

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
MEDENİ HUKUK BİLİM DALI**

YASAL ÖNALIM HAKKI

MASTER TEZİ

**Hazırlayan
Mehmet BELEÇ**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN**

Ankara-2007

ONAY

Mehmet BELEÇ tarafından hazırlanan “Yasal Önalım Hakkı” başlıklı bu çalışma, 22.06.2007 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından adli çalışma, jürimiz tarafından Özel Hukuk Anabilim Dalı, Medeni Hukuk Bölümünde YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Başkan
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN (Danışman)

Üye
Doç. Dr. Veysel BAŞPINAR

Üye
Doç. Dr. Fadıl YILDIRIM

ÖNSÖZ

Yasal önalım hakkını, paylı Mülkiyet ilişkisinde paydaşlardan birinin, payını üçüncü kişiye satması halinde, diğer paydaşların öncelikli satın alma hakları olarak tanımlayabiliriz.

Ülkemiz nüfusunun çoğunluğu tarım ile uğraşmaktadır. Tarım arazilerinin yetersiz olması ve büyük tarım arazilerin nüfustaki artışa paralel olarak bölünmesi ile birlikte farklı kişilerin araziler üzerinde hak sahibi olmaları ve büyük tarım arazilerinin parçalanarak küçülmesi tehlikesini de beraberinde getirmektedir. İşte bu tehlikenin önlenmesi bakımından büyük önem arzeden yasal önalım hakkı, 4721 sayılı TMK ile birlikte EMK’da bulunan düzenlemelere göre önemli değişiklikler karşımıza çıkmaktadır. Bu değişiklikler doktrin ve uygulamada dikkat çekilen noktalar esas alınarak yapılmıştır. Bu sebeple çalışmamızda yasal önalım hakkının hukukî niteliği, şartları ve kullanımı ele alınırken, 4721 sayılı TMK’nun 732, 733, 734 maddelerinin 743 Sayılı MK m.658’e göre içerdiği değişikliklere de karşılaştırmalı olarak incelenmeye çalışılmıştır.

Tezin hazırlanmasında emek ve katkılarını esirgemeyen, danışmanım Prof. Dr. İhsan Erdoğan’a, fikirlerinden yararlandığım hocalarım Doç. Dr. Veysel Başpınar, Doç. Dr. Fadıl Yıldırım’a teşekkürlerimi sunmayı borç bilirim. Ayrıca bu çalışmanın hazırlanması sırasında bana büyük anlayış ve desteğini esirgemeyen sevgili eşime ve biricik kızıma da anlayışları için teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
İÇİNDEKİLER.....	ii
KISALTMALAR CETVELİ.....	vii
GİRİŞ.....	1
I- KONUNUN TAKDİMİ.....	1
II- KONUNUN ÖNEMİ.....	2
III- KONUNUN SINIRLANDIRMASI	3

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖNALIM KAVRAMI, TARİHİ GELİŞİMİ VE DOĞUMU

I. ÖNALIM KAVRAM.....	5
A.Tanım.....	6
B. Önalım Hakkının Türleri.....	8
1. Hukuki İşlemden Doğan Önalım Hakkı.....	8
a. Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı.....	8
b. Vasiyetname Yoluyla Doğan Önalım Hakkı.....	9
2. Kanundan Doğan Önalım Hakkı.....	9
II. ÖNALIM HAKKININ TARİHÇESİ, AMACI VE HUKUKÎ NİTELİĞİ	
A. Önalım Hakkının Tarihçesi.....	10
1. İlk Zamanlarda	10
2. Roma Hukukunda Önalım Hakkı	11
3. Orta Çağda Önalım Hakkı	12
4. İslam Hukukunda Önalım Hakkı	12
5. Mukayeseli Hukukta Önalım Hakkı.. ..	12
(1) Alman Hukukunda Önalım Hakkı.....	12

(2) Fransız Hukukunda Önalım Hakkı.....	14
B. Önalım Hakkının Amacı.....	15
C. Önalım Hakkının Hukukî Niteliği	16
1. Ayni Hak Teorisi.....	16
2. Önalım Hakkını, Alacak Hakkına İndirgeyen Teoriler.....	17
a. İcap Teorisi.....	17
b. Satış Vaadi Teorisi.....	17
c. Çifte Satış Teorisi	18
3. Talî Hak Teorisi.....	19
4 Aynî Borç Teorisi	21
 III. PAYLI MÜLKİYETTEN DOĞAN ÖNALIM HAKKININ DOĞUMU VE ŞARTLARI	
A. Ayni Mülkiyet İlişkisi	22
B. Önalım Hakkını Doğuran Olay	25
1. Genel Olarak	25
2. Önalım Hakkında Satım Sözleşmesi Ve Özellikleri	28
a. Bir Satım Sözleşmesi Olmalıdır.....	29
b. Taşınmaz Satım Vaadi Sözleşmesinin Önalım Olayı Bakımından Durumu.....	30
c. Geçerli Bir Satım Sözleşmesi Olmalıdır.....	31
(1) Kesin Hükümsüzlük Hallerinin Varlığı Halinde Önalım Hakkı.....	32
(2) İptal Edilebilirlik Sebeplerinden Biri İle Sakatlanmış Satım Sözleşmesinin Varlığı Halinde Önalım Hakkı.....	33
C. Önalım Hakkında Satım Sözleşmesine İlişkin Gabin Ve Muvazaa İddiaları.....	36
1. Gabin iddiaları.....	36
2. Muvazaa İddiaları	38
a. Mutlakmuvazaa	38
b. Nisbî Muvazaa	40
(1) Akdin Niteliğinde Muvazaa	40
(2) Satış Bedelinde Muvazaa	43

İKİNCİ BÖLÜM

YASAL ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASI

I. YASAL ÖNALIM HAKKININ KULLANIM ŞARTLARI

A. Paydaşlık Sıfatının Kazanılması.....	47
1.Genel Olarak	47
2.Paydaşlık Sıfatının Tapu Sicili Dışında Kazanılması	48
3.Önalım Hakkının Birden Fazla Paydaş Tarafından Kullanılması Durumunda Payın Mülkiyetinin Paylaşılması.....	50
4. Farklı Payları Aynı Taşınmazda Satın Alan Kişilerin Önalım Hakkı.....	52
5. Yasal Önalım Hakkı İle Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkının Birlikte Bulunması Durumunda Önalım Hakkının Kullanılması...	52
6. Elbirliği İle Mülkiyette Önalım Hakkının Kullanılması	53
B. Önalım Hakkını Doğuran Olayın Bildirilmesi.....	54
1. Önalım Hakkını Doğuran Olayın Alıcı Ya Da Satıcı Paydaş Tarafından Önalım Hakkı Sahibine Bildirilmesi	54
2. Paydaşın Sınırlı Ehliyetsiz Olması Durumunda Bildirim Usulü.....	57
3. Elbirliği Mülkiyet Halinde Bildirim.....	58
C. Önalım Hakkının Kullanılmasına İlişkin İrade Beyanında Bulunulması.....	59
1. Önalım Hakkının Kullanılma Şekli.....	59
2. Önalım Hakkının Kullanılması Davasının Hukuki Niteliği.....	59
3. Satış Bedelini İfa Zamanı.....	61
4. Payın Mülkiyetinin Önalım Hakkı Sahibine Geçiş Anı.....	62
5. Yasal Önalım Hakkının Kullanım Süresi.....	63
D. Önalım Hakkından Veya Hakkın Kullanılmasından Feragat.....	68
1. Mutlak Feragat.....	68
2. Nispi Feragat.....	70
E. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının İhlali.....	72

II. BAZI ÖZEL SATIŞ HALLERİNDE ÖNALIM HAKKI.....	74
A. İhtiyari Açık Artırmada Önalım Hakkı.....	74
B. Kısmi Pay Satışlarında Önalım Hakkının Kullanılması	76
C. Şarta Bağlı Taşınmaz Satışlarında Önalım Hakkının Kullanılması.....	76
D. Satım Sözleşmesinin Bazı Yan Edimler İçermesi Halinde Önalım Hakkının Kullanılması.....	78

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YASAL ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASININ MÜMKÜN OLMADIĞI HALLER VE ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASININ SONUÇLARI-

I. YASAL ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASININ MÜMKÜN OLMADIĞI HALLER	79
A. Paydaşlar Arasındaki Satışlarda.....	79
B. Cebri Artırma İle Satışlarda.....	80
C. Taşınır Mal Stışlarında.....	81
D. Tapusuz Taşınmaz Satışlarında.....	82
E. Bağışlama Ve Karma Bağış Sözleşmelerinde	84
F. Trampa Sözleşmelerinde	86
G. Payın Kamulaştırılması Halinde	88
Ğ. Kat Mülkiyeti, Kat İrtifakı Ve Devre Mülk Satışlarında.....	89
H. Miras Hukukuna İlişkin Amaçların Ağır Bastığı Akrabalar Arası Satışlarda.....	91

II. EDİNİLMİŞ MALLARA KATILIM REJİMİNDE EŞLERİN PAYLI MÜLKİYETİNE TABİ PAYIN SATIMINDA.....	94
--	-----------

III. ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASININ SONUÇLARI.....	94
A. Önalım Hakkının Kullanılması İle Yeni Bir Satım İlişkisinin Doğması.....	94
1. Halefiyet Görüşü	95
2. Önalım Hakkının Kullanılması Şartı İle Mülkiyetin Üçüncü Şahsa Gececeği Görüşü.....	98
3. Aynî Etki Görüşü.....	99
4. Eşyaya Bağlı Borç Görüşü.....	101
B. Yasal Önalım Hakkının Kullanılması İle Doğan Yeni Satım İlişkisinin Şartları.....	103
C. Önalım Konusunun El Değiştirmesi Durumunda Hakkın Kullanılmasının Sonuçları.....	107
1. Alıcının Önalım Hakkını Kullanmadan Önce Payın Satması...107	
2. Alıcının Önalım Konusunu Satış Dışında Başka Bir İşlemlle Devretmesi.....	108
SONUÇ.....	111
KAYNAKÇA.....	116
ÖZET.....	122
ABSTRACT.....	124

KISALTMALAR CETVELİ

A.D.	:Adalet Dergisi
a.g.m.	:adı geçen makale
ABD.	:Ankara Barosu Dergisi
AÜSBFD	:Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
BK.	:Borçlar Kanunu
bkz.	:bakınız
C.	:Cilt
c.	:cümle
dpn.	:dipnot
E.	:Esas
EMK.	:743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi
f.	:fıkra
GHFD.	:Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	:Hukuk Dergisi
HGK.	:Hukuk Genel Kurulu
HUMK.	:Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD.	:İstanbul Barosu Dergisi
İBK.	:İçtihadı Birleştirme Kararı
İİK	:İcra ve İflas Kanunu
İHFM	:İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İKİD	:İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi
K.	:Karar
KMK	:Kat Mülkiyeti Kanunu
m.	:madde
MHAD.	:Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MK.	:Medeni Kanun
RG.	:Resmî Gazete
S.	:Sayı
s.	:sayfa
T.	:Tarih
TMK.	:4721 Sayılı Türk Medeni kanunu
vb.	:ve benzeri
vd.	:ve devamı
Y	:Yıl
Yarg.	:Yargıtay
YKD	:Yargıtay Kararları, Dergisi

GİRİŞ

I- KONUNUN TAKDİMİ

Bu çalışmanın konusunu, “Yasal Önalım Hakkı” oluşturmaktadır. Paylı mülkiyetten doğan önalım hakkı eski tarihlerden beri kişilere tanınan haklardandır. Bu hakkın tanınması sonucu yabancıların, eski toplumlarda, kabile ve ailenin, daha sonraki dönemlerde ise paydaşların arasına girmeleri engellenmiştir. Gerçekten, önalım hakkı da, paylı mülkiyet ilişkisindeki paydaşlardan birisinin, payını paydaş olmayan bir kişiye satması halinde doğmaktadır. Bu sebeple taşınmaz üzerinde önalım hakkına sahip olan diğer paydaşlar, üçüncü kişiye satılan payı öncelikle satın alma hakkına sahip olduklarından, bu haklarını kullanarak yabancı bir kişinin aralarına girmesini engellemiş olurlar.

Toplum hayatındaki gelişme ve değişimlere paralel olarak paylı mülkiyetten doğan mülkiyet hakkının kapsamı ve hukukî niteliği de değişim göstermiştir. Örnek olarak Mecelle ile paylı mülkiyetten doğan yasal önalım hakkının yanı sıra komşuluk hakkından ve irtifak hakkından doğan önalım hakkı da tanınıyordu. Oysa hem 743 sayılı Medenî Kanunda hem de 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu’n da yasal önalım hakkı sadece paylı mülkiyet Sebebiyle tanınmaktadır.

Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyet konusu taşınmaz maliklerinden birisi payını bir üçüncü kişiye satması halinde diğer paydaşlara öncelikle satın alma hakkı veren ve kanundan doğan bir haktır.

4721 sayılı TMK. m. 732’de yasal önalım hakkı sahibi, m. 733, yasal önalım hakkının kullanım yasağı, feragat ve hak düşürücü süre ayrıca m. 734, yasal önalım hakkının kullanılması düzenlenmiştir. 743 sayılı

Medenî Kanun'un yasal önalım hakkı ile ilgili 659. maddesinde çok kısa bir düzenleme bulunmakta ve akdî şuf'a ile ilgili hükümlere kıyasen Yargıtay içtihadı birleştirme kararları ve doktrin görüşleri ile geniş uygulama alanı bulunmuş iken, TMK. da üç madde de daha ayrıntılı ve açık düzenlemeler getirilmiştir. Çalışmamızda yasal önalım hakkı ile ilgili eski ve yeni düzenlemeler arasındaki farklılıklar karşılaştırmalı olarak ele alınıp, incelenecektir.

II- KONUNUN ÖNEMİ

Maddi haklardan olan, en güçlü ve belirli ölçüde sınırsız yetki veren mülkiyet hakkı; sahibine hakkın konusu olan şeyden kullanma, yararlanma ve tüketme yetkilerini sağlar.¹ Mülkiyet hakkının tanıdığı bu yetkiler A.Y. m.35 gereğince bazı sosyal amaçlarla ve toplum yararına olmak üzere kanun koyucu tarafından bazı sınırlamalar getirilebilir. Bu anlamda *“taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamaları” kenar başlığını taşıyan TMK. m. 731'e göre; “Taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları, tapu siciline tescil edilmeksizin etkili olur. Bu kısıtlamaların ortadan kaldırılması veya değiştirilmesi, buna ilişkin sözleşmelerin resmî şekilde düzenlenmesine ve tapu kütüğüne şerh verilmesine bağlıdır. Kamu yararı için konulan kısıtlamalar kaldırılamaz ve değiştirilemez.”* Yasadan doğan önalım hakkı da, TMK., m. 731'de ifadesini bulan bir mülkiyet hakkı sınırlamasıdır. Bu sınırlama TMK., m. 732' de düzenlenmiş olması nedeni ile yasadan doğan önalım hakkının kaynağı yasadır².

Ülkemiz nüfusunun çoğunluğu tarım ile uğraşmaktadır. Tarım arazilerinin yetersiz olması ve büyük tarım arazilerin nüfustaki artışa paralel olarak bölünmesi ile birlikte farklı kişilerin araziler üzerinde hak sahibi

¹ Kemal Oğuzman/Özer Seliçi: **Eşya Hukuku**, 11.Bası, İstanbul 2002 , s.411

² Şükran Taman Şıpka,,:**Türk Hukukunda Kanuni Önalım Şuf'a Hakkı**, 1.Bası, İstanbul 1994, s14.

olmaları ve büyük tarım arazilerinin parçalanarak küçülmese tehlikesi sözkonusudur. İşte bu tehlikenin önlenmesi bakımından büyük önem arzeden yasal önalım hakkı, 4721 sayılı TMK ile birlikte EMK’da bulunan düzenlemelere göre önemli değişiklikler karşımıza çıkmaktadır. Bu değişiklikler doktrin ve uygulamada dikkat çekilen noktalar esas alınarak yapılmıştır. Bu sebeple çalışmamızda yasal önalım hakkının hukukî niteliği, şartları ve kullanımı ele alınırken, 4721 sayılı TMK’nun 732, 733, 734 maddelerinin 743 Sayılı MK m.658’e göre içerdiği değişikliklere de karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

III- KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Medenî Kanunu’muzda önalım hakkı TMK.’nın 732, 733, 734 maddelerinde yasal önalım hakkı ile 734 maddesinde sözleşmeden doğan önalım hakkı olmak üzere iki şekilde düzenlenmiştir. Bu çalışmamızda “Hukukî İşlemden Doğan Önalım Hakkı” olarak adlandırılan ve TMK’nın 735. maddesinde düzenlenen “Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı” incelenmeyecektir. Çalışma paylı mülkiyet ilişkisinden doğan önalım hakkı veya Kanun’daki ifade ile “Yasal Önalım Hakkı” incelenerek “Yasal Önalım Hakkı” ile sınırlı tutulmuştur.

Birinci bölümde, paylı mülkiyet ilişkisinden doğan yasal önalım hakkı’nın kaynağı, amacı ve önalım hakkının hukukî niteliğinin ne olduğu ile ilgili ileri sürülen kuramlar incelenmiştir. İkinci bölümde ise, paylı mülkiyet ilişkisinden doğan yasal önalım hakkının doğumu ve kullanım şartlarının ne olduğu ve paylı mülkiyet ilişkisi ile önalım olayını oluşturan satış sözleşmesi ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Üçüncü bölümde ise yasal önalım hakkının kullanılmasının mümkün olmadığı hukukî işlemlerin nelerden ibaret bulunduğu, uygulamada karşılaşılan temel problemler, önalım hakkının kullanılmasının sonuçları ve önalım hakkının kullanılması sırasında payın devredilmesinin etkileri ele alınmıştır.

Çalışmamızda Yasal Önalım hakkı ile ilgili teorik bilgiler eşliğinde özellikle Yargıtay uygulamaları ve 4721 sayılı TMK ile getirilen yenilikler doğrultusunda Yargıtay uygulamaları ile ilgili en son kararlar incelenmeye çalışılmıştır

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖNALIM KAVRAMI, TARİHİ GELİŞİMİ VE DOĞUMU

I . ÖNALIM KAVRAMI

Günümüzde, hukukumuza yerleşmiş bir terim olan Şuf'a kelimesi kök olarak Arapçadan gelmektedir. Sözcük anlamı (Zam)dır. Bu hakkın kullanılması ile Şuf'a hakkı sahibi de kendi mülküne şufa hakkı ile kazandığı malı zammetmekte, katmaktadır.³

Önalım'ın Latince karşılığı 'Preemptio' kelimesidir. Sözlük anlamı “önce satın alma , başkalarından önce satın alma hakkı” olarak verilen bu kelimenin önalım kavramını ve hukukî düzenlemesini daha açık ifade ettiği ileri sürülmüştür.⁴

Fransız hukukunda önalım kurumuna ad olarak “Preemption (Droit de)” terimi kullanılır⁵.

Alman ve Avusturya hukuk sistemlerindeki terim ise, Almanca kökenli bir kelime olan “Vorkaufsrecht” tir. Bu kelimenin aslı “Vorrecht” de

3 .Feyzioğlu, Feyzi Necmettin, **Şufa hakkı**, İstanbul, 1959, s.3; Şıpka, a.g.e., s. 3.

4 Feyzioğlu, Şufa.3; Şıpka, a.g.e., s.3.

5 Şıpka, a.g.e., s. 3.

olduğu gibi daha özel bir anlamda “öncelikli, öncelikle, tercihen satın alma” anlamına gelir.⁶

Eski Medenî Kanunun’dan farklı olarak 4721 sayılı Türk Medenî Kanun’da Şufa’a kelimesi yerine “önalım” terimi tercih edilerek “öncelikle satın alma hakkı “ kavramının karşılığı olarak benimsenmiştir. Doktrin ve yargı kararlarında yasal düzenleme öncesinde “önalım” kavramının ısrarla kullanılması bu değişiklikte etkili olmuştur.⁷

Şuf’ a kelimesinin yerine benimsenen “önalım” teriminin “öncelikli satın alma hakkının” tam karşılığı olmadığını kabul etmek gerekir. Gerçekten önalım kavramı; ön akit, gibi satış sözleşmesinden önce gelen bir işlemi çağrıştırmaktadır, oysa şuf’a kelimesinin Alman Hukuku ve Fransız Hukuku’nda da karşılığı olarak kullanılan terimler “öncelikli satın alma” anlamını taşımaktadır. Bu nedenle şuf’a kelimesinin karşılığı olarak “önelim” kavramı yerine “öncelikli alım” kavramının daha doğru olacağı görüşündeyiz.

A . Tanım

Hem 743 sayılı Medenî Kanun’da hem de 4721 Sayılı Türk Medenî kanunda önalım hakkın tanımı yapılmamıştır.

Türk hukukunda önalım (şuf’a) hakkı, genel olarak “*taşınmaz malikinin, taşınmazını bir üçüncü şahsa satması halinde Şuf’a hakkı sahibine öncelikli satın alma hakkı veren bir hak*” olarak tanımlanmaktadır⁸

Önalım hakkının en geniş biçimde yapılan tanımı, “*kanun veya akitten doğan ve hak sahibinin tek taraflı bir irade beyanıyla hükümlerini*

6 Şıpka, a.g.e., s.3.

7 Bu kavramı ısrarla kullanan yazar olarak bkz. Şıpka, a.g.e., s.3.

8 Atabek, Reşat: ‘Şuf’a Hakkı’, **İ.B.Mecmuası 14 (1940)** S.:xii, s. 929; Esmer, Galip: **Mevzuatımızda Gayri Menkul Hükümleri ve Tapu Sicili**, İstanbul 1990, 901; Oğuzman/Seliçi, a.g.e., s. 425.

husule getiren, sübjektif, aynî mahiyette öyle bir inşa-i haktır ki, borçlu, hakkın mevzuu olan şeyi tamamen kendi ihtiyariyle, hissedarlardan gayri şahıslara salim bir bey akti neticesinde sattığı takdîrde, şefie kararlaştırılan bedeli ödeyerek meşfuun mülkiyetinin tercihan kendine geçirilmesini veya şerh verilmiş akdî Şuf'ada vaki zararının tazminini muayyen müddet içinde talep salahiyetini bahşeder”⁹ biçiminde Feyzioğlu'nun eserinde görülmektedir.

Uygulamada karşımıza çıkan en önemli tanım Yargıtay'ın 20.06.1951 tarihli ve 13/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında görülmektedir. Yargıtay'a göre Önalım (şuf'a) hakkı:”*Taşınmaz mülkiyetinin yasal takyitlerinden olan yasal önalım (Şuf'a) hakkı, taşınmazda hisse sahibi olan şahsa, diğer bir hissenin üçüncü bir şahsa satılması halinde o hisse neye mal olmuş ise; o miktar ile belli bir süre içinde satın almak salahiyetini veren bir aynî haktır*” şeklinde tanımlanmıştır.¹⁰

⁹ Feyzioğlu, Şufa.s,77.

¹⁰ R.G.7.11.1951.t, S.7950.

B . Önalım Hakkının Türleri

Önalım hakkı kaynağı itibariyle, hukukî işlemde doğan ve kanundan doğan önalım hakkı olarak ikiye ayrılmaktadır. Ayrıca, önalım hakkı hükümleri bakımından da kişisel (şahsî) önalım hakkı ve aynî önalım hakkı olarak bölümlenmektedir. Burada asıl konumuz kanunî önalım hakkı olduğundan sadece kaynağı bakımından yapılan ayrımı kısaca ele alacağız .

1 . Hukukî İşlemden Doğan Önalım Hakkı

Hukukî işlemde doğan önalım hakkı, sözleşmeden doğan önalım hakkı ve vasiyetname yoluyla doğan önalım hakkı olmak üzere iki şekilde görülmektedir.

a . Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı

Sözleşmeden doğan önalım hakkı Roma hukukunda ve de eski hukukumuzda tanınmamış olmasına karşın İsviçre-Türk Medenî Kanunlarında düzenlenmiş olup, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 735 maddesinde "Devir Hakkının Kısıtlamaları " başlığı altında yer almaktadır¹¹ Bu düzenleme Eski Medenî Kanunun 658 maddesinin karşılığıdır.

Her ne kadar 743 sayılı MK md. 658 ve TMK md. 735' te bu düzenleme yapılmışsa da genel olarak bu hakkın fazla uygulandığını söylemek mümkün değildir. Oysa İsviçre Hukuku'nda bunun uygulaması ülkemize göre oldukça fazladır.¹²

Önalım hakkının kaynağını oluşturan önalım sözleşmesinin şekli ile ilgili Eski Medenî Kanun'da bir açıklık olmadığı gibi Türk Medenî Kanunu'nda da konuya ilişkin açık bir hükme yer verilmemiştir. Taşınmaza ilişkin bir

¹¹ Feyzioğlu, Şufa.s,77; Şıpka, a.g.e., s. 5.

¹² Feyzioğlu, Şufa.a.g.e., s. 77.

sözleşme olmasına karşın şekil şartı açısından resmî şekil aranmamış adi yazılı şekil yeterli görülmüştür BK .md. 213/II .¹³

b . Vasiyetname Yoluyla Doğan Önalım Hakkı

Önalım hakkının ölüme bağlı tasarruflardan, muayyen mal vasiyeti yoluyla da kurulması mümkündür.¹⁴ Türk hukukunda uygulanmasına pek rastlanmasa da, Şıpka bunu bir sözleşmeden doğan önalım olarak kabul etmektedir. Çünkü tek taraflı bir hukukî muamele olan önalım vasiyeti, mirasçılar bir önalım sözleşmesi ile yükümlü kılmaktadır. Sonuçta vasiyet alacaklısı “şerh’i” mirasçıların rıza göstermemeleri halinde dava yoluyla sağlayabilir. Bu sebeple önalım vasiyetinde sözleşmeden doğan önalım hakkına daha yakın bir nitelik vardır.¹⁵

2 . Kanundan Doğan Önalım Hakkı

Yasal önalım hakkı İsviçre Medenî Kanunu (ZGB 628) ve Eski Medenî Kanunda (MK 659) çok kısa ve yetersiz olarak düzenlenmiştir. Buna karşın akdî önalım hakkı 658 maddede daha tafsilatlı düzenlenmiş idi. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu’nda ise bu durum tersine çevrilerek 732 maddesinde yasal önalım hakkında ayrıntılı bir şekilde düzenleme yapılarak sözleşmeden doğan önalım hakkı için de bu hükümlere atıfta bulunulmuştur. Eski Medenî Kanunda ise yasal önalıma ilişkin hükümlerin düzenli olmaması nedeniyle akdî önalım hükümleri kıyasen yasal önalıma da uygulanıyordu.

Türk Medenî Kanunu’nun 732; maddesinde önceki Kanuna (MK m.659) oranla daha açık bir biçimde yasal önalım hakkı düzenlenmiştir. Maddede; *“Paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını*

13 Feyzioğlu, Şufa.s, 80; Şıpka, a.g.e., s. 5.

14 Feyzioğlu, Şufa.s, 82.

15 Şıpka, a.g.e., s.7.

tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması halinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilir”, hükmü yer almaktadır. Burada Türk Medenî Kanunu’nun 732 maddesi ile mülkiyet hakkına kanundan doğan bir sınırlama getirildiği görülmektedir.¹⁶ Bu hak paylı mülkiyette paya bağlı ve diğer paydaşın payını sattığı anda doğan yenilik doğurucu bir haktır.

II . ÖNALIM HAKKININ TARİHÇESİ, AMACI VE HUKUKÎ NİTELİĞİ

A . Önalım Hakkının Tarihçesi

1 . İlk Zamanlarda

Önalım hakkının tarihçesi mülkiyet hakkının tarihî gelişimine sıkı sıkıya bağlıdır. Eski devirde aile statüsü ile mülkiyet statüsü o kadar iç içe idi ki, bazen bir taşınmazı satın alan kişiye, ölenin adını o taşınmaz üzerinde devam ettirmek için mal sahibinin dul karısı ile evlenme, zorunluluğu da getirilirdi. 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 idi.¹⁷

¹⁶ Şıpka, 8.

¹⁷ Feyzioğlu, Şufa.35.

2 . Roma Hukukunda Önalım Hakkı

Roma hukukunda, hem yasal önalım, hem de sözleşmeden doğan önalım hakkı söz konusu idi; sözleşmeden doğan önalım genellikle satış sözleşmesine bağlı bir sözleşme ile kurulurdu. Bununla beraber satış sözleşmesinden bağımsız önalım hakkı da kurulabilmekte idi ¹⁸

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 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 indirilmiştir. ¹⁹

18 Sebük Tahir: **Şuf'a, Vefa ve İştira Hakları** , İstanbul 1951, s. 7.

19 Feyzioğlu, Şufa. s,36.

3 . Orta Çağda Önalım Hakkı

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, mal sahibinin mirascısı 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 idi.²⁰

4 . İslam Hukukunda Önalım Hakkı

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 hakimın hükmü ile cebren yani müşterinin rızasına bakılmaksızın satın alıp kendi varlığına katma hakkı”* olarak tanımlanmaktadır²¹

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

5 . Mukayeseli Hukukta Önalım Hakkı

(1) Alman Hukukunda Önalım Hakkı

Alman Medenî Kanunu (BGB) modern hukuk mevzuatı içinde önalım hakkına en fazla yer veren kanundur. BGB’de önalım hakkına 22 paragrafta yer verilmiştir. BGB § 504 ‘e göre, *“Bir şey üzerinde şuf'a hakkına sahip olan kimse, borçlunun o şeye dair satış sözleşmesi yapması halinde,*

²⁰ Feyzioğlu, Şufa. s, 36; Arık, s,791-792.

21 Ali Haydar: **Dürer’ül Hakkam- Şerh -Mecelletül Ahkam**, 3.Baskı. İstanbul, s,20.

şuf'a hakkını kullanabilir.” Burada doğrudan doğruya değil dolaylı bir tanımlama söz konusudur.²²

Alman Medenî Kanunu, sözleşmeden doğan önalım hakkını iki yerde düzenlemiştir. Bunlardan birincisi BGB'nin, 504-514 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. İkinci düzenleme ise BGB § 1094-1104 arasında düzenlenen herkese karşı ileri sürülebilen aynî önalım hakkına ilişkin düzenlemedir. Aynî önalım hakkı hukukî işleminden 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 § 504-514 maddelerinin uygulanması gerektiği düzenlenmiştir.²³

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 hakimiyeti söz konusu değildir. Dış ilişki bakımından ise hükümleri bakımından şerh verilmiş şahsî hak niteliğinde olduğunu ileri sürmektedir.²⁴

Alman Federal Mahkemesi (Bundesgerichtshof) aynî önalım hakkınının aslında bir aynı hak olmadığını kabul etmiştir. Daha sonra getirdiği açıklama ile “*aynî önalım hakkına ilişkin hükümlerini, emredici hükümler*

²² Velidedeoğlu, H.V/ Esmer, Galip: **Gayrimenkul Tasarruflar**, İstanbul 1956, 435; CelaL, Nasır, **Türk ve Irak Hukukunda Mukayeseli Olarak Kanuni Şuf'a Hakkı**, Ankara 2000 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tez Çalışması) 20.

²³ Sebük,, a.g.e., 21.

²⁴ Bkz. Sebük,, a.g.e., s. 9; Bkz. Feyzioğlu, Şufa. s,52.

arasında yer almakla şahsî şuf'a hakkına göre bazı özellikleri bulunmaktadır" demiştir.²⁵

BGB § 2034'te müşterek mirasçıların sahip oldukları önalım hakkını düzenlemiştir. Buna göre, mirasçılardan birisinin payını üçüncü bir kişiye satması halinde, diğer paydaşlar bu pay üzerinde bir önalım hakkına sahiptirler.²⁶ Görüldüğü gibi, Alman Hukukunda Önalım hakkı ile ilgili geniş ve ayrıntılı düzenlemeler bulunmakta olup, Modern hukuk sisteminde önalım hakkına en fazla yer veren kanunun Alman Medenî Kanunu'dur..

(2) Fransız Hukukunda Önalım Hakkı

Fransız Medenî Kanunu (Code Civil)'ında sözleşmeden doğan önalım hakkı ile ilgili açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanunî önalım hakkı ile ilgili ise C.C. m, 841'de düzenleme bulunmaktadır. Buna göre; mirasçılardan biri payını kanunen mirasçılık sıfatına sahip olmayan üçüncü kişiye satarsa, diğer mirasçılar bu kişiye satış bedelini ödeyerek payı geri alma hakkına sahiptirler.²⁷

Code Civil'de tanınan diğer önalım hakları; 1-Münazaalı alacakların üçüncü kişiye temlikinden sonra bu kişiye veya onun kanunî halefine karşı ileri sürülen önalım hakkı (Retrait Litigieux). 2-Kocaya karşı kadına tanınan özel önalım hakkı ya da mal birliği rejiminden doğan özel önalım (Retrait Particulier) hakkıdır.²⁸

Fransız Hukukunda Code Civil dışında özel olarak Fransız Ziraat Kanunu'nun 790-810 maddelerinde farklı bir önalım hakkı düzenlenmektedir. Bu düzenleme ile arazi sahibinin kiraya verdiği araziye bir

²⁵ Bkz. Sebük,, a.g.e., s. 9; Bkz. Feyzioğlu.a.g.e., s.52.

²⁶ Bkz. Feyzioğlu, a.g.e. s, 52.

²⁷ Bkz. Feyzioğlu, a.g.e , 47.

²⁸ Bkz. Feyzioğlu, a.g.e s,47.

başkasına satması halinde kiracının o arazi üzerinde önalım hakkı bulunmaktadır.²⁹

Code Civil de sözleşmeden doğan önalım hakkı ile ilgili özel düzenleme bulunmamakla birlikte, sözleşme serbestisi ilkelerine dayanarak taraflar arasında yapılacak bir isimsiz sözleşme ile önalım hakkının tanınmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır. Fransız Hukukunda sözleşme ile kurulan bu şahsî hakkın tapu siciline şerh verilmesinden söz edilmemektedir. Bununla birlikte üçüncü kişinin kötüniyetli olarak şuf'a hakkı konusunu iktisap etmesi halinde satıcının kötüniyetli olarak yapılan bu ihlal fiiline iştirak ettiği kabul edilerek önalım hakkı sahibine karşı CC.m 1382 'ye göre haksız fiilden sorumlu olacağı kabul edilmektedir.³⁰

B . Önalım Hakkının Amacı

Mülkiyet hakkını sınırlayan haklardan olan önalım hakkının kuruluş amacı zamana göre değişmektedir. Eski dönemdeki temel amaç malların ailede, kabilede ya da şehirde kalmasını sağlamaktır; ortaçağda da aynı amaç güdülmekle birlikte, derebeylere müşteriden memnun kalmaması halinde bedelin belirli bir kısmını iade ederek malı zaptetmeyi sağlama amacı da söz konusu olabilmekteydi.³¹

Bugünkü hukuk sistemimizde önalımdan beklenen amaçlar farklıdır. Bu amaçları şu şekilde özetleyebiliriz: Bir taşınmazı ortaklaşa tasarruf edenler, ortaklardan birinin payını bir yabancıya satması halinde tanımadıkları biri ile ortak olma sonucuna katlanmak zorunda kalacaktır. Burada önalım hakkının tanınması sonucunda bir güvence oluşturularak

²⁹ Celal, a.g.e., s.22.

³⁰ Feyzioğlu, Şufa.s,48.

³¹ Feyzioğlu, a.g.e.s, 5.

ortaklara böyle bir durumdan kurtulma imkanı sağlanmaktadır.³² Bu şekilde önalım hakkı birbiriyle uyuşmayan müşterek maliklerin müşterek bir işletmede yan yana yaşamalarından doğacak olumsuzlukların giderilmesine de yardımcı olur.³³

C . Önalım Hakkının Hukukî Niteliği

Önalım hakkının hukukî niteliğinin ne olduğu konusunda, pek çok görüş ileri sürülmektedir. Bu görüşleri kısaca üç ana başlık halinde sayabiliriz bunlar; 1-Aynî Hak Teorisi 2-Tali Hak Teorisi 3-Aynî Borç Teorisidir.

1 . Aynî Hak Teorisi

Aynî hak görüşü önalım hakkının hukukî niteliğini açıklayan en eski görüşlerden birisidir.³⁴ Bu görüşe göre yasal önalım hakkı “aynî hak” olarak nitelendirilmektedir. Bu görüş savunucularına göre aynî hakkın en belirgin özellikleri önalım hakkında da mevcuttur. 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 özellikleridir.³⁵ Bu görüş öğretilde çeşitli açılardan eleştirilmiştir.³⁶ Buna göre Yasal önalım hakkı herkese karşı değil, sadece payı devralana karşı ileri sürülebilir. Bu özelliği ile aynî haklarda olduğu gibi gerçek bir hakimiyet hakkı söz konusu değildir.³⁷ Ayrıca aynî hakkın kullanımı herhangi bir süreye bağlı değildir. Yasal önalım hakkının kullanımı ise belli bir süreye bağlıdır. Diğer bir

32 Küley Muin: **Medeni Kanun’da ve Tatbikatında Şuf’a Hakkı** , İstanbul 1950, s, 5.

33 Feyzioğlu, Şufa. s, 5-7.

34 Şıpka,, a.g.e., s.20, Küley, a.g.e., s.10, 11; Sebük, a.g.e., s.37-38

35 Şıpka, a.g.e., s. 20.

