



**T.C.
ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

ALIM HAKKI

**Hazırlayan
Harun Mirsad GÜNDAY**

**Danışman
Prof. Dr. Murat DOĞAN**

Doktora Tezi

Temmuz 2021, KAYSERİ

Harun Mirsad Günday

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

Doktora Tezi

2021

**T.C.
ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

ALIM HAKKI

(Doktora Tezi)

**Hazırlayan
Harun Mirsad GÜNDAY**

**Danışman
Prof. Dr. Murat DOĞAN**

Bu çalışma TÜBİTAK BİDEB 2214/A bursuyla desteklenmiştir.

Temmuz 2021, KAYSERİ

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK

Bu çalışmadaki tüm bilgilerin, akademik ve etik kurallara uygun bir şekilde elde edildiğini beyan ederim. Aynı zamanda bu kural ve davranışların gerektirdiği gibi, bu çalışmanın özünde olmayan tüm materyal ve sonuçları tam olarak aktardığımı ve referans gösterdiğimi belirtirim.

Harun Mirsad GÜNDAY



T.C.
ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Anabilim Dalı: Özel Hukuk
Program Adı : Doktora Tezi
Tez Başlığı : Alım Hakkı

Yukarıda bilgileri verilen tez çalışmasının a) Giriş, b) Ana bölümler ve c) Sonuç kısımlarından oluşan (Kapak, Önsöz, Özet, İçindekiler ve Kaynakça hariç) toplam 512 sayfalık kısmına ilişkin 11/08/2021 tarihinde **Turnitin** intihal programından aşağıda belirtilen filtreleme uygulanarak alınmış olan özgünlük raporuna göre tezin benzerlik oranı: %5' tir.

Filtrelemeye **alıntılar dahil** edilmiştir. Filtrelemede **yedi (7) kelimedenden daha az** örtüşme içeren metin kısımları hariç tutulmuştur.

Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez İntihal Raporu Uygulama Esaslarını inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmasının herhangi bir intihal içermediğini, aksinin tespit edilmesi durumunda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini bilgilerinize arz ederim. 11/08/2021

Danışman: Prof. Dr. Murat DOĞAN

İmza

Öğrenci: Harun Mirsad GÜNDAY

İmza

KILAVUZA UYGUNLUK

“**Alım Hakkı**” adlı Doktora tezi, Erciyes Üniversitesi Lisansüstü Tez Önerisi ve Tez Yazma Yönergesi’ne uygun olarak hazırlanmıştır.

Hazırlayan

Arş. Gör. Harun Mirsad GÜNDAY

Danışman

Prof. Dr. Murat DOĞAN

Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

Prof. Dr. Murat DOĞAN

ÖN SÖZ

Tez konusunun belirlenmesinden tezin son aşamasına gelene kadar bana yol gösteren, yoğun mesaisine rağmen kıymetli vaktini ayırarak bana olan destek ve yardımlarını esirgemeyen, tez çalışmam süresince içinden çıkamadığım konularda büyük bir sabırla bilgisinden istifade etmemi sağlayan ve kendisine asistanlık yapmaktan büyük mutluluk duyduğum üstadım, danışmanım, hocam sayın Prof. Dr. Murat DOĞAN'a; yapmış olduğu eleştiriler ve katkılar neticesinde tez çalışmasının çok daha iyi bir seviyeye gelme imkânını bana sunan değerli hocam Prof. Dr. Şahin AKINCI'ya; tez çalışmasının okunması ve çalışmada yer alan eksikliklerin giderilmesi aşamalarında büyük katkılar sunan kıymetli hocam Prof. Dr. Cem BAYGIN'a; ticaret hukuku alanında yaptığı katkılar dolayısıyla kıymetli hocam Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL'e; lisansüstü eğitimim ve tez çalışmam süresince büyük bir özveriyle bana destek veren, bilgi ve tecrübesiyle kendisinden çok şey öğrendiğim ve her daim yanımda olan çok değerli hocam sayın Dr. Öğr. Üyesi Ramazan AYDIN'a şükranlarımı sunuyorum. Belirli konularda fikirlerine danışmış olduğum ve her seferinde sorularımı büyük bir sabırla cevaplayıp benden yardımlarını esirgemeyen değerli meslektaşlarım Arş. Gör. Arif KALKAN ve Arş. Gör. Dr. İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU'na ayrıca teşekkür ediyorum. Almanya'da çalışmalarımı devam ettirmek üzere bulunduğum süre zarfında danışmanlığımı yapan, her konuda bana yol göstermiş ve yardımcı olmuş olan çok değerli hocam Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb'e ve tez konusuna ilişkin tartışmalarda fikirlerini benimle paylaşan Dr. Peter W. Tettinger'e ise teşekkürü bir borç bilirim. Son olarak maddi ve manevî desteklerini hiçbir zaman benden esirgemeyerek hayatımın her anında yanımda olan en büyük mücadele ve mutluluk kaynağım olan en başta canım annem Ayşe ŞENTÜRK'e, canım babam Olgun GÜNDAY'a ve çok kıymetli ağabeyim ve meslektaşım Mustafa Çağrı GÜNDAY'a en içten duygularıyla sevgi ve saygılarımı sunuyorum. Yorucu ve uzun bir süreci kapsayan doktora tez çalışmam süresince bana vermiş oldukları manevî desteğin, sınırsız hoşgörü ve anlayışın karşılığını hiçbir ödeyemeyeceğimden eminim. Ayrıca aile kavramının gerçek anlamda ne olduğunu bana öğrettikleri için kendilerine ne kadar teşekkür etsem azdır.

Harun Mirsad GÜNDAY, Kayseri, 2021

ALIM HAKKI

Harun Mirsad GÜNDAY

Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Doktora Tezi, Temmuz 2021

Danışman: Prof. Dr. Murat DOĞAN

ÖZET

Doktora tezi olarak hazırlanan bu çalışmanın konusunu “Alım Hakkı” oluşturmaktadır. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nda alım hakkı, kişisel haklardan biri olarak düzenlenmiştir. 6091 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 237 vd.’de yer alan hükümlerde ise müesseseye ilişkin şekil, süre, devir ve intikâl gibi hususlarda birtakım düzenlemeler getirilmiştir.

Alım hakkı, alım opsiyonunu karşılayan bir terimdir. Bu yönüyle de, bir opsiyon hakkıdır. Ancak kanun koyucu, satış ilişkisi doğuran hakları düzenlerken müesseseyi özel olarak alım hakkı şeklinde ifade etmiştir. Bununla birlikte, alım opsiyonu ise, vadeli işlem piyasalarında yer alan alım hakkı için kullanılan bir terimdir.

Bu çalışmada alım hakkı, Türk Medeni Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu kapsamında incelenmiştir. Ancak yine de, şirketler hukuku ile sermaye piyasası hukukuna ilişkin bazı spesifik konulara da yer yer yüzeysel olarak değinilmiştir. Bu kapsamda çalışmamızın ilk bölümünde alım hakkına ilişkin temel kavramlar, hakkın hukukî niteliği, türleri, fonksiyonları ve benzer müesseseler ile karşılaştırılması ele alınmıştır. Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, hukukî işlemde doğan alım hakkı ikili bir ayırım yapılarak incelenmiştir. Bu inceleme de, esas olarak sözleşmeden doğan alım hakkı kapsamında yapılmıştır. Ölüme bağlı tasarruftan doğan alım hakkının özellik arz eden noktalarına ise, sözleşmeden doğan alım hakkı incelenirken değinilmiştir. Çalışmamızın son bölümünde ise, tarafların yükümlülükleri, hakkın kullanılması, şerhi, devri ve miras yoluyla geçmesi ve sona ermesi incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Alım Hakkı, Alım Opsiyonu, Opsiyon, Kişisel Hak

RIGHT OF PURCHASE

Harun Mirsad GÜNDAY

**Erciyes University, Graduate School of Social Sciences,
Doctoral Thesis, July 2021
Thesis Supervisor: Prof. Dr. Murat DOĞAN**

ABSTRACT

The subject of this doctoral thesis is "Right of Purchase". The right to purchase is regulated as one of the personal rights in the Turkish Civil Code No. 4721. In the provisions of the Turkish Code of Obligations numbered 6091, articles 237 ff., regulations in matters such as the form, duration, transfer and transfer of the institution are introduced.

Right of purchase is a term that refers to a call option. In this respect, it is an option right. However, the legislator, while regulating the rights that create a sales relationship, expressed the establishment as a right to purchase. However, a call option is a term used for the right to call in the futures markets.

In this study, the right to purchase has been examined within the scope of the Turkish Civil Code and the Turkish Code of Obligations. However, some specific issues related to company law and capital market law are also mentioned superficially from time to time. In this context, in the first part of our study, the basic concepts of the right to purchase, the legal nature of the right, its types, functions and comparison with similar institutions are discussed. In the second part of our study, the right to purchase arising from a legal transaction is examined by making a binary distinction. This review was also carried out mainly within the scope of the contractual right to purchase. The special points of the right to purchase arising from the death-related disposition were mentioned when examining the right to purchase arising from the contract. In the last part of our study, the obligations of the parties, the use of the right, its annotation, transfer and inheritance and termination are examined.

Keywords: Right of Purchase, Call Option, Option, Personal Right

İÇİNDEKİLER

ALIM HAKKI

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK	i
TEZ ÖZGÜNLÜK SAYFASI.....	ii
KILAVUZA UYGUNLUK	iii
KABUL VE ONAY TUTANAĞI.....	iv
ÖN SÖZ	v
ÖZET	vi
ABSTRACT	vii
İÇİNDEKİLER.....	viii
SİMGELER VE KISALTMALAR LİSTESİ	xix
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ALIM HAKKINA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR, ALIM HAKKININ HUKUKÎ NİTELİĞİ, TÜRLERİ, HUKUKÎ DAYANAĞI, FONKSİYONLARI VE BENZER MÜESSESELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

1.1. Alım Hakkına İlişkin Temel Kavramlar	6
1.1.1. Genel Olarak.....	6
1.1.2. Alım Hakkı	7
1.1.2.1. Terim	7
1.1.2.2. Kavram	13
1.1.3. Alım Hakkı Sözleşmesi, Alım Hakkı Kaydı ve Esas Sözleşme	20
1.1.4. Alım Hakkı Veren, Alım Hakkı Alan ve Alım Hakkı Sahibi.....	21
1.1.5. Alım Hakkı Bedeli, Alım Hakkı Konusu, Kullanma Bedeli	22
1.1.6. Alım Hakkı Süresi ve Vadesi	23
1.1.7. Alım Hakkının Kullanımı ve Kullanım Beyanı.....	25
1.2. Alım Hakkının Hukukî Niteliği.....	25
1.3. Alım Hakkının Türleri	27
1.3.1. Genel Olarak.....	27

1.3.2. Kanundan (Yasal) ve Hukukî İşlemden Doğan Alım Hakkı	27
1.3.3. Adî ve Nitelikli Alım Hakkı	28
1.3.4. Sınırlandırılmış ve Sınırsız Alım Hakkı	29
1.3.5. Tek Taraflı ve Çok Taraflı Alım Hakkı	29
1.4. Alım Hakkına İlişkin Hukukî Düzenlemeler	30
1.4.1. Genel Olarak	30
1.4.2. Türk Hukuku	30
1.4.3. İsviçre Hukuku	31
1.4.4. Alman Hukuku	32
1.5. Alım Hakkının Fonksiyonları	33
1.5.1. Genel Olarak	33
1.5.2. Teminat (İktisabın Teminatı) Fonksiyonu	34
1.5.3. Spekülasyon Fonksiyonu	37
1.5.3.1. Genel Olarak	37
1.5.3.2. Dar Anlamda Spekülasyon	38
Genel Olarak	38
Alım Hakkı Alan Açısından	39
Alım Hakkı Veren Açısından	41
1.5.3.3. Geniş Anlamda Spekülasyon	43
1.5.4. Koruma Fonksiyonu	44
1.5.5. Zorlama Fonksiyonu	45
1.5.6. Ön Finansman Sağlama Fonksiyonu	49
1.5.7. Derece Sağlama Fonksiyonu	50
1.5.8. Fiyat Değişiklerine Karşı Tedbir Alma Fonksiyonu	51
1.5.9. Bağışlama Fonksiyonu	53
1.6. Alım Hakkının Benzer Müesseselerle Karşılaştırılması	56
1.6.1. Genel Olarak	56
1.6.2. Önalım Hakkı	57
1.6.2.1. Genel Olarak	57
1.6.2.2. Önalım Hakkı İle Alım Hakkının Karşılaştırılması	60
1.6.2.2.1. Genel Olarak	60
1.6.2.2.2. Hakların İçerik Yönünden Ayırt Edilmesini Sağlayan Ölçütler	60

1.6.2.2.3. Koşul Ölçütü.....	69
1.6.3. Geri Alım Hakkı	75
1.6.4. Geri Satım Hakkı	81
1.6.5. Öncelik (Rüçhan) Hakkı.....	84
1.6.5.1. Genel Olarak.....	84
1.6.5.2. Türleri	86
1.6.5.2.1. Genel Olarak.....	86
1.6.5.2.2. Öneride Öncelik.....	87
1.6.5.2.3. Kabulde Öncelik	88
1.6.5.2.4. Teklifte Öncelik.....	90
1.6.5.3. Öncelik (Rüçhan) Hakkı ile Alım Hakkının Karşılaştırılması	92
1.6.6. Önsözleşme.....	98
1.6.6.1. Genel Olarak.....	98
1.6.6.2. Önsözleşme İle Alım Hakkının Karşılaştırılması	102
1.6.6.2.1. Genel Olarak.....	102
1.6.6.2.2. Hukukî İşlemlerin İçeriği Yönünden Ayırt Edici Ölçütler	102
1.6.6.2.2.1. Genel Olarak.....	102
1.6.6.2.2.2. Borçların Kapsamı	102
1.6.6.2.2.3. Taraflarca Bir İvazın Kararlaştırılmış Olması	103
1.6.6.2.2.4. Esas Sözleşmelerin Esaslı ve Yan Noktaları	104
1.6.6.2.3. Esas Sözleşmelerin Kurulma Biçimi	106
1.6.6.2.4. Esas Sözleşmelerin Kurulma Anına Yönelik Beklenti.....	110
1.6.6.2.5. Hukukî İşlemlerin Şekli.....	111
1.6.6.2.6. Hakların Niteliği	112
1.6.7. Opsiyon.....	113

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUKÎ İŞLEMDEN DOĞAN ALIM HAKKININ TANIMI, TÜRLERİ, HUKUKÎ NİTELİĞİ, ÖZELLİKLERİ, KURULMASI, ŞEKLİ VE İÇERİĞİ

2.1. Hukukî İşlemden Doğan Alım Hakkının Tanımı	122
2.2. Ölümüne Bağlı Tasarruftan Doğan Alım Hakkı.....	123
2.3. Sözleşmeden Doğan Alım Hakkı	124

2.3.1. Genel Olarak.....	124
2.3.2. Alım Hakkı Sözleşmesi Terimi ve Tanımı	124
2.3.2.1. Terim	124
2.3.2.2. Tanım.....	127
2.3.3. Alım Hakkı Sözleşmesinin Hukukî Niteliği.....	128
2.3.3.1. Genel Olarak.....	128
2.3.3.2. Birlik Teorisi	130
2.3.3.2.1. Genel Olarak.....	130
2.3.3.2.2. Koşul Teorisi	131
2.3.3.2.2.1. Genel Olarak.....	131
2.3.3.2.2.2. Koşul Teorisine Yönelik Eleştiriler.....	137
2.3.3.2.2.2.1. Genel Olarak.....	137
2.3.3.2.2.2.2. İradî Koşul (Potestativbedingung) – Salt İradî Koşul (Wollensbedingung) Kapsamında Koşul Teorisinin İncelenmesi	137
2.3.3.2.2.2.2.1. Genel Olarak.....	137
2.3.3.2.2.2.2.2. Beğenme Koşuluyla Satış ile Geri Alım Hakkında Kapsamında Salt İradî Koşulun İncelenmesi.....	146
2.3.3.2.2.2.2.3. Salt İradî Koşulun Yenilik Doğuran Hak Kapsamında İncelenmesi.....	150
2.3.3.2.2.2.3. Şekil Sorunu	151
2.3.3.2.2.2.4. Taraf İradelerini Yansıtmada Noksanlık	153
2.3.3.2.2.2.5. Hakkın Kanundan Doğduğu Haller	158
2.3.3.2.2.2.6. Koşula Bağlı İşlemlerde Hak ve Yükümlülüklerle İlişkin Hükümler Kapsamında Meselenin İncelenmesi	159
2.3.3.2.2.2.6.1. Genel Olarak.....	159
2.3.3.2.2.2.6.2. TBK md. 175 Kapsamında Koşul Teorisinin İncelenmesi.....	162
2.3.3.3. Ayırma Teorisi.....	163
2.3.3.3.1. Genel Olarak.....	163
2.3.3.3.2. Önsözleşme Teorisi	163
2.3.3.3.2.1. Genel Olarak.....	163
2.3.3.3.2.2. Önsözleşme Teorisine Yönelik Eleştiriler.....	164

2.3.3.3.2.2.1. Genel Olarak.....	164
2.3.3.3.2.2.2. Esas Sözleşmenin Kurulması.....	164
2.3.3.3.2.2.3. Şekil Sorunu	165
2.3.3.3.2.2.4. TBK md. 237/II Kapsamında Önsözleşme Teorisinin İncelenmesi.....	166
2.3.3.3.3. Öneri ve Öneri Sözleşmesi Teorileri	167
2.3.3.3.3.1. Öneri Teorisi.....	167
2.3.3.3.3.1.1. Genel Olarak.....	167
2.3.3.3.3.1.2. Öneri Teorisine Yönelik Eleştiriler	168
2.3.3.3.3.2. Öneri Sözleşmesi Teorisi.....	168
2.3.3.3.3.2.1. Genel Olarak.....	168
2.3.3.3.3.2.2. Öneri Sözleşmesi Teorisine Yönelik Eleştiriler	171
2.3.3.3.3.2.2.1. Genel Olarak.....	171
2.3.3.3.3.2.2. Taraf İradelerini Yansıtmada Noksanlık	172
2.3.3.3.3.2.2.3. Şekil Sorunu	173
2.3.3.3.3.2.2.4. Uzun Süreli Önerinin Hukukî Geçerliliği.....	175
2.3.3.3.3.2.2.5. Hakkın Kabul Müessesesi Kapsamında Değerlendirilmesi	176
2.3.3.3.4. Yetki Teorisi	179
2.3.3.3.4.1. Genel Olarak.....	179
2.3.3.3.4.2. Yetki Teorisine Yönelik Eleştiriler.....	182
2.3.3.3.5. Kurma Teorisi.....	183
2.3.3.3.5.1. Terminoloji Sorunu	183
2.3.3.3.5.2. Genel Olarak Kurma Teorisi	185
2.3.3.3.5.3. Kurma Teorisine Yönelik Eleştiriler	191
2.3.3.3.5.3.1. Kanun Sistematiği	191
2.3.3.3.5.3.2. Şekil Sorunu	192
2.3.3.3.5.3.3. Hak ve Yükümlülüklere İlişkin Hükümler Kapsamında Meselenin Değerlendirilmesi.....	197
2.3.3.4. Değerlendirme	201
2.3.4. Alım Hakkı Sözleşmesinin Özellikleri.....	204
2.3.4.1. Genel Olarak.....	204

2.3.4.2. Borçlandırıcı İşlem – Tasarruf İşlemi Ayırımı	204
2.3.4.3. Anı Edimli Sözleşme – Sürekli Sözleşme Ayırımı	209
2.3.4.3.1. Genel Olarak.....	209
2.3.4.3.2. Alım Hakkı Sözleşmesi Açısından Meselenin Değerlendirilmesi ...	213
2.3.4.4. Tek Tarafa – İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme Ayırımı	215
2.3.4.4.1. Genel Olarak.....	215
2.3.4.4.2. Alım Hakkı Sözleşmesi Kapsamında Meselenin Değerlendirilmesi	219
2.3.4.4.2.1. İvazlı Alım Hakkı Sözleşmesi	219
2.3.4.4.2.1.1. Genel Olarak.....	219
2.3.4.4.2.1.2. Bağımsız Alım Hakkı Bedeli.....	219
2.3.4.4.2.1.3. Bağımsız Olmayan Alım Hakkı Bedeli	221
2.3.4.4.2.2. İvazsız Alım Hakkı Sözleşmesi.....	226
2.3.5. Alım Hakkı Sözleşmesinin Kurulması	227
2.3.6. Alım Hakkı Sözleşmesinin Şekli.....	230
2.3.6.1. Genel Olarak.....	230
2.3.6.2. Alım Hakkı Sözleşmesine Uygulanacak Şekil	231
2.3.6.2.1. Genel Olarak.....	231
2.3.6.2.2. Şekil Serbestisi	231
2.3.6.2.3. Kanunî Şekil	232
2.3.6.2.3.1. Genel Olarak.....	232
2.3.6.2.3.2. Taşınmaz Üzerinde Kurulan Alım Hakkında Alım Hakkı Sözleşmesinin Şekli.....	233
2.3.6.2.3.3. Miras Taksim Sözleşmesiyle Kurulan Alım Hakkında Şekil....	238
2.3.6.2.4. Ölüme Bağlı Tasarruflar	241
2.3.6.3. Şeklin Kapsamı.....	242
2.3.6.3.1. Genel Olarak.....	242
2.3.6.3.2. İrade Beyanları Açısından	243
2.3.6.3.3. Sözleşmenin İçeriği Açısından	251
2.3.6.3.3.1. Genel Olarak.....	251
2.3.6.3.3.2. Esas Sözleşmeye İlişkin Hükümler	252
2.3.6.3.3.3. Alım Hakkına İlişkin Hükümler	254
2.3.6.3.3.3.1. Genel Olarak.....	254

2.3.6.3.3.2. Alım Hakkı Bedeli.....	256
2.3.6.3.4. Alım Hakkı Kaydı Açısından Şeklin Kapsamı.....	257
2.3.6.4. Şekle Aykırılığın Sonuçları	258
2.3.7. Alım Hakkı Sözleşmesinin İçeriği.....	262
2.3.7.1. Genel Olarak.....	262
2.3.7.2. Objektif Esaslı Unsurlar	262
2.3.7.2.1. Taraflar	263
2.3.7.2.1.1. Alım Hakkı Veren	264
2.3.7.2.1.2. Alım Hakkı Alan	266
2.3.7.2.1.2.1. Genel Olarak.....	266
2.3.7.2.1.2.2. Alım Hakkı Sahibi	267
2.3.7.2.1.2.2.1. Çoklu Hak Sahipliği	268
2.3.7.2.1.2.2.2. Karşılıklı Hak Sahipliği	270
2.3.7.2.1.2.2.3. Eşyaya Bağlı Hak Sahipliği.....	271
2.3.7.2.1.2.2.3.1. Genel Olarak.....	271
2.3.7.2.1.2.2.3.2. Eşyaya Bağlı Hak Sahipliğinin Avantaj ve Dezavantajları.....	272
2.3.7.2.1.2.2.4. Üçüncü Kişilerin Hak Sahipliği.....	273
2.3.7.2.1.2.2.4.1. Genel Olarak.....	273
2.3.7.2.1.2.2.4.2. Üçüncü Kişi Yararına Alım Hakkı Sözleşmesi	274
2.3.7.2.1.2.2.4.3. Hak Sahibi Üçüncü Kişi	276
2.3.7.2.1.2.2.4.4. Üçüncü Kişi Yararına Alım Hakkı Sözleşmesinin Hukukî Etkisi.....	277
2.3.7.2.2. Alım Konusu	280
2.3.7.2.2.1. Genel Olarak.....	280
2.3.7.2.2.2. Taşınır Eşya	282
2.3.7.2.2.3. Taşınmaz Eşya.....	284
2.3.7.2.3. Kullanma Bedeli.....	286
2.3.7.2.3.1. Terim ve Kavram.....	286
2.3.7.2.3.2. Kullanma Bedelinin Niteliği ve Kapsamı.....	288
2.3.7.2.3.3. Kullanma Bedelinin Türleri.....	290
2.3.7.2.3.3.1. Mutlak Belirlenmiş Bedel.....	290

2.3.7.2.3.3.2. Nisbî Belirlenmiş Bedel	292
2.7.2.3.3.2.1. Genel Olarak.....	292
2.3.7.2.3.3.2.2. Hisse Senetleri Üzerinde Kurulan Alım Hakkında Nisbî Belirlenmiş Bedel	294
2.3.7.3. Sübjektif Esaslı Unsurlar	296
2.3.7.3.1. Süre.....	297
2.3.7.3.1.1. Genel Olarak.....	297
2.3.7.3.1.2. TBK md. 238 Hükümü Kapsamında Meselenin İncelenmesi	298
2.3.7.3.1.2.1. Genel Olarak.....	298
2.3.7.3.1.2.2. Hükümün Amacı.....	299
2.3.7.3.1.2.3. Hükümün Uygulama Alanı.....	299
2.3.7.3.1.2.3.1. Genel Olarak.....	299
2.3.7.3.1.2.3.2. Sürekli Borç İlişkileri Kapsamında Değerlendirme	302
2.3.7.3.1.3. Hükümün İçeriği.....	305
2.3.7.3.1.3.1. On Yıllık Süre.....	305
2.3.7.3.1.3.2. Özel Süre	307
2.3.7.3.1.3.3. Sürenin Hukukî Niteliği.....	308
2.3.7.3.1.3.4. Sürenin Başlangıcı ve Sona Ermesi.....	309
2.3.7.3.1.3.4.1. Sürenin Başlangıcı.....	309
2.3.7.3.1.3.4.2. Sürenin Sona Ermesi	311
2.3.7.3.1.4. TBK md. 238 Hükümünün Tamamlayıcı Rolü	313
2.3.7.3.2. Alım Hakkı Bedeli.....	316
2.3.7.3.3. Koşul ve Vade	320
2.3.7.3.3.1. Koşul.....	320
2.3.7.3.3.2. Vade.....	323

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ALIM HAKKI SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ, ALIM HAKKININ KULLANILMASI VE ŞERHİ, DEVRİ VE İNTİKÂLİ İLE SONA ERMESİ

3.1. Alım Hakkı Sözleşmesinde Tarafların Yükümlülükleri.....	326
3.1.1. Genel Olarak.....	326

3.1.2. Alım Hakkı Alanın Yükümlülüğü	327
3.1.3. Alım Hakkı Veren Yükümlülükleri.....	329
3.1.3.1. Genel Olarak.....	329
3.1.3.2. Hazır Bulunma Yükümlülüğü	329
3.1.3.2.1. Genel Olarak.....	329
3.1.3.3.2. Hazır Bulunma Yükümlülüğünün Hukukî Niteliği	330
3.1.3.2.3. Hazır Bulunma Yükümlülüğünün Kapsamı	331
3.1.3.2.3.1. Genel Olarak.....	331
3.1.3.2.3.2. Kaçınma Yükümlülüğü.....	332
3.1.3.2.3.3. Koruma Yükümlülüğü.....	336
3.1.3.2.3.4. Sağlama Yükümlülüğü	339
3.1.3.3. Bilgilendirme Yükümlülüğü.....	340
3.1.3.3.1. Genel Olarak.....	340
3.1.3.3.2. Bilgilendirme Yükümlülüğünün Hukukî Niteliği	342
3.1.3.3.3. Bilgilendirmenin Kapsamı.....	344
3.1.3.3.4. Bilgilendirmenin Şekli ve Zamanı.....	345
3.2. Alım Hakkının Kullanılması	347
3.2.1. Genel Olarak.....	347
3.2.2. Kullanım Beyanı.....	348
3.2.2.1. Genel Olarak.....	348
3.2.2.2. Kullanım Beyanının Sahibi	349
3.2.2.2.1. Genel Olarak.....	349
3.2.2.2.2. Çoklu Hak Sahipliği	350
3.2.2.2.2.1. Genel Olarak.....	350
3.2.2.2.2.2. Bağımsız Alım Hakkı	351
3.2.2.2.2.3. Bağımsız Olmayan Alım Hakkı	355
3.2.2.3. Kullanım Beyanının Muhatabı	358
3.2.2.3.1. Genel Olarak.....	358
3.2.2.3.2. Muhatabın Birden Fazla Olduğu Haller	365
3.2.2.4. Kullanım Beyanının Şekli	365
3.2.2.4.1. Genel Olarak.....	365

3.2.2.4.2. Taşınmazlar Üzerinde Kurulan Alım Hakkında Kullanım Beyanının Şekli.....	369
3.2.2.5. Kullanım Beyanının İçeriği	377
3.2.3. Kullanım Süresi	381
3.2.4. Hakkın Kullanılmasının Sonuçları	385
3.3. Alım Hakkının Şerhi.....	389
3.3.1. Genel Olarak.....	389
3.3.2. Şerhin Kurulması.....	390
3.3.3. Şerhin Yapılması	393
3.3.4. Şerhin Etkisi	394
3.3.5. İyiniyetli Alım Hakkı Sahibinin Durumu.....	399
3.3.6. Şerhin Sona Ermesi	402
3.3.6.1. Genel Olarak.....	402
3.3.6.2. Feragat	403
3.3.6.3. Kanundan Doğan Sona Erme Halleri	403
3.3.7. Şerhin Silinmesi.....	409
3.4. Alım Hakkının Devri ve Miras Yoluyla Geçmesi	410
3.4.1. Genel Olarak.....	410
3.4.2. Alım Hakkının Devri	411
3.4.2.1. Genel Olarak.....	411
3.4.2.2. Devrin Hukukî Niteliği.....	413
3.4.2.3. Devrin Geçerliliği	418
3.4.2.3.1. Genel Olarak.....	418
3.4.2.3.2. Esasa İlişkin Şartlar	419
3.4.2.3.3. Şekle İlişkin Şart.....	423
3.4.2.4. Devrin Hukukî Sonuçları.....	426
3.4.3. Alım Hakkının Miras Yoluyla Geçmesi	428
3.5. Alım Hakkının Sona Ermesi.....	430
3.5.1. Genel Olarak.....	430
3.5.2. Hakkın Kullanılması.....	430
3.5.3. Feragat	432
3.5.4. Sürenin Sona Ermesi	435

3.5.5. Ölüm.....	436
3.5.6. Hakkın Konusu Şeyin Devri.....	436
3.5.7. İmkânsızlık	439
3.5.8. Diğer Sona Erme Halleri	445
3.5.9. Hakkın Sona Ermesinin Sonuçları.....	447
SONUÇ	449
KAYNAKÇA.....	458



SİMGELER VE KISALTMALAR LİSTESİ

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
ACP	: Archiv für die civilistische Praxis
AG	: Aktiengesellschaft
AGG	: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AJP	: Aktuelle Juristische Praxis
AktG	: Aktiengesetz
AT	: Allgemeiner Teil
AWR	: Anwaltsrevue: Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbandes
Art.	: Artikel
Aufl.	: Auflage
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
b.	: bent
B.	: Baskı
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bd	: Band
betr.	: betreffend
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	: Bundesgericht
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHZ	: Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Bkz	: Bakınız
BT	: Besonderer Teil
BÜHFKHHD	: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi

bzw.	: beziehungsweise
CISG	: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Diss.	: Dissertation
Dpn.	: Dipnot
E.	: Esas
EGBGB	: Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
Einf.	: Einführung
ErbbaurechtRG	: Erbbaurechtsgesetz
EÜHFSD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi
f.	: fıkra
ff.	: und folgende Artikel, Seiten, Randziffern o.ä.
FinfraG	: Finanzmarktinfrastrukturgesetz
Fn.	: Fussnote
GBV	: Grundbuchverordnung
GesKR	: Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GmbH	: Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
Hrsg	: Herausgeber
IJJ	: Institutional Investor Journal
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBGK	: İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İHFM	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İMK	: İsviçre Medeni Kanunu

İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JJDR	: Jehrings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JZJ	: Juristische Zeitschriften des 19. Jahrhunderts
K.	: Karar
KG	: Kartellgesetz
KÜHFD	: Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Neubearb.	: Neubearbeitung
NJW	: Die Neue Juristische Wochenschrift
NK	: 1512 Sayılı Noterlik Kanunu
Nr.	: Nummer
o.ä.	: oder ähnlich
OLG	: Oberlandesgericht
OR	: Obligationenrecht
ProdHaftG	: Produkthaftungsgesetz
RGZ	: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	: Recht der internationalen Wirtschaft
Rn.	: Randnummer
Rsp.	: Rechtsprechung
RW	: Fachmedien Recht und Wirtschaft
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SachenRBerG	: Sachenrechtsbereinigungsgesetz
SDÜHFD	: Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
SGRW	: St. Galler Schriften zur Rechtswissenschaft
SJZ	: Schweizerische Juristen-Zeitung
SZW	: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
T.	: Tarih
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu

TBBD.	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TDK	: Türkçe Dil Kurumu
TK	: 2644 Sayılı Tapu Kanunu
TMK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
TST	: 3907 Sayılı Tapu Sicil Tüzüğü
u.a.	: unter andere(s)
UBBED	: Uluslararası Beşeri Bilimler ve Eğitim Dergisi
Univ.	: Universität
v.d.	: ve diğerleri
VBVG	: Vormünder- und Betreuervergütungsgesetz
vd.	: ve devamında
VersAusglG	: Versorgungsausgleichsgesetz
vgl.	: vergleiche
Vol.	: Volume
Vorbem.	: Vorbemerkung
WEG	: Wohnungseigentumsgesetz
Y.	: Yargıtay
ZBGR	: Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZBJV.	: Zeitschrift des Bernischen Juristenverein
ZGB	: Zivilgesetzbuch
ZJWP	: Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis
ZPO	: Zivilprozessordnung
ZSR	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZWB	: Zeitschrift für Wertpapier und Bankrecht

GİRİŞ

Çalışmanın konusunu “*Alım Hakkı*” oluşturmaktadır. Alım hakkı, sade bir anlatımla, hak sahibine tek taraflı irade beyanını ileri sürerek hakkın muhatabıyla kendi arasında hakkın konusu şeye ilişkin bir satış sözleşmesi kurma imkânı veren yenilik doğuran bir haktır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle birlikte de, ilgili müessese, muhtelif birkaç madde ile nispeten daha ayrıntılı bir düzenlenmeye kavuşmuştur.

Türk Borçlar Kanunu’nun 237. maddesi “*Taşınmaz Satışı ve Satış İlişkisi Doğuran Haklar*” başlığını taşımaktadır. Madde başlığında yer bulan satış ilişkisi doğuran haklar ifadesi; alım, önalım ve geri alım haklarını ifade etmektedir. Bu çerçevede alım hakkı, satış ilişkisi doğuran haklardan birini oluşturur. Alım hakkını diğer hak türlerinden ayıran en önemli farklar, önalım hakkı açısından bir önalım olayı koşulunun öngörülmemiş olması; geri alım hakkı yönünden ise, tarafların, münhasıran belirli bir satış ilişkisindeki satıcı ve alıcı ile sınırlı olmamasıdır.

Türk Borçlar Kanunu’nun 238. maddesinde, alım hakkının, en çok on yıl süre ile kurulabileceği ve yine aynı şekilde şerh edilebileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte, Türk Borçlar Kanunu’nun 239. maddesinde hak kural olarak devredilemez nitelikte düzenlenirken; mirasçılara intikale elverişli olma yönünden ise müspet bir düzenlemeye yer verilmiştir. Türk Borçlar Kanunu’nun 237. maddesi ve devamında yer alan bu düzenlemeler dışında, kanun koyucu, Türk Medeni Kanunu ile Tapu Sicil Tüzüğü gibi muhtelif bazı kanunlarda yer alan birkaç hüküm dışında, müesseseye yönelik ayrıntılı bir düzenleme getirmemiştir.

Bu çalışma, yukarıda sözü edilen alım hakkı müessesesini inceleyen bir eserdir. Eserde, alım hakkına ilişkin Türk hukukunda yer alan temel düzenlemeler ile öğretilerdeki görüş ve yargı uygulamaları incelenmiştir. Bu inceleme yapılırken, İsviçre ve Alman hukuklarında öğretilerdeki görüşler ve yargı uygulamaları da ele alınmıştır. Söz konusu

incelemeler sonucunda ulaşılan kanaatler neticesinde ise, müesseseye ilişkin tartişmalı konularda öğreti ve uygulama için yol gösterici olabilmesi adına görüşler ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Alım hakkı konusunun önemi; müessesenin muhtevası, farklı uygulama alanları ve görünüm şekilleri, fonksiyonları ve messeye ilişkin mevcut hukukî düzenleme yönünden ortaya çıkmaktadır.

İlk olarak alım hakkı, hak sahibine sağladığı yetkinin kapsamı açısından, satış ilişkisi doğuran hakların en glsn oluşturur. Ayrıca muhteva itibariyle de nalım ve geri alım haklarını da kapsayan bir haktır. Bu sebeple, alım hakkına ilişkin kapsamlı bir inceleme satış ilişkisi doğuran hakları oluşturan nalım ve geri alım hakları için de yol göstericidir. Ancak bu önemine rağmen Türk hukukunda alım hakkını kapsamlı bir şekilde inceleyen eser sayısı oldukça sınırlıdır. Hatta bu yıl içerisinde kitap haline getirilmemiş ve **Barış Karaküçük** tarafından yazılan “*Alım (İştira) Hakkı*” başlıklı yüksek lisans tez çalışması dışında, müesseseyi, ders kitaplarında yer alan anlatımlar dışında monografi düzeyinde ele alan hiçbir çalışma yoktur.

İkinci olarak alım hakkı, farklı uygulama alanları ve görünüm şekillerine sahiptir. Oysa Türk Borçlar Kanunu ile Türk Medeni Kanunu’nda yer alan düzenlemelerde, kanun koyucu, alım hakkını taşınmazları esas olarak düzenlemiştir. Ancak alım hakkının konusunu satış sözleşmesinin konusunu oluşturabilen her şey oluşturur. Özellikle menkul kıymetleri konu alan alım hakkı ile uygulama sık karşılaşılmaktadır. Öte yandan alım hakkı yalnızca spot piyasalarda değil; vadeli işlem (türev) ve opsiyon borsalarında da uygulama alanı bulan bir müessesedir. Bu sebeple de, farklı uygulama alanları ve hakkın konusunundaki çeşitlilik müesseseye daha büyük önem katmaktadır.

nc olarak alım hakkı farklı fonksiyonlara sahip olabilmektedir. Bu kapsamda hakkın teminat, spekülasyon, koruma, zorlama, n finansman ve fiyat değişikliklerine karşı tedbir alma gibi birçok farklı fonksiyonları söz konusudur. Ancak hakkın her bir fonksiyonu, hakkın kurulduğı piyasa veya taraflarca düzenlenme şekliyle çok yakın bir ilişkiye sahiptir. Bu sebeple hakkın teorik ve hukukî olarak incelenmesi alım hakkının muhtevasının tespiti açısından büyük bir öneme sahiptir.

Son olarak alım hakkı müessesesi Türk hukukunda kapsamlı ve ayrıntılı bir kanunî düzenlemeye sahip olamamıştır. Gerçekten de alım hakkı, Türk Borçlar Kanunu'nda, muhtelif birkaç hükümle düzenlenen bir müessesedir. Kanun'da yer alan düzenlemelerde de, söz konusu hükümlerin, yenilik getiren veya müessese için belirleyici kriterler öngören düzenlemeler olduğunu söylemek güçtür. Türk Borçlar Kanunu'nun 237. maddesi, hakkı kuran sözleşmenin şekline ilişkin genel bir düzenleme getirirken; devamında yer alan 238. ve 239. maddeleri hakkın şerhi ve süresi ile devri ve miras yoluyla intikâlini genel olarak düzenleyen hükümlerdir. Türk Medeni Kanunu'nun 736. ve 1009. hükümleri göz önüne alındığında, Türk Borçlar Kanunu'nun alım hakkı için getirdiği yenilik, yalnızca iki madde ile sınırlıdır. Bu iki maddeden birini teşkil eden Türk Borçlar Kanunu'nun 237. maddesinde, hükmün, yalnızca hakkın kurulma aşamasına ilişkin bir düzenleme getirdiği görülmektedir. Hak kurulduktan sonraki aşamada taraflar arasındaki ilişkiyi düzenleyen, hak ve borçları ele alan bir hükme rastlamak mümkün değildir. Ancak kanun koyucunun, satış ilişkisi doğuran haklardan olan önalım ve geri alım haklarının temelini oluşturan ve hepsini kapsayan alım hakkını görmezden gelerek müesseseyle ilişkin kapsamlı bir düzenleme getirmemesi kanaatimizce isabetli olmamıştır.

Sonuç olarak, alım hakkı müessesesine ilişkin yukarıda izah edilen eksiklikler ile hakkın diğer satış ilişkisi doğuran haklara nazaran daha önemli bir konumda olması ve hakkın farklı uygulama alanları ile görünüm şekillerine sahip olması “Alım Hakkı” adlı çalışmanın kaleme alınmasında en büyük sebepleri oluşturmaktadır. Ayrıca şimdiye dek bu alana ilişkin kapsamlı bir monografik çalışmanın yapılmaması da, bu çalışmanın konusunun belirlenmesine öncülük eden bir diğer sebebi oluşturmaktadır. Bu eserin hazırlanmasında amacımız, öncelikle, uygulamada yer alan sorunların çözümüne yardımcı olmaktır. Ayrıca bu alandaki mevzuat eksikliklerine kanun koyucunun dikkatini çekmek ve yapılacak kanunî düzenlemelere yol göstermek de bu çalışmanın bir diğer amacını oluşturur.

Alım hakkı konusunun genişliği ve çalışmanın doktora tezi niteliğinde olması kapsamlı bir incelemeyi gerektirmiştir. Bu çerçevede müessese, mümkün olduğunca, teorik ve uygulama bakımından bütün yönleriyle ele alınmaya çalışılmıştır. Buna karşılık, bazı konulara ise çalışmada yer verilmemiştir. Bu kapsamda, alım hakkı, özellikle Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu göz önüne alınarak

incelenmiştir. İnceleme yapılırken, niteliği kanundan doğan alım hakkı olup olmadığı tartışmalı olan Türk Medeni Kanunu'nun 226. ve 240. maddesindeki müesseselere ilişkin genel kanaatimiz ortaya konmuş ve bu müesseseler ayrıntılı olarak ele alınmamıştır. Bunun gibi, satış ilişkisi doğuran diğer hakları oluşturan önalım ve geri alım haklarına da, yalnızca bu müesseselere ilişkin karşılaştırmaların incelendiği başlıklarda yer verilmeye çalışılmıştır. Ancak yine de, müesseselerin birbirleriyle olan benzerliği, önalım ve geri alım hakkına ilişkin eser ve içtihatların da alım hakkı için yararlanılabilen birer kaynak olma niteliğini doğurmuştur. Bu sebeple, çalışmada, yer yer bu müesseselere ilişkin eserlerden dolayı olarak alım hakkı için de faydalanılmıştır. Buna ilaveten, alım hakkı incelenirken, hakkın konusu yönünden bir sınırlandırmaya da gidilmemiştir. Türk Borçlar Kanunu ile Türk Medeni Kanunu her ne kadar taşınmazları esas alan düzenlemeler getirmiş olsa da, bu çalışmada, alım hakkı çok daha geniş bir kapsamda ele alınmıştır. Bunun sonucu olarak, hakkın taşınırları konu aldığı haller ve özellikle ayrıca şirket payları üzerinde kurulan alım hakkı da bu çalışmada, ticaret hukuku alanında yazılan bir eser kadar olmasa da, mümkün olduğunca genel hatlarıyla ele alınmaya çalışılmıştır.

Çalışmamız, giriş ve sonuç kısımları hariç olmak üzere, toplam üç bölümden meydana gelmektedir. Birinci bölümde; alım hakkına ilişkin temel kavramlar, alım hakkının hukukî niteliği ve türleri, alım hakkına ilişkin Türk hukukunda ve yabancı hukukta yer alan hukukî düzenlemeler, hakkın fonksiyonları incelenmiş ve benzerlik gösteren diğer hukukî müesseselerden farkı ortaya konmuştur. İkinci bölümün konusunu ise, hukukî işlemden doğan alım hakkı oluşturmaktadır. Hakkın hukukî işlemden doğduğu haller incelenirken, sözleşmeden doğan alım hakkı esas alınarak konu ele alınmıştır. Bu kapsamda, sözleşmeden doğan alım hakkı terminoloji ve kavram yönünden incelenmiştir. Daha sonra, alım hakkı sözleşmesinin özellikleri ele alınmış ve bu sözleşmenin kurulması ve içeriği ayrıntılı bir şekilde anlatılmıştır. Bununla birlikte, ölüme bağlı tasarruftan doğan alım hakkına da özel bir başlıkta yer verilmiştir. Ancak yine de, hakkın bir ölüme bağlı tasarruftan doğduğu hallere ilişkin özellik arz eden hususlar, genel olarak sözleşmeden doğan alım hakkı anlatılırken ilgili yerlerde okuyucuya sunulmuştur.

Çalışmamızın son bölümünde ise, alım hakkı sözleşmesinin şekli, bu sözleşmede yer alan tarafların hak ve yükümlölükleri, alım hakkının kullanılması, şerhi, devri ve miras yoluyla geçmesi ile sona ermesi ele alınmıştır.

Çalışmamız, incelemeler sonucunda vardığımız kanaatlerin topluca yer aldığı sonuç bölümü ile nihayete ermektedir.



BİRİNCİ BÖLÜM

ALIM HAKKINA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR, ALIM HAKKININ HUKUKÎ NİTELİĞİ, TÜRLERİ, HUKUKÎ DAYANAĞI, FONKSİYONLARI VE BENZER MÜESSESELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

1.1. Alım Hakkına İlişkin Temel Kavramlar

1.1.1. Genel Olarak

Alım hakkına ilişkin temel kavramlar genel olarak hakkın kendisi, tarafları ve bu tarafların yapmış olduğu sözleşme ile bunun içeriği etrafında toplanır. Bu kavramlar genel olarak opsiyon müessesesi çerçevesinde ele alınmaktadır. Ancak alım hakkı açısından bu durum kayda değer bir önem taşımaz. Zira alım hakkı teknik anlamda bir opsiyon hakkıdır. Opsiyon hakkı türü olarak ise alım opsiyonunu karşılar. Dolayısıyla alım opsiyonuna ilişkin yapılan terminolojik ve kavramsal incelemeler birebir alım hakkı için de geçerlidir. Burada önemli olan, opsiyon hakkı çerçevesinde ele alınan kavramların alım hakkına yönelik yorumlanmasıdır. Başka bir deyişle, alım hakkına yönelik bir sınırlandırıcı ifade kullanılmasıdır. Zira opsiyon müessesesinde yer alan bazı kavramlar aynı şekilde alım hakkı müessesesinde de kullanılmaktadır. Örneğin; alım opsiyonu sahibi teknik olarak alım hakkı sahibini ifade etmektedir¹.

¹ Nitekim öğretide opsiyon sözleşmesi (*Optionsvertrag*) olarak ifade edilen terim, alım hakkı kapsamında, alım hakkı sözleşmesi (*Kaufrechtsvertrag*) olarak ele alınır. Aynı durum, az önce ifade ettiğimiz üzere, opsiyon hakkı veren (*Optionsgeber*) terimi için de geçerlidir. Burada da, alım hakkı kapsamında, alım hakkı veren (*Kaufrechtsgeber*) ifadesi kullanılmaktadır. Dolayısıyla terimlerin ifade ediliş tarzları farklı olsa da, içerikleri, birbirleriyle belirli istisnalar hariç hemen hemen aynıdır. Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz.: Philipp Meier Schleich, *Option und Optionsvertrag Vertragsherbeiführende Optionsrechte aus schuldrechtlicher Sicht*, ZStP - Zürcher Studien zum Privatrecht Band/Nr. 289 (Zürich/Basel/Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2018), 12.

Çalışmanın bu bölümünde alım hakkı ile birlikte ilgili kavramlar incelenmiştir. Bu inceleme yapılırken bazı terimler ve tanımlar eleştirel bir yöntemle ele alınmış ve bazı çözüm önerileri sunulmuştur.

1.1.2. Alım Hakkı

1.1.2.1. Terim

Alım hakkı, yeni Kanun döneminde *ıştira* hakkı ifadesi yerine kullanılmış bir terimdir. *İştira* kelimesi ise Arapça bir ifadedir. Kelime anlamı itibariyle “*satın alma*”², “*mübayaa etmek*”³ anlamlarına gelir. Bu yönüyle de kanun koyucu, yeni Kanun döneminde terminoloji açısından türkçeleştirme yoluna gitmiştir. Söz konusu terimin Latince karşılığı ise “*emptio*” sözcüğü ile ifade edilmektedir.

Türk hukukunda alım hakkı terimi ilk kez Türk Medeni Kanunu’nun 736. maddesindeki “... *alım ve geri alım* ...” şeklindeki ifadeye yer veren düzenlemeyle hayat bulmuştur. Nitekim Türk Borçlar Kanunu’nun 237 vd. yer alan hükümlerde de aynı şekilde alım hakkı teriminin kullanıldığı göze çarpmaktadır. Bu durum aslında eski Kanun döneminde yer alan “*ıştira hakkı*” terimi yerine yapılan tercihin bir sonucudur. Bunun dışında, şirket payları üzerinde kurulan hak da, aynı şekilde alım hakkı şeklinde ifade edilmektedir. Bununla birlikte, vadeli işlem ile opsiyon borsalarında alım hakkını karşılamak üzere kullanılan terim ise alım opsiyonudur. Hakkı karşılamak üzere kullanılan söz konusu terimlere ilişkin bu ayırım bir terim sorunu değil; birazdan aşağıda inceleyeceğimiz üzere, hakkın uygulama alanlarından doğan farklı terimsel tercihlerin bir sonucudur.

İsviçre hukukunda alım hakkı için “*Kaufrecht*” terimi kullanılmaktadır. Zira gerek İsviçre Borçlar Kanunu (OR Art. 216 vd.) gerekse İsviçre Medeni Kanununda yer alan düzenlemelerde (ZGB Art. 681 vd.) söz konusu müessese “*Kaufrecht*” terimi ile ele alınmıştır. Bununla birlikte, yabancı hukuk sistemlerinde alım hakkı terimini karşılamak üzere farklı başka terimlerin kullanıldığını da söylemek mümkündür. Bunlar “*Ankaufsrecht*”⁴, “*Verkaufsversprechen*”, “*Einstandsrecht*” şeklinde sıralanabilir⁵. Keza

² “TDK Büyük Türkçe Sözlük”, (Erişim Tarihi 16.06.2019), <http://sozluk.gov.tr>

³ “Lugat Osmanlıca Türkçe Sözlük”, (Erişim Tarihi 16.06.2019), <https://www.lugat.com/index.php#ceviri>

⁴ Ludwig Enneccerus ve Heinrich Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse, bearbeitet von Heinrich Lehmann*, 15. Auflage (Mohr Verlag, Tübingen, 1958), 476; Felix Röser, “Ankaufsrecht, Vorhand,

Almanya ve Avusturya hukukunda alım hakkı terimi özellikle “Ankaufsrecht” ve “Optionsrecht” olarak bilinmektedir⁶. Ancak alım yetkisi (Ankaufsberechtigung) terimini kullanan görüşlere rastlamak da mümkündür⁷.

Öğreti ve uygulamada yer alan terimlerin her birinin, terimsel karmaşıklığı ortadan kaldırmak amacıyla, incelenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu kapsamda, ilk olarak ele alınması gereken terim “Einstandsrecht”dir. Bu terim Alman hukukunda 15. ve 19. yüzyıllar arasında “Einlösungsrecht” terimi yerine kullanılmakta ve önalım hakkı bu hakkın kapsam itibarıyla satış sözleşmesiyle sınırlı özel bir türünü oluşturmaktaydı⁸. Zira o dönemlerde, önalım hakkının kullanılabilmesi için gerçekleşmesi gereken önalım

Einlösungsrecht und Option: ein Beitrag zur Lehre von den gesetzlich nicht geregelten Anrechten zum Kauf” (Dissertation, Bonn Univ., 1938), 15.

⁵ Erike Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht und verwandte Rechte an Aktien* (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG Verlag, 1970), 89. “Optionsrecht” terimini de dahil ederek ifade eden görüş için ayrıca bkz.: Arthur Meier-Hayoz, *Berner Kommentar, zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, 3. Teilband: Grundeigentum II* (ZGB Art. 680-701) (Bern: Stämpfli&Cie AG Verlag, 1975), Art. 681, Rn.25 ve Art. 683, Rn.17. Opsiyon (Option) terimini daha spesifik bir şekilde alım opsiyonu (Call Option) olarak ifade eden görüş için ayrıca bkz.: Peter Forstmoser ve Marcel Küchler, *Aktionärbindungsverträge Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis* (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG Verlag, 2015), Rn.1285.

⁶ Meier-Hayoz, ZGB Art. 683, 153.

⁷ Ernst Wolf, *Lehrbuch des Schuldrechts – Zweiter Band: Besonderer Teil, 1. Auflage* (Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1978), 56.

⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz.: bkz.: Dieter Henrich, *Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht*; 32 (Berlin: de Gruyter Verlag, 1965), 230 ve 297; Hans Carl Nipperdey, *Vorhand, Vorkaufsrecht und Einlösungsrecht, Zentralblatt für Handelsrecht* (Berlin: 1930), 300 vd.; Robert Haab vd., *Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/1, Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Zweite Auflage in neuer Bearbeitung der entsprechenden Abschnitte des Kommentars von Prof. C. Wieland, 1909* (Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1977), ZGB Art. 681, Rn.3. Bu terimler yerine “Anstandsrecht” ve “Anfallsrecht” terimlerinin de kullanıldığı yönünde ayrıca bkz.: Reinhard Riepl, *Wörterbuch zur Familien- und Heimatforschung in Bayern und Österreich, 3. Auflage Wörterbuch zur Familien- und Heimatforschung in Bayern und Österreich. 3. Auflage mit einem Nachtrag: Familienforschung Ahnenforschung Genealogie Lexikon Stammbaum (Deutsch) Taschenbuch* (Waldkraiburg: Reinhard Riepl Verlag, 2009), 116. İsviçre hukukunda “Zugrecht” terimi için ayrıca bkz.: Friedrich Staub ve Ludwig Tobler, *Schweizerisches Idiotikon (Wörterbuch der schweizerdeutschen Sprache, Gesammelt auf Veranstaltung der Antiquarischen Gesellschaft in Zürich und Beihülfe aus allen Kreisen des Schweizervolkes - Sechster Band (Bearbeitet von A. Bachmann/H. Bruppacher/E. Schwyzer/H. Blattner/J. Vetsch/J. U. Hubschmied)* (Mannheim: Verlag von Huber & Co, 1909), 307. “Einlösungsrecht” terimini geniş anlamda önalım hakkı şeklinde ele alan görüş için ayrıca bkz.: Nicki Werner Schilhabl, *Vorkaufsrechte an Gesellschaftsanteilen, Schriften zum Bürgerlichen Recht Band 450* (Berlin: Duncker&Humblot Verlag, 2016), 34; Nikolaus Geiben, *Der Vorvertrag im Internationalen Privatrecht: Band 135* (Frankfurt am Main: Europäischer Verlag der Wissenschaften, 2007), 66. Önalım hakkının, “Einlösungsrecht” müessesesinin kanunla düzenlenmiş bir özel türü olduğunu ifade eden görüş için ayrıca bkz.: Klaus Schurig, *Das Vorkaufsrecht im Privatrecht (Geschichte, Dogmatik, ausgewählte Fragen)* (Berlin: Duncker & Humblot Verlag, 1975), 94; Staudinger-Mader und Schermaier, § 463 ff., Rn.39. Wertenbruch da, burada geniş anlamda bir önalım hakkından bahsetmektedir. Bu yönde bkz.: Johannes Wertenbruch, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Schuldrecht 4/2 §§ 454 - 480 (Band 6/2), 13. Auflage* (Stuttgart: W. Kohlhammer Verlag, 2009), BGB § 463, Rn.29.

olayının kapsamında yalnızca satış sözleşmesi yer almaktaydı. Ancak taraflar, hakkın konusu eşyanın devrine yönelik farklı türdeki, örneğin bağışlama veya mal değişim sözleşmeleri gibi hukukî işlemleri de hakkın kullanılması açısından önalım olayının kapsamına dahil edebilmekteydi. İşte bu durumlarda, söz konusu hak genel olarak “*Einlösungsrecht*”⁹ şeklinde bir üst kavram¹⁰ ile ifade edilmekteydi¹¹. Başka bir deyişle, burada üçüncü kişiyle yapılan devir sözleşmesi (*Veräußerungsvertrag*) sadece satış sözleşmesiyle sınırlı olmamakta; diğer farklı devir işlemleri de hakkın kullanımı açısından bir ön şart olarak yer almaktaydı¹². Ancak önalım hakkını da kapsayan böylesine geniş bir terimin alım hakkı yerine kullanılması hukukî açıdan pek doğru gözükmemektedir. Zira bu iki hak arasında her şeyden önce önemli fonksiyon farkları bulunmaktadır. Ayrıca alım hakkı, önalım hakkına nazaran çok daha geniş kapsamlı bir terimdir. Nitekim günümüz hukuk öğretisinde de, önalım hakkı, çoğunluk tarafından alım hakkının özel bir türü olarak kabul edilmektedir¹³. Dolayısıyla önalım hakkından

⁹ “*Einlösungsrecht*”, yükümlü tarafından devredilen şeyi aynı koşullarla iktisap etme imkânı veren bir hak olarak tanımlanmaktadır. Bu yönde bkz.: Staudinger-Mader und Schermaier, *J. von Staudingers – Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse §§ 433 – 480 (Kaufrecht), Neubearbeitung von Roland Michael Beckmann/Annemarie Matusche-Beckmann/Martin Josef Schermaier (Redaktor: Michael Martinek), BGB Neubearb. 2014 (Berlin: Sellier de Gruyter Verlag, 2014), § 463 ff., Rn.39.*

¹⁰ BeckMüKo-Westermann, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4 Schuldrecht – Besonderer Teil I §§ 433 – 534, Finanzierungsleasing – CISG (Redakteur: Dr. Dres. H.c. Harm Peter Westermann)*, 8. Auflage (München: C.H.Beck Verlag, 2019), *BGB § 463*, Rn.6.

¹¹ Röser, “Ankaufsrecht”, 20. Hak sahibinin, hakkını kullanmak suretiyle borçlu ile arasındaki kuracağı sözleşme satış sözleşmesi olmak zorunda değildir. Borçlu kimse üçüncü kişiyle ne tür bir sözleşme yapmış ise, hak sahibi ile yükümlü arasında da aynı tür sözleşme kurulmaktadır. Bu yönde bkz.: Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 94; Nipperdey, *Vorhand*, 301-303; Ennecerus ve Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, 476. Hak sahibinin, üçüncü kişinin borçlandığı karşı edim değerinde bir parasal edimi yerine getirmesinin yeterli olduğu yönünde ayrıca bkz.: Matthias Casper, *Der Optionsvertrag, Jus Privatum Beiträge zum Privatrecht Band 98* (Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, 2005), 86. Aksi yöndeki görüş için ayrıca bkz.: Geiben, *Der Vorvertrag*, 66.

¹² Soergel-Wertenbruch, *Soergel BGB – Soergel BGB – Bürgerliches Gezetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Band 6/2 Schuldrecht 4/2 §§ 454-480 (begründet von Dr. Hs. Th. Soergel, Bayer. Hofrat - neu herausgegeben von Dr. W. Siebert, o. Professor der Rechte in Heidelberg)*, 13. neubearbeitete Auflage (Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 2009), *BGB § 463*, Rn.29.

¹³ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.26’da anılan yazarlar. Önalım hakkında koşula bağlı bir alım hakkının söz konusu olduğu yönünde ayrıca bkz.: Christoph Noelpp, *Eine Studie zur rechtlichen Erfassung des Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufrechts* (Basel und Frankfurt am Main: Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1987), 8. Alman hukukunda aynı yönde bkz.: Bruno Bergerfurth, Lutz Menard ve Dieter Fuchs, *Das Kaufrecht – Kaufvertrag, Haftung bei Rechts- und Sachmängeln, Besondere Arten des Kaufs, Internationales Kaufrecht* (Freiburg: Rudolf Haufe Verlag, Freiburg, 1992), Rn.158. Öğretide yer alan bir başka görüş de, önalım olayının gerçekleşmesinden itibaren önalım hakkının alım hakkıyla eş konuma geldiğini ifade etmektedir. Bu yöndeki görüş için bkz.: Jonas Rüegg, *Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte an Grundstücken (Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft –LBR- Band 89)* (Zürich/Basel/Genf: Schulthess Juristische Medien AG Verlag, 2014), Rn.55, 749 ve 854.

yola çıkarak alım hakkına yönelik bir terminolojik belirleme, alım hakkını ifade etmede kanaatimizce yetersiz kalmaktadır.

Alım hakkına ilişkin incelenmesi gereken bir diğer terim “*Optionsrecht*”, yani opsiyon hakkıdır. Zira öğretide alım hakkı yerine opsiyon hakkı teriminin kullanılması birtakım eleştirilere sebep olmuştur. Eleştirilerin temelinde ise bu iki terimin birbirlerine eş anlamlı olarak kullanılması yer alır¹⁴. Ancak aşağıda da inceleneceği üzere¹⁵, opsiyon hakkı, alım hakkından daha geniş kapsama sahip olan bir terimdir. Bu sebeple de meselenin ayrıca ele alınması gerekmektedir.

Alım hakkı esasında opsiyon hakkının bir türünü oluşturur. Bu ise, alım opsiyonudur (*Kaufsoption/Call Option*)¹⁶. Alım opsiyonu, tek taraflı beyanla içeriği önceden belirlenmiş bir satış sözleşmesinin kurulmasını sağlar¹⁷. Dolayısıyla alım opsiyonu teknik anlamda alım hakkını karşılayan bir terimdir. Burada özel olarak alım hakkı (*Kaufrecht*) teriminin kullanılmasının sebebi, İsviçre kanun koyucusunun taşınmaz satışına ilişkin düzenlemelerde bu şekilde özel bir terime yer vermiş olmasıdır¹⁸. Dolayısıyla uygulamada alım hakkı yerine kullanılan opsiyon hakkı terimiyle ifade edilmek istenen aslında alım opsiyonudur. Nitekim opsiyon hakkı ile özellikle hisse ve uçak alımlarında karşılaşilmektedir¹⁹. Bu alanlarda karşılaşılan opsiyon türü ise alım opsiyonundan başka bir şey değildir.

Alım hakkı terimine ilişkin incelenmesi gereken bir diğer ifade “*Ankaufsrecht*” olarak karşımıza çıkmaktadır. Alman kanun koyucu, “*Ankaufsrecht*” ifadesine ilişkin olarak mevzuatta herhangi bir tanıma yer vermemiştir²⁰. Bununla birlikte Alman

¹⁴ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 89.

¹⁵ Bkz.: Birinci Bölüm, Opsiyon başlığı.

¹⁶ Schleich, *Option*, 12; İsmail Kırcı, *Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2000), 202; Necip Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm (Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı) – İkinci Cilt*, 4. Bası (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2008), 110; Başak Bak, “Borsa Opsiyon Sözleşmesi”, *AÜSBFD*, 64/4 (2009): 48. Alım opsiyonu terimi ile özellikle menkul kıymetler borsası alanında karşılaşıldığı yönünde ayrıca bkz.: Christian Brückner ve Mathias Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte Schweizer Immobiliarsachenrecht für Praktiker* (Zürich/Basel/Genf: Schulthess Juristische Medien AG Verlag, 2016), Rn.453.

¹⁷ Schleich, *Option*, 12. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz.: BGer 4A_159/2014 vom 18.6.2014 E.4.3, 5; BGer 4C.214/2003 vom 21.11.2003 E.2.4; BGer 2A.660/2006 vom 8.6.2007 E.4.2 ff (Schleich, *Option*, 12, dpn.27’den naklen).

¹⁸ Zira burada alelade anlamda bir alım opsiyonu söz konusudur.

¹⁹ Noelpp, *Eine Studie*, 5.

²⁰ Bu doğrultuda bkz.: Erman-Grunewald, *Erman BGB: Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und*

hukukunda söz konusu terim, esasında İsviçre hukukundaki alım hakkı (*Kaufrecht*) teriminin yerine kullanılmaktadır²¹. Ancak buna rağmen, ondan, iki yönüyle ayrılan niteliklere sahiptir. Birincisi, Alman hukukunda, Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinde düzenlenen alım hakkı gibi muayyen bir müessese söz konusu değildir²². Başka bir deyişle söz konusu terim, Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinden farklı olarak, her zaman satış sözleşmesini kurmaya yönelik bir yenilik doğuran hakkı karşılamaz²³. Buna ilaveten, satışa yönelik bir önsözleşme (*Kauf-Vorvertrag*), bağlayıcı bir satış önerisi (*ein bindendes Verkaufsangebot*) veyahut da koşula bağlı bir satış sözleşmesi de (*ein bedingtes Kaufvertrag*) söz konusu olabilir. En nihayetinde bu hallerin hepsi “*Ankaufsrecht*” terimi içerisinde yer alır²⁴. İkinci olarak, “*Ankaufsrecht*” müessesesinde bir yenilik doğuran hakkın söz konusu olduğu hallerde dahi, her zaman bir alım hakkından bahsetmek mümkün değildir. Zira opsiyon hakkının söz konusu olduğu, yani hak sahibinin dilediği zaman ya da belirli koşullarla tek taraflı irade beyanını ileri sürerek kurduğu sözleşme ancak bir satış sözleşmesi ise, buradaki hak “*Ankaufsrecht*” olarak ifade edilmektedir²⁵. Ancak bunun için hakkı kullanan taraf, hakkın kullanımı

WEG, *Bürgerliches Gesetzbuch Band 1 §§ 1-761*, (Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Harm Peter Westermann/Prof. Dr. Barbara Grunewald/Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer), 15. Auflage (Koeln: Otto Schmidt, 2017), *BGB § 455*, Rn.4.

²¹ Alman hukukunda bu yönde bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 229. İsviçre hukukunda ayrıca bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 89; Noelp, *Eine Studie*, 15.

²² Casper, *Der Optionsvertrag*, 86.

²³ Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 86, dpn.61.

²⁴ Staudinger-Mader und Schermaier, *§ 463 ff.*, Rn.41; Geiben, *Der Vorvertrag*, 68. Nitekim Grunewald da, bu müesseseyi önsözleşmeyi de içerisine alacak şekilde geniş bir çerçevede incelemektedir. Bu incelemeye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Erman-Grunewald, *BGB § 456*, Rn.4

²⁵ Henrich, *Vorvertrag*, 229; Casper, *Der Optionsvertrag*, 86-87; Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts – I. Band: Allgemeiner Teil*, Vierzehnte, neubearbeitete Auflage (München: C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1987), 87; Enneccerus ve Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, 476; Staudinger-Bork, *J. von Staudingers – Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 1 – *Allgemeiner Teil §§ 139 – 163 (Allgemeiner Teil 4b)*, Neubearbeitung von Reinhard Bork/Herbert Roth (Redaktor: Sebastian Herrler), *BGB Neubearb.* 2015 (Berlin: Sellier de Gruyter Verlag, 2015), *Vorbem zu § 145-156*, Rn.69; Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 93-94; Karl Larenz, “Die rechtliche Bedeutung von Optionsvereinbarungen”, *DB*, (1955): 211; Götz Hueck, “Erwerbsvorrechte im Gesellschaftsrecht”, içinde *Festschrift für Larenz*, editörler von Gotthard Paulus, Uwe Diedrichsen ve Claus-Wilhelm Canaris (München: C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1973), 752. Geri alım hakkının da bu kapsamda “*Ankaufsrecht*” müessesesi içerisinde yer aldığı yönünde bkz.: Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 94. Bu çerçevede geri alım hakkını, isabetli bir şekilde, opsiyon hakkı müessesesi içerisinde ele alan görüş için bkz.: Soergel-Wolf, *BGB Vor § 145*, Rn.70. Önalım ve alım hakkını birlikte ele alan bir diğer görüş için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 12. “*Ankaufsrecht*” terimini opsiyon hakkı kapsamında ele alan Alman hukukundaki diğer görüşler için ayrıca bkz.: BRHP-Werner Eckert, *BRHP Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, Allgemeiner Teil Band 1 §§ 1-480*, (Herausgegeben von Heinz Georg Bamberger/Wolfgang Hau/Herbert Roth/Roman Poseck), 4. Auflage (München: C.H. Beck Verlag, 2019), *§ 145*, Rn.286; HKK-Finkenauer, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band I: Allgemeiner Teil §§1-240*, (Herausgegeben von Mathias Schmoeckel/Joachim Rückert/Reinhard

neticesinde kurulan satış sözleşmesinin alıcı tarafını oluşturmalıdır. Aksi takdirde alım hakkından (*Ankaufsrecht*) ziyade bir satım hakkı (*Verkaufsrecht*) söz konusu olur²⁶. Dolayısıyla geri alım hakkı da, işte bu sebeple “*Ankaufsrecht*” müessesesi içerisinde yer alır²⁷. Zira geri alım hakkında da, hak sahibi, kurulan satış sözleşmesinin alıcı tarafını oluşturur. Bu yönüyle de, söz konusu terim, münhasıran alım hakkından ziyade; onu da içerisine alan bir üst terim olarak karşımıza çıkar²⁸.

Zimmermann) (Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, 2003), §158-163, Rn.40; jurisPraxisKom-Alpmann-Pieper, *Juris PraxisKommentar BGB, Band II: Schuldrecht Teil 2.2 §§433-630* (Verfasserangabe: Roland Michael Beckmann), (Gesamtherausgeber: Prof. Dr. Maximilian Herberger/Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Martinek M.C.J./Prof. Dr. Stephan Weth), 5. Auflage (Saabrücken: juris GmbH, 2010), BGB 5. Aufl., § 456, Rn.8.

²⁶ Brüter, Backmann ve Schulze, kavramsal tanımlamayı yaparken hak sahibinin bulunduğu pozisyondan hareket ederek meseleyi incelemektedirler. Buna göre, hak sahibi açısından bir şeyin iktisabı söz konusu ise, “*Ankaufsrecht*”; şayet bir şeyin satışı gündemde ise satım hakkı olarak ifade edebileceğimiz “*Verkaufsrecht*” bulunmaktadır. İlk durum, teknik anlamda *Call-Option* müessesesini karşılarken; ikinci durumda ise bir *Put-Option* söz konusudur. Dolayısıyla bu görüşün meseleyi ele alış tarzı, teorik anlamda farklı sonuca ulaşmamaktadır. Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 145*, Rn.52; jurisPraxisKom-Backmann, *Juris PraxisKommentar BGB, Band I: Allgemeiner Teil §§1-240* (Verfasserangabe: Klaus Vieweg), (Gesamtherausgeber: Prof. Dr. Maximilian Herberger/Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Martinek M.C.J./Helmut Rüßmann/Prof. Dr. Stephan Weth), 5. Auflage (Saabrücken: juris GmbH, 2010), § 145, Rn.56; BeckNomosHK-Schulze, *Nomos Kommentar – BGB Allgemeiner Teil / EGBGB: Band 1* (Herausgegeben von Dr. Thomas Heide/Dr. Rainer Hüftage/Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel/Prof. Dr. Ulrich Noack), 3. Auflage (Baden: Nomos Verlag, 2016), *BGB § 145-157*, Rn.36. Bu doğrultuda ayrıca bkz.: PWW-Brinkmann, *Prütting/Wegen/Weinreich – Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar* (Herausgegeben von Prof. Dr. h.c. mult. Hanns Prütting/Prof. Dr. Gerhard Wegen, L.L.M./Gerd Weinreich), 14. Auflage (Koeln: Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Luchterhand Verlag, 2019), *BGB § 145 ff*, Rn.32. “*Verkaufsrecht*” terimi yerine isabetsiz bir şekilde “*Vorkaufsrecht*” terimini kullanan görüş için bkz.: Soergel-Wolf, *BGB Vor § 145*, Rn.70. İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.453, 460. Opsiyon hakkı üst başlığı altında Brüter ile aynı görüşleri paylaşan Alman yazarlar Möslin ve Busche’nin açıklamaları için ayrıca bkz.: BeckOGK-Möslin, *GrossKommentar (beck-online) – Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil - Hrsg: Hager (Gesamthrg: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann)*, Stand: 01.05.2019 (München: C.H.Beck Verlag, 2019), *BGB § 145*, Rn.84; BeckMüKo-Busche, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I Allgemeiner Teil I §§ 1 – 240, AllgPersönlR – ProstG – AGG (Redakteurin: Dr. Claudia Schubert)*, 8. Auflage (München: C.H.Beck Verlag, 2018), *BGB Vor § 145*, Rn.70.

²⁷ Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 94. Bununla birlikte, önalım hakkında, hak sahibi her ne kadar satış sözleşmesinin alıcı tarafını oluştursa da, burada teknik anlamda bir “*Ankaufsrecht*” müessesesi yer almaz.

²⁸ Her iki terimin de, isabetsiz bir şekilde, aynı anlamı karşıladığını ileri süren görüş için bkz.: Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 89. Bunun birlikte, alım hakkının uygulamada kazanmış olduğu bir terim de söz konusudur. O da, “tehlikeli müessese” (*fatale institution*) terimidir. Bu terimin doğumu, hakkın, bir malı normal değerinden daha düşük bir bedelle alabilme imkânı veren spekülative fonksiyonundan kaynaklanmaktadır. Burada ifade edilmek istenen husus ise, alım hakkının, hak sahibinin elinde adeta tek taraflı bir silaha dönüşmesi ve hakkı dilediği gibi kullanabilme imkânıdır. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: Peter Liver, *Das Eigentum, Schweizerisches Privatrecht, Band V/1* (Basel/Stuttgart: Helbing Lichtenhahn Verlag, 1997), 214; Leana Maria Isler, *Die im Grundbuch vormerkbaren persönlichen Rechte Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrecht Miete und Pacht und ihre steuerrechtliche Behandlung* (Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1989), 10.

1.1.2.2. Kavram

Türk ve yabancı hukuk öğretilerine bakıldığında, alım hakkına ilişkin olarak birbirinden az veya çok farklı olmakla birlikte, birçok tanıma yer verildiği görülmektedir. Kavram çeşitliliğine ilişkin bu durum aslında oldukça normaldir. Zira hem Türk hem de Almanya ve İsviçre hukuk sistemlerinde mevzuatta alım hakkının tanımına ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bunun sonucu olarak da, bir tanım yapma imkânı ve görevi adeta hukuk uygulama ve öğretisine bırakılmıştır.

Alım hakkı, en sade anlatımla, hak sahibine tek taraflı irade beyanında bulunarak hakkın muhatabı ile kendi arasında bir satış ilişkisi kurma ve böylelikle de hakkın konusu (satış konusu) şeyi iktisap edebilme imkânı veren bir haktır. Hem Türk hem de İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde farklı şekillerde ele alınan tanımlar da aslında genel olarak bu sonuca ulaşmaktadır. Ancak yine de, alım hakkının ele alınış tarzındaki farklılık veyahut da hakkın belirli bir niteliğinden hareket edilmesi birbirinden farklı tanımların yapılmasına sebep olmuştur.

Türk hukukunda alım hakkı kavramı, az çok farklılıklar ihtiva etmek ile birlikte, sahibine hakkın konusu malı dilediği zamanda veyahut da belirli hallerde önceden kararlaştırılan şartlar altında tek taraflı bir irade beyanı ile satın alma yetkisi veren yenilik doğuran bir hak olarak tanımlanmaktadır²⁹. Bu durum İsviçre hukuku açısından

²⁹ Vedat Buz, *Yenilik Doğuran Haklar* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2005), 147; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, 7. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2019), 417; Gökhan Şahan, *Tapu Sicilinde Kişisel Hakların Şerhi* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020), 73; Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (İzmir: İleri Kitabevi, 2013), 290; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Şu'fa Hakkı* (İstanbul: Nazari ve Tatbiki Hukuk Eserleri, 1959), 20; Kemal Tahir Gürsoy, *Türk Eşya Hukukunda Zilyedlik ve Tapu Sicili* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970), 351; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku*, 14. Baskı (İzmir: Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 2018), 394; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 9. Baskı (İstanbul: Beta Yayınevi, 2014), 248; Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 3. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2014), 459-460; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 21. Baskı (Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018), 542 vd.; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku II Mülkiyet*, 9. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 425; Kemal Tevfik Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 2. Baskı (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984), 642 vd.; Hasan Erman, *Eşya Hukuku Dersleri*, Gözden Geçirilmiş 8. Basım (İstanbul: DER Yayınları, 2018), 127; Aydın Zevkliler ve K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 17. Bası (Ankara: Turhan Kitabevi, 2017), 68; Arif Barış Özbilen, *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016), 282; Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 12. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2019), 202; M. Tahir Sebük, *Türk Medeni Kanununda Şu'fa Vefa Ve İştira Hakları Nazariyat ve Tatbikat* (İstanbul: Kader Basımevi, 1951), 25; M. Tahir Sebük, "İştira Hakkı", *ABD*, 1/2 (1944): 3; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991), 616; Necip Kocayusufoğlu, *Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi* (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1959), 91;

da hemen hemen aynıdır³⁰. Bununla birlikte, Türk hukukunda alım hakkını, bir taşınmaz malikinden kararlaştırılmış şartlar altında ve belirlenmiş bedel karşılığında tek taraflı bir irade beyanıyla o taşınmazı satın alma yetkisi veren bir hak olarak ele alan görüşlere rastlamak da mümkündür³¹. Nitekim **Yargıtay** da, alım hakkını, genel olarak gayrimenkul takyitleri kapsamında ele almakta ve taşınmazlar ile sınırlı olarak bir tanım ortaya koymaktadır³².

Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992), 121; Hasan Pulaşlı, *Şarta Bağlı Hukukî İşlemler ve Sonuçları* (Ankara: Dayınlarlı Yayıncılık, 1989), 97; Selahattin Sulhi Tekinay, *Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri II/1* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1988), 2; Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Bölüm)*, 16. Baskı (İstanbul: Beta Basım Yayın, 2019), 142. İsabetsiz bir şekilde bağışlama sözleşmesini de kapsayacak şekilde tanım ortaya koyan görüş için bkz.: Barış Karaküçük, “Alım (İştira) Hakkı” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2021), 11.

³⁰ İsviçre hukukunda alım hakkını, hak sahibine belirli bir şeyi tek taraflı irade beyanıyla iktisap etme imkânı veren bir hak şeklinde tanımlayan görüşler için bkz.: Peter Böckli ve Lukas Morscher, “Aktionärbindungsverträge: Übertragbarkeit und Geltungsdauer von Optionsrechten”, *SZW*, (1997): 54; Damian Fischer, *Anderungen im Vertragsparteienbestand von Aktionärbindungsverträgen (Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 281)*, 1. Auflage (Zürich/St. Gallen: Dike Verlag AG, 2009), 69 vd.; Hans Glattfelder, “Die Aktionärbindungsverträge”, *ZSR*, II/78 (1959): 334a; Eric Haymann, *Aktienübernahmevereinbarungen zwischen Mehrheits- und Minderheitsaktionären, Ein Vorschlag zu einem wirksamen Minderheitenschutz, vor allem in kleinen und mittleren Aktiengesellschaften* (Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1973), 95; Monika Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2001), 88 vd.; Hanspeter Kläy, *Die Vinkulierung, Theorie und Praxis im neuen Aktienrecht* (Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1997), 460; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.25; Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.452; Noelpp, *Eine Studie*, 5; Dieter Zobl, “Die pfandrechtliche Sicherung von Erwerbsberechtigungen in Aktionärbindungsverträgen”, içinde *Neue Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift zum 60. Geburtstag von Peter Forstmoser*, editörler Hans Caspar von der Crone vd. (Zürich: Universität Zürich – Rechtswissenschaftliches Institut, 2003), 404. Alım hakkını, hak sahibine, bir eşyayı belirli veyahüt da en azından belirlenebilir bir bedel karşılığında satın alma yetkisi veren bir hak olarak tanımlayan görüş için ayrıca bkz.: Roland Pfäffli, “Vom alten zum neuen bäuerlichen Bodenrecht”, *ZJWP*, recht 1993 (1993): 165.

³¹ Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku – Genişletilmiş ve 6750 Sayılı Kanun Eklenmiş*, 8. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2019), 322; M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, 24. Bası (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018), Knr.558; Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt:I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri*, 8. Baskı (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013), Knr.1003. Taşınmazlar kapsamında aynı yöndeki bir başka tanım için bkz.: Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 5. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2017), 219.

³² “İştirak hakkı bir kişinin bir taşınmazın başkasına satılmış olmasına tabi olmadan kararlaştırılmış bir bedelle satın alabilmek yetkisini veren bir gayrimenkul takyididir.” Y. HGK, 7.12.1979, E. 1977/12-989, K. 1979/1507, www.kazanci.com.tr, E.T. 15.01.2021. “İştira hakkı alıcı tarafından kullanılırsa, taşınmaz maliki, sözleşmede kararlaştırılan koşullarla taşınmazı satma satış sözleşmesi yaparak tescil talebinde bulunma (ferağ verme) borcu altına girer; bunun yanında alacaklı da sözleşmede belirtilen taşınmaz satış bedelini malike ödeme borcu ile yükümlü olur.” Y. 1. HD, 13.6.2000, E. 2000/4392, K. 2000/7733, www.kazanci.com.tr, E.T. 15.01.2021.

Alım hakkına ilişkin Alman hukukunda en eski tanımlardan birini ortaya koyan **Triebel** ve **Merten**'e göre ise, alım hakkı, bir taşınmaz sahibinden, o taşınmaza ilişkin olarak satış sözleşmesinin yapılmasını talep etme yetkisi veren bir haktır³³.

Öğretide yer alan bir başka görüş, alım hakkını, hukukî işlemle kurulan ve bir şeyi belirli bir zamanla sınırlı olmak kaydıyla istenildiği anda satın alma yetkisi veren bir hak olarak ele almaktadır³⁴. Bu görüşe göre, satıcı burada hakkın konusu şeyi satma borcu altında iken, hak sahibi olan kişinin bir yükümlülüğü bulunmaz. O, söz konusu

³³ Merten, *Das Ankaufsrecht in: DRZ*, 1928, 383; Güthe-Triebel, *Grundbuchordnung*, 6. Auflage, Band.I, Berlin 1936, 187 (Röser, "Ankaufsrecht", 15, dñ.9 ve 10'dan naklen). Buna paralel olarak Alman hukukunda başka yazarlar tarafından da, alım hakkı, tarafların anlaşmasıyla birlikte satıcı sıfatına sahip olacak olan tarafın bir satış sözleşmesi yapma borcu altına girdiği bir hak olarak tanımlanmıştır. Buna göre, burada satıcıdan belirli veyahut da belirlenebilir bir şeye ilişkin olarak satış sözleşmesinin yapılmasını talep edebilme hakkı söz konusudur. İlgili görüş için bkz.: Röser, "Ankaufsrecht", 15. Taşınmazlar kapsamında alım hakkını, hak sahibine, bir taşınmaz üzerindeki mülkiyeti sözleşmede kararlaştırılmış olan şartlar çerçevesinde her zaman talep etme yetkisi veren hak şeklinde tanımlayan İsviçre hukukunda yer alan görüş için bkz.: Vito Roberto, "Teilrevision des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechts", *ZJWP*, recht 1993 (1993): 172. Aynı şekilde, taşınmazlar kapsamında İsviçre Borçlar Kanunu'nun md. 216 vd. yer alan hükümlerden hareket ederek, alım hakkını, hak sahibinin arzusuna bağlı olarak veya belirli şartlar altında bir taşınmazı içeriği önceden tayin edilmiş koşullar çerçevesinde her zaman ya da daha doğru bir ifadeyle önceden kararlaştırılan süre içerisinde satın alabilme yetkisi olarak tanımlayan görüş için bkz.: Hans Giger, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch, 3. Abschnitt: Der Grundstückkauf Art. 216–221 OR* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 1997), OR Art. 216, Rn.43. Bunun gibi, İsviçre Medeni Kanunu md. 683'ten yola çıkarak, alım hakkını, hak sahibinin hakkın konusu şeyi tek taraflı irade beyanıyla satın almasını sağlayan şahsî bir hak olarak ele alan görüş için bkz.: Haab vd., *ZGB Art.683*, Rn.1. Hakkın konusu yönünden aynı yönden hareket eden ve fakat hakkın muhtevasını daha doğru bir şekilde ele alan ve alım hakkını, hakkı alan kişiye, taşınmaz malikini tek taraflı irade beyanıyla o taşınmaz mülkiyetini kendisine devretmekle yükümlü kılan bir hak olarak tanımlayan görüş için ayrıca bkz.: Jolanta Kren Kostkiewicz vd., *OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht - OFK - Orell Füssli Kommentar (Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf)*, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage (Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 2009), OR Art.216, Rn.2; CHKommentar-Binder, *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil I: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe (Herausgeber: Markus Müller-Chen/Claire Huguenin/Daniel Girsberger)*, 2. Auflage (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2012), OR Art. 216, Rn.1.

³⁴ Oskar Allgäuer, *Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufsrecht nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuches* (Aarau: H. R. Sauerländer & Co. Verlag, 1918), 24. Bunun gibi, zamansal sınırlamaya vurgu yapan bir başka görüş de, alım hakkını, hakkın kurulmasıyla birlikte taraflardan birine (ismen alım hakkı sahibi olarak da ifade edilen), bir şeyi belirli bir süreyle sınırlı ve tayin edilmiş olan koşullarla olmak kaydıyla, istediği zaman tek taraflı irade beyanıyla sözleşmenin diğer tarafı olan alım hakkı yükümlüsünden iktisap etme yetkisi veren bir hak olarak tanımlamıştır. Burada alım hakkı yükümlüsünün kesin ve geri dönülemez bir şekilde eşyanın satışını üstlendiği kapsamlı bir sözleşme söz konusudur. Bu görüş için bkz.: Walter Ott, "Die Abtretung vertraglicher Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte als Vertragsübernahme", *ZBGR*, 0/59 (1978):, 260.

şeyi alıp almama ve almak istemesi durumunda da bunu ne zaman yapacağına kendisi verir³⁵.

Hakkın koşula bağlanabilme unsuruna vurgu yapan bir başka görüşe göre ise, alım hakkı, hukukî işlem ile tanınan bir yetkidir ki, hak sahibi bu yetkiyle, koşulun gerçekleşmesinden sonra hemen ya da belirli bir zamanla sınırlı olmak kaydıyla her zaman bir eşyayı önceden kararlaştırılmış olan şartlarla satın alma hakkına sahip olur³⁶.

Alım hakkına yönelik oldukça geniş kapsamlı bir tanım yapan bir başka görüşe göre ise, alım hakkı, bir alım hakkı sözleşmesi veya ölüme bağlı tasarruf ile kurulan ve hak sahibine bir taşınır veya taşınmazı önceden tayin edilmiş şartlar çerçevesinde belirli bir süreyle sınırlı olmak kaydıyla dilediği zaman ya da belirli koşullar altında satın alabilme yetkisi veren bir haktır³⁷.

Öğretide yapılmış olan tanımlarda, alım hakkı müessesesinin belirli bir yönüyle ele alındığı görülmektedir. Buradaki çeşitliliğin temel sebebi, alım hakkına yönelik farklı bir yaklaşımın ortaya konmuş olmasından değil; bilakis hakkın muhtevastındaki farklı bir nitelikten hareket edilerek tanımlanmış olmasından kaynaklanmaktadır. Bu

³⁵ Allgäuer, *Kaufrecht*, 24. Hakkın pratik yönüne vurgu yapan ve alım hakkını bu yönüyle, hak sahibinin, satım hukukuna ilişkin bir yükümlülük altına girmeksizin satış konusunu iktisap etme imkânı olarak tanımlayan görüş için bkz.: Noelpp, *Eine Studie*, 5. Bu doğrultuda ayrıca bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683, Rn.7*. Buna paralel olarak, hakkı, hak sahibine hakkın muhatabı olan yükümlünün arzusundan bağımsız bir şekilde, bir şeyi tek taraflı irade beyanıyla satın alma yetkisi veren bir hak olarak tanımlayan görüşler için bkz.: Christian Brückner, *Der Grundstückskauf, Der Grundstückskauf Vorkaufsvertrag, Kaufrechtsvertrag, Begründung von Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechten*, Erschienen in: Alfred Koller, *Der Grundstückskauf - § 10 Verwandte Verträge (Vorvertrag, Vorkaufsvertrag, Vertrag auf Begründung eines Kaufrechts bzw. Rückkaufsrechts)*, 2. Auflage (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2001), Rn. 131; Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1285.

³⁶ Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 89.

³⁷ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683, Rn.16*; Isler, *Grundbuch*, 10; Roland Pfäffli ve Amédéo Wermelinger, “Grundstückskauf, Kaufvorvertrag – Vorkaufsrecht, Kaufrecht und Rückkaufsrecht”, *SJZ*, 0/113 (2017): 519; Roland Pfäffli ve Daniela Byland, “Vorkaufsrecht, Kaufrecht, Rückkaufsrecht An Grundstücken”, *AWR*, (2013): 292. Pfäffli, bir başka eserinde, alım hakkını, nispeten daha dar kapsamlı olarak, hak sahibinin belirli bir süre içerisinde isteği zaman veyahut da daha önceden kararlaştırılmış koşullar altında bir şeyi bu belirlenmiş koşullarla satın alma yetkisi içeren bir hak olarak tanımlamıştır. Bu yönde ayrıca bkz.: Roland Pfäffli, *Beurkundung des Kaufpreises (Der Grundstückskauf / La vente immobilière Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 20. Januar 2009 in Zürich und Lausanne)* (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2010), 48. Aynı yazarlar bir başka ortak eserlerinde ise, alım hakkını, aslında satıcı ve hak sahibinin bir satış sözleşmesini kurması halinde var olacak olan bir hukukî duruma hak sahibinin tek taraflı irade beyanıyla ulaşmasını sağlayan bir hak olarak ele almışlardır. Bu yönde bkz.: Pfäffli ve Byland, “Vorkaufsrecht”, 292. Kober ise, alım hakkını, bir şeyi belirli koşullar altında belirli bir fiyatla iktisap edebilme hakkı olarak tarif etmektedir. Bu tanımı aktaran yazar için bkz.: Röser, “Ankaufsrecht”, 16.

sebeple de, alım hakkının kapsamlı ve güncel bir tanımının yapılabilmesi amacıyla, öğretide ortaya konan tanımların ele alınması gerekmektedir.

Öncelikle alım hakkını bir taşınmazdan hareket ederek tanımlayan görüşler³⁸ alım hakkını oldukça dar kapsamlı ele almaktadır³⁹. Gerçekten de bu görüşlere göre, alım hakkı, her halukârda sadece taşınmazlar üzerinde kurulmaktadır. Bu noktada şunu ifade etmek gerekir ki, hakkın bu şekilde dar kapsamlı ele alınması, kanaatimizce, oldukça normaldir. Zira alım hakkı özellikle taşınmazlar üzerinden kurulan bir haktır⁴⁰. Nitekim Türk ve İsviçre hukukunda da, alım hakkına, taşınmaz satışına ilişkin düzenlemelerde yer verilmiştir. Dolayısıyla her bir hukuk sisteminde yer alan görüşleri böyle bir yanılgıya götüren oldukça makûl sebepler söz konusudur. Ancak günümüzde alım hakkının uygulama alanını sıklıkla menkul kıymet borsaları oluşturur⁴¹. Hatta taşınmazlar üzerindeki işlemlerle de nadiren karşılaşıldığı ifade edilmektedir⁴². Ayrıca alım hakkının taşınırılar üzerinde kurulmasını engelleyen mevcut bir hukukî durum ne Türk hukukunda ne de az önce ele alınan tanımları ileri süren görüşlerin yer aldığı hukuk sistemlerinde mevcuttur. Kaldı ki, satış sözleşmesine konu olabilecek bir şeyin alım hakkı sözleşmesine konu olmasını engelleyecek bir sebepten bahsetmek de pek mümkün gözükmemektedir⁴³. Bununla birlikte, Alman hukukunda yer alan görüşlerin aksine, alım hakkı niteliği itibariyle karşı taraftan bir sözleşme yapılmasını talep etme yetkisi vermez. Ayrıca bu görüşlerin yer aldığı tanımlarda yükümlü olarak da bir taşınmaz malikinden bahsedilmektedir. Oysaki, bir kimsenin maliki olmadığı bir şey üzerinde geçerli bir satış sözleşmesi kurması hukuken mümkündür⁴⁴. Dolayısıyla malik olmayan bir kimse tarafından bir alım hakkının tesisi de aynı şekilde geçerli olmalıdır⁴⁵.

³⁸ Bkz.: Birinci Bölüm, dñn.33 ve orada yer alan tanımlar.

³⁹ Bu noktada Triebel ve Merten'in alım hakkının tanımına ilişkin ortaya koydukları görüşlere ilişkin kapsamlı eleştiriler hakkında ayrıca bkz.: Röser, "Ankaufsrecht", 16.

⁴⁰ Bu doğrultuda bkz.: Röser, "Ankaufsrecht", 14.

⁴¹ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.453.

⁴² Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.453.

⁴³ Bu yönde bkz.: Röser, "Ankaufsrecht", 16.

⁴⁴ BRHP-Faust, § 433, Rn.28; Dieter Leipold, *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil – Ein Lehrbuch mit Fällen und Kontrollfragen*, 9., neubearbeitete Auflage (Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, 2017), § 6, Rn.16. Taşınmaz satışlarında uygulamada böyle bir durumla pek karşılaşılmasa da, teorik olarak, maliki olunmayan bir taşınmazın satışına yönelik bir satış sözleşmesinin geçerli olarak kurulabileceği yönünde bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.1888.

⁴⁵ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2456. Bu hususta bkz.: Röser, "Ankaufsrecht", 16. Bu durum hem taşınır hem de taşınmazlar için geçerlidir. Ancak uygulamada bir taşınmazı konu alan satış sözleşmesinin taşınmaz mülkiyetinin satıcıya geçtikten sonra yapıldığı ifade edilmektedir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.1888.

Hakkın bir süreyle sınırlandırılmasından hareket ederek tanım yapan görüşler⁴⁶ açısından ise, hakkın kullanımının isabetsiz bir şekilde sınırlandırıldığını söylemek gerekir. Zira bu görüşlere göre, alım hakkı mutlaka belirli bir zaman diliminde kullanılmalıdır. Oysa aşağıda da inceleneceği üzere⁴⁷, alım hakkının belirsiz bir süreyle kurulması da mümkündür⁴⁸. Böyle bir durumda, sürenin dürüstlük kuralına göre tayin edilmesi de, kanaatimizce, hakkın belirli bir süreyle kurulmuş olması sonucunu doğurmaz.

Hakkın bir koşulla sınırlandırılması noktasından hareket ederek bir tanım ortaya koyan görüşlere⁴⁹ ilişkin olarak ise, şu şekilde bir eleştirinin yapılması mümkündür: Bu tanımların yer aldığı görüşlerde, koşulun ne olduğu ile ilgili bir açıklık söz konusu değildir. Ancak kanaatimizce, burada kastedilen, hakkın doğumu açısından öngörülen hususlardır. Bu sonuca Kober'in tanımından ulaşmak mümkündür⁵⁰. Gerçekten de, alım hakkı sözleşmesinde üç objektif unsur yer alır. Bunlar taraflar, hakkın konusu şey ve kullanma bedelidir. Dolayısıyla alım hakkı, belirli koşullar altında ve belirli bir bedelle alınıyorsa, buradaki “*belirli koşullar*” ifadesi ancak kullanma bedeli dışındaki bazı hususları karşılayabilir. Nitekim Kober'in kendi tanımında koşul ve bedel kavramlarını eş zamanlı olarak kullanmasının sebebi de budur. Alım hakkının belirli bir zamana bağlanması gerekmediği gibi; taraflarca bir koşulun kararlaştırılması da zorunlu değildir. Bundan dolayıdır ki, öğretide, koşula bağlanmamış alım hakkı için “*adî alım hakkı*” ve koşula bağlanmış alım hakkı için ise “*koşula bağlı alım hakkı*” terimlerine yer veren görüşler bulunmaktadır⁵¹. Nitekim öğretideki bir görüş de, bu yaklaşıma paralel olarak, alım hakkını, hak sahibine dilediği zaman ya da belirli koşullarla belirli bir şeyi tek taraflı irade beyanıyla satın alma yetkisi veren hak olarak tanımlamıştır⁵².

Alım hakkına ilişkin geniş kapsamlı bir tanım ortaya koyan görüş açısından ise şunları söylemek mümkündür: Bu görüş, alım hakkını hem isabetli bir şekilde geniş çerçeveye çizerek ele almış hem de bunu doğru bir şekilde yapmıştır. Ancak yine de

⁴⁶ Bkz.: Birinci Bölüm, dñn.34 ve orada yer alan tanımlar.

⁴⁷ Bkz.: İkinci Bölüm, Süre ve Üçüncü Bölüm, Kullanım Süresi başlığı.

⁴⁸ ZK-Kom./Haab vd., *ZGB Art.683*, Rn.2. Nitekim Salzgeber de, bir sürenin kararlaştırılmadığı alım hakkını tipik alım hakkı; bir sürenin kararlaştırıldığı alım hakkını ise, atipik alım hakkı olarak ifade etmektedir. Bu yönde bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 89.

⁴⁹ Bkz.: Birinci Bölüm, dñn.36 ve 37 ile orada yer alan tanımlar.

⁵⁰ İlgili tanım için bkz.: Birinci Bölüm, dñn.37.

⁵¹ Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 70.

⁵² Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 70.

hakkın süre ile sınırlandırılmasına yönelik eleştiriler aynı şekilde burada da ileri sürülebilecek niteliktedir.

Öğretide yer alan ve kapsamlı bir şekilde ele almış olduğumuz tanımlar, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, az veya çok alım hakkını doğru bir şekilde açıklamaktadır. Buradaki mesele, alım hakkının hatalı açıklanmasından ziyade eksik ele alınmasıdır. Kanaatimizce asıl sorun da, her bir tanımın, aslında alım hakkının kullanılmasından sonra ortaya çıkan hukukî ilişkiyi ön planda tutmasıdır. Öğretide de haklı olarak ifade edildiği üzere, hakkın konusu olan şeyin iktisabı alım hakkının öncelikli sonucu değildir⁵³. Hakkın konusu şeyin iktisabı, onun kullanılması sonucu kurulan satış sözleşmesinin ifasıyla ilgili bir meseledir. Taraflar arasında bir satış sözleşmesi kurulduktan sonra, bu sözleşmeye dayanarak malın mülkiyetinin devrini talep, ancak bir alacak hakkının konusunu oluşturur. Oysa alım hakkında, bir alacak hakkından bahsetmek mümkün değildir. Onun görevi, satış sözleşmesini kurmak ve tarafları bu ilişkiyle baş başa bırakmaktır. Bu ilişki bir kez kurulduktan sonra alım hakkı sahibi artık bu sıfatını kaybetmekte ve alıcı pozisyonuna geçmektedir. Dolayısıyla alım hakkının birincil sonucu hakkın konusu şeyin iktisabını sağlamak değil; o şeye ilişkin olarak taraflar arasında bir satış sözleşmesi kurmaktır. Nitekim Alman hukukunda da, alım hakkının en önemli özelliğinin bir borç ilişkisi kurmak olduğu söylenmektedir⁵⁴. Bunun gibi, alım hakkının hakkın konusu şeyin iktisabına yönelik bir yetki olarak görülmesi de, kanaatimizce pek doğru gözükmemektedir. Zira yetki kural olarak beraberinde sorumluluğu da getirir. Oysa alım hakkı, hak sahibinde olduğu sürece, onun açısından bir sorumluluktan bahsetmek mümkün değildir. Bilakis bu süreçte, hakkın muhatabı açısından birtakım yükümlülükler bulunmaktadır. Bu noktada kullanma bedelinin, hak sahibi açısından bir yükümlülüğün varlığına gerekçe olarak ileri sürülmesi de söz konusu olamaz. Zira bu bedel, alım hakkının hak sahibi lehine tesis edilmesi karşılığında borçlanılmaz. Bilakis, alım hakkının kullanılmasıyla birlikte söz konusu olan bir parasal edimdir. Bu edim ise, tamamen satış sözleşmesine ait bir borçtur.

⁵³ Merten, *Das Ankaufsrecht in: DRZ*, 1928, 383 (Röser, “Ankaufsrecht”, 16, dpn.16’dan naklen).

⁵⁴ Yazar burada her ne kadar genel anlamda opsiyon hakkından söz etse de, sonrasında alım hakkı (*Ankaufsrecht*) ifadesini kullanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 229.

Alım hakkına yönelik öğretide ileri sürülen tanımlar için yapılabilecek bir diğer eleştiri hakkın doğumu yönündendir. Gerçekten de Türk hukukunda pozitif hukuk açısından her ne kadar kanunî bir alım hakkı söz konusu olmasa da, hakkın kanundan doğmasının önünde hiçbir engel de yoktur. Bu sebeple, ortaya konulan veyahut da konulacak bir tanımda, en azından bu hususa yönelik kapsayıcı bir ifadeye yer vermek kanaatimizce daha isabetli gözükmemektedir.

Yukarıda dile getirilen tartışmalar neticesinde, alım hakkını şu şekilde tanımlamak mümkündür: Alım hakkı, hak sahibine veyahut da lehdara⁵⁵, alım hakkı sözleşmesi ya da ölüme bağlı tasarruf ile verilen veyahut da kanun gereği tanınan ve hak sahibine, içeriği önceden kesin olarak kararlaştırılmış ya da kanun tarafından tespit edilmiş olunan şartlar çerçevesinde belirli ya da belirsiz bir süreyle tek taraflı irade beyanını ileri sürerek hakkın muhatabıyla kendi arasında hakkın konusu şeye ilişkin bir satış sözleşmesi kurma imkânı veren yenilik doğuran bir haktır.

1.1.3. Alım Hakkı Sözleşmesi, Alım Hakkı Kaydı ve Esas Sözleşme

Alım hakkı sözleşmesi (*Kaufsvertrag*), alım hakkını kuran sözleşmeyi ifade eder⁵⁶. Alım hakkı bağımsız bir sözleşmeyle kurulabileceği gibi; kapsamlı bir sözleşme çerçevesinde bir sözleşme eki ile de kurulabilir. Böyle bir halde, ilk durum alım hakkı sözleşmesine örnek oluştururken; ikinci durum aynı zamanda alım hakkı kaydını (*Kaufvertragsklausel*) ifade eder⁵⁷. Bu iki durum dışında, üçüncü bir imkân olarak, konusu farklı olan bir sözleşmede yer alan hükümlerde taraflarca alım hakkı kaydına yer verilmesi de mümkündür. Örneğin; kira sözleşmesinde, kiracı lehine, kira süresinin bitiminden itibaren belirli bir süreyle kira konusu taşınmazı satın almaya

⁵⁵ Alım hakkının bir üçüncü kişi yararına sözleşme ile kurulduğu hallerde.

⁵⁶ Türk hukukunda opsiyon sözleşmesi kapsamında bu yönde bkz.: Kırca, *Hukuki Yönüyle*, 186. İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Schleich, *Option*, 8. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için ayrıca bkz.: BGE 113 II 31 E.2a (Schleich, *Option*, 8, dpn.7'den naklen). Alman hukukunda aynı doğrultuda bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 8. Opsiyon sözleşmesi terimi dışında farklı ifadeler de kullanılmaktadır. Bu çerçevede, opsiyon sözleşmesi ayrıca opsiyon tanıma sözleşmesi (*Optionseinräumungsvertrag*), opsiyon verme sözleşmesi (*Optionsgewährungsvertrag*) ve opsiyon kurma (*Optionsbegründungsvertrag*) sözleşmesi şeklinde de ifade edilmektedir. Bu yönde bkz.: Tom Häusler, *Die vertraglichen Grundlagen im Bereich des Handels mit derivativen Finanzinstrumenten unter besonderer Berücksichtigung des Schweizer Rahmenvertrages für Over the Counter (OTC) Derivate* (Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1996), 110 (Schleich, *Option*, 8, dpn.7'den naklen).

⁵⁷ Schleich, *Option*, 8.

yönelik alım hakkı tesis edilmesinde durum böyledir⁵⁸. Burada alım hakkı, bağımsız bir alım hakkı sözleşmesiyle değil; hakkın konusunu oluşturan taşınmaza ilişkin kira sözleşmesinde bir sözleşme kaydı olarak yer alır. Esas sözleşme (*Hauptvertrag*) ise, alım hakkı sözleşmesinin taraflarınca amaçlanan ve hakkın kullanılmasıyla birlikte kurulan sözleşme olarak karşımıza çıkar⁵⁹.

1.1.4. Alım Hakkı Veren, Alım Hakkı Alan ve Alım Hakkı Sahibi

Alım hakkı veren (*Kaufrechtsgeber*⁶⁰), alım hakkı sözleşmesinin alım hakkıyla yüklenen tarafını ifade eder⁶¹. Bu yönüyle o, alım hakkıyla bağlı olan tarafı oluşturur. Bu durum, alım hakkı verenin bizatihi katılımı olmaksızın esas sözleşmenin kurulmasını

⁵⁸ Kanaatimizce böyle bir durumda taraflar arasındaki sözleşme bir bileşik sözleşmedir. Zira bu yönde bir anlaşma öncelikle bir karma sözleşme olarak ele alınamaz. Çünkü taraflardan birinin üstlendiği edimler alım hakkının tesisi ile kiralanan şeyin kiracının kullanımına uygun olarak bırakılmasıdır. Bu edimlerden ikincisi kanunda düzenlenmiş olan kira sözleşmesine ait bir aslî edim iken; hakkın tesisi sui generis bir sözleşmenin aslî edimini oluşturmaktadır. Oysa karma sözleşmelerde, taraflardan biri, kanunda düzenlenmiş isimli sözleşmelere ait özellikle aslî edimleri üstlenmektedir. İkinci olarak, burada bir sui generis sözleşme de yer almamaktadır. Çünkü sözleşme konusu şeyin kiralınması ve bundan doğan hak ve borçlar en nihayetinde kira sözleşmesinin konusudur. Kira sözleşmesi ise kanunda düzenlenmiş bir isimli sözleşmedir. Dolayısıyla bir kira sözleşmesine konulan alım hakkı kaydı o sözleşmeye, kanaatimizce, bileşik sözleşme niteliği kazandırır. Alım hakkının geçerliliğinin taraflar arasındaki kira sözleşmesine bağlı olması da bu sonucu doğrular niteliktedir.

⁵⁹ İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Schleich, *Option*, 8. Türev piyasalar açısından ayrıca bkz.: Urs Pulver, “Börsenmässige Optionsgeschäfte: Auftrag und Abwicklung” (Dissertation, Zürich, 1987), 219. Başka bir deyişle, opsiyon hakkı, yeni bir sözleşme kurmayı amaçlıyorsa bu sözleşme esas sözleşme olarak ifade edilir. Alman hukukunda bu yönde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 8. Esas sözleşme kavramı dışında öğretide ayrıca farklı ifadelerle de rastlanmaktadır. Bu kapsamda, takip eden sözleşme (*Folgevertrag*), opsiyon edilmiş sözleşme (*optierter Vertrag*) ve opsiyon kullanma sözleşmesi (*Optionsausübungsvertrag*) gibi terimlerle de karşılaşılmaktadır. Bu yöndeki ifadeler için bkz.: BSK, *Obligationsrecht-I*, Art.22, Rn.30 (Schleich, *Option*, 8, dpn.8’ten naklen); Häusler, *Die vertraglichen Grundlagen*, 110, 126; Peter Gauch, Walter R. Schlupe ve Jörg Schmid, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I* (Zürich: Schulthess Verlag, 2014), Rn.487.

⁶⁰ Öğretide yer alan bir görüş, burada yükümlü teriminin kullanılmasını eleştirmektedir. Zira opsiyon haklarında bir talep hakkı söz konusu olmadığı için opsiyon yükümlüsü (*Optionsverpflichteter*) teriminin yerinde olmadığı savunulmaktadır. Bu yönde bkz.: Schleich, *Option*, 10, dpn.10.

