılabilmesi için kural olarak bir başka ilişkinin gerçekleşmesi gerekmez. Oysa önalım hakkında, önalım hakkının kullanılabilmesi için hak konusu taşınmazın 3. kişiye satılması gerekir.

¹⁸⁵ Yargıtay 6. HD. 2004/1689 E. ve 2004/1788 K. sayılı 16.03.2004 tarihli kararı. Bkz. Olcay, **a.g.e.**, s.350.

¹⁸⁶ Buz, **a.g.e.**, s.161, Köylüoğlu, **a.g.e.**, s.50.

¹⁸⁷ İsmail Kırcı, **Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2000, s.187.

¹⁸⁸ Buz, **a.g.e.**, s.161. Köylüoğlu, **a.g.e.**, s.50.

Opsiyon hakkıyla hak sahibi tek taraflı irade beyanıyla opsiyon sözleşmesinde kendisine tanınmış olan bir sözleşmeyi kurma veya bazı şartlarını değiştirme imkânını elde eder. Örneğin, kira veya futbolcu transfer sözleşmelerinde uzatma opsiyon (hakkı) böyledir. Bu bakımdan, opsiyon hakkı, diğer haklara nazaran kurucu yenilik doğuran bir hak olmasının yanında değiştirici yenilik doğuran hak özelliğini de içerisinde barındırmaktadır. Zira mevcut sözleşmenin aynî şartlarla uzatılmasına ilişkin bir opsiyon hakkının tanınması ile buradaki opsiyon hakkı bir uzatma opsiyonu olarak karşımıza çıktığından, opsiyon hakkı değiştirici yenilik doğuran hak niteliğinde olacaktır.

Opsiyon hakkı ile önalım hakkı arasındaki ayrım noktalarından bir diğerini de bedel oluşturmaktadır. Opsiyon hakkı, genellikle prim adı verilen bir bedelin ödenmesi karşılığında tanınmaktadır¹⁸⁹. Önalım hakkı sahibi, hakkı kullandıktan sonra meydana gelen satım sözleşmesinden doğan borcunu ifa etmek için bir bedel öder¹⁹⁰. Opsiyon hakkındaki hak sahibinin ödeyeceği bedel, opsiyon sözleşmesinde önceden tespit edilmekte iken, önalım hakkı için bu husus ancak nitelikli önalım sözleşmesinin varlığı halinde söz konusu olmaktadır¹⁹¹.

Yine, alım ve geri alım sözleşmelerindeki farklılıklarda bahsedildiği gibi, opsiyon hakkının da kullanılması, önalım hakkının kullanılmasından farklı olarak *“hak konusunun üçüncü kişiye satımı”* gibi bir şarta bağlı olmaksızın kullanılacaktır¹⁹².

Opsiyon hakkının taşınmazlar için tapuya şerh edilmesine ilişkin özel bir düzenleme şu an için mevzuatımızda bulunmamaktadır. Ancak, bir görüşe göre, opsiyon hakkının adi veya hasılat kirası içinde tanınması halinde, bu kira sözleşmelerinin nispi bir hak olarak tapuya şerh edilmesi ile opsiyon hakkı da 3. kişilere karşı ileri sürülme fonksiyonunu elde edecektir¹⁹³.

¹⁸⁹ Ancak yasal önalım hakkının hak sahibine tanınması kanundan geldiğinden bir bedel ödenmesi gerekli değildir.

¹⁹⁰ Buz, **a.g.e.**, s.163.

¹⁹¹ Yücel, **a.g.e.**, s.18.

¹⁹² Yücel, **a.e.**, s.18. d.n.91’den naklen.

¹⁹³ Yücel, **a.e.**, s.18.

1.7.4 Ön Sözleşme

Taraflardan birinin veya her ikisinin yaptıkları bir sözleşme ile ileride birbirleriyle ya da üçüncü bir kişiyle borç sözleşmesi yapmayı taahhüt etmesine ön sözleşme denir¹⁹⁴. Ön sözleşme, Borçlar Kanunu'nun 29. maddesinde düzenlenmiştir.

Ön sözleşme, niteliği itibariyle bir borç sözleşmesidir. Taraflar arasında alacak ve borç ilişkisi kurar. Ön sözleşmede ileride yapılması vaat edilen borç sözleşmesine “*asıl sözleşme*” denir.

Ön sözleşmenin karakteristik özelliği, borçlandırıcı edim yükümlülüğünün, sözleşme akdetme yükümlülüğü şeklinde ortaya çıkmasıdır¹⁹⁵.

Önalım sözleşmesi, ön sözleşmeden farklı olarak, akit yapma yükümlülüğü getirmemektedir. Zira önalım hakkı sahibi bu hakkını, muhatabın devreye girmesine gerek olmaksızın kullanarak hukuki sonucun doğmasını sağlar. Önalım sözleşmesi, mülkiyet hakkının devrinin hukuki sebebinin oluşturmakta ve mülkiyet hakkı, hak sahibinin yenilik doğuran irade açıklamasında bulunmasıyla hak sahibine geçmektedir. Oysa ön sözleşmenin akdedilmesi ile ileride bir ana sözleşme akdetme yükümlülüğü doğmakta, ön sözleşmenin ifası ile ana sözleşme meydana gelmekte ve ana sözleşme, ana edimin hukuki sebebinin oluşturmaktadır¹⁹⁶.

Bir başka deyiş ile önalımda hak sahibinin hakkını kullanması ile doğrudan bir satım ilişkisi içine girilirken, ön sözleşmede satım ilişkisi için bir aşama olan taraf iradelerinin uyuşarak bir satım sözleşmesinin vuku bulması beklenmektedir.

Son olarak, önalım hakkına benzeyen diğer müesseseler olan ön trampa ya da ön kiralama hakkı gibi haklar, şerhin sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesi gereği şerh edilemeyip sadece kişisel hak mertebesinde, taraflar arasında geçerli bir sözleşme şeklinde olabilir¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Demirtabak, **a.g.e.**, s.28. d.n.122 deki yazarlar.

¹⁹⁵ Gül Doğan, **Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi)**, İstanbul, 2004, s.20. (Yayımlanmamış Tez).

¹⁹⁶ Doğan, **a.e.**, s.62.

¹⁹⁷ Meier-Hayoz, Art. 681, N.137-139; Aydoğdu, **a.g.e.**, s.7.

İKİNCİ BÖLÜM

2. SÖZLEŞMEDEN DOĞAN ÖNALIM HAKKI ve KULLANILMASI

2.1 GENEL OLARAK

Sözleşmeden doğan önalım hakkı, daha önce de belirtildiği üzere, Medeni Kanun'un "*Devir hakkının kısıtlamaları*" başlığı altında "*Yasal Önalım Hakkı*"na ilişkin maddelerin ardından 735. maddesinde yer almaktadır. Belirtmek gerekir ki, mülga Medeni Kanun'da, bu önalım hakkı, Medeni Kanun'un Eşya Hukuku bölümünde "*Mülkiyet Hakkının Takyitleri*" başlığı altında ve kanuni önalım hakkından önce düzenlenmişti. Doğuş yolları ve amaçları birbirinden farklı olan bu iki önalım hakkının böyle ardı ardına düzenlenmesi, olumlu ve olumsuz görüşlere yol açmıştı¹⁹⁸.

Sözleşmeden doğan önalım hakkının, bir Borçlar Hukuku kurumu olarak "*Satımının Şekilleri*" adı altında ya da şerh etkisi bakımından "*Tapu Sicili*" alanında düzenlenmesi gerektiği de savunulmuştur¹⁹⁹. Kaynağının bir sözleşme olması nedeniyle sözleşmeden doğan önalım hakkının Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olması gerekirdi²⁰⁰.

Bu doğrultuda, 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'na bakıldığında, eleştirilere de hak verir biçimde, kanunun içerisinde sadece tek bir maddede (md.213'te) sözleşmeden doğan önalım hakkının kaynağı olan sözleşmeyi şekil açısından inceleyen bir düzenleme barındırdığını görmekteyiz.

Öğretide, Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemesi sebebi ile eleştirilere maruz kalan sözleşmeden doğan önalım hakkı, nihayet, 1 Temmuz 2012 tarihi itibari ile

¹⁹⁸ Şıpka, **a.g.e.**, s.6. d.n.23'deki yazarlar.

¹⁹⁹ Şıpka, **a.g.e.**, s.6. d.n.25'teki yazarlar.

²⁰⁰ Kırca, **a.g.e.**, s.1185.

yürürlüğe giren 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun “ *Taşınmaz Satışı ve Satış İlişkisi Doğuran Haklar*” başlığı altında 237 ila 242. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu değişikliğin gerekçesi ise, hukuki işlem ile yapılan devir kısıtlamalarının borçlandırıcı işlem niteliğinde bulunması ve borçlandırıcı işlemlerin düzenleme yerinin Borçlar Kanunu olmasıdır²⁰¹.

Böylelikle, sözleşmeden doğan önalım hakkı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunumuz ile 6098 sayılı Borçlar Kanunumuzun mehzaz İsviçre kanunlarına paralel olarak güncellenmesi neticesinde yeni maddeleri ile ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir²⁰².

Sözleşmeden doğan önalım hakkı ile ilgili kanun hükümlerinin sistematik olarak değiştiği konular:

- TBK 237 hükmü önalım hakkının şekline,
- TBK 238 hükmü önalım hakkının süresi ve şerhine,
- TBK 239 hükmü önalım hakkının devredilmesi ve miras yoluyla geçmesine ilişkin bilgilere,
- TBK 240 hükmü önalım hakkının ileri sürülmesine,
- TBK 241 hükmü önalım hakkının koşulları ve hükümlerine,
- TMK 735 hükmü önalım hakkının şerhine ve yasal önalım hakkına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasına yöneliktir²⁰³.

2.2 SÖZLEŞMEDEN DOĞAN ÖNALIM HAKKININ KAYNAĞI

Kişiyi, bir eşya üzerinde en geniş yetkileri tanıyan bir hak olarak mülkiyet hakkı, hak sahibine söz konusu eşyadan yararlanma, kullanma ve tasarruf etme yetkilerini vermektedir²⁰⁴.

²⁰¹ Vito, Roberto, **Teilrevision des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechts**, Recht, Bern, 1993, s.175; (Kırca, **a.g.e.**, s.1186, d.n.32 ve 33'den naklen); Kutlu, **a.g.e.**, s.15.

²⁰² İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nda 4 Ekim 1991 tarihinde yapılan değişiklikler ile sözleşmeden doğan önalım hakkına ilişkin hükümler Medeni Kanundan çıkartılmış; konu Borçlar Kanunu'nun taşınmaz satımına ilişkin hükümleri arasında düzenlenmiştir (OR. Art. 216a-216e).

²⁰³ Murat Aydoğdu, **Yasadan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı**, Adalet Yayınevi, Nisan 2013, s.12.

Türk Hukuk Sistemi'nde Anayasamızın 35. maddesi ile Türk Medeni Kanunu'nun 731. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, mülkiyet hakkına getirilen kısıtlamalar kanundan doğan kısıtlamalar ve hukuki işlemde doğan kısıtlamalar, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan kısıtlamalar, doğrudan ve dolaylı kısıtlamalar olmak üzere çeşitli gruplara ayrılabilir²⁰⁵.

Belirtmek gerekir ki, sözleşmeden doğan önalım hakkı, borçlandırııcı işlem niteliğinde bir hukuki işlemle yapılan devir kısıtlamasıdır²⁰⁶. Zira Türk – İsviçre Hukuku'nda, eski hukuklarda yer almayan²⁰⁷ yeni bir hukukî müessese olarak düzenlenmiş bulunan bu önalım hakkının kaynağı Borçlar Hukuku anlamında bir önalım sözleşmesidir²⁰⁸. Dolayısıyla, sözleşmeden doğan önalım hakkı, mal sahibi (muhatap) ile hak lehtarı arasında yapılan bir sözleşme ile varlığını bulan, kaynağını da bu sözleşmeden alan, özel hukuk karakterli, mal sahibinin malını ileride bir üçüncü kişiye satması halinde devir yetkisini kısıtlayan bir hak olduğunu söylememiz mümkündür.

Sözleşmeden doğan önalım hakkında taraf iradeleri ile yapılan bir sınırlama olduğundan, eğer bu hak tapuya şerh edilmemiş ise, hukuki dayanak “sözleşmedir”. Öte yandan, bu hak, tapuya şerh verilmiş ise burada artık şerhe dayanan bir mülkiyet sınırlaması vardır²⁰⁹.

2.3 ÖNALIM SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 237 vd. maddelerinde 818 sayılı kanuna göre daha detaylı düzenleme alanı bulan sözleşmeden doğan önalım hakkının kaynağını teşkil eden sözleşmeye ilişkin özel bir tanıma yer verilmemiştir.

²⁰⁴ Erkan, **a.g.e.**, s.19, d.n.68'deki yazarlar.

²⁰⁵ Erkan, **a.g.e.**, s.21, d.n.75'teki yazarlar.

²⁰⁶ Gümüş, **a.g.e.**, s.142, d.n.118; Kırca, **a.g.e.**, s.1186. Kutlu, **a.g.e.**, s.15.

²⁰⁷ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.77.

²⁰⁸ Şipka, **a.g.e.**, s.5.

²⁰⁹ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.18.

Doktrinde bazı yazarlarca, önalım sözleşmesini satım sözleşmesinin özel bir türü olarak nitelendirilirken²¹⁰, bazı yazarlar da bu önalım sözleşmesini, sui generis sözleşme (kendine özgü yapısı olan sözleşme) olarak nitelendirmektedirler²¹¹.

Yine çoğunlukla kabul gören bir tanıma göre, önalım sözleşmesini, malikin bir kişiye önalım hakkı tanımak amacı ile gerçekleştirdiği sözleşme olarak ifade etmek mümkündür²¹². Burada önalım sözleşmesi ile malik hakkın konusu olan şeyi üçüncü bir kişiye sattığında, sözleşmenin diğer yanı olan hak sahibine, önalım hakkının konusunu oluşturan şeyin mülkiyetini aynı bedel ile veya bu sözleşme ile kararlaştırılan bedel ile talep etme, yani o şeyin alıcısı olma yetkisini tanımaktadır²¹³. Bu satım ilişkisi kapsamında malikin satım konusu üzerinde mülkiyeti sağlama, hak sahibinin ise bedeli ödeme borcu söz konusu olmaktadır²¹⁴.

Önalım sözleşmesi tarafların önalım hakkının tanınmasına dair olan irade beyanlarını içermeli ve bu hakkın hangi mala ilişkin olduğunu göstermelidir. Hakkın kullanılma şartları ve özellikle önalım hakkı sahibinin ödemesi gereken bedel sözleşmede belirtilmese de olur. Zira yukarıda içerik bakımından yaptığımız ayırmada da bahsedildiği üzere, sözleşmenin içeriğinde bedel belirtilmesi halinde nitelikli, belirtilmemesi halinde ise basit adi önalım sözleşmesinden bahsedilecektir.

Ayrıca, önalım sözleşmesi, salt önalım hakkının düzenlendiği bir sözleşme niteliğini taşıyabileceği gibi, herhangi bir sözleşme içerisine yerleştirilecek bir kayıt ile de ortaya çıkabilir²¹⁵. Zira Yargıtay 6. Hukuk Dairesi de vermiş olduğu 25.02.1985 tarihli, 1985/65 E. ve 1985/1969 K. sayılı bir kararında, “... *akti şufanın taraflar arasında yapılan kira sözleşmesine konulan özel şartla tanınması mümkün olup...*” ifadeleri ile de önalım sözleşmesinin, yanlar arasında yapılan kira

²¹⁰ Gürsoy / Eren / Cansel, **a.g.e.**, s.639.

²¹¹ Buz, **a.g.e.**, s.154.; Yücel, **a.g.e.**, s.33. d.n.157.

²¹² Oğuzman / Seliçi / Özdemir, s.416.; Yıldız, **a.g.e.**, s.13.; Yücel, **a.g.e.**, s.33. d.n.156.

²¹³ Yıldız, **a.g.e.**, s.5.; Köylüoğlu, **a.g.e.**, s.25.

²¹⁴ Yücel, **a.g.e.**, s.33. d.n.159.

²¹⁵ Yücel, **a.e.**, s.33.

sözleşmesine konulan özel koşulla yapılmasının mümkün olduğuna ilişkin görüş bildirmiştir²¹⁶.

Önalım sözleşmesinde önalım hakkı bir kişiye tanınabileceği, herhangi bir taşınmaz maliki lehine de tanınabilir. Bu hâlde, bu hak eşyaya bağlı bir hak haline getirilmiş demektir. Bu durumda lehine önalım hakkı tanınan taşınmazın, önalım hakkının kullanılma anındaki maliki, bu hakkı kullanabilir²¹⁷.

Eşyaya bağlı aynî hakkın, bağlı olduğu taşınmazdan ayrı olarak devredilmesi ve rehnedilmesi asla mümkün değildir. Ancak hakkın bağlanmış olduğu taşınmazın mülkiyetinin başkasına geçmesi, buna bağlı olan hakkı da yeni malike geçirir. Taşınmaz üzerindeki mülkiyetin sona ermesiyle de ona bağlı hak sona erer²¹⁸.

Kural olarak, yasadan doğan önalım hakkının paydaşlar arasındaki satımlarda uygulanması mümkün olmasa da paydaşlar kendi aralarında yapacakları bir önalım sözleşmesi ile aralarındaki satışlarda önalım hakkını kullanabilme olanağını getirebilirler. Bu hakların nasıl ve hangi esaslar içinde kullanacaklarını sözleşme ile kararlaştırabilirler²¹⁹.

Önalım sözleşmesi, uygulamada daha çok mal sahibi ile kiracısı veya iki ortaklaşa mirasçı arasında yapılmaktadır. Bununla birlikte, üçüncü bir şahıs lehine şart edilebileceği gibi, bir kaynak veya üst hakkı sahibi lehine de tesis olunabilir²²⁰.

Sözleşmeden doğan önalım hakkının devredilmesi ve miras yoluyla geçmesi mümkündür. Ancak TBK. md.239 kapsamında sözleşmeden doğan önalım hakkının, önalım sözleşmesinde devre ilişkin bir anlaşmanın varlığı halinde devrolunabileceği ifade edilmelidir. Kanuna göre, sözleşmeden doğan önalım hakkının bir başkasına

²¹⁶ Kararın tam metni için Bkz. Ekrem Yıldız, **a.g.e.**, s.18; (Ayrıca bkz. Kazancı, İçtihat Bilgi Bankası)

²¹⁷ Yıldız, **a.g.e.**, s.5.; Egemen Köylüoğlu, **a.g.e.**, s.26.; Hatemi / Aybay, **a.g.e.**, s.16.

²¹⁸ Oğuzman / Seliçi / Özdemir, **a.g.e.**, s.25; Sirmen, **a.g.e.**, s.36.

²¹⁹ Ekrem Yıldız, **a.g.e.**, s.14.

²²⁰ Cevat Gücün, **Nazarî ve Amelî Hukuk Davaları**, C.I, İstanbul, 1945, s.154-155.; Köylüoğlu, **a.g.e.**, s.26.

devredilebilmesi için önalım sözleşmesinde bunu sağlayan bir düzenlemenin bulunması koşul iken, miras yoluyla geçmesi için bu hususta açık bir düzenlemeye gerek yoktur. Diğer bir anlatımla sözleşmeden doğan önalım hakkı, mirasın açılması ile mirasçılara geçer²²¹.

Önalım hakkının devri; önalım hakkı sahibinin, bu hakkı devir alan üçüncü şahsın ve önalım borçlusunun aralarında yapacakları sözleşme ile olur. Önalım hakkı devir sözleşmelerinin yazılı olması gerekir²²².

Medenî Kanuna göre taraflar önalım hakkını, kullanılması tamamen sahibine bağlı bir hak olarak kabul edebilecekleri gibi, bu hakkın sahibine hakkı sınırlı veya sınırsız bir şekilde devretmek yetkisini tanımakta da serbesttirler. Bir taşınmaz üzerindeki önalım hakkı sahipliği, başka bir taşınmazın maliki veya diğer bir aynî hakkın sahibi bulunmaya bağlanmışsa, kişilerin şahsı hedef tutularak kurulan önalım haklarının tersine olarak bu gibi önalım hakları nitelikleri bakımından devri kabil haklardandır²²³.

Önalım sözleşmelerinin özellikleri, kuşkusuz bu başlık altındaki açıklamalar ile sınırlı olmamakla birlikte, bu kısımda özellikle bu tip sözleşmelerin karakteristik özellikleri anlatılmaya çalışılmıştır. Önalım sözleşmelerinin şekli, geçerliliği, tapuya şerhi ve önalım açısından benzerlik taşıyan işlemlere ilişkin kısımlar aşağıda ayrı başlıklar altında incelenecektir.

2.4 ÖNALIM SÖZLEŞMESİNİN KONUSU

Önalım hakkı, hak konusunun bir üçüncü kişiye satılması üzerine kullanılabilir. Dolayısıyla satım sözleşmesine konu olabilecek değerler önalım hakkının konusu olabilir²²⁴.

²²¹ Yıldız, **a.g.e.**, s.17.

²²² Olgaç, **a.g.e.**, s.217.

²²³ Olgaç, **a.e.**, s.217.

²²⁴ Kutlu, **a.g.e.**, s.29.

Taşınmaz eşya – taşınır eşya ayrımının esası, eşyanın bir yerden başka bir yere taşınıp taşınmaması olgusuna dayanır. Genellikle, özünde bir değişiklik olmadan bir yerden başka bir yere taşınabilen eşya, taşınır eşya; taşınamayan eşya ise taşınmaz eşyadır. Eşyanın yer değiştirebilmesi için insan gücüne ihtiyaç duyulup duyulmaması bu ayrım açısından önemli değildir. Bazı hallerde kanun, taşınır olan bir şeyi taşınmaz hükümlerine yahut tam tersine, aslında taşınmaz sayılabilecek bir eşyayı da taşınır hükümlerine bağlayabilir²²⁵. Fakat hukuk düzeni bu ayrımı yaparken eşyanın yalnız doğal yapısını değil, aynı zamanda ekonomik yapısını, karşıladığı ihtiyaçları da dikkate alır²²⁶.

Sözleşmeden doğan önalım hakkının konusunun taşınmazlar olduğu konusunda doktrinde herhangi bir görüş ayrılığı bulunmamakla birlikte, taşınırların da taşınmazlarla birlikte bu hakkın konusunu oluşturup oluşturmadıkları hususunda ise farklı iki görüş bulunmaktadır. Bu görüşlere ilerleyen kısımlarda değinilecektir.

2.4.1 Taşınmazlar

Taşınmaz eşya, özüne bir zarar verilmeksizin, bir yerden diğer bir yere taşınması kabil olmayan eşyalardır. Bunu EMK. 632. maddesi “ *taşınmaz mülkiyeti konusu duran şeylerdir*” diyerek ifadeye çalışmıştır. Yeni Medeni Kanun’da ise aynı konuyu düzenleyen 704. maddede hiçbir betimleme yapılmamıştır. Nelerin taşınmaz sayılacağı ise, TMK. 704 ve 998. (EMK 632 ve 911) maddelerde sayılmış bulunmaktadır²²⁷.

Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun önalım hakkına ilişkin hükümlerinden, taşınmazların gerek yasal önalım hakkının gerekse tez konumuzu oluşturan sözleşmeden doğan önalım hakkının konusu olabileceği açıktır.

²²⁵ Örneğin, nitelikçe taşınır olan gemiler, gemi siciline düşen kayıtlarla taşınmaz sayılmıştır. Gemi siciline kaydedilmemesi durumunda ise gemi, taşınır olarak kabul edilmektedir.

²²⁶ Meier-Hayoz, Syst.Teil, N.169.; Gürsoy / Eren / Cansel, s.28.; Sirmen, **a.g.e.**, s.13-14.; Sanem Aksoy Dursun, **Eşya Kavramı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.37.

²²⁷ Ertas, , **a.g.e.**,s.8

Medeni Kanun’da yasal ve sözleşmeden doğan önalım hakkının “*taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamaları*” başlığı altında düzenlenmesi bu hususu ortaya koymaktadır²²⁸.

Aynı şekilde, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun taşınmaz satımına ilişkin 213. maddesinde de önalım sözleşmesinin şekli düzenlenmişti. Bu maddenin yeni Borçlar Kanunu’ndaki karşılığı olan 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nun “*Taşınmaz Satışı ve Satış İlişkisi Doğuran Haklar*” başlıklı ayırımında yer alan “*Şekil*” başlıklı 237. maddesinde de hak konusunun taşınmaz olduğu belirtilmiştir.

Yine Borçlar Kanunu’nun “*Satış İlişkisi Doğuran Haklar*” altında düzenlenen 238. maddesinde de önalım hakkının en çok on yıllık süre için kararlaştırılabileceği ve kanunlarda belirlenen süreyle tapu siciline şerh edilebileceğini düzenlenmiştir. Dolayısıyla madde içerisinde yer alan özellikle “*tapu siciline şerh*” ibaresinden, bu önalım hakkının tapuya şerh edilebilmesi için hakkın konusunun taşınmaz mal olması gerektiği hususunu yorum yolu ile çıkarmamız mümkündür.

Yine aynı şekilde, 240. maddenin ilk fıkrasına bakıldığında, burada açık bir ifade ile önalım hakkının, taşınmaz satışı ya da ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her türlü işlemin yapılması hallerinde kullanılabileceği düzenlenmiştir. İkinci fıkra da “*Taşınmazın mirasçılardan birine özgülenmesi, cebri artırma yolu ile satışı ve kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi vb. amaçlarla edinilmesi*” ifadelerinden bu hukuki işlemlere konu olan malın açıkça taşınmaz mal olduğunda bir duraksama yoktur.

Yine, 241. maddenin 3. fıkrasında da “*Önalım hakkını kuran sözleşmede aksi öngörülmemişse, önalım hakkı sahibi taşınmazı, satıcının üçüncü kişiyle kararlaştırdığı satışa ilişkin koşullarla kazanır.*” İfadesi ile açıkça önalım sözleşmesinin konusunun taşınmaz mal olduğu ifade edilmiştir.

Son olarak, 242. maddede ise sözleşmeden doğan önalım hakkı sahibinin, hakkını kullanması bakımından tapuya şerh edilip edilmemesine göre iki farklı yola

²²⁸ Yücel, a.g.e.,s.34.

başvurabileceği düzenlenmiştir. Tapuya şerh edilebilecek mal elbette taşınmaz mal olacaktır. Bu itibarla, yeni Borçlar Kanunu'nda da önalım hakkının konusunun açıkça taşınmazlar olduğu hususunda bir çelişkinin mevcut olmadığını söylememiz mümkündür.

Yeri gelmişken, gerek Medeni Kanun'da gerekse Borçlar Kanunu'ndaki maddelerde yer alan “*taşınmaz*” ifadesinden taşınmaz mülkiyetinin konusunun neler olacağının Medeni Kanun'un 704. maddesinde düzenlendiğini ifade etmek gerekir. Bu hüküm uyarınca araziler, tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilmiş bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler taşınmaz mülkiyetinin konusunu oluşturur.

Toprak parçası, bir sınırlama ile belirli bir mal niteliği kazanır; kadastro yapılmış yerlerde bu sınırı kadastro planı, kadastro yapılmamış fakat zabıt defterine kaydedilmiş taşınmazlarda ise fen memurları veya mühendisleri tarafından yapılmış olan haritalar göstermektedir²²⁹. Bu şekilde sınırları tespit edilerek tapu siciline arazi olarak kayıt edilen taşınmaz, sözleşmeden doğan önalım hakkının konusu olabilir.

Doktrinde arazi üzerindeki eklentilerin sözleşmeden doğan önalım hakkına konu edilmesi yönünde bazı görüşler de mevcuttur²³⁰. Eklenti, Medeni Kanun'un 686. maddesinde yer verilen tanıma göre, “*Asıl şey malikinin anlaşılabilen arzusuna veya yerel âdetlere göre, işletilmesi, korunması veya yarar sağlaması için asıl şeye sürekli olarak özgülünen ve kullanılmasında birleştirme, takma veya başka bir biçimde asıl şeye bağlı kılınan taşınır maldır.*”

Yine aynı maddenin ilk fıkrasında da “*Bir şeye ilişkin tasarruflar, aksi belirtilmedikçe onun eklentisini de kapsar.*” hükmüne yer verilmiştir.

Burada tartışılması gereken husus, sözleşmeden doğan önalım hakkına konu bir arazi üzerindeki eklentinin, önalım hakkının konusuna dâhil edilip edilemeyeceğidir. Örneğin, TMK md.728'de, başkasının arazisi üzerinde kalıcı

²²⁹ Oğuzman / Seliçi / Özdemir, **a.g.e.**, s.416 .

²³⁰ Oğuzman / Seliçi / Özdemir, **a.e.**, s.416; Sanem Aksoy Dursun, **a.g.e.**, s.38.

olması amaçlanmaksızın inşa edilen kulübe, baraka, büfe, çardak benzeri hafif yapıların taşınır mal hükümlerine tabi olacağı belirtilmiştir²³¹. Doktrinde bu hususa cevap olarak, tarafların eklentiyi asıl şeye yani araziye ait tasarrufun kapsamı dışında tutmadıkları sürece, asıl şeyle eklentinin de önalım hakkının konusuna dâhil olduğunun düşünülebileceği görüşüne yer verilmiştir²³².

Böylelikle önalım sözleşmesinin kapsamında nelerin olduğunun önceden belirlenip bu sözleşmenin de Medeni Kanun uyarınca tapuya şerh edilmesi halinde, önalım hakkının kapsamını da sözleşme ile belirlenen şartlar dâhilinde tayin edilecek ve sözleşmede yer alan eklentiler de taşınır olmalarına rağmen arazi ile birlikte önalım hakkına konu olacaklardır.

Önalım hakkının kapsamındaki ürün veya eklentinin, önalım yükümlüsü satıcı tarafından önalım konusu taşınmaz hariç tutularak ayrı satılmasını gibi bir ihtimal halinde ise, önalım hakkı sahibi satılan taşınır niteliğindeki eklenti veya ürün olduğundan ve önalım hakkının asıl konusu satış kapsamından bulunmadığından önalım hakkı kullanamaz²³³.

Tapu kütüğünde bağımsız sayfa açılan haklar, devir ve intikal kabiliyeti olan kişiye bağlı (kişisel) irtifak haklarıdır²³⁴.

Bir kişiye başkasına ait arazideki yapının maliki olma yetkisini veren kişiye bağlı irtifaklardan üst hakkı (MK. md.726 - 826) ve bir kişiye başkasının arazisindeki kaynağın sularını almak ve kendi arazisine akıtmak yetkisini veren kaynak irtifakı (MK. md.837) aksi kararlaştırılmış olmadıkça bağımsız niteliktedir. Süreklilik koşulunun gerçekleşmesi için bu haklar, süresiz veya en az otuz yıl süreli olarak kurulmalıdır (MK. md.998; TST md.10). Bağımsız nitelikteki irtifak haklarının taşınmaz mülkiyetinin konusu olabilmesi için bir de süreklilik koşulunun sağlanması

²³¹ Ayrıntılı bilgi için Bkz.Sanem Aksoy Dursun, **a.g.e.**, s.38.

²³² Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.18.

²³³ Yıldız, **a.g.e.**, s.22. Ayrıca yazar, satılan ürün veya eklenti ister önalım yükümlüsü satıcı, isterse alıcı tarafından önalım davasından önce veya dava sırasında veya davanın kabulüne karar verildikten sonra satılmış olsun önalım hakkı sahibi, bunlara karşı haksız zenginleşme nedeniyle tazminat davası açabilir. Hatta yazara göre, alıcıya karşı açacağı önalım davasında ayrıca talep edilmiş olması koşuluyla depo miktarından da indirilmesini isteyebilir.

²³⁴ Oğuzman / Seliçi / Özdemir, **a.g.e.**, s.141.

gerekmektedir. Buna göre, süreklilik koşulunu sağlayan ve kural olarak bağımsız nitelikte olan üst hakkı, kaynak hakkı tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilebilir.