36 Şıpka, a.g.e., s.20-21.

37 Şıpka, a.g.e., s. 22.

eleştiri de 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 tabi tutmakla yetindikleri vurgulanmaktadır.³⁸ Uzun yıllar boyunca İsviçre ve Türk hukuku yazarlarını meşgul eden aynî hak görüşü “yenilik doğuran hak” görüşünün ortaya atılması ile eski geçerliliğini önemli ölçüde yitirmiştir.

2 . Önalım Hakkını, Alacak Hakkına İndirgeyen Teoriler

a . İcap Teorisi

Bu görüşe göre önalım hakkı, önalım sözleşmesiyle malikin önalım hakkı sahibine yaptığı bir icaptır.³⁹ Buna göre malik, diğer tarafa bir icap yapıp, önalım hakkı sahibinin hakkını kullanması için belirlenen süre kadar icabıyla bağlıdır.

Önalım hakkı sahibi hakkını kullandığı takdîrde icabı kabul etmiş sayılır ve bu anda satış sözleşmesi oluşur.⁴⁰

b . Satış Vaadi Teorisi

Bu görüşe göre önalım sözleşmesi, malikin önalım hakkı sahibine karşı ifayı taahhüt ettiği bir “satış vaadi sözleşmesi” olarak kabul edilmelidir.⁴¹ Önalım mükellefi, mevsuf önalımdaki gibi sözleşmede tesbit ettikleri bedel ve diğer şartlarda ya da adi önalım sözleşmesinde olduğu gibi, ileride yapacağı satış şartları çerçevesinde, önalım hakkı sahibi ile bir satış akdî yapmayı vaat ve taahhüt etmektedir. Bu görüş de bazı yönleri ile

38 Şıpka, a.g.e., s.23; Sungurbey, İsmet, **Şuf’ada Halefiyet Görüşünün Tenkidi**, İstanbul 1963, s.102 vd.

39 Saymen, Ferit H/Elbir, Halit K **Türk Eşya Hukuku Dersleri**, İstanbul 1963. s, 372; Küley, a.g.e., s.12.

40 Eleştiriler için Saymen H/Elbir Halit K, a.g.e, 372; Feyzioğlu, Şufa.9-10; Tandoğan, Haluk: **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, C I/1, 5 Bası, Ankara 1988, s,275.

41 Feyzioğlu, **Şufa**.s,10; Tandoğan, a.g.e, s, 275; Saymen/Elbir, a.g.e, 372; Şıpka, a.g.e, s,24.

eleştirilmekte ve önalım kurumunu tam manası ile izah edemediği belirtilmektedir.⁴²

c. Çifte Satış Teorisi

Bu teori sözleşmeden doğan önalım, alım ve geri alım haklarını açıklama amacı ile ileri sürülmüş bir teoridir.⁴³ Bu teoriye göre; önalım sözleşmesinin, hükümlerini doğurabilmesi iki taliki şarta bağlanmış bir satış sözleşmesidir. Birinci şart ; satıcının (önalım yükümlüsünün) sözleşme konusu şeyi üçüncü şahsa satması; ikinci şart ise satışı öğrenen önalım hakkı sahibinin önalım hakkını kullanmış olmasıdır.⁴⁴ Bu şartların gerçekleşmesi sonucunda, geciktirici şarta bağlı akdedilmiş olan satış sözleşmesi, yükümlü satıcı ve önalım hakkı sahibi arasında bir borç ilişkisi doğurur. Bu anlamda sözleşmeden doğan ön alım hakkının “kullanılması şarta bağlı bir iştirah hakkı” niteliğinde olduğu görüşü ileri sürülmüştür.⁴⁵

Bu görüş de çeşitli yönlerden eleştirilmiştir. Bu eleştiriler önalım hakkının kullanılması sonucu hak sahibi ile önalım yükümlüsü arasında oluşan yeni hukukî ilişkiyi açıklamakta yetersiz kaldığı, kuramda aranan iki şartın da sırf iradi şart olmaları bakımından hukukî bir değer taşımayacakları ve kanundan doğan ön alım hakkını açıklamakta yetersiz kaldığı şeklinde ortaya çıkmaktadır.⁴⁶

42 Saymen/Elbir, a.g.e,s, 372; Feyzioğlu, Şufa. s,9-10; Tandoğan, a.g.e, s, 275.

43 Tekinay,. Sulhi: **Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri**, İstanbul 1988, 6-18; Feyzioğlu, a.g.e, s, 12-14 ;

Şıpka, a.g.e, s, 25.

44 Saymen/Elbir, a.g.e, 372; Feyzioğlu, Şufa.s, 12; Tandoğan a.g.e., s. 276; Şıpka, a.g.e., s.25.

45 Oğuzman/Seliçi, a.g.e, s,410; Ertaş, Şeref: **Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku**, Ankara 2002, 330; Yavuz, Cevdet **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümleri**, 4. Bası, İstanbul 1996. s,195.

46 Saymen/Elbir, a.g.e., s. 372; Feyzioğlu, Şufa.s, 14; Tandoğan, a.g.e., s. 276, Şıpka, a.g.e., s. 25

3 . Talî Hak Teorisi

Bu ayrım Von Tuhr tarafından özel hukukta klasik hak şemasından farklı olarak bir tasnif yapılarak “asli” ve “talî” hak sınıflandırılmasına gidilmiş ve buna göre mutlak ve nispi haklar “asli”, yenilik doğuran ve yönetim hakları ise “tali” haklar olarak sayılmıştır.⁴⁷

Yenilik doğurucu haklar tek taraflı bir irade beyanı ile karşı tarafın rızasına gerek kalmaksızın, yeni bir hukukî ilişki yaratma, önceden var olan bir hukukî ilişkiyi değiştirme veya ortadan kaldırabilme etkisine sahiptir. Yenilik doğurucu haklar, sonuçları açısından kurucu, değiştirici ve bozucu yenilik doğuran haklar olarak üç gruba ayrılmaktadır.⁴⁸ Yenilik doğuran hakların en önemli özelliği yönelmiş olduğu sonucun, muhatabının katılımı olmaksızın ve hatta onun rızası hilafına, hak sahibinin tek taraflı irade beyanı ile doğmasıdır.⁴⁹

Yenilik doğurucu haklar tek taraflı bir hukukî işlem aracılığı ile kullanıldıkları için şarta bağlı olamazlar.⁵⁰ Bu özellikler önalım hakkında da mevcuttur. Önalım hakkında hak sahibi üçüncü kişiye satış işlemi gerçekleştiğinde isterse bu hakkını kullandığını karşı tarafa bildirerek, önceki satışın aynı şartlarını taşıyan yeni bir satış ilişkisi kurar.⁵¹ Yenilik doğuru haklar, karşı tarafta meydana getirdiği etki nedeniyle kısa “hak düşümü” sürelerine bağlı kılınmışlardır. Bu sonuç karşı tarafı korumak, onu uzun süre

47 Şıpka, a.g.e., s.28.

48 Oğuzman, a.g.e, 92-93; Zevkliler Aydın: **Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, 2. Bası, Ankara 1989, 112. Soysal: **Uygulamada Önalım (Şuf’a) Davaları**, 2. Bası, İstanbul 1990, s,5.

49 Oğuzman, a.g.e, s, 92-93; Zevkile,, a.g.e., s. 112; Özenli, a.g.e., s. 5.

50 Yenilik Doğurucu Hakların Özellikleri için bkz.Özenli, a.g.e, 18-20,25,29; Özsunay, Ergun : **Medeni Hukuk’a Giriş**, 5 Bası, İstanbul 1996,.242 Eren, Fikret **Borçlar Hukuku Genel hükümleri**, C.1, 8,Bası, İstanbul 2003, s,63-71.

51 Oğuzman, M.Kemal: “Eşyaya Bağlı Borçlara Hakim Olan Esaslar” **H Arslanli anısına, Armağan:** İstanbul 1978, (Eşyaya Bağlı Borç) . 233; Serozan Rona, **Nisbi Hakların Güçlendirilmesi**, İ.Ü.H.F.M. C,XL S.1-4, İstanbul 1975, s, 12.

yaptığı hukukî işlemin belirsizliği ile şüphede bırakmamak içindir. Yenilik doğurucu haklar bir defada kullanılabilen haklardandır.⁵²

Yenilik doğurucu haklar dava yolu ile kullanılabildikleri gibi, dava dışı da kullanılabirler.

Yenilik doğurucu hakların en belirgin özelliklerini ön alım hakkı da taşımaktadır. Şöyle ki; önalım hakkı sahibi üçüncü kişiye satış gerçekleştiğinde eğer isterse bu hakkı kullandığını karşı tarafa bildirerek, önceki satışın aynı şartları ile “yeni bir satış ilişkisi” kurar.⁵³ Bu şekilde yeni hukukî ilişki, karşı tarafın bir katılımı ya da rızası bulunmasa bile gerçekleşmiş olur. Bu ilişkide karşı tarafın iradenin yöneltileceği bir yan olma dışında bir fonksiyonu yoktur, tamamen pasif durumdadır.⁵⁴

Ayrıca yenilik doğurucu hakların diğer özellikleri olan, kısa hak düşümü süresine tabi olması, bir defa kullanılabilmeleri, tek taraflı bir hukukî işlem ile kullanılabilmelerini önalım hakkının bünyesinde bulmak mümkündür.⁵⁵

Genel olarak doktrin ve uygulamada baskın görüş önalım hakkının “eşyaya bağlı bir yenilik doğuran hak” niteliğinde olduğu yöndedir.⁵⁶

52 Oğuzman, “Eşyaya Bağlı Borç”, s.233; Serozan, a.g.e., s. 12.

53 Feyzioğlu, “Şufa” .16; Oğuzman/Seliçi, 424; Arpacı, Abdülkadir: **Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim**, İstanbul 1990, s, 609.

54 Önen, a.g.e., s. 8

55 Şıpka, a.g.e., s. 25

56 Oğuzman/Seliçi, a.g.e., s.500,501; Gürsoy/Eren/Cansel.: **Türk Eşya Hukuku**, 2. Bası, Ankara 1984,... 613, nitekim bu konuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararında da, önalım hakkının inşai bir hak olduğunu dile getirmiştir: “... Taşınmaz mal mülkiyetinin yasadan doğan daraltımlarından biri olan önalım hakkıdır. Yasal önalım hakkı, yenilik doğuran (inşai) bir haktır. Paydaşa bir payın üçüncü kişiye satılması durumunda o yer, alıcıya neye mal olmuş ise o miktar ile, belli süre içerisinde satın alma yetkisi verir.” (YHGK, 18.05.1994 T., E., 1994/621, E.,1994/356 K Sayılı kararı;), yine aynı yönde Yargıtay 6 hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararında aynı görüşü teyit etmiştir “.. Önalım hakkı, paylı mülkiyet hükümlerine tabi taşınmazlarda payın üçüncü kişiye satışı halinde diğer paydaşlara o payı öncelikle satın alma hakkını veren yenilik doğuran

Sonuç olarak ön alım hakkının hukukî niteliğini en iyi açıklayan görüş, yenilik doğuran hak görüşüdür. Sözleşmeden doğan önalım hakkı gibi paylı mülkiyette kanundan doğan önalım hakkı da bir yenilik doğurucu haktır.

4 . Aynı Borç Teorisi

Bu görüş yanlıları,önalım hakkının üçüncü kişilere etkisini, yenilik doğuran hakkın muhatabı olarak açıklama zorluğundan dolayı bu kavrama başvurmuşlardır⁵⁷.

Bu görüşe göre şerh verilen kişisel haklarda şerhin etkisiyle, diğer kanundan doğan mülkiyet sınırlamalarında ise “kanun” gereği taşınmaza malik olan her üçüncü kişi “ bir borçla” yükümlü olmaktadır.⁵⁸ Paylı mülkiyette önalım hakkında, hakkın paya bağlı olması nedeniyle, payı, satış ilişkisi sonucunda kazanan her üçüncü kişi önalım yükümlüsü olarak önalım hakkı sahibine mülkiyeti devretme borcu yüklenmiştir.⁵⁹ Önalım hakkının kullanılması ile birlikte alıcı üçüncü kişi ile önalım hakkı sahibi arasında yeni bir satış ilişkisi kurulur⁶⁰ ve alıcı üçüncü kişi taşınmazı devretme borcu ile birlikte bu ilişkiden doğan alacak haklarına ilişkin karşı edim ve diğer def’i haklarının da sahibi olur.⁶¹ Bu görüş önalım hakkının kullanılmasının sonuçlarını ve özellikle alıcı üçüncü kişinin yeni borç ilişkisine dahil

bir haktır. Bu hak paylı mülkiyet ilişkisi kurulduğu anda doğar ve payın üçüncü kişiye satılması ile kullanılabilir hale gelir.” (Yarg. 6 H.. D. 16.03.2004 T.,E.2004/1728 K., 2004/1815 sayılı kararı).”Önalım hakkı, paylı mülkiyete tabi taşınmazlarda, paydaşlardan birinin payını üçüncü bir kişiye satması halinde diğer paydaşların satılan payı, bu pay alıcıya kaç mal olmuşsa o bedel üzerinden alma hakkı tanıyan, yenilik doğuran bir haktır.....” (Yarg. 6 H.D 28.04.2005 T. E. 2005/2668 K. 2005/4198 sayılı karar).

57 Şıpka, a.g.e., s. 40.

58 Oğuzman, M. Kemal: “Eşyaya Bağlı Borçlara Hakim Olan Esaslar” **H.Arash’ının Anısına Armağan**, İstanbul 1978, Görüşler (Eşyaya Bağlı Hak), s, 214.

59 Feyzioğlu, Feyzi Necmettin: **Şuf’a Hakkının Kullanılması İçin Gerekli Şartlar**, (İBD, C.XXVI, S 10,(Hakkın Kullanılması), a.g.e., s.588-589; Sebük., a.g.e., s.76; Şıpka, a.g.e., s.182.

60 Şıpka, a.g.e., s.182.

61 Sungurbey, a.g.e., s. 119; Şıpka, a.g.e., s.183.

edilmesini açıklamakta etkili bir görüş olması nedeni ile Türk hukukunda ve uygulamada kabul edilmeye başlamıştır.⁶²

III . PAYLI MÜLKİYETTEN DOĞAN ÖNALIM HAKKININ DOĞUMU VE ŞARTLARI

A . Paylı Mülkiyet İlişkisi

Türk Medenî Kanununun yasal önalım hakkına ilişkin 732. maddesinde önalım hakkının doğumu için gerekli en önemli şart olarak paylı mülkiyet ilişkisinin varlığı aranmaktadır.

Bir önceki konuda da ifade ettiğimiz gibi⁶³ yenilik doğurucu hak niteliğinde olan önalım hakkı, tâli hak niteliği itibari ile, doğması için hukukî bir ilişkiye ihtiyaç duymaktadır. Yenilik doğurucu hakların geneli için geçerli olan bu hukukî ilişki bizzat kanun koyucu tarafından öngörülen temel bir ilişki olabileceği gibi bir borç ilişkisi de olabilir. Diğer bir ifade ile yasa koyucu, öngördüğü temel ilişkiye yenilik doğurucu hak bağlamış olabilir. Bu anlamda, sözleşmeden doğan önalım hakkı, borç ilişkisine bağlı yenilik doğurucu bir hak iken, paylı mülkiyette yasal önalım hakkı ise bizzat yasa koyucunun paylı mülkiyet ilişkisine bağladığı yenilik doğuran bir haktır⁶⁴. Kanun koyucu, yasal önalım hakkını paylı mülkiyet ilişkisine bağladığını MK.md 732 “Paylı

62 Oğuzman/Seliçi, a.g.e., s.489 ve 504; Tekinay, a.g.e., s. 5; Yavuz, a.g.e., s. 146; Şıpka, a.g.e., s. 183.

63 Bkz. Yukardaki başlık 2, C.

64 Hatemi/Serozan/Arpaci: **Eşya Hukuku**, İstanbul 1995,. S, 424; Şıpka, a.g.e., s.30-36.

mülkiyette diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler” ifadesiyle açıkça belirtmektedir.⁶⁵

Türk Medenî Kanunun’da, önalım hakkının doğumunu öngören tek hukukî ilişki olma özelliğini paylı mülkiyet ilişkisi taşımaktadır. Bu nedenle, paylı mülkiyet dışında, elbirliği mülkiyet ve üst hakkında yasal önalım hakkından söz edilemez.⁶⁶

Maddî olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla birden çok kimsenin malik olması (MK 688) şeklinde tanımlanan ve “birlikte mülkiyet”⁶⁷ türlerinden biri olan paylı mülkiyet , birlikte mülkiyetin bir diğer türü olan ‘elbirliği mülkiyetten” farklıdır. Paylı mülkiyeti elbirliği mülkiyetinden ayıran en temel özellik, bir bütün olarak tek bir mülkiyet hakkının konusunu oluşturan eşya üzerindeki mülkiyet hakkında, birden çok kimsenin eşya üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir paya sahip olmalarıdır.⁶⁸

Bir eşya üzerinde paylı mülkiyet ilişkisinin kurulması üç şekilde olur. Bunlar; hukukî işlem, doğrudan doğruya kanun gereği veya bir resmî makamın tasarrufudur.

Elbirliği ile mülkiyet ilişkisini bir hukukî işlem ile kurulması ise farklı şekillerde olabilmektedir. Bu, bir kimsenin tek başına sahip olduğu bir taşınmazı başkalarına hisse temlikî şeklinde ya da birden fazla kişinin bir taşınmazı birlikte satın alması gibi sağılar arası bir hukukî işlemle olabileceği

65 Eski Medeni Kanunda “Bir taşınmazın hissedarı onun şayi bir hissesini satın alan üçüncü şahsa karşı şuf’a hakkına haizdir’ (md. 659) hükmü ile bu ilişki ifade edilmekte idi. Yeni düzenleme ile bu ilişki daha açık olarak belirlenmiştir.

66 Feyzioğlu “Şuf’a”, a.g.e., s.96; Saymen/Elbir, 376; Gürsoy/Eren/Cansel., a.g.e., s.614.

67 Oğuzman/Seliçi, a.g.e., s.237; Arpacı, “Müşterek Mülkiyet” s, 157.

68 Oğuzman/Seliçi, a.g.e., s.238-239; Arpacı, a.g.e, s,158.

gibi, bir kimsenin taşınmazını birden fazla kişiye vasiyet etmesi şeklinde bir ölüme bağlı tasarrufla da olabilmektedir.⁶⁹

Kanundan doğan müşterek mülkiyet ilişkisi bakımından ise; “İki taşınmazı birbirinden ayırmaya yarayan duvar, parmaklık, çit gibi sınırlar, aksi isbat edilmedikçe, her iki komşunun paylı malı sayılır.” hükmünü içeren MK.md.721 ile “Birden çok kişinin taşınır malları önemli bir zarara uğramadan veya aşırı bir emek ve para harcamadan ayrılmayacak şekilde birbiriyle birleşmiş veya karışmış ise birleşme veya karışma zamanındaki değerleri oranında paylı mülkiyete sahip olurlar” hükmünü ihtiva eden MK md 776 örnek gösterilmektedir.⁷⁰

Resmî bir makam kararı ile paylı mülkiyetin doğumuna örnek ise 3194 sayılı İmar Kanunun 16 maddesidir.⁷¹

3402 sayılı Kadastro Kanunu md. 15 ile de bir taşınmaz payını ona zilyed olan şahıs lehine olacak şekilde bir paylı mülkiyet ilişkisinin doğumu sağlanmıştır.

Aynı taşınmaz ile ilgili birden fazla kişinin açtığı tescil davası sonucunda taraflar arasında elbirliği mülkiyet kurulmasına esas bir hukukî ilişki bulunmadığı takdirde hakim, mülkiyetin davacılara hisseli olarak geçmesine karar vermesi de resmî bir makam kararı ile paylı mülkiyetin kurulmasının bir örneğini oluşturmaktadır.⁷²

Saymış olduğumuz bu üç yoldan herhangi biri ile bir taşınmaz üzerinde paylı mülkiyet ilişkisinin kurulması ile birlikte önalım hakkı, kanun

69 Feyzioğlu, Şufa.s.96; Şıpka, a.g.e., s. 34.

70 Oğuzman/Seliçi, a.g.e., s.240; Feyzioğlu a.g.e, s, 97.

71 Madde 16; “ Belediye ve mücavir alan hudutları içindeki taşınmazların re’sen veya müracaat üzerine tevhid veya ifrazı, bunlar üzerinde irtifak hakkı tesisi veya bu hakların terkin, bu kanun ve yönetmelik hükümlerine uygunluğu belediye encümenleri veya il idare kurullarınca onaylanır.”

72 Şıpka, a.g.e., s.35.

gereği, kendiliğinden ve herhangi bir işleme gerek kalmaksızın doğacaktır.⁷³ Bu şekilde paylı mülkiyetin kurulması ile birlikte önalım hakkının doğması sonucunda, eşyaya bağlı bir hak olarak paylı mülkiyette “paydaş sıfatını” kazanan kimse aynı zamanda “önalım hakkı sahibi” sıfatını, kendi payını satması halinde ise “önalım yükümlüsü” sıfatını kazanacaktır. Bu durum da doğrudan doğruya kanundan doğan bir mülkiyet hakkının sınırlaması söz konusu olmaktadır..

B . Önalım Hakkını Doğuran Olay

1 . Genel Olarak

Mülkiyet hakkının kanundan doğan sınırlamalarından olan, paylı mülkiyet ilişkisine bağlı önalım kurumunda, pay sahibi olan her malik ileride gerçekleşmesi ihtimali bulunan bir önalım hakkının hem sahibi hem muhatabı olmaktadır⁷⁴. Önalım hakkının fiilen gerçekleşmesi için bir hukukî sebebe ihtiyaç vardır, bu hukukî sebep önalım olayıdır.⁷⁵

Önalım olayı adı verilen bu hukukî işlem’in öncelikle “taşınmaz mülkiyetinin devrini sağlayabilecek nitelikte” bir kazandırıcı işlem olmak zorunluluğu vardır. Bunun için mülkiyet hakkının geçirimini sağlamayan “intifa”, “sükna”. veya “üst hakkı” nın önalım olayını oluşturmaları mümkün değildir.⁷⁶

73 Gürsoy/Eren/Cansel, a.g.e., s.376; Feyzioğlu, Şufa. s,96; Oğuzman/Seliçi, a.g.e., s. 423-424. Karahasan, Mustafa R: **Türk Eşya Hukuku**, C.II, İstanbul 1991, 124; Esmer, a.g.e., s.904.

74 Şıpka, a.g.e., s. 119.

75 Serozan/Hatemi/ Arpacı: **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul 1992, 122; Şıpka, a.g.e., s. 43.

76 Şıpka, a.g.e., s.43.

Önalım olayının ve buna bağlı olarak yenilik doğuran önalım olayını oluşturan hukukî işlemin “payın üçüncü kişiye satışı” olduğu konusu öğreti ve uygulamada kabul edilen çoğunluk görüşüdür⁷⁷.

Ancak gerek sözleşmeden doğan önalım hakkı için MK.md.734’ te gerekse paylı mülkiyette yasal önalım hakkı bakımından MK.md.733’ te önalım olayının ne olduğu konusunda açık bir düzenlemenin olmaması, bu konuda değişik görüşlerin ileri sürülmesine yol açmıştır.⁷⁸

Feyzioğlu, çoğunluk görüşü doğrultusunda önalım olayını “bugün muteber ve makbul olan görüşe göre şuf’a hadisesi:Şuf’a borçlusunun ihtiyariyle üçüncü bir şahısla, meşfu şey üzerinde tam ve sahih bir satış akti yapması ve bunu yaparken asıl gayesinin müşterinin şahsı ve hususiyetlerinden ziyade, icabında şefiin de yerine getirebileceği bir mahiyette olan, önalım olayını oluşturur.” demektedir.⁷⁹

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında önalım olayını şu şekilde tarif etmiştir “Devreden için devralanın şahsı değil para ediminin elde edilmesinin önem taşıdığı ve önalım konusu şeyin para ile mübadele edilebildiği hukukî işlemle, önalım olayını oluşturur.”⁸⁰

Önalım olayı hakkında yapılan bu tanımlara göre, mülkiyet hakkının temlikini amaçlayan her muamelenin önalım hakkının kullanımına imkan vermediğidir. O kadar ki, önalım olayını meydana getirecek işlemde bu işe denk gelecek bir sonucu elde etme amacı işlemin yapılmasında ana unsur olmalı ve önalım konusunu oluşturan şeyin para veya para yerine

77 Sebük,, a.g.e., s.85-87 ; Feyzioğlu,**Şuf’a Hakkının Kullanılması İçin Gereken Şartlar**, (İBD 1952, S. 10.) , 571 vd. ; Şıpka, a.g.e., s. 43.

78 Şıpka, a.g.e., s. 44; Feyzioğlu, “Şuf’a”, s,183; Feyzioğlu “Şuf’anın Kullanım Şartları”, s,569.

79 Feyzioğlu “Şuf’a” ,s, 183.

80 Şıpka, a.g.e., s. 45.

geçen mücerret bir kıymet ile değiştirilmesi mümkün olmalıdır.⁸¹ Yapılan bu tanımlardaki özellikleri taşıyan işlemlerin başında satış işlemi gelmekte ise de öğretide önalım olayının yalnız satış hallerinde geçerli olmayıp, satış dışındaki muamelelerin de önalım olayını oluşturacağını ileri süren yazarlar da bulunmaktadır.⁸²

Önalım olayının satış sözleşmesi olduğunu kabul eden hakim görüş; satış dışındaki muamelelerin de önalım olayını oluşturacağını ileri süren görüşleri aşağıdaki gerekçelerle reddetmektedir; Buna göre, öncelikle Kanunun lafzından yola çıkarak varılan sonucun doğru olmadığını, gerek MK md.735/1,gerekse yasal önalım hakkına ilişkin 732 maddeleri “satışındaki koşullar”, “satması”, “alıcıya karşı” tabirleri kullanılmıştır. Ancak “temlik” denilmemiştir. Önalım olayının satış ile sınırlandırılmasının hakkın amacına aykırı olacağı görüşü de doğru değildir, zira yapılacak sözleşme ile bunun aksinin kararlaştırılması da (sözleşmeden doğan önalım hakkı için) mümkündür. Ayrıca önalım olayının satıştan başka tasarruf ve temlikleri kapsayacak şekilde genişletilmesi, malikin paylı mülkiyet payı üzerinde tasarruf yetkisini ve genel olarak mülkiyet hakkının, kanun koyucunun amacı dışında sınırlandırılması sonucunu doğuracaktır.⁸³

Sonuç olarak paylı mülkiyette yasal önalım hakkının kullanılmasının temel şartı olan olay, “önalım sözleşmesi” dir.

Önalım hakkının kullanımı için satım sözleşmensin ifası gerekli midir? Bu soru ile ilgili hem Türk hukukunda hem de İsviçre hukukunda farklı görüşler ileri sürülmüş olmakla beraber, hakim görüş önalım hakkının

81 Feyzioğlu, “Şuf’anın Kullanım Şartları”, s,569.

82 Bu konudaki farklı görüş ve tartışmalar için bkz; Şıpka, a.g.e., s. 44; Feyzioğlu, a.g.e, s, 569; Feyzioğlu: “Şuf’a”,s, 184 vd.

83 Şıpka, a.g.e., s.49; Feyzioğlu,a.g.e, s, 186 vd.

kullanılabilmesi için mülkiyetin alıcı üçüncü kişiye geçirilmesini sağlayan işleme gerek olmadığı görüşüdür.⁸⁴

Aslında bu sorunun Türk hukukunda pratikte fazla bir önemi yoktur. Çünkü tapu memurlarının, aynı resmi senet içersinde hep satım sözleşmesini düzenleyip hem de tesciltalebine yer verilmiş olması, buna bağlı olarak tescil işleminin hemen bundan sonra yapılması nedeni ile, Türk hukukunda borçlandırıcı işlemle tasarruf işleme sanki iç içe geçmiştir.⁸⁵ Ancak istisnai de olsa herhangi bir nedenle satım sözleşmesi düzenlendikten sonra tescil işlemi henüz yapılmamış yada gecersiz olsa bile, teorik olarak “tescil” ile değil “satım sözleşmesinin kurulması” ile gerçekleşeceğinden, önalım hakkı sahibi bu hakkını kullanabilecektir.⁸⁶

2 . Önalım Hakkında Satım Sözleşmesi ve Özellikleri

Önalım hakkının doğumu için gerekli olan “önalım olayı” genel anlamda önalım konusu payın maliki olan paydaşın, payını üçüncü kişiye satmasıdır. Yapılacak satış sözleşmesinin önalım olayını gerçekleştirerek önalım hakkının kullanımını sağlaması için tam ve geçerli bir sözleşme olması gerekir.⁸⁷ Çünkü önalım olayının gerçekleşmesi için, satıcının paylı mülkiyet payını nakletmeyi borçlandığı tam ve geçerli bir sözleşmenin kurulması gerekmektedir.⁸⁸

⁸⁴ Feyzioğlu, a.g.e, 218 vd; Şıpka, a.g.e., s. 52; Özenli , a.g.e., s. 54; Erdoğan, a.g.e., s.655-656; Tekinay, a.g.e., s.50; Arik, a.g.e., s. 809

⁸⁵ Şıpka, a.g.e., s. 49,52, 54.

⁸⁶ Şıpka, a.g.e., s.54; Gürsoy/Eren/Cansel a.g.e., s.616; Özenli , a.g.e., s. 54.

⁸⁷ Feyzioğlu, “Şuf’anın Kullanım Şartları”, 572; Feyzioğlu, “Şufa”,.186; Şıpka, a.g.e., s.54; Tekinay, a.g.e., s. 26; Kiliç, Halil **Gayrimenkul Davaları**, C.II, Ankara 1997, 20; Tekinay, a.g.e., s.26.

⁸⁸ Feyzioğlu, a.g.e., s. 6.

a . Bir Satım Sözleşmesi Olmalıdır

Satış sözleşmesinin önalım olayını gerçekleştirmesi ve hakkı kullanılabilir hale getirmesi için “tam” olması gerekir.⁸⁹ Bununla amaçlanan ise sözleşmenin B.K. m.11 anlamında kurulmuş bir sözleşme olmasıdır.⁹⁰ Önalım olayını gerçekleştirecek satış sözleşmesinin tam bir satış sözleşmesi olması; önalım hakkı sahibi ile önalım yükümlüsü arasındaki ilişkide hukukî güven ve emniyeti sağladığı gibi önalım hakkı sahibinin korumasını da sağlamaktadır. Önalım hakkı sahibi tam bir satış sözleşmesine dayandığı zaman, önalım yükümlüsünün sözleşmede belirlenmiş olan hususları yerine getirmeye hazır olduğunu bilme olanağına da kavuşacaktır. Önalım olayının tam bir satış sözleşmesine dayanması; önalım hakkının kullanma süresine, hakkın içeriğine ve hakkın kullanılması ile meydana gelecek olan yeni hukukî ilişkinin belirlenmesine de açıklık sağlayacaktır.⁹¹ Bu nedenle henüz tam olarak kurulmamış olan bir satış sözleşmesi önalım hakkının kullanılmasına imkan vermeyecektir.⁹² O halde, pay sahibinin önalım konusu şeyi üçüncü kişiye satmayı teklif etmiş olması,⁹³ ve sözleşmenin kurulması aşamasında yapılan ön görüşmelerin veya müzakerelere girişmeden, malikin mücerret olarak önalım konusu payı temlik niyetini taşıması da, önalım hakkının kullanılmasına imkan vermez.⁹⁴

89 Feyzioğlu, Şufa.s,186.

90 Şıpka, a.g.e., s. 54; Özenli, a.g.e., s. 55; Ersin Ciğerim: **Türk Medeni Hukukunda Yasal Önalım Hakkı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İ.s.tanbul 2001, 31.

91 Şıpka, a.g.e., s.55..

92 Gürsoy/Eren/Cansel, a.g.e., s. 616; Şıpka, a.g.e., s. 55; Arık, a.g.e., s.809.

93 Şıpka, a.g.e., s.54; Feyzioğlu, “Şuf’a Hakkının Hullanılması”; s, 572.

94 Gürsoy/Eren/Cansel, a.g.e., s.616; Şıpka, a.g.e., s. 55; Arık, a.g.e., s.809. YARG.6..HD. 21.02.1995 T., E 1995/3098, K. 1995/1939, “...Satıştan önce yapılan teklif veya benzeri olaylar hakkın kullanılmasına etkili olmaz...” (Kılıçoğlu, 89.)

B . Taşınmaz Satım Vaadi Sözleşmelerinin Önalım Olayı Bakımından Durumu

Bir ön akit olarak taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin önalım hakkının kullanılmasına imkan veren bir önalım olayı olup olmadığı konusu gerek İsviçre⁹⁵ gerekse Türk hukukunda değişik fikirlerin ileri sürüldüğü bir konudur.

Türk hukukunda, doktrin ve uygulamada hakim olan görüş, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin önalım hakkının kullanılmasına imkan vermediği yönündedir.⁹⁶ Ancak taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin hukukî niteliği ile ilgili yapılan tartışmalar nedeni ile ortaya çıkan farklı görüşlerin⁹⁷ etkisi ile taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin bir önalım olayı olduğu yönünde görüşler de ortaya atılmıştır. Özellikle taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin önalım olayı kabul edilmesi ile sözleşmenin taraflarının satış ve temlik masraflarından tasarruf sağlayacakları, ayrıca satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerh edilmesi ile satış sözleşmesinden farkı kalamayacağı ve bu durumda alıcı tarafından, önalım hakkı sahibinin hakkını engellemek kastı ile, uzun yıllar malikmiş gibi taşınmazı kullanabileceği için taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin de önalım hakkının kullanılmasına yeteceği görüşünü Tekinay ileri sürmektedir.⁹⁸

Sonuç olarak hakim görüşün ileri sürüldüğü gibi taşınmaz satış vaadi sözleşmesi bir önalım olayı olarak kabul edilemez. Çünkü taşınmaz satış

95 İsviçre Hukukunda bu konusundaki tartışmalar ve ileri sürülen değişik görüşler için bkz Şıpka, a.g.e., s.55-56.

96 Bkz. Feyzioğlu, “Şufa”,s,187,284; Feyzioğlu “Şuf’anın Kullanılma Şartları”, s, 4572-573; Hatemi/Serozan/Arpaci, a.g.e, s, 527; Gürsoy/Eren/Cansel, a.g.e, s, 411; Şıpka, a.g.e., s. 55; arık, a.g.e., s. 809.

Yarg. 6.HD. 21.02.1995 T., 1995/13098, K.1995/1939, “...Satıştan önce yapılan teklif veya benzeri olaylar hakkın kullanılmasına etkili olmaz...” Bkz. (Kılıçoğlu, 89).

97 Sungurbey, İsmet: **Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi**, İstanbul 1963, 8 vd.

98 Tekinay, “Takyitler”, s, 23 .

vaadi sözleşmesi hukukî niteliği itibarıyla, bir önalım olayını oluşturabilecek gerçek ve tam bir satış sözleşmesi olmayıp, asıl satış sözleşmesinden ayrı ve taşınmaz satış sözleşmesinin yapılmasını isteme hakkı veren bir ön akittir.⁹⁹ Bu nedenle taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tam bir satış sözleşmesi olduğu ve ancak tam bir satış sözleşmesinin varlığı halinde kullanılabilen önalım hakkının kullanılmasına imkan vereceğinin kabul edilmesi mümkün değildir.¹⁰⁰

c . Geçerli Bir Satım Sözleşmesi Olmalıdır

Borçlar Hukukunda “sözleşme serbestisi” ilkesinin kural olarak benimsenmesi nedeni ile taraflar sözleşmenin şartlarını serbestçe tayin edip belirleme hakkına sahiptirler. Borçlar Kanunu bu kurala bazı hallerde istisnalar getirmiştir. Bu sınırlamalar bazen sözleşmenin geçerliliğini kesin olarak engelleyebilmektedir. Ayrıca yapılan sözleşmenin geçerli olabilmesi için tarafların iradelerinin de herhangi bir biçimde sakatlanmamış olması gerekmektedir. Satış sözleşmesinde de bu genel kurallar nedeni ile sözleşmenin geçersizlik şartları nedeni ile hükümsüz olmaması veya sakatlık nedeni ile iptal edilebilirlik durumunda bulunmaması gerekmektedir. Aksi halde bu geçersizlik ve irade sakatlığı halleri önalım olayını ve buna bağlı olarak önalım hakkının doğumunu etkileyecektir. Bu nedenle satış sözleşmesinin geçerliliğini etkileyecek durumları sırasıyla ele alarak inceleyeceğiz.

99 Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin hukukî niteliği ile ilgili görüşler için bkz Oğuzman/Seliçi, 297-298; Yavuz, a.g.e, s, 188; Hatemi/Serozan/Arpaci, a.g.e,528; Tandoğan, a.g.e, 244.