⁶¹ Schleich, *Option*, 8. Türev piyasalar yönünden ayrıca bkz.: Pulver, “Börsenmässige”, 206. Opsiyon hakkı kapsamında eş anlamlı olarak “opsiyon yazar” (*Optionsschreiber*), opsiyon ile bağlı olan (*Optionsgebundener*) ve bekleyen kişi (*Stillhalter*) gibi terimlere ilişkin olarak bkz.: Häusler, *Die vertraglichen Grundlagen*, 58. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGer 4C.226/2001 vom 21.11.2001 SV lit. B. (Schleich, *Option*, 8, dpn.10’dan naklen). Georgiades ise, opsiyon hakları kapsamında bu yaklaşımı eleştirmektedir. Yazara göre, opsiyon veren (*Optionsgeber*) ile opsiyon ile bağlı olan (*Optionsgebundener*) terimleri birbirlerinden farklı anlamlara sahiptir. Bu kapsamda opsiyon veren o hakkı tanıyan kimseyi ifade eder. Ancak opsiyon ile bağlı olan ise, opsiyon hakkının kullanılması neticesinde ortaya çıkan sonuca katlanan kişidir. Dolayısıyla burada iki farklı durum yer almaktadır. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: Apostolos Georgiades, *Optionsvertrag und Optionsrecht*, in: Paulus, Gotthard/Larenz, Karl (Hg.), *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag* (München: C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1973), 413, dpn.11.

kabul etmek zorunda olması sonucunu doğurur⁶². Alım hakkı alan (*Kaufrechtsnehmer*) ise, alım hakkı sözleşmesinde alım hakkı verenin karşısında olan tarafı ifade eder⁶³. Alım hakkı sahibi kavramı ile ifade edilmek istenen ise alım hakkını kullanarak alım hakkı veren ile birlikte taraflarını oluşturduğu esas sözleşmeyi gerçekleştirme yetkisine sahip olan kişidir⁶⁴.

Alım hakkı alan kimse normal şartlarda aynı zamanda alım hakkı sahibi olan kişidir⁶⁵. Bununla birlikte, alım hakkı alan ile alım hakkı sahibinin farklı kişiler olduğu durumlar da söz konusu olabilir. Alım hakkı alan ile alım hakkı sahibinin farklı kişiler olduğu durumlar iki şekilde ortaya çıkar. Bunlardan birincisi, alım hakkının kurulduktan sonra üçüncü bir kişiye devredilmesidir⁶⁶. Burada başlangıçta alım hakkı alan ile hak sahibi aynı kişi iken, daha sonra yapılan bir devir işlemi ile hak sahibi kişi değişmekte ve üçüncü bir kişi olmaktadır. Keza hakkın miras yoluyla intikalinin söz konusu olduğu haller de bu kapsamdadır. Bunun dışında alım hakkı alan ile hak sahibinin hakkın kurulduğu andan itibaren farklı kişiler olması da mümkündür. Bu durum alım hakkının en başta üçüncü kişi yararına kurulduğu hallerde söz konusu olur⁶⁷. Örneğin; A ile B arasında yapılan bir üçüncü kişi yararına alım hakkı sözleşmesinde lehdar olarak tayin edilen C lehine hakkın tanınmasında durum böyledir.

1.1.5. Alım Hakkı Bedeli, Alım Hakkı Konusu, Kullanma Bedeli

Alım hakkı bedeli (*Kaufspreis*), alım hakkı sözleşmesinde alım hakkı veren lehine kararlaştırılabilen ve alım hakkının kurulması karşılığında belirlenen bedeli ifade eder⁶⁸. Bu çerçevede, alım hakkı sözleşmesi bir bedel karşılığı kararlaştırılmışsa

⁶² Schleich, *Option*, 8.

⁶³ Schleich, *Option*, 8. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: Häusler, *Die vertraglichen Grundlagen*, 110 vd. Türev piyasalar yönünden ayrıca bkz.: Pulver, “Börsenmässige”, 206 .

⁶⁴ Schleich, *Option*, 8-9.

⁶⁵ Bu yönde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 9.

⁶⁶ Schleich, *Option*, 9.

⁶⁷ Schleich, *Option*, 9.

⁶⁸ İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Schleich, *Option*, 9; Häusler, *Die vertraglichen Grundlagen*, 110. Türev piyasalar açısından ayrıca bkz.: Pulver, “Börsenmässige”, 206. Alman hukukunda, hakkı alan tarafın ödemesi gereken ve böylece diğer tarafın opsiyon sözleşmesini yapmasını sağlayan bedel olarak ifade eden görüş için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 9. Bunun dışında bağlanma parası (*Bindegeld*), bağlanma karşılığı (*Bindungsentgelt*), opsiyon ücreti (*Optionspreis*), opsiyon meblağı (*Optionsumme*) gibi terimlerin de kullanıldığı yönünde ayrıca bkz.: Schleich, *Option*, 9, dnp.13.

ivazlı alım hakkı sözleşmesinden (*entgeltlicher Kaufsrechtsvertrag*); aksi takdirde ivazsız alım hakkı sözleşmesinden (*unentgeltlicher Kaufsrechtsvertrag*) söz edilir⁶⁹.

Alım hakkında hakkın konusunu oluşturan şey hukukî bakımdan bir satışın konusunu oluşturabilecek her şeydir. Bu şey ilgili esas sözleşme kapsamında ifa edilmesi gereken şeyi ifade eder⁷⁰. Kullanma bedeli (*Ausübungspreis*)⁷¹ ise, esas sözleşmede hakkı konusu şeyin karşılığı olarak öngörülen ve alım hakkının kullanılması sonucu borçlanılan bedeldir⁷².

1.1.6. Alım Hakkı Süresi ve Vadesi

Alım hakkı süresi (*Kaufsrechtsdauer*), alım hakkının ve şayet mevcut ise koşulların geçerli olacağı süreyi ifade eder⁷³. Söz konusu süre dolduktan sonra hak sahibi hakkını ileri süremeyeceği gibi, sözleşmede yer alan herhangi bir koşulun gerçekleşip gerçekleşmediği de artık dikkate alınmaz.

Alım hakkı sözleşmesinde belirli bir alım hakkı süresinin (*Kaufsrechtsdauer*) kararlaştırıldığı durumlarda bu süre aynı zamanda alım hakkı müddeti (*Kaufsrechtsfrist*) olarak da ifade edilir⁷⁴. Böyle bir durumda söz konusu sürenin son günü de son kullanım günü (*Verfallstag*)⁷⁵ veyahut da son kullanım tarihi (*Verfallsdatum*)⁷⁶ olarak karşımıza çıkar. Son kullanım gününden itibaren ise artık hak ileri sürülemez⁷⁷.

⁶⁹ Schleich, *Option*, 9.

⁷⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Schleich, *Option*, 9. Türev işlemlerde kullanılan farklı terimsel ifadeler için ayrıca bkz.: Häusler, *Die vertraglichen Grundlagen*, 67. Alman hukukunda bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 8 vd., 247.

⁷¹ Kullanma bedeli hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: İkinci Bölüm, Kullanma Bedeli başlığı. Alım bedeli (*Bezugspreis*) terimi için bkz.: Schleich, *Option*, 9, dñn.15.

⁷² Beat M. Barthold ve Irène Schilter, *Art. 135 Pflicht zur Unterbreitung des Angebots / F. - I. (Kommentar zum Finanzmarktinfrastukturgesetz FinfraG) / SK - Schulthess Kommentar* (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2017), Rn.117. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için ayrıca bkz.: BGer 4C.226/2001 vom 21.11.2001; BGE 130 III 495 (je SV lit. B) (Schleich, *Option*, 9, dñn.15'ten naklen). Etkinlik bedeli (*Strikepreis*) şeklinde ifade edilebilecek terime yer veren görüş için bkz.: Häusler, *Die vertraglichen Grundlagen*, 58. Esas bedel (*Basispreis*) şeklinde terime yer veren görüş için bkz.: Pulver, "Börsenmässige", 206.

⁷³ Schleich, *Option*, 10. Alım hakkı süresi, hakkın kullanılabilir olduğu süreyi ifade eder. Opsiyon hakkı kapsamında bu yönde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 122 vd.

⁷⁴ İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Schleich, *Option*, 10. Türev piyasalar açısından ayrıca bkz.: Pulver, "Börsenmässige", 206. Alman hukukunda bu yönde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 122 vd.

⁷⁵ Schleich, *Option*, 10. Türev piyasalar açısından ayrıca bkz.: Pulver, "Börsenmässige", 206. „*Bitiş Süresi*“ (*Laufzeit*) şeklinde terminolojik kullanım için bkz.: bkz.: Häusler, *Die vertraglichen Grundlagen*, 68; Christof Helbling, *Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen in der Schweiz* (Zürich/Basel/Genf: Schulthess Verlag, 2003), 160.

⁷⁶ Casper, *Der Optionsvertrag*, 123.

⁷⁷ Casper, *Der Optionsvertrag*, 123.

Örneğin; alım hakkı on yıllığına kurulmuş ve kullanımı için de herhangi bir süre öngörülmemiş ise on yıllık sürenin son günü son kullanım gününü ifade eder. Hak bu son kullanım gününde kullanılmadığında da artık sona erer. Bunun gibi, alım hakkı sözleşmesinde taraflarca bir bekleme süresinin (*Wartezeit*) kararlaştırılması da mümkündür. Böyle bir durumda, alım hakkı sözleşmesi kurulduğu anda hüküm ve sonuçlarını doğurmakta ve fakat hakkın doğumu yönünden geciktirici bir vade söz konusu olmaktadır. Vade tarihine kadar ise, alım hakkı veren açısından hazır bulunma yükümlülüğü her hâlükârda doğmuş olur⁷⁸.

Alım hakkının kullanımı için taraflarca farklı bir süreye yer verilmesi mümkündür. Alım hakkı süresi boyunca, hakkın belirli bir veya birden fazla zaman aralığında kullanılabileceği kararlaştırılmışsa bu durum kullanım müddeti (*Ausübungsfrist*), kullanım periyodu (*Ausübungsperiode*) ya da kullanım aralığı (*Ausübungsfenster*) gibi kavramlarla ifade edilir⁷⁹. Bu noktada özellikle vadeli işlem (türev) piyasalarında önem arz eden iki farklı düzenlenme şekli söz konusudur⁸⁰. Bunlar, amerikan tipi düzenleme (*amerikanische Ausgestaltung*) ve avrupa tipi düzenlemelerdir (*europäische Ausgestaltung*)⁸¹. Amerikan tipi düzenlemede, alım hakkı, kararlaştırılan süre içerisinde istenildiği zaman kullanılabilirken; avrupa tipi düzenlemede hak yalnızca sürenin son günü olan vade gününde kullanılabilir⁸². Alım hakkında süreyi düzenleyen TBK md. 238 hükmü göz önüne alındığında, alım hakkının kullanımında, amerikan tipi düzenlemenin genel kural olduğunu söylemek mümkündür.

⁷⁸ Casper, *Der Optionsvertrag*, 123. Hazır bulunma yükümlülüğüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Üçüncü Bölüm, Hazır Bulunma Yükümlülüğü başlığı.

⁷⁹ Schleich, *Option*, 10; Helbling, *Mitarbeiteraktien*, 161; Daniel Leu, “Variable Vergütungen für Manager und Verwaltungsräte” (Dissertation, Zürich, 2005), 245. Alman hukukunda bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 123.

⁸⁰ Vadeli işlem (türev) piyasası, genel olarak ilerideki bir tarihe yönelik teslimi veya nakit uzlaşması yapılmak üzere bir malın ya da finansal aracın bugünden alım veya satımının yapıldığı piyasa olarak tanımlanmaktadır. Bu çerçevede, vadeli işlem piyasası aslında forward, swap ve opsiyon sözleşmelerini de içerisine alan geniş bir piyasa olarak karşımıza çıkar. Alım hakkı da teknik anlamda bir alım opsiyonu olduğundan vadeli işlemler açısından incelenmesi ayrıca önemlidir.

⁸¹ Schleich, *Option*, 10.

⁸² Schleich, *Option*, 10; Yazarı Belirtilmemiş, *Kreisschreiben*, Nr. 15 (*ESTV Kreisschreiben Nr. 1-015-DSV-2017-d*), *Direkte Bundessteuer Verrechnungssteuer Stempelabgaben* (Bern: 3. Oktober 2017), 3. Nitekim Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından yayınlanan Opsiyonlardan Kaynaklanan Piyasa Riski İçin Standart Metoda Göre Sermaye Yükümlülüğü Hesaplanmasına İlişkin Tebliğ md.3/m’de bu durum “Opsiyonu alan tarafa, önceden belirlenen fiyat, miktar ve nitelikte ekonomik veya finansal göstergesi, para veya sermaye piyasası aracını, emtiayı veya döviz, belirlenen vade sonunda (Avrupa tipi opsiyon) veya belirli bir vade süresi içinde herhangi bir zamanda (Amerikan tipi opsiyon) satın alma veya satma hakkı veren; opsiyonu satan tarafı ise yükümlü kılan sözleşmeyi” şeklinde ifade edilmiştir.

Zira alım hakkının kullanımında taraflarca bir sürenin kararlaştırılmadığı hallerde, hakkın kendisi için öngörülen süre, aynı zamanda hakkın kullanımı için de geçerli olur. Alım hakkı ise taraflarca alım hakkı sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte doğar. Bunun sonucu olarak, hak sahibi, hakkın sona ereceği tarihe kadar alım hakkını kullanma imkânına sahip olur⁸³.

1.1.7. Alım Hakkının Kullanımı ve Kullanım Beyanı

Alım hakkının kullanımı (*Kaufrechtsausübung*), esas sözleşmeyi kurmaya yönelik hukukî işlemi ifade eder⁸⁴. Kullanım beyanı (*Ausübungserklärung*) ise, bu hukukî sonuca yönelmiş ve karşı tarafa varması gerekli olan irade beyanı (*empfangsbedürftige Willenserklärung*) olarak karşımıza çıkar⁸⁵.

1.2. Alım Hakkının Hukukî Niteliği

Alım hakkı, hukukî niteliği itibariyle yenilik doğuran bir haktır⁸⁶. Alım hakkının yenilik doğuran bir hak olmasının ise birtakım sonuçları bulunur. Bunlar aslında yenilik

⁸³ Alım hakkında süreler ve hakkın kullanım sürelerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: İkinci Bölüm, Süre ve Üçüncü Bölüm, Kullanım Süresi başlığı.

⁸⁴ Schleich, *Option*, 8.

⁸⁵ İsviçre hukukunda bkz.: Schleich, *Option*, 8. Türev piyasalar açısından ayrıca bkz.: Pulver, “Börsenmässige”, 209. Alman hukukunda opsiyon hakkı çerçevesinde opsiyon açıklaması (*Optionserklärung*) ve dolayısıyla alım hakkı açıklaması (*Kaufrechtserklärung*) terimine yönelik açıklama için bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 272.

⁸⁶ Türk hukukunda bu doğrultuda bkz.: Tekinay, *Taşınmaz Mülkiyetinin*, 3; Hüseyin Hatemi, *Medeni Hukuka Giriş*, Gözden Geçirilmiş 8. Bası (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), § 9, Knr.58; Yavuz, *Borçlar Hukuku*, 142 vd.; Buz, *Haklar*, 153 vd.; Dural ve Sarı, *Temel Kavramlar*, Knr.1045; Erman, *Eşya Hukuku*, 127; Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, Knr.558; Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku*, 68; Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Borçlar Hukuku*, 121; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2015), 63; Eren, *Özel Hükümler*, 220; Abdulkerim Yıldırım, *Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 21; Ali Naim İnan ve Özge Yücel, İnan, Ali Naim ve Özge Yücel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 4. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 107; Eren, *Mülkiyet*, 459; Erol Cansel ve Çağlar Özel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2014), Knr.147; Aydoğdu ve Kahveci, *Borçlar Hukuku*, 290; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 322; Sebük, *Türk Medeni*, 35 vd.; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 417; Sebük, “İştirâ Hakkı”, 4; Osman Gökhan Antalya, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler – Cilt 1*, 1. Baskı (Beta Yayınevi: İstanbul, 2012), 28; Gürsoy, *Tapu Sicili*, 351; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Eşya Hukuku*, 642; Pulaşlı, *Şarta Bağlı*, 97. Bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz.: Y. 6. HD, 12.05.1975, E. 1975/2105, K. 1975/3512, www.kazanci.com.tr, E.T. 10.02.2021; Y. 1. HD, 13.06.2000, E. 2000/4392, K. 2000/7733, www.kazanci.com.tr, E.T. 10.02.2021; Y. 6. HD, 18.02.2003, E. 2003/7902, K. 2004/719, www.kazanci.com.tr, E.T. 10.02.2021. İsviçre hukukunda bu doğrultuda bkz.: Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1287; Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 71; Böckli ve Morscher, *Aktionärbindungsverträge*, 54; Haymann, *Aktienübernahmevereinbarungen*, 97; OFK-Kostkiewicz, *OR Art.216*, Rn.4; ZK-Kom./Haab vd., *ZGB Art. 681-682*, Rn.4; Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz.: BGE 94 II 274 ff. und BGE 94 II 105 ff., S. 111 (Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 71, dpn.437’den naklen); BGE 82 II 576 ff. (585), E. 6; BGer

doğuran hak müessesesinin getirdiği olağan neticelerdir. Bu kapsamda, alım hakkının kullanımı açısından bir koşul yasağı bulunur. Ayrıca hak bir kez ileri sürüldüğü zaman artık bundan geri dönülemez. Bunun gibi, alım hakkı da bir yenilik doğuran hak olduğundan zamanaşımına uğramaz⁸⁷. Bilâkis hak düşürücü süreler söz konusu olur.

Alım hakkının hukukî niteliği esas itibariyle onu kuran hukukî ilişkiyle birlikte ele alınması gereken bir durumdur. Hakkı kuran hukukî ilişkiye yönelik incelemeler ise çalışmanın ikinci bölümünde ele alınmıştır⁸⁸. Dolayısıyla burada, hakkın niteliğine yönelik kısa bir tespit yapmakla yetinilmiştir.

5A_659/2012 vom 25. Januar 2013, E. 5.1 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.9, dpn.9'dan naklen); "... , alım hakkı, hak sahibine yenilik doğuran hak temin eder.", BGE vom 12. Oktober 1978 in ZBGR 60/1979 S. 382 f. (Noelpp, *Eine Studie*, 60, dpn.10'dan naklen). Hisse senetleri üzerinde kurulan alım hakkında yenilik doğuran hak görüşünü kabul eden yargı kararları için bkz.: BGE 94 II 274 E.2 f. (Schleich, *Option*, 80, dpn.27'den naklen); BGER 4C.22/2006 vom 5.5.2006 E.7.2.2 (Schleich, *Option*, 81, dpn.32'den naklen). Önalım hakkı kapsamında bu yönde ayrıca bkz.: Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 63; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 11 vd.; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.27, 48; HKommentar-Binder, *OR Art. 216c*, Rn.4; OFK-Kostkiewicz, *OR Art.216*, Rn.4; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.9; BernerKom/Giger, *OR Art. 216*, Rn.84; Geri alım hakkı kapsamında bu yönde ayrıca bkz.: OFK-Kostkiewicz, *OR Art.216*, Rn.4. Alman hukukunda bu yönde bkz.: GesetzesFormulare-S. Eberl, *BGB § 456*, Rn.3; BeckNomosHK-Saenger, *BGB § 456*, Rn.1. Önalım hakkı kapsamında bu yönde bkz.: Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 65. Genel olarak opsiyon hakkı kapsamında aynı doğrultuda bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 86, dpn.61; Walter Linneborn, "Das Optionsrecht: Ein Beitrag zur Fortentwicklung des Vertragsrechtes nach den praktischen Bedürfnissen" (Jur. Diss., Köln Univ., 1936), 37. "...geri alım hakkı ... kurucu nitelikte yenilik doğurucu bir haktır..." Y. 6. HD, 27.03.2012, E. 2012/1281, K. 2012/4872, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.08.2019. Bu yöndeki diğer Yüksek Mahkeme kararları için bkz.: Y. 14. HD, 2.12.2010, E. 2015/15856, K. 2016/10198, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.08.2019; Y. 1. HD, 09.06.1982, E. 1982/6981, K. 1982/7580, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.08.2019. Alım hakkının hukukî niteliğine ilişkin bu yönde bir tespit kendisini kuran hukukî ilişkinin niteliğine yönelik teorilerden bağımsız bir durumdur. İki önemli teoriyi oluşturan kurma ve koşul teorileri kapsamında bu yöndeki açıklamalar için bkz.: OFK-Kostkiewicz, *OR Art.216*, Rn.4. Önalım hakkında koşul teorisi kapsamında bu doğrultuda ayrıca bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.9. Dolayısıyla ikinci bölümde ayrıntılı bir şekilde ele aldığımız tartışmalar, esas itibariyle, hakkın kendisinin yenilik doğuran bir hak olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz. Ancak yine de yetki teorisi, bu yönüyle, söz konusu yaklaşımların istisnasını oluşturur. Zira bu teori, hakkın kendisinin bir yenilik doğuran hak olduğuna ilişkin bir iddia ileri sürmemektedir. Söz konusu tartışmalara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: İkinci Bölüm, Alım Hakkı Sözleşmesinin Hukukî Niteliği başlığı.

⁸⁷ Önalım hakkı kapsamında aynı doğrultuda bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.49; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.11. Yenilik doğuran hakların karakteristik özelliklerine ilişkin genel olarak bkz.: Anja Verena Steinbeck, *Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten – Schriften zum Bürgerlichen Recht Band 165* (Berlin: Duncker & Humblot GmbH, 1994), 20 vd.

⁸⁸ Hakkı kuran hukukî ilişkiye yönelik ayrıntılı incelemeler için bkz.: İkinci Bölüm, Alım Hakkı Sözleşmesinin Hukukî Niteliği başlığı.

1.3. Alım Hakkının Türleri

1.3.1. Genel Olarak

Alım hakkının türlerine ilişkin ayırım onun kaynağına, kullanım şekline, kullanma bedelinin türüne ve hak sahiplerine göre farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Çalışmanın bu bölümünde alım hakkı türlerine ilişkin genel hususlar ele alınmıştır.

1.3.2. Kanundan (Yasal) ve Hukukî İşlemden Doğan Alım Hakkı

Alım hakkına yönelik bu tasnif hakkın kaynağına göre yapılmaktadır. Kanundan doğan alım hakkında (*gezetsliches Kaufsrecht*) hakkın kendisi herhangi bir hukukî işleme gerek kalmaksızın doğrudan kanundan doğar. Bu noktada Türk hukukunda bizim de katıldığımız görüş, kanundan doğan bir alım hakkının olmadığı yönündedir⁸⁹. Bunun

⁸⁹ Buz, *Haklar*, 147 vd.; Eren, *Özel Hükümler*, 219. TMK md. 226 kapsamında aynı sonuca ulaşan bir diğer görüş için bkz.: Ramazan Aydın, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Müşterek Mülkiyete Tabi Malın Paylaşımı”, *Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I – 18-19 Nisan 2018 (Kayseri) – EÜHFSD*, 1/1 (2019): 275. Türk hukukunda Kılıçoğlu, eşlerin paylı mülkiyete konu eşyalar üzerinde diğer eşin sahip olduğu payın bölünmeden kendisine verilmesini isteme hakkını düzenleyen TMK md. 226’daki düzenlemeyi bir yasal alım hakkı olarak nitelendirmektedir. Hatta bu görüşe göre, alım hakkı daha geniş bir anlama sahiptir. Zira burada sadece mülkiyet hakkı değil; aynı zamanda intifa ve oturma hakları da sözde yasal alım hakkının kapsamında yer alır. Eşlerin sahip oldukları bu hak ise bir kurucu yenilik doğuran haktır. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Ahmet M. Kılıçoğlu, *Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2002), 42 vd.; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Medeni Kanun’unuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2003), 73 vd. Eşlerin paylı mülkiyete tabi eşyalar üzerindeki talep hakkını yasal alım hakkı olarak ele alan diğer görüşler için bkz.: Ömer Uğur Gençcan, *Mal Rejimleri Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2010), 428; Ali İhsan Özügür, *Mal Rejimleri*, 6. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011), 48; Şükran Şıpka ve Ayça Özdoğan, *Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları*, 2. Baskı (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 182; Suat Sarı, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi* (İstanbul: Beşir Kitabevi, 2007), 289 vd. Yüksek Mahkeme’nin burada kanunî bir önalım hakkının bulunduğunu ifade eden içtihadı için bkz.: “*TMK md. 226/2. fıkrası ... ‘kurucu yenilik doğuran hak niteliğindeki bir yasal önalım’ (kanuni şuf’a hakkı) olduğu söylenebilir...*” Y. 8. HD, 30.03.2010, E. 2009/6961, K. 2010/1449, www.kazanci.com.tr, E.T. 26.02.2021. Öğreti ve yargı uygulamalarında ileri sürülen görüşler, kanaatimizce, isabetli değildir. Zira yapılan tespitler, her şeyden önce, alım hakkının muhtevasıyla bağdaşır nitelikte gözükmemektedir. Bu durum, Yüksek Mahkeme’nin önalım hakkı kapsamında ortaya koyduğu tespit için de aynıdır. Kanun koyucu, burada, her bir eşe şahsî nitelikte bir hak tanımıştır. Ayrıca bir uyumsuzluk halinde verilecek karar ise yenilik doğuran karar niteliğindedir. Oysa alım hakkının kullanılması neticesinde taraflar arasında satış sözleşmesi o an kurulmuş olur. Bu hususa ilişkin bir uyumsuzluk halinde verilecek karar da bir tespit kararı niteliğindedir. Dolayısıyla ilgili hüküm, olsa olsa paylı mülkiyette paylaşmayı düzenleyen TMK md. 698 vd. yer alan hükümler açısından tamamlayıcı bir role sahiptir. Bu noktada değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise, eşlerin aile konutu ve ev eşyası üzerindeki talep haklarını düzenleyen TMK md. 240 ve md. 650’de yer alan düzenlemelerdir. Türk hukukunda, eşlerin aile konutu ve ev eşyası üzerinde sahip oldukları hak, kanundan doğan değiştirici yenilik doğuran bir hak olarak kabul edilmektedir. Ayrıca sağ kalan eşin burada bir seçimlik hakkı söz konusudur. O, isterse katılma alacağını talep etme hakkını ilerli sürebileceği gibi; bu talepten vazgeçerek intifa, oturma ya da mülkiyet haklarından birisini talep etme hakkına da sahiptir. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Murat Doğan, “Mal Rejiminin Tasfiyesinde ve Mirasın Paylaşımında Aile Konutu ve Ev Eşyası”, *AÜEHFD*, VII/3-4 (2003): 669 vd. Türk hukukundaki benzer bir diğer görüş de, TMK md.

dışında, hukukî işlemten doğan alım hakkı (*rechtsgeschäftliches Kaufsrecht*) ise, sağlararası bir hukukî işlem kurulmakta veya ölüme bağlı tasarruftan doğmaktadır. İlk durumda, taraflarca hakkın tesisine yönelik bağımsız bir alım hakkı sözleşmesi söz konusudur. Bunun dışında, belirli bir sözleşme içerisinde alım hakkı kaydı düşölerek anlaşma yapılması da mümkündür. Örneğin; bir kira sözleşmesinde kiracı lehine konulan bir alım hakkı kaydında durum böyledir. İkinci durumda ise, bir miras sözleşmesi veyahut da vasiyetname yoluyla hakkın tesisi gündeme gelir⁹⁰.

1.3.3. Adî ve Nitelikli Alım Hakkı

Adî (*einfaches-*) ve nitelikli alım hakkı (*qualifiziertes Kaufsrecht*) ayırımı, hakkın doğumu veya kullanımı yönünden bir koşula ya da süreye yer verilip verilmemesine göre yapılan bir tasniftir. Bu yönölle alım hakkının adî veya nitelikli olup olmaması, önalım hakkından farklı olarak, taraflarca bir bedelin belirlenmiş olup olmaması ile ilgili bir durum değildir. Zira alım hakkında kullanma bedelinin düzenlenmesi zaten olmazsa olmaz bir şarttır.

Alım hakkının doğumu için bir koşul öngörölmemişse alım hakkı sözleşmesinin yapıldığı anda hak da doğmuş olur. Aksi takdirde, hak, söz konusu koşulun gerçekleşmesiyle birlikte hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar. Ayrıca taraflarca hakkın kullanımı için de bir koşula yer verilmiş olması mümkündür⁹¹. Bununla birlikte, alım hakkı için bir süre öngörölmuşse hakkın bu süreler içerisinde ileri sürölmesi gerekir. Son olarak, hakkın kendisi için bir süreye yer verildiği hallerde, bu sürenin

240'a göre, hayatta kalan eşe, ölen eşin mirasçılarına karşı değıştirici yenilik doğuran bir hakkın tanındığı ifade edilmektedir. Bu görüş için bkz.: Mustafa Dural, Tufan Öğöl ve Mustafa Alper Gölüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku Cilt:III* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2005), 404 vd. Benzer bir diğer görüş için ayrıca bkz.: Zafer Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005), 236. Kanaatimizce, eşlerin aile konutu ve eş eşyası üzerindeki talep haklarını düzenleyen TMK md. 240 ve md. 650'de yer alan hükümler de, kanundan doğan bir alım hakkını düzenlememektedir. Bu noktada, eşlerin sahip oldukları hakkın bir yenilik doğuran hak olarak kabul edilmesi de bu sonucu değıştirmez. Zira söz konusu düzenlemelerde ileri sürölcek talep hakkının içeriği, bir oturma veyahut da intifa hakkını da kapsamına alacak şekilde geniş kapsamlı olarak düzenlenmiştir. Oysa alım hakkının kullanılmasının tek bir sonucu vardır. O da, taraflar arasında bir "satış sözleşmesi" kurmaktadır. Ancak ne oturma ne de intifa hakkı bir satış sözleşmesinin konusunu oluşturur. Zira bu hakların muhtevasında hakkın konusu şeyin mülkiyetinin devri değil; bilakis ondan yararlanılması yer alır. Dolayısıyla bir eşya üzerinde oturma veya intifa hakkı kurmayı sağlayan bir hak, alım hakkı niteliğine hiçbir zaman sahip olamaz.

⁹⁰ Ölüme bağlı tasarruftan doğan alım hakkına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: İkinci Bölüm, Ölüme Bağlı Tasarruftan Doğan Alım Hakkı başlığı.

⁹¹ Hakkın kullanımının bir koşula bağlandığı halleri koşula bağlı (*bedingtes-*) ve koşula bağlı olmayan alım hakkı (*unbedingtes Kaufsrecht*) şeklinde ele alan görüş için bkz.: Forstmoser ve Kűchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1290.

geçmesi ile birlikte hak da kendiliğinden sonra erer. Öğretide alım hakkının bu türü için tipik (*typisches-*) ve atipik alım hakkı (*atypisches Kaufsrecht*)⁹² veya süreli (*befristetes-*) ve süresiz alım hakkı (*unbefristetes Kaufsrecht*)⁹³ terimleri kullanılmaktadır.

1.3.4. Sınırlandırılmış ve Sınırsız Alım Hakkı

Sınırlandırılmış (*limitiertes-*) ve sınırsız alım hakkı (*unlimitiertes/illimitiertes Kaufsrecht*) kullanma bedelinin niteliğine göre yapılan bir tasniftir. Bu kapsamda, taraflarca kararlaştırılan kullanma bedeli rakamsal olarak kesin bir şekilde belirlenmiş veyahut da bir üst sınır konulmuş ise sınırlandırılmış bir alım hakkı söz konusu olur. Bununla birlikte, kullanma bedeli belli birtakım değişkenlere bağlı olarak farklılık gösteriyorsa sınırsız alım hakkından bahsedilir⁹⁴. Burada dikkat edilmesi gereken husus, sınırlandırmaya tabi olan unsurun hakkın kendisinin değil; onun kullanımı için öngörülen bedelin (kullanma bedelinin) olmasıdır⁹⁵.

1.3.5. Tek Taraflı ve Çok Taraflı Alım Hakkı

Tek taraflı (*einseitiges-*) ve çok taraflı alım hakkı (*mehrseitiges Kaufsrecht*) ayırımı, hak sahibi olan taraf açısından yapılan bir tasniftir. Tek taraflı alım hakkında taraflardan biri alım hakkı sahibi iken; diğer taraf alım hakkı yükümlüsüdür. Çok taraflı alım hakkında ise, taraflar birbirlerine karşı hem alım hakkı sahibi hem de yükümlüsü sıfatlarına sahiptir⁹⁶. Dolayısıyla bu tasnifte, alım hakkı sahibi tarafın bir veyahut da birden fazla kişiden oluşması bir öneme sahip değildir. Önemli olan tarafların birbirlerine karşı olan pozisyonudur⁹⁷. Örneğin; şirket payları üzerinde kurulan alım hakkında, pay sahipleri sözleşmesine taraf her bir pay sahibinin, diğer pay sahiplerinin pay sahipleri sözleşmesinden doğan yükümlülükleri ihlâl etmesi koşuluna bağlı olan bir alım hakkına sahip olduğu hallerde durum böyledir. Öğretide, pay sahiplerinin birlikte satışa zorlama hakkının ihlâli karşısında ayrıca bir alım hakkının tanındığı ifade edilmektedir⁹⁸. İşte böyle bir durumda, pay sahiplerinden her kim bu yükümlülüğe

⁹² Bkz.: Birinci Bölüm, dpn.48.

⁹³ Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1293.

⁹⁴ Kullanma bedeline ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: İkinci Bölüm, Kullanma Bedeli başlığı.

⁹⁵ Bu yönde yapılan eleştiri için bkz.: Allgäuer, *Kaufsrecht*, 71.

⁹⁶ Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1289; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 96; Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 95 vd.

⁹⁷ Alım hakkı sözleşmesinde hak sahibi ve yükümlü taraflar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: İkinci Bölüm, Taraflar başlığı.

⁹⁸ Gülşah Yılmaz, *Pay Sahipleri Sözleşmesinden Doğan Birlikte Satma ve Birlikte Satışa Zorlama Hakkı (Tag Along & Drag Along Rights)*, 2. Baskı (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 140.

aykırı davranmış ise, diğer pay sahipleri, onun paylarını konu alan alım hakkını kullanma imkânına sahip olur. Dolayısıyla pay sahipleri, hem alım hakkını kullanabilme hem de onun muhatabı olabilme yönünden aynı pozisyonudadır.

1.4. Alım Hakkına İlişkin Hukukî Düzenlemeler

1.4.1. Genel Olarak

Alım hakkı uygulamadaki önemine rağmen gerek Türk hukuku gerek ise yabancı hukuk sistemlerinde önemine layık bir düzenlemeye sahip değildir. Kanaatimizce böyle bir sonucun sebebi, alım hakkına yönelik hukukî sorunların genellikle önalım hakkına yönelik hükümlere kıyasen başvurularak çözümlenmeye çalışılmasıdır. Bunun sonucu olarak da, alım hakkı müessesesine ilişkin bir özel düzenleme ihtiyacı pek gündeme gelmemiştir. Ancak yine de, genel bir bakış açısı kazandırmak amacıyla farklı hukuk sistemlerindeki düzenlemelerin ele alınmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz.

1.4.2. Türk Hukuku

Türk hukukunda alım hakkını düzenleyen hükümlere Türk Borçlar Kanunu ile Türk Medeni Kanunu’nda yer verildiği görülmektedir. Alım hakkına ilişkin genel düzenlemeler öngören hükümlerin başında “*Taşınmaz Satışı ve Satış İlişkisi Doğuran Haklar*” üst başlığı altında düzenlenen Türk Borçlar Kanunu’nun 237, 238 ve 239. maddeleri gelmektedir. Söz konusu hükümler, alım hakkına yönelik münhasır düzenlemeler olmayıp farklı hukukî müesseseleri de içerisinde barındıran genel çerçeve hükümler olarak karşımıza çıkmaktadır.

TBK md. 237 “*şekil*” kenar başlığını taşımaktadır. “... *alım sözleşmeleri, resmî şekilde düzenlenmedikçe geçerli olmaz*” hükmüyle de taşınmazlar üzerinde alım hakkını kuran sözleşmeler resmî geçerlilik şartına bağlanmıştır.

TBK md. 238’de ise kanun koyucu, “*alım hakları en çok on yıllık süre için kararlaştırılabilir ve şerh edilebilir*” diyerek hakkın en fazla on yıl süreyle

Zorunlu alım ve satım düzenlemelerinin kapalı ortaklıklarda azınlık pay sahiplerini koruma amacını taşıyabileceği yönünde bkz.: Gül Okutan Nilsson, *Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmesi* (İstanbul: Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, 2004), 226. Pay sahipleri sözleşmelerinde yer alan alım ve satım haklarına ilişkin kayıtlar hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz.: Okutan Nilsson, *Anonim Ortaklıklarda*, 224 vd.

kararlaştırılabileceğini ve bu süre içerisinde de tapu kütüğüne şerh edilebileceğini hükme bağlamıştır.

Son olarak TBK md. 239’da ise, kanun koyucu, iki fıkra halinde alım hakkının devredilmesi ve miras yoluyla geçmesine ilişkin düzenlemelere yer vermiştir. TBK md. 239/I’de, “*Aksine anlaşma olmadıkça, alım ... hakları devredilemez, ancak miras yoluyla geçer*” denilerek hakkın kural olarak devredilemeyeceği ve fakat miras yoluyla geçeceği ifade edilmişken; müteakip fıkrada hakkın devrini öngören sözleşmelerin şekli düzenlenmiştir.

Türk Medeni Kanunu’na baktığımızda ise müstesna birkaç hükümde alım hakkına yer verildiğini görmekteyiz. Gerçekten de, “*Taşınmaz Mülkiyetinin Kısıtlamaları*” başlığı altında “*alım ve geri alım hakları*” altbaşlığını taşıyan TMK md. 736’da, alım hakkının tapu kütüğüne şerh edilebileceğini ve şerh süresi boyunca hakkın her malike karşı ileri sürülebileceği ifade edilmiştir. İkinci fıkrada ise, şerhin süresine ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Bunun gibi, kişisel hakların şerhini düzenleyen TMK md. 1009’da da, alım hakkının şerh edilebileceği hükme bağlanmıştır.

1.4.3. İsviçre Hukuku

İsviçre hukukunda alım hakkına yönelik düzenlemeler genel olarak İsviçre Borçlar Kanunu’nda yer almaktadır. Müessese, 1991 yılında yapılan revizyon sonrası, ilk kez İsviçre Borçlar Kanunu’nda münhasır düzenlemeye kavuşmuştur. Bu kapsamda İsviçre hukukunda alım hakkına ilişkin düzenlemeler İsviçre Borçlar Kanunu’nun 216, 216a ve 216b (OR Art.216, 216a, 216b) ve İsviçre Medeni Kanunu’nun 683. maddeleridir (ZGB Art.683).

İsviçre hukuku’nda yer alan söz konusu düzenlemeler aslında mehz nitelik taşır. Başka bir deyişle, TBK’nın 237, 238 ve 239. maddeleri hemen hemen birebir İBK’nın ilgili hükümlerinden alınmıştır. Bununla birlikte, TMK md.736 açısından mehz nitelik taşıyan İMK md. 683 hükmü ise revizyon döneminde yürürlükte kaldırılmıştır. Bu çerçeve de İBK md. 216⁹⁹,da taşınmazlar üzerinde kurulan alım

⁹⁹ OR Art. 216, “*Bir taşınmazı konu alan satış sözleşmelerinin geçerliliği resmî şekil gerektirir. Önsözleşmeler ve de bir taşınmaz üzerinde önalım, alım ve geri alım hakkı kuran sözleşmelerin geçerliliği resmî şekil gerektirir. Alım bedeli önceden belirlenmeyen önalım sözleşmeleri adı yazılı şekilde geçerlidir.*”

hakkını içeren sözleşmelerin şekli; İBK md. 216a¹⁰⁰, da hakkın ve şerhin süresi; İBK md. 216b¹⁰¹, de ise alım hakkının devredilebilirliği ve miras yoluyla geçişi düzenlenmiştir. Söz konusu hükümler ile bunların karşılığını oluşturan Türk Borçlar Kanunu hükümleri arasında birtakım farklılık söz konusu olsa da, bu durum alım hakkı için bir anlam ifade etmez. Zira Türk Borçlar Kanunu'nda mehzaz kanundan ayrılan noktalar daha çok önalım hakkı açısından önem arz etmektedir. Bununla birlikte, TMK md. 736'da yer alan ve İsviçre Medeni Kanunu'nun yürürlükten kalkan 683. maddesini birebir karşılayan düzenlemenin ise, pozitif hukuk açısından artık pratik bir önemi kalmamıştır. Türk kanun koyucusunun, bu noktada, İsviçre'deki revizyon hareketine uygun bir yaklaşım sergilemesi ve bu ölü hükmü yürürlükten kaldırması gerektiği kanaatindeyiz.

1.4.4. Alman Hukuku

Alman hukukunda alım hakkına yönelik özel bir düzenlemeye rastlanmaz. Nitekim alım hakkını kapsayan opsiyon müessesesine de Alman Medeni Kanunu'nda, geri alım hakkını düzenleyen BGB § 456 vd. yer alan hükümler dışında, yer verilmediği görülmektedir¹⁰². Ancak şaşırtıcı bir şekilde SachenRBERG § 61'te, Alman kanun koyucu, belirli şartlar altında bir taşınmaz kullanıcısı lehine yasal alım hakkı tanımıştır. Kanun aslında Almanya Federal Cumhuriyeti topraklarına katılan ve giriş bölgesi (*Betrittsgebiet*) olarak da ifade edilen bölgedeki taşınmazlar üzerindeki belirli borç ilişkilerinin Alman Medeni Kanunu ile uyumunu sağlamayı hedeflemiştir. Buradaki uyumsuzluk, BGB'ye göre taşınmaz kullanımına bağlı hakların (mülkiyet gibi) Doğu Almanya'da farklı bir görünüme sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Bu noktada söz konusu Kanun meseleyi iki şekilde çözmektedir. Hak sahipleri ya ilgili taşınmaz üzerinde kendi lehlerine bir üst hakkı tayin edilmesini isteyebilmekte veya da ilgili taşınmazın kendilerine satılmasını talep edebilmektedir. İşte hak sahiplerinin, üst hakkı talep etme hakkından ayrı olarak, satın alma hakkını düzenleyen SachenRBERG § 61, bu

OR Art. 216a, “Önalım ve geri alım hakları en fazla 25 yıl, alım hakkı ise en fazla 10 yıllığına kararlaştırılabilir ve tapu kütüğüne şerh edilebilir.

OR Art. 216b, “ Aksi kararlaştırılmamışsa, sözleşmeden doğan önalım, geri alım ve alım hakları miras yoluyla geçer, ancak devredilemez.

Önsözleşmeler ve de bir taşınmaz üzerinde önalım, alım ve geri alım hakkı kuran sözleşmelerin geçerliliği resmî şekil gerektirir.

Devir sözleşmeye göre caiz ise, kurulmaya ilişkin aynı şekli gerektirir.

¹⁰² Staudinger-Bork, *Vorbem zu § 145-156*, Rn.69; Soergel-Wolf, *BGB Vor § 145*, Rn.70.

yönüyle, bir yasal alım hakkıdır. Ancak bu hakkın ileri sürülebilmesi için SachenRBerG § 65 – 74 arasında öngörülen şartların da göz önünde bulundurulması gerekir.

Alman hukukunda, alım hakkı ifadesinin önsözleşmeleri de kapsayan daha geniş bir terim olduğu daha önce ifade edilmişti¹⁰³. Keza ileride¹⁰⁴ ele alınacağı üzere, opsiyon hakkı, Alman hukukunda öneri ve kabul ile koşula bağlı sözleşme müesseselerini de kapsayan geniş bir kavram olarak karşımıza çıkar. Bunun doğal sonucu olarak da, kabul süresini düzenleyen BGB § 148 ile koşul ve sürelerle ilişkin § 158 vd. hükümlerin alım hakkına ilişkin genel düzenlemeler kapsamında ele alınabilir olduğunu söylemek mümkündür.

1.5. Alım Hakkının Fonksiyonları

1.5.1. Genel Olarak

Alım hakkının en temel fonksiyonu, alım hakkı alana, hakkın konusu şeyi satın alma imkânı vermesidir. Ancak bazı hallerde, hakkı alanın, farklı bir amacı hedeflemesi de mümkündür. Hatta bazen alım hakkı alandan ziyade, alım hakkı veren kimse için hakkın kurulması daha fazla önem arz edebilir.

Alım hakkının fonksiyonlarının tespitinde hakkın konusu olan şeyin niteliği önem arz etmez. Başka bir deyişle, malın taşınır veya taşınmaz olması ya da borsada işlem görüp görmemesi bir anlama sahip değildir. Ancak yine de bazı hallerde belirli bir fonksiyonun uygulanabilirliği ya öncelikli olarak ya da yalnızca belirli tip mallarla sınırlıdır.

Alım hakkının fonksiyonları Alman ve İsviçre hukuk sistemlerinde genel olarak opsiyon hakkı altında incelenmektedir. Ancak bunların yer yer özellikle alım hakkı kapsamında incelendiği de görülmektedir. Bununla birlikte, Türk hukukunda alım hakkına yönelik herhangi incelemeye rastlanmamaktadır. Çalışmanın bu bölümünde söz konusu fonksiyonlar alım hakkı müessesesiyle sınırlı olarak incelenmiştir¹⁰⁵.

¹⁰³ Bkz.: Birinci Bölüm, Terim başlığı.

¹⁰⁴ Bkz.: Birinci Bölüm, Opsiyon başlığı.

¹⁰⁵ Fonksiyonların taraflar açısından önemi ele alınırken mesele alım hakkı veren ve alım hakkı alan kapsamında incelenmiştir. Zira hakkın sahip olduğu fonksiyonlar hakkı tesis eden hukukî işleme taraf kimseler açısından bir öneme sahiptir. Hukukî işleme taraf olan kimseler ise alım hakkı veren ve alım hakkı alandır. Dolayısıyla mesele ele alınırken, hakkın fonksiyonlarını inceleyen kaynaklarda her ne kadar alım hakkı sahibi ve alım hakkı yükümlüsü ifadeleri yer bulmuşsa da, bu çalışmada bu yönde bir tercihe yer verilmemiştir. Bunun sebebi, ilgili kaynaklarda yer alan hak

1.5.2. Teminat (İktisabın Teminatı) Fonksiyonu

Teminat (iktisabın teminatı) fonksiyonu (*purpose of assurance / Sicherungszweck*), alım hakkının en temel işlevlerinden birini oluşturur. Nitekim taşınmazlar üzerinde kurulan alım hakkında, alım hakkı alan tarafından sıklıkla gözetilen amaçlardan biri teminat amacıdır¹⁰⁶. Bu çerçevede alım hakkının, kişinin söz konusu şeyi alma izninin olmadığı veyahut da o an iktisap etme imkânının bulunmaması halinde kullanışlı bir müessese olabileceği ifade edilmektedir¹⁰⁷.

Alım hakkının kararlaştırıldığı birçok somut olayda aslında alım hakkı alanın beklentileri yer alır. Bu beklentiler, hakkın kullanılması sonucu taraflar arasında bir satış sözleşmesinin kurulması ve bu sözleşmede yer alan edimlerin yerine getirilebilmesine yönelik ihtiyacı ifade eder¹⁰⁸. Başka bir deyişle buradaki teminat ileride yapılmak istenen bir iktisaba yönelik güvencedir¹⁰⁹. Zira alım hakkı, sahibine tek taraflı irade beyanıyla hakkın konusu şeyi konu alan bir satış sözleşmesi kurma imkânı verir. Satış sözleşmesi ise hakkın konusu şeyin mülkiyetini devralma imkânı verir. Bu yönüyle de, alım hakkında ön planda olan şey söz konusu eşyanın iktisabıdır. Başka bir deyişle, ilerideki iktisabın güvence altına alınmasıdır¹¹⁰. Alım hakkının bu yönü için öğretide aynı zamanda *teminat ve riziko düşürme fonksiyonu (Sicherungs – und Risikominderungsfunktion)*¹¹¹, *gelecekteki bir iktisabın teminatı (Sicherungs eines*

sahibi ve yükümlü sözcükleri ile aslında hakkı veren ve hakkı alan kimselerin kastediliyor olmasıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, alım hakkı bir kez kurulduktan sonra devredilmemiş veyahut da hak üçüncü bir kişi lehine tesis edilmemişse alım hakkı veren ve alım hakkı alan kimseler zaten alım hakkı yükümlüsü ve alım hakkı sahibi kişilerdir.

¹⁰⁶ Önalm hakkı kapsamında bu yönde bkz.: Schleich, *Option*, 30; Kurt Wissmann, *Verwandte Verträge (Vorvertrag, Vorkaufsvertrag, Vertrag auf Begründung eines Kaufrechts bzw. Rückkaufsrechts)*, in: *Der Grundstückskauf / hrsg. von Alfred Koller* (St. Gallen/Zürich: Dike Verlag, 1989), Rn.1406. Zira böylelikle bir işletme ileriye yönelik genişleme planı kapsamında komşu bir taşınmazın iktisabını, o taşınmazı satın alarak bir ödeme yükümlülüğü altına girmeksizin güvence altına alabilmektedir. Bu doğrultuda bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.453.

¹⁰⁷ ZK-Kom./Haab vd., *ZGB Art.683*, Rn.1.

¹⁰⁸ Bu doğrultuda bkz.: Schleich, *Option*, 15.

¹⁰⁹ Noelpp, *Eine Studie*, 5. Hatta bazen bir kimse için önemli olan, bir taşınmazı gerçekten alma düşüncesi olmaksızın, o taşınmazın safi iktisap imkânını hukuken güvence altına almaktır. Bu yönde bkz.: Röser, “Ankaufsrecht”, 13. Bu konuya ilişkin Alman mahkeme kararı için bkz.: RGZ 154, 355 (Röser, “Ankaufsrecht”, 13, dpn.3’ten naklen).

¹¹⁰ Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 86. Alım hakkı bu yönüyle önalm hakkından da ayrılmaktadır. Önalm hakkında eşyanın iktisabı ikinci sırada yer almaktadır. Zira burada, bir öncelik hakkı mahiyetinde, üçüncü kişiye nazaran bir imtiyaz amaçlanmaktadır. Oysaki, alım hakkında hakkın konusu şeyin iktisabı doğrudan doğruya birincil niteliktedir. Bu sebeple de, ön planda yer almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 86.

¹¹¹ Teminat bu fonksiyonunu bu şekilde ifade eden görüş, aşağıda incelediğimiz hedging işlemlerini de kapsayacak şekilde meseleyi ele almakta ve bundan dolayı teminat fonksiyonunun yanında aynı

künftigen Erwerbs) veya *iktisap fonksiyonu (Erwersfunktion)*¹¹² terimleri de kullanılmaktadır.

Alım hakkının teminat fonksiyonu için kullanma bedelinin belirlenmiş olup olmaması ve bu bedelin miktarı genel olarak önem arz etmez. Dolayısıyla önalım hakkından farklı olarak, alım hakkının varlığı, teminat işlevi açısından tek başına yeterlidir¹¹³.

Teminat düşüncesiyle alım hakkının kurulması genel olarak üç temel sebebe dayanır. Bunlardan birincisi, hakkın konusu olan şeye yönelik ihtiyacın henüz doğmamış olmasıdır¹¹⁴. Bu duruma, bir fabrikanın ileride genişlemeye yönelik planlama kapsamında tesise komşu olan bir araziye ihtiyacı örnek olarak gösterilebilir.

Teminat amacıyla yer alan ikinci temel sebep esneklik olarak ortaya çıkar¹¹⁵. Zira alım hakkı alan, lehine sağlanan bu esneklik sayesinde hakkın kullanılmasının sonuçlarını güvence altına almaktadır. Ancak aynı zamanda bu hukukî sonuçlardan da vazgeçme özgürlüğüne sahiptir¹¹⁶. Zira alım hakkının kullanılması alım hakkı alan (alım hakkı sahibi) açısından bir yükümlülük teşkil etmez. O, isterse hakkını kullanmayabilir.

zamanda riziko düşürme terimini de zikretmektedir. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 10.

¹¹² Robert Max Brunner, “Kaufrechte an Grundstücken: Versuch einer einheitlichen rechtlichen Erfassung vertraglich begründeter Kaufs-, Rückkaufs- und Vorkaufrechte” (Dissertation, Bern/Zürich, 1998), 48 vd.; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.18a ve *Art. 683*, Rn.8; Schleich, *Option*, 15.

¹¹³ İsviçre hukukunda yer alan bir görüş, önalım hakkı açısından bu fonksiyonun, özellikle nitelikli önalım hakkında söz konusu olduğunu söylemektedir. Ancak buna ilaveten, önalım bedelinin, hakkın konusu şeyin rayiç bedelinden daha düşük kararlaştırılması gerektiğini ifade etmektedir. Zira bu durumda, önalım hakkı yükümlüsü, söz konusu taşınmazın satışından fiilen vazgeçmek zorunda kalmaktadır. Aksi takdirde, sahip olduğu taşınmazı değerinden daha düşük bir bedelle önalım hakkı sahibine satma yükümlülüğü altına girecektir. Bu görüş, adı önalım hakkında ilgili üçüncü kişilerin taşınmazı almaya yönelik ilgilerinin azalacağını ve böylelikle taşınmazın değerini düşeceğini belirtmektedir. Dolayısıyla burada da, bir nevi teminat fonksiyonunun sağlandığını ileri sürmektedir. Zira böyle bir halde, üçüncü kişiler, önalım hakkı sahibinin bu durumu engelleyeceğini hesaba katmak zorundadırlar. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.43. Adı önalım hakkının, önalım hakkı yükümlüsü açısından ekonomik yönden daha avantajlı olduğu yönünde ayrıca bkz.: Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.10. Aynı doğrultuda bkz.: Urs Schenker, *Vorkaufrechte, Vorhandrechte und Mitverkaufsrechte im Zusammenhang mit M&ATransaktionen*, in: *Tschäni Rudolf (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XV* (Zürich: Schulthess Verlag, 2013), 249-250. Nitelikli önalım hakkı üzerinden meseleyi ele alarak benzer sonuca ulaşan bir başka görüş için bkz.: Isler, *Grundbuch*, 6. Genel olarak bu hususta daha ayrıntılı bilgi için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.176.

¹¹⁴ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.8; Isler, *Grundbuch*, 11.

¹¹⁵ Schleich, *Option*, 15; Casper, *Der Optionsvertrag*, 10-11. Aynı doğrultuda bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.453.

¹¹⁶ Schleich, *Option*, 15. Aynı doğrultuda bkz.: Rainer Schumacher, *Vertragsgestaltung: Systemtechnik für die Praxis*, 1. Aufl. (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2004), Rn.956 vd., Rn.995 vd.

Bu durum özellikle ticari faaliyet gösteren kuruluşlar açısından hayatî bir önem arz eder¹¹⁷. Gerçekten de, iktisadi kuruluşlar açısından, alınacak kararlarda ileriye yönelik kalkınmayı göz önüne almak genel olarak bir zorunluluk arz eder¹¹⁸. Böyle bir zorunluluk da esasında bir riziko yönetimini de beraberinde getirmektedir. İşte bu noktada alım hakkı, stok yönetimini kapsayan risk yönetimi çerçevesinde bir strateji olarak karşımıza çıkar¹¹⁹.

Teminat amacıyla yer alan üçüncü sebep, bedele ilişkin ödeme yükümlülüğüdür. Burada kastedilen, hakkın konusu şeyi satın almak için alım hakkı alanın o an için ihtiyaç duyulan bedeli temin edememesi ve ödeyebilecek durumda olmamasıdır¹²⁰. Esneklik sebebinden farklı olarak, alım hakkı alan, burada hakkın konusu olan şeyi hemen almak istemektedir. Dolayısıyla o, alıp almama konusundaki kararını çoktan vermiştir. Onun için önemli olan artık satın alıp almamaya veyahut da bunu ne zaman yapacağına karar verme özgürlüğüne sahip olmak değil; vermiş olduğu kararı yerine getirmek için ihtiyaç duyduğu bedeli temin etmektir. Bu sebeple de, söz

¹¹⁷ Alım hakkı, şirketlerin, öncesinde bir ödeme yapmak zorunda olmaksızın, ileriye yönelik genişleme planları kapsamında işletmeye komşu arazilerin iktisabını güvence altına almayı sağlar. Bu doğrultuda bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.453.

¹¹⁸ Casper, *Der Optionsvertrag*, 10.

¹¹⁹ Bu doğrultuda bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 10. Ekonomi biliminde rizikoyu azaltmaya yönelik risk yönetimi dört şekilde ele alınmaktadır. Bunlar; çeşitlendirme (*diversification/Diversifikation*), rezervz yönetimi (*reserve management/Reservehaltung*), ve başkası adına sigortalama (*Fremdversicherung*) ile kendi adına sigortalama (*Eigenversicherung*) şeklinde karşımıza çıkar. Philipp, *Risiko und Risikopolitik*, 76 vd.; Mag, (*Fn.1*), 491 vd. (Casper, *Der Optionsvertrag*, 10, dpn.3'ten naklen). Alman hukukunda bir görüş, alım hakkının bu işlevini şu örnekle anlatmaktadır: Bir endüstri bölgesinde kurulan fabrikanın hemen yanında mera olarak kullanılmakta olan bir arazi söz konusudur. Fabrikayı kuran teşebbüs gelecek yedi ile on yıl arasında işletmenin büyümesinin zarurî olduğunu öngörmektedir. Ancak söz konusu komşu arazinin hala boş olup olmayacağı ve satılıp satılmayacağı belirsizdir. Böyle bir durumda, teşebbüs, hiçbir şey yapmadan bekleyerek ihtiyacı olduğu anda araziye satın almak isteyebilir. Ancak bu sefer söz konusu komşu taşınmaz alıma hazır durumda olmayabilir. İkinci olarak ise, teşebbüs söz konusu araziye öncesinde alarak ya kullanılmadan bırakacak ya da olduğu şekliyle kiraya verecektir. Son olarak teşebbüs, söz konusu taşınmazı, satış sözleşmesi hemen yapılmak ve yerine getirilmek zorunda olmaksızın, kendine bağlanmasını isteyebilir. Böyle bir durumda önalım hakkı, irtifak hakkı, önsözleşme ve opsiyon sözleşmesi gündeme gelmektedir. Ancak bunlardan önalım hakkında yeterli bir güvence söz konusu değildir. Zira önalım olayı er ya da geç gerçekleşecektir. Başka bir deyişle, önalım olayı aslında teşebbüsün istediği zamandan daha önceki bir tarihte gerçekleşme ihtimaline sahiptir. Bu ise, kendisinden beklenen amaca ulaşmaya engel teşkil eder. İrtifak hakkında ise, her ne kadar taşınmaz üzerinde yapı yapılması engellenebilirse de, söz konusu arazinin istenilen zaman diliminde satın alınabilmesine yönelik bir güvence söz konusu değildir. Dolayısıyla burada önsözleşme ve opsiyon sözleşmesi şeklinde iki seçenek kalmaktadır. İşte bu noktada opsiyon sözleşmesiyle tanınan alım hakkının, önsözleşmeye göre çok önemli bir ayrıcalığı bulunmaktadır. O ise, komşu arazi malikinin tekrar katılımı gerekmesizin satış sözleşmesinin kurulmasını sağlamasıdır. Bu hususta daha ayrıntılı bilgi için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 11.

¹²⁰ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.8; Isler, *Grundbuch*, 11. Aynı doğrultuda bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.453.

konusu bedeli ödeyebileceği süreye kadar satıcıdan kendisine alım hakkının tanınmasını istemektedir. Buradaki amaç onun, satma yönündeki arzusunu ortadan kaldırmak ve malın üçüncü bir kişiye satılmasını engellemektir. Örneğin; büyük bir taşınmazı satın almayı planlayan ancak buna ilişkin finansmanı sağlayamayan birinin, taşınmaza ait belirli bir kısmı alırken kalan kısım için satış sözleşmesinde kendi lehine alım hakkı tanınmasını istemesinde durum böyledir¹²¹.

1.5.3. Spekülasyon Fonksiyonu

1.5.3.1. Genel Olarak

Alım hakkında yer alan bir diğer işlev ve amaç spekülasyon (*purpose of speculation/Spekulationszweck*) olarak karşımıza çıkar. Spekülasyon kavramı ilmi anlamda iki farklı şeyi ifade eder. Bunlardan ilki, düşüncelere dayanan ve doğruluğu mevcut tecrübeyle teyid edilemeyen kabullerdir¹²². İkinci ise, iktisadî açıdan ortaya konan bir yaklaşımdır. Buna göre spekülasyon; malların, fiyat dalgalanmalarından yararlanarak bir kazanç elde edilmesi amacıyla iktisabını ifade eder¹²³. Piyasa fiyatı bulunan misli eşya ya da menkul kıymetlere yönelik satış sözleşmelerini konu alan opsiyon sözleşmelerinde, spekülasyona dayalı kazanç beklentisi, sözleşmenin yapılmasında önemli bir sebeptir¹²⁴. Bunun dışında; kentleşme, imar izninin çıkarılması gibi değişkenlere bağlı olarak değerinde önemli değişiklik beklentisi olan taşınmazlar üzerinde de spekülasyon amaçlı alım hakkının kurulması mümkündür. Nitekim öğretide

¹²¹ Opsiyon hakkı kapsamında verilen benzer örnek için bkz.: Geiben, *Der Vorvertrag*, 60.

¹²² Casper, *Der Optionsvertrag*, 14.

¹²³ Wahrig, *Deutsches Wörterbuch, Stichwort Spekulation* (Casper, *Der Optionsvertrag*, 14, dñn.15'ten naklen). Aynı doğrultuda benzer tanım için ayrıca bkz.: Gülner Koç Aytekin, "Uluslararası Sermaye Hareketleri Kapsamında Sıcak Para Akımlarının Ekonomik Etkileri ve Spekülasyon", *UBBED*, 4/7 (2018): 191 192. Spekülasyonu, bir varlığın gelecek fiyat değışmelerinden yararlanmak amacıyla risk kabulü ile yapılan alım satım faaliyetleri şeklinde tanımlayan görüş için bkz.: Atahan Çelebi, "İktisatta Zaman ve Spekülasyon" (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Yıldız Teknik Üniversitesi, 2007), 29. Spekülasyonda kur ve faiz riskinin üstlenilmesi ve kaldıraç etkisi ile az miktarlarda yatırım yapılarak büyük miktarlarda kazanç ve zararın söz konusu olabileceği yönündeki açıklamalar için ayrıca bkz.: Helin Kaya, "Spekülasyon ve Hedging Amaçlı Türev Araç Kullanımının Bankaların Faiz Oranı Ve Döviz Kuru Riskine Etkisi: Borsa İstanbul'da İşlem Gören Bankalar Üzerine Bir Uygulama" (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi, 2020), 29.

¹²⁴ Peter Clouth, *Rechtsfragen der außerbörslichen Finanzderivate - Produktstrukturen und Verlustrisiken; Beratung und Information durch Kreditinstitute* (München: C.H.Beck Verlag, 2001), 122 vd. Bu yöndeki Alman mahkeme kararları için bkz.: BGHZ 114, 177, 181; BGH WM 1994, 2231, 2232 (Casper, *Der Optionsvertrag*, 13, dñn.13'ten naklen).

de, taşınmazlar üzerinde kurulan alım hakkında sıklıkla gözetilen amaçlardan birinin spekülasyon olduğu ifade edilmektedir¹²⁵.

Spekülasyon alanında karşılaşılan en önemli müessese alım hakkıdır¹²⁶. Zira, spekülatif bir kazanç, her şeyden önce o şeyin devrini konu alan bir satış sözleşmesine ihtiyaç duyar. Nitekim, opsiyon hakkının kullanılmasıyla birlikte kurulan sözleşme bir satış sözleşmesi ise, artık burada bir alım hakkı söz konusu olur¹²⁷. Dolayısıyla da, alım hakkı, spekülasyon fonksiyonunda ilk sırada yer almaktadır. Nitekim alım hakkı alan açısından sıklıkla gözetilen amaçlardan birinin spekülasyon olduğu ifade edilmektedir¹²⁸.

Alım hakkı kapsamında spekülasyon, dar anlamda spekülasyon ve geniş anlamda spekülasyon olmak üzere iki farklı şekilde ele alınmaktadır. Aşağıda bu iki kavram ayrıntılı olarak incelenmiştir.

1.5.3.2. Dar Anlamda Spekülasyon

Genel Olarak

Dar anlamda spekülasyon, piyasadaki işlemlerde bir malın sadece fiyatında beklenen değişiklik üzerinden kazanç elde etme amacını ifade eder¹²⁹. Burada

¹²⁵ Schleich, *Option*, 30; Wissmann, *Verwandte Verträge*, Rn.1406; Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.12 vd.

¹²⁶ Alım hakkının sıklıkla spekülasyon amacıyla kurulduğu yönünde bkz.: ZK-Kom./Haab vd., *ZGB Art. 683*, Rn.1.

¹²⁷ Henrich, *Vorvertrag*, 229; Casper, *Der Optionsvertrag*, 86-87; Larenz, *Allgemeiner Teil*, 87; Enneccerus ve Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, 476; Staudinger-Bork, *Vorbem zu § 145-156*, Rn.69; Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 93-94; Larenz, “Die rechtliche Bedeutung”, 211; Hueck, “Erwerbsvorrechte”, 752.

¹²⁸ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.14d; Noelpp, *Eine Studie*, s .5. Aynı doğrultuda bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 87; Isler, *Grundbuch*, 10. Her ne kadar önalım hakkında da esasında bir satış sözleşmesi yer alsa da, spekülasyon amacı, alım hakkında olduğu kadar pratik olarak kullanılabilir değildir. Zira önalım hakkında, hak sahibinin hakkı kullanması, önalım hakkı yükümlüsünün isteğine bağlıdır. Ayrıca önalım hakkı sahibinin taşınmazı daha düşük bir bedelle satın alma imkânı var ise, önalım hakkı yükümlüsü zorunda kalmadıkça taşınmazı satmaktan imtina edecektir. Dolayısıyla önalım hakkı yükümlüsü, bunun yerine, hakkın süresinin dolmasını bekleyecek ve daha sonra taşınmazı satacaktır. Bu sebeple önalım hakkında spekülasyon, alım hakkına göre, oldukça sınırlandırılmış bir durumdadır. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.46. Nitelikli önalım hakkında spekülasyon fonksiyonunun yer aldığını ileri süren görüşler için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 6 ve 26; Noelpp, *Eine Studie*, 8-9; Isler, *Grundbuch*, 6; Allgäuer, *Kaufrecht*, 13-14. Şirket payları üzerinde kurulan alım hakkında spekülasyon fonksiyonunun nispeten sınırlı olduğu ifade edilmektedir. Bunun sebebi, kullanma bedelinin, yaklaşık olarak payın ilgili zamandaki gerçek değeri üzerinden kararlaştırılıyor olmasıdır. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 88.

¹²⁹ Helmut Hochgesand, “Spekulation”, içinde *Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaften Band 7*, editörler von W. Albers u.a. (Stuttgart-New York: Gustav Fischer Verlag, 1988), 170; Gunter

spekülasyon kavramına dar anlam katan husus kazanç hedefinin yalnızca fiyat değişikliğine bağlanmış olmasıdır. Bunun dışında, söz konusu işlemin bizzat kendisi üzerinden bir kazanç sağlama amacı güdülmez¹³⁰. Alım hakkı kapsamında ifade edilecek olursa, dar anlamda spekülasyonda, kâr amacı güden taraf açısından tek bir hedef söz konusudur. O da, hakkın konusu şeyin fiyatında mevcut beklenti yönünde bir değişimin gerçekleşmiş olmasıdır. Bunun sonucu olarak, hak ileri sürülerek kurulacak olan satış sözleşmesinden bir beklenti söz konusu değildir. Başka bir deyişle, bu sözleşmedeki edim yükümlülüklerinin kayda değer bir yararı bulunmamaktadır¹³¹.

Dar anlamda spekülasyon hem alım hakkı alan hem de alım hakkı veren açısından söz konusu olabilir. Ancak spekülasyona dayalı kazancın görünüm şekli her iki taraf açısından farklıdır. Aşağıda bu iki durum ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Alım Hakkı Alan Açısından

Alım hakkı alan açısından dar anlamda spekülasyon, ivazlı olarak kurulmuş olan alım hakkında söz konusu olur. Ayrıca hakkın konusu şeyin borsada işlem gören bir ekonomik değer olması ve alım bedelinin de sabit bir miktar olarak kararlaştırılmış olması gerekir¹³². Bununla birlikte, şehir planlaması vb. sebeplerle değerinde önemli değişiklik olabilecek taşınmazlar da spekülasyonun elverişli bir konusunu oluşturabilir. Zira alım hakkının buradaki en önemli işlevi, alım hakkı alana, söz konusu ekonomik değere doğrudan yatırım yapmaksızın çok daha düşük bir sermaye ile büyük oranda

Steinmann, *Theorie der Spekulation - Ausgabe 106 (Band 106 von Kieler Studien)* (Tübingen: Mohr Verlag, 1970), 3; Thomas Bauer, “Börsenmäßige Termingeschäfte und Differenzeinwand im schweizerischen und deutschen IPR”. Dissertation, Basel, 1988, 8-9; Martin Henssler, *Risiko als Vertragsgegenstand (Jus Privatum, Band 6)* (Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, 1994), 289. Burada spekülasyon kavramı ile arbitraj işlemlerini birbirinden ayırt etmek gerekir. Arbitraj işlemlerinde iki farklı piyasadaki fiyat farklılığından yararlanma söz konusudur. Ayrıca, spekülasyondan farklı olarak, bir risk altına girme de söz konusu değildir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: Hochgesand, “Spekulation”, 170; Klaus Schäfer, *Einsatz und Bewertung von Optionen und Futures*, in: *Rudolph, Bernd (Hrsg.), Derivate Finanzinstrumente* (Stuttgart: Schäffer-Poeschel Verlag, 1995), 65 vd.

¹³⁰ Steinmann, *Theorie der Spekulation*, 3 vd.; Casper, *Der Optionsvertrag*, 14; Hochgesand, “Spekulation”, 170. Bu noktada dar anlamda spekülasyonda yer alan vade anlayışının kısa vadeyi karşıladığını söylemek mümkündür. Başka bir deyişle, burada amaç bir nevi vur-kaç yapmaktır. Bundan dolayıdır ki, spekülasyondan kazanç sağlamayı hedefleyen söz konusu kazancı yalnızca fiyat değişikliği üzerinden gerçekleştirilmesi hedeflenmektedir. Bunun dışında ayrıca alım hakkının kullanılması ile birlikte kurulacak satış sözleşmesinden doğan edimlerin ifası ve bu ifadan beklenen menfaat dar anlamda spekülasyonun konusunu oluşturmaz. Nitekim öğretide de, spekülasyona dayalı işlemlerde kesin bir vade anlayışının söz konusu olmadığı ancak yatırımların genellikle kısa vadeli olarak yapıldığı ifade edilmektedir. Spekülasyonda yer alan vade anlayışına ilişkin bu açıklamalar için bkz.: Koç Aytekin, “Uluslararası Sermaye”, 192.

¹³¹ Bu doğrultuda bkz.: Schleich, *Option*, 15.

¹³² Schleich, *Option*, 16.

kazanç sağlama imkânı vermesidir¹³³. Ancak hakkın, sahibine tanıdığı avantaj bununla da sınırlı değildir. Zira onun buradaki kazancı teorik olarak sınırsız iken; karşılaşacağı kayıp yalnızca alım hakkı bedeli ile sınırlıdır¹³⁴. Gerçekten de, fiyat değişimi, beklentisinin aksi yönünde gerçekleşen alım hakkı alan (alım hakkı sahibi) artık doğal olarak hakkını kullanmaktan feragat edecektir. Böylelikle de, uğranılan zarar, yalnızca alım hakkı bedeli ile sınırlı olacaktır. Hatta o, söz konusu ekonomik değere doğrudan yatırım da yapmadığı için elindeki mevcut parasal değeri başka yerlerde değerlendirme imkânına da sahip olacaktır¹³⁵. Örneğin; bir kimse, değerleneceği düşüncesiyle rayiç bedeli 300.000TRY olan bir arsayı satın almak yerine arsa üzerinde kendisine uygun bir alım hakkı bedeli karşılığında alım hakkı tanınmasını isteyebilir. Böyle bir durumda, farazen alım hakkı bedeli olarak 20.000TRY, kullanma bedeli olarak ise 350.000TRY olarak belirlenmiş olabilir. Böyle bir durumda, fiyat değişimi aksi yönde gelişir ve taşınmazın değeri söz gelimi 150.000TRY'ye düşerse artık alım hakkı kullanılmayacaktır. Dolayısıyla da alım hakkı alan, 300.000TRY gibi büyük bir sermayeyi kullanmaksızın yalnızca 20.000TRY ile kazanç elde etme ihtimalini değerlendirmiş ve muhtemel kaybını da önemli ölçüde azaltmış olacaktır. Gerçekten de alım hakkı alan, taşınmazı başlangıçta rayiç bedel üzerinden almış olsaydı hem 150.000TRY zarar etmiş hem de mevcut kullanılabilir likiditesinden mahrum kalmış olacaktı. Bununla birlikte taşınmazın değerinin artması durumunda ise senaryo tam tersi bir görünüme sahip olacaktır. Böyle bir durumda, fiyat değişikliğindeki dalgalanma öngörülen beklenti yönünde olacağı için, alım hakkı alan (alım hakkı sahibi) açısından kâr realizasyonu (*profit realization/Gewinnrealisierung*) artık mümkün olacaktır¹³⁶.

Dar anlamda spekülasyonda, alım hakkı alan (alım hakkı sahibi) açısından kâr realizasyonu farklı şekillerde gerçekleşebilir. Burada ilk akla gelen husus alım hakkının

¹³³ Bu doğrultuda bkz.: Karl-Heinz Bilitza, *Erfolgreich spekulieren mit Aktien- und Rentenooptionen – Termingeschäfte in Deutschland, den USA und der Schweiz*, 2. Auflage (Landsberg/Lech: Moderne Industrie Verlag, 1987), 14, 40; Schleich, *Option*, 16; Casper, *Der Optionsvertrag*, 19 vd;

¹³⁴ Casper, *Der Optionsvertrag*, 20; Schleich, *Option*, 16-17; Bilitza, *Termingeschäfte in Deutschland*, 39. Rizikonun alım hakkı bedeli ile sınırlı olduğunu ifade eden bir diğer görüş için bkz.: Heinrich Honsell ve Theo Mayer-Maly, *Rechtswissenschaft - Die Grundlagen des Rechts* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2017), 201. Burada genel olarak sınırlandırılmış bir rizikonun bulunduğunu ifade eden görüş için bkz.: Steinbeck, *Die Übertragbarkeit*, 33.

¹³⁵ Bilitza, *Termingeschäfte in Deutschland*, 39.

¹³⁶ Hakkın konusu şeyin değer artışı veya kaybı durumunda hakkın kullanımına ilişkin benzer açıklamalar yapan görüş için bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.454. Borsada işlem gören mallar üzerinde alım hakkının spekülasyon işlevi çok daha etkilidir. Kaldıraç sisteminin uygulandığı piyasalarda bu etki daha da güçlüdür. Somut örnek üzerinden bu doğrultuda yapılan açıklamalar için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 19-20.

kullanılmasıdır. Ancak bu hakkın kullanılması taraflar arasındaki satış sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin de yerine getirilmesi zorunluluğunu doğurmaktadır¹³⁷. Az önce vermiş olduğumuz örnek üzerinden izah edilecek olursa, alım hakkı alan (alım hakkı sahibi) taşınmazın değeri arttığında, taraflarca alım hakkı bedelinin bir peşinat olarak kararlaştırılıp kararlaştırılmamasına göre¹³⁸, eksik kalan meblağı taşınmazın alımı için ödeyecek ve daha sonra da taşınmazı daha yüksek bir değere satarak kârını realize edecektir¹³⁹. Ancak dar anlamda spekülasyonda satış sözleşmesinde yer alan edimlerin alım hakkı alan (alım hakkı sahibi) açısından pek bir önemi yoktur. Onun için önemli olan, taşınmaza sahip olmak değil; onun değerindeki değişiklikten faydalanmaktır. Böylelikle de, en kısa yoldan ve zahmetsiz bir şekilde kazanç elde edilmiş olacaktır. Dolayısıyla bu tür durumlarda, alım hakkı genellikle devredilebilir şekilde kararlaştırılmaktadır. Bu sayede, hakkın satılması yoluyla, doğrudan kâr realizasyonu imkânının önü açılmış olmaktadır¹⁴⁰.

Alım Hakkı Veren Açısından

Alım hakkı veren açısından dar anlamda spekülasyon genel olarak alım hakkı alanın öngördüğü fiyat beklentisinin gerçekleşmemesine dayanır. Dolayısıyla yükümlü için burada önemli olan şey iki farklı şekilde cereyan eder. Öncelikle alım hakkı için öngörülen alım hakkı bedeli yükümlü tarafından alınır. Daha sonra ise, fiyat beklentisi gerçekleşmediği için alım hakkı veren (alım hakkı sahibi) tarafından da alım hakkı kullanılmamış olur¹⁴¹. Böylelikle, hem alım hakkı bedeli miktarı oranında kazanç elde edilmiş hem de söz konusu mal üzerindeki malik sıfatı korunmuş olur¹⁴².

Dar anlamda spekülasyonu hedefleyen alım hakkı verenin konumu, alım hakkı alana göre, nispeten daha dezavantajlıdır. Zira dar anlamda spekülasyonla hedeflenen kâr sadece alım hakkı bedeli ile sınırlı iken; karşılaşılabilecek kayıp belirli bir üst sınıra

¹³⁷ Bu yönde bkz.: Schleich, *Option*, 16-17.

¹³⁸ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.41

¹³⁹ Schleich, *Option*, 17.

¹⁴⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Brunner, *Kaufrecht*, 53; Wissmann, *Verwandte Verträge*, Rn.1406; Schleich, *Option*, 16; Liver, *Das Eigentum*, 213.

¹⁴¹ Schleich, *Option*, 18; Bu doğrultuda ayrıca bkz.: Häusler, *Die vertraglichen Grundlagen*, 121; Bilitza, *Termingeschäfte in Deutschland*, 50.

¹⁴² Alım hakkının süresi ne kadar uzun olursa, alım hakkı verenin elde edeceği kazanç da, o oranda daha yüksek olur. Bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Bilitza, *Termingeschäfte in Deutschland*, 50.

sahip değildir¹⁴³. Zira üzerinde alım hakkı kurulan bir taşınmazın veyahut da bir hisse senedinin değerindeki artış kural olarak bir sınırlamaya tâbi değildir. Az önce yukarda ifade ettiğimiz örnek üzerinden ifade edilecek olursa, taşınmazın değeri 300.000TRY olarak sabit kaldığı durumda artık alım hakkı kullanılmayacaktır. Ancak alım hakkı veren 20.000TRY tutarındaki alım hakkı bedeli nispetinde kâr realizasyonu gerçekleştirmiş olacaktır.

Dar anlamda spekülasyonda, malın, alım hakkı verenin beklentisini karşılamayacak ölçüde artış veyahut da düşüş gösterdiği haller söz konusu olabilir. Böyle bir durumda, kâr realizasyonun, alım hakkı bedeli ile sınırlı olup olmayacağı sorusu akla gelebilir. Örneğin; somut örnekteki taşınmazın değerinin 330.000TRY olduğu durumlarda alım hakkı alan (alım hakkı sahibi) hakkını yine kullanmayacaktır. Zira taraflarca kullanma bedeli en başta 350.000TRY olarak kararlaştırılmıştır. Bunun gibi, taşınmaz değerinin 150.000TRY'ye düştüğü hallerde de aynı sonuç söz konusu olmaktadır. Ancak burada alım hakkı verenin ilk örnekteki kârı hesaplanırken 30.000TRY'lik taşınmaz değerindeki artış göz önüne alınacak mıdır? Aynı şekilde taşınmazın 150.000TRY değer kaybettiği durumda da, alım hakkı verenin, alım hakkı bedeli düşülerek 130.000TRY'lik bir zararından bahsetmek gerekecek midir?

Kanaatimizce dar anlamda spekülasyonda kâr realizasyonu hesaplanırken dikkate alınması gereken tek bir şey vardır. O da, hakkın konusu şeyin fiyat değişikliğinden faydalanılarak elde edilmesi planlanan kazançtır. Dolayısıyla malın kendi fiyatındaki değişiklik hesaplamada göz önüne alınmaz. Zira, daha önce de ifade edildiği üzere¹⁴⁴, burada tarafların alım hakkının konusunu oluşturan hukukî işlem üzerinden bir kazanç hedefleme planları yoktur. Dolayısıyla dar anlamda spekülasyonu hedefleyen bir alım hakkı veren, zaten en başından beri söz konusu taşınmazı satmayı düşünmemektedir. Onun için önemli olan, fiyatının yükselmeyeceğini düşündüğü bir taşınmaz üzerinde belirli bir bedelle alım hakkı kurarak bu bedel nispetinde bir gelir elde etmektir. Keza aynı durum alım hakkı alan açısından da geçerlidir. Alım hakkı alan da, taşınmazın değerinin arttığı durumlarda o taşınmazı satın alıp tekrar satmayı

¹⁴³ Muhtemel kaybın teorik olarak sınırsız olduğu yönünde bkz.: Schleich, *Option*, 18. Bununla birlikte, taraflarca kararlaştırılmış bir prim (alım hakkı bedeli) söz konusu ise, kaybın bu prim (alım hakkı bedeli) oranında azalacağı yönünde bkz.: Lukas Müller, "Eigenkapitalbasierte Vergütung de lege ferenda Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte", *AJP*, 17/0 (2008): 528.

¹⁴⁴ Steinmann, *Theorie der Spekulation*, 3 vd.; Casper, *Der Optionsvertrag*, 14; Hochgesand, "Spekulation", 170.

değil¹⁴⁵; sahip olduğu alım hakkını daha yüksek bir bedelle başkasına devretmeyi hedeflemektedir.

1.5.3.3. Geniş Anlamda Spekülasyon

Geniş anlamda spekülasyon, bir ekonomik malın ilerideki fiyat gelişimine yönelik belirli bir beklenti sebebiyle yapılan her türlü eylemi ifade eder¹⁴⁶. Dar anlamda spekülasyondan farklı olarak, burada, sadece fiyat dalgalanmasına bağlı bir kazanç hedeflenmez. Aynı zamanda hedeflenen sözleşme ve bu sözleşmedeki edimlere ilişkin de bir menfaat söz konusudur¹⁴⁷. Dolayısıyla geniş anlamda spekülasyonda, spekülasyon amacı arka planda yer alır¹⁴⁸.

Geniş anlamda spekülasyonda da, hakkın konusu şeyin değeri zamana bağlı olarak değişkenlik göstermelidir. Ayrıca burada da, taraflarca kararlaştırılan kullanma bedeli, hakkın kullanılacağı zamandaki mevcut piyasa fiyatına endekslenmemiş olmalıdır¹⁴⁹. Aksi takdirde, fiyat değişkenliğinden beklenen amacın gerçekleştirilmesi mümkün olmaz.

Alım hakkı alan açısından geniş anlamda spekülasyonda, fiyat değişimine bağlı olarak, söz konusu malı daha ucuza alma amacı bulunmaktadır¹⁵⁰. Söz konusu fiyat değişimi, hakkın kurulduğu andan kullanılacağı ana kadarki zaman dilimi arasındaki değişimi ifade eder¹⁵¹. Dolayısıyla alım hakkı alan, dar anlamda spekülasyondan farklı olarak, ayrıca o malın mülkiyetinin kendisine devrini de amaçlar. Bu çerçevede alım hakkı alan, örneğin taşınmazın değeri arttığında, onu kararlaştırılan kullanma bedeli üzerinden satın alabilmekte ve fiyat değişikliğinden de korunma imkânına sahip olmaktadır. Bunun dışında alım hakkı alanın, ilgili taşınmazı almaya yönelik menfaati de söz konusu olduğundan ayrıca satın almış olduğu taşınmazı elinde bulundurmaya

¹⁴⁵ Geniş anlamda spekülasyon kapsamında bu duruma vurgu yapan görüş için bkz.: Schleich, *Option*, 19.

¹⁴⁶ Bauer, *Börsenmässige Termingeschäfte*, 8; Schleich, *Option*, 18; Henssler, *Risiko als Vertragsgegenstand*, 289.

¹⁴⁷ Schleich, *Option*, 18. Aynı doğrultuda bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 14.

¹⁴⁸ Casper, *Der Optionsvertrag*, 14. Aynı doğrultuda bkz.: Steinmann, *Theorie der Spekulation*, 3; Hochgesand, "Spekulation", 170; Gerhard Aschinger, *Börsenkrach und Spekulation - Eine ökonomische Analyse*, 1. Auflage (München: Vahlen Verlag, 1995), 17.

¹⁴⁹ Schleich, *Option*, 19.

¹⁵⁰ Bu yönde bkz.: Schleich, *Option*, 19.

¹⁵¹ Schleich, *Option*, 19.

devam etmekte ve onun kendisinden veyahut da semeresinden de ayrıca faydalanmaktadır.

Alım hakkı veren açısından geniş anlamda spekülasyonda da, sadece fiyat değişikliğine bağlı olarak alım hakkı bedeli üzerinden kazanç sağlama amacı yoktur. Aynı zamanda, hedeflenen sözleşme ve bu sözleşmenin ifasına yönelik de bir menfaat söz konusudur. Zira o, hakkın konusu şeyi zaten satmak istemektedir. Dolayısıyla esas sözleşmedeki bedel, alım hakkı bedeli de dikkate alındığında, kabul edilebilir görülmektedir¹⁵².

1.5.4. Koruma Fonksiyonu

Alım hakkının amaç ve işlevlerinden bir diğeri koruma amacı (*purpose of defence/Abwehrzweck*) olarak karşımıza çıkar. Koruma amacıyla ön planda yer alan husus hakkın konusunu oluşturan şeyin üçüncü kişiler tarafından edinilmesini engellemektir¹⁵³. Başka bir deyişle, alım hakkı alan burada hakkın konusu şeyi satın almak zorunda kalmamakta ve fakat aynı zamanda onun arzu edilmeyen üçüncü kişilere intikalini de bertaraf etmektedir¹⁵⁴. Hakkın bu fonksiyonu öğretide genel olarak koruma amacı şeklinde ifade edilir¹⁵⁵.

Koruma amacı öğretide sıklıkla önalım hakkı kapsamında ele alınmaktadır¹⁵⁶. Öte yandan öğretide yer alan bu yaklaşım aynı zamanda hakkın konusunu bir taşınmazın oluşturduğu hallerle sınırlı tutulmaktadır. Kanaatimizce bu yönde bir tutum doğru bir tercihtir. Zira bir hakkın, üçüncü kişilerin bir sözleşmeyi yapıp yapmama kararına etki edebilmesi, onun ancak bu kimselere karşı da ileri sürülebilmesi halinde mümkündür. Dolayısıyla hak, kanundan doğan veyahut da hukukî işlemle kurulmuş olmakla birlikte şerh edilmiş bir hak ise, ancak hakkın koruma fonksiyonundan söz edilmesi mümkündür. Bu noktada, koruma amacının taşınmazlar üzerinde kurulan alım

¹⁵² Schleich, *Option*, 19.

¹⁵³ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.41.

¹⁵⁴ Bu yönde bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.18b. Koruma amacıyla esas olan hedef, taşınmazın istenmeyen bir üçüncü bir kişiye satışını engelleme imkânının tanınmasıdır. Bu görüş, meseleyi önalım hakkı çerçevesinde ele almıştır. Söz konusu görüş için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.41.

¹⁵⁵ Brunner, *Kaufrecht*, 50; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.18b; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.41; Schleich, *Option*, 21. Yasaklayıcı fonksiyon (*prohibitive Funktion*) terimini kullanan görüş için bkz.: Meier-Hayoz, *Art. 681*, Rn.18b.

¹⁵⁶ Schleich, *Option*, 22; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.41-42; Meier-Hayoz, *Art.681*, Rn.18b. Taşınmazlar kapsamında meseleyi ele alan görüş için bkz.: Allgäuer, *Kaufrecht*, 13.

hakkı açısından da kabulü gerekir. Nitekim öğretide de haklı olarak ifade edildiği üzere, bir alım hakkı ile yüklenen taşınmaz, hak devam ettiği süre boyunca aslında satılabilme niteliğini haiz değildir¹⁵⁷. Taşınmaz maliki, alım hakkının verilmesiyle birlikte taşınmaz mülkiyeti üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği bir bekleme konumuna girmektedir¹⁵⁸. Kaldı ki, alım hakkının kullanılabilmesi için, önalım hakkında olduğu gibi bir önalım olayının gerçekleşmesi dahi gerekmez. Dolayısıyla alım hakkının, koruma amacını gerçekleştirmeye daha elverişli bir hak olduğunu söylemek mümkündür. Ancak kanaatimizce, ister önalım hakkı ister alım hakkı olsun, koruma fonksiyonun üçüncü kişilere karşı etkisi hakkın kullanımına ilişkin bedel ile sıkı bir ilişki içerisindedir. Bu durum, kullanma bedelinin, piyasa bedelinden daha düşük belirlendiği hallerde özellikle öne çıkmaktadır. Zira bu hallerde üçüncü kişiler hakkın konusu taşınmaz üzerinde işlem yapmak konusunda çok daha fazla çekimser kalır. Bunun sebebi ise, alım hakkının kullanılmasının alım hakkı alan (alım hakkı sahibi) açısından büyük bir ekonomik fırsat olabilmesidir. Ayrıca bedelin düşük olması parasal edimin ifasını kolaylaştıran önemli bir etkidir.

Teminat amacından farklı olarak, koruma amacıyla, satış sözleşmesinin yerine getirilmesi alım hakkı alan için öncelikli amaç değildir¹⁵⁹. Başka bir deyişle, alım hakkı alan, hakkın konusu şeyi belki de hiç alma niyetinde dahi değildir. Onun için önemli olan hakkın süresi boyunca söz konusu şeyin üçüncü kişilere devrini engellemektedir. Buna rağmen devir gerçekleşirse de, hakkı ileri sürmek kaydıyla söz konusu taşınmazı satın alma imkânına sahiptir. Ancak bu hukukî sonuç öncelikli amacı değil; üçüncü kişileri engellemeye yönelik amacı gerçekleştirmeye yönelik bir aracı ifade eder¹⁶⁰.

1.5.5. Zorlama Fonksiyonu

Alım hakkının önem arz eden fonksiyonlardan bir diğeri ise, zorlama fonksiyonudur. Alım hakkının bu fonksiyonu öğretide farklı şekillerde ifade edilmektedir. Örneğin; zorlama fonksiyonunu ele alan bazı yazarlar, “*belirli bir davranışın dolaylı zorlama yoluyla güvence altına alınması*” (*Sicherstellung eines*

¹⁵⁷ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.453.

¹⁵⁸ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.453.

¹⁵⁹ Schleich, *Option*, 21-22.

¹⁶⁰ Aynı yaklaşımı farklı şekillerde ele alan görüşler için bkz.: Schleich, *Option*, 21-22; Brunner, *Kaufrechte*, 50; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.41.

bestimmten Verhaltens durch indirekten Zwang) ifadesine yer verirken¹⁶¹; bazı yazarlar ise, meseleyi, “*dolaylı aynî teminat*” (indirekte dingliche Sicherstellung)¹⁶² ve “*çok etkili bir dolaylı zorlama aracı*” (ein sehr wirksames Mittel des indirekten Zwanges)¹⁶³ şeklinde incelemektedir. Öğretide yer alan bir diğer görüş ise, söz konusu fonksiyonu ele alırken, doğrudan bir kavramsal tanımlama yapmamakta; fakat dolaylı olarak “*zorlama aracı*” (Zwangsmittel) terimini kullanmaktadır¹⁶⁴. Bununla birlikte, şirket payları üzerinde kurulan alım hakkı yönünden meseleyi ele alan görüşlerden biri, “*baskı aracı*” (Drucksmittel) ve “*yaptırım enstrümanı*” (Sanktionierungsinstrumente) ifadelerine¹⁶⁵ yer verirken; bir başka görüş ise, meseleyi, “*doğru bir davranışın teminatı*” (Absicherung eines korrekten Verhaltens) şeklinde ele almaktadır¹⁶⁶. Öğretide yer alan tanımlamalar her ne kadar birbirinden farklı olsa da, burada aslında tek bir önemli sonuç vardır. O da, karşı tarafın rızası hilafına onu bir davranışta bulunmaya zorlayabilme gücüdür. Bu çalışmada alım hakkının söz konusu işlevi zorlama fonksiyonu (purpose of enforcement/Zwangszweck) şeklinde incelenmiştir.

Alım hakkında zorlama fonksiyonu, kullanma bedelinin, hakkın konusu şeyin değerinden daha düşük bir bedel üzerinden kararlaştırıldığı hallerde söz konusu olur¹⁶⁷. Böylelikle alım hakkı alan, maliki, kendisine karşı bellirli yükümlülöklere zorlama imkânına sahip olmaktadır¹⁶⁸. Bu durum ise, çoğunlukla alım hakkı verenin bir başka borç ilişkisinden doğan yükümlölüğünün ifasını sağlama şeklinde ortaya çıkar¹⁶⁹. Söz konusu yükümlölük bir yapma ve verme şeklinde bir edim yükümlölüğü (Leistungspflicht) olabileceğı gibi, bir kaçınma yükümlölüğü (Unterlassungspflicht)

¹⁶¹ Schleich, *Option*, 23.

¹⁶² Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.9; Isler, *Grundbuch*, 11.

¹⁶³ ZK-Kom./Haab vd., *ZGB Art. 683*, Rn.1.

¹⁶⁴ Noelpp, *Eine Studie*, 5.

¹⁶⁵ Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 70.

¹⁶⁶ Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1307.

¹⁶⁷ Schleich, *Option*, 23. Kullanma bedeli yerine alım bedeli terimini tercih eden ve fakat aynı sonuca ulaşan diğer görüşler için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 96; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.9; Isler, *Grundbuch*, 11.

¹⁶⁸ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.9; Isler, *Grundbuch*, 11.

¹⁶⁹ Schleich, *Option*, 23. Geri alım hakkı açısından ise, zorlama fonksiyonu, başka bir borç ilişkisinden doğan yükümlölüklerden ziyade, taraflar arasında hâlihazırda yapılmış olan bir satış sözleşmesinin ifasını güvence altına almak için kurulmaktadır. Söz konusu güvence, satış sözleşmesinin alıcı tarafının kendi yükümlölüklerini yerine getirmemesi halinde, satıcının kullanabileceğı bir geri alım hakkının tesis edilmesiyle sağlanmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1310; Noelpp, *Eine Studie*, 8; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 108; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.12.

şeklinde de gerçekleşebilir¹⁷⁰. Burada önemli olan husus, alım hakkının, söz konusu yükümlülük/yükümlülüklerin ihlali koşulna bağlı olarak kurulmuş olmasıdır¹⁷¹. Bu noktada, sözleşmeye aykırı bu davranışlar, niteliği itibariyle birer geciktirici koşul olarak karşımıza çıkar¹⁷². Böylelikle, alım hakkı veren, kendisinden beklenen yükümlülükleri yerine getirmedeği takdirde alım hakkının kullanılacağı bir durum ile karşı karşıyadır. Bunun sonucu olarak, o, elindeki malı değerinden daha düşük bir bedelle satma tehlikesi içerisinde. Bu sebeple de, söz konusu durumu engellemek için edime uygun ifade bulunma gayesi içerisinde.

Pay sahipleri sözleşmesinden doğan yükümlülüklerle uyulmasını sağlama, zorlama fonksiyonun görünüm şekillerinden birini oluşturmaktadır¹⁷³. Burada pay sahiplerinden biri sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmedeğinde, diğer pay sahiplerinin kullanabileceği bir alım hakkı söz konusu olmaktadır¹⁷⁴. Alım hakkının kullanımı ise imtiyazlı bir bedel üzerinden gerçekleştirilmektedir¹⁷⁵. Böylelikle elinde bulundurduğu payı kaybetmek istemeyen pay sahibi, pay sahipleri sözleşmesinden doğan yükümlülüklerle uygun hareket etmektedir. Dolayısıyla buradaki temel amaç, ilgili payın bir başka pay sahibine devri değil; pay sahipleri sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin ifasını sağlamaktır.

İsviçre hukukunda alım hakkının zorlama fonksiyonunun kartel oluşumlarında (*Kartell*) sıklıkla karşılaşılan bir durum olduğu ifade edilmektedir¹⁷⁶. Burada üyelerden

¹⁷⁰ Schleich, *Option*, 23; Meier-Hayoz, ZGB Art.683, Rn.9 vd.; Brunner, *Kaufrecht*, 50 vd.; Isler, *Grundbuch*, 11; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufrecht*, 87 vd. Edim ve kaçınma yükümlülükleriyle birlikte, aynı zamanda sır tutma yükümlülüğünü de ele alan görüş için bkz.: Noelpp, *Eine Studie*, 5.

¹⁷¹ Schleich, *Option*, 23.

¹⁷² Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1307.

¹⁷³ Bu hususta ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz.: Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 70.

¹⁷⁴ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufrecht*, 88.

¹⁷⁵ Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1307.

¹⁷⁶ 27142 Sayılı Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik md. 3/c'ye göre, kartel kavramı, “*Fiyat tespiti, müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, ihalelerde danışıklı hareket konularında, rakipler arasında gerçekleşen, rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve/veya uyumlu eylemler*” şeklinde tanımlanmıştır. Karteller üretim, fiyat, satın alma, bölge gibi konularda teşebbüslerin bir araya gelerek bir anlaşma yapmalarıdır. Bu kapsamda örneğin; üretim kartelinde, kartele katılan her bir teşebbüs kendileri için belirlenen miktarla sınırlı olarak üretim yapmak ve bu sınırı aşmamak konusunda diğer üyelere karşı bir yükümlülük altına girmektedir. Bunun gibi, bölge kartelinde ise, teşebbüsler ellerindeki malları hangi bölgelerde satacaklarına dair bir anlaşma yaparlar. Dolayısıyla her bir teşebbüs, kendisi için belirlenen bölge dışında herhangi bir ürün satamaz. Aksi takdirde, teşebbüs birliğinden doğan yükümlülüğe aykırı hareket etmiş olur. Kartel kavramına ilişkin ortaya konulan farklı tanımlar için ayrıca bkz.: Ergun Özsunay, *Kartel Hukuku* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları - Fakülteler Matbaası, 1985), 6-7;

birinin fabrikası üzerinde, diğer üyeler lehine düşük bir kullanma bedeli üzerinden alım hakkı tesis edilerek teşebbüs birliğinden doğan yükümlülükler (*Kartellpflichten*) güvence altına alınmaktadır¹⁷⁷. Ancak bu durumun Türk hukuku açısından geçerliliğinden bahsetmek mümkün değildir. Bunun sebebi, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. ve 56. maddelerinde yer alan düzenlemeler sebebiyle kartel anlaşmalarının kesin olarak yasaklanmış ve yapılan anlaşmaların da geçersizlik yaptırımına tabî tutulmuş olmasıdır¹⁷⁸. Bunun sonucu olarak hukuken geçerli kartel oluşumlarından bahsetmek mümkün olmadığı gibi, geçersiz bir hukukî işleme dayanarak bir alım hakkının varlığından da söz edilemez¹⁷⁹.

Bir eşya üzerinde rehin hakkının kurulduğu durumlarda da alım hakkının zorlama fonksiyonu gündeme gelebilir. Bu halde, rehin konusu malın kötü yönetimi halinde, rehin alacaklısının kullanabileceği bir alım hakkı söz konusudur¹⁸⁰. Alım hakkının buradaki rolü rehin hakkını adeta tamamlayan bir müessese gibidir. Zira rehin hakkı, alım hakkı (aynı zamanda rehin alacaklısı) sahibinin alacağını güvence altına alırken; alım hakkı, söz konusu rehin hakkının kurulduğu eşyanın değerini korumaya hizmet etmektedir.

Zorlama amacı, taşınmazlar üzerinde kurulan alım hakkı açısından da göz önüne alınması gereken bir fonksiyondur¹⁸¹. Nitekim öğretide, bir taşınmazın gürültülü veya kötü koku yayan hayvanlar bulundurulmak suretiyle kullanılmayacağı yönündeki bir

Mustafa Çeker, "Türk Hukukunda Rekabetin Korunması ve Yeni Rekabet Düzeni", *BATİDER*, XVIII/3 (1996): 90-91.

¹⁷⁷ Meier-Hayoz, ZGB Art.683, Rn.9; ZK-Kom./Haab vd., ZGB Art.683, Rn.1; Isler, *Grundbuch*, 11. Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz.: Meier-Hayoz, ZGB Art.683, Rn.9.

¹⁷⁸ RKHK md. 4'e göre, rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararları yasaklanmıştır. RKHK md.56'da ise bu tür anlaşmaların geçersiz olduğu ifade edilmiştir. Türk hukukunda kartel kavramı ise işte RKHK md. 4'te sözü edilen uyumlu anlaşma ve eylemler olarak ele alınmıştır. Bu sebeple de RKHK md. 4'ün kapsamı dışında kalan bir kartel oluşumundan bahsetmek mümkün değildir.

¹⁷⁹ Oysa İsviçre hukukunda Kartel Kanunu bu konuda farklı bir düzenleme getirmektedir. KG Art.5/I'e göre, kartel anlaşmalarının geçersiz olabilmesi için belirli bir mal veya hizmetin piyasadaki rekabetinin önemli ölçüde engellenmiş ve bu engellemenin de mazur görülebilecek bir ekonomik verimlilik sebebine dayanmıyor olması gerekir. Bunun dışında, hukuken geçerli bir rekabeti engelleyici anlaşmalar da bu Kanun'a göre yasaklanmıştır. Buna ilaveten KG Art.5/II'de ise ekonomik verimliliğin varlığını haklı kılaacak sebepler düzenlenmiştir. Dolayısıyla İsviçre hukukunda kartel anlaşmaları yönünden kesin bir yasaktan bahsetmek mümkün gözükmemektedir. Bu sebeple de, kartel anlaşmalarından doğan ve teşebbüslerin birbirlerine karşı ileri sürebilecekleri bir alım hakkının varlığından bahsetmek pek tabîi mümkündür.

¹⁸⁰ Isler, *Grundbuch*, 11. Taşınmaz rehni kapsamında aynı yöndeki bir diğer görüş için bkz.: Meier-Hayoz, ZGB Art. 683, Rn.10.

¹⁸¹ Schleich, *Option*, 30.

taahhüdün bir alım hakkıyla pekiştirilebileceği ifade edilmektedir¹⁸². Bunun gibi, komşu taşınmaz malikleri arasında manzara kapatmama yükümlülüğü koşuluna bağlanan alım hakkında da durum böyledir.

Zorlama fonksiyonu, yükümlünün kendisinden beklenen edimi ifaya zorlayıcılık yönü sebebiyle ceza koşulu ile benzerlik göstermektedir. Bunun sonucu olarak, alım hakkının, ceza koşuluna ilişkin ilgili hükümler kapsamında ele alınıp alınamayacağına ilişkin bir soruyla karşılaşilmektedir¹⁸³. Kanaatimizce, bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Zira bir sözleşmede yer alan ceza koşulu asıl alacağı bağlı bir yan borç niteliğindedir¹⁸⁴. Oysa alım hakkı, herhangi bir borca bağlı olmaksızın, müstakil bir hak teşkil eder. Ayrıca burada teknik anlamda bir borçtan da bahsedilemez. Buna ilaveten, ceza koşulunda geciktirici bir koşul söz konusu iken¹⁸⁵; alım hakkında böyle bir durum kural olarak yer almaz. Zira hak sahibi, hakkı, dilediği zaman ileri sürme imkânına sahiptir. Bunun dışında, ceza koşulunun konusunu ekonomik değer taşıyan bir edim oluşturur¹⁸⁶. Oysa alım hakkının konusu alelade bir satış sözleşmesinin kurulmasıdır. Bu sözleşme ise hak sahibi açısından birtakım hak ve borçları kümülatif bir şekilde bünyesinde barındırır. Dolayısıyla ceza koşulundan farklı olarak, burada, hak sahibi açısından kazanılan ilave bir malvarlığından söz edilemez¹⁸⁷.

1.5.6. Ön Finansman Sağlama Fonksiyonu

Ön finans sağlama (*preliminary financing function/Vorfinanzierungsfunktion*), alım hakkının, alım hakkı veren için önem arz eden fonksiyonlarından birini

¹⁸² Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 87.

¹⁸³ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: Peter Gauch, Walter R. Schlupe ve Susan Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II*, 10. Aufl. (Zürich: Schulthess Verlag, 2014), Rn.1547 vd. ve Rn.3791; Schleich, *Option*, 23 ve 58; Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1307. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz.: BGE 135 III 433 E. 3 (Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1307, dpn.36'dan naklen).

¹⁸⁴ Eren, *Genel Hükümler*, 1182.

¹⁸⁵ Eren, *Genel Hükümler*, 1182; M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2*, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı (Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014), 519.

¹⁸⁶ Eren, *Genel Hükümler*, 1182.

¹⁸⁷ Ceza koşulunun öngörüldüğü bir durumda, koşul gerçekleştiği zaman, kararlaştırılan bedel nispetinde bir kazanç söz konusu olur. Oysa alım hakkında durum böyle değildir. Zira hak kullanıldığında taraflar arasında bir satış sözleşmesi kurulmuş olur. Söz konusu satış sözleşmesinin konusu ise kullanma bedeline yönelik bir karşı edim teşkil eder. Kullanma bedelinin düşük kararlaştırılmış olması da, kanaatimizce, farklı bir yorumu gerektiren durum oluşturmaz. Zira ceza koşulunda elde edilen kazancın teknik anlamda bir karşı edimi bulunmamaktadır.

oluşturur¹⁸⁸. Öğretide bu fonksiyon opsiyon müessesesi çerçevesinde “*opsiyon priminin realizasyonu*” (*realisation of option premium/Relasierung der Optionsprämie*) şeklinde de ifade edilmektedir¹⁸⁹.

Alım hakkının ön finansman sağlama fonksiyonu, alım hakkı verenin menfaatine hizmet eder. Zira burada alım hakkı bedelinin, esas sözleşmedeki edimin ifasına bir finansman hizmeti görmesi amacıyla kullanılması söz konusudur. Özellikle hakkın konusu şeyin henüz üretilmediği ya da tedarik edilmediği durumlarda, bu bedel, ön finansman olarak kullanılmaya elverişli bir araç olarak karşımıza çıkar¹⁹⁰. Bunun için, alım hakkı bedelinin, daha sonra edime mahsup edilip edilmemesi de önemli değildir¹⁹¹.

Ön finansman sağlama fonksiyonuna, giriş biletlerinin fiyatlamasının yapıldığı bir etkinlik örnek olarak gösterilebilir. Böyle bir durumda, biletlerin kısa sürede satılacağına yönelik bir beklenti söz konusudur. Dolayısıyla da organizatör, belirlenen fiyat üzerinden giriş biletleri üzerinde bir alım hakkı sağlar. Burada hedeflenen asıl amaç, fiyat değişikliğine gidilmeksizin, tahsil edilen alım hakkı bedelleri ölçüsünde bir ek gelir sağlamaktır¹⁹². Bunun gibi, havacılık sektöründe de, ön finansman sağlama amacıyla alım hakkının kurulması mümkündür. Bu durum, özellikle üretici firma tarafından yeni bir uçak modelinin tasarlandığı hallerde söz konusu olur. Böylelikle firma, birim uçak sayısı üzerinden belirli bir bedel karşılığında alım hakkı tanıyarak, kendine ön finansman sağlamış olmaktadır. Keza günümüzde söz konusu olan pandemi sürecinde, aşı üreticilerinin, henüz üretim aşamasında oldukları aşılarda alım hakkı tanıyarak üretime yönelik ön finansman sağlaması bu kapsamda mümkündür.

1.5.7. Derece Sağlama Fonksiyonu

Alım hakkının işlevlerinden bir diğeri derece sağlama (*rank assurance/Rangsicherung*) fonksiyonudur¹⁹³. Bu fonksiyon, aslında teminat

¹⁸⁸ Casper, *Der Optionsvertrag*, 23.

¹⁸⁹ Schleich, *Option*, 22.

¹⁹⁰ Casper, *Der Optionsvertrag*, 23; Schleich, *Option*, 22.

¹⁹¹ Casper, *Der Optionsvertrag*, 23.

¹⁹² Schleich, *Option*, 22.