Yukarıdaki “*Üst Hakkından Doğan Önalım Hakkı*” kısmında değinildiği üzere²³⁵, Medeni Kanun’da 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 olacaktır. Ancak üst hakkının sözleşmeden doğan önalım hakkının konusu olarak belirlenmesine herhangi bir engel yoktur. Zira satım sözleşmesine konu olabilecek her şey, sözleşme serbestisi ilkesi gereğince sözleşmeden doğan önalım hakkının konusu olabilir.

Kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümlerin, sözleşmeden doğan önalım hakkına konu olması 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu’nun 8. maddesine göre mümkündür. Zira bu madde kural olarak, “Kat mülkiyeti kurulmuş bir gayrimenkulün bağımsız bölümlerinden birinin veya kat irtifakı bağlanmış arsa payının satılması halinde diğer kat maliklerinin veya irtifak hakkı sahiplerinin öncelikle satın alma hakkı yoktur.” ifadeleri ile yasal önalım hakkına kapıyı kapatmıştır. Buna karşılık, 3. fıkrasında yer alan “*Sözleşmede bu maddenin aksine hüküm konulabilir.*” ifadesi ile de kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümlerin sözleşmeden doğan önalım hakkına konu olabileceklerini belirtmiştir.

2.4.2 Taşınırılar

Taşınır (menkul) eşya özüne zarar vermeden, bir yerden diğer bir yere taşınabilen eşyalardır.(TMK. 762 = EMK. 686)²³⁶.

Taşınır malların satımında yasal önalım hakkının kullanılamayacağı hususu bugün doktrinde ve uygulamada genel olarak kabul edilmektedir.²³⁷ Buna karşılık,

²³⁵ Bkz. Yukarıda 1.5.2.4.3.

²³⁶ Ertaş, **a.g.e.**, s.8.

²³⁷ Erkan, **a.g.e.**, s.69. d.n.292’deki yazarlar.

doktrinde, sözleşmeden doğan önalım hakkının taşınır mal satımlarında da söz konusu olabileceğini mümkün gören görüşler de mevcuttur.

Taşınır mallar açısından sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılacağını mümkün gören görüşlere²³⁸ göre, satım sözleşmesine konu olabilen - taşınır ve taşınmaz mal, bir bütün olarak ticarî işletme, bir Türk gemi siciline kayıtlı bulunmayan gemiler (TTK. md.867), devrî mümkün olan hak, bir adî senede veya kıymetli evraka bağlanmış olsun ya da olmasın hisse senedi, alacak gibi - her şeyin önalım hakkına da konu olabileceği tartışmasız kabul edilir.

Ancak bu görüştekiler taşınırlar üzerinde de önalım hakkının kullanılmasının uygulamada pek de etkili olmadığını ve görülmediğini de belirtmektedirler²³⁹. Zira taşınır malları konu alan önalım sözleşmelerinin tapuya şerh verilmeleri mümkün olmadığından, bu sözleşme sadece önalım sözleşmelerinin taraflarını bağlayacak, üçüncü kişiler üzerinde etkili olmayacaktır²⁴⁰.

Taşınırların sözleşmeden doğan önalım hakkına konu edilemeyeceklerini savunanlar da²⁴¹, sözleşmeden doğan önalım hakkına Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'ndaki taşınmaz mülkiyetine ilişkin bölümlerinde yer verildiğini, bu bakımdan, mevzuat açısından da taşınırların tapu siciline tescilinin elverişli olmadıklarını savunmaktadırlar.

Kanaatimizce de yukarıda yeni Borçlar Kanunu'nun ilgili maddeleri (237 - 242) ile Medeni Kanun'un 735 vd. maddelerinin incelenmesi ile ortaya çıkan sonuç, şu anki mevcut mevzuat ile bu hakkın taşınmazlara yönelik olduğu konusunda bir çelişkinin bulunmamasıdır. Her ne kadar İsviçre Borçlar Kanunu'nda taşınmazlar üzerinde kurulan önalım sözleşmelerine ilişkin hükümlerin kıyasen taşınırlar hakkında da uygulama alanı bulduğu kabul edilmekte ise de²⁴², kanunun

²³⁸ Bkz. Yücel, **a.g.e.**, s.36. d.n.168'deki yazarlar. Ayrıca Bkz. Köylüoğlu, **a.g.e.**, s.31. d.n.120.

²³⁹ Tunaboylu, **a.g.e.**, s.25.

²⁴⁰ Meier-Hayoz, **Art.682, N.39-40**; Şıpka, **a.g.e.**, s.92.

²⁴¹ Köylüoğlu, **a.g.e.**, s.30, d.n.114.

²⁴² Bkz. Yücel, **a.g.e.**, s.36. d.n.167'deki yazarlar.

gerekçesinden de bu hakkın salt taşınmazlar için kullanılabileceğini çıkarmamız mümkündür.

Burada bir istisnai durumu da belirtmek de ayrıca fayda vardır, uygulamada Yargıtay'ın ana sözleşmelerde düzenlenen önalım haklarının geçerli olduğu, dolayısı ile taşınır niteliğinde olan şirket pay senetlerinde sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılabileceği yönünde kararlar verdiği görülmektedir²⁴³. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun²⁴⁴ “*Şirket sözleşmesinde öngörölmeleri şartıyla bağlayıcı olan hükümler*” başlıklı 577/f.1/b’de şirket sözleşmesinde öngöröldükleri takdirde bağlayıcı olan hükümler kısmındaki “*Ortaklara veya şirkete, esas sermaye payları ile ilgili olarak önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım hakları tanınması.*” ifade ile önalım hakkının esas sözleşmede düzenlenmesi halinde bağlayıcılık teşkil edeceği hükme bağlanmıştır.

2.5 ÖNALIM SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ ve GEÇERLİLİĞİ

2.5.1 Önalım Sözleşmesinin Şekli

Borçlar Kanunu’nun 12. maddesinde genel bir kural olarak, sözleşmelerin geçerliliğinin, kanunda aksi öngörölmedikçe, hiçbir şekle bağlı olmadığı ifade edilmiştir. Sözleşmelerin şekline ilişkin değişiklik ve yeniliklerin düzenlendiği 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nun 12. maddesinin 2. fıkrasına eklenen yeni bir hükümle, kanunda sözleşmeler için öngörülen şeklin kural olarak geçerlilik şekli olduğu belirtilmiş, öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmelerin ise hüküm doğurmayacağına yer verilmiştir. İşte kanun koyucu, 12/2. fıkrasının sonuna “*hüküm doğurmaz*” ifadesine yer vererek, Borçlar Kanunu’nda şekil şartına uymamanın yaptırımını konusunda ortaya atılan kesin hükümsüzlük görüşü, yokluk görüşü, eksik

²⁴³ 11.H.D. 06.05.1982 T. E:1982/1551, K:1982/2136 (İkt. Mal. Y.1983, C.XXX, s.30-31) 11.HD.15.10.1984 T. E: 4638 K: 4740 (G.Eriş, **Türk Ticaret Kanunu (Ticarî İşletme ve şirketler)**, C.II, B.3, Ankara, 2004, s.2507-2508) – 11.HD 21.03.2002 T.E:2001/10782 K:2002/2577 (Karar yayınlanmamıştır) – 11.HD 23.02.1995 T. E: 1994/7138 K:1995/1522 (E.Moroğlu, Anonim Ortaklık Ana sözleşmesi ve Hukukî Niteliği, ((**Prof.Dr. M.Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul 2000, s.525-529))). Kutlu, **a.g.e.**, s.34.

²⁴⁴ R.G. 14.2.2011, S.27846.

borç görüşü ve fiili sözleşme görüşlerinden kesin hükümsüzlük görüşünü benimsemiştir²⁴⁵. Maddenin gerekçesinde de buna açıkça değinilmiştir²⁴⁶.

Sözleşmeden doğan önalım hakkı resmi biçimde²⁴⁷, vasiyetnameyle (vasiyetname için öngörülen şekillerde), miras taksim sözleşmesiyle (TMK. 676/III) ve hatta (alım ve geri alım hakkından farklı olarak), taşınmazlar bakımından sadece (geçerlik şekli olan) adi yazılı (sözleşmenin adı ne olursa olsun) sözleşmeyle de doğabilir (TBK 237/II; EBK.213)²⁴⁸. Bunun sebebi olarak, önalımın genellikle kira sözleşmesinde veya adi ortaklık sözleşmelerinde tanınması gösterilmektedir²⁴⁹.

Önalım sözleşmesinin şekli hususunda 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda bir hüküm bulunmamaktadır²⁵⁰. Önalım sözleşmesinin şekli hususunda gerek 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda gerekse bu kanunu mülga eden 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda birtakım hükümlere yer verilmiştir.

818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun 213. maddesindeki “ *Mukaveleden mütevellit şufa hakkı için tahriri şekil kâfidir*” hükmü gereğince, önalım sözleşmesi, adi yazılı şekle tabi idi.

Hemen belirtelim ki, 6098 sayılı Borçlar Kanunu da eski 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndaki şekil şartına paralel bir düzenleme getirmiştir. Zira 818 sayılı kanunun 213. maddesindeki düzenlemenin dili sadeleştirilmek sureti ile yeni kanunun 237.

²⁴⁵ Prof. Dr. Fikret Eren; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14.Bası, Yetkin Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.260.

²⁴⁶ Av. Dr. Umut Yeniocak, **Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler**, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, 2013, s.35.

²⁴⁷ Burada resmi şekli gerçekleştirilecek makam, açıkça belirtilmediği için, Noterler Kanunu (md.60/b.2) uyarınca, görevli makamın noterler olduğu kabul edilmektedir. Helvacı, İlhan: **İsviçre Borçlar Kanunu'nun Sözleşmeden Doğan Önalım, Alım ve Geri Alım Haklarına İlişkin Değişiklikleri**, (İsviçre Borçlar Kanunu madde 216, fıkra 2, fıkra 3, madde 216a-216e), Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y.19-20, S.1-2, 1999-2000, Aysel Çelikel'e Armağan, s.397-417.

²⁴⁸ Taşınırılar üzerinde kurulan önalım hakkı için herhangi bir geçerlilik şekli yoktur. Yücel, **a.g.e.**, s.1318; Aydoğdu, **a.g.e.**, s.21; Sirmen, **a.g.e.**, s.447.

²⁴⁹ Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, **a.g.e.**, s.437.

²⁵⁰ Yalnız, ileride açıklanacağı üzere, kanunun 733. maddesinde önalım hakkından feragatin şekline ilişkin hususlara yer verilmiştir.

maddesinin 3. fıkrasında “*Önalım sözleşmesinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır.*” hükmü ile yerini almıştır²⁵¹.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, önalım sözleşmesinin tapuya şerh edilecek olması, bu şekil şartında bir değişiklik yapmaz. Yani önalım sözleşmesinin tapuya şerhi için yazılı şekilde yapılmış olması yeterlidir, ayrıca resmi şekil gerekmez²⁵².

Yalnız, yeni Borçlar Kanunu’nun 239. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “*Bu hakların devredilebileceği sözleşmeyle kararlaştırılmışsa, devir işlemi hakkın kurulması için öngörülen şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz.*” ibaresi ile eski kanunda yer almayan yeni bir düzenlemeye gidilmiştir. Böylelikle, sözleşmeden doğan önalım hakkının devrine ilişkin sözleşmelerin de yazılı olması gerekir. Yazılı yapılmayan devirler geçerli değildir²⁵³. Yeni Borçlar Kanunu’nda, yazılı şeklin unsurları hakkında getirilen bir diğer yenilik ise, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks, benzer iletişim araçları veya elektronik imza ile gönderilen metinlerin de yazılı şekil yerine geçeceğidir. 14.maddenin bu hükmünde ayrıca, faksla gönderilen metnin teyit edilmiş olması ve elektronik imzayla gönderilen metnin saklanabilir olması koşulları aranmıştır²⁵⁴. Ayrıca, yeri gelmiş iken, 15. maddede de güvenli elektronik imzanın da el yazısı ile atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurduğunu söylemek lazımdır.

Yine eski kanuna paralel olarak yeni kanunun 237. maddesinin ikinci fıkrasına bakıldığında, 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 düşünülmekteydi.

²⁵¹ Prof. Dr. Fahrettin Aral, Prof. Dr. Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku**, Genişletilmiş 9.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s.170.

²⁵² Yıldız, **a.g.e.**, s.15-16.

²⁵³ Yıldız, **a.e.**, s.17.

²⁵⁴ Yeniocak, **a.g.e.**, s.39.

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 sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılmasının yeterli olacağı kabul edilmiştir²⁵⁵.(OR. Art. 216/III).

İşte bu satım bedelinin önceden kararlaştırılıp – kararlaştırılmama durumu, İsviçre Borçlar Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu arasındaki bir farklılığı gözler önüne sermektedir. Şöyle ki, İsviçre Borçlar Kanunu, Türk Hukuku'ndaki düzenlemenin aksine, önalım sözleşmesinin basit veya nitelikli olmasına göre farklı şekil şartlarına tabi tutmaktadır. Bu kapsamda, bedelin önceden belirlenmediği önalım sözleşmelerinin yazılı yapıldıkları takdirde geçerli olduğu, bedelin belirlendiği önalım sözleşmelerinin resmi şekle tabi tutulacağı anlaşılmaktadır²⁵⁶.

İsviçre'deki düzenlemelerin sebebi, satış bedelinin önceden önalım hakkı sahibi ile birlikte saptayan taşınmaz malikinin sonradan önalım hakkı sahibinin önalım hakkını kullanması ile birlikte taşınmazın ileride yükselebilecek rayiç değerinin belki de çok altında kalan bir bedelle devir borcu altına girme tehlikesi üzerine düşünmesini sağlamaktadır. Bu açıdan Türk Kanun koyucusunun nitelikli önalım hakkı için de adi yazılı şekli yeterli görmesi eleştirilmektedir²⁵⁷.

Önalım sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılmasının sebebini farklı görüşlerle izah edilmiştir. Öğretide bir takım yazarlar, bunun sebebini çoğu zaman önalım sözleşmelerinin kira sözleşmelerinin içine şart olarak konulmak suretiyle akdedildiklerini, kira sözleşmelerinin kurulması için herhangi bir şekil şart bulunmadığını, dolayısıyla bir şekil şartı bulunmayan kira sözleşmesinin (ana sözleşmenin) içerisinde resmi şekil şartı ile yapılan önalım kaydının konulamayacağını, konulsa dahi bu durumun kira sözleşmelerinin uygulamada yapılmasında güçlük çıkartacağını savunmuşlardır²⁵⁸.

²⁵⁵ Kutlu, **a.g.e.**, s.17.

²⁵⁶ Hess, **Basler Komm. OR.** Art.216, N.5; Sevtap Yücel, **a.g.e.**, s.40. d.n.167'deki yazarlar.

²⁵⁷ Gümüş, TBK I, s.159; Aydoğdu, **a.g.e.**, s.23.

²⁵⁸ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 276; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 80; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, **a.g.e.**, s. 533; Erkan, **a.g.e.**, s.14-15.

Farklı bir bakış açısından durumu değerlendiren Tandoğan'a göre de, zaten taraflar önalım sözleşmesinin esas konusu olan taşınmazla ilgili satış yaparken nasıl olsa resmi şekle uyacak ve yeterli zamanı bulacaklardır²⁵⁹.

Akdedilen önalım sözleşmesindeki şartların değiştirilmesi de yazılı olmak zorundadır. Eski Borçlar Kanunu'nun 12. maddesindeki düzenlemeye paralel olarak yeni Borçlar Kanunu'nun 13. maddesinde yer alan *“Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur.”* ifadesi de bu hususu teyit etmektedir.

Borçlar Kanunu'nun yazılı olması gereken sözleşmelerde, borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunluluğunu düzenleyen 14. maddesi itibari ile önalım sözleşmesinde borç altına girecek olan tarafların her ikisinin de imzalarının bulunmasının zorunlu olup olmadığı hususunda yine bazı görüş ayrılıkları mevcuttur. Bunlardan ilki, önalım sözleşmesinde borç altına girecek tarafın taşınmaz maliki olduğunu, onun imzasının bulunmasının yeterli olduğunu, önalım hakkı sahibinin hakkın kullanılmasından sonra doğacak satım ilişkisi ile birlikte önalım bedelini ödeme borcu altına gireceğinden bahisle onun imzasının aranmayacağını savunmuştur²⁶⁰. Yine bu savunan ve biraz daha ilerletenlere göre de, önalım hakkı sahibinin imzasının ancak sözleşmede bedel kararlaştırılmışsa veya önalım hakkı sahibine de bazı yükümlülükler yüklenmişse gerekeceğini ifade etmişlerdir²⁶¹.

Önalım sözleşmesinde her iki tarafın da imzasının bulunması gerektiğini görüşünü savunan Tekinay'a göre, önalım sözleşmesi ile hak sahibinin ileride taahhüt altına gireceğinden bahisle onun da imzasının aranması gerekecektir²⁶². Kanaatimizce, Tekinay'ın düşüncesi ileride geçerlilik şartları hakkında bir pürüzün çıkmaması için daha sağlıklı bir tutumdur.

²⁵⁹ Tandoğan, **a.e.**, s. 276.

²⁶⁰ Belen, **a.g.m.**, s.105-106 ; Yücel, **a.g.e.**, s.39.

²⁶¹ Kutlu, **a.g.e.**, s.18, d.n.55'deki yazarlar.

²⁶² Tekinay, **a.g.e.**, s.21.

Borçlar Kanunu'nun 14. maddesi ile getirilen bir yenilik ile kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinlerin de yazılı şekil yerine geçeceği getirilmiştir²⁶³. Böylelikle, yazılı şeklin zorunlu olduğu önalım sözleşmelerinin de bu getirilen yeni genel kural ile kullanılmasının yaygınlaşacağını söylememiz mümkündür.

Borçlar Kanunu'nun 15. maddesi ile de, güvenli elektronik imzanın, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğuracağı düzenlenmiştir. İlgili maddenin gerekçesine bakıldığında, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun²⁶⁴ 4. maddesinde güvenli elektronik imzanın da tanımlandığı göz önünde tutularak, güvenli elektronik imzanın da el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurduğunu belirten, 5070 sayılı Kanunun 5. maddesindeki, *“Güvenli elektronik imza elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğurur.”*²⁶⁵ hükmü eklenmiştir.

Önalım sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmaması durumu, sözleşmenin geçersizliğine yol açacaktır. Peki, şekil dışında, önalım sözleşmelerinde hangi şartların bulunması gerekecektir? Bir başka deyiş ile geçerli bir önalım sözleşmesi nasıl olmalıdır? Bu soruların cevabı için sözleşmenin geçerliliği hususuna değinmekte fayda vardır.

2.5.2 Önalım Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları

Genel olarak, sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılması ve bu suretle, önalım hakkı sahibinin bu hakkının sona ermesi için iki ayaklı bir mekanizmanın sağlam temeller üzerinde çalıştırılması gerekmektedir. Bu ikili mekanizmanın ilkini, hak sahibi ile önalıma konu malın maliki arasında yapılan önalım sözleşmesinin geçerliliği oluşturur iken; ikinci önemli mekanizma ise, bu

²⁶³ Yeniocak, **a.g.e.**, s.38-39.

²⁶⁴ 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu (Kabul Tarihi: 15.01.2004; R.G. 23.01.2004, S.25355).

²⁶⁵ Helvacı, **a.g.e.**, s.67.

önalım sözleşmesi ile meydana getirilen hakkın kullanılması için gerekli olan satım olayı yani satış sözleşmesinin geçerliliğidir.

Önalım sözleşmesinin şekli hakkındaki açıklamalarda da belirtildiği üzere, önalım hakkı, salt bir önalım sözleşmesi içerisinde hak sahibine tanınabileceği gibi, herhangi bir sözleşme içerisinde yer alan bir kayıt şeklinde de var olabilir. Kural olarak, başka bir sözleşme içerisinde bir kayıt şeklinde var olan önalım hakkının, var olduğu sözleşmenin herhangi bir sebeple geçersiz olması durumunda geçersiz olması gerekmektedir. Ancak kural bu olmakla birlikte, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 20. maddesinin 2. fıkrasında, yeni 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nun ise eski kanun ile paralel hükümler getiren **“Kesin Hükümsüzlük”** başlıklı 27. maddesinin 2. fıkrasındaki *“Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur”* ibaresinden de anlaşılacağı üzere, kısmi hükümsüzlük durumunda tarafların sakatlığı söz konusu olan o kısım olmaksızın sözleşmeyi yapmayacakları anlaşılıyorsa bütün sözleşmenin geçersizliğinin kabul edilmesi gerekmektedir²⁶⁶.

Kanaatimizce, bu durumun açıklığa kavuşturulması için sözleşmede *“İş bu sözleşmedeki herhangi bir maddenin ve/veya cümlelerin ve/veya kelimenin herhangi bir şekilde geçersiz ve/veya hükümsüz sayılması halinde, bu husus sözleşmenin devamına ve/veya geçerliliğine etki etmeyecektir.”* şeklinde bir ifadenin yer alması ile sözleşmenin tümünün geçersiz sayılması engellenebilir.

Daha önce de belirtildiği üzere, önalım sözleşmelerine taraflar, kanunun tanıdığı oranda istedikleri hükümleri koyabilirler. Diğer bir anlatımla, taraflar, önalım sözleşmesinin kapsamını ve süresini yasalara aykırı olmamak koşuluyla özgürce tayin etme hakkına sahiptirler²⁶⁷. Önalım sözleşmesinin konusunun incelendiği kısımda da değinildiği gibi sözleşmenin konusun emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olmaması

²⁶⁶ Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, s.135; Yücel, **a.g.e.**, s.48.

²⁶⁷ Yıldız, **a.g.e.**, s.15.

gerekmekle birlikte önalım sözleşmesinin konusunun sözleşmenin yapıldığı esnada fiili veya hukuki imkânsızlık teşkil etmemesi gerekmektedir. Yeri gelmiş iken, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 20. maddesinde düzenlendiği bu kuralın, yeni kanununun 27. maddesinde de aynı şekilde yer aldığını ifade edebiliriz.

Önalım sözleşmesinin “*ehliyet*” açısından geçerli olması hususunda ise, öğretide Feyzioğlu, sözleşmenin geçerliliği için kural olarak tarafların fiil ehliyetine sahip olmaları gerektiğini belirtmekle, sözleşmenin ivazlı yahut ivazsız olması bakımından ikili bir ayrıma gitmiştir. Öyle ki, önalım yükümlüsü malik önalım hakkından başka bir ivaz da yüklendiğinde fiil ehliyetine sahip olup olmadığına bakılmalı; karşı taraftaki hak sahibinin ise ayırtım gücüne sahip olması ile yetinilmelidir. Oysa yazara göre, önalım sözleşmesinin ivazlı olması halinde, her iki tarafında fiil ehliyetine sahip olması beklenmelidir²⁶⁸.

Hukuki işlem yapacak kişinin sadece ayırt etme gücüne sahip olması yeterli değildir; aynı zamanda, ergin (reşit) olmalı ve kısıtlanmamış (hacredilmemiş) da bulunmalıdır. Ergin olduğu halde yasada belirtilen nedenlerden biri ile kısıtlama altına alınmışsa, kendisine bir vasi atanır (vesayet altındadır). Böyle bir kişi ancak veli ya da vasisinin (yasal temsilci) onayı ile sözleşme yaparak kendini borç altına sokabilir ya da onun adına sözleşmeyi yasal temsilcisi yapar²⁶⁹. Ayırt etme gücüne sahip küçükler yasal temsilcilerinin iznini almadan borç altına giremeyeceklerinden önalım hakkı tanıyamazlar. Bu amaçla sözleşme yapmış iseler ancak, yasal temsilcilerinin onayı ile bağlı hale gelirler. Ancak sözleşmenin diğer tarafı bu izin veya onay alınıncaya kadar bu sözleşme ile bağlıdır. Aynı durum ayırt etme gücüne sahip vesayet altındaki kişi için de geçerlidir. Ayrıca, doktrinde Yıldız, vasinin izin veya onayı yanında, ayrıca vesayet makamının da izninin gerektiğini, bu nedenle vasinin bu izni alarak önalım sözleşmesine onay vermesi yerinde ve tedbirli bir davranış olacağını savunmaktadır²⁷⁰.

Bu hususta TBK 241/f.2’de kullanılan “*Önalım hakkı kullanıldıktan sonra satış sözleşmesi (...) alıcının şahsından kaynaklanan sebeplerle onaylanmazsa, bu*

²⁶⁸ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.79.

²⁶⁹ Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Emre Cumalıoğlu, **a.g.e.**, s.161-162.

²⁷⁰ Yıldız, **a.g.e.**, s.15.

durum önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülemez.” şeklindeki ibareyle, sınırlı ehliyetsiz olan alıcı tarafından tek başına hareket edilerek yapılan satış sözleşmesine Türk Medeni Kanunu’nun 16. maddesi uyarınca, yasal temsilcisinin rıza göstermemesi yanında, ayırt etme gücüne sahipli kısıtlı olan alıcı tarafından, tek başına hareket edilerek yapılan taşınmaz satış sözleşmesine, TMK 462/f.1 bendi uyarınca vesayet makamının izin vermemesi kastedilmektedir²⁷¹. Bunlarla birlikte, tam ehliyetsizlerin yaptıkları önalım sözleşmeleri ise Medeni Kanunu’nun 15. maddesine göre hüküm ifade etmeyecektir.

İkinci mekanizmada, önalım olayındaki bir diğer koşul da üçüncü kişiyle yapılan satış veya ekonomik bakımdan eşdeğer işlemin geçerli olmasıdır. TBK 240 vd. maddelerinden anlaşılacağı üzere, önalım hakkının kullanılabilmesi için ortada geçerli bir satış veya eşdeğer işlem olması gerekir. Ancak burada bir ayırım yapılmalıdır. Gerçekten de satış veya eşdeğer işlem, şekle aykırılık, başlangıçtaki imkânsızlık, ehliyetsizlik veya hukuka aykırılık gibi bir nedenle baştan itibaren geçersizse önalım hakkı kullanılamaz, kullanılırsa bile geçersiz (etkisiz) olur. Bu husus genel hükümlerden özellikle dürüstlük kuralından çıkan bir sonuçtur²⁷². Ancak şekle aykırı da olsa edimlerin ifa edilmiş olması halinde, taraflar uzunca da bir süre geçtiği halde geçersizliği ileri sürmüyorsa, önalım hakkının kullanılması olanaklı olmalı, bu durumda satışın geçersizliğini ileri sürme hakkın kötüye kullanımı sayılarak önalım hakkının varlığı kabul edilmelidir²⁷³.

2.5.3 Önalım Sözleşmesinin Şerhi

Türk ve İsviçre Medeni Kanunları, şerhlere ilişkin genel bir tanımlama vermemiştir. Bu anlamda genel bir tanım verilebilmesi için, bir kayıt türü olarak şerhler için de geçerli olan "sınırlı sayı ilkesine rağmen" şerhlerin kendi içerisinde taşıdığı çeşitlilik nedeniyle neredeyse olanaksızdır. Ancak soyut bir tanımlama ile şerhler, nitelikleri itibariyle bir taşınmaz üzerinde bir aynı hakkın doğumuna neden

²⁷¹ Helvacı, **a.g.e.**, s.469.

²⁷² (TMK ve ZGB.1-3; TBK.26-27; OR.19-20)

²⁷³ Bk-Giger, Art.216, N.129; Bsk – Hess, Art.216d, N.7; Bsk – Fasel, Art.216d, N.9; Aydoğdu, **a.g.e.**, s.28-29’dan naklen.

olmayan, bilakis bir hukuki ilişkiyi doğrudan bir aynî hakka dayanmaksızın, “*bilinebilir veya etkin*” kılan kayıtlardır²⁷⁴.

Tescilin aksine, şerhin ne aynî hakkı tesis eden, ne de onu tespit eden bir etkisi vardır; o sadece Kanun koyucunun attığı özel sonuçları tesis eder veya açıklığa kavuşturur (MK. m.1009/II, 1010/II, 1011/II). Şerhler bu bakımdan beyanlardan ayrılır. Çünkü beyanlar sadece taşınmazlar hakkında bilgi verdikleri halde, şerhler, söz konusu olan haklara ve kısıtlamalara ilişkin sonuçlar hâsıl eder²⁷⁵.

Şerh, kişisel hakların geçici bir zaman için tapu siciline yazılmasına olanak veren bir örgüttür. Bu nedenle şerh, bir aynî hak doğurmaz, ancak kişisel hakka belli bir süre için kuvvetlendirir²⁷⁶. Belli bir sürenin geçmesi ile de kuvvetini kaybederek, tekrar eski durumuna, yani kişisel hak niteliğine dönüşür²⁷⁷.

Sözleşmeden doğan önalım hakkı da kişisel haklardandır. Önalım hakkı sahibi bu hakkını sadece sözleşme yaptığı karşı tarafa yani malike karşı ileri sürebilmektedir²⁷⁸. Sözleşmeden doğan önalım hakkının sonraki maliklere karşı ileri sürülebilmesi için tapuya şerhi gerekir. Şerh edilmemiş ise, sonraki maliklere karşı ileri sürülmesi mümkün değildir²⁷⁹. Bu husus ile ilgili ayrıntılı açıklamalara aşağıda “*şerhin etkisi*” kısmında yer verilecektir.

Tapu kütüğüne şerh verilen önalım hakkı, aynen şerh verilmeyen önalım hakkı gibi niteliği itibariyle kişisel bir hak, bir alacak hakkıdır. Dolayısıyla, alacak hakkı niteliğindeki bu hak tapuya şerh verilmekle aynı hak niteliğini kazanmaz. Çünkü bu hak herkese karşı değil, yalnız şerhten sonra, yani şerhin koruyucu etkisinin devamı esnasında taşınmaz üzerinde hak kazanan kişilere karşı ileri

²⁷⁴ Simonius / Sutter; Gümüş, **a.g.e.**, s.3’ten naklen.

²⁷⁵ Steinauer, I, N.766; Mehmet Ünal / Veysel Başpınar, **Şekli Eşya Hukuku**, 6. Baskı, Ankara, 2012, s.356’dan naklen.

²⁷⁶ Simonius / Sutter’in tanımlaması ile kayıtların (Eintrag) amacı, her durumda şerh edilmiş bir hukuksal ilişkinin sonuçlarının, tapu kütüğünde görülmeyen hukuksal işlemler veya hukuken önemli olgu veya hadiseler nedeniyle zarar görmemesi için güçlendirmektir. Gümüş, **a.g.e.**, s.3. d.n.7.’den naklen.

²⁷⁷ H. V. Velidedeoğlu / G. Esmer, **a.g.e.**, s.184; Özenli, **a.g.e.**, s.24.

²⁷⁸ Yücel, **a.g.e.**, s.40.

²⁷⁹ Yıldız, **a.g.e.**, s.14.

sürülebilir. Ancak, önalım hakkı tapuya şerhilmekle “*kuvvetlendirilmiş şahsi hak*”, “*güçlendirilmiş alacak hakkı*” niteliğini kazanır. Başka bir deyişle, tapuya şerh edilmiş şahsi hak, “*eşyaya bağlı borç*” niteliğine dönüşür. Tapuya şerh verilmekle eşyaya bağlı borç ya da kuvvetlendirilmiş şahsi hak niteliğini kazanan hak, kurulu bulunduğu taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir hale gelir (TMK. m.1009/II). Dolayısıyla, önalım sözleşmesinden doğan önalım hakkı tapu kütüğüne şerh edilebilir ve bunun sonunda da kuvvetlendirilmiş şahsi hak, eşyaya bağlı borç halini aldığı için de, kurulu bulunduğu taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir. Bu anlamda tapuya şerh edilmiş önalım hakkı aynı zamanda eşyaya bağlı bir hak²⁸⁰, kuvvetlendirilmiş bir alacak hakkıdır²⁸¹.

Kişisel hakların şerhini düzenleyen Medeni Kanun’un 1009. maddesi hükmünde:

*“Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, alım, önalım, geriam sözleşmelerinden doğan haklar ile şerh edilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar”*ın tapu kütüğüne şerh edilebileceği belirtilmektedir. Bu hükümden açıkça anlaşılacağı üzere, her türlü kişisel hak için değil, ancak kanun tarafından şerh verilmesi imkânı kabul edilmiş olan kişisel haklar için bu kurumdan yararlanılabilir²⁸². Ancak, MK 1009’da da açıkça söylendiği gibi, bu sınırlı sayı ilkesi, MK. 1009’da sayılan haklarla sınırlı olmayı değil, kanunla sınırlı olmayı ifade etmektedir. Bu sınırlılık; Medeni Kanun ile sınırlı olma anlamında değildir. “Kanunla Sınırlılık” anlamındadır. Örneğin, MK. 1009’da yer almasa da BK. 292’de belirtilen bir dönme (rücu) yenilik doğuran hakkı da şerh verilerek yeni malike karşı ileri sürülebilir konuma getirilebilir²⁸³.