100 Bkz. Yarg.6..HD.26.09.2005 T., E.2005/7099, K.2005/8593, “.....önalım hakkına konu edilen payların satışının yapıldığı 29.12.2003 tarihli resmî akit tablosunun incelenmesinden, satışa konu paylar ile davalıların 3/9 nisbetindeki kadim paylarının birleştirilerek yeni payın oluşturulduğu görülmektedir. Dosya kapsamına göre de davalıların tapuda edindikleri bu kadim payları kat karşılığı inşaat sözleşmesi ve re’sen satış vaadi sözleşmesi sonucu edindikleri görülmektedir. Bu durumda yukarıdaki esaslar doğrultusunda paydaşlar arasındaki satıştan dolayı, davacı önalım hakkını kullanamayacağından davanın reddine karar verilmesi gerekirken bu husus üzerinde durulmadan yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.....”, (Yayımlanmamıştır)

(1) Kesin hükümsüzlük Hallerinin Varlığı Halinde Önalım Hakkı

Sözleşmede kesin hükümsüzlük (mutlak butlan) halleri B.K.m.19/II ve BK.m.20/I,II de düzenlenmiştir. Bir sözleşmede kesin hükümsüzlük sebeplerinden birinin varlığı halinde sözleşme baştan itibaren geçersiz olacağından¹⁰¹, bu durumda önalım hakkının varlığı ve doğumundan söz edilemez.¹⁰² Kesin hükümsüzlük sebepleri, temyiz kudretinin bulunmaması, sözleşmenin konusunun, emredici hukuk kurallarına, genel ahlaka ve şahsiyet haklarına , kamu düzenine, aykırı olması ya da sözleşmenin konusunun imkansız olması ve sözleşmenin geçerliliği için kanunda öngörülen şekil şartlarına uyulmaması halleridir. Bu sebeplerden birinin varlığı sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğuracaktır.¹⁰³

Yasal önalım hakkının konusu, bir taşınmaz payı olduğundan BK.m.213 gereğince bu payın satışının resmî şekilde yapılması zorunludur. Resmî şekil şartına uyulmaması halinde, yapılan sözleşme kesin hükümsüzlük nedeni ile geçersiz olur.¹⁰⁴

Bununla birlikte son yıllarda “şekle aykırılık” konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Klasik görüş adı verilen bu görüşe göre şekle aykırılığı kendine özgü “Sui generis” geçersizlik olarak adlandırıp, taşınmazlarda şekle aykırılığın kesin hükümsüzlük yerine nispi butlana yaklaşan bir hükümsüzlük meydana getirdiği görüşü savunulmaya başlanmıştır. Buna göre şekle aykırılık halinde, başlangıçtan itibaren geçersiz olan sözleşme, geçerli bir sözleşme imiş gibi hüküm ve sonuçları taraflardan birisi sözleşmenin geçersizliğini ileri sürene kadar doğurur. Taraflardan birisi sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri sürerse, sözleşme baştan itibaren geçersiz hale gelir. Burada sözleşmenin geçersizliği herkese karşı söz konusudur. Sözleşmenin geçersizliğini yalnız sözleşmenin tarafları ileri

101 Oğuzman/Öz, a.g.e., s. 126, vd

102 Feyzioğlu, Şufa. s, 187; Feyzioğlu, “ Şuf’anın Kullanılma Şartları” , s, 573; Şıpka, a.g.e., s.62.

103 Oğuzman/Öz, a.g.e., s.126, vd.

104 Oğuzman, **Borçlar hukuku**, İstanbul, 1995, 102; Hatemi/Serozan/Arpaci, a.g.e., s.540.

sürebilir. Bu anlamda butlan görüşünden farklı olarak sözleşmenin geçersizliği hakim tarafından re'sen nazara alınamadığı gibi üçüncü kişiler tarafından da sözleşmenin geçersizliği ileri sürülemez.¹⁰⁵ Hükümsüzlük, sözleşmenin taraflarını koruma amacını gütmektedir. Taraflardan birisince ileri sürülmedikçe üçüncü kişilerce buna dayanılamaz; hakim tarafından re'sen nazara alınamaz; yalnız tapu memuru böyle bir sözleşmeye dayanan tescil talebini yerine getirmekten kaçınabilir.¹⁰⁶

Taşınmaz satışlarındaki şekle aykırılıkla ilgili hakim görüş, şekle aykırılığın bir kesin hükümsüzlük sebebi olarak bir satış sözleşmesini baştan itibaren geçersiz kılacağı yöndedir. Bu nedenle kesin hükümsüzlük hallerinin tümünde olduğu gibi şekle aykırılık halinde de, önalım olayı gerçekleşmediği için önalım hakkı kullanılamayacaktır.¹⁰⁷ Şekle aykırılık nedeni ile sözleşmenin aykırılığının ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlalini oluşturması halinde, bu iddia dinlenmemeli ve satış sözleşmesi geçerli kabul edilerek önalım hakkının kullanılması sağlanmalıdır.¹⁰⁸

(2) İptal Edilebilirlik Sebeplerinden Biri İle Sakatlanmış Satım Sözleşmesinin Varlığı Halinde Önalım Hakkı

İptal edilebilirlik hallerinden birinin varlığı halinde yapılan sözleşmenin geçerliliği ya da baştan itibaren hükümsüz hale gelmesi iradesi sakatlanan tarafın açık yada örtülü icazet verip vermemesine bağlanmıştır. İptal edilebilirlik nedenleri, Borçlar Kanunun'da "İrade fesadı halleri" olarak; hata (BK.m.23 v.dd), hile (BK.m.28), ikrah (BK.m.29,30) ve gabin (BK.m.21)

105 Altaş Hüseyin; **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Ankara 1998 .136,137.

106 Yavuz, a.g.e., s.180; bu görüşler ile ilgili bkz.Kılıçoğlu a.g.e., s.299; Tandoğan, a.g.e., s.233; Oğuzman/Öz, a.g.e., s.119-120.

107 Feyzioğlu, "Şufa".187; Feyzioğlu, "Şuf'anın Kullanılma Şartları",s, 573; Şıpka, a.g.e., s.62; Özenli, a.g.e., s.7; Arık Fikret: "Şuf'a Hakkı Üzerine Bir İnceleme", **Adliye Ceridesi**, 1943 C.34, S.9, 809-810.

108 Akyol, Şener: **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, İstanbul 1995. 72 vd; Oğuzman, a.g.e., s. 120; Hatemi/Serozan/Arpaci, a.g.e., s. 540 vd.

olarak sayılmıştır.¹⁰⁹ Bütün bu hallerde ortak özellik, eksik bulunan geçerlilik şartı ile korunan tarafa, sakat akti hükümsüz kılması için bir iptal hakkının tanınmış olmasıdır.¹¹⁰

İptal edilebilirlik nedenleri ile sakatlanmış olan bir satış sözleşmesinin varlığı halinde önalım hakkının doğup doğmadığı sorununa gelince, bu durumda sözleşmenin geçerli veya geçersiz olacağı iradesi sakatlanan tarafın iradesine bağlı olacağından, önalım hakkı sahibi tarafından iradesi sakatlanan tarafın davranışının ne olacağının önceden bilinmesi mümkün olmadığından, önalım hakkı sahibi açısından sözleşmenin geçerliliğinin kabul edilerek önalım hakkının doğduğu sonucuna varılmalıdır.¹¹¹ Zira önalım hakkı sahibinin satışı öğrendiği andan itibaren çok kısa olan (bir ay) hak düşürücü süre içinde hakkını kullanmak zorunda olup, aksi taktîrde o satış için doğan önalım hakkını kaybedecektir.¹¹²

Önalım hakkı sahibi iptal edilebilir nitelikte bulunan bir satış sözleşmesine dayalı olarak ön alım hakkını kullandığında, hükümsüzlük hallerinin sözleşmeye yaptığı etkinin bir sonucu olarak, önalım hakkının kullanılması “askıda” kalacak ve sürenin geçmesi ile veya süre geçmeden zımnen ya da açık olarak icazet verilmesi ile sözleşme geçerli hale geleceğinden, önalım hakkı da geçmişe etkili olarak kullanıldığı andan itibaren sonuçlarını doğuracaktır. Hükümsüzlük hallerine dayanılarak açılan iptal davası sonucu satış sözleşmesinin iptali halinde, önalım olayını oluşturan satış sözleşmesi hiç yapılmamış hale geleceğinden bu satış bakımından önalım hakkının kullanılmasının sonuçları da geçmişe etkili

109 Feyzioğlu Necmettin Feyzi Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, Cilt I İstanbul 1976 , s, 249; Şıpka, a.g.e., s.64,

110 Oğuzman, a.g.e., s.128.

111 Şıpka, a.g.e, 65; Feyzioğlu; Feyzioğlu, Şufa.s,188; Feyzioğlu “Şuf’anın Kullanılma Şartları”, s,573; Oğuzman/Selici, a.g.e,s, 411 vd.; Özenli, a.g.e, s, 58.

112 Şıpka, a.g.e., s, .65; Özenli, a.g.e., s. 58.

olarak ortadan kalkacaktır. ¹¹³ Bu durumda, eğer önalım hakkının kullanılması sonucunda önalım konusunu teşkil eden payın mülkiyeti önalım hakkı sahibine geçmiş ise onun adına yapılan tescil “yolsuz tescil” haline gelecektir. Bu nedenle satıcı(ilk paydaş) ona karşı bir iptal ve payın kendi adına tescili için dava açabilecektir.¹¹⁴ Şayet satıcı yolsuz tescilin kendi adına düzeltilmesi için gerekli olan davayı açmaktan kaçınıyorsa, o zaman MK.m.2/II gereği nispi butlan iddiasının önalım hakkı sahibine etkisinin olmaması gerekir.¹¹⁵

Burada ortaya çıkan önemli bir problem de önalım hakkının kullanımını engellemek amacı ile iptal hakkının kötüye kullanılması durumudur. İptal edilebilir nitelikte bulunan bir satış sözleşmesinin, nispi butlan sebebiyle iptal edilmesinin aynı zamanda askıda bulunan önalım hakkına olan engelleyici etkisi, tarafları, sırf önalım hakkının kullanımını engellemek için bir iptal sebebi yaratmaya ve üzerinde anlaştıkları bu hayali iptal sebebi ile satış sözleşmesinin iptalini sağlayarak önalım hakkının kullanımını engellemeye yöneltebilecektir. Ancak bu durumun öğretilde, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu kabul edilerek, MK.m.2/II gereği, bu talep dikkate alınmayarak önalım hakkını ve eğer önalım hakkı kullanılmış ise onun sonuçlarını etkilemeyeceği belirtilmelidir. ¹¹⁶

Önalım hakkı sahibinin sonradan kötü niyetle sözleşmenin geçersiz kılındığını öğrenmesi halinde, bu kararın iptali için önalım davası açabileceğini, Özenli ileri sürmektedir.¹¹⁷

113 Şıpka, a.g.e., s.65-66; Feyzioğlu, “Şuf’a”, s, 188; Feyzioğlu, “Şuf’anın Kullanılma Şartları”, s.573-574; Oğuzman/Selici, a.g.e, 411 vd.; Karahasan, a.g.e., s.160,161; Arık, a.g.e.,s, .810; Erdoğan, Hasan: **Şuf’a Davaları**, Ankara 2001, s, 655.

114 Özenli, a.g.e, 59 yazar “.....Çünkü bu olasılık durumunda, önalım hakkının kullanılmasına neden olan yasal olgu ortadan kalkmış bulunmakta ve böylece önalım hakkı sahibi paydaş adına yapılan tescilin bir dayanağı kalmamaktadır.”; Şıpka, a.g.e s, 66.

115 Şıpka, a.g.e., s.66.

116 Özenli, a.g.e., s.59; Şıpka, a.g.e., s.66; Erdoğan, a.g.e., s. 655.

117 Özenli, a.g.e., s.59.

Uygulamada özellikle “gabin” ve “muvazaalı” satış sözleşmelerinin, sırf önalım hakkını engellemek için ileri sürülmesi uygulamada sıkça karşılaşılan bir durum olması nedeni ile, bu iki durum ayrıca ve ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

C. Önalım Hakkında Satım Sözleşmesine İlişkin Gabin Ve Muvazaa İddiaları

1 . Gabin İddiaları

Borçlar Kanunu’nun 21. maddesinde iptal edilebilirlik nedenlerinden biri olarak düzenlenen gabin, bir sözleşmede tarafların edimleri arasında açık bir nispetsizlik bulunması halinde, bu nispetsizliğin zarara uğrayan tarafın müzayaka halinde bulunmasından veya hiffetinden yahut tecrübesizliğinden diğer tarafın yararlanması suretiyle meydana gelmesi hali olarak tanımlanmıştır. Bu şartların varlığı halinde gabine maruz kalan taraf, sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren bir yıl içerisinde sözleşmeyi iptal etme ve geçmişe etkili olarak sözleşmenin geçersizliği sağlayarak onun hükümlerinden kurtulma imkanına sahiptir.¹¹⁸

Her satış olayında olduğu gibi taşınmaz satışlarında da gabin iddialarına rastlamak mümkündür. Bu nedenle önalım olayını oluşturan satışlarda da sıkça gabin iddialarına rastlanmaktadır. Bir iptal edilebilirlik nedeni olarak gabin, önalım olayı bakımından da aynı sonuçları doğuracaktır. Bu nedenle yapılan satış sözleşmesi gabin ile sakatlanmış ise gabine maruz kalan tarafın sözleşmeyi bu nedene dayanarak iptal etmesi sonucunda önalım hakkının kullanılmasını da engelleyecektir. Çünkü önalım olayını ancak tam ve geçerli bir sözleşme oluşturur. Eğer sözleşmede taraflardan biri gabin’e maruz kalmış ve bu sebeple iptal hakkını kullanarak akdî

¹¹⁸ Oğuzman/Öz, a.g.e., s.111.

geçmişe etkili olarak hükümsüzleştirmişse ortada geçerli bir sözleşme kalmadığından önalım hakkının kullanılmasından da bahsedilemeyecektir.¹¹⁹

Öğretide gabin iddiasının önalım hakkının kullanılmasına engel olmaması gerektiği ve ivazlar arasındaki açık farkın önalım hakkı sahibi tarafından telafi edilmesi şartı ile önalım hakkının kullanılabileceği de ileri sürülmektedir.¹²⁰

Uygulamada önalım hakkının kullanımını engellemeye yönelik olarak “gabin”in sıkça kullanıldığı görülmektedir. Gerçekten özellikle Türk Tapu sisteminde, taşınmaz mülkiyetinin devrinden alınan harç ve vergi masraflarından kaçınmak amacı ile taraflarca, taşınmazın gerçek değerinin çok altında düşük bedel, satış bedeli olarak gösterilmektedir. “Bedelde muvazaa” olarak nitelendirilen bu durum, önalım hakkının kullanılmasında, “*tapuda gösterilen bedel esas alındığından*” bu düşük bedel önalım hakkı sahibinin bu hakkını kullanması konusunda teşvik edici olmaktadır. Bu nedenle taraflar aralarında anlaşarak önalım hakkı sahibinin bu düşük bedel üzerinden hakkını kullanmasını engellemek amacı ile genellikle “gabin” iddiasında bulunarak söz konusu sözleşmeyi geçersiz kılmak istemektedirler. Tarafların “ bedelde muvazaa” iddiasını önalım hakkı sahibine karşı kullanamayacakları konusunda öğretisi ve uygulamada kabul edilmesi nedeniyle¹²¹ gabin sebebiyle sırf önalım hakkı sahibinin hakkını engellemek amacıyla ve kötü niyetle sözleşmenin iptali hakkının kullanılması, hakkın kötüye kullanılması anlamına geleceğinden MK.m.2/II gereğince korunması

119 Feyzioğlu, “Şuf’a”,189; Kılıçoğlu Ahmet: **Medeni Kanunu’muzun Aile-Miras-Eşya Hukuku’na Getirdiği Yenilikler**, Geliştirilmiş 2 Bası, Ankara 2004, 200; Tandoğan, a.g.e., s.288; Tekinay, a.g.e., s.26-27.

120 Şıpka, a.g.e, 69 Görüşün Eleştirisi için bk Feyzioğlu; Şuf’a.), s,18; Akdîn geçersizliğini sağlayan bir hükümsüzlük nedeni olduğunu burada asıl sebebin edimler arasındaki açık dengesizlik değil, gabine maruz kalan tarafın içinde bulunduğu ve onu iradesi dışında sözleşmeyi yapmaya sevk eden durumun, diğer tarafça istismar edilmesi olduğunu, bu durumda esasen edimler arasındaki dengesizlik olmasaydı onun bu sözleşmeyi yine yapacağı da ileri sürülmez. Bu sebeple edimler arasındaki dengesizliğin giderilmesi, gabin sebebiyle sözleşmenin iptaline engel olmaz demektir.

121 Şufa. A.g.e, s,431.

mümkün değildir.¹²² Ancak gabin iddiasının sırf önalım hakkının kullanılmasından sonra ileri sürüldüğü her halde bu sonuca varılamaz. Çünkü eğer gerçekten satış sözleşmesi gabin sebebiyle sakatlanmış ise onun bu sebeple iptali önalım hakkının kullanılmasını engelleyecek, kullanılmış ise doğmuş olan sonuçlarının geçmişe etkili olarak ortadan kaldırması sonucunu doğuracaktır¹²³

2 . Muvazaa İddiaları

Borçlar Kanunu (m.18) de iptal edilebilirlik nedenlerinden biri olarak düzenlenen muvazaa, önalım hakkının kullanımını engellemek için tarafların başvurduğu yollardan uygulamada en çok karşılaşılabılır. Muvazaa da taraflar yapmış oldukları sözleşmenin hiçbir hüküm doğurmaması veya görünüşteki akit dışında asıl amaçladıkları bir başka akdın hükümlerini doğurması konusunda tarafların anlaşmalarıdır¹²⁴

Önalım sözleşmelerinde muvazaanın türlerine göre farklı farklı etkileri bulunmaktadır. Buna göre:

a . Mutlak Muvazaa

Mutlak muvazaada taraflar görünüşte bir hukukî işlem yapmakta olup bu hukukî ilişkinin hiçbir hukukî sonuç doğurmaması konusunda aralarında anlaşmaktadırlar. Taraflar şekli olarak aralarında bir satış

122 YHGK. 06.02.1957 T., E.1957/1-4 K. 1957/20, “.. Medeni Kanunun 2.Maddesi hükmü herkesi haklarını kullanmakta ve borçlarını ifada afaki iyi niyet kaidelerine riayetle mükellef kılmış ve bir hakkın sırf gayri ızzar eden suiistimalinin kanunun himayesine mahzar olamayacağı kaidesini tesis etmiştir. O halde kötü niyetle istihsal olunduğu tezahür eden gabin ilamının da bu bakımdan şuf’a hakkının tesiri olmaması Medeni Kanunun 2 maddesi hükmüne uygundur...”Kararı bkz. Feyzioğlu (Şuf’a), s,190,191; Feyzioğlu, “Şufa”,s,193; Erdoğan, a.g.e., s.655; Kurtoğlu Serda **Şuf’a Talebi Karşısında Gabin İddiası**, Ankara B.D, 1957,Y 14.S.5,203 vd

125 Feyzioğlu, a.g.e.,s,193; Tekinay., a.g.e., s. 26,27; Tandoğan, a.g.e., s.288.

125 Oğuzman/Öz, a.g.e., s. 104; Aday, Nejat: **Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa**, İstanbul 1992, s,3.

sözleşmesi yapmakta olup bu sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmaması konusunda aralarında anlaşmaktadırlar.

Önalım hakkı bakımından muvazaalı satış şu bakımdan önem arz etmektedir: Paylı mülkiyete konu bir taşınmazda paydaşların birinin önalım hakkını kullanacağını bilen diğer paydaş, üçüncü kişiyle anlaşarak, payını alıcı görünümündeki üçüncü kişiye, gerçek değer üstünde bir bedel kararlaştırarak yapacağı görünüşte bir satış sözleşmesi ile, önalım hakkı sahibi paydaşların önalım hakkını kullanmalarını sağlayacaktır¹²⁵. Önalım hakkı görünüşte yapılan satış sözleşmesindeki bedel üzerinden kullanıldığında da payını gerçek değer üzerinde bir bedelle satılması nedeni ile satıcı amacına ulaşmış olacaktır.

Bu durumda acaba muvazaalı işleme dayalı olarak önalım hakkı sahibinin durumu ne olacaktır, muvazaalı işlemin tarafları satış işleminin geçersizliğini önalım hakkı sahibine karşı da ileri sürebilecekler midir? Şıpkı bu konuda diğer muvazaa türlerinde olduğu gibi, eğer gerçekten muvazaalı durum varit ise, tarafların bunu ileri sürebilmeleri ve sözleşmeyi geçersiz kılarak önalım hakkını engellemelerinin mümkün olacağını, bunun sonucunda meydana gelen yolsuz tescil nedeni ile satıcı paydaş yolsuz tescilin düzeltilmesi konusuna yanaşmıyorsa bu durumda MK.m.2/II deki hakkın kötüye kullanılmasından ve önalım hakkı sahibine karşı yapılmış bir muvazaalı işlem den söz edilebileceğini belirtmektedir.¹²⁶

Önalım hakkı sahibi; yapılan muvazaalı satış işleminin sırf kendisini harekete geçirip önalım hakkını kullanarak payı yüksek bedelle satın almasını sağlamak amacı ile yapıldığını öğrenmesi halinde; eğer henüz önalım hakkını kullanmadan dava devam ederken öğrenmiş ise, davadan feragat ederek önalım hakkını kullanmaktan vazgeçmesi mümkün

125 Feyzioğlu, a.g.e.,s, 420;

126 Şıpkı, a.g.e., s. 70.

olacaktır¹²⁷. Ancak buna rağmen mutlaka önalım hakkını kullanmak istiyorsa bedelde muvazaa iddiasında da bulunabilecektir.¹²⁸

Önalım hakkı sahibi önalım hakkını kullandıktan ve söz konusu payın mülkiyetini kazandıktan sonra muvazaalı işlemi öğrenmesi durumunda doktrinde de kabul edildiği üzere; önalım hakkı sahibi bu durumda, hile hükümlerine başvurarak muvazaayı öğrenmesinden itibaren bir yıl içinde işlemin iptalini sağlayarak ödediği bedeli geri alabilecektir.¹²⁹

b . Nispî Muvazaa

Önalım konusunda uygulamada en çok karşılaşılan muvazaa iddiaları, nispi muvazaa olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada taraflar, görünüşteki sözleşmenin arkasında başka bir sözleşme gizlemektedirler, yani asıl amaçladıkları sözleşmeden elde etmek istedikleri sonuçları kendi iradelerine uymayan görünüşteki bir başka sözleşme ile gerçekleştirme konusunda anlaşılmaktadırlar. Nispi muvazaa “aktin niteliğinde muvazaa” ve “satış bedelinde muvazaa” olarak iki ayrı başlık altında ele alınacaktır.

(1) Aktin niteliğinde muvazaa

Aktin niteliğinde muvazaa da görünürdeki işlem ile tarafların asıl amaçladıkları gizli işlemin nitelikleri farklıdır. Bu farklı nitelikteki iki akitten muvazaalı olan, görünürdeki akit muvazaa sebebiyle geçersiz olacak ve hükümlerini doğurmayacaktır.¹³⁰ Gizlenen ve tarafların gerçek iradelerini yansıtan akit ise (kanunda öngörülen sıhhat şartlarını taşıyorsa) muvazaadan

127 Şıpka, a.g.e., s.70.

128 Özenli, s.135 vd.

129 Feyzioğlu, a.g.e., 420; Özenli, a.g.e., s. 135; Sebük,, a.g.e., s. 88;Şıpka, a.g.e., s.71; Krş. Aday,a.g.e, 80’ de Yazar “ Bu durumda, tarafların gerçek iradelerinin yöneldiği herhangi bir işlem bulunmadığından satış hükümsüz olacak, dolayısıyla şuf’a beyanının hata ile sakatlandığını kabul etmemiz gerekecektir...” demektedir. Burada hataya dayalı bir iptal nedeninden bahsetmektedir.

130 Oğuzman/Öz, a.g.e., s.105 vd; Aday, a.g.e., s. 29.

etkilenmeyerek hükümlerini doğuracaktır.¹³¹ Gizli işlem bakımından özellikle konumuzla ilgili olarak önalım konusunu teşkil eden taşınmaz paylarının satışının resmî şekil şartına tabi olması nedeni ile sorun önem arz etmektedir. Öğretideki çoğunluk görüş ve Yargıtay'ın yerleşik içtihatları¹³² görünüşteki akdîn nispi muvazaa nedeniyle, gizli aktin ise resmî şekil şartına aykırılık nedeni ile hükümsüz olduğu yönündedir.¹³³ Yavuz bu konuda satış sözleşmesi altında gizlenen bağışlama sözleşmesinde, satış için uygulanan şeklin bağışlama için gerekli olan şekil şartını gerçekleştireceğinden gizlenen bağışlamanın geçerli olacağını; ancak bağışlama görünümünde satış sözleşmesinin yapılması halinde ise satış sözleşmesi için gerekli olan şekil şartının mevcut olmadığından her iki sözleşmenin de geçersiz olduğu görüşünü ileri sürmektedir.¹³⁴

Önalım hakkı bakımından olaya bakılacak olursa, görünürde bir satış sözleşmesi bulunmasına rağmen, tarafların asıl hüküm doğurmasını istedikleri gizli aktin, önalım olayı oluşturmayan (bağış, trampa vb gibi) bir sözleşme olması halidir. Burada aktin tarafları bu muvazaa iddialarını üçüncü kişi olarak önalım hakkı sahibine karşı ileri sürebilirler mi?

Bu soruya öğretisi ve uygulamada olumsuz cevap verilmektedir.¹³⁵ Tarafların bu muvazaa iddiasını ileri sürebileceğinin bir defa kabul edilmesi halinde hemen her satışta bu muvazaa iddiası gündeme gelecek ve önalım hakkının kullanılması kötü niyetle engellenmiş olacaktır. Bu nedenle bu şekilde sözleşmenin taraflarının muvazaa iddiasını ileri sürmeleri “ hakkın kötüye kullanılması” olarak nitelendirilerek dinlenmemesi gerektiği ve bu

131 Oğuzman/Öz, a.g.e., s.106 vd; Aday, a.g.e., s.29.

132 Oğuzman/Seliçi, a.g.e., s. 229-293; Aday, a.g.e., s.42,43 Oğuzman/Öz, a.g.e., s.108; Feyzioğlu, a.g.e.,s, 407.

133 Oğuzman/Seliçi, a.g.e., s.229-293; Aday, a.g.e., s.42,43 Oğuzman/Öz, s, 108; Feyzioğlu, a.g.e.,s, 407.

134 Yavuz, a.g.e., s.179,180.

135 Feyzioğlu, a.g.e., s,418-419; Sebük,, a.g.e., s.88; Şıpka, a.g.e., s.73.

şekilde tarafların iyi niyet kurallarına uymayan davranışlarından bizzat kendilerinin yararlanması yolu da kapanmış olacaktır.¹³⁶

Nispi muvazaa bakımından ortaya çıkabilecek bir diğer ihtimal ise tarafların görünürde önalım hakkının kullanılmasına imkan vermeyen (bağış, trampa, vb) bir sözleşme yapmaları, ancak aralarında bu sözleşmenin aslında bir satış sözleşmesi olduğu konusunda anlaşmalarıdır. Acaba bu durumu öğrenen önalım hakkı sahibi bu durumda bu hakkını kullanabilecek midir?

Gerek uygulamada¹³⁷ gerekse doktrinde bu durumun önalım hakkı sahibinin hakkını kullanmasına engel olmayacağı yönünde bir görüş hakimdir. Bu konuda ileri sürülen farklı iki görüşün ulaştığı sonuç aynı olmakla beraber, yasal dayanakları farklılık arz etmektedir.

Bazı yazarlar burada “ kanuna karşı hile” söz konusu olduğunu,¹³⁸ tarafların bu muvazaalı işlemdeki amacının önalım hakkı sahibinin hakkını

136 Feyzioğlu, a.g.e, .419; Sebük,. 88; Şıpka, a.g.e, 73; Bkz. Yarg. 6.HD.09.05.2005 T., E.2005/3390, K.2005/4631, “...Davalı her ne kadar söz konusu payın tapuda satış gösterilse de, eşi Zeynel İlhan’ın amcası olan Hıdır İlhan tarafından kendisine hibe edildiğini savunmuş ise de tapuda yapılan işlemin tarafı olan davalı, yapmış olduğu sözleşme ile bağlı olduğundan temlikin muvazaalı olduğu iddiasında bulunarak kendi muvazaasına dayanamayacağı gibi, işlemin tarafları arasında miras, bağ da bulunmadığından olayda 27.03.1957 gün ve 12 /2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı’nın uygulanma olanağı da yoktur. Bu durumda tapuda satış olarak yapılan temlike karşı taşınmazın paydaşı olan davacının önalım hakkını kullanmasında bir usulsüzlük bulunmamaktadır...” demiştir. (Yayımlanmamıştır).

137 Yarg. 6.HD.08.11.2005 T., E.2005/9958, K.2005/10067, “...Davacı da tapuda bağış şeklinde yapılan temlikin aslında satış olduğunu, gerçekte payın davalıya satıldığını ileri sürerek tapuda yapılan işlemin muvazaalı olduğunu iddia etmiştir. Tapudaki işlemin tarafı olmayan davacının bu iddiasını tanık dahil her türlü delille kanıtlaması mümkündür. Bu konuda dinlenen davacı tanıkları, tapuda yapılan işlemin niteliği konusunda bir açıklamada bulunmamışlar, payını bağışlayan Bekir Polat’ı tanımadıklarını beyan etmişlerdir. Taraflar arasında Sarıyer 2.Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 2002/776 esasında görülen el atmanın önlenmesi, kal ve haksız işgal tazminatı davasında, davanın 13.9.2002 tarihinde açılmasından sonra davalının 14.11.2002 tarihinde bağış yoluyla taşınmazda pay edinmesi işlemin gerçekte satış olduğunu göstermez. Yerinde yapılan keşif sonrasında düzenlenen bilirkişi raporu da davacının muvazaa iddiasını kanıtlamaya yeterli değildir. Davacı tarafça tapuda yapılan bağış işleminin aslında satış olduğu kanıtlanamadığına göre davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı görüldüğünden kararın bozulması gerekmiştir.”(yayımlanmamıştır)

138 Tekinay, a.g.e., s.25;; Şıpka, a.g.e., s. 74.

kullanmasını engellemek olması halinde, bu durumun kanuna karşı hile sayılacağından işlemin BK.m.19-20 uyarınca geçersiz sayılacağını bu nedenle de önalım hakkı sahibinin bu hakkını kullanabileceğini ifade etmektedir.¹³⁹

Diğer bir görüşe göre ise, önalım hakkı sahibi yapılan işlemin muvazaalı olduğunu, gerçek işlemin tapu sicilinde gösterilen işlem olmayıp satış sözleşmesi olduğunu iddia ederek önalım hakkını kullanabilecektir.¹⁴⁰ Önalım hakkı sahibinin muvazaa iddiası karşısında diğer tarafın satış sözleşmesinin geçersiz olduğu yönündeki savunması ise MK .m.2/II gereği hakkın kötüye kullanılması sayılacağı için dinlenmeyecektir. Gerçekte gizli işlem niteliğindeki satış sözleşmesi şekle aykırılık nedeni ile geçersiz ise de tarafların şekle aykırılığı önalım hakkı sahibine karşı ileri sürmeleri hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olduğundan önalım hakkı sahibi geçerli bir sözleşme varmış gibi önalım hakkını kullanabilecektir. Önalım hakkı sahibi muvazaa iddiasını üçüncü kişi olması nedeni ile her türlü delil ile isbat edebilecektir.¹⁴¹

(2) Satış bedelinde muvazaa

Ülkemizde taşınmaz mülkiyetinin devri sırasında tapuda alınan vergi ve masraftan kaçınmak amacıyla taraflar satış bedelini gerçek değer çok altında göstermektedirler, bu durum uygulamada en çok karşılaşılan muvazaa türüdür. Bedelde muvazaa durumunda da iki ihtimal karşımıza çıkmaktadır.

Birinci ihtimal, tarafların aralarında yaptıkları anlaşma uyarınca gerçek bedelin daha az olmasına rağmen, önalım hakkının hiç

¹³⁹ Şıpka, a.g.e., s. 74.

¹⁴⁰ Feyzioğlu, a.g.e., s.411; Feyzioğlu, “Muvazaa”, s.275 vd; Özenli, a.g.e., s. 134; Şıpka, a.g.e., s.75.

¹⁴¹ Erdoğan, a.g.e., s. 673; Tunaboğlu, Müslim: **Önalım(Şuf’a) Davaları**, Ankara 2004, s, 290.

kullanılmamasını sağlamak ya da önalım hakkının kullanılması durumunda payın gerçek değerinden fazla bir bedelle alınmasını sağlamak amacı ile muvazaalı olarak satış bedelinin payın gerçek bedelinden fazla gösterilmesi durumudur.¹⁴² Bu duruma bakıldığında önalım hakkı sahibinin hakkını kullanmasını engelleme amacına yönelik olduğu için fazla tartışmalı bir durum söz konusu değildir. Çünkü muvazaa iddiasında bulunacak taraf önalım hakkı sahibidir.¹⁴³ Önalım hakkı sahibi muvazaalı anlaşmanın tarafı olmadığından, muvazaayı her türlü delil ile isbat edebilir. Muvazaayı isbatladığı takdirde doktrin ve uygulamada kabul edilen genel görüş, önalım hakkı sahibi tapuda gösterilen bedeli değil, gerçek bedel üzerinden önalım hakkını kullanabileceği yöndedir. Eğer daha önceden önalım hakkını kullanmış ise bu durumda da bedelin gerçek bedel olan yeni satış bedeli kabul edileceği yöndedir. Burada da önalım hakkının muhatabı olan davalının, muvazaalı satış işleminin şekil eksikliği nedeni ile geçersiz olduğunu ileri sürmesi halinde MK m.2/II gereği “hakkın kötüye kullanılması” sayılacağından önalım hakkının kullanılmasını etkilemeyecektir.¹⁴⁴

İkinci ihtimal önalım konusu paya ilişkin satış bedelinin, daha çok tapuda alınan vergi ve masraflardan kaçmak amacı ile gerçek bedelden düşük gösterilmesidir. Öğreti ve uygulamada¹⁴⁵ çoğunluk görüşü önalım hakkının muhatabı, önalım konusu payı, tapuda yazılı bedelden daha fazlaya satın aldığı iddiasında bulunamaması yönündedir.¹⁴⁶ Çünkü önalım hakkının muhatabının kendisinin hukuka aykırı (vergi kaçırma) davranışına

142 Feyzioğlu, a.g.e, 280,281; Feyzioğlu, “Şufa”.s, ,421,422; Şıpka, a.g.e, 76,75.

Hatemi/Serozan/Arpaci, a.g.e., s. 612.

143 ESENER, Turhan: Eşya Hukuku, Ankara 1985.89 Feyzioğlu, Şufa. s,421;Şıpka, a.g.e., s.76.

144 Şıpka, a.g.e., s. 77; Oğuzman/Seliçi, a.g.e., s.294.

145 Yarg. 6.HD.20.09.2005 T., E.2005/7136, K. 2005/8331, “...Davalı tapuda dava konusu edilen payın değeri 31.000.000.000 TL olarak gösterilmiş ise de, gerçek satış bedelinin 70.000.000.000 TL olduğunu ve satış bedelinde muvazaa bulunduğunu savunmuştur. Satış sözleşmesinin tarafı olan davalının satış bedelinin tapuda gösterilen miktardan fazla olduğu savunması dinlenemez...” (Yayımlanmamıştır).

146 Esener, a.g.e., s. 114; Feyzioğlu, a.g.e, .s, 421.

dayanması hakkın kötüye kullanılması sayılacağı açıktır. Buna karşılık aslında önalım hakkını kullanmayı düşünmeyen paydaşın sırf tapudaki düşük bedeli fırsat bilerek gerçekte kullanmayacak olduğu önalım hakkını kullanmasının dürüstlük kuralına ve ahlaka aykırı olduğunu ileri sürenler de mevcuttur.¹⁴⁷

Tapuda bedelin gerçek satış bedelinden düşük gösterildiği durumlarda, muvazaa iddiasının, ancak hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebildiği durumlarda dinlenmemesi, aksi takdîrde muvazaa iddiasının isbatına olanak verilmesinin, hatta muvazaalı işlemin tarafı olan kişi bu iddiasının resmî bir senet ile isbatlıyorsa, bu takdîrde muvazaalı işlemdeki gizli akdîn şekil eksikliği nedeni ile geçersizliği yoluna gidilmeyip, geçerli bir satış akti varmış gibi gerçek bedel üzerinden önalım hakkı kullanılması görüşü de önem arz etmektedir.¹⁴⁸

Önalım konusu payın gerçek değerden düşük gösterildiği bu ihtimalde önalım hakkının kullanılması gerekir. Ancak önalım hakkının da gerçek bedeli yansıtmayan tapudaki düşük bedel üzerinden kullanılması aynen aktin niteliğindeki muvazaa veya satış bedelinin yüksek gösterildiği durumda akdîn şekle aykırılık nedeni ile geçersizliğinin ileri sürülmesi MK m.2/II'ye aykırı bulunmakta ise, aynı şekilde bu da MK m.2/II hükmüne aykırı olacaktır. Önalım hakkı sahibi, tarafların sırf daha az vergi ödemek düşüncesiyle, önalım hakkının kullanımını önlemek veya engellemek gibi bir düşünce olmaksızın yaptıkları kısmi muvazaadan, iyi niyet kurallarına aykırı bir şekilde yararlandığı açıktır. Bu nedenle MK.m.2/II ye aykırı olmayan, önalım hakkı sahibine karşı, taşınmaz payının gerçek bedelin tapudaki satış bedelinden daha fazla olduğu iddiası dinlenmeli, ancak önalım hakkı, tapudaki bedel veya tarafların isbat ettikleri bedel üzerinden değil, tesbit

147 Sungurbey, a.g.e., s. 324.

148 Tandoğan, a.g.e., s.238; Şıpka, a.g.e., s.78.

edilecek rayiç bedel üzerinden kullanılmalıdır. Bu sonuç tarafların menfaatlerin dengelenmesi bakımından en doğru olan sonuçtur.