¹⁹³ Schleich, *Option*, 22-23. Teknik yeniliklerde derece sağlama (*Rangsicherung bei technischen Innovationen*) şeklinde daha geniş bir ifadeyle meseleyi ele alan görüş için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 22.

fonksiyonunun özel bir görünümünü oluşturur¹⁹⁴. Uygulamada ise, teknik yenilik ve buluşların söz konusu olduğu rekabetçi piyasalarda ön plana çıkmaktadır. Bunun dışında, bir taşınmazı konu alan alım hakkı açısından derece sağlama fonksiyonundan bahsetmek mümkün değildir.

Derece sağlama fonksiyonunda, alım hakkı veren taraf tek bir kişi iken; karşı tarafta birden fazla alım hakkı alan kişi vardır. Bunun sebebi, alım hakkı verenin, aynı anda veyahut da farklı zamanlarda birden fazla kişiye aynı mal üzerinde alım hakkı tanımış olmasıdır. Ancak derece sağlama fonksiyonundaki tek fark bununla da sınırlı değildir. Zira hakkın bu fonksiyonu için bir özel şartın daha varlığına ihtiyaç bulunmaktadır. O da, alım hakkı verenin ifaya hazır olduğunu açıklamasıdır¹⁹⁵. İşte, alım hakkının derece sağlama fonksiyonu, tam da bu noktada devreye girer. Çünkü hak sahiplerinin talepleri karşısında, alım hakkı veren, her bir talebi aynı anda karşılayabilecek durumda değildir. Dolayısıyla söz konusu talepler, yükümlü tarafından sırasıyla yerine getirilir. Bu sıranın nasıl olacağı ise, en başta taraflarca akdedilen sözleşmede belirtilir¹⁹⁶. Alım hakkı verenin kendisinden beklenen şey, belirlenmiş olan bu sıraya göre, her bir hak sahibine kararlaştırılan malı satmaktır. Zira o, kendi isteğine göre hareket etme serbestisine sahip değildir¹⁹⁷.

Derece sağlama fonksiyonu ile genellikle teknolojik gelişmelerin piyasa rekabeti açısından önem arz ettiği ve söz konusu malın üretimi için nispeten uzun bir zamana ihtiyaç duyulduğu alanlarda karşılaşılr. Bunun da en tipik örneği uçak endüstrisi olarak karşımıza çıkar. Bu çerçevede, henüz geliştirilme aşamasında olan bir uçak modeli üzerinde alım hakkının derece sağlama fonksiyonunu içerecek şekilde kararlaştırılması mümkündür. Böylelikle, alım hakkı alan taraf, piyasada yer alan diğer firmalardan daha önce yeni model uçakları elde etme imkânına sahip olmaktadır¹⁹⁸.

1.5.8. Fiyat Değişiklerine Karşı Tedbir Alma Fonksiyonu

Fiyat değişikliklerine karşı tedbir alma fonksiyonu (*Hedging*), döviz ile para piyasalarında yer alan ve muhtemel fiyat ve kur hareketlerindeki değişikliklerden

¹⁹⁴ Casper, *Der Optionsvertrag*, 22.

¹⁹⁵ Schleich, *Option*, 22.

¹⁹⁶ Bu yönde bkz.: Schleich, *Option*, 22. Bu sıranın, taraflarca her birinin yükümlü ile yaptığı sözleşmenin yapılma tarihine göre belirleneceği yönünde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 22.

¹⁹⁷ Casper, *Der Optionsvertrag*, 22.

¹⁹⁸ Schleich, *Option*, 22; Casper, *Der Optionsvertrag*, 22.

korunmak amacıyla yapılan bir işlemi ifade eder¹⁹⁹. Ancak ilgili opsiyon sözleşmesi bir vadeli işleme ilişkin ise, bu işlem artık finansal anlamda bir hedging işlemi olarak ifade edilir²⁰⁰.

Hedging işlemlerinde hedeflenen amaç, güvence altına alınan işleminden doğan kayıpları, opsiyon sözleşmesinden elde edilen kazanç ile mümkün olduğunca telafi etmektir²⁰¹. Böylelikle, opsiyon hakkı alan veyahut da veren kişi, almış olduğu pozisyon ile fiyat veyahut da piyasa rizikosunu engelleme imkânına sahip olmaktadır²⁰². Hedging işlemi yapan kişi opsiyon veren bir kimse ise, sözü edilen tedbir artık bir alım hakkı ile sağlanmaktadır²⁰³.

Alım hakkının hedging fonksiyonu için, spekülasyon fonksiyonunda olduğu gibi, kullanma bedelinin sabit bir bedel üzerinden kararlaştırılmış olması gerekir²⁰⁴. Ayrıca, alım hakkının konusunu, fiyat değişikliği gösteren hisse senetleri gibi değerli kağıtlar ya da döviz gibi yabancı para oluşturmalıdır. Burada önemli olan şey, malın fiyat değişkenliğinin, ondan kazanç sağlama amacına yöneltebilecek derecede bir esnekliğe sahip olmasıdır.

Alım hakkının hedging fonksiyonu nispeten sınırlıdır. Zira alım hakkında, muhtemel fiyat değişikliklerine karşı, tam bir korumadan bahsetmek pek mümkün değildir. Örneğin; hisse senetlerini elinde bulunduran bir kimsenin piyasa değerinin üzerindeki bir bedel karşılığında alım hakkı tanınmasında durum böyledir. Böylelikle, hisse senetlerinin fiyatlarının düşmesi durumunda alım hakkı kullanılmayacağı için, alım hakkı alan, alım hakkı bedeli nispetinde bir kazanç elde etmiş olmaktadır. Bunun sonucu olarak da, bu alım hakkı bedeli oranında uğranılan zarar hafifletilmektedir²⁰⁵.

¹⁹⁹ Scott McMurray, “The Lost of Hedging”, *IIJ*, 24/12 (2000): 63.

²⁰⁰ Schleich, *Option*, 19-20. Hedging işlemi, mevcut bir rizikoyu, ikinci bir telafi edici riziko ile eşitlemektir. Bu yöndeki tanım için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 12.

²⁰¹ Schleich, *Option*, 20.

²⁰² Clouth, *Rechtsfragen*, 107 vd.; Klaus Joachim Hartung, *Das Wertpapieroptionsgeschäft in der Bundesrepublik Deutschland* (Berlin: Duncker & Humblot Verlag, 1989), 67 vd.; Ricardo Cordero, *Risiko-Management mit Optionen* (Bern: Paul Haupt Verlag, 1989), 103 vd.

²⁰³ Ernst Müller-Möhl ve Lee Erhard, *Optionen und Futures: Grundlagen und Strategien für das Termingeschäft in Deutschland, Österreich und in der Schweiz*, 5. Auflage (Zürich: Schäffer-Poeschel Verlag, 2002), 146. Opsiyon hakkı alan açısından, hedging işleminin, bir satım opsiyonu ile yapılacağı yönünde ayrıca bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 12 vd.; Schleich, *Option*, 20. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: John C. Hull, *Optionen, Futures und andere Derivate*, 15. Auflage (Hallbergmoos: Pearson Studium Verlag, 2015), 37 vd.

²⁰⁴ Schleich, *Option*, 20; Casper, *Der Optionsvertrag*, 12.

²⁰⁵ Schleich, *Option*, 20.

Ancak hakkın konusu şeyin değerinin artması durumunda ortaya oldukça farklı bir tablo çıkmaktadır. Çünkü böyle bu durumda, alım hakkı veren kimse, malı daha ucuz bir bedel karşılığında satma riskiyle karşı karşıyadır²⁰⁶. Örneğin; elinde birim fiyatı 200TRY olan 10 adet X şirketine ait hisse üzerinde, her bir senet için yine 20TRY alım bedeli belirlenerek, toplam 200TRY alım hakkı bedeli karşılığında alım hakkı tesis edilebilir. Hisselerin değerinin 100TRY'ye düşmesi durumunda, alım hakkının kullanımı, alım hakkı alan açısından kazançlı olmayacağı için artık hakkın ileri sürülmesi gündeme gelmez. Alım hakkı veren kişinin ise normalde toplam zararı 1000TRY'dir. Ancak yapmış olduğu hedging işlemi ile birlikte, elde ettiği 200TRY alım hakkı bedeli, toplam zararının 800TRY'ye düşmesini sağlamaktadır.

1.5.9. Bağışlama Fonksiyonu

Alım hakkı kapsamında ele alınması gereken bir diğer fonksiyon bağışlamadır. Alım hakkının bağışlama fonksiyonu öğretide tartışmalı bir konudur. Tartışmaların kaynağında, bağışlama fonksiyonun, alım hakkından doğan ilişkinin neresinde yer aldığı ile ilgilidir. Zira hakkın doğurduğu ilişki iki farklı görünüme sahiptir. Bunlar; alım hakkını kuran sözleşmeden doğan borç ilişkisi ile hakkın kullanılması neticesinde kurulan satış ilişkisinden doğan borç ilişkisidir. Bu noktada, hakkın bağışlama fonksiyonun, bu iki borç ilişkisinin hangisi ile ilgili olduğunu tespitinin yapılması gereklidir. Başka bir deyişle, hakkın ivazsız olarak tesisini mi yoksa hakkın konusu şeyin ivazsız bir şekilde devrini mi ifade ettiği ortaya konmalıdır.

Öğretide yer alan görüşlere bakıldığında, hakkın bağışlama fonksiyonu yönünden farklı açıklamaların yer aldığı göze çarpmaktadır. Bu görüşlerin bir kısmı, meseleyi yalnızca alım hakkı veyahut da kullanma bedeli yönünden ele alırken, bazı diğer görüşler ise her iki açıdan soruna bir çözüm bulmaya çalışmaktadır.

Öğretide yer alan birinci görüşte, meselenin yalnızca kullanma bedeli üzerinden ele alındığı dikkati çekmektedir. Bu görüşe göre, bir şeyin ivazsız olarak iktisabını konu alan hak, alım hakkı olarak ele alınamaz. Burada olsa olsa tek taraflı iradî koşula bağlı bir bağışlama söz konusu olabilir²⁰⁷.

²⁰⁶ Schleich, *Option*, 20.

²⁰⁷ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.29.

Öğretide yer alan ikinci görüşe göre, alım hakkı sözleşmesinin, alım hakkı verenin mülkiyetinde yer alan bir eşyanın alım hakkı alana bağışlanması maksadıyla kurulması mümkündür. Bu kapsamda, bir alım hakkı, alım hakkı alan tarafa karşılıksız olarak tesis edilmiş ise, hukukî sebep, bir bağışlama sözleşmesi çerçevesinde ele alınmalıdır. Buna ilaveten, uygun bir alım hakkı bedeli kararlaştırılmaksızın tesis edilen alım hakkında, kullanma bedeli hakkın konusu şeyin değerinden daha düşük bir bedel üzerinden kararlaştırılmış ise, esas sözleşme de bir karma bağışlama olarak nitelendirilebilir²⁰⁸. Son olarak, alım hakkının, hakkı veren tarafın ölümü halinde kullanılabilecek şekilde kararlaştırılması halinde ise TBK md. 290/II gereği, yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı olan bir bağışlama söz konusu olmaktadır. Bu sebeple de, vasiyete ilişkin hükümler uygulanmalıdır²⁰⁹.

Öğretide yer alan üçüncü görüş ise, ikinci görüşte yer alan TBK md. 290/II'ye ilişkin tespitlere paralel bir yaklaşım sergilemektedir. Ancak bu görüş, meseleyi doğrudan açıklamak yerine, bir örnek üzerinden incelemektedir. Buna göre, hakkı tanıyan taraf, bazen yaşadığı müddetçe maliki olduğu bir taşınmazı elinden çıkarmak istemeyebilir. Ancak yine de, ölümünden sonra ileri sürülebilecek bir alım hakkını, bir vasiyetname ya da miras sözleşmesi ile kurma niyetinde olabilir. İşte böyle bir durumda mirasbırakan, karşı tarafa, kullanma bedeli hakkın konusu şeyin değerinden daha düşük bir bedele sahip olan alım hakkı tanıyabilir²¹⁰.

Kanaatimizce, alım hakkı, bağışlama fonksiyonu yönünden incelenirken, mesele iki farklı şekilde ele alınmalıdır. Bunlardan birincisi, hakkın bir bedel karşılığı kurulup kurulmaması iken; diğeri hakkın kullanılması neticesinde bir bedelin ödenip ödenmeyeceğidir. Dolayısıyla bağışlama fonksiyonunun varlığı, alım hakkı bedeli ile kullanma bedeli unsurları yönünden ayrı ayrı incelenmelidir. Bu noktada, meseleyi kullanma bedeli üzerinden inceleyen ve bir şeyin ivazsız olarak iktisabını konu alan hakkın bir alım hakkı olamayacağını söyleyen birinci görüş, oldukça isabetli gözükmemektedir. Zira alım hakkı, taraflar arasında satış ilişkisi doğuran bir haktır. Dolayısıyla hakkın konusu şeyin devrini satış dışında bir hukukî ilişkiye dayandıran hak, bir alım hakkı olamaz. Türk Borçlar Kanunu'nun üçüncü ayırımında yer alan “*Satış*

²⁰⁸ Schleich, *Option*, 24. Öğretide yer alan bir diğer görüşün bu yöndeki açıklamaları için bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.29.

²⁰⁹ Genel olarak bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Schleich, *Option*, 24.

²¹⁰ Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.455.

İlişkisi Doğuran Haklar” ifadesi de bunu doğrular niteliktedir. Bunun gibi, alım hakkı sözleşmesinde yer alan kullanma bedelinin sözleşmenin objektif bir esaslı unsuru olması da, bu sonucu doğrular niteliktedir²¹¹. Keza, alım hakkının önalım ve geri alım hakları ile farkları ele alınırken de, bedel unsuru ayırıcı bir ölçüt olarak kabul edilmektedir²¹². Ancak bu durum, hakkın konusu şeyin devrini bir bağışlama sözleşmesi etrafında ele alan yenilik doğuran hakkın kurulamayacağı anlamına gelmez. Taraflar, bu nitelikte bir yenilik doğuran hakkı sözleşme serbestisi ilkesi gereği yine kararlaştırabilirler. Ancak bu hak bir alım hakkı değil; olsa olsa bir opsiyon hakkı olarak ele alınabilir. Bunun sonucu olarak, bağışlama fonksiyonu, olsa olsa alım hakkı bedeline ilişkin olabilir. Başka bir deyişle, hakkın kurulması anında mevcut olabilen bir fonksiyondur. Bunun dışında, hakkın konusu şeyin iktisabı açısından bağışlama fonksiyonundan bahsetmek mümkün değildir.

Öğretide yer alan ikinci görüşe baktığımızda ise, bağışlama fonksiyonunun, hem alım hakkı hem de kullanma bedeli üzerinden ele alındığı göze çarpmaktadır. Bu kapsamda, ilk olarak alım hakkı bedeli yönünden kanaatimiz, az önce de ifade edildiği üzere, bağışlama fonksiyonu yönünden isabetli bir tespitin ortaya konduğu yönündedir. Zira, bağışlama fonksiyonu, esas sözleşme bir bağışlama sözleşmesi olamayacağı için olsa olsa alım hakkı bedelinde vücut bulabilir. Alım hakkı bedelinde bağışlama fonksiyonunun varlığı ise şu şekilde izah edilebilir: Bir opsiyon hakkı olan alım hakkı prensip itibarıyla bir iç değere (*der innere Wert*) sahiptir. Bu değer ise, hakkın kullanılması halinde realize edilebilecek değeri ifade eder²¹³. Örneğin; hakkın konusunu, birim fiyatı 150TRY olan bir hisse senedinin oluşturduğu hallerde, kullanma bedeli 100TRY olarak kararlaştırılmışsa söz konusu hak 50TRY’lik bir iç değere sahiptir. Dolayısıyla hakkın ivazsız olarak üçüncü bir kimseye verilmesi, bu yönüyle, bağışlama amacını taşıyabilir. İkinci olarak bu görüş, kullanma bedeli açısından da bağışlama fonksiyonuna ilişkin bir tespit ortaya koymaya çalışmıştır. O ise, kullanma bedelinin hakkın konusu şeyin değerinden düşük bir bedel üzerinden kararlaştırıldığı hallerde esas sözleşmenin bir karma bağışlama olarak ele alınabilirliğidir. Kanaatimizce, bu yönde anlaşmalar, hakkın bir alım hakkı olma niteliğini kural olarak

²¹¹ Kullanma bedeline ilişkin açıklamalar için bkz.: İkinci Bölüm, Kullanma Bedeli başlığı.

²¹² Alım hakkı müessesesinin önalım ve geri alım haklarıyla olan farkları için bkz.: Birinci Bölüm, Önalım Hakkı ve Geri Alım Hakkı başlıkları.

²¹³ Schleich, *Option*, 10.

ortadan kaldırmaz. Zira böyle bir durumda da, hakkın konusu şey her halukârda bir bedel karşılığı iktisap edilmektedir. Kullanma bedeline yönelik bu yönde anlaşmalar zaten hakkın zorlama fonksiyonunun da doğal bir sonucudur. Ancak yine de kanaatimiz, hem satış hem de bağışlamayı ihtiva eden esas sözleşmenin, satış sözleşmesi olma niteliğinin daha ağır basması gerektiği yönündedir. Aksi takdirde, az önce de ifade ettiğimiz gibi, esas sözleşmenin bir bağışlama sözleşmesi olarak kabul edilmesi ve bu sebeple de, tesis edilen hakkın, bir opsiyon hakkı olarak kabulü gerekir. Örneğin; rayiç değeri 100.000TRY olan bir taşınmaz üzerinde kullanma bedeli 1000TRY olarak kararlaştırılan bir yenilik doğuran hak olsa olsa bir opsiyon hakkıdır. Esas sözleşmede, kararlaştırılan kullanma bedeli miktarı itibariyle, bağışlama niteliği ağır bastığından söz konusu hak bir alım hakkı olarak değerlendirilemez.

Üçüncü olarak bağışlama fonksiyonunu, TBK md. 290/II kapsamında değerlendirmek gerekirse, şunları söylemek mümkündür: Öğretide yer alan görüşler, bu noktada, hakkın bir ivaz karşılığı kurulmuş olup olmamasını değil; kullanma bedelinin miktarına dikkat çekmektedirler. Bu durum özellikle üçüncü görüşte oldukça açık bir şekilde ifade edilmektedir. Kanaatimizce, burada da belirleyici olan unsur, hakkın bir ivaz karşılığı olmaksızın ölüme bağlı tasarrufa konu yapılmış olmasıdır. Bunun dışında, kullanma bedelinin miktarı hakkın bağışlama fonksiyonuna değil; hukukî niteliğine etki eden bir unsurdur.

Son olarak, gerek alım hakkında bağışlama fonksiyonunun gerekse esas sözleşmede bir karma bağışlamanın bulunduğu tespitinde, alım hakkı ve kullanma bedelleri hiçbir şekilde tek başına belirleyici kriterler oluşturmamalıdır. Bu sebeple, bir bağışlama veyahut da karma bağışlamanın varlığına ilişkin tespit ortaya konurken, tarafların sözleşmeyi yaparken bu yönde bir arzuya sahip olup olmadıkları göz önüne alınmalı ve buna göre bir değerlendirme yapılmalıdır²¹⁴.

1.6. Alım Hakkının Benzer Müesseselerle Karşılaştırılması

1.6.1. Genel Olarak

Uygulamada alım hakkıyla az veya çok benzerlik gösteren veya yakın ilişki içerisinde olan birbirinden farklı müesseseler söz konusudur. Özellikle sözleşme özgürlüğü prensibi sebebiyle, birazdan inceleyeceğimiz müesseseler, atipik

²¹⁴ Bu yönde bkz.: Schleich, *Option*, 24.

düzenlemelere konu olabilmektedir. Bunun sonucu olarak, tipik ve atipik niteliklerin bir araya gelmesi, bu müesseseler arasında büyük benzerliklere sebep olmaktadır. Söz konusu benzerlikler, özellikle alım ve önalım haklarında gündeme gelmektedir²¹⁵. Dolayısıyla bu konuya yönelik geniş kapsamlı bir incelemenin, teorik olduğu kadar, pratik bir önemi de bulunur.

Benzer müesseseler arasında yer alan farklılıklar, hakkın kurulmasından sona ermesine kadar olan geniş bir aralığı kapsar. Dolayısıyla bir hakkın yanlış nitelendirilmesi, onun hiç doğmamasına veyahut da geçerli olarak doğmasına rağmen sona ermesine sebep olabilir. Bu durum ise, hukuk sisteminin üstlenmiş olduğu rolü, gereği gibi yerine getirememesi anlamına gelir.

Alım hakkı ile benzerlik gösteren hak ve müesseseler arasında bir sınırlandırma yapılırken, öncelikle her bir hak ve müesseseyle ait kavram ve tanımlamanın tespit edilmesi gerekir²¹⁶. Bu çerçevede, çalışmanın bu bölümünde ilgili müesseseler kısaca ele alınmış ve sonrasında da alım hakkı ile olan ilişkileri incelenmiştir.

1.6.2. Önalım Hakkı

1.6.2.1. Genel Olarak

Önalım hakkı (*Vorkaufsrecht/Pre-Emption Right*), sözleşmeden ve kanundan doğan önalım haklarını kapsayan bir üst kavramı (*Oberbegriff*) ifade eder²¹⁷. Alım hakkı ile benzerliği sebebiyle doğan karşılaştırma ihtiyacı ise nispeten sözleşmeden doğan önalım hakkı açısından önemlidir. Zira Türk hukukunda kanundan doğan önalım hakkının kapsamı ve konusu özel olarak düzenlenmiştir.

Önalım hakkı tıpkı alım hakkı gibi bir yenilik doğuran hak²¹⁸. Muhtevası gereği de, mülkiyet hakkını kısıtlayan hallerden birini oluşturur²¹⁹. Türk hukukunda

²¹⁵ Özellikle alım ve önalım hakları kapsamında bu durumu dile getiren görüş için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 106.

²¹⁶ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 107.

²¹⁷ BernerKom/Giger, *OR Art. 216*, Rn.78.

²¹⁸ Türk hukukunda bu yönde bkz.: Feyzioğlu, *Şuf'a Hakkı*, 19; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 317; Eren, *Özel Hükümler*, 201; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 422; Şükran Taman Şıpka, *Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şuf'a) Hakkı* (İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1994), 31- 34; Müslim Tunaboğlu, *Önalım (Şuf'a) Davaları* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2004), 21-22. İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Fischer, *Aktionärbündungsverträgen*, 63; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 11 vd.; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.27, 48; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 11; CHKommentar-Binder, *OR Art. 216c*, Rn.4; OFK-Kostkiewicz, *OR Art.216*, Rn.4; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.9; BernerKom/Giger, *OR Art. 216*, Rn.84. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için

önalım hakkı kavramı, **Feyzioğlu** tarafından, “...kanun veya akitten doğan ve hak sahibinin tek taraflı bir irade beyanıyla hükümlerini husule getiren, sübjektif- ayni mahiyette öyle bir inşai bir haktır ki borçlu hakkın mevzuu olan şeyi, tamamen kendi ihtiyariyle, hissedarlardan gayri şahıslara salim bir bey akti neticesinde sattığı takdirde, şefie, kararlaştırılan badeli ödeyerek meşfuun mülkiyetinin tercihan kendisine geçirilmesini veya şerh verilmiş akti şuf’ada vaki zararın tazminini muayyen müddet içinde talep salahiyetini bahşeder²²⁰” şeklinde tanımlanmıştır. Yargıtay uygulamalarına baktığımızda ise, müessesenin çoğunlukla TMK md. 732 vd. yer alan yasal önalım hakkından yola çıkarak tanımlandığı görülmektedir. Bu kapsamda Yüksek Mahkeme, önalım hakkını, paylı mülkiyete konu bir taşınmaza ait payın tamamen ya da kısmen satılması halinde diğer paydaşların sahip olduğu eşyaya bağlı nitelikte bir yenilik doğuran hak olarak ifade etmektedir²²¹. İsviçre hukuku öğretisinde ise, önalım hakkının, hakkın konusu şeyin üçüncü bir kişiye satımı veyahut da satıma eşdeğer olarak görülebilecek bir durumun varlığı halinde şeyin mülkiyetinin devrini isteme hakkı veren, yükümlü tarafından hak sahibine tanınmış bir yetki olarak tanımlandığı

bkz.: BGE 82 II 576 ff. (585), E. 6; BGer 5A_659/2012 vom 25. Januar 2013, E. 5.1 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.9, dñn.9’dan naklen). Burada beklenen bir haktan (*Anwartschaft*) bahseden görüş için bkz.: BernerKom/Giger, *OR Art. 216*, Rn.114. Alman hukukunda, önalım hakkının, yenilik doğuran bir hak olduğu yönündeki görüşler için bkz.: Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 65; Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band Besonderer Teil: 1. Halbband*, Dreizehnte, völlige neubearbeitete Auflage (München: C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1986), 151; Christoph Hirsch, *Schuldrecht Besonderer Teil*, 5. Auflage (Baden: Nomos Verlag, 2018), Rn.340.

²¹⁹ “..önalım hakkı taşınmaz mal mülkiyetinin kanundan doğan takyitlerinden biri olup...” Y. İBGK, 26.12.1951, E. 1951/1, K. /19516, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.08.2019. Bu yöndeki bir diğer Yüksek Mahkeme kararı için bkz.: Y. HGK, 6.11.2018, E. 2017/14-1747, K. 2018/1617, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.08.2019. “Taşınmaz mal üzerindeki mülkiyet hakkını kısıtlayan önalım hakkına ilişkin kanun hükümlerinin yorumunda ve uygulamasında, mülkiyet hakkının özüne zarar verilmemesi gerekir. Bu yapılırken, önalım hakkının kullanılmasıyla güdülen amacın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin araştırılması gerekir. Satışı yapılan her tarımsal arazi hakkında, büyüklüğü ne olursa olsun, komşu tarım arazisi malikinin önalım hakkını kullanılabileceğini kabul etmek, asgari tarımsal arazi büyüklüğünü haiz bir tarım arazisinin maliki tarafından istenilen kişiye, gerçek değeri üzerinden devredilmesine engel olur. Böyle bir uygulama, mülkiyetin devri konusundaki kısıtlama hükmünün mülkiyet hakkının özüne aykırı olacak şekilde genişletilmesi anlamına gelir.” Y. 14. HD, 15.01.2019, E. 2018/3645, K. 2019/339, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.08.2019. İsviçre hukukunda sözleşmeden doğan önalım hakkı kapsamında bu yönde ayrıca bkz.: BernerKom/Giger, *OR Art. 216*, Rn.83.

²²⁰ Feyzioğlu, *Şuf’a Hakkı*, 4-5.

²²¹ Bu yöndeki Yüksek Mahkeme kararları için bkz.: Y. 14. HD, 11.02.2019, E. 2018/2866, K. 2019/1081; Y. HGK, 19.9.2018, E. 2017/14-1748, K. 2018/1329; Y. 14. HD, 3.7.2018, E. 2018/1272, K. 2018/5005; Y. 14. HD, 13.03.2018, E. 2017/5883, K. 2018/1877; Y. 14. HD, 5.3.2018/, E. 2015/9101, K. 2018/1671; Y. HGK, 28.02.2018, E. 2017/14-1761, K. 2018/407; Y. 14. HD, 20.12.2017, E. 2016/1007, K. 2017/9596; Y. 14. HD, 13.11.2017, E. 2016/18675, K. 2017/8407; Y. 14. HD, 11.12.2018, E. 2018/4238, K. 2018/8864; Y. 14. HD, 6.12.2018, E. 2016/3309, K. 2018/8697; Y. 14. HD, 4.12.2018, E. 2018/2686, K. 2018/8582; Y. 14. HD, 4.12.2018, E. 2018/1855, K. 2018/8579, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.08.2019.

görülmektedir²²². Alman hukukunda ise, önalım hakkı, hakkın konusu şeyin önalım hakkı yükümlüsü tarafından üçüncü bir kişiye satılması halinde onu satın alma yetkisi veren bir hak olarak tanımlanmıştır²²³.

Türk hukukunda sözleşmeden doğan önalım hakkına Türk Borçlar Kanunu md. 237 vd. yer alan muhtelif hükümlerde yer verildiği görülmektedir. Bu noktada TBK md. 240 hükmü, önalım olayının kapsamına satışa eşdeğer her türlü işlemi dahil ederek Türk Medeni Kanunu’ndan farklı bir düzenleme getirmiştir. Kanun’da yer alan söz konusu diğer düzenlemelerden bazıları aynı zamanda alım hakkını da kapsayan hükümlerdir. Bununla birlikte TMK md. 735’te ise sözleşmeden doğan önalım hakkı için tek bir maddeye yer verilmiştir. Buna paralel olarak, aynı hükmün son fıkrasında, yasal önalım hakkını düzenleyen TMK md. 732 vd. yer alan hükümlere atıf yapılmakla yetinilmiştir.

²²² Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 62; Meier-Hayoz, Art. 681, Rn.19; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 10. Benzer yöndeki diğer tanımlar için bkz.: Isler, *Grundbuch*, 3; Hans Peter Schmid, *Das Vorkaufsrecht* (Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1934), 6 vd.; Ott, “Die Abtretung”, 260; Lilian Ghandchi, *Das gesetzliche Vorkaufsrecht im Baurechtsverhältnis* (Zürich: Schulthess Verlag, 1999), 94; Roberto, “Teilrevision”, 172; ZK-Kom./Haab vd., *ZGB Art. 681*, Rn.1. Nispeten aynı doğrultudaki tanım için bkz.: Noelpp, *Eine Studie*, 8. Önalım hakkı, önalım olayı durumunda taşınmazı ilk alıcı yerine iktisap edebilme imkânı veren bir haktır. Bu yöndeki tanım için bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.444. Önalım hakkı, önalım olayının varlığı halinde tek taraflı irade beyanıyla hakkın konusu şey üzerinde bir satış sözleşmesi kurma imkânı veren inşai bir haktır. Bu yöndeki tanım için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.8. Önalım hakkı, hak sahibine, önalım olayının gerçekleşmesi durumunda tek taraflı irade beyanıyla bir satış sözleşmesi kurma ve eşyanın mülkiyetini talep etme yetkisi veren yenilik doğuran bir haktır. Bu yönde bkz.: CHKommentar-Göksu, *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht Art. 641-977 ZGB* (Herausgeber: Peter Breitschmid/Alexandra Jungo), 3. Auflage (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2016), *ZGB Art. 681*, Rn.1. Şirket payları üzerinde kurulan önalım hakkı kapsamında yapılan tanım için bkz.: Schenker, *Vorkaufsrechte*, 246. Taşınmazlar kapsamında benzer tanım için ayrıca bkz.: Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Rumo-Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 963; Jörg Schmid/Bettina Hürlimann-Kaup, *Sachenrecht*, 247, Rn.996 (Pfäffli ve Byland, “Vorkaufsrecht”, 289, dñn.3’ten naklen). İsviçre Federal Mahkemesi ise, önalım hakkını, yükümlünün hakkın konusu şeyi üçüncü bir kişiye devrettiği anda onun mülkiyetinin devrini talep etmeye yönelik bir hak olarak tanımlamıştır. İlgili mahkeme kararı için bkz.: BGE 116 II 49 ff. (52), E. 4 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.6, dñn.2’den naklen).

²²³ BeckNomosHK-Saenger, *Nomos Kommentar – BGB Schuldrecht / Band 2* (Herausgegeben von Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb/Prof. Dr. Werner Langen), 10. Auflage (Baden: Nomos Verlag, 2019), *BGB § 463*, Rn.1. Alman hukukunda yer alan benzer yöndeki tanımlar için bkz.: Larenz, *Besonderer Teil*, 150. Önalım hakkını, kararlaştırılmasıyla birlikte hak sahibine, yükümlüye karşı bir irade açıklamasında bulunarak onunla arasında bir satış sözleşmesi kurma yetkisi veren hak olarak tanımlayan görüş için bkz.: Erman-Grunewald, *BGB, § 463*, Rn.3; Geiben, *Der Vorvertrag*, 64. Hakkın konusu şeyin, önalım hakkı yükümlüsü tarafından üçüncü bir kişiye satılması halinde, bu şeyin iktisabına yönelik imtiyaz veren bir yetki olarak ele alan görüş için bkz.: Staudinger-Mader und Schermaier, *§ 463 ff.*, Rn.1. Koşula bağlı yetki kapsamında tanım yapan görüş için bkz.: Bergerfurth, Menard ve Fuchs, *Das Kaufsrecht*, Rn.150.

1.6.2.2. Önalım Hakkı İle Alım Hakkının Karşılaştırılması

1.6.2.2.1. Genel Olarak

Alım hakkı karşısında incelenmesi gereken en önemli müessese önalım hakkıdır. Zira bu iki hak türü arasındaki yakın ilişki, farklılıklar kadar, aynı zamanda benzerliklerin de doğmasına sebep olmaktadır. Bu durum kimi zaman, somut bir olayda, hakkın alım ya da önalım hakkı mı olduğu sorusunun cevabını zorlaştırmaktadır.

Alım hakkı ile önalım hakkı arasındaki en büyük benzerlik alım hakkının koşula bağlı olarak kurulduğu hallerde gündeme gelir. Zira böyle bir durumda, her iki müessese açısından, hakların bağlı tutulduğu birer koşul söz konusudur. Dolayısıyla koşula bağlı alım hakkında, karşılaştırmalı olarak koşul kıstasının ayrıca ele alınması gerekmektedir. Bu çerçevede, alım hakkı ile önalım hakkı arasındaki ilişki, bu hakların içeriği yönünden ayırt edilmesini sağlayan ölçütler ve koşul ölçütü olmak üzere iki farklı başlık altında incelenmiştir.

1.6.2.2.2. Hakların İçerik Yönünden Ayırt Edilmesini Sağlayan Ölçütler

Alım ve önalım hakları arasında içerik yönünden ayırt edilmesini sağlayan ölçütler tarafların arzusuna bağlı olup olmama, bedel, süre, şekil, amaç, bilgilendirme yükümlülüğü ve kullanım ölçütü olarak yedi farklı şekilde incelenmektedir.

Tarafların arzusuna bağlı olup olmama ölçütü, adî alım hakkının söz konusu olduğu durumlarda elverişli olan bir ölçüttür. Bunun dışında, alım hakkının koşula bağlı olarak kararlaştırıldığı durumlarda artık bu ölçüt önemini kaybeder²²⁴. Diğer taraftan, önalım hakkı açısından böyle bir ayırım söz konusu değildir. Dolayısıyla hem adî hem de nitelikli önalım hakkı açısından bu ölçüt ayırıcı bir kıstastır. Buna göre önalım hakkında, hak sahibinin hakkını kullanabilmesi, yükümlünün hakkın konusu şeye ilişkin olarak üçüncü bir kişiyle önalım olayı oluşturan bir sözleşme yapması koşuluna bağlıdır²²⁵. Söz konusu önalım olayının gerçekleşip gerçekleşmemesi ise tamamen önalım hakkı yükümlüsünün arzusuna bağlı bir durumdur²²⁶. Ancak alım hakkında, hak

²²⁴ Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 111.

²²⁵ Isler, *Grundbuch*, 14; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.25 ve Art. 683, Rn.20. Alman hukukunda bu yönde bkz.: Larenz, *Besonderer Teil*, 152.

²²⁶ Türk hukukunda bu yönde bkz.: Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 322. İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Isler, *Grundbuch*, 14; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.532; BernerKom/Giger, *OR Art. 216*, Rn.79, 88 (özellikle) ve ayrıca 116; Ott, “Die Abtretung”, 261. Alman hukukunda bu doğrultuda bkz.: BeckMüKo-Westermann, *BGB § 463*, Rn.1; Soergel-Wertenbruch, *BGB § 463*, Rn.1.

sahibinin hakkını kullanmak isteyip istememesi ve kullanmaya karar vermesi durumunda da bunu ne zaman ileri süreceği sadece onun tasarrufundadır²²⁷. Başka bir deyişle, önalım hakkındaki önalım olayının gerçekleşme koşulundan farklı olarak, alım hakkında, hakkın bir koşulun gerçekleşmesinden bağımsız bir şekilde ileri sürülmesi mümkündür²²⁸. Zira burada bir önalım olayının gerçekleşmiş olması aranmaz²²⁹. Dolayısıyla alım hakkı yükümlüsü, teorik olarak, hakkın kurulduğu andan itibaren hakkın konusu şeyi satmakla yükümlüdür. Ayrıca o, bu durumu engelleyebilecek herhangi bir imkânâ da sahip değildir²³⁰. Zira burada yükümlü olan kişi satma borcu altındayken; hak sahibi satın alıp almama ve bunu ne zaman gerçekleştireceği konusunda serbesttir²³¹.

Alım ve önalım haklarına ilişkin kullanılan ölçütlerden bir diğeri ise, *bedel* ölçütüdür. Bedel kavramı, burada, alım hakkı açısından kullanma bedelini; önalım hakkı açısından ise önalım bedelini ifade eder. Alım hakkı kurulurken taraflarca alım hakkı sözleşmesinde bir kullanma bedelinin kararlaştırılması gerekir. Zira bu bedel, sözleşmenin esaslı bir unsurudur. Bu sebeple de, taraflarca belirlenmiş ya da en azından belirlenebilir şekilde kararlaştırılmış olmalıdır²³². Ancak önalım açısından böyle bir

²²⁷ Isler, *Grundbuch*, 14; Meier-Hayoz, Art. 681, Rn.25; Art. 683, Rn.20; Noelpp, *Eine Studie*, 50; Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.452; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 40-41. Bu doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: BernerKom/Giger, *OR Art. 216*, Rn.103; Ott, “Die Abtretung”, 261.

²²⁸ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 110.

²²⁹ Ghandchi, *Vorkaufsrecht*, 106; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.55. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 138 III 659 ff. (665), E. 4.1 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.55, dpn.64’ten naklen).

²³⁰ Isler, *Grundbuch*, 14. Zira malikin, mülkiyetin kaderi üzerinde, artık hiçbir etkisi söz konusu değildir. Bu yönde bkz.: BernerKom/Giger, *OR Art. 216*, Rn.103. Alım hakkında, taraflardan biri bir sözleşme yapma imkânını güvence altına alırken, diğer taraf en başından beri bununla bağlı bir pozisyonudur. Genel olarak opsiyon hakları kapsamında ortaya konan bu görüş için bkz.: Georgiades, *Optionsvertrag*, 409. Burada ifade edilmek istenen husus şudur: Alım hakkı sahibi, hakkı kullanıp kullanmamakta tamamen serbesttir. Ne zaman ki hakkı kullanır ise, o vakit hakkın konusu şeyi satın alma ve bunun sonucu olarak da kullanma bedelini ödeme borcu altına girer. Oysa alım hakkı veren taraf, alım hakkı sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte, hakkın kullanılmasının hukukî sonuçlarını güvence altına almakla yükümlüdür. Bundan dolayıdır ki, alım hakkı yükümlüsünün, sözleşmeden doğan bir hazır bulunma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bunun gibi, hakkın konusu şeyin bir kişisel hak olan alım hakkı ile yüklenmesi de, o malın ekonomik değerinin hesaplanmasında göz önüne alınacak bir unsurdur. Bu ise, alım hakkı yükümlüsü açısından, genel olarak dezavantajlı bir sonuca sahiptir.

²³¹ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn. 25; Art. 683, Rn.20; ZK-Kom./Haab vd., *ZGB Art. 681*, Rn.4.

²³² Forstmoser ve Kuchler, *Aktionärbündungsverträge*, Rn.1296. Benzer yöndeki açıklamalar için bkz.: Meier-Hayoz, Art.681, Rn.27; Isler, *Grundbuch*, 14; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 110. Aksi takdirde burada bir alım hakkı kaydı söz konusu olduğu ve bu kaydın da teknik anlamda bir alım hakkının kararlaştırılması anlamına gelmediği yönünde ayrıca bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.27.

zorunluluktan bahsetmek mümkün değildir. Çünkü önalım hakkında, tarafların bir önalım bedeline yer vermesi, sözleşmenin geçerli olarak kurulması için zorunlu değildir. Taraflar, bedeli kendi aralarında tayin etmedikleri takdirde, önalım olayını oluşturan hukukî işlemde kararlaştırılmış olan bedel taraflar arasında geçerli olan bedel olacaktır²³³. Oysaki alım hakkında, hakkın muhatabının üçüncü bir kişiyle yaptığı hukukî işlem ve buna bağlı olarak da kararlaştırılmış bir bedel söz konusu değildir. Bunun sonucu olarak da, alım hakkı sözleşmesi esaslı unsurda yer alan eksiklik sebebiyle geçerli olarak kurulmuş olmaz²³⁴. Başka bir deyişle, alım hakkında satış sözleşmesinin içeriği hak sahibi ile hakkın yükümlüsü arasında belirlenmektedir. Önalım hakkından farklı olarak, üçüncü kişiyle akdedilen sözleşmenin içeriği hiçbir öneme sahip değildir. Zira burada hakkın yükümlüsü ile üçüncü kişi arasında kurulmuş olan hukukî ilişkiden bağımsız bir durum söz konusudur²³⁵. Son olarak, bedel ölçütü, yalnızca adî önalım hakkının bulunduğu durumlarda elverişli bir ölçüttür. Zira nitelikli önalım hakkında, tıpkı alım hakkında olduğu gibi, bedel bağımsız olarak kararlaştırılmaktadır²³⁶. Bu sebeple de, bedelden hareket edilerek bir ayırımın ortaya konması mümkün olmaz.

Alım ve önalım hakkına ilişkin ölçütlerden üçüncüsü *süre* ölçütüdür. Bu ölçüt hem adi ve koşula bağlı alım haklarında hem de adî ve nitelikli önalım haklarında uygulanabilen bir ölçüttür. Süre ölçütünde süre kavramı ise ikili bir ayırım yapılarak incelenmelidir. Bunlardan birincisi, hakkın en fazla ne kadar süreyle kurulabileceği iken; ikincisi, kurulmuş olan bir hakkın hangi süreler içerisinde kullanılabileceğidir. Bu noktada, ilk durum açısından alım ile önalım hakları arasında bir fark bulunmaz. Zira TBK md. 238 hükmü, İsviçre Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak, taşınmazı konu alan

²³³ Meier-Hayoz, ZGB Art. 681, Rn.26; Isler, *Grundbuch*, 14; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 110; Ott, “Die Abtretung”, 261. Önalım hakkının, uygulamada, ağırlıklı olarak bedelsiz bir şekilde kararlaştırıldığı yönünde bkz.: Schleich, *Option*, 8.

²³⁴ Meier-Hayoz, ZGB Art. 681, Rn.27 ve Art. 683, Rn.38; Peter Böckli, *Aktionärbündungsverträge mit eingebauten Vorkaufs- oder Kaufsrechten und Übernahmepflichten*, in: *Rechtsfragen um die Aktionärbündungsverträge (von Druey/Böckli/Nobel)*, *Schriften zum neuen Aktienrecht Bd. 13* (Zürich, 1998), 58 vd.; Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbündungsverträge*, Rn.1296; Hintz-Bühler, *Aktionärbündungsverträge*, 91 vd.; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 93, 96; Haymann, *Aktienübernahmevereinbarungen*, 97. Dolaylı olarak bu yönde bkz.: Ott, “Die Abtretung”, 261. Alım hakkında bir bedelin belirlenmesi zorunludur. Bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 23.

²³⁵ BRHP-Faust, § 463, Rn.5. Bu doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Erman-Grunewald, *BGB*, § 463, Rn.5.

²³⁶ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 110-111.

her iki hakkın da en fazla on yıl süreyle kurulabileceğini hükme bağlamıştır²³⁷. Bu süre, hakkın bir taşınır üzerinde kurulduğu hallerde de aynı şekilde geçerlidir. Hakkın hangi süreler içerisinde kullanılacağı konusunda ise, meselenin, ayrıntılı olarak ele alınması gerekir. Bu çerçevede öncelikle, önalım hakkında, hakkın kullanılmasına ilişkin olarak belirli hak düşürücü süreler öngörülmüşken²³⁸; alım hakkında bu yönde bir düzenlemeye rastlanmamaktadır²³⁹. Önalım hakkı için bu süreler, Türk hukukunda üç ay ve iki yıl olarak öngörülmüş iken (TBK md.242); Alman hukukunda taşınmazlarda iki ay ve diğer haller için ise bir hafta olarak düzenlenmiştir (BGB § 469/2)²⁴⁰. İsviçre hukukunda ise sözleşmeden doğan önalım hakkında, yasal önalım hakkından farklı olarak, yalnızca 3 aylık süre öngörülmüştür (OR Art.216e)²⁴¹. Buna karşılık, ayrıca 2 yıllık bir kesin süreye yer verilmemiştir. Bu noktada alım ile önalım hakları arasında bir farklılıktan bahsedilebilmesi esasında bu süreleri düzenleyen hükümlerin niteliğiyle ilgili bir sorundur. İsviçre hukukunda baskın görüş üç aylık sürenin hem uzatılabileceği hem de kısaltılabileceği yönündedir²⁴². Bu noktada, öğretide yer alan bir görüş, bu sürenin en fazla on yıl olarak kararlaştırılabileceğini savunmaktadır. Görüşün dayandığı gerekçe ise, önalım olayının gerçekleştiği bir önalım hakkının, alım hakkıyla eş bir konuma gelmiş olduğuna yönelik kabuldür²⁴³. Bu konuya ilişkin bir diğer görüş ise, üç

²³⁷ Bununla birlikte, mehz İsviçre Borçlar Kanunu md. 216a'da, önalım hakkı için 25 yıllık üst süre belirlenmişken alım hakkı için bu süre 10 yıldır. Alman hukukunda önalım hakkı için ise, süre bakımından kanunî bir üst sınıra yer verilmemiştir.

²³⁸ Önalım hakkı için öngörülen süreler, TMK md. 735 gereği, hem yasal hem de hukukî işlemten doğan önalım hakları için uygulama alanı bulur.

²³⁹ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.28; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 110.

²⁴⁰ Bu sürelerin alım hakkı için uygulanamayacağı yönünde bkz.: Erman-Armbrüster, *BGB § 147*, Rn.20

²⁴¹ Kanaatimizce de, sözleşmeden doğan önalım hakkını düzenleyen İsviçre Borçlar Kanunu'nda 2 yıllık süreye yer verilmemesi, İsviçre kanun koyucusunun meseleyi farklı olarak ele almak istediğini gösterir. Zira, yasal önalım hakkını düzenleyen İsviçre Medeni Kanunu md.681a/2 (ZGB Art. 681a/2) hükmü, üç ay ve iki yıllık sürelerin ikisine de yer vermektedir. Ancak kanun koyucu, İsviçre Borçlar Kanunu'nda hiçbir düzenlemeye yer vermeseydi, söz konusu sürelerin her ikisinin de kıyas yoluyla sözleşmeden doğan önalım hakkı için de uygulanabileceği söylenebilirdi. Oysa İsviçre Borçlar Kanunu'nda sadece üç aylık süreye yer verilmiş olması, kanun koyucunun, sözleşmeden doğan önalım hakkını iki yıllık süreyi uygulamak istemediği şeklinde yorumlanmalıdır. İsviçre hukukunda yer alan benzer görüş için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.849.

²⁴² Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.853-854; Brunner, *Kaufrechte*, 396; BernerKom/Giger, *OR Art. 216e*, Rn.22; OFK/Atteslander-Dürrenmatt, *OR Art.216e*, Rn.3. Üç aylık sürenin yalnızca kısaltılabileceğini ileri süren görüş için bkz.: Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.108; Pfäffli ve Byland, "Vorkaufsrecht", 290. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: Urteil Nr. 5A_671/2012 des Bundesgerichts vom 7. 3. 2013 E. 3.1 (Pfäffli ve Byland, "Vorkaufsrecht", 290, dpn.14'ten naklen).

²⁴³ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.55, 749 ve 854.

aylık sürenin kısaltılabileceğini; fakat uzatılamayacağını ileri sürülmektedir²⁴⁴. Önalım hakkı için azami yirmi beş yıllık süre öngören İsviçre hukuk sisteminde, öğretide yer alan bu iki yaklaşım, Türk hukuku bakımından bize ışık tutacağından önem arz etmektedir. Diğer taraftan, Türk hukuku açısından ise meselenin çözümünün daha basit olduğu görülmektedir. Zira TBK md. 242 hükmü, sözleşmeden doğan önalım hakkı için de iki yıllık azami bir süre öngörmüştür. Dolayısıyla üç aylık süreden farklı bir süre öngören anlaşmalar, her halukârda bu iki yıllık süreyle sınırlı olarak yapılabilir²⁴⁵. Başka bir deyişle, kararlaştırılacak olan süre iki yıllık süreden uzun olamaz. Alman hukukunda hakim görüş ise, süreye ilişkin hükümlerin tamamlayıcı nitelikte olduğu yönündedir. Bunun sonucu olarak, taraflarca farklı sürelerin belirlenmesi pek tabîî imkân dahilindedir²⁴⁶. Türk ve yabancı hukuk sistemlerinde yer alan mevcut durum göz önüne alındığında, her iki müessese arasında, süre yönüyle bazı farklılıklardan bahsetmek pek mümkün gözükmemektedir. Öncelikle, alım hakkı, hakkın bulunduğu tüm süre boyunca ileri sürülebilecek şekilde kararlaştırılabilir. Bu çerçevede, on yıllığına kurulan bir alım hakkı, bu sürenin tamamı için hak sahibi tarafından ileri sürülebilir bir nitelikte olabilir. Oysa önalım hakkı açısından, bu süre, Türk hukukunda her halukârda iki yıl ile sınırlıdır. Önalım hakkı için yirmi beş yıllık azami süre öngören İsviçre hukukunda ise, bu süre, en iyimser yorumla on yıldır. Bunun gibi, sürelerin başlangıcı yönünden de, her iki hak arasında önemli farklar vardır. Önalım hakkında üç aylık ve iki yıllık sürelerin başlama anı kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. Oysa alım hakkında, hakkın tabî olduğu süre ile taraflarca kararlaştırılmış olması halinde kullanma süresi, hakkın kurulmasıyla birlikte derhal işleyebilir. Hatta taraflar , sürenin başlayacağı anı, koşulun gerçekleşmesinden belirli bir süre sonra olacak şekilde dahi

²⁴⁴ Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.108.

²⁴⁵ Alım hakkı gibi bir müesseseye yer veren Türk kanun koyucusunun, sözleşmeden doğan önalım hakkı için, yasal önalım hakkında öngörülen iki yıllık mutlak süreyi öngörmesi, kanaatimizce, isabetsiz bir yaklaşım olmuştur. Zira tarafların, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bir alım hakkı kurması her hâlükârda mümkündür. Alım hakkı ise, hakkı veren taraf açısından çok daha ağır şartlara sahip olabilir. Hal böyle iken, bir yandan alım hakkı açısından bir serbestliğe cevaz verirken diğer yandan sözleşmeden doğan önalım hakkı için yasal önalım hakkında öngörülen sürelerin önünü açan TMK md. 735/III hükmüne bu denli geniş bir kapsam bahsetmek isabetli bir yaklaşım olmamıştır.

²⁴⁶ Alman hukukunda bu yönde bkz.: GesetzesFormulare-S. Eberl, *Gesetzesformulare BGB – Kommentiertes Vertrags- und Prozessformularbuch* (Hrsg. von Reiner Schulze/Hebert Grziwotz/Rudolf Lauda), 4. Auflage (Baden: Nomos Verlag, 2020), *BGB § 463*, Rn.9; BeckNomosHK-Saenger, *BGB § 464*, Rn.2 ve *§ 469*, Rn.2. Yasal ve iradi süreler şeklinde meseleyi ele alarak dolaylı olarak aynı sonuca ulaşan bir diğer görüş için bkz.: PWW-Schmidt, *BGB § 469*, Rn.4. Önalım hakkını düzenleyen hükümlerin emredici nitelikte olmadığından hareket ederek aynı sonuca ulaşan görüş için bkz.: BeckMüKo-Westermann, *BGB § 463*, Rn.4.

kararlaştırabilirler. Bunun gibi, kullanım süresinin, bir üst sınır tayin edilmeksizin tek bir süreyle tespit edilmesi de mümkündür. Başka bir deyişle, önalım hakkındaki iki yıllık kesin süre, alım hakkında zorunlu olarak yer almaz. Taraflar isterlerse eğer somut olaydaki bir alım hakkı için bu yönde bir süreden bahsedilebilir. Ayrıca bu sürenin iki yıl olması da şart değildir. Bu sebeple alım hakkı, süre ölçütü yönünden, önalım hakkına göre taraflara daha fazla özgürlük tanıyan esnek bir hak olarak karşımıza çıkar. Ayrıca alım hakkında yer alan bu esneklik, aynı zamanda, hakkın belirli bir kullanım süresi içerisinde ileri sürülmemesi sebebiyle sona erme halini de bertaraf etme imkânını taraflara sunmaktadır²⁴⁷.

Alım ve önalım haklarına ilişkin ölçütlerden bir diğeri *şekil* ölçütüdür. Bu ölçüt de, tıpkı süre ölçütü gibi, hem adi ve koşula bağlı alım haklarında hem de adî ve nitelikli önalım haklarında uygulanabilen bir ölçüttür. Ancak buradaki tek fark, şekil ölçütünün, her iki hakkın da bir taşınmazı konu aldığı durumlarla sınırlı olarak uygulanabilir olmasıdır. Zira ister alım ister önalım hakkı olsun, her iki hak açısından da genel prensip şekil serbestisidir. Ancak hakkın konusunu bir taşınmazın oluşturduğu durumlarda, önalım hakkı için adî yazılı şekil²⁴⁸ (*schriftliche Form*) şartı yeterli iken; alım hakkında aranan şekil şartı resmî şekil²⁴⁹ (*öffentliche Beurkundung*) olarak karşımıza çıkar.

Alım ve önalım haklarına ilişkin ölçütlerden beşincisi *amaç* ölçütüdür. Amaç ile kastedilen şey, hakkın sahip olduğu fonksiyonların, hak sahibi ve yükümlüsü için taşıdığı önemdir. Başka bir deyişle, onları bu hakkı almaya veyahut da vermeye yönelten saik, her bir taraf için o hakkın amacını oluşturur. Aslında alım hakkına ilişkin

²⁴⁷ Hakkın süre ve kullanılmama sebebiyle sona ermesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Üçüncü Bölüm, Sürenin Sona Ermesi ve Diğer Sona Erme Halleri başlıkları.

²⁴⁸ Türk hukukunda bkz.: Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 317; Cem Baygın, “Yeni Borçlar Kanunu’nun Satış İlişkisi Doğuran Haklar Konusunda Getirdiğı Düzenlemelere Genel Bir Bakış”, *BÜHFKHHD*, 0/79-80 (2011): 11; Aydoğdu ve Kahveci, *Borçlar Hukuku*, 294; Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku*, 71; Eren, *Özel Hükümler*, 203; İnan ve Yücel, *Borçlar Hukuku*, 215. İsviçre hukukunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.66; Isler, *Grundbuch*, 15. Nitelikli önalım hakkında, alım hakkıyla olan benzerliği sebebiyle, resmî şekil şartının aranıp aranmaması gerektiği hususunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.67 vd. Bununla birlikte, mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu’nda yapılan son değişlikle beraber, bir bedelin belirlenmediği önalım sözleşmeleri açısından adi yazılı şekil yeterli kabul edilmiştir. Bununla birlikte, bir önalım bedelinin kararlaştırıldığı durumlarda aranan şekil ise resmî şekildir (OR Art.216/II-III). Bu sebeple, az önce zikrettiğimiz görüşlerin öne sürmüş olduğu tartışmaların hemen hepsi önemini yitirmiştir.

²⁴⁹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.54. Koşula bağlı alım hakkı kapsamında yapılan bu yöndeki açıklama için bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*; Rn.28.

incelediğimiz fonksiyonlar, mahiyetine uygun düştüğü ölçüde, önalım hakkı için de geçerlidir. Ancak burada önemli olan husus, hakların kendilerine özgü amaçlara sahip olması değildir. Asıl mesele bu hakların muhtevasında yer alan öncelikli amaç veya amaçlardır. Bu kapsamda, önalım hakkında ön plana çıkan aslî fonksiyon, hak sahibine üçüncü kişilere nazaran bir öncelik tanımıdır²⁵⁰. Bu yönüyle, önalım hakkının konusunu oluşturan eşyanın iktisabı ikincil planda yer alır. Bundan dolayıdır ki, önalım hakkı sahibi, üçüncü bir kişiyle yapılacak bir işlem neticesinde hakkı kullanma imkânına sahiptir²⁵¹. Alman hukukunda, meseleyi koruma fonksiyonundan hareket ederek ele alan görüş de, aynı sonuca ulaşmaktadır. Bu görüşe göre, koruma fonksiyonu, özellikle anonim ve limited şirket payları üzerinde kurulan önalım hakkında ön planda yer almaktadır. Zira, buradaki asıl hedef, üçüncü bir kimsenin söz konusu işletmeye girişini engellemektir²⁵². Alman hukukunda yer alan bir başka görüş de, dolaylı olarak aynı sonuca ulaşmakta ve önalım hakkında, hakkın konusu şeyin iktisabını nispeten arka planda ele almaktadır²⁵³. Nitekim günümüz hukuk öğretisinde de, önalım hakkı, artık öncelik hakları kapsamında değerlendirilmektedir²⁵⁴. Oysa alım

²⁵⁰ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 4 ve 86; BernerKom/Giger, *OR Art. 216*, Rn.88. Nitekim Türk hukukunda önalım hakkına yönelik bazı tanımlarda, bu sebeple, bir “öncelikle satın alma hakkı”ndan bahsedilmektedir. Bu yöndeki tanım için bkz.: Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 317. Buradaki amaç, genellikle istenmeyen bir satışı önalım hakkını kullanarak engellemektir. Önalım hakkında, üçüncü kişiye nazaran bir kimseye öncelik tanınmasının sebebi ise, önalım sözleşmesinin tarafları ile ilgili bir durumdur. Zira bir önalım sözleşmesinde yer alan kişiler arasında, arka planda, çoğunlukla halihazırda bir ilişki mevcuttur. Bu ilişki akrabalık, komşuluk, uzun süreli kira veya da ürün kirası sözleşmesinden doğmuş olabilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Schleich, *Option*, 30. Önalım hakkının tanıdığı bu imtiyazın, hakkın şerh edildiği hallerde sağlanabileceği yönünde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.7.

²⁵¹ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 86.

²⁵² Soergel-Wertenbruch, *BGB § 463*, Rn.9. Bu doğrultuda ayrıca bkz.: BeckMüKo-Westermann, *BGB § 463*, Rn.1.

²⁵³ Erman-Grunewald, *BGB, § 463*, Rn.2.

²⁵⁴ İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 107; Allgäuer, *Kaufrecht*, 2-3; Liver, *Das Eigentum*, 204; Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 69; Staudinger-Bork, *Vorbem zu § 145-156*, Rn.77; Nipperdey, *Vorhand*, 300 vd.; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.38. Keza Alman hukukunda da, önalım hakkını, bir tür opsiyon hakkı olarak kabul etmeyen görüşler için bkz.: Röser, “Ankaufsrecht”, 27; Staudinger-Bork, *Vorbem zu § 145-156*, Rn.69. Alman hukukunda, opsiyon hakkı kapsamında yapılan değerlendirmeler için bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 63 vd. ve 296 vd.; Steinbeck, *Die Übertragbarkeit*, 33; BRHP-Faust, *§ 463*, Rn.6; Erman-Grunewald, *BGB, § 463*, Rn.5. Koşula bağlı bir opsiyon hakkından hareket eden görüşler için bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 229; Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 94; Larenz, *Besonderer Teil*, 102. Alman hukukunda yer alan bir görüş, bu hususu ayrıntılı bir şekilde ele almaktadır. Bu görüşe göre, öncelik hakkında (*Vorrecht*), sözleşmeyi kurma imkânı yalnızca hak sahibine bağlı olacak şekilde kararlaştırılmışsa bir opsiyon hakkından bahsetmek gerekir. Kanaatimizce, bu görüşten hareket edilerek varılan sonuç, önalım hakkının bir opsiyon hakkı olmadığıdır. Zira, önalım hakkında, satış sözleşmesinin kurulması esas olarak önalım hakkı yükümlüsüne bağlıdır. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Soergel-Wertenbruch, *BGB § 463*, Rn.25. Nitekim, Alman hukukunda yer alan bir başka görüş de, önalım hakkını tanımlarken hakkın konusu şeyin iktisabına yönelik hak sahibine verilen bir imtiyazdan

hakkında yer alan aslî fonksiyon, yukarıda da incelendiği üzere, teminat fonksiyonudur²⁵⁵. Bu sebeple de öğretide, hakkın konusu olan şeyin iktisabının, alım hakkının birincil amacını oluşturduğu ifade edilmektedir²⁵⁶. Binaenaleyh alım hakkı, önalım hakkından farklı olarak, bugün öğretilde tartışmasız bir şekilde opsiyon hakkı olarak kabul edilmektedir²⁵⁷. Ancak bu yöndeki bir tartışma hakların hukukî niteliklerinin farklı olması sonucunu doğurmaz. En nihayetinde önalım hakkı da, tıpkı alım hakkı gibi, yenilik doğuran bir haktır²⁵⁸.

Alım ve önalım haklarına ilişkin ölçütlerden bir diğeri *bildirim yükümlülüğü* (*Informations-/Anzeigepflicht*) ölçütüdür. Önalım hakkında, önalım olayına ilişkin olarak, hak sahibine karşı bir bildirim yükümlülüğü bulunmaktadır²⁵⁹. Bu bildirim, TBK

bahsetmektedir. Bu görüş için bkz.: Staudinger-Mader und Schermaier, § 463 ff., Rn.1. Önalım hakkının, opsiyon ve rüçhan hakları arasında bir konumda bulunduğunu ileri süren görüş için bkz.: Soergel-Wolf, *Soergel BGB – Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Band 2 Allgemeiner Teil 2 §§ 104-240 (begründet von Dr. Hs. Th. Soergel, Bayer. Hofrat - neu herausgegeben von Dr. W. Siebert, o. Professor der Rechte in Heidelberg)*, 13. neubearbeitete Auflage (Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 1999), *BGB Vor § 145*, Rn.70. Alman hukukunda bu meseleyi en ayrıntılı şekilde inceleyen görüş Casper tarafından ortaya konmuştur. Bu görüş, önalım hakkının bir opsiyon hakkı olup olmadığını, önalım hakkının kullanılma koşulunu göz önüne alarak incelemektedir. Buna göre, önalım hakkının kullanılması halinde satış sözleşmesinin içeriği, önalım hakkı yükümlüsü ile üçüncü kişi arasında yapılan sözleşmeye göre belirleniyorsa artık bir opsiyon hakkından bahsedilemez. Zira opsiyon sözleşmelerinde olmazsa olmaz bir şart vardır ki, o da, esas sözleşmenin içeriğinin tespit edilmiş olmasıdır. Ayrıca satış sözleşmesinin içeriğinin hali hazırda önalım sözleşmesinde kararlaştırıldığı hallerde dahi, hakkın kullanımı, yine de hak sahibinin serbest iradesine bağlı değildir. Zira önalım olayının gerçekleşmesi, önalım hakkı yükümlüsünün tasarrufunda bulunmaya devam etmektedir. Bununla birlikte, opsiyon haklarında da, hakkın kullanımının bir süre veya koşula bağlandığı haller söz konusu olabilir. İşte ancak böyle bir durumda, koşula bağlı bir opsiyon hakkından bahsedilmesi mümkün olabilmektedir. Opsiyon sözleşmeleri kapsamında ortaya konan bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 84 vd.

²⁵⁵ Bkz.: Birinci Bölüm, Teminat (İktisabın Teminatı) Fonksiyonu başlığı.

²⁵⁶ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 86. Aksi yöndeki görüşümüz için bkz.: Birinci Bölüm, Önalım Hakkı İle Alım Hakkının Karşılaştırılması başlığı.

²⁵⁷ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 107; Henrich, *Vorvertrag*, 63 vd. ve 296 vd; Fischer, *Aktionärbindungsverträge*, 69; Buz, *Haklar*, 160-161.

²⁵⁸ “...şufa hakkı, mefşu hissenin üçüncü şahsa satılması ve satışa ıttıladan itibaren bir ay içinde kullanılmış olması gibi muayyen şartlar altında kullanılacak yenilik doğurucu bir haktır ki, şefinin bu hakkı kullandığı yolundaki tek taraflı irade beyanının müşteriye vasil olmasıyla yeni bir hukukî vaziyet meydana getirilmesine yarar. Bu hakkın kullanılmasıyla şefi yeni bir akit yapmaya hacet kalmaksızın müşteriye halef olur...” Y. İBGK, 20.06.1951, E. 1949/13, K. 1951/5, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.08.2019. Aynı doğrultudaki bir diğer Yüksek Mahkeme kararı için bkz.: Y. HGK, 12.02.2019, E. 2017/14-1763, K. 2019/129, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.08.2019.

²⁵⁹ Türk hukukunda bkz.: Aydoğdu ve Kahveci, *Borçlar Hukuku*, 299. İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 45, 98; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.29; CHKomentar-Göksu, *ZGB Art. 681*, Rn.6; OFK-Kostkiewicz, *OR Art.216d*, Rn.1. Alman hukukunda bu yönde bkz.: BRHP-Faust, § 469, Rn.2; Erman-Grunewald, *BGB § 469*, Rn.2; HKK-Thiessen, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band III Schuldrecht: Besonderer Teil 1. Teilband §§433-656, (Herausgegeben von Mathias Schmoeckel/Joachim Rückert/Reinhard Zimmermann)* (Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, 2013), § 454-473, Rn.89; jurisPraxisKom-

md. 241 gereği, doğrudan kanundan doğan bir yükümlülüktür²⁶⁰. Ayrıca aynı hükme göre, bilgilendirmenin noter aracılığıyla yapılması da şarttır (TBK md. 241/I). Oysa alım hakkında, alım hakkı yükümlüsünün, kanundan doğan bir bildirim yükümlülüğü bulunmaz²⁶¹. Ancak tarafların, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, bu yönde bir anlaşma yapmalarına engel bir durum da yoktur²⁶². Nitekim öğretide de haklı olarak ifade edildiği üzere, koşula bağlı olarak kurulmuş bir alım hakkında, hak sahibinin koşulun gerçekleşip gerçekleşmediğine yönelik bilgi talep edebilmesi gerekir²⁶³. Hatta taraflarca kararlaştırılmamış olsa dahi, bazı durumlarda, alım hakkı yükümlüsünün bildirim yükümlülüğünün bulunduğu dahi kabul edilmektedir²⁶⁴. Ayrıca alım hakkında bu yükümlülüğün kapsamı, önalım hakkına nazaran, daha geniş de olabilir. Çünkü önalım hakkında bildirim yükümlülüğünün kapsamı önalım olayı ile sınırlıdır. Oysa alım hakkında, önalım olayı dışında, malın el değiştirmesi sonucunu doğuran her türlü işlem bildirim yükümlülüğünün kapsamına dahil edilebilir²⁶⁵. Bunun gibi, hakkın konusu şeyin devrine ilişkin olmayan koşulların dahi bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamında yer alması mümkündür.

Alım ve önalım haklarına ilişkin ölçütlerden sonuncusunu *kullanım* ölçütü oluşturur. Önalım hakkı, kanun gereği, dava yoluyla kullanılabilen bir haktır. Nitekim TBK md. 242 ile TMK md. 734 hükümleri bu konuyu açık bir şekilde düzenlemiştir. Diğer taraftan, alım hakkında, Türk kanun koyucusu bu hususta özel bir düzenlemeye yer vermemiştir. Dolayısıyla yenilik doğuran bir hak olan alım hakkının kullanımında

Alpmann-Pieper, *Juris PraxisKommentar BGB*, Band II: Schuldrecht Teil 2.2 §§433-630 (Verfasserangabe: Roland Michael Beckmann), (Gesamtherausgeber: Prof. Dr. Maximilian Herberger/Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Martinek M.C.J./Prof. Dr. Stephan Weth), 5. Auflage, juris GmbH Saabrücken 2010, § 469, Rn.4; BeckMüKo-Westermann, *BGB* § 469, Rn.1; BeckNomosHK-Saenger, *BGB* § 469, Rn.1; GesetzesFormulare-S. Eberl, *BGB* § 463, Rn.8; Staudinger-Mader und Schermaier, § 469, Rn.10.

²⁶⁰ Ayrıca böyle bir yükümlülük önalım hakkının zorunlu bir sonucudur. Zira önalım hakkı yükümlüsünün üçüncü bir kişiyle yaptığı sözleşme neticesinde önalım olayı gerçekleşeceğinden, hak sahibinin, önalım hakkını kullanabileceği bir konuma getirilmesi gerekir. Bu yöndeki ifadeler için bkz.: Soergel-Wertenbruch, *BGB* § 469, Rn.1.

²⁶¹ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.29. Alım hakkında bildirim yükümlülüğüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Üçüncü Bölüm, Bilgilendirme Yükümlülüğü başlığı.

²⁶² Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.29.

²⁶³ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 98. Bu yöndeki benzer ifadeler için bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.29.

²⁶⁴ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.29.

²⁶⁵ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.29.

tek taraflı irade beyanı yeterlidir²⁶⁶. Ayrıca bir dava ya da şekil şartının aranmasına gerek yoktur.

1.6.2.2.3. Koşul Ölçütü

Alım ve önalım haklarında koşul ölçütü en önemli ölçüt olarak karşımıza çıkar. Sınırlandırma yapabilme açısından da birtakım zorluklara sahiptir. Bunun sebebi, önalım hakkının, her zaman bir koşulun varlığını zorunlu kılmasıdır. Oysa, alım hakkının bir koşula bağlanıp bağlanmaması, tamamen tarafların serbest iradelerine bağlıdır. Ancak burada esas önemli olan nokta, alım hakkının da bir koşula bağlandığı hallerde, önalım hakkına nazaran ne tür farklar içerdiği. Çünkü taraflar, bazen, alım hakkında da hakkın konusu şeyin devri koşuluna yer vermiş olabilirler. Böyle bir durumda, her iki hak, çok daha sıkı bir benzerliğe sahip olmaktadır²⁶⁷.

Önalım hakkında, hak sahibinin hakkını ileri sürebilmesi bir önalım olayının gerçekleşmesi (*Eintritt des Vorkaufsfalls*) koşuluna bağlıdır. Önalım olayının kapsamını, genel olarak, satış veya da ekonomik bakımdan satışa eş değer bir işlem oluşturmaktadır (TBK md. 240/I)²⁶⁸. Bunun doğal sonucu olarak da, iki temel özelliğe

²⁶⁶ Alım ve önalım haklarının kullanımına ilişkin Türk hukukundaki mevcut duruma yönelik öğretide yer alan eleştiri ve bu eleştirinin değerlendirilmesi için bkz.: Üçüncü Bölüm, Kullanım Beyanının Şekli – Genel Olarak başlığı.

²⁶⁷ Önalım hakkı ile koşula bağlı alım hakkı arasında büyük benzerlik bulunduğunu ifade eden görüş için bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.28.

²⁶⁸ Türk hukukunda bkz.: Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku*, 71-72; Aydoğdu ve Kahveci, *Borçlar Hukuku*, 293. Türk hukukunda önalım hakkı olayına ilişkin, özellikle ekonomik bakımdan satış eşdeğer işlem yönünden, oldukça kapsamlı ve ayrıntılı inceleme için bkz.: Sinan Okur, “Önalım Olgusuna Dair Yeni Bir Kategori; Ekonomik Bakımdan Satışa Eşdeğer İşlem Kavramı Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme (TBK m. 240/Art. 216c OR)”, *SDÜHFD*, 9/1 (2019):138 vd. İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Pfäffli ve Byland, “Vorkaufsrecht”, 290; Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.445; CHKomentar-Göksu, *ZGB Art. 681*, Rn.4; Roberto, “Teilrevision”, 173; OFK-Kostkiewicz, *OR Art.216c*, Rn.2; Schenker, *Vorkaufsrechte*, 252; Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 63. Alman hukukunda bu yönde bkz.: BeckNomosHK-Saenger, *BGB § 463*, Rn.5; BRHP-Faust, § 463, Rn.21. Önalım olayına ilişkin kapsamlı tanım için bkz.: BernerKom/Giger, *OR Art. 216*, Rn.120. “...gerçek bir satışın konusu olmayan, satım niteliğinde olmayan pay temliklerinde yasal önalım hakkı doğmayacaktır. Önalım hakkının payın satışındaki şartlar dahilinde kullanılması gerektiğinden, payı paradan başka bir karşılıkla iktisap edenlerden, aynı şartlar yerine getirilmek suretiyle temellük etmeye imkan bulunmamaktadır...” Y. 14. HD, 17.01.2019, E. 2016/10930, K. 2019/498, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.08.2019. Yüksek Mahkeme’nin bu yöndeki diğer farklı kararları için bkz.: Y. 14. HD, 11.12.2018, E. 2018/1141, K. 2018/8869, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.08.2019. “...bunun yanında, paydaş payını karı ve kocaya, çocuklarına yahut akrabaya temlik ederse görünüşte satış sözleşmesi yapılırsa bile miras hukuku ile ilgili amaçların yada bağışlama gibi düşüncelerin hakim olduğu durumlarda önalım hakkının kullanılmayacağı ... belirtilmiştir...” Y. 14. HD, 17.01.2019, E. 2016/10930, K. 2019/498, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.08.2019. Yüksek Mahkeme’nin bu yöndeki diğer farklı kararları için ayrıca bkz.: Y. 14. HD, 6.5.2017, E. 2015/13803, K. 2017/4643, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.08.2019; Y. İBGK, 27.03.1957, E. 1956/12, K. 1957/2, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.08.2019; Y.

sahiptir. Bunlardan birincisi, hakkın konusu şeyin devrine yönelik bir işlem olmasıdır²⁶⁹. İkincisi ise, devrin bir bedel karşılığında gerçekleşmesidir²⁷⁰. Zira, önalım olayında yer alan işlemin temelinde, malın bir ivaz karşılığında üçüncü kişiye devredilmesi yer alır. Bununla birlikte, sözü edilen bedel ise parasal bir edim olarak karşımıza çıkar²⁷¹.

Önalım hakkında değinilmesi gereken bir diğer durum ise önalım hakkı sahibinin bulunduğu pozisyonudur. Önalım hakkı sahibi, konum itibariyle, önalım olayını içeren işlemdeki üçüncü kişiye nazaran öncelikli bir pozisyona sahiptir²⁷². Bunun dışında, önalım olayının tarafını oluşturan üçüncü kişiler hariç, başka kişilere karşı böyle bir öncelikten bahsetmek mümkün değildir. Bu sebeple de, hakkın tanıdığı öncelik, sınırlı ve dar kapsamlıdır.

Son olarak, önalım olayının en önemli özelliği, bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin tamamen önalım hakkı yükümlüsünün iradesine bağlı olmasıdır²⁷³. Bu sebeple de, hak sahibi, hakkın sağladığı önceliğin bir ögesinden başka bir şey değildir. O, hakkın verdiği yetkiyi kullanıp kullanmama konusundaki güce, daha en başından beri sahip değildir. Bunu belirleyecek olan kişi, önalım hakkı yükümlüsünün bizzat kendisidir.

Alım hakkına bakıldığında, önalım hakkına ilişkin yukarıda izah edilen her bir durum oldukça farklı görünümlere sahiptir. Bu çerçevede, önalım olayı açısından değinilmesi gereken ilk husus ise, kapsama ilişkin taraflarca yapılan anlaşmalardır. Böyle bir durumda da, akla şöyle bir soru gelmektedir: Acaba taraflar satışa eşdeğer her türlü işlemde, münhasıran satış sözleşmesini önalım olayı olarak

İBGK, 27.03.1957, E. 1956/12, K. 1957/2, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.08.2019. "... önalım hakkından sözedebilmek için, paylı mülkiyet hükümlerine tabi bir taşınmazdaki payın üçüncü şahsa satılması halinde önalım hakkı doğar. Önalım hakkının konusu pay satışlarıdır. Buna göre gerçek bir satışın konusu olmayan ve satım niteliğinde bulunmayan pay temliklerinde yasal önalım hakkı doğmayacaktır. Bu kapsamda temlikin hibe şeklinde olması halinde hibede bir malın bedelsiz olarak üçüncü kişinin mülkiyetine geçirilmesi amaçlandığı ancak satış amaçlanmadığından önalım hakkı kullanılamayacaktır. Zira önalımda, önalım hakkını kullanan kişinin payı satın alana ödemekle yükümlü olduğu bedel hibede mevcut değildir...", Y. 14. HD, 13.09.2017, E. 2015/18630, K. 2017/6210, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.08.2019.

²⁶⁹ Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 112.

²⁷⁰ Teknik anlamda, önalım olayı, önalım hakkı ile yüklenen şeyin bir bedel karşılığı devrini öngören her türlü hukukî işlemi ifade ettiği yönünde bkz.: Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 33.

²⁷¹ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: BernerKom/Giger, OR Art. 216, Rn.120; ZK-Kom./Haab vd., ZGB Art. 681, Rn.32.

²⁷² Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 112.

²⁷³ Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 112.

kararlaştırabilirler mi? Bunun gibi, bağışlama sözleşmesinin de, önalım olayının kapsamına alınması mümkün müdür? Bu sorulara verilecek müspet bir cevap her iki müesseseyi homojen tek bir hukukî müesseseğe dönüştürebilecek niteliktedir. Dolayısıyla da, makûl ve tutarlı tespitlere dayanan ve doğru çözümler sunan bir önerinin ortaya konması gerekmektedir.

Türk hukukunda, hakim görüş, önalım olayının kapsamının genişletilemeyeceği yönündedir²⁷⁴. İsviçre hukukunda ise mesele oldukça tartışmalıdır. Öğretide yer alan bir görüşe göre, taraflar, önalım olayının kapsamını genişletmek ve farklı devir işlemlerini önalım olayının kapsamına dahil etmekte serbesttir²⁷⁵. Bunun gibi, bir başka görüş de, sınırlayıcı bir yorumun ancak kamu düzeninden doğabileceğini söylemektedir. Önalım olayını düzenleyen hükümler yönünden ise, böyle bir durum söz konusu değildir. Dolayısıyla tarafların, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde önalım olayının kapsamını genişletmeleri mümkündür²⁷⁶. Öğretide yer alan üçüncü görüşe göre ise, önalım olayının kapsamını genişletici şekilde yapılan anlaşmalar önalım hakkı açısından mümkün olmamalıdır. Başka bir deyişle, taraflarca yapılan bu tür bir anlaşma yine geçerlidir. Ancak tipe bağlılık ilkesi gereğince, böyle bir durumda, kararlaştırılan hak artık bir önalım hakkı olmaz. Burada, daha ziyade, bir opsiyon hakkından bahsetmek gerekir. Tipe bağlılık ilkesinin bir diğer sonucu olarak da, hakkın şerhi, artık mümkün

²⁷⁴ Bu sebeple, bir bağışlama veya mal değişimi sözleşmesinin önalım olayının kapsamında yer alması kural olarak söz konusu değildir. Bu doğrultudaki görüşler için bkz.: Gürsoy, Eren ve Cansel, *Eşya Hukuku*, 616; Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Eşya Hukuku*, 611; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, “şuf’a Hakkının Kullanılması Mümkün Olan ve Olmayan Tasarruflar”, *IHF*M, XIX/1-2 (1953): 246-247 ve 254 vd.; Feyzioğlu, *şuf’a Hakkı*, 247 ve 256; Tekinay, *Taşınmaz Mülkiyetinin*, 22; Taman şıpka, *Kanuni Önalım*, 87 ve 90. Bu doğrultudaki Yüksek Mahkeme kararları için bkz.: Y. İBGK, 27.03.1957, E. 12/1957, K. 2/1958, www.kazanci.com.tr, E.T. 15.02.2021; Y. 6. HD, 11.03.2002, E. 1373/2002, K. 1583/2002, www.kazanci.com.tr, E.T. 15.02.2021. Türk hukukunda, misli eşyayı konu alan mal değişim sözleşmeleriyle sınırlı olmak kaydıyla, bu tür mal değişim sözleşmelerinin de önalım olayının kapsamında olabileceğini ileri süren görüş için bkz.: Feyzioğlu, *şuf’a Hakkı*, 247. İsviçre hukukunda bu konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz.: ZK-Kom./Haab vd., *ZGB Art. 681*, Rn.32. Alman hukukunda da, mal değişimi sözleşmesi, önalım olayının kapsamında kural olarak yer almaz. Bunun tek istisnası, önalım hakkı sahibinin, ilgili mal değişimi sözleşmesini aynı şekilde ifa edebileceği hallerdir. Bu çerçevede, hak sahibi de, sözleşmeyi aynı şartlarla ifa edebiliyorsa bir önalım olayından bahsetmek mümkündür. Bu sebeple, misli bir eşyayı konu alan mal değişimi sözleşmelerinin önalım olayının kapsamında yer alması mümkündür. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 134 vd. Netice itibariyle aynı sonuca ulaşan benzer görüş için bkz.: BRHP-Faust, § 463, Rn.22. Mal değişimi sözleşmesinin prensip olarak bir önalım olayı oluşturmadığı yönündeki görüş için bkz.: Soergel-Wertenbruch, *BGB § 463*, Rn.42.

²⁷⁵ Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 63.

²⁷⁶ BernerKom/Giger, *OR Art. 216*, Rn.119.

olmaz²⁷⁷. Ancak taraflarca, önalım olayının kapsamını sınırlandırıcı şekilde kararlaştırıldığı hallerde, önalım hakkı söz konusu olmaya devam eder. Bu sebeple de, hakkın şerhi pek tabii mümkün olur²⁷⁸. Alman hukukunda ise, genel kabul, önalım olayının genişletilebileceği ve farklı devir işlemlerinin önalım olayının kapsamına dahil edilebileceği yönündedir²⁷⁹.

Kanaatimizce, taraflarca, önalım olayının kapsamını genişleten anlaşmalar yapılması sözleşme özgürlü ilkesi gereğince mümkündür. Alım hakkı müessesesinin yer verildiği bir hukuk sisteminde bu yönde bir yorum daha isabetli gözükmektedir. Ancak yine de, bu durumda kararlaştırılan hak, artık bir önalım hakkı olarak kabul edilemez. Bununla birlikte, hakkın, genel olarak bir opsiyon hakkı olarak ele alınması da doğru değildir. Bu noktada kanaatimiz, taraflarca tesis edilen hakkın bir koşula bağlı alım hakkı olduğu yönündedir²⁸⁰. Bu sebeple, tipe bağlılık ilkesi, hakkın şerh edilebilebilir niteliği ile bir çatışmaya sebebiyet vermez. Zira alım hakkı da, tıpkı önalım hakkı gibi, şerhedilebilen kişisel haklar içerisinde yer alır.

Alım hakkında, tıpkı önalım hakkında olduğu gibi, hakkın konusu malın devrinin bir koşul olarak kararlaştırılması mümkündür²⁸¹. Ancak burada, önalım olayından ayrılan önemli bir fark söz konusudur. O da, malın el değiştirmesine yönelik her türlü işlemin koşulun kapsamına dahil edilebilmesidir²⁸². Dolayısıyla bağışlama işleminin dahi, taraflarca, koşul olarak kararlaştırılması mümkündür. Bunun gibi, hakkın konusu şeye karşılık bir misli olmayan eşyanın karşı edim olarak kararlaştırıldığı mal değişimi sözleşmesinin de, bu kapsamda değerlendirilmesi mümkündür. Bu

²⁷⁷ Bu görüş, hakkın bir alım hakkı mı, yoksa önalım hakkı mı olduğu yönünde bir tespiti yer vermemektedir. Ancak şerhin mümkün olmadığı yönünde bir çıkarım, kanaatimizce, bir alım hakkından da bahsedilmediği anlamına gelmektedir. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.447.

²⁷⁸ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.447.

²⁷⁹ Erman-Grunewald, *BGB*, § 463, Rn.8; BRHP-Faust, § 463, Rn.20. Önalım olayı kapsamında yapılan ayrıntılı açıklamalar için bkz.: jurisPraxisKom-Alpmann-Pieper, § 463, Rn.27; BeckMüKo-Westermann, *BGB* § 463, Rn.15 vd.. Önalım hakkını düzenleyen hükümlerin emredici nitelikte olmadığı yönünde bkz.: BeckMüKo-Westermann, *BGB* § 463, Rn.4; Soergel-Wertenbruch, *BGB* § 463, Rn.96. Hatta, önalım hakkının, hukuken geçerli bir satış sözleşmesi olmaksızın kullanılabileceğine yönelik bir anlaşmaya dahi taraflarca yer verilmesi mümkündür. Bu yöndeki görüş için bkz.: Soergel-Wertenbruch, *BGB* § 463, Rn.4.

²⁸⁰ Önalım olayının kapsamıyla uyuşmayan bir el değiştirme ilişkisinin kararlaştırıldığı hallerde artık bir koşula bağlı alım hakkı söz konusu olur. İsviçre hukukunda yer alan bu yöndeki görüş için bkz.: Meier-Hayoz, Art. 681, Rn.139. Alman hukukunda aynı doğrultudaki görüş için bkz.: Peter Jäggi, “Ueber das vertragliche Vorkaufsrecht”, *ZBGR*, 0/39 (1958): 70 vd.

²⁸¹ Isler, *Grundbuch*, 15.

²⁸² Isler, *Grundbuch*, 15; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn. 28.

çerçevede, mal değişimi sözleşmesinin konusunu, söz gelimi kat mülkiyetine tabi belirli bir bağımsız bölüm oluşturabilir. Zira, alım hakkında, hakkın kullanımı neticesinde ödenecek bedel taraflarca kararlaştırılan kullanma bedelinden ibarettir. Kullanma bedeli alım hakkı sözleşmesinin esaslı bir unsuru olduğundan, mal değişim sözleşmesindeki edimin niteliği veyahut da alım hakkı sahibi tarafından ifa edilebilirliği hiçbir öneme sahip değildir. Bunun gibi, yükümlünün hakkın konusu şeyi satma niyetinin²⁸³ bir koşul olarak kararlaştırıldığı hallerde de, bir koşula bağlı alım hakkından bahsetmek mümkündür²⁸⁴. Keza, hakkın konusu şey üzerinde üçüncü bir kişi lehine alım hakkı tanınmasına yönelik işlem de, kanaatimizce, alım hakkı çerçevesinde mümkündür. Bu durum, taşınmaz satış vaadî sözleşmesi ve dolayısıyla önsözleşmeler yönünden de aynıdır²⁸⁵. Oysa önalım hakkında, ne üçüncü bir kişi lehine alım hakkı tanınması²⁸⁶ ne de bir önsözleşme olan taşınmaz satış vaadî sözleşmesi²⁸⁷ bir önalım olayı teşkil eder.

²⁸³ Satma niyeti, somut olayda farklı şekillerde tezahür edebilir. Bu durum, aslında rüçhan hakkında yer alan hallerden farklılık arz etmez. Bu çerçevede, yükümlü, hak sahibine karşı hakkın konusu şeyi satmak istediğini ve bu sebeple de kendisine bir öneride bulunmasını isteyebilir. Bunun gibi, yükümlü, hakkın konusu şeyi satmak istediği takdirde, önerisini, ilk olarak hak sahibine yapmakla yükümlü olabilir. Bu tür durumlarda, yükümlü tarafın, dürüstlük kuralı gereği bir bilgilendirme yükümlülüğünün bulunduğunu kabul etmek gerekir. Hak sahibinin kendisinden bir niyet okuması beklenmemelidir.

²⁸⁴ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.142.

²⁸⁵ Kanaatimizce, satış vaadî sözleşmesi yapmaya yönelik eylem, satma niyeti ile mülkiyetin devrine yönelik bir işlem yapma halleri arasında yer alan bir durumdur. Satma niyetinde, mülkiyetin devrine ilişkin bir işlem henüz yapılmamıştır. Mülkiyetin devrini öngören bir hukukî işlemin varlığı halinde ise devre yönelik borçlandırıcı işlem akdedilmiştir. Oysa, taşınmaz satış vaadinde, henüz böyle bir durum söz konusu değildir. Ancak satma niyetine bağlı bir hakkın tesisi hukuken geçerli kabul edilirken; önsözleşmeye yönelik bir muhtevaya sahip koşul, evleviyetle, geçerli olmalıdır. Bu sebeple, hakkı veren taraf üçüncü bir kişiyle taşınmaz satış vaadî sözleşmesi yaptığından, alım hakkı sahibi, hakkı ileri sürerek söz konusu taşınmazı satın alabilmelidir. Hakkı veren tarafın, önsözleşmenin diğer tarafına karşı sorumlu olup olmayacağı ise somut olaya göre tespit edilmelidir. Örneğin; taşınmaz satış vaadî sözleşmesinde söz konusu alım hakkının kullanılmaması koşuluna yer verilmiş olabilir. Böyle bir durumda, tarafların, birbirlerine karşı sürebileceği bir talep söz konusu olmaz. Ancak önsözleşmenin karşı tarafı, alım hakkına ilişkin bir bilgiye sahip değil ve hakkı veren taraf da bu bilgilendirmeyi yapmamış ise, kanaatimizce, borca aykırılık hükümlerine göre başvurulması mümkün olmalıdır.

²⁸⁶ CHKommentar-Binder, *OR Art. 216c*, Rn.6. Yüksek Mahkeme'nin geri alım hakkı kapsamında bu yönde verdiği karar için bkz.: Y. 6. HD, 24.09.1974, E. 1974/3617, K. 1974/3993, www.kazanci.com.tr, E.T. 13.08.2019. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz.: BGE 85 H 572; 90 n 142; ZBJV 96 (1960) 21 = ZBGR 1961, 95; Schneeberger, ZBGR 1964, 289 f.; vgl. ferner ZBGR 1962, 186; ZBJV 90 (1954) 462; ZR 1962 Nr. 59 (Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 40, dpn.44'ten naklen); BGE 70 II 149 (OFK-Kostkiewicz, *OR Art.216c*, Rn.3'ten naklen). Nitelikli önalım hakkında aksi yöndeki görüş için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 41). Alım hakkı sözleşmesinden ziyade alım hakkının kullanımının bir önalım olayı olacağı yönünde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.547; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.83 ve 85; OFK-Kostkiewicz, *OR Art.216c*, Rn.3.

²⁸⁷ Feyzioğlu, *Şuf'a Hakkı*, 187 ve 284; Taman Şıpka, *Kanuni Önalım*, 55; Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Eşya Hukuku*, 611.

Alım hakkında yer alan ikinci önemli fark üçüncü kişilere karşı sahip olunan konum yönündendir. Zira alım hakkında, önalım hakkında olduğundan farklı olarak, hak sahibinin üçüncü kişilere karşı öncelikli bir konum edindiğini söylemek güçtür. Bunun sebebi, taraflarca alım hakkına ilişkin kararlaştırılan koşulun, her zaman üçüncü bir kişi ile işlem yapılmasını gerektirmemesidir. Başka bir deyişle, alım hakkının bağlanmış olduğu koşulun gerçekleşmesi, üçüncü bir kişinin katılımını mutlaka zorunlu kılmaz. Örneğin; bir anonim şirkette bulunan pay sahiplerinden her birinin, ölen pay sahibinin payları üzerinde sahip olduğu alım hakkında durum böyledir. Keza, alım hakkının, bir vadeye bağlandığı hallerde de aynı durum söz konusudur. Kanaatimizce, alım hakkının kullanımının bir devir koşuluna bağlandığı hallerde dahi bu farklılık var olmaya devam eder. Zira, alım hakkında, üçüncü bir kişiye karşı öncelik sağlanan bir pozisyondan bahsedilemez. Bunun temel sebebi, alım hakkının muhtevasında yer alan kullanma bedelinin kendisidir. Çünkü bu bedel, genellikle, alım hakkı sahibinin ödemeyi göze aldığı makûl bir bedeldir. Dolayısıyla alım hakkı, üçüncü kişilere karşı bir öncelik sağlamaktan ziyade; bu kimselerin, hakkın konusu şey üzerinde bir hukukî işlem yapmamalarına yönelik bir caydırıcılık oluşturmayı hedefler. Bu hedef, bazı durumlarda, alım hakkı sahibinin de doğrudan hedeflediği amaçlardan birini oluşturur²⁸⁸.

Koşul ölçütü kapsamında değerlendirilmesi gereken son husus alım hakkı sahibinin hakimiyetidir. Başka bir deyişle, koşulun gerçekleşmesinde onun bir söz sahibi olup olmadığının tespiti. Burada da, aynı şekilde, koşulun niteliğine göre bir ayırım yapılması gerekir. Bu kapsamda; vade, ölüm, alım hakkı sahibine yüklenen bir yükümlülüğünün yerine getirilmesi gibi hallerde alım hakkı yükümlüsünün bir etkisinden bahsetmek mümkün değildir. Ancak hakkın konusu üzerinde devir işlemlerini konu alan bir koşulun kararlaştırıldığı hallerde, meselenin ayrıca ele alınması gerekir. Öncelikle, böyle bir durumda, koşulun gerçekleşmesi tamamen alım hakkı yükümlüsünün tasarrufunda bir durumdur. Ancak yine de kanaatimiz, burada yer alan durumun, önalım hakkıyla birebir benzerlik göstermediği yönündedir. Zira, alım hakkının, koşulun gerçekleşmesinden sonraki herhangi bir zaman diliminde kullanılması mümkündür. Nitekim uygulamada da, hakkın kullanımına ilişkin olarak, koşulun gerçekleşmesinden sonrasına ilişkin olarak bir süre sınırlamasıyla genel olarak

²⁸⁸ Bkz.: Birinci Bölüm, Koruma Fonksiyonu başlığı.

karşılaşılmaz²⁸⁹. Aslında bu durum, devir koşulu öngörülen bir alım hakkı ile önalım hakkı arasındaki en temel farkı oluşturur. Dolayısıyla alım hakkında, hakkın kullanılabilirliği, çok daha uzun bir süreyi ihtiva edebilir. Böyle bir sonucun ise, hem alım hakkı veren hem de üçüncü kişi açısından oldukça önemli etkileri söz konusudur. Kullanma bedelinin sabit bir şekilde belirlendiği durumlarda, bu etki, daha fazladır. Zira böyle bir durumda, alım hakkı yükümlüsü, hakkın konusu şeyi satmaktan kaçınacağı gibi; üçüncü kişiler, hakkın ileri sürülme ihtimaline çok daha uzun bir süre boyunca katlanmak zorunda kalacaktır. Dolayısıyla alım hakkı yükümlüsünün hakimiyeti, teoride bağımsız iken; pratikte, birtakım sebeplerle, daha sınırlandırılmış bir haldedir.

1.6.3. Geri Alım Hakkı

Geri alım hakkı (*right of repurchase/Rückkaufsrecht-Wiederkaufsrecht*²⁹⁰/*Rückkaufsvereinbarung*²⁹¹), satıcıya, satmış olduğu malı tek taraflı irade beyanıyla satın alma yetkisi veren bir haktır²⁹². Geri alım hakkı da, tıpkı alım

²⁸⁹ Bu doğrultuda bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 89.

²⁹⁰ İsviçre hukukunda, geri alım hakkı “*Rückkaufsrecht*” olarak ifade edilirken; Alman hukukunda “*Wiederkaufsrecht*” terimine yer verilmektedir. Avusturya hukukunda ise, söz konusu terim, Kanun’da “*Wiederkauf*” olarak düzenlenmiştir.

²⁹¹ Staudinger-Mader und Schermaier, § 456, Rn.1.

²⁹² Türk hukukunda bu yönde bkz.: Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 323; Eren, *Özel Hükümler*, 223; Buz, *Haklar*, 147; Şahan, *Tapu Sicilinde*, 77; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 393; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 419; Erman, *Eşya Hukuku*, 127; Selahattin Sulhi Tekinay, “İştira ve Vefa Hakları”, *İBD*, 61/7-8-9 (1987): 517; Nomer, *Vefa Hakkı*, 1, 3; Tekinay, *Taşınmaz Mülkiyetinin*, 12; Eren, *Mülkiyet*, 460; Sebük, *Türk Medeni*, 25; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Eşya Hukuku*, 645; Yavuz, Acar ve Özen, *Türk Borçlar Hukuku*, 250; Halûk N. Nomer, *Vefa Hakkı* (İstanbul: Beta Yayınevi, 1992), 3. Bu yöndeki Yüksek Mahkeme kararları için bkz.: Y. 6. HD, 27.03.2012, E. 2012/1281, K. 2012/4872, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.08.2019; Y. 14. HD, 2.12.2010, E. 2015/15856, K. 2016/10198, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.08.2019; Y. 1. HD, 09.06.1982, E. 1982/6981, K. 1982/7580, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.08.2019. İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Noelp, *Eine Studie*, 7; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 108; ZK-Kom./Haab vd., *ZGB Art. 683*, Rn.12; Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1308. Alman hukukunda bu yönde bkz.: Erman-Grunewald, *BGB § 456*, Rn.5; Soergel-Wertenbruch, *BGB § 456*, Rn.2; Dirk Looschelders, *Besonderer Teil*, 14., neu bearbeitete Auflage (München: Franz Vahlen Verlag, 2019), § 13, Rn.6; Gesetzes-Formulare-S. Eberl, *BGB § 456*, Rn.3; BRHP-Faust, § 456, Rn.1; Bergerfurth, Menard ve Fuchs, *Das Kaufsrecht*, Rn.145; PWW-Schmidt, *BGB § 456*, Rn.3; Hirsch, *Schuldrecht Besonderer*, Rn.332. “...geri alım hakkı, bir kimseye, sattığı taşınmazı bedeli karşılığında ve tek taraflı irade beyanı ile geri satın alma hakkını veren kurucu nitelikte yenilik doğurucu bir haktır...”. Bu yöndeki tanım için bkz.: Haymann, *Aktienübernahmevereinbarungen*, 97 vd. “Geri alım hakkı, satıcının geri alım yetkisini ifade eder. Bir başka deyişle, satıcı, kendisi tarafından satılan taşınmazı belirli ya da belirsiz bir süre ile geri almaya yönelik hakkını saklı tutmaktadır.” Bu yöndeki açıklamalar için bkz.: BernerKom/Giger, *OR Art. 216*, Rn.63. „Satmış olduğu bir taşınmaz üzerindeki geri alım hakkının sahibi; alıcıdan ve yeni malikten, o taşınmaz hakkın bulunduğu süre boyunca geri satın alma yetkisine sahiptir.“ Bu yöndeki tanım için bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.456. Bu yönde tanım ortaya koyan benzer bir diğer görüş için bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.19. Geri alım hakkı, satıcıya, satmış olduğu taşınmazı kararlaştırılmış şartlar çerçevesinde geri satın alma imkânı veren haktır. Bu yöndeki tanım için bkz.: Roberto, “Teilrevision”, 172. Geri alım

hakkı gibi, yenilik doğuran bir haktır²⁹³. Türk hukukunda geri alım hakkı, alım hakkıyla birlikte aynı hükümlerde düzenlenmiştir. Keza İsviçre hukuku açısından da durum aynıdır. Her iki hukuk sisteminde de, söz konusu haklar, taşınmaz mülkiyetinin hukukî işleminden doğan sınırlandırmalarını oluşturur. Avusturya hukukunda ise, müessese, Avusturya Medeni Kanunu md. 1068 vd. yer alan hükümlerde üç madde halinde düzenlenmiştir. Alman hukukunda ise, tıpkı önalım hakkında olduğu gibi, Alman Medeni Kanunu md. 456 vd.'de yer alan hükümlerde satışın özel bir türü olarak kabul edilmiştir²⁹⁴.

Geri alım hakkı, alım hakkına en fazla benzerlik gösteren haktır²⁹⁵. Bundan dolayı da, alım hakkının özel bir türü olarak kabul edilmektedir²⁹⁶. Hatta geri alım

hakkında alıcı taraf, satıcıya, satın almış olduğu malı her zaman ya da belirli bir koşulun gerçekleşmesinden sonra istediği zaman tekrar satın alabilme yetkisi vermektedir. Bu yöndeki tanım için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 108. Geri alım hakkı, önceki taşınmaz malikinin satmış olduğu taşınmazı tek taraflı irade beyanıyla ivaz karşılığı geri almasını sağlayan bir haktır. Bu yöndeki tanım için bkz.: OFK-Kostkiewicz, *OR Art.216*, Rn.2. Yenilik doğuran hak kapsamında aynı tanımı ortaya koyan görüş için bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 67. Geri alım hakkını, satılan şeyin belirli süre içerisinde geri alınmasına yönelik satış sözleşmesinde saklı tutulan hak şeklinde tanımlayan görüş için bkz.: Larenz, *Besonderer Teil*, 146.

²⁹³ Türk hukukunda bu yönde bkz.: Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 323; Buz, *Haklar*, 147; Eren, *Özel Hükümler*, 223; Şahan, *Tapu Sicilinde*, 77; Sebük, *Türk Medeni*, 25; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 393; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 419; Tekinay, “İstira ve Vefa”, 517; Tekinay, *Taşınmaz Mülkiyetinin*, 12; Eren, *Mülkiyet*, 460; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Eşya Hukuku*, 645; Erman, *Eşya Hukuku*, 127; Yavuz, Acar ve Özen, *Türk Borçlar Hukuku*, 250. İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: OFK-Kostkiewicz, *OR Art.216*, Rn.4. Alman hukukunda bu yönde bkz.: GesetzesFormulare-S. Eberl, *BGB § 456*, Rn.3; Larenz, *Besonderer Teil*, 147; BeckNomosHK-Saenger, *BGB § 456*, Rn.1; Looschelders, *Besonderer*, § 13, Rn.6. “...geri alım hakkı ... kurucu nitelikte yenilik doğurucu bir haktır...” Y. 6. HD, 27.03.2012, E. 2012/1281, K. 2012/4872, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.08.2019. Yüksek Mahkeme’nin bu yöndeki benzer kararları için bkz.: Y. 14. HD, 2.12.2010, E. 2015/15856, K. 2016/10198, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.08.2019; Y. 1. HD, 09.06.1982, E. 1982/6981, K. 1982/7580, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.08.2019.

²⁹⁴ Tarihi öneminden dolayı, geri alım hakkı birçok ülkede ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Geri alım hakkını önemli kılan, geri alım hakkının saklı tutularak akdedildiği satış sözleşmelerinin, rehin hakkı yerine bir nevi alternatif yöntem olarak kullanılmış olmasıdır. Bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, 154. Geri alım hakkının bu fonksiyonuna ilişkin olarak aynı yönde benzer açıklamalar için bkz.: ZK-Kom./Haab vd., *ZGB Art. 683*, Rn.12. Keza, Katolik anlayışın öngördüğü faiz yasağının dolanımı için de, geri alım hakkından faydalanıldığı yönündeki açıklamalar için bkz.: BRHP-Faust, § 456, Rn.1. Genel olarak bu hususa ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz.: HKK-Thiessen, § 454-473, Rn.17. Günümüzde, geri alım hakkının kurulmasına yönelik anlaşmaların oldukça nadir yapıldığına yönelik açıklamalar için bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksengeschäfte*, Rn.457.

²⁹⁵ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 108.

²⁹⁶ Türk hukukunda dolaylı olarak bu yönde bkz.: Ayan, *Mülkiyet*, 429; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 535; Şahan, *Tapu Sicilinde*, 78. İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 108; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.56-57. Aynı doğrultudaki benzer açıklamalar için bkz.: Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1308; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.30; Noelpp, *Eine Studie*, 7; Allgäuer, *Kaufrecht*, 14 vd. Geri alım hakkı, alım hakkının özel bir görünümünü oluşturur. Bu yöndeki görüş için bkz.: ZK-Kom./Haab vd., *ZGB Art. 683*, Rn.12. Geri alım hakkının, satıcı lehine saklı tutulan bir alım hakkı olduğu yönündeki

hakkını, satıcı ile alıcı arasında kararlaştırılan bir alım hakkı şeklinde ifade eden görüşlere rastlamak da mümkündür²⁹⁷. Zira geri alım hakkında da, belirli bir eşya üzerinde, tek taraflı irade beyanıyla bir satış sözleşmesi kurma yetkisi söz konusudur²⁹⁸. Keza geri alım hakkı, tıpkı alım hakkında olduğu gibi, bir spekülasyon fonksiyonu amacıyla da kurulabilmektedir²⁹⁹. Ancak yine de, her iki hak, belirli noktalarda birbirlerinden önemli ölçüde ayrılmaktadır.

Geri alım hakkının en önemli ayırıcı özelliği hakkın tarafları yönündendir. Zira geri alım hakkı, alım hakkından farklı olarak, zaten bir hukukî ilişki içerisinde bulunan kimselerce kurulmaktadır. Çünkü taraflar, ilk satış sözleşmesindeki satıcı ile alıcıdan ibarettir³⁰⁰. Dolayısıyla geri alım hakkı sahibi, hakkın konusu eşyanın ilk maliki iken; geri alım hakkı yükümlüsü, eşyanın mevcut maliki olan ilk alıcıdır³⁰¹. Taraflara ilişkin bu sınırlama, aynı şekilde, hakkın konusu için de geçerlidir. Çünkü, ilk satış sözleşmesindeki satıcı ile alıcı arasında kurulan geri alım hakkının konusu, taraflar arasındaki satış sözleşmesindeki satım konusu şeyden başka bir şey değildir³⁰².

Geri alım hakkının taraflar ve hakkın konusuna ilişkin farklılığı, onu kuran hukukî ilişki açısından da önemli bir fark yaratmaktadır. O ise, geri alım hakkının,

görüş için bkz.: OFK-Kostkiewicz, *OR Art.216*, Rn.2. Bu görüş ile birebir aynı olmamakla birlikte, geri alım hakkını, bir alım hakkı şeklinde ifade eden bir benzer bir diğer görüş için bkz.: CHKomentar-Binder, *OR Art. 216*, Rn.1.

²⁹⁷ Ott, “Die Abtretung”, 261.

²⁹⁸ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.56. Hak sahibinin arzusuna bağlı olma niteliğine vurgu yaparak meseleye ele alan görüşler için bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.30 ve Art. 683, Rn.20; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 109; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.57; Noelpp, *Eine Studie*, 7.

²⁹⁹ BernerKom/Giger, *OR Art. 216*, Rn.62.

³⁰⁰ Haymann, *Aktienübernahmevereinbarungen*, 98; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681* Rn.30; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 108; Ott, “Die Abtretung”, 261; Forstmoser ve Kuchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1308. Bu yöndeki benzer açıklamalar için ayrıca bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.56; Pierre Cavin, *Kauf, Tausch, Schenkung - In Frank Vischer (Hg.), Schweizerisches Privatrecht (Bd. VII/1), Obligationenrecht-Besondere Vertragsverhältnisse* (Basel/Stuttgart: 1977), 155; Henrich, *Vorvertrag*, 67; Noelpp, *Eine Studie*, 7.

³⁰¹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.56; Soergel-Wertenbruch, *BGB § 456*, Rn.2. Geri alım hakkı, alım hakkından, satıcının kendisinin hak sahibi olması yönünden ayrılır. Bu yöndeki açıklamalar için bkz.: BernerKom/Giger, *OR Art. 216*, Rn.63. Alım hakkı, geri alım hakkından, hak sahibi olan kişinin hakkın konusu taşınmazın eski maliki olmaması yönüyle ayrılır. Bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Röser, “Ankaufsrecht”, 13. Öğretide yer alan bir görüş; bir satıcının, satmış olduğu bir malı, alıcının, tekrar satması halinde ondan iktisap etme yetkisi veren hakkı bir geri alım hakkı değil; önalım hakkı olarak nitelendirmektedir. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.31.