Önalım hakkı, tapu kütüğüne şerh edilmediği sürece, sadece sözleşmenin tarafları arasında hüküm ifade eder. Bu bağlamda önalım hakkına konu taşınmaz bir

²⁸⁰ Eşyaya bağlı hak, “bağımlı haklar”ın bir alt bölümüdür ve bu hakkın bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı sahipliği sıfatına bağımlı olduğunu ifade eder: Mülkiyet kime geçerse eşyaya bağlı hak da ona geçer. Hatemi / Aybay, **a.g.e.**, s.16.vd.

²⁸¹ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s.230 d.n. 86’dan naklen.

²⁸² Yarg. 20. HD. 22.4.1994, 3067/4502 (YKD 1994/7, sh.1136); Oğuzman / Seliçi / Özdemir, **a.g.e.**, s.184; Gümüş, **a.g.e.**, s.95.

²⁸³ Hatemi / Aybay, **a.g.e.**, s.92.

üçüncü kişiye devredildiğinde, önalım hakkı sahibinin bu kişiye karşı ileri sürebileceği herhangi bir hakkı bulunmamaktadır. Kanun koyucu bu gibi sakıncaları önlemek için istisnaen nispi hakların şerh edilerek yeni malike karşı ileri sürülebilmesi imkânını 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 açabilir²⁸⁴.

2.5.3.1 Şerh Anlaşması

Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu zamanında, şerh anlaşmasının varlığına ilişkin bir genel bir düzenleme bulunmamasına karşın, tarafların şerh anlaşmaları yapmaları gerektiği hususu bu kanunun 255. maddesinin 1. fıkrasının lafzından anlaşılmaktaydı. Ancak yürürlükteki 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nun 238. maddesinde, “*önalım hakkının da diğer haklar gibi 10 yıl süre ile kararlaştırılabileceği*” hükmüne yer verilmiş ve dolayısı ile bir şerh anlaşmasının yapılacağı da belirtilmiştir.

Şerh anlaşmasının önalım sözleşmesinin şekline tabi olduğu kabul edilmektedir²⁸⁵. 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.

Ancak her ne kadar, Tapu Sicil Tüzüğü’nde, şerh anlaşmasının noterde yapılması şartı yer almakta ise de, BK’nin “*Önalım sözleşmesinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır.*” hükmünden aslında adi yazılı şeklin yeterli olduğu ve tüzük ile kanun arasında bir çelişkinin ortaya çıktığını söylemek mümkündür. Bu düzenleme doktrinde Belen tarafından eleştirilmiştir²⁸⁶.

Yazar, normlar hiyerarşisinde tüzük hükmünün yasa hükmünün önüne geçerek uygulanamayacağını ve tüzük hükmünün düzeltici yoruma bağlı tutularak

²⁸⁴ Sungurbey **a.g.e.**, s.1–2; Kutlu, **a.g.e.**, s.22; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s.252.

²⁸⁵ Sungurbey, **a.e.**, s.49–50.

²⁸⁶ Herdem Belen, **Akdi Şufa Hakkının Noterde Düzenlenmesi Gereğine İlişkin Tapu Sicili Tüzüğü Hükmünün Eleştirisi**, KÜHFD, 1998–1999, s.2/97–109; Kutlu, **a.g.e.**, s.23.

olumlu sonuca varılabileceğini belirtmektedir. Bu yoruma göre de yazar, önalım sözleşmesinin yükümlüsünün şerh için tapuya başvurulmasında adi yazılı şekilde düzenlenmiş şerh anlaşmasını yeterli kabul eder iken; taraflardan önalım hakkı sahibinin şerhi talep etmesi halinde noter onaylı şerh anlaşmasının bulunması gerektiğini savunmaktadır²⁸⁷. Yine aynı görüş doğrultusunda, bazı yazarlar da, BK. 237/3’de önalım hakkını tanıyan sözleşme adi yazılı şekle tabi kılınmış olmasına rağmen, TST. 55/c’de önalım hakkının şerhi için noterde düzenlenmiş bir sözleşmenin varlığı arandığını, fakat böyle bir geçerlilik şartının olmayacağını, çünkü hukuki işlemlerin geçerlilik şartı olarak bir şekle tabi kılınmasının ancak maddi hukuka ilişkin kanunlarda öngörülebileceği gibi, bir kanun hükmünün bir tüzük hükmüyle değiştirilmesinin söz konusu olmayacağını savunmakla, TST 55/c’deki şekil şartının, şerh işleminin yapılması için tapu memurlarına hitap eden bir düzen hükmü olduğunu kabul etmektedirler²⁸⁸.

Buna karşın bir görüş de, her ne kadar yazılı sözleşme ile sözleşmesel önalım hakkının kurulması mümkün ise de tapuya şerh edilebilmesi için resmi şekilde yapılması Tapu Sicil Tüzüğü hükümlerinin uygulanacağını zorunlu olduğunu savunmaktadır²⁸⁹.

Önalım hakkının şerhi, ayrı bir anlaşmayla olabileceği gibi önalım hakkının kuran sözleşmedeki bir hükme dayanarak da olabilir²⁹⁰. Ancak her iki halde de önalım yükümlüsünün tapu memuruna yönelik (yazılı) şerh beyanında bulunması veya bu yolda beyanda bulunması için ön alıcıya vekâlet verilmiş olması gerekir²⁹¹.

2.5.3.2 Şerhin Etkisi

Türk Hukuku’nda, şerhin nispi hak üzerinde nasıl bir etki yaptığı hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bunlar: “Şerhin nispi hakkı aynî hak niteliğine

²⁸⁷ Belen, **a.e.**, s.107.

²⁸⁸ Selahattin S. Tekinay, **a.g.e.**, s.34; Sirmen, **a.g.e.**, s.232, d.n.398.

²⁸⁹ Selahattin Sulhi Tekinay / Sermet Akman / Haluk Burcuoğlu / Atilla Altop, **Eşya Hukuku**, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, s.380; Sirmen, **a.g.e.**, s.232., d.n.398; Olcay, **a.g.e.**, s.25.

²⁹⁰ Oğuzman / Seliçi / Özdemir, **a.g.e.**, s.434; Aydoğdu, **a.g.e.**, s.17.

²⁹¹ ZK – HAAB/ SCHERRER / **SIMONIUS** / ZOBL, Art.681-682, N.49; Meier – Hayoz, Art.681, N.117; Aydoğdu, **a.g.e.**, s.18’den naklen.

*dönüştürdüğü görüşü*²⁹², “*aynî etki*” ve “*eşyaya bağlı borç*” görüşleridir. Bunlardan ilk görüş, artık savunucusu bulunmadığından terk edilmiştir. Bugün için öğretide hâkim olan “*eşyaya bağlı borç*” görüşünde²⁹³, şerhi söz konusu olan kişisel hakkın kullanılmasıyla bir borç ilişkisi doğacaksa şerh, şerh verilen hakla ilgili borç ilişkisini eşyaya bağlı borç haline getirmektedir²⁹⁴. Oğuzman, bu hususu şerhin ilk etkisi olarak nitelemektedir. Buna göre, şerh edilmiş nispi 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 sürülecektir²⁹⁵. Bu görüşe göre, sadece borç değil, borç ilişkisi de yeni malike geçmektedir²⁹⁶. Üzerinde şuf’a, kira, satış vaadi gibi nispi bir hak kurulmuş ve şerh edilmiş bulunan taşınmazı kazanan kimse, şuf’a alacaklısına, kiracıya, lehine satış vaadi yapılan kimseye karşı borçlu olur.²⁹⁷ Tekinay, bu konuya ilişkin olarak “*Malik (a) ile (ü) arasında yapılan kira sözleşmesinin tapu kütüğüne şerh edildikten sonra, (a) taşınmazın mülkiyetini (b) ye devretmiştir. İşte bu durumda (b), (a)’nın yerine geçerek “kiralayan” sıfatı ile borç ilişkisinin tarafı olacaktır*” örneğini vermiştir²⁹⁸.

Sungurbey’in savunduğu “*aynî etki*” görüşüne göre, nispi hak tapu kütüğüne şerh edilince yine nispi hak olarak kalmaktadır; fakat bu haktan doğan istem aynî 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 aynı hak kazanan üçüncü kişiye karşı da ileri sürülebilmektedir²⁹⁹.

Oğuzman’a göre şerhin ikinci etkisi ise, şerhten sonra taşınmazda bir sınırlı aynî hakkın tescili veya başka bir kişisel hakkın şerhi yoluyla kazanılmış olan

²⁹² En son Prof. Guhl’ün 1924 yılında yayınlandığı bir makaleden bu yana savunulmamıştır. Bkz. Oğuzman / Seliçi / Özdemir, **Eşya Hukuku.**, s.247, d.n.1037.

²⁹³ Oğuzman / Seliçi / Özdemir, **a.g.e.**, s.247; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.208-209; Gümüş, **a.g.e.**, s.102.

²⁹⁴ Oğuzman / Seliçi / Özdemir, s.247-248, Gürsoy / Eren / Cansel, s.638; Tekinay / Akman Burcuoğlu / Altop, s.386; Yücel, Belen, **a.g.e.**, s.42.

²⁹⁵ Belen, **a.e.**, s.103; Kutlu, **a.g.e.**, s.24.

²⁹⁶ Şafak N. Erel, **Eşyaya Bağlı Borç**, Ankara, 1982, s.205; Nomer, **Vefa**, s.73; Oğuzman, **a.g.e.**, s.248; Rona Serozan, Nispi Hakların Güçlendirilmesi, İÜHFM, 1974, C.XL, S.1-4, s.459-479; Tekinay, Takyitler, s.29; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.II, İstanbul, 1977, s.307, d.n.86; Kutlu, **a. e.**, s.24.

²⁹⁷ Esener / Güven, **a.g.e.**, s.46-47.

²⁹⁸ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s.385.

²⁹⁹ Sungurbey, **a.g.e.**, s.102, d.n.94 ve burada anılan yazarlar; Kutlu, **a.g.e.**, s.24.

haklardan, doğmuş borcun ifasında alacaklıya zarar verenlerin etkisiz kalmasının sağlamasıdır. Şerhin munzam etkisi olarak kabul edilen ve de MK'nin 1009. maddesinde ifade edilen bu durumla birlikte, üçüncü kişilerin kazandıkları hakların şerh edilmiş önalım hakkı ile bağdaşmadığı durumlarda bertarafı sağlanabilmektedir³⁰⁰. Konuya ilişkin olarak Tekinay şöyle bir örnek vermiştir: *“Malik (a), (ü) ile iştirâ sözleşmesi yapmış ve bu sözleşme kütüğe şerh edilmiştir. Bir süre sonra (a), taşınmaz üzerinde (b) ye intifa hakkı tanıyarak bu hakkı kütüğe tescil ettirmiştir. İşte bunun üzerine (ü) iştirâ hakkını kullanmış olsa, (b) lehindeki intifa hakkı etkisiz kalır”*³⁰¹.

Medeni Kanun 735. maddesinde, sözleşmeden doğan önalım hakkının tapuya şerh edilmesinden sonra, hakkın şerhte belirtilen süre ve koşullara göre her malike karşı kullanılacağını, şerhte koşulların belirtilmemesi durumunda ise taşınmazın üçüncü kişiye satımındaki koşullar esas alınmak suretiyle maliklere karşı kullanılacağını düzenlemiştir³⁰².

Borçlar Kanunu'nun 242. maddesi ise, hakkın şerh edilmesi ve taşınmazın mülkiyetinin alıcı adına tescili durumunda alıcıya, aksi halde ise satıcıya yönelik olarak önalım hakkı sahibinin hakkını kullanabileceğini düzenlenmiştir. Buna göre, sözleşmeden doğan önalım hakkını kullanmak isteyen kişi, bu hakkın tapu siciline şerh edilmiş olup olmadığına ve taşınmazın mülkiyetinin alıcı adına tescil edilip edilmediğine göre farklı kişilere karşı dava açmak zorunda olacaktır. Söz konusu hakkın tapu siciline şerh edilmesi ve taşınmaz mülkiyetinin alıcı adına tescil edilmesi durumunda hak sahibi açacağı davayı alıcıya; aksi takdirde satıcıya yöneltecektir³⁰³.

2.5.3.3 Şerhin Etkisinin Tabi Olduğu Süre

Kanun koyucu, şerhin malik için büyük bir yük teşkil edeceğini düşünerek bazı şahsi hakların şerhini azami bir süreyle sınırlandırmıştır. Medeni Kanun'da sözleşmeden doğan önalım hakkında şerhin etkisinin, şerh tarihinin üzerinden on yıl

³⁰⁰ Sirmen, **a.g.e.**, s.234.

³⁰¹ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s.387.

³⁰² Sirmen, **a.g.e.**, s.232.

³⁰³ Helvacı, **a.g.e.**, s.471.

geçmekle sona ereceği düzenlenmektedir (MK. m.735/II, 736/II)³⁰⁴. Taraflar sözleşme ile daha kısa bir şerh süresi kararlaştırabilirler; fakat on yıllık süreyi aşamazlar³⁰⁵. Bu süre geçtikten sonra, hak sadece nispi bir nitelik taşır ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Şerh süresi geçmesine rağmen önalım hakkı sadece şahsi niteliğini devam ettirmektedir³⁰⁶.

Başka bir deyişle önalım hakkı daha uzun bir süre için kurulmuş ise on yılın sonunda önalım hakkı düşmez; sadece şerhin etkisi ortadan kalkar.³⁰⁷ Ancak taraflar bu süre geçtikten sonra yeni bir şerh süresi de kararlaştırma imkânına da haizdirler³⁰⁸.

Belirtmek gerekir ki, Borçlar Kanunu’nun 238. maddesinde de Medeni Kanun ile paralel şekilde, önalım hakkının on yıl süre ile kararlaştırılabileceği ifade edilerek, “*diğer kanunlar*” atfıyla da Medeni Kanun’a atıfta bulunulmuştur.

Hükümet tasarısında yer verilen, mehz yasada olduğu (OR.216a)³⁰⁹ gibi “*öналım ve geri alım hakları en çok yirmi beş yıllık, alım hakkı ise en çok on yıllık süre için kararlaştırılabilir ve kanunlarda belirlenen süre ile tapu siciline şerh edilebilir*” ifadesi Adalet Komisyonu’nda değişikliğe uğramış ve tasarının 237. (yasalaşan halinde 238.) maddesi “*İki hak kategorisi için tasarıda öngörülen sürenin, kurumun mahiyeti ve hak kavramının özü ile bağdaşmadığı*” gerekçesiyle “*Öналım, geri alım ve alım hakları en çok on yıllık süre için kararlaştırılabilir ve kanunlarda belirlenen süreyle tapu siciline şerh edilebilir*” şeklinde değiştirilmiştir³¹⁰. İsviçre’de öналım ve geri alım haklarında 25 yıl, alım hakkında 10 yıllık üst süre öngörülmesi ve bu açıdan fark yaratılmasının sebebi İsviçre

³⁰⁴ Ünal / Başpınar, **a.g.e.**, s.359.

³⁰⁵ Hatemi / Serozan / Arpacı, s.610; Kutlu, **a.g.e.**, s.27.

³⁰⁶ Gürsoy / Eren / Cansel s.642; Sevtap Yücel, s.46.

³⁰⁷ Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, **a.g.e.**, s.540; Yıldız, **a.g.e.**, s.7; Kutlu, **a.g.e.**, s.28.

³⁰⁸ Aynı, **a.g.e.**, s.642; Olcay, **a.g.e.**, s.48; Sungurbey, **a.g.e.**, s.73.vd; Gümüş, **a.g.e.**, s.7.

³⁰⁹ Mehazda yasadaki düzenlemeye göre, öналım ve geri alım hakları en çok yirmi beş yıllık, alım hakkı ise en çok on yıllık süre için kararlaştırılabilir. Bkz. Bsk – Fasel, Art.216a, N.1; Tuor / Schnyder / Schmid / Rumojungo, 101, N.10; M. Aydoğdu, **a.g.e.**, s.16, (d.n.47’den naklen).

³¹⁰ İlhan Helvacı, **Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun**, 1.Baskı, İstanbul, 2011, s.465-466.

hukukçularınca da izah edilememiştir. Gerekçede de bir açıklık yoktur³¹¹. Bu açıdan bizde önalım, alım ve geri alım hakları açısından fark yaratmadan aynı üst sürenin (10 yıl) öngörülmesi yeterli olmuştur. Ancak önalım hakkı bakımından sürenin kısa olduğu söylenebilir. İsviçre’de 25 yıllık sürenin bile kısa olduğu ileri sürülmektedir³¹².

2.6 ÖNALIM AÇISINDAN ÖZELLİK TAŞIYAN BAZI İŞLEMLER

Önalım hakkı, taşınmazın üçüncü şahıslara satılması şartına bağlı olduğundan, satım dışındaki bağışlama, trampa, cebri icra ile satış gibi diğer işlemlerde kullanılmaz. Borçlar Kanunu’nun 240. maddesinde,

“Önalım hakkı, taşınmazın satışı ya da ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her türlü işlemin yapılması hâllerinde kullanılabilir.

Taşınmazın, mirasın paylaşımında mirasçılardan birine özgülenmesi, cebri artırma yoluyla satışı ve kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi ve bunlara benzer amaçlarla edinilmesi hâllerinde önalım hakkı kullanılamaz.”

Böylelikle 27.3.1957 tarih ve 12/2 sayılı YİBK’nin “görünüşte satış şeklinde yapılsa bile, esasında bağışlama, miras hissesinin önceden devri niteliğinde olan işlemlerde, önalım hakkı kullanılmaz” ve “taşınmazın, malikin borcu nedeniyle haczedilerek cebri müzayede ile satılması halinde, önalım hakkı kullanılmaz.”³¹³ içtihatları yasa hükmü haline gelmiştir³¹⁴.

Öğretide ve yargı kararlarında genel olarak kabul edildiği üzere, ortada bir karşı edimin veya irade özgürlüğünün olmadığı ya da edimin ön alıcı tarafından karşılanmasının olanaksız olduğu durumlarda önalım hakkı kullanılamaz³¹⁵. Buna

³¹¹ Gerekçedeki eksiklik yönünden İsviçre yasa koyucusunu kusurlu gören yorum için bkz. Guhl / Koller / Schnyder / Druey, 41, N.39; Aydoğdu, **a.g.e.**, s.16’dan naklen.

³¹² Guhl / Koller / Schnyder / Druey, 41, N.39; Aydoğdu, **a.e.**, s.16’dan naklen.

³¹³ 4.5.1940 T. 57117 say. YİBK 6. H.D. 2.6.1980 T. 80/5679 K.

³¹⁴ Ertaş, **a.g.e.**, s.376.

³¹⁵ Bkz. Aydoğdu, **a.g.e.**, s.46. dn.169.

göre, cebri artırma yoluyla satışta, kamulaştırma ve arazi toplulaştırmasında³¹⁶, bir taşınmazın paydaşları arasında satılmasında veya üçüncü bir kişiye bağışlanmasında, bir anonim veya limited şirkete sermaye olarak konulmasında, ömür boyu gelir, ölünceye kadar bakma veya mal değişim sözleşmesine konu olmasında, satışının vaad edilmesi veya üzerinde alım hakkı tanınmasında, önalım hakkına konu olan taşınmazın vakfa bırakılmasında³¹⁷, kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yükleniciye yapılan devirde,³¹⁸ mal rejiminden kaynaklanan zorunlu mülkiyet devirlerinde, ölüme bağlı tasarrufla veya miras yoluyla başkasına geçmesi hallerinde (TBK.240/II), miras taksim sözleşmesiyle veya miras taksim davası yoluyla mirasçılardan birine özgülenmesi hallerinde (TBK.240/II) önalım hakkı kullanılamaz. Ancak Oğuzman'a göre, Borçlar Kanunu'nun bu düzenlemesi karşısında örneğin trampa sözleşmesinin önalım hakkına imkan vermesi gerekir³¹⁹.

Aşağıda, sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılabileceği yahut kullanılamayacağı bazı işlemler yer almaktadır.

2.6.1 İhtiyari Açık Arttırmalar

Artırma 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 satımdır³²⁰. Artırma ile satışın, cebri artırma, ihtiyari açık artırma ve ihtiyari özel artırma olmak üzere üç türü vardır. Bunlardan cebri icra yolu ile satışta, satışa konu şeyin mülkiyet hakkı, sahibinin rızası bakılmaksızın resmi makamlarca yapılırken, ihtiyari açık artırma ve ihtiyari özel artırma da bizzat satış konusu eşyanın malikinin rızası ile ve serbest iradesine dayanan satışlardır³²¹.

İsteğe bağlı özel artırmada, sınırlı sayıda birkaç kişi arasında yapılmaktadır. Genel artırmada ise artırma herkesin katılabileceği bir ortamda yapılmaktadır. İsteğe

³¹⁶ Meier – Hayoz, Art.681, N.167; Eren, **a.g.e.**, s.115; Aydoğdu, **a.e.**, s.46. d.n.171.

³¹⁷ Meier – Hayoz, Art.681, N.167; Eren, **a.g.e.**, s.115; Aydoğdu, **a.e.**, s.46. d.n.179.

³¹⁸ Şeref Ertaş, İlknur Serdar, Damla Gürpınar, **Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku**, Ankara, 2006, Kn.1763, dn.78.

³¹⁹ Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, **a.g.e.**, s.534-535.

³²⁰ Yavuz, **a.g.e.**, s.157; Aral / Ayrancı, **a.g.e.**, s.186.

³²¹ Yavuz, **a. e.**, s.158.

bağlı her iki tür arttırmada da mal sahibinin rıza ve isteğinin bulunduğu muhakkaktır³²².

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları'nda ³²³ ihtiyari artırma yolu ile yapılan satışlarda önalım hakkının kullanılabilmesi kabul edilmiş olup aynı şekilde öğretide de önalım hakkının kullanılabilmesi oybirliği ile kabul görmektedir³²⁴. Özellikle Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarından çıkarılması gereken sonuç şudur; İcra İflas Kanununa göre yapılan satışlar, ortaklığın giderilmesi sonucu yapılan satışlar ve kamu alacaklarını tahsil amacıyla yapılan cebri satışlar dışında kalan satışların tamamının önalım hakkına tabi alımlar olduğunu söylemek mümkündür³²⁵.

İhtiyari artırım yolu ile satışlarda önalım hakkının ne zaman doğacağı konusunda da önalım hakkının kullanılabilmesi için önalım olayını oluşturacak satış sözleşmesinin kurulmuş olması yeterlidir. Ayrıca taşınmazın tesciline gerek yoktur. Belirtmek gerekir ki, 818 sayılı EBK döneminde md.225/II ve de BK md.231/I 'de uygulama alanı bulan düzenlemeler, yürürlükteki 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun sırası ile 275/I ve 279/I fıkralarında da dili sadeleştirilmek sureti ile aynen korunmuştur.

Bu tür arttırmalarda mülkiyetin kazanılması, arttırmanın konusuna göre farklılık göstermektedir. İhale edilen mal taşınır ise mülkiyet ihale anında alıcıya geçmektedir (BK m.279). Buna karşılık arttırmanın konusu taşınmaz ise mülkiyet tapu kütüğüne yapılan tescil ile alıcıya geçmektedir (BK m.279). İhtiyari açık arttırmalarda, sözleşme ihalenin yapılmasıyla kurulduğundan³²⁶ önalım hakkı da ihaleden sonra kullanılabilir³²⁷.

³²² Yıldız, **a.g.e.**, s.57; Doğan Şenyüz, **Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, Ekin Basım Yayın, 5. Baskı, Bursa, 2011, s.245.

³²³ Bkz. 29.11.1939 T. ve 57/17 İBK.; ayrıca 9.3.1955 T. ve 27/3. İBK. R.G. s.9009; Esener / Güven, **a.g.e.**, s.247.

³²⁴ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.237-240; Sıpka, **a.g.e.**, s.81; Tekinay, **a.g.e.**, s.22; Özenli, **a.g.e.**, s.99; Oğuzman / Seliçi/ Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s.532 vd.

³²⁵ Olcay, **a.g.e.**, s.231.

³²⁶ Herkesin katılabildiği isteğe bağlı açık arttırmalarda satış sözleşmesi, satıcı arttırma koşullarında aksine bir beyanda bulunmadıkça, arttırmayı yönetenin en yüksek bedeli öneren kişiye ihale etmesi ile kurulmuş olur. (TBK md.275/1)

³²⁷ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.239; Sıpka, **a.g.e.**, s.81.

İhtiyari açık artırma yolu ile satışta, önalım hakkı sahibi, satış sözleşmesinin kurulduğu, ihalenin bildirildiği tarihten itibaren üç aylık hak düşürücü süre içerisinde önalım hakkını kullanabilecektir. Ancak önalım hakkı sahibi, tescilden önce hakkını kullanması halinde, mülkiyet hakkı henüz alıcıya geçmemiş olduğundan, muhatap satıcı mal sahibi olacaktır. Hakkını tescilden sonra kullanması halinde ise muhatap, alıcı, üçüncü kişi olacaktır³²⁸.

2.6.2 Şarta Bağlı Taşınmaz Satışları

Satım sözleşmesi, koşulsuz yapılabileceği gibi yasalara uygun koşullara bağlı olarak da yapılabilir³²⁹.

Şarta bağlı hukukî işlemlerde; hukukî işlemin hüküm ve sonuçlarını doğurması veya geçersizliği, ilerde gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz bir olguya bağlanmıştır. Eğer hukukî işlemin hüküm ve sonuçlarını doğurması bir şarta bağlanmışsa geciktirici (taliki) şart, işlemin sona ermesi bir şarta bağlanmışsa bozucu şart söz konusudur³³⁰.

Türk Medeni Kanun'un 735/1. maddesinde, *“Tapu kütüğüne şerh verilen sözleşmeden doğan önalım hakkı, şerhte belirtilen sürede ve belirtilen koşullara göre her malike karşı kullanılabilir. Kütükte koşullar belirtilmemişse taşınmazın üçüncü kişiye satışındaki koşullar esas alınır.”* hükmü gereğince, satımdaki koşulların önalım hakkı sahibini de bağlayacağı açıktır.

Belirtmek gerekir ki, yürürlükteki Borçlar Kanunu'nun 241/3. maddesinde ifade edilen *“Önalım hakkını kuran sözleşmede aksi öngörülmemişse, önalım hakkı sahibi taşınmazı, satıcının üçüncü kişiyle kararlaştırdığı satışa ilişkin koşullarla kazanır.”* hükmünde de Medeni Kanun'un bu maddesine paralel bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Satışa ilişkin sözleşmenin geciktirici veya bozucu şarta bağlı olarak yapılması durumunda, önalım hakkının kullanılabilmesi için, satış sözleşmesinin

³²⁸ Beleç, **a.g.e.**, s.76.

³²⁹ Yıldız, **a.g.e.**, s.42.

³³⁰ Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, s.837; Beleç **a.g.e.**, s.76.

ifası şart olmayıp, sözleşmenin kurulmuş olması yeterlidir. Şarta bağlı taşınmaz pay satışlarında önalım konusu payın mülkiyetinin nakli mümkün olmadığından, önalım hakkı sahibi hakkını, alıcı üçüncü kişiye karşı değil, halen malik durumda bulunan paydaşa karşı kullanabilecektir³³¹.

Sözleşmeden doğan önalım hakkının söz konusu olduğu hallerde önalım hakkı sahibi, önalım sözleşmesinde kararlaştırılan koşullarla bağlıdır. Bunun için önalım hakkının tapuya şerh edilmiş olması gerekir. Eğer önalım sözleşmesinde herhangi bir koşul öngörülmemiş ise yani vasıflı önalım sözleşmesi yapılmış değil ise, TMK'nin 735/1. maddesinde belirtildiği gibi, taşınmazın üçüncü kişiye satımındaki koşullar esas alınacaktır³³².

Burada belirtilmesinde fayda görülen bir husus da şudur: Şarta bağlı taşınmaz pay satışlarında önalım hakkı paydaşın önalım hakkını kullanabilmesi için sözleşmede öngörülen şartın önalım hakkı sahibi tarafından da yerine getirilebilecek nitelikte olması gerekir. Öngörülen şart ancak alıcı üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilebilecek türden ya da onun sahsına sıkı sıkıya bağlı ise ve bu koşul olmadan satıcı satış sözleşmesini yapmayacak idi ise bu halde önalım hakkının kullanılmaması gerektiği ileri sürülmektedir³³³.

Son olarak, önalım hakkının kullanılmasını engellemeye yönelik şartlar, önalım hakkına etki etmemelidir. Özellikle de önalım hakkının kullanılmaması bozucu şartına bağlı olarak yapılan satım sözleşmesinde kötü niyet esas kabul edilir³³⁴.

2.6.3 Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmeleri

Taşınmaz satış vaadi, bir tarafa veya iki tarafa, bir taşınmazın satışına ilişkin sözleşmenin yapılmasını istemek hakkı sağlayan bir ön sözleşmedir.

³³¹ Tekinay, **a.g.e.**, s.22; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.22; Şıpka, **a.g.e.**, s.82; Beleç, **a.g.e.**, s.77.

³³² Yıldız, **a.g.e.**, s.45.

³³³ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.228; Şıpka, **a.g.e.**, s. 82; Yıldız, **a.g.e.**, s.45.

³³⁴ Feyzioğlu, **a.e.**, s.224-225; Şıpka, **a.e.**, s.83, Demirtabak, **a.g.e.**, s.65.

Bugün gerek doktrinde baskın olan, gerek yürürlükte bulunan kanunlardaki düzenleme tarzında ve uygulamada kabul edilen görüş, noterlerce düzenlenen taşınmaz satış vaadlerinin asıl satış sözleşmesinden ayrı bir hukuki müessese olduğu ve ön sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiği yolundadır³³⁵.

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 edilmelidir³³⁶.

Aktardığımız son görüş kabul edildiği takdirde taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin önalım olayı olarak kabul edilmesi gerekecektir. Ancak Yargıtay uygulamasında taşınmaz satış vaadleri bir ön sözleşme olarak değerlendirilmektedir³³⁷. Bu nedenle Şıpka'nın da belirttiği gibi, Yargıtay uygulaması göz önüne alındığında taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri önalım olayı olarak kabul edilemeyecektir³³⁸.

Ancak farklı bir ihtimalde, kendisine satış vaadinde bulunulan kişi bu satış vaadi sözleşmesine dayanarak tescil için dava açmışsa ve mahkeme kararı kesinleşmişse, üçüncü kişiye satım yapılmış ve mülkiyet geçmiş olacaktır ve önalım hakkı kullanılabilir hale gelecektir³³⁹.

Son olarak, bazı hallerde satış vaadi sözleşmesi önalım hakkının kullanılmasına etkili olmaktadır. Satıcı taşınmazdaki pay bedelini satış vaadi sözleşmesini yaptığı sırada tahsil etmesi ve tapu devir işleminin rızaen veya yargı kararı ile uzunca bir süre sonra yapılması halinde önalım hakkının kullanılması

³³⁵ Yavuz, **a.g.e.**, s.125.

³³⁶ 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.964-967; Sungurbey, **a.g.e.**, s.8, Kutlu, **a.g.e.**, s.77.

³³⁷ Yarg. 14. H.D. 15.1.1985 T. 6237/293.

³³⁸ Şıpka, **a.g.e.**, s.61; Kutlu, **a.g.e.**, s.77.

³³⁹ Mehmet Handan Surlu, **Açıklamalı ve İçtihatlı Gayrimenkul Satış Vaadi, Satış Vaadine Dayalı Tapu İptali ve Tescil, Elatmanın Önlenmesi Davaları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s.262; Demirtabak, **a.g.e.**, s.66; Ruhi, **a.g.e.**, s.367.

amacıyla açılan davada depo edilecek bedelin objektif kriterlere göre belirlenmesi paranın alım gücündeki azalmanın mahkemece göz önünde bulundurulması gerekir³⁴⁰.