Yargıtay uygulamalarında, önalım bedelinin belirlenmesinde tapuda gösterilen bedelin değil, belirli şartlar altında mahkemece tesbit edilecek rayiç bedelin dikkate alınmasını kabul etmektedir.¹⁴⁹

149 Bkz. Yarg.6.HD.21.03.2005 T., E.2005/955, K.2005/2510, “...Davacı önalıma konu payın davalıya gerçekte 480,000.000.-TL’ye satıldığı halde önalım hakkının engellenmesi için tapuda bedelin fazla gösterildiğini bildirerek bedelde muvazaa iddiasında bulunmuştur. Davacı bu iddiasını kanıtlamak zorundadır. Muvazaa iddiası tanık dahil her türlü delil ile kanıtlanabilir. Mahkemece keşif yapılarak keşifte belirlenen bedel üzerinden önalım hakkının tanınmasına karar verilmiş ise de keşif bedelde muvazaa iddiasının varlığına tek başına yeterli delil teşkil etmez. Yargıtay’ın yerleşen içtihatları da bu yöndedir. Bu nedenle bedelde muvazaa ya ilişkin davacının gösterdiği tanıkların dinlenilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir...”(Yayımlanmamıştır)

İKİNCİ BÖLÜM

YASAL ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASI

I .YASAL ÖNALIM HAKKININ KULLANIM ŞARTLARI

A . Paydaşlık Sifatının Kazanılması

1 . Genel Olarak

Yasal önalım hakkının hukukî niteliği ile ilgili açıklamada belirtildiği gibi yasal önalım hakkı, paylı mülkiyette, paylı mülkiyet payına bağlı bir “eşyaya bağlı hak”tır. Önalım hakkı sahibi olabilmek ve bu hakkı kullanmak için öncelikle, paylı mülkiyet konusu olan bir taşınmaz üzerinde paya sahip olmak ve böylelikle “paydaşlık” sıfatının kazanılmış olması gerekmektedir. Paylı mülkiyet ilişkisinin kurulması ile birlikte yasal önalım hakkı kendiliğinden doğmaktadır. Bunun sonucu olarak paylı mülkiyet ilişkisinin kurulması ile birlikte “paydaşlık sıfatı” ve ona bağlı olarak “önalım hakkı sahipliği” ile “önalım yükümlüsü” sıfatı da kendiliğinden doğmaktadır.¹⁵⁰

Paylı mülkiyet ilişkisinin kurulması ile birlikte paydaşlık sıfatı kazanıldığı halde, paydaşın aynı zamanda önalım hakkı sahibi olabilmesi için ayrıca satış olayının da gerçekleşmesi gerekmektedir. Önalım hakkını kullanacak kişi, paylı mülkiyet ilişkisinde paydaş durumunda olan kişidir. Onun önalım hakkı sahibi olmadığına ilişkin itirazlar ancak hakkın kullanımından sonra yapılacaktır. Ayrıca önalım hakkının kullanılmasından sonra paydaşlık sıfatının kaybedilmesinin kullanım hakkını nasıl etkileyeceği konusu da hakkın kullanımı konusunu ilgilendirdiğinden; esas itibari ile önalım hakkının kullanılmasından çok, önalım hakkının doğumu konusu ile ilgili olan “paydaşlık” sıfatı ile, bu konuda ortaya çıkan çeşitli sorunları,

150 Feyzioğlu, a.g.e, .156; Şıpka, 119.

“önalım hakkının kullanılması şartları” başlığı altında incelenmesi yoluna gidilmiştir.

2 . Paydaşlık Sıfatının Tapu Sicili Dışında Kazanılması

Taşınmaz mülkiyetinin buna bağlı olarak da paylı mülkiyet payının kazanılması tapu siciline tescil yolu ile olduğu gibi henüz tapu siciline tescil edilmeden önce de mümkündür. Bu ikinci durumda tescil açıklayıcı mahiyettedir.¹⁵¹ Paylı mülkiyet payının tapu siciline tescil yolu ile kazanıldığı durumda önalım hakkı sahipliği ve bu hakkın kullanılması bakımından bir tereddüt söz konusu olmamaktadır. Tapu sicilinde henüz malik olarak güzükmeleyen ancak paylı mülkiyet konusu payı tapu sicili dışı yollardan kazanmış kişi, paydaş sıfatı ile önalım hakkını kullanabilecek midir, yoksa tapu siciline tescil şartını arayacak mıyız?

Öğretide ve uygulamada bu soruya olumlu yanıt verilmektedir¹⁵². Yani önalım hakkının eşyaya bağlı borç olma niteliği de dikkate alındığında, paydaşlık ve önalım hakkı payın kazanılmana bağlı ve payın kazanıldığı anda doğan bir sıfattır. Bu nedenle paylı mülkiyet payının tapu sicili dışında kazanıldığı durumlarda da, henüz mülkiyet hakkı tapu siciline tescil edilmeden önalım hakkı kullanılabilir.

Paydaşlık sıfatının tapu sicili dışında kazanıldığı hallere gelince: TMK. md.713’ te düzenlenen olağanüstü zamanaşımı yolu ile kazanılması, TMK. Md. 705’ te düzenlenen miras yolu ile mülkiyetin kazanılması ve TMK. md. 705’ te düzenlenen cebri icra yolu ile mülkiyet hakkının kazanılması, TMK. md.716’ da düzenlenen tescile icbar davası açılması yolu ile mülkiyet hakkının kazanılmasını sayabiliriz.

¹⁵¹ Oğuzman/Seliçi, a.g.e., s.306.

¹⁵² Şıpka, a.g.e., s.121; Feyzioğlu, a.g.e., s.157,158,160; Karahasan, a.g.e., s.1229,132; Özenli, a.g.e., s.84-86; Ayan, Mehmet: **Eşya Hukuku, II Mülkiyet**, 2. Bası. Konya 2000, s,283; Ciğerim, a.g.e., s.53.

Örneğin TMK md.713 gereği, olağanüstü zamanaşımı şartlarının gerçekleşmesi ile mülkiyet hakkını sicil dışı kazanacak olan bir paydaş henüz tapuda paydaş gözükmese de önalım hakkını kullanabilir.¹⁵³

Paylı mülkiyet payının miras yolu ile kazanıldığı durumlarda da TMK md. 705 uyarınca tescilden önce iktisap söz konusu olduğundan, tapuda malik olarak henüz muris gözüke de, mirasçılar adına tapuda tescil yapılınca kadar paydaşlardan biri payını bir üçüncü kişiye satarsa mirasçılar mirasçılık sıfatını ispatlamak şartı ile önalım hakkını kullanabilir.¹⁵⁴ Ancak mirasçılarının birlikte hareket etmeleri gerekir.

Aynı şekilde paylı mülkiyet hakkını cebri icra yolu ile TMK md.705 gereği ihale anında kazanan¹⁵⁵ kişi de henüz adına tescil yapılmadan, diğer paydaşlardan birinin payını satması halinde önalım hakkını kullanabilir.¹⁵⁶

Yine geçerli bir işlemle mülkiyeti nakil borcu altına giren malikin bu borcunu yerine getirmekten kaçındığı durumlarda, mülkiyetin kendi adına tescilinin yapılmasını isteme konusunda hak sahibi olan kimse, açacağı cebri tescil davası ile mahkemeden mülkiyet hakkının kendisine verilmesini isteyebilir.¹⁵⁷ Örneğin, paylı mülkiyet payının taşınmaz satış vaadine konu olması durumunda, lehine vaadde bulunan kimse, vaadde bulunan paydaşın, payını rızası ile devretmemesi halinde TMK.md.716 uyarınca açacağı tescile icbar davası sonucunda verilecek bir karar ile kararın kesinleşmesi anında mülkiyet hakkını kazanacağından henüz, tescil yapılmadan önceki muhtemel

153 Şıpka, a.g.e., s.121; Feyzioğlu, “Şufa” .s,157; Tekinay, a.g.e., s.46-47.

154 Şıpka, a.g.e., s. 121; Feyzioğlu, Şufa.s,157-160; Karahasan, a.g.e., s.129; Özenli, a.g.e., s. 84-86; Ayan, a.g.e., s.283; Ciğerim, a.g.e., s.54.

155 Öztan, Bilge: **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, 10. Bası, (Ankara 2002)., 718;

156 Şıpka, a.g.e., s. 124-125; Feyzioğlu, A.g.e. .s,160; Karahasan, a.g.e., s.132; Erdoğan ve Karahasan; İhtiyari Açık Artırmalarda da aynı sonucun geçerli olduğu görüşündedirler.

157 Öztan, s,718.

pay satışlarında lehine karar verilen alıcı da önalım hakkını kullanabilecektir.¹⁵⁸

3 . Önalım Hakkının Birden Fazla Paydaş Tarafından Kullanılması Durumunda Payın Mülkiyetinin Paylaşılması

Paylı mülkiyet konusu bir payın satılması durumunda her paydaşın birbirinden bağımsız olarak sahip oldukları önalım hakkını kullanıp kullanmama konusunda tamamen serbesttir.¹⁵⁹

Önalım hakkının birden fazla paydaş tarafından kullanılması halinde, önalım hakkının konusunu oluşturan paylı mülkiyet payı, paydaşlar arasında da “pay oranına” göre mi, yoksa pay oranları hiç dikkate alınmayarak, “paydaş sayısı”na göre her paydaş için eşit olarak mı paylaşılacaktır?

Bu konuda 743 sayılı Medenî Kanun’da bir hüküm yer almadığı gibi, 4721 Sayılı Türk Medenî Kanun’da da açık bir hüküm bulunmamaktadır.

Yargıtay, başlangıçta, hem pay oranına göre hem de paydaş esasına göre önalım hakkının kullanılmasına imkan veren farklı kararlar vermiştir¹⁶⁰. Bu farklı kararlar nedeni ile 11.06.1947 tarih ve 5/18 sayılı İctihadı Bileştirme Kararı’na göre “... birden fazla paydaş önalım hakkını kullandıklarında, dava sonunda, söz konusu pay, paydaşların sayılarına göre eşit olarak bölünecektir”¹⁶¹.

Yargıtay’ca kabul edilen bu sonuç, öğretide uygun çözüm olarak kabul edilmeyerek eleştirilmektedir. Buna göre paylı mülkiyet ilişkisindeki asıl

158 Özenli, a.g.e., s.88; Şıpka, a.g.e., s. 125; Erdoğan, a.g.e., s.566; Ciğerim, a.g.e., s.54.

159 Özenli, a.g.e., s.88; Tunaboğlu, a.g.e., s. 37.

160 Kararlar için Bkz. Feyzioğlu, Şufa.163 ve 246 ‘daki kararlar.

161 R.G. 24.7.1947 t., S.6666, İctihadı Birleştirme Kararı için bkz. Tunaboğlu, a.g.e., s.706-716.

amacının, paylı mülkiyet ilişkisindeki sorunları daha asgariye indirerek amacı ile bir an önce payların tek bir paydaşta toplanmasını sağlamak olduğu ve böylelikle tek şahıs mülkiyetine geçişin sağlanacağını, bu amacın bir an önce gerçekleşebilmesinin de, ancak, Yargıtay'ın kabul ettiği görüşten farklı olarak pay oranlarına göre yapılacak bir paylaşım ile sağlanabileceği yönündedir.¹⁶²

Paylı mülkiyet ilişkisinde önalım davasını paydaşlar birbirinden bağımsız olarak tek başına açabilecekleri gibi, davanın HUMK.md.43 uyarınca paydaşlardan birkaçı veya tamamı tarafından açılması da mümkündür.¹⁶³

Önalım hakkının bölünmesi mümkün değildir. Önalım hakkı ister paydaşlar tarafından tek başına kullanılsın ister birlikte kullanılsın, hakkın konusu olan payın tamamına yönelik olacaktır. ¹⁶⁴ Bu nedenle birden fazla paydaşın bulunmasına rağmen paydaşlardan birinin açtığı davanın kabul edilmesi halinde payın tamamının, pay oranına bakılmaksızın bu paydaş adına tesciline karar verilecektir. ¹⁶⁵ Bunun sonucu olarak da, payın bir kısmının talep edilip bir kısmının talep edilmemesi de mümkün değildir.¹⁶⁶

Önalım davasının bir paydaş tarafından açılması durumunda diğer paydaşların bu davaya asli müdahil olarak katılmaları mümkündür¹⁶⁷

162 Feyzioğlu, A.g.e.,165; Şıpka, 126.

163 Özenli, a.g.e., s. 88; Tunaboğlu, a.g.e., s.37, 38.

164 Feyzioğlu, a.g.e.,s,167.

165Tunaboğlu, a.g.e., s. 37.

166 Feyzioğlu, a.g.e.,167; Tekinay, a.g.e., s.49; Oğuzman/Seliçi, a.g.e., s. 425.

167 Feyzioğlu, Şufa.167,168: Şıpka, 127; Tüysüz, A.Vahit, **Şuf'a (Önalım) Davası**, AD, Ocak-Şubat 1989, Y 80 S.1., 60, Karş.Karahasan, 135; “ Yazar yargılama hukukumuzda asli katılmaya yer verilmediği için diğer paydaşların, harçlarını ödeyip ayrı bir dava açıp daha sonra davaların usulünce birleştirilmesi gerektiği görüşündedir.

Paydaşların ayrı ayrı açtığı önalım davalarının birleştirilmediği durumlarda, daha önce önalım davasını kazanan ve adına tescil yaptıran paydaşa karşı sonradan önalım davasını kazanan paydaşların bir dava açma haklarının bulunması gerekmektedir. Ancak bu dava bir önalım davası olmayıp kendi haklarının tescili ve yapılan tescilin düzeltilmesini sağlayıcı nitelikte tescil davasıdır.¹⁶⁸

4. Farklı Payları Aynı Taşınmazda Satın Alan Kişilerin Önalım Hakkı

Paylı mülkiyette aynı taşınmazda farklı tarihlerde pay satın alan kişilerden önce pay satın alan paydaşın diğerine karşı önalım hakkını kullanması mümkündür. Burada ilk satın alan ve paydaş durumuna geçen alıcıya karşı diğer paydaşlar önalım hakkını kullanmışlar ise bu durumda, önalım hakkını kullanabilmesi için kendi aleyhine açılan davanın sonucunu beklemesi gerekecektir.

Ancak aynı tarihte ve aynı işlemle farklı payların satılması durumunda satın alan kişilerin birbirlerine karşı önalım hakkı kullanmaları mümkün değildir. Çünkü aynı anda paydaş sıfatını kazanmışlardır.

5. Yasal Önalım Hakkı İle Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkının Birlikte Bulunması Durumunda Önalım Hakkının Kullanılması

Paylı mülkiyet konusu bir taşınmazda, sözleşmeden doğan önalım hakkı da kurulmuş olabilir. Bu durumda yasal önalım hakkının kanundan doğan bir mülkiyet hakkı sınırlaması olması itibari ile sözleşmeden doğan önalım hakkı daha önce kurulmuş olsa bile, önalım hakkının doğuran bir pay

¹⁶⁸ Altaş Hüseyin; *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi* , Ankara 1998, s, 136, 137.

satışı sözkonusu olduğunda, yasal önalım hakkının sözleşmeden doğan önalım hakkına göre önceliği söz konusudur¹⁶⁹ Bu nedenle sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılması ancak yasal önalım hakkının kullanılmadığı takdirde mümkün olacaktır .

6. Elbirliği İle Mülkiyette Önalım Hakkının Kullanılması

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 701, 702, ve 703 maddelerinde elbirliği ile mülkiyet kavramına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Eski Medenî Kanunda yer alan “iştirak halinde mülkiyet” kavramı, Türk Medenî Kanunda yerini “elbirliği ile mülkiyet” kavramına bırakmıştır. Bir taşınmazın tamamı üzerinde elbirliği ile mülkiyet ilişkisinin olabileceği gibi paylı mülkiyete konu olan taşınmazın bir payı üzerinde de birden fazla kişinin elbirliği ile mülkiyet hakkının bulunması mümkündür.

TMK md.701'e göre; "Kanun veya kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk dolayısı ile birlikte malik olanların mülkiyeti, elbirliği ile mülkiyettir, elbirliği ile mülkiyette ortakların belirlenmiş payları olmayıp herbirinin hakkı ortaklığın tamamına yayılmıştır." Bu tanım uyarınca elbirliği ile mülkiyet ilişkisinde her ortağın bağımsız bir hissesi bulunmadığından, tek başına tasarruf yetkisi de yoktur.

Paylı mülkiyet ilişkisinde paya birlikte sahip olan elbirliği ile malikler, adeta tek bir kişi gibi değerlendirileceklerdir.¹⁷⁰ Ortakların tek başlarına tasarrufta bulunmaları mümkün olmadığı ve bunun için birlikte hareket etmeleri zorunlu olduğundan, önalım hakkı da tüm ortaklar tarafından

169 Arık, Fikret; “Şuf’a Hakkı Üzerinde Bir İnceleme”, **Adliye Ceridesi**, 1943, C 34, S.9 s..825; Sebük,, a.g.e., s.147; Feyzioğlu a.g.e, s, 111.

170 Feyzioğlu, a.g.e.,s, 97 vd; Şıpka, a.g.e., s.129; Ertaş, a.g.e., s.337; Cığırım, a.g.e., s.59.

birlikte veya oybirliği ile tayin edecekleri bir mümessil aracılığı ile kullanılabilir. ¹⁷¹

Uygulamada farklı olarak elbirliği ile ortaklık ilişkisinde ortaklardan sadece biri tarafından açılan önalım davasının reddi yerine davacıya diğer ortakları davaya dahil etmesi veya ortaklığa temsilci tayin edilmesi konusunda süre verilmektedir. ¹⁷² Bu çözümün kabul edilmesi halinde ortaklardan sadece birinin açtığı davayla, üç aylık önalım hakkını kullanma süresi geçmemiş olacak, fakat davaya devam edilebilmesi için diğer ortakların muvafakati alınacak veya ortaklığa bir temsilci atanacaktır. ¹⁷³ Açılan dava ortaklar lehine sonuçlanınca, önalım konusu pay paylı ortaklıkta olduğu şekilde taraflara payları oranında bölüştürülmeyip, önalım konusu pay, bütün ortaklar adına tescil edilecektir. ¹⁷⁴

B. Önalım Hakkını Doğuran Olayın Bildirilmesi

1. Önalım Hakkını Doğuran Olayın Alıcı ya da Satıcı Paydaş Tarafından Önalım Hakkı Sahibine Bildirilmesi

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 isbatı açısından önem taşımaktadır. ¹⁷⁵

171 Feyzioğlu, Şufa.s, 156; Şıpka, a.g.e., s.129; Ertaş, a.g.e., s.337; Tekinay, a.g.e., s.49; Karahasan, a.g.e., s. 139; Ciğerim, a.g.e., s. 59.

172 Feyzioğlu, a.g.e., 156; Şıpka, a.g.e., s. 129; Karahasan, a.g.e., s.139; Ciğerim, a.g.e., s.59.

173 Şıpka, a.g.e., s.129-130.

174 Tekinay, a.g.e., s.50; Şıpka, a.g.e., s.130; Ciğerim, a.g.e., s. 61;

175 Feyzioğlu(Şuf'a), s, 198; Feyzioğlu "Şufa Hakkının Kullanım Şartları", s, 575; Şıpka, a.g.e., s.130-131; Karahasan, 173; Yaşar, Mert; "Yeni Medeni Kanunda Önalım Hakkına İlişkin Değişiklikler". **Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi** S. 2, 428 2002-İstanbul.

Uygulamada en çok karşılaşılan sorunların başında önalım olayının ne zaman öğrenildiği ve hak düşürücü sürenin ne zaman başladığı konusudur. Özellikle önalım hakkının dava yolu ile kullanılması gerektiği kuralı karşısında, davalı davanın süresinde açılmadığını isbat etmek zorundadır. Davalının isbat yükümlülüğünün kolaylaştırılması açısından 743 sayılı Medenî Kanun md. 658/II.c.2’ de “Meşfu satıldıkta satıcı keyfiyeti, şefiye haber vermeğe mecburdur” hükmü ile sadece satıcıya, satışı önalım hakkı sahibine haber verme yükümlülüğü getirmiş, alıcı paydaş açısından ise bir yükümlülük getirmemiştir. Bu durum önalım hakkı sahibi ve alıcı paydaş açısından sakıncalar doğurmaktaydı.

Bu sakıncaları gidermesi açısından TMK.md.733/3’ te “Yapılan satış alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığı ile bildirilir”¹⁷⁶ hükmü getirerek hem haber verme yükümlülüğünü satıcıdan başka alıcı için de getirmiş hem de satış bildiriminin ancak noter yoluyla olabileceği düzenlenerek bildirim şekle bağlanmıştır.¹⁷⁷

Bu hüküm uyarınca belirsizlik içinde kalmak istemeyen alıcıya bildirme yükümlülüğü getirerek, önalım hakkı sahibinin hakkı kullanma süresi olan üç aylık hak düşürücü süreyi başlatma imkanı getirmiştir. Alıcı noter aracılığı ile diğer paydaşlara yapacağı bildirim sayesinde, üç ay beklemek sureti ile sürenin sonunda durumunu belirgin hale getirecektir.¹⁷⁸

Eski Medenî Kanun’un yürürlükte olduğu dönemde önalım hakkının kullanımına ilişkin sürelerin işlemeye başlaması için, satışın esaslı koşullarının, alıcının kimliğinin ve satış bedelinin de önalım hakkı sahibince

176 MK 733’ün gerekçesinde “... Uygulamada en büyük sıkıntıya neden olan, “önalım hakkı sahibinin, satıştan haberdar olmadığı iddiasıyla bu hakkın kullanabileceği üst süre olan 10 yılın bitimine kadar” bu hakkın kullanılmasının önlenmesi amaçlandığı” belirtilmektedir.

177 Kılıçoğlu a.g.e,353; Ertaş, a.g.e, 357; Oğuzman/Seliçi, a.g.e,415.

178 Kılıçoğlu a.g.e, 353; Ertaş, a.g.e,357.

öğrenilmiş olması gerekmektedir.¹⁷⁹ Aynı şekilde Türk Medenî Kanunun'da açıkça bildirimin içeriğinin hangi konuları kapsayacağı ile ilgili düzenlenme yapılmamış olmasına rağmen; alıcı veya satıcı paydaş tarafından yapılan bildirimde, satışın esaslı koşullarının, alıcının kimliğinin ve satış bedelinin önalım hakkı sahibine bildirilmesi gerektiği kabul edilmelidir.

Türk Medenî Kanun'daki düzenleme ile sürenin başlangıcının bildirimden itibaren başlaması gerektiği anlaşıyor ise de bu durumda bazı sakıncalar ortaya çıkmaktadır. Bu durum satıcının bildirim yapmaması durumunda haricen satışı öğrenen paydaşın, bildirimin yapılmadığını ileri sürerek önalım davası açmamasına teşebbüs etmesine imkan tanıyabilecektir.¹⁸⁰

İhbar yükümlülüğü ile ilgili olarak doktrinde tapu memurunun da ihbar yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı konusunda; 743 sayılı MK md.927 de, "Tapu sicil memuru, alakadarlar haberdar edilmeksizin yapılan muameleleri kendilerine tebliğ ile mükelleftir" hükmü uyarınca tapu memuru diğer işlemler gibi müşterek mülkiyette yasal önalım olayı olan satışı da diğer paydaşlara bildirmek zorunda idi.¹⁸¹ TM.K md.1019' da aynı düzenlemeye yer verilmiş olması karşısında ; yasal önalım hakkı söz konusu olduğunda bu yükümlülüğün işlerliğinin sağlanması gerekmektedir.¹⁸²

179 Feyzioğlu, "Şufa".207; Feyzioğlu "Şuf'a Hakkının Kullanım Şartları", 582; Şıpka, a.g.e, 136.

180 Yaşar, a.g.e, 428 dip not 27 "Davalı satın almadan hemen sonra ev yapmaya başlamış olmasına göre, yakın komşu olan ve inşaatın yapıldığını gören davacının bu yerin davalıya satıldığını, bilmediğini kabul etmek, olağan hayat akışına aykırı olur. YHGK, 06.10.1999, 5-694/772. sungurbey böyle bir durumda önalım hakkı sahibinin payın satıldığını kes.inlikle öğrenmiş olmasına karşın yıllarca sukuttan sonra, kendisine bildirim yapılmadığından söz ederek önalım davası açmasına kalkışmasının, MK.m.2/II deki hakkın kötüye kullanılmasının özel bir durumu olan çelişkili davranış yasağından kaynaklanan "hak düşümü" ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmektedir.(bkz Sungurbey, a.g.e, 89).

181 Feyzioğlu Feyzioğlu, "Şufa" s, 201; Feyzioğlu "Şufa Hakkının Kullanım Şartları",s, 577; Şıpka, a.g.e, s, 138; Küley, "Şuf'a Hakkının İstimal müddeti", s, 229.

182 Şıpka, a.g.e,138 ; aksi görüş için bkz:Yaşar a.g.e, s,, 429.

Sonuç olarak TMK.md.733 uyarınca getirilen satıcı ve alıcıya bildirim yükümlülüğü ile TMK md. 1019'daki tapu memurunun bildirim yükümlülüğünün uygulamaya geçirilmesi durumunda, önalım hakkına ilişkin kullanma süresi de satıcı veya alıcının noterden bildirim veya tapu memurunun bildirim tarihinden itibaren işleyecektir.¹⁸³

2 . Paydaşın Sınırlı Ehliyetsiz Olması Durumunda Bildirim Usulü

Önalım hakkı sahibi paydaşa 4721 sayılı Türk Medenî Kanun'un 733 maddesi uyarınca getirilen alıcı veya satıcı paydaşın noter aracılığı ile satış sözleşmesini bildirim yükümlülüğünün geçerli olabilmesi için bildirim yapılan paydaşın "fiil ehliyetine" sahip olması gerekir.

Fiil ehliyeti bulunmayan küçükler ve kısıtlı paydaşlara yapılan bildirimde gelince; kanunda ve öğretide fiil ehliyetleri bulunmayanların tek başına borçlandırııcı işlemde bulunamayacağı ve dava ehliyetleri de bulunmadığı için hukuken geçerli olmadığı kabul edilmektedir.¹⁸⁴ Bu nedenle önalım hakkı sahibi paydaşın fiil ehliyetine sahip olmadığı hallerde, alıcı veya satıcı paydaş tarafından satış sözleşmesinin fiil ehliyeti bulunmayan paydaşın yasal temsilcisine noter aracılığı ile bildirimde bulunması gerekir. Üç aylık hak düşürücü süre, satış sözleşmesinin fiil ehliyeti bulunmayan paydaşın yasal temsilcisine bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

Acaba yasal temsilciye bildirimde bulunulan satıştan dolayı başlayan 3 aylık hak düşürücü süre içinde küçük, ergin olmuş ya da kısıtlının bu hali sona ermiş ise durum ne olacaktır.?

¹⁸³ Ciğerim, a.g.e, 65.

¹⁸⁴ Özenli, a.g.e,63; Feyzioğlu, "Şufa".199,200; Erdoğan, a.g.e, s, 846; Şıpka, a.g.e, s,132.

Küçüğün ergin olması ya da kısıtlının bu durumunun son bulması anına kadar önalım hakkı yasal temsilci tarafından kullanılmış ise sorun yoktur. Henüz kullanılmamış ise bu tarihten itibaren yasal temsilde son bulacağından, hak düşürücü süre henüz dolmamış olsa bile yasal temsilci önalım hakkını kullanamaz. Bu hakkın önalım hakkı sahibince bizzat kullanılması gerekir. 743 sayılı Medenî Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde öğrenme anı sürenin başlaması için esas alındığından bu hakkın kullanımı için önalım hakkı sahibinin de fiil ehliyetini kazandıktan sonra öğrenme anından itibaren başlayacağı kabul edilmekteydi. 4721 sayılı Türk Medenî Kanun'un 733 maddesinde alıcı veya satıcı paydaşa bildirim yükümlülüğü getirilmiş olması ve bu yükümlülüğü de usulüne uygun olarak yerine getirmiş olmaları şartı ile, paydaşın sonradan fiil ehliyetini kazanması durumunda paydaşa yeni bir bildirim yapılmasına gerek olmadığı, yasal temsilciye yapılan bildirim nedeni ile kalan sürede paydaşın ön alım hakkını kullanması gerektiği, aksi halde hak düşürücü sürenin dolacağını kabul etmek gerekir.

3. Elbirliği Mülkiyet Halinde Bildirim

Elbirliği mülkiyetine konu bir payın olması durumunda önalım hakkı ancak birlikte kullanılabilir.¹⁸⁵ 743 sayılı Medenî Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde, önalım hakkının kullanılabilmesi için önalım olayının bütün ortaklarca öğrenilmesi gerekmekte idi.¹⁸⁶ Öğrenme anı olarak da en son öğrenen ortağın öğrenme anı esas alınmakta idi.¹⁸⁷ 4721 sayılı Türk Medenî Kanun'un 733 md. alıcı veya satıcı paydaşın, satış sözleşmesini noter aracılığı ile önalım hakkı sahibine bildirim yükümlülüğü getirmiş olması

185 Bkz. Yarg. 6. HD.14.09.2004 T., E.2004/5378, K.2004/6186, "...Önalım davalarında davacının dayandığı payın elbirliği mülkiyetine konu olması halinde tüm ortakların birlikte dava açması veya birinin açtığı davaya diğerlerinin muvafakat etmesi gerekir. Ortakların tümünün muvafakatinin sağlanamaması durumunda payı bırakan, miras bırakanın terekesine Türk Medeni Kanunu'nun 640.maddesi uyarınca mümessil tayin ettirmek üzere davacıya imkan tanınmalıdır..." (yayımlanmamış)

186 Bkz.YHGK. 21.02.1973 T.969/6-667 E-100 K.

187 Tekinay, a.g.e, 62; Özenli, a.g.e, 61; Şıpka,a.g.e, 133.

nedeni ile, elbirliği ile ortaklık söz konusu olduğunda, satış sözleşmesinin noter yoluyla, elbirliği ile pay sahiplerinin tamamına bildirilmesi gerekir.¹⁸⁸

C. Önalım Hakkının Kullanılmasına İlişkin İrade Beyanında Bulunulması

1 . Önalım Hakkının Kullanılma Şekli

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 idi¹⁸⁹. 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, yasal önalım hakkı, ancak dava açmak suretiyle kullanılabilir.¹⁹⁰ 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 etmektedir.¹⁹¹

2 . Önalım Hakkının Kullanılması Davasının Hukukî Niteliği

4721 sayılı Türk Medenî Kanun yürürlüğe girmeden önce, önalım hakkının, tek taraflı, muhataba ulaşması gereken bir beyanla kullanılacağı

188 Çiçek, a.g.e, s, 67.

189 Gürsoy/Eren/Cansel, a.g.e, s, 617; Tekinay, a.g.e, s, 47; Sungurbey, a.g.e., s, 90.

190 Ertaş, a.g.e, s,366-367; Kılıçoğlu a.g.e, s, 356; Tunaboyoğlu, a.g.e, s, 24; Oğuzman, a.g.e, s, 413.

191 Bkz. Yarg. 6.H.D 26.01.2004 t. 119/279 sayılı kararı “...01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren Medeni kanunun 734. maddesi gereği önalım hakkı, yalnız dava açma yolu ile kullanılabilir...”Tunaboyoğlu, a.g.e, s, 34.

kabul ediliyordu.¹⁹² Önalım hakkı sahibinin tek taraflı irade beyanı ile hakkını kullanması sonucunda, önalım yükümlüsü olan şahsın, önalım konusu payın mülkiyetini kendi rızasıyla devretmemesi halinde, önalım hakkı sahibinin açacağı dava, mülkiyetin önalım hakkı sahibine geçirilmesine ilişkin bir ifa davası olarak kabul edilmekte idi.¹⁹³ Bu davaya cebri tescile zorlama davası denilmektedir. Önalım hakkının irade beyanında bulunulmaksızın doğrudan dava yoluna başvurularak kullanılması halinde de, bu dava, uygulamada önalım davası olarak adlandırılrsa da 4721 sayılı TMK 716 anlamında bir ifa davası (Cebri Tescil) olarak kabul edilmekteydi.¹⁹⁴ Türk Medenî Kanun önalım hakkının ancak dava açmak suretiyle kullanılabileceğini kabul etmiş olduğuna göre, artık tek taraflı irade beyanı ile önalım yükümlüsü olan şahsı önalım konusu payı devretme konusunda bir borç altına sokmak mümkün değildir. Bu nedenle önalım hakkının kullanılması için açılan davayı eski Medenî Kanun anlamında bir cebri tescil davası olarak değil; doğrudan TMK. md.734 hükmünden doğan bir tescil davası olarak kabul etmek gerekir.¹⁹⁵

4721 sayılı TMK m.734 hükmüyle dava açma zorunluluğunun getirilmesi, hak sahibinin irade beyanında bulunmasıyla doğmuş olduğu düşünülen satış sözleşmesi hükümlerinin, mahkeme kararıyla sonuca bağlanarak icra edileceği ve davalının hukukî alanında meydana gelecek değişikliğin mahkeme kararının kesinleşmesiyle ortaya çıkacağı anlaşılmaktadır.¹⁹⁶

192 Gürsoy/Eren/Cansel, a.g.e., s. 617; Tekinay, a.g.e., s. 47.

193 Feyzioğlu, “Şufa”. s.357 vd.; Şıpka, a.g.e., s. 204; Ciğerim, a.g.e., s. 151.

194 Feyzioğlu, Şufa, s.357 vd.; Şıpka, a.g.e., s 204; Ciğerim, a.g.e., s 151.

195 Çiçek, a.g.e., s 120.

196 Oğuzman/Seliçi, a.g.e., s 15.

3 . Satış Bedelini İfa Zamanı

Türk Medenî Kanun'un md.734 f. II'ye göre "Önalım hakkı sahibi,adına tescile karar verilmeden önce, satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerini, hakim tarafından belirlenen süre içinde hakimın belirleyeceği yere nakden yatırmak zorundadır" hükmü ile alıcıya satış bedelini hükümden önce yatırma zorunluluğu getirmiştir. Uygulamada mahkemece verilen önalım bedelinin yatırılması kararına "Depo Kararı" denilmektedir.¹⁹⁷

743 sayılı Medenî Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde önalım hakkının dava yolu ile kullanılması halinde önalım yükümlüsüne ödenmesi gereken bedelin, BK. Md 81 gereği bir ödemezlik def'i ile karşılaşmamak için tescil kararından önce ödenmesi veya ödenmesinin teklif edilmesi gerekmekte idi.¹⁹⁸ Satış bedeli ve masrafların nakden depo edilmesinin zorunlu olmadığı, banka teminat mektubu ile de depo kararının yerine getirilmesinin mümkün olduğu, öğretide ve Yargıtay uygulamalarında kabul edilmekte idi.¹⁹⁹ 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunun'da md.734 gereğince, satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerinin hakim tarafından belirlenen yere nakden yatırma zorunluluğu getirildiğine göre, artık banka teminat mektubu ve diğer nakit dışı tevdiatlar ile depo kararının yerine getirilmesi mümkün değildir.²⁰⁰

197 Yarg. 6.HD.27.06.2005 T., E.2005/5269, K.2005/6745, "...önalım bedeli 300.000.000.-TL satış bedeli ile bu satışlar nedeniyle yapılan tapu harç ve masrafları üzerinden depo kararı verilmiştir..." (Yayımlanmamış).

198 Feyzioğlu, "Şufa" s..357 vd.; Şıpka, a.g.e., s 204; Özenli, a.g.e., s 118; ayrıca 20.06.1951 t ve 5/13 sayılı İc. Bir.K. "...şefiide şuf'a davasını kazanması için en geç hükümden önce şuf' a bedelini ödemesi veya tevdi etmesi ve bu suretle davalıyı temerrüt haline sokması lazımdır..." karar için bkz. Tunaboyoğlu, a.g.e., s 746-759.

199 Tekinay, a.g.e., s 52; Erdoğan, a.g.e., s.907; Şıpka, a.g.e., s 206.

200 Kırca, Çiğdem: "Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanundaki Değişiklikler", **Prof.Dr. Ömer TEOMAN'a 55. Yaş Günü Armağanı**, Cilt. II, İstanbul 2002, s. 1203; Tunaboyoğlu, a.g.e., s 284; Kılıçoğlu, a.g.e., s 357.