³⁰² Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.56. Hisse senetlerinde, alım hakkına nazaran, geri alım hakkıyla daha az karşılaştığı yönünde bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 109.

taraflar arasındaki satış sözleşmesinden doğan bir hak olmasıdır³⁰³. Bu çerçevede, taraflar, satış sözleşmesi yaparken aynı zamanda satıcı taraf için bir de geri alım hakkı tayin etmektedirler. Bu haktaki geriye yönelik ilişkiyi niteleyen husus da aslında budur. Yani satış sözleşmesine bir “geri alım kaydı” düşülmesidir. Aksi takdirde, aynı kişilerin, aralarında yapmış oldukları satış sözleşmesine dayanarak tek taraflı satış sözleşmesi kurma yetkisi veren bir hakkı daha sonra kurmaları halinde, kanaatimizce, bir geri alım hakkından bahsetmek artık mümkün değildir. Bu hak olsa olsa bir alım hakkıdır. Bu kişiler arasında daha önce yapılmış olan bir satış sözleşmesi de, söz konusu hakka, bir geri alım hakkı niteliği kazandırmamalıdır. Gerçekten de karşı tarafın daha sonra geri alım hakkı kurmaya yönelik bir hukukî işleme yanaşmaması durumunda, ilk satıcının, onu zorlayabileceği hiçbir hakkı ve hukukî dayanağı yoktur. Bu sonuç ise, geri alım hakkının sahip olduğu münhasır fonksiyonların tamamen ortadan kalkması anlamına gelir³⁰⁴. Dolayısıyla kurulmuş olan bu hakkı, bir geri alım hakkı olarak nitelendirmek de onun muhtevasıyla bağdaşmaz. Ayrıca, bir hukukî ilişkinin ve bu ilişkiden doğan bir hakkın fonksiyonu, onu kuran sözleşmenin yapılma anı ile de oldukça sıkı bir ilişki içerisindedir. Bunun en güzel örneklerinden birini TBK md. 340’da düzenlenen bağlantılı sözleşmeler oluşturur. Bu sebeptendir ki, geri alım hakkının, bir sözleşme kaydı olmaksızın müstakil bir sözleşmeyle sonradan kurulması söz konusu olamaz. Başka bir deyişle, kurulmuş olan bu hak, kanaatimizce, en azından bir geri alım hakkı olarak kabul edilemez³⁰⁵. Bu sebeple, müstakil bir hukukî ilişkiyle alım hakkının tesis edilebilirliği, bu iki hak arasındaki farklardan birini oluşturur.

³⁰³ Türk hukukunda kısmen bu yönde bkz.: Nomer, *Vefa Hakkı*, 20 ve 49. İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.148 vd. Alman hukukunda bu yönde bkz.: Soergel-Wertenbruch, *BGB § 456*, Rn.2, Palandt-Weidenkaff, *Beck'sche Kurz-Kommentar (Palandt) - Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen insbesondere mit Einfuhrungsgesetz (Auszug) einschließlich Rom I-, Rom II- und Rom III- Verordnungen sowie EU-Güterrechtsverordnungen, Haager Unterhaltsprotokoll und EU-Erbrechtsverordnung, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz, Unterlassungsklagengesetz (PalHome), Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Versorgungsausgleichsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz (PalHome), Gewaltschutzgesetz (Bearb. von Brudermüller/Ellenberger/Götz/Grüneberg/Herrler/Sprau/Thom/Weidenkaff/Weidlich/Wicke)*, BGB 79. Aufl. (München: C.H.Beck Verlag, 2020), § 456, Rn.3; Geiben, *Der Vorvertrag*, 68.

³⁰⁴ Türk hukukunda benzer sonuca ulaşan görüş için bkz.: Nomer, *Vefa Hakkı*, 17 vd.

³⁰⁵ Türk hukukunda yer alan aksi yöndeki görüşler için bkz.: Eren, *Mülkiyet*, 463; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 419. Türk hukukunda yer alan bir görüş, geri alım hakkının müstakil ayrı bir sözleşmeyle kurulmasını kabul etmekte, fakat zamansal açıdan bir sınırlama koymaktadır. Buna göre, geri alım sözleşmesi, satış sözleşmesinden uzun bir süre geçtikten sonra kurulmuşsa satış sözleşmesine yönelik bir atıf o hukukî ilişkiye geri alım sözleşmesi niteliği kazandırmaz. Bununla birlikte, geri alım hakkının, satış sözleşmesi yapıldıktan sonra ve fakat bu sözleşmenin ifasından önce sözleşmeye

Alım ve geri alım hakları arasındaki bir diğer önemli fark bedeldir. Geri alım hakkında, alım hakkından farklı olarak, bir bedelin kararlaştırılmış olması zorunlu değildir. Ancak bu durum, tarafların, bir geri alım bedeli kararlaştırmayacağı anlamına gelmez. Nitekim uygulamada, taraflarca, bir geri alım bedeline yer verildiği ve bu bedelin de ilk satışdaki bedele göre genellikle daha yüksek kararlaştırıldığı ifade edilmektedir³⁰⁶. Kanaatimizce, bu sonuç, oldukça normaldir. Zira, geri alım hakkı, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı müddetçe ilk satışta yer alan koşullarla kullanılır³⁰⁷. Alman Medeni Kanunu md. 456/2’de yer alan düzenleme de bu yöndedir³⁰⁸. Ancak hakkı veren tarafın, kendi lehine olan durumu aleyhine çevirecek bir hukukî işlemi yapması, kanaatimizce, pek olası değildir. Bunun dışında, geri alım hakkının kullanılacağı süreye kadar, hakkın konusunu oluşturan malın fiyatında önemli değişiklikler yaşanması mümkündür. Böyle bir durumda, geri alım sözleşmesinin TBK md. 138 kapsamında değişen şartlara uyarlanması gündeme gelebilir³⁰⁹.

eklenecek bir yan anlaşma ile tesisi mümkündür. Ayrıca geri alım hakkında yer alan teminat fonksiyonu, geri alım hakkının, hakkın konusu şeyin mülkiyetinin devrinden önce kararlaştırılması halinde bir anlam ifade eder. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Nomer, *Vefa Hakkı*, 17 vd., 49. Yüksek Mahkeme ise, geri alım hakkının, ya asıl ya da hemen bir yan sözleşme ile kurulması gerektiğini ifade etmektedir. Yüksek Mahkeme’nin bu yöndeki kararı için bkz.: Y. 11. HD, 13.3.1998, E. 1997/9076, K. 1998/1707, www.kazanci.com.tr, E.T. 08.01.2021. İsviçre hukukunda aksi yöndeki görüş için bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.36. Alman hukukundaki açıklamalar için bkz.: BeckNomosHK-Saenger, *BGB § 456*, Rn.1; Staudinger-Mader und Schermaier, *§ 456*, Rn.1; Larenz, *Besonderer Teil*, 148; ZK-Kom./Haab vd., *ZGB Art. 683*, Rn.12; BeckMüKo-Westermann, *BGB § 456*, Rn.3; Bergerfurth, Menard ve Fuchs, *Das Kaufsrecht*, Rn.145 ve özellikle 146. Alım ve geri alım hakları arasındaki ayırım, İsviçre hukuku açısından büyük öneme sahiptir. Zira bu hukuk sisteminde, her iki hak açısından Kanun’da belirlenen azami süreler farklıdır. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: CHKommentar-Binder, *OR Art. 216*, Rn.1.

³⁰⁶ Forstmoser ve Kuchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1309.

³⁰⁷ Türk hukukunda bu doğrultuda bkz.: Nomer, *Vefa Hakkı*, 35; Sebük, *Türk Medeni*, 27 ve 101; Tekinay, *Taşınmaz Mülkiyetinin*, 12. İsviçre hukukunda bu doğrultuda bkz.: ZK-Kom./Haab vd., *ZGB Art. 683*, Rn.12; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.56; Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.457; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.149; Forstmoser ve Kuchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1309; Noelpp, *Eine Studie*, 7; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.38-39; Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 114. Alman hukukunda bu doğrultuda bkz.: Larenz, *Besonderer Teil*, 146; Bergerfurth, Menard ve Fuchs, *Das Kaufsrecht*, Rn.147; Erman-Grunewald, *BGB § 456*, Rn.14; Staudinger-Mader und Schermaier, *§ 456*, Rn.20; BeckNomosHK-Saenger, *BGB § 456*, Rn.5; Soergel-Wertenbruch, *BGB § 456*, Rn.2; GesetzesFormulare-S. Eberl, *BGB § 456*, Rn.7; BRHP-Faust, *§ 456*, Rn.8; Henrich, *Vorvertrag*, 67. “...normal olarak satış sözleşmesindeki satış bedeli gerilim bedeli olarak kabul edilmelidir. Ancak sözleşmenin kurulduğu tarih ile gerilim davası arasında uzunca bir süre geçmiş ise bu durumda geri alım bedeli geri alım davasının açıldığı tarihteki değeridir...” Y. 6. HD, 27.03.2012, E. 2012/1281, K. 2012/4872, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.08.2019.

³⁰⁸ Söz konusu hükümde, satış için ödenen bedelin, şüphe halinde geri alım için de geçerli olacağı ifade edilmektedir.

³⁰⁹ İsviçre hukukunda yer alan bir görüş, tarafların bu şekilde sözleşmeyi yapmayacakları sonucuna yorum yoluyla ulaşılabilirdiği durumlarda, geri alım sözleşmesinde esaslı unsura ilişkin bir eksikliğin

Alım ve geri alım haklarına ilişkin olarak, kanun koyucu, TBK md. 238’de her iki hak için on yıllık azami süreler öngörmüştür. İsviçre hukukunda bu süre geri alım hakkı için yirmi beş yıl iken; alım hakkı için on yıldır (OR Art. 216a). Alman hukukunda ise alım hakkına yönelik bu yönde bir düzenlemeye rastlanmaz. Bununla birlikte geri alım hakkı için taşınmazlarda otuz, taşınırlarda ise üç yıllık sürelerle yer verilmiştir (BGB § 456/2)³¹⁰.

Geri alım hakkı, alım hakkından farklı olarak, teminat fonksiyonu açısından farklı bir işleve sahiptir. Bu işlev, ilk satışın belirli şartlarını güvence altına alma fonksiyonudur³¹¹. Bu durum, satış bedelinin düzenli olarak ödenmediği veya alıcının satın alınan taşınmazı işletmeden kaçındığı ya da farklı belirli bir yükümlülüğü yerine getirmediği durumlarda söz konusu olur³¹². Alman hukukunda yer alan bir görüş de, geri alım hakkının kullanımını bu yönüyle bir cezaî yaptırım olarak nitelendirmektedir³¹³. Geri alım hakkının iktisadî çerçevede ele alınan bu fonksiyonu, rehin hakkı ve mülkiyeti muhafaza kaydıyla satış müesseseleriyle benzer amacı taşımaktadır³¹⁴. Ayrıca hakkın konusu şeye yönelik zamansal olarak sınırlandırılmış bir kullanım imkânı da, aynı şekilde, geri alım hakkının fonksiyonları arasında yer almaktadır³¹⁵. Bunun gibi, satılan şeyin belirli bir şekilde kullanımını gerçekleştirmek

bulunduğu sonucuna ulaşmaktadır. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1309.

³¹⁰ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: GesetzesFormulare-S. Eberl, *BGB § 456*, Rn.3.

³¹¹ Türk hukukunda bu yönde bkz.: Sirmen, *Eşya Hukuku*, 420. İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.12. Satış bedeli yönünden benzer sonuca ulaşan görüş için bkz.: ZK-Kom./Haab vd., *ZGB Art. 683*, Rn.12. Geri alım hakkının, bir nev’i cayma hakkı fonksiyonuna sahip olduğu yönünde açıklamalarda bulunan görüşler için bkz.: BRHP-Faust, § 456, Rn.1; PWW-Schmidt, *BGB § 456*, Rn.1. Leasing sözleşmelerinde geri alım hakkının fonksiyonuna yönelik açıklamalar için bkz.: BeckMüKo-Westermann, *BGB § 456*, Rn.6.

³¹² Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.12. Bu yönde benzer açıklamalar için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 108; Noelpp, *Eine Studie*, 8; Soergel-Wertenbruch, *BGB § 456*, Rn.4. Satış bedeli ile sınır olmak üzere benzer açıklamalar ortaya koyan bir diğer görüş için bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 67. Geri alım hakkının kredi sağlama fonksiyonu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: BRHP-Faust, § 456, Rn.1; Erman-Grunewald, *BGB § 456*, Rn.1; Soergel-Wertenbruch, *BGB § 456*, Rn.5.

³¹³ Soergel-Wertenbruch, *BGB § 456*, Rn.4. Alım hakkı açısından ceza koşuluna ilişkin yaptığımız eleştiriler için bkz.: Birinci Bölüm, Zorlama Fonksiyonu başlığı.

³¹⁴ GesetzesFormulare-S. Eberl, *BGB § 456*, Rn.3. Aynı doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: BeckNomosHK-Saenger, *BGB § 456*, Rn.2. Geri alım hakkının, *lex commissoria* yasağının doğurduğu sonuçları bertaraf etmek amacıyla kurulabileceği yönünde açıklamalar yapan görüş için bkz.: Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 323. Bu konuda Türk hukukunda yer alan başka açıklamalar için bkz.: Sirmen, *Eşya Hukuku*, 420 vd.

³¹⁵ jurisPraxisKom-Alpmann-Pieper, § 456, Rn.2; BeckMüKo-Westermann, *BGB § 456*, Rn.1; Soergel-Wertenbruch, *BGB § 456*, Rn.5. Bu yöndeki Alman mahkeme kararları için bkz.: BGH NJW 1994, 3299; LG Traunstein NJW-RR 1999, 891; OLG Hamm NJW-RR 1997, 847 (BeckMüKo-Westermann, *BGB § 456*, Rn.1, dnp.4’ten naklen).

de hakkın bir diğer fonksiyonunu oluşturur³¹⁶. Bununla birlikte, Türk hukukunda, geri alım hakkının bir malı devretmek zorunda kalan kimseye tekrardan o şeyin mülkiyetini kazanma imkânı sağlayacağını ileri süren görüş³¹⁷ ise, kanaatimizce, isabetli değildir. Zira satış sözleşmesinin yapıldığı anda, hakkın konusu şeyi satmak zorunda olan taraf, sözleşmenin zayıf tarafını oluşturmaktadır. Bu yönüyle de, satıcı, dezavantajlı konumdadır. Hal böyle iken, onun, sözleşmeye bir geri alım kaydı koyabilmesi teoride mevcut olan ve fakat pratikte bulunmayan bir imkân olarak karşımıza çıkmaktadır.

1.6.4. Geri Satım Hakkı

Geri satım hakkı (*right of resale/Rückverkaufsrecht-Wiederverkaufsrecht*³¹⁸⁻³¹⁹), hak sahibi olan alıcıya, bir malın kendisinden alınmasını o malın satıcısından talep etme yetkisi veren bir haktır³²⁰. Bu çerçevede, burada, satılan mal için satıcıdan belirli bir süre içerisinde tekrar satın alma talebinde bulunma imkânı yer almaktadır³²¹. Geri satım

³¹⁶ Kanaatimizce burada ifade edilmek istenen şey, malın amaca yönelik kullanımıdır. Böylelikle, muhtemel değer kayıpları veyahut da malın yok olması gibi ihtimaller bertaraf edilmektedir. İlgili görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: GesetzesFormulare-S. Eberl, *BGB § 456*, Rn.3. Geri alım hakkının belirli bir fonksiyonu gerçekleştirebilmesi için hakkın kullanılma şartları ve sürelerinin, belirli bir amaca yönelik olacak şekilde, özel olarak kararlaştırılması gerekir. Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.457.

³¹⁷ Bu görüş için bkz.: Gürsoy, Eren ve Cansel, *Eşya Hukuku*, 645; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 534; Eren, *Mülkiyet*, 460.

³¹⁸ İsviçre hukukunda geri satım hakkı müessesesi için “*Rückverkaufsrecht*” terimi kullanılmaktadır. Alman hukukunda ise, eş anlama sahip olan “*Wiederverkaufsrecht*” terimine yer verildiği görülmektedir. Avusturya hukukunda ise söz konusu müessese kanunda “*Rückverkauf*” şeklinde düzenlenmiştir.

³¹⁹ Sözleşmelerde sıklıkla geri verme hakkı (*Rückgaberecht*) olarak ifade edildiği yönündeki açıklama için bkz.: Soergel-Wertenbruch, *BGB § 456*, Rn.3.

³²⁰ İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.25; Noelpp, *Eine Studie*, 10; Allgäuer, *Kaufrecht*, 21; BernerKom/Giger, *OR Art. 216*, Rn.75; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufrecht*, 114. Geri satım hakkı, alıcının, belirli bir süre içerisinde satıcıdan söz konusu şeyin kararlaştırılmış bedel üzerinden kendisinden satın alınmasını talep etme yetkisi veren haktır. Bu yöndeki tanım için bkz.: ZK-Kom./Haab vd., *ZGB Art. 683*, Rn.13. Alman hukukunda aynı doğrultuda benzer tanımlar için bkz.: Erman-Grunewald, *BGB § 456*, Rn.5; Bergerfurth, Menard ve Fuchs, *Das Kaufrecht*, Rn.148. Geri satım hakkı, alıcının sahip olduğu ve satın alınan şeyin satıcı tarafından geri alınması yükümlülüğünü doğuran bir haktır. Bu yöndeki tanım için bkz.: Palandt-Weidenkaff, *§ 456*, Rn.5. Geri satım hakkında, alıcının tek taraflı irade beyanı ile taraf rollerinin tersine çevrildiği ikinci bir satış sözleşmesinin kurulması söz konusudur. Bu yöndeki açıklamalar için bkz.: bkz.: BeckMüKo-Westermann, *BGB § 456*, Rn.6.

³²¹ Noelpp, *Eine Studie*, 10. Talebin, kararlaştırılmış olan bedel üzerinden yapılacağına ilişkin olarak bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 67. Geri satım hakkı için bir sürenin kararlaştırılmış olmasının zorunlu olmadığı yönündeki açıklamalar için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufrecht*, s.114. Alman hukukunda geri alım ve geri satım haklarına ilişkin uygulanacak hükümler açısından yapılan inceleme için bkz.: Erman-Grunewald, *BGB § 456*, Rn.6.

hakkı da, tıpkı geri alım hakkı gibi, tek taraflı irade beyanıyla kullanılan yenilik doğuran bir hak³²².

Geri satım hakkına ilişkin bir düzenlemeye ne Türk hukuku ne de İsviçre³²³ ve Alman hukukunda³²⁴ rastlanmaktadır. Bununla birlikte, Avusturya hukukunda, geri alım hakkına ilişkin hükümlere atıf yapılarak Medeni Kanun md. 1071'de söz konusu müessese düzenlenmiştir. Türk ve yabancı hukuk sistemlerinde, pozitif hukuk açısından, bu yöndeki eksiklik pratik açıdan pek bir önem arz etmez. Zira tarafların sözleşme özgürlüğü kapsamında aralarında bir geri satım hakkı kurmaya yönelik anlaşma yapması pek tabii mümkündür³²⁵. Burada dikkat edilmesi gereken tek nokta, sözleşme özgürlüğü için öngörülen sınırlandırmalara taraflarca riayet edilmesidir.

Geri satım ve geri alım hakları içerik itibariyle büyük benzerliklere sahiptir. Her iki hakta da, taraflarca daha önce akdedilmiş olan satış sözleşmesine konu olan şeyin yeni bir hakka dayanarak geri verilmesi söz konusudur. Bu geri verme işleminde, söz konusu satış sözleşmesinin iptali veyahut da ortadan kaldırılması söz konusu değildir³²⁶. Ancak geri alım hakkından farklı olarak, burada, hakkın konusu şeyi tekrar elde etme yetkisi satıcıdan farklı olarak alıcıdadır³²⁷. Bundan dolayıdır ki, geri satım hakkında, alıcının sahip olduğu hak karşısında satıcının geri alma yükümlülüğünün (*Rückkaufspflicht/Rückkaufverpflichtung*) yer aldığı ifade edilmektedir³²⁸. Bunun sonucu olarak, alıcı, tek taraflı irade açıklamasıyla söz konusu malı geri vererek satış bedelini doğrudan alabilme yetkisine sahiptir³²⁹.

Geri satım ve geri alım hakları arasındaki benzerlik uygulanacak hükümler açısından da bu iki müesseseyi birbirine yaklaştırmaktadır. Gerçekten de öğretide, geri alım hakkı için geçerli olan hükümlerin, uygulanabilir olduğu ölçüde geri satım hakkı

³²² jurisPraxisKom-Alpmann-Pieper, § 456, Rn.6. Hakkın niteliğini belirtmeksizin aynı yönde benzer tanım ortaya koyan görüş için bkz.: BeckMüKo-Westermann, BGB § 456, Rn.6.

³²³ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 114; Henrich, *Vorvertrag*, 67; Allgäuer, *Kaufrecht*, 21.

³²⁴ Allgäuer, *Kaufrecht*, 21; Soergel-Wertenbruch, BGB § 456, Rn.3 ve 14.

³²⁵ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 114; Henrich, *Vorvertrag*, 67; Allgäuer, *Kaufrecht*, 21.

³²⁶ Noelpp, *Eine Studie*, 10. Geri satım ile cayma hakkı arasındaki farklara değinen görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: T. Guhl, H. Merz ve M. Kummer, *Das Schweizerische Obligationenrecht* (Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1980), 272 vd.

³²⁷ Noelpp, *Eine Studie*, 10; jurisPraxisKom-Alpmann-Pieper, § 456, Rn.6; Soergel-Wertenbruch, BGB § 456, Rn.3.

³²⁸ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 114; BeckNomosHK-Saenger, BGB § 456, Rn.6.

³²⁹ Noelpp, *Eine Studie*, 10.

için de geçerli olacağı ifade edilmektedir³³⁰. Bu görüşün alım hakkını ilgilendiren önemli bir sonucu vardır. O da, bedele ilişkin sonuçtur. Zira geri satım hakkında da, tıpkı geri alım hakkında olduğu gibi, taraflarca bir bedel kararlaştırılması zorunlu değildir³³¹. Dolayısıyla bir şüphe halinde, taraflar arasında daha önceden akdedilmiş olan satış sözleşmesindeki bedel aynı şekilde geri satım bedeli olarak uygulanmaktadır³³². Oysa alım hakkı sözleşmesinde, bedel, sözleşmenin objektif esaslı unsurlarından biridir.

Alım ve geri satım hakları arasındaki bir diğer önemli fark hakların şerh edilebilirliği noktasında ortaya çıkar. Alım hakkının şerh edilebileceği TBK md. 238’de kanun koyucu tarafından açıkça düzenlenmiştir. Buna karşın, geri satım hakkının şerh edilebilirliğine yönelik kanunda herhangi bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Bunun sonucu olarak, geri satım hakkının şerh yoluyla güçlendirilmesi sınırlı sayı ilkesi (*numerus clausus*) gereğince mümkün değildir³³³. Bu hak sadece bir nispi etkiye sahiptir ve ancak bu şekilde kurulabilir³³⁴. Bu sonuç, aslında bir nevî geri satım hakkının sahip olduğu muhtevanın da bir gereğini oluşturur. Zira bu hakkın şerh edilebilirliğinin pratik açıdan anlam ifade eden hiçbir sonucu yoktur. Gerçekten de şerh yapılırken, amaç, genel olarak tapuda kayıtlı olan malikin tasarruf yetkisine bir sınırlama getirmektir. Oysa geri satım hakkında, şerhin konusunu oluşturan şey, zaten tapuda kayıtlı olan malikin bir hakkına ilişkindir³³⁵. Yani mala malik olan ve tasarruf yetkisine sahip olan kimse bizzat kendisidir. Dolayısıyla geri satım hakkı sahibi, elindeki malı üçüncü bir kişiye sattığında artık bunun tek bir anlamı olabilir. O da, hak sahibinin hakkı kullanmaktan vazgeçmiş olduğudur.

³³⁰ İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.27; BernerKom/Giger, *OR Art. 216*, Rn.75. Alman hukukunda bu yönde bkz.: BRHP-Faust, § 456, Rn.15; Soergel-Wertenbruch, *BGB § 456*, Rn.3 ve 21. Bu doğrultudaki benzer açıklamalar için bkz.: Isler, *Grundbuch*, 17.

³³¹ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 114. Öğretide yer alan bir görüş, bedelin zorunlu olup olmadığına ilişkin olarak açıkça bir şey söylemese de, geri satım hakkının tanımını yaparken “kararlaştırılan bedel üzerinden” şeklinde bir ifadeye yer vermektedir. Bu görüş için bkz. Henrich, *Vorvertrag*, 67.

³³² Geri satım hakkının kararlaştırıldığı hallerde, ayrıca bedele ilişkin anlaşmalara yer verilmesinin çok da rastlanabilir bir durum olmadığı yöndeki görüş için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 114.

³³³ Meier-Hayoz, *Art. 683*, Rn.26; Noelpp, *Eine Studie*, 10; Isler, *Grundbuch*, 17. Bu yönde benzer açıklamalar için bkz.: Allgäuer, *Kaufrecht*, 21. Tapu kütüğüne bu hususta not düşülmesinin her halukârda mümkün olduğu yönünde bkz.: Isler, *Grundbuch*, 17.

³³⁴ Meier-Hayoz, *Art. 683*, Rn.26.

³³⁵ Meier-Hayoz, *Art. 683*, Rn.26; Noelpp, *Eine Studie*, 10-11; Kurt Pfeiffer, “Die Vormerkung persönlicher Rechte im Grundbuch” (Dissertation, Zürich, 1910), 75; ZK-Kom./Haab vd., *ZGB Art. 683*, Rn.13.

Alım ve geri satım hakları arasındaki bir diğer önemli fark ise hakkın fonksiyonu yönündendir. Bu kapsamda, geri satım hakkının, alım hakkına nazaran oldukça farklı fonksiyonlara sahip olduğunu söylemek mümkündür. Öncelikle geri satım hakkı, sahibine, mevcut bir satış sözleşmesinden pratik anlamda adeta bir cayma imkânı vermektedir³³⁶. Oysa, alım hakkında amaçlanan esas şey, bir satış sözleşmesinin kurulmasıdır. Bu noktada, geri satım hakkında da taraflar arasında bir satış sözleşmesinin kuruluyor olduğu iddiası gündeme gelebilir. Ancak alım hakkından farklı olarak, geri satım hakkında yer alan esas amaç o malın iktisabı değildir³³⁷. Bunun dışında, geri satım hakkı, ayıptan sorumluluğa ilişkin taleplerin zamanaşımı sebebiyle ileri sürülemeyeceği bazı durumlarda başvurulabilen bir yol olma özelliğine sahiptir. Böylelikle, hak sahibi, söz konusu malı tekrar satıcıya geri vermekte ve vermiş olduğu satış bedeline tekrar kavuşabilmektedir³³⁸. Oysa alım hakkında, pratik yönden böyle bir amaçtan bahsetmek mümkün değildir.

Geri satım ile alım hakları arasındaki bir diğer önemli ayırım süre yönündendir. Geri satım hakkının kanun koyucu tarafından özel olarak düzenlenmemesi, taraflara, sözleşme özgürlüğü ilkesinden çok daha büyük ölçüde yararlanma imkânı vermektedir. Bunun sonucu olarak hakkın geçerlilik ve kullanım süreleri yönünden, alım hakkından farklı olarak, bir azami süre söz konusu değildir.

1.6.5. Öncelik (Rüçhan) Hakkı

1.6.5.1. Genel Olarak

Alım hakkı ile yakın ilişkisi olan müesseselerden bir diğeri öncelik hakkıdır. Bu iki müessese arasındaki yakınlık, alım hakkının, geniş anlamda öncelik hakları (*Vorrechts*) kapsamında ele alınabilir olmasının bir sonucudur³³⁹.

³³⁶ Geri satım hakkı, hak sahibine, satın almış olduğu bir mala yönelik adeta bir geri verme garantisi sağlamaktadır. Bu yöndeki ifadeler için bkz.: jurisPraxisKom-Alpmann-Pieper, § 456, Rn.6. Bu yönüyle, hakkın, cayma hakkıyla benzerlik gösterdiğini ifade eden görüş için bkz.: Soergel-Wertenbruch, *BGB* § 456, Rn.21.

³³⁷ Nitekim, geri alım hakkında, söz konusu şeyin satışına yönelik niyetin tam olarak net olmadığı durumlarda, hakkın, fesih aracı gibi bir fonksiyona sahip olduğu ifade edilmektedir. Bu yönde bkz.: BernerKom/Giger, *OR Art.* 216, Rn.62. Bu sebeple, geri satım hakkında da, hakkın konusu şeyin nihaî olarak iktisabının bir aslî amaç teşkil etmediğini söylemek mümkündür.

³³⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Allgäuer, *Kaufrecht*, 21-22. Geri satım hakkının fonksiyonlarına yönelik farklı açıklamalar için bkz.: Soergel-Wertenbruch, *BGB* § 456, Rn.14-15.

³³⁹ Noelpp, *Eine Studie*, 17.

Öncelik hakkı (*priority right/Vorhand*³⁴⁰-*Vorhandrecht*³⁴¹-*Vorrecht*^{342,343}), hak sahibine, hakkı tanıyan tarafın hakkın konusu şeyi devretmek istemesi durumunda ayrıcalıklı pozisyon bahşeden bir hak olarak tanımlanmaktadır³⁴⁴. Hakkı kuran sözleşme ise kavram itibariyle öncelik hakkı sözleşmesi (*Vorrechtsvertrag*) şeklinde ifade edilir³⁴⁵.

Öncelik hakkında hak sahibinin elinde bulundurduğu hak, niteliği itibariyle, koşula bağlı bir haktır. Sözü edilen koşul, yükümlünün, hakkın konusu şeyi üçüncü bir kişiye devretme niyetidir³⁴⁶. Ancak yine de, hak sahibine, bir nevi son sözünü söylemesi için bir imkân sunulmaktadır³⁴⁷.

Öncelik hakkı ile özellikle şirketler hukuku alanında karşılaşılmaktadır. Bu kapsamda, taraflardan birinin sahip olduğu belirli şirket paylarının devrini konu alan

³⁴⁰ Larenz, “Die rechtliche Bedeutung”, 210; Nipperdey, *Vorhand*, 300; Schleich, *Option*, 109; Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 145*, Rn.52a; Staudinger-Bork, *Vorbem zu § 145-156*, Rn.78; PWW-Brinkmann, *BGB § 145 ff*, Rn.38; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 118; BRHP-Werner Eckert, § 145, Rn.29; Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 93; Palandt-Ellenberger, § 145, Rn.24; Hueck, “Erwerbsvorrechte”, 752; Arwed Blomeyer, “La promesse de vente vaut vente — Zur Geschichte des Durchgriffs bei Vorverträgen”. in: *Festschrift für Leo Raape*. 0/0 (1948): 297; Röser, “Ankaufsrecht”, s.18 vd. „Ankaufsrecht“ terimiyle eş anlamlı kullanıma yer veren mahkeme kararı için bkz.: OLG Hamburg (23.1.14) OLG 33, 288; RG (14.10.32) HRR 1933, Nr. 913 (Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 93, dñ.415’ten naklen).

³⁴¹ Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 66; Forstmoser ve Kuchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1262.

³⁴² Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 120. “Vorhand” ve “Vorrecht” terimleri arasında ayırım yapmadan meseleyi ele alan görüş için bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 297 vd.

³⁴³ Terminolojiye yönelik hukuk öğreti ve uygulamasındaki görüşler için bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 299.

³⁴⁴ İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Schleich, *Option*, 109. Alman hukukunda netice yönüyle aynı doğrultuda bkz.: Staudinger-Mader und Schermaier, § 463 ff., Rn.46.

³⁴⁵ BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.76.

³⁴⁶ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.33; Kläy, *Die Vinkulierung*, 461; Böckli, *Aktionärbindungsverträge*, 41; Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 89; Rudolf Stuber, *Aktionär-Consortien: Vereinbarungen unter Aktionären über die gemeinsame Ausübung ihrer Beteiligungsrechte nach dem Recht des schweizerischen OR, des BGB, HGB und des dt. Akt.Ges.*, Diss. der rechts- und statswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich (Zürich: Gassmann Verlag AG, 1944), 55; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 126 vd.; Christoph D. Studer, *Der Aktionärbindungsvertrag in: Schweizer Vertragshandbuch, Musterverträge für die Praxis, Münch/Böhringer/Kaspar/Probst (Hrsg.)* (Basel: Verlag Helbing & Lichtenhahn, 2007), Rn.17.4; Zobl, “Die pfandrechtliche Sicherung”, 402 vd.; Peter Forstmoser, Arthur Meier-Hayoz ve Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht* (Bern: Stämpfli Verlag, 1996), § 44, Rn.259; Theodor Lang, “Die Durchsetzung des Aktionärbindungsvertrags” (Dissertation, Basel, 2003), 34; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.58; Isler, *Grundbuch*, 9. Değiştirilmiş bir önalım olayının söz konusu olduğu bir önalım hakkının bulunduğu yönündeki görüş için bkz.: Guhl, Merz ve Kummer, *Obligationenrecht*, 306.

³⁴⁷ Schilhabl, *Vorkaufsrechte*, 32. Bu yöndeki yargı kararları için bkz.: RG (14.10.32) HRR 1933, Nr. 913; OLG Hamburg WM 1991, 1178, 1179 (Schilhabl, *Vorkaufsrechte*, 32, dñ.130’dan naklen).

pay sahipleri sözleşmesi, öncelik hakkının sık uygulama alanlarından birini oluşturur³⁴⁸. Nitekim Türk Ticaret Kanunu md. 461’de de, kanun koyucu, kanundan bir öncelik hakkına yer vermiştir. Bu hükme göre ise, her pay sahibi, yeni çıkarılan payları, mevcut paylarının sermaye oranına göre satın alma hakkına sahiptir. Ancak burada şunu ifade etmek gerekir ki, alım ve öncelik hakları arasındaki bir karşılaştırma daha çok sözleşmeden doğan haklar yönünden bir öneme sahiptir. Bunun ise üç farklı sebebi bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, kanundan doğan bir alım hakkına Türk hukukunda yer verilmemiş olmasıdır. İkincisi, hakları kuran sözleşmelerin farklı hukukî niteliklere sahip olmasıdır. Üçüncüsü ise, sözleşmeden doğan bir öncelik hakkının konusunun, TTK md. 461’de düzenlenen kanundan doğan öncelik hakkından farklı olarak, mutlaka bir satış ilişkisi olmasının zorunlu olmamasıdır. Taraflar isterlerse, bir kira ilişkisini dahi, öncelik hakkının konusu yapabilirler³⁴⁹. Bundan dolayıdır ki, öğretilerdeki bazı görüşler, öncelik hakkını yalnızca “*devir niyeti*” kapsamında ele almamakta ve hakkı tanımlarken “*sözleşmede kararlaştırılmış belirli bir durumun gerçekleşmesi*” ifadesine ayrıca yer vermektedir³⁵⁰.

Öncelik hakkının içeriği, hakkın, alım hakkı ile olan ilişkisi yönünden oldukça önemli bir role sahiptir. Çünkü, öncelik hakkının kararlaştırılma şekli ve türü, ortaya konulacak olan ayırımın muhtevası yönünden belirleyici niteliktedir. Bu sebeple de, tüm öncelik haklarını kapsayıcı bir ayırım kriteri ya da kriterleri ortaya koymak mümkün değildir. Bunun doğal sonucu olarak, başta öncelik haklarının türlerinin ele alınması ve sonrasında da her bir tür için alım hakkı ile bir karşılaştırma yapılması gerekmektedir. Bu çerçevede, aşağıda, sözü edilen bu hususlar incelenmiştir.

1.6.5.2. Türleri

1.6.5.2.1. Genel Olarak

Öncelik hakkının içeriği sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği taraflarca farklı şekillerde belirlenebilir. Öğretilerde öncelik hakkı, haktan doğan yükümlülüğün türüne

³⁴⁸ Schleich, *Option*, 109; Jürg Frick, *Private Equity im Schweizer Recht - Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Band 272* (Zürich: Dike Verlag, 2009), Rn.1089 vd.; Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1262 vd.

³⁴⁹ Schleich, *Option*, 109; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 118; Henrich, *Vorvertrag*, 298 vd.

³⁵⁰ Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 66. Öncelik haklarının kapsamına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 296.

göre bir ayırıma tabi tutulmaktadır³⁵¹. Bu açıdan da söz konusu hak üç farklı şekilde ele alınmaktadır³⁵². Türk hukukunda söz konusu sınıflandırma açısından öncelik hakları öneride öncelik, kabulde öncelik ve teklifte öncelik şeklinde incelenmektedir³⁵³.

1.6.5.2.2. Öneride Öncelik

Öneride öncelikte (*Angebotsvorhand*³⁵⁴/*Vorhand mit Angebotspflicht*³⁵⁵), öncelik hakkı tanıyan kimse, hakkın konusu olan şeye ilişkin bir hukukî işlemi kurmak amacıyla önerisini ilk olarak hak sahibine yöneltmekle yükümlüdür³⁵⁶. Yöneltilecek olan önerinin içeriğinin, taraflarca yapılan ve öncelik hakkını konu alan sözleşmeye göre belirlenmesi mümkündür. Böyle bir durumda, hak sahibine yöneltilen önerinin içeriği sözleşmede

³⁵¹ Peter Forstmoser, *Der Aktionärbindungsvertrag an der Schnittstelle zwischen Vertragsrecht und Körperschaftsrecht*, in: *Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag*, Honsell/Portmann/Zäch/Zobl (Hrsg.) (Zürich: Schulthess Verlag, 2003), 396.

³⁵² Meier-Hayoz, ZGB Art. 681, Rn.34 vd.; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 121 vd.; Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 93 Schleich, *Option*, 110; Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1265 vd. Bu sınıflandırma dışında rüçhan hakkına ilişkin farklı uygulama türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1271-1272 ve orada anılan yazarlar.

³⁵³ Sercan Uçar, *Anonim Şirket Paylarının Devrinde Önalım ve Öncelik Hakları*, 1. Baskı (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 53 vd.

³⁵⁴ BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.76.

³⁵⁵ Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 66.

³⁵⁶ Bu yöndeki tanım için bkz.: Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 145*, Rn. 52a. Bu tanım ile aynı doğrultuda diğer görüşler için bkz.: PWW-Brinkmann, *BGB § 145 ff*, Rn.38; Staudinger-Bork, *Vorbem zu § 145-156*, Rn.78; BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.76-77. TTK md. 466'da pay sahipleri lehine önerilmeye muhatap olma hakkı düzenlenmiştir. Buna göre, şarta bağlı sermaye artırımında, tahvillere ve benzeri borçlanma araçlarına bağlı olarak değiştirme ve alım hakkı içeren senetler ihraç edildiği takdirde, bunların öncelikle pay sahiplerine mevcut payları oranında önerilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Bu yönüyle de burada kanaatimizce bir öneride öncelik söz konusudur. Ancak TTK md. 461'de düzenlenen rüçhan hakkından bazı yönleriyle ayrılmaktadır. Öneriye muhatap olma hakkı, TTK md. 461'de düzenlenen rüçhan hakkı ile büyük benzerliklere sahiptir. Her iki hak da şirket alacaklıları ve çalışanlarının şirkete katılımını sağlamaktadır. Keza hakların kısıtlanması da aynı şartlara tabidir. Ancak önerilmeye muhatap olma hakkı, rüçhan hakkından farklı olarak, şartlı sermaye artışında söz konusu olan bir haktır. Oysa TTK md. 461 bağlamında rüçhan hakkı esas ve kayıtlı sermaye sistemlerinde bir sermaye artışının gündeme geldiği hallerde söz konusu olur. Bunun yanında, önerilmeye muhatap olma hakkının konusu alım ve değiştirme hakkı veren tahvil ve ayrıca benzeri borçlanma araçları iken; rüçhan hakkında hakkın konusunu sermaye artırım sebebiyle ihraç edilen pay senetleri oluşturmaktadır. Alman hukukunda çoğunluk tarafından ileri sürülen bir görüş, öncelik hakkını, öneride öncelik kapsamında tanımlamaktadır. Buna göre; öncelik hakkı sözleşmesi ile birlikte, hakkı veren kişi, belirli bir şeyi öncelikle hak sahibine teklif etme yükümlülüğü altına girer. İlgili açıklamalar için bkz.: Onuralp ATAY, "Anonim Şirkette Rüçhan Hakkı" (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi, 2020), 17 vd. Alım hakkının pay sahiplerinde öncelikle bulunması halinde bunun rüçhan hakkı, buna karşılık borçlanma senetlerini değiştirme hakkının öncelikle pay sahiplerinde olması halinde bunun önerilmeye muhatap olma hakkı olduğu yönündeki görüş için bkz.: Burak Adıgüzel, "Anonim Şirkette Rüçhan Hakkının Sınırlandırılması ve Kaldırılması", *GÜHFD*, XVIII/1 (2014): 39, dpn.148'den naklen).

yer alan içerikle uyumlu olmalıdır³⁵⁷. Taraflarca önerinin içeriğinin kararlaştırılmadığı hallerde ise, yükümlünün yapacağı öneri, herhangi üçüncü bir kişiye yaptığı öneri ile uyumlu olmalıdır³⁵⁸. Başka bir deyişle, öncelik hakkı veren, hak sahibi kişiye karşı üçüncü kişiye yapmış olduğu öneriden daha ağır koşullar içeren bir öneride bulunamaz. Bunun dışında, önerinin içeriğinin belirlenmiş olup olmamasının, özellikle hak sahibi tarafından ödenecek bedel açısından da büyük bir önemi bulunmaktadır. Zira, hak sahibi tarafından yükümlüye ödenecek olan bedel, onun taraflarca kararlaştırılmış olup olmamasına göre değişiklik göstermektedir³⁵⁹.

Öneride öncelikte, hak sahibi, kendisine yöneltilen öneriyi kabul edip etmemekte serbesttir. Ancak kabul etmediği takdirde, öncelik hakkı tanıyan taraf, üçüncü bir kişiyle sözleşme yapıp yapmamakta artık serbesttir³⁶⁰. Öncelik hakkı türleri arasında yer alan öneride önceliğin, hak sahibine, yükümlüye karşı en güçlü pozisyonu sağladığı ifade edilmektedir³⁶¹.

1.6.5.2.3. Kabulde Öncelik

Kabulde öncelik (*Vorhand mit Annahmepflicht*³⁶²), öneride öncelikte taraflar arasında var olan ilişkinin bir nevî simetrisini oluşturan öncelik hakkı türüdür. Öneride öncelikten farklı olarak, kabulde öncelikte, öneride bulunan kişi hak sahibinin

³⁵⁷ Schleich, *Option*, 110; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.33 vd.; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 121 vd.; Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 66; Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 90; Bu yönde benzer açıklamalar için bkz.: Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1265; Henrich, *Vorvertrag*, 300; Ulysses von Salis-Lütolf, *Private Equity Finanzierungsverträge, Funktion – Recht-Steuer* (Zürich: Schulthess Verlag, 2002), Rn.1029. Bu yöndeki Alman Federal Mahkemesi kararları için bkz.: RG 16,155,158; RG 79,156,158 (Henrich, *Vorvertrag*, 300, dpn.1 ve 2'den naklen).

³⁵⁸ Schleich, *Option*, 110; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.33 vd.; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 121 vd.; Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 66; Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 90. Bu yönde benzer açıklamalar için bkz.: Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1265; Henrich, *Vorvertrag*, 300; von Salis-Lütolf, *Private Equity*, Rn.1029. Bu yöndeki Alman Federal Mahkemesi kararları için bkz.: RG 16,155,158 ve RG 79,156,158 (Henrich, *Vorvertrag*, 300, dpn.1 ve 2'den naklen).

³⁵⁹ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: Kläy, *Die Vinkulierung*, 462; Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 66; Schenker, *Vorkaufsrechte*, 270 vd.; Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1266; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 122.

³⁶⁰ Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 90; Schleich, *Option*, 110; Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 66; Kläy, *Die Vinkulierung*, 461; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.34; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 122; Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1265; Böckli, *Aktionärbindungsverträge*, 58; Othmar Lehner, "Die rechtliche Struktur und die Hauptarten der aktienrechtlichen Vorkaufsrechte", *SJZ*, 0/50 (1954): 78.

³⁶¹ Bu doğrultuda yer alan açıklamalar için bkz.: Staudinger-Bork, *Vorbem zu § 145-156*, Rn.78; Geiben, *Der Vorvertrag*, 67.

³⁶² Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 67.

kendisidir. Dolayısıyla da kabul beyanı, öncelik hakkı verene aittir. Bu sebeple, öncelik hakkı verenin bir öneride bulunma yükümlülüğünden bahsetmek de mümkün değildir³⁶³.

Kabulde öncelikte, öncelik hakkı veren kimse, hak sahibini sözleşme yapma niyetinde olduğuna dair bilgilendirmekle yükümlüdür³⁶⁴. Bu bilgilendirme, aynı zamanda, öncelik hakkı verene üçüncü kişiler tarafından yapılmış olan sözleşme tekliflerini (*Vertragsangebote*) içerir³⁶⁵. Öncelik hakkı verenin bu yöndeki niyetini öğrenen hak sahibi ise, bundan sonra, dilerse karşı tarafa bir öneride bulunabilir. Hak sahibi açısından bu durum bir yükümlülük değil; seçme imkânı olarak tezahür eder³⁶⁶. Bununla birlikte, hak sahibi, öngörülmüş olan koşullarla bir öneride bulunduğu takdirde artık öncelik hakkı veren taraf bu öneriyi kabul etmekle yükümlüdür³⁶⁷. Ancak öncelik hakkı verenin bir kabul yükümlülüğünden bahsedebilmek için belirli bir şartın somut olayda bulunması gerekir. O da, hak sahibinin yapmış olduğu önerinin, üçüncü kişinin yapmış olduğu öneriden daha kötü şartlara sahip olmamasıdır³⁶⁸. Son durum, öncelik hakkına ilişkin bir bedelin kararlaştırılmadığı adî nitelikteki öncelik hakkında (*unlimitiertes Vorhandrecht*) gündeme gelir³⁶⁹. Bununla birlikte, taraflarca bir bedelin kararlaştırıldığı durumlarda, hak sahibinin yaptığı öneri artık bu bedeli ihtiva etmelidir. Bu sebeptir ki, öğretide, öncelik hakkı veren açısından bu yönüyle bir koşula bağlı kabul yükümlülüğünden (*bedingte Annahmepflicht*) bahsedilmektedir³⁷⁰.

³⁶³ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 121 vd.; Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 67; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681, Rn.33* vd.; Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 90.

³⁶⁴ Schleich, *Option*, 110; Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 66; Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1267.

³⁶⁵ BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.77.

³⁶⁶ Bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681, Rn.33* vd.; Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 90; Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 67; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 121 vd.

³⁶⁷ Schleich, *Option*, 110; Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 67; von Salis-Lütolf, *Private Equity*, Rn.1031 vd.; Okutan Nilsson, *Anonim Ortaklıklarda*, 212.

³⁶⁸ Kläy, *Die Vinkulierung*, 461; Staudinger-Bork, *Vorbem zu § 145-156*, Rn.78; Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 67; von Salis-Lütolf, *Private Equity*, Rn.1031 vd.; Okutan Nilsson, *Anonim Ortaklıklarda*, 212. Bu doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 122; Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1268; Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 90; Isler, *Grundbuch*, 9; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681, Rn.35*; BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.77; Henrich, *Vorvertrag*, 303 vd.; Geiben, *Der Vorvertrag*, 67.

³⁶⁹ Bu durumun sözleşmede ayrıca açık bir şekilde belirtilmiş olması gerektiği yönündeki görüş için bkz.: Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1268.

³⁷⁰ Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 67.

Kabulde öncelikte, hak sahibi bir öneride bulunmaz ise, öncelik hakkı veren üçüncü bir kişiyle sözleşme yapmakta serbesttir³⁷¹. Bu yönüyle de, öneride öncelik ile bir benzerliğe sahiptir. Öncelik hakkının adî nitelikte kararlaştırıldığı hallerde, öneride önceliğe göre, yükümlü açısından nispeten daha avantajlı olduğu ifade edilmektedir³⁷². Bunun sebebi, öncelik hakkı verenin hak sahibini bilgilendirmeden önce kendisi için en avantajlı olan teklifi üçüncü bir kişiden alabilecektir.

1.6.5.2.4. Teklifte Öncelik

Öncelik hakkının bir diğer türünü teklifte öncelik oluşturur. Teklifte öncelik, daha önce incelediğimiz öneri ve kabulde öncelikten oldukça farklıdır. Bu farklılık doğrudan doğruya tarafların hak ve yükümlülüklerinden kaynaklanır.

Teklifte öncelikte (*Vorhand mit Veräusserungsverbot*³⁷³) hak sahibinin, öneri ve kabulde öncelikten farklı olarak, sözleşmenin yapılmasını talep etme yetkisi yoktur³⁷⁴. Çünkü burada taraflar için önem arz eden husus bir sözleşme akdetmek değildir. Aksine, arzu edilen şey bir sözleşmenin yapılmasını engellemektedir. Zaten bu durum, hak sahibinin, öncelik hakkıyla amaçladığı da bir hedeftir. Bu sebeple de, öncelik hakkı verenin, üçüncü bir kişiyle sözleşme yapmaktan kaçınma yükümlülüğü bulunmaktadır³⁷⁵.

Teklifte öncelikte, öncelik hakkı veren, hakkın konusu şeyi devretme niyetindeyse bu konuda hak sahibini bilgilendirmekle yükümlüdür³⁷⁶. Bu

³⁷¹ Schleich, *Option*, 110.

³⁷² Bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 67; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 122. Nitelikli rüçhan hakkında ise, böyle bir avantajın söz konusu olmadığı yönündeki görüş için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 123.

³⁷³ Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 67.

³⁷⁴ Henrich, *Vorvertrag*, 304.

³⁷⁵ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.36; Schleich, *Option*, 110; Henrich, *Vorvertrag*, 305. Kaçınma yükümlülüğünü bir sözleşme tipi çerçevesinde ayrıntılı olarak ele alan görüş için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 130 vd. Seçimlik borç kapsamında inceleme yapan görüşler için bkz.: Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1263; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 130. Kaçınma yükümlülüğü, esasen rüçhan türlerinin ilk ikisini oluşturan öneride ve kabulde öncelik türlerinde de bulunmaktadır. Ancak teklifte öncelikte meseleyi farklı kılan husus, rüçhan verenin bir teklifte bulunma ya da kabul yükümlülüğü altına girmemiş olmasıdır. Bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 304. Türk hukukunda bu durum genel olarak “üçüncü kişiye satışı önleme” şeklinde ifade edilmektedir. Oysa, daha önce de ifade ettiğimiz gibi, satış durumu öncelik hakkının muhtevasını kısmen karşılayan bir durum değildir. Yine de, bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Uçar, *Anonim Şirket*, 53 ve ayrıca d.pn.257’de anılan yazarlar.

³⁷⁶ Türk hukukunda bkz.: Okutan Nilsson, *Anonim Ortaklıklarda*, 211; Tamer Bozkurt, *Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam)* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016), 256. İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 67. Alman hukukunda bu

bilgilendirmenin amacı, hak sahibine, öncelik hakkı verenle sözleşme yapma imkânını sağlamaktır. Başka bir deyişle, hak sahibinin öncelikli bir öneride bulunma fırsatının kendisine tanınmasıdır. Hak sahibi, bilgilendirme sonrası yükümlüye bir öneride bulunup bulunmama konusunda ise tamamen serbesttir. Ancak bir öneride bulunmazsa, öncelik hakkı verenin, üçüncü kişilerle sözleşme yapmaktan kaçınma yükümlülüğü sona erer. Bununla birlikte, hak sahibinin bir öneride bulunduğu durumlarda, öncelik hakkı verenin kaçınma yükümlülüğünün varlığı somut olaya göre değerlendirilmelidir. Bunun sebebi, öncelik hakkı verenin, teklifte öncelikte yer alan kaçınma yükümlülüğünün mutlak bir yükümlülük olmamasıdır. Daha doğru bir ifadeyle, bu yükümlülüğün sınırlı veyahut da bir nev'i koşula bağlı bir yükümlülük olma niteliğine sahip olmasıdır.

Kaçınma yükümlülüğünün ilk şartı hak sahibinin bir öneride bulunmuş olmasıdır. Hak sahibi bir öneride bulunmadığı takdirde, az önce de ifade ettiğimiz üzere, öncelik hakkı verenin yükümlülüğü sona erer. Bu sebeple, hak sahibinin, yükümlü taraf üzerinde sahip olduğu sınırlayıcı güç onun aktif katılımını gerektiren bir görünüme sahiptir. Buna ilaveten, hak sahibinin önerisi, ancak üçüncü kişinin teklifine eşdeğer bir içeriğe sahip olduğu müddetçe öncelik hakkı vereni zorlayıcı bir etkiye sahiptir³⁷⁷. Dolayısıyla üçüncü kişinin sunduğu şartlar, hak sahibinin sunduğu şartlardan daha iyi ise, öncelik hakkı verenin üçüncü kişiyle sözleşme yapmasına hiçbir engel yoktur³⁷⁸.

Teklifte önceliğin en önemli özelliği, hak sahibinin, öncelik hakkı verene çok daha iyi bir teklifte bulunduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda hak sahibi, üçüncü kişinin önerisinden daha iyi şartlara sahip bir öneride bulursa dahi,

yönde bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 304; Staudinger-Bork, *Vorbem zu § 145-156*, Rn.78; Geiben, *Der Vorvertrag*, 67. Bu bildirimin niteliği itibariyle bir öneriye davet olduğu yönündeki görüş için bkz.: Okutan Nilsson, *Anonim Ortaklıklarda*, 211.

³⁷⁷ Türk hukukunda bu doğrultuda bkz.: Bozkurt, *Pay Devrinin Sınırlandırılması*, 257; Ali Murat Sevi, *Anonim Ortaklıkta Payın Devri*, 3. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 61; Hasan Ayrancı, *Ön Sözleşme*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2006), 102. İsviçre ve Alman hukukunda bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 306; Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 91; Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 67; von Salis-Lütolf, *Private Equity*, Rn.1031. Haymann, *Aktienübernahmevereinbarungen*, 101; Kläy, *Die Vinkulierung*, 461; Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 119, 124 vd.; Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1269; Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 67.

³⁷⁸ Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1269. Bu yönde benzer açıklamalar için bkz.: Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 123.

yükümlünün, bu öneriyi kabul etme zorunluluğu yoktur³⁷⁹. Zira teklifte öncelikte, öncelik hakkı verenin tek bir aslî yükümlülüğü vardır. O da, sözleşme yapmaktan kaçınma yükümlülüğüdür. Bunun dışında, öneri ve kabulde öncelikten farklı olarak, bir öneri ya da kabul yükümlülüğünden bahsetmek mümkün değildir³⁸⁰. Başka bir deyişle, öneri ve kabulde öncelikte yer alan sözleşme yapma yükümlülüğü³⁸¹ (*Kontrahierungspflicht*), teklifte öncelikte yer almaz. Bu yönüyle de, öncelik haklarının en zayıf türü olarak kabul edilmektedir³⁸².

1.6.5.3. Öncelik (Rüçhan) Hakkı ile Alım Hakkının Karşılaştırılması

Alım ile öncelik hakları arasındaki farklılık, hem hakların kendisi hem de bu hakları kuran hukukî işlemler yönünden söz konusu olur. İlk durumda haklara ilişkin bildirim, süre, bedel, nitelik ve kullanım gibi haller ön planda yer alırken; hakkı kuran hukukî işlemler yönünden ise, mesele, bu sözleşmelerin niteliği ve şekline ilişkindir.

Öncelik hakkı sözleşmesi (*Vorhandvertrag-Vorrechtsvertrag*) ile alım hakkı sözleşmesi arasında birtakım farklılık söz konusudur. Bu kapsamda öneride ve kabulde öncelikte hakkı kuran sözleşmeler, öğretide, geciktirici koşula bağlı ve tek tarafa borç yükleyen bir önsözleşme olarak kabul edilmektedir³⁸³. Bunun sonucu olarak, önsözleşmeye ilişkin olarak ileri sürdüğümüz fikirler, mahiyetine uygun düştüğü ölçüde öncelik hakkı için de geçerlidir³⁸⁴. Bununla birlikte, teklifte önceliğe ilişkin öğretideki

³⁷⁹ Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1269; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 130. Alman hukukunda nispeten aynı doğrultuda yapılan açıklamalar için bkz.: Staudinger-Bork, *Vorbem zu § 145-156*, Rn.78.

³⁸⁰ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 124; Henrich, *Vorvertrag*, 304; BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.77. Nitekim Alman Federal Mahkemesi de, öncelik hakkı verenin, kural olarak bir sözleşme yapma zorunluluğunun bulunmadığını kabul etmiştir. Bu yöndeki Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGH 22, 347, 14.12.1956 (Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 124 ve Henrich, *Vorvertrag*, 304 vd.'dan naklen). Buna paralel olarak, öğretide, öneri ve kabulde önceliğin istisna, teklifte önceliğin ise kural olduğu kabul edilmektedir. Bu yöndeki görüş için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 124. Teklifte öncelikte, öneri ve kabulde önceliğe nazaran, öncelik hakkı veren açısından önemli avantajlarının bulunduğu yönündeki açıklamalar için bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 305.

³⁸¹ Schleich, *Option*, 110.

³⁸² BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.77.

³⁸³ Isler, *Grundbuch*, 9; Henrich, *Vorvertrag*, 302 ve 304; Schleich, *Option*, 110; Lehner, “Die rechtliche Struktur”, 77; Glattfelder, “Die Aktionärbindungsverträge”, 236a; Forstmoser, *Der Aktionärbindungsvertrag*, 385; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.34 vd.; Fischer, *Aktionärbindungsverträge*, 67; Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1263; Haymann, *Aktienübernahmevereinbarungen*, 101; Lehner, “Die rechtliche Struktur”, 77 vd.; Schenker, *Vorkaufsrechte*, 269. Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 128. Öneride öncelikte, öncelik hakkının geciktirici koşula bağlı bir alım hakkının özel bir görünüm şekli olabileceğini ifade eden görüş için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.58 ve dpn.72’de anılan yazar.

³⁸⁴ Bkz.: Birinci Bölüm, Önsözleşme başlığı.

hakim görüş ise, burada, yükümlünün seçimlik borcunu konu alan çift koşula bağlı³⁸⁵ sui generis bir sözleşme olduğu yönündedir³⁸⁶. Oysa alım hakkı sözleşmesi, ikinci bölümde incelenen ve bizim de katıldığımız kurma teorisi bağlamında, hukukî niteliği itibariyle koşula bağlı bir hukukî işlem olarak ele alınamaz³⁸⁷. Bununla birlikte, alım hakkı sözleşmesini sui generis yapıda ele alan öğretideki görüşler göz önüne alındığında, teklifte öncelikte hakkı tesis eden sözleşmenin de sui generis nitelikte olması, her iki hukukî işlemin bu noktada bir uyum içerisinde olduğunu göstermektedir³⁸⁸.

Öncelik hakkı ile alım hakkı sözleşmeleri arasındaki bir diğer ayırım hukukî işlemin şekli yönündendir. Öncelik hakkı sözleşmesinin bir önsözleşme olarak kabul edildiği hallerde, şekle ilişkin ifade etmiş olduğumuz hususlar, aynı şekilde burada da geçerli olur³⁸⁹. Dolayısıyla hakkın konusunu bir taşınmazın oluşturduğu durumlarda, her iki sözleşme için aranan şekil resmî şekildir. Bununla birlikte, öncelik hakkı sözleşmesinin sui generis nitelikte kabul edildiği teklifte öncelikte ise bu durum daha farklıdır. Zira sui generis niteliğin kabulü halinde bir önsözleşmeden bahsetmek artık mümkün değildir. Bu sebeple de, önsözleşme niteliğinden hareket edilerek resmî şekil şartına ulaşma imkânı burada söz konusu olmaz. Buna paralel olarak, öğretide de, bu hallerde şekil serbestisinin bulunduğu kabul edilmektedir³⁹⁰.

Öncelik ile alım hakları arasındaki ayırım ve dolayısıyla farklılıklar, bu hakları kuran hukukî işlemler dışında, ayrıca hakların kendisinden de kaynaklanabilir. Bu kapsamda, bildirim yükümlülüğü, her iki müessese arasında ayırt edici ölçütlerden birini oluşturur. Alım hakkında, aşağıda da ayrıntılı bir şekilde inceleneceği üzere, hakkı

³⁸⁵ Söz konusu koşullar, öncelik olayının gerçekleşmesi ve hak sahibi tarafından hakkın kullanmasını ifade eder. Bu doğrultuda bkz.: Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 67; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 130.

³⁸⁶ Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 67; Schenker, *Vorkaufsrechte*, 269; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 130; Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 91; Forstmoser ve Kuchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1263; Haymann, *Aktienübernahmevereinbarungen*, 101; Lehner, “Die rechtliche Struktur”, 77 vd.; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.34 vd. Bunun sebebi, kaçınma yükümlülüğünü konu alan bir sözleşme (*Unterlassungsvertrag*) ile tek tarafa borç yükleyen bir önsözleşmenin bir arada yer almasıdır. Böyle bir sözleşme, kanunda tipik olarak düzenlenmediği için artık *sui generis* bir sözleşmeden bahsetmek gerekir. Bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 130. Aksi yönde ayrıca bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 305 vd. Türk hukukunda, teklifte öncelikte, taraflar arasındaki hukukî ilişkiyi müzakare sözleşmesi şeklinde ele alan görüş için ayrıca bkz.: Bozkurt, *Pay Devrinin Sınırlandırılması*, 258-259.

³⁸⁷ Bkz.: İkinci Bölüm, Alım Hakkı Sözleşmesinin Hukukî Niteliği başlığı.

³⁸⁸ Bkz.: İkinci Bölüm, Alım Hakkı Sözleşmesinin Hukukî Niteliği başlığı.

³⁸⁹ Bkz.: Birinci Bölüm, Önsözleşme başlığı.

³⁹⁰ Isler, *Grundbuch*, 9; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.36; Henrich, *Vorvertrag*, 321.

veren tarafın kural olarak bir bildirim yükümlülüğü bulunmaz³⁹¹. Özellikle koşula bağlı olmayan bir alım hakkında bu durum mutlaklıdır. Hakkın bir koşula bağlı olduğu hallerde ise, yükümlülüğün varlığı taraflar arasındaki anlaşmaya ya da somut olaya bağlıdır. Bu sebeple, alım hakkında bildirim yükümlülüğü hakkın muhtevasının olmazsa olmaz bir unsurunu oluşturmaz. Oysa öncelik haklarında bu durum oldukça farklı bir görünüme sahiptir. Çünkü, öncelik olayının gerçekleşmesi, muhteva itibariyle yükümlünün niyetine ilişkin olduğundan onun kendi iç dünyası ile ilgili bir durumdur. Dışarıya aksettirilmedikçe de, öğrenilmesi, güçlük arz eder. Kaldı ki, öncelik haklarında, önalım hakkındaki gibi üçüncü kişiyle kurulmuş bir sözleşme ilişkisi dahi aranmaz. Yükümlünün bu yöndeki bir niyeti tek başına yeterlidir. Mamafih, bu niyetin dış dünyada nasıl tezahür edeceği ve böylelikle bir öncelik olayından bahsedilebileceği açık değildir³⁹². Bu sebeptendir ki, öğretide, öncelik hakkının bildirim yükümlülüğü olmaksızın bir anlam ifade etmeyeceği haklı olarak ileri sürülmektedir³⁹³. Bunun doğal sonucu olarak da, hakim görüş, öncelik hakkı veren bir bildirim yükümlülüğünün bulunduğu yönündedir³⁹⁴. Bu noktada, öğretide yer alan bir görüş, tarafların farazî iradelerinden yola çıkarak bildirim yükümlülüğünün bulunduğu sonucuna ulaşmaktadır³⁹⁵. Ancak kanaatimizce olması gereken, hukukî netlik açısından, bildirim yükümlülüğünün taraflarca sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olmasıdır³⁹⁶.

Alım ve öncelik haklarında ele alınması gereken bir diğer ayırım bedeldir. Alım hakkı sözleşmesinde yer alan kullanma bedeli, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, sözleşmesinin objektif esaslı unsurunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla bedelin, sözleşmede en azından belirlenebilir olarak kararlaştırılması şarttır. Oysa öncelik hakkını konu alan

³⁹¹ Alım hakkı veren bir bildirim yükümlülüğüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Üçüncü Bölüm, Bilgilendirme Yükümlülüğü başlığı.

³⁹² Fischer, *Aktionärbindungsverträge*, 68. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 101. Öğretide, üçüncü kişiyle yapılan sözleşme görüşmelerinin ya da üçüncü kişinin yükümlüye karşı yönelmiş olduğu bir önerinin, kesin olmamakla birlikte, devir niyetine ilişkin bir emare olarak kabul edilebileceği ifade edilmektedir. Bu husustaki açıklamalar için bkz.: Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn. 1273. Sözü edilen hallerin devir niyetine ilişkin bir emare olarak kabul edilip edilemeyeceğinin tartışmalı olduğu yönünde bkz.: Fischer, *Aktionärbindungsverträge*, 68, dpn.423; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 139; Lehner, “Die rechtliche Struktur”, 78.

³⁹³ Fischer, *Aktionärbindungsverträge*, 68-69.

³⁹⁴ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 141; Lang, “Die Durchsetzung”, 34; Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1275; Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 101 ve 105.

³⁹⁵ Fischer, *Aktionärbindungsverträge*, 69.

³⁹⁶ Fischer, *Aktionärbindungsverträge*, 69. Bu yönde benzer açıklamalar için bkz.: Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1275.

bir sözleşmede bedelin taraflarca açık bir şekilde kararlaştırılmış olması gerekmez. Bundan dolayıdır ki, bedelin kararlaştırıldığı durumlarda sınırlandırılmış öncelik hakkından (*limitiertes Vorhandrecht*); aksi takdirde ise sınırlandırılmamış öncelik hakkından³⁹⁷ (*unlimitiertes Vorhandrecht*) söz edilmektedir³⁹⁸.

Öncelik ve alım hakları arasındaki ayırımlardan bir diğeri hakların kullanılma şekli yönünden söz konusu olur. Bu kapsamda, öncelik hakkı yenilik doğuran bir hak değildir³⁹⁹. Öneri ve kabulde öncelikte bir şeyi yapma ya da yapmamayı talep etme hakkı söz konusu iken; teklifte öncelikte geciktirici koşula bağlı⁴⁰⁰ bir seçimlik hak yer almaktadır⁴⁰¹. Bunun sonucu olarak, hakkın kullanımı, öneride öncelikte kabul beyanıyla; kabulde öncelikte ise bir öneri beyanıyla gerçekleşir⁴⁰². Dolayısıyla öncelik hakkında, tarafların daha sonra tekrar bir araya gelerek aralarında ikinci bir sözleşme akdetmeleri şarttır. Oysa, alım hakkında, tek taraflı bir irade beyanıyla hukukî sonuca ulaşmak tek başına yeterli ve mümkündür⁴⁰³. Çünkü alım hakkı, niteliği itibariyle yenilik doğuran bir haktır.

³⁹⁷ Sınırlandırılmamış öncelik hakkında bedelin nasıl belirlenmesi gerektiği öğretide tartışmalıdır. Zira öncelik hakkının bu türünde, önalım hakkından farklı olarak, üçüncü kişiyle akdedilmiş olan bir sözleşme bulunmamaktadır. Bu yönde yapılan açıklamalar için bkz.: Fischer, *Aktionärbindungsverträge*, 68; Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 93. Öğretide, bu soruna yönelik olarak, bedelin tespitine ilişkin farklı kriterler öne sürülmüştür. Öğretide yer alan bir görüşe göre, bedel tespiti, somut olaydaki yükümlü kişiye göre ortaya konmalıdır. Bu yöndeki görüş bkz.: Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 93. Bir başka görüş ise, üçüncü kişi tarafından yapılmış olan fiyat teklifinden hareket etmektedir. Bu görüş, meseleyi, öneride öncelik kapsamında ele almaktadır. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Lehner, “Die rechtliche Struktur”, 78. Üçüncü bir görüş, söz konusu malın ortalama piyasa fiyatına göre bedel tespitinin yapılması gerektiğini savunmaktadır. Bu yöndeki görüş için bkz.: Glattfelder, “Die Aktionärbindungsverträge”, 331a. Sınırlandırılmamış öncelik hakkında, bedele ilişkin ortaya çıkan bu sorunlar sebebiyle, taraflarca bu yönde bir anlaşmaya yer verilmesi gerektiği yönündeki görüş için ayrıca bkz.: Fischer, *Aktionärbindungsverträge*, 68.

³⁹⁸ Fischer, *Aktionärbindungsverträge*, 68. Anonim şirket payları üzerinde kurulan öncelik hakkının genellikle sınırlandırılmış nitelikte kararlaştırıldığı yönünde bkz.: Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 124.

³⁹⁹ Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 122.

⁴⁰⁰ Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 131.

⁴⁰¹ Fischer, *Aktionärbindungsverträge*, 67; Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 131-132. Farklı yönde açıklamalar ortaya koyan görüş için bkz.: Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1263.

⁴⁰² Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1276;; Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 101; Fischer, *Aktionärbindungsverträge*, 69 Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 143 vd.

⁴⁰³ Noelp, *Eine Studie*, 17; Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 117, 122; Henrich, *Vorvertrag*, 308. Bu doğrultudaki benzer açıklamalar için bkz.: Isler, *Grundbuch*, 9. Öncelik hakkında, yenilik doğuran irade beyanıyla bir sözleşmenin kurulmasının söz konusu olmadığı yönünde bkz.: Schleich, *Option*, 110.

Alım ve öncelik haklarının kullanımı yönünden ayırıcı nitelikler ortaya koyan diğer ölçütler koşul ve süredir. Bu kapsamda, öncelik hakkının kullanılması için her şeyden önce öncelik olayının gerçekleşmesi (*Eintritt des Vorhandfalls*) gerekir. Bu durum öncelik hakkı verenin üstlenmiş olduğu yükümlülüğün geciktirici koşulunu oluşturur⁴⁰⁴. Bu koşul, öncelik hakkı veren tarafın hakkın konusu şeye ilişkin devir niyetini (*intention to transfer/Veräusserungsabsicht*) ifade eder⁴⁰⁵. Bunun dışında, üçüncü kişiyle bir sözleşme yapılmış olması zorunlu değildir⁴⁰⁶. Ancak buna rağmen, öncelik olayı, bir yönüyle öncelik ile önalım haklarını birbirine çok yaklaştırır. O da, hakkın kullanımının en nihayetinde yükümlünün arzusuna bağlı olmasıdır. Zira hakkın konusu şeyi satma niyetini ortaya koyacak kişi, en nihayetinde, öncelik hakkı yükümlüsüdür. Dolayısıyla bu karar, tıpkı önalım hakkında olduğu gibi, hak ile yükümlü olan tarafa aittir⁴⁰⁷. Hak sahibi hakkını kullanmak istese dahi, yükümlü, söz konusu şeyi devretme niyetinde olmadıkça kendisine karşı hiçbir hak ileri sürülemez.

Öncelik hakkında, taraflar, öncelik olayının kapsamını serbestçe tayin edebilirler. Bu çerçevede bir kira⁴⁰⁸, bağışlama ya da mal değişim sözleşmesinin öncelik olayına konu edilmesi mümkündür⁴⁰⁹. Bunun sonucu olarak, öncelik olayı kapsamında ifade edilen niyetin mutlaka bir satışa ilişkin olması gerekmez. Önemli olan şey, hakkın devrinin gerekli olduğu bir hukukî sonucun doğacak olup olmamasıdır⁴¹⁰. Bunun

⁴⁰⁴ Schleich, *Option*, 109. Bu yönde diğer açıklamalar için bkz.: Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1262, 1273 vd.

⁴⁰⁵ Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1262; Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 66; Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 89 vd.; Lehner, “Die rechtliche Struktur”, 77; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.33; Schenker, *Vorkaufsrechte*, 269 vd.; Zobl, “Die pfandrechtliche Sicherung”, 403; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.59.

⁴⁰⁶ Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1273; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.59.

⁴⁰⁷ Peter Böckli, “Aktionärbindungsverträge, Vinkulierung und statutarische Vorkaufsrechte unter neuem Aktienrecht”, *ZBJV*, 0/129 (1993): 492; Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 101; Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1273; Lang, “Die Durchsetzung”, 34; Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 68; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 138 vd.; Schenker, *Vorkaufsrechte*, 270; Kläy, *Die Vinkulierung*, 461. Alman hukukunda bu yönde bkz.: BeckOGK-Möslein, *BGB § 145*, Rn.85.

⁴⁰⁸ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 118.

⁴⁰⁹ Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 101; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 141; Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1273; Böckli, *Aktionärbindungsverträge*, 62; Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 68.

⁴¹⁰ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 118.

dışında, öncelik olayı bir kez gerçekleştikten sonra ise yükümlünün bundan dönmesi artık mümkün değildir⁴¹¹.

Alım hakkı açısından ise, yükümlünün, hakkın kullanımı yönünden sahip olduğu pozisyon oldukça farklı bir görünüme sahiptir. İlk olarak alım hakkı, mutlak surette hak sahibinin iradesiyle bütünleşmiş olan bir haktır. Bu yönüyle de, hak sahibine adeta yükümlünün arzusundan bağımsız bir yetki bahşeder⁴¹². Alım hakkında, öncelik hakkından farklı olarak, yükümlünün rolü pasif bir roldür. Ayrıca hakkın kullanımı yönünden bir koşulun varlığından bahsetmek de kural olarak mümkün değildir. Ancak taraflar istiyorlarsa sözleşmede bir kullanım koşuluna elbette yer verebilirler. Mamafih bu yönde bir anlaşma, öncelik olayından farklı olarak, alım hakkına karakteristik özellik bahşeden bir durum teşkil etmez. Kaldı ki, alım hakkında koşul kavramı öncelik olayından çok daha geniş bir içeriğe sahiptir. Taraflar herhangi bir sözleşme niyetinin veya varlığının dışında; taraflardan birinin ölümü, vade gibi bir hukukî işlem teşkil etmeyen halleri de ayrıca koşul kapsamında öngörebilirler.

Öncelik ve alım haklarında hakların tabî olduğu kullanım süreleri ele alınması gereken bir diğer ayırımdır. Türk hukukunda, kanun koyucu, her iki müessese için de hakların kullanım sürelerine ilişkin olarak belirli süreler öngörmemiştir. Dolayısıyla öncelik ve alım hakları arasında, bu yönüyle, bir benzerlikten bahsetmek mümkündür. Ancak yine de her hak yönünden birtakım ayırıcı noktalar söz konusudur. Öncelikle alım hakkında, taraflarca bir kullanım süresine yönelik anlaşmaya yer verilmesi zorunlu değildir. Ancak sözleşme özgürlüğü ilkesi her halukârda bu yönde bir anlaşmaya elbette cevaz verir. En nihayetinde buradaki yol gösterici hüküm on yıllık süreyi düzenleyen TBK md. 238 hükmüdür. Keza somut olaya göre de dürüstlük kuralına bağlı olarak bir sınırlamadan bahsetmek mümkün olabilir. Oysa öncelik hakkında, kanun koyucu, bir üst süreye yer vermemiştir. Bu yönüyle, öncelik hakkı, alım hakkından büyük ölçüde ayrılmaktadır. Bununla birlikte, öğretide, önalım hakkı için öngörülen üç aylık sürenin kıyasen öncelik hakkı için de uygulanması gerektiğini ileri süren görüşlere rastlamak

⁴¹¹ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 138 vd; Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 101 vd.; Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1273; Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 68 vd.

⁴¹² Bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn. 131. Yükümlünün arzusundan bağımsız olma niteliğine vurgu yapan görüş için bkz.: Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn. 1285.

mümkündür⁴¹³. Ancak kanaatimiz, böyle bir kabulün dahi, her iki hak arasında bir benzerliğe sebebiyet vermeyeceği yönündedir. Zira alım hakkı için de, kanun koyucu, bir kullanım süresi öngörmemiştir. Bunun dışında, öncelik haklarında üç aylık sürenin kıyasen uygulanacağını savunan görüşe ilişkin de, ayrıca bir eleştirinin ortaya konması gerektiği kanaatindeyiz. Öncelikle, önalım ile öncelik hakları her ne kadar ön haklar kategorisinde ele alınsalar da, temelde birbirlerinden tamamen farklı iki müessese olarak karşımıza çıkmaktadır⁴¹⁴. Dolayısıyla kıyas yoluna başvurarak üç aylık süreyi öncelik haklarında uygulamak ve böylelikle tarafların sözleşme özgürlüğünü sınırlayan genişletici bir yorum yapmak mümkün olmamalıdır. Bu noktada, kanaatimizce, en mantıklı çözüm yolu hakkın kullanımına ilişkin bir süreye yer verilmediği hallerde öneri ve kabule ilişkin genel hükümlerin uygulanması olarak gözükmektedir⁴¹⁵. Ayrıca öncelik hakkındaki süreler öneride öncelikte hak sahibinin kabul beyanını; kabulde öncelikte ise öneri beyanıyla ilgili bir durumdur. Oysa, yenilik doğuran bir hak olan alım hakkında, tarafların karşılıklı öneri ve kabul beyanlarından bahsetmek mümkün değildir. Hakkın kullanım süresi açısından tek bir görünüm şekli vardır. O da, hak sahibinin elinde bulundurduğu yenilik doğuran hakka ilişkin kullanım süresidir.

1.6.6. Önsözleşme

1.6.6.1. Genel Olarak

Türk hukukunda önsözleşme müessesesi TBK md. 29 ve 237/II’de düzenlenmiştir. Temel düzenleme TBK md. 29/I’de yer alan maddedir. İlgili hükümde, “*Bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmeler geçerlidir*” denilerek kişilerin önsözleşme kurabilecekleri ifade edilmiştir. Söz konusu hüküm mehzatı İsviçre Borçlar Kanunu md. 22/I’de yer alan düzenlemenin birebir karşılığını oluşturur⁴¹⁶. Bununla

⁴¹³ Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1277. Öğretide, böyle bir yaklaşımı benimseyen görüşün, pay sahipleri sözleşmesinden doğan ilişkinin niteliğiyle bağdaşmayacağı ifade edilmektedir. Zira, böyle bir durumun, devir niyetine sahip pay sahibi yönünden bir belirsizliğe sebep olacağı ileri sürülmektedir. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1277; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 145

⁴¹⁴ Söz konusu sınıflandırmaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 120.

⁴¹⁵ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 123, dpn.8. Sürelerin başlangıcına ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 123.

⁴¹⁶ Önsözleşme müessesesi, İsviçre’nin Fransızca konuşulan bölgelerinde uzun süreden bu yana büyük bir ilgi görmektedir. Bu bölgelerde, ilgili müessese “*promesse de vente*” şeklinde ifade edilmektedir. Buna karşılık, ülkenin Almanca konuşulan bölgelerinde önsözleşme müessesesiyle uygulamada nadiren karşılaşılmalıdır. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.1935.

birlikte, Alman hukukunda ise önsözleşmeye ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere, sözleşme özgürlüğü prensibi bir önsözleşme kurulmasını pek tabiî mümkün kılmaktadır⁴¹⁷. Nitekim, Türk Borçlar Kanunu md. 29/I'de yer alan düzenlemenin açıklayıcı niteliği, Türk hukuku açısından da aynı sonucu ortaya koymaktadır.

Önsözleşme kavramı, ilk olarak Heinrich Töhl tarafından ortaya atılmıştır⁴¹⁸. Günümüzde Türk, İsviçre ve Alman hukuk sistemlerindeki genel kabul gören ilkeleri ortaya koyan kişi ise, Dagenkolb'dür⁴¹⁹. Bununla birlikte, Türk hukukunda Yargıtay, konusu taşınmaz satışı olan önsözleşmeleri istikrarlı bir şekilde “*satış vaadi sözleşmesi*” şeklinde adlandırmaktadır⁴²⁰.

Önsözleşme, tarafların esas sözleşme (*Hauptvertrag*) olarak ifade edilen⁴²¹, bir başka sözleşmeyi ileride yapacaklarına dair yükümlülük altına girdikleri sözleşmedir⁴²². Buradaki esas sözleşme ise niteliği itibariyle borçlandırıcı bir işlemdir⁴²³.

⁴¹⁷ Palandt-Ellenberger, § 145, Rn.19; Staudinger-Bork, *Vorbem zu § 145-156*, Rn.51; BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.60; Geiben, *Der Vorvertrag*, 44.

⁴¹⁸ Heinrich Töhl, *Das Handelsrecht - Erster Band*, 3. Auflage (Göttingen: Verlag der Dieterichschen Buchhandlung, 1854), § 246, dn.4, 187. Bu yönde benzer açıklamalar için bkz.: Staudinger-Bork, *Vorbem zu § 145-156*, Rn.51; Soergel-Wolf, *BGB Vor § 145*, Rn.57; BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.60, dnp.285.

⁴¹⁹ Heinrich Dagenkolb, “Zur Lehre vom Vorvertrag”, *ACP*, 71/1 (1887): 7, 41, 53-54; Nicolas R. Herzog, “Der Vorvertrag im Schweizerischen und Deutschen Schuldrecht” (Dissertation, Zürich, 1999), Rn.7; Hans Roth, “Der Vorvertrag: eine zivilistische Studie unter besonderer Berücksichtigung von Art. 22 des schweizerischen Obligationenrechts” (Dissertation, Freiburg Univ., 1928), 24.

⁴²⁰ Yargıtay, bu ifadeye, uyumsuzluk konusunu bir taşınmaz satışının oluşturduğu durumlarda yer vermektedir. Bu sebeple, bu yönde bir tanımlama, aslında bir nevi TBK md. 237/II ile de paralellik göstermektedir. Bu yöndeki Yüksek Mahkeme kararları için bkz.: Y. 14. HD, 25.10.2018, E. 2018/1398, K. 2018/7161; Y. 14. HD, 16.05.2018, E. 2015/15488, K. 2018/3846; Y. 14. HD, 3.4.2018, E. 2017/6098, K. 2018/2609; Y. 14. HD, 20.03.2018, E. 2017/5680, K. 2018/2102; Y. 14. HD, 13.3.2018, E. 2017/5812, K. 2018/1889; Y. 14. HD, 5.2.2018; E. 2017/10491, K. 2017/17801; Y. 14. HD, 9.10.2017, E. 2017/3409, K. 2017/7307; Y. 19. HD, 30.03.2017, E. 2016/8179, K. 2017/2582; Y. 14. HD, 4.4.2016, E. 2014/16955, K. 2016/4009; Y. 14. HD, 13.11.2015, E. 2015/10774, K. 2015/10298; Y. 14. HD, 5.3.2013, E. 2013/1312, K. 2013/3098; Y. 14. HD, 29.11.2012, E. 2012/12488, K. 2012/13873; Y. HGK, 8.6.2011, E. 2011/14-408, K. 2011/402, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.08.2019. Bunun gibi, taşınmaz konu bir kira ilişkisine yönelik olarak ise, Yüksek Mahkeme “önsözleşme” terimini kullanmayı tercih etmiştir. Bu yöndeki yargı kararı için bkz.: Y. 3. HD, 19.12.2017, E. 2017/10491, K. 2017/17801, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.08.2019.

⁴²¹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.50; Noelpp, *Eine Studie*, 12; ZK-Kom./Haab vd., *ZGB Art. 681*, Rn.6; Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.1932; Ingeborg Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2016), Rn.26.04-26.05; Schleich, *Option*, 107; BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.60; Palandt-Ellenberger, § 145, Rn.19; HKK-Oestmann, §145-156, Rn.13; Isler, *Grundbuch*, 8; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 116-117; Henrich, *Vorvertrag*, 184; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.22; Eugen Bucher, “Die verschiedenen Bedeutungsstufen des Vorvertrages”, in: *Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag*, 0/0 (1979): 169, 183-184; Erman-Armbrüster, *BGB Vor*

Önsözleşme, öğretide, sözleşmeden doğan akit yapma zorunluluğu (vertraglicher Kontrahierungszwang) kuran bir müessese olarak kabul edilmektedir⁴²⁴.

§ 145, Rn. 46; jurisPraxisKom-Backmann, § 145, Rn.49; PWW-Brinkmann, *BGB § 145 ff*, Rn.27; BeckNomosHK-Schulze, *BGB § 145-157*, Rn.34; Staudinger-Bork, *Vorbem zu § 145-156*, Rn.51. Esas sözleşme yerine, asıl sözleşme terimine yer veren görüş için bkz.: Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı) – Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş - Hukukî İşlem – Sözleşme*, 2010 Tarihli 5. Bası'dan 6. Tıpkı Bası (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014), § 11, Knr.14.

⁴²² Türk hukukunda bkz.: Ayrancı, *Ön Sözleşme*, 40 vd.; Feyzioğlu, *Şuf'a Hakkı*, 26; Yıldırım, *Türk Borçlar Kanunu*, 118; Eren, *Genel Hükümler*, 311 vd.; Halûk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Ondördüncü Baskı (İstanbul: Beta Yayınevi, 2015), 50; Kocayusufpaşaoğlu, *Gayrimenkul*, 46-47; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış)*, 14. Bası (Ankara: Turhan Kitabevi, 2011), 255 ve dolaylı olarak özellikle 256; Doğan, "Ön Sözleşme", 19 vd.; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku*, 142 vd. İsviçre hukukunda bkz.: Gauch, Schluep ve Schmid, *Obligationenrecht*, Rn.1076; Roth, "Der Vorvertrag", 84; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.50-51; Hans Merz, *Vertrag und Vertragsschluss*, 2. Auflage (Freiburg: Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1992), Rn.290; Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.1932; Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.22; Schleich, *Option*, 107. Bu doğrultuda daha geniş kapsamlı bir tanıma yer veren görüş için bkz.: BernerKom/Giger, *OR Art. 216*, Rn.27. Önsözleşme kavramına yönelik İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz.: BGE 15 767 E. 3 f; 18 899 E. 2; 21 633 E. 4; 25 II 450 ff; 31 II 644 E. 2; 40 II 494 ff; 41 II 105 ff; 50 II 250 ff, bes. 254 ff; 57 II 502 ff; 58 II 362 ff; 64 II 228 f; 65 II 161 ff; 71 II 262 ff; 90 II 21 ff, bes. 27; 97 II 48 ff mit weiteren Nachweisen; 98 II 305 ff; SJZ 26 [1929/30] 376 (BernerKom/Giger, *OR Art. 216*, Rn.27'den naklen). Alman hukukunda bkz.: BeckNomosHK-Schulze, *BGB § 145-157*, Rn.34; Soergel-Wolf, *BGB Vor § 145*, Rn.57; Staudinger-Bork, *Vorbem zu § 145-156*, Rn.51, 56; HKK-Oestmann, *§145-156*, Rn.13; Palandt-Ellenberger, *§ 145*, Rn.19; PWW-Brinkmann, *BGB § 145 ff*, Rn.27; Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 145*, Rn. 46 ve Vor § 158, Rn. 14; Jauernig-Mansel, *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch mit Rom-I-, Rom-II-VO, EuUnthVO/HUntProt und EuErbVO (Herausgegeben von Prof. Dr. Dres. h.c. Rolf Stürner*, 17. Auflage (München: C.H.Beck Verlag, 2018), *Vor § 145*, Rn.5; jurisPraxisKom-Backmann, § 145, Rn.49. Satış sözleşmesi kapsamında meseleyi ele alan görüş için bkz.: Larenz, *Besonderer Teil*, 156. Bu yöndeki Alman mahkeme kararları için bkz.: BGH 102, 384, 388 = NJW 1988,1261; Frankfurt 10.9.2014 - 14 U 103/12, Rn 138; NJW 2006, 2843 Rn 11 ff (Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 145*, Rn. 46'dan naklen). Taraflardan birinin veya her iki tarafın esas sözleşmeyi yapma yükümlülüğü altına gireceği şeklinde meseleyi ele alan görüş için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 116-117. Önsözleşmenin, daha sonra akdedilecek bir sözleşmenin esaslı koşullarını tespit etmeye hizmet ettiğini ifade eden görüş için bkz.: BRHP-Werner Eckert, § 145, Rn.21. Önsözleşmenin, sözleşmeyi yapanlardan biri veya her ikisine diğer taraftan sonraki belirli bir sözleşmenin yapılmasını talep etme hakkı veren sözleşme olduğu yönündeki görüş için bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 184.

⁴²³ Gauch, Schluep ve Schmid, *Obligationenrecht*, Rn.1076; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.50; Herzog, "Der Vorvertrag", Rn.82; Staudinger-Bork, *Vorbem zu § 145-156*, Rn.53; Yıldırım, *Türk Borçlar Kanunu*, 119; Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümler*, 23. Bası (İstanbul: Beta Yayınevi, 2012), 97; Nomer, *Borçlar Hukuku*, 50; Hüseyin Hatemi ve K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku - Genel Bölüm*, 3. Bası (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), § 7, Rn.1; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 11 Knr.14. Tasarruf işleminin halihazırda doğrudan bir hukukî değişikliğe yönelik olduğu ve bu sebeple de önsözleşmenin konusunu oluşturamayacağı yönündeki görüş ve bu görüşün ayrıntılı gerekçesi için bkz.: BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.60.

⁴²⁴ BernerKom/Giger, *OR Art. 216*, Rn.30. BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.65; Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 145*, Rn.46; Staudinger-Bork, *Vorbem zu § 145-156*, Rn.51, 64; Palandt-Ellenberger, § 145, Rn.19; PWW-Brinkmann, *BGB § 145 ff*, Rn.27; BRHP-Werner Eckert, § 145, Rn.19 ve 21; BeckOGK-Möslein, *BGB § 145*, Rn.78. Önsözleşmede esas sözleşmenin kurulmasına yönelik bir öneri ve bu önerinin kabulüne ilişkin yükümlülüklerin bulunduğu yönünde bkz.: BRHP-

Bundan dolayı, sözleşme yapma özgürlüğünün hukukî işleme dayanan kısıtlama hallerinden biri olarak ele alınmaktadır⁴²⁵. Bu yönüyle de, alım hakkı sözleşmesiyle aslında büyük benzerliğe sahiptir. Gerçekten de, alım hakkı sözleşmesi ile önsözleşmede taraflarca arzu edilen tek bir önemli sonuç vardır. O da, sözleşmeye konu esas sözleşmenin yapılmasıdır. Ancak her iki esas sözleşme kuruluş ve muhteva itibarıyla birbirlerinden önemli ölçüde ayrılmaktadır. Bu sebeple de, her iki müessese arasındaki farkların ortaya konması büyük öneme sahiptir.

Önsözleşme ile alım hakkı sözleşmesi arasındaki ayırma geçmeden önce, bu iki müessese arasında benzerlik gösteren noktalara ayrıca değinilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Öncelikle, her iki müessesede bahsedilen yetkiler bir sözleşme ilişkisine dayanmaktadır. Bunun sonucu olarak, her iki hukukî işlemde de iki farklı taraf yer almaktadır. İkinci olarak, hukukî işlemin taraflar yönünden borç altına girme şekilleri de benzerlik gösterebilmektedir. Örneğin; bir önsözleşme ilişkisi, taraflara borç yükleme şekline göre, tek veya iki tarafa borç yükleyen sözleşme şeklinde cereyan edebilir⁴²⁶. Keza önsözleşme bir ivaz karşılığı kurulabileceği gibi; ivazsız da kararlaştırılabilir⁴²⁷. Bu durum, aynı şekilde, alım hakkı sözleşmesi için de aynıdır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, alım hakkı sözleşmesine iki tarafa borç yükleyen bir nitelik kazandıran durumun farklı olmasıdır. Zira bir alım hakkı sözleşmesinin ivazlı olup olması alım hakkı bedeli ile ilgili bir meseledir. Dolayısıyla alım hakkının kullanılması

Werner Eckert, § 145, Rn.21; jurisPraxisKom-Backmann, § 145, Rn.53; Palandt-Ellenberger, § 145, Rn.21.

⁴²⁵ Gül Doğan, “Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi)” (Basılmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, 2004), 7; Henrich, *Vorvertrag*, 114. Bu yöndeki Alman Federal Mahkemesi kararları için bkz.: RGZ 86, 30, 31; BGH NJW 1962, 1812, 1813 (Henrich, *Vorvertrag*, 114, dpn.60’dan naklen).

⁴²⁶ İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: ZK-Kom./Haab vd., *ZGB Art. 681*, Rn.6; Schleich, *Option*, 107; Schwenger, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.26.05. Alman hukukunda bu konuda bkz.: BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.65; Soergel-Wolf, *BGB Vor § 145*, Rn.60; Linneborn, “Das Optionsrecht”, 13; Staudinger-Bork, *Vorbem zu § 145-156*, Rn.56; BeckNomosHK-Schulze, *BGB § 145-157*, Rn.34. Türk hukukunda yer alan bir görüş, taşınmaz satış vaadini incelerken söz konusu ayırımı tek taraflı ve iki taraflı taşınmaz satış vaadi ifadelerini kullanarak yapmaktadır. Oysaki, hukukî termonoloji açısından bir hukukî işlemin tek veya iki taraflı olması ile, onun, tek veya iki tarafa borç yüklemesi birbirinden tamamen farklı iki durumdur. Zira bir hukukî işlemin iki tarafın irade beyanına dayanan bir sözleşme olması onun her zaman her iki tarafa da borç yükleyeceği anlamına gelmez. Nitekim bu hususta verilen en tipik örneklerden biri de bağışlama sözleşmesidir. Bağışlama sözleşmesi, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulan bir hukukî işlem iken; bu sözleşmeyle kural olarak sadece bağışlayan bir yükümlülük altına girer. Türk hukukundaki söz konusu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Doğan, “Ön Sözleşme”, 17.

⁴²⁷ Soergel-Wolf, *BGB Vor § 145*, Rn.60.

sonucu ödenen kullanma bedeli, söz konusu niteliğin tespitinde hiçbir şekilde dikkate alınmaz⁴²⁸.

1.6.6.2. Önsözleşme İle Alım Hakkının Karşılaştırılması

1.6.6.2.1. Genel Olarak

Önsözleşme ile alım hakkı müessesesi arasındaki ayırımı yönelik incelemede, temel hareket noktası, esas sözleşmeleri kurma yetkisi bahşeden hukukî işlemlerin kendisidir. Bu hukukî işlemler ise, önsözleşme ile alım hakkı sözleşmesinden ibarettir. Nitekim öğretide de, bu ayırım yapılırken, sözü edilen sebeplerden ötürü özellikle alım hakkı sözleşmesi terimine yer verildiği göze çarpmaktadır⁴²⁹. Bunun sebebi, önsözleşme ile alım hakkı sözleşmesinden doğan yetkilerin hukukî mahiyetinin birbirlerinden zaten oldukça farklı olmasıdır. Dolayısıyla önsözleşme ile alım hakkı müessese arasındaki farklar incelenirken ilk olarak hukukî işlemlerin kendisi ele alınmış ve daha sonra da bu hukukî işlemlerden doğan hakların niteliği incelenmiştir.

1.6.6.2.2. Hukukî İşlemlerin İçeriği Yönünden Ayırt Edici Ölçütler

1.6.6.2.2.1. Genel Olarak

Hukukî işlemlerin içeriği yönünden ayırt edici ölçütler, alım hakkı sözleşmesi ile önsözleşmede yer alan sözleşme hükümlerindeki farklılıkları ifade etmektedir. Muhteva itibari ile de üç farklı ölçüt söz konusudur. Bunlar; borçların kapsamı, ivaz ve esas sözleşmelerin esaslı ve yan noktalarıdır. Aşağıda bu hususlar ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

1.6.6.2.2.2. Borçların Kapsamı

Alım hakkı sözleşmesi ile önsözleşme arasındaki ayırimda incelenmesi gereken ilk mesele borçların kapsamı yönündendir. Önsözleşmelerde bir veyahut da birden fazla borcun gündeme gelmesi mümkündür⁴³⁰. Ancak bu borçlar en nihayetinde tarafların esas sözleşmeyi kurma yükümlülükleri içerisinde yer alır⁴³¹. Başka bir deyişle, esas sözleşme kurulmuş olmalıdır ki, sonrasında tarafların bu sözleşmeden doğan borçlarının

⁴²⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: İkinci Bölüm, Borçlandırııcı İşlem – Tasarruf İşlemi Ayırımı başlığı.

⁴²⁹ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.32.

⁴³⁰ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, R.52; Gauch, Schlupe ve Schmid, *Obligationenrecht*, Rn.246.

⁴³¹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, R.52.

ifası talep edilebilir olsun⁴³². Buna ilaveten, tarafların üstlenmiş oldukları edimler oldukça çeşitli olabilir. Bu çerçevede, önsözleşmenin konusunu tipik bir satış sözleşmesi oluşturabileceği gibi, kanunun öngördüğü diğer sözleşme tipleri de bu kapsamda yer alabilir. Hatta atipik bir sözleşmenin dahi taraflarca esas sözleşme olarak kararlaştırılması mümkündür. Oysaki, alım hakkı sözleşmesinde esas sözleşmeyi oluşturan tek bir hukukî ilişki vardır. O da, satış sözleşmesidir. Dolayısıyla önsözleşme müessesesi, bu yönüyle, alım hakkı sözleşmesine nazaran daha geniş kapsamlı bir yapıya sahiptir.

1.6.6.2.2.3. Taraflarca Bir İvazın Kararlaştırılmış Olması

Taraflar arasındaki hukukî işlemin bir ivaz karşılığı kurulmuş olup olmaması, kimi zaman önsözleşme ve alım hakkı müesseselerini birbirinden ayırt edici bir role sahip olabilir. Bunun sebebi, sözleşmede taraflarca bir ivaza yer verildiği durumlarda alım hakkı sözleşmesi lehine yorum yapılması gerektiği yönündeki İsviçre hukukunda yer alan yaklaşımdır⁴³³. Bununla birlikte, Alman hukukunda ise, meseleye biraz daha çekimser yaklaşmaktadır. Bu görüşe göre, şüphe halinde, bir opsiyon sözleşmesin lehine yorum yapmak daha uygun bir çözüm yoludur. Bu yönüyle de, aslında İsviçre hukukundaki yaklaşım ile aynı sonuca ulaşılmaktadır. Ancak ondan farklı olarak, önsözleşmeyi gösteren başka emarelerin de ayrıca bulunmaması gerekmektedir⁴³⁴. Örneğin; sözleşmede esas sözleşmenin kurulması için her iki tarafın katılımının gerektiğine işaret eden bir ifadeye yer verilmişse artık bir önsözleşmenin varlığı kabul edilmelidir.

⁴³² Öğretide yer alan bir görüş, bu meseleyi, oldukça tutarlı bir şekilde incelemektedir. Buna göre, tarafların borçları halihazırda önsözleşmeden doğuyorsa artık esas sözleşme olarak ifade edilen bir sözleşmeden bahsedilemez. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.26.06. Satış sözleşmesi üzerinden konuyu ele alan görüşler de, burada, mülkiyetin naklinin hukukî sebebini önsözleşme değil; esas sözleşmenin oluşturduğunu ifade etmektedir. Söz konusu görüşler için bkz.: Meier-Hayoz, Art. 681, Rn.32; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.57; Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.1932; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 117. Alman hukukunda satış sözleşmesi kapsamında aynı sonuca ulaşan görüş için bkz.: Larenz, *Besonderer Teil*, 156. Önsözleşme ile esas sözleşme arasındaki hukukî sebebe yönelik ilişkinin ayrıntılı bir şekilde ortaya konmuş incelemesi için ayrıca bkz.: Staudinger-Bork, *Vorbem zu § 145-156*, Rn.68.

⁴³³ Opsiyon sözleşmesi kapsamında bkz.: Schleich, *Option*, 108.

⁴³⁴ Casper, *Der Optionsvertrag*, 81.

1.6.6.2.2.4. Esas Sözleşmelerin Esaslı ve Yan Noktaları

Alım hakkı sözleşmesi ile önsözleşmede yer alan esas sözleşmelerin, esaslı ve yan noktalar yönünden kararlaştırılma şekilleri, hukukî işlemlerin içeriği yönünden ele alınması gereken bir diğer ölçüttür. Alman hukukunda tartışmalı olmaklı birlikte⁴³⁵, Türk ve İsviçre hukukundaki hakim görüş, önsözleşmenin konusunu oluşturan esas sözleşmenin tüm esaslı noktalarının önsözleşmede belirtilmiş olması gerektiği yönündedir⁴³⁶. Bu yönüyle de, önsözleşme ile alım hakkı sözleşmesi arasında ayırt edici bir durum aslında yoktur. Ancak sözleşmenin yan noktalarına ilişkin olarak, öğretide bir görüş birliğinden bahsetmek güç gözükmektedir.

Alman hukukunda yer alan bir görüşe göre, taraflar, esas sözleşmeye ilişkin olarak yan noktalarda hala bir görüşme ve pazarlık yapma niyetinde ise artık bir önsözleşmenin varlığından bahsetmek gerekir⁴³⁷. Öğretide, meseleyi nispeten daha genel bir şekilde ele alan bir diğer görüş ile birlikte Alman Federal Mahkemesi ise sözleşme içeriğindeki koşullardan hareket ederek bir çözüm bulmaya çalışmaktadır. Ancak buna rağmen ulaşılan sonuç benzerdir. Buna göre, sözleşmeye ait tüm koşulların

⁴³⁵ Alman hukukunda yer alan bir görüş, bu meseleyi, nispeten ayrıntılı bir şekilde ele almaktadır. Bu görüşe göre, önsözleşmenin önemi, esas sözleşmenin içeriğinin ayrıntılarıyla tespit edilmemiş olsa dahi bir sözleşmesel bağlılığa imkân vermesidir. Ancak bu durum, önsözleşmelerde belirlilik ilkesi açısından nispeten daha sınırlı bir ölçütün geçerli olacağı anlamına gelmez. Önemli olan şey, bir uyumsuzluk halinde, bu boşlukların hâkim tarafından doldurulabilmesinin mümkün olmasıdır. Başka bir deyişle, en azından bu ölçüde belirliliğin sağlanmış olmasıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 145*, Rn. 47; BeckOGK-Möslein, *BGB § 145*, Rn.80. Netice itibariyle aynı sonuca ulaşan Alman yargı kararları için bkz.: BGH NJW 1990, 1234[1235]; NJW-RR 1993, 139 [140]; OLG Dresden BeckRS 2018, 1045 Rn. 11; OLG Koblenz BauR 2005, 1370; OLG Bremen NJW-RR 1995, 1453; Ritzinger NJW 1990, 1201[1204ff.]; (BRHP-Werner Eckert, § 145, Rn.23'den naklen). Hâkim tarafından tamamlanabilecek ölçüde belirliliğin sağlanması gerektiği yönünde aynı sonuca ulaşan farklı görüşler için ayrıca bkz.: Staudinger-Bork, *Vorbem zu § 145-156*, Rn.57; BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.62. Esas sözleşmenin yapılmasının dava konusu edilebileceği ölçüde somutlaştırılmış olması gerektiği yönündeki görüş için ayrıca bkz.: Geiben, *Der Vorvertrag*, 47.

⁴³⁶ Türk hukukunda bkz.: Yıldırım, *Türk Borçlar Kanunu*, 120; Reisoğlu, *Türk Borçlar*, 98; Doğan, “Ön Sözleşme”, 86 vd.’de yer alan açıklamalar. İsviçre hukukunda bkz.: Schleich, *Option*, 107; Gauch, Schluep ve Schmid, *Obligationenrecht*, Rn.1084; Bucher, “Bedeutungsstufen des Vorvertrages”, 184. Alman hukukunda, tarafların, genel olarak önsözleşmede yer alan esaslı noktalara ilişkin olarak anlaşması gerektiği yönünde bkz.: Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 145*, Rn. 46. Önsözleşmenin içeriğinin, esas sözleşmenin kapsamının belirlenebilir olabileceği ölçüde tam olarak tespit edilmiş olması gerektiği yönünde ayrıca bkz.: BeckNomosHK-Schulze, *BGB § 145-157*, Rn.34.

⁴³⁷ Alman hukukunda bu yönde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 81. İsviçre hukukunda bu doğrultuda bkz.: Schleich, *Option*, 108. Alman hukukunda yer alan bir başka görüş de, önsözleşmelerde, tarafların henüz görüşülmemiş sözleşme noktalarını daha sonra ele alacaklarına ilişkin olarak bir yükümlülük altına girebileceklerini ifade etmektedir. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: BRHP-Werner Eckert, § 145, Rn.26.

tamamen tespit edildiği hallerde artık bir önsözleşmeden bahsetmek mümkün değildir⁴³⁸. Buna paralel olarak, Alman hukukunda yer alan bir görüş, tarafların, önsözleşmede yer alan bir satış bedelini dahi saklı tutmak kaydıyla daha sonra belirleyebileceğini ifade etmektedir⁴³⁹. Bunun gibi, bir başka görüş de, önsözleşmenin, esas sözleşmeye ilişkin tüm sözleşme noktalarının nihaî olarak belirlenmediği hallerde söz konusu olabileceğini ifade etmektedir⁴⁴⁰. Son olarak Larenz tarafından ortaya konan görüş de, önsözleşmelerde, esas sözleşmenin kural olarak ana hatlarıyla belirlendiği yönündedir. Dolayısıyla da, esas sözleşmeyi yapacak kişiler tarafından henüz daha ayrıntılı düzenlemelere ihtiyaç söz konusudur⁴⁴¹. Ancak yine de, taraflar, bir şekilde sözleşmeyle bağlı olmak istemektedir⁴⁴². Oysa alım hakkı sözleşmesinde bütünüyle bir belirlilik söz konusudur⁴⁴³. Başka bir deyişle, opsiyon sözleşmelerinde, sonraya yönelik bir anlaşma genellikle gündemde olan bir durum değildir⁴⁴⁴. Hatta belirlilik öyle bir şekle bürünmüştür ki, hak sahibi, tek taraflı beyanıyla esas sözleşmeyi kurma imkânına sahiptir. Bunun için, tarafların, ayrıca tekrar görüşme ihtiyacı da söz konusu olmaz⁴⁴⁵. Dolayısıyla hakkın konusu şeye ilişkin, örneğin kullanma bedeli, sözleşmede daha en başından belirlenmiş durumdadır. Oysa, bir önsözleşmede, ana edimin dahi kesin bir şekilde belirlenmiş olması gerekmez⁴⁴⁶. Bu yönüyle de, alım hakkı sözleşmesinden büyük ölçüde ayrılır.

⁴³⁸ Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 145*, Rn. 46. Bu yöndeki Alman Federal Mahkeme kararı için bkz.: BGH NJW 2006, 2843 Rn 9f (Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 145*, Rn. 46'dan naklen). Bu doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Staudinger-Bork, *Vorbem zu § 145-156*, Rn.52-53.

⁴³⁹ Soergel-Wolf, *BGB Vor § 145*, Rn.62.

⁴⁴⁰ BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.61. Bu yöndeki Alman Federal Mahkemesi kararları için bkz.: BGH WM 1973, 238; NJW 1980, 1577 (1578); auch BGH WM 1973, 67 (68); NJW-RR 1989, 800 (801); NJW 2006, 2843; OLG Braunschweig OLGZ 1976, 71 (74) (BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.61, dpn.295'ten naklen).

⁴⁴¹ Larenz, *Besonderer Teil*, 156.

⁴⁴² Larenz, *Allgemeiner Teil*, 87.

⁴⁴³ Opsiyon sözleşmesi kapsamında bu yönde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 48 ve 81. Alım hakkı sözleşmesi kapsamında dolaylı olarak bu yönde bkz.: Pfäffli ve Byland, "Vorkaufsrecht", 293.

⁴⁴⁴ Casper, *Der Optionsvertrag*, 81. Önalm hakkı kapsamında yapılan incelemede benzer kanaate yönelik ifadeler için ayrıca Casper, *Der Optionsvertrag*, 84 vd. Meseleyi genel olarak opsiyon hakkı kapsamında ele alan bir başka görüş de, opsiyonun bulunduğu durumlarda esaslı ön şartı (*Grundvoraussetzung*), sonraki sözleşmenin içeriğinin öncesinde belirlenmiş olması şeklinde ifade etmektedir. Bunun doğal sonucu olarak da, tarafların sonradan bu hususta tekrar bir görüşme yapması söz konusu değildir. Bu yöndeki görüş için bkz.: Soergel-Wertenbruch, *BGB § 463*, Rn.25.

⁴⁴⁵ Larenz, *Allgemeiner Teil*, 87.

⁴⁴⁶ Taşınmaz satışı kapsamında ayrıntılı bilgi için bkz.: Geiben, *Der Vorvertrag*, 46.

1.6.6.2.3. Esas Sözleşmelerin Kurulma Biçimi

Esas sözleşmelere ilişkin incelenmesi gereken bir diğer mesele hukukî ilişkinin kurulma biçimi yönündendir. Önsözleşmeden doğan bir hukukî ilişkide, esas sözleşmenin kurulabilmesi, tarafların birbirine uygun irade beyanlarının açıklanmasını zorunlu kılmaktadır⁴⁴⁷. Zira, önsözleşmelerde, karşı taraftan esas sözleşmenin kurulmasını istemeye yönelik bir talep hakkı (*right to demand/Forderungsrecht*) doğmaktadır⁴⁴⁸. Bu sebeple de, esas sözleşmenin kurulması her iki tarafın da katılımını gerektiren bir durumdur⁴⁴⁹. Ayrıca taraflar arasında bir uyuşmazlık halinde açıklacak dava da dava konusu edime değil; esas sözleşmenin kurulmasına ilişkindir⁴⁵⁰. Başka bir deyişle, davacı tarafından esas sözleşmeye yönelik yapılmış olan önerinin davalı tarafından kabulü amacıyla bu yola başvurulur⁴⁵¹. Ancak bundan sonra esas sözleşmeden doğan edimler bir davaya konu olabilir⁴⁵². Oysa, yenilik doğuran bir hak olan alım hakkında, hak bir kez kullanıldıktan sonra esas sözleşme zaten kurulmuş olur. Dolayısıyla mahkemeden bu yönde bir talepte bulunmaya artık gerek yoktur. Bir

⁴⁴⁷ Türk hukukunda bkz.: Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 256. İsviçre hukukunda bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.52; Noelpp, *Eine Studie*, 14; BernerKom/Giger, *OR Art. 216*, Rn.37. Hatta taraflarca esas sözleşmenin kurulmasına yönelik bu öneri ve kabul beyanları önsözleşmeden doğan yükümlülüklerin bizzatı kendisini oluşturmaktadır. Bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 145*, Rn.49.