2.6.4 Tapusuz Taşınmazların Satımı

Tapulama işlemleri ülkemizde hala tamamlanmış değildir, bu işlemler tamamlanmadığı için, tapusuz taşınmazlar varlığını devam ettirmektedir³⁴¹.

Taşınmazlar için yapılacak mülkiyeti nakil borcu doğuran işlemlerin TMK md.706, BK md.237 ve Tapu Kanununun md.26 gereğince ancak resmî şekilde yapılacağı bu şekle uyulmaması halinde sözleşmenin şekil eksikliği nedeni ile geçersiz olacağı, bu nedenle üzerinde mülkiyet hakkı bulunan taşınmazların resmî şekil eksikliği nedeni ile geçerli bir satış sözleşmesine konu olamayacağı kabul edilmektedir³⁴².

Bu nedenle önalım hakkının ancak tam ve geçerli bir şekilde kurulmuş satış sözleşmesi sonucunda kullanılabileceği göz önüne alındığı takdirde, resmî şekilde devredilmeyen üzerinde mülkiyet hakkı bulunan tapusuz bir taşınmaz için yasal önalım hakkı kullanılmayacaktır³⁴³.

Tapusuz taşınmazlarda, önalım hakkının kabulü üçüncü kişilerin korunması ve hukuki güvenlik sebebiyle de mümkün değildir. Tapusuz taşınmazların satımında, paylı mülkiyet ilişkisini ve dolayısıyla önalım hakkını gösteren aleniyeti sağlayan tapu kütüğündeki kayıt söz konusu olmadığından, önalım hakkı kullanılamamalıdır³⁴⁴.

³⁴⁰ Bkz. YHGK 1994/663 E. 1994/841 K. ve 14.12.1994 tarihli kararı; Olcay, **a.g.e.**, s.129.

³⁴¹ Demirtabak, **a.g.e.**, s.66.

³⁴² Oğuzman / Seliçi, **a.g.e.**, s.396; Tandoğan, **a.g.e.**, s.262; Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.**, s.577; Beleş, **a.g.e.**, s.83; Doğan Şenyüz, **a.g.e.**, s.243.

³⁴³ Özenli, **a.g.e.**, s.73; Ciğerim, **a.g.e.**, s.108. Beleş, **a.e.**, s.83.

³⁴⁴ Şıpka, **a.g.e.**, s.96.

2.6.5 Trampa Sözleşmeleri

Trampa sözleşmesi, taraflardan birinin, diğer tarafa bir veya birkaç malın teslimi ve mülkiyetini geçirmeyi; diğer tarafın da aynî şekilde başka bir veya birkaç malın teslimi ve mülkiyetini geçirmeyi taahhüt etmesi karşılığında borçlandığı bir sözleşmedir³⁴⁵.

Doktrinde ve uygulamada hâkim olan görüş trampa sözleşmelerinde önalım hakkına vermeyeceği yönündedir³⁴⁶. Trampada önalım hakkının kullanılamayacağını Yargıtay'ın da 27.03.1957 gün ve 12/2 sayılı içtihadı birleştirme kararı ile kabul ettiği görülmektedir.³⁴⁷ Ancak kural bu olmakla birlikte mutlak bir şekilde trampa sözleşmelerinin önalım olayı oluşturmayacağını söylemek doğru değildir. Zira iki farklı ihtimal halinde de önalım hakkının kullanılabilmesi mümkün olabilir. Şöyle ki, eğer trampa sözleşmesinde satıcının payı devretmesi karşılığında alıcı üçüncü kişinin, karşılık olarak önalım hakkı sahibinin de verebileceği misli bir eşya kararlaştırılmışsa bu durumda önalım hakkı kullanılır³⁴⁸.

Zira bu durumda alıcının vermekle yükümlü olduğu karşı edim önalım hakkı sahibinin de yerine getirebileceği bir edim olur.

Trampa sözleşmelerinde akla gelen bir başka ihtimal ise, tarafların mal mübadelelerindeki denkliği sağlayamamaları durumunda aradaki farkı para ile ödemeyi kararlaştırmaları durumunda satım ve trampa sözleşmelerinin unsurlarından oluşan karma bir sözleşme meydana gelmektedir.³⁴⁹ Kararlaştırılan bu denklik parasına satım sözleşmesinin hükümleri uygulanacak olup,³⁵⁰ denklik parasının sözleşmesinin başlıca konusunu oluşturacak nitelikte olması durumunda ise önalım olayının gerçekleştiğinin kabulü gerekmektedir³⁵¹.

³⁴⁵ Yavuz, **a.g.e.**, s.133; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Cumalıoğlu, **a.g.e.**, s.468.

³⁴⁶ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.247; Gürsoy / Eren / Cansel, **a.g.e.**, s.616/661; Kılıç, **a.g.e.**, s.2000; Tekinay, **a.g.e.**, s.22; Ertaş, **a.g.e.**, s.371; Ayan, s.246; Akipek, **a.g.e.**, s.216; Kırca, **a.g.e.**, s.1185; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, **a.g.e.**, s.416-417; Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.**, s.611; Özenli, **a.g.e.**, s.100; Şıpka, **a.g.e.**, s.90; Tunaboğlu, **a.g.e.**, s.423; **YİBK.** 27.03.1957 T. 12/2 sayılı karar (R.G. 21.08.1957 T. S.9687); Yarg. 6. H.D. 25.06.1954 T. 3847 E. / 3359K; Erkan, **a.g.e.**, s.68.

³⁴⁷ R.G. 21.08.1957 T. S.9687.

³⁴⁸ Şıpka, **a.g.e.**, s.91; Erkan, **a.g.e.**, s.68.

³⁴⁹ Tandoğan, **a.g.e.**, s.320; Yücel, **a.g.e.**, s.68.

³⁵⁰ Aynı, **a.g.e.**, s.320; Yücel, **a.g.e.**, s.68.

³⁵¹ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.246; Yücel, **a.g.e.**, s.68.

Son olarak, trampa gerçek bir trampa değilse, önalım hakkının kullanılmasına yönelik gizli bir satış yani muvazaa söz konusu ise, bu durum ispat edilmek kaydı ile önalım hakkının kullanılması mümkündür³⁵². Zira trampaya konu taşınmazların aralarında değer farkının olması başlı başına muvazaa olarak nitelendirilemez, başkaca delillerle de desteklenmesi gerekmektedir³⁵³.

2.6.6 Bağışlama Sözleşmeleri

Borçlar Kanunu'nun 285. maddesindeki “*Bağışlama sözleşmesi, bağışlayanın sağlar arası sonuç doğurmak üzere, malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak bir kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşmedir.*” şeklindeki tanımından da anlaşılacağı gibi bağışlama bir satış işlemi değildir. Bağışlama temlik borcu doğuran ve ivazsız, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir³⁵⁴. Her ne kadar iki taraf arasında yapılan bir sözleşme ile bir tarafın mülkiyetinde olan bir taşınmazın mülkiyet hakkı, diğer tarafa geçirilmekte ise de, bu geçirim için herhangi bir bedel alınmamaktadır.³⁵⁵ Yine belirtmek gerekir ki, TMK 732. madde de önalım hakkının kullanılabilmesi için satım şartını getirmiştir³⁵⁶.

Önalım hakkının kullanılabilmesi için önalım olayının bir ivaz içermesi gerekmektedir. Bağışlama sözleşmeleri ise her ne kadar mülkiyet hakkının devrini amaçlayan hukuki işlem olsalar da ivaz söz konusu olmadığı için önalım olayı oluşturmazlar. Bu nedenle bağışlamalarda önalım hakkı kullanılamaz³⁵⁷.

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

³⁵² Ruhi, **a.g.e.**, s.367.

³⁵³ Bkz. Yarg. 6.H.D. 2010/7497 E. ve 2010/13374 K., 07.12.2010 tarihli kararı. Olcay, **a.g.e.**, s.138.

³⁵⁴ Tandoğan, **a.g.e.**, s.342; Aral / Ayrancı, **a.g.e.**, s.189.

³⁵⁵ Özenli **a.g.e.**, s.102. Köylüoğlu, **a.g.e.**, s.86; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Cumalıoğlu, **a.g.e.**, s.470.

³⁵⁶ Olcay, **a.g.e.**, s.144.

³⁵⁷ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.260–272; Gürsoy / Eren / Cansel, **a.g.e.**, s.616; Tekinay, **a.g.e.**, s.25, d.n.26; Tunaboğlu, **a.g.e.**, s.557–558; Velidedeoğlu / Esmer, **a.g.e.**, s.424., Kutlu, **a.g.e.**, s.66; Yavuz, **a.g.e.**, s.188.

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 niteliğinin ağır bastığı ve bu tür işlemlerde önalım hakkının kullanılabileceği; buna karşılık, karşı edimin bağışlanan malın değerinden az olması durumunda işlemin bağışlama niteliğinin ağır bastığı ve bu durumda önalım hakkının kullanılamayacağı kabul edilmektedir³⁵⁸.

Uygulamada bazen gerçek amaç satış olduğu halde tapu sicilindeki işlem bağış gösterilmekte ve önalım hakkının kullanılması engellenmeye çalışılmaktadır. Fakat bağışlama gerçek bir bağışlama değilse, önalım hakkının kullanılmasına yönelik gizli bir satış yani muvazaa söz konusu ise, bu durum ispat edilmek kaydı ile önalım hakkının kullanılması mümkündür³⁵⁹.

Zira Yarg. 6.H.D. 2002/953 E. ve 2002/1126 K. Sayılı 19.2.2002 tarihli bir kararında, “...tapudaki işlemin bağış olduğu açıkça belirtilip aksinin ispat edilememesi durumunda şuf’a hakkından söz edilemeyeceğini, hükme bağlamıştır³⁶⁰. Yine bir başka 27.3.1957 tarihli 1956/12 E. ve 1957/2 K. Sayılı bir YİBK da ise özet olarak, “...ortak mülkiyetin paydaşının payını karı ve kocaya, çocuklarına yahut akrabaya temlik ederse görünüşte satış sözleşmesi yapılsa bile gerçekte miras hukuku ile ilgili amaçların ya da bağışlama gibi düşüncelerin hâkim olduğu durumlarda önalım hakkının kullanılamayacağına...” hükmedilmiştir³⁶¹.

2.6.7 Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmeleri

Öğretide, ölünceye kadar bakma sözleşmesi için, “ bir malvarlığı ediminin devri karşılığında bir kimsenin hayatı sonuna kadar bakılmasını gerektiren talih ve tesadüfe bağlı bir sözleşmedir.” tarzında bir tanım önerilmiştir³⁶². Borçlar Kanunu’nun 611. maddesinde yer verilen tanıma göre, “Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, bakım borçlusunun bakım alacaklısını ölünceye kadar bakıp gözetmeyi,

³⁵⁸ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.257–258.

³⁵⁹ Ruhi, **a.g.e.**, s.368; Olcay, **a.g.e.**, s.144.

³⁶⁰ (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 29.05.2015), Olcay **a.g.e.**, s.144-145.

³⁶¹ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Karar Özetleri, Ankara 1999, s.176; Ruhi, **a.g.e.**, s.368.

³⁶² Yavuz, **a.g.e.**, s.813.

bakım alacaklısının da bir malvarlığını veya bazı malvarlığı değerlerini ona devretme borcunu üstlendiği sözleşmedir.”

Bakım alacaklısının devredeceği malvarlığı değerinin konusunu taşınmaz oluşturuyorsa, taşınmaz mülkiyetinin devri için gereken usule tabi olacaktır. Bakım alacaklısı, taşınmaz bakım borçlusu adına tescil ettirecektir.³⁶³ Önalım hakkı bakımından ise sorgulanması gereken husus, bakım alacaklısı tarafından yapılan bu taşınmaz devrinin, önalım hakkını doğurup doğurmayacağıdır. Belirtmek gerekir ki, bu devir satış olarak nitelendirilemez.³⁶⁴ Çünkü burada bir satış işlemi bulunmayıp, sadece sözleşmeye bağlı bir taahhüt söz konusudur.³⁶⁵

Sonuç olarak; ölünceye kadar bakma sözleşmesinden doğan borcun ifası amacıyla bir taşınmaz payının devredilmesi halinde, önalım hakkı kullanılabilir hale gelmez³⁶⁶.

Bir payın, ölünceye kadar bakma sözleşmesi uyarınca, bakım borçlusuna devredilmesi halinde veya payın bir şirkete sermaye olarak koyulması halinde de, önalım hakkı kullanılamaz³⁶⁷. Ertaş’a göre, B.K. 240/1’de “önalım hakkının satıştan başka ekonomik bakımından satışa eşdeğer her türlü işlemde de kullanılabilir” hükmü bu görüşün savunulabilirliğini güçleştirmiştir³⁶⁸.

Yine yukarıda diğer hallerde olduğu gibi muvazaaya yönelik iddiaların da kanıtlanması durumunda, önalım hakkının kullanılabilmesi de gözden kaçırılmamalıdır.

2.6.8 Paydaşlar Arasındaki Satışlar

Medeni Kanun’un 732. maddesi, yasal önalım hakkından söz ederken paylı taşınmazdaki payın üçüncü bir şahsa satılması halinde önalım hakkının kullanma

³⁶³ Demirtabak, **a.g.e.**, s.71.

³⁶⁴ Olcay, **a.g.e.**, s.152.

³⁶⁵ Ruhi, **a.g.e.**, s.372; Yıldız, **a.g.e.**, s.55.

³⁶⁶ Hayoz, **a.g.m.**, s.282; Karahasan, **a.g.e.**, s.1139; Demirtabak, **a.g.e.**, s.72.

³⁶⁷ Yarg. 6. H.D. 3.2.1987 T. 15821 E. 979 K.

³⁶⁸ Ertaş, **a.g.e.**, s.385.

yetkisi doğacağını ifade eder. Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyet ilişkisi kurulduğu anda vücut bulur ve buradaki bir payın üçüncü bir şahsa satılması ile kullanılır hale gelir. Bir taşınmazın paydaşları ise üçüncü kişi sayılmamıştır. Bu itibarla, paydaşlar arasında yapılan pay satışı sebebiyle önalım hakkı kullanılamaz ve önalım davası açılmaz. Gerek öğretide ve gerekse yargı kararlarında egemen olan görüş de budur³⁶⁹.

Ancak önemle belirtmek gerekir ki, bu durum önalım hakkının yalnız yasadan doğması hali için söz konusudur. Zira önalım hakkının sözleşmeden kaynaklanması durumunda, paydaşların kendi aralarında ve paydaşı oldukları taşınmazdaki payları için bir önalım sözleşmesi yapmaları mümkündür. Bu önalım sözleşmesinin tapuya şerhine bile gerek yoktur. Bu nedenle önalım hakkının sözleşmeden doğması halinde böyle mutlak bir yasaktan söz etmek mümkün değildir³⁷⁰.

Sözleşmeden doğan önalım olayında olumsuz (negatif) koşul olarak, yasal önalım hakkının varlığı gösterilmektedir³⁷¹. Gerçekten de sözleşmeden doğan önalım hakkı, paylı mülkiyet konusu dışında bir taşınmaz bakımından tanınmışsa sorun yoktur; ancak sözleşmeden doğan önalım hakkı, paylı mülkiyet konusu taşınmazın paydaşlarından birisi tarafından 3. bir kişiye tanınmışsa, yasal önalım hakkı sahibi olan paydaşlarla sözleşmeden doğan önalım hakkı arasında bir öncelik ilişkisi olacak mıdır? Bu konuda genel kabul gören görüş, yasal önalım hakkına öncelik tanınması gerektiği yönündedir; yani süresinde yasal önalım hakkı kullanılmazsa, sözleşmeden doğan önalım hakkı kullanılabilecektir³⁷². İsviçre’de bu yönde açık hüküm vardır (İMK 681/III,c.2)³⁷³. Bizde ise bu yönde bir açık hüküm yoktur; ancak bizde de aynı sonuç kabul edilmektedir. Bu yönüyle yasal önalım hakkının varlığı, sözleşmeden doğan önalım hakkı bakımından olumsuz koşuldur; başka bir deyişle, sözleşmeden

³⁶⁹ Feyzioğlu **a.g.e.**, s.244.vd.; Şıpka, **a.g.e.**, s.97.vd.; Tekinay, **a.g.e.**, s.41.vd.; Karahasan, **a.g.e.**, s.999; Oğuzman / Seliçi / Özdemir, **a.g.e.**, s.425; Çay, **a.g.e.**, s.79; Olcay, **a.g.e.**, s.129; Yarg. 6. H.D. 4.6.2001 T. 2001/4457 E. 2001/4599 K. (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

³⁷⁰ Yıldız, **a.g.e.**, s.43.

³⁷¹ REY, Vorkaufsrecht, s.46; Aydoğdu, **a.g.e.**, s.27. d.n.94’ten naklen.

³⁷² Ertaş / Serdar / Gürpınar Kn.1798; Feyzioğlu, s.111; Kutlu, s.29; HGK. 14.12.1994 (YKD. 1995/6, s.861); Aydoğdu, **a.e.**, s.27.

³⁷³ İMK 681/III, c.2 hükmüne göre, “Yasal önalım hakkı, sözleşmeden kaynaklanan önalım hakkından önce gelir.”

doğan önalım hakkının kullanılabilmesi için yasal önalım hakkının söz konusu olması ya da varlığına rağmen yasal önalım hakkının kullanılmaması gerekir³⁷⁴.

2.6.9 Payın Bir Ortaklığa Sermaye Olarak Konulması

Bilindiği üzere, ticari şirketler tüzel kişiliği haiz olup, işletme amacını gerçekleştirmek için kurulurlar. Bu amacın gerçekleştirilmesi için ortaklar emeklerini tahsis edebilecekleri gibi, önalım konusu şeyi de tahsis edebilirler³⁷⁵.

TTK'nin 127–133. maddeleri arasında, ticaret şirketlerinde sermaye koyma borçlarına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Türk Ticaret Kanununun “*Sermaye Koyma Borcu*” başlıklı 127. maddesinde, her türlü taşınmazın ve taşınmazların faydalanma ve kullanma haklarının sermaye olarak ticari şirkete getirilebileceği yer almaktadır. 128. maddede ise, sermaye olarak taşınmaz mülkiyetinin veya taşınmazların kullanma ve faydalanma haklarının konulması taahhüdü yer alan şirket sözleşmesi hükümleri resmi şekil aranmaksızın geçerli olacağı belirtilmiştir. Yine aynî maddenin devamında da taşınmaz mülkiyetinin veya diğer aynı bir hakkın sermaye olarak konulması hâlinde, şirketin bunlar üzerinde tasarruf edebilmesi için tapu siciline tescilinin gerekli olduğu ifade edilmiştir.

Bir kimsenin taşınmazdaki payını bir şirkete sermaye olarak koyması durumunda, mülkiyet tüzel kişi olan şirkete intikal eder ve üçüncü bir şahıs olan şirket müşterek paydaşlar arasında yer alır.

Taşınmaz malların devir ve temlikinin şirket esas sözleşmesinde taahhüt edilmesi, bunları mülkiyetinin doğrudan şirkete geçmesi sonucunu doğurmaz. Bunun için ayrıca taşınmazın kayıtlı bulunduğu tapu sicil müdürlüğünde tescil işlemi yapılmalıdır³⁷⁶. Pay temlik karşılığında bedel alınmadığından satım akdinden ve dolayısıyla önalım hakkından söz edilemez. Önalım hakkının niteliği ve meydana getirilme amacı göz önünde tutularak, gerek öğretide ve gerekse uygulamada

³⁷⁴ Aydoğdu, **a.g.e.**, s.28.

³⁷⁵ Yıldız, **a.g.e.**, s.46.

³⁷⁶ Ruhi, **a.g.e.**, s.370

taşınmazın bir ortaklığa sermaye olarak konulması durumunda önalım hakkının kullanılamayacağı ilkesi tartışmasız kabul edilmiştir.

Yargıtay'ın 27.3.1957 gün ve 12/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçe bölümünde de *"hibe, trampa ve sermaye vazı gibi tasarruflarda şuf'a hakkının cereyan etmeyeceği"* vurgulanmıştır³⁷⁷.

TBK 240 gerekçesinde vurgulandığı üzere, bir gayrimenkul yatırım ortaklığına ait hisselerin bütünüyle devri halinde bu işlem, fıkra anlamında ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlem niteliğinde sayılabilecektir³⁷⁸. Doktrinde Aydoğdu'ya göre, sadece GYO'nun tüm hisselerinin değil de bu ortaklıkta yer alan bir taşınmaz üzerinde önalım hakkı tanınmış veya GYO sadece bütünlük arz eden bir taşınmaz ya da birçok bloktan oluşan siteden oluşuyorsa ve bu taşınmaz/taşınmaz bütünü 3. kişilere satılmış veya satışa eşdeğer bir işlem yapılmışsa, önalım hakkı tanımak gerekir³⁷⁹.

Yine Aydoğdu'ya göre, finansal kiralamada da, finansal kiracıya üzerinde önalım hakkı olan bir taşınırı veya taşınmazı satın alma hakkı tanınmış ve süre sonunda bu hak finansal kiracı tarafından kullanılmışsa, bu durum satışa eşdeğer işlem olarak kabul edilerek önalım hakkının tanınması gerekir³⁸⁰.

2.6.10 Payların Hep Birlikte Devri

Esasen, payların hep birlikte devri hususu, sözleşmeden doğan önalım hakkı ile değil, bu hakkın bir diğer çeşidi olan kanundan doğan önalım hakkı ile ilgili bir işlemdir. Buna göre, bir mala paydaş olarak malik olan paydaşların paylarını kısmen yahut tamamen dışarıdan 3. bir kişiye devir edilmesi durumunda geriye hiçbir paydaş da kalmayacağından önalım hakkı söz konusu olmayacaktır³⁸¹.

³⁷⁷ Oğuzman / Seliçi / Özdemir, **a.g.e.**, s.425; Karahasan, **a.g.e.**, s.997.vd.; Ertaş, **a.g.e.**, s.379; Çay, **a.g.e.**, s.84; Olcay, **a.g.e.**, s.143. (R.G. 21.08.1957 T., S.9687).

³⁷⁸ Aydoğdu, **a.g.e.**, s.45.

³⁷⁹ Brückner, N.84; Murat Aydoğdu, **a.e.**, s.55'ten naklen.

³⁸⁰ Aydoğdu, **a.e.**, s.55.

³⁸¹ Tekinay, **a.g.e.**, s.43; Demirtabak, **a.g.e.**, s.74.

2.6.11 Cebri Artırma Yoluyla Yapılan Satışlar

Artırma, önceden belirlenmiş zaman ve yerde önceden belirlenmiş şartlarla bir kimse ile hazır bulunan kimseler arasında en iyi teklifi yapanla satım sözleşmesinin kurulmasına dair yapılan müzakeredir.³⁸² Daha önce de değinildiği üzere, artırma ile satışın, cebri artırma, ihtiyari açık artırma ve ihtiyari özel artırma olmak üzere üç türü vardır.

Bu konu başlığımız olan cebri artırma ise,³⁸³ satım konusu şey üzerinde tasarrufa yetkili kişinin rızasına bakılmaksızın resmi makamlar tarafından yapılan satımdır. Cebri icra arttırmalarında önalım hakkının kullanılamamasının gerekçesi; bu işlemin malikin serbest iradesine dayanan gerçek bir satım değil, kamu gücüne dayanan bir işlem olmasıdır³⁸⁴. Örneğin hacizli malların, rehinli malların satımı, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'a³⁸⁵ göre yapılan satımlar cebri arttırmayla yapılan satımlardır³⁸⁶.

Cebri artırma yolu ile yapılan satışlarda 743 sayılı Medenî Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde, öğretide, önalım hakkının kullanılıp kullanılmayacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmekte olup, bu görüş ayrılıklarının temeli ise, cebri artırmanın hukukî nitelendirilmesindeki farklılıklardan kaynaklanmakta idi³⁸⁷. Cebri artırma ile yapılan satışların önalım olayı oluşturmayacağı görüşünün temelini, cebri arttırmayla yapılan satışın malikin serbest iradesine dayanmadığı, kamu hukuku nitelikli bir tasarruf işlemi olduğu oluşturmaktaydı.³⁸⁸ Öte yandan cebri arttırmaların önalım olayı olarak kabul edilmesi durumunda arttırmaya giren üçüncü kişilerin arttırma konusu payı satın aldıktan sonra önalım hakkı ile karşılaşmamak için ihaleye katılmak istemeyecekleri ileri sürülmüştür³⁸⁹. Kimse önalım hakkı tehdidi altında bulunan bir şeye parasını bağlamak istemez. Bu nedenle önalım hakkı konusu şeyin ekonomik değeri düşüktür. Cebri arttırmada amaç, artırma konusu şeyin sahip

³⁸² Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s.186.

³⁸³ Bkz. Yukarıda 2.6.1.

³⁸⁴ Kırca, **a.g.e.**, s.1184; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, **a.g.e.**, s.438; Tunaboğlu, **a.g.e.**, s.576; Kutlu, **a.g.e.**, s.68.

³⁸⁵ R.G. 28.7.1953, S.8469.

³⁸⁶ Tandoğan, **a.g.e.**, s.320; Yavuz, **a.g.e.**, s.210; Aral, **a.g.e.**, s.183. Demirtabak, s.75.

³⁸⁷ Bkz. Yavuz, **a.g.e.**, s.213; Özenli, **a.g.e.**, s.99; Beleş, **a.g.e.**, s.80.

³⁸⁸ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.253; Erkan, **a.g.e.**, s.71.

³⁸⁹ Mithat Sancar, "Cebri Arttırma Yoluyla Satımlarda Önalım Hakkına İlişkin Bir Yargıtay Kararı" Yargıtay Dergisi, S.13, 1987, s.72 vd., s.76- 77; Erkan, **a.e.**, s.72.

olabileceği en yüksek bedelle satılmasıdır. Oysa önalım konusu şey pek müşteri çekmez artırma da beklenen sonucu vermez. İşte bu durumu dikkate alan 4721 sayılı TMK. 733/1 maddesinde, “*Cebri artırma yoluyla yapılan satışlarda önalım hakkı kullanılamaz.*” hükmünü getirmiştir. Bu nedenle, cebri artırma ile yapılan satımlarda önalım hakkının kullanılamayacağı görüşü yasal dayanağını bulmuştur.³⁹⁰ Bu hüküm, TMK. md.735/III’ün atfı dolayısıyla sözleşmeden doğan önalım hakkına da uygulanacaktır.

İsviçre hukukunda da, sözleşmeden doğan önalım hakkının cebri artırma halinde kullanılamayacağı kabul edilmektedir. (OR. Art. 216/c) Buna karşılık, yasal önalım hakkında önalım hakkı cebri artırma halinde sadece ilk ihale edilen kişiye karşı kullanılabilir (ZGB. Art. md.681/I)³⁹¹.

2.6.12 Fiilen Taksim Halinde Önalım Hakkının Kullanılması

Fiilen bölünme, önalım hakkının konusunu oluşturan taşınmazın paydaşlar arasında özel olarak paylaşılması ve her bir paydaşın kendisi için belirlenen yeri kullanması halidir.

Önalım hakkının ilişkin bulunduğu taşınmazın paydaşlar arasında eylemli olarak taksim edilmesi halinde yasal önalım hakkının kullanılmasını önleyen açık bir kanun hükmü yoktur. Ancak, Medeni Kanun’un 2. Maddesi gereğince “*herkes haklarını kullanmakta ve borçlarını ifada iyi niyet kaidelerine riayet etmekle mükelleftir.*”³⁹².

Fiili paylaşım durumlarında Yargıtay, önalım hakkına konu olan paya ilişkin taşınmaz, paydaşlarca kendi aralarında özel olarak parsellenip paylaştırılmışsa ve her paydaş, paylaştırma sonucu belli bir kısmı kullanırken, bu paylardan biri üçüncü şahsa satılmışsa; fiili paylaşıma ses çıkarmayan ve paylarını uzunca bir süre

³⁹⁰ Yıldız, **a.g.e.**, s.63.

³⁹¹ Kırca, **a.g.m.**, sh.1187; Şıpka, **a.g.e.**, sh.103; Çay, s.30.

³⁹² Çay, **a.e.**, s.90.

kullanan paydaşların daha sonra önalım hakkını kullanmaları MK. md.2’de yer alan dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağı yönünde kararlar vermektedir³⁹³.

Görüleceği üzere, sözleşmeden doğan önalım hakkının niteliği bakımından bu türde bir inceleme konusu olacağı düşünülememektedir.

2.6.13 Dostluk Satışlarında

Dostluk satışı, bir taşınmazın çeşitli nedenlerle değerinden az bir bedelle bir akrabaya veya diğer bir şahsa satılmasıdır³⁹⁴.

Yakın akrabalara yapılan satışlar (dostluk satışları) konusunda da öğreti ve yargı kararları birbiriyle farklılık arz ederken Yargıtay İçt. Bir. K. (27.3.1957 gün ve 12/2 sayılı, R.G. S.9687) ile bu konu açıklığı kavuşturulmuş ve *“müşterek mülkün hissedarının hissesini karı ve kocaya, evlada veya akrabaya temlik etmesi halinde şeklen satış akdi bulunsa bile gerçekte satıştan gayri düşünceyle miras hukukuna ilişkin amaçla veya bağışlama amacıyla yapılan temliklerde şufa hakkının cereyan etmeyeceği”* ifade edilmiştir³⁹⁵.

Satışın dostluk satışı niteliğinde bulunup bulunmadığı olayın ve çevrenin özelliklerine bakılarak belli edilmelidir. Zira bazı yazarlara göre³⁹⁶, tapuda harcın az ödenmesi amacı ile bedelin düşük gösterilmesinin dostluk satışı biçiminde nitelendirilemeyecektir. Dostluk satışının yapılmasından sonraki süreçte, önalım hakkı sahibinin, hakkını kullanmak istediği durumda, Erdoğan³⁹⁷’a göre burada ödenecek bedel ön alımlı payın satış tarihi itibarıyla saptanacak gerçek bedeli olacaktır.

³⁹³ Y. 6. H.D. 15.02.2005 T. 2005/135 E. 2005/1029 K.; Yarg. 6. HD. 03.05.2005 T. 2005/2962 E. 2005/4462 K.; Yarg. 6. H.D. 17.06.2005 T. 2005/4912 E. 2005/4978 K. (Yayımlanmamıştır); Yarg. 6. H.D. 25.01.2005 T. 2004/10135 E. 2005/186 K.; Erkan, **a.g.e.**, s.110.

³⁹⁴ Köylüoğlu, s.70.

³⁹⁵ Feyzioğlu (**Şuf’a**), **a.g.e.**, sh.262.vd.; Şıpka, **a.g.e.**, sh.97.vd.; Karahasan, **a.g.e.**, sh.991.vd.; Oğuzman / Seliçi / Özdemir, **a.g.e.**, sh.426; Çay, s.80.

³⁹⁶ Bkz. Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.244; Sebük, **a.g.e.**, s.81.

³⁹⁷ Erdoğan,C., **a.g.e.**, s.659; Köylüoğlu, **a.g.e.**, s.71.

2.6.14 Tecrübe ve Muayene Şartıyla Yapılan Satışlarda

Doktrinde “*beğenme koşuluyla satış*” olarak da adlandırılan bu satış, alıcının satılanı deneyerek ve gözden geçirerek beğenmesi koşuluyla yapılan satıştır. (TBK md.249). Alıcının satılanı beğenmesi (tasvibi) iradi geciktirici şarttır³⁹⁸.

Tecrübe ve muayene şartıyla yapılan satışların, Borçlar Kanunu’ndaki normal satış sözleşmesinden ayırt edilmesini sağlayan en önemli ayrıntı, bu sözleşmelerin geciktirici bir koşula bağlı kılınarak akdedilmesidir. Buradaki geciktirici (taliki) koşul ise, alıcı tarafın almış olduğu malı denemesi, kullanması sonucu beğenmesi ve beğenmesini satıcıya bildirmesidir.

Bu tür satımlarda sözleşme başlangıçtan itibaren geçerli şekilde doğmuştur. Mülkiyetin alıcıya geçmesi ise, geciktirici şartın yerine getirilmesi ile olacaktır. Dolayısıyla önalım hakkı sahibi, alıcının bu beyanda bulunmasını beklemeksizin önalım hakkını kullanabilir³⁹⁹.