Depo kararı önalım hakkı konusu payın nef'i ve hasarının hangi andan itibaren alıcı önalım hakkı sahibine geçtiğinin tesbiti açısından da önemlidir. Yargıtay kararlarında da kabul edildiği üzere satış ilişkisine genel kuralların uygulanması gerekirken (BK md.183) satış sözleşmesindeki hasar ve zararın önalım ilişkisinde sözleşmenin kurulduğu anda değil, depo kararı üzerine satış bedeli ve masrafların mahkeme veznesine yatırıldığı anda geçeceği kabul edilmelidir.²⁰¹

4 . Payın Mülkiyetinin Önalım Hakkı Sahibine Geçiş Anı

Genel kabul gören görüş uyarınca önalım konusu payın mülkiyetinin, önalım hakkı sahibinin TMK md.734/1 gereğince açtığı dava neticesinde, mahkemece verilecek olan tescil kararının kesinleşmesiyle önalım hakkı sahibine geçeceği yönündedir.²⁰² Çünkü HUMK 443. maddesinde “Taşınmaza yönelik davalarda verilen hükümler kesinleşmeden icra edilemezler.” şeklinde düzenleme mevcuttur.

Payın mülkiyetinin kararın kesinleşmesi ile önalım hakkı sahibine geçmesi nedeni ile yapılan tescil kurucu bir tescil olmayıp açıklayıcı bir tescildir.²⁰³ Önalım hakkı sahibi adına tescilin yapılması için gerekli olan tescil talebi bir hak düşürücü süreye veya zamanaşımı süresine tabi değildir. Yasal önalım hakkı sahibi her zaman, önalım konusu payın kendi adına tescilini talep edebilir.²⁰⁴

201 Şıpka, a.g.e., s 207-208; Tekinay, a.g.e., s 31,32; Karahasan, a.g.e., s 191,192.

202 Tekinay, a.g.e., s 33; Oğuzman/Seliçi, a.g.e., s 415; Feyzioğlu, “Şufa” s..361; Şıpka, a.g.e., s 209.

203 Tekinay, a.g.e., s 33; Oğuzman/Seliçi, a.g.e., s 415; Feyzioğlu, a.g.e., s. 361; Şıpka, a.g.e., s 209; Ciğerim, a.g.e., s 158.

204 Tekinay, 3; Oğuzman/Seliçi, 415; Şıpka, 209; Ciğerim, 159; 11.02.1959 t.10/12 S. Yar.İBK : “....Medeni Kanunun 642. maddesi (4721 sayılı Yeni MK. Md.716) uyarınca hakimın verdiği hüküm, hukukî mahiyetçe yenilik doğuran (inşai ve ihdasi) bir hükümdür ve böyle bir hükme dayanan davacı, her zaman tapu kaydının kendi adına düzeltilmesini sağlamak üzere icra memuruna veya medeni kanunun 642. maddesinin ikinci fıkrası hükmünce doğrudan doğruya tapu memuruna başvurabilir. Çünkü aynı haklarda medeni kanunun hükümleri bakımından ıskatı müruru zaman cari olmayıp...”.

5. Yasal Önalım Hakkının Kullanım Süresi

Önalım hakkı Türk Medenî Kanun'un 733/4 maddesi uyarınca, paylı mülkiyet konusu malın satışının (devrinin) önalım hakkı sahibine bildirildiği tarihten itibaren üç ay, herhalde satıştan itibaren iki yıl içinde kullanılmalıdır.

743 sayılı Medenî Kanun'da yasal önalım hakkını düzenleyen md.659 'da önalım hakkının hangi süre içinde kullanılması gerektiği konusunda bir düzenleme bulunmuyordu. Sözleşmeden doğan önalım hakkının düzenlendiği md.658' de ise 1 ay ve 10 yıllık iki süre öngörülmekte idi.

Doktrin ve uygulamada 1 aylık hak düşürücü sürenin yasal önalım hakkı için de kıyasen uygulanacağı yönünde görüşbirliği bulunmasına²⁰⁵ karşın 10 yıllık azami sürenin yasal önalım hakkı için de geçerli olup olmadığı yönünde farklı görüşler bulunmakta idi.²⁰⁶ TMK md.735 maddesi ile getirilen yeni düzenleme sonucu "kıyas" tartışmasına son verilmiştir. Artık yasal önalım hakkının kullanılması asgari(üç ay) azami (iki yıl) süre olarak belirlenmiştir. TMK md.735/son fıkrası "Yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümler sözleşmeden doğan önalım hakkına da uygulanır." şeklindeki düzenleme ile, yasal önalım hakkı için uygulanacak olan üç aylık hak düşürücü sürenin ve iki yıllık azami sürenin sözleşmeden doğan önalım hakkı için de uygulanacağını belirterek açıkça düzenlemede bulunmuştur.

Yasal önalım hakkının kullanılması için öngörülen üç aylık süre zamanaşımı süresi değil, hak düşürücü bir süredir. 743 sayılı Medenî

205 Feyzioğlu: a.g.e., s. 291-292; Tekinay, a.g.e., s. 59-60; Şıpka, a.g.e., s. 154; Gürsoy/Eren/Cans.El, a.g.e., s. 619.

Hatemi/Serozan/Arpaci, a.g.e., s.610-611.

206 Şıpka, a.g.e., s. 159-161; Gürsoy/Eren/Cansel, a.g.e., s. 619; Tekinay, a.g.e., s. 60.

Kanun'daki bir aylık sürenin hak düşürücü süre olarak kabul edilmesi²⁰⁷ nedeni ile yeni düzenleme ile getirilen üç aylık sürenin de hak düşürücü süre olduğu açıktır. Bu nedenle, yasal önalım hakkını üç aylık süre içinde kullanmayan paydaş, o satış dolayısıyla önalım hakkını kullanma imkanını kaybeder.²⁰⁸ Ancak önalım hakkı mutlak olarak sona ermez. Paya bağlı bir hak olarak önalım hakkı, paydaşlık sıfatının devamı boyunca varlığını sürdürür. Her satışla birlikte yeni bir önalım hakkı kullanımı imkanı doğacağından, hakkını bu üç aylık süre içinde kullanmayan paydaş, daha sonraki bir satışta önalım hakkını kullanabilecektir.²⁰⁹ Süre hak düşürücü süre olduğundan, sürenin geçirildiği savunması def'i değil, itirazdır.²¹⁰ Bu sebeple hakim tarafından re'sen nazara alınır.²¹¹

743 sayılı Medenî Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde, önalım hakkının kullanımı için öngörülen bir aylık sürenin başlangıcı kural olarak önalım hakkı sahibinin önalım olayını ve esaslı şartlarını öğrenme tarihi olarak kabul edilmekte idi.²¹² Bu nedenle önalım hakkı sahibinin önalım

207 Feyzioğlu, "Şufa" s..293; Şıpka, a.g.e., s. 155; Özenli, a.g.e., s. 49-50; Erdoğan, Celal: **Açıklamalı ve İçtihatlı Otaklığın Giderilmesi ve Şuf'a Davaları**, 2. Bası, (Ankara 1991), s. 845.

208 Feyzioğlu, "Şufa" s..292.294; Şıpka, a.g.e., s. 155; Özenli, a.g.e., s. 49; Erdoğan, a.g.e., s. 845.

209 Oğuzman/Seliçi, a.g.e., s. 428; Cigirim, a.g.e., s. 20; Akipek, a.g.e., s. 218; Karahasan, a.g.e., s. 172; Feyzioğlu, "Şufa" a.g.e., s..293.

210 Yarg. 6.HD.14.04.2005 T., E.2005/10, K.2005/71, "... Önalım hakkı alıcıya karşı ancak dava açmak suretiyle kullanılır. Türk Medeni Kanunu'nun 733/3.maddesi hükmüyle yapılan s.atışın alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirme yükümlülüğü getirilmiştir.

Önalım hakkı satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her halde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer. Bu süre hak düşürücü süre olup mahkemece kendiliğinden göz önünde bulundurulması gerekir...." (Yayımlanmamıştır).

211 Feyzioğlu, "Şufa". s.293; Şıpka, a.g.e., s. 155; Özenli, a.g.e., s. 50; Erdoğan, a.g.e., s. 845; Özenli, a.g.e., s. 50; Yarg.6.HD.14.02.2005 T., E.2005/10060, K.2005/892, "...Önalım hakkı satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her halde s.atışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer. Bu süre hak düşürücü süre olup mahkemece kendiliğinden göz önünde bulundurulması gerekir... Önalım konusu payların satış tarihi 18.3.2003 olup, 19.3.2003 tarihinde dahili dava dilekçesi veren davacıların bu satışı öğrenmiş oldukları dikkate alınmalıdır. Bu durumda 26.9.2003 tarihinde açtıkları dava yasal üç aylık sürede açılmadığından bu iki davacının davasının reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde kabulü hatalı olmuştur Hüküm bu nedenle bozulmalıdır..." (Yayımlanmamıştır).

212 Feyzioğlu, a.g.e., s. Şufa. a.g.e., s. 294-303; Tekinay, a.g.e., s. 59; Küley, "Şuf'a Hakkının İstismal Müddeti" s.229; Özenli, a.g.e., s.54-65; Erdoğan, a.g.e., s. 845-846.

hakını süresinde kullandığı kabul edildiğinden, aksini iddia eden bunu isbat etmekle yükümlü idi.

Doktrinde bazı yazarlar, 4721 sayılı Türk Medenî Kanun'daki bildirim yükümlülüğünün amacının diğer paydaşların satıştan haberdar edilmesi ve önalım haklarını kullanmalarını temin etmek olduğunu , bu nedenle diğer paydaşların bildirim dışında da bir şekilde satışı öğrenmeleri halinde aynı amacın gerçekleşeceğini ileri sürerek, bildirim yapılmamış olsa bile, alıcı diğer paydaşın, satıştan başka yollarla da haberdar olduklarını isbatlarsa, üç aylık hak düşürücü süre bu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır demektedirler.²¹³

Bu görüşe katılmayan Seliçi ve Tunaboyoğlu : “Önalım hakkı sahibine satış noter aracılığı ile bildirilmemiş ise, önalım hakkı sahibinin satışı kesin olarak başka bir şekilde öğrenmiş olsa bile, hak düşürücü sürenin başlamayacağını kabul etmektedirler”. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.²¹⁴

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 733 maddesinin gerekçesinde “...Maddenin üçüncü fıkrası satışın alıcı ya da satıcı tarafından diğer paydaşlara bildirilmesi yükümü getirmiştir. Bu bildirimin noter aracılığı ile yapılması öngörülmüştür. 1984 tarihli öntasarının 653'üncü maddesinin beşinci fıkrasında da yer alan bu hüküm sayesinde uygulamada en büyük

213 Kılıçoğlu a.g.e., s. 354; Ertaş, a.g.e., s. 365-366.

214 Oğuzman/Seliçi, a.g.e., s. 405; Tunaboyoğlu, 115-116 YHGK.13.04.2005 T., E.2005/6-230, K.2005/244, “...4721 Sayılı Kanunla yasal önalım hakkı için getirilen yeni sistem daha sıkı kurallar ortaya koymakta; bu tür taleplerin belli sürelerde, belli şekil ve koşullarda kullanılması gereğini önemli bir yenilik olarak getirmektedir”.

Kısacası, yasal önalım hakkının kullanılması için gerekli sürenin başlaması konusunda bu yasal değişiklikten sonra geçerli olan kural; “öğrenme” olgusu değil “bildirim” olgusunun söz konusu olmasıdır. Bu bildirim de herhangi bir bildirim değil, noter vasıtasıyla yapılacak bildirimdir. Madde metninde “bildirilir” şeklinde kullanılan ifade kesinlik taşıdığı gibi, sürenin “bildirimden” başlayacağı da devamı olan fıkra da açıkça ve kesin olarak ifade edilmiştir. Bu açık düzenleme karşısında süre mutlaka bildirimden itibaren başlayacağından bildirim yapılmamışsa hak sahibinin satışı öğrendiği ileri sürülerek hak düşürücü sürenin başlatılması ve hak düşümü sonucunu doğurması olanaklı değildir...”.(Yayımlanmamıştır).

sıkıntıya neden olan, “önalım hakkı sahibinin, satıştan haberdar olmadığı iddiasıyla bu hakkın kullanılabileceği üst süre olan 10 yılın bitimine kadar” bu hakkını kullanmasının önlenmesi amaçlanmıştır.”

Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, noter aracılığı ile bildirim yükümlülüğü getirilmesindeki temel amaç, önalım hakkı sahibinin öğrenme anını, yapılacak bu bildirim sayesinde kesin bir tarih olarak belirlenmesidir. Yapılan bu bildirim sayesinde öğrenme anı, bildirimin önalım hakkı sahibine noter vasıtasıyla yapıldığı tarih olacak ve önalım hakkı sahibinin öğrenme anının isbatlanması sorunu da böylelikle ortadan kalkacaktır. Başka isbat vasıtaları ile önalım hakkı sahibinin bildirimden önce payın satışını öğrendiğini isbat olanağı tanınması ve hak düşürücü sürenin bildirimden önce başlatılması halinde; Türk Medenî Kanunun getirmiş olduğu bildirimin hiçbir önemi kalmayacak ve açılacak önalım davalarında eski Medenî Kanun dönemindeki isbat tartışmaları aynı şekilde devam edecektir.

Ayrıca alıcı veya satıcının önalım konusu payın satışını önalım hakkı sahibine bildirmediği durumlarda, önalım hakkı sahibinin beyan ettiği öğrenme tarihi esas alınmalı, önalım hakkının kullanma süresi olan hak düşürücü süre bu tarihten itibaren hesaplanmalıdır.²¹⁵

Önalım hakkının kullanımı için konulan iki yıllık azami sürenin başlangıcı pay satışını izleyen gündür.²¹⁶ Türk Medenî Kanun’da 10 yıllık süre 2 yıla indirilmiştir. Bunun sebebi alıcının uzun süre önalım hakkı kullanılması tehdidi altında kalmasının önlenmesi ve 10 yıl gibi uzun bir süre içine önalım hakkının kullanılabilmesinin suistimallere elverişli olmasıdır.²¹⁷ Önalım hakkı sahibine noter aracılığıyla bildirim yapılmamışsa, önalım hakkı

215 Yarg. 6.HD.02.05.2005 T., E.2005/2934, K.2005/4413, “.... Satış yukarıda açıklandığı üzere satıcı ya da davalı tarafından noter aracılığı ile davacıya bildirilmediğinden, belirtilen öğrenme tarihine göre davanın süresinde açıldığının kabulü gerekir.....” (Yayımlanmamıştır).

216 Yaşar. a.g m., s. 430.

217 Kılıçoğlu, a.g.e., s. 355.

sahibi, payın satış tarihini takip eden günden itibaren 2 yıl geçtikten sonra payın satışını öğrense bile artık o satış için önalım hakkını kullanamayacaktır.²¹⁸

Bu düzenleme ile ilgili olarak; önalım hakkı sahibine, alıcı ve satıcı paydaş tarafından noter aracılığı ile payın satışı bildirilmediği takdîrde, satış sözleşmesi tapu kütüğüne tescil edildiği hallerde, tapu sicilinin aleniliği ilkesi gereğince, önalım hakkı sahibi önalım olayını tapudan öğrenme imkanına sahiptir. Ancak önalım niteliğindeki sözleşmeler sonucu mülkiyet geçişinin tapuya tescil edilmediği durumlarda, önalım hakkı sahibinin önalım olayını tapu sicili aracılığı ile öğrenmesinin mümkün olmaması ve önalım hakkını kullanma imkanını kaybetmesi söz konusu olabilir. Bu nedenle, kanun koyucu, önalım hakkı sahibini, pay sahibi satıcı ve önalım yükümlüsü alıcı karşısında oldukça zayıf hale getirdiği, iki yıllık azami hak düşürücü sürenin, satış tarihinden itibaren değil, mülkiyetin naklinin tapu siciline tescil tarihinden itibaren işlemeye başlamasının daha uygun olacağını ileri sürerek, Kırca iki yıllık azami süreyle ilgili düzenlemeyi eleştirmektedir.²¹⁹

Türk Medenî Kanunun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli hakkındaki 4722 sayılı Kanun'un 20. maddesi "Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girmesinden önce işlemeye başlamış bulunan hak düşürücü süreler ile zamanaşımı süreleri, Türk Kanunî Medenîsi hükümlerine tabi olmaya devam ederler. Ancak söz konusu süreler, Türk Medenî Kanununun belirlediği süreden uzun ise, bu kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra, bu kanunda belirlenen sürenin geçmesiyle dolmuş olur" şeklinde bir geçiş hükmü getirmiştir.²²⁰

218 Ertaş,a.g.e., s. 365; Oğuzman/Seliçi, a.g.e., s. 415-416.

219 Bkz. Kırca, a.g.e., s. 198-1199.

220 Yarg. 6.HD.05.12.2005 T., E.2005/8521, K.2005/1134, "...davalı 07.12.2000 tarihinde almış olduğu pay satış tarihi itibarıyla 4722 sayılı kanunun 20. maddesi gereğince önalım hakkı, 743 sayılı Türk Yasal Medenisi hükümlerine tabi olup satışı öğrenme gününden itibaren bir ay ve her halükarda

D . Önalım Hakkından Veya Hakkın Kullanılmasından Feragat

Yasal önalım hakkından feragat iki anlama gelmektedir. Bunlar 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 olmayacaktır.

1 . Mutlak Feragat

Mutlak feragatte, önalım hakkı sahibi önalım hakkından yalnız belli bir şahsa veya belli bir satışa münhasır olarak değil, herkese karşı ve devamlı olarak hüküm doğuracak şekilde feragat etmektedir; yani, doğrudan doğruya hakkın kendisinden vazgeçmektedir.²²¹ Böyle bir feragatte, paylı mülkiyet ilişkisi içinde paydaşın, artık hangi pay satılırsa satılsın, önalım hakkının doğumu imkanından yararlanması mümkün değildir.²²²

Sebük ve Şıpka , Yargıtay'ın eski tarihli bazı kararlarında, yasal önalım hakkının satışla doğacağını, satıştan önce yapılan bir feragatın, doğmamış bir haktan feragat anlamına geleceğini ve doğmamış haktan feragatın mümkün olmadığı yönündeki kararlarını, yasal önalım hakkının doğum sebebinin önalım olayını doğuran satış işlemi olmayıp, bizzat paylı mülkiyet ilişkisinde paydaşlık sıfatının kazanılması ile kanundan doğan bir hak olduğu, payın satışının ise önalım hakkının kullanım şartı olduğunu, bu nedenle ilerde doğacak bir haktan vazgeçmenin caiz olduğunu , bunu

satış tarihinden itibaren on yılın geçmesiyle sona erer. Ancak Türk Medeni Kanunun 733. maddesinde önalım hakkının kullanılması için iki yıllık süre öngörüldüğünden, Türk Yasal Medenisi'nde ön görülen süre Türk Medeni Kanunu'nda öngörülen süreden uzun olmakla beraber 4722 sayılı kanunun 20. maddesinin son cümlesi uyarınca Türk Medeni Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl sonra sona erecektir. O halde davanın açıldığı 18.07.2003 tarihi itibarıyla bu süre dolmamıştır.

221 Feyzioğlu, a.g.e., s. 257; Şıpka, a.g.e., s. 1111; Cigirim, a.g.e., s. 87; Erdoğan, a.g.e., s. 974-975.

222 Hatemi/Serozan/Arpaci, a.g.e., s. 613.

yasaklayan bir yasa hükmünün bulunmadığını ileri sürerek , eleştirmişlerdir.²²³

743 sayılı Medenî Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde mutlak feragatin ne şekilde yapılacağı konusunda ileri sürülen farklı görüşler karşısında; yasal önalım hakkının TMK md. 731 anlamında mülkiyet hakkının bir kısıtlaması olması ve bu kısıtlamaların kaldırılması ve değiştirilmesi, buna ilişkin sözleşmelerin resmî şekilde düzenlenmesi ve tapu kütüğüne şerh verilmesine bağlı olduğundan, TMK md. 733/II' de "Önalım hakkından feragatin resmî şekilde yapılması ve tapu kütüğüne şerh verilmesi gerekir." düzenlemesi ile şekil zorunluluğu getirerek tartışmalara da son vermiştir.

Yasal önalım hakkından feragat, ancak resmî senet ve tapuya şerh ile mümkün olduğundan, önalım hakkından mutlak feragatin zımni feragat şeklinde gerçekleşmesi mümkün değildir²²⁴.

Mutlak feragat için öngörülen şekil şartı bir isbat şartı olmayıp, geçerlilik şartıdır. Bu nedenle usulüne uygun düzenlenmeyen ve tapuya şerh verilmeyen feragat, herkes için, hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. Bu nedenle feragat iddiası ancak öngörülen şekille, yani resmî senet ve tapu siciline kayıt ile isbat edilecektir.²²⁵ Önalım hakkının kullanımına ilişkin davalarda feragat iddiası mutlak bir kullanma engeli olduğundan itiraz niteliğinde olup, yargılamanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi, hakim tarafından da re'sen nazara alınacaktır.²²⁶

223 Sebük,, a.g.e., s. 164, Şıpka, a.g.e., s. 113.

224 Feyzioğlu, Şufa, s.438; Şıpka, a.g.e., s. 162; Ciğerim, a.g.e., s. 89; Erdoğan, a.g.e., s. 974; Özenli, a.g.e., s. 113-114.

225 Feyzioğlu, Şufa, s. 438-439; Şıpka, a.g.e., s. 162; Ciğerim, a.g.e., s. 89; Özenli, a.g.e., s. 113.

226 Şıpka, a.g.e., s. 162; Ciğerim, a.g.e., s. 89.

2 . Nispi Feragat

Önalım hakkının belli bir satış için kullanımından vazgeçmek olarak tanımlanan nispi feragatta mutlak feragatten farklı olarak paydaş hakkın kendisinden değil, sadece belli bir satışta veya belli bir kişiye karşı önalım hakkını kullanmaktan vazgeçmektedir.²²⁷ Burada önalım hakkının kendisinden vazgeçme söz konusu olmadığı için, önalım hakkı sahibi önalım konusu payın, sonra yapılan satışlar için önalım hakkını kullanma imkanın kaybetmemektedir.²²⁸ 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.²²⁹ Mutlak feragatten farklı olarak nispi feragat, satıştan önce yapılabileceği gibi satıştan sonra da yapılabilir.²³⁰ Her ikisinde de önalım hakkı sahibi belirli satış sözleşmesi nedeniyle önalım hakkını kullanmaktan vazgeçmekte ve hakkı kullanmayı taahhüt etmektedir.²³¹

TMK'da hem mutlak hem de nispi feragat için feragatin ne şekilde yapılacağı ayrı ayrı düzenlenmiştir. TMK md.733/II' de önalım hakkından mutlak feragatin resmî şekilde yapılması ve tapuya şerh verilmesi zorunluluğu getirilmiş iken, aynı maddede nispi feragat konusunda önceki uygulamadan farklı olarak yeni bir düzenleme getirilmiştir. Önceden önalım hakkının kullanılmasından feragat etmenin sıhhat şekline bağlı olmadığı ve sadece HUMK md.288 anlamında yazılı isbat şekli arandığı kabul edilmekte iken, TMK md.733/II'ye göre "belirli bir satışta önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme yazılı şekle tabidir." düzenlemesi ile nispi feragatte de yazılı şekil

227 Feyzioğlu, a.g.e., s.438-439; Şıpka, a.g.e., s.163; Ciğerim, a.g.e., s. 90; Özenli, a.g.e., s. 114; Hatemi /Serozan/Arpaci, 613; Tekinay, a.g.e., s. 63.

228 Feyzioğlu:, Feragat,.s. 269; Ciğerim, a.g.e., s. 90; Tekinay, a.g.e., s. 63.

229 Şıpka, a.g.e., s. 111; Ciğerim, a.g.e., s. 90.

230 Feyzoğlu, Şuf'a, a.g.e., s.. 439; Ciğerim, a.g.e., s. 90; Şıpka, a.g.e., s. 163; Ciğerim, a.g.e., s. 90.

231 Oğuzman/Seliçi, a.g.e., s. 417; Ciğerim, a.g.e., s. 90; Özenli, a.g.e., s. 113.Şıpka, a.g.e., s. 111.

şartı zorunluluğu getirmiştir. Burada her iki feragat için getirilen yazılı şekil şartı geçerlilik şartı olup ispat şartı değildir.

TMK.Md.733/II' de öngörülen düzenlemeden önce, nispi feragat herhangi bir şekle tabi olmadığından, öğretide, nispi feragat açık bir hukukî işlemle yapılmamış olmasına rağmen, hak sahibinin bazı fiil ve davranışlarının, hakkın kullanımından vazgeçmiş sayılacağı anlamında zımni feragat anlamına geleceği kabul edilmekteydi.²³² Örneğin, önalım hakkı sahibinin payın satışına aracılık etmesi, payın satışı konusunda satıcıyı teşvik edip kolaylaştırması, satış sırasında tanık olarak hazır bulunması hallerinde zımni feragatin varlığı kabul ediliyordu.

TMK md.733/II ile, hak sahibinin nispi feragatte bulunabilmesi için yazılı şekil şartını getirmiş olması ve bu şartın bir sıhhat şartı olması nedeni ile artık yukarıda saydığımız fiil ve davranışların varlığı halinde önalım hakkı sahibinin hakkın kullanımından zımnen vazgeçmiş sayılması anlamına gelen zımni feragat olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

4721 sayılı TMK md. 734 uyarınca önalım hakkının dava yolu ile kullanılması zorunluluğunun getirilmiştir. Bu nedenle önalım hakkından feragat ancak önalım hakkı kullanılmadan öncesi için geçerli olacaktır. Önalım hakkı kullanıldıktan sonra TMK 733/II anlamında bir feragatten bahsedilemeyecektir. Bu aşamadan sonraki feragat, açılmış bulunan bir davanın varlığı nedeni ile önalım hakkının kullanılmasından feragat değil, davadan feragat olacaktır. Davadan feragat ise, HUMK hükümlerine tabi olacaktır.²³³

232 Feyzioğlu, Şufa, s.469; Ciğerim, a.g.e., s. 92; Tekinay, a.g.e., s. 64-66, Şıpka, a.g.e., s.166-169.

233 Feyzioğlu, Feragat, a.g.e., s. 266-269; Ciğerim, a.g.e., s. 94; Özenli, a.g.e., s. 116. Şıpka, a.g.e., s. 166; Nitekim.16.05.1951 t,19/3 S. YİBK'da "...Yasal süre içerisinde şuf'a hakkını kullanarak dava açıldıktan sonra artık dava ile sona eren şuf'a hakkının kullanılmasından feragat bahis konusu olmayıp, davadan feragat olunacağına göre bu durumda uygulanacak hüküm Medeni Kanun hükümleri değildir..." (Özenli, a.g.e., s. 178-180).

E . Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının İhlali

Hukukumuzda genel kural olarak kabul edilen TMK.md.2' de tanımlanan “dürüstlük kuralı” ve buna bağlı olarak aynı maddenin 2. fıkrasında düzenlenen “hakkın kötüye kullanılması yasağı”, diğer bütün haklar için geçerli olduğu gibi önalım hakkının kullanılmasında da dikkate alınacağından, önalım hakkının TMK md. 2' ye aykırı şekilde kullanılmış olması halinde kanun tarafından himaye edilmeyecektir.²³⁴

Hakkın kötüye kullanılmasından söz edebilmek için bir “hakkın varlığı” ve bu hakkın “açıkça dürüstlük kuralına aykırı kullanılması” ve “hakkın kullanılmasından başkalarının zarar görmesi veya görececek olması”²³⁵ şartlarının mevcut olması aranmaktadır. Kısaca, bir hakkın kötüye kullanılmış sayılmasından söz edebilmek için, dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde ve özellikle amacı dışında kullanılmış olması yeterlidir.²³⁶

Önalım hakkının kullanılması halinde, karşı taraf hakkın kötüye kullanıldığı savunması ile bu kullanımı etkisiz hale getirecektir.²³⁷ Hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlal edildiği savunması nitelik itibari ile bir def'i olmayıp itiraz olduğundan, hakim tarafından da taraflarca ileri sürülmesi dahi re'sen nazara alınacaktır²³⁸.

Hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı, her somut olayın kendi şartları göz önüne alınarak belirlenir. Bu nedenle önalım hakkının kullanılmasının, hakkın kötüye kullanılması yasağını ihlali anlamına gelip gelmediği her somut olay için ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

234 Şıpka, a.g.e., s.170 vd; Tekinay, a.g.e., s. 44; Oğuzman/Seliçi, a.g.e., s. 414 vd.

235 Oğuzman, Med. Huk.,s. 1990, 168 ve 172-173; Köprülü, a.g.e., s.145; Özsunay, Giriş, s. 322; Şıpka, a.g.e., s. 170.

236 Oğuzman, a.g.e., s.,1990,168 ve 172-173; Tekinay, a.g.e., s. 172; Özsunay, a.g.e., s.322; Şıpka, a.g.e., s. 170.

237 Akyol, a.g.e., s.11-112.

238 Akyol, a.g.e., s.112; Şıpka, a.g.e., s. 170.

Yargıtay yasal önalım hakkının kullanıldığı bazı durumlarda somut olayın özelliğine göre, hakkın kötüye kullanılması yasağı niteliğinde görmüş ve yasal önalım hakkının kullanılamayacağına karar vermiştir

Yargıtay, paylı mülkiyete tabi olan taşınmazın paydaşları tarafından fiilen taksim edilerek, her paydaşın taksim edilen, kendisine ait yeri fiilen kullanması hallerinde, paydaşların birinin kendisine ait yeri ve ona tekabül eden payı üçüncü bir şahsa satması durumunda, diğer paydaşlar tarafından yasal önalım hakkının kullanılmasının TMK. Md.2/II gereği hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu ve yasal önalım hakkının bu halde kullanılamayacağı²³⁹ kararını vermiştir.

Yine Yarg. 6 HD'nin 07.06.2005 t, 4263/5834 S kararına esas olan olayda “ Önalım hakkının ilişkin bulunduğu taşınmazların ve dava dışı ondört adet taşınmazın paydaşları arasında fiilen paylaşıldığı, 13 sayılı parselin davacılarından Emine Sevim Çıkkılıoğlu'na, 23 sayılı parselin ise davacılarından Şemsettin Duru'ya isabet ettiği, dosyaya ibraz edilen tarihsiz tutanak başlıklı ve tüm paydaşların imzaladığı rızai taksim belgesinden, tanık anlatımlarından ve paydaşların bir kısmının kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yüklenici firmaya karşı açtıkları tazminat dava dosyası içeriğinden anlaşılmaktadır. Bu durumda davacılarından Adalet Akçardak'ın her iki parsel, Emine Sevim Çıkkılıoğlu'nun 23 sayılı parsel, Şemsettin Duru'nun ise 13 sayılı parseli yönelik davalarının fiili taksim nedeniyle reddine karar verilmesi gerekir.”

239 Yarg. 6.HD.05.04.2005 T., E.2005/1779, K.2005/3219, “Önalım davasına konu payın ilişkin bulunduğu taşınmaz paydaşlarca özel olarak kendi aralarında taksim edilip her bir paydaş belirli bir kısmı kullanırken, bunlardan biri kendisinin kullandığı yeri ve bu yere tekabül eden payı bir üçüncü şahsa satarsa, satıcı zamanında bu yerde hak iddia etmeyen davacının tapuda yapılan satış nedeniyle önalım hakkını kullanması T.M.K.nın 2.maddesinde yer alan dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Kötü niyet iddiası 14.02.1951 gün ve 17/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca davanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi mahkemece de kendiliğinden nazara alınması gerekir. Bu gibi halde savunmanın genişletilmesi söz konusu değildir. Eylemli paylaşmanın varlığı halinde davanın reddi gerekir. (Yayınlanmamış).

Henüz, kat mülkiyeti kurulmamış bir binada daire sahibi olmak için daha önce arsa payı almış olan kimsenin, daha sonra arsa payı olan karşı önalım hakkını kullanması, çok düşük fiyatla satın alınan arsa kıymetini ödeyip, yüksek kıymetli daireyi kanun boşluklarından yararlanarak elde etme istemesi, öğreti uygulamada dürüstlük kuralına aykırı bulunmaktadır.²⁴⁰

Uygulamada önalım hakkının kullanılmasının objektif iyiniyet kuralına aykırı bulunduğu başka haller de vardır. Örneğin Yargıtay, velayeti altındaki çocuklarına ait payı, yasal temsilci sıfatıyla satan babanın, daha sonra bu satışa dayanarak önalım hakkını kullanmasını hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirmiştir.²⁴¹ Aynı şekilde Yargıtay, paydaşların noterde yaptıkları bir sözleşme ile yasal önalım hakkından vazgeçtiklerini ve herhangi birisinin yapacağı pay satışında hakkını kullanmayacaklarını taahhüt etmelerinden sonra, tapu memurunun eksik işlem yapması sonucu tapuya şerh edilmeyen bu taahhüde rağmen önalım davasının açılmasını hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmiştir.²⁴²

II . BAZI ÖZEL SATIŞ HALLERİNDE ÖNALIM HAKKI

A . İhtiyari Açık Artırmada Önalım Hakkı

Artırma ile satışın, cibrî artırma, ihtiyari açık artırma ve ihtiyarî özel artırma olmak üzere üç türü vardır. Bunlardan cebriicra yolu ile satışta, satışa konu şeyin mülkiyet hakkı, sahibinin rızasına bakılmaksızın resmî makamlarca yapılırken, ihtiyarî açık artırma ve ihtiyarî özel artırma da bizzat satış konusu eşyanın malikinin rızası ile ve serbest iradesine dayanan

240 Yarg.6..HD.07.10.2007 T., E.2005/9356, K.2005/8634,, Kararı (YKD, 1982 S.1.45).

241 Yarg. 6.HD.25.04.2005 T., E.2005/4561, K.2005/5504 bkz(Kılıçoğlu a.g.e., s.145).

242 Yarg. 6.HD.02.07.1969 T., E.1969/6-383, K.2005/653.

“YHGK. 02.07.1969 T., 967/6-383,653 sayılı kararı bkz.(Ank.BD.1971,S.2, 281 vd. Şıpka, a.g.e., s. 172’ den naklen)

satışlardır.²⁴³ Önalım hakkının mahiyeti gereği artırma ile satışlarda ancak satıcının serbest iradesine dayanan özel açık artırma ve ihtiyarî açık artırma yolu ile paylı mülkiyet konusu taşınmazın satışında önalım hakkının kullanılmasının mümkün olacağı sonucuna varılmalıdır.²⁴⁴

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları'nda²⁴⁵ ihtiyari artırma yolu ile satışlarda önalım hakkının kullanılabileceği kabul edilmiş olup; aynı şekilde öğretide de önalım hakkının kullanılabileceği oybirliği ile kabul görmektedir²⁴⁶.

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. BK.md.225/II uyarınca, ihtiyari açık artırmalarda, sözleşme, ihale edildiği anda kurulur. Sözleşme konusu malın mülkiyeti ise; şayet satılan mal menkul(taşınır) ise BK md.231/I'e göre sözleşme gibi ihalenin yapıldığı anda, taşınmaz (taşınmaz mal) ise aynı maddenin ikinci cümlesi gereğince, tapu siciline kaydedilmekle alıcıya geçer.²⁴⁷

Paylı mülkiyet konusu bir taşınmaz payının ihtiyari açık artırma yolu ile satışında, önalım hakkı sahibi, satış sözleşmesinin kurulduğu, ihalenin bildirildiği tarihten itibaren 3 aylık hak düşürücü süre içerisinde önalım hakkını kullanabilecektir²⁴⁸. Ancak önalım hakkı sahibi, tescilden önce hakkını kullanması halinde, mülkiyet hakkı henüz alıcıya geçmemiş

243 Yavuz, a.g.e., s. 213; Tandoğan, a.g.e., s. 322.

244 Ciğerim, a.g.e., s. 100.

245 Bkz. 29.11.1939 T. ve 57/17 İBK.; ayrıca 09.03.1955 T. 37/3. İBK. "...İhtiyari müzayede ile satışa çıkarılan bir taşınmazın şayi hissesini satın almak için o taşınmazın şayi hissedarının müzayedeye iştirak ederek pey sürmesi ve bilahare müzayededen çekilmesi şuf'a hakkının feragati tazammum etmeyip bu hissedarın şayi hisseyi müzayede neticesinde yapılan ihale ile satın alan üçüncü şahsa karşı şuf'a haklarını kullanabileceğine..." diyerek şuf'a hakkının kullanımını kabul etmiştir. Erdoğan, 669.

246 Feyzioğlu, Şufa, s.237-240; Şıpka, a.g.e., s. 81; Tekinay, a.g.e., s. 22; Özenli, a.g.e., s. 99; Oğuzman/Seliçi, a.g.e., s. 401.

247 Yavuz, a.g.e., s. 216; Tandoğan, a.g.e., s. 328; Şıpka, a.g.e., s.81.

248 Feyzioğlu, a.g.e., s.241; Şıpka, a.g.e., s. 81; Karahasan, a.g.e., s. 176; Erdoğan, a.g.e., s. 847.

olduğundan, muhatap satıcı paydaş olacaktır. Hakkını tescilden sonra kullanması halinde ise muhatap, alıcı, üçüncü kişi olacaktır.