⁴⁴⁸ Schleich, *Option*, 107-108; Geiben, *Der Vorvertrag*, 61; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 131. Bu yönde benzer açıklamalar için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.50; Gauch, Schluep ve Schmid, *Obligationenrecht*, Rn.1088; Geiben, *Der Vorvertrag*, 63. Talep hakkı kavramına doğrudan yer vermeksizin *talep etme* şeklinde meseleyi ele alan görüş için bkz.: BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.65.

⁴⁴⁹ Schleich, *Option*, 108; ZK-Kom./Haab vd., *ZGB Art. 681*, Rn.6; Larenz, *Allgemeiner Teil*, 87; Linneborn, “Das Optionsrecht”, 13.

⁴⁵⁰ Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 145*, Rn.49; BeckNomosHK-Schulze, *BGB § 145-157*, Rn.34; Geiben, *Der Vorvertrag*, 61; Linneborn, “Das Optionsrecht”, 13; Larenz, *Besonderer Teil*, 156; Jauernig-Mansel, *Vor § 145*, Rn.5; BeckOGK-Möslein, *BGB § 145*, Rn.78. Esas sözleşmenin kurulmasına yönelik dava ile birlikte esas sözleşmeden doğan ilerideki edimlere yönelik davanın birlikte açılabilmesine yönelik Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGH NJW 2001, 1286 (Jauernig-Mansel, *Vor § 145*, Rn.5’ten naklen). Bu yöndeki benzer açıklamalar için ayrıca bkz.: Palandt-Ellenberger, *§ 145*, Rn.21; BeckNomosHK-Schulze, *BGB § 145-157*, Rn.34. Esas sözleşmeyi bir satış sözleşmesi bağlamında ele alan ve bu sebeple, meseleyi, satış bedeli üzerinden inceleyen görüşler için ayrıca bkz.: BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.69; Larenz, *Besonderer Teil*, 156. İsviçre hukukunda bu konudaki açıklamalar için bkz.: Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.29.09.

⁴⁵¹ Palandt-Ellenberger, *§ 145*, Rn.21; Soergel-Wolf, *BGB Vor § 145*, Rn.67; BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.68.

⁴⁵² Linneborn, “Das Optionsrecht”, 13. Zaten önsözleşmelerde tarafların amacı esas sözleşmeden doğacak olan edimler değil; o esas sözleşmenin kurulmuş olmasıdır. Dolayısıyla esas sözleşme bir satış sözleşmesinden ibaret olsa dahi, önsözleşmenin yegane amacı, satış ilişkisini kurmayı teminat altına almaktır. Oysa, alım hakkının muhtevasında yer alan yegane amaç, hakkın konusu şeyin mülkiyetinin hak sahibine devrini sağlamaktır. Önsözleşme müessesesine ilişkin bu yöndeki genel açıklamalar için bkz.: Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 11, Knr.17.

uyuşmazlık halinde açılacak dava da olsa olsa bir tespit davası niteliğinde olur. Bu sonuç, hakkın, bir opsiyon hakkı olma niteliğiyle de uyum içerisindedir. Çünkü opsiyon haklarında esas amaç, hak sahibinin, esas sözleşme ilişkisini tek başına kurabileceği bir pozisyona yerleşmiş olmasıdır⁴⁵³. Bununla birlikte, İsviçre Federal Mahkemesi'nin de kararlarında kabul ettiği görüşe göre, önsözleşmede esaslı noktalar yeterli ölçüde belirlenmiş veyahut da belirlenebilir ise ve taraflardan biri esas sözleşmenin kurulmasına yanaşmıyorsa, diğer taraf doğrudan önsözleşmeye dayanarak bedel ya da mala ilişkin edimi dava konusu yapabilir⁴⁵⁴. Zira böyle bir durumda, önsözleşme ile esas sözleşmenin artık bir nevî eşitlenmesi (*to equalize/gleichsetzen*) söz konusudur. Bunun sonucu olarak da, esas sözleşme aslında önsözleşmenin kurulduğu andan itibaren kurulmuş kabul edilmektedir⁴⁵⁵. Mamafih, bunun için, önsözleşmenin iki tarafa borç yükleyen bir nitelikte olması⁴⁵⁶ ve önsözleşme ile esas sözleşmenin taraflarının aynı kişilerden oluşması gerekir⁴⁵⁷. Öğretide, bu görüş, sınıflandırma teorisi (*classify theory/Einstufentheorie*) olarak ifade edilmektedir⁴⁵⁸. Bunun gibi, Alman Hukuk öğretisinde de, esas sözleşmenin yapılmasına yönelik eş zamanlı bir davaya gerek olmaksızın doğrudan borçlanılan edimlerin istisnâ olarak talep edilebileceği kabul edilmektedir⁴⁵⁹. Bu durum, Türk hukuku öğretisi ve Yargıtay'ın yerleşik içtihadı yönünden de bu şekildedir⁴⁶⁰.

⁴⁵³ Linneborn, "Das Optionsrecht", 13-14.

⁴⁵⁴ Merz, *Vertrag*, Rn.301, dpn.17. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz.: BGE 118 II 32 ff. (34), E. 3c; BGer 4C.68/2002 vom 6. Juni 2002, E. 2a (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.50, dpn.59'dan naklen). Esaslı noktaların kapsamlı olarak belirlenmiş olması şeklinde meseleyi ele alan görüş için bkz.: Schleich, *Option*, 107. Bu durumda, önsözleşme ile esas sözleşme arasındaki farkın ortadan kalkacağı yönündeki görüş için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.50.

⁴⁵⁵ Schleich, *Option*, 108.

⁴⁵⁶ Schleich, *Option*, 107; Gauch, Schluep ve Schmid, *Obligationenrecht*, Rn.1087.

⁴⁵⁷ Schleich, *Option*, 107.

⁴⁵⁸ Schleich, *Option*, 107; Schwenger, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.26.09. Aksi yöndeki görüşler için bkz.: KuKo OR-Herzog, Art. 22 OR N 12; Gauch/Schluep/Schmid, N 1079 ff.; Gabellon, N 107 ff. (Schleich, *Option*, 107, dpn.5'ten naklen).

⁴⁵⁹ Palandt-Ellenberger, § 145, Rn.21-22.

⁴⁶⁰ Mustafa Çenberci, *Gayrimenkul Satış Vaadi* (Ankara: Olgaç Matbaası, 1986), 160 vd.; Selahattin Sulhi Tekinay vd., *Eşya Hukuku – Cilt:1*, 5. Bası (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989), 695; Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku*, 282. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi kapsamında aynı yöndeki Yüksek Mahkeme kararları için bkz.: Y. 14. HD, 13.11.2019, E. 2019/1479, K. 2019/7747; Y. 14. HD, 13.11.2019, E. 2018/5098, K. 2019/7702; Y. 14. HD, 06.11.2019, E. 2019/789, K. 2019/7373; Y. 14. HD, 06.11.2019, E. 2019/1042, K. 2019/7315; Y. 14. HD, 06.11.2019, E. 2018/5403, K. 2019/7328; Y. 14. HD, 19.09.2019, E. 2016/14042, K. 2019/5570; Y. HGK, 02.02.2011, E. 2010/14-696, K. 2011/15; Y. 1. HD, 16.04.1954, E. 1954/7256, K. 1955/3709; Y. 1. HD, 09.03.1954, E. 1954/9369; K. 1955/2193; Y. 1. HD, 02.06.1956, E. 1956/956-4281, K. 1957/3383, www.kazanci.com.tr, E.T. 17.03.2021.

Önsözleşmelerde, esas sözleşmelerin kurulması, tek tarafa borç yükleyen önsözleşmelerin⁴⁶¹ bulunduğu hallerde özel bir öneme sahiptir. Bunun sebebi, tek tarafa borç yükleyen önsözleşmelerde, opsiyon hakkı ile benzerlik gösteren bir subjektif hakkın bulunuyor olmasıdır⁴⁶². Çünkü, böyle bir durumda, taraflardan yalnızca biri esas sözleşmenin kurulmasına yönelik bir talep hakkına sahiptir. Sözleşmenin karşı tarafı açısından ise böyle bir haktan bahsedilmez. O, sadece kendisine karşı talep hakkı ileri sürüldüğünde esas sözleşmeyi yapma yükümlülüğü altındadır. Bu yönüyle de, alım hakkı sözleşmesinden doğan hukukî ilişki ile bir benzerlik gündeme gelmektedir. Bunun doğal sonucu olarak, alım hakkı sözleşmesi ile önsözleşme arasında bir ayırımın ortaya konulması, tek tarafa borç yükleyen önsözleşmeler açısından uygulamada zorluk arz eden bir durum oluşturur.

Türk hukuk öğreti ve uygulamasında, tek tarafa borç yükleyen önsözleşme ile alım hakkı sözleşmesinden doğan hukukî ilişkiye yönelik özel bir incelemeye rastlanmaz. Bununla birlikte, Alman ve İsviçre hukuk öğretilerinde, bu konuda birtakım tespit ve çözüm önerilerinin ortaya konulduğunu söylemek mümkündür. Buna göre, tek tarafa borç yükleyen önsözleşmelerde, meselenin çözümü için taraf iradelerinin yorumlanması yoluyla bir sonuca ulaşılmalıdır. Yorum ile ulaşılmak istenen amaç ise, esas sözleşmenin kurulması için borçlunun tekrardan bir katılımının zorunlu olup olmadığını tespit etmektir⁴⁶³. Eğer borçlunun katılımının gerekli olduğu sonucuna

⁴⁶¹ Tek tarafa borç yükleyen önsözleşme, taraflardan sadece birinin sözleşme yapma borcu altına girdiği önsözleşme türünü ifade eder. Bu yönde bkz.: BRHP-Werner Eckert, § 145, Rn.21; Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 11 Knr.14. Bu sebeple bu tür önsözleşmelerde, taraflardan yalnızca biri esas sözleşmenin kurulmasına yönelik bir talep hakkına sahiptir. Sözleşmenin karşı tarafı, diğer tarafa karşı bir talep hakkına sahip olmayacağından, talep hakkına sahip olan taraf teknik anlamda bir sözleşme yapma borcuna altına da girmiş olmaz. Bu çerçevede önsözleşmenin tek veya iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması meselesi, kurulacak olan esas sözleşmedeki tarafların üstlenmiş oldukları edim yükümlülükleri ile ilgili bir durum değildir. Örneğin; esas sözleşmenin konusu tek tarafa borç yükleyen bir bağışlama sözleşmesi olsa dahi tarafların her ikisi de önsözleşmeden doğan talep hakkına sahip ise, somut olaydaki önsözleşme, niteliği itibarı ile iki tarafa borç yükleyen karaktere sahip olur. Başka bir deyişle, iki taraflı bağlayıcı bir önsözleşme söz konusu olur. Bu çerçevede tek tarafa borç yükleyen önsözleşme terimi yerine, kanaatimizce de, isabetli bir şekilde tek taraflı bağlayıcı önsözleşme (*einseitig bindender Vorvertrag*) şeklinde meseleyi ele alan görüş için bkz.: BRHP-Werner Eckert, § 145, Rn.28.

⁴⁶² BRHP-Werner Eckert, § 145, Rn.28. Önsözleşmenin, iki taraf açısından bağlayıcı olduğu hallerde, esas sözleşmeyi kurma yükümlülüğünden; tek tarafı bağlayıcı olduğu durumlarda ise esas sözleşmeyi yapmayı talep etmeye yönelik bir hakkın verilmesinden bahseden görüş için bkz.: BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.65.

⁴⁶³ Casper, *Der Optionsvertrag*, 81; Schleich, *Option*, 108; Henrich, *Vorvertrag*, 232 vd.; Herzog, “Der Vorvertrag”, Rn.170. Bir önsözleşmenin varlığı taraf iradelerinin yorumlanması neticesinde elde edilen sonuca bağlıdır. Bu sebeple, tarafların söz konusu sözleşmeyi ne şekilde tanımladıkları önem arz etmez. Bu yönde bkz.: BeckOGK-Möslein, *BGB § 145*, Rn.78.

ulaşıyorsa artık bir önsözleşme ilişkisinin bulunduğu kabul edilmelidir⁴⁶⁴. Çünkü, böyle bir durum, alım hakkı sözleşmesinden doğan hukukî ilişkinin muhtevasıyla bağdaşır nitelikte değildir. Gerek adı gerek ise koşula bağlı bir alım hakkı olsun, taraflar arasında kurulacak olan satış sözleşmesinde hiçbir zaman alım hakkı yükümlüsünün işleme katılımı aranmaz. Alım hakkı sahibi, tek taraflı bir irade beyanıyla satış sözleşmesini kurma yetkisine sahiptir⁴⁶⁵. Alım hakkından yararlanıp yararlanmama konusunda takdir sahibi olan kişi de, aynı şekilde, alım hakkı sahibinin kendisidir⁴⁶⁶. Bunun dışında tek tarafa borç yükleyen önsözleşmelerde, opsiyondan farklı olarak, sözleşme yapmaya yönelik bir hak (*Anspruch auf Vertragsabschluss*) doğmaktadır⁴⁶⁷. Başka bir deyişle, esas sözleşmenin yapılmasına yönelik bir alacak hakkı (*schuldrechtlicher Anspruch auf Abschluss des Hauptvertrags*) söz konusudur. Bu sebeple, tek taraflı bir irade açıklamasıyla sözleşme kurma yetkisinden bahsetmek mümkündür değildir⁴⁶⁸. Bundan dolayıdır ki, tarafların borcu esas sözleşmeyi kurmaktan başka bir şey değildir⁴⁶⁹. Bu yönüyle de, tek tarafa borç yükleyen

⁴⁶⁴ Schleich, *Option*, 108. Bu yönde benzer açıklamalar için bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 241.

⁴⁶⁵ Türk hukukunda bu yönde bkz.: Tekinay, “İştirâ ve Vefa”, 509; Doğan, “Ön Sözleşme”, 59; Ayan, *Mülkiyet*, 425; Şahan, *Tapu Sicilinde*, 74; Yavuz, Acar ve Özen, *Türk Borçlar Hukuku*, 248. İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 117. Benzer açıklamalar için ayrıca bkz.: Isler, *Grundbuch*, 15’te yer alan atıf sebebiyle ayrıca 8; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.32; Herzog, “Der Vorvertrag”, Rn.168-169. Önalım hakkı üzerinden meseleyi ele alan görüş için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, R.52. Opsiyon hakkı çerçevesinde, hakkın kullanımıyla birlikte sözleşmenin kurulacağı şeklinde ifade eden görüş için bkz.: Schleich, *Option*, 108. Opsiyon sözleşmesinde, opsiyon verenin, esas sözleşmenin kurulmasına yönelik bir öneride bulunduğu ve dolayısıyla opsiyon alan kimsenin, bu öneriyi kabul edip etmemesinin onun tasarrufunda olduğu yönünde bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 232. Esas sözleşmeye ilişkin bu genel ayırımı önalım hakkı kapsamında ele alan görüş için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, 14, dpn.54 ve 354, dpn.1845.

⁴⁶⁶ Önalım hakkı kapsamında bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, R.52. Hak sahibinin bir serbestiye sahip olduğu ve ayrıca herhangi bir yükümlülüğünün de bulunmadığı yönünde bkz.: Petra Kues, “Vereinbarungen im Vorfeld eines Vertrages” (Dissertation, Konstanz, 1994), 169. Opsiyon hakkı kapsamında aynı doğrultuda bkz.: BeckOGK-Möslein, *BGB § 145*, Rn.83. Opsiyon hakkı kapsamında bu yöndeki Alman Federal Mahkemesi kararları için bkz.: BGH NJW 1985, 2481; 1982, 2770; 1968, 551; OLG Hamburg NJW-RR 1992, 20 (21) (BeckOGK-Möslein, *BGB § 145*, Rn.83, dpn.424’ten naklen).

⁴⁶⁷ PWW-Brinkmann, *BGB § 145 ff*, Rn.33; Palandt-Ellenberger, *§ 145*, Rn.23; ZK-Kom./Haab vd., *ZGB Art. 681*, Rn.6; Larenz, *Besonderer Teil*, 157-158; Larenz, *Allgemeiner Teil*, 87.

⁴⁶⁸ BRHP-Werner Eckert, *§ 145*, Rn.28; Geiben, *Der Vorvertrag*, 61. Önsözleşme kapsamında genel olarak bu doğrultuda bkz.: BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.70; jurisPraxisKom-Backmann, *§ 145*, Rn.56; Henning von Einem, *Die Rechtsnatur der Option - Schriften zum Bürgerlichen Recht Band 20* (Berlin: Duncker & Humblot Verlag, 1974), 124 vd.; Palandt-Ellenberger, *§ 145*, Rn.23; BeckOGK-Möslein, *BGB § 145*, Rn.83; Staudinger-Bork, *Vorbem zu § 145-156*, Rn.69; Jauernig-Mansel, *Vor § 145*, Rn.5. Bu yöndeki Alman mahkeme kararları için bkz.: BGHZ 47, 387 [388] = NJW 1967, 1695, 1606 f.; BGH WM 1971, 44 [45]; OLG Hamburg NJW-RR 1992, 20 [21] (BRHP-Werner Eckert, *§ 145*, Rn.28’dan naklen).

⁴⁶⁹ Soergel-Wolf, *BGB Vor § 145*, Rn.67. İsviçre hukukunda bu doğrultuda bkz.: BernerKom/Giger, *OR Art. 216*, Rn.37.

önsözleşmelere ilişkin açıklamalar, yukarıda ortaya koyulan tespitlerden pek de farklılık arz etmez.

1.6.6.2.4. Esas Sözleşmelerin Kurulma Anına Yönelik Beklenti

Esas sözleşmelerin kurulma anına yönelik beklenti ele alınması gereken bir diğer ölçüttür. Burada, taraflarca kararlaştırılmış süreye ilişkin şartların, her iki müesseseyi birbirinden ayırt edici bir işleve sahip olması söz konusudur⁴⁷⁰. Bu şartlar genel olarak bağlayıcı süre (*Bindungsfrist*) ve vade (*Fälligkeit*) olarak ikiye ayrılır⁴⁷¹. Öğretide, uzun bir süre şartına önsözleşmelerde pek rastlanılmadığı ifade edilmektedir⁴⁷². Ayrıca yükümlü olan taraf, belirli (*bestimmt*), belirlenebilir (*bestimmbar*) ya da hâkim tarafından tespit edilebilir nitelikteki bir tarihte (*vom Richter festzusetzender Zeitpunkt*) esas sözleşmeyi yapma yükümlülüğü altına girmektedir. Oysa alım hakkı sözleşmesinde, yükümlü, her an esas sözleşmenin yapılmasına hazırdır⁴⁷³. Hatta hak tesis edilir edilmez, hak sahibinin, bu hakkı ileri sürmesi dahi mümkündür. Böyle bir ihtimale karşı, hakkın muhatabı da, en başından beri hazırdır. Bu durum, bilhassa, amerikan tipi düzenlemeye yer verilen alım hakkı sözleşmelerinde oldukça belirgindir⁴⁷⁴. Oysa önsözleşmelerde bu durum nispeten farklı bir görünüme sahiptir. Zira, önsözleşmeden doğan ilişkide, taraflar halihazırda esas sözleşmeyi yapmak niyetinde veyahut da durumunda değildir⁴⁷⁵. Onlar için önemli olan zaten esas sözleşmenin yapılmasının belirli bir süre ertelenmesidir. Bundan dolayıdır ki, öğretideki hakim görüş, önsözleşme müessesesinin esas sözleşmeyi yapmaya engel fiilî veyahut da

⁴⁷⁰ Opsiyon sözleşmesi kapsamında bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 232-233.

⁴⁷¹ Henrich, *Vorvertrag*, 232-233.

⁴⁷² Schleich, *Option*, 108.

⁴⁷³ Opsiyon ve önsözleşme kapsamında yapılan karşılaştırma yönünde ayrıca bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 233. Tek tarafa borç yükleyen önsözleşme kapsamında meseleyi tekrar ele alan Henrich, *Vorvertrag*, burada bir noktaya daha dikkat çekmektedir. Yazara göre opsiyon sözleşmesinde, yükümlü kimse belirli bir vadede değil; belirli bir vadeye kadar her an esas sözleşmenin yapılmasına hazır durumdadır. Oysa önsözleşmede belirli bir vadede esas sözleşmenin kurulması söz konusudur. Bu yönde ayrıca bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 233. Opsiyon hakkı çerçevesinde alım hakkı veren açısından aksi yönde açıklamalarda bulunan görüş için ayrıca bkz.: Peter Forstmoser ve Urs Pulver, *Der Optionshandel in der Schweiz, Wertpapier Mitteilungen Teil IV: ZWB, Sonderbeilage Nr.6* (München: C.H. Beck Verlag, 1988), 11.

⁴⁷⁴ Amerikan tipi düzenleme, alım hakkının, kullanım süresi yönünden kararlaştırılan süre içerisinde istenildiği zaman kullanılabileceği şeklinde düzenlenmiş olmasını ifade eder. Avrupa tipi düzenlemekten farklı olarak, hakkın kullanılabilmesi için, kararlaştırılmış olan sürenin son gününü beklemek zorunlu değildir. Bu konuda bkz.: Birinci Bölüm, dñn.81 ve 82.

⁴⁷⁵ Casper, *Der Optionsvertrag*, 82. Önsözleşmede, tarafların, yükümlülüklerini ileriki bir tarihte esas sözleşmeyi birbirleriyle yaparak yerine getirdikleri yönünde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.50; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.22.

hukukî bir engelin bulunduğu hallerde elverişli bir müessese olduğu yönündedir⁴⁷⁶. Aksi takdirde, tarafların, esas sözleşme teşkil eden hukukî ilişkiyi kurmamaları için zaten hiçbir sebep yoktur. Örneğin; henüz imar planı belirlenmemiş bir taşınmaza ilişkin önsözleşme yapılmasında durum böyledir. Zira böyle bir durumda, esas sözleşmenin konusunu oluşturan taşınmaz henüz belirli olmadığından, doğrudan onun satışına yönelik bir sözleşme yapılması mümkün değildir⁴⁷⁷. Bu durum, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri yönünden de aynıdır.

1.6.6.2.5. Hukukî İşlemlerin Şekli

Alım hakkı sözleşmesi ile önsözleşmelere uygulanacak şekil bu müesseseler arasındaki ayırıcı ölçütlerden bir diğerini oluşturur. Kanun koyucu, önsözleşmelerde şekil şartını iki temel hükümle düzenlemiştir. Bunlar Türk Borçlar Kanunu md. 29/II ve md. 237/II'dir. TBK md. 29/II'ye göre, önsözleşmenin geçerliliği, kural olarak esas sözleşme için aranan şekil şartına bağlanmıştır⁴⁷⁸. Bununla birlikte, konusunu bir taşınmazın oluşturduğu ve bir önsözleşme türü⁴⁷⁹ olan taşınmaz satış vaadi açısından TBK md. 237/II'de resmî şekil şartı öngörülmüştür⁴⁸⁰. Bu çerçevede, konusunu bir

⁴⁷⁶ jurisPraxisKom-Backmann , § 145, Rn.49; PWW-Brinkmann, *BGB § 145 ff*, Rn.27; Palandt-Ellenberger, § 145, Rn.19; BeckNomosHK-Schulze, *BGB § 145-157*, Rn.34; BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.60. Hukukî veyahut da fiilî engele rağmen, tarafların, yine de aralarında bir bağlılık kurmak istemeleri sebebiyle önsözleşme yaptıkları yönünde bkz.: Geiben, *Der Vorvertrag*, 46. İsviçre hukukunda bu doğrultuda bkz.: Schwenger, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.28.07-26.08. Türk hukukunda yer alan bir görüş de, önsözleşmeyi tanımlarken, tarafların asıl sözleşmeyi yapmalarına engel olan durumun ortadan kalkması halinde asıl sözleşmeyi yapma borcu doğuran bir hukukî işlemde bahsetmekte ve böylelikle de aslında bu durumu dolaylı olarak ifade etmektedir. Bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 256.

⁴⁷⁷ Geiben, *Der Vorvertrag*, 46.

⁴⁷⁸ İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: BernerKom/Giger, *OR Art. 216*, Rn.37 (Taşınmaz satış kapsamında). Alman hukukunda önsözleşmelerde şekle ilişkin bu doğrultuda yer alan açıklamalar ve ayrıntılı bilgi için bkz.: Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 145*, Rn. 48; Geiben, *Der Vorvertrag*, 48; Staudinger-Bork, *Vorbem zu § 145-156*, Rn.60; Soergel-Wolf, *BGB Vor § 145*, Rn.60 ve 64; Palandt-Ellenberger, § 145, Rn.20; BRHP-Werner Eckert, § 145, Rn.24; BeckOGK-Möslein, *BGB § 145*, Rn.81; Jauernig-Mansel, *Vor § 145*, Rn.5; jurisPraxisKom-Backmann, § 145, Rn.51; Larenz, *Allgemeiner Teil*, 87. Esas sözleşme için öngörülen şeklin kanundan doğmadığı; fakat taraflarca kararlaştırıldığı hallerde, bu şeklin, ayrıca önsözleşme için de geçerli olup olmayacağına yönelik olarak ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz.: Staudinger-Bork, *Vorbem zu § 145-156*, Rn.60; BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.64.

⁴⁷⁹ Kocayusufpaşaoğlu, *Gayrimenkul*, 67 vd.; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 257; Doğan, “Ön Sözleşme”, 16; Şahan, *Tapu Sicilinde*, 51; Çenberci, *Satış Vaadi*, 7; Lütfü Dalamanlı, *Gayrimenkul Satış Vaadi*, (Ankara: Kazancı Yayınevi, 1986), 3.

⁴⁸⁰ Noterlik Kanunu md. 60/b.3'e göre, noterlerin de, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapabileceği hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte, tapu sicil memur ve muhafızlarının da, aynı şekilde taşınmaz satış vaadi düzenlemeye yetkili oldukları öğretide kabul edilmektedir. Bu doğrultuda bkz.: Doğan, “Ön Sözleşme”, 17. “...kaynağını Türk Borçlar Kanununun 29. maddesinden alan taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri, Türk Borçlar Kanununun 237. maddesi ile Türk Medeni Kanununun 706. ve Noterlik Kanununun 89. maddesi hükümleri uyarınca noter önünde re'sen düzenlenmesi gereken, bir

taşınmazın oluşturduğu önsözleşme ile alım hakkı sözleşmeleri geçerlilik şekli açısından resmî şekle tabidirler. Ancak resmî şeklin düzenlendiği makam alım hakkı sözleşmesinde yalnızca noterler iken⁴⁸¹; taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde noterler ile birlikte aynı zamanda tapu sicil memuru ve muhafızlarıdır⁴⁸². Ancak konusunu bir taşınmazın oluşturmadığı sözleşmeler açısından, alım hakkı sözleşmesi, taraflara şekil yönünden daha fazla özgürlük tanıyan bir hukukî işlemdir. Zira, önsözleşmeye ilişkin TBK md. 29/II'deki gibi sınırlayıcı bir düzenlemeye, alım hakkı sözleşmesi açısından rastlanılmaz. Dolayısıyla konusunu bir taşınmazın oluşturmadığı alım hakkı sözleşmesinde, şekil açısından genel prensip şekil serbestisidir. Oysa önsözleşmede bu durum tam terisidir. Başka bir deyişle, esas sözleşmenin konusunu bir taşınmaz oluşturmaya dahi, önsözleşme yönünden bir şekil zorunluluğu söz konusu olabilir. Örneğin; kefâlet sözleşmesini konu alan bir önsözleşmede durum böyledir. Çünkü böyle bir durumda, önsözleşmenin, kefâlet sözleşmesi için öngörülen yazılı şekle uygun olarak yapılması gerekir.

1.6.6.2.6. Hakların Niteliği

Alım hakkı sözleşmesi ile önsözleşmeden doğan haklar, her iki müessese arasındaki ayırımın ortaya konmasında, ele alınması gereken bir önemli unsurdur. Zira önsözleşmeyi, alım hakkı ile alım hakkı sözleşmesinden farklı kılan şey yalnızca hukukî ilişkiyi kuran sözleşme ve bu sözleşmede yer alan esas sözleşme ile sınırlı değildir. Ayrıca, taraflardan biri veya her ikisine bir hak bahşeden önsözleşmede, bu hakkın kendisi de niteliği itibariyle önemli farklılıklara sahiptir.

İlk olarak, önsözleşmede, taraflar açısından bir esas sözleşme kurma borcunun doğduğunu söylemek gerekir. Bu kapsamda, önsözleşmenin taraflarından biri veya her

başka anlatımla geçerliliği resmî şekil şartına bağlı kılınan, tam iki tarafa borç yükleyen ve kişisel hak sağlayan sözleşme türüdür..." Y. 14. HD, 16.05.2018, E. 2015/15488, K. 2018/3846, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.08.2019. Bu yöndeki diğer Yüksek Mahkeme Kararları için bkz.: Y. 14. HD, 20.03.2018, E. 2017/5680, K. 2018/2102; Y. 14. HD, 13.3.2018, E. 2017/5812, K. 2018/1889; Y. 14. HD, 5.2.2018; E. 2017/10491, K. 2017/17801; Y. 14. HD, 9.10.2017, E. 2017/3409, K. 2017/7307; Y. 14. HD, 4.4.2016, E. 2014/16955, K. 2016/4009; Y. 14. HD, 13.11.2015, E. 2015/10774, K. 2015/10298; Y. 14. HD, Y. 14. HD, 5.3.2013, E. 2013/1312, K. 2013/3098, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.08.2019.

⁴⁸¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: İkinci Bölüm, Taşınmaz Üzerinde Kurulan Alım Hakkında Alım Hakkı Sözleşmesinin Şekli başlığı.

⁴⁸² Bkz.: Birinci Bölüm, dpn.480.

da her ikisine bir talep hakkının (*Forderungsrecht*) sağlanması söz konusudur⁴⁸³. Bu sebeple, burada, bir yenilik doğuran haktan bahsetmek mümkün değildir⁴⁸⁴. Diğer taraftan, alım hakkında ise, esas sözleşmeye yönelik bir borç veyahut da talepten bahsedilemez. Burada, daha ziyade, içeriği önceden tespit edilen sözleşmenin tek taraflı bir irade beyanı ile kurulmasına imkân veren bir yenilik doğuran hakkın⁴⁸⁵ taraflardan birine tanınması söz konusudur⁴⁸⁶. Bu durum, opsiyon hakkının muhtevassından doğan en tabîî sonuçtur. Çünkü opsiyon hakları, akdî bir yükümlülük altına girmeksizin bir sözleşme yapma imkânını güvence altına alma aracıdır⁴⁸⁷. Bunun sonucu olarak alım hakkı sözleşmesi, önsözleşmeden farklı olarak, teknik anlamda sözleşmeden doğan bir akit yapma zorunluluğu olarak ele alınamaz.

Alım hakkı sözleşmesi ile önsözleşmeden doğan haklara ilişkin bir diğer önemli fark, hakların şerh edilebilirliği yönündendir. Gerçekten de alım hakkı, TBK md. 238'e göre şerh edilebilen bir haktır. Oysa önsözleşmeden doğan talep hakkı, şerh edilebilir haklar arasında yer almamaktadır⁴⁸⁸. Bu sebeple de, şerhi, kural olarak mümkün değildir⁴⁸⁹. Ancak istisnai olarak, özel bir önsözleşme türü olan taşınmaz satış vaadi açısından durum farklıdır. Zira, bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tapu kütüğüne şerhi, TMK md. 1009 gereği mümkündür. Mamafih, bu durum, şerh yönünden müesseseler arasındaki farkı ortadan kaldırmaz. Bunun sebebi, alım hakkında şerh süresi on yıl iken; taşınmaz satış vaa dinde bu sürenin Tapu Kanunu md. 26/6 gereği beş yılla sınırlı olmasıdır⁴⁹⁰.

1.6.7. Opsiyon

Opsiyon kavramı latince “*optare*” sözcüğünden türemiştir. Kelime anlamı olarak da seçim hakkı⁴⁹¹ (*Wahlrecht*), serbest seçim⁴⁹² (*Freiwahl/freie Wahl*), isteme/seçme⁴⁹³

⁴⁸³ Türk hukukunda bkz.: Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 11, Knr.29. İsviçre hukukunda bkz.: Geiben, *Der Vorvertrag*, 61.

⁴⁸⁴ Türk hukukunda aksi yöndeki görüş için bkz.: Buz, *Haklar*, 156.

⁴⁸⁵ Geiben, *Der Vorvertrag*, 61.

⁴⁸⁶ Alman hukukunda bu yönde bkz.: Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 145*, Rn.51a ve Vor § 158, Rn.14; Soergel-Wertenbruch, *BGB § 463*, Rn.25. İsviçre hukukunda önsözleşme müessesesi bakımından aynı yönde bkz.: Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.29.09.

⁴⁸⁷ von Einem, *Die Rechtsnatur*, 13.

⁴⁸⁸ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.32. Bu hususta benzer açıklamalar için bkz.: ZK-Kom./Haab vd., *ZGB Art. 681*, Rn.6.

⁴⁸⁹ Bu yönde bkz.: Isler, *Grundbuch*, 8.

⁴⁹⁰ Bu yöndeki Yüksek Mahkeme kararı için bkz.: Y. 14. HD, 25.10.2018, E. 2018/1398, K. 2018/7161, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.08.2019.

⁴⁹¹ Röser, “*Ankaufsrecht*”, 26.

(*wünschen/wählen*) ya da isteme hakkı⁴⁹⁴ (*das Recht zu wünschen*) anlamlarına gelir. Kavram ilk olarak devletler hukuku alanında ortaya çıkmıştır⁴⁹⁵. Gerçekten de bir devletin birden fazla küçük devletlere ayrılarak yeni sınırların belirlendiği durumlarda orada yaşayan insanlara sahip olmak istedikleri vatandaşlığa yönelik bir seçim yapma imkânı verilmekteydi⁴⁹⁶. Bunun gibi, sınırlarında değişiklik yapılan iki devlet arasında, diğerinin topraklarına katılan bölgedeki insanlar açısından da aynı durum söz konusu olmaktadır⁴⁹⁷. İşte bu imkân opsiyon olarak ifade edilmekteydi. Dolayısıyla opsiyon kavramı, her şeyden önce, kamu hukuku (*Völkerrecht*) ile vatandaşlık hukuku (*Bürgerschaftsrecht*) alanında kullanılan bir teknik kavram (*Fachwort*) olarak karşımıza çıkmıştır⁴⁹⁸. Günümüzde ise, opsiyon terimine, daha çok özel hukuk alanında rastlanmaktadır.

Özel hukuk alanında, opsiyon denildiğinde, genel olarak, iki önemli kavram aklı gelir. Bunlar; opsiyon hakkı ve opsiyon sözleşmesi kavramlarıdır. Bu iki kavramın da, yukarıda incelemiş olduğumuz müesseselerden ayrılan önemli bir özelliği vardır. O da, opsiyon hakkı ve sözleşmesi kavramlarının alım hakkı ve sözleşmesi kavramlarıyla tamamen ayırışan iki farklı müesseseyi ifade etmeyişidir. Bunun sebebi, bu iki

⁴⁹² Buz, *Haklar*, 161.

⁴⁹³ Linneborn, “Das Optionsrecht”, 2.

⁴⁹⁴ Bilitza, *Termingeschäfte in Deutschland*, 19.

⁴⁹⁵ Röser, “Ankaufsrecht”, 26.

⁴⁹⁶ Josef L. Kunz, *Die völkerrechtliche Option, I. Band*, Breslau 1925, 85; Josef L. Kunz, Art. „Option“, in: *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Bd. 2, 177 vd. (Röser, “Ankaufsrecht”, 26, dpn.78’ten naklen). Devletin daha küçük parçalara ayrılması şeklinde ifade edilen bu durum Almanca „*Staatsukzession*“ ya da „*Staatsnachfolge*“ kavramlarıyla ifade edilmektedir. Bununla birlikte, bu kavramın kapsamında, sadece mevcut bir devletin birden fazla küçük devlete ayrılması değil; aynı zamanda bir devletin bir başka devlete katılması da yer almaktadır. Ancak kanaatimizce, serbest seçimin söz konusu olduğu haller daha çok ilk ihtimali ilgilendiren bir durumdur. Zira ikinci halde, sonuç olarak ortada tek bir devletten bahsedileceğinden, seçime konu birden fazla vatandaşlık da söz konusu olmayacaktır. Bu konuda kavramsal tanımlamaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: *Deutsche Enzyklopädie*, <https://www.enzyklo.de>, Erişim Tarihi 19.08.2019. Türk hukukunda bu konuya ilişkin Yüksek Mahkeme’ye ait karar için bkz.: “...Şu hale göre Opsiyon hakkının kullanılmasına ilişkin süre içinde Türk uyruğunun kazanılması infisahi şarta bağlanmış olmaktadır. Gerçekten de Antlaşmanın 2. maddesi uyarınca Türk Vatandaşlığının kazanılması bu kişilerin opsiyon haklarını Suriye veya Lübnan lehine kullanmış olmaları halinde kendiliğinden bozulmaktadır. Opsiyon hakkının kullanılması ile geriye etkili olarak vatandaşlık devam eder. Opsiyon hakkının kullanma süresinin geçirilmesi ile de yeni vatandaşlık kesinlik kazanır. Lozan Barış Antlaşması’nda opsiyon hakkının kullanılması 2 yıllık süreye bağlanmıştır. Bu hak 18 yaşını ikmal etmiş kimselere verilmiştir. Öte yandan, bu tür antlaşmaların hepsinde kadınların kocalarını, çocukların da ana ve babalarını izlemeleri ilkesi kabul edilmiştir. Bu suretle yeni devletin vatandaşlığını kazanan kimseler yeni vatandaşlığın sağladığı haklara uygun şekilde oturdukları arazi üzerinde yaşamlarını sürdürürler..” Y. 8. HD, 01.06.1992, E. 1991/11922, K. 1992/9234, www.kazanci.com.tr, E.T. 24.03.2021.

⁴⁹⁷ Linneborn, “Das Optionsrecht”, 2.

⁴⁹⁸ Bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Linneborn, “Das Optionsrecht”, 2.

müessesenin, aslında birbirleriyle nispeten dar kapsamlı bir şekilde örtüşen aynı hukukî müessese olmasıdır. Zira opsiyon terimi, aslında alım hakkını da içerisine alan çok daha geniş bir kavramı ifade eder. Bunun doğal sonucu olarak da, alım hakkı, öğretide kimi zaman opsiyon hakları kapsamında ele alınarak incelenmektedir⁴⁹⁹. Türk hukukunda Kırca da, opsiyon sözleşmesinin hukukî niteliğini ele alırken opsiyon hakkı ile alım hakkı arasındaki bu durumu açıkça ifade etmiştir⁵⁰⁰. Hatta geniş anlamda opsiyon hakkının alım hakkından başka bir şey olmadığını söylemiştir⁵⁰¹. Bunun gibi, Alman hukukunda yer alan bazı görüşler de, opsiyon terimini eş anlamlı bir şekilde alım hakkı kavramı için de kullanmaktadır⁵⁰². Nitekim Yargıtay da, opsiyon sözleşmesini dar kapsamlı bir şekilde ele almakta ve sözleşmeyi adeta alım hakkı sözleşmesi çerçevesinde tanımlamaktadır⁵⁰³. Kanaatimizce böyle bir sonuç oldukça normaldir. Zira opsiyon hakkı içeriği itibariyle çok çeşitli uygulama alanlarına sahiptir⁵⁰⁴. Hakkın uygulama alanı, günlük hayatta sıradan bir hukukî işleme sıklıkla konu olabilen taşınır veya taşınmazlara ilişkin olabileceği gibi; ticari hayatta şirket payları, döviz ve türev piyasaları dahil olmak üzere farklı çevreleri de kapsayabilir. Hatta bu çeşitlilik sadece hakkın konusuyla da sınırlı değildir. Bu kapsamda, opsiyon hakkının konusu üzerinde yapılacak olan hukukî işlemler için de çok çeşitli görünüm şekilleri söz konusu olabilir. Başka bir deyişle opsiyonun konusu, alım hakkından farklı olarak, sadece satış sözleşmesiyle sınırlı değildir. Ancak yine de alım hakkı, hukuk dünyasında çoğunlukla opsiyon kavramı kapsamında bilinmektedir⁵⁰⁵.

Özel hukuk alanında opsiyon hakkı, hak sahibine, irade açıklamasında bulunarak içeriği önceden belirlenmiş olan bir sözleşmeyi kurma ya da mevcut olan sözleşmeyi

⁴⁹⁹ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 107. Bu doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.28.51. Türk hukukunda opsiyon hakkı ve sözleşmelerini incelerken, müesseseler arasındaki bu sıkı ilişki sebebiyle, alım hakkını da ele alan eser ve bu eserdeki ilgili bölüm için bkz.: Kırca, *Hukuki Yönüyle*, 186 vd. ve 202 vd.

⁵⁰⁰ Kırca, *Hukuki Yönüyle*, 187.

⁵⁰¹ Kırca, *Hukuki Yönüyle*, 202.

⁵⁰² Röser, “Ankaufsrecht”, 26. Opsiyon hakkının tanımını yaparken alım hakkı üzerinden meseleyi ele alan görüş için ayrıca bkz.: Larenz, *Allgemeiner Teil*, 87; Larenz, “Die rechtliche Bedeutung”, 210 vd. Aynı yönde benzer açıklamalar için bkz.: Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 83. Önalım ve geri alım hakları kapsamında bu doğrultuda ayrıca bkz.: Georgiades, *Optionsvertrag*, 421, dpn.41.

⁵⁰³ “...opsiyon sözleşmesi belirli bir fiyat üzerinden sınırlı bir zaman dilimi içinde veya belli bir tarihte belirli bir varlığın (örneğin sermaye piyasası aracı veya döviz) satılması veya alınması konusunda diğer tarafa (opsiyon alıcısı) bir seçim hakkı tanıdığı, bunun karşılığı olarak da belirli bir bedele hak kazandığı sözleşmedir...” Y. HGK, 06.07.2018, E. 2017/22, K. 2018/1102, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.08.2019.

⁵⁰⁴ Röser, “Ankaufsrecht”, 26.

⁵⁰⁵ ZK-Kom./Haab vd., *ZGB Art. 683*, Rn.1.

uzatma yetkisi veren yenilik doğuran bir hak⁵⁰⁶ olarak tanımlanmaktadır⁵⁰⁷. Bu çerçevede, ilgili müessese ikili bir ayırım yapılarak incelenmektedir. Bir sözleşmenin kurulmasını konu alan hak için opsiyon (*Option*) terimi kullanılırken; bir sözleşmenin uzatılmasını konu alan opsiyona uzatma opsiyonu (*Verlängerungsoption*) denilmektedir⁵⁰⁸. Nitekim öğretide de, opsiyon kavramı, genellikle uzatma opsiyonu dışarıda tutularak ele alınmaktadır.

Opsiyon sözleşmesi (*Optionsvertrag*), sözleşmenin taraflarından birine opsiyon hakkı veren sözleşmeyi ifade eder⁵⁰⁹. Daha geniş bir ifadeyle, taraflardan birine, diğer tarafın arzusundan bağımsız olarak tek taraflı bir irade beyanıyla bir sözleşme ilişkisi kurma veya onu uzatma hakkı veren sözleşmedir⁵¹⁰.

⁵⁰⁶ Röser, “Ankaufsrecht”, 28; Jauernig-Mansel, *Vor § 145*, Rn.6; BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.70; jurisPraxisKom-Backmann, § 145, Rn.56; PWW-Brinkmann, *BGB § 145 ff*, Rn.32; Palandt-Ellenberger, § 145, Rn.23; BeckNomosHK-Schulze, *BGB § 145-157*, Rn.36.

⁵⁰⁷ Schleich, *Option*, 7. Bu yönde benzer açıklamalar için bkz.: Melanie Catalina Gottini, *Die Verjährung im schweizerischen Privatrecht: Grundlagen und ausgewählte Problembereiche* (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2019), 166; Brigitta Kratz, *Präjudizienbuch ORDie Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015)* (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2016); BeckNomosHK-Schulze, *BGB § 145-157*, Rn.36; jurisPraxisKom-Backmann, § 145, Rn.56; BeckOGK-Möslein, *BGB § 145*, Rn.83; Jauernig-Mansel, *Vor § 145*, Rn.6. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz.: BGE 113 II 31 E. 2; BGE 122 III 10 E. 4.b (Schleich, *Option*, 7, dpn.1’den naklen). Belirli bir zaman sınırlaması kapsamında, çoğunlukla, bir şeyin iktisabı veyahut da kiralanması çerçevesinde aynı tanımı ortaya koyan görüşler için bkz.: Georgiades, *Optionsvertrag*, 409 ve nispeten aynı yönde Geiben, *Der Vorvertrag*, 61. Hak sözcüğünden ziyade imkân (*Möglichkeit*) terimini kullanan görüş için bkz.: Staudinger-Bork, *Vorbem zu § 145-156*, Rn.69. İçeriği önceden tespit edilmiş bir sözleşme ilişkisini kurma imkânı sağlayan hak şeklinde tanım ortaya koyan görüş için bkz.: Steinbeck, *Die Übertragbarkeit*, 33. Hak sözcüğünden ziyade yetki (*Befugnis*) terimini kullanan Alman ve İsviçre hukukundaki öğreti görüşleri için bkz.: BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.70; Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.28.51. Opsiyon hakkının, her zaman ya da belirli şartlar altında, tek taraflı irade beyanıyla bir sözleşme kurma imkânı veren hak olduğu yönünde bkz.: Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 93; Bilitza, *Termingeschäfte in Deutschland*, 19. Opsiyon hakkının, hak sahibine, içeriği belirlenmiş bir sözleşmeyi tek taraflı irade beyanıyla kurma imkânı veren bir hak olduğu yönünde bkz.: Schilhabl, *Vorkaufsrechte*, 32; Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 93; Palandt-Ellenberger, § 145, Rn.23; PWW-Brinkmann, *BGB § 145 ff*, Rn.32. Sözleşmenin kurulması açısından satış sözleşmesi; uzatılması yönünden ise kira sözleşmesinden hareket ederek meseleyi ele alan görüş için bkz.: Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 158*, Rn.15-16. Tek taralı olarak satış sözleşmesi kurma şeklinde daha dar kapsamlı tanım için bkz.: Linneborn, “Das Optionsrecht”, 9. Opsiyon hakkının, opsiyon sözleşmesi ile taraflarından birine, bir borç ilişkisini önceden kararlaştırılmış olan koşullarla ve tek taraflı bir irade beyanı ileri sürerek kurma yetkisi veren bir hak olduğu yönünde bkz.: Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 11, Knr.29.

⁵⁰⁸ Schleich, *Option*, 7.

⁵⁰⁹ Henrich, *Vorvertrag*, 229; Kırca, *Hukuki Yönüyle*, 186; Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 145*, Rn.52; BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.74; Werner Krüger, “Optionsrecht und Optionsverträge” (Dissertation, Göttingen, 1928), 3.

⁵¹⁰ Henrich, *Vorvertrag*, 227; Jauernig-Mansel, *Vor § 145*, Rn.6; jurisPraxisKom-Backmann, § 145, Rn.56. Sözleşme kurma şeklinde kapsam yönünden daha sınırlandırıcı fakat aynı tanımı ortaya koyan görüş için bkz.: Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 145*, Rn.52.

Opsiyon hakkının en önemli özelliği, ileride kurulacak olan sözleşmenin içeriğinin önceden tespit edilmiş olmasıdır. Dolayısıyla opsiyon sözleşmelerinde, muhteva itibariyle tam bir netlik söz konusudur⁵¹¹. Böylelikle tarafların söz konusu sözleşme için ileride tekrardan bir araya gelmelerine gerek kalmaz⁵¹². Söz konusu ayırt edici özellik alım hakkı için de aynı şekilde geçerlidir⁵¹³.

Opsiyon ve alım hakları ele alınırken, diğer müesseselerden ayrı olarak, her ikisi arasındaki farkları ortaya koyabilecek temel ölçütler söz konusu değildir. Zira, alım hakkı, geniş anlamdaki opsiyon hakkının özel bir türüdür. Ancak yine de, burada göz önünde tutulması gereken önemli bir nokta vardır. O da şudur; alım hakkı, opsiyon hakları içerisinde çok daha sık karşılaşılan bir opsiyon hakkı türüdür⁵¹⁴. Kanaatimizce, öğretide de, alım hakkı yerine opsiyon hakkı ifadesinin kullanılmasındaki temel sebep de budur⁵¹⁵. Bununla birlikte; opsiyon hakkının konu, şekil, bedel, süre gibi hususlar yönünden tek tek incelenmesi de mümkün değildir. Zira hakkın sahip olduğu özellikler hakkın konusuna göre farklılık gösterebilmektedir. Zaten, alım hakkı da, opsiyon hakkının konu itibariyle bir satış sözleşmesini konu aldığı durumu ifade eder⁵¹⁶. Dolayısıyla alım hakkının, opsiyon hakkına nazaran sahip olduğu sınırlı çerçeve, hakkın yönelik olduğu hukukî ilişkinin türüne ilişkindir. Zira, opsiyon hakkının, mutlaka bir satış sözleşmesine yönelik olması gerekmez⁵¹⁷.

Opsiyon hakkı ve sözleşmelerine ilişkin olarak, bu başlık altında, Alman hukuku ve öğretisinden de bahsedilmesi gerektiği kanaatindeyiz⁵¹⁸. Zira Alman hukukunda, opsiyon terimi, Türk ve İsviçre hukuk sistemlerine nazaran çok daha geniş bir anlama

⁵¹¹ Casper, *Der Optionsvertrag*, 81.

⁵¹² Schilhabl, *Vorkaufsrechte*, 32; Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 93 vd. Başka bir deyişle, basit bir kullanım iradesinin açıklanmasıyla birlikte istenilen sonuç elde edilmiş olmalıdır. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: BernerKom/Giger, *OR Art. 216*, Rn.59.

⁵¹³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Birinci Bölüm, Önsözleşme başlığı.

⁵¹⁴ Valentin Jentsch, *Transaktionsvereinbarungen bei öffentlichen Übernahmen: Inhalt, Zulässigkeit und Durchsetzung* (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2015), Rn.1045. Ders kitaplarında, opsiyon kavramının çoğunlukla alım hakkı müessesesi kapsamında zikredildiği yönünde bkz.: Linneborn, “Das Optionsrecht”, 6. Opsiyon hakkına uygulamada en sık satım hukuku alanında karşılaşıldığı yönünde bkz.: Linneborn, “Das Optionsrecht”, 9.

⁵¹⁵ Bkz.: Birinci Bölüm, dñn.499-502.

⁵¹⁶ Bu yönde bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 89, 107; Henrich, *Vorvertrag*, 229; Larenz, “die rechtliche Bedeutung”, 211; Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 93-94; Hueck, “Erwerbsvorrechte”, 752.

⁵¹⁷ Linneborn, “Das Optionsrecht”, 15-16.

⁵¹⁸ Alman hukukunda yer alan bu görüşler, ikinci bölümde ele alınmış olan bazı teorilerin de aslında temelini oluşturmaktadır. Bu sebeple, söz konusu teoriler, ilgili bölümde ayrıntılı olarak incelendiği için burada yalnızca yüzeysel bir şekilde opsiyon kurma halleri zikredilmiştir.

sahiptir. Bunun sebebi, söz konusu hukuk sisteminde, opsiyon hakkının farklı şekillerde kurulmasının mümkün olmasıdır. Gerçekten de, müessesenin bir opsiyon olarak ele alınabilirliğine ilişkin hareket noktasında, temel kriter, bir kimseye tek taraflı olarak bir sözleşme kurma imkânının sağlanmış olmasıdır. Bu imkânın ise, farklı şekillerde temini mümkündür. Dolayısıyla da, bu imkânı sunan her bir ihtimalde bir opsiyondan bahsetmek mümkün olmaktadır. Bu kapsamda, opsiyon hakkı, ilk seçenek olarak hakkı veren tarafın uzun süreli bir bağlayıcı ve geri dönülemez⁵¹⁹ önerisi (*Festofferte*) ile karşı tarafa verilebilir⁵²⁰. Böylelikle, hakkın, tek taraflı olarak hak sahibine tanınması söz konusudur⁵²¹. Buradaki en önemli özellik ise, opsiyon hakkının, bir sözleşmesel ilişkiye dayanmıyor olmasıdır.

İkinci olarak, opsiyon hakkının, bir akdî ilişki kapsamında tesisi de mümkündür. Bu ise, dört farklı şekilde ortaya çıkar. İlk olarak, taraflar, koşula bağlı bir esas sözleşme (*ein bedingter Hauptvertrag*) ile bir opsiyon hakkını kurabilirler⁵²². Bu sözleşme, öğretide, opsiyon kaydı saklı tutulmuş esas sözleşme (*der Hauptvertrag mit Optionsvorbehalt*) şeklinde de ifade edilir⁵²³. Hak sahibinin, opsiyon hakkını kullanmasıyla birlikte de, esas sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurur. Dolayısıyla burada, teknik anlamda bir salt iradî koşul (*Wollensbedingung*) söz konusudur. İkinci olarak, taraflarca, bir öneri sözleşmesi (*Angebotsvertrag*) yapılarak da opsiyon hakkı tesis edilebilir⁵²⁴. İlk durumdan farklı olarak, hakkı veren taraf, bir sözleşmeyle birlikte karşı tarafa belirli bir koşul veya süre içerisinde kabul edebileceği bir öneri sunar. Buna ilaveten, öneride bulunan açısından edimin yerine getirilebilirliğinin sağlanması amacıyla da birtakım yan yükümlülükler söz konusu olur⁵²⁵. Bunun dışında taraflar, üçüncü bir imkân olarak, yalnızca bir tarafın esas sözleşme yapma yükümlülüğü altına

⁵¹⁹ von Einem, *Die Rechtsnatur*, 16.

⁵²⁰ BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.73 ve75; BRHP-Werner Eckert, *§ 145*, Rn.28; Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 145*, Rn.52; BeckOGK-Möslein, *BGB § 145*, Rn.84; jurisPraxisKom-Backmann, *§ 145*, Rn.56-57; Soergel-Wolf, *BGB Vor § 145*, Rn.70; Geiben, *Der Vorvertrag*, 61; von Einem, *Die Rechtsnatur*, 16.

⁵²¹ Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 145*, Rn.52; Staudinger-Bork, *Vorbem zu § 145-156*, Rn.70.

⁵²² BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.73 ve75; BRHP-Werner Eckert, *§ 145*, Rn.28; Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 145*, Rn.52; BeckOGK-Möslein, *BGB § 145*, Rn.84; jurisPraxisKom-Backmann, *§ 145*, Rn.56-57; Soergel-Wolf, *BGB Vor § 145*, Rn.70; Bergerfurth, Menard ve Fuchs, *Das Kaufrecht*, Rn.158. Aksi yönde bkz.: Jauernig-Mansel, *Vor § 145*, Rn.6; Geiben, *Der Vorvertrag*, 61.

⁵²³ jurisPraxisKom-Backmann, *§ 145*, Rn.56; Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 145*, Rn.52.

⁵²⁴ Staudinger-Bork, *Vorbem zu § 145-156*, Rn.70; BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.74; von Einem, *Die Rechtsnatur*, 16.

⁵²⁵ Staudinger-Bork, *Vorbem zu § 145-156*, Rn.70.

girdiği önsözleşme de kurabilir⁵²⁶. Böylelikle, taraflardan biri esas sözleşmenin yapılmasını talep etme imkânına sahip olmakta; fakat kendisine yöneltilen bu yönde bir talebi gerçekleştirme yükümlülüğü altına girmemektedir⁵²⁷. Son olarak ise, opsiyon hakkının tesisi, sözleşmeyle karşı tarafa bir yenilik doğuran hakkın verilmesiyle de sağlanabilir. Böylece, tek taraflı bir irade beyanıyla, içeriği önceden belirlenmiş olan sözleşmeyi kurma imkânı mümkün hale gelmiş olur⁵²⁸.

Kanaatimizce, Türk hukuku ve buna paralel İsviçre hukukunda, taşınmazlara ilişkin düzenlenen alım hakkı esasen opsiyon hakkının akdî bir ilişkiye dayanan yenilik doğuran hak şeklindeki tezahürünü oluşturur. Söz konusu düzenlemeler, mahiyetine uygun düştüğü ölçüde, taşınırılar üzerinde kurulan alım hakkı için de aynen geçerlidir. Keza, Türk kanun koyucusunun, alım hakkını düzenlediği TBK md. 237 vd. yer alan hükümlerin, hakkın kendisini, söz gelimi önsözleşmeden bağımsız ayrı bir müessese olarak ele aldığı açıktır. Bu durum, öneri ve kabulü düzenleyen TBK md. 3 vd. ile koşul müessesesini düzenleyen TBK md. 170 vd. yer alan hükümler için de aynıdır. Dolayısıyla bu çalışmada, alım hakkı denildiğinde, sözleşmeyle kurulan bir yenilik doğuran hak ifade edilmek istenmektedir. Bu hak ise, alelade anlamda, alım opsiyonunu karşılamaktadır⁵²⁹. Mamafih, yine de, Türk hukuku açısından alım hakkı ile alım opsiyonu veyahut da daha genel ifade ile opsiyon kavramları arasında bilinçli bir tercihin yapıldığını da belirtmek gerekir. Gerçekten de, daha önce de ifade edildiği üzere, alım hakkı teriminin ortaya çıkışı İsviçre kanun koyucusunun taşınmaz mülkiyetine getirilen sınırlamalara ilişkin düzenlemelerde bu şekilde özel bir terminolojiye yer vermiş olmasıdır. Bu tercih, Türk kanun koyucusu tarafından da aynen benimsenmiş ve Türk Medeni Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu’nun muhtelif hükümlerinde ilgili müessese “alım hakkı” olarak kendine yer bulmuştur. Bu tutum 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda da aynıdır. Nitekim sermaye artırımının gerçekleştirilmesinde veyahut da şirket payları üzerinde, pay sahiplerine, ilgili şirket

⁵²⁶ Geiben, *Der Vorvertrag*, 61. Aynı doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Bergerfurth, Menard ve Fuchs, *Das Kaufrecht*, Rn.158.

⁵²⁷ Geiben, *Der Vorvertrag*, 61.

⁵²⁸ Bu yönde bkz.: von Einem, *Die Rechtsnatur*, 16.

⁵²⁹ Önsözleşme, öneri ve koşul teorisine ilişkin kapsamlı incelemeler için bkz.: İkinci Bölüm, Alım Hakkı Sözleşmesinin Hukukî Niteliği başlığı. Nitekim Opsiyonlardan Kaynaklanan Piyasa Riski İçin Standart Metoda Göre Sermaye Yükümlülüğü Hesaplanmasına İlişkin Tebliğ md.3/1-a’ya göre, alım opsiyonu, opsiyonu alan tarafa, sözleşmenin vadesinde veya vadeye kadar olan süre içinde sözleşmeye konu varlığı, sözleşmede belirtilen fiyat ve miktardan satın alma hakkı veren hak olarak tanımlanmıştır. Bu yönüyle de, muhteva itibarıyla alım hakkını birebir karşılayan bir müessesedir.

paylarını satın alma imkânı tanıyan haklar alım, önalım ve geri alım hakları şeklinde ifade edilmiştir. Başka bir deyişle, en azından bilinçli bir şekilde alım opsiyonu değil; alım hakkı terimi tercih edilmiştir. Buna paralel olarak, TTK md. 468 vd.'da yer alan ve sermaye artırımının gerçekleştirilmesine ilişkin hükümler öngören düzenlemelerde, değiştirme hakkının yanından alım hakkı kavramı açıkça zikredilmiştir⁵³⁰. Bu durum, şirket sözleşmelerine ilişkin TTK md. 575 vd.'daki hükümler, ortakların hak ve borçlarını düzenleyen TTK md. 593 vd.'daki hükümler ile limited şirketlerde genel kurulun yetkilerini düzenleyen TTK md. 616 hükmü yönünden de aynıdır. Bununla birlikte, alım hakkını karşılayan alım opsiyonu ya da daha genel bir ifade olan opsiyon terimi ile daha ziyade vadeli işlem (türev) piyasalarında karşılaşılmaktadır⁵³¹. Nitekim Türk hukukunda yer alan mevzuat açısından da durum böyledir. Zira, opsiyon hakkına ilişkin düzenlemelerin yer aldığı söz konusu mevzuat, doğrudan doğruya vadeli işlem piyasalarına ilişkin düzenlemelerdir⁵³². Bu durum, İsviçre hukuku yönünden de birkaç istisna hariç aynıdır⁵³³. Bu sebeple, alım hakkı ile alım opsiyonu kavramları arasındaki nüans hakkın konusu yönünden değil; hakkın tesis edildiği piyasalar açısından ortaya çıkan bir ayırımdır. Ancak buna rağmen, Yargıtay'ın, opsiyon müessesesine ilişkin kararlarında bu yönde bir ayırma pek dikkat etmediği ve vadeli işlem (türev) piyasaları ile alelade taşınır veya taşınmaz satışını konu alan işlemler yönünden yer yer opsiyon hakkı veyahut da opsiyon sözleşmesi kavramlarına yer verdiği görülmektedir⁵³⁴.

⁵³⁰ TTK md. 468'e göre, „Değiştirme ve alım hakları, esas sözleşmenin şarta bağlı sermaye artırımına ilişkin hükmüne gönderme yapan yazılı bir beyan ile kullanılır; mevzuat, ihraç izahnamesinin yayımlanmasını gerekli gördüğü takdirde, bunada göndermede bulunulur”. İlgili hükümde yer alan alım hakkı kavramı, öğretide, bir şirketten tahvil ya da benzer borçlanma araçlarına dayanarak alacaklı olan bir kimseye onun alacaklı sıfatlarını sona erdirmeksizin şirket paylarını satın alma yetkisi veren bir hak olarak tanımlanmaktadır. Bu yönüyle de, taşınmaz mülkiyetine getirilen sınırlamaların bir türünü oluşturan alım hakkı ile nitelik ve muhteva yönünden benzerlik göstermektedir. İlgili tanım için bkz.: Meier-Hayoz/von der Crone, §23, N.1253; Meier-Hayoz/Forstmoser, §16, N.341; Schucany, 14, N. 4; Tahir Saraç, Anonim Şirketlerde Şarta Bağlı Sermaye Artırımı, Ankara 2009, 38; Demir, Özel Esas Sözleşme Değişiklikleri, 19; Çatakoğlu, 210 (Aydın Alber Yüce, *Anonim Şirketlerde Sermaye Borcunun Takas Yoluyla Ödenmesi* “Şirket Borçlarının Şirket Sermayesine Dönüştürülmesi” (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 97, dpn.397'den naklen).

⁵³¹ Vadeli işlem (türev) piyasalarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Birinci Bölüm, dpn.80.

⁵³² Bkz.: Birinci Bölüm, dpn.80 ve 529. Bunun dışında, 28470 Sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan ve Sermaye Piyasası Kurulu tarafından çıkarılan İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Vadeli İşlem ve Opsiyon Piyasası Yönetmeliği de, aynı şekilde, vadeli işlem piyasalarına yönelik getirilen bir düzenlemedir. Söz konusu Yönetmelik md.4/1-ı'da da, ilgili müessese, açık bir şekilde alım opsiyonu şeklinde ifade edilmiştir.

⁵³³ Bkz.: Birinci Bölüm dpn.16 ve 19.

⁵³⁴ Yüksek Mahkeme'nin vadeli işlem piyasaları yönünden bu doğrultudaki kararları için bkz.: “Davacı, banka ile 30.06.2011 tarihinde genel türev işlemler çerçeve sözleşmesi ve sonrasında

bariyerli opsiyonlu sözleşmeler imzalandığını, USD kurunun fiyat farkı üzerine dayalı vadeli işlem yapıldığını, bankanın sözleşmenin riskleri konusunda kendisini yeterince bilgilendirmediğini, vade tarihine kadar herhangi bir günde işlemi sonlandırabileceğinin belirtildiğini...” Y. 11. HD, 16.10.2018, E. 2016/12968, K. 2018/6350, www.kazanci.com.tr, E.T. 24.03.2021. “Davacı vekili, müvekkil ile davalı banka şubesi arasında 08.07.2011- 12.07.2011- 15.07.2011 tarihli bariyerli opsiyon sözleşmeleri imzalandığını, türev araçlar ve opsiyon sözleşmeleri konusunda hiçbir bilgisi olmadığı anlaşılan davalı bankanın müşteri temsilcisi tarafından telefonda konuşarak müvekkil şehir dışında iken hiçbir riski olmadığı telkinleri doğrultusunda sözleşme dahi imzalatmadan telefonda işlem yaptığını, bariyerli opsiyon sözleşmesinin müvekkili ile akdedilirken SPK seri: V No 46 Sayılı tebliğin amir hükümlerine riayet edilmediğini, müvekkilini bankanın işlemi içeriği hakkında bilgilendirmediğini ve sözleşmenin ayrılmaz parçası olan müşteri tanıma formunun müvekkilinden edinilmediğini...” Y. 11. HD, 16.10.2018, E. 2016/12968, K. 2018/6350, www.kazanci.com.tr, E.T. 24.03.2021. “...Bu durumda türev işlemlerde yüksek risk bulunduğu ve hesap sahibinin, türev işlemlere dair yatırımlar yapmadan önce kendisine iletilen analizlerin subjektif olacağını düşünerek bizzat araştırma yapması gerektiğine dair genel bildirim bulunduğu ve davacının davaya konu işlemlerden önce de bir çok kez opsiyon işlemi gerçekleştirdiği anlaşıldığına göre, mahkemece davacının davaya konu opsiyon işlemleri hakkında aydınlatılmadığına dair iddialarının ve hileli hareketler sebebiyle hataya düşüldüğünün de ispat edilemediği gözetilerek davanın reddi gerekir.” Y. 11. HD, 14.02.2017, E. 2015/12583, K. 2017/658, www.kazanci.com.tr, E.T. 24.03.2021. “Davalı vekili, taraflar arasında 15/09/2010 tarihinde “temel bankacılık hizmetleri sözleşmesi” ve “türev işlemleri çerçeve sözleşmesi” imzalandığını, bu sözleşmeler kapsamında müvekkili bankanın Marmara Özel Bankacılık Merkezi'nde davacı adına hesap açıldığını, bu hesap üzerinden anılan sözleşmeler kapsamında ve takip eden tarihlerde dava konusuna benzer opsiyon işlemleri yapıldığını, bu işlemler sonucu işlemin niteliğine göre opsiyon prim bedellerinin davacıya 1 veya 2 günlük valörlerle ödendiğini...”, Y. 11. HD, 06.01.2014, E. 2013/8680, K. 2014/77, www.kazanci.com.tr, E.T. 24.03.2021. “Davacı taraf, davalı bankanın opsiyon sözleşmesine aykırı olarak opsiyonu aktifleştirdiğini ileri sürmüştür. Mahkemece, bilirkişi raporuna itibar edilerek taraflar arasındaki sözleşmeye göre yurt içi bankalararası piyasada, gözlem döneminde belirlenen bariyer seviyesinden işlem yapılmadığı gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiştir. Davalı vekili rapora itiraz dilekçesinde, taraflar arasındaki sözleşmede belirtilen “bankalararası piyasa” ibaresinin yurt dışı bankaları da kapsadığını belirterek, bu konuya ilişkin hukuki mütaala sunmuştur. Ancak, davalının bilirkişi raporuna ilişkin bu itirazları karşılanmadan karar verilmiştir.” Y. 11. HD, 12.01.2015, E. 2014/13368, K. 2015/105, www.kazanci.com.tr, E.T. 24.03.2021. “Asıl davada davacı vekili, davalının finansal piyasalarda menkul kıymet alım satımı ile iştigal eden bir yatırımcı ve müvekkili bankanın da müşterisi olduğunu, 18.06.2007 tarihinde 5 milyon ABD dolarını 19.10.2007 tarihinde 1,3350 TL üzerinden bankadan satın almayı taahhüt ettiğini, bu işlemde müvekkilinin opsiyon alıcısı, davalının da opsiyon satıcısı konumunda olduğunu...” Y. 11. HD, 18.12.2019, E. 2018/4355, K. 2019/8289, www.kazanci.com.tr, E.T. 24.03.2021. Vadeli işlem piyasaları dışındaki işlemler yönünden, Yüksek Mahkeme'nin, isabetsiz bir şekilde opsiyon kavramına yer verdiği kararlar için bkz.: “Dava, taraflar arasında akdedilmiş olan Hisse Alım-Satım Opsiyon Sözleşmesinin feshi nedeniyle ödenen avans ödemelerinin tahsili için başlatılan icra takibine vaki itirazın iptali istemine ilişkindir. Mahkemece, dava konusu sözleşme ve tadil protokolleri hükümleri çerçevesinde taraflar arasındaki sözleşmenin bir “opsiyon sözleşmesi” olduğu, taraflarca kararlaştırılan Rekabet Kurumu tarafından yürütülen soruşturma kapsamında veya bu soruşturma konusu ile ilgili herhangi bir ceza veya yaptırım kararı vermemesi şeklindeki ön şartın ahlaka aykırı bir şart niteliğinde olmadığı, opsiyon hakkı sahibi davacının ilgili Hisse Alım-Satım Opsiyon Sözleşmesi uyarınca kendisine tanınan ve yine İkinci Tadil Protokolü ile tekraren kendisine tanınan opsiyon hakkını kullanmak suretiyle sözleşme ve tadil protokolünde ifade edilmiş tarzi itibarıyla “erken fesih” hakkını kullanarak dava konusu hisseleri almakta vazgeçmesinin iyiniyete aykırılık oluşturmadığı kabul edilerek bir değerlendirme yapıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir. Açıklanan nedenlerle karar bozulacaktır.” Y. 11. HD, 16.03.2018, E. 2018/25, K. 2018/2049, www.kazanci.com.tr, E.T. 24.03.2021. “Diğer taraftan taraflar arasındaki sözleşmede 40.000 ton malın satıcının seçim hakkına bağlı olarak %5 fazlası ve eksiğinin verilebileceği kararlaştırılmıştır. Opsiyon hakkı, satıcı olan davalıda olduğundan davalı kararlaştırılan %5 daha az malı verebileceğine göre davacının zararı hesaplanırken opsiyon hakkının mahsubu ile teslim edilmeyen bakiye malın ikame alımından doğan zararın saptanması gerekir. Mahkemece bu yönün gözden kaçırılması usul ve yasaya aykırıdır.” Y. 19. HD, 16.10.1997,

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUKÎ İŞLEMEN DOĞAN ALIM HAKKININ TANIMI, TÜRLERİ, HUKUKÎ NİTELİĞİ, ÖZELLİKLERİ, KURULMASI, ŞEKLİ VE İÇERİĞİ

2.1. Hukukî İşlemden Doğan Alım Hakkının Tanımı

Alım hakkı, sağlararası bir hukukî işlemle ya da ölüme bağlı tasarrufla kurulabilir⁵³⁵. Sağlararası hukukî işlemde doğan alım hakkı farklı şekillerde ortaya çıkar. Bu noktada akla gelen ilk imkân bağımsız bir alım hakkı sözleşmesi ile hakkın kurulmasıdır⁵³⁶. Ancak taraflar bağımsız bir sözleşme yapmak yerine başka bir sözleşme içerisinde de hakkın tesisini sağlayabilir. Bu ise, o sözleşmeye bir “*alım hakkı kaydı*” (*Kaufrechtsklausel*) konulmak suretiyle gerçekleştirilir⁵³⁷.

E. 1997/4595, K. 1997/8465, www.kazanci.com.tr, E.T. 24.03.2021. Yetki sözleşmesi kapsamında, taraflardan birinin yetkili olan mahkemelerden birini seçme hakkının opsiyon olarak ele alındığı Yüksek Mahkeme kararı için ayrıca bkz.: “*Bu gibi hallerde, davacı için yetki anlaşması veya yetki şartı ile kabul edilen mahkeme ile ikametgah mahkemesi ve 10. maddedeki mahkemelerden herhangi birine müracaat hususunda bir hakkı hıyar (opsiyon hakkı) tanınmış olmaktadır. Yargıtay’ın kökleşmiş içtihatları ile, akitle kararlaştırılan yer mahkemesinden başka davalı bakımından yetkili bulunan mahkemede dava açılması durumunda (bu davada olduğu gibi) davalının yetkisizlik itirazında bulunamayacağı kaba) edilmektedir.*” Y. 13. HD, 14.03.1991, E. 1990/9527, K. 1991/2961, www.kazanci.com.tr, E.T. 24.03.2021.

⁵³⁵ Meier-Hayoz, ZGB Art. 683, Rn.36; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 93; CHKommentar-S. Hrubesch und Millauer, OR Art. 184, Rn.21; ZK-Kom./Haab vd., ZGB Art. 681-682, Rn.9; BernerKom/Giger, OR Art. 216, Rn.43. Önalım hakkı kapsamında bkz.: Eren, *Özel Hükümler*, 202.

⁵³⁶ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 93; Meier-Hayoz, ZGB Art. 683, Rn.36.

⁵³⁷ Bu yönde bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 93. Finansal kiralama sözleşmeleri kapsamında meseleyi ele alan görüş için bkz.: Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 322. Ürün kirası sözleşmesine konulan alım hakkı kaydı kapsamında bir örnek sunarak önalım hakkı kapsamında meseleyi ele alan görüş için bkz.: Meier-Hayoz, ZGB Art. 681, Rn.60. Ayrıca kira sözleşmeleri kapsamında bu doğrultudaki bir başka görüş için ayrıca bkz.: ZK-Kom./Haab vd., ZGB Art. 681-682, Rn.9. Meseleyi anonim şirketler kapsamında ele alan ve konsorsiyum (*Konsortial-*) ile oy sözleşmeleri (*Stimmbindungsvertrag*) üzerinden alım hakkı kaydını izah eden görüş için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 93.

Alım hakkının ölüme bağlı bir tasarruf ile kurulduğu haller ise iki farklı şekilde söz konusu olur. Bunlar; vasiyetname (*testament/Testament*) ve miras sözleşmesi (*inheritance contract/Erbvertrag*) olarak karşımıza çıkar.

2.2. Ölüme Bağlı Tasarruftan Doğan Alım Hakkı

Alım hakkı bir ölüme bağlı tasarruf ile kurulabilir. Hakkın ölüme bağlı bir tasarruf ile kurulması iki farklı şekilde söz konusu olur. Bunlar; vasiyetname (*testament/Testament*) ve miras sözleşmesidir⁵³⁸ (*inheritance contract/Erbvertrag*)⁵³⁹. Vasiyetname ile hakkın tesisinde TMK md. 531 vd. yer alan düzenlemeler aynı şekilde burada da uygulama alanı bulur. Bunun gibi, miras sözleşmesi açısından yol gösterici düzenleme ise TMK md. 527 hükmüdür. Bunun noktada, TMK md. 545'teki atıf dolayısıyla, miras sözleşmelerinde resmî vasiyetname için aranan şekil şartına uyulması zorunludur. Ayrıca, hem vasiyetname hem de miras sözleşmesinde, ölüme bağlı tasarruflarda ehliyeti düzenleyen TMK md. 503 vd.'de yer alan hükümlerin de göz önünde tutulması gerekir.

Alım hakkı ölüme bağlı bir tasarruf ile kurulduğunda, tasarrufun konusu, terekedeki belirli bir mal üzerinde kurulan hakkın kendisi olur. Başka bir deyişle, hakkın konusunu oluşturan mal ölüme bağlı tasarrufun konusunu oluşturmaz. Dolayısıyla lehine vasiyet yapılan kişi, terekeye sahip mirasçılara karşı söz konusu malı tek taraflı irade beyanıyla satın alma yetkisine sahip olur⁵⁴⁰.

Alım hakkının ölüme bağlı bir tasarruftan doğduğu hallerde, hakkın kullanılmasıyla birlikte, hak sahibi ile mirasçılar arasında kurulan hukukî ilişki artık sözleşmeden doğan alım hakkındaki hukukî rejime tâbi olur. Dolayısıyla bu çalışmada, ölüme bağlı tasarruftan doğan alım hakkına ilişkin farklılık arz eden hususlara, sözleşmeden doğan alım hakkı ele alınırken değinilmiştir.

⁵³⁸ Türk hukukunda önalım hakkı kapsamında bu yönde bkz.: Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 317. İsviçre hukukunda ayrıca bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.455 ve 2466; ZK-Kom./Haab vd., *ZGB Art. 681-682*, Rn.11; Schleich, *Option*, 187; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.227. Alman hukukunda ise hakkın ölüme bağlı bir tasarrufla kurulamayacağı savunulmaktadır. Alman hukukunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 121 ve öğreti tartışmaları için ayrıca dpn.557'de anılan yazarlar. Ölüme bağlı tasarrufla kurulan alım hakkının özellikle vasiyetname yoluyla tesis edildiği yönünde ayrıca bkz.: Eren, *Özel Hükümler*, 219. Miras taksim sözleşmesi kapsamında meseleyi ele alan görüş için bkz.: Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 321. Ölüme bağlı bağışlama kapsamında açıklamalar için ayrıca bkz.: ZK-Kom./Haab vd., *ZGB Art. 681-682*, Rn.11.

⁵³⁹ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 93.

⁵⁴⁰ Allgäuer, *Kaufrecht*, 29; Isler, *Grundbuch*, 34.

2.3. Sözleşmeden Doğan Alım Hakkı

2.3.1. Genel Olarak

Sözleşmeden doğan alım hakkında önem arz eden konuların başında, alım hakkı sözleşmesinin kavram olarak kapsamının ele alınması gelir. Bunun dışında sözleşmenin hukukî nitelik ile hukukî işlemlere yönelik tasnifler yönünden önem arz eden özelliklerinin incelenmesi bir diğer meseledir. Son olarak sözleşmenin kurulması ve içeriğine ilişkin noktalar da üzerinde durulması gereken bir diğer sorundur. Çalışmanın bu bölümünde sözü edilen konular ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır.

2.3.2. Alım Hakkı Sözleşmesi Terimi ve Tanımı

2.3.2.1. Terim

Alım hakkını kuran sözleşme gerek Türk gerek ise İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde farklı terimler ile ifade edilmektedir. Türk hukukunda alım hakkını düzenleyen muhtelif hükümlerde, kanun koyucunun, “*alım sözleşmesi*” terimini tercih ettiği görülmektedir. Nitekim TBK md. 237/II hükmünde yer alan “...*alım sözleşmeleri, resmî şekilde düzenlenmedikçe geçerli olmaz*” ifadesi de bu tercihi açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Bu yönüyle, eski Kanun döneminde yer alan “*ıştira sözleşmesi*” terimi artık terk edilmiştir. Türk hukuk öğretisinde ise, yaygın olarak alım sözleşmesi ifadesine yer verildiği görülmektedir⁵⁴¹. Öte yandan öğretide, “*alma sözleşmesi*”⁵⁴² gibi farklı terim kullanımlarına da rastlanmaktadır. Bununla birlikte, **Yargıtay**’ın yeni Kanun döneminde bu konuya ilişkin yeni bir kararına rastlanmamaktadır. Ancak nispeten eski kararlarda, Yüksek Mahkeme’nin, Kanun’da yer alan terminolojiye bağlı kaldığı görülmektedir⁵⁴³.

⁵⁴¹ Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 322; Eren, *Özel Hükümler*, 218.

⁵⁴² Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 322.

⁵⁴³ “Bilindiği üzere, Medeni Kanunun 660. maddesinde düzenlenen ıştırta sözleşmesi, alacaklıya tek taraflı irade beyanı ile bir taşınmazı satın alma hakkı veren yenilik doğurucu (inşai-kurucu) nitelikte bir sözleşmedir. ıştırta sözleşmesinin kurulması ile ıştırta hakkı sahibi, sözleşmeyle öngörülen satışı, dolayısı ile akde konu taşınmazın mülkiyetini talep etme hakkını elde eder. Sözleşmenin yenilik doğurucu, kurucu etkisi ise alacaklının, sözleşmenin kendisine sağladığı talep hakkını kullanması ile ortaya çıkar. Diğer bir anlatımla, bu hak kullanılmadığı süreci, ıştırta hakkı sahibinin sözleşmeye dayalı hakkı kişisel hak düzeyinde kalır; hakkın kurucu özelliği ortaya çıkmaz.” Y. 1. HD, 13.06.2000, E. 2000/4392, K. 2000/7733, www.kazanci.com.tr, E.T. 27.05.2020. Bu yöndeki bir diğer Yüksek Mahkeme kararı için bkz.: Y. 1. HD, 04.10.2012, E. 2012/5888, K. 2012/10744, www.kazanci.com.tr, E.T. 27.05.2020.

İsviçre hukukunda alım hakkını kuran sözleşme için münhasıran *alım hakkı sözleşmesi* (*Kaufrechtsvertrag*) terimi kullanılmaktadır⁵⁴⁴. Aslında bu durum oldukça şaşırtıcıdır. Zira Türk hukukunda, kanun koyucu, “*alım sözleşmesi*” şeklinde bir terime yer vermesine rağmen öğreti ve uygulamada birden fazla ifadeye rastlanmaktadır. Oysa İsviçre hukukunda durum farklıdır. İsviçre kanun koyucusu, alım hakkını düzenleyen İsviçre Borçlar Kanunu’nda terminolojiye yönelik doğrudan bir ifadeye yer vermemiştir. Zira Kanun, açık bir şekilde alım hakkı sözleşmesinden değil; alım hakkını kuran sözleşmeden bahsetmektedir. Ancak buna rağmen, öğreti ve uygulama, ittifakla alım hakkı sözleşmesi terimini kullanmaktadır. Buna paralel olarak da, İsviçre kanun koyucusu, 2012 yılında yürürlüğe giren Tapu Sicili Yönetmeliği’nde (*Grundbuchverordnung/GBV*) öğreti ve uygulamada benimsenmiş olan alım hakkı sözleşmesi (*Kaufrechtsvertrag*) terimini olduğu gibi yönetmeliğe almıştır.

Alman hukukunda ise durum oldukça farklıdır. Bu kapsamda, Alman hukukunda, alım hakkını konu alan bir sözleşmenin; *alım hakkı anlaşması* (*Kaufrechtsvereinbarung*⁵⁴⁵), koşula bağlı esas sözleşme (*ein bedingter Hauptvertrag*⁵⁴⁶), opsiyon kaydı saklı tutulmuş esas sözleşme (*der Hauptvertrag mit Optionsvorbehalt*⁵⁴⁷), öneri sözleşmesi (*Angebotsvertrag*⁵⁴⁸) gibi terimlerle ifade edildiği görülmektedir. Ancak böyle bir sonuç oldukça normaldir. Bunun sebebi, söz konusu hukuk sisteminde yer alan opsiyon müessesesi anlayışının, Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinde yer anlayıştan oldukça farklı olmasıdır⁵⁴⁹.

Alım hakkını kuran sözleşmenin tanımını yapmadan ve içeriğini incelemeden önce terminolojiye yönelik eleştirinin yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Türk hukukunda mevzuat ile öğreti ve yargı uygulamasına yerleşmiş olan “alım sözleşmesi” ifadesi, kanaatimizce, isabetsiz bir tercih olmuştur. Zira alım sözcüğü, kelime anlamı

⁵⁴⁴ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.36; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 93; CHKommentar-S. Hrubesch und Millauer, *OR Art. 184*, Rn.21; BernerKom/Giger, *OR Art. 216*, Rn.43.

⁵⁴⁵ BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.74.

⁵⁴⁶ BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.73 ve 75; BRHP-Werner Eckert, *§ 145*, Rn.28; Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 145*, Rn.52; BeckOGK-Möslein, *BGB § 145*, Rn.84; jurisPraxisKom-Backmann, *§ 145*, Rn.56-57; Soergel-Wolf, *BGB Vor § 145*, Rn.70. Aksi yönde bkz.: Jauernig-Mansel, *Vor § 145*, Rn.6; Geiben, *Der Vorvertrag*, 61.

⁵⁴⁷ jurisPraxisKom-Backmann, *§ 145*, Rn.56; Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 145*, Rn.52.

⁵⁴⁸ Staudinger-Bork, *Vorbem zu § 145-156*, Rn.70; BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.74; von Einem, *Die Rechtsnatur*, 16.

⁵⁴⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Birinci Bölüm, Opsiyon başlığı.

itibariyle, “*alma işi*”⁵⁵⁰ anlamına gelmektedir. Eski Kanun döneminde yer alan ve “*satın alma*”⁵⁵¹ anlamına gelen “*ıştira*” sözcüğünün de yerine kullanılmıştır. Bu yönüyle de, kanun koyucu, yeni Kanun döneminde nispeten daha doğru bir terimi tercih etmiştir. Zira “*alım*” sözcüğünün mutlaka bir satın alınma eylemini karşılaması gerekmez. Söz konusu şey, bir hediye olarak da alınmış olabilir. Aslında bu yönde bir çıkarım alım hakkı müessesesi yönünden oldukça olumludur. Çünkü, alım hakkının, hak sahibine mutlaka bir ivaz karşılığı tanınması gerekmez. Ancak yine de kanaatimiz, “*alım*” sözcüğünün, alım hakkını kuran sözleşmeyi ifade etme açısından yetersiz olduğu yönündedir. Bu yetersizliğin ise farklı birtakım sebepleri söz konusudur.

İlk olarak, alım sözleşmesi oldukça genel bir ifadeye sahiptir. Burada sözleşmenin içeriğinin ne olduğuna dair herhangi bir çıkarım yapılması mümkün değildir. Oysa alım hakkını kuran sözleşmenin konusu tek bir şeydir. O da, alım hakkıdır. Dolayısıyla daha sınırlandırıcı bir ifade, kanaatimizce, daha isabetli bir tercih olarak gözükmektedir. İkinci olarak, Kanun’da yer alan terminolojinin, hukukî işlemin muhtevasını yansıtmada yetersiz olduğunu söylemek mümkündür. Bu durum özellikle önalım sözleşmesi açısından daha belirgindir. Gerçekten de önalım sözleşmesi denildiğinde, sanki üçüncü kişilere nazaran belirli bir eşya üzerinde öncelikli olarak yapılan bir alım varmış intibası uyanmaktadır. Oysa alım, geri alım ve önalım haklarında hakkın konusu olan şeyin mülkiyetine veyahut da zilyetliğine yönelik herhangi bir müdahale söz konusu değildir. Dolayısıyla burada teknik anlamda bir “*alma*” veya “*alım*”dan bahsetmek mümkün değildir. Kişiye üçüncü kişilere nazaran öncelikli veyahut da imtiyazlı pozisyonu sağlayan sözde bu “*alma*” işlemi değil; hakkın kendisidir. Dolayısıyla terminolojik ifadede vurgulanması gereken husus doğrudan hakkın kendisi olmalıdır. Son olarak, hakkın, hak sahibine tesisi de teknik anlamda bir “*alma*” eylemi şeklinde tezahür etmez. Hak, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte, opsiyon sözleşmelerindeki yaratma fonksiyonu (*Kreationsfunktion*) sayesinde doğrudan hak sahibi lehine tesis edilmiş olur⁵⁵². Dolayısıyla “*alım sözleşmesi*” ifadesindeki “*alım*” sözcüğünü “*hakkın alımı*” şeklinde anlamak da mümkün değildir. Kaldı ki, hak sahibi tarafından yapılan alım işlemi aslında alım hakkının ileri sürülmesiyle birlikte kurulan satış sözleşmesine dayanarak yapılır. Bu ise hakkı kuran sözleşmeden tamamen ayrı bir

⁵⁵⁰ “Güncel Türkçe Sözlük”, (Erişim Tarihi 27.05.2020), <https://sozluk.gov.tr>

⁵⁵¹ “Güncel Türkçe Sözlük”, (Erişim Tarihi 27.05.2020), <https://sozluk.gov.tr>

⁵⁵² Ayrıntılı bilgi için bkz.: Borçlandırııcı İşlem – Tasarruf İşlemi Ayırımı başlığı.

hukukî işlemdir. Tüm bu sebeplerden dolayı, alım hakkını kuran sözleşmeyi en iyi açıklayan terim, kanaatimizce, “*alım hakkı sözleşmesi*” olarak gözükmektedir⁵⁵³.

2.3.2.2. Tanım

Sözleşme tarafların bir hukukî ilişki kurmaya yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından oluşur⁵⁵⁴. Bu durum alım hakkı sözleşmesi açısından da aynıdır. Burada da taraflar, bir hukukî ilişki kurmak için bir araya gelmektedir. Amaç ise, tarafların biri lehine alım hakkının tesisidir.

Türk hukukunda alım hakkı sözleşmesi, hak sahibine sözleşmede yer alan zaman ve koşullarla bir taşınmazı tek taraflı ve ulaşması gerekli olan bir irade beyanıyla satın alma yetkisi veren bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır⁵⁵⁵. Bunun dışında, **Yargıtay** içtihatlarında ise, alım hakkı sözleşmesini tanım boyutunda ele alan bir karara rastlanmamaktadır.

İsviçre ve Alman hukuk sistemlerine bakıldığında ise, alım hakkı sözleşmesine ilişkin farklı tanımların yer aldığı görülmektedir. Bu kapsamda Alman hukukunda, alım hakkı sözleşmesi, taraflardan biri lehine alım hakkı kuran ve diğer tarafın da buna karşılık genellikle bir bağlanma bedeli (*Entgelt für die Bindung*⁵⁵⁶/*die Bindungsentschädigung*⁵⁵⁷) ödemekle yükümlü olduğu sözleşmeyi ifade etmektedir⁵⁵⁸.

⁵⁵³ Bu tercih, kanaatimizce, İsviçre hukuk öğretisindeki yaklaşımla da uyum içerisindedir.

⁵⁵⁴ Şahin Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi – Genel Hükümler* (Konya: Sayram Yayınları, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, 2019), 66 ve 73 vd.; Eren, *Genel Hükümler*, 227; Şahin Akıncı, *818 Sayılı BK ve 6098 Sayılı TBK ile Mukayeseli Roma Borçlar Hukuku* (Konya: Sayram Yayınları, 11. Baskı, 2020, 11; Murat Doğan, Gökhan Şahan ve İsmail Atamulu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 107; Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 16, Knr.1; Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, Knr.611; Reisoglu, *Türk Borçlar*, 52; M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1*, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı (Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014), 42; Nomer, *Borçlar Hukuku*, 36; Yıldırım, *Türk Borçlar Kanunu*, 52; Cansel ve Özel, *Borçlar Hukuku*, Knr.219; Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku*, 1; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 10. Baskı (Konya: Mimoza Yayınları, 2015), 130; Dural ve Sarı, *Temel Kavramlar*, Knr.1118; İnan ve Yücel, *Borçlar Hukuku*, 138; Hatemi, *Medeni Hukuka Giriş*, § 10, Knr.13; Aydoğdu ve Kahveci, *Borçlar Hukuku*, 3; BeckOGK-Möslein, *BGB § 145*, Rn.2; BernerKom/Giger, *OR Art. 216*, Rn.43. Sözleşme kavramı, sözleşme taraflarınca kararlaştırılan ve bir hukukî ilişkiye yönelik iki veya çok taraflı hukukî düzenlemeyi ifade eder. Alman hukukunda yer alan bu yöndeki tanım için bkz.: BRHP-H. –W Eckert, § 145, Rn.2; jurisPraxisKom-Backmann, § 145, Rn.3. Alman hukukunda yer alan bir başka tanım için bkz.: BeckNomosHK-Schulze, *BGB § 145-157*, Rn.4.

⁵⁵⁵ Eren, *Özel Hükümler*, 218.

⁵⁵⁶ Krüger, “Optionsrecht”, 3.

⁵⁵⁷ Linneborn, “Das Optionsrecht”, 27.

⁵⁵⁸ Bu doğrultuda bkz.: Linneborn, “Das Optionsrecht”, 27. Hemen hemen aynı tanıma yer veren bir başka görüş ise, bağlanma bedeline yönelik olarak mutlak bir ifadeye yer vermektedir. Bu görüşe göre, alım hakkı, mutlaka bir bağlanma bedeli karşılığında kararlaştırılmaktadır. Oysa bu bedel

Bununla birlikte, İsviçre hukukunda, alım hakkı sözleşmesinin kapsamlı ve doğru bir tanımının Giger tarafından yapılmıştır. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, alım hakkı sözleşmesi, hakkın konusu şeyi ön şartların kararlaştırıldığı durumlarda bu şartlar altında veya halihazırda belirlenmiş şartlarla her zaman ya da öncesinde belirlenmiş süre içerisinde satın alma yetkisi sağlayan bir sözleşmedir⁵⁵⁹.

2.3.3. Alım Hakkı Sözleşmesinin Hukukî Niteliği

2.3.3.1. Genel Olarak

Alım hakkı sözleşmesinin hukukî niteliği öğretide tartışmalıdır. Bu tartışmalar Türk hukukunda olduğu gibi İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde de yer almaktadır. Hatta İsviçre’de 1994 yılında İsviçre Borçlar Kanunu’nda yapılan revizyona rağmen söz konusu tartışmalar önemini yitirmemiştir⁵⁶⁰. Zira alım hakkını konu alan bir sözleşme gerek Türk hukuku gerek ise İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde geniş ve kapsamlı bir şekilde düzenlenmemiştir. Dolayısıyla bu müessesenin detaylandırılması büyük ölçüde yargı uygulaması ve hukuk öğretisine bırakılmıştır⁵⁶¹. Ancak ne var ki, yargı uygulamaları açısından da gerek İsviçre gerek ise Alman içtihatlarında tam bir görüş birliğinden bahsetmek mümkün gözükmemektedir. Özellikle İsviçre Federal Mahkemesi, taşınmazlar üzerinde kurulan alım hakkına ilişkin kararlarında yer yer öğretideki farklı görüşleri esas alarak alım hakkını açıklamaya çalışmıştır⁵⁶².

Alım hakkı sözleşmesinin hukukî niteliğine yönelik tartışmaların merkezinde iki önemli nokta yer alır. Bunlardan birincisi, alım hakkı sözleşmesi ile esas sözleşme arasındaki ilişkidir. Bu ilişkiye yönelik incelemede cevabı aranan soru ise, bu iki sözleşmenin birbirinden bağımsız iki ayrı sözleşme mi (*selbständige Verträge*) yoksa tek bir homojen sözleşme mi (*einheitlicher Vertrag*) olduğu sorusudur⁵⁶³. Bu sorunun

sözleşmenin objektif esaslı unsurunu oluşturmadığından, kanaatimizce, isabetsiz bir tercih olmuştur. İlgili tanım için bkz.: Krüger, “Optionsrecht”, 3. Alım hakkı sözleşmesine ilişkin kısa bir tanım yapan ve alım hakkını kuran sözleşme şeklinde ele alan görüş için bkz.: Georgiades, *Optionsvertrag*, 409.

⁵⁵⁹ BernerKom/Giger, *OR Art.* 216, Rn.43.

⁵⁶⁰ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.70. Özellikle revizyon öncesinde tartışmaların yapıldığı yönünde bkz.: Noelp, *Eine Studie*, 59 vd.; Schleich, *Option*, 78-79; Pulver, “Börsenmäßige”, 222 vd.; Ott, “Die Abtretung”, 268 vd. Bu doğrultuda bkz.: Brunner, *Kaufsrechte*, 169 vd.

⁵⁶¹ İsviçre hukukunda önalım hakkı kapsamında ileri sürülen bu görüş için bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art.* 681, Rn.46.

⁵⁶² Yüksek Mahkeme kararları ilgili başlıklarda ayrıca ele alınmıştır.

⁵⁶³ Burada her ne kadar tek bir homojen borç ilişkisi (*einheitliches Schuldverhältnis*) kavramı kullanılsa da, aslında dikkat çekilmek istenen nokta, taraflarca tek bir sözleşmenin yapılmış olmasıdır. Genel

cevabına yaklaşım eğer ki, iki ayrı sözleşme lehine ise, artık alım hakkı sözleşmesinde kendi özgü bir sözleşme tipi mi (*eigenständiger Vertragstyp*) yoksa bir hak satışı mı (*Rechtskauf*) söz konusu olduğu soruları gündeme gelmektedir⁵⁶⁴. Bunun gibi, alım hakkı sözleşmesi ile opsiyon sözleşmesi arasında bir süreklilik mi (*Kontinuität*), yoksa bir süreksizlik mi (*Diskontinuität*) olduğu hukukî niteliğin tayininde bir diğer önemli çıkış noktasıdır. Başka bir deyişle, taraflar arasındaki sözleşmeden doğan borç ilişkisi veyahut da ilişkileri iki farklı şekilde mi cereyan etmekte ya da birbirlerinin devamı niteliğinde bir görünüme mi sahiptir? Aslında opsiyon sözleşmeleri ile esas sözleşmeler arasında hukukî olduğu kadar iktisadi bir bağlantıdan da bahsetmek mümkündür. Ancak iki hukukî işlem arasındaki iktisadi bir bağlılığın, aynı zamanda bu iki işlem arasında, her zaman bir hukukî birlikteliğin bulunmasını zorunlu kılan bir hukukî düzenleme söz konusu değildir⁵⁶⁵. Kaldı ki, aynı taraflar arasındaki iktisadî ilişkinin bu kimseler arasındaki sözleşmelerin prensipte birbirinden bağımsız olmasına engel bir etkisi de yoktur⁵⁶⁶. Bu çerçevede, ileri sürülen sorulara verilecek cevap, söz konusu teorilerin alım hakkını açıklamaya yeterli olup olmadığını değerlendirmede iki temel noktayı oluşturmaktadır.

Alım hakkı sözleşmesi ve esas sözleşme arasındaki ilişkinin teorik nitelendirilmesi uygulanacak hukukun tespitinde büyük bir etkiye sahiptir. Zira alım hakkının kullanılmasından önceki süreçte tarafların sorumlulukları veyahut da örneğin fesih halinde feshin kapsamını tek bir sözleşmenin mi yoksa sadece esas sözleşmenin mi oluşturduğu tamamen teorik nitelendirme ile ilgili bir meseledir. Bunun gibi, alım hakkının devrinde bir hak devri mi yoksa bir sözleşmenin devrinden mi bahsedileceği de aynı şekilde teorik nitelendirmede varılan sonuca göre tayin edilmektedir⁵⁶⁷.

Günümüzde alım hakkı sözleşmesine yönelik teorik tartışmalar genel olarak iki yaklaşım etrafında toplanmaktadır. Bunlar, kurma teorisi (*Begründungstheorie*) ile koşul teorisi (*Bedingungstheorie*)⁵⁶⁸. Bu teoriler arasındaki temel ayırım noktası, taraflar arasındaki satış sözleşmesinin kurulma anına ilişkin olarak verdikleri farklı

olarak opsiyon sözleşmesi kapsamında ileri sürülen bu tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.:

Casper, *Der Optionsvertrag*, 42.

⁵⁶⁴ Casper, *Der Optionsvertrag*, 42.

⁵⁶⁵ Casper, *Der Optionsvertrag*, 50.

⁵⁶⁶ Erman-Kindl, *BGB Vor § 311*, Rn.13.

⁵⁶⁷ Casper, *Der Optionsvertrag*, 49.

⁵⁶⁸ Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 64. Aynı doğrultuda bkz.: BernerKom/Giger, *OR Art. 216*, Rn.44.

cevapta ortaya çıkar⁵⁶⁹. Zira her iki teori de, alım hakkını bir yenilik doğuran hak olarak kabul eder. Ancak kurma teorisinde taraflar arasındaki satış sözleşmesi yenilik doğuran hakkın kullanılmasıyla kurulmaktadır. Buna karşılık koşul teorisinde, sözleşmenin kurulma anı, alım hakkının hak sahibine tanındığı ana karşılık gelir. Bu iki teori dışındaki diğer öğreti tartışmaları ise artık önemini yitirmiştir⁵⁷⁰.

Alım hakkı sözleşmesinin hukukî niteliğinin tespitinde İsviçre hukukunda oldukça isabetli şekilde dile getirilen bir yöntem üzerinden hareket etmek gerekir. Buna göre, öğretide yer alan görüşlerden birini kabul ederek ona uygun temellendirmeler yapmak yerine; teorik tartışmalarda ele alınan sorulara verilen cevaplar üzerinden bir sonuca ulaşmak daha uygun bir çözüm yolu olarak gözükmektedir⁵⁷¹. Bu çerçevede, çalışmamızda, teorik tartışmalar genel olarak iki ana başlık altında incelenmiştir. Bu başlıklar ise, birlik teorisi (*Einheitstheorie*) ve ayırma teorisi (*Trennungstheorie*) olarak adlandırılmıştır. Teorilere ilişkin ana ayırımın temelinde ise, alım hakkı sözleşmesi ile esas sözleşme arasındaki bağ yer almaktadır.

2.3.3.2. Birlik Teorisi

2.3.3.2.1. Genel Olarak

Birlik teorisi (*Einheitstheorie*), alım hakkı sözleşmesi ile esas sözleşmeyi tek bir homojen sözleşme olarak ele alır. Buna göre, taraflar bir alım hakkı kurmak üzere sözleşme yaptıklarında alım hakkıyla hedeflenmiş olan esas sözleşme de (*anvisierter Hauptvertrag*) aynı anda taraflar arasında kurulmuş olur. Birlik teorisi kapsamında alım hakkı sözleşmesini ele alan tek bir öğreti görüşü vardır. O da, koşul teorisidir.

⁵⁶⁹ Isler, *Grundbuch*, 20. Bu ayırımın hakkın kendi niteliği tartışmalı değildir. Zira alım hakkı yenilik doğuran bir haktır. Bu doğrultuda bkz.: Heinz Rey, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4. Aufl. (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2008), 39, 42; Ott, “Die Abtretung”, 258 ve 264. Söz konusu iki teori arasında ayırım yaparken sözleşmelerin kurulmaları noktasında aynı tespiti ortaya koyan; fakat hakkın yenilik doğuran hak niteliğini sadece kurma teorisi kapsamında ifade eden görüş için bkz.: Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 71, dpn.435.

⁵⁷⁰ Isler, *Grundbuch*, 20; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.64; Noelpp, *Eine Studie*, 39; Ott, “Die Abtretung”, 262 vd. Bu doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 71, dpn.435.

⁵⁷¹ Bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.70.

2.3.3.2.2. Koşul Teorisi

2.3.3.2.2.1. Genel Olarak

Koşul teorisi (*Bedingungstheorie*), İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde oldukça taraftar toplayan bir görüştür⁵⁷². Bu teoride, alım hakkını kuran sözleşmenin hukukî niteliği genel olarak bir satış sözleşmesi etrafında açıklanmaktadır. Teorinin çıkış noktasını ise, taşınmazları konu alan alım hakkının kurulmasında öngörülen şekle ilişkin düzenlemeler oluşturur⁵⁷³. Zira bir taşınmazı konu edinen alım hakkı sözleşmesi için kanun koyucu resmî şekil şartı öngörmüştür. Ancak alım hakkının kendisinin tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılması mümkündür. Bu noktada koşul teorisi, her iki sözleşmeyi bir bütün olarak birlikte ele almakta ve hakkın konusunun devrine ilişkin hukukî sebebi de taraflar arasındaki akdedilmiş olan bu sözleşme olarak kabul etmektedir. Böylelikle de, hakkın herhangi bir şekle bağlı olmaksızın basit bir irade beyanıyla kullanılmasını hukukî olarak temellendirmiş olmaktadır. Zira taraflar arasında

⁵⁷² İsviçre hukukunda bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 13 ve 90 vd.; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.46 ve Art. 683, Rn.31 vd.; Allgäuer, *Kaufrecht*, 28; Roland Steffen, “Selbständige Gestaltungsrechte - Zugleich ein Beitrag zur Rechtsnatur der zivilrechtlichen Gestaltungsrechte” (Dissertation, Würzburg Univ., 1966), 67; CHKommentar-S. Hrubesch und Millauer, *OR Art. 184*, Rn.21; Stefan Kramer ve Dieter Zobl, *Schweizerisches Kapitalmarktrecht* (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2004), Rn.566; Gottfried Stiefel, *Über den Begriff der Bedingung im schweizerischen Zivilrecht: Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft* (Aarau: H. R. Sauerländer & Co. Verlag, 1919), 237 vd. ve 260 vd.; Noelpp, *Eine Studie*, 44; Guhl, Merz ve Kummer, *Obligationenrecht*, 304 vd.; Stefan Kramer ve Olivier Favre, *Art. 2 lit. c Begriffe: Derivate oder Derivatgeschäfte (Kommentar zum Finanzmarktinfrastukturgesetz FinfraG) / SK - Schulthess Kommentar* (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2017), Rn.34; Enneccerus ve Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, 41; Cavin, *Kauf*, 153 vd.; Hugo Oser ve Wilhelm Schönenberger, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd.V/2, Art. 184-418 OR*, 2. Aufl. (Zürich: Schulthess Verlag, 1936), Rn.18 vd.; Simonius ve Sutter, *Immobiliarsachenrecht*, § 11 Rn.7; Kramer ve Zobl, *Kapitalmarktrecht*, Rn.566; Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil: Handbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, 4. Aufl. (Bern: Schulthess Juristische Medien AG, 2017), Rn.20.08. Önalım kapsamında ayrıca bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.65; Silvo Hutterli, “Strukturierte Produkte: Ausgestaltung, Emission und Handel aus rechtlicher Sicht” (Dissertation, St. Gallen, Zürich 2008), Rn.22; Markus Vischer, “Vorkaufsrechte an Aktien”, içinde *GesKR 2014*, editörler Daniel Daeniker vd. (Zürich: Dike Verlag, 2014), 82-83; Noelpp, *Eine Studie*, 41. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 121 III 210, S. 212, Erw. 3c. «Le droit d’emption est en effet un droit d’acquisition conditionnel subordonné à une condition potestative, la déclaration d’exercice du droit.» (Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 71, dpn.436’dan naklen.). Alman hukukunda bkz.: BeckMüKo-Westermann, *BGB § 463*, Rn.7; Wolf, *Besonderer Teil*, 54; BRHP-Faust, § 463, Rn.9; GesetzesFormulare-S. Eberl, *BGB § 463*, Rn.2; Erman-Grunewald, *BGB*, § 463, Rn.3. İsviçre hukukunda yer alan bir görüşe göre, alım hakkını kuran sözleşme bir satış sözleşmesidir. Zira kanunda alım hakkı sözleşmesini kuran bu tür bir sözleşmeye yönelik özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Sözleşmenin kendisi ise niteliği itibariyle geciktirici koşula bağlı bir satış sözleşmesidir. Bu yöndeki görüş için bkz.: Cavin, *Kauf*, 150 vd.

⁵⁷³ Alman hukuku kapsamında bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz.: Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 75. Koşul teorisinin bu yönüne dikkat çeken bir diğer görüş için bkz.: Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 158*, Rn.15.

halihazırda bir satış sözleşmesi zaten kurulmuş olduğundan hakkın ne şekilde kullanılacağına da bir önemi artık kalmamaktadır.

Koşul teorisine göre, alım hakkını kuran sözleşme geciktirici koşula bağlı bir satış sözleşmesidir⁵⁷⁴. Niteliği itibari ile de, tek taraflı iradî koşula bağlı bir satış sözleşmesi (*einseitiger potestativ bedingter Kaufvertrag*) olarak karşımıza çıkar⁵⁷⁵.