2.6.15 Kısmi Satışlarda

Kısmi satım, bir şeyin belirli bir bölümünün satışa konu edilmesidir. Bir şeyin tamamı veya belirli bölümünün kısım kısım ifa edilecek şekilde de satılması mümkündür⁴⁰⁰.

EMK’da, önalım hakkı sahibinin, bu hakkını, paydaşın payını bir üçüncü kişiye satması halinde kullanılabileceği öngörülmüş, ancak paydaşın payın tamamını değil de, bir kısmını bir üçüncü kişiye satması halinde de önalım hakkının kullanılıp kullanılamayacağı hükme bağlanmamış idi. (EMK. md.659). Yeni yasa ise, 732. maddesinde “*paylı mülkiyette paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen bir üçüncü kişiye satması halinde*” önalım hakkının kullanılabileceğini

³⁹⁸ Aral / Ayrancı, **a.g.e.**, s.177.

³⁹⁹ Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Hususi Kısmı Akdin Muhtelif Nevileri**, İÜHF, 1970, s.148; Yıldız, **a.g.e.**, s.55-56.

⁴⁰⁰ Feyzioğlu, **Akdin Muhtelif Nevileri**, s.148; Yıldız, **a.e.**, s.27.

öngörmek suretiyle, önceki yasada yer almayan bu husus açıklığa kavuşturulmuştur⁴⁰¹.

Kısmi satımlarda önalım hakkı sadece satılan kısım için söz konusudur. Yoksa o şeyin tamamı için önalım hakkı kullanılamaz. Kısım kısım ifa edilen satımlarda ise ön alımcı satılan şeyi kısım kısım kabul etmek koşulu ile önalım hakkını kullanabilir. Her ifa edilecek kısım için öngörülen ifa zamanları ön alımcı için de geçerli olduğundan o şeyin tamamını bir defada istemesi mümkün değildir.

Kanaatimizce, yasadan kaynaklı önalım hakkında uygulanan bu durumun aynı zamanda sözleşmeden doğan önalım hakkına da uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır. Sözleşme ile bir mal üzerinde önalım hakkı sahibine hak tanıyan önalım hakkının yükümlüsünün sözleşmedeki malın belirli ve bölünebilen bir kısmını dışarıdan 3. kişiye satması halinde, hak sahibinin de o belirli ve bölünebilen kısım üzerindeki hakkının yok olması mümkün olmayacağından, önalım hakkı sahibinin hakkını da kullanması gerekir.

2.6.16 Taksitli ve Bedeli Muaccel Satışlarda

Veresiye satımların bir türünü oluşturan taksitle satışlar, TBK'nin 253/1'de tanımlanmıştır. Buna göre, taksitle satış, satıcının, taşınır alıcıya satış bedelinin ödenmesinden önce teslim etmeyi, alıcının da satış bedelini kısım kısım ödemeyi üstlendikleri satıştır.⁴⁰² Taksitle satımın konusu mutlaka taşınır eşya olmalıdır. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun önalım hakkıyla ilgili düzenlemesi ve BK'nin 253. maddesi karşısında taşınmaz satımında taksitten söz etmek mümkün değildir. Bununla beraber fiili olarak taşınmazın taksitle satımı durumunda önalım hakkı kullanılabilir. Fakat bu hâlde satım gerçekte taksitli olmasına rağmen ön alımcı satış bedelinin tümünü ödemek durumundadır. Ancak satış vadeli ise, ön alımcı için de bu vade geçerlidir⁴⁰³.

⁴⁰¹ Kırca, **a.g.m.**, sh.1187; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, sh.351; Çay, s.30.

⁴⁰² Aral / Ayrancı, **a.g.e.**, s.178-179.

⁴⁰³ Feyzioğlu, **Akdin Muhtelif Nevileri**, s.148; Yıldız, **a.g.e.**, s.56.

2.7 SÖZLEŞMEDEN DOĞAN ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASI

2.7.1 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*” denilmektedir⁴⁰⁴.

Önalım olayı, taşınmazın üçüncü bir kişiye satılmasıyla gerçekleşmekle birlikte, satım benzeri bazı işlemler de önalım olayı olarak kabul edilmektedir. Bu hukuki işlemlere yukarıda değinilmiştir⁴⁰⁵.

Önalım hakkının kullanılması için önalım olayı bir önkoşuldur. Bu önkoşul gerçekleştikten sonra Türk Medeni Kanunu’nun ve Borçlar Kanunu’nun önalım yükümlüsüne ve önalım hakkı sahibine yüklediği külfetlerin yerine getirilmesi gerekmektedir. Önalım yükümlüsü veya önalım hakkı konusu taşınmazı alan üçüncü kişinin, önalım olayının gerçekleştiğini önalım hakkı sahibine bildirmeleri zorunludur⁴⁰⁶. Önalım hakkı sahibi de hakkını süresinde dava açarak kullanmalıdır.

Önalım hakkının kullanılması gerek Medeni Kanun’da gerekse de Borçlar Kanunu’ndaki maddeler ile düzenlenmiştir. Medeni Kanun’un ifadesiyle, payın üçüncü kişiye kısmen veya tamamen satılması durumunda önalım hakkı kullanılabilir. (MK md.732)

Yine, Medeni Kanun’un ifadesi ile yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümler sözleşmeden doğan önalım hakkında da uygulanır. (MK md.735/f.3). Ancak, 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu’nda da sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılmasına ilişkin olarak benzer hükümlere yer verilmiştir. Bu durumda, yeni kanunun aynı konudaki hükümlerinin Medeni

⁴⁰⁴ Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.**, s.609; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, **a.g.e.**, s.537 vd; Şıpka, **a.g.e.**, s.43; Kutlu, **a.g.e.**, s.44.

⁴⁰⁵ Bkz. 1.6.

⁴⁰⁶ Bkz. TMK. md.733, TBK. md.241.

Kanun'da kanundan doğan önalım hakkına ilişkin olup MK. 735/III uyarınca sözleşmeden doğan önalım hakkına da uygulanabilen hükümlerin yerine geçtiğinin kabulü gerekir⁴⁰⁷.

Borçlar Kanunu'nun 240. maddesinde, önalım hakkı, taşınmazın satışı ya da ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her türlü işlemin yapılması hâllerinde kullanılabileceği ifade edilmişken; 242. maddede ise bu hakkın hangi şartlara binaen kullanılması gerektiği hususu düzenlenmiştir.

Önalım hakkının kullanılabilmesi için bir takım koşulların, önalım hakkının kullanılacağı somut olayda gerçekleşmiş olması gerekir. Aksi halde önalım hakkının kullanılması mümkün olmaz. Aşağıda sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılabilmesi için gerekli olan bu koşullar açıklanmaya çalışılacaktır.

2.7.2 Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkının Kullanılmasını Sağlayan Koşullar

2.7.2.1 Satımın Gerçekleştiğinin Ön Alıcı Tarafından Öğrenilmesi

Önalım hakkının kullanılabilmesi için önalım olayını doğuran satış sözleşmesinin önalım hakkı sahibi tarafından öğrenilmesi gerekmektedir. Satış sözleşmesinin bütün şartları ile öğrenilmesi hem önalım hakkının kullanılması hem de hak düşürücü sürenin başlangıcının ispatı açısından önem taşımaktadır⁴⁰⁸.

Gerçekten de önalım olayının hak sahibine bildirilmesi ile hem önalım sözleşmesinin taraflar bir an önce önalım hakkı korkusundan kurtulmalarını sağlamakla, önalım hakkı sahibi de, kendisine yapılan bildirim neticesinde, önalım hakkını kullanıp kullanmayacağına karar verebilecektir. Zira bir taşınmaz satın alan kişinin en büyük korkusu, önalım hakkının kullanılmasıdır. Böyle bir durumda alıcı, boşuna bir taşınmaza para bağlamış duruma düşecektir⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ Sirmen, **a.g.e.**, s.451.

⁴⁰⁸ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.198; Şıpka, **a.g.e.**, s.130-131; Karahasan, **a.g.e.**, s.173; Yaşar, Mert; **Yeni Medeni Kanunda Önalım Hakkına İlişkin Değişiklikler**, Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi, s.2/42, İstanbul, 2002; Beleş, **a.g.e.**, s.54.

⁴⁰⁹ Yıldız, **a.g.e.**, s.66.

2.7.2.2 Satımın Bildirilmesi Zorunluluğu

Gerek 2012 yılında yürürlüğe giren 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nun 241. maddesi gerekse de Türk Medeni Kanunu’nun 733. maddesinde, yapılan satışın, satıcı veya alıcı tarafından noter aracılığı ile önalım hakkı sahibine bildirilmesi zorunluluğu getirilmiştir⁴¹⁰.

Her ne kadar, Medeni Kanun’un 733/f.3 maddesinde, satımın diğer paydaşlara bildirilmesinden söz ediliyorsa da, burada düzenlenen yasadan doğan önalım hakkı olduğundan yasa koyucunun paydaş sözcüğünü kullanması doğrudur. Zira 735/son maddesinde yasadan doğan önalım hakkının kullanılmasına ilişkin hükümlerin, sözleşmeden doğan önalım hakkına da uygulanacağı öngörüldüğünden, yasanın 733. maddesindeki “*paydaşlara*” kısmının sözleşmeden doğan önalım hakkı söz konusu olduğunda “*önalım hakkı sahibine*” şeklinde anlaşılması gerekmektedir.

Zira Borçlar Kanunu’nun da 241. maddesinde de Medeni Kanun ile paralel olarak, sözleşmeden doğan önalım hakkında da satışın önalım hakkı sahibine bildirilmesi zorunluluğu tekrarlanmış bulunmaktadır⁴¹¹.

Belirtmek gerekir ki, Eski Medeni Kanun döneminde, Eski MK md.658/II, satıcının haber verme yükümlülüğünde bahsederken alıcı üçüncü kişinin böyle bir yükümlülüğünden bahsetmiyordu. TMK. md.733/f.III’e göre, “*Satışın alıcı veya satıcı tarafından, diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirilmesi gerekir.*” Bu hüküm, EMK’de olmayan yeni bir düzenleme getirmektedir. Bu hükmü getirmekle kanun koyucunun amacı ise, uygulamada en büyük sıkıntıya neden olan önalım hakkı sahibinin, satıştan haberdar olmadığı iddiasıyla bu hakkın kullanılabileceği üst süre olan on yılın bitimine kadar bu hakkını kullanmasının önlenmesidir. Medeni Kanun’un değişiklikten önceki düzenlemesinde sadece satıcıya durumu bildirme

⁴¹⁰ Ayrıca, yasanın metninden de anlaşılacağı üzere, satışı diğer paydaşlara bildirme yetkisi ve zorunluluğunun sadece satıcıya değil, alıcı konumundaki üçüncü kişilere de ait olduğu anlaşılmaktadır. Olcay, **a.g.e.**, s.17.

⁴¹¹ Yıldız, **a.g.e.**, s.67.

zorunluluğu yüklenmişti. (EMK. md.658/f.II.c.2) Yeni düzenlemede ise satışı diğer paydaşlara bildirme yükümlülüğünün sadece satıcıya değil, alıcı konumundaki üçüncü kişilere de tanındığı anlaşılmaktadır⁴¹².

Önalım olayının yani satışın bildirilmesi yapılmamasına rağmen önalım hakkı sahibi satışı öğrenmiş ise yine iki yıllık süre mi yoksa öğrenmeden itibaren üç aylık süre mi geçerli olacaktır? Ertaş'a göre, öğrenmeden itibaren üç aylık süre uygulanmalıdır. Çünkü bildirim amacı paydaşların satışı öğrenmesini sağlamaktır. Ancak burada öğrenme olgusunu kanıtlama yükü davalılara düşecektir. (MK md.5)⁴¹³.

Yasa, bu hükmüyle, eskiden önalım hakkının kötüye kullanılmasından doğan haksızlıkları gidermek istemiştir. Taşınmazdaki bir payın bir üçüncü kişiye satılması halinde, alıcı ve satıcı açısından diğer paydaşlarının önalım hakkını kullanıp kullanmayacakları konusunu bir an önce açıklığa kavuşturulması zorunluluğu vardır.

Önalım hakkı sahibi, çoğu kez satıştan haberdar olduğu halde uzun süre beklemekte, yeni haberler olduğu iddiası ile bu hakkını kötüye kullanarak alıcıya zaman verebilmektedir. İşte, bu tür kötüye kullanımları önlemek amacıyla kanun koyucu, satışın diğer paydaşlara bildirilmesi olanağını getirmiştir. Yasa, bu bildirimden noterden yapılmasını öngörmüştür. Ayrıca, diğer paydaşlara satışı bildirme yetkisi sadece satıcıya değil, alıcıya da tanınmıştır.

Gerek BK 242, gerek MK 733/IV, yeni maliklerin, hak sahibinin önalım olayını öğrenip öğrenmediği, dolayısıyla hakkını kullanıp kullanmayacağı konusunda belirsizlik içinde kalmalarını önlemek için getirilmiştir. Belirsizlik içinde kalması istenmeyen satıcıya ve alıcıya, önalım olayını bildirme yükümlülüğü getirilerek, hak sahibinin bildirimden itibaren bu hakkını kullanması için üç aylık süreyi başlatma imkânı tanınmıştır. Satıcı veya alıcı, noter aracılığıyla yapacağı bildirimle, en fazla üç ay beklemek suretiyle hukuki durumunu belirgin hale getirebilir⁴¹⁴.

⁴¹² Kılıçoğlu, **a.g.e.**, sh.353; Çay, **a.g.e.**, s.33.

⁴¹³ Ertaş, **a.g.e.**, s.388.

⁴¹⁴ Sirmen, **a.g.e.**, s.451.

Alıcı ve satıcı için getirilmiş bildirim yükümlülüğünün tapu memuru için de geçerli olduğu belirtilmektedir. (TMK m.1019). Bu hükme göre: “*Tapu memuru, ilgililerin bilgisi dışında yaptığı işlemleri onlara tebliğ etmekle yükümlüdür*”. Ancak uygulamada tapu memurları bu yükümlülüğü yerine getirmemektedirler⁴¹⁵.

İsviçre Medeni Kanunu’nun 969. maddesinde, hem yasal hem sözleşmeden doğan önalım hakkının tapu memuru tarafından ilgililere bildirilme zorunluluğu vurgulanmıştır. Türk Hukuku’nda ise tapu memurunun bildirim yükümlülüğüne ilişkin Medeni Kanun’un 1019 maddesinde içerik açısından eski düzenlemeden farklı herhangi bir değişiklik yapılmamıştır⁴¹⁶.

Şıpka, tapu memurlarına böyle bir yükümlülük getirmenin, mahkemeleri ve Yargıtay’ı çok fazla uğraştıran önalım davalarındaki uyuşmazlık ve tereddütlerin büyük bir kısmını gidereceğini ifade etmektedir⁴¹⁷. Kanaatimiz de bu yükümlülüğün devletin temsilcisi konumundaki sorumlulara bırakılması, alıcı ve satıcının inisiyatifinden alınması, bildirim ile getirilmesi gereken faydayı daha iyi şekilde ortaya çıkaracaktır. Tabi ki, bu memurlar eliyle yapılacak bildirimlerin de günümüz teknolojik koşulları göz önüne alınarak yapılması, hem ilgilileri hem de yoğun çalışma şartları olan tapu memurlarının işini kolaylaştıracaktır. Bir öneri olarak, bugün TAKBİS⁴¹⁸ ile işleyişin yürütüldüğü tapu müdürlüklerinde, işlem başvuruları esnasında alınan cep telefon numaraları sayesinde, tapu işlemlerinde vuku bulan eksiklikler, tescile yönelik randevu saatleri ve de harç bilgileri ilgililere SMS (kısa mesaj) olarak gönderilmekte ve büyük kolaylık sağlanmaktadır. İşte, önalım hakkı sahiplerinin (ve özellikle paydaşların telefon numaraları edinilmesi ve depolanması sureti ile) de oluşturulabilecek bir iletişim sistemi neticesinde, yapılan bir satışın (önalım olayının) otomatik olarak önceden telefon numara bilgileri edinilen ilgililerine haberdar edilmesi gibi bir iletişim ağının oluşturulması ile de bize göre kolay bir çözüm elde edilebilir.

⁴¹⁵ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.206–207; Şıpka, **a.g.e.**, s.139; Kutlu, **a.g.e.**, s.83.

⁴¹⁶ Kırca, **a.g.e.**, s.1190; Kutlu, **a.g.e.**, s.84.

⁴¹⁷ Şıpka, **a.g.e.**, s.139.

⁴¹⁸ Tapu Kadastro Bilgi Sistemi.

2.7.2.3 Satışın Bildirilme Biçimi

İlk kısımda yer verilen yasal dayanaklardan da görüleceği üzere, önalım olayını teşkil eden satımın, önalım hakkı sahibine noter aracılığı ile bildirileceği düzenlenmiştir.

Bildirimin bizzat satıcı veya alıcı tarafından noter aracılığı ile yapılması gerekir. Noter bildirim, alıcı veya satıcının başvurusu üzerine Noterlik Kanunu ve ilgili tüzüğüne göre yapacaktır. Bildirimin noterce Tebligat Kanunu⁴¹⁹ ve Tüzüğü'ne uygun şekilde yapılması gerekmektedir⁴²⁰.

Belirtmek gerekir ki, EMK'de haber verme yükümlülüğünün ne şekilde yerine getirileceği düzenlenmemiştir. Fakat doktrinde bu yükümlülüğün ispat kolaylığı açısından noter aracılığıyla veya taahhütlü mektup ile yerine getirilebileceği savunulmuştur⁴²¹. Yeni düzenlemeye göre satımın noter aracılığıyla bildirilmesi artık zorunludur⁴²².

Kanun koyucunun noter vasıtasıyla bildirim yükümlülüğüne Türk Medeni Kanunu'nda ve de Borçlar Kanunu'nda yer vermesinin sebebi; önalım hakkı sahibini korumak değil, önalım yükümlüsünün bu hakla uzun süre karşı karşıya kalmasının önlenmesidir. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre ise; bu düzenleme ile 733. maddenin son fıkrasında yer alan üç aylık hak düşürücü sürenin başlangıcının saptanmasındaki belirsizliğin ve ispat sorununun ortadan kaldırılması amaçlanmıştır⁴²³.

⁴¹⁹ R.G. 19.1.2011, S.27820.

⁴²⁰ Yıldız, **a.g.e.**, s.67.

⁴²¹ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 207; Binz - Gehring: Das Gesetzliche Vorkaufstrecht im Schweizerischen Recht, Diss., Bern 1975, s.163; (Şıpka, **a.g.e.**, s.137. d.n.83'ten naklen).

⁴²² Gülcan Erdem, **Noterler Açısından Yeni Medeni Kanunda Önalım (Şufa) Hakkı**, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 2004, s.122/102; Yıldız, **a.g.e.**, s.31.

⁴²³ Demirtabak, **a.g.e.**, s.77.

İsviçre’de ise OR. Art.216d hükmünde de bildirim zorunluluğundan söz edilmekte, ancak açık bir şekil belirtilmediği için bildirimin şekle bağlı olmadığı kabul edilmektedir⁴²⁴.

2.7.2.4 Satımın Bildirilmesinin Kapsamı

Bildirim, sadece satış (veya satışa eşdeğer sonuç doğuran) olayın gerçekleştiğine değil, içeriğine de yöneliktir. Bu husus yasada da açıkça belirtilmiştir (TBK 241/I; OR. Art.216d/I)⁴²⁵.

TBK 241/I hükmü, bildirim yükümlülüğünü, satışın veya eşdeğer işlemin kendisi ve içeriği olmasından söz etmekle birlikte bunun kapsamının ne olduğunu mehzada (OR. Art. 216d/I) olduğu gibi açıklamış değildir. Öğretide bildirim yükümlülüğünün kapsamı olarak, 3. kişiye yapılan satışın objektif ve sübjektif esaslı noktalarının bildirilmesini anlamak gerektiği ileri sürüldüğü⁴²⁶ gibi, önalım hakkının kullanılması halinde gerçekleşecek tüm hak ve yükümlülüklerin bildirilmesi gerektiği veya önalım iradesinin oluşumu için önemli olan unsurların bildirilmesi gerekliliği⁴²⁷ de ileri sürülmektedir⁴²⁸.

Önalım hakkı sahibine yapılacak bildirimde, satımın konusu, satış bedeli, satım tarihi, ödeme koşulları, satıcı ve alıcı ile diğer esaslı sayılabilecek koşul ve unsurların da bildirilmesi gereklidir. Bunlardan önalım hakkı sahibinin daha önceden şu veya bu şekilde haberdar olup olmamasının hiç önemi yoktur. Kısacası satımın bildirilmesi, onun esaslı unsurlarının da önalım hakkı sahibine alıcı veya satıcı tarafından bildirilmesini kapsar⁴²⁹.

⁴²⁴ Meier – Hayoz, Art.681, N.208; Aydoğdu, **a.g.e.**, s.66’dan naklen. Bununla birlikte İsviçre’de bildirim için tarafların özel bir şekli kuralı öngörülebileceği de doğal olarak kabul edilmektedir.

⁴²⁵ Aydoğdu, **a.g.e.**, s.68.

⁴²⁶ Aydoğdu, **a.e.**, s.69. d.n.248’deki yazarlar.

⁴²⁷ Meier – Hayoz, Art.681, N.205-206.

⁴²⁸ Aydoğdu, **a.g.e.**, s.69.

⁴²⁹ Yıldız, **a.g.e.**, s.70.

Sonuç olarak önalım hakkının kullanılabilmesi için önalım olayının esaslı noktalarının hak sahibine bildirilmesi gerekir⁴³⁰. Çünkü önalım hakkı sahibi hakkını kendisine bildirilen şartlar çerçevesinde kullanır. Eğer bildirimde bu açıklık ve netlik olmazsa önalım hakkının bildirilmesinden ve dolayısıyla da kullanılmasından söz edilemez.

2.7.2.5 Satımın Bildirilme Süresi

Yasa koyucu, satımın ön alıcıya kimler tarafından bildirilmesi gerektiğini belirtmişken, bu bildirmenin hangi süre içinde yapılacağına dair bir hüküm getirmemiştir. Ancak önalım hakkının kullanılma süresinin başlaması için satımın ön alıcıya bildirilmesini öngörmekle bildirilme süresini alıcı ve satıcının isteğine bırakmıştır. Bu haktan bir an önce kurtulmak istendiğine göre, zaman geçirmede yarar yoktur. Ancak yasa satımın bildirilmesinden söz ettiğine göre, satış sözleşmesinin yani satış resmi senedinin düzenlenmesinden itibaren satım ön alıcıya bildirilebilir. Tescil işlemi tasarruf için gerekli olduğundan, tescilin de yapılmasının beklenilmesi gerekmez⁴³¹.

2.7.2.6 Satımın Bildirilmemesinin Sonuçları

Gerek Medeni Kanun'da gerekse de Borçlar Kanunu'nda, bildirimin kimler tarafından ne şekilde ve de ne kapsamda yapılması gerektiği belirtilmiş iken, bildirim yapılmaması halinde ne tarz bir yaptırımın ortaya çıkacağı hususunda bir düzenleme yoluna gidilmemiştir. Ancak, doktrinde aşağıda bahsedeceğimiz bazı görüşlerce bu durum farklı yorumlanmıştır.

MK. m.733/IV'de önalım hakkının her halde satışın üzerinden iki yıl geçmekle ortadan kalkacağı hükme bağlanmıştır. Bu sebeple satıcı ve alıcının

⁴³⁰ Meier – Hayoz, Art.861, N.203-217; Erkan, **a.g.e.**, s.88'den naklen.

⁴³¹ Yıldız, **a.g.e.**, s.70-71.

gecikmeksizin önalım olayını bildirmeleri gerekmektedir⁴³². Aksi halde, bildirim yapılmaz veya geç yapılırsa önalım hakkı satışın üzerinden iki yıl geçince düşecektir.

Bu durum ise önalım hakkı sahibi açısından zarara neden olur. Bu nedenle böyle bir zarar ortaya çıkması durumunda alıcı ve satıcı önalım hakkı sahibinin uğrayacağı zararları tazmin etmekle yükümlüdür⁴³³.

Doktrinde, bildirim bir yükümlülük mü yoksa bir külfet mi olduğu tartışılmalı iken; Yargıtay ise konu ile alakalı vermiş olduğu bir kararında bildirim bir yükümlülük olduğunu belirtmiştir.

Söz konusu karar incelendiğinde, henüz iki yıllık azami hak düşürücü süre sona ermeden ancak üç aylık süre geçtikten sonra bildirim yapılması halinde, bildirim uygun sürede yapılmış sayılacağı, çünkü bildirim bir yükümlülük olduğu belirtilmektedir. Bildirim yapılmaması halinde dahi dava iki yıllık azami hak düşürücü süre içinde açılmış ise, dava süresinde açılmış sayılacaktır.⁴³⁴ Bildirim bir yükümlülük olduğu kabul edildiğinde, iki yıllık hak düşürücü sürenin kaçırılmasına sebebiyet veren alıcı veya satıcı, önalım hakkı sahibine tazminat ödemek zorunda kalacaktır.

Bildirim bir külfet (obliegenheit) olduğu⁴³⁵ kabul edilirse, satıcı veya alıcı bildirimde bulunmadığı için bir tazminat ödemek zorunda kalmayacak, ancak üç aylık sürede bu kısıtlamayla karşı karşıya kalmak yerine iki yıl süresince önalım hakkı sahibinin talebiyle karşı karşıya kalma tehlikesine maruz kalacaktır.

Şipka'ya göre sözleşmeden doğan önalım hakkında bildirim yapılmaması sonucunda meydana gelecek ve önalım hakkı sahibi tarafından istenecek tazminatın kaynağı Borçlar Kanunu'nun 96. maddesi hükmüdür⁴³⁶. Böylelikle, bildirim yükümlülüğünün ihlali (geç veya yanlış bilgi verilmesi) halinde, bir zarar gündeme

⁴³² **Meier – Hayoz**, Art.681, N.203; **Kırca**, s.1190; Erkan, **a.g.e.**, s.89.

⁴³³ **Kırca**, **a.g.e.**, s.1190; **Rey, Heinz**: Die Neuregelung der Vorkaufsrechte in ihren Grundzügen, ZSR 1994/ I, s.57-58; (**Kırca**, s.1190. d.n.492'den naklen); Erkan, **a.g.e.**, s.89.

⁴³⁴ YHGK 21.9.2005T, 2005/6–358 E. 2005/470 K. (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**); Demirtabak, **a.g.e.**, s.80.

⁴³⁵ Demirtabak, **a.e.**, s.81.

⁴³⁶ Şipka, **a.g.e.**, s. 137, d.n.85; Kutlu, **a.g.e.**, s.82.

gelirse sözleşmeye aykırılık hükümlerine (TBK 112.vd.; EBK 96.vd.; İBK 97.vd.) göre, bildirimde bulunması gerekenler bakımından, önalım hakkı sahibine tazminat ödenmesi gündeme gelir⁴³⁷.

Önalım hakkı sahibinin, satıcıya karşı ancak tazminat davası açabilmesi şöyle özetlenebilir: Önalım hakkı nispi bir hak verir. Borçlu, önalım hakkı sahibine haber vermeden satış yapar ve mülkiyeti üçüncü şahsa devrederse alıcının önalım hakkından haberi olsa dahi, mülkiyeti kazanmış olur. Zira üçüncü kişi tapu siciline kaydedilmiş bir ayni hakkın varlığını bilmedikçe MK. 1023 anlamında iyiniyetli sayılır ve hukuken korunur⁴³⁸.

2.7.3 Önalım Hakkı Sahibinin Hakkın Kullanılmasına Yönelik İrade Beyanının Varlığı

2.7.3.1 Hakkın Kullanımına Yönelik İrade Beyanı

Önalım hakkı sahibinin, önalım olayının bildiriminden sonraki süreçte, bu önalım hakkının kullanılması için hak sahibinin önalım hakkının kullanma iradesini karşı tarafa yöneltmesi gerekmektedir. Zira ŞİPKA' ya göre, önalım hakkı sahibinin kullanma beyanı (irade açıklaması), önalım hakkının hüküm ve sonuçlarını meydana getirebilmesi için en önemli koşul olmaktadır⁴³⁹.

Önalım hakkı sahibinin, önalım hakkını kullanma beyanının geçerli olabilmesi, genel hukuk kuralları çerçevesinde, hukuki işlemlerin sıhhat ve geçerlilik koşullarına bağlıdır. Bu bakımdan, önalım hakkı sahibinin irade beyanının kullanma esnasında ehil olması, iradesinin herhangi bir şekilde (hata, hile ve ikrah vb.) sakat olmaması da gerekmektedir.

2.7.3.2 Önalım Hakkının Kullanılma Biçimi

⁴³⁷ Gümüş, **a.g.e.**, s.446; Aydoğdu, **a.g.e.**, s.71. d.n.263'ten naklen.

⁴³⁸ Esener / Güven, **a.g.e.**, s.259; Bu hususa ilişkin ayrıntılı açıklamalar için Bkz.Yuk.1.5.3. "Önalım Sözleşmesinin Şerhi".

⁴³⁹ Şipka, **a.g.e.**, s.152.

743 sayılı Medenî Kanun'un 659. maddesinde, önalım hakkının kullanılmasının ne şekilde yapılacağına ilişkin bir düzenleme bulunmadığı için, önalım hakkının kullanımına ilişkin irade beyanının herhangi bir şekle tabi olmaksızın tek taraflı irade beyanının karşı tarafa ulaştırılmasının önalım hakkının hukukî sonuçlarını doğurması için yeterli olduğu kabul edilmekte idi⁴⁴⁰.

4721 sayılı TMK. md.734 f.1 ile getirilen düzenlemeye göre, “*Önalım hakkı, alıcıya karşı dava açılarak kullanılır.*” Bu hüküm karşısında, önalım hakkının dava dışında tek taraflı irade beyanında bulunmak suretiyle kullanılması mümkün olamayacak, önalım hakkı, ancak dava açmak suretiyle kullanılabilir. Önalım hakkının dava yoluyla kullanılmasına yönelik TMK md.734 gerekçesinde “dava dışı” beyanla istenilen sonucun elde edilebilmesi için daima dava açılması gerektiği” gösterilmiştir.

Yargıtay da, önalım hakkının ancak dava yolu ile kullanılabileceğini kabul etmektedir⁴⁴¹.

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun ilgili 242. maddesinde de, sözleşmeden doğan önalım hakkı sahibinin, bu hakkını kullanmak için dava açmak zorunluluğunda olduğu belirtilmiştir.

Doktrinde bazı yazarlara göre, önalım hakkı, yukarıda da belirttiğimiz gibi yenilik doğuran bir haktır ve yenilik doğuran hakların kullanılması için kural olarak dava açılması gerekmez⁴⁴².

Medeni Kanun'daki bu konudaki değişiklikler, 1984 ve 1999 ön tasarılarında da bulunmaktadır. Her iki ön tasarının gerekçesinde “*uygulamada büyük çoğunlukla önalım hakkının dava yoluyla kullanıldığı hallerde, süresi içerisinde kullanılmış olup olmadığının uyuşmazlıklara yol açtığı, tasarıdaki*

⁴⁴⁰ Beleş, **a.g.e.**, s.59.

⁴⁴¹ Bkz. Yarg. 6.H.D 26.01.2004 T. 119/279 K. “...01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren Medeni Kanun'un 734. maddesi gereği önalım hakkı, yalnız dava açma yolu ile kullanılabilir...” Tunaboğlu, **a.g.e.**, s.34; Beleş, **a.g.e.**, s.59.

⁴⁴² Kırca, **a.g.m.**, sh.1199.vd.; Buz, **a.g.e.**, s.158.vd.; Arpacı, **a.g.e.**, sh.105; Gümüş, **a.g.e.**, s.142; Akın, **a.g.m.**, s.728.vd; Çay, **a.g.e.**, s.39; Hatemi / Aybay, **a.g.e.**, s.19-20.

çözümün uygulamada benimsenmiş olan çözümü kanun hükmüne bağladığı, böylece hakkın süresi içerisinde kullanılmış olup olmadığı konusundaki uyuşmazlıklara yer kalmayacağı” ifade edilmektedir.