B . Kısmi Pay Satışlarında Önalım Hakkının Kullanılması

Paylı mülkiyet konusu taşınmazlarda, payın satışında genelde tamamının satışı söz konusu ise de payın bir kısmının satışına bir engel bulunmamaktadır. Bu nedenle, önalım konusu payın tamamı yerine bir kısmının satışını kapsayan satış sözleşmesi de önalım hakkının kullanılmasını sağlayan bir önalım olayı oluşturacaktır.²⁴⁹

4721 sayılı TMK md. 732’de” Paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki bir payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması halinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler.” Bu hükümle Medenî Kanun payın kısmi satışı halinde de önalım hakkının kullanılacağını açıklığa kavuşturmuştur.²⁵⁰

C Şarta Bağlı Taşınmaz Satışlarında Önalım Hakkının Kullanılması

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 konusudur.²⁵¹

249 Tekinay, a.g.e., s.49; Özenli, a.g.e., s. 98.

250 Ahmet Kılıçoğlu, **Medeni Kanunumuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler**, Genişletilmiş 2.Basım., Ankara 2004, 351; Çiğdem Kirca, Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanundaki Değişiklikler. **Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı**, Cilt II İstanbul 2002, 1187.

251 Oğuzman/Öz, a.g.e., s. 837.

Taşınmaz satış sözleşmesinin şarta bağlı olarak yapılması mümkündür. Buna karşılık, taşınmaz mülkiyetinin devrini sağlayan tasarruf işleminin geciktirici veya bozucu şarta bağlı olarak yapılması, BK.md. 214 ve Tapu Sicil Tüzüğü md.11/II uyarınca mümkün değildir.²⁵² Bu nedenle paylı mülkiyet konusu taşınmaz paylarının satışına ilişkin sözleşmenin geciktirici veya bozucu şarta bağlı olarak yapılması durumunda, önalım hakkının kullanılabilmesi için, satış sözleşmesinin ifası şart olmayıp, sözleşmenin kurulmuş olması yeterlidir.²⁵³ 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 kullanabilecektir.²⁵⁴

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 şahsına sıkı sıkıya bağlı ise ve bu koşul olmadan satıcı satış sözleşmesini yapmayacak idi ise bu halde önalım hakkının kullanılmaması gerektiği ileri sürülmektedir.²⁵⁵

Önalım hakkının kullanımını engelleyici nitelikteki şartlar, önalım hakkı sahibi açısından geçersiz kabul edilmelidir. Önalım hakkı sahibinin önalım hakkını kullanmaması sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması için şart kabul edilmiş ise veya önalım hakkı sahibinin önalım hakkını kullanması halinde sözleşmenin geçersiz olacağı öngörülmüş ise de bu

252 Tandoğan, a.g.e., s.273; Oğuzma/Öz, a.g.e., s. 843; Yavuz, a.g.e., s. 184-185.

253 Tekinay, a.g.e., s.22; Feyzioğlu, a.g.e., s.,22; Şıpka, a.g.e., s. 82.

254 Şıpka, a.g.e., s. 82; Erdoğan, a.g.e., s.12.

255 Yıldız. Ekrem: **Önalım Hakkının Kullanılması ve Kullanım Süresine İlişkin Sorunlar**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tez. İstanbul 1988, 37; Feyzioğlu, a.g.e., s. 228; Şıpka, a.g.e., s. 82.

nitelikteki şartlar önalım hakkı sahibini bağlamayacak ve ön alım hakkını kullanabilecektir. Burada tarafların kötü niyetleri açıkça görülmektedir.²⁵⁶

D . Satış Sözleşmesinin Bazı Yan Edimleri İçermesi Halinde Önalım Hakkının Kullanılması

Önalım hakkının kullanılması durumunda önceden alıcı ile satıcı arasında yapılan satış sözleşmesindeki koşulları taşıyan yeni bir satış ilişkisi doğmaktadır. Bu durumda önalım hakkı sahibinin kararlaştırılan fer'i edimleri aynen yerine getirmesi gerekecek midir?

Önalım hakkı sahibinin aynen ifa edebileceği yan edimlerin varlığı halinde bu edimleri de yerine getirmek zorundadır. Ancak aynen yerine getirmesi mümkün olmayan edimler bakımından öncelikle paraya çevrilmesi mümkün edimler ise parasal değerini ödemek sureti ile önalım hakkını kullanabilecektir²⁵⁷. Bunun dışında, sözleşmede kararlaştırılan yan edimler önalım hakkı tarafından ifası mümkün olmayan veya paraya çevrilemeyen edimler olması halinde ve satıcının da bu yan yükümlülükler olmadan payını satmayacağı açıkça anlaşılıyorsa, ön alım hakkının kullanılmayacağı haklı olarak ileri sürülmektedir.²⁵⁸

256 Yıldız, a.g.e., s. 37; Feyzioğlu, a.g.e., s. Şıpka, a.g.e., s. 82.

257 Yıldız, a.g.e., s. 37; Feyzioğlu, a.g.e., s..228; Şıpka, a.g.e., s. 82.

258 Oğuzman/Seliçi a.g.e., s.488 vd; Şıpka, a.g.e., s. 82.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YASAL ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASININ MÜMKÜN OLMDIĞI HALLER, ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASININ SONUÇLARI

I . YASAL ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASININ MÜMKÜN OLMDIĞI HALLER

A . Paydaşlar Arasındaki Satışlarda

TMK.md.732'deki, “paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması halinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler” hükmünden anlaşıldığı üzere, paydaşlar arasında önalım hakkının kullanılması mümkün değildir. 743 sayılı MK .Md. 639'un benzer düzenlemesine rağmen Yargıtay, önceki bazı kararlarında, paydaşlar arasındaki satışlarda önalım hakkının kullanılabilceğini kabul etmekteydi.²⁵⁹ Yargıtay'ın bu uygulamasının madde metnindeki “üçüncü şahıs” tabirinin paydaş olsun olmasın, önalım hakkı sahibinden başkası olarak da yorumlanmasının mümkün olması ve eski hukukumuzda yer alan “hissedarlar arasında da şuf'anın dermehan edilebileceği” prensibine olan alışkanlıktan kaynaklandığı ileri sürülmektedir.²⁶⁰ Ancak Yargıtay gerek kanuna, gerekse önalım hakkının nitelik ve amacına aykırı olan bu uygulamasını değiştirmiştir. Yargıtay'ın paydaşlar arasında yapılan satışlarda önalım hakkının kullanılamayacağı yönündeki ictihadı, bugün artık istikrar kazanmıştır.²⁶¹

259 Bkz.Feyzioğlu, Şuf'a, s. 248 Ve Dpn.430'daki Yargıtay Kararı; Erkuyumcu,. Müfit: Şuf'a Davaları Ve Temyiz Miktarı, **Adliye Ceridesi, 1943, C.34**, s. 314,315.

260 Bkz. Feyzioğlu, a.g.e., s..248.

261 YHGK. 28.11.1962 T., E.1962/6-100, K.1962/79 sayılı kararı, (Tunaboyoğlu, a.g.e., s. 413-414;

Paydaşlar arasındaki satışlarda önalım hakkının kullanılmaması TMK.md.732' deki düzenlemenin bir sonucu olduğu gibi önalım hakkının düzenleniş amacının da bir gereğidir. Çünkü yasal önalım hakkının düzenleniş amacının başında paylı mülkiyet ilişkisi içerisine yabancı kimselerin girmesinin önlenmesi gelmektedir. Paydaşlar arasında yapılan satışlarda ise ilişkiye yabancı bir kimsenin girmesi söz konusu değildir.²⁶² Yine paydaşlar arası satışlarda yasal önalım hakkı kullanılabileceğinin kabul edilmesi durumunda, yasal önalım hakkının mümkün oldukça payların bir tek paydaşın elinde toplamak, böylelikle paylı mülkiyet ilişkisinden ferdi mülkiyete geçişi kolaylaştırma amacından da uzaklaşmış olacaktır.²⁶³

B . Cebri Artırma İle Satışlarda

Cebri artırma yolu ile yapılan satışlarda 743 sayılı Medenî Kanunun yürürlükte olduğu dönemde, öğretide, yasal önalım hakkının kullanılıp kullanılamayacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmekte olup, bu görüş ayrılıklarının temeli ise, cebri artırmanın hukukî nitelendirilmesindeki farklılıklardan kaynaklanmakta idi.²⁶⁴

Öğretide benimsenen baskın görüş, cebri artırma yolu ile yapılan satışlarda önalım hakkının kullanılamayacağı şeklinde ortaya çıkmıştır. Öğreti ve uygulamada yaşanan tereddütler karşısında Yargıtay 29.11.1939

Yarg.6.HD.29.05.1995 T., E.1995/9343, K.1995/6730, Kararı bkz.(Tunaboyoğlu, a.g.e., s. 416); Yarg. 6.HD.15.04.1986 T., E.1986/4080, K.1986/5324,. Kararında: "...davacı şuf'alı payı iktisaptan önce aynı taşınmazda paydaş bulunmaktadır. MK'nın 659.maddesi uyarınca bir paydaşın payını 3.şahsa satması halinde diğer hissedarların şuf'a hakkı söz konusudur. Pay iktisap eden kimse üçüncü şahıs olmayıp paydaş ise yasa gereği diğer paydaşların şuf'a hakkını kullanmaları mümkün değildir..." Tunaboyoğlu, a.g.e., s. 420.

262 Özenli, a.g.e., s. 109; Feyzioğlu: a.g.e., s.248; Tekinay, a.g.e., s. 41; Ciğerim, a.g.e., s. 103.

263 Feyzioğlu, a.g.e., s.249; Ciğerim, a.g.e., s.103; Şıpka, a.g.e., s. 97.

264 Bkz. Yavuz, a.g.e., s. 213; Özenli, a.g.e., s. 99.

tarikh ve 57/17 sayılı İctihadı Birleştirme kararı ile cebri artırma yolu ile yapılan satışlarda önalım hakkının kullanılamayacağını belirtmiştir.²⁶⁵

Cebrî artırma yolu ile yapılan satışlarda önalım hakkının kullanılmasının mümkün olmadığına dair ileri sürölen baskın görüşün temel gerekçesi; cebri artırmanın, malikin serbest iradesine dayanan bir satış sözleşmesi olmadığı, bir kamu hukuku tasarrufu olması olarak açıklanabilirse de, bazı pratik zorunluluklar bu sonuca varılmasında etkili olmuştur. şöyle ki; artırma ile yapılan satışlarda temel amaç taşınmazın mümkün olduğu kadar yüksek bir fiyatla ve her halde satılmasıdır. şayet cebri artırmalarda önalım hakkının varlığı kabul edilirse cebri artırımdan beklenen amaç gerçekteşmez. Bu durumda artırmaya katılan kimseler satın almak istedikleri payın ihaleden sonra ellerinden alınma tehlikesi karşısında, ihaleye katılmayı tercih etmeyeceklerdir. Bu durumda, payın gerçekte değeri ile satışı engelleyeceğı ve malikin zararına olacağı açıktır. Ayrıca satış cebri olmakla birlikte aleni olduğu için herkes gibi önalım hakkı sahibi de artırmaya katılarak paya sahip olma imkanına sahiptir.²⁶⁶

Nitekim, öğreti görüşleri ve Yargıtay İBK kararı dikkate alınarak Yeni TMK md.733 f.1'de "cebri artırmayla satışlarda önalım hakkı kullanılamaz" hükmünün getirilmesiyle, artık cebri artırmayla satışlarda önalım hakkının kullanılmasının mümkün olmadığı, kanunla açıklığa kavuşturulmuştur.

C . Taşınır Mal Satışlarında

Taşınır malların yasal önalım hakkına konu olamayacağı TMK md.732'deki " bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payının tamamen veya

265 RG.11.5.1940, 4506 karar için bkz. Tunaboyoğlu, a.g.e., s. 681-686.

266 Feyzioğlu, a.g.e., s.253; Mithat Sancar. Cebri Artırma Yoluyla Satımlarda Önalım Hakkına İlişkin Bir Yargıtay Kararı, **Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 1987**, C.13,S.1-2,S.73-74; Erdoğan, a.g.e., s. 661 ;Ciğirim, a.g.e., s. 105.

kısmen üçüncü kişiye satması halinde “ şeklindeki düzenlemesi karşısında artık öğreti ve uygulamada tereddütsüz olarak kabul edilmektedir. 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 sınırlandırılması 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 sakıncalıdır.²⁶⁷

D . Tapusuz Taşınmaz Satışında

Tapuya kayıtlı olamayan taşınmazlar üzerindeki hakların mahiyeti ve bu taşınmazlar bakımından, mülkiyeti nakil borcu doğuran hukukî işlemlerin nasıl yapılacağı, uygulama ve öğretide farklı görüşlerin ileri sürüldüğü tartışmalı konulardandır.²⁶⁸

Doktrinde, tapuya kaydedilmemiş taşınmazların satışına ilişkin satış sözleşmenin, önalım hakkının kullanılmasına imkan veren bir önalım olayı olmadığı kabul edilmektedir.²⁶⁹ Yargıtay’a göre de, tapusuz taşınmazlarda önalım hakkı söz konusu değildir.²⁷⁰ Bu sonuca ulaşılması

²⁶⁷ Ciğerim, 107.

²⁶⁸ Tandoğan, a.g.e., s. 258; Yavuz, a.g.e., s.182,183; Hatemi/Serozan/Arpaci, a.g.e., s.577.

²⁶⁹ Feyzioğlu, a.g.e., s.281-282; Ciğerim, a.g.e., s. 107; Şıpka, a.g.e., s. 96; Ciğerim, a.g.e., s. 107; Erdoğan, a.g.e., s. 664.

²⁷⁰ Yarg. 6.HD.09.06.1987 T., E.1987/7028, K.1987/6921, “... Tapusuz taşınmazlarda şuf’a hakkı söz konusu değildir. Taşınmazın sonradan satışı Durdu Demirel adına tapulama tesbitine uygun olarak tapuya tescil edilmesi İsmail ve Mehmet’in daha önce doğmuş olan mülkiyet hakkını ortadan

normaldir. Çünkü ileri sürülen farklı görüşlere rağmen günümüzde özellikle tapuda kayıtlı olmayan taşınmazlar, üzerinde mülkiyet hakkı bulunanlar ve bulunmayanlar şeklinde bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Bazı yazarlar ve Yargıtay kararlarında tapusuz taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkının söz konusu olmayacağını ifade etmekte iseler de bunun doğru olmadığı açıktır. Bir kere tapusuz taşınmazlarda önceki hukukumuzdan intikal eden bir mülkiyet bulunabilir. Özellikle evvelki hukukumuzdaki miri araziden devletin elini çekmesi üzerine bu arazinin zilyedi tarafından özel mülk olarak iktisap edildiği kabul edilmektedir. Diğer yandan Medenî Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra da taşınmaz üzerinde işgal yoluyla mülkiyet hakkı kazanılmış olabileceğini ileri sürerek üzerinde mülkiyet hakkının bulunduğu taşınmazların da olabileceğini savunmaktadırlar.²⁷¹

Taşınmazlar için yapılacak mülkiyeti nakil borcu doğuran işlemlerin TMK md. 706 , BK md.213 ve Tapu Kan. 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 edilmektedir.²⁷² Bu nedenle yasal 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 kullanılmayacaktır.²⁷³

Üzerinde mülkiyet hakkının bulunmadığı tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar söz konusu olduğunda ise, yasal önalım hakkının kullanılması bakımından bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Zira TMK md.732'de belirtildiği

kaldırılmaz ve Durdu Demirel'in 1/3 payını Zuhal KÜçük'e satması ona şuf'a hakkı bahşetmez...", Tunaboğlu, a.g.e., s. 433-434.

271 Bkz.Tandoğan, a.g.e., s. 258-259.

272Oğuzman/Seliçi, a.g.e., s.297-300;Tandoğan, a.g.e., s.262; Hatemi/Serozan/Arpaci, a.g.e., s. 577.

273 Özenli, 73; Şıpka, 96; Ciğerim, a.g.e., s.108.

üzere,yasal önalım hakkı ancak, paylı mülkiyet halinde söz konusu olacaktır. Bu nedenle tapusuz taşınmaz üzerinde bir mülkiyet hakkı bulunmadığına göre yasal önalım hakkının kullanılmasından da söz edilmesi mümkün olmayacaktır.

E . Bağışlama Ve Karma Bağışlama Sözleşmelerinde

Önalım hakkının kullanılmasını sağlayan hukukî muamelede, mukabil bir eda elde etme gayesinin işlemin yapılmasında ana etkin olması ve önalım konusu şeyin para ya da para yerine kaim bir kıymet ile mübadelesinin mümkün olması gerekmektedir.

Bağışlama sözleşmesinde bir kazandırıcı muamele bulunmakla birlikte ivazsız bir hukukî işlem olması, onun önalım olayını gerçekleştirmesine engel olmaktadır. Öğreti ve uygulama tarafından paylı mülkiyet konusu payın bağışlanması durumunda yasal önalım hakkının kullanılmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir.²⁷⁴

Bağışlama türlerinden şartlı veya mükellefiyetli bağışlarda da yasal önalım hakkı kullanılamayacaktır.²⁷⁵ Çünkü bağışlamanın şartlı ya da mükellefiyetli yapılması durumunda da sözleşmenin niteliğinde bir değişiklik söz konusu değildir. Mükellefiyetli bağışlama sözleşmelerinde, bağışlanana bir mükellefiyet yüklenmekte ise de, bu mükellefiyet, bir karşı edim olarak kabul edilemez.²⁷⁶ Bu tür bağışlamalarda bağışlayan, bir karşı edim elde etmek amacı ile karşı tarafa mükellefiyet yüklememektedir. Belli bir amaç uğruna, bağışlanana bir mükellefiyeti yerine getirme ödevi yüklemektedir. Bu

274 Feyzioğlu, a.g.e., s..256; Gürsoy/Eren/Cansel, a.g.e., s. 616; Oğuzman/Seliçi, a.g.e., s. 411; Şıpka, a.g.e., s. 87 Özenli, a.g.e., s. 102.

275 Feyzioğlu, a.g.e., s..256; Karahasan, a.g.e., s.146; Erdoğan, a.g.e., s. 661; Ciğerim, a.g.e., s. 423.

276 Feyzioğlu, a.g.e., s..257; Yavuz, a.g.e., s.231; Ciğerim, a.g.e., s. 109.

nedenle, böyle bir mükellefiyetin bağışlamayı bir önalım olayı haline getirmeyeceği kabul edilmektedir.²⁷⁷

Bağışlamanın bir başka türü olan karma bağışlama sözleşmelerinde ise durum farklıdır. Çünkü karma bağışlamada lehine bağışlama yapılan şahıs da bir edim borcu altına girmekte, kendisine yapılan bağış karşılığında, bir edimde bulunacağı kararlaştırılmaktadır.²⁷⁸ Bu nedenle karma bağış söz konusu olduğunda öğretide önalım hakkının kullanılıp kullanılamayacağına belirlenmesinde, somut olayın özelliğine göre bir sonuca ulaşılması gerektiği kabul edilmektedir.²⁷⁹ Buna göre, sözleşmenin karma bağışlama niteliği taşıdığı hallerde, tarafların asıl amaçları araştırılacaktır. Eğer, sözleşmede ağır basan unsur, bağışlama ise, bu halde , 27.03.1957 tarih ve 12/2 sayılı içtihadı birleştirme kararında da vurgulandığı gibi “... hibe gibi mülahazaların hakim olduğu ahvalde Medenî Kanun’un hakiki satışlarda kabul eylediği şuf’a hakkının cereyan etmeyeceği...” sonucuna ulaşılabacaktır.²⁸⁰

Şayet karma nitelikteki bağışlamalarda satış amacının ağır bastığı tesbit edilebiliyorsa, bu durumda da dostluk satışı denilen sözleşme gündeme gelecektir. Feyzioğlu’na göre “...muhtelif ruhi saiklerle, akrabalara veya ahabplara, fakirlere yahut hayır teşekküllerine, bir şeyi değerinden aşağı bir bedelle bilerek satmak²⁸¹” olarak tanımlanan dostluk satışı için öğretide genel kabul edilen görüş, bu durumda, yasal önalım hakkının

277 Yavuz, a.g.e., s. 213.

278 bkz. Tandoğan, a.g.e., s.72-73; Yavuz, a.g.e., s.23.

279 Feyzioğlu, a.g.e., s.257-258; Karahasan, a.g.e., s. 146-147; Şıpka, a.g.e., s. 88.

280 Feyzioğlu, a.g.e., s.258; Karahasan, a.g.e., s. 146-147; Atabek, a.g.e., s. 730; Ciğerim, 110; Şıpka, a.g.e., s.90; aynı konuda bkz. YHGK.26.12.2001 T., E.2001/6-1196, K.2001/1174, “Y.İ.B.K.nun 27.3.1957 gün ve 1956/12-1957/2 sayılı kararı uyarınca ortak mülkiyette, paydaşın payını yakın akrabaya temlik halinde görünüşte satış sözleşmesi yapılırsa bile gerçekte miras, hukuku ile ilgili amaçların ya da bağışlama gibi düşüncelerin hakim olduğu durumlarda önalım (şuf’a) hakkının doğmayacağını belirtmiştir. O nedenle, davalı vekili beyanı ve yukarıda anılan YİBK.Kararı uyarınca, yerel mahkemenin yakın akrabalar arasında yapılan temlik nedeniyle önalım (şuf’a) hakkının doğmayacağı yolundaki direnmesi yerindedir...” şeklinde belirtilmiştir.

281 Feyzioğlu, a.g.e., s.244.

kullanılabileceği, ancak önalım hakkı sahibinin ödemekle yükümlü olduğu bedelin belirlenmesinde payın sözleşmede öngörülen düşük bedeli değil, önalım hakkının kullanıldığı tarihteki gerçek değerinin esas alınması gerektiği yönündedir.²⁸²

Şıpka tarafından ileri sürülen görüşe göre ise, dostluk satışlarında, önalım yükümlüsü paydaşın payını devrettiği kişinin şahsî özellikleri belirleyici unsur olarak ortaya çıkmaktadır. Satıcının aradığı şahsî özelliğin her zaman önalım hakkı sahibinde bulması mümkün olmayabilir. Bunun için, satıcı paydaşın payını, sattığı kişide aradığı özelliklere sahip olmayan kişilere devretmeyi amaçlamadığı durumlarda, önalım hakkı sahibine önalım hakkını kullanma imkanı tanımak hakkaniyete uygun olmayacaktır. Bu nedenle dostluk satışlarında, yan edim yükümlülüğü içeren satış sözleşmelerinde ileri sürülen düşünce tarzından yararlanılarak, yapılan kazandırmada satıcı paydaş için alıcının kimliğinin önem taşımadığı hallerde, önalım hakkı sahibinin de yerine getirmesi mümkün olan bir ivaz söz konusu olduğunda, yasal önalım hakkının kullanılabilmesi kabul edilebilir olduğu; buna karşılık alıcının kimliğinin değişmesi halinde satıcı paydaşın indirimli satış yapmayacağı durumlarda ise yasal önalım hakkının kullanılmaması gerektiği şeklindedir. Bu durum ile ilgili olarak da, alıcının kimliğinin değişmesi halinde satıcının satış iradesinin devam edip indirimli satış yapma iradesinin ortadan kalkması söz konusu ise, önalım hakkı sahibine, önalım hakkını kullandığı tarihteki payın satış değeri üzerinden yasal önalım hakkını kullanma imkanı sağlanmalıdır.²⁸³

F . Trampa Sözleşmelerinde

Trampa sözleşmesinde, satıştan farklı olarak mal, para karşılığında değil, başka bir mal karşılığında karşı tarafa devredilmektedir.

²⁸² Feyzioğlu, a.g.e., s.244; Karahasan, a.g.e., s.144-145.

²⁸³ Şıpka, a.g.e., s. 88-89.

Burada karşılıklı olarak iki malın değişimi söz konusu olduğundan, sözleşmenin taraflarının her ikisi de hem alıcı hem de satıcı durumundadırlar.²⁸⁴

Uygulama ve öğretide hakim görüş, trampa sözleşmelerinde de önalım hakkının kullanılmasının mümkün olmadığı yönündedir.

Mülkiyetin devrine yönelik bir hukukî işlemin önalım olayı olarak kabul edilebilmesi için, hukukî işlemde mülkiyeti devreden için devralanın şahsı ve özelliklerinden daha çok, bizzat önalım hakkı sahibi tarafından da yerine getirilmesi mümkün olan para ya da para yerine geçen bir değer elde edilmesi düşüncesinin hakim olması gerekir. Bu nedenle, malın bir başka mal ile takas edildiği, normal bir trampa sözleşmesi önalım olayını gerçekleştirmeyecek ve önalım hakkı sahibinin önalım hakkını kullanma imkanını bulması mümkün olmayacak ise de, bazı özel durumlarda trampa sözleşmesinde de önalım hakkının kullanılmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir. Örneğin; trampa sözleşmesinde, satıcının payı devretmesi karşılığında, alıcının para ile değiştirilebilecek bir misli eşya vermesi kararlaştırılmış ise önalım hakkı kullanılabilir.²⁸⁵

Bunun dışında trampa sözleşmelerinde takas edilen malların değerleri arasında yaklaşık bir eşitlik dengesinin bulunması gerekir. Her zaman bu dengenin sağlanması mümkün olmayabilir. Bu durumda, dengeyi sağlamak amacı ile taraflardan birinin diğerine mal ile birlikte “denklik parası” olarak adlandırılan bir miktar para ödemesi kararlaştırılmaktadır. Bu durumda bir karma sözleşme ortaya çıkmaktadır.²⁸⁶ Yapılan bu sözleşmenin ana unsuru yine de “mal değişimi ” olduğu için sözleşmeye trampa hükümleri uygulanacak ve önalım hakkı kullanılmayacaktır. Ancak denklik

284 Yavuz, a.g.e., s. 219.

285 Feyzioğlu, a.g.e., s.247; Şıpka, a.g.e., s. 91, Ciğerim, a.g.e., s. 112, Atabek, a.g.e., s. 730.

286 Feyzioğlu, a.g.e., s.245; Şıpka, a.g.e., s. 91, Tandoğan, a.g.e., s. 336.

parası olarak kararlaştırılan bu bedel, sözleşmenin konusunu belirleyecek derecede önemli ise artık trampadan söz edilemeyecektir. Tediye makamına yapılan temlik ile birleşmiş satıştan ²⁸⁷ söz edildiği böyle durumlarda yasal önalım hakkının kullanılması mümkün olacaktır.²⁸⁸

G . Payın Kamulaştırılması Halinde

Anayasanın 46. maddesinde “Devlet ve kamu tüzel kişilerinin, kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılığı peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz bir malın tamamına veya bir kısmın kanunda gösterilen esas ve usullere göre el atılmasıdır” şeklinde kamulaştırma ile ilgili düzenleme bulunmaktadır.

Kamulaştırmada taşınmaz malikinin rızası ve muvafakati aranmaksızın, idarenin tek taraflı iradesi ile mülkiyet idareye geçmektedir. Her ne kadar peşin olarak ödenen bir bedel söz konusu ise de, kamulaştırmayı bir satış olarak kabul etmek mümkün değildir. Paylı mülkiyete konu olan bir payın kamulaştırılması halinde önalım hakkının kullanılamayacağı kabul edilmektedir.²⁸⁹

Önalım davası devam ederken payın kamulaştırılması durumunda, davayı açan önalım hakkı sahibinin önalım hakkı, kamulaştırma bedeline dönüşür.²⁹⁰ Bu konuda Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, “Dava açıldıktan sonra taşınmaz malın tümü kamulaştırıldığına göre, bu durumda davacının hakkının bedele dönüştüğü düşünülmeden yazılı şekilde iptale karar verilmesi, usul ve yasaya aykırıdır” şeklinde karar vermiştir.²⁹¹

287 Feyzioğlu, a.g.e., s.246; Yavuz, a.g.e., s. 220.

288 Feyzioğlu, a.g.e., s.246 Şıpka, a.g.e., s. 91.

289 Feyzioğlu, a.g.e., s.272; Özenli, a.g.e., s. 91; Yıldız, a.g.e., s. 50.

290 Yıldız, a.g.e., s. 50.

291 Yarg. 6..HD.15.11.1976 T., E.1976/7207, K.1976/7127, sayılı kararı, (Tunaboğlu, a.g.e., s. 439).

Ğ . Kat Mülkiyeti, Kat İrtifakı ve Devremülk Satışlarında

Kat mülkiyeti, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu ile düzenlenmiştir. Bu düzenleme ülkemizde nüfus artışına paralel ortaya çıkan konut sıkıntısının çaresi olarak öngörülmüştür. Kat Mülkiyeti Kanunu ile eşya hukukunun genel prensiplerinden ayrılarak farklı bir düzenlemeye gidilmiştir. Burada, bir binanın mütemmim cüz'ü, kat, daire ve sair bölümleri, müstakil mülkiyet konusu sayılmaktadır.²⁹² Kanun koyucu Kat Mülkiyeti Kanunu Md.8/1'de "kat mülkiyeti kurulmuş bir taşınmazın bağımsız bölümünde birinin.... satılması halinde diğer kat maliklerinin ... öncelikle satın alma hakkı yoktur" şeklinde düzenleme getirerek ayrı ve bağımsız bir taşınmaz mal gibi kabul ettiği kat mülkiyetinde, önalım hakkının söz konusu olmadığını hüküm altına almıştır. Böylelikle kanun koyucu kişilerin kolay konut edinebilmelerini temin amacı ile getirdiği düzenlemeye ters düşen önalım hakkını kat mülkiyetinde kabul etmeyerek bir " yasal yasak" getirmiştir.

Kat mülkiyeti kanununda öngörülen bu kısıtlama, önceleri sadece kat mülkiyeti açısından kabul edilmekte idi. Bu nedenle, kat irtifakına bağlanmış arsa payının satılması halinde, diğer irtifak hakkı sahiplerinin önalım hakkı bulunup bulunmadığı konusunda doktrinde farklı görüşlerin ortaya çıkması üzerine, kanun koyucu Kat Mülkiyeti Kanu'nun md.8.f.1'de yaptığı değişiklikle "Kat irtifakı bağlanmış arsa satılması halinde diğer kat irtifakı hakkı sahiplerinin önalım hakkı bulunmadığı" şeklindeki düzenleme ile yasak genişletilerek bu konudaki tartışmalara da son vermiştir. Bu nedenle artık kat mülkiyeti satışında olduğu gibi kat irtifakı bağlanmış arsa payının satışında da önalım hakkından söz edilemeyecektir.²⁹³

²⁹² Oğuzman/Seliçi, a.g.e., s. 448-449.

²⁹³ Oğuzman/Seliçi, a.g.e., s.487, Şıpka, a.g.e., s. 105; Karahasan, a.g.e., s. 156; Tekinay, a.g.e., s. 43; Özenli, a.g.e., s. 103.

Kat Mülkiyeti Kanunu'nda öngörülen yasak, kat mülkiyetine konu bağımsız bölümün satışı ile ilgili olup, kat mülkiyetine konu bağımsız bölüm üzerinde birden fazla kimsenin paylı mülkiyeti söz konusu ise paydaşlardan birinin payını üçüncü kişilere satması halinde diğer paydaşlar için önalım hakkı söz konusu olacaktır.²⁹⁴ Bu konuda KMK md.8/II'deki "Bir bağımsız bölümün paydaşlarından birinin kendi payını başkasına satması halinde öteki paydaşlar, öncelikle satın alma hakkını kullanabilirler" hükmü ile düzenleme getirilmiştir. Aslında kat mülkiyetine tabi bir bağımsız bölüme veya kat irtifakı bağlanmış arsa payına birden fazla kimsenin paylı mülkiyet sahibi olduğu bu durumda önalım hakkını kullanabileceğinin kabul edilmesi payı mülkiyet ilişkisinin doğal bir sonucudur.

Kat mülkiyeti ve kat irtifakında olduğunun aksine, aynı kanunda düzenlenen "devre mülk hakkı" ile ilgili önalım hakkının kullanılması konusunda Kat Mülkiyeti Kanun'unda açık bir düzenleme bulunmamaktadır .Bu nedenle bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür.²⁹⁵

Bu konuda ileri sürülen görüşlerden bir görüş; devre mülk hakkının üçüncü kişiye satılması halinde önalım hakkının kullanılmasının mümkün olmadığı konusunda açıkça bir düzenleme bulunmadığı yönündedir. Böylece, devre mülk hakkının üçüncü kişiye satıldığı durumda, diğer devre mülk hakkı sahiplerinin önalım hakkı kabul edilmelidir.²⁹⁶ Ayrıca bu görüşe göre, devre mülk hakkında önalım hakkının tanınması, önalım hakkının amacı açısından da geçerlidir. Çünkü devre mülk hakkı sahipleri arasında paylı mülkiyet ilişkisine göre çok daha sıkı bir ilişki söz konusudur. Özellikle ard arda gelen devremülk hakkı sahipleri, taşınmazın mobilyalarını ve diğer eşyalarını birlikte kullanacaklardır. Bu nedenle bir yabancının aralarına girmesini

294 Oğuzman/Seliçi, a.g.e., s.522; Karahasan, a.g.e., s. 156; Tekinay, a.g.e., s.43; Acar, a.g.e., s. 245;

295 Farklı görüşler için bkz. Şıpka, a.g.e., s.106-108.

296 Ethem Saba Özmen, **Devre Mülk Hakkı**, Ankara 1998, 198; Şeref Ertaş: **Devre Mülk Hakkı**, MBD., Y.5, S.17 Nisan 1986; Şıpka, 106. dpn. 289, 290.

istemeyebilirler.²⁹⁷ Burada da devre mülk hakkında önalım hakkının varlığının kabul edildiği durumda, devremülk hakkının satışı durumunda, yasal önalım hakkının varlığını kabul ettiğimizde, bir devrenin üçüncü kişiye satışından sonra birden fazla devremülk hakkı sahibinin yasal önalım hakkını kullanmaları durumunda , pay oranlarının ve buna bağlı devre sürelerinin ne şekilde değişeceği bir sorun olarak ortaya çıkmakta ve bu konuda değişik görüşler ileri sürülmektedir.²⁹⁸

Şıpka, devre mülk hakkının üçüncü kişiye satışı halinde önalım hakkının kullanılmasını kabul etmemektedir. Yazara göre nasıl ki Yargıtay, müşterek malikler tarafından taşınmazın fiili olarak paydaşlar arasında taksim edilen payın üçüncü şahıslara satılması halinde yasal önalım hakkının kullanılamayacağı kabul ediliyorsa, aynı şekilde devremülk hakkında da hukuken zaman bakımından yapılmış bir taksim söz konusu olduğundan, devre mülk hakkının satışında da önalım hakkının kullanılmaması gerektiğini, ayrıca devre mülk hakkının temelinde kat irtifakı bulunduğuna göre, kat irtifakı için KMK md. 8 gereği nasıl önalım hakkı kullanılamıyorsa, bu halde de bir irtifak tesis edildiğinden önalım hakkının kullanılmaması gerektiğini ileri sürmektedir.²⁹⁹

H . Miras Hukukuna İlişkin Amaçların Ağır Bastığı Akrabalar Arası Satışlarda

Akrabalar arası yapılan satışlarda miras hukukuna ilişkin amaçların ağır bastığı kabul edilerek Yargıtay 27.03.1957 tarih ve 12/2 sayılı İçtihadı

297 Şıpka, a.g.e., s. 106.

298 Bkz Şıpka, a.g.e., s.107.

299 Şıpka, a.g.e., s. 08; Ciğerim, “Devre mülk hakkının satışında önalım hakkının söz konusu olmayacağını, çünkü devre mülk hakkı sahipleri devre mülke konu olan yapıdan uzakta, birbirlerinden farklı ülke ve şehirlerde yaşamaktadır. Bu halde, devre mülk hakkı sahipleri arasındaki paylaşım, fiili taksimden çok daha kesin ve belirgindir. Ayrıca devre mülk hakkı sahipleri birbirlerini tanımadıkları bu tür bir ilişkide, önalım hakkının yabancı üçüncü kişilerin ortaklığa girmesinin önlenmesi amacı, devre mülk hakkında bir öneme sahip değildir” diyerek Şıpka,,’nın görüşünü desteklemektedir. Ciğerim, a.g.e., s. 119.

Birleştirme Kararı ile önalım hakkının kullanılmasının mümkün olmadığını kabul etmiştir. Önceleri Yargıtay uygulamaları, bir paydaşın payının kendisine mirasçı olan bir kimseye satması halinde diğer paydaşların önalım hakkını kullanabilecekleri yönünde idi. Ancak daha sonraları aksi yönde kararlar verilmeye başlaması üzerine³⁰⁰ Yargıtay'ın İçtihadı Birleştirme Kararı'yla, "müşterek mülkün hisse sahibi, hissesini karı ve kocaya, evlada veya akrabaya temlik etmesi halinde, şeklen satış akdî bulunsan bile , hakikatte satıştan gayri miras hukukuna müteferri maksatların veya hibe gibi mülahazaların hakim olduğu ahvalde Medenî Kanun'un hakiki satışlarda kabul eylediği şuf'a hakkının cereyan etmeyeceğine karar verilmiştir.³⁰¹

İçtihadı birleştirme kararıyla varılan sonuçta; ancak gerçek satışlarda yasal önalım hakkının kullanılabileceği, yapılan işlem şeklen satış görülse dahi, tarafların gerçek amaçlarının inceleneceği, yapılan inceleme neticesinde devreden paydaşın amacının bağış ve miras hissesinin önceden temlik olduğunun anlaşılması halinde, yasal önalım hakkının kullanılamayacağı benimsenmektedir.³⁰²

Şayet yakın akrabalar arasında yapılan bir satışta, işlemin gerçek amacının satış olduğu ve tesbit edilen bedelin objektif bir bedel olduğu anlaşılırsa bu durumdaki şeklen ve bütün unsurlarıyla tam bir satış sözleşmesinin yapıldığını öğrenen önalım hakkı sahibinin önalım hakkının kullanması halinde, aslında yapılan satışın şekli bir satış olduğu ve tarafların asıl amaçlarının miras hissesinin önceden temlik ve bağışlanmasından ibaret olduğu yönündeki gerekçelerle davanın reddedilmemesi gerektiği ileri sürülmüştür.³⁰³ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, karı, koca ve evlat dışındaki akrabaya yapılan temliklerden de bahsedilmektedir. Akrabalık

300 Bkz. Ertürk, a.g.e., s. 218-219.

301 Karar için bkz. Tunaboylu, a.g.e., s. 776-778.

302 Şıpka, a.g.e., s.98.