⁵⁷⁴ Türk hukukunda bkz.: Buz, *Haklar*, 153. Özel türde bir satış sözleşmesi ifadesine yer vermekle birlikte sözleşmenin bir koşula bağlı olup olmadığı hususunda bir açıklama ortaya koymayan görüş için bkz.: Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 317. İsviçre hukukunda koşula bağlı satış sözleşmesi yönünde bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 13 ve 90 vd.; Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.20; Walter Früh, “Die Vormerkung persönlicher Rechte nach schweizerischem Grundbuchrecht” (Dissertation, Zürich, 1929), 41; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.46 ve Art. 683, Rn.31 vd.; Ott, “Die Abtretung”, 262; Schenker, *Vorkaufsrechte*, 246; Allgäuer, *Kaufrecht*, 28; Oser ve Schönenberger, *Bd.V/2*, Art.216, Rn.18 vd.; Forstmoser ve Kuchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1180; Steffen, “Selbständige”, 67; CHKommentar-S. Hrubesch und Millauer, *OR Art. 184*, Rn.21; Kramer ve Zobl, *Kapitalmarktrecht*, Rn.566; Stiefel, *Über den Begriff*, 237 vd. ve 260 vd.; Noelpp, *Eine Studie*, 44; Guhl, Merz ve Kummer, *Obligationenrecht*, 304 vd.; Kramer ve Favre, *Art. 2 lit. c*, Rn.34; OFK-Kostkiewicz, *OR Art.216*, Rn.4; BernerKom/Giger, *OR Art. 216*, Rn.44. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 121 III 210, S. 212, Erw. 3c. (Fischer, *Aktionärbindungsverträge*, 71, dpn.436’dan naklen). Alman hukukunda bu yönde bkz.: Enneccerus ve Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, 41; BeckMüKo-Westermann, *BGB § 463*, Rn.7; PWW-Schmidt, *BGB § 463*, Rn.4; BRHP-Faust, *§ 463*, Rn.9; GesetzesFormulare-S. Eberl, *BGB § 463*, Rn.2; Erman-Grunewald, *BGB, § 463*, Rn.3. Bu yöndeki Alman mahkeme kararları için ayrıca bkz.: RG 72, 385; 137, 29, 33; BGHZ, 32, 375, 377 f; BGH NJW 00, 1033 (PWW-Schmidt, *BGB § 463*, Rn.4’ten naklen); RGZ (v. 5.11.1907 - V107/07) 67, 42, 44 mit vielen Nachweisen zur Konstruktion; RGZ (v. 24.1.1910 - V 324/08) 72, 385; RGZ (v. 25.2.1922 - V 400/21) 104,122; so auch BGH (v. 28.11.1962 - VIII236/61) LM § 505 a. F. Nr. 4; BGHZ (v. 10.7.1986 - III44/85) 98,188 = NJW1987,494 (HKK-Thiessen, *§ 454-473*, Rn.87, dpn.589’dan naklen); BGHZ 29, 107 (109) = NJW 1959, 526 betr. Wiederkauf; BGHZ 32, 375 (377) = NJW 1960, 1805 (1806) betr. Andeutung für den Fall des gesetzlichen Vorkaufsrechts; ebenso BGHZ 32, 383 = NJW 1960, 1808; BGH NJW 2000, 1033; wN ferner RGZ 67, 42; 72, 385; 104, 122 (BeckMüKo-Westermann, *BGB § 463*, Rn.7, dpn.27’dan naklen); RGZ 69 S. 282 f; 121 S. 369 f; BGHZ 29 S. 109 f; 38 S. 371; 58 S. 80 f. (Ott, “Die Abtretung”, 262, dpn.17’dan naklen). Koşula bağlı alım ifadesine yer veren görüş için bkz.: Georges Vaucher, *Les droits de preemption, d’emtion et de remere du Code civil suisse*, 133 vd. (Aktaran Noelpp, *Eine Studie*, 41). Bununla birlikte, sözleşmenin hukukî niteliğini nispeten farklı şekillerde ele alan koşul teorisi savunucuları da vardır. Böyle bir durumun ilk başta koşul teorisiyle çeliştiği düşünülebilir. Ancak gerçekte böyle bir durum söz konusu değildir. Zira bu yazarlardan bazıları koşul teorisini ele alırken, kanaatimizce, farklı bir çıkış noktasından hareket etmektedir. O ise, alım hakkı sözleşmesi ile esas sözleşme arasındaki ilişkidir. Bu kapsamda da burada satışın özel bir türünün bulunduğu ileri sürmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 91.

⁵⁷⁵ Türk hukukunda bu yönde bkz.: Buz, *Haklar*, 153. İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.31; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 90. Buradaki koşul, hak sahibinin arzu ve iradesine bağlılığı ifade eder. O ise, hak sahibinin hakkı kullanıp kullanmama yönünde sahip olduğu serbestliktir. Bu doğrultuda bkz.: Allgäuer, *Kaufrecht*, 28. Önalım sözleşmesi açısından ise burada bir çifte koşula bağlı satış sözleşmesi bulunmaktadır. Söz konusu koşullar, önalım olayı ile hak sahibinin söz konusu hakkını kullanmasına ilişkin irade beyanını açıklamasıdır. Türk hukukunda bu yönde bkz.: Buz, *Haklar*, 153. İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.46; ZK-Kom./Haab vd., *ZGB Art. 681-682*, Rn.2; Allgäuer, *Kaufrecht*, 28; Schenker, *Vorkaufsrechte*, 246-247. Alman hukukunda bu yönde bkz.: BeckMüKo-Westermann, *BGB § 463*, Rn.7; PWW-Schmidt, *BGB § 463*, Rn.4. Bu durumu, önalım hakkı kapsamında “*çifte geciktirici koşula bağlı olma*” (*sa realisation est soumise ä deux conditions suspensives*) şeklinde ifade eden ve genel olarak koşula bağlı iktisap (*acquisition conditionnelle*) ifadesine yer veren görüş için bkz.:

Geciktirici koşula (*aufschiebende Bedingung*) iradî nitelik katan husus ise, onun alım hakkı sahibinin arzusuna bağlı olmasıdır⁵⁷⁶. Zira burada sözleşmede yer alan koşul, alım hakkı sahibinin hakkı kullanmasına ilişkin irade beyanını açıklamasından (*Ausübungserklärung*) başka bir şey değildir⁵⁷⁷. Bundan dolayı da, bir geciktirici salt iradî koşuldan (*aufschiebende Wollensbedingung*)⁵⁷⁸ bahsedilir⁵⁷⁹. Nitekim İsviçre yargı uygulamasında yer alan bazı kararlarda da, alım hakkının tanınması, hak sahibinin hakkı kullanma koşuluna bağlı olan bir satış sözleşmesi şeklinde ifade edilmektedir⁵⁸⁰. Bunun gibi, Alman Federal Mahkemesi de, bazı kararlarında, taşınmazlar üzerinde kurulan

Georges Vaucher, *Les droits de preemption, d’emtion et de remere du Code civil suisse*, 112 vd. ve 133 vd. (Aktaran Noelpp, *Eine Studie*, 41). Söz konusu sözleşmeyi satış sözleşmesinin bir türü olarak ifade eden görüş için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 91. Bununla birlikte Alman hukukunda, söz konusu hukuki ilişkiyi opsiyon kaydı içeren koşula bağlı esas sözleşme (*bedingter Hauptvertrag mit Optionsvorbehalt*) şeklinde ifade eden görüş için ayrıca bkz.: Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 145*, Rn.52; BeckMüKo-Busch, *BGB Vor § 145*, Rn.75.

⁵⁷⁶ Noelpp, *Eine Studie*, 41. Bu doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.65; Ott, “Die Abtretung”, 262 vd. Bu durumu, kullanımı hak sahibinden kaynaklanan bir geciktirici koşul (*leur utilisation est soumise à une condition suspensive purement potestative pour le titulaire*) olarak ifade eden görüş için bkz.: Georges Vaucher, *Les droits de preemption, d’emtion et de remere du Code civil suisse*, 112 vd. (Aktaran Noelpp, *Eine Studie*, 41).

⁵⁷⁷ Allgauer, *Kaufrecht*, 28; Casper, *Der Optionsvertrag*, 45; Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 67; Ott, “Die Abtretung”, 262 vd.. Bu doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 79. Alım hakkı sahibinin, söz konusu hakkı kullanmak ya da kullanmamak konusunda serbest bir iradeye sahip olduğu şeklinde meseleyi ele alan görüş için bkz.: Cavin, *Kauf*, 150 vd.

⁵⁷⁸ Salt iradî koşul, bir hukukî işlemin hüküm ve sonuçlarını doğurmasının ya da hüküm ve sonuçlarının ortadan kalkmasının münhasıran taraflardan birinin bu yöndeki iradesini ortaya koymasına bağlanmış olan koşulu ifade eder. Bu yönde bkz.: Stiefel, *Über den Begriff*, 237 vd.; Noelpp, *Eine Studie*, 22; PWW-Brinkmann, *BGB § 158*, Rn.6; BRHP-Rövekamp, *§ 158*, Rn.11; BeckMüKo-Westermann, *BGB § 158*, Rn.21; BeckNomosHK-Wackerbarth, *BGB § 158*, Rn.6, dpn.10. Salt iradî koşula ilişkin açıklamalar için bkz.: İkinci Bölüm, İradî Koşul (Potestativbedingung) – Salt İradî Koşul (Wollensbedingung) Kapsamında Koşul Teorisinin İncelenmesi başlığı.

⁵⁷⁹ Ott, “Die Abtretung”, 264; Schleich, *Option*, 75; Hans Merz, *Schweizerisches Privatrecht, Band VI/1: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (Basel/Frankfurt am Main: Helbing Lichtenhahn Verlag, 1984), 73 vd.; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.65; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.48; Vischer, “Vorkaufsrechte an Aktien”, 83; Cavin, *Kauf*, 154, 156. İradî koşulun salt olup olmamasına dikkat çekmeksizin sadece geciktirici ve iradi koşul olduğuna (*suspensiv und potestativ*) vurgu yapan görüş için bkz.: Ott, “Die Abtretung”, 262; Isler, *Grundbuch*, 22. İradî koşul ifadesine yer veren mahkeme kararı için ayrıca bkz.: BGE 122 III 10 E.4b. (Schleich, *Option*, 75, dpn.2’den naklen).

⁵⁸⁰ Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz.: BGE 86 II 36; BGE 88 II 159 ff. (Noelpp, *Eine Studie*, 59, dpn.2 ve 3’ten naklen) BGE 121 III 210 E.3c; BGE 129 III 264; BGE 4C.25/2004 vom 13.9.2004; BGE 129 III 264 E.3.2.1; BGE 4C.25/2004 vom 13.9.2004 E.3.1.2 f. (Schleich, *Option*, 80, dpn.24’ten naklen). Önalım hakkı kapsamında ayrıca bkz.: BGE 97 II 56. Geri alım hakkı kapsamında ayrıca bkz.: BGE 109 II 219 ff. = Pra. 73/1984 Nr. 11 (Noelpp, *Eine Studie*, 59, dpn.4 ve 6’dan naklen). “Alıcı ve satıcı, başından beri, yani alım hakkının tanındığı andan itibaren satış bedelini ödemek ve şeyin mülkiyetini devretmek konusunda şarta bağlı olarak yükümlüdür.” Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için ayrıca bkz.: BGE 105 III 4 E. 4b; Aynı doğrultudaki bir başka karar için ayrıca bkz.: BGE 94 II 105 E.3 (Schleich, *Option*, 80, dpn.21 ve 23’ten naklen) . Bununla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi’nin hem yenilik doğuran irade açıklaması hem de koşula bağlı satış sözleşmesi ifadelerini bir arada kullandığı ve bir diğer önemli teori olan kurma teorisi ile koşul teorisi arasında kesin bir tercih yapmaktan kaçındığı kararlar için ayrıca bkz.: BGE 86 II 33 ff., 88 II 158 ff. und 94 II 105 ff. (Noelpp, *Eine Studie*, 40, dpn.2’den naklen).

alım hakkının (*Ankaufsrecht*) iradi veyahut da salt iradi koşula bağlı esas sözleşme kapsamında kurulabileceğini ifade etmiştir⁵⁸¹. Aynı şekilde Alman hukuk öğretisinde de, alım hakkı sözleşmesinin iradi koşula bağlı bir sözleşme olarak görülmesi kısmen kabul görmüştür. Daha doğru bir ifadeyle, en azından hakkın tesisi açısından mümkün olan bir yol olarak kabul edilmiştir⁵⁸². Bunun dışında, alım hakkı sözleşmesini farklı hukukî temellendirmelerle açıklayan koşul teorisi savunucularına rastlamak da mümkündür⁵⁸³.

⁵⁸¹ Mahkeme burada iradi koşul ile salt iradi koşul kavramlarını (*potestativ bzw. wollensbedingter*) birbirlerinin yerine eş anlamlı olarak kullanmaktadır. Bununla birlikte, alım hakkının kurulma imkânları kapsamında ayrıca tek tarafa borç yükleyen önsözleşme ile tek taraflı uzun süreli bağlayıcı öneriden de bahsetmiştir. İlgili Alman Federal Mahkemesi kararları için bkz.: BGH WM 1962, 1399, 1400 = LM Nr. 16 zu § 433 BGB; BGHZ 47, 387, 388; 71, 276, 280; BGH NJW 1990, 1233; NJW 1991, 2698; BGH WM 1996, 1734; BGH WM 1961, 353, 354; OLG Düsseldorf BB 1979, 962; OLG Bamberg NJW-RR 1989, 1449; OLG Stuttgart WM 1990, 627, 628; WM 1990, 628, 629 (Casper, *Der Optionsvertrag*, 43, dpn.2'den naklen). "*Ankaufsrecht*" ve "*Optionsrecht*" kavramlarının eş anlamlı olarak kullanılabileceği yönünde içtihat ortaya koyan mahkeme kararı için ayrıca bkz.: BGH WM 1962, 1399, 1400 (Casper, *Der Optionsvertrag*, 43, dpn.2'den naklen).

⁵⁸² Opsiyon hakkı kapsamında bu doğrultuda bkz.: Jiri Jaeger ve Peter Hejma, "Swaps und Optionen - Derivathandel in Deutschland und der Tschechischen Republik", *RIW*, 0/9 (2001): 680 vd.

⁵⁸³ Gerçekten de bazı yazarlar, bu noktada, isimsiz veyahut da isimsiz sözleşmelerin bir türünü oluşturan sui-generis sözleşme çerçevesinde hareket etmektedir. Örneğin; bir görüş alım hakkı sözleşmesinin isimsiz bir sözleşme olarak ele alınmasının mümkün olduğunu söylemektedir. Zira bir satış sözleşmesi türü olarak alım hakkı sözleşmesinin büyük bir kısmı kanun koyucu tarafından düzenlenmemiştir. Düzenlenmeyen bu kısımlar için ise hukuku uygulayan makamlar tarafından normlaştırılma/standartlaştırılma ihtiyacı söz konusudur. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.31. Sui generis nitelendirmeye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.46. Bir başka görüş de, hukukî ilişkiyi sui generis sözleşme kapsamında ele almaktadır. Bu görüşün hareket noktası aslında yine koşula bağlı sözleşmedir. Ancak diğer görüşlerden çok önemli bir noktada ayrılmaktadır. Buna göre, taraflar arasındaki koşula bağlı sözleşme henüz mülkiyetin devrini konu edinen bir içeriğe sahip değildir. Burada sözleşmenin konusunu yalnızca bir hakkın tanınması oluşturur. Bu hakkın kullanılmasıyla da, ki öngörülen şekil şartına riayet edilmek kaydıyla, taraflar arasında mülkiyetin devrini konu edinen satış sözleşmesi kurulmuş olmaktadır. Ancak bu görüş, koşula bağlı hukukî işlemlerde yer alan hüküm ve sonuç doğurma prensipleriyle uyuşmadığı gibi; şekil zorunluluğu sebebiyle de hakkın kullanılmasını güçleştirdiği için eleştirilmektedir. Bu eleştirilere karşı, söz konusu görüş, alım hakkını tek taraflı olarak satış borcu (*Kaufsobligation*) kuran özel bir yetki olarak görmekte ve bu hakkı kuran sözleşmeyi de sui generis nitelikte kabul etmektedir. Böylelikle, meselenin çözümünde her ne kadar koşula bağlı bir sözleşmeden hareket edilse de, kurma teorisi ile yakın bir çizgiden konuya yaklaşılmaktadır. Vaucher tarafından savunulan bu görüşü Noelpp aktarmıştır. Bu görüş hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz.: Noelpp, *Eine Studie*, 41-42. Bu konuda geri alım hakkı sözleşmesine ilişkin farklı açıklamalar için ayrıca bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.32. Sui generis sözleşme noktasından hareket eden görüşler için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 91; Von Tuhr/Siegmart, § 33 H Anm. 21 (Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 13, dpn.22'den naklen). Atipik/İsimsiz sözleşme yönündeki açıklamalar için bkz.: Schmid, *Das Vorkaufsrecht*, 24 vd. Bu hususta ilgili diğer görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz.: Isler, *Grundbuch*, 22; Guhl, Merz ve Kummer, *Obligationenrecht*, 304 vd.; Früh, "Die Vormerkung", 41; Oser ve Schönenberger, *Bd.V/2*, Art.216, Rn.17 vd.; Hans Leeman, *Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, *Bd. IV: Sachenrecht*, 1. Abtl. (Art. 641 - 729 ZGB), 2. Aufl. (Bern: Stämpfli Verlag AG, 1920), Art. 681, Rn.2, ve Art. 683, Rn.3; Allgäuer, *Kaufsrecht*, 28 vd.; Stiefel, *Über den Begriff*, 237, 260.

Alım hakkı sözleşmesi açısından koşul teorisinin ortaya koyduğu en önemli sonuç taraflar arasındaki satış sözleşmesinin kurulma anı yönünden ortaya çıkar. Gerçekten de bu teoriye göre, alım hakkı sözleşmesi kurulurken aynı anda esas sözleşme teşkil eden satış sözleşmesi de taraflar arasında kurulmuş olur⁵⁸⁴. Dolayısıyla koşul teorisi, alım hakkı sözleşmesi ile esas sözleşmeyi tek bir homojen sözleşme şeklinde ele alır⁵⁸⁵. Bu sebeple de, ayırma teorisinden ayrılan oldukça önemli ve farklı bir pratik sonucu vardır. O da, taraflar arasında tek bir borç ilişkisinin söz konusu olmasıdır⁵⁸⁶. Bunun gibi, satış sözleşmesi de kurulmuş olduğundan, alım hakkının kullanılmasının tek bir sonucu bulunmaktadır. O da, halihazırda kurulmuş olan satış sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamasıdır⁵⁸⁷.

Koşul teorisinin ortaya koyduğu bir diğer hukukî sonuç tarafların hak ve yükümlülükleri noktasında ortaya çıkar. Gerçekten de alım hakkı sözleşmesi yapıldığında taraflar arasında artık bir askı süreci (*Schwebenzustande*) söz konusu olur. Bu süre boyunca alım hakkı veren tarafla birlikte, alım hakkı sahibi de, koşula bağlı bir yükümlülük altına girer. Bu noktada hak sahibinin yükümlülüğü, hakkın konusu şeyin

⁵⁸⁴ Schleich, *Option*, 75; Isler, *Grundbuch*, 22; BernerKom/Giger, *OR Art. 216*, Rn.44. Bu yönde benzer açıklamalar için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 90 vd.; OFK-Kostkiewicz, *OR Art.216*, Rn.4; BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.75.

⁵⁸⁵ Schleich, *Option*, 75.

⁵⁸⁶ Casper, *Der Optionsvertrag*, 43. Bu çerçevede öğretilde ileri sürülen bir görüşe göre, alım hakkı sözleşmesi ile esas sözleşme arasında aslında organik olarak tek bir borç ilişkisi söz konusudur. Bu yaklaşımın ise şu şekilde bir pratik sonucu bulunmaktadır: Aslında alım hakkının kullanılmasından önce esas sözleşmenin kapsamı tespit edilmiştir. Bu çerçevede, tarafların hak ve yükümlülükleri, koşullar ve sorumluluktan doğan talepler, bağlayıcı bir şekilde düzenlenmiştir. Opsiyon hakkının kullanılmasıyla birlikte ise, artık esas sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükler devreye girmektedir. Ancak buna rağmen opsiyon evresindeki (*Optionsphase*) hak ve yükümlülükler tamamen tasfiye olmamakta ve geçerli olmaya devam etmektedir. Ancak bu yaklaşım, alım hakkının kullanılmaması sebebiyle sona erdiği hallerde esas sözleşmeye ilişkin hukukî durumu açıklamak konusunda yetersiz kaldığı için eleştirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 55 vd. (Opsiyon sözleşmesi kapsamında).

⁵⁸⁷ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 90 vd.; Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 67; Schleich, *Option*, 75; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.46; Noelpp, *Eine Studie*, 40-41; Casper, *Der Optionsvertrag*, 45. Bu yönde ayrıca bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.65. Bu görüşe göre, burada bir sözleşmenin kurulması değil; halihazırda mevcut olan satış sözleşmesinde bir şartın noksanlığının yerine getirilmesi söz konusudur. Bu yönde ayrıca bkz.: Allgäuer, *Kaufrecht*, 28. Guhl/Merz/Kummer ise, bu noktada, oldukça farklı bir fikir öne sürmektedirler. Bu görüşe göre alım hakkı, hak sahibinin iradesine bağlıdır ve ona tek taraflı irade açıklamasıyla bir şeyi satın alma yetkisi verir. Buraya kadar aslında alım hakkına yönelik sergilenen yaklaşımlardan ayrılan bir nokta yoktur. Ancak burada farklı olan nokta şudur ki; alım hakkının hak sahibine, hakkın konusu şey üzerinde satış sözleşmesi kurma imkânı veren bir hak sağlaması da mümkündür. Başka bir deyişle, burada alım hakkı eşyayı doğrudan alma imkânı vermez. Ama o eşyayı iktisap etmek için gerekli olan satış sözleşmesini kurmayı sağlayan bir başka hakkı hak sahibine tanır. Son durumda bir koşul teorisinden bahsedilip bahsedilemeyeceği ise tartışmalıdır. Yargı uygulamalarına bakıldığında, bu halde de, koşul teorisi kapsamında meselenin çözümlenmek istendiği ifade edilmektedir. Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz.: Noelpp, *Eine Studie*, 44.

alımına ilişkindir⁵⁸⁸. Söz konusu edim yükümlülüğü ise hakkın kullanılması halinde kullanma (satış) bedelinin ödenmesi şeklinde tezahür eder⁵⁸⁹.

Koşul teorisine göre, alım hakkının kendisi yenilik doğuran bir haktır⁵⁹⁰. İsviçre hukukunda yer alan görüşe göre, alım hakkı sözleşmesinin koşula bağlı satış sözleşmesi olması hakkın yenilik doğuran hak özelliğiyle bağdaşır niteliktedir⁵⁹¹. Ancak kurma teorisinden farklı olarak, burada, değiştirici yenilik doğuran bir hak (*änderndes Gestaltungsrecht*) bulunmaktadır⁵⁹². Koşul teorisinde böyle bir yaklaşımın aslında çok önemli bir gerekçesi vardır. O da, sözleşmede yer alan salt iradi koşulun hukuken geçerli olup olmayacağına yönelik herhangi bir tartışmayı bertaraf etmektir⁵⁹³. Zira burada yenilik doğuran hak şeklinde ifade edilen husus aslında bu iradî koşulun kendisidir⁵⁹⁴. Dolayısıyla koşul ve kurma teorileri arasındaki temel ayırım hakkın kendi niteliğini belirleme noktasında ortaya çıkmaz. Bu iki teori arasındaki en önemli ayırım, taraflar arasındaki esas sözleşmenin kurulma anı açısından önem arz eder. Bundan dolayıdır ki, kurma teorisinin bir yenilik doğuran hak teorisi olarak ifade edilmesi, kanaatimizce, isabetsiz bir tercihtir⁵⁹⁵.

Koşul teorisi üç noktada genel olarak olumlu karşılanan bir görüştür. Bunlar; taraf iradelerinin şekil şartına uyumunu sağlama, hakkın kullanımına kadar geçen sürede hak sahibinin haklarına belirli bir koruma sağlama ve kanundaki sistematik düzenlemeyle uyum içerisinde olmasıdır⁵⁹⁶.

⁵⁸⁸ Isler, *Grundbuch*, 22.

⁵⁸⁹ Isler, *Grundbuch*, 22. Alım ve geri alım sözleşmelerini muayene kaydıyla satış (*Kauf auf Probe*) ile aynı kategoride değerlendiren görüş için bkz.: Ott, “Die Abtretung”, 262. Alman hukukunda aynı yönde ayrıca bkz.: Larenz, *Besonderer Teil*, 142 vd.

⁵⁹⁰ Schleich, *Option*, 75-76; Henrich, *Vorvertrag*, 238; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.46; Blomeyer, “La promesse de vente vaut vente”, 300; Ott, “Die Abtretung”, 257, 264; Isler, *Grundbuch*, 23; Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 67.

⁵⁹¹ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.46. Alman hukukunda yer alan bir görüş, herhangi bir teori lehine yaklaşım göstermemekte, ancak aynı doğrultuda fikir öne sürmektedir. Buna göre, hakkın kendisi yenilik doğuran hak niteliğindedir ve bunun dışında öne sürülen teoriler ise sözleşmenin hukukî niteliğini açıklamaya çalışmaktadır. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 66-67.

⁵⁹² Schleich, *Option*, 75-76; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.46; Ott, “Die Abtretung”, 257, 264; Isler, *Grundbuch*, 23; Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 66 vd.; Liver, *Das Eigentum*, 204-205; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 13.

⁵⁹³ Casper, *Der Optionsvertrag*, s45.

⁵⁹⁴ Casper, *Der Optionsvertrag*, 45. Söz konusu koşulun yerine getirilmesini bir yenilik doğuran hak olarak ifade eden görüş için bkz.: Noelp, *Eine Studie*, 40 ve oradan anılan yazar. Aynı doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 90 vd.

⁵⁹⁵ Kurma teorisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: İkinci Bölüm, Kurma Teorisi başlığı.

⁵⁹⁶ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.66, dpn.79, 80 ve 81’de anılan yazarlar.

2.3.3.2.2.2. Koşul Teorisine Yönelik Eleştiriler

2.3.3.2.2.2.1. Genel Olarak

Koşul teorisine yönelik birçok olumsuz eleştiri ileri sürülmüştür. Bu eleştirilerin ileri sürülmesinde yer alan gerekçeler birbirlerinden farklıdır. Örneğin; kimi zaman hakkın hukukî niteliğinden hareket edilerek alım hakkının bir koşula bağlı satışa konu olamayacağı ileri sürülmüştür. Bunun gibi, satış sözleşmesinde yer alan iradi koşulun hukukî geçerliliği de uzunca bir süre sorgulanmıştır. Bu sorgulama yalnızca öğreti ile sınırlı kalmamış; yargı uygulaması da bu mesele üzerine oldukça zaman harcamıştır. Öte yandan tarafların hak ve yükümlüklerinin tespiti ve uygulanacak hukuk kurallarının belirlenmesi noktasında da olumsuz birtakım eleştiriler yer almaktadır. Aşağıda bu hususlar ayrıntılı olarak incelenmiştir.

2.3.3.2.2.2.2. İradi Koşul (Potestativbedingung) – Salt İradi Koşul (Wollensbedingung) Kapsamında Koşul Teorisinin İncelenmesi

2.3.3.2.2.2.2.1. Genel Olarak

Koşul kavramı, hukuk ilmi açısından bir hukukî işlemin etkisinin ileride gerçekleşmesi kesin olmayan⁵⁹⁷ bir olaya bağlanmasını ifade eder⁵⁹⁸. Hukukî işlemlerin hüküm ve sonuçlarına etkisine göre ise iki farklı koşuldan bahsedilir. Bunlar geciktirici koşul ile bozucu koşuldur. Bozucu koşulda (*auflösende Bedingung/Resolutivbedingung*), bir hukukî işlemin etkisi koşulun gerçekleşmesiyle birlikte ortadan kalkmaktadır⁵⁹⁹. Geciktirici koşulda (*aufschiebende Bedingung/Suspensivbedingung*) ise kurulmuş olan bir hukukî işlemin hüküm ve

⁵⁹⁷ Kesin olmama ifadesi, hem objektif hem de tarafların öngörüsüne göre belirsiz olmayı ifade eder. Bu doğrultuda bkz.: BRHP-Rövekamp, § 158, Rn.3. Objektif ve sübjektif bir bilinmeyen olay (*objektiv und subjektiv ungewissen Umstand*) terimine yer veren görüş için ayrıca bkz.: BeckNomosHK-Wackerbarth, *BGB § 158*, Rn.2.

⁵⁹⁸ Türk hukukunda bu doğrultuda bkz.: Oğuzmanve Öz, *Borçlar Hukuku Cilt-2*, 492; Eren, *Genel Hükümler*, 1161. Daha kapsamlı tanım ve açıklamalar için ayrıca bkz.: Pulaşlı, *Şarta Bağlı*, 6 vd. İsviçre hukukunda bkz.: Schleich, *Option*, 145. Alman hukukunda bkz.: PWW-Brinkmann, *BGB § 158*, Rn.1; GesetzesFormulare-Kristic, *BGB § 158*, Rn.2; BRHP-Rövekamp, § 158, Rn.3; Erman-Armbrüster, *BGB § Vor 158*, Rn.1; BeckOGK-Reymann, *BGB § 158*, Rn.9; HKK-Finkenauer, § 158-163, Rn.2; Jauernig-Mansel, § 158, Rn.1; jurisPraxisKom-Armgardt, § 158, Rn.5; BeckMüKo-Westermann, *BGB § 158*, Rn.8; BeckNomosHK-Wackerbarth, *BGB § 158*, Rn.2. Aynı doğrultuda farklı şekildeki ifadeler için bkz.: Gottini, *Die Verjährung*, 163-164.

⁵⁹⁹ Türk hukukunda bkz.: Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Cilt-2*, 493; Eren, *Genel Hükümler*, 1171. İsviçre hukukunda bkz.: Schleich, *Option*, 145. Alman hukukunda bkz.: PWW-Brinkmann, *BGB § 158*, Rn.2; GesetzesFormulare-Kristic, *BGB § 161*, Rn.9; BRHP-Rövekamp, § 158, Rn.4; Erman-Armbrüster, *BGB § Vor 158*, Rn.1; BeckOGK-Reymann, *BGB § 158*, Rn.15; Jauernig-Mansel, § 158, Rn.2; BeckMüKo-Westermann, *BGB § 158*, Rn.9.

sonuçlarını doğurması koşulun gerçekleşmesine bağlı tutulmuştur⁶⁰⁰. Bu noktada koşul teorisi açısından ele alınması gereken müessese geciktirici koşuldur. Söz konusu inceleme ise koşulun özel bir görünüm şekli olan iradî koşul açısından yapılmalıdır.

İradî koşul (*Potestativbedingung*), bir hukukî işlemde kararlaştırılmış olan koşulun taraflardan birinin iradesine bağlı olduğu halleri ifade eder⁶⁰¹. Buradaki iradeye bağlılık bir davranış⁶⁰² şeklinde ortaya çıkabileceği gibi; irade beyanı şeklinde de tezahür edebilir. İşte son halde, yani iradeye bağlılığın bir irade beyanı şeklinde ortaya çıktığı durumlarda, bir salt iradî koşuldan (*Wollensbedingung/condicio si voluero*) bahsedilir⁶⁰³. Zira salt iradî koşulda⁶⁰⁴, bir hukukî işlemin hüküm ve sonuçlarını doğurması ya da hükümden düşmesi münhasıran taraflardan birinin bu yöndeki iradesini ortaya koymasına bağlanmıştır⁶⁰⁵. Hukukî işlemin bir iradeye bağlanmış

⁶⁰⁰ Türk hukukunda bkz.: Lale Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1992), 17 vd.; Pulaşlı, *Şarta Bağlı*, 6 vd.; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Cilt-2*, 493; Eren, *Genel Hükümler*, 1171. İsviçre hukukunda bkz.: Schleich, *Option*, 145. Alman hukukunda bkz.: PWW-Brinkmann, *BGB § 158*, Rn.2; GesetzesFormulare-Kristic, *BGB § 158*, Rn.3; BRHP-Rövekamp, *§ 158*, Rn.4; Erman-Armbrüster, *BGB § Vor 158*, Rn.1; BeckOGK-Reymann, *BGB § 158*, Rn.15; Jauernig-Mansel, *§ 158*, Rn.2; BeckMüKo-Westermann, *BGB § 158*, Rn.9.

⁶⁰¹ Türk Hukukunda bkz.: Buz, *Haklar*, 125; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Cilt-2*, 497; Hatemi ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku*, § 38, Rn.15. İsviçre hukukunda bkz.: Guhl, Merz ve Kummer, *Obligationenrecht*, 52; Noelpp, *Eine Studie*, 22; Stiefel, *Über den Begriff*, 86 vd. Alman hukukunda bkz.: Erman-Armbrüster, *BGB § Vor 158*, Rn.11; BeckMüKo-Westermann, *BGB § 158*, Rn.19.

⁶⁰² Başka bir deyişle, burada, taraflardan birinin bir şeyi yapma veya yapmama şeklinde bir eylemi söz konusudur. Bu yönde bkz.: PWW-Brinkmann, *BGB § 158*, Rn.6; Erman-Armbrüster, *BGB § Vor 158*, Rn.11; HKK-Finkenauer, *§ 158-163*, Rn.4. Dolaylı olarak aynı doğrultuda bkz.: BeckNomosHK-Wackerbarth, *BGB § 158*, Rn.5. İradî koşulu, hak sahibinin davranışına ilişkin olarak bir şeyin satışı şeklinde bir örnek kapsamında ele alan görüş için bkz.: Leipold, *BGB I*, § 26, Rn.2.

⁶⁰³ Bu yönde bkz.: von Tuhr/Escher, *a.a.O.*; von Tuhr, *Allgemeiner Teil II/2*, 277 (Ott, “Die Abtretung”, 263, dpn.21’den naklen); Ott, “Die Abtretung”, 263; Leipold, *BGB I*, § 26, Rn.2. İradî koşul (*Potestativbedingung*) ile salt iradî koşul (*Wollensbedingung*) terimlerini isabetsiz bir şekilde eşanlamlı olarak kullanan Alman Federal Mahkemesi kararları için ayrıca bkz.: OLG München NJW-RR 1988, 58; BGH NJW-RR 1996, 1167 (BeckNomosHK-Wackerbarth, *BGB § 158*, Rn.6, dpn.10’dan naklen).

⁶⁰⁴ Salt iradî koşul için öğretide farklı terimlere yer verilmektedir. Bu kapsamda, Türk hukukunda *sırf isteğe bağlı koşul* şeklinde konuyu inceleyen görüş için bkz.: Tunçomağ, 999 (Buz, *Haklar*, 126, dpn.106’dan naklen). Öte yandan, burada *mutlak veya salt iradî şart* terimlerini kullanan görüş için bkz.: Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975), 18 ve ayrıca dpn.21. Daha dar kapsamlı olmak üzere yalnızca mutlak iradî şart terimine yer veren görüş için bkz.: Pulaşlı, *Şarta Bağlı*, 43. Bunun dışında, *mutlak veya nispi iradî şart* terimlerini tercih eden görüş için bkz.: Eren, *Genel Hükümler*, 1170. *Sırf veya tamamen iradî şart* terimlerine yer veren görüş için bkz.: Kocayusufpaşaoğlu, *Gayrimenkul*, 93; Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, 68. Keza *mutlak surette iradî şart* terimi şeklinde meseleyi ele alan görüş için bkz.: Tekinay vd., *Borçlar Hukuku*, 332.

⁶⁰⁵ Stiefel, *Über den Begriff*, 237 vd.; Noelpp, *Eine Studie*, 22; PWW-Brinkmann, *BGB § 158*, Rn.6; BRHP-Rövekamp, *§ 158*, Rn.11; BeckMüKo-Westermann, *BGB § 158*, Rn.21; BeckNomosHK-Wackerbarth, *BGB § 158*, Rn.6, dpn.10. Alman hukukunda, salt iradî koşulun farkını o hukukî

olması sebebiyle de, haklı olarak öğretilde, iradî koşulun özel bir türü olarak kabul edilmektedir⁶⁰⁶.

Salt iradî koşulu, iradî koşuldan ayıran en önemli kriter bir irade beyanı olarak ortaya çıkmasıdır. Ancak her iki koşul arasında fark yalnızca bununla sınırlı değildir. İradî koşulda, koşulun gerçekleşmesi taraflardan birinin iradî kararını (*Willensentschluss*) gerektirse de, burada bir keyfilikten (*Wilkür*) bahsetmek mümkün değildir⁶⁰⁷. Zira hukukî işlemin hüküm ve sonuç doğurması en nihayetinde objektif bir olaya bağlanmıştır⁶⁰⁸. Başka bir deyişle, iradeyi ortaya koyan davranış objektif bir ölçüt⁶⁰⁹ (*ein objektiver Maßstab*) veyahut da belirli bir somut karar verme kriterlerine (*an bestimmten sachlichen Entscheidungskriterien*) bağlanmıştır⁶¹⁰. Bunun en tipik örneğini, mülkiyetin devrinin satış bedelinin tamamının ödenmesi koşuluna bağlandığı mülkiyeti muhafaza kaydıyla satış oluşturur⁶¹¹. Oysa salt iradî koşulda, hukukî işlemin hüküm ve sonuç doğurması, salt iradî koşul sahibinin tamamen keyfiliğine bırakılmıştır⁶¹².

Koşul teorisi bakımından salt iradî koşulun iki farklı açıdan ele alınması gerekir. Bunlardan birincisi; salt iradî koşulun kararlaştırılmasının hukuken mümkün olup olmadığıdır. Bu soruya olumsuz cevap verildiği takdirde alım hakkı bakımından koşul teorisini farklı açılardan tartışmanın bir önemi kalmaz. Zira böyle bir durumda söz

işlemin geçerliliğinin taraflardan birinin iradesine bağlanmış olması şeklinde ifade eden görüş için bkz.: Erman-Armbrüster, *BGB § Vor 158*, Rn.11.

⁶⁰⁶ Türk Hukukunda bkz.: Buz, *Haklar*, 125-126. İsviçre hukukunda bkz.: Noelpp, *Eine Studie*, 22. Alman hukukunda bkz.: PWW-Brinkmann, *BGB § 158*, Rn.6. Bu hususu dolaylı yönden ifade eden görüş için bkz.: BRHP-Rövekamp, *§ 158*, Rn.11; Erman-Armbrüster, *BGB § Vor 158*, Rn.11; BeckOGK-Reymann, *BGB § 158*, Rn.31. Öğretilde iradi koşul, taraflardan birinin iradesine bağlı olan yapma ya da yapmama fiilinin, bir başka koşula bağlı olduğu haller şeklinde ifade eden görüşlere de rastlanmaktadır. Esasında burada ileri sürülen husus, irade fiili ile beyanı arasında belirli bir çizgi çekmek yerine, irade fiilinin ortaya çıkış şeklidir. Buna ilişkin verilen örneklerden biri ise koşula bağlı bağışlamalardır. Örneğin; bağışlananın belirli bir süre içerisinde bir davranışı (sigara içmek gibi) bırakma koşulu bu kapsamdadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 51.

⁶⁰⁷ BeckOGK-Reymann, *BGB § 158*, Rn.29.

⁶⁰⁸ BeckOGK-Reymann, *BGB § 158*, Rn.29 ve ayrıca 31 ile 31.1.

⁶⁰⁹ Bu doğrultuda bkz.: BeckOGK-Reymann, *BGB § 158*, Rn.30.

⁶¹⁰ BeckOGK-Reymann, *BGB § 158*, Rn.31.1.

⁶¹¹ BeckOGK-Reymann, *BGB § 158*, Rn.29; HKK-Finkenauer, *§ 158-163*, Rn.4; BeckNomosHK-Wackerbarth, *BGB § 158*, Rn.5.

⁶¹² BeckOGK-Reymann, *BGB § 158*, Rn.31. Oysa iradî koşulda taraflardan birinin arzusunun belirli bir olaya bağlanabilmesi söz konusudur. Bu yönde bkz.: BeckMüKo-Westermann, *BGB § 158*, Rn.19. Farklı bir şekilde meseleye yaklaşan ama aslında aynı sonuca ulaşan bir başka görüş için bkz.: BeckNomosHK-Wackerbarth, *BGB § 158*, Rn.6, dnp.10.

konusu teori hakkın yenilik doğuran niteliğini açıklamada başarısız olur⁶¹³. Bununla birlikte ilgili sorunun cevabı olumlu olur ise bu sefer de şu şekilde bir sorun ile karşılaşılacaktır: Acaba salt iradî koşul bir yenilik doğuran hak niteliğinde midir? Eğer yenilik doğuran hak ise acaba alım hakkı sözleşmesi açısından burada bir yenilik doğuran haktan bahsetmek mümkün müdür? Hatta öğretide, bir adım daha ileri gidilerek, karşılıklı iradî koşulların söz konusu olduğu önalım hakkında taraflar arasında gerçekten kurulmuş bir sözleşme olup olmadığı dahi sorgulanmıştır⁶¹⁴.

Salt iradî koşulun hukuken mümkün olup olmadığına ilişkin olarak mesele ele alındığında, Türk ve İsviçre ile Alman hukuk sistemlerinde konunun farklı şekillerde incelendiği göze çarpmaktadır. Öncelikle Türk hukukunda, salt iradî koşula yönelik bir görüş birliğinden bahsetmek pek mümkün gözükmemektedir⁶¹⁵. İsviçre hukukunda ise, tartışmanın esas noktası, geciktirici salt iradî koşul ile sınırlıdır. Zira bozucu nitelikte bir iradî koşul genel olarak kabul edilmektedir⁶¹⁶. Ancak Alman hukukundan farklı olarak, İsviçre hukukunda hâkim görüş, salt iradî koşulun hukuken geçerli olduğu yönündedir⁶¹⁷. Nitekim buna paralel olarak öğretide, salt iradî koşula bağlı bir

⁶¹³ Salt iradî koşula bağlı sözleşmelerin geçersiz olduğunun kabulünün koşul teorisi ile uyum içerisinde olmayan bir duruma sebebiyet verdiği yönünde bkz.: Pulver, “Börsenmässige”, 230 vd.; Oliver Banz, “Rechtsprobleme der Allfinanz: unter besonderer Berücksichtigung des Alternativen Risiko Transfers (ART)”. Dissertation, Zürich, 1999, 92.

⁶¹⁴ Hans Theodor Schuemer, *Das obligatorische Vorkaufsrecht: Theorie und Begriffsbestimmung*, Diss. *Recht Zürich* (Zürich: Gutzwiller Verlag, 1925), 47 vd.

⁶¹⁵ Türk hukukunda salt iradî koşula yönelik tartışmalar için bkz.: Hatemi ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku*, § 38, Rn.16; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Cilt-2*, 497.

⁶¹⁶ Türk hukukunda aksi yönde bkz.: Hatemi ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku*, § 38, Rn.16.

⁶¹⁷ İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.77.35; Merz, *SPR VI/1*, 154-155; Thomas Georg Spahni, *Die Bedingung: ein Beitrag zur Dogmatik der bedingten Verträge nach schweizerischem Recht* (Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1984), 85 vd.; Hugo Oser ve Wilhelm Schönenberger, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd.V/1, Art. 1-183 OR*, 2. Aufl.(Zürich: Schulthess Verlag, 1929), Art. 151-157 Rn.15; Noelpp, *Eine Studie*, 23; Isabel Matt, “Der bedingte Vertrag im schweizerischen und liechtensteinischen Privatrecht” (Dissertation, Zürich, 2014), 78 vd.; Schleich, *Option*, 83; Alexander Gutmans, “Die Regel der Erfüllungs- bzw. Nichterfüllungsfiktion im Recht der Bedingung (Art. 156 OR)” (Dissertation, Basel, 1995), 13; Gauch, Schluep ve Schmid, *Obligationenrecht*, Rn.4200; Daniel Staehelin, *Bedingte Verfügungen* (Zürich: Schulthess Verlag, 1993), 18; Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2. Aufl. (Zürich: Schulthess Verlag, 1988), 507; Gauch, Schluep ve Emmenegger, *Obligationenrecht*, Rn.3965; Stiefel, *Über den Begriff*, 237 vd. ve 245 vd.; Claire Huguenin, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2. Aufl. (Zürich/Basel/Genf: Schulthess Verlag, 2014), Rn.1292; Andreas von Tuhr ve Arnold Escher, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II*, 3. Auflage (Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1984), 257 vd. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 122 III 10 E. 4b, 6 (Schleich, *Option*, 83, dpn.2’den naklen) . Ortak hukukta bu yönde ayrıca bkz. Robert Krug, “Die Zulässigkeit der reinen Wollensbedingung, zugleich ein Beitrag zu den Lehren von Norm und Rechtsgeschäft, Tatbestand und Bedingung” (Dissertation, Marburg, 1903), 175 vd. Karma görüş için bkz. Franz Adickes, *Zur Lehre Von Den Bedingungen*

sözleşmede taraflardan birinin sözleşme yapma ve bununla bağlı olma iradesinin bulunmadığından bahsedilemeyeceği ifade edilmiştir. Bunun sebebi, tarafların bir sözleşme yaparken bunun içeriğini dahi aralarında belirlemiş olmalarıdır⁶¹⁸. Aynı sonuca ulaşan bir başka görüş de, salt iradî koşula bağlı bir sözleşmede kurucu beyan ile koşulu ortaya koyan beyanların birbirinden farklı olduğunu ileri sürmektedir. Dolayısıyla da, salt iradî koşulun ortaya konması olsa olsa bir tamamlayıcı unsurdur⁶¹⁹.

Alman hukuk öğretisine bakıldığında da, iradî koşul ile bozucu salt iradî koşulun geçerli olduğuna dair fikir birliğinin bulunduğu göze çarpmaktadır⁶²⁰. Dolayısıyla tartışmanın odak noktasını geciktirici salt iradî koşul oluşturmaktadır⁶²¹. Bu noktada Alman hukuk öğretisinin büyük çoğunluğu salt iradî koşulu reddetmektedir⁶²². Alman

Nach Römischem Und Heutigem Recht: Eine Vorarbeit Für Das Deutsche Civilgesetzbuch (Berlin: de Gruyter Verlag, 1876), 17. Aksi yöndeki görüş için bkz.: Theo Guhl vd., *Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts* (Zürich: Schulthess Verlag, 2000), § 9 Rn.16; Noelpp, *Eine Studie*, 23; Richard Giesen, *Wollensbedingungen*, in: Gödicke, Patrick et al. (Hg.), *Festschrift für Jan Schapp zum siebzigsten Geburtstag* (Hrsg. v. Patrick Gödicke, Horst Hammen, Wolfgang Schur u. Wolf-Dietrich Walker) (Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, 2010), 162 vd.; Guhl, Merz ve Kummer, *Obligationenrecht*, 52; Thomas U. Reutter, “Das bedingte Übernahmeangebot: ein Beitrag zum «Börsenvertragsrecht»” (Dissertation, St. Gallen 2001, Zürich, 2002), 63; Stiefel, *Über den Begriff*, 239; Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.77.46.

⁶¹⁸ Schleich, *Option*, 83.

⁶¹⁹ Buz, *Haklar*, 127, dñn.110’da anılan yazarlar.

⁶²⁰ Casper, *Der Optionsvertrag*, 52; PWW-Brinkmann, *BGB § 158*, Rn.7; Buz, *Haklar*, 127. Bu yöndeki yargı kararları için bkz.: BGHZ 134, 182, 187f.; OLG München NJW-RR 1988, 58, 59; OLG Hamm OLGZ 1978, 169, 171 (Casper, *Der Optionsvertrag*, 52, dñn.45’ten naklen). Burada iradî koşulun geçerliliği açısından bazı yazarlar farklı bir çözüm önerisi sunmaktadır. Bu görüşe göre, taraflardan birinin iradesine bağlı bir yapma ya da yapmama fiili tek başına bir hukukî işleme konu olamaz. Başka bir deyişle, bir koşul olarak kararlaştırılamaz. Bu yönde bir düzenlemenin geçerliliği ancak onun bir başka koşulun gerçekleşmesine bağlı tutulduğu hallerde söz konusu olabilir. Bu yöndeki görüş için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 51; Larenz, *Allgemeiner Teil*, 494.

⁶²¹ Casper, *Der Optionsvertrag*, 52; BRHP-Rövekamp, § 158, Rn.11.1; PWW-Brinkmann, *BGB § 158*, Rn.7. Buradaki geciktirici salt iradî koşul, koşul teorisine göre, alım hakkı sözleşmesinde yer alan koşulu ifade eder.

⁶²² Larenz, *Allgemeiner Teil*, 494 vd.; PWW-Brinkmann, *BGB § 158*, Rn.7; Leo Raape, *Die Wollensbedingung - zugleich ein Beitrag zum Stempelrecht (Sonderdr. aus: Dr Wilhelm v. Brünneck zum gold. Doktorjubiläum v.d. Halleschen Juristenfakultät dargebr. Festschrift)* (Halle: Buchh. des Waisenhauses Verlag, 1912), 19 vd.; Casper, *Der Optionsvertrag*, 52; von Einem, *Die Rechtsnatur*, 82 vd.; Ludwig Enneccerus, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin* (Marburg: Elwert Verlag&Buchhandlung, 1889), 175 vd.; Henrich, *Vorvertrag*, 237; Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Band 2: Das Rechtsgesch. FT (Enzyklop. Die Der Rechts- Und Staatswissenschaft / Abteilung)*, 3. Aufl. (Berlin/Heidelberg/New York: Springer Verlag, 1979), § 38, 2, 686; Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 80; BRHP-Rövekamp, § 158, Rn.11.1 ve orada anılan yazarlar. Aksi yönde ayrıca bkz.: Ludwig Enneccerus ve Hans Carl Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Halbband*, 15. Aufl. (Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, 1960), § 194 IV 3, 1190 vd. (Casper, *Der Optionsvertrag*, 52, dñn.49’dan naklen). Aksi yöndeki Alman Federal Mahkemesi kararları için ayrıca bkz.: RGZ 104, 98 [100]; 94, 291 [297]; 77, 415 [417]; BGHZ 47, 387 [391] = NJW 1967, 11.1 1605 [1607]; BGH WM 1966, 1267 [1269]; BGHZ 151, 119 [122]; BayObLG NJW-RR 1988, 982; OLG Dresden OLG-NL 2001, 97 [99] (BRHP-Rövekamp, § 158,

hukukunda ileri sürülen bu yaklaşımın temel hareket noktası ise sözleşmeyle bağlılıktır. Bunun sebebi ise, geciktirici salt iradî koşulun varlığı halinde, artık her iki taraf açısından bir sözleşmeyle bağlılıktan bahsedilemeyeceğine ilişkin çıkarımdır⁶²³. Gerçekten de karşılıklı uyuşan irade açıklamalarının temelinde iki esas fonksiyon yer almaktadır. Bu fonksiyonlardan birincisi, sözleşmenin içeriğini belirleme ve tarafların hak ve yükümlülüklerini ortaya koymaktır. İkincisi ise sözleşmenin içeriğine ilişkin olarak tarafları sözleşmeyle bağlı kılmaktır⁶²⁴. Bu kapsamda, geciktirici salt iradî koşulun söz konusu olduğu hallerde, öncelikle muhtemel bir sözleşmenin içeriğinin kesin olarak belirlendiğini söylemek mümkündür⁶²⁵. Dolayısıyla uyuşan iradelerin ilk fonksiyonu açısından burada bir sorun yoktur. Ancak bağlayıcılık fonksiyonu açısından aynısını söylemek mümkün değildir. Çünkü geciktirici salt iradî koşulda taraflardan biri sözleşmeyle bağlılığını saklı tutmuştur. Oysa ifası saklı tutulan bir yükümlülük için onun koşula bağlı olmasından değil; hiç bulunmamasından söz etmek gerekir⁶²⁶. Hatta burada bir hukukî işlemin geçerliliği (*Geltung*) ya da devamlılığı (*Fortbestehen*), irade bir başka eylem içerisinde zuhur etmeksizin, doğrudan doğruya taraflardan birinin irade

Rn.11.1'den naklen); RGZ (v. 15.4. 1932 - VII 2/32) 136,132,135; BGH (v. 28.9.1962 - V ZR 8/61) WM 1962, 1399,1400f.; BGH (v. 28.6.1996 - V ZR 136/95) NJW-RR 1996,1167 (HKK-Finkenauer, § 158-163, Rn.40'tan naklen).

⁶²³ Casper, *Der Optionsvertrag*, 52; Flume, *Allgemeiner Teil*, § 38, 2, 686. Zira böyle bir durumda işlemle bağlılık ve o işlemin gerçekleştirilmesi hususları yanıtızsız kalmaktadır. Bu yönde bkz.: BRHP-Rövekamp, § 158, Rn.11.1. Bundan dolayıdır ki, geciktirici salt iradî koşul istisnâ olarak geçerli kabul edilebilecek bir durumdur. Aslında bu görüş neticesinde sunulan örnek de salt iradî koşulu birebir karşılayan bir müessese teşkil etmez. Zira burada verilen örnek şu şekildedir: Taraflardan biri halihazırda bağlıdır ama diğer taraf henüz kararını saklı tutmaktadır. Bu yönüyle de aslında uzatılmış bağlanma etkisine sahip bir sözleşme önerisinden (*ein Vertragsangebot mit verlängerter Bindungswirkung*) bahsedilmektedir. Dolayısıyla burada, teknik anlamda bir koşul müessesesi zikredilmemektedir. Bu sebeple de Alman hukukunda istisnâ olarak ortaya konan bu görüşün koşul teorisine hizmet eden aslında hiçbir yönü bulunmamaktadır. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: BRHP-Rövekamp, § 158, Rn.11.1.

⁶²⁴ Casper, *Der Optionsvertrag*, 52-53.

⁶²⁵ Ennecerus ve Nipperdey, *Allgemeiner Teil*, § 194 IV 3, 1190 (Casper, *Der Optionsvertrag*, 53, dpn.51'den naklen). Bu doğrultuda ayrıca bkz.: BeckOGK-Möslein, *BGB § 145*, Rn.7 vd. ve özellikle 11. Bu yöndeki Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGH WM 1996,1734 (Casper, *Der Optionsvertrag*, 53, dpn.51'den naklen).

⁶²⁶ Henrich, *Vorvertrag*, 236. Hukukî bağlılık iradesi (*Rechtsbindungswille*) şeklinde meseleyi daha ziyade genel olarak ele alan ve aynı sonuca ulaşan görüş için bkz.: BeckOGK-Möslein, *BGB § 145*, Rn.11. Bu yöndeki Alman Federal Mahkemesi kararları için bkz.: BGHZ 21, 102, 106 = NJW 1956, 1313; BGHZ 56, 204, 208 = NJW 1971, 1404; BGHZ 206, 254, 256 f. = NJW 2015, 2880 (BeckOGK-Möslein, *BGB § 145*, Rn.11, dpn.46'dan naklen). Bir kimse sadece bu yönde iradesi olduğu takdirde bir yükümlülük altına giriyorsa aslında bir yükümlülüğten bahsedilemez. Dolayısıyla da, opsiyon sözleşmesinin bir koşula bağlı akit olarak değerlendirilmesi kabul edilemez. Bu doğrultuda bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 235. Bununla birlikte Fransız hukukunda, yükümlünün iradi koşuluna bağlı bir yükümlülük altına girdiği sözleşmeler geçersiz kabul edilirken; opsiyon sözleşmeleri geçerli kabul edilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 235.

açıklamasına bağlı tutulmuştur⁶²⁷. Bu ise Alman hukukunda bazı yazarlar tarafından savunulan ve iradi koşulun ancak bir başka koşula bağlandığı hallerde geçerli olabileceği görüşüne de tamamen ters düşmektedir⁶²⁸. Dolayısıyla burada irade açıklamalarına ilişkin bağlayıcı fonksiyondan (*Bindungsfunktion*) bahsetmek pek de mümkün gözükmemektedir⁶²⁹. Bunun sonucu olarak da, sözleşme, bir nevi askı (*schwebend unwirksam*) durumundadır⁶³⁰. Ancak burada önemli olan husus salt iradî koşulu gerçekleştirme iktidarını elinde bulunduran kişinin pozisyonudur. Buna göre, bir kimse salt iradî koşula bağlı olarak ancak alacaklı olabilir; borçlu sıfatına sahip olamaz⁶³¹. Başka bir deyişle, salt iradî koşula bağlı bir yükümlülük mümkün değildir. Dolayısıyla iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflar hem alacaklı hem de borçlu sıfatına sahip olacağından salt iradî koşula bağlı bir yükümlülüğün bahsedilmesi de mümkün olmaz⁶³². Bunun sonucu olarak, esas sözleşmeyi bir satışın oluşturduğu alım hakkı açısından salt iradî koşul Alman hukuku açısından pek mümkün gözükmemektedir. Ancak buna rağmen, öğretide yer alan bir görüş, BGB § 160-162’de yer alan ve koşula bağlı işlemlerde tazminat sorumluluğunu düzenleyen hükümlerden hareket ederek salt iradî koşulun geçerli olduğunu savunmaktadır. İlgili hükümler TBK md. 175’i de içerisine alan daha geniş bir kapsama sahiptir. Bu görüşün dayanak noktası, koşul gerçekleşene kadar geçen askı sürecinde sözleşme yükümlülüklerinin bir sorumluluk rejimi (*Haftungsregime*) ile güvence altına alınmış olmasıdır⁶³³. Bu yönüyle de görüşün dikkat çeken yanı, sorumluluk rejimi yönünden hukukî netlik ve istikrarı sağlamaya yönelik kanunî bir temellendirme yapmasıdır.

⁶²⁷ Casper, *Der Optionsvertrag*, 51; von Einem, *Die Rechtsnatur*, 84, dpn.284. Bu durum Alman hukukunda bir kesim yazarlar tarafından ileri sürülen ve iradi koşulun ancak bir başka koşula bağlandığı hallerde geçerli olabileceği görüşüne de tamamen ters düşmektedir. Söz konusu görüşler için bkz.: Flume, *Allgemeiner Teil*, § 38, 2, S. 684; Larenz, *Allgemeiner Teil*, 494; Casper, *Der Optionsvertrag*, 51.

⁶²⁸ Flume, *Allgemeiner Teil*, § 38, 2, 684; Larenz, *Allgemeiner Teil*, 494; Casper, *Der Optionsvertrag*, 51.

⁶²⁹ Casper, *Der Optionsvertrag*, 53; HKK-Finkenauer, § 158-163, Rn.40. İsviçre hukukunda yer alan bir görüş bu durumu şu şekilde ifade etmektedir: “Koşulu gerçekleştirme yetkisine sahip taraf açısından, bu tür hallerde, bir sözleşme yapma ve bu sözleşmeyle bağlı olma iradesi söz konusu değildir.” İlgili görüş için bkz.: Schleich, *Option*, 83.

⁶³⁰ Casper, *Der Optionsvertrag*, 53

⁶³¹ RGZ (v. 24.1. 1910 - V 324/08) 72, 385; (v. 23.11.1911 - V 427/11) 77, 415, 417; (v. 24.1. 1919 - VII 243/18) 94, 291; OLG Oldenburg (v. 7.11.1989 - 5 U 52/89) NJW-RR 1990, 273f. (HKK-Finkenauer, § 158-163, Rn.40’tan naklen).

⁶³² HKK-Finkenauer, § 158-163, Rn.40; von Einem, *Die Rechtsnatur*, 86, dpn.213. Bu yöndeki Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz.: RGZ (v. 22.2.1922 -1405/21) 104, 98 (HKK-Finkenauer, § 158-163, Rn.40’tan naklen).

⁶³³ BeckNomosHK-Schulze, *BGB § 145-157*, Rn.37.

Kanaatimizce, salt iradi koşulun caiz olmadığını ifade eden Alman hukuku öğretisine öncelik vermek gerekir. Bu kapsamda ilk olarak İsviçre hukukunda, taraflarca sözleşmenin içeriğinin belirlenmiş olmasından hareket ederek meseleyi izah etmeye çalışan görüş tutarlı bir gerekçe ileri sürememektedir. Zira bu yaklaşıma göre, sözleşmeyle bağlılığa, onun içeriğinin belirlenmiş olmasından hareket ederek ulaşılmaktadır. Oysaki bu görüş, Alman hukukunda ayrıntılı bir şekilde ele alınmış ve oldukça sağlam gerekçelerle menfi bir sonuca ulaşılmıştır. Zaten burada eleştirilen mesele de irade beyanlarının bağlayıcılık fonksiyonuna sahip olmamasıdır. Bunun dışında sözleşme içeriğinin belirlenmesi zaten başlı başına bir başka durumdur.

İkinci olarak incelenmesi gereken bir diğer mesele, geciktirici salt iradi koşulda taraflardan birinin ortaya koyduğu beyandır. Türk hukukunda haklı olarak ifade edildiği üzere, burada esasında bir hukukî işlemden bahsetmek mümkün değildir⁶³⁴. Aşağıda daha ayrıntılı inceleneceği üzere, “*ileride arzu edersem hukuki işlemi, örneğin sözleşmeyi şimdi yapmayı arzu ediyorum*”⁶³⁵ şeklinde bir beyanda bulunan kimsede henüz bir hukukî işlem yapma arzusundan bahsedilemez⁶³⁶. Nitekim Alman hukukunda, salt iradi koşul açısından, irade açıklamasının o işlemin hüküm ve sonuçlarından ziyade işlemin kendisini ilgilendiren bir durum olduğu ifade edilmektedir⁶³⁷. Alman Federal Mahkemesi kararlarında da, bir bağlanma iradesinin bulunmadığı durumlarda, hukukî işleme yönelik olmayan bir irade beyanından⁶³⁸ ve dolayısıyla bir hukukî işlemin bulunmadığından söz edilmektedir⁶³⁹. Bundan dolayıdır ki, Alman hukuk öğretisinde, uzatılmış bağlanma etkisine sahip bir sözleşme önerisinden (*ein Vertragsangebot mit verlängerter Bindungswirkung*) bahsedilmektedir⁶⁴⁰. Dolayısıyla salt iradî koşula ilişkin bir beyanın sözleşmenin tamamlayıcı unsuru olarak ele alınması, kanaatimizce de, isabetsiz bir yaklaşımdır. Bir hukukî işlemin kurucu unsuruna ait bir şeyi “tamamlayıcı” olarak adlandırıp bütününden ayırmak mümkün olmamalıdır. Neticede önemli olan

⁶³⁴ Buz, *Haklar*, 126.

⁶³⁵ Buz, *Haklar*, 126-127. Alman hukukunda bu yönde örnek ve incelemeler ortaya koyan görüş için ayrıca bkz.: Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 80.

⁶³⁶ Nispeten aynı yöndeki bir başka örnek kapsamında aynı sonuca ulaşan görüş için bkz.: Jauernig-Mansel, BGB § 158, Rn.4.

⁶³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Jauernig-Mansel, § 158, Rn.4.

⁶³⁸ Bu yöndeki Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz.: RG 122, 138, 140f; BGH 45, 376, 379 = NJW 1966, 1747 (Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 145*, Rn.4’ten naklen).

⁶³⁹ Bu yöndeki Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz.: RG 68, 322, 324 (Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 145*, Rn.4’ten naklen).

⁶⁴⁰ BRHP-Rövekamp, § 158, Rn.11.1.

adlandırma değil; o şeyin sahip olduğu işlevdir. Buradaki irade beyanının da fonksiyonu o hukukî işlemin kurulmasına hizmet eder; tamamlanmasına değil. Oysa gerçek anlamda bir koşuldan bahsedebilmek için ortada mevcut bir hukukî işlemin bulunması gerekir⁶⁴¹. Kurucu bir unsur açısından böyle bir tespit yapmak bu sebeple de mümkün değildir.

Son olarak salt iradî koşula hukuken cevaz veren bir cevaba ulaşılsa dahi, bu durum, alım hakkı ve bu hakkı kuran sözleşmenin koşul teorisi kapsamında açıklanması için yeterli bir sebep oluşturmaz. Zira bir opsiyon hakkı olan alım hakkı bağımsız bir karaktere sahiptir. Bu ise şu anlama gelir: Alım hakkının kendisi bir şeye dayanarak ya da bir başka hakkın parçası olarak zuhur etmez⁶⁴². Ancak bu demek değildir ki, hakkın kendisi bir sözleşmeden doğmaz. Alım hakkı en nihayetinde bir sözleşme ile kurulabilir. Ancak sözleşme ilişkisi onun sadece doğumu için gereklidir. Hak bir kez doğduktan sonra ondan beklenen hukukî sonuca ulaşabilmek için artık başka bir şeye ihtiyaç yoktur. Alım hakkı sahibi tek taraflı bir irade beyanı ile hakkı kullanabilir. Bu kullanım beyanının karşısında ise onunla karşılıklılık ilişkisinde olan uygun bir irade beyanının bulunması gerekmez. Oysa koşul teorisi açısından bu durum oldukça farklıdır. Bu teoriye göre, alım hakkı olarak tezahür eden salt iradî koşulun sonuca ulaşması, aslında teorik anlamda taraflarca birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulmuş olan esas sözleşmenin kendisine dayanır. Bu esas sözleşme için de aslında karşı taraf çoktan irade beyanını açıklamıştır. Bu şunu göstermektedir: Alım hakkı verenin irade beyanı olmadıkça aslında söz konusu salt iradî koşulun da pratik anlamda hiçbir önemi yoktur. Fiilen her ne kadar karşı taraf bu beyanı çoktan açıklamış olsa da, bu durum, salt iradî koşulun ona olan muhtaciyetini ortadan kaldırmaz. Başka bir deyişle, hakkın kullanımı şeklinde tezahür eden salt iradî koşulun ileri sürülmesi ona karşılık olarak önceden ileri sürülmüş olan irade beyanına karşı adeta bir kabul beyanı veyahut da cevap niteliğindedir. Nitekim İsviçre hukukundaki görüş de bu yöndedir. Bu görüşe göre alım hakkının tanıdığı yenilik doğuran yetki (*Gestaltungsbefugnis*), ki bu yetki kullanım beyanını ifade eder, bu yetkinin karşısında yer alan bir öneri beyanına dayanmaz. Burada sadece tek bir dayanak söz konusudur. O da, alım hakkı sözleşmesinin kendisidir. Kullanım beyanı, esas sözleşmenin karşı tarafına ait öneri beyanını da

⁶⁴¹ Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 158*, Rn.11.

⁶⁴² Bu yönde bkz.: Linneborn, “Das Optionsrecht”, 35.

içerisine alan bir görünüme sahiptir⁶⁴³. Dolayısıyla da koşul teorisi kapsamında alım hakkı olarak ele alınan bu salt iradî koşulun ileri sürülmesi aslında bağımsız bir karaktere sahip değildir. Bunun sonucu olarak, salt iradî koşulun hukuken geçerli bir müessese olarak kabul edilmesi dahi, bu teoriye bir hayatta kalma şansını kanaatimizce hiçbir şekilde vermez.

2.3.3.2.2.2.2. Beğenme Koşuluyla Satış ile Geri Alım Hakkında Kapsamında Salt İradî Koşulun İncelenmesi

Salt iradi koşulun caiz olup olmamasına ilişkin öne sürülen görüşlerde geri alım ve beğenme koşuluyla satış müesseseleri önemli bir yer işgal eder. Geri alım müessesesi daha önce ayrıntılı bir şekilde incelendiği için burada tekrardan kaçınıyoruz⁶⁴⁴. Salt iradi koşul savunucularına göre, beğenme koşuluyla satış bir nevi salt iradi koşulun caiz olduğuna yönelik bir delildir⁶⁴⁵. Zira burada, satış sözleşmesi, malın deneme veya gözden geçirilmesi neticesinde alıcının vereceği karara bağlıdır. Bu ise tıpkı bir salt iradî koşul gibi tezahür eder⁶⁴⁶. Hal böyle iken kanun koyucunun yasada açıkça düzenlediği bir müessesesinin artık geçerliliğinin tartışılmasına da gerek yoktur.

Deneme ve gözden geçirme kaydıyla satış (*Kauf auf Probe –oder auf Besicht*) müessesesi “*Beğenme Koşuluyla Satış*” üst başlığını taşıyan TBK md. 249 vd.’de yer alan maddelerde düzenlenmiştir. TBK md. 249’a göre, beğenme koşuluyla satış, alıcının satılanı deneyerek veya gözden geçirerek beğenmesi koşuluyla yapmış olduğu satışı ifade etmektedir.

⁶⁴³ Önalım hakkı kapsamında bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.836.

⁶⁴⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Birinci Bölüm, Geri Alım Hakkı başlığı.

⁶⁴⁵ Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Noelp, *Eine Studie*, 22 vd., özellikle 24-25; Stiefel, *Über den Begriff*, 245 vd.; Bucher, *Obligationenrecht*, 507; von Tuhr ve Escher, *Allgemeiner Teil*, 257-258; Blomeyer, “La promesse de vente vaut vente”, 297; Werner Schumann, “Die Option” (Dissertation, Tuebingen Univ., 1969), 13 vd.; Gauch, Schluep ve Schmid, *Obligationenrecht*, Rn.4200; Staehelin, *Bedingte*, 18; Gutmans, “Die Regel”, 13; Spahni, *Die Bedingung*, 85 vd.; Leipold, *BGB I*, § 26, Rn.2; Adolf ten Hompel, *Der Verständigungszweck im Recht. Ein Versuch zur Aufdeckung rechtspsychologischer Grundlinien unter besonderer Berücksichtigung der freien Willensbedingung und ihrer gesetzlichen Hauptfälle im Kauf auf Probe, im Vorkaufs-, Rückkaufs-, Reu-, Rücktritts-, Wahlschuld-, Wandlungs-, Einigungs- und Eintragungs-Recht* (Berling: Vahlen Verlag, 1908), 109 vd; Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 158*, Rn.11; BeckOGK-Reymann, *BGB § 158*, Rn.33; HKK-Finkenauer, § 158-163, Rn.4. Bu yöndeki Alman Federal Mahkemesi kararları için bkz.: RG (9. 11. 07) Z 64, 42; RG (24.1.10) Z 72, 385; RG (23.11.11) Z 77, 415 (Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 79, dpn.349’dan naklen).

⁶⁴⁶ Zira İsviçre Borçlar Kanunu md. 223 ile Alman Medeni Kanunu md. 454’te satış konusu şeyin istenilen şartlara uygun olup olmadığının tasdikinin alıcının takdirinde olduğu açıkça ifade edilmiştir.

Türk ve İsviçre hukukuna baktığımızda, beğenme koşuluyla satış, geciktirici koşula bağlı bir satış sözleşmesi olarak kabul edilmektedir⁶⁴⁷. Alman hukuku öğretisine baktığımızda ise mesele oldukça tartışmalıdır. Bunun temel sebebi, ilgili müesseseyi düzenleyen BGB § 454 hükmünün lafzıdır. Zira ilgili madde, şüphe halinde, satış işleminin onaylama şeklinde geciktirici bir koşula bağlı olarak yapılmış olduğunu ifade etmektedir⁶⁴⁸. Bu ifadenin aksi ile kanıtından çıkan sonuç ise beğenme yoluyla satışın geciktirici bir koşula bağlı satış işlemi olmadığıdır. Bu yönüyle de, Alman hukukunda yer alan bir görüş, burada sözleşmeyle tanınan bir yenilik doğuran haktan bahsetmektedir⁶⁴⁹. Keza ilgili hükmün madde başlığı da “satış sözleşmesinin kurulması” şeklindedir. Oysa koşula bağlı sözleşme, teorik olarak zaten kurulmuş olan bir hukukî işlemi ifade etmektedir. Bir hukukî işlem kurulmuş olmalıdır ki, ondan beklenen hüküm ve sonuçlar artık bir koşula bağlı olabilsin. Ancak Larenz nispeten eski tarihli bir eserinde bu görüşü kanunun lafzıyla bağdaşmadığı gerekçesiyle reddetmektedir⁶⁵⁰. Bunun gibi, bir başka görüş de, BGB § 454’te yer alan ve şüphe halinde bir geciktirici koşula bağlı sözleşmenin bulunduğunu ifade eden hükmün olsa olsa taraf menfaatlerini korumak için getirilmiş bir düzenleme olduğunu ifade etmektedir⁶⁵¹. Benzer bir sonuca, önsözleşme ve opsiyon sözleşmelerini incelerken ulaşılan öğretî görüşlerine rastlamak da

⁶⁴⁷ Türk hukukunda bkz.: Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Cilt-2*, 497. İsviçre hukukunda bkz.: Oser ve Schöenberger, *Bd.V/2*, Art. 223, Rn.3 vd.; Hans Giger, *BK - Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/1/4 und 5 - Besondere Arten des Kaufs*, Art. 222-236 OR / *Der Tauschvertrag*, Art. 237-238 OR *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Kauf und Tausch* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 1999), Art.223-225, Rn.7. Aksi yöndeki görüş için bkz.: Schleich, *Option*, 116.

⁶⁴⁸ BGB § 454 hükmü şu şekildedir: “*Der Kauf ist im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung geschlossen*”. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: Bergerfurth, Menard ve Fuchs, *Das Kaufsrecht*, Rn.132.

⁶⁴⁹ Hugo Kress, *Besonderer Teil (Lehrbuch des Schuldrechts / 2)* (München: Beck Verlag, 1934), 45. Oysa satış sözleşmesinin kurulması, münhasıran hak sahibinin iradesine değil; daha ziyade o şeyin kullanım amacına uygun olup olmamasına bağlıdır. Dolayısıyla burada, koşula bağlı bir sözleşmeden bahsetmek gerekir. Bu yönde bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 240. Bir yenilik doğuran hak iddiası yer almaksızın, doğrudan geciktirici koşula bağlı bir işlemin varlığına yönelik bir eleştiri de, Alman hukukunda Grunewald tarafından yapılmaktadır. Bu görüşe göre, geciktirici koşula bağlı bir satışta satıcı, normalde bir yükümlülük altına girmez. Oysa burada alıcı satış konusu şeyi gözden geçireceği için malın kendisine sağlanmış ve hazır durumda olmuş olması gerekir. Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz.: Erman-Grunewald, *BGB § 455*, Rn.4.

⁶⁵⁰ Larenz II 93 (Henrich, *Vorvertrag*, 236-237, dpn.19’dan naklen).

⁶⁵¹ Kaldı ki, Alman Medeni Kanunu’nda yer alan bu düzenlemedeki amaç da, şüphe halinde sözleşmenin bir bozucu koşula değil, ama geciktirici koşula bağlı olduğunu hükme bağlamaktır. Bu sebeple buradaki düzenleme, sözleşmenin koşula bağlı olup olmayacağına ilişkin bir meseleye açıklık getirmek için öngörülmemiştir. Alman hukukunda bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: GesetzesFormulare-S. Eberl, *BGB § 453*, Rn.2; Bergerfurth, Menard ve Fuchs, *Das Kaufsrecht*, Rn.132.

mümkündür⁶⁵². Bunun sebebi, koşula bağlı bir işlemin yenilik doğuran hakkın muhatabı açısından daha adıl bir hukukî ilişki olduğu yönündeki varsayımdır. Ayrıca burada bir yenilik doğuran haktan bahsedilmesi de mümkün değildir. Zira beğenme yoluyla satışta taraflar kural olarak daha en başından bir sözleşme akdetmeyi istemektedir⁶⁵³. Bu durum ise taraflar arasındaki ilişkiyi koşula bağlı satışa yaklaştırmaktadır. Ancak yine de burada alıcının, satış konusu şeyin kullanım amacına (*bestimmungsgemäße Verwendung*) uygun olması durumunda malı satın alması söz konusudur⁶⁵⁴. Dolayısıyla satış sözleşmesinin kurulması münhasıran hak sahibinin iradesine bağlı değildir⁶⁵⁵. Satış ilişkisi, alıcının satış konusu malı beğenip beğenmemesine bağlıdır ki, bu durum salt iradî koşulu kapsayan hallerden farklılık arz eder. Dolayısıyla beğenme koşuluyla satışta, bir salt iradî koşulun varlığından bahsedilemez⁶⁵⁶. Bunun doğal sonucu olarak, salt iradî koşulun geçerliliğine ilişkin bir gerekçe olarak ileri sürülmesi de mümkün değildir.

Bu yaklaşımı doğrulayan görüşlerden bir diğeri de, Alman hukukunda Thiessen'in, bu müesseseye ilişkin ortaya koymuş olduğu bir tespittir. Bu görüşe göre, opsiyon hakkı veren bir kimse bazı hallerde hakkın kullanılmasını engellemeye yönelik bir eğilime sahip olabilir. Beğenme koşuluyla satışta bu eğilim, daha ziyade malın denenmesi ve gözden geçirilmesini engellemek kaydıyla olur⁶⁵⁷. Bu durum da, iradî koşulun aslında tamamen bir keyfiliğe bağlı olmadığını gösterir. Kaldı ki, salt iradî koşulu reddetmeyen ve Savigny tarafından savunulan görüş de, bu müesseseyi, tamamen bir istisna kapsamında değerlendirmektedir⁶⁵⁸. Keza buna paralel bir başka öğreti görüşü de, burada sınırlandırıcı bir yorum yapmakta ve kuralın istisnası olacak bir şekilde müesseseyi ele almaktadır⁶⁵⁹. Nitekim Türk hukukundaki eğilim de bu

⁶⁵² Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 81.

⁶⁵³ Henrich, *Vorvertrag*, 237; Schleich, *Option*, 116.

⁶⁵⁴ Henrich, *Vorvertrag*, 240.

⁶⁵⁵ Henrich, *Vorvertrag*, 240. Aksi yöndeki görüş için bkz.: Larenz, *Besonderer Teil*, 143.

⁶⁵⁶ Ancak bu durumun beğenme yoluyla satışın koşula bağlı bir satış olduğu gerçeğini değiştirmeyeceğini, en nihayetinde burada koşula bağlı bir satış söz konusu olacağı yönündeki görüş için bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 240.

⁶⁵⁷ Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz.: HKK-Thiessen, § 454-473, Rn.45-46.

⁶⁵⁸ Savigny, *System III* (Fn.242) 131 Fn. (i) (§ 117) (HKK-Thiessen, § 454-473, Rn.39, dñn.247'den naklen). Bununla birlikte deneme ve gözden geçirme kaydıyla satış satışa yönelik bir önsözleşme kapsamında ele alan görüş için ayrıca bkz.: Goldschmidt, ZHR 1 (1858) 270ff., 275ff. (HKK-Thiessen, § 454-473, Rn.39, dñn.244'ten naklen).

⁶⁵⁹ Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 79.

yöndedir⁶⁶⁰. Ayrıca Alman hukuk öğretisindeki yeni eğilim de, beğenme koşuluyla satışın, koşula bağlı bir sözleşme olmadığı yönündedir. Bu görüşün temel dayanağı ise, az önce de ifade ettiğimiz üzere, malın gözden geçirilmesi ve onaylanması suretiyle sözleşmenin ilk kez kuruluyor olmasıdır⁶⁶¹. Bu sebeple de, sözleşmenin salt iradî koşul kapsamında düşünülebilir olması mümkün değildir⁶⁶².

Geri alım hakkına ilişkin tartışmalar, ele alınması gereken bir diğer meseledir. İlgili tartışmalara esasında Türk ve İsviçre hukukunda rastlanmaz. Bunun sebebi, öğreti görüşlerinin temel kaynağını Alman hukukunda geri alım müessesesini düzenleyen BGB § 456 vd.'de yer alan hükümlerin oluşturmasıdır. Başka bir deyişle, Alman hukukunda önalım, geri alım ve alım haklarının hukukî niteliği kümülatif bir şekilde incelenmektedir. Bu şu anlama gelmektedir: Geri alıma ilişkin hükümler tüm bu haklar açısından muhtevasına uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanabilir olmalıdır. Bu kapsamda koşula bağlı satış görüşü Alman hukukunda oldukça eleştirilmektedir. Zira BGB § 456/I'e göre geri alım ilişkisi geri alım hakkının kullanılmasıyla birlikte ilk kez taraflar arasında kurulmaktadır⁶⁶³. Taraflar geri alım ilişkisinde zaten koşula bağlı bir akit yapmak niyetinde değildir. Onların tek bir amacı vardır: O da, taraflardan birine sözleşme yapma imkânı tanımaktır⁶⁶⁴. Bu sebeple de, burada sözleşmeyle tanınan bir yenilik doğuran hak söz konusudur⁶⁶⁵. Aslında koşula bağlı satış ilişkisinden hareket eden görüşler de bu noktada bir yenilik doğuran haktan bahsetmektedir. Ancak aşağıda da incelenmiş olduğu üzere, geri alım ilişkisinde, koşula bağlı satış ilişkisi üzerinden hareket ederek bir yenilik doğuran hakkın varlığına ulaşmak kanaatimizce pek de

⁶⁶⁰ Hatemi ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku*, § 38, Rn.16.

⁶⁶¹ Flume, *BGB AT* Bd. 2, § 38 2; Medicus, *BGB AT*, Rn 831; Larenz/Wolf, *BGB AT*, § 50 Rn 17 (BeckNomosHK-Wackerbarth, *BGB § 158*, Rn.6, dpn.13'ten naklen).

⁶⁶² BeckNomosHK-Wackerbarth, *BGB § 158*, Rn.6. Aksi yöndeki görüş için bkz.: PWW-Brinkmann, *BGB § 158*, Rn.7; Erman-Armbrüster, *BGB § Vor 158*, Rn.13

⁶⁶³ BGB § 456/I: “*Hat sich der Verkäufer in dem Kaufvertrag das Recht des Wiederkaufs vorbehalten, so kommt der Wiederkauf mit der Erklärung des Verkäufers gegenüber dem Käufer, dass er das Wiederkaufsrecht ausübe, zustande...*”

⁶⁶⁴ Henrich, *Vorvertrag*, 237. Bundan dolayı geri alım hakkının kurulmasında tarafların iradeleri “*bu taşınmazı talep ettiğin anda sana satacağım*” şeklinde tezahür etmez. Asıl irade “*bu taşınmazı istemen koşuluna bağlı olarak sana satıyorum*” şeklindedir. Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 237.

⁶⁶⁵ Koşula bağlı ilişki görüşünü reddeden görüşler için bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 238; Josef Esser, *Schuldrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil: ein Lehrbuch*, 2., vollkommen neubearb. Aufl. (Karlsruhe: Müller Verlag, 1970), 509. Kısmen aynı yönde bkz.: Friedrich Endemann, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I*, 8. Aufl. (Berlin: Heymann Verlag, 1903), 1013. Aksi yöndeki hakim görüş için ayrıca bkz.: Ennecerus ve Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, 470. Bu yöndeki Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGH 29, 107, 109 f. (Henrich, *Vorvertrag*, 238, dpn.21'den naklen).

isabetli değildir. Zira geri alım hakkından doğan geri alım ilişkisi (*Wiederkaufsverhältnis*) en nihayetinde taraflar arasındaki satış sözleşmesine değil; bu satış sözleşmesinden doğan geri alım hakkına dayanır⁶⁶⁶. Koşula bağlı hukukî ilişkiler açısından ise, böyle bir durum söz konusu değildir⁶⁶⁷.

2.3.3.2.2.2.3. Salt İradî Koşulun Yenilik Doğuran Hak Kapsamında İncelenmesi

Salt iradî koşula yönelik tartışmalara ilişkin bir diğer konu, salt iradî koşulun ileri sürülmesinin bir yenilik doğuran hak kapsamında ele alınıp alınamayacağıdır. Bu hususa yönelik yapılacak bir tespit ise, salt iradî koşulun caiz olup olmadığına yönelik sorunun cevabına göre değişiklik gösterir. Ancak koşul teorisinde salt iradî koşul caiz kabul edildiğinden meselenin yalnızca bu yönüyle incelenmesi gerekir. Bununla birlikte yine de belirtmek gerekir ki, salt iradî koşulun caiz olmadığı kabulü halinde, ortaya konan iradenin yapılmış olan bir önerinin kabulünden hiçbir farkı yoktur⁶⁶⁸. Bunun yanı sıra, salt iradî koşulun caiz kabul edildiği hallerde ise, alım hakkının kullanılmasının bir yenilik doğuran hak olup olmadığı ayrıca incelenmelidir.

Öğretide yer alan bir görüşe göre, salt iradî koşulun yenilik doğuran bir hakkın kullanımı kapsamında değerlendirilebilmesi için muhatabın hukuk dünyasında bir değişikliğe sebep olması gerekir⁶⁶⁹. Bu sebeptendir ki, her iradî koşul aynı zamanda yenilik doğuran hakkı karşılamaz⁶⁷⁰. Zira bunun için hakkın kullanılmasıyla birlikte mevcut bir hak veyahut da hukukî ilişkinin içeriğinde değişiklik meydana gelmesi gerekir⁶⁷¹. Ancak ne var ki, koşul teorisi savunucularına göre alım hakkının kullanılması

⁶⁶⁶ Henrich, *Vorvertrag*, 238.

⁶⁶⁷ Koşul teorisini savunan İsviçreli bazı yazarlar, bu görüşü, şekil açısından eleştirmektedirler. Bu görüşe göre, geri alım hakkının kullanılması açısından şekil serbestisi geçerlidir. Bu sonuç ise geri alım ilişkisinin taraflar arasında daha öncesinde kurulduğunun ispatıdır. Aksi takdirde taşınmazları konu alan hakkın kullanılması açısından resmî şeklin aranması gerekirdi. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.34; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 91. İsviçre’de öne sürülen bu görüşün temel sebebi hakkın kullanılmasına ilişkin olarak yürürlükteki hukukta yer alan şekil hükümlerindeki eksikliktir. Bu durum Türk ve İsviçre hukuku karşısında Alman hukukunda yer alan öğreti farklılığının da temel sebebidir. Ancak kanaatimiz, bu durumun, hakkın kullanımı açısından bir şekil serbestisinin bulunmadığı anlamına gelmeyeceği yönündedir. Buradaki tek fark Alman Medeni Kanunu’nda meselenin açıkça düzenlenmiş ve böylelikle öğreti tartışmalarına son vermiş olmasıdır.

⁶⁶⁸ Bu yönde bkz.: Noelpp, *Eine Studie*, 22-23; Buz, *Haklar*, 128.

⁶⁶⁹ Noelpp, *Eine Studie*, 48; Ott, “Die Abtretung”, 264. Dolaylı olarak bu yönde bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 13.

⁶⁷⁰ Noelpp, *Eine Studie*, 48.

⁶⁷¹ Noelpp, *Eine Studie*, 48.

değiştirici yenilik doğuran bir haktır⁶⁷². Oysa kanaatimizce, bir sözleşmede yer alan geciktirici koşulun değiştirici yenilik doğuran hak kapsamında ele alınması mümkün değildir. Zira buradaki geciktirici koşulun gerçekleşmesi, taraflar arasındaki mevcut ilişkide bir değişiklik meydana getirmez. Söz konusu hukukî ilişki olduğu gibi varlığını korur. Mevcut tek fark, varlığı korunan bu hukukî ilişkinin hüküm ve sonuçlarını doğurmasıdır. Bu ise bir hukukî ilişkide değişikliği değil; kendisinden beklenen sonuçların ortaya çıkması anlamına gelir⁶⁷³. Dolayısıyla koşul teorisinin burada değiştirici yenilik doğuran bir hakkın bulunduğu yönündeki iddiası, hukuken mantıklı bir izahata muhtaç gözükmemektedir.

2.3.3.2.2.3. Şekil Sorunu

Koşul teorisinin en önemli çıkış noktası şekil yönündendir. Zira bu teori hakkın kullanımına ilişkin beyanın bir şekil şartına bağlı olmaksızın ileri sürülmesini teorik olarak izah edebilecek bir niteliğe sahiptir. Bunun sebebi, esas sözleşmenin bu teori kapsamında hakkın tesis edildiği anda taraflar arasında halihazırda zaten kuruluyor olmasıdır. Böylelikle de kullanım beyanı için ayrıca bir şekil şartına artık gerek kalmaz. İstenilen şekil sözleşme akdedilirken zaten vücut bulmuştur. Bu yönüyle de, alım hakkının “tek taraflı bir irade beyanı” ile kullanımı bu teori kapsamında hukuken mümkün gözükmemektedir. Nitekim öğretilde yer alan bir görüş, koşula bağlı bir sözleşme çerçevesinde hakkın tanınmasındaki amacın bu hakkın şekle bağlı olmaksızın ileri sürülmesini sağlamak olduğunu ifade etmektedir⁶⁷⁴.

Koşul teorisine yönelik öğretilde birçok yazar şekil yönünden olumsuz eleştirilerde bulunmuştur. Bu eleştiriler özellikle Alman hukuk öğretisinde yer almaktadır⁶⁷⁵. Alman hukukunda yer alan görüşe göre, ilgili şekil kuralları irade beyanını ortaya koyan yani hakkı ileri süren hak sahibinin korunmasına hizmet etme

⁶⁷² Schleich, *Option*, 75-76; Meier-Hayoz, *Art. 681*, Rn.46; Ott, “Die Abtretung”, 257, 264, dpn.24’te anılan yazarlar; Isler, *Grundbuch*, 23. Salt iradi koşulun, ancak değiştirici yenilik doğuran hak şeklinde tezahür edebileceği ve bu sebeple de kurucu yenilik doğuran bir hak şeklinde ele alınmasının mümkün olmadığı yönündeki görüş ve bu görüşün gerekçeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Noelpp, *Eine Studie*, 48-49. Koşul teorisi kapsamında alım, önalım ve geri alım haklarının bir yenilik doğuran hak olarak ele alınamayacağı yönünde bkz.: Ott, “Die Abtretung”, 264. Koşula bağlı bir sözleşmede yer alan koşulun, yenilik doğuran hak olarak ele alınamayacağı yönünde dolaylı olarak ayrıca bkz.: Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 158*, Rn.15.

⁶⁷³ Önalım hakkı kapsamında meseleyi bağlayıcı öneri ve kabul noktasında ele alarak koşul teorisine yönelik yapılan eleştiri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Noelpp, *Eine Studie*, 46-47.

⁶⁷⁴ BeckNomosHK-Schulze, *BGB § 145-157*, Rn.37.

⁶⁷⁵ Bununla birlikte Türk hukukunda bu konuda herhangi bir öğreti görüşüne rastlanmamaktadır.

işlevine de sahiptir. Oysa hak sahibi hakkı kullandığı anda ilk kez esas sözleşmeyle bağlı hale gelmektedir. Dolayısıyla şekil şartı, sadece koşula bağlı esas sözleşmenin yapılmasıyla sınırlı tutulduğunda şeklin sağladığı korumanın içi de boşaltılmış olmaktadır⁶⁷⁶. Bununla birlikte aksi yöndeki görüş ise, salt iradî koşul içeren bir sözleşmenin kurulma anında aranan şekil şartının daha sonra salt iradî koşul teşkil eden irade beyanının ileri sürülmesinde bir öneme sahip olmadığı yönündedir. Dolayısıyla irade beyanının bir şekil şartına bağlı olmaksızın ileri sürülmesi mümkün olmalıdır⁶⁷⁷.

Kanaatimizce koşul teorisine yönelik şekle ilişkin olumsuz bir eleştiri pek de mümkün gözükmemektedir. Öncelikle koşula bağlı bir hukukî işlemde taraflar arasındaki hukukî ilişki halihazırda zaten kurulmuştur. Dolayısıyla koşul teorisi kabul edildiğinde, alım hakkının tek taraflı bir irade beyanı ile ileri sürülmesi, hukuken oldukça makûl bir gerekçeye dayanmaktadır. Hakkın konusu bir taşınmaz olsa dahi beyan açısından bir resmî şeklin aranmasına gerek yoktur. Bunun sebebi, taşınmaz mülkiyetinin devrini konu alan koşula bağlı satış sözleşmesinin, az önce de ifade ettiğimiz üzere, zaten kurulmuş olmasıdır. Bununla birlikte, hakkın kullanılmasında şekil serbestisini sağlamayı dayanak noktası kabul eden görüş de, bu noktada meseleyi, kanaatimizce doğru ele almamaktadır⁶⁷⁸. Zira bu görüşün ileri sürdüğü argüman, bizim de savunduğumuz kurma teorisi karşısında, koşul teorisine bir tercih önceliği verecek nitelikte değildir. Alım hakkının niteliği kurma teorisi kapsamında da ele alındığında hak tek taraflı bir irade beyanı ile yine kullanılabilir. Hatta şekil şartı kurma teorisinde de yalnızca alım hakkı sözleşmesinin kurulduğu an ile sınırlıdır. Taraflar arasında esas sözleşmenin halihazırda kurulmamış olması bu durumu değiştirmez. Dolayısıyla Alman hukukunda koşul teorisini şekil yönünden olumsuz olarak eleştiren görüşün kabulü, kurma teorisi açısından da büyük bir çelişki içermektedir. Kanaatimizce bu görüşte yer alan gerekçeler şekil sorununu ele alırken bir yenilik doğuran hak olan alım hakkının muhtevasını ve hukukî niteliğini büyük ölçüde gözardı etmektedir.

⁶⁷⁶ Werner Lorenz, *Vorzugsrechte beim Vertragsabschluß*, in: *Vom deutschen zum europäischen Recht — Festschrift für Dölle*, Bd. 1 (Tübingen: 1963), 115 vd.; BeckOGK-Möslein, *BGB § 145*, Rn.86; Georgiades, *Optionsvertrag*, 425 vd. Hakkın kullanımına ilişkin beyan açısından şekil kurallarının aynı sebeple uygulanması gerektiği yönünde bkz.: jurisPraxisKom-Backmann, § 145, Rn.56.

⁶⁷⁷ Leipold, *BGB I*, § 26, Rn.2.

⁶⁷⁸ Bkz.. İkinci Bölüm, dñn.140'ı karşılayan görüş.

Sonuç olarak koşul teorisi, alım hakkının hukukî niteliğini açıklamada kanaatimizce yeterli değildir. Ancak yine de, şekil yönünden, bu teoriye yönelik bir eleştiri pek de mümkün gözükmemektedir.

2.3.3.2.2.4. Taraf İradelerini Yansıtmada Noksanlık

Koşul teorisinin, tarafların gerçek iradelerine uygun olup olmaması tartışması bu teoriye yönelik eleştirilerin bir diğerini oluşturur⁶⁷⁹. Buna göre koşul teorisi, kurma teorisine nazaran⁶⁸⁰, tarafların gerçek iradelerini yansıtmakta yetersiz kalmaktadır⁶⁸¹.

Öğreti yer alan bir görüş, koşul teorisine yönelik bu yaklaşımı genel olarak opsiyon sözleşmeleri kapsamında ele almaktadır. Buna göre koşul teorisi, tarafların opsiyon alanında esas sözleşmeyi de halihazırda yapma arzusuna sahip olduğu yanlışından hareket etmektedir. Oysa onlar, ne esas sözleşmeyi ne de koşula bağlı bir hukukî işlemi akdetme niyetindedir⁶⁸². Kaldı ki, bir esas sözleşme yapılacaksa da buna karar verecek olan kişi hak sahibinin kendisidir⁶⁸³. Nitekim, önalım hakkı kapsamında meseleyi ele alan bir başka görüş de aynı sonuca varmaktadır⁶⁸⁴. Bunun gibi, üçüncü bir görüş de, hak sahibinin koşul teorisi kapsamında bir koşula bağlı borçlu olarak değerlendirilebileceğini ifade etmektedir⁶⁸⁵. Böyle bir sonuç ise bir kurucu yenilik doğuran hak olan alım hakkının muhtevasıyla bağdaşır nitelikte değildir. Hatta İsviçre

⁶⁷⁹ Noelpp, *Eine Studie*, 45; Schmid, *Das Vorkaufsrecht*, 22 vd.

⁶⁸⁰ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.73; Brunner, *Kaufrechte*, 165.

⁶⁸¹ İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Schleich, *Option*, 84; Forstmoser ve Pulver, *Der Optionshandel*, 11; Häusler, *Die vertraglichen Grundlagen*, 121; Pulver, “Börsenmässige”, 235 vd. Alman hukukunda bu yönde bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 237; Casper, *Der Optionsvertrag*, 54, 56; Henssler, *Risiko als Vertragsgegenstand*, 593 vd.

⁶⁸² Schleich, *Option*, 84 ve nispeten ayrıntılı inceleme için 115-116; Ott, “Die Abtretung”, 267. Bu yönde bkz.: Forstmoser ve Pulver, *Der Optionshandel*, 11; Kırca, *Hukuki Yönüyle*, 192. Esas sözleşmenin kurulup kurulmaması, opsiyon hakkı sahibinin hakkını kullanması “şartına” bağlıdır. Bu yönde bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 235. Gerçekten de, burada hakkı tanıyanın tek amacı karşı tarafa tek taraflı olarak bir sözleşme ilişkisi kurma imkânı tanımaktadır. Dolayısıyla halihazırda koşula bağlı olarak bir şeyin satışı söz konusu değildir. Bu yönde bkz.: Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 85.

⁶⁸³ Koşula bağlı hukukî işlemlere nazaran ayrıcı bir kriter olarak inceleyen görüş için bkz.: Schleich, *Option*, 115.

⁶⁸⁴ Önalım hakkında tarafların irade beyanlarının içerikleri henüz bir satışa ilişkin değildir. Başka bir deyişle, tarafların o anki arzuları hakkın konusu şeyi satmak değildir. Hatta böyle bir niyetleri dahi yoktur. Burada esas olan şey, hak sahibine, onun ileride açıklayacağı bir irade beyanıyla kararlaştırılan şartlar altında hakkın konusu şeyi daha sonra satın almasını kolaylaştıran bir imkân tanınmasıdır. Bu hususta ilgili açıklamalar için bkz.: Noelpp, *Eine Studie*, 45. Dolaylı olarak bu yönde ayrıca bkz.: BernerKom/Giger, Art.216, Rn.86; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.73; Ott, “Die Abtretung”, 267.

⁶⁸⁵ Ott, “Die Abtretung”, 262.

hukukunda buna yönelik olarak önalım hakkı kapsamında uygulamadaki durum⁶⁸⁶ ile çifte koşula bağlı satış sözleşmesi açısından olması gereken beyan⁶⁸⁷ içerikleri birer örnek de ele alınmıştır. Alman hukukunda ise bu durum iki kısa örnek ile izah edilmiştir. Bunlar: “*Bu taşınmazı talep ettiğin anda sana satıyorum*” ve “*Bu taşınmazı istemiş olman koşuluyla sana satıyorum*” beyanlarıdır⁶⁸⁸. Bu beyanlardan ilki gerçek anlamda bir opsiyon sözleşmesini karşılarken; ikinci durum koşula bağlı bir sözleşme olarak karşımıza çıkar. Alım hakkında ise vuku bulan hal ilk durumdur. Buna ilaveten Alman hukukunda, opsiyon sözleşmeleri yönünden koşul teorisinin yanlışlığını ortaya koyan başka farklı argümanlar da ileri sürmüştür. Buna göre, opsiyon haklarında yer alan pratik ihtiyaç üç farklı şekilde ortaya çıkmaktadır. Bunlar; sözleşmeye ilişkin uzun bir düşünme süresine sahip olma, sözleşmeyi yapma imkânını elinde tutma ve düşünme süresi boyunca da karşı tarafın sözleşme yapmaktan vazgeçmesini engellemedir⁶⁸⁹. Oysa koşula bağlı bir işlemde sözleşme zaten halihazırda kurulmuştur. Bu sebeple de, sözde hak sahibi için düşünmeyi gerektirecek bir durum artık söz konusu olmaz. Keza teknik anlamda bir sözleşme yapma imkânından bahsetmek de artık mümkün değildir. Zira sözleşme halihazırda çoktan akdedilmiştir.

Alım hakkında tarafların esas sözleşmeyi halihazırda yapma arzusuna sahip olmamasının önemli bir sonucu bulunmaktadır. O da, taraf iradelerine yönelik bu yönde bir yorumun esas sözleşmenin opsiyon sözleşmesinden ayrı bir sözleşme şeklinde ele alınması anlamına gelmesidir⁶⁹⁰. Oysa koşul teorisine göre, alım hakkı sözleşmesi, tek bir bağdaşık (*einheitlich*) sözleşme şeklinde tezahür etmektedir⁶⁹¹. Zira koşul teorisinde hem hakkı hem de hakkın konusu şeyin mülkiyetini konu alan tek bir sözleşme vardır.

⁶⁸⁶ “Üçüncü kişiye bir satışta bulunma ve bir satış sözleşmesi yapmam durumunda, sen, hak sahibi olarak, aynı satış sözleşmesini (aynı içerikte ya da kararlaştırılmış müteakip şartlar ve sözleşme çerçevesinde) benimle yapmak konusunda serbestçe karar verebilirsin ve ben bu takdirde bu satış sözleşmesine dayanarak satış konusu şeyin mülkiyetini sana devretmeyi taahhüt ediyorum”. Örnek ve ayrıntılı bilgi için bkz.: Noelp, *Eine Studie*, 45.

⁶⁸⁷ “Ben satış konusu şeyi üçüncü kişiyle bir satış sözleşmesi yapmam ve o kişiye satmam ve ancak senin hala istemen durumunda, koşula bağlı bu sözleşmeye dayanarak satış konusu şeyin mülkiyetini koşulun gerçekleşmesi durumunda sana devretmeyi taahhüt ediyorum”. Bu halde önalım sözleşmesinin içeriğinin daha doğru bir şekilde yansıtıldığı yönünde ve ayrıntılı bilgi için bkz.: Noelp, *Eine Studie*, 45. Dolaylı olarak bu yönde bkz.: BernerKom/Giger, Art.216, Rn.86; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.73; Ott, “Die Abtretung”, 267.

⁶⁸⁸ Henrich, *Vorvertrag*, 237.

⁶⁸⁹ Bu hususta bkz.: BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.71.

⁶⁹⁰ Schleich, *Option*, 85; Häusler, *Die vertraglichen Grundlagen*, 123 vd. Bu hususta ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 46; Pulver, “Börsenmässige”, 226, 234 vd.

⁶⁹¹ Koşul teorisi kapsamında bkz.: Schleich, *Option*, 75.

Bu sözleşme koşula bağlı satış sözleşmesidir. Dolayısıyla taraflarca karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla bu sözleşme halihazırda kurulmuş olur. Buna karşılık alım hakkında, esas sözleşmeyi kurma arzusu taraflar açısından tam tersi bir görünüme sahiptir. Başka bir deyişle, taraflar, esas sözleşmeyi hakkın tesis edildiği anda kurma niyetinde değildir. Bu sebeple de, alım hakkında hakkı kuran sözleşme ile esas sözleşmeyi birbirinden ayrı iki bağımsız sözleşme şeklinde ele alan yorum, kanaatimizce, alım hakkından doğan hukukî ilişkinin muhtevasıyla daha uyum içerisindedir.

Alım hakkı sözleşmesi ile hedeflenen esas (satış) sözleşmenin kendine özgü konu ve amaçları bulunmaktadır. Alım hakkı sözleşmesinin konusu alım hakkı ile birlikte alım hakkı bedeli iken; amacı genel anlamda esas sözleşmeyi kurabilme imkânını elde etmektir⁶⁹². Bunun gibi, alım hakkının teminat, spekülasyon, koruma veyahut da zorlama gibi fonksiyonları da aynı şekilde doğrudan doğruya alım hakkı sözleşmesinin amaçları arasında yer almaktadır. Bunun sebebi, söz konusu fonksiyonların, varlıklarını alım hakkını kuran alım hakkı sözleşmesine borçlu olmasıdır. Var olma sebepleri de yalnızca alım hakkı mevcut olduğu müddetçe devam eder. Bu sebeple, örneğin; hak kullanıldıktan sonra artık bu fonksiyonların varlığından bahsetmek de imkânsız hale gelir. Esas sözleşmeyi oluşturan satış sözleşmesi de bu yönden hiçbir işleve sahip değildir. Mesela belirli bir davranışı zorlama fonksiyonu alım hakkı var olduğu sürece bulunur. Hakkın konusu şeyin üçüncü kişilere satışını engellemeye yönelik koruma fonksiyonunda da durum böyledir. Alım hakkı kullanılıp hakkın konusu şeyin mülkiyeti elde edildikten sonra artık onun bir üçüncü kişiye devredilme riskinden de bahsetmek mümkün değildir. Çünkü artık eski hak sahibi alım hakkını kullanarak söz konusu malın maliki olmuştur ve onu satıp satmamak artık kendi iradesiyle ilgili bir durumdur⁶⁹³. Aynı durum spekülasyon fonksiyonu açısından da geçerlidir. Bir malın fiyat değişiminden kâr elde etmeyi hedefleyen biri için yegâne önem teşkil eden şey bir yükümlülük altına girmeksizin malı elde etme yetkisine sahip

⁶⁹² İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Schleich, *Option*, 85. Türk hukukunda nispeten aynı yönde bkz.: Kırca, *Hukuki Yönüyle*, 193. Türev piyasalar kapsamında bu yönde bkz.: Pulver, “Börsenmässige”, 236, 238 vd. Alman hukukunda bkz.: Georgiades, *Optionsvertrag*, 415.

⁶⁹³ Koruma fonksiyonu hakkın şerh edildiği hallerde mevcut olacağından, malın üçüncü bir kişiye satılması halinde de hak bu kişilere karşı sürülebileceğinden, hakkın kullanılmasından sonra ama devredilmesinden önce bir başka kimseye satılması da bu açıdan önem arz etmez. Zira hak sahibi her hâlükârda bu kimselere karşı da hakkını ileri sürebilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Üçüncü Bölüm, Şerhin Etkisi başlığı.

olmaktır. Oysaki, koşula bağlı bir hukukî işlem açısından böyle bir durum söz konusu değildir. Koşula bağlı bir satış ilişkisinde sözleşmeden doğan hak ve borçların doğumu için öncelikle hakkın kullanılmış olması gerekir. Hatta alım hakkı yükümlüsünün satışa ilişkin borçlarını yerine getirmeyeceği belli dahi olsa durum böyledir⁶⁹⁴. Öte yandan hakkın kullanılmasıyla birlikte, alım hakkı sahibi de satış ilişkisinden doğan hak ve borçları üstlenmiş olur. Dolayısıyla esas sözleşmenin kendisi söz konusu fonksiyona hizmet eden bir hukukî işlem niteliği taşımaz⁶⁹⁵. Ancak kurma teorisi açısından mesele ele alındığında, borca aykırılık hallerinde tazminat yoluna başvurmak için çoğu zaman hakkın kullanılmış olması gerekmez⁶⁹⁶. Bununla birlikte, esas sözleşmenin konusu da önceden kararlaştırılmış olan bir edimin mübadelesidir. Dolayısıyla sözleşmenin amacı da ancak bu mübadelenin gerçekleştirilecek olmasıdır⁶⁹⁷. Ayrıca edimin gereği gibi ifa edilmediği haller (*Leistungstörungen*) ve opsiyon hakkının devri (*Abtretung*) gibi haller göz önüne alındığında, burada iki farklı sözleşmenin bulunduğu kabulü, kanaatimizce de, daha doğru bir çözüm yolu olarak gözükmektedir⁶⁹⁸.

Koşul teorisini savunan yazarlar, irade açıklamalarına yönelik bu eleştiriler karşısında birtakım karşı fikirler öne sürmektedir. İsviçre hukuk öğretisinde yer alan bir görüş, alım hakkından doğan bir hukukî ilişki de olsa, burada her halukârda bir malın satışının söz konusu olduğunu söylemektedir. En nihayetinde bu malın mülkiyetinin devrinin de hak sahibine bağlı olduğunu ileri sürmektedir⁶⁹⁹. İsviçre hukukunda yer alan bir başka görüş ise, bu noktada taraflardan kelimesi kelimesine yasal düzenlemeye uygun bir irade açıklanmasının beklenmesini oldukça abartılı bulmaktadır⁷⁰⁰. Başka bir

⁶⁹⁴ Koşul teorisi kapsamında ayrıntılı bilgi için bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.295. Bu görüşü savunmamakla birlikte meseleyi ele alan bir diğer görüş için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.872.

⁶⁹⁵ Alman hukukunda da, iktisap ve koruma fonksiyonlarından hareketle, önalım hakkı kapsamında bu hususa ilişkin birtakım tespit ve eleştiriler ortaya koyan görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 76 vd.

⁶⁹⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Üçüncü Bölüm, Alım Hakkı Sözleşmesinde Tarafların Yükümlülükleri başlığı.

⁶⁹⁷ İsviçre hukukunda bu doğrultuda bkz.: Schleich, *Option*, 85. Türev piyasalar kapsamında bu yönde bkz.: Pulver, “Börsenmässige”, 236, 238 vd. Alman hukukunda bkz.: Georgiades, *Optionsvertrag*, 415.

⁶⁹⁸ Schleich, *Option*, 85. Alman hukukunda bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 55 vd.