Tasarılardaki bu gerekçe şu açıdan eleştirilmektedir: Her ne kadar dava dışındaki önalım hakkının kullanılması durumunda, hakkın süresi içinde kullanılıp kullanılmadığının anlaşılamadığı ve bu hususun uyuşmazlıklara yol açtığı ileri sürülmüş ise de, önalım hakkının noter aracılığıyla kullanılması durumunda, hakkın süresi içinde kullanılıp kullanılmadığının kolaylıkla ispatlanabilmesi mümkündür.

Bu itibarla, söz konusu gerekçe, bir taraftan önalım hakkı sahibinin dava açmadan, tek taraflı irade beyanıyla hakkını kullanması imkânının elinden alınması, diğer taraftan yenilik doğuran haklar sistemine ters düşen bir düzenlemenin kabulü için haklı bir sebep oluşturmamaktadır⁴⁴³.

Kanaatimizce, hem Medeni Kanun’da hem de Borçlar Kanunu’nda bu önalım hakkının kullanılmasının tamamen dava ikame edilmesi yolu ile kullanılması yolunun benimsenmesi isabetlidir. Her ne kadar uygulamada bir noter ihtarı yerine, dava ikame edilmesi daha masraflı ve süre açısından zahmetli gibi gözüксе de, dava sonucu verilecek hüküm ile bu işin noterlikten yapılacak ihtarla göre daha net bir şekilde sonuçlandırılması, hem hak sahibi bakımından hem de bu hakkın yöneltileceği kişi yahut kişiler açısından önemlidir. Zira bir diğer alternatif olarak, noterden hak sahibinin bir ihtar çekip, iradesini kullanacağını beyan etmesi ile bu işin sonuçlandırılması açısından bir adım atmaması ile iş uzayacak, yıllarca alıcı adına kayıtlı payın üzerine geçirilmesi için bir çaba göstermeyecek ve de yıllar boyunca taraflar arasında bu pay uyuşmazlık konusu olabilecektir.

2.7.3.3 Önalım Hakkının Kullanılma Süresi

Kural olarak hak sahibinin hakkını belli süre içinde kullanmaması ile iki ihtimal gerçekleşebilir. İlk ihtimalde, belli sürede hakkın kullanılmaması ile hak ortadan kalkmamakla beraber, hakkın devlet organları vasıtasıyla icra edilmesini

⁴⁴³ Tasarılarıdaki bu gerekçeler ve eleştiriler için bkz. Kırca, **a.g.m.**, s.1202; Ertaş, **a.g.e.**, s.383; Çay, **a.e.**, s.41.

talep etme hakkı ortadan kalkmaktadır. Bunun sonucu olarak da borçlu ifadan kaçınma hakkına sahip olur. Bu ihtimal zamanaşımının söz konusu olduğu alacak hakları bakımından ortaya çıkar. Ayrıca alacak hakkı ilgili belgeler uzun süre saklanamaz, uzun süre geçtikten sonra bunu dava konusu yapılması ispat bakımından büyük güçlükler yaratır. Bu sebeple belirli bir zaman geçtikten sonra alacak haklarının zamanaşımına uğraması kuralı getirilmiştir⁴⁴⁴.

İkinci ihtimal ise; belirlenen süre içinde hak sahibinin harekete geçmemesi ile yalnızca talep hakkını değil, hakkın kendisini kaybetmesi halidir. Bu durumda, hak düşürücü süre söz konusu olur. Kural olarak hak düşürücü süreler, yenilik doğuran haklarda söz konusu olurken; zamanaşımı süreleri ise; alacak hakları bakımından söz konusu olmaktadır⁴⁴⁵.

Önalım hakkı, yenilik doğuran bir hak olduğu için, kullanılması hak düşürücü süreye tabi tutulmuştur. Hak düşürücü süreler, önalım hakkının muhatabı olanların hukuki durumundaki belirsizliğin ortadan kaldırılması için konulmuş olan sürelerdir⁴⁴⁶.

2.7.3.3.1 Satış Tarihinin 4721 Sayılı TMK'den Önce Olması

Eski Medeni Kanun'un 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 edilmekteydi⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ Zevkililer / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumaloğlu, **a.g.e.**, s.368-369; Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, (Borçlar Hukuku); Demirtabak, **a.g.e.**, s.83.

⁴⁴⁵ Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, s.464; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **Borçlar Hukuku**, s.1030.

⁴⁴⁶ Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, s.464; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s.1030; **Kocayusufpasaoğlu** / Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.**, s.51; Hasan Erman, **Medeni Hukuk Dersleri**, 2.Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2007, s.99; Demirtabak, **a.g.e.**, s.83.

⁴⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ayan, **a.g.e.**, s.356; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.309-311; Gürsoy / Eren / Cansel, s.619; Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.**, s.611; Oğuzman, **a.g.e.**, s.18; Sebük, **a.g.e.**, s.155; Şıpka, **a.g.e.**, s.156-161.

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 belirtmekteydi. Yeni düzenleme ile eski Medeni Kanun zamanında yasal önalım hakkının kullanılmasındaki süreye ilişkin kıyas tartışmasına son verilmiştir⁴⁴⁸.

2.7.3.3.2 Satışın 4721 Sayılı TMK'den Sonra Olması

MK. yasal önalım hakkının kullanılması için iki tür süre belirlemiştir. Bu sürelerden ilki üç ay olan asgari süre ve ikincisi de iki yıl olan azami sürelerdir. Sürelerin getiriliş amacı önalım yükümlüsü, önalım hakkı sahibi ve alıcı üçüncü kişinin durumlarını biran evvel açıklığa kavuşturmadır.

2.7.3.3.2.1 Asgari Süre

MK. md.733/IV uyarınca önalım hakkı sahibi, önalım olayının kendisine bildirilmesinden itibaren üç ay içerisinde dava yoluyla hakkını kullanmak zorundadır. Aksi halde bu hakkı düşecektir. Söz konusu bu asgari süre hak düşürücü bir süredir⁴⁴⁹.

Borçlar Kanunu'nda da 242. maddede, Medeni Kanun'la paralel şekilde, 3 aylık bir asgari süre belirlenmiştir⁴⁵⁰.

İsviçre Medeni Kanunu'nda da 1991 yılındaki değişiklikler esnasında da bir aylık süre üç aya çıkarılmıştır (ZGB. Art.681a, OR. Art.216e). Sürenin uzatılmasının

⁴⁴⁸ Yaşar, **a.g.e.**, s.429; Kutlu, **a.g.e.**, s.85.

⁴⁴⁹ EMK düzenlemesinde üç aylık sürenin yerine bir aylık süre mevcuttu ve bu sürenin başlangıcı ise bildirimden değil, öğrenmeden itibaren başlamaktaydı. Ancak yeni MK'de bir aylık olan süre üç aya çıkarılmış, sürenin başlangıcı ise öğrenme değil, önalım olayının bildirim tarihi olmuştur.

⁴⁵⁰ Hatemi, 3 aylık sürenin yenilik doğuran dava açma süresi olarak kabulünün yerinde olmadığını, bu süre içerisinde dava açma gereği olmaksızın satım ilişkisinin kurulabilmesi gerektiğini, bildirim yapılmamışsa 2 yıllık süre de ikinci bir hak düşürücü süre olarak düzenlenebileceğini savunmuştur. Bkz. Hatemi / Aybay, **a.g.e.**, s.191.

nedeni; önalım hakkı sahibinin önalım olayının gerçekleşmesinde bir rolü bulunmaması ve bir aylık sürenin hakkın kullanılması için gerekli olan meblağın toplanmasının güçlüğüdür⁴⁵¹.

2.7.3.3.2.2 Azami Süre

Hak düşürücü süreler kesin niteliktedir. Özel haklı nedenler bulunmadıkça ve hakkın kötüye kullanılması durumu söz konusu olmadığı sürece uzatılıp kısaltılamazlar⁴⁵². Ayrıca bildirim veya öğrenme dışında farklı bir başlangıç anının kararlaştırılması önalım hakkı sahibinin hakkını kullanmasını engelleyecektir. Bu nedenle tarafların sözleşme ile farklı bir başlangıç anı kararlaştırılmalarına imkân verilmemelidir.

2.8 ÖNALIM HAKKINDAN FERAGAT EDİLMEMİŞ OLMASI

Bir hakkı belirli bir zaman içerisinde belirli kişilere karşı kullanmamak iradesine vazgeçme, hakkın kendisinin bir daha doğmamak üzere sonlandırılma iradesine ise feragat denir⁴⁵³. Feragat, önalım hakkını sona erdiren bir işlemdir⁴⁵⁴.

Önalım hakkından ve/veya kullanmaktan feragat, önalım hakkı sahibinin, hakkın bizzat kendisinden vazgeçmesi (mutlak feragat) veya önalım hakkı sahibinin belirli bir satışa ilişkin hakkın kullanımından vazgeçmesi (nispi feragat) olarak karşımıza çıkmaktadır. Her iki durumda da önalım hakkı sahibi hakkından vazgeçmiş olduğu için, artık önalım hakkının kullanılması mümkün olmayacaktır⁴⁵⁵.

Kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nun 682. maddesine 1963 yılında bir fıkra eklenerek, önalım hakkının kaldırılmasına ve değiştirilmesine ilişkin sözleşmelerin resmi şekilde yapılması ve tapuya şerh edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu konudaki

⁴⁵¹ Demirtabak, **a.g.e.**, s.84.

⁴⁵² Brückner hak düşürücü sürelerin önalım hakkının niteliği gereği uzatılamayacağını, çünkü yenilik doğuran hakların kısa hak düşürücü sürelerle tâbi tutulduklarını belirtmektedir (**a.g.m.**, s.539).Yücel, **a.g.e.**, s.80'den naklen.

⁴⁵³ Yıldız, **a.g.e.**, s.57; Köylüoğlu, **a.g.e.**, s.90.

⁴⁵⁴ Yasal önalım hakkında feragati düzenleyen MK. md.733/ II hükmü ise önalım hakkından mutlak feragati ifade etmek üzere "feragat" terimini, nispi feragati ifade etmek üzere de "vazgeçme" terimini benimsenmiştir.

⁴⁵⁵ Beleş, **a.g.e.**, s.68.

hukukumuzdaki boşluk, yani önalım hakkından tam, kesin her türlü satışlar için feragat konusu, 6.4.1951 T. 19/3 sayılı YİBK⁴⁵⁶ ile doldurularak bu şekilde feragatin, ancak resmi senetle düzenleyip tapuya şerh edilirse TMK. 731 geçerli sayılacağı kabul olunmuştur⁴⁵⁷.

Yasal önalım hakkına ilişkin olarak Medeni Kanun'da 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 md.733/II). Medeni Kanun'un 735/III hükmüne göre ise “*yasal önalım hakkının kullanılması ve vazgeçmeye ilişkin hükümler sözleşmeden doğan önalım hakkına da uygulanır*”.

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.

2.8.1 Mutlak Feragat

Mutlak feragatte önalım hakkı sahibi, hakkın kendisinden, bir başka ifade ile önalım hakkından sadece belirli bir satış veya belirli bir kişi yönünden değil, herkese karşı ve devamlı olarak vazgeçmektedir⁴⁵⁸. Şıpka ise mutlak feragati, hakkın kendisinden vazgeçme olarak nitelendirmiştir⁴⁵⁹.

Mutlak feragat, hakkın özünden, kendisinden vazgeçme olduğundan, hakkın doğumundan önce ve herkese karşı hüküm doğurur. Bu nedenle feragat işleminin satımdan önce gerçekleşmesi gerekir⁴⁶⁰. Bu şekilde bir feragat, feragat edenin külli ve cüzi haleflerini de bağlar⁴⁶¹.

⁴⁵⁶ R.G. 18.08.1951, S.7888.

⁴⁵⁷ Yarg. 6. H.D. 24.10.1983 T. 9973 E. 10058 K. Ertaş, **a.g.e.**, s.387.

⁴⁵⁸ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.434; Tekinay, **a.g.e.**, s.63; Şıpka, **a.g.e.**, s.111; Kırca, **a.g.e.**, s.1187; Erkan, **a.g.e.**, s.104. d.n.443'ten naklen.

⁴⁵⁹ Şıpka, **a.g.e.**, s.173.

⁴⁶⁰ Medeni Kanun nisbî feragatin 'satım öncesi veya sonrası' gerçekleşebileceğini öngörmekte iken, mutlak feragatte bu tür bir açıklığa yer vermemektedir. Yücel, **a.g.e.**, s.81.

⁴⁶¹ Yaşar, **a.g.e.**, s.430; Şıpka, **a.g.e.**, s.111; Kutlu, **a.g.e.**, s.137.

Yasal önalım hakkından feragatin düzenlendiği 733. maddede feragatin resmi şekilde yapılacağı hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemeye göre feragat, bir sözleşme şeklinde karşımıza çıkar ve feragatin geçerli olabilmesi için resmi şekilde yapılması gerekmektedir⁴⁶². Resmi şekil geçerlilik şartıdır⁴⁶³. Önalım hakkından resmi şekilde yapılacak bir sözleşme ve tapuya verilen şerh ile feragat edilebilir (MK md.733/2). Medeni Kanun’da bu sözleşmeye hangi makamın resmiyet vereceği düzenlenmemiştir. Sözleşmeye resmiyetin verilmesinde kural olarak noterlerin yetkili olduğu belirtilmektedir. Hatemi’ye göre ise, feragat sözleşmesinin resmi şekilde yapılması arandığına göre, Tapu Kanunu’nun 26. maddesi karşısında bu sözleşmenin Tapu’da düzenlenmesi gerekecektir⁴⁶⁴.

Mutlak feragat sözleşmesi, bütün paydaşların ya da sadece paydaşların bir kısmının katılmasıyla yapılabilir⁴⁶⁵.

Sözleşmeden doğan önalım hakkında mutlak feragatin satımdan sonra gerçekleşmesine bir engel de bulunmamaktadır. Hak sahibinin önalım olayının gerçekleşmesinden önce veya sonra hakkından feragat ettiğine ilişkin irade beyanını tapu memuruna yöneltmesi ve bu yolla şerhin terkinini sağlaması dahi mümkündür⁴⁶⁶.

2.8.2 Nispi Feragat

Feragatin bu türü önalım hakkının kullanılmasından belli bir satım veya kişiye bağlı olmak üzere vazgeçmeyi ifade etmektedir⁴⁶⁷. Bir başka ifade ile önalım hakkı sahibi sadece belirli bir satışta önalım hakkını kullanmaktan vazgeçmekte, sonraki satışlar için önalım hakkını ortadan kaldırmamaktadır⁴⁶⁸.

⁴⁶² Tekinay, **a.g.e.**, s.63; Gümüş, **a.g.e.**, s.146-147; Erkan, **a.g.e.**, s.105.

⁴⁶³ Gümüş, **a.g.e.**, s.148- 149; Erkan, **a.e.**, s.105.

⁴⁶⁴ Hatemi / Aybay, **a.g.e.**, s.189.

⁴⁶⁵ Kılıçoğlu, M. Ahmet, **Medeni Kanun’umuzun Aile – Miras – Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler**, Ankara, 2003, s.317; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, s.434. Erkan, **a.e.**, s.105.

⁴⁶⁶ Yücel, **a.g.e.**, s.84.

⁴⁶⁷ Şıpka, **a.g.e.**, s.163; Tekinay, **Taşınmaz Mülkiyeti**, s.63. Yargıtay feragatin bu türünü “*nefsi şuf’adan vazgeçme*” olarak nitelendirmektedir. Bkz. Yarg. 6. H.D. 24.10.1983 T. 9973 E. 10158 K. (YKD, Cilt: 10, Sayı: 4, 1984). Yücel, **a.g.e.**, s.84.

⁴⁶⁸ Erkan, **a.g.e.**, s.108.

Nispi feragat belli bir satış için önalım hakkından vazgeçme olduğundan (MK md.733/II), sadece o önalım olayında alıcı durumundaki üçüncü kişiye karşı hüküm doğurur.

Nispi feragat, önalım hakkının kullanılmasını sağlayan satımdan önce veya sonra yapılabilir (MK md.733/2). İsviçre Hukuku'nda ise bu yöndeki feragat sadece satımdan sonra yapılabilmektedir (ZGB Art.681 b/II)⁴⁶⁹. Dolayısıyla, nispi feragati, mutlak feragatten ayıran da bir başka özellik de budur. İki feragat açısından da ortak yön ise, her ikisinde de önalım hakkı sahibi, belirli satış sözleşmesi nedeniyle önalım hakkını kullanmaktan vazgeçmekte ve hakkı kullanmayı taahhüt etmektedir.⁴⁷⁰ Ancak daha önce açıklamalara yer verildiği gibi, mutlak feragat nispi feragatten daha kapsayıcı bir niteliktedir.

Belirli bir satımda önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme yazılı şekle tabidir (MK md.733/2). Mutlak feragatten farklı olarak nispi feragat adi yazılı şekilde yapılabilir. Ancak bu şekil ispat şartı değil, geçerlilik şartıdır⁴⁷¹.

Sözleşmeden doğan önalım hakkından da bu şekilde bir sözleşme ile feragat edilebilir (MK md.735/III)⁴⁷².

2.9 SÖZLEŞMEDEN DOĞAN ÖNALIM HAKKININ DAVA YOLUYLA KULLANILMASI

Önalım davası, yenilik doğurucu dava niteliğinde olup⁴⁷³, dava olumlu olarak sonuçlanırsa, verilen karar yenilik doğurucu olup, mülkiyet ön alıcıya, kararın kesinleşmesiyle geçer; tescil açıklayıcı olup kararın kesinleşmesinden sonraki tescil talebi süreye bağlı değildir⁴⁷⁴.

⁴⁶⁹ Kutlu, **a.g.e.**, s.138.

⁴⁷⁰ Oğuzman / Seliçi, **a.g.e.**, s.417; Cigirim, **a.g.e.**, s.90; Özenli, **a.g.e.**, s.113; Şıpka, **a.g.e.**, s.111; Beleç, **a.g.e.**, s.70.

⁴⁷¹ Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, **a.g.e.**, s.537-538; Yaşar, **a.g.e.**, s.431; Bkz. 733. madde gerekçesi, **T.C. Adalet Bakanlığı Türk Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanunun Yürürlüğü Ve Uygulama Sekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri, s.544**. İsviçre Hukuku'nda ZGB. Art.681b/II uyarınca nispi feragatin yapılması yazılı şekle tabidir.

⁴⁷² Kutlu, **a.g.e.**, s.138.

⁴⁷³ HGK. 13.4.2005, E.2005/6-230, K.2005/244.

⁴⁷⁴ Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, **a.g.e.**, s.536; Eren, **a.g.e.**, s.117.

Gerek Medeni Kanunu'nun 734. maddesinde gerekse de Borçlar Kanunu'nun 242. maddesinde, önalım hakkının kullanımını, ancak önalım hakkı sahibinin dava açması ile mümkün olduğu belirtilmiştir. Her iki kanuni düzenlemedeki yer alan ifadeler zorunluluk ile bu hakkın kullanılması için bir başka açık yol bırakılmamıştır.

M.K. 734. madde gerekçesinden anlaşılacağı üzere kanun koyucu, önalım hakkının kullanılmasına ilişkin varması gerekli tek taraflı irade beyanı ile istenilen sonucun elde edilebilmesi için daima bir dava açılması gerektiği inancıyla bu hükmü getirmiştir⁴⁷⁵. Zira eski MK döneminde yasal önalım hakkının kullanımı her ne kadar herhangi bir şekle bağlı değilse de taraflar arasında husule gelen ihtilaflar, hakkın gereği gibi kullanılıp sonuçlarını meydana getirdiğinin tespiti açısından dava yolunu zorluyordu.

Yeni M.K. md.734/I gerekçesine baktığımızda; söz konusu bu tespit davalarının, sıklıkla açılmasından dolayı, kanunun bu hükmü getirdiğini anlamaktayız.

Şu anki durum bu olmakla birlikte, eski düzenlemede yani, Medeni Kanun'un 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 edilmekteydi⁴⁷⁶.

Mehaz hukuk sisteminde yer almayan dava açma zorunluluğu Türk Hukuku'na özgü olup, alım ve geri alım haklarından farklı olarak sadece önalım hakkı için kabul edilmektedir. Bu zorunluluk önalım hakkının dava dışı kullanılmasını engellemektedir⁴⁷⁷. Aynı zorunluluk Borçlar Kanunu'nun 242. maddesinde de tekrarlanmıştır.

⁴⁷⁵ Erkan, **a.g.e.**, s.90.

⁴⁷⁶ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.360–361; Ergun Önen, İnşâî Dava, Ankara, 1981, s.90; Özenli, **a.g.e.**, s.166; Şıpka, **a.g.e.**, s.204; Yargıtay uygulaması da bu yöndeydi. (YİBK 11.2.1959 tarihli 1958/10 E. 1959/12 K. (R.G. 29.4.1959, S.10194); Kutlu, **a.g.e.**, s.118'den naklen.

⁴⁷⁷ Yücel, **a.g.e.**, s.88

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile yasal önalım hakkının dava yoluyla kullanılabileceği düzenlenmiştir. MK. md.734 ve MK. md.735/f.3 hükmünde yer alan yollama sebebiyle, sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılması da ancak dava açılması suretiyle gerçekleşebilecektir. Öğretide dava açılmasını zorunlu hale getiren yeni düzenleme eleştirilmektedir⁴⁷⁸.

Buz, önalım hakkının dava yoluyla kullanılması zorunluluğunu şöyle bir çelişkiyi de belirterek eleştirmiştir: Alım hakkı da yenilik doğurucu bir haktır. Fakat bu hak, önalım hakkından daha tehlikeli olmasına rağmen dava yoluyla kullanılması önalım hakkı gibi şart değildir. Çünkü alım hakkında hak sahibi, hakkını önalım olayı gibi bir şarta bağlı kalmaksızın dilediği gibi kullanır⁴⁷⁹. Ayrıca Buz bu durumu “yeni MK, pompalı tüfeği ruhsata bağladığı halde, roket atar taşımayı serbest bırakmıştır” şeklinde tasvir etmektedir⁴⁸⁰.

Kırca ise; yenilik doğuran bir hak olan önalım hakkının kullanılmasının kural olarak dava açılmasını gerektirmediğine değinmekte ve madde gerekçesinde yer alan “uygulamada daima bir davayı gerektirmesi” ifadesinin, dava açmaksızın hakkını kullanmak isteyen hak sahibinin hakkını bu yolla kullanma imkânının elinden alındığı görüşündedir⁴⁸¹.

Akın ise; yasal önalım hakkı ile sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılmasının ancak dava yoluyla sağlanmasına ilişkin bu düzenlemenin anayasaya aykırı olduğunu önalım haklarının taşınmaz mülkiyetini kısıtlayan alım ve geri alım haklarından farklı bir şekilde kullanılmasının Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Bu hükmün önalım hakkı sahipleri aleyhine bir eşitsizlik yarattığı ileri sürülmüştür. İkinci neden olarak, önalım hakkını dava yoluyla kullanacak olan hak sahibinin yüklü bir miktar dava harcı ödemek zorunda olması

⁴⁷⁸ Kırca, **a.g.m.**, 1179–1203; Arpacı, **Değişiklikler**, s.105; Mustafa Akın, “**Önalım Hakkı Kullanımının Anayasaya Aykırılığı**”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 79, S.2005/3, İstanbul 2005, s.728–734; Buz, **a.g.e.**, s.158, yeni düzenlemenin yerinde olduğu görüşü için bkz. Burcuoğlu, **Önalım Hakkı**, s.5. Demirtabak, **a.g.e.**, s.87.

⁴⁷⁹ Bkz. Buz, **a.g.e.**, s.158.vd.

⁴⁸⁰ Buz, **a.e.**, s.160.

⁴⁸¹ Kırca, **a.g.m.**, s.1200; Demirtabak, **a.g.e.**, s.87.

gösterilmiştir. Yazar bu düzenlemede bir kamu yararı bulunmadığı gibi Anayasanın 5, 36 ve 141/f.4. maddelerine de aykırı olduğunu ileri sürmüştür⁴⁸².

Ancak Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında⁴⁸³, “*Önalım hakkını dava yoluyla kullanılması bakımından, aynı hakka sahip olanlara farklı hukuki düzenlemeler uygulanırsa, o takdirde eşitlik ilkesine aykırı bir durum olduğu ileri sürülebilir, yasal önalım hakkı bakımından bazı hak sahiplerine dava hakkı tanınıp, bazılarında dava açma hakkı tanınmamış olsaydı; eşitlik ilkesine aykırılıktan bahsedilebilirdi. Önalım hakkı sahibi ile alım ve geri alım hakkı sahipleri farklı hukuki durumdadırlar. Farklı hukuki durumda olanlara farklı hükümlerin uygulanması, eşitlik ilkesine aykırılık anlamında olmadığı gibi; bilakis eşitlik ilkesinin bir gereğidir. Bu sebeple; kanaatimizce de Anayasa Mahkemesi’nin kararında da belirtildiği gibi, önalım hakkının dava yoluyla kullanılmasına ilişkin hüküm eşitlik ilkesine aykırı değildir.*” görüşüne yer vermiştir.

İsviçre Hukuku’nda ise önalım hakkının kullanılmasına ilişkin esaslar Türk Hukuku’ndan farklıdır. İsviçre Hukuku’nda, tek taraflı beyan yeterlidir ve kanun koyucu hakkın kullanılmasına ilişkin açıklamanın malike yöneltileceğini kabul etmiştir⁴⁸⁴.

2.10 HAKKIN KONUSUNA GÖRE DAVA YOLUNA BAŞVURU ZORUNLULUĞU

2.10.1 Taşınmazlar Açısından

Borçlar Kanunu’nun, önalım hakkının kullanılmasını içeren 242. maddesinde, “...taşınmazın mülkiyeti...” ibaresine yer vererek, taşınmazlar yönünden önalım hakkının kullanılmasını düzenlemiş, taşınırlar yönünden ise herhangi bir düzenlemeye bu maddede yer verilmemiştir.

⁴⁸² Akın, **a.g.m.**, s.728–734.

⁴⁸³ Anayasa Mahkemesi’nin 12.12.2007 tarihli, 34/94 sayılı kararı ile (R.G. 28.02.2008. S.26801).

⁴⁸⁴ Giger, OR. Art.216e, N.1; Demirtabak, **a.g.e.**, s.92’den naklen.

Medeni Kanunu'nun 734. ve de 735. maddelerine bakıldığında da yine, bu hakkın kullanılması için açılacak davanın konusunun taşınmaz mallar olduğu açık şekilde belirtilmiştir. Madde metninde yer verilen “...*tapu kütüğü... tapu gideri vb.*“ taşınmazlara özgü terimler de bu hususun en açık göstergesidir.

Görülebileceği üzere, önalım davasının konusu ve bu hakkın kullanılması için açılması zorunlu olan davanın konusu, taşınmaz mallardır. Gerçekten Medenî Kanun'da yer alan ve tanımlanan önalım hakkına bakıldığında, bu hakkın taşınmaz mülkiyetinin sınırlamalarından olduğu görülmektedir⁴⁸⁵. Taşınır mallar açısından bugünkü kanunî düzenleme karşısında önalım hak ve davasından söz etmeye olanak bulunmamaktadır⁴⁸⁶.

2.10.2 Taşınırlar Açısından

Eğer kanun koyucu taşınırlarda da yasal önalım hakkının varlığını kabul etse idi, hem taşınırlar hem de taşınmazları kapsayacak şekilde bir düzenleme yapardı. Ayrıca TMK md.733 anlamında mülkiyet hakkının bir sınırlanması olarak yasal önalım hakkı, tapu siciline tescil ya da şerh verilmeksizin doğrudan doğruya kanundan doğmakta, gücünü ve üçüncü şahıslara etkisini de kanundan almaktadır. Bu nedenle, tapu kayıtlarının aleniliği ve paylı mülkiyet ilişkisinin tapu kayıtlarından anlaşılabilmesi, üçüncü şahıslar için yeterli bir hukukî güvenlik unsuru sayılabilir ise de tapuya tescili söz konusu olmayan taşınırlar için aynı durum söz konusu değildir. Bu sebeple yasal önalım hakkının, hukukî güvenlik ve üçüncü kişilerin korunması bakımından da taşınır için kabulü sakıncalıdır⁴⁸⁷.

2.11 ÖNALIM DAVASINA İLİŞKİN USULİ İŞLEMLER

2.11.1 Önalım Davalarında Görevli Mahkeme

⁴⁸⁵ Köylüoğlu, **a.g.e.**, s.135.

⁴⁸⁶ Ayan, **a.g.e.**, s.295; Tekinay, **a.g.e.**, s.16; Gürsoy / Eren / Cansel, **a.g.e.**, s.654; Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s.413; Tandoğan **a.g.e.**, s.275; Olgaç, Senai, **Şu'fa Vefa İştirâ Hakkı**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1978, s.236; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.149.

⁴⁸⁷ Cığgirim, **a.g.e.**, s.107; Beleş, **a.g.e.**, s.82.

Bilindiği üzere, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 4.2.2011 tarihli ve de 27836 R.G.'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Mülga 1086 sayılı HUMK'dan farklı birçok yenilik ve de değişikliği içerisinde barındıran bu yeni usul kanunumuzda, önalım hakkının kullanılması için açılacak önalım davası yani bir diğer deyim ile şuf'a davasının usuli işlemlerinde de birtakım değişikliklerin yapılmıştır.

Özellikle görev alanında meydana gelen bu değişikliği eski – yeni kanun arasında bir karşılaştırma yaparak ifade etmek gerekirse, 1086 sayılı mülga HUMK döneminde, önalım davalarında hangi mahkemelerin görevli olduğunun belirlenmesinde dava konusunun değeri esas alınmaktaydı. Dava konusunun değerini esas alırken de bu değere, taşınmazın tapudaki satım bedeli ile tapu harç ve masrafları da dâhil edilmekteydi⁴⁸⁸. Böylelikle, belirlenen bu değere göre de, önalım davasının görülmesinde sulh hukuk mahkemesinin ya da asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğu tespit edilmekteydi. Uygulamada önalım olayının gerçekleştiğine ilişkin bildirimin yapılıp yapılmadığının ispatı konusunda ve önalım olayının öğrenildiği anın tespiti konusunda güçlükler yaşanmaktaydı. Bu güçlüklerin aşılma sürecinde de o taşınmaz malda “*ekonomik ve objektif*” nedenlerin etkisiyle meydana gelebilecek bir artışın görevli mahkemeyi bir anda sulh hukuk mahkemesinden asliye hukuk mahkemesi olarak belirlemesi gibi durumlar da ortaya çıkabiliyordu⁴⁸⁹.

Oysa 6100 sayılı HMK ile getirilen göreve ilişkin düzenleme ile önalım davalarındaki bu belirsizlik denebilecek durumlar ortadan kaldırılmış ve davada görevli mahkemenin Asliye Hukuk Mahkemesi olduğu hususunda bir çelişkiye yer verilmemiştir. Zira “*dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir.*” şeklindeki HMK'nın 2/1. maddesinin metninden de anlaşılacağı gibi malvarlığı hakları ile tüm davalarda değere bakılmaksızın asliye hukuk mahkemeleri görevli kılınmıştır.

⁴⁸⁸ Karahasan, **a.g.e.**, s.1055; bkz. Yarg. 6. H. D. 23.3.1992 T. 3754 E. 4155 K. (YKD, Cilt: 18, Sayı: 10, 1992), Yarg. 6. H.D, 25.12.2003 T. 9400 E. 9370 K. (**Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası**); Yücel, **a.g.e.**, s.97.

⁴⁸⁹ Demirtabak, **a.g.e.**, s.94. Ayrıca Bkz.Ömer Ulukapı, **Medeni Usul Hukuku**, Mimoza Yayın, 1.Baskı, İstanbul, 2014, s.144-150.

Doktrin ve uygulamada önalım davasının şahsi hakka dayanan bir dava olmasına rağmen dava sonucunda alınacak kararın aynı bir hakkın doğumuna yol açacağı yani önalım davası ile bir aynı hak değişikliğinin amaçlandığı görüşü benimsenmiş olup, bu nedenle önalım davasının bu taşınmazın aynına ilişkin bir dava olduğu bu nedenle önalım davasına bakmaya HMK'nun 2/1 maddesi gereğince asliye hukuk mahkemeleri görevlidir⁴⁹⁰.