303 Arık, a.g.e., s. 219, 221; Şıpka, a.g.e., s. 99.

kavramının geniş tutulması halinde önalım hakkının kapsamı daralacağından, Y.İ.B.K' nın temel amacı esas alınarak ancak mirasçı durumunda bulunan akrabalar arasında yapılan satışlarda önalım hakkının kullanılmasının mümkün olmadığı kabul edilmelidir.³⁰⁴

Paylı mülkiyete konu payın satışında alıcı ile satıcı arasında, karı, koca, evlat ya da akrabalık ilişkisinin varlığı, satışın gerçek anlamda satış olmadığı için tek başına yeterli midir ? Yoksa, bunun dışında, miras hukukuna ilişkin amaçların satışta hakim olduğunun” isbat edilmesi de aranacak mıdır ? Öğretide kabul edilen bir görüşe göre, burada sadece akrabalık ilişkisinin varlığı ile yetinilmesi gerektiği, ayrıca miras hukukuna ilişkin amaçların isbatına gerek olmadığı yönündedir.³⁰⁵

Öğretide hakim olan görüşe göre, sadece akrabalık, karı-koca veya usul-füruğ ilişkisinin varlığı tek başına satış şeklindeki temlike miras hukukuna ilişkin amaçların hakim olduğunu göstermez. Bu nedenle, bu fiili karine ile yetinmek sureti ile isbat külfeti davalıdan alınarak, davacı önalım hakkı sahibine yüklenilmemelidir. Ortada bütün unsurları ile geçerli olan şeklen bir satış sözleşmesi var olduğuna göre, önalım hakkı sahibinin bu hakkını kullanması ne kadar normal ise, ortada gerçekten bir satış sözleşmesi bulunmadığını, miras hukukuna ilişkin amaçların satışta geçerli olduğunu iddia eden davalının bu iddiasını isbatla yükümlü kılınması, isbat hukuku prensiplerinin bir sonucu olduğu yönündedir.³⁰⁶

304 Arık, Mirasçıya Satışta Şuf'a,s. 214; Feyzioğlu, a.g.e., s. 270; Erdoğan, a.g.e., s. 663.

305 Arık, a.g.e., s. 214-215.

306 Şıpka, a.g.e., s.99-100; Feyzioğlu, a.g.e., s.271; Erdoğan, a.g.e., s. 662, 663; Yarg. 6.HD.04.01.2005 T., E.2005/1008, K.2005/62. “...Davalının gösterdiği davalının babası olan tanık Hasan Aydın beyanında davaya konu payı davalı oğluna satış yaptığını, satış bedelini aldığını bildirmiştir. Davalı başkaca delil sunmamış ayrıca duruşmadaki açıklamasında işlemin satış olduğunu beyan etmiştir. Bu durumda davalı ile satıcı babası Hasan Aydın arasında yapılan satış işleminin miras hukukuna yönelik olarak bağış amaçlı olduğu kanıtlanamamıştır. Bu nedenle önalım isteminin kabulü ile davacıya önalım bedeli ve masrafların depo edilmesi için mehil verilip sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Bu yön gözetilmeden yazılı gerekçe ile hüküm tesisi doğru görülmemiştir.....” (yayımlanmamış).

II . EDİNİLMİŞ MALLARA KATILIM REJİMİNDE EŞLERİN PAYLI MÜLKİYETİNE TABİ PAYIN SATIMINDA

4721 sayılı Türk Medenî Kanun düzenlemesi ile eşler arasındaki paylı mülkiyet konusu mallardaki payların satışına kısıtlama getirmiştir. TMK md. 223 f II 'ye göre “ Aksine anlaşma olmadığı durumlarda paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz..” Bu madde ile eşlerin birlikte karar vererek aldıkları malda, eşlerden birinin kendi payını diğer eşin rızası olmadan yabancı bir kişiye devrederek, ailenin huzuruna zarar vermesini ve diğer eşin tanımadığı bir üçüncü kişi ile paydaş olmak zorunda kalmasını önlemenin amaçlandığı belirtilmektedir. Aynı amacın Medenî Kanun'da bulunan yasal önalım hakkı ile de gerçekleşeceği düşünülmekte ise de ; yasal önalım hakkının sadece taşınmaz satışlarında söz konusu olması ve taşınır mallar bakımından kullanılmasının mümkün olmaması ve taşınmaz pay satışlarında önalım hakkının kullanılması diğer eş açısından hem masraflı hem de zaman kaybına sebep olması nedeni ile önalım hakkının kullanılmasının tercih edilmeyeceği kabul edilmektedir.³⁰⁷

III . ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASININ SONUÇLARI

A . Önalım Hakkının Kullanılması İle Yeni Bir Satış İlişkisinin Doğması

Önalım hakkının hukukî niteliği ile ilgili açıklamalarımızda da belirttiğimiz gibi, önalım hakkı yenilik doğurucu bir hak olarak kabul edildiğinden, tek taraflı ve karşı tarafa ulaşması gereken bir irade beyanı ile kullanılması sonucunda, yeni bir hukukî ilişki doğuracağından, önalım hakkının kullanılmasının, satıcı ile alıcı üçüncü kişi arasında yapılmış bulunan ve önalım hakkının kullanımına imkan veren satış sözleşmesine ve alıcı üçüncü kişi adına yapılmış bulunan tescile ne şekilde tesir edeceği ve

³⁰⁷ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 62.

alıcı üçüncü kişinin önalım hakkının kullanılması ile doğacak hukukî ilişkiye nasıl dahil edileceği konusu uzun yıllar üzerinde tartışılan ve farklı görüşlerin ortaya çıktığı bir konu olmuştur³⁰⁸.

Önalım hakkının kullanılmasının hukukî sonuçları ile ilgili olarak ileri sürülen kuramlar, daha çok kişisel hakların tapu kütüğüne şerh verilmesi ile ilgili olarak şerh verilmiş sözleşmeden doğan önalım hakkı ile ilişkilidirler. Ancak şerh verilmiş önalım hakkının kullanılmasıyla, yasal önalım hakkının kullanılmasının birbirine çok yakın ve benzeri sonuçlar doğurduğu öğreti ve uygulamada kabul edildiğinden³⁰⁹ ileri sürülen bu kuramların yasal önalım hakkı için de geçerli olduğu sonucuna varılmaktadır.³¹⁰

Önalım hakkının kullanılması ile oluşan hukukî durum ve sonuçları açıklamaya çalışan görüşleri tarihi gelişimine uygun olarak şu şekilde sıralayabiliriz.

1 . Halefiyet Görüşü

Halefiyet görüşünde, önalım hakkının kullanılması ile önalım hakkı sahibi ve alıcı üçüncü kişi arasında yeni bir hukukî ilişki doğmaz.³¹¹ Ortada tek bir sözleşme söz konusu olup o da satıcı ile alıcı üçüncü kişi arasında yapılan ve önalım olayını oluşturan satış sözleşmesidir. Önalım hakkı sahibi önalım hakkını kullanması ile, alıcı üçüncü şahsa halef olur, sözleşmede onun yerine geçer. Bu şekilde sözleşme sanki satıcı paydaş ile üçüncü kişi

308 Şıpka, a.g.e., s. 174.

309 Oğuzman/Seliçi, a.g.e., s.427; Tekinay, a.g.e., s. 51; Arık, a.g.e., s. 824; Şıpka, a.g.e., s. 6; Kılıç, a.g.e., s. 207.

310 Şıpka, a.g.e., s. 174.

311 Ebul'ula Mardin: Şuf'ada İstihlaf Nazariyesi, **İbd.,1948, S. 10**, 585-586.

arasında değil, önalım hakkı sahibi ile satıcı paydaş arasında yapılmış olur.³¹²

Bu görüşe göre önalım hakkının kullanılması ile doğacak sonuçlar şunlardır.

Önalım hakkı sahibinin, alıcı üçüncü kişi ile ayrıca bir satış sözleşmesi yapmasına gerek yoktur. Çünkü önalım hakkının kullanılmasıyla, satış sözleşmesinin tarafı olan üçüncü kişinin yerine geçecektir. Burada satıcı paydaşın alıcı üçüncü kişi ile yaptığı resmî satış sözleşmesi, sanki satıcı paydaş ile önalım hakkı sahibi arasında yapılmıştır.³¹³

Sözleşmeden doğan hasar ve yararların geçiş anı bakımından da önalım hakkının kullanılması ile alıcıya geçmiş olan mülkiyet ve diğer bütün hak ve borçlar ile birlikte hasar ve yararlar da önalım hakkının kullanılmasına ilişkin dava sırasında verilen depo kararının yerine getirildiği andan itibaren önalım hakkı sahibine geçer³¹⁴.

Önalım hakkının kullanılmasına ilişkin açılan dava sonucu verilen kararın kesinleştiği andan itibaren, önalım hakkı sahibi mülkiyeti iktisap edeceğinden, alıcı üçüncü kişi adına yapılan tescil, yolsuz tescil olacaktır.

312 Mardin, 585; Feyzioğlu, Şufa.334; Şıpka, 176.

313 Mardin, a.g.e., s.585, 586; Feyzioğlu, a.g.e., s. 333.

314 Karahasan, a.g.e., s. 193; Tekinay, a.g.e., s. 32 ve 56 “ Aksi Takdîrde Şuf’a Hakkının Kullanan Kimse, Henüz Şuf’a Bedelinin Ödenmesi İçin Depo Kararı Verilmeden Önceki Devrede Kira Bedellerinin Kendisine Ait Olduğunu İddia Edebilecektir Ki; Bunun Hakkaniyete Uygunluğundan Bahsedilemez.

Önalım hakkı sahibinin mülkiyeti iktisabı yeni bir sözleşme olmayıp, önceki sözleşmede alıcı üçüncü kişinin yerine geçmesi nedeni ile olduğu için , ikinci defa “ferağ harcı” ödenmesine gerek yoktur.³¹⁵

Önalım hakkının kullanılması sonucu verilen mahkeme kararının kesinleşmesi ile önalım hakkı sahibi payın mülkiyetini iktisap edeceğinden, daha sonra önalım konusunu oluşturan payın alıcı üçüncü kişiden iyi niyetle alan kişilere karşı da ileri sürülebilecektir.³¹⁶

Halefiyet görüşü hukukumuzda uzun yıllar hakim görüş olarak etkisini sürdürmüş ve önalım hakkının kullanılmasının sonuçları halefiyet görüşü ile açıklanmaya çalışılmıştır.³¹⁷ Ancak bu görüş, özellikle “yenilik doğuran hak” kavramı ile halefiyet görüşünün bir birine zıt fikirler olduğu, tapu kaydının tashihi kavramı ile bu kuramın bağdaşmasının mümkün olmadığı belirtilerek³¹⁸ eleştirilmiş, ayrıca bir halefiyetin söz konusu olabilmesi için kanunda açık bir düzenlemenin bulunmadığı, önalım hakkında Borlar Hukuku anlamında bir halefiyet gerektirecek “iç” ya da “maddi” bir nedenin bulunmadığı ve böylece bu görüşün Borçlar Kanunun’daki halefiyete temel olan ana düşünceye de aykırı olacağı vurgulanmıştır.³¹⁹ Ayrıca mülkiyet hakkının da halefiyet yoluyla önalım hakkı sahibine geçtiğine yönelik bu görüş uyarınca, hukukumuzda taşınmaz mülkiyet hakkının tapu sicili dışında iktisabının ancak yasada sayılan hallerde mümkün olduğu; oysa, Medenî Kanunda halefiyet yoluyla mülkiyet hakkının önalım hakkı sahibine geçeceğine dair bir düzenlemenin bulunmadığı ileri sürülerek bu görüş ile ilgili farklı eleştiriler ortaya atılmıştır.³²⁰

315 Mardin, a.g.e., s. 585-590; Feyzioğlu, a.g.e., s.333-334.

316 Mardin, a.g.e., s. 585-590; Feyzioğlu, a.g.e., s.333; Şıpka, a.g.e., s. 177.

317 Mardin, a.g.e., s. 585; Feyzioğlu, a.g.e., s..332; Ayrıca Bkz. 06.07.1955 T, Ve 13/19 S.İbk.

318 Feyzioğlu, a.g.e., s..337-338.

319 Sungurbey a.g.m, s., 51-52.

320 Sungurbey a.g.m., s., 52-53.

Halefiyet görüşüne getirilen eleştiriler ve aksayan yönleri nedeniyle, bu görüş hukukumuzda giderek önemini yitirip yerini daha sonra ortaya çıkan modern görüşlere bırakmıştır.³²¹

2 . Önalım Hakkının Kullanılmaması Şartı İle Mülkiyetin Üçüncü Kişiye Gececeği Görüşü

Özellikle İsviçreli hukukçular tarafından kabul edilen bu görüşe göre³²², önalım hakkının doğurduğu sonuç: alıcı üçüncü kişi ancak önalım hakkı, sahibinin satıcı paydaşa karşı süresi içerisinde önalım hakkının kullanmaması durumunda paylı mülkiyet konusu taşınmaz payının mülkiyetini kazanabilecektir.³²³ Bu görüş sahiplerinin bir kısmına göre önalım hakkı sahibinin süresi içinde önalım hakkını kullanıp kullanmamasına ilişkin şartı geciktirici şart, bir kısmına göre ise bozucu şart olarak kabul edilmektedirler.³²⁴ Önalım hakkı sahibinin süresi içinde önalım hakkını kullanması ile geciktirici şartın gerçekleşmemesi ya da bozucu şartın gerçekleşmesi halinde, satıcı paydaş tarafından yapılan satış sonucu, üçüncü kişiye tapuda yapılan mülkiyetin geçirilmesine dair işlem etkisiz kalacağından, tapuda yapılan tescil yolsuz tescil haline gelecek; satıcı ise malik olarak kalacaktır³²⁵. Bu görüşe göre adına tapuda tescil işlemi yapılmış olsa dahi alıcı üçüncü şahıs önalım hakkının kullanılması ile doğacak hukukî ilişkiye taraf değildir. Bu nedenle, önalım hakkı ile ancak satıcı paydaş ile önalım hakkı sahibi arasında bir satış ilişkisi doğar.³²⁶ Bunun sonucu olarak önalım hakkı sahibinin satıcı paydaşa karşı, aralarındaki satış ilişkisine dayanarak

321 Şıpka, a.g.e., s.177.

322 Bu görüşler için bkz. Şıpka, a.g.e., s. 178-179; Feyzioğlu, a.g.e., s..329 vd.

323 Şıpka, a.g.e., s.178; Feyzioğlu, a.g.e., s.329; Arık a.g.m., 815.

324 Bkz Şıpka, a.g.e., s. 178.

325 Şıpka, a.g.e., s.178; Feyzioğlu: a.g.e., s.329; Arık, a.g.m, 815-816.

326 Şıpka, a.g.e., s. 178; Feyzioğlu, a.g.e., s..329-330.

payın mülkiyetinin kendisine geçirilmesi davası, alıcı üçüncü kişiye karşı da tapu kaydının düzeltilmesi davası açması gerekecektir.³²⁷

Bu görüş önalım hakkının kullanılmasının sonuçları bakımından isabetli bulunmayarak çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır. Örneğin taşınmaz mülkiyetinin şarta bağlı olarak geçirilmesi Türk Hukuku bakımından kabul edilmemektedir.³²⁸ Ayrıca, önalım hakkının kullanılmasıyla, önalım konusu payın mülkiyeti satıcı paydaşta olacağından ve alıcı üçüncü kişi adına yapılan tapudaki tescil işlemi yolsuz tescile dönüşeceğiinden, alıcı üçüncü kişi satıcı sayılmayacak ve önalım bedeli üçüncü kişiye değil, satıcıya ödenecektir.³²⁹ Bunun sonucu olarak da önalım hakkı sahibinin alıcı üçüncü kişiye karşı satış ya da önalım bedeli vermeden açacağı tescilin düzeltilmesi davası ile taşınmazı elinden alabilmesi, özellikle alıcının satış bedelini ödemiş olduğu durumlarda, uygun bir çözüm olmadığı belirtilerek eleştirilmiştir.³³⁰

3 . Aynı Etki Görüşü

Türk Hukuku'nda Sungurbey'in öncülüğünü yaptığı “nesnel” görüşe göre; kişisel hakların tapuya şerh verilmesi ile birlikte hak, kişisel hak olarak kalmakla birlikte, şerhin etkisi ile kişisel haktan doğan talepler, taşınmaz üzerinde sonradan hak kazanan kişilere karşı da ileri sürülebilmektedir.³³¹

Ancak burada, şerhle birlikte sonradan taşınmaz üzerinde malik olan kişiler borçlu durumuna düşmeyip, sadece, borcun ödenmemesi nedeni ile taşınmazın talep hakkı sahibine geri verilmesi ve onun adına tescil

327 Şıpka, a.g.e., s. 178; Feyzioğlu, a.g.e., s.330; Arık a.g.m, 816.

328 Arık, a.g.e., s.816,

329 Şıpka, a.g.e., s. 179; Arık a.g.m, 817.

330 Sungurbey, a.g.e., s. 105.

331 Sungurbey, a.g.e., s. 102; Şıpka, a.g.e., s. 179.

edilmesi borcu altına girmektedirler.³³² Bu nedenle borcun ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesinden üçüncü kişi sorumlu olmayıp, asıl borçlu olan satıcı sorumludur. Üçüncü kişi sadece taşınmazın mülkiyetini nakil yükümlülüğüne katlanmak zorundadır. Nesnel borç görüşünde de “eşyaya bağlı borç” görüşünde olduğu gibi alıcı üçüncü kişinin borç altına girdiği kabul edilmemektedir.

Yasal önalım hakkı açısından; nasıl ki sözleşmeden doğan önalım hakkı şerh sayesinde nesnel bir etkiye kavuşmakta ise, paylı mülkiyette kanundan doğan önalım hakkı da şerhe gerek olmaksızın kanun gereği şerhin etkisine benzer nesnel (aynî) bir etki kazanmaktadır.³³³ Bu nedenle yasal önalım hakkı da, mülkiyeti iktisap eden alıcı üçüncü kişiye karşı kullanılabilir ve ondan mülkiyet hakkının geri verilmesi talebinde bulunabilecektir. Ancak asıl borçlu satıcı paydaş olduğundan, yasal önalım hakkının kullanılması ile kurulacak yeni satış sözleşmesi, önalım hakkı sahibi ile satıcı paydaş arasında kurulacak ve bunlar arasında hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.³³⁴

Bu görüşe yöneltilen eleştirilerin başında, önalım hakkının kullanılmasıyla satış ilişkisinin önalım hakkı sahibi ile satıcı paydaş arasında doğacağı, alıcı üçüncü kişinin bu ilişkinin dışında kalacağı hususu gelmektedir. Öğretide bu görüş, önalım hakkının kullanılmasıyla satıcı ve önalım hakkı sahibi arasında bir ilişki doğacağının kabulünden sonra, bu ilişkinin adına tescil yapılmış alıcı üçüncü şahısa nasıl tesir edeceği, önalım hakkı sahibinin satış beldelini kime ödeyeceğinin lüzumsuz yere tartışıldığı ve

332 Sungurbey, a.g.e., s.105-106.

333 Sungurbey, a.g.e., s. 105; Şıpka, a.g.e., s.180.

334 Sungurbey, a.g.e., s.105; Şıpka, a.g.e., s. 180.

alıcı üçüncü kişinin malı devretme yükümlülüğünün hukukî sebebinin açıklamakta zorlandığı belirtilerek eleştirilmektedir.³³⁵

4 . Eşyaya Bağlı Borç Görüşü

Yukarıda izah etmeye çalıştığımız görüşlerle ilgili eleştiriler üzerine ortaya çıkan “eşyaya bağlı borç” görüşünün temelinde, Roma Hukuku’nda bulunan “eşyaya bağlı borç” kavramı bulunmaktadır. Eşyaya bağlı borç kavramı ile, “bir kimseyi bir malın maliki olduğu için mükellefiyet altına sokan borçlar,” kastedilmektedir.³³⁶ Borç ilişkisinin eşyaya bağlı olarak malike geçmesi nedeni ile Borçlar Hukuku’nun temel prensibi olan, “bir akd’in ancak taraflarını borç altına sokacağı, (res inter alios acta) “ prensibine bir istisna teşkil etmekte ve “bir kimse borçlanma konusunda irade beyanında bulunmadığı halde, sırf bir malın maliki olduğu için bir borç altına girmektedir³³⁷.” Eşyaya bağlı borç ilişkilerinden doğan haklar da, borcun mal üzerindeki mülkiyet hakkına bağlı olmasının sonucu olarak sadece eşyaya bağlı borç ilişkisinin edilgen öznesine karşı değil, borcun bağlı olduğu o malın her yeni malikine karşı ileri sürülebilmektedir.³³⁸ Burada da alacak hakkı şahsî hak olarak varlığını devam ettirmektedir. Yani eşyaya bağlı borçlarda alacak hakkı yine de alacaklı ile borçlu arasında bir bağıdır. Üçüncü şahısları ilgilendirmez. Eşyaya bağlı borçlarda malın sonraki maliki sırf o mala malik olduğu için borç altına girmekte ise de bu borç önceki malikin borcunun yeni malik üzerinden devamı değildir. Burada bir halefiyet veya yasal borç naklinden söz edilmesi mümkün değildir. Her malik kendi mülkiyeti döneminde doğan borçtan şahsen kendisi sorumlu olur.³³⁹

335 Oğuzman/Seliçi, a.g.e., s.414; Şıpka, a.g.e., s. 183.

336 Oğuzman, Eşyaya Bağlı Hak ve Borçlar, s. 214; Oğuzman/Seliçi, a.g.e., s. 17; Serozan, a.g.e., s.470-471.

337 Oğuzman, a.g.e., s., 214; Oğuzman/Seliçi, a.g.e., s. 17; Serozan a.g.m., 470.

338 Serozan., a.g.m., 470.

339 Oğuzman/Seliçi, a.g.e., s. 18; Serozan a.g.m., 476.

Eşyaya bağlı borç görüşünde, şerh verilmiş sözleşmeden doğan önalım hakkında şerhin etkisiyle, yasal önalımda da kanun icabı bir eşyaya bağlı borç ilişkisi doğmaktadır.³⁴⁰ Paylı mülkiyetten doğan yasal önalımda nasıl ki önalım hakkı paya bağlı olarak “eşyaya bağlı hak” özelliği taşıyorsa, önalım yükümlülüğü de pay üzerindeki mülkiyet hakkına bağlı olarak doğmaktadır. Böylece paya kim malik olmuş ise, önalım hakkı sahibinin yenilik doğuran hakkına muhatap olmak ve hakkın kullanılması sonucu payı önalım hakkı sahibine devretme yükümlülüğü ona ait olmaktadır.³⁴¹ Paylı mülkiyetten doğan yasal önalım hakkında, önalım yükümlülüğünün paya bağlı olması nedeniyle, payı satış ilişkisi sonucu kazanan her üçüncü kişi, önalım yükümlüsü olarak önalım hakkı sahibine payın mülkiyetini devretme borcunu yüklenmektedir. Burada eski malikin borcunun yeni malike geçmesi veya bu borcun onun üzerinden devam etmesi söz konusu olmayıp borç ilişkisinin yeni malike geçmesi söz konusudur.³⁴²

Eşyaya bağlı borç görüşüne göre, önalım olayının gerçekleşmesi üzerine, önalım hakkı sahibi bu hakkını önalım yükümlüsüne karşı kullanacaktır. Önalım yükümlülüğü, kanundan doğan eşyaya bağlı borç ilişkisinin sonucu olarak paya malik olmaya bağlı olduğundan, önalım olayı sonucu mülkiyet hakkı hemen alıcı üçüncü kişi adına tescil yapılmamışsa, önalım yükümlüsü satıcı, buna karşılık satışı takiben mülkiyet alıcı adına tescil yapılmışsa önalım yükümlüsü alıcı üçüncü kişi olacaktır.³⁴³ Önalım hakkının kullanılması ile birlikte alıcı üçüncü kişi ile önalım hakkı sahibi arasında yeni bir satış ilişkisi kurulur.³⁴⁴ Alıcı üçüncü kişi, önalım hakkının kullanılması ile önalım hakkı sahibi ile aralarında doğan bu satış ilişkisi ile

340 Oğuzman/Seliçi, a.g.e., s. 425; Ayan, a.g.e., s. 271-273; Tekinay, a.g.e., s. 39, 54; Tandoğan, a.g.e., s. 281.

341 Şıpka, a.g.e., s. 183.

342 Şıpka, a.g.e., s. 183; Eerel, Şafak. N. **Eşyaya Bağlı Borç**, Ankara 1982, s. 207 vd.

343 Oğuzman/Seliçi, a.g.e., s. 425; Şıpka, a.g.e., s. 145-146; Tekinay, a.g.e., s. 50; Arık, a.g.e., s. 824; Ertaş, a.g.e., s. 341; Ayan, a.g.e., s. 285.

344 Oğuzman/Seliçi, a.g.e., s. 425; Feyzioğlu a.g.e., s., 342 vd.; Serozan, a.g.m., 475-476; Ayan, a.g.e., s. 291. Tekinay, a.g.e., s. 18-19, 30-33,56.

taşınmazın mülkiyetini önalım hakkı sahibine devretme borcu altına girerken, bir yandan da bu ilişkiden doğan alacak haklarına ilişkin karşı edim ve diğer def'i haklarına sahip olmaktadır.³⁴⁵

Eşyaya bağlı borç görüşü, önalım hakkının kullanılmasıyla önalım hakkı sahibi ile yeni malik alıcı üçüncü kişi arasında yeni bir satış ilişkisinin kurulacağını kabul ederek, hem alıcı üçüncü kişinin hakkın kullanılması ile doğacak olan hukukî ilişkiye dahil edilmemesinin doğuracağı sakıncalar giderilmekte, hem de onun yeni borç ilişkisine nasıl dahil olduğu hukuken kabul edilebilir, rasyonel bir hukuk zeminine oturtulmaktadır. Bunun sonucu olarak da son zamanlarda bu görüş, öğreti ve uygulamada giderek kabul görmekte, yasal önalım hakkının ve şerh verilmiş sözleşmeden doğan önalım haklarının kullanılmasının sonuçları eşyaya bağlı borç görüşü ile açıklanmaktadır³⁴⁶.

Önalım kurumunun en tartışmalı kısmını teşkil eden önalım hakkının kullanılmasının doğuracağı sonuçlar hakkında sürekli yeni yeni görüşler üretilmektedir. Bunlardan Şıpka'ya göre, alıcı üçüncü kişiyi eşyaya bağlı hak görüşüne gerek kalmadan da önalım hakkının kullanılmasıyla kurulacak sözleşmeye dahil etmek mümkün olmaktadır.³⁴⁷

B . Yasal Önalım Hakkının Kullanılması İle Doğan Yeni Satım İlişkisinin Şartları

Yenilik doğurucu hak olarak yasal önalım hakkının kullanılması ile önalım hakkı sahibi ile alıcı üçüncü kişi arasında yeni bir satış ilişkisi kurulmaktadır. Bu satış ilişkisinin şartları, önalım olayını doğuran, satıcı paydaş ile alıcı üçüncü kişi arasında kurulan ilk, satış sözleşmesinin

345 Şıpka, a.g.e., s. 1182-183; Erel, a.g.e., s. 209-210; Serozan a.g.m., 476.

346 Oğuzman/Seliçi, a.g.e., s. 413 ve 425; Serozan, a.g.m., 470 vd.; Ayan, a.g.e., s. 272-273; Tekinay, a.g.e., s.18-19, 30.

347 bkz. Şıpka,, 'ya göre alıcı üçüncü kişinin borç ilişkisine dahil edilmesinin sebebi, eşyaya bağlı borç ilişkisi değil, muhatabın yenilik doğurucu hakkın bağımlı kişisi olmasıdır.Şıpka, a.g.e., s. 184-185.

şartlarıdır. Her iki sözleşmenin şartlarının aynı olmasına rağmen önalım hakkının kullanılması sonucu kurulan satış sözleşmesi ilk satış sözleşmesinden tamamen bağımsız ayrı bir varlığa sahiptir.³⁴⁸ Bu nedenle satıcı paydaş ile alıcı üçüncü kişi arasında kurulan ilk satış sözleşmesi önalım hakkının kullanılması ile ortadan kalkmaz hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam eder. Bu nedenle alıcı üçüncü kişi, satıcı paydaş ile aralarındaki borç ilişkisinden doğan talepleri satıcıya karşı yöneltebilir, şartları varsa tazminat talep edebilir, BK md. 189 daki zapta karşı tekeffül hükümlerinden de yararlanabilir.³⁴⁹

Önalım hakkının kullanılması ile kurulan yeni satış ilişkisinde uygun olduğu ölçüde borçlar hukukunun genel ve satış sözleşmesi ile ilgili hükümleri uygulanacaktır.³⁵⁰

4721 sayılı TMK md.734' e göre yasal önalım hakkının kullanılmasının dava açmak sureti ile mümkün olduğunun düzenlenmiş olması nedeni ile dava açılmadan tek taraflı irade beyanıyla önalım hakkının kullanılması mümkün olmadığından, alıcı üçüncü kişi ve önalım hakkı sahibi arasındaki yeni satış sözleşmesi, önalım hakkının kullanılmasına dair davanın açılması ile kurulacaktır.

Önalım hakkının kullanılmasına dair dava açılması ile birlikte önalım hakkı sahibi ile alıcı üçüncü şahıs arasında kurulacak olan sözleşme, satıcı paydaş ile alıcı üçüncü şahıs arasındaki sözleşmenin şartlarına tabi

348 Tekinay, a.g.e., s.31; Şıpka, a.g.e., s.188.

349 Tekinay, a.g.e., s. 31; Şıpka, a.g.e., s. 188; MK md.1020/II; (Eski MK md. 928/III) gereği “bir kimsenin tapu kütüğündeki kayıtları bilmediği itirazı” dinlenemeyeceğinden, zapta karşı tekeffül hükümleri ancak satıcının zapta karşı güvence verdiği durumlarda pratik bir önem taşır. Sungurbeyli, Şerh, s. 119; aynı yönde Şıpka, a.g.e., s. 188.

350 Feyzioğlu, a.g.e., s.345-349; Şıpka, a.g.e., s. 207.

olduğundan, yeni kurulan bu satış sözleşmesinde satış bedelinin yeniden belirlenmesi de gerekmeyecektir.³⁵¹

Önalım konusu payın satışı ile ilgili karşımıza çıkan temel problem satış bedelinin ne olacağı, özellikle de bedelde muvazaa söz konusu olduğunda, sözleşmede kabul edilecek asıl bedelin ne olacağı sorunudur. Satış bedelinde muvazaa iki şekilde karşımıza çıkmaktadır; ya taraflar satış konusu payın gerçek değerinin daha az olmasına rağmen, önalım hakkının kullanılmasını engellemek amacı ile yaptıkları resmî satış sözleşmesinde, satış bedelini gerçek değer çok üstünde gösterirler. Bu ihtimalde kabul edilen çözüm tarzı önalım hakkı sahibinin muvazaayı isbat etmek sureti ile önalım hakkını, payın gerçek bedeli üzerinden kullanacağı³⁵² ve karşı tarafın sözleşmenin muvazaa ve şekil eksikliği nedeni ile geçersizliği yönündeki savunmasının da TMK md.2/II gereğince dinlenemeyeceği yönündedir. Diğer ihtimal ise, taraflar satış konusu payın değerinin çok daha yüksek olmasına rağmen, daha az vergi ödemek düşüncesi ile satış bedelinin düşük gösterilmesi durumudur. Bu ihtimalde ise kabul edilen baskın görüş, önalım hakkının kullanılması halinde alıcı üçüncü kişinin ya da satıcı paydaşın, gerçek satış bedelinin tapuda gösterilen satış bedelinden daha fazla olduğunu ileri süremeyeceği, kendi hukuka aykırı davranışına

351 Feyzioğlu, a.g.e., s.374; Şipka, a.g.e., s. 189; Tekinay, a.g.e., s. 51.

352 Yarg. 6.HD.08.11.2005 T., E.2005/10246, K.2005/10068, "...Davacı ise tapuda satış bedelinin muvazaalı olarak yüksek gösterildiğini, gerçek pay değerinin 65.000.000.000 TL olduğunu iddia etmiştir. Davacı bedelde muvazaa iddiasında bulunduğu göre bu iddiasını kanıtlaması gerekir. Satış sözleşmesinin tarafı olmadığından bu iddianın tanık dahil her türlü delille kanıtlanması mümkündür...." denilmiştir. (Yayımlanmamıştır); Bkz YHGK. 20.09.2005 T., E.2005/7136, K.2005/8331 kararı." Satış sözleşmesinin tarafı olan davalının satış bedelinin tapuda gösterilen miktardan fazla olduğu savunması dinlenemez. Davalı yapmış olduğu sözleşme ile bağlı olup, bunun aksini savunma ve kanıtlama olanağından yoksundur. Davanın açılmasından sonra, yapılan şikayet üzerine davalının vergi dairesine başvurarak satış bedelini artırması ve tapu harcı ve gecikme faizini ödemesi de hukukî sonuç doğurmaz. Bu itibarla önalım bedeli yukarıda açıklandığı tapuda gösterilen 31.000.000.000 TL satış bedeli ve tapu harç ve masraflarından ibarettir.." denilmiştir. (Yayımlanmamıştır).

dayanmasının hakkın kötüye kullanılması sayılacağı için önalım hakkı sahibine karşı bedelde muvazaa iddiasında bulunulamayacağı yönündedir³⁵³.

Önalım hakkının kullanılması sonucunda oluşacak yeni satış bedelinin belirlenmesinde ortaya çıkacak diğer bir sorun da, önalım hakkının uzun yıllar sonra kullanılması durumunda, payın değerinin objektif nedenlerle önemli bir şekilde değişmesi halidir. Acaba önalım hakkının önalım konusu pay satıldıktan uzun yıllar sonra kullanılması durumunda , ilk satıştaki bedel mi esas alınacak yoksa objektif ve ekonomik sebepler göz önüne alınarak mahkeme tarafından mı tesbit edilecektir?

Ülkemizdeki enflasyon şartları ve taşınmaz değerindeki yükselmeler dikkate alınmaksızın, ilk satışta tesbit edilen bedelin önalım hakkının uzun yıllar sonra kullanılması durumunda kabul edilmesinin hakkaniyete ve adalet ilkelerine aykırı olduğu öğretide benimsenmektedir.³⁵⁴

Yargıtay da son yıllarda vermiş olduğu kararlarında, önalım bedelinin ilk satış sözleşmesindeki yazılı bedel olması gerektiğine ilişkin yasal bir zorunluluk bulunmadığı, bu nedenle satışın üzerinden uzunca bir yıl geçtikten sonra açılan davalarda, objektif olayların yarattığı değişikliklerin, davacı önalım hakkı sahibinin borcuna yansıtılması gerektiği yönünde kararlar vermiştir.³⁵⁵

353 Yarg. 6.HD.20.09.2005 T., E.2005/7136, K.2005/8331. “...Davalı tapuda dava konusu edilen payın değeri 31.000.000.000 TL olarak gösterilmiş ise de, gerçek satış bedelinin 70.000.000.000 TL olduğunu ve satış bedelinde muvazaa bulunduğunu savunmuştur. Satış sözleşmesinin tarafı olan davalının satış bedelinin tapuda gösterilen miktardan fazla olduğu savunması dinlenemez...” denilmiştir. (yayınlanmamış).

354 Ertaş, a.g.e., s.355,356; Feyzioğlu, a.g.e., s.375; Tunaboğlu, a.g.e., s. 282.

355 Yarg. 6.HD. 13.04.2004 T., E.2004/274, K.2004/2706 kararında “..Dava konusu edilen pay 27.07.2000 tarihinde davalıya 9.000.000.000.TL bedelle satılmış, dava ise 06.07.2001 tarihinde ikame edilmiştir. Bu iki tarih arasındaki zaman farkı göz önünde tutularak payın dava tarihindeki değeri belirlenerek fark olduğu takdirde onunda depo ettirilmesi, ondan sonra bir karar verilmesi gerekirken, ...” (Bkz Tunaboğlu, a.g.e., s.287).

4721 sayılı TMK md.733.f.3'te getirilen düzenleme ile önalım konusu payın satışı halinde satıcı paydaş ile alıcı üçüncü kişiye satışı noter aracılığı ile önalım hakkı sahibi olan paydaşlara bildirim yükümlülüğünün getirilmiş olması nedeni ile önalım hakkı sahiplerine önalım konusu, payın satışı zamanında bildirilmiş olacağından, önalım davaları da satışın hemen arkasından 3 ay içerisinde açılacaktır. Bu şekilde payın satış tarihi ile önalım davasının açıldığı tarih arasında önemli bir zaman aralığı bulunmayacağından, önalım konusu payın bedeli ile ilgili uyuşmazlıklarda önemli sayılabilecek azalmalar olacaktır.