⁶⁹⁹ Hans Peter Brenner, “Das Vorkaufsrecht an beweglichen Sachen und Wertpapieren” (Dissertation, Basel, 1951), 55.

⁷⁰⁰ Bu görüşün vurgulamak istediği nokta, alım hakkı sözleşmesi akdedilirken ortaya konan irade beyanları açısından, taraflardan, koşula bağlı hukukî işlem ile opsiyon sözleşmesi kurmaya yönelik beyanlar arasındaki ayırımı yapmalarının kendilerinden beklenemeyecek olmasıdır. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: Noelp, *Eine Studie*, 46.

deyişle, sözleşmede yer alan taraf beyanlarından hareket ederek teorisinin eleştirilmesi ve taraf iradelerini yansıtmadığını ileri sürülmesi makûl bir gerekçe olarak kabul edilmemiştir. Önemli olan, tarafların ne söylediği değil; ne söylemek istediğidir. Alman hukukunda da, alım hakkı sözleşmesinin, teorik olarak koşula bağlı bir sözleşme olarak değerlendirilebileceği ifade edilmiştir⁷⁰¹.

İsviçre hukukunda ileri sürülen görüşler kanaatimizce isabetsiz gözükmemektedir. Bunun temel sebebi, her iki görüşün de, alım hakkının fonksiyonlarının koşul teorisinde nasıl temellendirilebileceği noktasında bir açıklama getirmemiş olmasıdır. Ayrıca ilk görüşte ileri sürüldüğünün aksine, koşula bağlı bir satışta, hak sahibi de bir sözleşmeyle bağlılık içerisindedir⁷⁰². Dolayısıyla münhasıran hak sahibine bir bağlılıktan bahsetmek, en nihayetinde pek de mümkün gözükmemektedir. Kaldı ki, bu görüş iradî koşulun hukukî geçerliliğine ilişkin bir açıklama da yapmamaktadır. İkinci görüşte yer alan iddialara yönelik ise şunlar söylenebilir: Hukuk kuralları muhatapların uyması için getirilmiş genel kurallardır. Dolayısıyla bir eylem bir hukuk kuralına ya uygundur ya da değildir. Ona uygunluk az veya çok olamayacağı gibi; uymakla yükümlü olanların durumuna göre de uygunluğun içeriği değişmez. Zira hukuka uygun olma tek bir şekilde tezahür eder. O da, ilgili hükümle tam bir uyum içerisinde değildir. Alman hukukunda ileri sürülen görüşe ilişkin olarak ise şunu söylemek mümkündür: Bu görüşü savunan yazarın kendisi de, böyle bir kabulün tarafların amaç ve iradelerine ters düşeceğini zaten açıkça ifade etmiştir⁷⁰³.

Son olarak koşul teorisi, hakkın bir üçüncü kişi yararına sözleşmeyle tesis edildiği hallerde de meselenin çözümü açısından oldukça yetersiz kalmaktadır⁷⁰⁴. Gerçekten de, koşula bağlı bir hukukî işlemde hareket ederek üçüncü kişi yararına sözleşmedeki lehdarın hukukî durumunu izah etmek ne yazık ki mümkün olmamaktadır. Zira bu teoriye göre, hak sahibi de, hakkı kuran hukukî işlemle birlikte koşula bağlı bir

⁷⁰¹ Henrich, *Vorvertrag*, 238-239.

⁷⁰² Türk hukukunda dolaylı olarak bu yönde bkz.: Kırca, *Hukukî Yönüyle*, 191-192.

⁷⁰³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 238-239.

⁷⁰⁴ Koşul teorisinin üçüncü kişi yararına sözleşmeyle kurulan ilişkiyi açıklamada yetersiz olduğu yönündeki eleştiriler için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.96. Alman hukukunda bu konuda bkz.: Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 126.

yükümlülük altına girmektedir⁷⁰⁵. Oysaki, üçüncü kişiyi yükümlülük altına sokan bu tür hukukî işlemler geçersizdir⁷⁰⁶.

2.3.3.2.2.5. Hakkın Kanundan Doğduğu Haller

Kanundan doğan alım hakkının varlığı Türk ve yabancı hukuk öğretilerinde uzunca bir süredir tartışılmıştır. Ancak bu tartışmaların varlığı, hakkın kanundan doğduğu haller kapsamında meselenin ayrıca koşul teorisi açısından ele alınmasını engellemez. Zira bu teorinin uygulama alanının kapsamında en nihayetinde önalım hakkı da yer alır. Kanundan doğan önalım hakkı ise Türk, İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde açıkça düzenlenmiştir.

Hakkın kanundan doğduğu hallerde koşul teorisinin taraflar arasındaki ilişkiyi açıklamakta yetersiz kaldığı ileri sürülmektedir⁷⁰⁷. Zira alım hakkından doğan bir ilişkide askı sürecinde olan bir hukukî ilişkiden bahsetmek mümkün değildir. Bu sebeple de, olmayan bir ilişkinin koşula bağlılığı da gündeme gelmez. Yükümlü ile hak sahibi arasında yeni bir satış ilişkisi, hak sahibinin, kanunun kendisine verdiği hakkı kullanmasıyla kurulmuş olur⁷⁰⁸. Bu durum ise daha çok kurucu yenilik doğuran bir hakkın varlığına işaret eder. Oysa koşul teorisinde, kanaatimiz bu yönde olmamakla birlikte, olsa olsa bir değiştirici yenilik doğuran haktan bahsedilebilir. Bunun sonucu olarak da, koşul teorisi, sözleşmeden ve kanundan doğan hakların hukukî niteliğini tek bir temelde izah etmede başarısızdır. Nitekim öğretilerde de haklı olarak ifade edildiği üzere, aynı hak için iki farklı temellendirme (*Konstruktion*) yapılması doğru değildir⁷⁰⁹. Oysa kurma teorisi, alım hakkı açısından bu noktada son derece tutarlı bir sonuca ulaşmaktadır⁷¹⁰.

Son olarak öğretilerde, koşul teorisine yönelik olarak İBK md.216/II'de yer alan hükmün lafzından yola çıkarak bir eleştiri daha yapılmaktadır. Söz konusu hükümde,

⁷⁰⁵ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.96.

⁷⁰⁶ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.96 ve ayrıca tarafların ehliyetleri açısından yapılan eleştiriler için ayrıca Rn.90. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 124 II 8 ff. (11), E. 2b. (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.96, dpn.147'den naklen). Alman Medeni Kanunu'nun sistematüğinde de bu tür bir hukukî işleme yer verilmediği ve dolayısıyla koşul teorisi kapsamında üçüncü kişi yararına sözleşme ile hakkın tesisinin mümkün olmadığı yönünde ayrıca bkz.: Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 126.

⁷⁰⁷ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.74; ZK-Kom./Haab vd., *ZGB Art. 681-682*, Rn.2.

⁷⁰⁸ Bu doğrultuda bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.74.

⁷⁰⁹ Brunner, *Kaufrechte*, 168.

⁷¹⁰ Bu doğrultuda bkz.: Noelpp, *Eine Studie*, 57; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.74; Schmid, *Das Vorkaufsrecht*, 30.

“..., önalım, alım ve geri alım hakkını kuran sözleşmeler resmî şekil şartını gerektirir” ifadesine yer verilmiştir. Bu görüş, kişisel hakları konu alan sözleşmeler açısından “kuran” ifadesine yer verildiğini ve dolayısıyla da kurma teorisinin hükmün lafzıyla daha uyum içerisinde olduğunu ifade etmiştir. Ancak kanaatimizce böyle bir yorum zorlama ve isabetsiz bir tercih olmuştur. Zira koşul teorisi açısından alım hakkı taraflar arasındaki koşula bağlı sözleşmeyle kurulmaktadır. Koşula bağlı sözleşme ifadesi ile halihazırda kurulmuş ve mevcut olan bir alım hakkının daha sonra bir koşula bağlanması gibi bir durum kastedilmemektedir. Zaten böyle bir yaklaşım alım hakkının muhtevasıyla da bağdaşmaz. Bununla birlikte, söz konusu görüşün ileri sürmüş olduğu bu tartışmanın Türk hukuku açısından ise pratik bir önemi yoktur. Zira ilgili hükmün karşılığını oluşturan TBK md.272/II hükmü, “... geri alım ve alım sözleşmeleri...” şeklinde bir lafza sahiptir. Başka bir deyişle, mehaz İBK’da yer alan “... kuran sözleşmeler ...” şeklindeki ifadeye Türk hukukunda yer verilmemiştir.

2.3.3.2.2.2.6. Koşula Bağlı İşlemlerde Hak ve Yükümlülüklere İlişkin Hükümler Kapsamında Meselenin İncelenmesi

2.3.3.2.2.2.6.1. Genel Olarak

Taraflar arasında tek bir borç ilişkisini esas alan koşul teorisine yönelik bir diğer eleştiri taraf sorumluluklarına ilişkindir. Burada yer alan tartışmaların temelinde sorumluluğun sınırlarını belirlemeye yönelik anlaşmaların koşula bağlı işlemler açısından sınırlı olması yatar. İsviçre ve Alman hukukunda savunulan görüşe göre, alım hakkı sözleşmesinin bir koşula bağlı sözleşme olduğunun kabulü halinde, taraflarca, hakkın kullanılmasından önceki zaman dilimine ilişkin olarak birtakım bağlayıcı kuralların kararlaştırılması artık mümkün değildir⁷¹¹. Zira kanun koyucu, koşula bağlı sözleşmelerde askı süresince geçerli olan sorumluluk hükümlerini bizzat kendisi belirlemiştir⁷¹². Bu yönüyle de, teorinin, tarafların menfaatleri açısından makûl ve yeterli bir çözüm yolu olup olmayacağı tartışmalıdır⁷¹³. Bunun sebebi, alım hakkı sözleşmesinden doğan bir hukukî ilişkide tarafların birtakım bağlayıcı hukuk kurallarına yer verme niyetinde olabilecek olmasıdır. Sözü edilen bağlayıcı hukuk kuralları genel olarak esas sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurmasından önce uygulanması

⁷¹¹ İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde opsiyon sözleşmesi kapsamında yapılan bu yönde açıklamalar için bkz.: Schleich, *Option*, 84; Casper, *Der Optionsvertrag*, 54.

⁷¹² Bu doğrultuda bkz.: Schleich, *Option*, 75; Casper, *Der Optionsvertrag*, 54.

⁷¹³ Casper, *Der Optionsvertrag*, 53; Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 79 vd.

istenen kurallardır. Bunun en tipik örneğini ise alım hakkı bedeli oluşturur. Oysa alım hakkı sözleşmesi bir koşula bağlı satış sözleşmesi olarak görüldüğünde alım hakkı bedeli bir hukukî dayanaktan yoksun kalmaktadır. Zira koşula bağlı işlemlerde koşulun gerçekleşmesinden önce ifayı talep hakkından (*Leistungsanspruch*) bahsetmek mümkün değildir⁷¹⁴. Alman hukukunda bu noktada taraflarca birtakım koruma yükümlülüklerine ilişkin düzenlemeler yapılabileceği ifade edilse de⁷¹⁵, kanaatimiz, bu yönde düzenlemelerin kararlaştırılmamış olduğu hallerde meselenin hala çözümsüz kalacağı yönündedir. Bu sebeple de, taraf menfaatlerinin korunmasına yönelik kesin bir çözüm sunmamaktadır.

Koşula bağlı sözleşmelerde tarafların hak ve yükümlülüklerini düzenleyen hükümlerin kapsamı ele alınması gereken bir diğer sorundur. Türk hukukunda koşula bağlı işlemlerde tarafların hak ve yükümlülükleri “*Koşulun askıda olduğu sıradaki durum*” alt başlığını taşıyan TBK md. 171’de düzenlenmiştir. Buna göre, koşul gerçekleşinceye kadar borçlu, borcun gereği gibi ifasını engelleyecek her türlü davranıştan kaçınmakla yükümlüdür. Ayrıca koşula bağlı hakkı tehlikeye düşürülen alacaklı da, alacağı koşula bağlı olmayan alacaklıların haklarını korumak için başvurabilecekleri önlemleri alabilme imkânına sahiptir. Son olarak koşulun gerçekleşmesinden önce yapılan tasarruflar da koşulun hükümlerini zedelediği oranda geçersizdir. Söz konusu düzenleme mehz İsviçre Borçlar Kanunu md.152’nin karşılığını oluşturmaktadır⁷¹⁶. Alman Medeni Kanunu ise meseleyi BGB § 160 ve 161’de iki madde halinde düzenlenmiştir⁷¹⁷. Bununla birlikte, söz konusu olumsuz eleştiriler Türk, İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde yer alan ilgili düzenlemelerin içeriğine değil; alım hakkı sözleşmesinden doğan hukukî ilişkiye ne ölçüde uygulanabilir olduğuna ilişkindir.

Öğretide ileri sürülen ilk eleştiri sorumluluktan doğan taleplerin ileri sürülebilme anı açısındandır. Bu durum özellikle Alman hukukunda göze çarpmaktadır. Bu kapsamda BGB § 160 ve 161’de yer alan taleplerin ileri sürülebilmesi için koşulun

⁷¹⁴ Flume, *Allgemeiner Teil*, § 39, 4, S. 714; Casper, *Der Optionsvertrag*, 54; Schleich, *Option*, 84.

⁷¹⁵ Casper, *Der Optionsvertrag*, 54; Flume, *Allgemeiner Teil*, § 40, 2c, 727.

⁷¹⁶ TBK md. 171 ve İMK md.152’de yer alan düzenlemeler lafzen nüans farklılıkları içermesine rağmen anlam olarak hemen hemen aynıdır.

⁷¹⁷ BGB § 160 hükmü “Askı Süresince Sorumluluk” başlığını taşıırken, BGB § 161 ise “Askı Süresince Yapılan Tasarrufların Geçersizliği” başlığını taşımaktadır. Ayrıca söz konusu düzenlemelerin içeriği Türk ve İsviçre hukukunda yer alan düzenlemelerden nispeten ayrılmaktadır.

gerçekleşmesi hali (*im Falle des Eintritts der Bedingung*)⁷¹⁸ aranmaktadır⁷¹⁹. Bu durum mehzaz İBK md.152/III ve TBK md.171/III açısından da aynıdır. Alım hakkı sözleşmesinde burada yer alan pratik sonuç şudur: Hak sahibi öncelikle hakkını kullanacak ve daha sonra da ilgili hükümler çerçevesinde taleplerini ileri sürecektir. Oysa bu durum alım hakkı sahibi açısından oldukça anlamsızdır. Zira bir kimsenin sözleşmeden beklediği faydayı koruyabilmesi için o sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurmasına yönelik talebi ileri sürme zorunluluğu altında olması kabul edilebilir değildir. Kaldı ki askı süresi içerisinde gerçekleştirilen tasarrufların geçersizliği meselesi bu açıdan çok daha ayrıcalıklı bir konuma sahiptir. Çünkü alım hakkı sahibinin hak sahipliği ile hedeflediği yegane amaç bazen malın üçüncü kişilere satışını engellemektir. Başka bir deyişle o, malı almak konusunda daha en başından böyle bir niyete sahip değildir. Dolayısıyla koşula bağlı hukukî işlem çerçevesinde hareket edildiğinde, alım hakkı sahibi, söz konusu tasarrufun geçersizliğini ileri sürmek için alım hakkını kullanmak zorunda kalmaktadır. Bu ise onun hiç istemediği bir yükümlülüğün altına girmesi anlamına gelebilmektedir. Bu noktada alım hakkının şerh edilebilirliği de, kanaatimizce, söz konusu eleştirileri ortadan kaldırmak için yeterli bir sebep değildir. Bunun gibi, TBK md. 171/III hükmünün şerh edilmeyen alım hakkı açısından, kurma teorisine nazaran, birtakım koruma hükümleri getirdiğinden bahsetmek de mümkün olmamalıdır. Zira hak sahibinin bu korumadan faydalanması da, aynı şekilde, taraflar arasındaki sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlaması koşuluna bağlıdır. Bu ise genel olarak opsiyon sözleşmelerinde hedeflenen ve “*hakkın konusu şeyi sadece satın almaya yönelik bir imkân elde etme*” şeklinde tezahür eden asıl amaca aykırıdır.

Koşul hükümleri kapsamında yapılan eleştirilerden bir diğeri ileri sürülebilecek taleplerin kapsamına ilişkindir. İlgili hükümlere göre, hak sahibinin ileri sürebileceği talepler genel olarak hakkın konusu şeyin kötüleşmesi ya da yok olması halleriyle sınırlıdır⁷²⁰. Oysa alım hakkı sözleşmesinde hakkın kullanılmasından önceki zaman

⁷¹⁸ Ayrıca koşulun gerçekleşemeyecek bir durumda olduğunun tespit edildiği hallerin de bu kapsamda yer aldığı yönünde bkz.: BRHP-Rövekamp, § 158, Rn.28.

⁷¹⁹ Zararın tazmininin BGB md.160 hükmü kapsamında koşulun gerçekleşmesinden sonra olabileceği yönünde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 54. BGB 160 ve 161 kapsamında ayrıca bkz.: BRHP-Rövekamp, § 158, Rn.22.

⁷²⁰ Casper, *Der Optionsvertrag*, 54. BGB § 161 ve 162’nin uygulama alanlarına ilişkin tespitler ortaya koyan Alman Federal Mahkemesi kararları için ayrıca bkz.: BGH NJW 1996, 3338, 3340; RG Recht

diliminde birtakım farklı başka yükümlülükler söz konusu olabilir. Alım hakkı bedeli dışında örneğin bir bildirim yükümlülüğünün kararlaştırılması mümkündür. Ancak bu tür bir yükümlülüğü TBK md. 171 kapsamına dahil etmek pek de mümkün değildir.

Öğretide koşul teorisine karşı ileri sürülen bu eleştirilere karşı birtakım karşıt fikirler ileri sürülmüştür. Bu noktada İsviçre hukukunda yer alan bir görüş hukukî işlemlerin kısmî koşula bağlanabilirliğinin gözardı edildiğini ifade etmektedir⁷²¹. Buna göre, alım hakkı sözleşmesi yapıldığında sadece esas sözleşmenin kurucu etkileri (*Gestaltungswirkungen*) koşula bağlanmış olur. Bunun dışındaki diğer sözleşme hükümleri ise hüküm ve sonuçlarını derhal doğurur⁷²². Ancak kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira, yukarıda da ifade edildiği gibi, koşul teorisi daha en başında taraf iradelerini doğru bir şekilde ortaya koymakta başarısız bir teoridir. Hal böyle iken tarafların, alım hakkından doğan nispeten karmaşık bir ilişkiyi, kısmî koşula bağlı olarak düzenlemiş olduklarını beklemek pek de mümkün gözükmemektedir. Başka bir deyişle, taraflardan bu denli bir ayrıntılı düzenlemenin beklenmesi oldukça iyimser bir yaklaşımdır. Özellikle koşula bağlı işlem iradesi olmayan kişiler açısından bu durum çok daha açık ve kesindir. Olmayan bir iradeden yola çıkarak onu şekillendirmeye çalışmak ise yersizdir.

2.3.3.2.2.6.2. TBK md. 175 Kapsamında Koşul Teorisinin İncelenmesi

Koşul teorisi açısından incelenmesi gereken bir diğer düzenleme TBK md. 175 hükmüdür. TBK md. 175/I'e göre, “*Taraflardan biri, koşulun gerçekleşmesine dürüstlük kurallarına aykırı olarak engel olursa, koşul gerçekleşmiş sayılır*”. İlgili düzenleme mehzaz İBK md. 156’nın birebir karşılığını oluşturur. BGB § 162’de de aynı yönde düzenlemeye yer verilmiştir. Hükmün kapsamı hem geciktirici hem de bozucu koşul açısından dürüstlük kuralının somut bir görünümünü ihtiva eder⁷²³.

Kanun koyucu, söz konusu hükümde geciktirici bir koşulun gerçekleşmesinin dürüstlük kuralına aykırı olarak engellemesi yönünden bir taraf ayırımı yapmamıştır. Dolayısıyla bu hükme hem alım hakkı sahibinin hem de alım hakkı verenin başvurusu

1922 Nr. 406; OLG München NJW-RR 1988, 58, 59 (Casper, *Der Optionsvertrag*, 54, dpn.57’dan naklen).

⁷²¹ Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.77.38 vd.

⁷²² Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.77.38 vd.

⁷²³ Bu doğrultuda bkz.: Schleich, *Option*, 86.

mümkündür⁷²⁴. Oysaki böyle bir sonuç alım hakkı sözleşmesinden doğan hukukî ilişkiyle bağdaşır nitelikte değildir. Zira alım hakkı sahibi hakkını kullanıp kullanmamak konusunda tamamen özgürdür⁷²⁵. Hakkın muhtevasında yer alan bu özgürlük ise TBK md. 175'e yönelik eleştirinin kabulü açısından kanaatimizce tek başına yeterlidir. Kaldı ki, bir kimsenin kendi iradesine karşı dürüstlük kuralına aykırı nasıl davranabileceği de izaha muhtaç bir diğer konudur.

2.3.3.3. Ayırma Teorisi

2.3.3.3.1. Genel Olarak

Ayrırma teorisi (*Trennungstheorie*), alım hakkı sözleşmesi ile esas sözleşmeyi birbirinden bağımsız iki farklı sözleşme olarak ele alır. Bu yaklaşıma göre, alım hakkı sözleşmesi kurulduktan sonra esas sözleşmenin kurulması için farklı bir işlem daha yapılması gerekir. Yapılacak olacak bu işlemin ne olduğu ise her bir teoriye göre farklılık gösterir. Ayırma teorisi kapsamında alım hakkı sözleşmesini ele alan birden fazla teori bulunmaktadır. Bunlar; önsözleşme, öneri sözleşmesi, öneri, yetki ve kurma teorileridir. Çalışmanın bu bölümünde öğretilde ortaya konan bu teoriler ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

2.3.3.3.2. Önsözleşme Teorisi

2.3.3.3.2.1. Genel Olarak

Önsözleşme teorisi (*Vorvertragstheorie*), genel olarak Ortak Hukuk ile eski İsviçre hukukunda kabul görmüş bir görüştür⁷²⁶. Bununla birlikte Alman hukukunda da bazı yazarlar tarafından savunulmaktadır⁷²⁷. Ancak günümüzde hemen hemen terk edilmiştir⁷²⁸. Buna paralel olarak öğretilde, önsözleşmeye dayanarak meseleyi ele alma çabası artık verimli olmayan bir girişim olarak nitelendirilmektedir⁷²⁹.

⁷²⁴ Schleich, *Option*, 86-87.

⁷²⁵ Isler, *Grundbuch*, 14; Meier-Hayoz, Art. 681, Rn.25; Art. 683, Rn.20; Noelpp, *Eine Studie*, 50; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 40-41.

⁷²⁶ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.43b. Önsözleşme teorisinden hareket eden İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz.: BGE 16 390 E.2; BGE 22 445 E.2. (Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.43b'den naklen).

⁷²⁷ Heinrich Dernburg, *Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens*, Bd. 2, 2. Abteilung, bearbeitet von Leo Raape (Halle: Buchhandlung des Waisenhauses, 1915), 119 ve 123 vd.; Eduard Jaeger, "Das Vorkaufsrecht nach gemeinem Rechte" (Dissertation, Tübingen 1893), 93, dpn.13.

⁷²⁸ Allgäuer, *Kaufrecht*, 27; Noelpp, *Eine Studie*, 69.

⁷²⁹ Linneborn, "Das Optionsrecht", 14.

Önsözleşme teorisi taraflar arasındaki ilişkiyi şu şekilde ele almaktadır: Hakkın kullanımının bir koşula bağlı olduğu hallerde, koşulun gerçekleştiğine dair bildirim⁷³⁰ aslında bir nevî karşı tarafa yapılmış bir öneridir. Bu önerinin karşı tarafça kabulüyle birlikte de taraflar arasında bir satış sözleşmesi kurulmaktadır⁷³¹. Buna ilaveten hak sahibi ile hakkı veren arasındaki ilişki ise klasik anlamda bir önsözleşmeden ibarettir⁷³².

2.3.3.2.2. Önsözleşme Teorisine Yönelik Eleştiriler

2.3.3.3.2.2.1. Genel Olarak

Önsözleşme teorisine yönelik eleştiriler temelde üç ana başlık altında toplanmaktadır. Bunlar; esas sözleşmenin kurulması, şekil ve kanun sistematığıdır. Aşağıda bu hususlar ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

2.3.3.3.2.2.2. Esas Sözleşmenin Kurulması

Önsözleşme teorisine yönelik ilk eleştiri esas sözleşmenin kurulma şekline ilişkindir. Zira önsözleşmelerde taraflarca arzu edilen esas sözleşmenin kurulması her iki tarafın da bu ikinci işleme katılımını zorunlu kılmaktadır⁷³³. Buna karşılık alım hakkı, hak sahibine tek taraflı olarak satış sözleşmesi kurma yetkisi veren bir haktır. Bu sebeple de önsözleşme görüşü aslında hakkın muhtevasıyla bağdaşır bir nitelikte değildir⁷³⁴. Mamafih Alman hukukunda yer alan bir görüş bu duruma yönelik olarak şöyle bir argüman ileri sürmektedir: Burada hak sahibinin kullanım açıklaması aslında bir sözleşme önerisidir. Ancak yine de Alman Medeni Kanunu pratik sebeplerle bu önerinin karşı tarafça kabulünden vazgeçmiştir⁷³⁵. Bu görüşün hareket noktası Alman Medeni Usul Kanunu § 894'te (*ZPO-Zivilprozessordnung*) yer alan düzenlemedir. İlgili düzenlemede borçlunun bir irade beyanında bulunmasına karar veren mahkeme hükmünün kesinleşmesi halinde bu beyanın yapılmış gibi sonuç doğuracağı hükme bağlanmıştır.

⁷³⁰ Önalım hakkı kapsamında meseleyi ele alan görüş bu durumu önalım olayının bildirilmesi şeklinde ifade etmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Noelpp, *Eine Studie*, 69.

⁷³¹ Noelpp, *Eine Studie*, 69.

⁷³² Bu konuda ayrıntılı olarak yapılan incelemeler için bkz.: Birinci Bölüm, Önsözleşme Başlığı.

⁷³³ Schleich, *Option*, 108; ZK-Kom./Haab vd., *ZGB Art. 681*, Rn.6; Larenz, *Allgemeiner Teil*, 87; Linneborn, "Das Optionsrecht", 13.

⁷³⁴ Schmid, *Das Vorkaufsrecht*, 23; Noelpp, *Eine Studie*, 69; Brenner, "Das Vorkaufsrecht", 42 vd.

⁷³⁵ Dernburg, *Die Schuldverhältnisse*, 123 vd. Buna ilişkin olarak tek taraflı önsözleşme kavramının kullanıldığı yönünde ayrıca bkz.: Lorenz, *Vorzugsrechte*, 112 vd.

Kanaatimizce, önsözleşme teorisi, esas sözleşmenin kurulma şekli yönünden alım hakkını yeterli ölçüde ve doğru bir şekilde ele almakta başarısız bir teoridir. Bu noktada Alman hukukunda ileri sürülen gerekçeler de aynı şekilde tutarlı olmaktan uzak ve aynı zamanda yetersizdir. Zira dayanak teşkil eden ZPO § 894 hükmü her şeyden önce kesinleşmiş bir mahkeme hükmünden söz etmektedir. Bu durum ise alım hakkı sahibine bağımsız müstakil konumunu sağlayacak bir imkân olmaktan oldukça uzaktır. Hatta bir akit üzerinde tarafların bir araya gelerek anlaşması, onun bir mahkeme kararına dayanılarak kurulmasından çoğu zaman daha basittir. Oysa alım hakkı olağan akit kurma ilişkilerine nazaran, hak sahibine, sözleşme kurma imkânını çok daha pratik bir şekilde sağlar. Dolayısıyla önsözleşme teorisini haklı çıkarmak için yasada yer alan ve pek de ilgili olmayan hükümleri çekiştirerek bir gerekçe oluşturmaya hiç gerek yoktur. Ancak böyle bir yorum, önsözleşme müessesesinin işlevsiz ve pratik olmaktan uzak olduğu sonucuna bizleri götürmemelidir. Çünkü her bir hukukî müessese farklı bir amaca hizmet etmek için vardır. Önsözleşme ile alım hakkı ise bu noktada farklı amaçlar güden iki müessesedir. Bu sebeple bir araya getirilme çabaları da, kanaatimizce, yersiz bir uğraştır.

2.3.3.3.2.3. Şekil Sorunu

Önsözleşme teorisine yönelik bir diğer eleştiri şekil yönündendir. Zira önsözleşmelerde esas sözleşmenin kurulması için kanunun öngördüğü şekil şartına riayet edilmesi zorunludur⁷³⁶. Nitekim TBK md. 29/II hükmü de bu konuda oldukça açıktır. Oysa alım hakkının kullanımı kural olarak bir şekil şartına tâbi değildir. Bunun doğal sonucu olarak da önsözleşme teorisi, şekil yönünden alım hakkı müessesesi ile çelişir niteliktedir.

İsviçre hukukunda yer alan bir görüş meseleyi önalım hakkı kapsamında ele almakta ve önalım hakkında adı yazılı şekli düzenleyen İBK md. 219/III'ten yola çıkarak bir yorum yapmaktadır. İlgili hüküm, birebir olmasa da, TBK md. 237/II'yi karşılamaktadır. Bu görüşe göre, önalım sözleşmesinin bir önsözleşme olarak kabulü

⁷³⁶ İsviçre hukukunda taşınmaz satışı kapsamında bu yönde bkz.: BernerKom/Giger, *OR Art. 216*, Rn.37. Alman Hukukunda önsözleşmelerde şekle ilişkin bu doğrultuda ve ayrıntılı bilgi için bkz.: Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 145*, Rn. 48; Geiben, *Der Vorvertrag*, 48; Staudinger-Bork, *Vorbem zu § 145-156*, Rn.60; Soergel-Wolf, *BGB Vor § 145*, Rn.60 ve 64; Palandt-Ellenberger, *§ 145*, Rn.20; BRHP-Werner Eckert, *§ 145*, Rn.24; BeckOGK-Möslein, *BGB § 145*, Rn.81; Jauernig-Mansel, *Vor § 145*, Rn.5; jurisPraxisKom-Backmann, *§ 145*, Rn.51; Larenz, *Allgemeiner Teil*, 87.

hükmün uygulama alanı açısından bir sıkıntı doğurmaktadır. Bunun sebebi önsözleşmenin şeklini esas sözleşme için öngörülen şekle tabî kılan İBK md. 22 hükmüdür. Bu çerçevede resmî şekli gerektiren bir işlemin varlığı halinde, önalım sözleşmesi de bu resmî şekle tabi olacaktır ki, bu durum İBK 216/III hükmüyle bağdaşır nitelikte değildir⁷³⁷. Zira İBK 216/III hükmü önalım bedelinin öngörülmediği önalım hakkı sözleşmelerinde adî yazılı şekli yeterli görmektedir. Dolayısıyla da şekil yönünden bir tezatlık söz konusu olmaktadır. Kanaatimizce bu görüşün ortaya koyduğu netice İBK md. 22'deki hükmün lafzından kaynaklanmaktadır. Zira ilgili hükmün karşılığını oluşturan TBK md. 29/II'de kanun koyucu, kanunun öngördüğü istisnaların bu hükmün kapsamı dışında olduğunu açıkça ifade etmiştir. Bu şu demektir: Münferit bazı sözleşmeler yönünden uygulanacak şekil için kanunda özel bir düzenlemeye yer verilmesi mümkündür. Bu kapsamda bir önalım sözleşmesi için öngörülen adî yazılı şekil önsözleşme teorisi için bir çelişki oluşturmaz. Oysa mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu'nda böyle bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Bunun doğal sonucu olarak da önalım sözleşmesindeki adî yazılı şekli bir istisnaî düzenleme olarak ele almak mümkün olmamaktadır. Ancak kanaatimizce bu yönde bir tartışmayı sürdürmenin pratik yönden pek de bir anlamı ve önemi yoktur. Zira önsözleşmelerde esas sözleşmenin bir şekle tâbi olma zorunluluğu bu teorisinin reddi açısından tek başına yeterlidir. Bunun sebebi esas sözleşmenin taraflarca şekil şartına uygun olarak ileri sürülmesi gereken öneri ve kabul beyanları ile kurulacak olmasıdır. Oysa alım hakkının kullanımı yönünden bir şekil zorunluluğundan bahsetmek mümkün değildir. Ancak önsözleşme teorisine göre hakkın kullanımı şeklinde tezahür eden öneri beyanı da öngörülen şekil kurallarına tabî olmak zorundadır. Nitekim bu teorisinin terk edilmesindeki en temel sebep de hakkın kullanımı yönünden bu şekil zorunluluğunu açıklamada yetersiz kalması olmuştur⁷³⁸.

2.3.3.3.2.2.4. TBK md. 237/II Kapsamında Önsözleşme Teorisinin İncelenmesi

Önsözleşme teorisine yönelik bir diğer eleştiri kanun sistematigi açısından yapılmaktadır. İsviçre hukukunda yer alan bir görüşe göre, İBK md. 216/II'nin düzenlenme şekli önsözleşme teorisinin reddini gerektiren bir durum teşkil eder. Zira ilgili hükümde açık bir şekilde taşınmazlara ilişkin önsözleşmeler ile bir taşınmazı konu

⁷³⁷ Schmid, *Das Vorkaufsrecht*, 24.

⁷³⁸ Bu yönde bkz.: Allgäuer, *Kaufrecht*, 27.

alan alım hakkı sözleşmeleri resmî şekil şartına bağlı tutulmuştur. İsviçre kanun koyucusunun böyle bir düzenlemeye yer vermesi önsözleşme ile alım hakkı sözleşmesini iki farklı müessese olarak ele aldığıın kanıtıdır. Başka bir deyişle alım hakkı sözleşmesi de bir önsözleşme olsaydı kanun koyucu bu şekilde bir ayırma zaten yer vermezdi⁷³⁹.

Kanaatimizce de, İsviçre hukukunda ileri sürülen bu görüş, önsözleşme teorisinin reddi açısından oldukça makûl bir gerekçe sunmaktadır. Buna ilaveten söz konusu görüşün ortaya koyduğu tespiti aynı şekilde Türk hukuku açısından da kabul etmek pek tâbi mümkündür. Zira kanun koyucu TBK md. 237/II’de önsözleşme ifadesine İBK’daki gibi net bir şekilde yer vermese de, taşınmaz satış vaadi, günümüz Türk hukuk öğretisinde genel olarak önsözleşme olarak kabul edilmektedir⁷⁴⁰. Bu sebeple önsözleşme teorisi, Türk hukukunda da kanun sistematigi açısından yetersiz bir teori olarak gözükmektedir.

2.3.3.3.3. Öneri ve Öneri Sözleşmesi Teorileri

2.3.3.3.3.1. Öneri Teorisi

2.3.3.3.3.1.1. Genel Olarak

Öneri teorisi (*Offertentheorie*) alım hakkı ile alım hakkı sözleşmesinin hukukî niteliğini açıklamaya çalışan teorilerden birini oluşturur. Bu teori genel olarak öneri ve kabul müesseselerinden hareket ederek meseleyi ele alır. Ancak aşağıda incelenecek olan öneri sözleşmesi teorisinden farklı olarak bir akdî ilişkiden hareket etmez⁷⁴¹.

Öğretide pek taraftar toplamayan bu görüşe göre alım hakkının taraflar arasındaki bir akdî ilişkiye dayanması gerekmez. Bu kapsamda öneride bulunan kişi tamamen kendi arzusuyla bağlayıcı bir öneride (*Festofferte*) bulunarak hakkın tesisini sağlayabilir⁷⁴². Dolayısıyla da hak tek taraflı bir irade açıklamasıyla kurulmuş olur⁷⁴³.

⁷³⁹ Noelpp, *Eine Studie*, 69.

⁷⁴⁰ Kocayusufpaşaoğlu, *Gayrimenkul*, 67 vd.; Doğan, “Ön Sözleşme”, 16; Çenberci, *Satış Vaadi*, 7; Dalamanlı, *Satış Vaadi*, 3.

⁷⁴¹ İsviçre hukukunda bkz.: Noelpp, *Eine Studie*, 61 vd.; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.44; Pulver, “Börsenmässige”, 215. Dolayısıyla bu görüş ne birlik ne de ayırma teorisi kapsamında ele alınabilir bir görüştür. Ancak öneri sözleşmesi teorisiyle olan sıkı bağı sebebiyle aynı başlık altında incelenmesi uygun görülmüştür.

⁷⁴² İsviçre hukukunda bkz.: Schleich, *Option*, 78. Alman hukukunda bu doğrultuda bkz.: Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 145*, Rn.52; BeckNomosHK-Schulze, *BGB § 145-157*, Rn.36.

⁷⁴³ Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 145*, Rn.52.

Buradaki bağlayıcı öneri, hakkı verenin yapmış olduğu uzun süreli bağlayıcılığa sahip öneriyi ifade eder⁷⁴⁴. Niteliği itibariyle de geri dönülemez bir karaktere sahiptir⁷⁴⁵.

2.3.3.3.1.2. Öneri Teorisine Yönelik Eleştiriler

Öneri teorisi sözleşmesi teorisinde taraf iradelerini yansıtmada noksanlık, şekil, uzun süreli önerinin hukukî geçerliliği ile hakkın kabul müessesesi kapsamında değerlendirilmesine ilişkin aşağıda ele aldığımız tartışmalar aynı şekilde öneri teorisi için de geçerlidir. Dolayısıyla burada, söz konusu açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz⁷⁴⁶. Bununla birlikte öneri teorisi açısından ayrıca hakkın doğumu yönünden bir başka eleştiriye de yer verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Gerçekten de alım hakkı bir hukukî ilişkiye dayandığından bu görüş, kanaatimizce, meseleyi isabetsiz bir şekilde ele almaktadır⁷⁴⁷. Ayrıca alım hakkı veren açısından tek yükümlülük hakkın verilmesi de değildir. Esas sözleşmenin kurulma anına kadar hakkı veren taraf açısından bilgilendirme, koruma ve kaçınma yükümlülükleri gibi borçlar söz konusu olabilmektedir. Ancak bu teori hakkın kullanılma anına kadar geçen sürede taraf sorumluluklarını belirleme yönünden hemen hemen hiçbir çözüm sunmamaktadır. Böyle bir sonuç ise azami on yıllık sürenin öngörüldüğü bir müessesede tarafların hak ve borçlarının düzenlenmesi bağlamında kabul edilebilir gözükmemektedir.

2.3.3.3.2. Öneri Sözleşmesi Teorisi

2.3.3.3.2.1. Genel Olarak

Öneri sözleşmesi teorisi (*Angebotsvertragstheorie*), alım hakkı sözleşmesinin hukukî niteliğini açıklamak üzere ortaya çıkan ve özellikle Planck⁷⁴⁸, Endemann⁷⁴⁹, Becker⁷⁵⁰ ve Pétermann⁷⁵¹ gibi yazarlar tarafından savunulan bir görüştür. Ancak günümüzde pek taraftar bulmayan⁷⁵² bir teoridir⁷⁵³. Bu teoriyi isabetsiz bir şekilde öneri teorisi (*Offertentheorie*) şeklinde ele alan görüşlere rastlamak da mümkündür⁷⁵⁴.

⁷⁴⁴ Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 145*, Rn.52; BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.73.

⁷⁴⁵ PWW-Schmidt, *BGB § 463*, Rn.4.

⁷⁴⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: İkinci Bölüm, Öneri Sözleşmesine Yönelik Eleştiriler başlığı.

⁷⁴⁷ Opsiyon hakkı hakkı kapsamında bu yönde bkz.: Larenz, *Besonderer Teil*, 158.

⁷⁴⁸ Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 63; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.44.

⁷⁴⁹ Endemann, *Lehrbuch*, 1015 vd.; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.44.

⁷⁵⁰ Noelpp, *Eine Studie*, 61.

⁷⁵¹ P. Pétermann, *La promesse de vente immobilière et plus particulièrement le pacte d’emption du droit Suisse*, 75 (Noelpp, *Eine Studie*, 61’den naklen).

⁷⁵² Schleich, *Option*, 76.

Bu teoriye göre öneri sözleşmesi, muhtevasında bağlayıcı bir öneriyi ve karşı tarafın yenilik doğuran hakkı hangi koşullarla ileri sürebileceğini ihtiva eder⁷⁵⁵. Bu fikri savunan yazarlara göre, hak sahibinin hakkı kullanımına ilişkin beyanı kendisine yapılmış olan öneriyi kabuldür⁷⁵⁶. Bu sebeple esas sözleşmenin yapılmasına ilişkin bu öneriyi kabul etmek aslında alım hakkının kendisidir⁷⁵⁷. Ancak burada önerinin alelade bir öneriden farklılık içerdiği bir durum söz konusudur. O da, önerinin aslında taraflar arasındaki sözleşmenin bir parçası olarak ortaya çıkmasıdır⁷⁵⁸. Zira hakkı tanıyan kimsenin yapmış olduğu bu bağlı öneri (*Festofferte/bindender Antrag*)⁷⁵⁹ doğrudan alım hakkı sözleşmesine dayanır. Alım hakkı sözleşmesi de bu yaklaşıma göre öneri sözleşmesinden başka bir şey değildir⁷⁶⁰.

Öneri sözleşmesi teorisi öğretide iki farklı şekilde ele alınmaktadır. Bunlardan birincisi bu teoriye ilişkin genel kabul gören yaklaşımı karşılamaktadır. Bununla birlikte ikincisi ise Alman hukukçu Henrich tarafından ileri sürülmüştür. Henrich'in genel

⁷⁵³ Röser, “Ankaufsrecht”, 28 vd. ile 42; Schumann, “Die Option”, 17; Endemann, *Lehrbuch*, 1015 vd.; Henrich, *Vorvertrag*, 241 vd.; Henssler, *Risiko als Vertragsgegenstand*, 593 vd.; Nipperdey, *Vorhand*, 300; Georgiades, *Optionsvertrag*, 411. Opsiyon hakkının esas olarak uzun süreli bağlayıcı öneriden farklı olmadığı yönünde bkz.: Lorenz, *Vorzugsrechte*, 116.

⁷⁵⁴ Türk hukukunda bkz.: Buz, *Haklar*, 152-153. Alman hukukunda bkz.: Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 85. Söz konusu yazarlar ilgili teoriyi incelerken aslında öneri sözleşmesi teorisinden bahsetmektedirler. Nitekim Buz, “...hakları kuran sözleşme yapılırken, muhatap bir icapta bulunmaktadır” demektedir. Schurig de aynı şekilde öneri sözleşmesi teorisine atıf yaparken hakkın bir sözleşmeye dayanmasına dikkat çekmekte ve tek taraflı bir öneri ile hakkın kendisinin aynı olmadıklarını ifade etmektedir.

⁷⁵⁵ BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.74.

⁷⁵⁶ Henrich, *Vorvertrag*, 241; Isler, *Grundbuch*, 2, dpn.1; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.44 ve Art. 683, Rn.33; ZK-Kom./Haab vd., *ZGB Art. 681-682*, Rn.2; Schmid, *Das Vorkaufsrecht*, 26; Noelp, *Eine Studie*, 61; Schuemer, *Das obligatorische Vorkaufsrecht*, 37; Henrich, *Vorvertrag*, 242. Önalım hakkı kapsamında, aslında burada, bir koşula bağlı öneri yer almaktadır. O koşul ise, önalım olayının gerçekleşmesidir. Bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Allgäuer, *Kaufsrecht*, 27-28. Konuyu hakkı veren taraf açısından ele alan bir başka görüş ise hakkı kuran sözleşmenin aynı zamanda süresiz ve geri dönülemez bir sözleşme önerisini içerdiğini söyleyerek meseleyi ele almaktadır. Bu görüş için bkz.: BRHP-Faust, § 463, Rn.9.

⁷⁵⁷ Opsiyon ve önalım hakları kapsamında bkz.: Schleich, *Option*, 76; Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 63.

⁷⁵⁸ Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 64, 85-86. Aynı doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Schleich, *Option*, 87.

⁷⁵⁹ Schleich, *Option*, 87.

⁷⁶⁰ Schleich, *Option*, 76. Alman hukukunda hakkın kullanımını, önalım sözleşmesinde yer alan akdın yapılmasına yönelik geri dönülemez bir önerinin kabulü olarak ifade eden görüş bkz.: Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 63-64. Bu doğrultudaki bir başka görüş için bkz.: Endemann, *Lehrbuch*, 1015 vd. Burada opsiyon sözleşmesine taraflarca yapılması arzulanan sözleşmeye ilişkin bir önerinin gizlendiğini ifade eden görüş için bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 241 vd.; Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 86. Opsiyon sözleşmesinin, tek taraflı bağlayıcı teklifin düzenlenmediği ülkelerde, opsiyon verenin belirli bir süreyle yapılan öneri ile bağlı olma yükümlülüğünü ihtiva eden bir sözleşme olarak kabul edildiği yönünde ayrıca bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 241-242.

görüştten ayrılan bir yol çizmesinin sebebi bu teoriye yönelik birtakım eleştirileri bertaraf etme çabasıdır.

Bu teorideki birinci yaklaşıma göre, alım hakkı sözleşmesi, yükümlü açısından bir öneride bulunma borcu doğurur⁷⁶¹. Ancak bu borcun çok önemli bir özelliği vardır. O da, sözleşmenin yapılmasıyla birlikte aynı anda bu öneride bulunma borcunun da ifa edilmesi zorunluluğudur. İşte bu önerinin eş zamanlı olarak yapılmasıyla birlikte de alım hakkı sözleşmesi ifa edilmiş olmaktadır⁷⁶². Bundan dolayı Alman hukukunda yer alan bir görüş bu teoriyi, öneri sözleşmesinin ifasına yönelik bağlayıcı öneri (*Festofferte in Erfüllung eines Angebotsvertrages*) şeklinde tanımlamaktadır⁷⁶³. Bu bağlayıcı öneri, niteliği itibariyle tek tarafa borç yükleyen önsözleşmeleri büyük ölçüde hatırlatsa da, nitelik itibariyle onlardan farklıdır⁷⁶⁴. İsviçre hukukunda yer alan görüş ise sözleşmenin hukukî niteliği açısından sui generis yapıya dikkat çekmektedir⁷⁶⁵.

Öneri sözleşmesi teorisinde yer alan ikinci yaklaşıma bakıldığında, bağlayıcı önerinin, taraflar arasındaki sözleşmesinin (opsiyon sözleşmesinin), bir unsuru olarak ele alındığı görülmektedir⁷⁶⁶. Bu çerçevede söz konusu önerinin yapılması bir sözleşmenin ifası anlamına gelmez. Buradaki temel amaç aslında öneriye bir akdî nitelik katmaktır. Ayrıca önerinin yapılmasına ilişkin örneğin alım hakkı bedeli gibi unsurlar

⁷⁶¹ İsviçre hukukunda yer alan bir görüş, bir sözleşmenin edim içeriğinin öneri olarak tezahürünü mümkün görmektedir. Nitekim öğretide, bu tür sözleşmeleri öneri sözleşmesi şeklinde ifade eden yazarlara da rastlanmaktadır. Bu sonuç hukuk düzeni sınırları çerçevesinde, bir borcun ediminin, parasal değere sahip olma zorunluluğunun olmayabileceği prensibinden de ortaya çıkabilir. Bu çerçevede taraflar arasında bir sözleşme yapılması aynı zamanda bir önerinin teslimi olarak görülebilir. Burada önemli olan husus tüm edim içeriklerinin halihazırda ifasının zorunlu olmayacak olmasıdır. Ancak elbette alım hakkından doğan yükümlülüklerin kabulüyle birlikte birtakım başka yükümlülükler de doğabilir. Bunlar kısmen söz konusu önerinin sonucu olarak ortaya çıkabileceği gibi; taraflar arasındaki alım hakkını kuran sözleşmeden de doğabilir. Bunun sonucu olarak da, alım hakkını kuran sözleşmenin içeriği yükümlü taraf açısından bir önerinin teslimi olarak görülebilir. Bu konudaki açıklamalar için bkz.: Noelpp, *Eine Studie*, 62.

⁷⁶² Schleich, *Option*, 76; Casper, *Der Optionsvertrag*, 46. Bu doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Pulver, “Börsenmässige”, 243, 250 ve 267 vd.; Henssler, *Risiko als Vertragsgegenstand*, 593 vd.

⁷⁶³ Casper, *Der Optionsvertrag*, 46.

⁷⁶⁴ Bu ayırımın ortaya konmasının hemen hemen imkânsız olduğu yönünde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 46. Ancak kanaatimiz burada bir önsözleşmeden bahsedilemeyeceği yönündedir. Bunun sebebi, önsözleşmede tarafların halihazırda esas sözleşmeyi yapma arzusuna sahip olmamalarıdır. Önsözleşmelerde tarafların arzularına ilişkin bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 82. Buna ilaveten önsözleşmede tarafların, yükümlülüklerini ileriki bir tarihte esas sözleşmeyi birbirleriyle yaparak yerine getirdikleri yönünde ayrıca bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.50; Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.22. Bunun sonucu olarak esas sözleşmenin ileriki bir tarihte yapılması ayırıcı bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁷⁶⁵ Schleich, *Option*, 76.

⁷⁶⁶ Schleich, *Option*, 76; Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 86. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 241 vd.

da taraflarca düzenlenebilir olacaktır. Zira öneri artık bir sözleşmeyle vücut bulmuş olmaktadır. Ayrıca tek tarafa borç yükleyen önsözleşme⁷⁶⁷ ile öneri sözleşmesi arasındaki farkın ortaya konması da daha kolay olacaktır⁷⁶⁸. Bu sebeptendir ki Alman hukukunda taraflar arasındaki bu sözleşme, sözleşmeyle bağlayıcı önerinin gizlendiği öneri sözleşmesi (*Der Angebotsvertrag als vertraglich eingekleidete Festofferte*) şeklinde ifade edilmektedir⁷⁶⁹. Zira burada hakkı kuran sözleşme ile esas sözleşme özdeş bir hukukî işlem değildir. Yalnızca söz konusu önerinin hakkı kuran sözleşmenin içerisine yerleştirilmesi söz konusudur⁷⁷⁰.

Öneri sözleşmesinde her iki yaklaşımın bir akdî ilişkiden hareket etmesinin iki önemli sebebi bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, alım hakkının bir hukukî işlemle kurulmasını kanun koyucunun açıkça ifade etmiş olmasıdır. Zira mehz IBK md. 216/II açıkça alım hakkını “*kuran*” sözleşmeler ifadesine yer vermektedir. Bu sebeple de, hakkın alelade bir öneri ile kurulması mümkün değildir. Nitekim öğretideki eğilim de bu yöndedir⁷⁷¹. İkinci olarak ise önerinin kabulü şeklinde tezahür eden hakkın kullanımı sözleşmeden doğan bir ilişkiye dayandırılmış olmaktadır. Böylelikle hakkın kararlaştırılması ve kullanılmasına ilişkin koşullar taraflarca düzenlenebilir olacaktır.

Öneri sözleşmesinin en önemli sonucu hakkın tabi olacağı kurallar açısından ortaya çıkar. Buna göre alım hakkı ve hakkın kullanımı gibi haller artık öneri ve kabulü düzenleyen TBK md. 3 vd. yer alan hükümlere tabi olmaktadır⁷⁷².

2.3.3.3.2.2. Öneri Sözleşmesi Teorisine Yönelik Eleştiriler

2.3.3.3.2.2.1. Genel Olarak

Öneri sözleşmesi teorisine yönelik öğretide birtakım eleştiriler ileri sürülmüştür. Bu eleştiriler hakkı veren tarafın ortaya koyduğu beyanın gerçekten öneri müessesesine uygun olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Öneriye karşı ileri sürülen kabulün bir alım hakkı olarak ele alınabilirliği ise hak sahibi taraf açısından yapılan eleştiridir.

⁷⁶⁷ Tek tarafa borç yükleyen önsözleşmeler ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Birinci Bölüm, dpn.465.

⁷⁶⁸ Casper, *Der Optionsvertrag*, 47.

⁷⁶⁹ Henrich, *Vorvertrag*, 241 vd.; Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 85 vd. ve 89 vd. Aynı yönde benzer açıklamalar için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 46.

⁷⁷⁰ Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 89 vd.

⁷⁷¹ Alım hakkının bir öneri ile değil; bu hakkı kuran hukukî işlemten doğduğu yönünde bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.44. Bu doğrultuda bkz.: Noelpp, *Eine Studie*, 61; Schuemer, *Das obligatorische Vorkaufsrecht*, 40 vd., Schmid, *Das Vorkaufsrecht*, 26.

⁷⁷² Schleich, *Option*, 76.

Bunun dışında taraf iradelerini açıklama ve şekil açısından da farklı birtakım olumsuz eleştiriler ileri sürülmektedir.

2.3.3.3.2.2. Taraf İradelerini Yansıtma Noksanlık

Öneri sözleşmesi teorisi taraf iradelerini doğru bir şekilde yansıtmadığı için eleştirilmektedir. Zira alım hakkında taraflarca amaçlanan hedeflerden biri hak sahibinin tek taraflı olarak bir sözleşme kurma yetkisine sahip olmasıdır. Başka bir deyişle, sözleşmenin karşı tarafının iştirakına tekrar ihtiyaç duyulmaksızın bunun yapılabilmesidir. Oysa öneri sözleşmesinin her iki türünde de böyle bir yetkinin varlığından bahsetmek mümkün değildir.

Önsözleşmeden hareket eden ilk yaklaşıma göre, hakkı tanıyan kimse sözleşmenin yapıldığı anda aslında bir öneride bulunmak zorundadır. Dolayısıyla ilk bakışta, sözleşmenin karşı tarafı, hakkı tanıyanın bir eylemine ihtiyaç duymaksızın sözleşme kurma imkânına sahiptir. Bu yönüyle de taraf iradelerini doğru bir şekilde yansıttığı düşünülmektedir. Ancak Alman hukukunda da haklı olarak ifade edildiği üzere, bu yaklaşıma göre alım hakkının doğumu, öneri sözleşmesinin ifasından sonra gerçekleşmektedir. Yani taraflar arasındaki öneri sözleşmesinin kurulmuş olması tek başına yeterli değildir. Buna ilaveten karşı tarafın ayrıca bir öneride bulunması gerekir. Başka bir deyişle, yükümlünün bu yönde bir öneride bulunması neticesinde karşı taraf artık kabul beyanını ileri sürme imkânına sahip olur. Bu önerinin sözleşmenin yapılmasıyla eş zamanlı olarak ileri sürülmesi de bu durumu değiştirmez⁷⁷³. Zira ikinci yaklaşımın ortaya koyduğu bu sonuç, kanaatimizce, kayda değer bir farklılık yaratmaz. Bunun sebebi, kabul beyanının her halukarda bir öneri beyanına müteakip ileri sürülecek olmasına yönelik zarurettir. Oysa alım hakkı, opsiyon sözleşmelerinde yer alan yaratma fonksiyonu sebebiyle sözleşmenin kurulduğu anda hak sahibine lehine doğmuş. Bunun dışında hakkı veren tarafın ayrıca bir fiiline ihtiyaç duyulmaz. O hiçbir şey yapmasa dahi alım hakkı hak sahibi lehine tesis edilmiş olur ve hak sahibi tarafından da sözleşmede yer alan koşullarla istenildiği zaman kullanılabilir.

⁷⁷³ Casper, *Der Optionsvertrag*, 59.

2.3.3.3.2.3. Şekil Sorunu

Öneri sözleşmesi teorisine ilişkin bir diğer eleştiri hakkın bağlı olduğu şekil açısından yapılmaktadır. Bu eleştiri aslında alım hakkının konusunu bir taşınmazın oluşturduğu durumlarda ön plana çıkar.

Bu teoriye göre alım hakkı, yapılmış olan bir öneriyi kabul etmek ise o zaman bu kabulün de taşınmazlar için aranan şekil şartına uygun olarak yapılması gerekir. Zira şekle ilişkin hükümler kural olarak hem öneri hem de kabul beyanlarının her ikisi için de öngörülen düzenlemelerdir⁷⁷⁴. Bu çerçevede taşınmazı konu alan alım hakkında sözleşme için öngörülen şeklin hakkın kullanımı açısından da gereklidir⁷⁷⁵. Oysa alım hakkının kullanımı genel kabul gören prensiplere göre herhangi bir şekil şartına tabi değildir⁷⁷⁶.

Öğretide şekle ilişkin yapılan bu eleştiriye karşı birtakım karşı fikirler öne sürülmeye çalışılmıştır. Bu çerçevede İsviçre hukukunda yer alan bir görüş bu noktada şu şekilde bir çözüm önerisi sunmaktadır: Bu teoriye göre öneriyi konu alan halihazırda bir sözleşme zaten vardır. Dolayısıyla bu sözleşme akdedilirken alıcı taraf irade açıklamasını kanunun öngördüğü şekil şartına uygun olarak ortaya koymuştur. Bu sebeple de kabul beyanının, diğer teorilerde ifade edilen kullanım beyanından farklılaştırılmasını gerektiren bir durum yoktur⁷⁷⁷. Dolayısıyla da kabulün bir şekle bağlı olması gerekmez. Alman hukukunda yer alan bir görüş ise geri alım hakkının kullanımı açısından şekil serbestisini kabul eden BGB § 456 hükmünün çözüm için başvurulabilecek bir düzenleme olmadığını ileri sürmektedir. Zira söz konusu düzenlemede kanun koyucunun genel bir prensibi mi ortaya koyduğu yoksa bu prensipten ayrılan bir istisnaya mı yer vermek istediği belli değildir⁷⁷⁸. Bununla birlikte bir başka görüş ise opsiyon hakkı sahibinin kurma yetkisine sahip olduğu sözleşmeye yönelik şeklin aynı şekilde öneri sözleşmesi için de aranması gerektiğini ifade etmektedir. Zira bu sözleşme en nihayetinde söz konusu kurulacak sözleşmeye ilişkin

⁷⁷⁴ BeckOGK-Möslein, *BGB § 145*, Rn.86. Dolaylı yönden aynı sonuca ulaşan bir diğer görüş için bkz.: BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.73.

⁷⁷⁵ Opsiyon hakkı kapsamında bu yönde bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 273.

⁷⁷⁶ Noelpp, *Eine Studie*, 61; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.44. Henrich, *Vorvertrag*, 274. Bu yöndeki tartışmalar için bkz.: Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 82. Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz.: Üçüncü Bölüm, Kullanım Beyanının Şekli başlığı.

⁷⁷⁷ Aktaran Noelpp, *Eine Studie*, 63.

⁷⁷⁸ Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 86.

bir öneri beyanını içermektedir⁷⁷⁹. Bu çerçevede son görüş hakkın kullanımı açısından şekil serbestisinin bulunup bulunmadığı sorusuna bir cevap vermemektedir.

Öncelikle İsviçre hukukunda ileri sürülen görüş, kanaatimizce, isabetli gözükmemektedir. Aslında bu görüş ilk bakışta meseleyi az veya çok uygun bir şekilde izah ediyor gibi gözükmemektedir. Zira taraflar esas sözleşmenin içeriğini halihazırda belirlemişlerdir. Karşı taraf da “*sözde alım hakkı*” teşkil eden bir öneriyi akdî ilişki kapsamında ileri sürmüştür. Dolayısıyla şekil zorunluluğunu kabul beyanı için aramanın aslında bir nevî gereği de kalmamıştır. Ayrıca esas sözleşmenin içeriğinin kesin şekilde tespiti ve hakkın bir sözleşmeye dayanması gibi alım hakkı müessesesine özgü tipik özellikler de aslında yerine getirilmiştir. Ancak yine de bu görüş, kanaatimizce, çok önemli bir noktayı gözden kaçırmaktadır. O da, öneriye karşı muhatabın kabul dışında bir başka imkâna daha sahip olmasıdır. Başka bir deyişle, öneriye karşı yeni bir öneride bulunabiliyor olmasıdır. Dolayısıyla esas sözleşmenin içeriğinin taraflarca kesin bir şekilde belirlenmiş olması, kurma teorisinden farklı olarak, bu teoride makûl bir gerekçe olarak ileri sürülemez. Zira muhatabın öneriyi kabul etmeyerek yeni bir öneride bulunması her zaman mümkündür. Eğer öneri sözleşmesi teorisi karşı öneri imkânını reddediyorsa artık burada bir öneri ve kabulden hareket ederek meseleyi çözmeye çalışmaya zaten hiç gerek kalmamaktadır. Bunun sebebi, böyle bir durumda artık öneri ve kabul müesseselerinden bahsetmenin bu teoriye göre artık mümkün olmayacak olmasıdır. Çünkü önerinin bir akde dayanması onun kabul edilme zorunluluğunu doğurmaz. Hal böyle iken de burada bir alım hakkından bahsedilemez. Kaldı ki kurma teorisinde, esas sözleşmenin içeriğinin tam olarak belirlenmiş olması, hakkın kullanımı yönünden şekil serbestisinin geçerli olduğuna ilişkin olarak ileri sürülen önemli gerekçelerden de birini oluşturur. Dolayısıyla bu görüşün sözleşme içeriğinin tespitine yönelik başarısızlığı, hakkın kullanımı açısından geçerli olan şekil serbestisi noktasında da bir çelişkiye sebep olmaktadır.

Kanaatimizce Alman hukukunda BGB § 456’dan hareket eden görüşe katılmak da mümkün gözükmemektedir. Zira ilgili hükümden hareket ederek bir yoruma ulaşmak pek de olası değildir. Kanun koyucunun esas niyeti de bu açıdan önem arz eden bir role sahip değildir. Bunun sebebi, geri alım hakkının Alman hukukunda bir yenilik doğuran

⁷⁷⁹ BeckOGK-Möslein, BGB § 145, Rn.86.

hak olarak kabul edilmiş olmasıdır. Bu çerçevede yenilik doğuran hakka ilişkin bir düzenlemeden hareket ederek öneri ve kabul müesseselerine ilişkin bir yoruma ulaşmak kanaatimizce isabetsiz bir çözüm yolu olarak gözükmektedir.

Son olarak özellikle öneri sözleşmesi teorisi kapsamında şekil yönünden konuyu inceleyen görüş de meseleyi ne yazık ki sadece öneri beyanı kapsamında ele almaktadır. Bunun sonucu olarak hak sahibi tarafından ileri sürülen kabul beyanının bir şekil şartına tabî olup olmayacağı sorusunun cevabı ortaya konabilmiş değildir.

2.3.3.3.2.4. Uzun Süreli Önerinin Hukukî Geçerliliği

Öneri sözleşmesi teorisine yönelik bir diğer eleştiri önerinin bağlı olduğu süreyle ilgilidir. Alım hakkı, TBK md. 238'e göre azami on yıllık süreyle kararlaştırılabilir. Dolayısıyla bu teoriye göre alım hakkına yönelik bir önerinin on yıllık bir süreyle yapılması mümkündür. Oysa öğretilde, önerinin bu kadar uzun süreli bir bağlayıcılığa sahip olmasının, onun mahiyetiyle bağdaşır nitelikte olmadığı ifade edilmektedir⁷⁸⁰. Bu sebeple böyle bir önerinin hukuken geçerli olmayacağı ileri sürülmektedir⁷⁸¹. Dolayısıyla hakkı, önerinin karşısında bir nevi kabul yetkisi (*Annahmefugnis*) olarak görmek hakkın öneminin ortadan kalkması demektir⁷⁸².

İsviçre hukukunda yer alan bir görüşe göre, kabule ilişkin uzun bir süreyi caiz görmek aslında önerinin mahiyetine ters düşen bir durum teşkil etmez. Zira bu yönde bir eleştirinin kanunî hiçbir dayanağı yoktur⁷⁸³. Keza TBK md. 3 hükmünü karşılayan mehaz İBK md. 3 de, öneride bulunanın belirleyeceği kabul süresi açısından bir sınırlama görmemiştir⁷⁸⁴. Bunun gibi, İsviçre hukukunda yer alan bir görüş de, genel sınırlamalara uymak kaydıyla sözleşme özgürlüğü kapsamında uzun süreli bir öneride bulunulmasının mümkün olduğunu ileri sürmektedir⁷⁸⁵. Nitekim Alman hukukunda yer

⁷⁸⁰ Alman hukukunda bkz.: Georgiades, *Optionsvertrag*, 412 vd.; Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 82; Lang, “Das dingliche Vorkaufsrecht und seine wirtschaftliche Bedeutung” (Dissertation, Köln, 1958), 22 vd.; Enneccerus ve Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, 470. İsviçre hukukunda için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 90; Noelpp, *Eine Studie*, 62; Schleich, *Option*, 87. Aynı doğrultuda ayrıca bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.44.

⁷⁸¹ Alman hukukunda bkz.: Georgiades, *Optionsvertrag*, 413 vd. İsviçre hukuku için bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.44; Schleich, *Option*, 87; Pulver, “Börsenmässige”, 242.

⁷⁸² Aktaran Schleich, *Option*, 87.

⁷⁸³ Schleich, *Option*, 87.

⁷⁸⁴ Noelpp, *Eine Studie*, 64; Huguenin, *Obligationenrecht*, Rn.234; Schleich, *Option*, 87-88.

⁷⁸⁵ Noelpp, *Eine Studie*, 64. Önalım hakkı açısından öneri teorisi kapsamında birtakım sorunlara dikkat çeken diğer görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz.: Schmid, *Das Vorkaufsrecht*, 25 vd.; Brenner, “Das Vorkaufsrecht”, 45.

alan yaklaşım da bu yöndedir. Söz konusu yaklaşımın temelinde ise kabul beyanında süreyi düzenleyen BGB § 148 hükmü yer almaktadır. İlgili hükümde bir üst sınıra yer verilmediğinden bu yönde anlaşmaların mümkün olduğu ifade edilmektedir⁷⁸⁶.

Alman hukukunda ileri sürülen ve katıldığımız görüşe göre ise, öneri uzun süreli bağlayıcılığa sahip değildir. Çünkü öneri ve kabul müesseselerinde temel prensip her iki irade beyanının birbirlerini izlemesidir. Ayrıca öneri ve kabul bağımsız birer hukukî işlem de değildir. Aksine bir sözleşmenin yapılması açısından birer unsur teşkil ederler. Dolayısıyla her ikisi arasındaki zaman aralığı da mümkün olduğu ölçüde kısa olmalıdır⁷⁸⁷. Oysa alım hakkı uzun yılları kapsayan bir süreyle kurulabilmektedir. Ancak yine de burada tartışılması gereken mevzu, kanaatimizce, önerinin bağlı olabileceği sürenin uzunluğu değildir. Bilâkis öneri ve kabul müessesesinin alım hakkını açıklamak için doğru bir tercih olup olmadığıdır. Başka bir deyişle, alım hakkının kabul müessesesi olarak tezahürünün ne derece kabul edilebilir olduğudur. Bu sebeple de, süreye ilişkin bir tartışma ve bu tartışma neticesinde ortaya konacak bir tespit meselenin çözümü açısından nihaî bir kanaat ortaya koymak için yeterli gözükmemektedir.

2.3.3.3.2.5. Hakkın Kabul Müessesesi Kapsamında Değerlendirilmesi

Öneri sözleşmesi teorisi açısından incelenmesi gereken bir diğer mesele kabul müessesesine ilişkindir. Zira bu teoriye göre alım hakkı, öneriye karşı yapılmış bir kabul beyanından ibarettir. O halde kabulün bir yenilik doğuran hak olan alım hakkı açısından uygun bir hukukî müessese olup olmadığının ayrıca tespit edilmesi gerekir.

Kabul beyanı⁷⁸⁸, bu teoriye göre aslında kurucu yenilik doğuran bir haktır⁷⁸⁹. Oysaki öğretilerde yer alan ve bizim de katıldığımız görüşün ortaya koyduğu yaklaşım,

⁷⁸⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 82-83; von Einem, *Die Rechtsnatur*, 18 vd. Ve orada anılan yazarlar; BeckOGK-Möslein, *BGB § 145*, Rn.84. Aksi yöndeki görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Linneborn, “Das Optionsrecht”, 23. Uzun süreli bir öneride öneride sorumluluğa ilişkin hükümlerin olmamasına ilişkin yapılan eleştiriler için bkz.: von Einem, *Die Rechtsnatur*, 19 ve dolaylı olarak ayrıca bkz.: Georgiades, *Optionsvertrag*, 418.

⁷⁸⁷ Georgiades, *Optionsvertrag*, 413.

⁷⁸⁸ Öneri sözleşmesi teorisinin incelendiği eserlerde kabul müessesesi için kabul beyanı (*Annahmeerklärung*), kabul hakkı (*Annahmerecht*) ve kabul yetkisi (*Annahmefugnis*) gibi terimler kullanılmaktadır. Kanaatimizce buradaki en uygun ifade kabul beyanıdır. Zira bir sözleşme karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamasıyla kurulur. Bu irade açıklamaları ne bir hak ne de yetkidir.

⁷⁸⁹ Schleich, *Option*, 76. Kabulün genel olarak bir yenilik doğuran hak olduğu yönünde bkz.: Merz, *SPR VI/1*, 72; BeckNomosHK-Schulze, *BGB § 145*, Rn.10; İnan ve Yücel, *Borçlar Hukuku*, 106; BeckMüKo-Westermann, *BGB § 463*, Rn.7; Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 70; Herbert Loewenthal,

kabul beyanını alım hakkı ile eşdeğer gören bu görüşün hukuken uygun olmadığı ve reddedilmesi gerektiği yönündedir⁷⁹⁰. Bu çerçevede öncelikle önerinin yapılması, doğrudan hedeflenen sözleşmeyi kurmayı amaçlayan bir fiildir. Bu yönüyle de öneri ve kabulden oluşan sözleşme yapma sürecine ilişkin bir ara aşamayı oluşturur⁷⁹¹. Oysa alım hakkı açısından durum oldukça farklıdır. Çünkü burada birincil amaç, arzu edilen sözleşmeyi kurmaya yönelik bir yetkinin kararlaştırılmasından ibarettir. Sonrasında bu yetkiye dayanılarak kurulacak olan sözleşme ise ikinci planda yer alır⁷⁹². Dolayısıyla burada arzu edilen şey sözleşmeyi kurmak değil; o sözleşmeyi kurma imkânına sahip olmaktır.

İkinci olarak, öneride bulunanın önerisi ile bağlı olması, TBK md. 3 vd. yer alan hükümlere bağlıdır. Ancak alım hakkı veren açısından bu bağlılık doğrudan doğruya alım hakkı sözleşmesine dayanır⁷⁹³. Bu yönüyle de burada kanundan doğan bir bağlılıktan bahsedilmesi mümkün değildir.

Uygulanacak hükümler açısından ele alınması gereken bir diğer mesele sorumluluğa ilişkin düzenlemelerdir. Bu kapsamda öneride bulunan, önerisiyle bağlı olduğu kabul süresi içerisinde yapmış olduğu davranışlardan sözleşme öncesi

“Der Übergang der Gestaltungsrechte unter Lebenden und von Todes wegen” (Dissertation, Köln Univ., 1932), 19; Wilhelm Tils, “Zur Abtretbarkeit von Gestaltungsrechten” (Jur. Diss., Köln Univ., 1933), 46; Eberhard Kühne, “Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten” (Dissertation, Rostock Univ., 1929), 52. Bu görüşü isabetli olarak eleştiren farklı görüşler için bkz.: Schleich, *Option*, 76-77; von Einem, *Die Rechtsnatur*, 25 vd.; Eduard Bötticher, *Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungsklagerecht*, In: Ernst von Caemmerer, Arthur Nikisch, Konrad Zweigert (Hrsg.), *Von deutschen zum europäischen Recht. Festschrift für Hans Dölle, 2 Bde., Band I* (Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, 1963), 52 vd.; Hans Würdinger, “Die privatrechtliche Anwartschaft als Rechtsbegriff” (Jur. Diss., Ludwig-Maximilians-Universität, 1928), 68 ve 74 vd.; Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.7.64; Steffen, “Selbständige”, 70 vd. Kabul yetkisinin kendine özgü hukuk kurallarına göre değerlendirilmesi gereken bir hukukî müessese olduğu yönünde bkz.: Schleich, *Option*, 77. Türk hukukunda kabulün bir yenilik doğuran hak olduğu görüşünü reddeden görüş için bkz.: Buz, *Haklar*, 140 vd. Alman hukukunda kabulün yenilik doğuran hak olmadığını kapsamlı bir şekilde açıklayan görüş için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 61. Dolaylı olarak yenilik doğuran hak şeklinde meseleyi ele alan aksi yöndeki görüş için bkz.: BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.74.

⁷⁹⁰ Schleich, *Option*, 88. Alman hukukunda kabul yetkisi ve yenilik doğuran hak müesseselerinden hareket edilerek yapılan kapsamlı eleştiriler için bkz.: Georgiades, *Optionsvertrag*, 411 vd.

⁷⁹¹ İsviçre hukukunda Schleich, *Option*, 88; Pulver, “Börsenmässige”, 242. Alman hukuku için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 63.

⁷⁹² Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht*, AT, Rn.7.65; Schleich, *Option*, 88; Pulver, “Börsenmässige”, 242. Alman hukuku için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 62 vd.; Georgiades, *Optionsvertrag*, 415.

⁷⁹³ İsviçre hukukunda bkz.: Schleich, *Option*, 88; Pulver, “Börsenmässige”, 242. Alman hukukunda bu yönde bkz.: Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 86.

sorumluluk hükümlerine göre sorumlu olabilmektedir⁷⁹⁴. Oysa alım hakkında böyle bir durum söz konusu değildir. Alım hakkı veren, alım hakkının kullanım süresi boyunca akdî bir sorumluluğa sahiptir. O da, alım hakkı sözleşmesinden doğan sorumluluktur⁷⁹⁵. Dolayısıyla önerinin taraflar arasındaki sözleşmenin içeriğine dahil olduğu ve dolayısıyla da ivaz, koruma ve yan yükümlülüklerin sözleşmesel bir çerçevede ele alınmasını mümkün gören görüş kanaatimizce isabetli değildir⁷⁹⁶.

Üçüncü olarak ise öneride sözleşmenin esaslı içeriği kesin olarak nihai bir biçimde tespit edilmemiştir. Oysa alım hakkının kurulduğu esnada hedeflenen esas sözleşmenin içeriği taraflarca daha öncesinde belirlenmiş durumdadır⁷⁹⁷. Buna ilaveten alım hakkı sahibi kullanım beyanı ile de öngörülen esas sözleşmenin içeriğine hiçbir şekilde etki edemez. Zira bu sözleşmenin içeriği taraflarca opsiyon sözleşmesinde anlaşılabilir şekilde tespit edilmiştir⁷⁹⁸. Bu durum sözleşmenin esaslı olmayan noktaları için de aynı şekilde geçerlidir. Oysa esaslı olmayan sözleşme noktalarında öneriden farklılık arz eden bir kabul beyanı yine de sözleşmenin kurulması sonucunu doğurur⁷⁹⁹.

Dördüncü olarak uzun süreli bir öneri ile bir alım hakkının tanınması açısından gözetilen menfaat de oldukça farklıdır. Gerçekten de bir alım hakkının tesisinde esasen hak sahibinin menfaati söz konusudur. Oysa uzun süreli bir önerinin bulunduğu hallerde bu menfaat öneriyi ileri süren açısından gündeme gelir. Böyle bir durumda öneri sahibi söz konusu malı satmayı, kiraya vermeyi veyahut da muhataba bir kabul süresi vererek ona bir fırsat tanımayı amaçlamaktadır⁸⁰⁰. Oysa alım hakkının tesisinde amaç hak sahibine tek taraflı olarak esas sözleşmeyi kurabileceği imtiyazlı bir konum sağlamaktır.

Öneri sözleşmesi teorisine karşı ileri sürülebilecek bir diğer husus ise sözleşme yapma teorileri kapsamında Alman hukukunda ortaya konulan görüştür. Bu görüşe göre bir sözleşme yapmaya yönelen öneri ve kabul beyanları bir bütündür ve birbirinden

⁷⁹⁴ Schleich, *Option*, 89; Henrich, *Vorvertrag*, 271 vd.

⁷⁹⁵ Opsiyon ve önalım hakkı kapsamında bkz.: Georgiades, *Optionsvertrag*, 414 vd. ile 418 vd.; Schleich, *Option*, 89; Schumann, “Die Option”, 19 vd.; Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 88.

⁷⁹⁶ Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 88.

⁷⁹⁷ İsviçre hukukunda bkz.: Schleich, *Option*, 88-89. Alman hukukunda öneri sözleşmesi teorisi açısından aynı fikri savunan bir diğer görüş için bkz.: Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 89.

⁷⁹⁸ Schleich, *Option*, 89.

⁷⁹⁹ Schleich, *Option*, 89; Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.7.50 ve 7.57.

⁸⁰⁰ Georgiades, *Optionsvertrag*, 412-413.

ayrılmaz⁸⁰¹. Nitekim Türk hukukunda da bu yönde fikir ortaya koyan görüşe rastlamak mümkündür⁸⁰².

Son olarak ise muhatabın öneriyi kabul etmemesi önerinin ortadan kalkması sonucunu doğururken⁸⁰³; alım hakkında böyle bir durum söz konusu değildir⁸⁰⁴. Başka bir deyişle, hakkın muhatabı kurulan esas sözleşmeden doğan yükümlülükleri yerine getirmekle yükümlü olur. Buna yönelik herhangi bir muhalif davranış ise sözleşmeye aykırılık olarak kabul edilir.

2.3.3.3.4. Yetki Teorisi

2.3.3.3.4.1. Genel Olarak

Yetki teorisi (*Ermächtigungstheorie*) öğretide Alman hukukçu Laue tarafından ileri sürülmüş bir görüştür. Türk ve İsviçre hukukunda ise pek dikkate alınmayan ve değer görmeyen bir yaklaşım olmaktan öteye gidememiştir⁸⁰⁵.

Laue, yetki teorisini önalım hakkı kapsamında ele almakta ve incelemektedir. Ancak yazarın konuyu nispeten önalım hakkı ile dar kapsamlı olarak incelemesi yetki teorisini sadece önalım hakkıyla sınırlandırma niyetinde olduğu anlamına gelmez. Zira görüşünü ayrıntılı olarak açıkladığı “*Alman Medeni Kanunu’na Göre Önalım Hakkının Tanımı ve Niteliği*” adlı eserinde kendisi, ortaya koymuş olduğu bu teorinin önalım, geri alım, cayma hakkı ve benzeri hakların mahiyetlerini kolaylıkla ortaya koyabildiğini iddia etmektedir⁸⁰⁶. Bu teori, her ne kadar eski ve günümüzde taraftar toplayamayan bir görüş olsa da, alım hakkının hukukî niteliğinin tespitinde ortaya koyduğu kendine özgü yaklaşım onu incelemeye değer kılmaktadır.

⁸⁰¹ Schöenberger/Jäggi, Art.3 OR Rdnr. 2, 9 vd., 46 (Noepp, 66’dan naklen); Böttcher, *Gestaltungsrecht*, 52.

⁸⁰² Türk hukukunda yer alan bir görüş irade sakatlığı hallerinden hareket ederek aynı sonuca ulaşmaktadır. Buna göre irade sakatlığı hallerinde öneri ya da kabulün münferit olarak iptalinden ziyade sözleşmenin bir bütün olarak iptal edilmesi ve dolayısıyla bütüncül bir yaklaşım lehine hareket edilmesini gerektiğini ifade etmektedir. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Buz, *Haklar*, 142-143.

⁸⁰³ Schleich, *Option*, 89; Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.7.26.

⁸⁰⁴ Schleich, *Option*, 89.

⁸⁰⁵ Türk hukukunda bkz.: Buz, *Haklar*, 156, dñn.77. İsviçre hukukunda bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.45. Bu yönde benzer açıklamalar için bkz.: Schmid, *Das Vorkaufsrecht*, 21 vd. ve 27 vd.; Noelpp, *Eine Studie*, 66.

⁸⁰⁶ Yazarın benzeri haklara yönelik bu atfı sebebiyle bu başlıkta yapılacak incelemede, yetki teorisi, alım hakkı kapsamında ele alınmıştır. Ancak ilgili eserde yapılan inceleme münhasıran önalım hakkı kapsamında yapılmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Eric Laue, *Begriff und Wesen des Vorkaufsrecht nach B.G.B.* (Berlin: Druck von Wilhelm Pilz, 1905), 32.

Yetki teorisi meseleyi ele alırken tek bir önemli noktadan hareket eder. O da hakkın, taraflar arasındaki satış sözleşmesini tek taraflı bir irade açıklamasıyla kurulabiliyor olmasıdır. Bu teoriye göre, hakkın hukukî niteliğini ortaya koyan diğer yaklaşımlar bu noktada çok büyük bir hataya düşmektedir. Bu hata yükümlünün irade açıklamasının ya uydurma bir şekilde ortaya konulması ya da yanlış bir zaman dilimine bunun yerleştirilmeye çalışılmasıdır⁸⁰⁷. Laue, söz konusu yanlış zaman dilimini ise, aslında *erken bir tarih* şeklinde ifade etmektedir. Yazarın burada aslında dikkat çekmek istediği yaklaşım koşul teorisidir. Zira koşul teorisinde, yükümlü, irade beyanını daha en başından satış sözleşmesi için ortaya koymaktadır. İşte diğer yaklaşımlardaki bu hata bizlerin doğru olmayan bir sonuca ulaşmasına sebep olmaktadır. O ise, yükümlünün irade açıklamasının aslında hak sahibinin ortaya koyduğu beyanın içeriğinde yer aldığı fikrini kabule zorlamaktadır⁸⁰⁸. Bu sebeple de bir kimsenin başkasıyla kendisi adına bir sözleşme yapabilme gücünden hareket ederek meseleyi çözümlemeye çalışmaktadır.

Laue'nin yukarıda ifade edilen tespitten sonra ele aldığı ilk şey bir kimsenin temsilci sıfatını kullanarak kendi kendisiyle bir hukukî işlem yapabilmesi (*Insichgeschäft*) halini düzenleyen BGB § 181 hükmüdür. Bu çerçevede de hakkın tek taraflı irade beyanıyla kendi kendisiyle bir satış sözleşmesi kurabilmesi imkânı oluşturan bir temsil yetkisi olarak ele alınabilip alınamayacağını değerlendirmektedir⁸⁰⁹. Bu değerlendirmenin çok basit bir pratik sonucu vardır. O da, önalım hakkının BGB § 164 vd.'de düzenlenen ve Türk hukukunda karşılığını TBK md. 40 vd.'de yer alan hükümlerin karşılığını oluşturan temsil yetkisine göre meselenin çözümlenebilecek olmasıdır.

Meseleye temsil noktasında yaklaşan Laue, ilk başta birtakım sıkıntılı noktaların bulunduğunu fark etmiştir. Öncelikle temsilde her daim temsil olunanın menfaatlerinin gerçekleştirilmesi söz konusu iken; önalım hakkında bu durum tam tersi bir tabloya sahiptir⁸¹⁰. Bunun gibi, işlemin geri alınabilirliği ve mirasçılara intikali açısından her iki müessese arasında karşılaştırma yapan yazar, aynı şekilde, yine olumsuz bir sonuca ulaşmıştır⁸¹¹. Bunun sonucu olarak da, temsil müessesesi, önalım hakkını açıklamak için

⁸⁰⁷ Laue, *Begriff und Wesen*, 25.

⁸⁰⁸ Laue, *Begriff und Wesen*, 25.

⁸⁰⁹ Laue, *Begriff und Wesen*, 25.

⁸¹⁰ Laue, *Begriff und Wesen*, 25.

⁸¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Laue, *Begriff und Wesen*, 25.

doğru bir çözüm yolu değil gibi gözükmektedir. Bunun üzerine Laue meseleyi çözümlmek için temsille benzerlik gösteren bir başka noktadan hareket etmeye karar vermiştir. İşte bu noktada da karşımıza yetki kavramı (*Ermächtigung*) çıkmıştır.

Yetki teorisine yönelik olarak yazar birtakım kanun hükümlerini örnek olarak ileri sürmekte ve birtakım tespitler ortaya koymaktadır. Bu kapsamda ilk olarak BGB § 112 ve § 113 hükümlerini ele almaktadır⁸¹². Söz konusu düzenlemeler genel olarak bir küçüğün istisnai olarak tek başına yapabileceği birtakım hukukî işlemleri hükme bağlamaktadır. Bu yönüyle de düzenleme, hükmün amacı göz önüne alındığında, TMK md. 453 ile bir paralellik göstermektedir. Bunun dışında Laue, yetkinin bir mahkeme kararına dayandığı hallere ilişkin olarak da BGB § 37, § 1358 ve § 1825'i incelemektedir. Çifte yetki kapsamında ise BGB § 783'ü örnek vermektedir⁸¹³. Yazarın Alman Medeni Kanunu kapsamında bu yönde bir derin inceleme yapmasının çok önemli bir sebebi vardır. O da, ortaya koymuş olduğu görüşün kanuni düzenlemelerle olan uyumunu ispatlama çabasıdır.

Yetki teorisinin ileri sürülme sebepleri ve temellendirilmesi bu şekilde yapıldıktan sonra Laue, önalım hakkını şu şekilde tanımlamaktadır: Önalım hakkı, yükümlünün satma iradesini de muhtevasında barındıran tek taraflı bir beyanla satış sözleşmesi kurma yetkisidir⁸¹⁴. Dolayısıyla hak sahibi burada öyle bir beyan ileri sürmektedir ki, o beyan, hem sözleşmeyi kurmaya yönelik öneriyi hem de bunun karşısındaki kabul beyanını bir arada ihtiva etmektedir.

Yetki teorisine göre, hak bir sağlararası hukukî işlem ile kuruluyorsa hakkın tesisi bir sözleşme ile gerçekleşmez. Burada tek taraflı bir hukukî işlem söz konusu olur. O da, yükümlünün tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanıyla hak sahibi tarafı satışı yapma konusunda yetkilendirmesinden başka bir şey değildir⁸¹⁵. Hakkın bir vasiyetname yoluyla kurulduğu hallerde ise, bu yetki yükümlü tarafından değil; doğrudan mirasbırakan tarafından verilir. Ancak mirasçılardan kendisi bu yetki kapsamında yükümlü sıfatına sahip olur⁸¹⁶.

⁸¹² Laue, *Begriff und Wesen*, 26.

⁸¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Laue, *Begriff und Wesen*, 27.

⁸¹⁴ Laue, *Begriff und Wesen*, 30.

⁸¹⁵ Laue, *Begriff und Wesen*, 29.

⁸¹⁶ Laue, *Begriff und Wesen*, 30.

Laue'ye göre yetki teorisi Alman Medeni Kanunu ile uyumluluk içerisinde olan bir görüştür⁸¹⁷. Ayrıca yetkinin kullanımı açısından bir şekil zorunluluğunun bulunmaması da bu görüşün tutarlı olduğunu doğrular niteliktedir⁸¹⁸. Hatta yazar bu noktada üstü kapalı olarak koşul teorisine yönelik de oldukça ağır bir eleştiri getirmektedir. Zira koşul teorisinin en önemli iddiası tek bir sözleşmeden hareket etmektir. Taraflar arasındaki tek bir sözleşme aynı zamanda hakkı kuran hukukî işlemin de kendisini oluşturur. Ayrıca taraflar bu sözleşmeyi kanunun öngördüğü şekil şartına uygun olarak yapmaktadır. Bunun sonucu olarak hakkın kullanıldığı anda artık bir şekil şartının aranmasına gerek yoktur. Oysa Laue bu yaklaşımı tamamen reddetmektedir⁸¹⁹. Yazara göre böyle bir ön kabul Alman Medeni Kanunu'nda yer alan şekil serbestisine ilişkin düzenlemelerin içeriğini boşaltmak anlamına gelmektedir⁸²⁰. Zira bir hakkı kuran hukukî işlemde şekle uyulmuş olması o hak ileri sürülürken aranacak olan şekil zorunluluğunu ortadan kaldırmaz⁸²¹.

2.3.3.3.4.2. Yetki Teorisine Yönelik Eleştiriler

Yetki teorisine yönelik olarak diğer teorilerde yer alan benzer nitelikte kapsamlı ve ayrıntılı bir eleştirel incelemenin yapılmasına kanaatimizce gerek yoktur. Zira bu teori henüz hakkın kurulma anını ele alırken önemli mantık hataları ve çelişkiler barındırmaktadır. Gerçekten de yetki teorisi, hakkı kuran işlemi tek taraflı bir hukukî işlem olarak ele almaktadır. Oysa ister önalım hakkı olsun ister alım hakkı, Türk ve

⁸¹⁷ Laue, *Begriff und Wesen*, 30.

⁸¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Laue, *Begriff und Wesen*, 31-32.

⁸¹⁹ Laue, *Begriff und Wesen*, 32.

⁸²⁰ Laue, *Begriff und Wesen*, 32.

⁸²¹ Bu yönde bkz.: Laue, *Begriff und Wesen*, 32. Türk hukukunda yer alan bir görüş, Laue'nin meseleyi temsil benzeri bir yetki ile ele aldığı ifade etmektedir. Oysa kanaatimizce yetki teorisini temsil müessesesi ile benzerlik kurarak ele almak isabetli bir yaklaşım değildir. Öncelikle Laue'nin ifade ettiği üzere, temsilden farklı olarak, yetki müessesesine ilişkin Alman Medeni Kanunu'nda genel bir düzenlenmeye rastlanmaz. Yalnızca yer yer münferit hükümlerde ilgili müesseseyle ilişkin birtakım hükümlere yer verilmiştir. Bunun dışında yetki teorisi bağlamında ele alınan yetki müessesesi, temsil müessesesinden farklılık arz eden bir görünüme sahiptir. Bunun sebebi yetki müessesesinin, yetkilendirilen kimsenin işlemi kendi adına yapması noktasında temsilden ayrılıyor oluşudur. Kaldı ki yetki teorisinin izahatını yapmaya çalışan Laue, temsil müessesesinin meseleyi çözümlemek için zaten doğru ve tutarlı bir yöntem olmadığı kanaatinde. Ayrıca hakkı tanımlarken de aslında teorisini dayandırdığı yetki (*Ermächtigung*) sözcüğünü değil; otorite, güç anlamlarını da ifade eden "*Machtbefugnis*" terimini kullanmıştır. Yani terminolojik açıdan bir temsilden bahsedilmesi söz konusu değildir. Bunun dışında temsil ve yetki arasında bir diğer önemli fark ise gözetilen taraf menfaatleri açısından ortaya çıkar. Laue'ye göre yetkinin amacı yetki verenin değil; yetkilendirilenin menfaatlerini gözetmektir. Keza işlemin geri alınabilmesi ve mirasçılara intikâli açısından da önalım hakkıyla benzer sonuçlar söz konusudur. Yetki teorisine ilişkin olarak Laue'nin ortaya koyduğu bu tespitler için bkz.: Laue, *Begriff und Wesen*, 26 ve 30. Türk hukukunda yer alan ilgili görüş için bkz.: Buz, *Haklar*, 152.

İsviçre kanun koyucuları bu hakların bir sözleşme ile kurulacağını çok açık bir şekilde düzenlemişlerdir. Ancak bu noktada asıl üzerinde durulması gereken şey Laue'nin Alman Medeni Kanunu açısından bir hataya düşüp düşmediğinin tespiti. Zira Alman Medeni Kanunu'nda Türk ve İsviçre hukukunda yer alan düzenlemelere benzer bir hüküm yer almamaktadır.

Yetki teorisi genel olarak incelendiğinde, kanaatimiz, bu görüş neticesinde ulaşılan sonuçların Alman hukuku açısından isabetli olmadığı yönündedir. Yazar her ne kadar ortaya koymuş olduğu teorinin mevzuat ile uyum içerisinde olduğunu iddia etse de aslında durum böyle değildir. Bunun sebebi meselenin sürekli olarak tek taraflı bir beyanla kurulacak bir satış ilişkisi etrafında inceleniyor oluşudur. Bu yaklaşım ise Laue'yi bir yanılgıya götürmüştür. O da, hakkı kuran hukukî işlem açısından Alman Medeni Kanunundaki temel düzenlemeleri göz önüne almamış olmasıdır. Zira BGB § 463-473 arasında yer alan hükümler önalımı satışın özel bir türü olarak düzenlemiştir. Keza geri alım açısından da aynı durum söz konusudur. Oysa satışın özel türü diye ifade ettiğimiz önalım sözleşmesinin tipik bir satış sözleşmesinden farklı hiçbir yanı bulunmamaktadır. Ancak buna rağmen Laue, hakkı kuran hukukî işlemi ısrarla tek taraflı bir işleme dayandırmıştır. Halbuki hakkın muhtevasında yer alan tek taraflılık onun kurulmasında değil; kullanılma anında kendini gösteren bir durumdur. Bu sebeple de yetki teorisi alım hakkının hukukî niteliğini açıklamada başarısız ve tutarsız bir yaklaşım olarak gözükmektedir.

2.3.3.3.5. Kurma Teorisi

2.3.3.3.5.1. Terminoloji Sorunu

Kurma teorisi genel olarak incelenmeden önce bu teoriyi karşılamak üzere öğreti ve uygulamada benimsenen terimlerin ele alınması gerekir. Bunun sebebi kurma teorisi için öğreti ve uygulamada terminolojik açıdan yeknesak bir kullanıma rastlanmamasıdır. Aslında bir müesseseyi karşılamak üzere birden fazla terime yer verilmesi oldukça normaldir. Ancak bunun için kullanılan terimlerin yanlış bir hukukî temellendirmeye dayandırılmamış olması gerekir.

Öğretide kurma teorisi için yenilik doğuran hak teorisi (*Gestaltungsrechtstheorie*) kavramının kullanıldığı görülmektedir⁸²². Hatta hem kurma hem de yenilik doğuran hak teorisi şeklinde her iki terime de yer vererek meseleyi ele alan görüşlere rastlamak da mümkündür⁸²³. Mamafih bu yönde bir terminoloji kullanımı kanaatimizce isabetsizdir. Öncelikle kurma teorisinin temelinde bir kurucu yenilik doğuran haktan bahsetmek pek tabii mümkündür. Ancak bu teorinin birincil amacı alım hakkını bir yenilik doğuran hak kapsamında ele almak değildir. Teoriye karakteristik özelliğini bahşeden husus taraflar arasındaki hukukî ilişkiyi ele alış şeklidir.

Kurma teorisinin temel amacı taraflar arasındaki her iki sözleşmeyi bağımsız birer hukukî işlem olarak ele almaktır. Böylelikle alım hakkı kullanıldığında taraflar arasında daha önce mevcut olmayan yeni bir sözleşme o an “kurulmuş” olmaktadır. Terminolojik olarak kullanılan “Kurma” (*Begründung*) sözcüğü de buradan gelmektedir. Nitekim koşul teorisi alanında incelediğimiz beğenme yoluyla satış ve geri alım hakkı müesseselerinde de ilgili Kanun hükümleri sözleşmenin kurulmasından (*Zustandekommen des Vertrages*) bahsetmektedir.

Kurma teorisi açısından bu tespit yapıldıktan sonra üzerinde durulması gereken ilk mesele hakkın hukukî nitelendirmesidir. Burada alım hakkına öyle bir hukukî nitelik bahşedilmelidir ki, hak sahibi, tek taraflı bir irade beyanıyla ve tamamen kendi arzusuna bağlı olarak bir satış sözleşmesi kurabilecektir. İşte bu soruya verilen cevap da bizi bir kurucu yenilik doğuran hakkın varlığına ve o yenilik doğuran hakkı konu alan sözleşme açısından da sui generis nitelikte bir sözleşmeye ulaştıracaktır. Bu çerçevede kurma teorisinin temel hareket noktası hakkı tesis sözleşme ile esas sözleşmeyi birbirinden ayrı şekilde ele almak ve bu şekilde meseleyi çözmektir. Başka bir deyişle, yenilik doğuran hak müessesesi bir araç veya amacı değil; kurma teorisi fikrinden yola çıkılarak ulaşılan bir sonuç olmalıdır.

İkinci olarak kurma teorisi, bazı yazarlar tarafından ifade edilenin aksine, münhasıran alım hakkının hukukî niteliğini açıklama iddiasıyla ortaya çıkmış bir görüş

⁸²² Türk hukukunda bkz.: Buz, *Haklar*, 153. İsviçre hukukunda bkz.: Schmid, *Das Vorkaufsrecht*, 24 vd. Alman hukukunda bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 47; Georgiades, *Optionsvertrag*, 409 ve 421 vd.; Schmid, *Das Vorkaufsrecht*, 24 vd.

⁸²³ Schleich, *Option*, 77.

de değildir⁸²⁴. Bu fikri ileri süren yazarlara göre, koşul teorisi ile birlikte diğer tüm görüşler taraflar arasındaki sözleşmenin hukukî niteliğini açıklamaya çalışır. Oysaki bu yaklaşım da isabetsizdir. Zira söz gelimi koşul teorisi de, yukarıda incelendiği üzere, alım hakkını bir yenilik doğuran hak olarak ele alır⁸²⁵. Buna bağlı olarak koşul teorisini savunan yazarların da bir nevî niyetlerini ortaya koyar. O niyet, koşula bağlı satış sözleşmesi düşüncesiyle aslında yenilik doğuran hak nitelendirmesinin bu teori kapsamında reddedilmiyor oluşudur. Bunun gibi, öneri teorisini savunan yazarlar da benzer hataya düşmekte ve hakkın kendisini bir kurucu yenilik doğuran hak olarak nitelendirmektedir⁸²⁶. Böyle bir sonuç ise bizi şu kanaate ulaştırmaktadır: Hakkın yenilik doğuran bir hak olması açısından bu iki teori aslında birbirleriyle karşı karşıya gelmemektedir. Aralarındaki tek fark yenilik doğuran hakkın kurucu mu yoksa değiştirici nitelikte mi olduğuna ilişkin bir meseledir. Nitekim öğretilerdeki bir görüş de, sözleşmenin hukukî niteliğine ilişkin tartışmalarda, iki teorinin karşı karşıya geldiğini ifade ederken sui generis sözleşme ve koşula bağlı satıştan bahsetmektedir⁸²⁷. Bunlardan ilki kurma teorisine işaret ederken; diğeri koşul teorisini karşılamaktadır. Bunun dışında öneri teorisi ise hem taraflar arasındaki sözleşmeyi hem de hakkın niteliğini çok farklı şekilde ele almaktadır. Oysa kurma teorisi ile öneri teorisini bir arada düşünmek mümkün dahi değildir. Bundan dolayıdır ki kurma teorisi, alım hakkını bir kabul yetkisi olarak gören öneri sözleşmesi teorisini (*Angebotsvertragstheorie*) de reddetmektedir⁸²⁸. Bu durum ise kurma teorisinin daha ziyade taraflar arasındaki sözleşme ilişkisini inceleyen bir teori olduğunu göstermektedir.

2.3.3.5.2. Genel Olarak Kurma Teorisi

Günümüzde koşul teorisiyle birlikte en çok taraftar toplayan bir diğer görüş, Schollmeyer'den bu yana ileri sürülen⁸²⁹ kurma teorisi (*Begründungstheorie*) olarak karşımıza çıkar⁸³⁰. Kanaatimizce alım hakkı sözleşmesinin hukukî niteliğini en makûl

⁸²⁴ Bu sebeple diğer teoriler de yalnızca taraflar arasındaki sözleşmenin hukukî niteliğini izah etmeye çalışan öğreti fikirleri değildir. Ancak yine de kanaatimizce bu yönde yanlış değerlendirme yapan görüş için ayrıca bkz.: Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 66-67.

⁸²⁵ Bkz.: İkinci Bölüm, Koşul Teorisi başlığı.

⁸²⁶ Bkz.: İkinci Bölüm, Öneri ve Öneri Sözleşmesi Teorileri başlığı.

⁸²⁷ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 12.

⁸²⁸ Schleich, *Option*, 91.

⁸²⁹ Friedrich Schollmeyer, *Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2. Aufl. (Berlin: de Gruyter Verlag, 1904), 40 vd.

⁸³⁰ Türk hukukunda bkz.: Buz, *Haklar*, 153 vd. İsviçre hukukunda bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.54 vd., Rn.70 vd.; Noelpp, *Eine Studie*, 50 vd.; Forstmoser ve Pulver, *Der Optionshandel*, 10

hukukî gerekçelerle açıklayan görüş kurma teorisi. Bunun sebebi, teorisinin diğer yaklaşımların açıklayamadığı ya da zorlama şekilde çözümlemeye çalıştıkları noktalara basit ve açık çözümler getirmesidir⁸³¹.

Kurma teorisinde hâkim olan görüş alım hakkı sözleşmesinin sui generis nitelikte bir sözleşme olduğu yönündedir⁸³². Daha doğru bir deyişle, burada opsiyon sözleşmesinden başka bir şey söz konusu değildir⁸³³.

vd.; Schleich, *Option*, 77; Häusler, *Die vertraglichen Grundlagen*, 121 vd.; Böckli ve Morscher, *Aktionärbindungsverträge*, 53-54; Gauch, Schluep ve Schmid, *Obligationenrecht*, Rn.487; Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.80.03 ve Rn.7.65; Liver, *Das Eigentum*, 204 vd., 212 vd. ve 215 vd.; Bauer, *Börsenmässige Termingeschäfte*, 129 vd.; Banz, *Rechtsprobleme der Allfinanz*, 92; Andreas von Tuhr ve Hans Peter, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, Bd. I, 3. Auflage (Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1984), 277 vd.; von Tuhr ve Escher, *Allgemeiner Teil*, 258, dpn.29; Helbling, *Mitarbeiteraktien*, 153; Heinrich Honsell, *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil* (Bern: Stämpfli Verlag, 2017), 35; Heinz Rey, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts*, Bd. I, 3. Aufl. (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2007), Rn.1236 vd., 1280 ve 1296; Pulver, "Börsenmässige", 78. Dominique Portmann, "Mitarbeiterbeteiligung: Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen im schweizerischen Arbeitsrecht" (Dissertation St. Gallen, Bern, 2005), Rn.95 vd. Alman hukukunda bkz.: Böttcher, *Gestaltungsrecht*, 41 ve 52 vd.; Casper, *Der Optionsvertrag*, 47, 62 vd. ve 74; Linneborn, "Das Optionsrecht", 34 vd.; Georgiades, *Optionsvertrag*, 409 vd. ve 421 vd.; Schumann, "Die Option", 23 vd.; Eva Jäger, "Aktienoptionen und Optionsscheine : zur Börsentermingeschäftseigenschaft von Aktienoptionen sowie zur Übertragbarkeit der hierzu entwickelten Grundsätze auf Optionsscheine nach der Rechtslage vor Inkrafttreten der Börsengesetznovelle am 1. August 1989" (Dissertation, München Univ., Jur. Fak., 1990), 25 vd.; Hartung, *Das Wertpapieroptionsgeschäft*, 82 vd. ve 94; Karl Maria Walter, "Die Rechtsnatur des Börsenoptionsgeschäfts unter besonderer Berücksichtigung des inländischen Wertpapieroptionshandels" (Dissertation, Mainz, Univ., 1990), 73 vd. ve 117 vd.; Jörn Thoden, "Börsentermingeschäfte in Deutschland und in der Schweiz - Ein Beitrag anlässlich der Einführung des Optionsgeschäfts an deutschen Börsen" (Dissertation, Münster Univ., 1975), 111 vd.

⁸³¹ Ancak yine de kurma teorisini red eden görüşlerin sunmuş olduğu bazı gerekçelere henüz tam olarak yanıt verilemediği yönünde ayrıca bkz.: Noelpp, *Eine Studie*, 57.

⁸³² Türk hukukunda bkz.: Gürsoy, Eren ve Cansel, *Eşya Hukuku*, 675; Taman Şıpka, *Kanuni Önalım*, 31 vd.; Buz, *Haklar*, 154; Kocayusufpaşaoğlu, *Gayrimenkul*, 97 vd.; Feyzioğlu, *Şuf'a Hakkı*, 18 vd.; Kırca, *Hukuki Yönüyle*, 190 vd. İsviçre hukukunda bkz.: Noelpp, *Eine Studie*, 55; Pulver, "Börsenmässige", 251; Schuemer, *Das obligatorische Vorkaufsrecht*, 50 vd.; ZK-Kom./Haab vd., ZGB Art. 681-682, Rn.2; Helbling, *Mitarbeiteraktien*, 154; Isler, *Grundbuch*, 21; Marcel Rehfoos, *La formation du contrat et l'avant-contrat en matiere immobiliere*, 314; Bianchetti, *Il patto di compera*, 47 vd. (Isler, *Grundbuch*, 21, dpn.3'ten naklen). Önalım hakkı kapsamında bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.67 ve, Rn.79, dpn.107'de yer alan yazar. Alman hukukunda nispeten sınırlandırıcı bir yaklaşım ortaya koyan ve ancak hakkın tanınması karşılığında bir bağlanma parasının kararlaştırıldığı hallerde sui generis bir sözleşmeden bahsedilebileceği yönündeki görüş için bkz.: Henssler, *Risiko als Vertragsgegenstand*, 595; Georgiades, *Optionsvertrag*, 409 ve 433 vd.; Klaus-Peter Martens, "Die bilanzrechtliche Behandlung internationaler Optionsanleihen nach § 150 Abs.2 AktG", içinde *Festschrift für Walter Stimpel* (Berlin: de Gruyter Verlag, 1985), 621 ve 624; Krüger, "Optionsrecht", 17.

⁸³³ İsviçre hukukunda bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.80. Alım hakkını konu alan opsiyon sözleşmeleri açısından sui generis sözleşme görüşünün aynen geçerli olduğu yönünde bkz.: Schleich, *Option*, 93-94; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.79. Alman hukuku için bkz.: Georgiades, *Optionsvertrag*, 421, dpn.41 ve ayrıca Casper, *Der Optionsvertrag*, 84 vd.

Sui generis sözleşmeler kısmen veya tamamen kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinde bulunmayan unsurlardan meydana gelen sözleşmeleri ifade eder⁸³⁴. Alım hakkı sözleşmesi açısından atipik durum arz eden husus ise alım hakkının kendisidir. Zira karşılıklı edimlerin mübadelesi alım hakkı bedeli ile alım hakkı arasında gerçekleşir. Bir yenilik doğuran hak olan alım hakkını konu alan bir sözleşme tipine ise kanunda yer verilmemiştir. Ancak yine de bu noktada şöyle bir soru akla gelebilir: Acaba kanun koyucunun Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu ile münferit hükümlerde alım hakkı sözleşmesine yer vermesi onun kanunda düzenlenmiş tipik bir sözleşme olması sonucunu doğurur mu? Kanaatimizce bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir⁸³⁵. Çünkü bu hükümler alım hakkı sözleşmesinde tarafların hak ve yükümlülüklerini düzenleyen kurallar değildir. Başka bir deyişle, sözleşme ilişkisine yönelik sistematik bir düzen kurma düşüncesi yoktur. Kanun koyucunun yaptığı tek şey şekil, şerh gibi sınırlı hususlarla ilgili birtakım düzenlemeler getirmektir. Bu düzenlemeler ise o sözleşmenin kanunî tipte bir sözleşme olması için yeterli değildir. Bu sebeple 1994'teki İsviçre Borçlar Kanunu revizyonu sonrası burada artık bir isimli sözleşmeden bahsedilemeyeceğini ileri süren görüş kanaatimizce isabetli değildir⁸³⁶.

Kurma teorisi kapsamında ileri sürülen bir diğer görüşe göre ise burada tipik anlamda bir hak satışı (*Rechtskauf*) yer almaktadır⁸³⁷. Buna göre hakkın kurulması satış konusu şeyin devrini oluştururken; alım hakkı bedeli ise satış bedelini ifade etmektedir.

⁸³⁴ Türk hukukunda bu yönde bkz.: Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku*, 56; Aydoğdu ve Kahveci, *Borçlar Hukuku*, 18 vd.; Eren, *Özel Hükümler*, 949. Daha kapsamlı tanım için ayrıca bkz.: Antalya, *Borçlar Hukuku*, 152. İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.3.16. İsimli sözleşmelerin genel olarak kanunda açıkça düzenlenmemiş sözleşmeleri ifade ettiği yönünde ayrıca bkz.: Eren, *Özel Hükümler*, 17; Cansel ve Özel, *Borçlar Hukuku*, Knr.124; Daniel Donauer, *Der Verwalter im schweizerischen Stockwerkeigentumsrecht* (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG Verlag, 2019), Rn.438; Huguenin, *Obligationenrecht*, Rn.3667; Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.3.15 ve 26.23. Dolaylı olarak bu yönde bkz.: Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku İkinci Kısım – Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri Cilt I)*, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. Bası (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978), 39; Ayan, *Borçlar Hukuku*, 138.