2.11.2 Önalım Davalarında Yetkili Mahkeme

Önalım davalarında yetkili mahkeme konusunda da özel bir düzenleme bulunmadığından genel hükümlere göre belirlenmesi icap etmektedir. HMK'nin 12/1. maddesi hükmüne göre, *"Taşınmaz üzerindeki aynı hakka ilişkin veya aynı hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin davalarda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir."* Önalım davası, tapu kaydının iptali ile davacı adına tescili talebini içerir. Bu bakımdan da taşınmazın aynına ilişkindir⁴⁹¹. Burada söz konusu olan yetki, kamu düzeni ile ilgilidir. Onun içindir ki, yetki sözleşmesiyle aksi kararlaştırılamaz⁴⁹².

Ancak bir görüş, önalım davası hâkim olan fikrin aksine taşınmazın aynına ilişkin bir dava olmadığını, önalım davasının konusu şahsî hak olan bir eda davası olduğu ve bu dava olması gereken hukuk açısından sözleşmeye dayalı bir alacak davası niteliğinde bulunduğunu, burada eski HUMK'nin 13. maddesinin, yani bunu 6100 sayılı HMK'da karşılayan 12. maddenin uygulanması mümkün olmadığını savunmaktadır⁴⁹³. Ancak kanaatimizce de, hâkim olan görüşe göre de, ancak bir aynı hakkın kurulmasını ve tescilini gerektiren bir sözleşmeye yönelik dava şahsi nitelikte olmasına karşın, bu dava sonucunda tapunun tescili, iptali gibi işlemler ortaya çıkacağından⁴⁹⁴, bu husus yine bu madde kapsamında değerlendirilmeli ve önalım davası da taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılmalıdır.

⁴⁹⁰ Olcay, **a.g.e.**, s.231, Ayrıca Bkz. Timuçin Muşul, **Medeni Usul Hukuku**, Adalet Yayınevi,3.Baskı, İstanbul, 2012, s.55-57.

⁴⁹¹ Olcay, **a.g.e.**, s.230, Ayrıca Bkz. Abdurrahim Karslı, **Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı**, Alternatif Yayıncılık, 2.Baskı, İstanbul 2011, s.245-246.

⁴⁹² Çay, **a.g.e.**, s.60.

⁴⁹³ Köylüoğlu, **a.g.e.**, s.144.

⁴⁹⁴ Çünkü tapu kayıtları o ilçededir, keşif orada yapılır ve tanıklar da keşif yerinde dinlenir.

2.11.3 Önalım Davasında Taraflar

Sözleşmeden doğan önalım hakkında, önalım sözleşmesini hak sahibi sıfatıyla imzalayan kişi önalım hakkı sahibidir. Önalım hakkı sahibinin tayin edilişinde bir zorluk yoktur. Asıl mesele önalım yükümlüsünün kim olduğudur⁴⁹⁵.

Sözleşmeden doğan önalım hakkında önalım yükümlüsü, hakkın şerh edilmiş olup olmamasına; yasal önalım hakkında ise satım yapılan kişiye mülkiyetin devredilmiş olup olmamasına göre değişmektedir. 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, tescilden sonra ise alıcıya karşı kullanılır⁴⁹⁶.

Sözleşmeden doğan önalım hakkında önalım yükümlüsünün, ilgili payı satın alan üçüncü kişi olabilmesi için, önalım hakkının, tapuya şerh verilmiş olması gerekir. Eğer böyle bir şerh söz konusu değilse mülkiyet, üçüncü kişiye geçmiş bile olsa, önalım yükümlüsü (davalı), satıcı paydaş olacaktır. Bir başka deyiş ile şerh verilmiş bir önalım hakkında şerhin etki süresince dava tıpkı yasal önalım hakkında olduğu gibi hakka konu eşyaya sahip olan en son malike karşı açılabilir⁴⁹⁷.

Bilindiği üzere taşınmazın mülkiyeti taşınmazlarda tescil işlemiyle geçtiğinden ve Türk tapu sisteminde taşınmazın satımının ardından hemen tescil işlemi yapıldığı için genellikle önalım hakkı alıcı üçüncü kişiye karşı kullanılmaktadır. Ancak satışın yapılıp ve fakat mülkiyetin alıcı üçüncü kişiye geçirilmediği durumlarda önalım hakkı yükümlü satıcıya karşı kullanılacaktır. Örneğin ihtiyari açık artırmalar gibi önalım olayının önceden gerçekleştiği fakat mülkiyetin naklinin sonradan yapıldığı durumlarda önalım hakkı satıcı paydaşa karşı

⁴⁹⁵ Kutlu, **a.g.e.**, s.127.

⁴⁹⁶ Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, **a.g.e.**, s.536; Tandoğan, **a.g.e.**, s.280-289; Tekinay, **a.g.e.**, s.28/50; Feyzioğlu, Şuʼa, s. 214; Gürsoy / Eren / Cansel, **a.g.e.**, s.617.

⁴⁹⁷ Ertaş, **a.g.e.**, s.373-374; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, **a.g.e.**, s.534-537.

dava açılarak kullanılır ve davacı da satıcı paydaş olur. Ancak tescil yapılmışsa önalım yükümlüsü (davacı) alıcı üçüncü kişi olur⁴⁹⁸.

2.11.4 Önalım Davasında Tarafların veya Dava Konusunun Değişmesi

Önalım davası devam ederken davanın ilk açıldığı andaki davacı ve davalısının değişmesi, dava konusu malın veya hakkın üçüncü kişilere devredilebilmesi olanaklı bir durumdur⁴⁹⁹. Bu devir işleminin görülmekte olan davaya etkisi olacaktır⁵⁰⁰. Bu değişiklik gerek davacı gerekse davalı yönünden iki türlü gerçekleşebilir. Usul Hukuku'nda da istisnalar dışında dava konusu malı veya hakkın davanın devam sırasında devredilebileceği kabul edilmiş, 1086 sayılı HUMK.'nin 186. ve 6100 sayılı kanunun 125.maddesinde dava konusunun taraflarca üçüncü kişiye devri ve temlik halinde yapılacak usuli işlemler düzenlenmiştir⁵⁰¹.

2.11.5 Önalım Davası Açıldıktan Sonra Dava Konusunun Davalı Tarafından Devredilmesi

HUMK'nin 186. maddesi ile uyumlu bir düzenleme ile HMK'nin 125. maddesinde de, davalı tarafın, önalım davası açıldıktan sonra dava konusunu 3. bir kişiye devretmesi halinde, bir önceki kanunda düzenlenen “*seçimlik hak*” kavramına yer verilmiştir.

Bu noktada, “*seçimlik hak*” kavramı üzerinde durulmasında yarar vardır. Dava sırasında davalı, dava konusunu bir başkasına devrederse, davacı şu iki yoldan birini seçebilir. Davacı ya davaya temellük edene (üçüncü kişiye) karşı devam edilmesini isteyebilir ya da davasını, müddeabihi temlik etmiş olan davalıya karşı zarar ziyan (tazminat) davasına çevirebilir. Mahkeme, dava görülmekte iken davalının müddeabihi bir başkasına temlik ettiğini öğrenince, bunu kendiliğinden

⁴⁹⁸ Şıpka, **a.g.e.**, s.146-147; Tekinay, **a.g.e.**, s.50; Gürsoy / Eren / Cansel, **a.g.e.**, s.617; Erkan, **a.g.e.**, s.96.

⁴⁹⁹ Olcay, **a.g.e.**, s.236.

⁵⁰⁰ Davayı genişletme ve değiştirme yasağının istisnalarından biri de; dava konusunun temlikidir. Bir istisna olması sebebiyle; dava konusunun devredilmesi için, karşı tarafın muvafakati aranmaz. Kuru / Arslan / Yılmaz, **a.g.e.**, s.322.vd; Saim Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku**, İstanbul, 2000, s.559.

⁵⁰¹ Özenli, **a.g.e.**, s.90; Yıldız, **a.g.e.**, s.78; Köylüoğlu, **a.g.e.**, s.163.

(re'sen) gözeterek; davacıya iki yoldan hangisini seçtiğini sormalı ve alacağı cevaba göre işlem yapılmalıdır⁵⁰².

2.11.5.1 Önalım Hakkı Sahibinin Davasını Dava Konusunu Devralana Yöneltilmesi

Davacının, müddeabihi dava sırasında devralan üçüncü kişiye karşı davaya (aynı davası olarak) devam edilmesini istemesi (yani davayı üçüncü kişiye teşmil etmesi) üzerine, davaya davacı ile üçüncü kişi (yeni davalı) arasında devam edilir. Bu halde, davanın tarafları davacı ile müddeabihi dava sırasında devralmış olan üçüncü kişi olmakla, üçüncü kişi davalı sıfatı alacağından, eski davalının, artık davada taraf sıfatı kalmayacaktır. Ne var ki, davacı ile yeni davalı arasında görülen bu dava, yeni bir dava olmayıp, davacı ile müddeabihi temlik etmiş olan eski davalı arasındaki davanın bir devamıdır. Bu nedenle, davasını 3. kişiye yöneltilmiş olan davacıdan yeniden harç alınmaz. Eski (ilk) davalıya karşı dava açılması ile meydana gelen sonuçlar devam eder. Örneğin, zamanaşımına uğrayıp uğramadığı, eski davalıya karşı dava açıldığı tarihe göre belirlenir. Yine, davanın hak düşürücü sürede açılıp açılmadığı, eski davalıya karşı dava açıldığı tarihe göre belirlenir⁵⁰³.

Davacı, teşmil yoluna gitmeyerek yeni pay sahibi aleyhine harcını vererek ayrı bir önalım davası açarsa o davayla birinci dava birleştirilerek bir arada görülecek, müstakil dava yine teşmil niteliğinde kabul edilerek, hak düşürücü süre yönünden ilk davanın açılış tarihi esas alınacaktır⁵⁰⁴.

Yargıtay uygulamasına baktığımızda; önalım hakkının dava yoluyla kullanıldıktan sonra, önalım konusu payın üçüncü bir kişiye bağışlanması durumunda, bağışlama işleminin önalım hakkının kullanılmasını önlemek amacı ile kötü niyetli olarak yapıldığını, bu nedenle yapılan bağışlamanın önalım davasına etki etmeyeceğini ve kendisine karşı bağışlama yapılan kişiye karşı da önalım hakkının kullanılabileceği yönünde karar verebildiği gibi, dava açıldıktan sonra üçüncü

⁵⁰² YHGK E.2011/6-123 K. 2011/301 ve 11.5.2011 tarihli kararı; Olcay, **a.g.e.**, s.239.

⁵⁰³ Kuru / Arslan / Yılmaz, **a.g.e.**, s.531-532.

⁵⁰⁴ Köylüoğlu, **a.g.e.**, s.164.

kişilere yapılan bağışlama hallerinde kötü niyet aranmaksızın, önalım hakkı sahibinin önalım hakkının devam edeceği yönünde kararlar da vermiştir⁵⁰⁵.

2.11.5.2 Önalım Hakkı Sahibinin Davasını Dava Konusunu Devreden Davalıya Karşı Tazminat Davasına Dönüştürmesi

Önalım davası devam ederken davalı ön alımlı payı satarsa, davacı istediği takdirde HMK'nin 125/1/b maddesi uyarınca bu davasını tazminata dönüştürerek de davayı davalı aleyhine yürütebilecektir⁵⁰⁶. Tabiatıyla bu durum önalım davasının hak düşürücü süre içinde açıldığının saptanması halinde mümkün olacaktır. Aksi halde dava zaten reddedilecektir.

Burada istenecek tazminat birinci satışla ikinci satış arasında fark varsa o fark kadar olacaktır. Dönüştürme dilekçesinde istenilen tazminat miktarı da belirtilecektir. Davanın tazminata dönüştürülmesi halinde, ödenmesi gereken tazminat ilk satış bedeli ile ikinci devir satımla gerçekleşmişse ikinci satış bedeli arasındaki farktan ibaret olup, ilk satıştan sonraki objektif değer artısına göre tazminat miktarının belirlenmesi söz konusu olamayacağı gözetilmeden karar verilemez⁵⁰⁷. Eğer iki satış arasında bir fark yoksa veya ihtimali zayıf da olsa ikinci satıştaki satım bedeli birincisinden az ise o zaman istenecek bir tazminat bahse konu olmayacağından o dava reddedilecek ancak davalı önalım davasının açılmasına sebep olduğu için yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilecektir. Bu nedenle iki satış arasında bir fark yoksa veya ikinci satıştaki satış bedeli birincisinden az ise bu gibi hallerde davacının yapacağı iş önalım davasını yeni malike yöneltmektir⁵⁰⁸.

Eğer davacı seçimlik hakkını kendiliğinden kullanma yoluna gitmezse; bu konuda davacıya önel verilecek, verilen önele rağmen davacı, yine de seçimlik hakkını kullanmazsa, dava reddedilecektir. Bu kural dava konusunun kısmen devir

⁵⁰⁵ Yarg. 6.H.D. 05.10.1982 T. 1982/2833 E. 1982/8436 K; Erdoğan, **a.g.e.**, s.269; Beleç, **a.g.e.**, s.110.

⁵⁰⁶ Yarg. 6.H.D. 25.11.1976 T. 7023 E. 7579 K.(Erdoğan s.808); Köylüoğlu, **a.g.e.**, s.165.

⁵⁰⁷ Yarg. 6. H.D. 19.9.2005 T. 2005/6919 E. 2005/8301 K. (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**); Demirtabak, **a.g.e.**, s.99. Yine aynı konuda bir başka karar için Bkz. Yarg. 6. H.D. 23.1.2006 T. 2005/9786 E. 2006/36 K.

⁵⁰⁸ C. Erdoğan, **a.g.e.**, s.795.

edilmesinde de uygulanacak bir kuraldır. Çünkü bunu önleyecek bir kanun maddesi, yasanın herhangi bir yerinde yer almamaktadır⁵⁰⁹.

2.11.5.3 Önalım Davası Açıldıktan Sonra Dava Konusunun Davacı Tarafından Devredilmesi

Mülga Usul Kanunu'nun olan HUMK'nin 186. maddesinde, önalım hakkı devam ettiği sırada önalım konusu payın satılması halinde, önalım hakkını dava yoluyla kullanan paydaş HUMK madde 186 uyarınca isterse davaya yeni alıcıya karşı devam edebilir ya da davaya önceki davalıya karşı tazminat davası olarak devam edebilirdi⁵¹⁰.

Ancak, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 125. maddesi, 1086 sayılı kanunun 186. maddesinden farklı olarak, dava konusunun davacı tarafından üçüncü kişiye devredilmesi halinde devralan kişinin hukuk gereği davacı sıfatı ve buna bağlı olarak dava takip yetkisi kazanacağı ve davanın yeni davacı vasıtasıyla süreceği esasını getirmiştir⁵¹¹.

⁵⁰⁹ Özenli, **a.g.e.**, s.91-92; Köylüoğlu, **a.g.e.**, s.164; Olcay, **a.g.e.**, s.237.

⁵¹⁰ Tekinay, **a.g.e.**, s.55; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.135; Özenli, **a.g.e.**, s.94; Şıpka, **a.g.e.**, s.196; Karahasan, **a.g.e.**, s.211; Beleç, **a.g.e.**, s.108.

⁵¹¹ Olcay, **a.g.e.**, s.236.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. SÖZLEŞMEDEN DOĞAN ÖNALIM HAKKININ SONA ERMESİ ve SONUÇLARI

3.1 SÖZLEŞMEDEN DOĞAN ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASININ SONUÇLARI

3.1.1 Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkının Dava Yoluyla Kullanılmasının Sonuçları

Sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılması ile alıcı üçüncü kişinin satıcı ile önalım hakkı sahibi arasındaki hukuki ilişkiye nasıl dâhil edileceği ve onun önalım konusu taşınmazın mülkiyetini önalım hakkı sahibine devretme yükümlülüğü bulunduğu meselesi uzun yıllar hukuk dünyasını meşgul etmiştir⁵¹².

Daha önce de çalışmamızda, önalım hakkının hukuki niteliğine ilişkin görüşlere değindiğimizden⁵¹³ bu başlık altında günümüzde kabul edilen görüşü ve ilgili kanun maddelerini incelemeyi uygun görmekteyiz.

Zira 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 vardır⁵¹⁴.

3.1.2 Yeni Bir Hukuki İlişki ve Bedelin Belirlenmesi

Sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılması ile kurulan satım ilişkisinin hükümleri önalım sözleşmesinde bir kayıt olup olmamasına göre değişir. Önalım sözleşmesine özel hükümler konmamışsa, önalım hakkının kullanılmasından

⁵¹² Şıpka, **a.g.e.**, s.174.

⁵¹³ Bkz. 1.6. Kısım.

⁵¹⁴ Bkz. 1.6.4.

doğın satım ilişkisi, önalım hakkının kullanılmasına yol açın (taşınmaz maliki ile alıcı üçüncü kişi arasındaki) satım ilişkisinin aynıdır.

Zira bu husus Borçlar Kanunu’nun 241/f.3’de “*Önalım hakkını kuran sözleşmede aksi öngörölmemişse, önalım hakkı sahibi taşınmazı, satıcının üçüncü kişiyle kararlaştırdığı satışa ilişkin koşullarla kazanır.*” açıkça düzenlenmiştir.

Önalım sözleşmesine (bedel gibi) özel hükümler konmuşsa, hak kullanılınca muhatap ile hakkı sahibi arasında bu hükümlere uygun bir satım ilişkisi kurulur⁵¹⁵.

Önalım hakkı sahibi taşınmazın kendi adına tesciline karar verilmeden önce hâkim tarafından belirtilen süre içinde ve belirtilen yere, satım bedelini⁵¹⁶ ve alıcıya düşen tapu giderlerini⁵¹⁷ nakden yatırmakla yükümlüdür. (MK. md.734/2). Uygulamada ödemeye ilişkin bu karar depo kararı olarak ifade edilmektedir. Önalım hakkı sahibinin dava esnasında (depo kararı kapsamında) ödemiş olduğu bedel yeni satım sözleşmesinin bedelini oluşturmaktadır⁵¹⁸.

Davacı Tapu Sicil Müdürlüğü’nce bildirilecek önalım bedelinin muvazaalı olduğunu, satış bedelinin Tapu Sicil Müdürlüğü’nce gösterilen miktar olmayıp, bu miktarın altında bir rakam olduğunu iddia ederse, davacıdan yatırması istenecek bedel, öncelikle davacının bildirdiğı miktar olacaktır. Bu sorun yani dava konusu payın satış bedelinin gerçekte ne olduğunun tespiti sorunu, öncelikle çözümlenecek ve ancak bu sorunun çözümlenmesinden sonra belirlenip saptanacak miktar, davacı tarafından iddia edilen miktardan fazla çıkarsa, bu kere aradaki farkı davacı mahkeme emrine depo edecektir⁵¹⁹.

⁵¹⁵ Ayan, Mülkiyet, s.259; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, **a.g.e.**, s.538; Kutlu, **a.g.e.**, s.109.

⁵¹⁶ Satış bedelinden maksat alıcının satış konusuna dava sırasında ödediğini bildirdiğı ve resmî satış senedinde yazılı olan satış bedelidir.

⁵¹⁷ Alıcıya düşen tapu giderlerinden maksat ise, alıcının önalım konusunu satın alırken yapmak zorunda kaldığı tapu giderleridir. Yarg. 6. H.D. 22.03.2004 gün ve 1880/1744 sayılı kararında “*İhtiyari ihale ile satışta ödenen tellâliye, KDV, harç ve damga pulu gibi masrafların tapu gideri olarak depo ettirilmesi*” gerektiğine karar vermiştir.

⁵¹⁸ Yücel, **a.g.e.**, s.100-103; Olcay, **a.g.e.**, s.300.

⁵¹⁹ Özenli, **a.g.e.**, s.119.

Davaya konu payın (ya da taşınmazın) üçüncü kişiye satış bedeli ile bu satış nedeniyle alıcının ödediği tapu harç ve giderlerinin davacı tarafından mahkeme emrine yatırılması önalım davaları için, bir dava koşuludur⁵²⁰. Bu koşul yerine getirilmeden önalım davasının görülebilme olanağı yoktur. Davacı önalım hakkı sahibinin belirlenen uygun süre içinde önalım bedelini ve alıcıya düşen tapu giderlerini nakden yatırmaması durumunda dava ret olunmaktadır⁵²¹.

3.1.3 Mülkiyetin Geçiş Anı

Önalım hakkının kullanılması olan önalım davası, yenilik doğurucu bir dava ve dava sonunda verilecek olan tescil kararı ise yenilik doğuran bir karardır⁵²². Yenilik doğuran dava sonunda verilen hükümler kurucu niteliktedir⁵²³.

Kararın kurucu nitelikte olması, kararın kesinleşmesinden sonra davacının başka bir işlem yapması gerekmeksizin hukuki sonucunun meydana geleceği anlamına gelmektedir⁵²⁴.

Medenî Kanun'un 705. Maddesinde (EMK md.633), taşınmaz mülkiyetinin miras, işgal, kamulaştırma, cebri icra ve mahkeme ilamı yollarıyla tescile gerek olmaksızın kazanılabileceği ve 716/f.2'de (EMK 642/f.2) bu durumlarda taşınmaz mülkiyetini edinen kişinin tescil işlemini (bildirici nitelikte) doğrudan doğruya yaptırabileceği hükme bağlanmıştır. Öte yandan kanun koyucu MK 716/f.1'de, bazı durumlarda tescilin yapılması yönünden güçlüklerle karşılaşan hak sahibine, bu konuda dava açarak hakkını elde edebilme imkânı da sağlamıştır.

Bu hükümlerden hareketle bugün doktrin⁵²⁵ ve uygulamada⁵²⁶ önalım hakkının kullanılması ile meydana gelen ilişkide alıcı mülkiyeti nakil borcunu yerine

⁵²⁰ Bkz. Özenli, **a.e.**, s.123;

⁵²¹ Tekinay, **a.g.e.**, s.51-52; Konu ile ilgili olarak Bkz. YİBGK. 1949/13 K. ve 1951/5 K. 20.06.1951 T. kararında, önalım davasında ön alıcının yargıcın belirttiği uygun süre içinde satış bedelini ve satış giderlerini depo etmesi gerektiği şeklinde karar verilmiştir. Kararın tamamı için bkz. Olcay, **a.g.e.**, s.300.

⁵²² Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, s.536; Feyzioğlu, s.398-399; Erkan, **a.g.e.**, s.117.

⁵²³ Kutlu, **a.g.e.**, s.122.

⁵²⁴ Demirbaş, **a.g.e.**, s.85; Pekcanitez / Atalay / Özekes, **a.g.e.**, s.273; Kutlu, **a.e.**, s.123; Olcay, **a.g.e.**, s.25.

getirmediginde, önalım hakkı sahibinin ona karşı MK md.716 (EMK md.642) uyarınca açacağı dava ile mülkiyetin kendisine aidiyetine karar verilmesini isteyebileceği, hâkimin MK md.716 (EMK md.642) uyarınca taşınmazın tesciline karar verince, bu kararın kesinleşmesi ile önalım konusu payın (ya da taşınmazın) mülkiyetinin önalım hakkı sahibine intikal edeceği ve önalım hakkı sahibinin bu karara dayanarak adına açıklayıcı tescilin yapılmasını talep edebileceği kabul edilmektedir.

Yargıtay'ın 11.02.1959 tarih, 10/12 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca önalım hakkı sahibinin tescil talebi, her hangi bir hak düşürücü süreye ve zamanaşımına tabi değildir⁵²⁷.

Fakat Sungurbey'in de belirttiği gibi⁵²⁸ Türk-İsviçre Hukuku'nda tescilsiz iktisap halleri yasa ile (bkz. MK md.705 – EMK md.633) belirlenmiş olup, önalım hakkı için kanunda böyle bir kaide bulunmamaktadır.

3.2 ÖNALIM DAVASINA SON VEREN TARAF İŞLEMLERİ

Usulüne uygun olarak bir dava açıldığında, davayı görmekle görevli mahkemenin yapacağı iş, mülga HUMK'nin 74. maddesinde olduğu gibi HMK'nin da 26. maddesini göz önünde bulundurarak yargılamayı yürütmektir. Ancak öyle durumlar ortaya çıkabilir ki mahkemenin yargı gücünü nispi olarak kullanarak tarafların işin esasını görmeyi önleyen istemlerine göre sonucu belirlemesi gerekebilir. İşte bu başlık altında mahkemenin yargı gücünü nispi olarak kullandığı,

⁵²⁵ Gürsoy / Eren / Cansel, **a.g.e.**, s.640; Oğuzman / Seliçi / Özdemir, **a.g.e.**, s.536-538; Tekinay, **a.g.e.**, s.2; Köylüoğlu, **a.g.e.**, s.138.

⁵²⁶ Yarg.20.06.1951 T. ve 13/5 sayılı içtihadı birleştirme kararında önalım hakkının kullanılmasıyla birlikte mülkiyet kazanılacağı için tapu sicilini düzeltme davası açmak gerektiğine karar vermişti (RG, 07.11.1951, S.7950). 11.02.1959 T. ve 10/12 sayılı içtihadı birleştirme kararıyla bu görüşten dönülmüş (R.G. 29.04.1959 T. S.10194) ve Medenî Kanun 642. (Şimdi 716.) maddesine istinaden dava açılması gerektiği ve mülkiyetin de bu dava sonucunda verilen kararın kesinleşmesiyle birlikte kazanılacağı belirtilmiştir. Bkz. Ayan Eşya Hukuku I, s.300. d.n.970; Köylüoğlu, **a.g.e.**, s.138.

⁵²⁷ R.G. 29.04.1959 T. S.10194; Erkan, **a.g.e.**, s.117; Olcay, **a.g.e.**, s.345.

⁵²⁸ Sungurbey, İsmet; **Şu'ada Halefiyet Görüşünün Tenkidi**, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 1957, S. 1. S. 48-55, s.52; Köylüoğlu, **a.g.e.**, s.138'den naklen.

davaya son veren taraf işlemleri olan feragat, kabul ve sulh sırası ile incelenecektir⁵²⁹.

3.2.1 Feragat

Hiç kimse kendi lehine olan bir davayı açmaya zorlanamayacağı gibi, davacı da, açmış olduğu bir davayı sonuna kadar takip etmeye zorlanamaz. Bunun doğal bir sonucu olarak, davacı, feragat etmek sureti ile açmış olduğu davayı sona erdirebilir. (md.24/3)

Davadan feragat eden davacı, talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmektedir, bu iradesini mahkemeye karşı yapacağı tek taraflı bir irade beyanı ile dile getiren davacıya davalının muvafakat etmesine gerek olmadığı gibi bu feragatin geçerliliği için mahkeme tarafından da kabul edilmesine gerek yoktur. Mahkemenin yapacağı tek iş, davacının beyanının gerçekten feragat olduğunu ve kanuna uygun yapıp yapılmadığını tespit edip, davanın feragat nedeni ile reddine karar vermektir⁵³⁰.

3.2.2 Kabul

Davayı kabul, davacının talep sonucuna, davalının kısmen veya tamamen muvafakat etmesidir. (md.308/1)

Davayı kabul, davalının mahkemeye yönelik olarak yapacağı tek taraflı (açık) bir irade beyanıdır. Davayı kabulün geçerliliği için, bunun davacı ve mahkeme tarafından kabul edilmesine gerek yoktur.

Davadan feragatten farklı olarak, davayı kabul, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri uyuşmazlıkları konu alan davalarda yapılabilir.

⁵²⁹ Köylüoğlu, **a.g.e.**, s.180.

⁵³⁰ Kuru / Arslan / Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku El Kitabı**, Ankara, 2012, s.516.

Kabul karşısında hâkimin yapacağı iş, kabul uyarınca davayı kabul etmek ve kabul eden tarafı kural olarak yargılama giderlerinden sorumlu tutmaktır⁵³¹.

Feragat gibi, davayı kabul de, maddi anlamda kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğurur. (md.303) Yani kabul nedeni ile kabul edilen dava, aynî tarafla arasında ve aynî dava sebebine bağlı olarak yeniden açılmaz. Davalının davayı kabul etmesi halinde, dava konusu uyuşmazlık da sona erer. Bu nedenle, mahkeme henüz kabul nedeniyle davanın kabulüne karar vermemiş olsa bile, davalı kabulden dönemez; kabulü ile bağlıdır⁵³².

3.2.3 Sulh

Sulh, görülmekte olan bir davanın taraflarının, karşılıklı anlaşma ile dava konusu uyuşmazlığa son vermeleridir. (HMK, md.313)

Sulh, taraflar arasındaki uyuşmazlığı onların rızası ile gidermeye yaradığından ve uyuşmazlığa daha çabuk, ucuz ve basit bir şekilde son verdiğinden, davanın mahkemece esastan karara bağlanmasına oranla çok daha iyi bir çözüm şeklidir. Bu açıdan, uyuşmazlığın sulhen çözülmesinin özellikle toplumsal barış yönünden bir ideal olduğu da kolaylıkla söylenebilir⁵³³.

Önalım davasında mahkeme huzurunda yapılan sulh davayı kendiliğinden sona erdirir. Mahkemenin, bu sonucun elde edilebilmesi için, sulhtan sonra onu esas olarak ayrıca bir hüküm vermesine gerek yoktur. Mahkeme, sadece davanın konusuz kaldığını tespit ve tevsik etmekle yetinecektir⁵³⁴.

⁵³¹ Köylüoğlu, **a.g.e.**, s.181, Hakan Pekcanitez / Oğuz Atalay / Muhammet Özkes, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, 14.Bası, Ankara 2013, s.824.

⁵³² Kuru / Arslan / Yılmaz, **a.g.e.**, s.522.

⁵³³ Kuru / Arslan / Yılmaz, **a.g.e.**, s.523.

⁵³⁴ Taraflar sulh olurken aynı zamanda yargılama giderleri hakkında da bir anlaşmaya varmışlarsa tarafların anlaşmalarına uyulur. Bu konuda anlaşmaları yoksa mahkeme yargılama giderlerini sulh aşamasındaki (kısmî) kabul ve feragat edilen miktarlar oranında taraflar arasında paylaştırır. Bkz. Kuru / Arslan / Yılmaz, **Usul, a.g.e.**, s.524. Ayrıca Bkz. Timuçin Muşul, **a.g.e.**, s.444-445, Abdurrahim Karslı, **a.g.e.**, s.383-387.

3.2.4 Davanın İşlemden Kaldırılması ve Açılmamış Sayılması

Sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılması için, önalım hakkı sahibi tarafından, önalım yükümlüsü aleyhine açılan önalım davasında, mahkeme de, dava görülmekte iken davalının dava konusu bir başkasına devrettiğini öğrenince, bunu kendiliğinden gözeterek, diğer tarafa, md.125, 1/a,b hükmündeki iki seçenekten (yetkiden) hangisini seçtiğini sormalı ve alacağı cevaba göre işlem yapmalıdır.

Diğer taraf, mahkemenin sorusunu cevapsız bırakır ve 125. maddedeki seçimlik iki hakkından birini kullandığını bildirmezse, bununla davayı takip etmediği sonucuna varılmalı; dava konusunu devreden tarafın veya devralan üçüncü kişinin de davaya devam edilmesini isteme yetkisi bulunmadığı gözetilerek, dava dosyası HMK'nin 150. maddesi gereği işlemden kaldırılmalıdır⁵³⁵.

Dosyası işlemden kaldırılan bir dava, işlemden kaldırılma tarihinden itibaren üç ay içinde yenilenmezse mahkeme, kendiliğinden davanın açılmamış sayılmasına karar vererek dosya kaydını kapatır. (md.150/5)

Dosyayı işlemden kaldırılmış olan bir dava ancak ikinci defa yenilenebilir. İkinci yenilemeden sonra davanın tekrar (üçüncü defa) takipsiz bırakılması halinde, davanın açılmamış sayılmasına karar verilir. (m.150/5,6)

Yukarıdaki iki halde de mahkemece, kendiliğinden davanın açılmamış sayılmasına karar verilerek kayıt kapatılır (md.150/6)⁵³⁶.