C . Önalım Konusunun El Değiştirilmesi Durumunda Hakkın Kullanılmasının Sonuçları

Paylı mülkiyet konusu payın üçüncü kişiye satılmasından sonra henüz önalım hakkı sahipleri önalım hakkını kullanmadan, alıcı üçüncü kişi payın mülkiyetini bir başkasına devretmiş ise bu durumda önalım hakkı sahibi paydaşın önalım hakkına yapılan bu devir işleminin sonucu ne olacaktır?

1 . Alıcının Önalım Hakkı Kullanılmadan Önce Payını Satması

Paylı mülkiyet konusu payın her satışı önalım hakkı sahiplerine yeni bir önalım hakkı kullanma imkanı doğurmaktadır. Yani yapılan her yeni satış öncesinden bağımsız olarak önalım hakkı sahibine yeni bir önalım hakkı kullanma imkanı verir.³⁵⁶

Henüz önalım hakkı kullanılmadan önalım konusu pay alıcı üçüncü kişi tarafından bir başka kişiye satılmış ise, bu durumda önalım hakkı sahibi paydaşlar bu yeni satış nedeni ile ikinci satış için önalım hakkını son malike karşı kullanacaklardır. Burada karşımıza önalım bedelinin hangi satıştaki

³⁵⁶ Gürsoy/Eren/Cansel, a.g.e., s. 195; Tekinay, a.g.e., s.53; Feyzioğlu, a.g.e., s.135; Şıpka, a.g.e., s.195.

bedel üzerinden kullanılacağı sorunu karşımıza çıkmaktadır. Kural olarak satış bedeli olarak önalım hakkının kullandığı alıcının ilk alıcıya ödediği satış bedeli olacağı kabul edilmektedir. Ancak sırf önalım hakkının kullanılmasını önlemek amacı ile satış bedeli yüksek gösterilerek yapılan satışlarda, önalım hakkı sahibi, bedelin kötü niyetli olarak yüksek gösterildiğini isbat ederek ilk satış sözleşmesindeki bedel üzerinden de önalım hakkını kullanabileceği kabul edilmektedir.³⁵⁷

Önalım hakkı konusunu teşkil eden payın, önalım hakkı kullanıldıktan sonra, dava devam ederken satış yoluyla devredilmesi halinde, bu yeni yapılan satış ile birlikte yeni ve ayrı bir önalım olayı meydana geldiğinden, önalım hakkı sahibi son alıcıya karşı da önalım hakkını kullanabilecektir.³⁵⁸ Önalım hakkı devam ettiği sırada önalım konusu payın satılması halinde, önalım hakkını dava yoluyla kullanan paydaş HUMK 186 uyarınca isterse davaya yeni alıcıya karşı devam edebilir ya da davaya önceki davalıya karşı tazminat davası olarak devam edebilir.³⁵⁹

2 . Alıcının Önalım Konusunu Satış Dışında Başka Bir İşlemle Devretmesi

Önalım hakkının kullanılmasından önce, önalım konusu payın alıcı üçüncü kişi tarafından bir başkasına bağışlanması durumunda, eğer önalım hakkı sahibi paydaş yapılan bu bağış işleminin önalım hakkının kullanımını engellemek amacı ile kötü niyetli olarak muvazaalı işlemle yapıldığını ileri

357 Tekinay, a.g.e., s. 53,54; Ertaş, a.g.e., s. 339; Şıpka, a.g.e., s. 196; Yarg. 6.HD.19.04.2005 T., E.2005/2297, K.2005/3857 kararında “...davacı vekili, verilen süreye rağmen davalının kötü niyetli olduğuna ilişkin delillerini bildirmemiştir. Bu durumda davacı, son alıcı davalının kötü niyetli olduğunu kanıtlayamadığından, tapudaki ikinci satış bedeli olan 30.000.000.000.-TL ile sorumlu tutularak bu bedelden önalım hakkının tanınması gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.....” denilmiştir (Yayımlanmamıştır).

358 Şıpka, a.g.e., s. 196.

359 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.

sürer ve bunu isbat ederse, kendisi lehine bağışlamada bulunulan üçüncü kişiye karşı önalım hakkını kullanabileceği kabul edilmektedir.³⁶⁰

Ancak, bağış işlemi gerçekten bağışlama amacı ile yapılmış gerçek ve geçerli bir bağışlama ise, bu durumda payın gerçek bir bağış işlemi ile ve iyi niyetle üçüncü kişiye devredilmesi halinde artık önalım hakkının kullanılmasının mümkün olmadığını ileri süren görüş olduğu gibi,³⁶¹ önalım konusu payın lehine bağışlanan üçüncü kişiye karşı da önalım hakkının kullanılmasının mümkün olduğunu kabul edenler vardır.³⁶²

Önalım hakkı kullanıldıktan sonra önalım konusu payın üçüncü bir şahsa bağışlanması durumunda, önalım hakkı bu kişiye karşı ancak TMK.md.1010 (743 sayılı MK md. 920) gereğince verilecek tasarruf yetkisinin sınırlandırılması şerhi ile sağlanabilecektir. Aksi takdirde bu şahsa karşı yasal önalım hakkının ileri sürülemeyeceği belirtilmektedir.³⁶³

Buna karşılık, önalım hakkının önalım hakkının kullanılması ile kurulan satış ilişkisinden doğan nispi alacak hakkı, payı hangi sebeple iktisap ederse etsin, yeni malike karşı da ileri sürülebilmesi gerektiği, bu sonucun eşyaya bağlı borç ilişkisinden değil, kanundan doğan aynî bir etkinin sonucu olduğu, hakkında şerh edilmiş sözleşmeden doğan önalım hakkında olduğu gibi tapu sicilinde paydaşlık durumunun kayıtlı olması halinde “aynî etki” yi sürdüreceğini, bu nedenle yeni malike karşı da ileri sürülebilmesi gerektiği Şıpka tarafından kabul edilmektedir.³⁶⁴

Feyzioğlu ise, önalım davası açıldıktan sonra önalım yükümlüsü olan şahsın, önalım konusu payın mülkiyetini üçüncü kişiye devretmesi

360 Tekinay, a.g.e., s. 55; Feyzioğlu, a.g.e., s.130,131; Şıpka, a.g.e., s. 197.

361 Feyzioğlu a.g.e., s. 131.

362 Oğuzman/Seliçi, a.g.e., s. 425; Şıpka, a.g.e., s. 198-199.

363 Oğuzman/Seliçi, a.g.e., s.414; Tekinay, a.g.e., s. 559; Tandoğan, a.g.e., s. 290.

364 Şıpka, a.g.e., s. 200.

halinde kötü niyetin aşıkâr olduğunu, bu gibi bağış yoluyla yapılan devirlerin önalım davasını düşürmeye yönelik amaçla yapıldığından şüphe edilmemesi gerektiğini, bu nedenle her somut olaya göre sonuca varmak gerekmekte ise de, çoğu zaman ayrı bir tesbit ve araştırmaya gerek olmaksızın, davalının veya bu işlemi yapan şahsın kötü niyetli olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.³⁶⁵

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 kişilere yapılan bağışlama hallerinde kötü niyet aranmaksızın, önalım hakkı sahibinin önalım hakkının devam edeceği yönünde kararlar da vermiştir.³⁶⁶

Paydaş tarafından önalım hakkının kullanılmasına dair dava açıldıktan sonra o paydaş'ın herhangi bir nedenle, paydaşlık sıfatını kaybetmesi durumunda, önalım hakkı da ortadan kalkacağından, önalım hakkının devredilmesi söz konusu olmadığından payın yeni malikinin açılmış bulunan önalım davasına devam etmesi mümkün değildir.³⁶⁷

365 Feyzioğlu, a.g.e., s.138-139.

366 Yarg. 6.HD.05.10.1982 T., E.1982/2833, K.1982/8436 "...Satın alan M.E nin Şufa'lı payı sonradan hibe yapması, doğmuş olan ve süresinde açılan şuf'a davasını bertaraf etme kastına yönelik olduğundan, kendisini iyi niyetli kabul etmek mümkün değildir. Bu itibarla şuf'a hakkını önlemeye matuf bir hibe işlemi hukukî değer taşımamakta, ve süresinde açılan şuf'a davasına etkili bulunmamaktadır...." şeklinde karar vermiştir. (Erdoğan, a.g.e., s. 269.)

Yarg. 6.HD.07.05.1962 T., E.1962/2662, K.1962/3569 " Davacının şuf'a hakkı doğduktan sonra davalı (E)'nin (S.)'den temellük ettiği hisseyi diğer davalı (M.B)'nin taşınmaz ile trampa etmiş olması, davacının doğmuş olan bu hakkının zevaline sebep teşkil etmez. Trampanın, ilk dava dilekçesinin davalı (E)'ye tebliğinden evvel yapılmış ve (m:B.) nin iyi niyet sahibi bulunmuş olması, bu kaidenin takibine engel ve dolayısı ile bu hadiseye tesirli değildir..."(Tunaboğlu, a.g.e., s.107.)

367 Ertaş, a.g.e., s.366.

SONUÇ

İslam Hukuku ve özellikle Mecelle’de oldukça fazla yer bulan, önalım (Şuf’a) kurumu, İslam Hukuku ve Mecelle’de ifade edildiği gibi 743 sayılı Medenî Kanun’umuzda da “Şuf’a” terimi ile ifade edilmekte idi. Ancak öğreti ve Yargıtay uygulamalarında genellikle tercih edilen “önalın” kavramı, 2002 yılında yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medenî Kanun’umuzda önalım hakkı ile ilgili düzenlemelerin yer aldığı md. 732 vd. şuf’a terimi terk edilerek “önalım” terimi kullanılmıştır. Önalım ifadesi “Şuf’a” ya göre daha açık, anlaşılır ve sade olması nedeni ile yapılan bu değişiklik isabetli olmuştur.

Çalışmamızın asıl konusunu teşkil eden TMK md.731’de düzenlenen “yasal önalım hakkı” oluşturmaktadır. Bununla birlikte, önalım hakkının diğer türlerine de kısaca konumuz elverdiği ölçüde değinmekle yetindik.

Paylı mülkiyette yasal önalım hakkı, TMK md.731 anlamında taşınmaz mülkiyetlerinin kanundan doğan, özel hukuk nitelikli ve dolaylı bir sınırlandırmadır. Bunun nedeni ise, TMK 732 uyarınca ancak paydaşlardan birinin payını üçüncü kişiye satması halinde önalım hakkı etkisini göstermektedir. Bu nedenle, paylı mülkiyet konusunu teşkil eden taşınmaz payın, paydaşlar dışında başkasına satılmadığı durumda, önalım hakkından kaynaklanan bir kısıtlamadan söz edilemez. Payın paydaşlar dışında üçüncü kişiye satılması halinde de ancak önalım hakkı sahiplerinin önalım hakkını süresinde kullanmaları durumunda bir takyit söz konusudur, haklarını kullanmamaları halinde bir takyit yoktur.

Yasal önalım hakkı hukukî niteliği itibari ile tek taraflı yenilik doğuran bir hak olup, bu hakkın paylı mülkiyet ilişkisindeki paya bağlı bir hak olması nedeni ile aynı zamanda eşyaya bağlı bir hak olarak da nitelendirilmektedir. Yasal önalım hakkının bu özelliği nedeni ile paylı

mülkiyet ilişkisinde paydaş olan yeni malik kendiliğinden yasal önalım hakkına da sahip olmaktadır.

Yasal önalım hakkına sahip olmak için paylı mülkiyet ilişkisinde paya sahip olmak gerekmekte ise de önalım hakkının kullanılabilmesi için önalım olayına yani payın paydaşlar dışında üçüncü kişiye satılmış olmasına ihtiyaç vardır. Bu satış olayının önalım hakkının doğumunu sağlayabilmesi için tam ve geçerli bir satış sözleşmesi olması gerekmektedir. Bu nedenle tam bir satış sözleşmesi özelliği taşımayan taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde önalım hakkından söz edilemeyeceği Yargıtay ve öğretide kabul edilmektedir.

Önalım hakkının kullanılabilmesi için geçerli bir satış sözleşmesinin var olması gerektiğinden yapılan sözleşmenin geçerliliği ile ilgi en çok karşımıza çıkan sorun, önalım davalarında muvazaa iddialarıdır. Muvazaada karşımıza ya aktin niteliğinde muvazaa ya da bedelde muvazaa olarak çıkmaktadır. Aktin niteliğinde muvazaada taraflar asıl amaçlarını gerçekleştirmek amacı ile görünüşteki hukukî işlemin arkasına gizlenerek farklı bir hukukî işlem yapmaktadırlar. Yani taraflar satış sözleşmesi amaçladıkları halde önalım hakkının kullanımını engellemek amacı ile tapuda bağış işlemi göstermek sureti ile amaçlarını gizlemektedirler. Bu durumda, önalım hakkı sahibi sözleşmenin tarafı olmadığından, her türlü delil ile bu muvazaayı isbat ederek tarafların gerçek amaçlarının satış olduğunu tesbit ettirip, önalım hakkını kullanabileceği öğretisi ve uygulamada kabul edilmektedir.

Bir diğer muvazaa şekli ise bedelde muvazaadır. Burada ise taraflar ya önalım hakkı sahibinin bu hakkını kullanmasını önlemek amacı ile tapuda taşınmazın değerini gerçek bedelden fazla göstermekte ya da vergi ve harç miktarının yüksek olması nedeni ile daha az masraf ödemek amacı ile taşınmazın değerini tapuda gerçek değerinin altında göstermektedirler.

Birinci durumda önalım hakkı sahibinin, bedelin yüksek gösterildiğini isbat ederek gerçek değer üzerinden önalım hakkını kullanabileceği kabul edilmektedir. İkinci durumda ise, esas alınacak bedelin tapuda gösterilen bedel olacağı, satıcı ve alıcı üçüncü kişinin hukuka aykırı eylemlerinin sonucuna katlanmaları gerektiği, öğretide çoğunluk görüşü ile ve Yargıtay tarafından kabul edilmektedir. Yargıtay kararlarında, ancak, satış ile önalım hakkının kullanması arasında geçen süre zarfında objektif nedenlerden ve enflasyondan kaynaklanan bir değer artışının varlığı halinde dava tarihi itibarı ile taşınmazın değerinin tesbit edilerek bu değer üzerinden önalım hakkının kullanılmasını kabul etmektedir.

Yasal önalım hakkı, sadece, paylı mülkiyet ilişkisine tabi bir taşınmaz üzerinde pay sahibi olan kişilere tanınmıştır. Bu nedenle, elbirliği ile ortaklık halinde yasal önalım hakkından bahsedilemez. Elbirliği ile ortaklık, paylı mülkiyet konusu bir taşınmaz üzerindeki pay mülkiyetinde söz konusu ise, bu durumda elbirliği ortaklık ilişkisinin malikleri, önalım hakkını ya elbirliği ile ya da seçecekleri bir temsilci aracılığı ile kullanabileceklerdir.

Önalım hakkının kullanılması için taahhüt işlemi dediğimiz borçlandırıcı işlemin satış sözleşmesinin yapılması yeterlidir. Ayrıca taşınmaz payının mülkiyetinin tapuda devredilmesi şartı aranmaz.

TMK md.733/III uyarınca “Yapılan satış alıcı veya satıcı paydaş tarafından diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirilir.” şeklindeki düzenleme uyarınca önalım hakkının doğumunu sağlayan satış işleminin esaslı şartlarıyla birlikte alıcı üçüncü kişi ya da satıcı tarafından paydaşlara noter aracılığı ile bildirilmesi gerekmektedir. Bu düzenleme ile 743 sayılı Medenî Kanun’un yürürlükte olduğu dönemde ortaya çıkan isbat sorunu ile ilgili birçok tartışma sona ermiştir.

TMK md. 733/IV uyarınca “Önalım hakkı, satışın önalım hakkı sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her halde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer” hükmü uyarınca 743 sayılı MK, dan farklı olarak yasal önalım hakkının kullanılabileceği süreler daha belirli olduğu için sürelerle ilgili ortaya çıkan tartışmalar da sona ermiştir.

Önalım hakkından feragat ile ilgili olarak da TMK md.733/II uyarınca önalım hakkından mutlak feragatin resmî şekilde yapılması ve tapu kütüğüne şerh verilmesi zorunluluğunun getirilmesi, nispi feragat ile ilgili de md. 733/II’ de yazılı şekil zorunluluğunun getirilmiş olması, özellikle zımni feragatin geçerli olup olmadığı konusunda ortaya çıkan farklı görüş ve eleştirilere son vermiştir. Feragat ile ilgili yazılı şekil şartının getirilmiş olması nedeni ile zımni feragatten söz edilmesi mümkün değildir.

4721 sayılı TMK md. 733/I uyarınca cebri icra yolu ile yapılan satışlarda önalım hakkının kullanılmasının mümkün olmadığı açıkça düzenlenerek bu konudaki eski MK yürürlükte iken oluşan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, yasa metni haline getirilmiştir.

Önceki yasa döneminde, TMK md.734/I ile “Önalım hakkı alıcıya dava açılarak kullanılır” hükmü uyarınca önalım hakkının kullanılması ile ilgili tek taraflı irade beyanının karşı tarafa ulaştırılması yeterli iken artık, ancak dava açılmak sureti ile önalım hakkının kullanılması mümkün hale gelmiştir. Davanın karşı tarafı, önalım hakkının konusunu teşkil eden pay alıcıya devredilmiş ise alıcıdır, aksi takdirde satıcı paydaştır. Önalım hakkının kullanılması ile kurulan satış sözleşmesinin hükümleri, önalım hakkının kullanılmasına dair davanın açılması ile kullanılacağından, açılan dava ile hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.

Yasal önalım hakkına, kuruluş amacı itibari ile bakıldığında, faydalı yönleri ağır basan bir hak olarak ifade edebiliriz. Tarihi gelişimi

açısından yasal önalım hakkının düzenlenmesine baktığımızda asıl amacın, yabancıların paylı mülkiyet ilişkisine girmesini önlemek ve mümkün olduğunca ferdi mülkiyete geçişi sağlamak olduğu anlaşılmaktadır. Öyleyse, önalım hakkının günümüze kadar varlığını sürdürmesinde, bu amaçların etkili olduğu söylenebilir.

Günümüzde önalım hakkının özellikle belediye imar uygulamaları sırasında şüylendirme sonucu birbirini tanımayan yabancı kişiler arasında zorunlu müşterek mülkiyet ilişkisinin kurulması ve bazen taşınmazın % 1'inden daha küçük oranda hisseye sahip olan bir kişinin önalım hakkını kullanmak sureti ile pay sahibinin payını dilediği şartlarda ve kişiye devretme hakkını ve üçüncü kişinin de mala sahip olma hakkını engellemesine karşılık, bütün sakıncalarına rağmen özellikle TMK md. 732,733 ve 734'te yapılan ayrıntılı düzenlemeler de dikkate alındığında önalım hakkının hukukumuz açısından önemli faydaları bulunmaktadır ve güncelliğini halen korumaktadır.

KAYNAKÇA*

- ADAY, Nejat; **Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa**, İstanbul, 1992.
- AKİPEK, Jale; **Türk Eşya Hukuku**, II. Kitap, Mülkiyet, Ankara, 1971.
- AKYOL, Şener; **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye kullanılması Yasası**, İstanbul, 1995.
- ALTAŞ, Hüseyin; **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Ankara, 1998.
- ARCAK, Ali; **Açıklamalı İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu**, Ankar, 1988.
- ARSLAN, Ramazan; **Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, Ankara 1989.
- ARIK, Fikret; Şuf'a Hakkı Üzerinde Bir İnceleme, **Adliye Ceridesi**, 1943. C.34, S.9, s.789-825 (ARIK. a.g.m).
- ARIK, Fikret; Mirasçıya Satışta Şuf'a Cereyan Eder mi?, **Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Aralık 1957, C.XII, N.4s, 211, 217.
- ARPACI, Abdülkadir; Devre Mülk Kanununa İlişkin Bazı Düşünceler, **İstanbul Barosu dergisi**, 1986, C.69, S.7-9 s, 458-475. (ARPACI Devre Mülk)
- ARPACI, Abdülkadir; **Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim**, İstanbul 1990.
- ATABEK, Reşat; Şuf'a Hakkı, **İstanbul Barosu Mecmuası**, 1940, C.14, S. 12, s, 729-740.
- AYAN, Mehmet; **Eşya Hukuku**, II Mülkiyet, 2. Baskı, Konya, 2000.
- BELGESAY M. Reşit ; Şuf'a Hakkı , **Adalet dergisi**, Ocak 1956, Y, 47, S.1 s, 12-21.
- BOZKURT, HÜSEYİN; Şuf'a Hakkı Sözleşmesi ve Şuf'a Hakkından Feragatin, (Teslim'i Şuf'a) Şekil ve Şartları, **Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi**, Ankara, 1976, S.9, s, 75-81.
- CELAL, Nasır; **Türk ve Irak Hukukunda Mukayeseli Olarak Kanunî Şuf'a**

* Dipnotlarda geçen eserler, yazarların soyadları ile anılmıştır. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflar ile aynı soyadı taşıyan yazarların eserlerine yapılan atıflar; kısaltılmış şekliyle tırnak içerisinde gösterilmiştir

Hakkı,Yüksek Lisans Tezi,Ankara 2000.

CİĞERİM, Ersin; **Türk Medenî Hukukunda Yasal Önalım Hakkı**,

YayımlanmamışYüksek Lisans Tezi, İstanbul 2001.

DALAMANLI, Lütfü ; **Taşınmaz Satış Vaadi**, İstanbul 1986.

EBUL'ULA, MARDİN; Şuf'ada İstihlaf Nazariyesi, **İstanbul Barosu Dergisi** .,1948,S. 10.

ERDOĞAN, Celal; **Açıklamalı ve İçtihatlı Ortaklığın Giderilmesi ve Şuf'a Davaları**, 2.Bası, Ankara, 1991.

EREL, Şafak N; **Eşyaya Bağlı Borç**, Ankara. 1982.

EREN, Fikret;**Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 8. Bası, İstanbul, 2003.

ERKUYUMCU, Müfit; Şuf'a Davaları ve Temyiz Mükerratı, **Adliye Ceridesi**, 1943,C.34,s, 306-315.

ERKÜN, Ali Şevket; Müstakbel Varise Satışlarda Şuf'a, **İstanbul Barosu Dergisi**, Ağustos 1957 C. 31,S, 8. s, 217/234.

ERTAŞ, Şeref ;**Yeni Türk Medenî Kanuna Göre Eşya Hukuku**, 6 Baskı, Ankara 2005

ERTAŞ, Şeref ;Devre Mülk Hakkı, **Manisa Barosu Dergisi**, Nisan 1986 Y.5, S 17,s,2-11 (Devre Mülk).

ESENER, Turhan ;**Eşya Hukuku**, Ankara, 1985.

ESMER, Galip ;**Mevzuatımızdaki Taşınmaz Hükümleri ve Tapu Sicili**, 5.Bası,İstanbul,1990.

FEYZİOĞLU, Feyzi N ; **Şuf'a Hakkı**, İstanbul 1959 "Şuf'a"

FEYZİOĞLU Feyzi N.; Şuf'a Hakkındaki müddetler, **İstanbul Barosu Dergisi** .1952, C.XXVI, S.8. s,480,499 "Müddetler".

FEYZİOĞLU Feyzi N.; Şuf'a Hakkının Kullanılması İçin Gereken Şartlar, **İstanbul Barosu Dergisi**, 1952,C.XXVI, S.10. s, 559,590 "Şuf'anın kullanım şartları".

FEYZİOĞLU Feyzi N.;Şuf'a Hakkında Muvazaa İddiaları. **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 1950, C.XVI,. s,272-288 "Muvazaa".

- FEYZİOĞLU Feyzi N. ; Şuf'adan Feragat, **İstanbul Barosu Dergisi** , Mayıs 1951, C.XXV, S.5.s, 257-275, "Feragat".
- FEYZİOĞLU Feyzi N.;Şuf'a Hakkının Kullanılması Mümkün ve Mümkün OlmayanTasarruflar, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 1953, C.XIX,.S.1, s, 222-269 "Şuf'anın Cari Olduğu Tasarruflar".
- FEYZİOĞLU Feyzi N.; Şuf'a Hakkında Müteferri Maksatların ve Hibe Gibi Mülahazaların Hakim Olduğu Temliklerde Şuf'a Hakkının Dermeyan Edilip Edilemeyeceği Meselesi, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 1958, C.XXII, s, 169-182. GÜRSOY K.T/EREN Fikret/CANSEL Erol ; Türk Eşya Hukuku, 2. Bası Ankara, 1984.
- GÜVENÇ FİKRET ;Devre Mülk Hakkı, **İstanbul Barosu Dergisi** 1985, C, 59 S.10-12 s, 897-900.
- HACIHABİBOĞLU Nuri; Zararlı Bir Hukuk Müessesesi –Yasal Şuf'a, **Ankara Barosu Dergisi**1955, S.7-9, s.736 vd.
- HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona/ARPACI Abdulkadir ;**Eşya Hukuku** İstanbul 1991.
- SEROZAN R./ARPACI A.bdulkadir ; **Borçlar Hukuku Özel Bölümü** İstanbul 1992.
- KARAHACIOĞLU Ali Haydar/ALTINMAHMAT; **Açıklamalı ve İctihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu ve İlgili Kanunlar** Ankara 1996.
- KARAHASAN Mustafa Reşit ; **Türk Eşya Hukuku**, C.II, İstanbul 1991.
- KARAMAN Hayreddin ; **Mukayeseli İslam Hukuku**, C.III, İstanbul 1991.
- KILIÇ Halil ; **Taşınmaz Davaları**, C.I II, Ankar 1997.
- KILIÇOĞLU Ahmet ;Yargıtay İctihadı Birleştirme Kararı Işığında Taşınmaz satışında, Şekil ve hakkın Kötüye kullanılması, **Yargıtay Dergisi (Özel Sayı)**, Ocak-Ekim, 1989,C.15 S.1-4, s, 289-322.
- KILIÇOĞLU Ahmet ; **Borçlar Hukuku Genel Hükümleri** 2 Baskı Ankara 2002 "Borçlar Hukuku".
- KILIÇOĞLU Ahmet;**Medenî Kanunumuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna**

Getirdiği Yenilikler,Genişletilmiş 2.Baskı Ankara 2004.

KILIÇOĞLU, Mustafa ; **Akdî ve Yasal Şuf'a Davaları**, Ankara 1997.

KIRCA ÇİĞDEM ; Önalım Hakkı Konusunda Medenî Kanundaki Değişiklikler, **Prof.Dr. Ömer TEOMAN' a 55 Yaş Günü Armağanı, Cilt II**, İstanbul 2002, s, 1178-1203

KOÇ, Kahraman ;Bir Şuf'a Davasındaki Bozma İlâminin Düşündürdükleri, **Ankara . Barosu Dergisi**, Aralık 1991, Y.48, S.6. s,885-892.

KURTOĞLU, Serda ;Şuf'a Talebi Karşısında Gabin İddiası, **Ankara Barosu dergisi** , 1957,Y.14, S.5, s,203-207.

KURU Bak ;**Tesbit Davaları**, Tıpkı Basım, İstanbul 1988.

KÜLEY, Muin;**Medenî Kanun'da ve Tatbikatında Şuf'a Hakkı**, İstanbul 1950.

KÜLEY, Muin; Şuf'a Hakkının İstimâl Müddeti, **İstanbul Barosu dergisi**, 1958, Y.22, S.5, s,216-218.

LERMİ O. Nuri ; Şuf'a Hakkı, **İstanbul Barosu dergisi**, Nisan 1940, Y.14, C.XIV, S.IV,s, 216-218.

MARDİN Ebul'ula ; Şuf'ada İstihlaf Nazariyesi, **İstanbul Barosu dergisi**, 1948, Y .XXII, S,10,s,585-59.

MOLLAMUSTAFAOĞLU/M.Zeki ; ÖNALIM hakkı ve Ortak Mülkiyet, **Adalet Dergisi**, 1973, Y.64,S,1 s, 77-81.

OĞUZMAN M.Kemal ; **Medenî Hukuk Dersleri**, 7. Bası, İstanbul 1994.

OĞUZMAN M.Kemal ;**Miras Hukuku**, 6. Bası, İstanbul 1995.

. OĞUZMAN M.Kemal;Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası** ,1966,C,XXVI, S.1-4, s, 209-219. "Eşyaya Bağlı Hak ve Borçlar).

OĞUZMAN M.Kemal ; Eşyaya Bağlı Haklara Hakim Olan Esaslar, **Halil ARSLAN'ın AnısınaArmağan**, İstanbul 1978.

OĞUZMAN M.Kemal ; **Eşya Hukuku**, 7. Bası, İstanbul 1995.

SELİÇİ Özer ;**Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 1995.

OKTAY Saibe; **Türk Hukunda Tapuda kayıtlı Olmayan Taşınmazların Zamanaşımı İle Kazanılması**, İstanbul 1990.

ÖZENLİ Soysal ;**Uygulamada Önalım (Şuf'a) Davaları**, 2. Bası, İstanbul 1990.

ÖZMEN Saba E.; **Kat İrtifakı**, Ankara 1997.

ÖZSUNAY Ergun ;**Medenî Hukuk Giriş**, 5 Bsm, İstanbul 1996.

SAÇAK Muammer ; Şuf'a Hakkı ve Taşınmaz Satış Vaadi Uyuşmazlıklarında Değer Konusu **İstanbul Barosu Dergisi**, 1991, C.65, S.10-12, s, 901-902.

SANCAR Mithat ; Cebri Artırma Yoluyla Satışlarda Önalım Hakkına İlişkin Bir

Yargıtay Kararı (II), **Yargıtay Dergisi**, Ocak-Nisan1987, C.13, S,1-2 s, 72-87.

SAYMEN Ferit H. ;Şuf'a İrade Beyanının Müşteriye Bildirilmesi Luzumu, **İstanbul Barosu Dergisi**, Nisan 1954, C.XXYIII, S.4 s, 243-251.

SAYMEN Ferit H/ELBİR H.K; **Türk Eşya Hukuku Dersleri**, İstanbul 1963.

SEROZAN Rona; Nispi Hakların Güçlendirilmesi, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 1974, C.XL., S.1-4, s, 459 479.

SEBÜK Tahir ; **Şuf'a, Vefa ve İştira Hakları**, İstanbul 1995.

SUNGURBEY İsmet; **Kişisel Hakların Tapu kütüğüne Şerhi**, İstanbul 1963.

SUNGURBEY İsmet ; Şuf'a da Halefiyet Görüşünün Tenkidi, **Manmara Hukuk Fakültesi dergisi** ., 1957, S.1,s,48-53.

SUNGURBEY İsmet ;**Medenî Hukuk Sorunları**, C II İstanbul 1974; C III, İstanbul 1976; C.V. İstanbul 1994(SUNGURBEY Sorunlar II,III, V,VI).

ŞİPKA Şükrün ; **Türk Hukukunda Yasal Önalım Hakkı**, İstanbul 1994.

TANDOĞAN Haluk ; **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, C.I/1,5. Bası, İstanbul 1994.

TEKİNAY Selehattin S. ; **Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitler**, II/1, 5. Bası İstanbul 1988.

TUNABOYLU Müslim ; **Açıklamalı-İçtihatlı Şuf'a, Vefa,- İştira Davaları**, Ankara 1996.

TUNABOYLU Müslim ; **Önalım (Şuf'a,) Davaları**, Ankara 2004.

TÜYSÜZ A.Vahit ; Şuf'a (Önalım) Davası, **Adalet Dergisi**, Ocak-Şubat 1989, Y.80, S.1, s, 52 65.

ÜSTANDAĞ Saim ; **Medenî Yargılama Hukuku** , C.I-II, 7 Baskı, İstanbul 2000.

YAŞAR Mert ;Türk Medenî Kanunda Önalım Hakkına İlişkin Değişiklikler.

Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi Y 1.,S.2.,s,423-434 2002-İstanbul.

YAVUZ Cevdet ;**Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümleri** , 4 Baskı İstanbul 1996.

YILMAZ Ejder ;**Hukuk Sözlüğü**, 4. Baskı, Ankara 1992 .

YÜKSEL Kemalettin ; İmar Planının Şüyu Sureti İle Yapılmasında Şuf'a (Önalım)

Hakkının Doğup Doğmayacağı Hakkında Yapılan Bir İnceleme, **Adalet Dergisi**, 1988, S, 4, s,104-108.

ZEVKLİLER Aydın ;**Medenî Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, 2. Bası, Ankara 1989.

ÖZET

BELEÇ, Mehmet. Yasal Önalım Hakkı, Master Tezi, Ankara, 2007

Yasal Önalım Hakkı, TMK md 732’de Paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması halinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler” şeklinde tanımlanmıştır. Yani Paylı Mülkiyet ilişkisinde paydaşlardan birinin, payını üçüncü kişiye satması halinde, diğer paydaşların öncelikli satın alma hakları olarak tanımlayabiliriz.

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu’nda Yasal önalım hakkı “Taşınmaz Mülkiyetinin Kısıtlamaları” başlığı altında md 732,733 ve 734 ‘te düzenlenmiştir.

Paylı mülkiyete konu bir taşınmazda önalım hakkının kullanılabilmesi için öncelikle önalım olayı dediğimiz paydaşlardan birinin payını bir üçüncü kişiye satması gerekmektedir. Satış dışındaki diğer işlemlerde önalım hakkının kullanılması mümkün değildir. Zorunlu artırma yolu ile satışlarda ve kamulaştırmalarda da önalım hakkının varlığı kabul edilmemektedir.

Önalım hakkının kullanılması MK da belirli sürelerle sınırlanmıştır. Bu süre önalım olayı dediğimiz satış alıcı üçüncü kişi ya da satıcı paydaş önalım hakkı sahibine noter aracılığı ile bildirdiği tarihten itibaren 3 ay, herhalükarda satış tarihinden itibaren 2 yıl içinde kullanılması gerekmektedir. Aksi takdirde söz konusu satış için önalım hakkı hak düşürücü süreye uğramış olacaktır. Yasal önalım hakkından hem hakkın tamamından hem de belirli bir satış için hakkın kullanılmasından feragat mümkün olmaktadır.

Ancak feragatin geçerli olabilmesi için belirli şekil şartlarına tabi tutulmuştur. Mutlak feragatin noter sözleşmesi ile ve tapuya şerh verilmesi ile hüküm ve sonuçlarını doğuracağı, nispi feragatin ise yazılı şekilde yapılması gerektiği TMK md 733' te açıkça düzenlenmiştir.

Yenilik doğurucu bir hak olarak kabul edilen önalım hakkının kullanılması mutlaka dava açmak sureti ile kullanılabilecektir TMK md.734/1 maddesindeki düzenleme ile önalım hakkının kullanılmasına dair tek taraflı irade beyanında bulunulması ve bunun muhataba ulaşmasının bir hüküm ifade etmesi mümkün değildir mutlak dava yolu ile bu hak kullanılmalıdır.

Önalım hakkının kullanılmasına ilişkin açılan dava dilekçesinin muhataba ulaşması ile birlikte önalım hakkı kullanılmış olacağından satış sözleşmesi hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacak olup, dava sonucunda mahkemece verilen tescil kararına dair hükmün kesinleşmesi ile birlikte payın mülkiyet hakkı önalım hakkı sahibine geçecektir.

Anahtar Sözcükler

1. Önalım
2. Yasal
3. Hakkı
4. Yasal Önalım
- 5.Önalım Hakkı

ABSTRACT

BELEÇ,Mehmet. Legal right of pre-emption is defined, Master Type Of Thesis, Ankara, 2007

Legal right of pre-emption is defined “ if a partner sell his share –partly or completely- on co- ownership other partners can use their priority to buy his share” in article 732 in Turkish Civil Code.I mean we describe co- ownership is that if shareholder sell his lot to out of partner, other shareholder has priority to buy his lot.

Legal right of pre-emption is arranged under the title of “ the restriction of real property ownership” in articles 732,733,734 in Turkish Civil Code.

Firstly,to use the right of pre-emption,one of the shareholder has to sell his share to out of shares on co-ownership.Right of pre-emption is used only selling operation.Existence of right of pre-emption is not also accepted compulsory auction selling and expropriation.

Right of pre-emption can be used definite periods arranged in Turkish Civil Code.It has to be used by owner who has it as from the date of selling declaration announced by buyer of share or seller partner through notary on three months or absolutely from the date of selling in two years.Otherwise the right of pre-emption in term of the selling is exposed to foreclosure.Disclaim of the right of pre-emption is possible and the owner can use it fully or a certain selling.Validity of disclaim depend on some formal conditions.Absolute disclaim is only valid notary act and making gloss on title and partly disclaim is made written.These rules are certainly arranged in article 733 (TMK).

Legal right of pre-emption is absolutely used through opening case. Unilateral declaration of intention –even if it arrive on acceptor- is not valid concerning Turkish Civil Code,so it has to be used through suit.

Since with the petition concerning using right of pre-emption as if right of pre-emption would be used, act of sale begin coming into force.The owner of right of pre-emption has freehold of share by definite judgement about registration sentence given by the court.

Key Words

1. pre-emption
2. Legal
3. defined
4. Legal right of pre-emption
5. the right of pre-emption