3.3 SÖZLEŞMEDEN DOĞAN ÖNALIM HAKKININ DAVA DIŞI NEDENLERLE SONA ERMESİ VE SONUÇLARI

⁵³⁵ Kuru / Arslan / Yılmaz, **a.e.**, s.530; Hakan Pekcanitez / Oğuz Atalay / Muhammet Özkes, **a.g.e.**, s.609-614.

⁵³⁶ Kuru / Arslan / Yılmaz, **a.e.**, s.558.

Sözleşmeden doğan önalım hakkı, hak sahibinin veya muhatabın ölümü, hak sahibi ve muhatap sıfatlarının birleşimi, önalım hakkı konusu taşınmazın yok olması, önalım hakkı sahibinin önalım hakkını kullanmaktan feragat etmesi, önalım sözleşmesinde belirli bir süre için kararlaştırılmışsa bu sürenin geçmesiyle sona ermektedir. Aşağıda bu sona erme nedenleri üzerinde durulacaktır.

3.3.1 Hak Sahibinin Veya Muhatabın Ölümü

Önalım hakkı mirasçılara intikal etmektedir. Ancak tarafların bunun aksini kararlaştırmaları da mümkündür. Hakkın mirasçıya intikal etmeyeceğinin kararlaştırılması durumunda hak sahibinin ölümü hakkı sona erdirmektedir. Muhatabın ölümü halinde ise önalım hakkı sona ermeyip, genel hükümlere göre hakkın getirdiği yük olduğu gibi mirasçılara geçmektedir.⁵³⁷

3.3.2 Hak Sahibi Ve Muhatap Sıfatlarının Birleşimi

Önalım hakkı sahibi sıfatı ile önalım yükümlüsü sıfatlarının birleşmesi halinde önalım hakkı ortadan kalkacaktır. Hak sahibinin taşınmazı miras yoluyla iktisap etmesi, muhatabın taşınmazı hak sahibine bağışlaması gibi durumlarda hak ve borç tek bir kişide birleşmektedir⁵³⁸.

Hak sahibinin hakkını kendisine karşı kullanması söz konusu dahi olmayacağından, önalım hakkı sona ermektedir⁵³⁹. Önalım konusunun bu yollarla hak sahibine geçmesiyle hakkın tanınmasındaki gaye de gerçekleşmiş olmaktadır⁵⁴⁰.

3.3.3 Önalım Hakkı Konusunun Yok Olması

⁵³⁷ Zk – Haab / Scherrer / Simonius / Zobl, Art.681-682, N.30; Bk – Cıger, Art.216b, N.6; Aydoğdu, **a.g.e.**, s.34.

⁵³⁸ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.480; Yücel, **a.g.e.**, s.104.

⁵³⁹ Aynı, **a.g.e.**, s.480.

⁵⁴⁰ Küley, **a.g.e.**, s.62.

Önalım hakkının konusunu oluşturan taşınmazın yok olması, terkin edilmesi ve de son olarak kamulaştırma sebebine dayalı olarak, önalım hakkının da kullanılması sona ermektedir.

Taşınmaz doğal olaylar sonucunda tamamen ve devamlı olarak yok olmuşsa taşınmaz mülkiyeti de sona erer. Önalım hakkının konusunu oluşturan pay veya taşınmazın Türk Medenî Kanunu'nun 717. (EMK md.643) maddesi gereğince tapudan terkin edilmesi veya söz konusu pay ya da taşınmazın tamamen yok olması hâllerinde de önalım hakkı kendiliğinden sona ermektedir⁵⁴¹.

Hak konusunun yok olması (objektif imkânsızlık) önalım hakkının konusuz kalmasına neden olmakta, yapılacak devir de imkânsızlaşmaktadır. Bu imkânsızlık önalım konusunun üçüncü kişiye satımından sonra, ancak önalım konusunun hak sahibine mülkiyetinin devredilmesinden önce söz konusu olabilmektedir. Bu durumda önalım hakkı sona ermektedir⁵⁴².

3.3.4 Haktan Feragat Etmiş Olma

Daha önce de değinildiği üzere, önalım hakkının kullanılmasından belirli kişiye karşı veya belirli bir satım için feragat edilmesi ise hakkı devamlı surette sona erdirmemekte, hakkın o kişiye karşı veya o satım için kullanılması mümkün olmamaktadır. Bir yenilik doğuran hak olan önalım hakkı, hak sahibinin bunu kullanmaktan feragat etmesi için her şeyden önce hak sahibi hak doğduktan sonra bundan feragat etmelidir⁵⁴³.

Önalım hakkından feragat ayrıca hak sahibinin cüz'i veya külli haleflerinin önalım hakkını kullanmalarını da engellemektedir⁵⁴⁴.

3.3.5 Sürelerin Geçirilmiş Olması

⁵⁴¹ Yıldız , **a.g.e.**, s.111; Köylüoğlu, **a.g.e.**, s.104.

⁵⁴² Yücel, **a.g.e.**, s.105.

⁵⁴³ Eren, **a.g.e.**, s.66., Köylüoğlu, **a.g.e.**, s.13.

⁵⁴⁴ Yarg. 6. H.D. 24.3.1987 T. 1181 E. 3461 K. (YKD, Cilt:13, S:10, 1987); Yücel, **a.g.e.**, s.105.

Sürelerin geçirilmiş olması ile önalım hakkının sona ermesi durumunu iki türden anlamak gerekir. Bunlardan ilki, önalım hakkı sahibi ve muhatap arasında yapılan önalım sözleşmesinde, taraflarca kararlaştırılan süre içerisinde önalım hakkının kullanılmaması sebebi ile sona erme iken; diğeri ise, önalım hakkının kullanılması için öngörülen hak düşürücü süreler içinde önalım davası açılmaması neticesinde sözleşmeden doğan önalım hakkının sona ermesidir.

İlk durumda, 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 imkânı doğmazsa, önalım hakkı düşer. Bundan sonra yapılacak satımlarda önalım hakkı yoktur⁵⁴⁵.

İkinci durumda ise, önalım hakkının kullanılması için, önalıma konu taşınmazın satışı gerçekleşmekte ancak önalım hakkı sahibi öngörülen hak düşürücü süreler içinde önalım davasını önalım hakkı yükümlüsüne yöneltmemekte, böylelikle hakkı sona ermektedir. Hak düşürücü sürenin niteliği gereği, sürenin sona ermesi ile birlikte hakkın talep edilebilirliği değil, hakkın kendisi ortadan kalkmaktadır.

Daha önce de belirttiğimiz üzere Medeni Kanun'da hakkın kullanılması için öngörülmüş bir üst süre bulunmamasına karşın, Borçlar Kanunu hakkın en fazla on yıllık süre için kararlaştırılacağını hükme bağlamaktadır. (md.238).

⁵⁴⁵ Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, **a.g.e.**, s.540.

SONUÇ

Tez konumuzu oluşturan “Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı”nın layığıyla incelenebilmesi için öncelikle, bu hakkın bir üst kavramı – çatı kavramı olan “*Önalım Hakkı*” kavramının üzerinde durulmuştur. Mecelle’nin de etkisi ile eski 743 sayılı Medeni Kanun’da “*şuf’a*” olarak hukukumuzda varlığını sürdüren ve daha sonraki kanuni düzenlemelerde de, Arapça terim kullanım alışkanlığından kurtulmak ve hukuk dilindeki sadeleştirmeler ile “*önalım*” olarak adlandırılan bu hakka ilişkin olarak, tez içeriğinde, gerek doktrin gerekse de Yargıtay’ın kararlarında vermiş olduğu tanımlamalara yer verilmiştir.

Önalım hakkının tarih içerisindeki serüvenine ilişkin incelemelerle de, önalım hakkının ilk zamanlarda, Roma Hukuku’nda, orta çağda ve de İslam Hukuku’ndaki kullanım amaçları ortaya çıkartılarak, bunun günümüz hukuki düzenlemelerine olan yansımaları belirginleştirilmiştir. Bu hususta örneğin, Roma Hukuku’nda önalım hakkının kullanımının, satıştan sonra önce altı ay sonrasında ise bir ay gibi bir hak düşürücü süreye tabi tutulmasına benzer bir uygulamayı bugün yaşayan hukukumuzda görmek mümkündür.

Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’na kaynaklık eden İsviçre ve Alman Hukuku da tezde, “*Mukayeseli Hukukta Önalım Hakkının Düzenlenişi*” başlığı altında kısa bir düzenleme ile incelenmeye çalışılmıştır. Yeri geldiğinde tezin başka kısımlarında da değinildiği üzere, burada, Türk Hukuku’ndaki “*Önalım Hakkı*”nın ve özellikle “*Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı*”nın bu iki farklı hukuktaki düzenlemelerden ne tür farklılıklarının olduğunun ortaya çıkartılması hedeflenmiştir. Öyle ki, İsviçre Hukuku’nda düzenlenen ancak Türk Hukuku’nda bulunmayan bir yasal önalım hakkı türü de; üst hakkından doğan yasal önalım hakkıdır. İsviçre Medeni Kanunu’nun 682. maddesinin ikinci fıkrasında; üst hakkı sahibine ve üst hakkı ile yüklü taşınmazın malikine karşılıklı olarak bir yasal önalım hakkı tanınmaktadır. Bu önalım hakkının düzenlenmesindeki amaç; taşınmaz veya irtifak hakkı sahibinin değişmesi halinde, taşınmazın üst hakkından arındırılmış olarak devredilmesinin sağlanmasıdır. Kanaatimizce, Türk Hukuku’nda da “*üst*

hakkından doğan önalım hakkına” yer verilmesi gereksinimi bulunmaktadır. Örneğin, mülkiyeti devlete ait stadyumlar (Türk Telekom Arena, İnönü Stadyumu, Avni Aker Stadyumu vb.) üzerinde lehine üst hakkı tanınan spor kulüpleri (Galatasaray SK. Beşiktaş Jimnastik Kulübü, Trabzonspor Kulübü) ülkemizde turizmin gelişmesinde katkı sağlayan ve artık marka haline gelen ve bulunduğu bölgeye de katma değer sağlayan yalı, köşk, tatil köyü vb. taşınmazları (Sait Halim Paşa Yalısı, Yorgo Zarifi Köşkü, Kemer Tatil Köyü vb.) işleten ve de artık o taşınmazlar ile bir anlamda bütünleşen kuruluşlara, üçüncü kişilerden önce, o taşınmaz üzerinde bir önalım hakkı tanınması da gayet doğal karşılanabilir. Bugün mülkiyeti devlete taşınmazlarda faaliyetlerini yürütüp, kırk dokuz yılını deviren bir üst hakkı sahibinin, taşınmazın üçüncü kişi ya da kişilere satışı gündeme geldiğinde, kendisine, diğer adaylardan önce bir öncelik tanınması ve bir teklif vermesinin de beklenilmesi, bana göre, hakkaniyet gereğidir.

Önalım hakkı ile elde edilmek istenen amaçlar da yine tez konumuzun içerisine dâhil edilmiştir. Gerçekten de, sözleşmeden doğan önalım hakkı, mal sahibi taşınmazı bugün için satmak istemiyorsa ileride satması ihtimali varsa tesis olunur ve çok defa bu hak ile taşınmazın istenilmeyen bir kişinin eline geçmesini önleme amacı güdülür. Ayrıca, önalım hakkı, ileride taşınmazın değerinin artması olasılığına bağlı olarak kar sağlama amacı ile de kurulabilmektedir.

Tezde ayrıca, sözleşmeden doğan önalım hakkının üst-çatı kavramı olarak izahat ettiğimiz “*önalım hakkının*” kaynak bakımından ve de içerik bakımından çeşitliliği değerlendirilmiştir. Kaynak olarak yapılan ayrım, “*Yasadan Doğan Önalım Hakkı*” kavramı içerisine salt Medeni Kanun’da düzenlenen “*Önalım Hakkı*” değil, başta 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu olmak üzere, “*Medeni Kanun Dışında Diğer Kanunlarda Düzenlenen Yasal Önalım Hakları*” başlığı altında diğer kanunlardaki düzenlemelere yer verilmiş, tez konusunun özünden kopmamak için bu kısımların ayrıntılarına girilmemiştir. İçerik açısından yapılan ayrım ise, basit-nitelikli önalım hakkı kavramları, basit nitelikteki örneklerle somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Belirtmek gerekir ki, Medeni Kanun’daki bu konu hakkında yapılan düzenlemeye paralel bir düzenleme de 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nun 241. maddesinin 3. fıkrasında, “*Önalım hakkını kuran sözleşmede aksi öngörülmemişse, önalım hakkı sahibi taşınmazı, satıcının üçüncü kişiyle kararlaştırdığı satışa ilişkin*

koşullarla kazanır.” hükmü ile getirilmiştir. Bu bakımdan, kanun taraflar arasında bir kayıt yok ise adi önalım sözleşmesini: bedel başta olmak üzere diğer şartların kararlaştırılmasında ise nitelikli önalım sözleşmesindeki önalım hakkına göre muhatap ile önalım hakkı sahibi arasında yeni bir satım sözleşmesi olacağını düzenlemiştir.

Önalım hakkının, mülkiyeti devir hakkını kısıtlayan diğer haklarla olan ilişkisi, benzer ve farklılık arz eden özelliklerinin inceleme alanı bulduğu, “*Önalım Hakkının Benzer Haklarla Karşılaştırılması*” konu başlığında incelenmiştir. Alım hakkı – önalım hakkı arasındaki bariz fark şudur: Önalım hakkının hak sahibi tarafından borçluya ileri sürmesinde, borçlunun önalım konusu malı üçüncü kişiye satma şartı gibi bir şart olmadığından, alım hakkı sahibi başkasının iradesine ve herhangi bir şarta bağlı kalmaksızın, dilediği zaman hakkını kullanmaktadır. Geri alım hakkının kullanılabilir hale gelmesi, önalım hakkındaki gibi bir önalım olayının gerçekleşmesine bağlı değildir. Sonuç olarak, geri alım, opsiyon ve alım hakkının kullanılması, hak sahibinin tek taraflı beyanı ile gerçekleşmektedir.

“*Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı*”, mal sahibi (muhatap) ile hak lehtarı arasında yapılan bir sözleşme ile varlığını bulan, kaynağını da bu sözleşmeden alan, özel hukuk karakterli, mal sahibinin malını ileride bir üçüncü kişiye satması halinde devir yetkisini kısıtlayan bir haktır. Bu hakkın kaynağını teşkil eden “*önalım sözleşmesi*” ne ilişkin özel bir tanımlamaya ne mülga Borçlar Kanunu’nda ne de yürürlükteki Borçlar Kanunu’nda yer verilmişse de, çoğunluğun kabul ettiği gibi, önalım sözleşmesini, malikin bir kişiye önalım hakkı tanımak amacı ile gerçekleştirdiği sözleşme olarak ifade edilebilir. Uygulamada, önalım sözleşmesi, salt önalım hakkının düzenlendiği bir sözleşme niteliğini taşıyabileceği gibi, herhangi bir sözleşme içerisine yerleştirilecek bir kayıtla da ortaya çıkabilir.

Önalım sözleşmesine konu olan malların taşınmaz mallar olduğu konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Taşınır malların ise, önalım sözleşmesine konu edilip edilmemesinde ise farklı görüşler vardır. Özellikle Yargıtay’ın da verdiği kararlarda ve doktrinde kabul edilen görüşe göre, bir bütün olarak ticari işletme, Türk Gemi Sicili’ne kayıtlı gemiler, devri mümkün olan hak, bir adi senede veya kıymetli evraka bağlanmış olan hakların önalım sözleşmesine konu edilebilmektedirler. Aynı

durum, Türk Uçak Sicili'ne kayıtlı Türk sivil hava araçları bakımından da söz konusu olabilir. 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun⁵⁴⁶ 50. maddesi uyarınca “*Türk sivil hava araçlarının tescili için Ulaştırma Bakanlığınca bir sicil tutulur. Bu sicile “Uçak Sicili” adı verilir.*” Uçak sicili hava araçlarının kaydedildiği özel bir sicil olup, bunlara ait bilgilerin ve hukukî ilişkilerinin alenileştirilmesine hizmet eder. Dolayısıyla, bu sicile düşülecek bir kayıtla, örneğin, bir havayolu şirketi lehine sözleşmeden doğan önalım hakkının tanınması gündeme gelebilir.

818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun 213. maddesindeki “*Mukaveleden mütevellit şuf'a hakkı için tahriri şekil kâfidir*” hükmü gereğince, önalım sözleşmesi, adi yazılı şekle tabi idi. Yürürlükteki Borçlar Kanunu'nda da bu devam ettirilmiştir. Yalnız, yeni Borçlar Kanunu'nun 239. maddesinin 2. fıkrasında yeni bir düzenlemeye gidilmiş ve sözleşmeden doğan önalım hakkının devrine ilişkin sözleşmelerin de yazılı olması gerektiği hükme bağlanmıştır. Borçlar Kanunu'nda, yazılı şeklin unsurları hakkında getirilen bir diğer yenilik ise, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks, benzer iletişim araçları veya elektronik imza ile gönderilen metnin de yazılı şekil yerine geçeceğidir. 14. maddenin bu hükmünde ayrıca, faksla gönderilen metnin teyit edilmiş olması ve elektronik imzayla gönderilen metnin saklanabilir olması koşulları aranması da günümüz teknolojilerinin kullanarak işlem yapabilme kabiliyetinin kazanılması ve süre kaybının önlenmesi bakımından olumlu gelişmelerdir.

“*Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkının*” tanındığı ve kaynağını teşkil ettiği “*Önalım Sözleşmesi*”nin üçüncü kişilere ileri sürülmesinde kilit bir rol üstlenen “*şerh*” kurumu, mehzaz kanundan farklı olarak önalım, geri alım ve alım hakları için onar yıllık süreler için kararlaştırılmıştır.

“*Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkının*” kullanılamayacağı durumlar Borçlar Kanunu'nun 240. maddesinde açıkça sayılmıştır. Bunun yanında, içerikte de bahsedildiği üzere, ihtiyari açık arttırmalarda, şarta bağlı taşınmaz satışlarında, taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri ile yapılan satımlarda, dostluk satışlarında, tecrübe

⁵⁴⁶ R.G. 19.10.1983, s.18196.

ve muayene şartıyla yapılan satışlarda, taksitli ve bedeli muaccel satışlarda ve kısmi satışlarda önalım hakkının kullanılması mümkündür.

“Önalım Sözleşmesi” ile lehine önalım hakkı tanınan lehtarın, satım veya satıma benzer bir işlemi öğrenmesi, alıcı ve satıcının noter aracılığı ile yapacağı bildirimle olacaktır. Bu bildirim yükümlülüğü, tapu memurlarına da verilmiş ise de,(MK. m.1019) bugün uygulamada bu ihmal edilmekte ya da yapılmamaktadır. Bu bakımdan, bu kanun hükmünün uygulamaya geçirilmesi için günümüz Tapu Kadastro’nün teknolojik şartları ile SMS yolu ile satımların, şerhte gözüken lehtarlara bildirilmesinin isabetli bir çözüm olacağı kanaatindeyim.

Tapuya şerh edilmemiş önalım hakkı, etkilerini yalnızca önalım sözleşmesinin taraflar arasında doğurur. Borçlu, önalım hakkı sahibine haber vermeden satış yapar ve mülkiyeti üçüncü şahsa devrederse alıcının önalım hakkından haberi olsa dahi, mülkiyeti kazanmış olacağından, önalım hakkı sahibi lehtar da bu şekilde malike karşı hakkını ikame edeceği tazminat davası ile kullanır.

Mehaz hukuk sisteminde yer almayan dava açma zorunluluğu Türk Hukuku’na özgü olup, alım ve geri alım haklarından farklı olarak sadece önalım hakkı için kabul edilmektedir. Kanaatimizce, hem Medeni Kanun’da hem de Borçlar Kanunu’nda önalım hakkının kullanılmasının tamamen dava ikame edilmesi yolu ile kullanılması yolunun benimsenmesi isabetlidir. Her ne kadar bir kısım tarafından kullanmanın salt alıcıya gönderilecek bir ihtarname ile yapılabileceği savunulsa ve bir noter ihtarı yerine, dava ikame edilmesi daha masraflı ve de süre açısından zahmetli gibi gözükse de, dava sonucu verilecek hüküm ile bu işin noterlikten yapılacak ihtarla göre daha net bir şekilde sonuçlandırılması, hem hak sahibi bakımından hem de bu hakkın yöneltileceği kişi yahut kişiler açısından önemlidir.

Önalım davalarında görevli mahkemeler asliye hukuk mahkemeleri iken; yetkili mahkemeler ise, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesidir. Önalım hakkının kullanılması olan önalım davası, yenili doğurucu bir dava ve dava sonunda verilen hükümler kurucu niteliktedir. Bu bakımdan, kurucu nitelikte olan bu kararın kesinleşmesi ile davacı tarafın başka bir işlem yapması gerekmeksizin hukuki sonuç meydana gelecektir.

Tez içeriğinde çokça değinildiği üzere, sözleşmeden doğan önalım hakkına ilişkin etkili düzenlemelerin yeni Türk Borçlar Kanunu'nda yer verilmesi ile birlikte, kanaatimizce, uygulamada bu hakkın faydasını gören ve yararlananların sayısı artacaktır. Sözleşmeden doğan önalım hakkının, kanundaki maddeler ışığında mahkemelerce verilen kararlara konu olması ve yeni akademik çalışmalarda da yer verilmesi ile, bu hakka ilişkin mevcut düzenlemelerin eksikliklerinin giderilmesi yönünde önemli doktrin görüşleri ve yargısal içtihatların oluşması sağlanabilecektir.

KAYNAKÇA

- Akan, Özge :**Geri Alım Vaadi ile Satım (REPO) Sözleşmesi**, Ankara, 2006 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Akın, Mustafa :**“Önalım Hakkı Kullanımının Anayasaya Aykırılığı”**, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 79, Sayı:2005/3, s.728-735, İstanbul, 2005.
- Akipek, Jale / Akıntürk, Turgut :**Türk Eşya Hukuku**, 1.Basım, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009.
- Aksoy Dursun, Sanem :**Eşya Kavramı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan :**Borçlar Hukuku**, Genişletilmiş 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- Arık, Fikret :**“Şuf’a Hakkı Üzerine Bir İnceleme”**, Adliye Ceridesi, 1943, s,791-792.
- Aybay, Aydın / Hatemi, Hüseyin :**Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- Aydoğdu, Murat :**Yasadan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Beleş, Mehmet :**Yasal Önalım Hakkı**, Ankara, 2007 (Yayımlanmamış tez).
- Belen, Herdem :**“Akdi Şufa Hakkının Noterde Düzenlenmesi Gereğine İlişkin Tapu Sicili Tüzüğü Hükmünün Eleştirisi”**, KÜHFD 1998–1999, s.97-109.
- Buz, Vedat :**Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005.
- Ciğirim, Ersin :**Türk Medeni Hukukunda Kanuni Önalım Hakkı**, İstanbul 2001 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Çay, Cengiz Topel :**Yeni Türk Medeni Kanununun Önalım Hakkı Konusunda Getirdiği Değişiklik ve Yenilikler (Yenilik Doğuran Dava Düzenlemesi)**, İstanbul, 2007, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)
- Demirbaş, Harun :**Yenilik Doğuran Haklar**, İstanbul, 2007.

- Demirtabak, Didem Akalp :**Yasal Önalım Hakkı**, 12 Levha Yayıncılık, 1.Baskı, İstanbul, 2010.
- Doğan, Gül :**Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi)**, İstanbul 2004, (Yayımlanmamış Tez).
- Dural, Mustafa / Sarı, Suat :**Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanun'un Başlangıç Hükümleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2012.
- Erdoğan, Celal :**Ortaklığın Giderilmesi ve Şu'fa Davaları**, 2. Bası, Ankara, 1991.
- Erel, Şafak N. :**Eşyaya Bağlı Borç**, Ankara, 1982.
- Eren, Fikret :**Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014.
- Eren, Fikret :**Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Yetkin Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.35.
- Eriş, Gönen :**Türk Ticaret Kanunu (Ticari İşletme ve şirketler)**, C. II, B. 3, Ankara, 2004.
- Erkan, Vehbi Umut :**Türk Medeni Hukuku'nda Yasal Önalım Hakkı**, Ankara, 2006, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Erman, Hasan :**Medeni Hukuk Dersleri**, 5. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2014.
- Ertaş, Şeref :**Eşya Hukuku**, Barış Yayınları, İzmir, 2012.
- Ertaş, Şeref/ Serdar, İlknur / Gürpınar, Damla :**Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku**, Ankara, 2006.
- Esener, Turhan / Güven, Kudret :**Eşya Hukuku**, Genişletilmiş 5. Bası, Ankara, 2012, Yetkin Yayınları.
- Esmer, Galip :**Mevzuatımızda Gayri Menkul Hükümleri ve Tapu Sicili**, Ankara, 1990.
- Feyzioğlu, Feyzi N. :**Şu'fa Hakkı**, İstanbul, 1959.
- Feyzioğlu, Feyzi N. :**Borçlar Hukuku Hususi Kısmı Akdin Muhtelif Nevileri**, İÜHF, 1970.
- Gücün, Cevat :**Nazarî ve Amelî Hukuk Davaları, Gayrimenkuller Hakkında**, 2. Bası, C.I, İstanbul, 1945.

- Gülcan, Erdem :**Noterler Açısından Yeni Medeni Kanunda Önalım (Şufa) Hakkı**, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 2004.
- Gümüş, M. Alper :**Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler**, İstanbul, 2007, Vedat Kitapçılık.
- Gürsoy, Kemal Tahir / Eren, Fikret / Cansel, Erol :**Türk Eşya Hukuku**, 2. Bası, Ankara, 1984.
- Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir :**Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991.
- Haydar, Ali :**Dürer’ul Hukkam-Şerh-Mecellet’il Ahkâm**, 3. Baskı, İstanbul, 1330.
- Helvacı, İlhan :**Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun**, 1.Baskı, İstanbul, 2011.
- Helvacı, İlhan :**İsviçre Borçlar Kanunu’nun Sözleşmeden Doğan Ön-Alım, Alım ve Geri Alım Haklarına İlişkin Değişiklikleri, (İsviçre Borçlar Kanunu md.216/f.2-f.3, md.216a-216e)**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y.19-20, S.1-2, 1999-2000, Aysel Çelikel’e Armağan, s.397-417.
- Karlı, Abdurrahim :**Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı**, Alternatif Yayıncılık, 2.Baskı, İstanbul 2011.
- Kılıçoğlu, M. Ahmet :**Medeni Kanun’umuzun Aile- Miras- Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler**, Ankara, 2003.
- Kılıçoğlu, Mustafa :**Akdi ve Kanuni Şuf’a Davaları**, Adil Yayınevi, Ankara, 1997.
- Kırca, Çiğdem :**Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanundaki Değişiklikler**, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, Cilt II, İstanbul, 2002.
- Kırca, İsmail :**Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri**, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2000).
- Köylüoğlu, Egemen :**Önalım Davası**, Ankara 2011, s.16, (Yayımlanmamış Doktora Tezi).
- Kuru, Baki / Yılmaz, Ejder / Arslan, Yılmaz :**Medeni Usul Hukuku El Kitabı**, Ankara, 2012.

- Kutlu, Nurgül :**Önalım Hakkının Kullanılması**, Kocaeli 2010, (Yayımlanmamış tez).
- Küley, Muin :**Medenî Kanun'da ve Tatbikatında Şuf'a Hakkı**, İstanbul, 1950.
- Meier – Hayoz, Arthur : **Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerische Privatrech, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, 1. Abteuling Das Eigentum 3.Teilband Grundeigentum II**, Artikel.680-70, ZGB, Bern, 1975.
- Moroğlu, Erdoğan : **Anonim Ortaklık Ana sözleşmesi ve Hukukî Niteliği**, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000.
- Muşul, Timuçin : **Medeni Usul Hukuku**, Adalet Yayınevi,3.Baskı, İstanbul, 2012
- Nasır, Celal : **Türk ve Irak Hukukunda Mukayeseli Olarak Kanuni Şuf'a Hakkı**, Ankara, 2000. (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tez Çalışması).
- Nomer, Haluk Nami : **Vefa Hakkı**, İstanbul, 1992.
- Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe : **Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, 17. Bası, İstanbul, 2014.
- Olca, Avni : **4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde, Önalım (Şuf'a) Hakkı ve Davaları**, 1. Baskı, İstanbul, 2013.
- Olgaç, Senai / Karahasan, Mustafa Reşit : **Gayrimenkullerin İktisap ve Tescili**, İstanbul, 1964.
- Olgaç, Senai : **Şuf'a ve İştirak Hakları**, Olgaç Matbaası, İstanbul, 1978.
- Özenli, Soysal :**Uygulamada Önalım (Şuf'a Davaları)**, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1990.
- 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.
- Öztürk, Osman :**Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle**, İstanbul İslami İlimler Araştırma Vakfı Neşriyatı, İstanbul, 1973.
- Pekcanitez, Hakan /

- Atalay, Oğuz /
Özekes, Muhammet : **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, 14.Bası, Ankara 2013.
- Ruhi, Ahmet Cemal : **Önalım Davaları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- Sancar, Mithat : **Cebri Arttırma Yoluyla Satımlarda Önalım Hakkına İlişkin Bir Yargıtay Kararı**, Yargıtay Dergisi, S.13, 1987.
- Saymen, Ferit Hakkı /
Elbir, Halid Kemal : **Türk Eşya Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1963.
- Sebük, M. Tahir : **Türk Medeni Kanunu'nda Şuf'a, Vefa ve İştira Hakları**, İstanbul, Kader Basımevi, 1951.
- Serozan, Rona : **Sözleşmeden Dönme**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.
- Serozan, Rona : **Eşya Hukuku**, Genişletilmiş 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- Serozan, Rona : **Sözleşmeden Dönme**, 2. Bası, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2007.
- Sirmen, A. Lale : **Eşya Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Sungurbey, İsmet : **Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1963.
- Sungurbey, İsmet : **Şuf'ada Halefiyet Görüşünün Tenkidi**, MHAD, İstanbul, 1957, s.48-53.
- Surlu, Mehmet Handan : **Açıklamalı ve İçtihatlı Gayrimenkul Satış Vaadi, Satış Vaadine Dayalı Tapu İptali ve Tescil, Elatmanın Önlenmesi Davaları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.
- Şenyüz, Doğan : **Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, Ekin Basım Yayın, 5. Baskı, Bursa, 2011.
- Şıpka, Şükran Taman : **Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şuf'a) Hakkı**, Alfa Basın Yayın Dağıtım, İstanbul, 1994.
- Tandoğan, Haluk : **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri Trampa, Bağışlama**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

- Tekinay, Selahattin Sulhi /
Akman, Sermet /
Burcuoğlu, Haluk /
Altop, Atilla :**Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- Tekinay, Selahattin S. /
Akman, S./ Burcuoğlu, Haluk
/ Altop, Atilla :**Eşya Hukuku**, C.I, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.
- Tekinay, Selahattin S. :**Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri II/1**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1988.
- Tunaboylu, Müslim :**Önalım Davaları**, Adil Yayınevi, Ankara, 2003.
- Tunçomağ, Kenan :**Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.II, İstanbul, 1977.
- Ulukapı, Ömer :**Medeni Usul Hukuku**, Mimoza Yayın, 1.Baskı, İstanbul, 2014
- Ünal, Mehmet /
Başpınar, Veysel :**Şekli Eşya Hukuku**, 6. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012.
- Üstündağ, Saim :**Medeni Yargılama Hukuku**, 7. Baskı, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000.
- Velidedeoğlu, Hıfzı V. /
Esmer, Galip :**Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı**, B2, İstanbul, 1956.
- Yağcı, Kürşad :**6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Yenilikler ve Değişiklikler**, Rehber Yayınları, İstanbul, 2012.
- Yaşar, Mert : **“Yeni Medeni Kanunda Önalım Hakkına İlişkin Değişiklikler”**, Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002/2, s.426, 432.
- Yavuz, Cevdet :**Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 12. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.
- Yeniocak, Umut :**Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler**, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2013.

Yıldız, Ekrem

:**Önalım Davaları**, Vedat Kitapçılık, 2008 İstanbul.

Yücel, Sevtap

:**Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı**, Eskişehir 2006,
(Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

Zevkliler, A. / Ertaş, Ş. /
Havutçu, A. / Aydoğdu, M./
Cumalıoğlu, E.

:**6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre
Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve
Özel Borç İlişkileri**, Barış Yayınları, İzmir, 2013.