⁸³⁵ Nitekim meseleyi mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nun muhtelif hükümleri kapsamında inceleyen ve benzer sonuca ulaşan görüş için ayrıca bkz.: Schleich, *Option*, 94.

⁸³⁶ Bénédict Foëx, *La nouvelle réglementation des droits de préemption, d'emption et de réméré dans le CC/CO*, in: SemJud 116/1994, 387 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.79, dpn.108'den naklen).

⁸³⁷ Röser, "Ankaufsrecht", 30; von Einem, *Die Rechtsnatur*, 48 ve 112; Hartung, *Das Wertpapieroptionsgeschäft*, 95 vd. Bu yönde benzer açıklamalar için bkz.: Pulver, "Börsenmässige", 248 vd.; Häusler, *Die vertraglichen Grundlagen*, 125 vd.; Forstmoser ve Pulver, *Der Optionshandel*, 11; Casper, *Der Optionsvertrag*, 49, dpn.36; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.173; Bauer, *Börsenmässige Termingeschäfte*, 132. Bir hakkın satışını konu alan ve sui generis bir sözleşmeden bahseden görüş için bkz.: Pulver, "Börsenmässige", 248 vd. Hakkın verilmesini konu edinen bir sözleşmeyi zikretmekle birlikte net bir hukukî nitelendirme yapmaktan kaçınan görüş için bkz.: Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 65.

Ancak kanaatimizce bu görüş reddedilmelidir⁸³⁸. Öncelikle alım hakkı sözleşmesinde yükümlünün hakkın mülkiyetini devretmesi gibi bir durum söz konusu değildir⁸³⁹. Bu sebeple burada TBK md. 207/I'in kapsamına giren bir halden bahsetmek mümkün değildir⁸⁴⁰. Zira alım hakkı sözleşmenin kurulmasıyla birlikte doğrudan hak sahibinin şahsında doğan bir haktır⁸⁴¹. Kaldı ki, tipik anlamda bir satışın kabulü halinde sözleşmenin ifası hakkın mülkiyetinin devri ve alım hakkı bedelinin ödenmesiyle gerçekleşmiş olur. Oysa alım hakkı sözleşmesinde esas sözleşmenin kurulma anına kadar taraflarca bir hazır bulunma yükümlülüğü kararlaştırılmış olabilir⁸⁴². Ancak taraflar arasındaki sözleşme karşılıklı ifa ile sona erdiğinde bu tür yükümlülükler de hukukî bir dayanaktan yoksun kalmaktadır. İkinci olarak, tarafların alım hakkı için alım hakkı bedeline yönelik bir anlaşma yapması da zorunlu değildir. Dolayısıyla ivazsız kararlaştırılan bir alım hakkında sözleşmenin bir satış olarak ele alınması mümkün olmaz⁸⁴³. Bu ise taraflar arasındaki sözleşmenin bir hak satışı olarak değerlendirilemeyeceğini gösterir.

Kurma teorisine göre alım hakkının hukukî niteliği yenilik doğuran haktır⁸⁴⁴. Mamafih, koşul teorisinden farklı olarak, burada kurucu yenilik doğuran hak

⁸³⁸ İsviçre ve Alman hukukunda aynı yönde görüşler için bkz.: Schleich, *Option*, 96; Casper, *Der Optionsvertrag*, 66.

⁸³⁹ Schleich, *Option*, 96.

⁸⁴⁰ Söz konusu hüküm mehzat İsviçre Borçlar Kanunu'nun 184. maddesini karşılamaktadır.

⁸⁴¹ Bu yönde bkz. Schleich, *Option*, 96; Casper, *Der Optionsvertrag*, 66. Diğer teorileri de içerisine alarak yapılmış olan geniş kapsamlı bir inceleme için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 59.

⁸⁴² Casper, *Der Optionsvertrag*, 66.

⁸⁴³ Bu doğrultuda bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 66.

⁸⁴⁴ Türk hukukunda bkz.: Kırca, *Hukuki Yönüyle*, 190. İsviçre hukukunda bkz.: Schleich, *Option*, 77; Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.20; ZK-Kom./Haab vd., *ZGB Art. 681-682*, Rn.2; Noelpp, *Eine Studie*, 50 vd. Liver, *Das Eigentum*, 204 vd. ve 212 vd.; Noelpp, *Eine Studie*, 52; Schmid, *Das Vorkaufsrecht*, 24 vd.; Pulver, "Börsenmässige", 237 vd.; Isler, *Grundbuch*, 21; Marcel Rehfoos, *La formation du contrat et l'avant-contrat en matiere immobiliere*, Sem.jud. 87, 1965, 319, 314; Bianchetti, *II patto di compera*, Diss. Fribourg 1950, 47 vd. (Isler, *Grundbuch*, 21, dpn.3'ten naklen); Schuemer, *Das obligatorische Vorkaufsrecht*, 50 vd. Önalım hakkı kapsamında bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.67. "... alım hakkı, hak sahibine yenilik doğuran hak temin eder." Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE vom 12. Oktober 1978 in ZBGR 60/1979 S. 382 f. (Noelpp, *Eine Studie*, 60, dpn.10'dan naklen). Şirket payları üzerinde kurulan alım hakkında yenilik doğuran hak görüşünü kabul eden yargı kararları için bkz.: BGE 94 II 274 E.2 f. (Schleich, *Option*, 80, dpn.27'den naklen); BGer 4C.22/2006 vom 5.5.2006 E.7.2.2 (Schleich, *Option*, 81, dpn.32'den naklen). Alman hukukunda bu yönde bkz.: Hartung, *Das Wertpapieroptionsgeschäft*, 82 vd. ve 94; Schumann, "Die Option", 23 vd.; BeckNomosHK-Schulze, *BGB § 145-157*, Rn.36; GesetzesFormulare-S. Eberl, *BGB § 463*, Rn.2; Jäger, "Aktienoptionen", 25 vd.; Casper, *Der Optionsvertrag*, 47; Bötticher, *Gestaltungsrecht*, 41 ve 52 vd.; Walter, "Die Rechtsnatur", 73 vd. ve 117 vd.

(*begründendes Gestaltungsrecht*) söz konusudur⁸⁴⁵. Dolayısıyla bu teoriye göre, kesin bir öneri ne de bir koşula bağlı satış sözleşmesinin⁸⁴⁶ yapılması söz konusudur⁸⁴⁷. Bu çerçevede kurma teorisi savunucuları alım hakkını, az veya çok farklı olmakla birlikte, tek taraflı irade beyanıyla hakkın konusu şeye ilişkin bir satış sözleşmesi kurma yetkisi veren hak olarak tanımlamaktadır⁸⁴⁸.

Kurma teorisine göre alım hakkı sözleşmesiyle hedeflenen esas sözleşme alım hakkı kullanıldığı anda taraflar arasında kurulmuş olur⁸⁴⁹. Hakkın kullanılma anına kadar geçen sürede bir esas sözleşmenin varlığından bahsetmek mümkün değildir. Bundan dolayıdır ki, alım hakkı sözleşmesi ile esas sözleşme birbirinden ayrı iki bağımsız sözleşme olarak karşımıza çıkar⁸⁵⁰. Başka bir deyişle, kurma teorisinde birbirinden ayrı münferit sözleşmeler söz konusudur⁸⁵¹. Bunun doğal sonucu olarak da taraflar arasında iki farklı borç ilişkisi gündeme gelir. Bunlardan birincisi hakkın

⁸⁴⁵ Schleich, *Option*, 77; Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 65. Aynı doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 47-48. Önalım hakkı kapsamında, hakkı, akdi ya da en azından akdi kurallara tabi olan bir borç ilişkisini kuran yenilik doğuran bir hak şeklinde tanımlayan ve yenilik doğuran hakkı bu şekilde dolaylı olarak ifade eden görüş için bkz.: Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 64-65. “Hem önalım hem de alım hakkı, kullanımı, tipik bir satış sözleşmesinden doğan hak ve yükümlülükleri kurma yönünde hukukî etkiye sahip birer yenilik doğuran haklardır.” Bu yönde tanım yapan yargı kararları için bkz.: BGE 129 III 264 E.3.2.1; BGer 4C.25/2004 vom 13.9.2004 E.3.1.2 f. (Schleich, *Option*, 80, dpn.24’ten naklen). Uzatma opsiyonunu (*Verlängerungsoption*) da ele alacak şekilde geniş bir çerçeve çizen bu doğrultudaki bir başka mahkeme kararı için bkz.: BGE 113 II 31 E.2a. (Schleich, *Option*, 80, dpn.28’den naklen). Aynı uygulama alanı içerisinde yer alan bir başka karar için ayrıca bkz.: BGer 4C.22/2006 vom 5.5.2006 E.7.2.2 (Schleich, *Option*, 81, dpn.32’den naklen).

⁸⁴⁶ Bu çerçevede koşul teorisinin iddia ettiği gibi değiştirici yenilik doğuran hak da söz konusu değildir. Koşul teorisinin değiştirici yenilik doğuran hak kapsamında yaptığı açıklamalar için bkz.: İkinci Bölüm, Koşul Teorisi başlığı.

⁸⁴⁷ Alım hakkı ile önalım hakkını birbirinden tamamen farklı iki ayrı hak olarak kabul etmediğini dolaylı olarak ifade eden ve önalım hakkı kapsamında bu yönde açıklama ortaya koyan görüş için bkz.: Liver, *Das Eigentum*, 203 ve 205.

⁸⁴⁸ Alım hakkını tek taraflı irade beyanıyla içeriği önceden belirlenmiş olan sözleşmeyi kurma yetkisi veren bir hak şeklinde tanımlayan görüş için bkz.: Schleich, *Option*, 90. Alım hakkını hak sahibine tek taraflı irade beyanıyla yükümlüyle arasında hakkın konusu şeye ilişkin bir satış sözleşmesi kurma imkânı sağlayan yenilik doğuran bir hak şeklinde tanımlayan görüş için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.67.

⁸⁴⁹ Noelpp, *Eine Studie*, 51; Liver, *Das Eigentum*, 204 vd. ve 212 vd.; Ott, “Die Abtretung”, 263 vd.; Isler, *Grundbuch*, 21; Schleich, *Option*, 77; Casper, *Der Optionsvertrag*, 47-48; OFK-Kostkiewicz, *OR Art.216*, Rn.4; BernerKom/Giger, *OR Art. 216*, Rn.44. Hakkın kullanılmasıyla birlikte taraflar arasında bir satış sözleşmesinin meydana geldiği yönünde bkz.: Liver, *Das Eigentum*, 204; PWW-Schmidt, *BGB § 463*, Rn.4; Erman-Grunewald, *BGB*, § 463, Rn.3. Hakkın kullanılmasıyla birlikte taraflar arasında ikinci bir yeni sözleşmenin kurulduğu yönünde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.67.

⁸⁵⁰ Kırca, *Hukuki Yönüyle*, 191; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.80. Opsiyon sözleşmesi kapsamında bu yönde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 8, 48 ve 66. Opsiyon sözleşmesini “*Vorfeldvertrag*” kapsamı dışında tutan görüş için bkz.: Schleich, *Option*, 107 vd.

⁸⁵¹ Schleich, *Option*, 92.

kendisi ile alım hakkı bedelini konu edinen alım hakkı sözleşmesinden doğan borç ilişkisidir. İkincisi ise esas sözleşme teşkil eden satış sözleşmesinden kaynaklı borç ilişkisidir. Ancak her iki sözleşmenin bağımsız olması onların mutlak bir şekilde birbirlerinden ayrı oldukları anlamına da gelmez. Zira alım hakkının kullanım koşulları ve dolayısıyla da bir nevî müstakbel esas sözleşmenin içeriği alım hakkı sözleşmesinde belirlenmiştir. Bundan dolayıdır ki sui generis niteliğe sahip olan sözleşme işte bu alım hakkı sözleşmesinin kendisidir. Bunun dışında hakkın kullanılmasıyla kurulan esas sözleşme ise tipik anlamda bir satış sözleşmesidir⁸⁵².

Alım hakkının kurucu yenilik doğuran hak kapsamında ele alınmasının hakkın konusu şeyin devrinin hukukî sebebi yönünden önemli bir sonucu vardır. Gerçekten de alım hakkı kurucu yenilik doğuran bir hak olarak kabul edildiğinde, hakkın konusu şeyin devrinin hukukî sebebi, hakkı kuran alım hakkı sözleşmesiyle birlikte ayrıca alım hakkının kullanılması olarak karşımıza çıkar. Bu çerçevede, koşul teorisinde koşula bağlı satış olarak ifade edilen alım hakkı sözleşmesinin kendisi, tek başına devrin hukukî sebebini oluşturmaz. Çünkü kurma teorisinde, yenilik doğuran bir hak olan alım hakkı, varlığını kendisini kuran alım hakkı sözleşmesine borçlu iken⁸⁵³; hakkın konusu şeyin devri ayrıca hakkın kullanılmış olması koşuluna bağlıdır. Dolayısıyla alım hakkı sözleşmesi, esas sözleşme teşkil eden satış sözleşmesinin kurulması ve hakkın konusu şeyin devrinin gerçekleştirilebilmesi için tek başına yeterli güce sahip değildir. Kendisi her ne kadar esas sözleşmenin içeriğini ve hakkın kullanılma şartlarını içeriyor olsa da, ona alım hakkının kendisinin ayrıca eşlik etmesi gerekir. Nitekim buna paralel olarak da öğretide, alım hakkı sözleşmesinin esas sözleşmeye yönelik sadece bir ön basamak oluşturduğu ifade edilmektedir⁸⁵⁴.

⁸⁵² Aynı doğrultuda bkz.: Schleich, *Option*, 100-101. Önalım hakkı kapsamında bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.79.

⁸⁵³ Kurma teorisine göre alım hakkının doğrudan taraflarca kurulan alım hakkı sözleşmesinden doğduğu yönünde bkz.: Schleich, *Option*, 77. Dolayısıyla alım hakkı sözleşmesinin, esas sözleşmenin hukukî sebebi (*Tatbestandsmerkmal*) olduğunu ifade eden Casper'in bu görüşü, kanaatimizce, isabetli değildir. Zira, esas sözleşme, varlığını alım hakkı sözleşmesinden doğan alım hakkının kullanılmasına borçludur. Opsiyon sözleşmesi kapsamında bu yöndeki görüş için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 48.

⁸⁵⁴ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.80; Casper, *Der Optionsvertrag*, 8 ve 66. Dolayısıyla alım hakkı sözleşmesinin esas sözleşmenin hukukî sebebi (*Tatbestandsmerkmal*) olduğunu ifade eden Alman hukukundaki görüş, kanaatimizce, isabetli değildir. Zira esas sözleşme varlığını, alım hakkı sözleşmesi ile birlikte, ayrıca bu sözleşmeden doğan alım hakkının kullanılmasına borçludur. Alman hukukunda yer alan görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 48.

Kurma teorisinin taraf iradelerini daha doğru bir şekilde yansıttığı ileri sürülmektedir⁸⁵⁵. Bunun temel sebebi, hak sahibini bir satış sözleşmesiyle bağlı hale getirmemesidir. Ancak yine de o, hakkın konusu şeyi tamamen kendi arzusuna bağlı olarak satın alabilme imkânına sahiptir⁸⁵⁶. Bu ise alım hakkıyla amaçlanan hedefle birebir örtüşmektedir.

2.3.3.3.5.3. Kurma Teorisine Yönelik Eleştiriler

Öğretide kurma teorisine karşı birtakım olumsuz eleştiriler ileri sürülmüştür. Mevcut eleştirilerin kapsamı, az veya çok benzerlikler olmak kaydıyla, bir diğer yaygın görüş olan koşul teorisine nazaran birtakım farklılıklar içermektedir. Bu çerçevede kurma teorisine yönelik eleştiriler de genel olarak şekil ile tarafların hak ve yükümlülüklerinin tespitinde hangi hükümlere göre meselenin çözümlenebileceği noktasında toplanır. Aşağıda bu hususlar ayrıntılı olarak incelenmiştir.

2.3.3.3.5.3.1. Kanun Sistematiği

Kurma teorisine yönelik eleştirilerden birincisi kanun sistematiği yönündendir. Buna göre alım hakkının kanunda düzenlendiği yer kanun koyucunun burada koşula bağlı bir sözleşmeye yer vermek istediğini göstermektedir⁸⁵⁷. Bu sebeple de kurma teorisi kanun koyucunun iradesi ile çelişen bir yaklaşımdır. Çünkü bu teori, taraflar arasındaki ilişkiyi koşula bağlı hukuk işleme dayandırmayı reddetmektedir. Halbuki TBK md. 237’de düzenlenen taşınmaz satışı ve satış ilişkisi doğuran haklara ilişkin hükümde, kanun koyucu, önsözleşme müessesesine de yer vermiştir. İlk bölümde de incelendiği üzere, önsözleşme bir koşula bağlı sözleşme olmadığı gibi, alım hakkı sözleşmesiyle de arasında oldukça önemli farklılıklara sahiptir. Bunun sonucu olarak alım hakkı sözleşmesinin koşula bağlı bir sözleşme olduğunu söylemek oldukça güçtür. Dolayısıyla kurma teorisinin kanun sistematiği açısından eleştirilmesi ve koşul teorisi lehine bir yoruma ulaşılması kanaatimizce isabetsiz bir yaklaşımdır.

⁸⁵⁵ Bu doğrultuda bkz.: Schleich, *Option*, 91. Bu yönde benzer açıklamalar için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.68; Noelpp, *Eine Studie*, 72.

⁸⁵⁶ Tek taraflı irade beyanıyla bir hukukî durumda karşı tarafın katılımı söz konusu olmaksızın değişiklik yapma gücü veren her yetki yenilik doğuran hak kavramı içerisinde değerlendirilebilir. Bu sebeple de kurma teorisine öncelik vermek gerekir. Zira esas sözleşmenin kurulması, alım hakkı verenin bir etkisi söz konusu olmaksızın, alım hakkının kullanılmasıyla gerçekleşir. Bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Schleich, *Option*, 90.

⁸⁵⁷ Foëx, *SemJud* 1994, 387 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.66, dpn.81’den naklen).

2.3.3.3.5.3.2. Şekil Sorunu

Kurma teorisine karşı ileri sürülen eleştirilerin ikincisi ve belki de en büyüğü şekle ilişkindir. Bu eleştiri özellikle hakkın konusunu bir taşınmazın oluşturduğu hallerde karşılaşılan bir sorundur. Türk hukukunda münhasıran taşınmazlarla ilgili olarak alım hakkına ilişkin hükümlere yer verildiği düşünüldüğünde, Alman ve İsviçre hukuk sistemlerinde ileri sürülen bu eleştirilerin, aynı şekilde Türk hukuku açısından da büyük bir öneme sahip olduğunu söylemek mümkündür. Türk kanun koyucusunun taşınmazlara ilişkin işlemlerde resmî şekil şartını geçerlilik şekli olarak düzenlemesi de bu tespiti doğrular niteliktedir.

Öğretide yer alan görüşe göre kurma teorisi taşınmazlara ilişkin geçerlilik şekli açısından yetersiz bir çözüme sahiptir⁸⁵⁸. Zira hakkın kullanılmasıyla esas sözleşme taraflar arasında ilk defa o an kuruluyorsa o zaman burada şekil şartına riayet edilmesi zorunludur. Şekil şartı ile kastedilen ise resmî şekil şartıdır. Bu sebeple de alım hakkının tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılması mümkün olmamalıdır. Buradaki temel argüman şudur: Madem ki, hak sahibi hakkı kullandığı anda sözleşmeyle bağlı hale geliyor, o zaman şekle ilişkin kurallar hakkın kullanımına ilişkin beyan için de kıyasen uygulanmalıdır⁸⁵⁹. Ancak böyle bir çözüm önerisi hakkın hukukî niteliğini bir kurucu yenilik doğuran hak olarak gören kurma teorisi açısından çok büyük bir tezatlık oluşturmaktadır. Zira yenilik doğuran haklar kullanılması kural olarak herhangi bir şekil şartına tabi olmayan haklardır⁸⁶⁰. Alım hakkının kullanımı açısından da Türk, İsviçre ve Alman kanun koyucuları herhangi bir şekil şartına yer vermemiştir. Dolayısıyla burada öyle bir çözüm yolu ortaya konmalıdır ki, hem hakkın kurulması hem de hakkın yöneldiği esas sözleşme şekle uygun olarak kurulmuş olmalıdır. İşte o çözüm yolu da olsa olsa meselenin bir koşula bağlı sözleşme kapsamında ele alınmasından başka bir

⁸⁵⁸ Alman hukukunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 75. İsviçre hukuku için bkz.: ZK-Kom./Haab vd., *ZGB Art. 681-682*, Rn.2. Öneri teorisi üzerinden söz konusu eleştirileri yapan, ancak kurma teorisi yönünden de aynı şekil geçerli olan bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.34. Genel olarak bu yöndeki benzer açıklamalar için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 91.

⁸⁵⁹ jurisPraxisKom-Backmann, § 145, Rn.56. Bir gerekçe sunmaksızın aynı yöndeki bir başka görüş için bkz.: BeckNomosHK-Schulze, *BGB § 145-157*, Rn.36.

⁸⁶⁰ Türk hukuku için bkz.: Buz, *Haklar*, 252. Alman hukukunda bkz.: Wolfgang Schlochoff, “Die Gestaltungsrechte und ihre Übertragbarkeit” (Dissertation, Breslau Univ., 1933), 20. Alım hakkı kapsamında özellikle bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.227 ve *Art.683*, Rn.58; Brunner, *Kaufrechte*, 398. İptal hakkı açısından aynı sonuca ulaşan bir başka görüş için bkz.: Bucher, *Obligationenrecht*, 211.

şey değildir. Çünkü taşınmazı konu alan bir alım hakkını kuran sözleşme resmî geçerlilik şekline tabidir. Hal böyle iken hak tesis edildiği anda esas sözleşme de öyle veya böyle kurulmuş olursa mesele sorunsuz bir şekilde çözülmüş olmaktadır. İşte koşul teorisinin temelinde yatan esas çıkış noktası da tam olarak budur. Bu sayede hem hak tesis edilmiş olmakta hem de satış sözleşmesi o an resmî şekil şartına uygun olarak kurulmuş bulunmaktadır. Bundan sonra hakkın kullanılması ise olsa olsa geciktirici bir koşulun gerçekleşmesidir. Binaenaleyh koşul teorisi, ilk bakışta oldukça makûl ve hukukî yönden de tutarlılığa sahip bir çözüm önerisi sunuyor gibi gözükmemektedir. Hatta bu düşünceye koşul teorisini tamamen reddeden yazarlar dahi sahiptir⁸⁶¹.

Kurma teorisi savunucuları, koşul teorisyenlerinin şekle ilişkin eleştirilerini mantıklı bir hukukî temellendirme çerçevesinde izah etmeye ve bu eleştirileri ortadan kaldırmaya muhtaç gözükmemektedir. Ancak bu ihtiyaca rağmen şekle ilişkin karşı eleştirilerine çok az rastlanılmaktadır.

İsviçre hukukunda kurma teorisini savunanların ortaya koyduğu görüşlerden birine göre, esas sözleşme, öneri ve kabulü düzenleyen hükümlerde öngörüldüğü şekilde kurulmaz⁸⁶². Gerçekten de karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının değişimi mutlaka öneri ve kabule ilişkin hükümler çerçevesinde olmak zorunda değildir⁸⁶³. Kanunun yalnızca öneri ve kabulden hareket ederek bir akdîn kurulmasını düzenlemiş olması da bunun farklı şekillerde olabileceği gerçeğini ortadan kaldırmaz⁸⁶⁴. Nitekim bu farklılıklardan birini alım hakkının kararlaştırılması ve daha sonra da bu hakkın kullanılması oluşturmaktadır⁸⁶⁵. Bu görüşe göre mevcut durum şu şekilde tezahür eder: Alım hakkı veren kimse alım hakkı sözleşmesi yapılırken esas sözleşmeyi yapmaya ilişkin irade beyanında da bulunmaktadır. Alım hakkı sahibi açısından ise irade beyanı iki farklı şekilde söz konusu olur. Bunlardan birincisini alım hakkı

⁸⁶¹ Noelpp, *Eine Studie*, 57; Schmid, *Das Vorkaufsrecht*, 21.

⁸⁶² Söz konusu düzenlemeler İBK md. 3 vd. yer alan hükümleri ifade etmektedir. Türk hukukunda da ilgili hükümler TBK md. 3 vd. yer alan düzenlemelere tekabül eder.

⁸⁶³ Schleich, *Option*, 90-91; Gauch, Schluep ve Schmid, *Obligationenrecht*, Rn.478 vd.

⁸⁶⁴ Alman hukukunda bu yönde açıklamalar için bkz.: Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 88. Özellikle ikiden fazla tarafların bir araya geldiği çok taraflı hukukî işlemler yönünden benzer bir sonuca ulaşan görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: BeckOGK-Möslein, *BGB § 145*, Rn.57-58 ve genel açıklamalar için ayrıca Rn.61.

⁸⁶⁵ Schleich, *Option*, 91 ve 100; Casper, *Der Optionsvertrag*, 64 vd.; Georgiades, *Optionsvertrag*, 423 vd. Bu çerçevede hakkın kullanılması ve esas sözleşmenin kurulmasından sonra irade sakatlığı gibi sebeplerden ötürü alım hakkı sözleşmesinin iptal edilmesi halinde, bu sözleşmeden doğan alım hakkının kullanılması sonucu kurulan esas sözleşmenin de aynı kadere tâbi olacağı yönünde bkz.: Schleich, *Option*, 100.

sözleşmesi yapılırken esas sözleşmenin içeriğine ilişkin ortaya konulan beyan oluşturur. Sonrasında alım hakkının kullanması ise esas sözleşmeyi kurma iradesi olarak karşımıza çıkar⁸⁶⁶. Sözleşme özgürlüğü ilkesi de bu duruma cevaz verir niteliktedir⁸⁶⁷. Önalım hakkı üzerinden meseleyi değerlendiren bu teorinin savunucularından bazıları ise meseleyi nispeten farklı şekilde ele almaktadır. Buna göre, taraflar arasındaki nitelikli önalım hakkı sözleşmesi zaten her iki tarafın da katılımını gerektiren bir hukukî işlemdir. Bu yönüyle de aslında az önce ifade etmiş olduğumuz görüş ile aynı noktaya vurgu yapmakta ve açıkça ifade etmese de aynı sonuca ulaşmaktadır. Adî önalım hakkı açısından ise hem yükümlü ile üçüncü kişi arasında resmî şekle uygun olarak akdedilmiş satış sözleşmesi hem de önalım hakkı sözleşmesi ile birlikte hakkın kullanımına ilişkin beyan tapuda gerçekleştirilecek olan işlemin temelini oluşturmaktadır⁸⁶⁸. Keza Alman hukukunda da,- yalnızca uzatılmış bağlayıcı bir öneri kapsamında sözleşmenin kurulması klasik anlamda öneri-kabul müesseseleriyle açıklamaktadır. Bu yönüyle de aslında İsviçre hukukundaki yaklaşım bir nevî Alman hukuk öğretisinde de kabul görmektedir⁸⁶⁹.

Kurma teorisi açısından yukarıda ele alınan görüşler kanaatimizce oldukça makûl gerekçeler sunmaktadır. Hatta bu görüşlerin yanında farklı bazı gerekçeler daha sunmak mümkündür. Bu gerekçelerden birincisi, taşınmaz satışına ilişkin şekli düzenleyen TBK md. 237 hükmüdür⁸⁷⁰. İlgili hükmün ilk fıkrasında, kanun koyucu, genel olarak taşınmazı konu alan satış sözleşmesinin şeklini belirlemiştir. Daha sonra ise, özel olarak alım hakkı sözleşmesinin şeklinin de aynı şekil şartına tabi olduğunu hükme bağlamıştır. Kanun koyucunun bu yöndeki tutumu aslında taşınmaz satışı ile

⁸⁶⁶ Schleich, *Option*, 91.

⁸⁶⁷ Schleich, *Option*, 91; Casper, *Der Optionsvertrag*, 63. Genel olarak yenilik doğuran haklar kapsamında bu yönde bkz.: Bötticher, *Gestaltungsrecht*, 53; Eduard Bötticher, *Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht* (Berlin: de Gruyter Verlag, 1964), 14. İsviçre hukukunda yer alan bir görüş meselenin sözleşme özgürlüğüne atıf yapılarak çözümlenmesinin basit ama doğru olmayan bir yaklaşım olduğunu savunmaktadır. Çünkü sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında bir sözleşmenin içeriği belirlenebilir. Ancak bunun için en nihayetinde bir borç ilişkisinin söz konusu olması gerekir. Oysa sözleşmeyle bir yenilik doğuran hak kararlaştırıldığında ortada henüz bir borç ilişkisi yoktur. Bilâkis bu hak kullanılınca taraflar arasında bir borç ilişkisi kurulmuş olur. Dolayısıyla olmayan bir borç ilişkisini sözleşme özgürlüğü ilkesine dayandırarak açıklamaya çalışmak son derece yanlıştır. Sözleşme özgürlüğü ilkesi taraflara böyle bir imkân vermez. Bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 72-73. Bu hususta başka bir görüş için ayrıca bkz.: Enneccerus ve Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, 470.

⁸⁶⁸ Aktaran ZK-Kom./Haab vd., *ZGB Art. 681-682*, Rn.2.

⁸⁶⁹ Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: BeckOGK-Möslein, *BGB § 145*, Rn.84.

⁸⁷⁰ Söz konusu düzenleme mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 216. maddesine tekabül etmektedir. Lafza ilişkin birkaç nüans dışında, hüküm, birebir TBK md. 237'yi karşılamaktadır.

alım hakkı sözleşmesini iki ayrı müessese olarak ele aldığını göstermektedir. Ayrıca alım hakkına yönelik böyle bir ayırım aslında burada tipik anlamda bir satış sözleşmesinin bulunmadığını da gösterir niteliktedir. Gerçekten de alım hakkı sözleşmesi, koşula bağlı bir satış olarak görülse idi, alım hakkı sözleşmesinin şekline ilişkin ayrıca bir düzenlemeye yer verilmesine zaten gerek olmazdı. Zira bir sözleşmenin koşula bağlanması, onun hukukî niteliğinde bir değişikliğe sebep olmaz⁸⁷¹. Bu sebeple de, alım hakkı sözleşmesi yine resmî şekle tabi olurdu. Ancak böyle bir durumda, geçerlilik şeklinin kanunî dayanağını TBK md. 237/II hükmü değil; bilakis TBK md. 237/I hükmü oluştururdu. Oysa kanun koyucunun bu hükümde alım hakkı sözleşmesine özel olarak yer vermesi, kanaatimizce, onun bilinçli bir hareketinin sonucudur. Buradaki amaç, alım hakkını kuran sözleşme için resmî şekil şartını ayrı olarak müstakil bir şekilde düzenlemiş olmaktır. Bundan sonra hakkın kullanılması için bu şekle riayet edilmesine ise artık gerek kalmaz. Çünkü sözleşme ile birlikte taraflardan biri lehine kurucu nitelikte bir yenilik doğuran hak tesis edilmektedir. Yenilik doğuran hakların kullanımı ise kural olarak bir şekil şartına tabî değildir. İşte bu durum, hakkın kullanılmasında şekil serbestisinin olduğunu bir nevi kanıtlar niteliktedir. Nitekim mehz İsviçre Borçlar Kanunu md. 216/II'de de, “*taşınmazlar üzerinde alım hakkı kuran sözleşmeler*” ifadesine yer verilerek hükmün kapsamı yalnızca sözleşme ile sınırlı olacak biçimde açıkça vurgulanmıştır.

İkinci olarak, alım hakkının kullanılmasıyla birlikte kurulan esas sözleşme tarafların o ana kadar üzerinde müzakere etmedikleri bir sözleşme değildir. Taraflar, az önce de ifade edildiği üzere, esas sözleşmenin içeriğini halihazırda müzakere etmiş ve kararlaştırmışlardır. Böylelikle sözleşmenin esaslı noktaları en başından şekil şartına riayet edilmek kaydıyla tespit edilmiştir. Hatta alım hakkının kendisi de bu resmî şekle uygun hukukî işlemin bir sonucu olarak kurulmuştur. Dolayısıyla bu hukukî işlemi şekil şartına aykırı alelade bir taşınmaz satış sözleşmesiyle bir tutmamak kanaatimizce daha isabetli olur⁸⁷². Kaldı ki, alım hakkının kullanılması bir borçlandırıcı işlem olmadığı

⁸⁷¹ Kaldı ki, bir hukukî işlemin koşula bağlanabilirliği onun sadece satışla sınırlı olmasına da bağlı değildir. Kanunun cevaz verdiği her türlü hukukî işlem kural olarak koşula bağlanabilir. Bu kapsamda, koşula bağlı bir kira sözleşmesi de, netice itibarıyla bir kira sözleşmesi olarak kalmaya devam eder.

⁸⁷² Bu noktada şöyle bir soru akla gelebilir: Alım hakkı sözleşmesinin noterde düzenleme şeklinde yapılması yeterli iken taşınmaz satışı açısından tapu siciline işlem yapılması zorunludur. Bu sebeple de, alım hakkı sözleşmesinde aranan şeklin hakkın konusu şeyin devri için yeterli olup olmadığı sorusu gündeme gelebilir. Öncelikle uygulama açısından bu durum pek de tartışılmaya

gibi tasarruf işlemi açısından da niteliği oldukça tartışmalıdır⁸⁷³. Bu yönüyle de tipik anlamda öneri ve kabul ile kurulan bir sözleşmeden hareket ederek meseleyi çözmeye çalışmak tutarlı olmayan bir çabadan başka bir şey değildir. Çünkü alım hakkının kullanımını, taraflarca kurulan borçlandırıci nitelikteki bir satış sözleşmesiyle karıştırmamak gerekir. Hakkın kullanılması için tekrardan bir şekil şartının varlığını kabul etmek aynı olaya aynı çözümü sunan iki farklı hükmü ayrı zamanlarda uygulamaktan öte bir anlam ifade etmeyen bir durum ortaya çıkarır. Bu yönde bir zorlama ne taraf menfaatleriyle ne de geçerlilik şekli öngören hükmün kendisinden beklenen amaçla bağdaşır niteliktedir. Ayrıca usul ekonomisi açısından da tutarsız bir çözüm yoludur.

Son olarak öğretide beğenme yoluyla satışta yer alan ve satış konusu şeyin onaylanmasına yönelik irade beyanı için şekil serbestisi öngören düzenlemenin burada yol gösterici olduğunu belirtmek gerekir. Alman hukukunda savunulan bu görüşe göre, alıcı satış konusu şeye yönelik onaylamayı herhangi bir şekil aranmaksızın alelade bir irade beyanıyla yapabilir. Bunun sebebi, sözleşmesel bağlılığın daha o satış sözleşmesi kurulurken doğmuş olmasıdır⁸⁷⁴. Halbuki bu bağlılık ilişkisi aynı şekilde ayırma teorisi için de söz konusu olan bir durumdur. Çünkü hakkın kurulduğu ve kullanılacağı ana

değer değildir. Zira tapu sicil müdürlükleri, alım hakkının kullanılması sebebiyle hakkın konusu şeyin devri işlemini yaparken taraflar arasında, her ne kadar gerekli olmasa da, zaten bir satış senedi düzenlemektedir. Dolayısıyla da taşınmaz satışı için öngörülen resmî şekil şartı halihazırda sağlanmış olmaktadır. Ancak böyle olmasaydı dahi, kanaatimiz, alım hakkı sözleşmesi için öngörülen şekil şartına riayet edilmesinin hakkın konusu şeyin devri yönünden yeterli olması gerektiği yönündedir. Çünkü alım hakkı sözleşmesi ve bu sözleşmeden doğan hakka dayanarak bir şeyin maliki olabilme yetkisi Kanun'da özel olarak düzenlenmiş bir durumdur. Başka bir deyişle istisnaî bir müessesedir. Ancak yine de şekil yönünden ortaya çıkan bu farklılık kanaatimizce kanun koyucunun da bilinçli olarak yapmış olduğu bir şey değildir. Bundan dolayıdır ki, Türk hukuk öğretisi, alım hakkı sözleşmesinin tapu sicil müdürlüklerinde yapılması gerektiğini ileri sürmektedir. Böylelikle hakkın kullanımı yönünden şekil serbestisi söz konusu olsa bile, sözleşmenin tapu sicil müdürlüklerinde yapılmış olması, taşınmaz mülkiyetinin devri açısından gerekli olan şekil şartını sağlamış olacaktır. Ancak bu durum, kanaatimizce, pozitif hukuk karşısından pek de mümkün değildir. Olması gereken, alım hakkı sözleşmesini düzenleyen resmî makamın tapu sicil müdürlükleri olduğunun açıkça Kanun'da düzenlenmiş olması veya da halihazırda uygulamada benimsenmiş olan satış senedi düzenlenmesinin devam ettirilmesidir. Bunun dışında, alım hakkı sözleşmesini düzenlemekle yetkili olan makam noterler olduğundan hakkın konusu şeyin devri yönünden söz konusu şekil yeterli olmalıdır. Aksi takdirde, müessese, taşınmaz satış vaadî müessesesi ile eş konuma getirilmiş olacağı gibi; tapu sicil müdürlüklerinde yer alan satış senedi düzenleme uygulaması ile de müessesenin içi boşaltılmış olmaktadır. Taşınmazlar üzerinde kurulan alım hakkında alım hakkı sözleşmesinin şekline ilişkin kapsamlı inceleme için bkz.: Aşağıda F, 2, c, 2).

⁸⁷³ İsviçre hukukunda bkz.: Schleich, *Option*, 100. Alman hukukunda opsiyon hakkı kapsamında bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 65. Alman hukukunda genel olarak yenilik doğuran haklar kapsamında aynı yönde bkz.: Jauernig-Mansel, § 104 *Vorbemerkung*, Rn.10.

⁸⁷⁴ Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 158*, Rn.13.

kadar alım hakkı veren için bir bağıllık söz konusu olmaktadır. Ancak buradaki temel fark, bağıllığın, koşula bağlı bir sözleşmeden ziyade bağımsız bir opsiyon sözleşmesine dayanıyor oluşudur. Söz konusu bağıllığın ayrı bir sözleşme tipi içerisinde yer alması da farklı yorumu gerektiren bir hal teşkil etmemelidir. Bunun sonucu olarak irade beyanına yönelik şekil serbestisinin aynı şekilde alım hakkı için de geçerli olması gerekir.

2.3.3.3.5.3.3. Hak ve Yükümlülüklerle İlişkin Hükümler Kapsamında Meselenin Değerlendirilmesi

Kurma teorisinin en önemli sonucu TBK md. 175 hükmünün uygulanabilirliğini ortadan kaldırmasıdır. Zira ortada koşula bağlı bir sözleşme söz konusu olmadığından koşul müessesesine ilişkin düzenlemelere başvurulması mümkün olmaz. Alım hakkının kurucu yenilik doğuran hak olarak kabulü aynı zamanda öneri ve kabule ilişkin TBK md. 3 vd. yer alan düzenlemeleri de bertaraf eder⁸⁷⁵.

Koşul teorisinin reddedilmesi ve böylelikle TBK md. 175 hükmünün uygulanabilirliğinin ortadan kalkması, kurma teorisi açısından, tartışmalı bir konudur. Bunun sebebi, alım hakkı kurulup sona erdiği ana kadar geçen sürede tarafların hak ve yükümlülüklerinin kaynağının ne olacağının tespit edilemiyor oluşudur. Zira hak tesis edildikten sonra, hak sahibi, herhangi yükümlülük altına girmemiş iken; diğer taraf alım hakkı sebebiyle muhtemel ve müstakbel nitelikteki bir satışla bağlı hale gelmektedir. Hatta hakkı veren için birtakım yükümlülükler (hazır bulunma veya bildirim) dahi söz konusu olabilmektedir⁸⁷⁶. Örneğin; hakkın konusu şeyin niteliğine göre, alım hakkı veren, hak var olduğu sürece söz konusu malı bir başkasına devretme imkânından yoksun olabilir. İşte bu noktada öğretilde yer alan bir görüş, kurma teorisinin, taraflar arasındaki hukukî ilişkiyi ortaya koymada yetersiz kaldığını ifade etmektedir⁸⁷⁷. Bunun sebebi, az önce de ifade ettiğimiz üzere, alım hakkı verenin yükümlülüklerin kaynağının ne olacağına ilişkin yapılan tartışmalardır. Hatta İsviçre hukukunda yer alan bazı yazarlar, bu tartışmayı bir adım daha ileri noktaya götürmekte ve bu süreçte tarafların hak sahibi ve yükümlü olarak ifade edilmesini dahi doğru bulmamaktadır⁸⁷⁸. Tarafları

⁸⁷⁵ Bu yönde bkz.: Schleich, *Option*, 77.

⁸⁷⁶ Isler, *Grundbuch*, 21. Alım hakkı verenin bu tür yükümlülüklerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Üçüncü Bölüm, Alım Hakkı Sözleşmesinde Tarafların Yükümlülükleri başlığı.

⁸⁷⁷ Noelpp, *Eine Studie*, 53; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.77. Kurma teorisinin, hakkın kullanılmasına kadar geçen sürede taraflar arasındaki hukukî ilişkiyi ele almada zorluk yaşadığını ifade eden bir başka görüş için bkz.: Isler, *Grundbuch*, 21.

⁸⁷⁸ Noelpp, *Eine Studie*, 53-54.

doğru yansıtan kavramlar olsa olsa yenilik doğuran hak sahibi ile yenilik doğuran hakkın muhatabı şeklindedir⁸⁷⁹. Söz konusu görüşün ortaya koyduğu bu tespitin gerekçesi, kanaatimizce, bekleme süresi içerisinde teknik anlamda bir borç ilişkisinin mevcut olmadığına yönelik yapılan çıkarımdır.

Öğretide yer alan görüşlerden bir diğeri, tarafların hak ve yükümlülükleri açısından bir koruyucu etkiden (*Schutzwirkung*) hareket ederek meseleyi ele almaktadır. Buna göre, taraflar, alım hakkı sözleşmesini yaptıkları anda aslında birtakım yan yükümlülüklerin de doğacağını kabul etmektedir⁸⁸⁰. Böylelikle, sözleşmenin kurulması ile hakkın kullanılma anı arasındaki zaman diliminde taraflar arasındaki hukukî ilişki bu şekilde bir çözüme kavuşmuş olmaktadır.

Öğretide yer alan üçüncü görüş ise, meseleyi, borcun ifa edilmemesinin sonuçlarına ilişkin hükümlerden hareket ederek ele almaya çalışmaktadır. Bu kapsamda hak sahibinin, sözleşmenin yapıldığı an ile hakkın kullanılacağı ana kadarki süre içerisinde herhangi bir hak ya da yükümlülüğü söz konusu olmaz. Alım hakkı veren açısından ise, bu görüş, satışla bağlı olmaktan bahsetmekte ve bildirim gibi farklı yükümlülüklerin olduğuna dikkat çekmektedir⁸⁸¹. Meselenin ise en nihayetinde TBK md. 112 hükmü kapsamında çözümlenebileceğini dile getirmektedir⁸⁸².

Son olarak öğretideki dördüncü görüş ise konuya çok daha geniş bir açıdan yaklaşmakta ve kurma teorisi açısından meselenin nasıl ele alınabileceğine ilişkin birtakım çözüm önerileri sunmaya çalışmaktadır. Bu noktada, söz konusu görüş, üç farklı müesseseyi odak noktasına koyarak hareket etmektedir. Bunlar; öneri ve kabulü düzenleyen hükümler, sözleşmesi öncesi sorumluluk (*culpa in contrahendo*) ve sözleşmesel ilişkidir⁸⁸³. Bununla birlikte, alım hakkı verenin, bu haktan doğan satışa ilişkin bağlılığı ile öneride bulunanın önerisiyle bağlılığı arasında bir benzerlik kurarak sonuca ulaşmaya çalışmaktadır⁸⁸⁴. Sözleşme öncesi sorumluluğa ilişkin olarak da,

⁸⁷⁹ Noelpp, *Eine Studie*, 53.

⁸⁸⁰ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.77.

⁸⁸¹ Isler, *Grundbuch*, 21. Bu yönde benzer açıklamalar için bkz.: Noelpp, *Eine Studie*, 54.

⁸⁸² Isler, *Grundbuch*, 21.

⁸⁸³ Noelpp, *Eine Studie*, 54 vd. Aslında bu görüşü ortaya koyan yazar, aynı eserinde, taraflar arasındaki ilişkide taraf sıfatlarına yönelik bir eleştiri ortaya koymakta ve kurma teorisini eleştirmektedir. Aynı yazarın burada farklı sorumluluk kaynakları üzerinden meseleyi ele almasının sebebi, sanıyoruz ki, kurma teorisini anlamlandırma ve makûl bir gerekçenin ne olabileceğine ilişkin bir tespiti ortaya koymadır. Sözü geçen yazarın ilgili görüşü için bkz.: İkinci Bölüm, dñn.878 ve 879.

⁸⁸⁴ Noelpp, *Eine Studie*, 54-55.

bekleme sürecinde (*Schwebezeit*) yer alan hak ve yükümlülüklerin tıpkı sözleşme görüşmeleri ya da sona eren sözleşme müzakereleriymiş gibi değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁸⁸⁵. Son olarak ise, üçüncü görüş ile paralel bir yol izleyerek, borcun gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin hükümlerden hareket ederek meseleye yaklaşmaktadır. Buna göre, alım hakkı sözleşmesi sui generis nitelikte bir sözleşme ise, taraflar, sözleşmede diledikleri yan yükümlülükler yer verebilirler. Bu yükümlülükler yalnızca hakkın kullanılma anına kadar olan süreyle de sınırlı değildir. Aynı zamanda hakkın sona erme anına kadar olan süreyi kapsayacak şekilde bir yükümlülüğün öngörülmesi de mümkündür. Bu yükümlülüklerin ihlâli ise tipik anlamda akdin ihlâlinden başka bir şey değildir. Dolayısıyla sözleşmenin ihlâli halinde uygulanacak olan genel düzenlemeler burada da uygulama alanı bulur⁸⁸⁶.

Bu görüş ilk etapta öneri ve kabule ilişkin hükümlerden hareket etmektedir. Bu ise kanaatimizce doğru bir çözüm yolu değildir. Zira kurma teorisi, her şeyden önce hem koşul hem de öneri teorisine karşı kendini ispatlama çabasıyla ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla bu teoriyi, karşı durduğu yaklaşımların temel dayanak hükümlerine giderek çözmek tutarsız bir yaklaşımdır. Bunun gibi, sözleşme öncesi sorumluluktan hareket ederek bir sonuca ulaşmak da, kanaatimizce, mümkün olmamalıdır. Çünkü alım hakkından doğan bir ilişkide bir sözleşme görüşmesinden ya da sona ermiş sözleşme müzakerelerinden bahsetmek, en azından taraflar arasındaki ilişkinin kaynağını prensip itibarıyla koyma noktasında, pek de ihtimal dahilinde gözükmemektedir. Bunun sebebi, TBK md. 237/II hükmünde açık bir şekilde alım hakkı sözleşmesinden bahsediliyor oluşudur. Keza İBK md. 216/II de bu konuda oldukça açıktır. İlgili hükümde çok net bir şekilde “.... *önalım, alım ve geri alım haklarını kuran sözleşmeler...*” ifadesine yer vermiştir. Bu şu anlama gelmektedir: Kurulmuş olan bir sözleşmenin olduğu yerde artık onun öncesinden bahsetmenin anlamı yoktur. Eğer bu sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra birtakım yükümlülükler izah edilmeye çalışılıyorsa, mantıklı olan çözüm yolu, akdî bir ilişki içerisinde bunu ele almaktır.

Son olarak, borcun gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin düzenleme kapsamında meselenin değerlendirilmesi gerekirse, kanaatimizce, şunu söylemek gerekir: Alım hakkı sözleşmesi ile esas sözleşmenin birbirinden bağımsız iki farklı sözleşme olması

⁸⁸⁵ Noelp, *Eine Studie*, 55.

⁸⁸⁶ Noelp, *Eine Studie*, 55.

bir yanılgıya sebep olmamalıdır. Çünkü esas sözleşme tipik anlamda bir satış sözleşmesidir. Buradaki tek fark bu sözleşmenin içeriğinin alım hakkı sözleşmesinde önceden belirlenmiş olmasıdır⁸⁸⁷. Bundan dolayıdır ki, alım hakkı, içeriği önceden belirlenmiş şartlarla satın alma yetkisi şeklinde tanımlanmaktadır⁸⁸⁸. Söz konusu belirlenmiş şartlar ise, satış ilişkisindeki satış bedeli ile varsa satış sözleşmesinin içeriğine ilişkin diğer unsurlardan ibarettir. Dolayısıyla bildirim yükümlülüğü ve diğer farklı yan yükümlülükler açısından meseleyi tartışmalı hale getirmenin hiçbir anlamı yoktur. Çünkü alım hakkında bir bildirim yükümlülüğüne yer verilmişse, bu durum, hakkın kullanımına ilişkin bir husustur. Başka bir deyişle, alım hakkı sözleşmesinde alım hakkını ilgilendiren bir düzenlemedir. Bu yönüyle de, alım hakkı sözleşmesinde içeriği tespit edilmiş olan esas sözleşme ve bu sözleşmenin hükümleri ile hiçbir ilgisi yoktur. Keza hakkın kullanımı için bir süreye yer verildiği hallerde de durum böyledir. Hakkın kullanılmasından önce bu kullanımı ortadan kaldıran ya da zorlaştıran hallerde bir talep söz konusu olacak ise, bunun kaynağı, doğrudan alım hakkı sözleşmesinin kendisidir. Bu şu demektir: Hak sahibi, alım hakkını kullanmasa ve esas sözleşme olarak ifade edilen satış sözleşmesi kurulmasa dahi, sözü edilen yükümlülüklerin ihlali halinde doğrudan alım hakkı sözleşmesine dayanabilir. Dolayısıyla her iki sözleşmenin bağımsız birer hukukî ilişki olması, bekleme süresi içerisinde, tarafların hiçbir talep ileri süremeyeceği anlamına gelmez. Kanaatimizce burada yapılan yanlış, taleplerin kaynağını esas sözleşme olarak ele almaya çalışmaktır. Bu da zaten koşul teorisini savunan yazarların düşmüş olduğu bir yanılgıdır. Çünkü onlara göre, tüm hak ve taleplerin tek bir kaynağı vardır. O da, koşula bağlanmış olan satış sözleşmesidir. Buradan hareketle de, akdî bir sorumluluğun kaynağını oluşturan alım hakkı sözleşmesi görmezden gelinmektedir. Kurma teorisine göre de, satış sözleşmesi henüz kurulmadığından, sorumluluk hukuku açısından bir nevî boşluk söz konusu olmaktadır. Ancak ifade ettiğimiz üzere, alım hakkı sözleşmesi ile yalnızca alım hakkı bedeli ve hakkın tanınmasına ilişkin iki temel yükümlülük doğmaz. Tarafların farklı başka yan yükümlülükler öngörmesi ve alım hakkı sözleşmesinin kapsamına dahil etmesi her zaman mümkündür. Bunun doğal sonucu olarak, yukarıda ele alınan her üç görüşün

⁸⁸⁷ Nitekim İsviçre hukukunda tarafların, esas sözleşmenin kurulmasından önceki zaman dilimine ilişkin olarak birtakım şartlar öngören düzenlemelerin yapılmasını, koşula bağlı hukukî işlemlerden ayırıcı bir unsur olarak ele alan görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Schleich, *Option*, 114-115.

⁸⁸⁸ Schleich, *Option*, 90. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 113 II 31 E.2a (Schleich, *Option*, 80, dpn.28'den naklen).

ortak noktası olan borca aykırılık halî, meselenin çözümünde en makûl ve doğru yol olarak gözükmektedir. Mamafih yine de bu noktada konuyu en tutarlı şekilde ele alan görüş, kanaatimizce, koruyucu etkiden hareket eden görüştür. Zira hak ve yükümlülüklerle ilişkin tartışılan borçların tek bir ortak noktası vardır: Alım hakkının kullanımına hizmet etmek. Nitekim hazır bulunma ve bilgilendirme yükümlülüklerinin, alım hakkının tesisine yönelik aslî edim yükümlülüğüne ilişkin birer yan edim yükümlülükleri olmasının sebebi de budur. Bu yükümlülükler, hak kurulduğu andan sona erdiği ana kadar, hak var olduğu müddetçe varlıklarını sürdürmektedir.

Sonuç olarak kurma teorisi, hak ve yükümlülüklerle ilişkin hükümler kapsamında başarısız ya da yetersiz bir teori olmaktan oldukça uzaktır. Taraflar arasındaki borç ilişkisini iki farklı zeminde ele alarak daha net ve keskin çizgiler ortaya koyan bu teori, kanaatimizce, eleştirileri yönelten teorisyenlerin savundukları koşul teorisine nazaran çok daha tutarlı bir yaklaşım olarak gözükmektedir.

2.3.3.4. Değerlendirme

Alım hakkı sözleşmesinin hukukî niteliği belirlenirken taraflar arasındaki ilişki ve alım hakkının hukukî niteliği önemli bir role sahiptir. Şöyle ki, alım hakkı sözleşmesi hakkın kurulmasını ve kullanılma anına kadar olan hukukî ilişkiyi düzenlemektedir. Alım hakkının kullanılmasından sonraki hukukî ilişki ise, alım hakkı sözleşmesinden bağımsız bir niteliktedir. Bu sebeple, alım hakkı sözleşmesinin hukukî niteliği, taraflar arasındaki borç ilişkilerini birbirinden bağımsız bir şekilde ele almayı sağlayacak mahiyette ortaya konulmalıdır.

Koşul teorisi, alım hakkı sözleşmesinin hukukî niteliğini ve taraflar arasındaki hukukî ilişkiyi açıklamada, kanaatimizce, yetersiz bir görüştür. Bunun en temel sebebi, hakkın kurulması ve daha sonra kullanılması neticesinde hakkın konusu şeyin devrini tek bir sözleşme ilişkisine dayandırıyor oluşudur. O da, koşula bağlı satış sözleşmesidir. Oysa alım hakkının kendisi müstakil bir haktır. Hak sahibi lehine kurulduktan sonra, yeni bir hukukî ilişkinin kurulup kurulmaması tamamen hak sahibinin takdirindedir. Hak kullanılmaz ise, satış sözleşmesi de kurulmamış olur. Taraflar arasında ileri sürülebilecek talepler ancak alım hakkı sözleşmesine dayanabilir. Öte yandan, alım hakkı, hak sahibine hakkın muhatabı ile bir satış sözleşmesi kurma imkânı verir. Ancak koşul teorisinde, satış sözleşmesi taraflar arasında zaten en başında kurulmuştur. Hak

sahibinin, alım hakkını alabilmesi için de bu satış sözleşmesinin kurulmasından başka bir çaresi yoktur. Dolayısıyla hak sahibinin, “*bir satış sözleşmesi kurma imkânı*” teknik anlamda zaten bulunmamaktadır. O, bu teoriye göre, olsa olsa koşula bağlanmış olan bir satış sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını doğurmasını sağlayabilir. Ancak böyle bir imkân, teknik anlamda bir alım hakkını hiçbir şekilde oluşturmaz. Bunun sebebi, hakkın bir iradî koşul olarak ele alınamıyor oluşudur. Çünkü iradî koşul bir yenilik doğuran hak değildir.

Önsözleşme teorisi, koşul teorisinden farklı olarak, taraflar arasındaki ilişkiyi iki farklı sözleşmeye dayandırır. Bu yönüyle de, aslında tutarlı bir yaklaşım ortaya koymaktadır. Ancak üç farklı noktada tatmin edici olmaktan uzaktır. İlk olarak, önsözleşmeden doğan bir ilişkide esas sözleşmenin kurulabilmesi her iki tarafın irade beyanlarını zorunlu kılmaktadır. Oysa alım hakkından doğan bir hukukî ilişkide, hakkı veren tarafın irade beyanı, adeta alım hakkı sözleşmesine zuhur etmiş vaziyettedir. Esas sözleşmenin içeriği de alım hakkı sözleşmesinde öyle bir belirlenmektedir ki, bu belirleme, adeta hak sahibinin tek taraflı bir satış sözleşmesi kurma imkânını teminat altına almaktadır. Bu durum, hakkın yenilik doğuran niteliğinin adeta hem sebebi hem de sonucudur. Dolayısıyla esas sözleşmenin kurulması için her iki tarafın irade beyanlarını arayan bu teori, alım hakkı sözleşmesinin hukukî niteliğini açıklamaktan oldukça uzaktır. Çünkü bu yönde bir kabul, hakkın yenilik doğuran hak niteliğiyle hiçbir şekilde bağdaşmaz. Ayrıca TBK md. 237’de önsözleşme ve alım hakkı müesseselerinin birbirinden ayrı olarak düzenlenişi de, bu tespiti doğrular niteliktedir.

Alım hakkı sözleşmesi ile alım hakkının hukukî niteliğini ele alan öneri ve öneri sözleşmesi teorileri de, kanaatimizce, yetersiz kalmaktadır. Öneri teorisinin, bu sözleşme ilişkisine dayanmayışı bu teorisinin reddi açısından yeterli bir sebeptir. Zira alım hakkı bir hukukî ilişkiye dayanır. Dolayısıyla da hakkın tek taraflı bir öneri ile tesisi mümkün değildir. Bu eleştiriyi bertaraf etmek üzere ileri sürülen öneri sözleşmesi teorisi ise farklı çelişkiler barındırmaktadır. Çünkü hakkın tesisi, sözleşme ilişkisine dayanan bir öneriye dayandırıldığında, bu sefer de, kabul beyanının yenilik doğuran hak niteliğindeki alım hakkı olarak ele alınabilirliği sorunu gündeme gelmektedir. Bunun sebebi, kabul beyanının bir satış sözleşmesi kurmak için tek başına yeterli olmayışındır. O, tamamladığı bir öneri beyanına her zaman muhtaçtır. Oysa alım hakkı bir yenilik doğuran haktır. Bunun sonucu olarak, hak sahibi dilediği zaman tek taraflı beyanla satış

sözleşmesini kurabilir. Öte yandan, öneri ve kabul müesseseleri birer yenilik doğuran hak da değildir. Ayrıca ileri sürülebilirlik yönünden de kurmakta oldukları hukukî işlemin şekline tabidirler. Alım hakkı açısından bu hukukî işlem bir satış sözleşmesidir. Ancak ilgili satış sözleşmesi için bir şekil şartı bulunsa dahi, alım hakkı, bir şekle bağlı olmaz. Bu yönüyle de, öneri ve kabul beyanlarından tamamen ayrılmaktadır.

Yetki teorisi ise, tıpkı öneri teorisi gibi, tek taraflı olarak hakkın tesisinden hareket etmektedir. Dolayısıyla öneri teorisinde ileri sürdüğümüz eleştiriler aynı şekilde burada da geçerlidir.

Kanaatimizce, alım hakkı sözleşmesinin hukukî niteliğini en makul gerekçelerle açıklayan görüş kurma teorisidir. Bunun sebebi, teorinin, diğer yaklaşımların açıklayamadığı ya da zorlama şekilde çözümlemeye çalıştıkları noktalara basit ve açık çözümler getirmesidir. Bu teori kabul edildiğinde, taraflar arasındaki hukukî ilişki olması gerektiği gibi iki farklı görünüme sahip olmaktadır. Öncelikle alım hakkı sözleşmesi kurularak taraflardan birine alım hakkı tesis edilmekte ve hakkı veren kimse için, hakkın kullanımı neticesinde kurulacak satış sözleşmesinin ifasını temin etmek maksadıyla da birtakım yan edim yükümlülükleri doğmaktadır. Böylelikle, hak sahibi alım hakkını kullanmaz ise, hak sona erdiğinde taraflar arasındaki ilişki de satış sözleşmesi kurulmaksızın sona erecektir. Bunun sonucu olarak, her iki taraf için de alım hakkı sözleşmesinden doğan bir talep gündeme gelmeyecektir. İşte bu durum, alım hakkının hak sahibine tanıdığı “*imkânın*” pratikteki görünümü tam anlamıyla doğru bir şekilde yansıtmaktadır. Çünkü taraflarca bir talebin ileri sürülemediği, özellikle vadeli işlem piyasalarında yer alan işlemlerde hayati bir öneme sahiptir. Böylelikle, taraflar piyasada risk satın almakta ve bir kâr amacı elde etmeye çalışmaktadır. Bununla birlikte, alım hakkı sahibi hakkı kullanır ise, artık ilk defa o an taraflar arasında bir satış sözleşmesi kurulmuş ve böylelikle de alım hakkı sona ermiş olacaktır. Bu ise, hakkın bir kurucu yenilik doğuran hak olarak ele alınması ile mümkündür ki, hakkın bu niteliğini kabul eden ve bunu makul bir gerekçe ile ortaya koyan tek görüş de kurma teorisidir. Ayrıca kurma teorisi, hakkın “*tek taraflı bir irade beyanı ile*” kullanılabilirliğini de teminat altına alan bir görüştür. Bunu ise, alım hakkı sözleşmesinde esas sözleşmenin içeriğinin bütünüyle düzenlenmesi ile sağlamaktadır. Böylelikle, bir şekle bağlı olmaksızın hakkın kullanılabilirliğini teminat altına almak için tek çözüm yolunun koşul teorisi olmadığını ortaya koymaktadır.

2.3.4. Alım Hakkı Sözleşmesinin Özellikleri

2.3.4.1. Genel Olarak

Alım hakkı sözleşmesi hukukî işlemlerde yer alan tasniflerde özel olarak incelenmesi gereken bir hukukî işlemdir. Zira kanunî tipte olmama ve sözleşmenin konusunun bir yenilik doğuran hak olması, hukukî işlemin sınıflandırılmasında birtakım zorluklara sebep olur. Keza alım hakkı bedelinin farklı türde kararlaştırılabilirliği de, bu noktada, önem arz eden bir diğer meseledir. Çalışmanın bu bölümünde alım hakkı sözleşmesi belirli tasnifler açısından ayrıntılı olarak incelenmiş, bu çerçevede hangi kategoride yer aldığı, özellikleri veya başka bir deyişle niteliği belirlenmeye çalışılmıştır.

2.3.4.2. Borçlandırıcı İşlem – Tasarruf İşlemi Ayırımı

Borçlandırıcı işlem (*Verpflichtungsgeschäft*), işlemi yapan kimsenin malvarlığının pasifini artıran işlemleri ifade eder⁸⁸⁹. Tasarruf işlemi (*Verfügungsgeschäft*) ise, tasarrufta bulunanın malvarlığındaki bir hakka doğrudan etki ederek onu bir başkasına devreden ya da sınırlayan, külfet yükleyen, değiştiren veya sona erdiren veyahut da bir hak tesis eden⁸⁹⁰ hukuk işlemidir⁸⁹¹. Başka bir deyişle,

⁸⁸⁹ Türk hukukunda bkz.: Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, 148; Eren, *Genel Hükümler*, 171; Doğan, Şahan ve Atamulu, *Borçlar Hukuku*, 97; İnan ve Yücel, *Borçlar Hukuku*, 144; Ayan, *Borçlar Hukuku*, 116; Reisoğlu, *Türk Borçlar*, 53; Dural ve Sarı, *Temel Kavramlar*, Knr.1131; Hasan Erman, *Medeni Hukuk Dersleri Başlangıç Bölümü* (İstanbul: Der Yayınları, 2014), 50; Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, Knr.630; Cansel ve Özel, *Borçlar Hukuku*, Knr.111; Antalya, *Borçlar Hukuku*, 84; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 47; Yıldırım, *Türk Borçlar Kanunu*, 58. Başka bir deyişle, bir kimseyi bir edimi yapmak konusunda yükümlülük altına sokan işlemidir. Bu yönde genel olarak bkz.: Erman-Kindl, *BGB Vor § 311*, Rn.4; BeckOGK-Herresthal, *BGB § 311*, Rn.38; Jauernig-Mansel, *§ 104 Vorbemerkung*, Rn.9; BeckNomosHK-Schulze, *BGB Vorbemerkung zu § 311-319*, Rn.10.

⁸⁹⁰ Gauch, Schluep ve Schmid, *Obligationenrecht*, Nr.137; Carolevan De Sandt, *L'acte de disposition*, Nr. 63 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.84, dñn.124'ten naklen).

⁸⁹¹ Türk hukukunda bu yönde bkz.: Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, 57; Eren, *Genel Hükümler*, 173; Ayan, *Borçlar Hukuku*, 116; İnan ve Yücel, *Borçlar Hukuku*, 141; Hatemi, *Medeni Hukuka Giriş*, § 10, Knr.30; Dural ve Sarı, *Temel Kavramlar*, Knr.1134; Reisoğlu, *Türk Borçlar*, 56; Doğan, Şahan ve Atamulu, *Borçlar Hukuku*, 98; Erman, *Medeni Hukuk*, 50; Cansel ve Özel, *Borçlar Hukuku*, Knr.110; Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, Knr.631; Yıldırım, *Türk Borçlar Kanunu*, 58; Antalya, *Borçlar Hukuku*, 85; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 48. Alman hukukunda bu yönde bkz.: Detlef Leenen, *BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre*, 2., neu bearbeitete Auflage (Berlin/Boston: Walter de Gruyter GmbH Verlag, 2015), § 4, Rn.20. Bu doğrultuda ayrıca bkz.: Erman-Kindl, *BGB Vor § 311*, Rn.4; BeckOGK-Herresthal, *BGB § 311*, Rn.38; jurisPraxisKom-Backmann, *§ 145*, Rn.23; Jauernig-Mansel, *§ 104 Vorbemerkung*, Rn.10; BeckNomosHK-Schulze, *BGB Vorbemerkung zu § 311-319*, Rn.10. Alman Federal Mahkemesi ise bir kararında, tasarruf işlemini, tasarruf edenin bir hakka doğrudan etki ederek onu üçüncü kişiye devretmesi veya bir hakla yüklemesi ya da o hakkı ortadan kaldırması veyahut da onun içeriğini değiştirmesi şeklinde tanımlamıştır. Bu yöndeki karar için bkz.: BGH vom 4.5.1987, BGHZ 101, 24 (26) = NJW 1987, 3177 (Leenen, *BGB Allgemeiner*, § 4, Rn.21'den naklen).

tasarruf edenin, bir başkası lehine doğrudan ve kesin olarak bir hakkın varlığında ya da içeriğinde değişiklik meydana getirdiği işlemdir⁸⁹². Bu değişiklikler o hakkın kurulması, devri ya da ortadan kalkması şeklinde tezahür eder⁸⁹³. Bu yönüyle de, tasarrufta bulunan kimsenin malvarlığının aktifinde azalma meydana getirir⁸⁹⁴.

Alım hakkı sözleşmesi açısından borçlandırııcı işlem ve tasarruf işlemi tasnifi, sözleşmenin tabî olacağı hukukî rejim bakımından, önemli bir yere sahiptir. Nitekim öğretide de, alım hakkı sözleşmesinin bir tasarruf işlemi mi yoksa borçlandırııcı işlem mi olduğu oldukça tartışılmıştır⁸⁹⁵. Ayrıca alım hakkının yenilik doğuran bir hak olması, hakkı kuran sözleşmenin, malvarlığına yaptığı etki bakımından ayrıca bir soru işaretine sebep olmaktadır.

Öğretide yer alan ilk görüşe göre, önalım hakkında, hakkı veren açısından tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme söz konusudur. Hakkı verenin yükümlülüğü, önalım olayı durumunda, hak sahibi tarafından hakkın kullanımına yönelik bir katlanma yükümlülüğüdür (*Duldungspflicht*)⁸⁹⁶.

Öğretide yer alan bir diğer görüşe göre, hakkın tesisine ilişkin yükümlülük, sözleşmenin yapılmasıyla birlikte eşzamanlı olarak ifa edilmektedir⁸⁹⁷. Bu yaklaşım tasarruf işlemi ile ifa işleminin aynı anda gerçekleştiği peşin satış ve elden bağışlama gibi elden yapılan işlemler üzerinden meseleyi ele almaktadır⁸⁹⁸. Bu yönüyle de, borçlandırııcı işlem ile ifa işlemi müesseselerini bir arada değerlendirmektedir⁸⁹⁹. Bununla birlikte bir diğer görüş ise, hakkın tanınmasını, mülkiyet üzerinde yapılan bir tasarruf olarak ele almaktadır⁹⁰⁰.

Öğretide yer alan son görüş ise, kurma teorisi savunucuları tarafından ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, alım hakkını kuran sözleşme ne tasarruf işlemi ne de

⁸⁹² Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.83.

⁸⁹³ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.83; Carolevan De Sandt, *L'acte de disposition*, Nr. 230 vd. (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.84, dpn.120'den naklen). Aynı doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Leenen, *BGB Allgemeiner*, § 4, Rn.20.

⁸⁹⁴ Bucher, *Obligationenrecht*, 43, dpn.48; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.83; Carolevan De Sandt, *L'acte de disposition*, Nr. 67, Nr. 70 Fn. 73 und Nr. 242 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.84, dpn.121'den naklen).

⁸⁹⁵ Önalım hakkı kapsamında bkz.: Schmid, *Das Vorkaufsrecht*, 17.

⁸⁹⁶ Bu görüş, meseleyi, bir ivazın kararlaştırılmadığı önalım hakkı sözleşmesi kapsamında ele almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Brunner, *Kaufrechte*, 115 vd.

⁸⁹⁷ Önalım hakkı kapsamında bu yönde bkz.: Georgiades, *Optionsvertrag*, 426, dpn.52.

⁸⁹⁸ Önalım hakkı kapsamında bu yönde bkz.: Georgiades, *Optionsvertrag*, 426, dpn.52.

⁸⁹⁹ Önalım hakkı kapsamında bu yönde bkz.: Georgiades, *Optionsvertrag*, 426, dpn.52.

⁹⁰⁰ Önalım hakkı kapsamında bu yönde bkz.: von Tuhr ve Peter, *Allgemeiner Teil*, 239, dpn.37.

borçlandırıcı işlemidir⁹⁰¹. Zira hakkın tanındığı zaman diliminde ne bir yükümlülüğten ne de satış konusu şey üzerinde bir tasarruftan bahsedilebilir. Borçlar hukuku alanına ilişkin borçlandırıcı işlem – tasarruf işlemi şeklindeki ikili ayırım, sözleşmeyle tanınan alım hakkıyla bir uyum içerisinde değildir⁹⁰².

Öğreti yer alan görüşlerin, borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi ayırımında bir fikir birliğinde olmadıkları açıktır. Bu noktada, her bir görüşü ayrı ayrı incelemek yerine, kanaatimizi ortaya koymak suretiyle yer yer ilgili görüşlerin gerekçelerine yönelik eleştirilerimizi ifade etmeyi daha uygun buluyoruz. Bu kapsamda ilk olarak, kanaatimizce, alım hakkı sözleşmesi bir tasarruf işlemi değildir. Zira alım hakkı sözleşmesinin mevcut bir hak üzerinde herhangi bir etkisi söz konusu değildir. Sözleşmenin kurulmasıyla birlikte hakkın kendisi ilk defa o an kurulmuş olmaktadır⁹⁰³. Sözleşmede hakka yönelik bir koşulun kararlaştırılması da bu durumu değiştirmez. Bunun sebebi, hakkın koşulun gerçekleştiği anda da kendiliğinden doğuyor olmasıdır. Bu yönüyle de, varlığını doğrudan sözleşmenin kendisine borçludur⁹⁰⁴. Böyle bir sonucun önemli bir gerekçesi vardır. O ise; hak sahibinin, hakkı verenin tekrardan bir katılımına ihtiyaç duymaksızın esas sözleşmeyi kurabilmesidir. Hakkı verenin, sözleşmenin kurulma anında, aynı zamanda sözleşmeyi ifaya yönelik bir eylemiyle hakkı tanıdığının kabulü de bu sebeple mümkün değildir⁹⁰⁵. Çünkü opsiyon sözleşmeleri açısından, bu durum, yaratma fonksiyonu (*Kreationsfunktion*) şeklinde ifade edilir⁹⁰⁶. Bu şu anlama gelmektedir: Hakkın kurulması açısından opsiyon haklarında ayrıca bir tasarruf işleminin yapılmasına gerek yoktur⁹⁰⁷. Hak, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte, herhangi bir işleme gerek kalmaksızın, o an hak sahibi lehine tesis

⁹⁰¹ Bu doğrultuda bkz.: Schleich, *Option*, 99; Noelpp, *Eine Studie*, 56; Casper, *Der Optionsvertrag*, 65; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.82 vd. Aksi yöndeki görüş için bkz.: von Tuhr ve Peter, *Allgemeiner Teil*, 239, dpn.37.

⁹⁰² Noelpp, *Eine Studie*, 56-57.

⁹⁰³ Schleich, *Option*, 99.

⁹⁰⁴ Robert Jezler, *Der schweizerisch-französische Optionsvertrag – Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde* (Bern: Stämpfli & Cie., 1940), 30.

⁹⁰⁵ Bu yönde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 59. İsviçre hukukunda, isabetsiz bir şekilde, hakkı tanıyanın sözleşmenin yapıldığı anda ayrıca sözleşme edimini de yerine getirdiğini ifade eden görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Brunner, *Kaufsrechte* 143. Alman hukukunda benzer yönde bkz.: Georgiades, *Optionsvertrag*, 430. Sözleşmeyle birlikte ifaya yönelik bir eylem şeklinde meseleyi ele alan görüş için bkz.: Üçüncü Bölüm, dpn.1896.

⁹⁰⁶ Casper, *Der Optionsvertrag*, 59.

⁹⁰⁷ Casper, *Der Optionsvertrag*, 109. Hakkın kendiliğinden doğduğu ve hakkı veren tarafın ayrıca bir eylemde bulunmasının gerekli olmadığı yönünde ayrıca bkz.: Kırca, *Hukuki Yönüyle*, 212-213.

edilmiş olur. Dolayısıyla burada ne eşzamanlı bir ifa ne de mülkiyet üzerinde yapılan bir tasarruf söz konusudur.

Alım hakkı sözleşmesinin borçlandırıcı işlem olup olmadığı değerlendirilmesinde şunlar ifade edilebilir: Alım hakkı sözleşmesinin bir borçlandırıcı işlem olup olmadığının tayininde sadece alım hakkı bedelinin kararlaştırılmış olup olmamasına göre bir sonuca ulaşmak isabetli görülmemektedir. Borçlandırıcı işlemin varlığını reddeden kurma teorisi savunucuları, borçlandırıcı işlemin varlığını reddederken kimi zaman “*hakkın tesisinden*” kimi zaman da “*hakkı kuran sözleşmeden*” bahsetmektedirler. Oysa bu görüşlerin ortak noktası ve aslında ifade etmek istedikleri şey “*hakkın tesisinin*” bir borçlandırıcı işlem olmadığı yönündedir. Bu yönüyle de, oldukça doğru bir tespittir. Çünkü alım hakkının ya da çok daha doğru bir ifade ile bir opsiyon hakkının tesisi, hakkı veren taraf açısından tek başına yükümlülük doğuran bir durum oluşturmaz. Burada daha ziyade bir esas sözleşmenin tek taraflı olarak kendisiyle kurulmasına imkân tanıyan bir nevî bağıllık/bağımlılık (*Gebundenheit*) söz konusudur⁹⁰⁸. Bu bağıllığın/bağımlılığın bir katlanma yükümlülüğü olarak ele alınması da mümkün değildir. Zira katlanma yükümlülüğünden bahsedilebilmesi borçlu açısından bir unsurun varlığını zorunlu kılmaktadır: O da, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlâli halinde borçlunun alacaklının fiillerine karşı koyma imkânıdır. Oysa hak sahibinin hakkını kullanmasına karşı muhatabın başvurabileceği veyahut da karşı koyabileceği hiçbir yol yoktur⁹⁰⁹. Dolayısıyla da teknik anlamda bir yükümlülük altına girilen borçlandırıcı işleminden bahsetmek, en azından yalnızca hakkın tesisi açısından meseleye yaklaşıldığında, mümkün gözükmemektedir. Ayrıca borçlandırıcı işlemlerde, yükümlülük, borçlandırıcı işlemi takip eden bir edimdir. Oysa bu tür sözleşmelerde, böyle bir durumdan bahsetmek de güç gözükmemektedir⁹¹⁰. Bunun sonucu olarak, hakkı tanıyan açısından, teknik anlamda bir “*yükümlü*” kimseden aslında bahsedilememektedir⁹¹¹. Burada daha ziyade “*hak ile yüklenen*” ifadesi daha isabetli bir tercihtir. Son olarak, hakkı tesis eden sözleşmenin kurulmasıyla birlikte, hak sahibi lehine bir nisbî hak tesis edilmektedir. Bu yönüyle de, borçlandırıcı işlemlerle aslında benzerlik söz konusudur. Ancak borçlandırıcı işlemin konusu bir alacak hakkıdır.

⁹⁰⁸ Schleich, *Option*, 99. Bu yönde benzer açıklamalar için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.82.

⁹⁰⁹ Aynı görüşte bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.81 ve 82.

⁹¹⁰ Önalım hakkı kapsamında bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.82.

⁹¹¹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.82. *Yüklenen (Belasteter)* ifadesini kullanan görüş için bkz.: Schmid, *Das Vorkaufsrecht*, 26.

Oysaki alım hakkı sözleşmesinde bir alacak hakkı değil; yenilik doğuran hak kurulmaktadır⁹¹². Ancak az önce de ifade ettiğimiz gibi, hakkın tesisinin bir borçlandırııcı işlem karakterine sahip olmayışı, tek başına hakkı kuran sözleşmenin bir borçlandırııcı işlem olmadığı sonucuna bizi götürmez. Çünkü sözleşmenin içeriği yalnızca hakkın tesisi ile sınırlı değildir.

Kanaatimizce, alım hakkı sözleşmesi, her zaman bir borçlandırııcı işlem niteliğindedir. Bunun sebebi, alım hakkı sözleşmesinin muhtevasında yer alan hazır bulunma yükümlülüğüdür⁹¹³. Çünkü hazır bulunma yükümlülüğü, hakkın kurulmasından sona ermesine kadar geçen sürede, hakkın kullanılması halinde kurulacak olan esas sözleşmenin ifa edilebilirliğini sağlamaktadır. Bu kapsamda, hakkın muhatabı, hakkın konusu şey üzerinde söz gelimi esas sözleşmenin ifasını tehlikeye düşürecek her türlü tasarruftan kaçınmakla yükümlüdür. Bu ise, ancak bir borçlandırııcı işlemin varlığının kabulü halinde izah edilebilir bir durumdur. Aksi takdirde, hakkın muhatabını herhangi bir tasarruftan kaçınmaya zorlayabilecek bir imkândan bahsetmek güçtür. Bu noktada, yan ifa yükümlülükleri ile yan yükümlülüklerin varlığının bir önem arz etmediğini, bu hususların daha çok arka planda kalan durumlar olduğunu ileri sürerek sözleşmenin bir borçlandırııcı işlem kapsamında ele alınmasının mümkün olmadığını ileri süren görüş de⁹¹⁴, kanaatimizce, oldukça isabetsizdir. Bunun sebebi, hazır bulunma yükümlülüğü olmaksızın hakkın kullanılmasının sonuçlarının hiçbir şekilde güvence altına alınamayacak olmasıdır. Başka bir deyişle, en azından alım hakkı sözleşmesinde hazır bulunma yükümlülüğü arka planda değil; doğrudan sözleşmenin karakteristik edimini oluşturan “*hakkın tesisinin*” ve böylece hakkın ileri bir tarihte kullanılmasının sonuçlarını temin etmeye hizmet etmektedir. Bu yönüyle de, her zaman alım hakkı sözleşmesinin muhtevasında bulunan bir yükümlülüktür. Dolayısıyla da

⁹¹² Önalım hakkı kapsamında bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.82.

⁹¹³ Hazır bulunma yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Üçüncü Bölüm, Hazır Bulunma Yükümlülüğü başlığı. Nitekim yükümlülükler noktasından hareket ederek meseleyi ele alan bir başka görüş de, sözleşmeyle birlikte taraflar açısından söz konusu olan hazır bulunma ve alım hakkı bedelini ödeme gibi yükümlülükler sebebiyle, burada, bir borçlandırııcı işlemden bahsetmenin mümkün olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Schleich, *Option*, 99. Bununla birlikte, koşul teorisi açısından mesele ele alındığında, burada daima bir borçlandırııcı işlemden bahsetmek gerekir. Zira bu teoriye göre, esas sözleşme için öngörülen borçlar hakkın tesis edildiği anda şekil şartına uygun bir şekilde kurulmuştur. Keza öneri sözleşmesi teorisinde de, tek tarafa borç yükleyen önsözleşmeden hareket eden yaklaşım açısından aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Zira taraflar açısından, burada, bir sözleşme yapma yükümlülüğü yer almaktadır. Bu yönde yapılan açıklamalar için bkz.: Schleich, *Option*, 100. Borçlandırııcı işlemin varlığını kabul eden bir diğer görüş için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 95.

⁹¹⁴ Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.82.

teknik anlamda bir yükümlüden bahsetmek, kanaatimizce, mümkün gözükmemektedir. Bunun dışında, taraflarca sözleşmede bir alım hakkı bedelinin kararlaştırılmış olup olmamasının da, sözleşmenin borçlandırııcı işlem olarak değerlendirilmesinde hiçbir önemi yoktur. Alım hakkı bedelinin kararlaştırılması, olsa olsa sözleşmenin tek tarafa mı yoksa her iki tarafa mı borç yükleyen bir sözleşme olduğunun tayininde önem arz eden bir husustur. Bu bedel kararlaştırılmamış olsa dahi, hakkı kuran sözleşme, hazır bulunmaya yükümlülüğünün varlığı sebebiyle en azından hakkı veren taraf açısından zaten bir borçlandırııcı işlem niteliğindedir.

2.3.4.3. Anî Edimli Sözleşme – Sürekli Sözleşme Ayırımı

2.3.4.3.1. Genel Olarak

Anî edimli sözleşmeler (*einfacher Vertrag/einfaches Vertragsverhältnis*), borçlunun, edimini bir seferde ve tek bir davranışla yerine getirmeyi borçlandığı sözleşmelerdir. Bu yönüyle de, anî edimli borç ilişkisi kuran sözleşmeler şeklinde ifade edilir.⁹¹⁵ Anî edimli sözleşme ilişkilerinde edimin kapsamı borç ilişkisinin kurulduğu anda bellidir⁹¹⁶. Alacaklının ifaya olan menfaati zaman birimiyle ölçülmez⁹¹⁷. Ayrıca tarafların her birinin edimi diğer tarafın edim sonucuna ulaşmasında bir araç teşkil eder. Bunun sonucu olarak, edimlerin ifası ile birlikte sözleşme ilişkisi amacını gerçekleştirmiş olur. Dolayısıyla taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi de artık sona erer⁹¹⁸.

Sürekli edimli sözleşmelerde (*Dauervertrag/Dauerschuldverhältnis*) ise, taraflar arasında, sürekli borç ilişkisi (*Dauerschuldverhältnis*) yer alır⁹¹⁹. Bu sebeple, sürekli

⁹¹⁵ Öğretide, anî edimli ve sürekli sözleşmeler incelenirken terminolojik olarak sıklıkla anî edimli ve sürekli edimli borç ilişkisi kavramları kullanılmaktadır.

⁹¹⁶ Stefan Sulzer, “Zweckstörungen im schweizerischen Vertragsrecht”, SGRW, Band/Nr.5 (2002): 44; Merz, *SPR VI/1*, 128.

⁹¹⁷ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Cilt-1*, 11.

⁹¹⁸ Türk hukukunda bkz.: Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 5; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 3, Knr.7; Eren, *Genel Hükümler*, 213. Dolaylı olarak bu yönde bkz.: Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, 27. İsviçre hukukunda bkz.: Sulzer, “Zweckstörungen”, 44; Merz, *SPR VI/1*, 128; Otto von Gierke, *Deutsches Privatrecht - Schuldrecht*, Bd. 3 (München/Leipzig: Duncker & Humblot Verlag, 1917), 86.

⁹¹⁹ Türk hukukunda bkz.: Eren, *Genel Hükümler*, 213; Eren, *Özel Hükümler*, 16; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 5; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 3, Knr.7. İsviçre hukukunda sürekli edimli sözleşmelere ilişkin kanunda bir tanıma yer verilmediği yönünde bkz.: Sulzer, “Zweckstörungen”, 43; Meinrad Vetter ve Roman S. Gutzwiller, “Voraussetzungen und Rechtsfolgen der ausserordentlichen Beendigung von Dauerschuldverhältnissen”, *AJP*, 0/6 (2010): 699-700; Marie-Noëlle Venturi-Zen-Ruffinen, *La résiliation pour justes motifs des contrats de durée*, Rn.17 (Vetter ve Gutzwiller, “Voraussetzungen und Rechtsfolgen”, 699-700, dpn.1'den naklen). Sürekli

edimli sözleşme kavramına yüklenecek anlam, sürekli borç ilişkisinden ne anlaşıldığı ile doğrudan ilgilidir. Ancak buna rağmen sürekli borç ilişkisi kavramından ne anlaşılacağı belli değildir. Bunun sebebi, bir sözleşmeden doğan ilişkinin sürekli olup olmadığının tespitinde “süre” unsurunun tek başına yeterli bir kriter olmayışdır⁹²⁰.

Günümüzde öğretide yer alan hâkim görüşe göre, bir borç ilişkisinin sürekli olup olmadığının tespitinde her sözleşme tipinde yer alan aslî edim yükümlülükleri dikkate alınmalıdır⁹²¹. Aslî edim yükümlülüğü, yan edim yükümlülüğünden farklı olarak, bir borç ilişkisini karakterize eden yükümlülüğü ifade eder⁹²². Böylelikle de, sözleşmenin hangi tipte olduğunu tespit etmeye yarar⁹²³. Bu yönüyle de, sözleşmeye özel niteliğini veren ve onu diğer sözleşmelerden ayıran yükümlülük türü olarak karşımıza çıkar⁹²⁴.

sözleşmelere örnek olarak kira, ürün kirası (*Pachtsvertrag*), ödünç (*Darlehensvertrag*), vedia (*Hinterlegungsvertrag*), ölünceye kadar bakma sözleşmesi (*Verpfändungsvertrag*) vb. sözleşme türlerinin örnek olarak gösterilebileceği yönünde bkz.: Sulzer, “Zweckstörungen”, 44-45; Franco Lorandi, “Dauerschuldverhältnisse im neuen Sanierungsrecht”, *AJP*, 0/3 (2014): 292. Bu hususta benzer açıklamalar için bkz.: Vetter ve Gutzwiller, “Voraussetzungen und Rechtsfolgen”, 700; Jolanta Kren Kostkiewicz, *SchKG Art. 211a Dbis. Dauerschuldverhältnisse - SchKG Kommentar Schuldbeitrags- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen*, 19., vollständig überarbeitete und aktualisierte Auflage (*OFK - Orell Füssli Kommentar*) (Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 2016), Rn.2. Ayrıca bkz.: Christoph Müller, *Einleitung in das OR / II. Grundbegriffe des OR / B. - C. - Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht* (*Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen (BK - Berner Kommentar)*) (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2018), OR Art. 1-18, Rn.136.

⁹²⁰ Peter Gauch, *System der Beendigung von Dauerverträgen* (Fribourg: Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1968), 5; Sulzer, “Zweckstörungen”, 43-44; Wilhelm Haarmann, *Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Dauerrechtsverhältnissen* (Berlin: Duncker & Humblot Verlag, 1979), 118 vd.

⁹²¹ Sulzer, “Zweckstörungen”, 43.

⁹²² Caroline von Graffenried, *Schadloshaltung des Dritten in zweivertraglichen Dreiparteienverhältnissen Ein Beitrag insbesondere zum Vertrag zugunsten Dritter (Art. 112 OR), zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und zur Drittschadensliquidation im schweizerischen Recht* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2019), Rn.63; Merz, *SPR VI/1*, 63; Donauer, *Der Verwalter*, Rn.438; Claudio Bazzani, *Vertragliche Schadloshaltung weisungsgebundener Verwaltungsratsmitglieder* (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG Verlag, 2007), 65; Mirjam Eva Fritschi, *Crowdfunding aus zivilrechtlicher Perspektive - Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen Schweizer Plattformen und deren Einfluss auf die Rechtsbeziehungen der Beteiligten* (Zürich: Dike Verlag AG, 2018), Rn.180. Aynı doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Jacob Joussen, *Schuldrecht I - Allgemeiner Teil*, 5., überarbeitete Auflage (Stuttgart: W. Kohlhammer Verlag, 2018), Rn.33. Ana edim yükümlülüğünün ilgili borç ilişkisinin karakteristik ya da tipik yükümlülüğünü ifade ettiği yönünde ayrıca bkz.: BernerKom/Müller, *OR Art. 1-18*, Rn.210; Frank Weiler, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage (Baden: Nomos Verlag, 2017), § 5 Rn.2.

⁹²³ Donauer, *Der Verwalter*, Rn.438; Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.26.21 vd.; Huguenin, *Obligationenrecht*, Rn.3666. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 129 III 604, E. 2.2, www.swisslex.ch, E.T. 24.01.2020.

⁹²⁴ Sulzer, “Zweckstörungen”, 43.

Sürekli sözleşmelerde tipik aslî edim yükümlülüğü bir süreye dayanmaktadır⁹²⁵. Başka bir deyişle, tipik edim yükümlülüğü süreklilik/devamlılık arz ediyorsa, söz konusu sözleşme ilişkisi de sürekli nitelikte kabul edilmektedir⁹²⁶. Zira bu tür sözleşmelerde taraf menfaatleri sadece tek bir edimle değil; birden fazla edimle sağlanır⁹²⁷. Dolayısıyla anî edimli sözleşmelerden farklı olarak, sürekli sözleşmelerde, aslî edim yükümlülüğünün bir kez yerine getirilmiş olması onun sona ermesi sonucunu doğurmaz⁹²⁸. Edim borçlusu, sözleşme ilişkisi devam ettiği sürece edimi devamlı olarak ifaya mecburdur⁹²⁹.

Sürekli sözleşmelerde yer alan bir diğer önemli nokta edimin kapsamının tayinine ilişkindir. Zira bu tür sözleşmelerde edimin kapsamı ancak zaman faktörüne bağlı olarak tespit edilebilmektedir. Bu çerçevede, sürekli sözleşme ilişkilerinde iki önemli şarttan bahsetmek mümkün olmaktadır. Bunlardan birincisi, taraflardan en az birinin edim yükümlülüğünün, süreklilik arz eden bir davranış şeklinde ortaya çıkması ya da düzenli olarak tekrarlayan bir edimi içermesidir⁹³⁰. Örneğin; kira sözleşmesinde kiraya verenin, kiralananı, kira süresi boyunca kiracının kullanımına uygun bir şekilde bulundurmasında durum böyledir. İkincisi ise, borçlanılan edim ve alacaklı tarafından yerine getirilecek karşı edimin kapsamının, borçlunun ifayı devamlı olarak yerine getirmekle yükümlü olduğu süreye bağlı olmasıdır⁹³¹. Meseleyi aynı örnek üzerinden açıklamaya devam eder isek, kiracının kira bedelini ödeme borcunun kapsamı, kira süresinin ne kadar uzun olduğu ile doğrudan bağlantılıdır. Dolayısıyla burada, aslında temel olarak iki farklı durum karşımıza çıkmaktadır. Bunlar; aslî edim yükümlülüğünün

⁹²⁵ Peter Gauch, “Der Auftrag, der Dauervertrag und Art. 404 OR Ein Kurzbeitrag zur Rechtsprechung des Bundesgerichts”, *SJZ*, 0/101 (2005): 512, dpn.3.

⁹²⁶ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.85. Dolaylı olarak bu yönde bkz.: Eren, *Genel Hükümler*, 107; Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, 27. Tipik aslî edim yükümlülüğüne vurgu yapmayan ancak konunun ele alınış şekline bakıldığında aynı sonuca ulaşan diğer görüşler için bkz.: Sulzer, “Zweckstörungen”, s43; Gauch, *Beendigung*, 5; Vetter ve Gutzwiller, “Voraussetzungen und Rechtsfolgen”, 699-700.

⁹²⁷ Bu yönde bkz.: Sulzer, “Zweckstörungen”, 43.

⁹²⁸ Bu yönde bkz.: Gauch, *Der Auftrag*, 512, dpn.3.

⁹²⁹ Merz, *SPR VI/1*, 128; Sulzer, “Zweckstörungen”, 45. Bu yönde benzer açıklamalar için bkz.: Eren, *Genel Hükümler*, 213; Lorandi, “Dauerschuldverhältnisse”, 292; Gauch, *Beendigung*, 6 vd. Sözleşme sürenin sona ermesi, fesih veya başka bir sebeple sona erinceye kadar edimin ifa edilmesinin zorunlu olduğu yönünde ayrıca bkz.: Gauch, *Der Auftrag*, 512, dpn.3.

⁹³⁰ Ulrich Huber, *Leistungstörungen: Band II Die Folgen des Schuldnerverzugs - Die Erfüllungsverweigerung und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit* (Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, 1999), 437.

⁹³¹ Huber, *Leistungstörungen*, 437. Edimlerin kapsamına ilişkin olarak nispeten aynı doğrultuda bkz.: Vetter ve Gutzwiller, “Voraussetzungen und Rechtsfolgen”, 700. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 128 III 428 E. 3b, www.swisslex.ch, E.T. 24.01.2020.

kapsamının bir zaman faktörüne başvurularak hesaplanması⁹³² ve bu yükümlülüğün karşısında yer alan karşı edimin bu edime olan bağlılığıdır. Yani anî edimli sözleşmelerde edimin yerine getirilmesi amacın ulaşıldığı anı belirlerken; sürekli sözleşme ilişkilerinde amacın kendisi edimin yerine getirileceği süreyi belirleme rolüne sahiptir⁹³³. Örneğin; bir kira sözleşmesinde kiraya verenin sahip olduğu edimin kapsamı sözleşmenin ifa edileceği süre ile bağlı olmakta ve bu süreye bağlı olarak belirgin hale gelmektedir. Kira sözleşmesinin süresi arttıkça aynı şekilde edimin kapsamı da artış göstermektedir.

Son olarak öğretide, sürekli borç ilişkilerindeki bir diğer karakteristik özellik olarak karşı edime ilişkin bir tespit ortaya konmaktadır. Buna göre, sürekli borç ilişkilerinde karşı edim de belirli bir süreye bağlıdır. Bu süre, borçlunun borçlu olduğu edimi ifayla yükümlü olduğu süre olarak karşımıza çıkar⁹³⁴. Oysa alım hakkı sözleşmesinde karşı edim teşkil eden alım hakkı bedelinin konumu farklı bir görünüme sahiptir. Çünkü alım hakkı hangi süre ile kurulmuş olursa olsun, alım hakkı bedeli, zamansal anlamda bölüm bölüm olarak değil, kural olarak hakkın tesis edildiği sürenin tamamı için tek defaya mahsus olmak borçlanılır⁹³⁵. Yani 10.000TRY alım hakkı bedeli karşılığında kurulan bir alım hakkında, bedel, her bir seneye ait 1.000TRY'lik meblağdan oluşmaz. 10.000TRY tutarın tamamı tek defaya mahsus olmak üzere hakkın tabî olduğu sürenin tamamı için kurulur. Bu sebeple, alım hakkı erken bir vakitte kullanılmış olsa dahi bu durum hiçbir önem arz etmez. Yani hak sahibi, on yıllığına kurulan bu alım hakkında, hakkı ilk sene içerisinde kullanmış olsa bile geriye kalan dokuz yıllık süreye ilişkin olarak alım hakkı bedelinde kısmen iade talep edemez. Alım hakkı bedelinde, miktarın, hakkın bağlı olduğu süreyle olan ilişkisi bu açıdan hiçbir öneme sahip değildir. Başka bir deyişle, hak sahibi, hakkın bir sene ile kurulmuş olması halinde alım hakkı bedeli olarak çok daha düşük bir miktarın kararlaştırılmış olacağını ileri sürme hakkına sahip değildir. Ancak bir kira sözleşmesinde kira bedeli yönünden

⁹³² Sürekli borç ilişkilerinde, en azından yükümlülüklerden birinin kapsamının süreye bağlı olarak belirlenebileceği yönünde bkz.: Haarmann, *Geschäftsgrundlage*, 119. Sürekli edime (*Dauerleistung*) ilişkin yapılan açıklamalar için ayrıca bkz.: Guhl vd., *Obligationenrecht*, § 7 Rn.6.

⁹³³ Sulzer, "Zweckstörungen", 45. Nitekim İsviçre hukukunda ileri sürüldüğü üzere, sürekli borç ilişkilerinde edimin kapsamı, geçmesi gereken süreyi ifade etmez. Aksine burada edimin kapsamını belirleyen şey borç ilişkisinin sahip olduğu süredir. Dolayısıyla taraflar arasındaki borç ilişkisi uzadığı müddetçe, borçlanılan edim de, bu oranda artış gösterir. Bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Gauch, *Beendigung*, 6.

⁹³⁴ Casper, *Der Optionsvertrag*, 116.

⁹³⁵ Casper, *Der Optionsvertrag*, 116.

durum tam tersidir. Örneğin; kiracının sözleşmenin süresine veyahut da fesih dönemine uymaksızın kiralananı geri vermesi durumunda, TBK md. 325 gereğince kira sözleşmesinden doğan borçları, kiralananın benzer koşullarla kiraya verilebileceği makûl bir süre boyunca devam etmektedir. Ancak aynı durum alım hakkı sözleşmesi için düşünüldüğünde, alım hakkı bedelinin, alım hakkı verenin alım hakkı ile olan bağlılığı erken sona erdiği için kısmen iadesi gündeme gelmez. Başka bir deyişle alım hakkı bedeli, zamansal dilimler şeklinde kararlaştırılmadığı için, buna göre oranlanarak sözleşmenin devam ettiği süreye tekabül eden nispette hakkı veren tarafta kalmaz. Alım hakkı veren şartları olduğu müddetçe ancak menfî zararını talep edebilir. Bu zarar kalemi ise, teknik anlamda, sözleşmenin devam ettiği süreyi karşılayan alım hakkı bedelini ifade etmez.

2.3.4.3.2. Alım Hakkı Sözleşmesi Açısından Meselenin Değerlendirilmesi

Alım hakkı sözleşmesinin, anî edimli ve sürekli sözleşme ayırımında hangi kategoride yer aldığı öğretide oldukça tartışılmıştır. Günümüzde hâkim olan görüş ise, sözleşmenin bir sürekli sözleşme niteliği taşımadığı yönündedir.

Öncelikle alım hakkı sözleşmesinde süreklilik arz eden ya da mükerrer ifa şeklinde yerine getirilen bir edim söz konusu değildir. Bu çerçevede edimin ne kadar süreyle mevcut olduğu, onun kapsamının tayini açısından bir önem arz etmez⁹³⁶. Zira bu sözleşmede yer alan tipik aslî edim borcu alım hakkı alan lehine bir yenilik doğuran hakkın tesisidir⁹³⁷. Bu edim yükümlülüğü ise bir anî edim olarak tezahür etmektedir⁹³⁸.

⁹³⁶ Alım ve geri alım hakları kapsamında bu doğrultuda bkz.: Huguenin, *Obligationenrecht*, Rn.2391. Önalm hakkı kapsamında bu doğrultuda bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.85 ve 244. Opsiyon hakkı kapsamında bu doğrultuda bkz.: Schleich, *Option*, 95. Alım hakkı kapsamında aynı doğrultudaki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 138 III 659 E. 3.4 (Schleich, *Option*, 95, dñn.12'den naklen). Önalm hakkı kapsamında İsviçre Federal Mahkemesi'nin aynı doğrultudaki bir başka kararı için bkz.: BGE 97 II 53 E.3 (Schleich, *Option*, 95, dñn.12'den naklen). Alman hukuku için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 116 vd. ve 155.

⁹³⁷ Önalm hakkı kapsamında bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.85. Bununla birlikte alım hakkı sözleşmesinde birtakım yan edim yükümlülükleri söz konusu olabilir. Bu kapsamda örneğin; alım hakkı verenin, esas sözleşmenin yapılması bakımından her an hazır durumda olması ve bunu engelleyen her türlü davranıştan kaçınması gerekmektedir. Bu yükümlülük genel olarak hazır bulunma yükümlülüğü şeklinde ifade edilmektedir. Öğretide, alım hakkı verenin bu yükümlülüğü, sürekli borç kapsamında değerlendirilmemektedir. Zira sürekli borçlarda karşı edimin kapsamı bu edimin mevcut olduğu süreye bağlıdır. Oysa hazır bulunma yükümlülüğünde böyle bir durum söz konusu değildir. Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz.: Schleich, *Option*, 95. Hazır bulunma yükümlülüğü kapsamında aynı yönde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 116 vd. Esas sözleşmenin konusunun parça borcundan oluştuğu hallerde bekleme ve koruma yükümlülükleri açısından sürekli borcun bulunduğu kabul edilmektedir. Ancak bu durum alım hakkı sözleşmesine sürekli borç ilişkisinden doğan düzenlemelerin uygulanmasını gerektirmez. Alım hakkı sözleşmesinde ön planda

Bunun dışında karşı edimi oluşturan alım hakkı bedelinin, tek seferde ya da belirli vadelerle ödenecek olması hiçbir öneme sahip değildir. Bunun sebebi, alım hakkı bedeline ilişkin borcun, alım hakkı sözleşmesine karakteristik özelliğini veren tipik bir aslî edim yükümlülüğü olmamasıdır. Zaten hakkın, bir alım hakkı bedeli olmaksızın tesis edilebilirliği de bunu kanıtlar niteliktedir. Öte yandan, alım hakkı bedelinin kararlaştırıldığı hallerde de, ödenecek bedelin kapsamı borç ilişkisinin süresine bağlı değildir.

Alım hakkı bedeli açısından bir diğer önemli noktayı, bu edimin, karşı tarafın edimi ifayla yükümlü olduğu süreyle bağlı olmaması oluşturur. Zira alım hakkı bedeli, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece, zamansal dilimler şeklinde değil, hakkın geçerli olduğu sürenin tamamı için tek defaya mahsus olmak üzere borçlanılır⁹³⁹. Alım hakkının tesisi de, az önce ifade edildiği üzere, zamana yayılan bir edim değildir. Ancak elbette, hakkın tesis edildiği süreye bağlı olarak, bedeldeki miktarın değişkenlik göstermesi kaçınılmazdır. Belirli bir şey üzerinde aynı koşullarla kurulacak olan bir yıllık ve on yıllık iki farklı hak için öngörülen alım hakkı bedeli doğal olarak farklı olacaktır. Zira ikinci durum, alım hakkı veren açısından daha ağır şartlara sahiptir. Ancak buradaki alım hakkı bedelinin artışına sebep olan şey borç ilişkisinin daha uzun bir süreyle kurulmuş olması değildir. Asıl sebep, taraflar arasındaki borç ilişkisinden doğan alım hakkının kendisinin tesis edileceği süredir. Çünkü hakkın tesisi anî bir edim niteliğinde olmaya devam eder. Bu durum, alım hakkı veren açısından esas sözleşmenin kurulmasına yönelik bağıllık/bağımlılık hali için de aynen geçerlidir. Yani hakkı veren açısından söz konusu olan bağıllık da bir sürekli borç niteliğine sahip olmaz. Bunun sebebi, söz konusu bağıllığın bir yükümlülük olarak cereyan etmemesidir⁹⁴⁰.

Öğretide alım hakkı sözleşmesinin bir sürekli borç ilişkisi kapsamında ele alınmasının pratik bir yararı bulunmadığı da ifade edilmektedir. Çünkü ani ve sürekli edimli borç ilişkilerindeki temel ayırım noktası, bu borç ilişkilerini kuran sözleşmelerin

yer alan şey hakkın tesisidir. Bu sebeple de hazır bulunma yükümlülüğü sözleşmeye sürekli borç ilişkisi niteliği kazandıran bir unsur teşkil etmez. Bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 116. Yan edim yükümlülüklerinin sözleşmeye sürekli nitelik vermediğini ifaden eden görüş için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.85.

⁹³⁸ Önalım hakkı kapsamında bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.85.

⁹³⁹ Casper, *Der Optionsvertrag*, 116.

⁹⁴⁰ Schleich, *Option*, 95.

farklı sona erme kurallarına tabi olmasıdır⁹⁴¹. Bu kapsamda da sürekli borç ilişkilerinde yer alan, örneğin önemli sebeplerle fesih imkânının, muhteva itibariyle alım hakkı sözleşmesine uygun düşmediği ileri sürülmektedir⁹⁴². Çünkü önemli sebeplerle fesih imkânı, hak sahibinin, tek taraflı olarak sözleşme kurma imkânını engelleyen ve onunla çatışan bir durum olarak kabul edilmektedir. Kanaatimizce de, böyle bir yorum oldukça isabetli gözükmektedir.

Alım hakkının hak sahibi tarafından kullanılacağı ana kadarki süreyi ifade eden, bekleme süreci içerisinde, alım hakkı veren açısından bir sürekli borç ilişkisinin bulunup bulunmadığı sorusu akla gelebilir. Çünkü alım hakkı veren, bekleme süreci içerisinde, hakkın kullanımını ve esas sözleşmenin ifasını engelleyen ya da ortadan kaldıran her türlü fiil ve olaylara karşı gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Örneğin; maliki olduğu bir taşınmaz üzerinde beş yıllığına alım hakkı tesis eden alım hakkı veren, söz konusu taşınmazı, bu süre boyunca muhafaza etmek ve onun üzerinde tasarruf etmekten kaçınmakla yükümlüdür.

Kanaatimizce, alım hakkı verenin hazır bulunma yükümlülüğünün içerisinde yer alan bu tür borçlar, alım hakkı sözleşmesinden doğan borç ilişkisine “*sürekli borç ilişkisi*” niteliği kazandırmaz. Zira alım hakkı verenin sahip olduğu bu tür yükümlülükler sözleşmenin birer karakteristik edimleri değildir. Bu sebeple de, borç ilişkisinin sürekli nitelikte olup olmadığının tayininde hiçbir şekilde dikkate alınmaz⁹⁴³.

2.3.4.4. Tek Tarafa – İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme Ayırımı

2.3.4.4.1. Genel Olarak

Sözleşmeler taraflara yükledikleri borca göre ikili bir ayırıma tabi tutulur. Buna göre, bir sözleşme ya tek tarafa ya da her iki tarafa borç yükleyen bir hukukî işlemdir. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan biri açısından edim yükümlülüğü

⁹⁴¹ BernerKom/Müller, OR Art. 1-18, Rn.138.

⁹⁴² Casper, *Der Optionsvertrag*, 116-117. Sürekli borç ilişkilerinin olağan ya da olağanüstü fesih ile sona erdirilebileceği yönünde bkz.: Vetter ve Gutzwiller, “Voraussetzungen und Rechtsfolgen”, 700. Sürekli borç ilişkilerinde yer alan fesih hakkı için ayrıca bkz.: BernerKom/Müller, OR Art. 1-18, Rn.138; Mirjam Eggen, “Gewährleistung bei vernetzten Geräten”, SZW, 0/4 (2019): 368-369. Genel olarak sürekli borç ilişkilerinin sona ermesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Gauch, *Beendigung*, 4 vd.; Vetter ve Gutzwiller, “Voraussetzungen und Rechtsfolgen”, 699 vd.

⁹⁴³ Hazır bulunma yükümlülüğünün niteliği ve bu yükümlülüğe ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Üçüncü Bölüm, Hazır Bulunma Yükümlülüğü başlığı.

bulunur⁹⁴⁴. Bunun sonucu olarak sadece bir taraf borçlu iken, diğeri alacaklı sıfatına sahiptir⁹⁴⁵. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerin en tipik iki örneği kefâlet⁹⁴⁶ (*Bürgschafts-*) ve bağışlama⁹⁴⁷ (*Schenkungsvertrag*) sözleşmeleridir.

İki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ise, tam iki tarafa ve eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde⁹⁴⁸ (*vollkommen zweiseitig verpflichtender Vertrag*) taraflardan biri ifayı,

⁹⁴⁴ Christian Förster, *Schuldrecht Allgemeiner Teil (Start ins Rechtsgebiet) – Eine Einführung mit Fällen*, 3., neu bearbeitete Auflage (Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2015), Rn.48; Christoph Brömmelmeyer, *Schuldrecht Allgemeiner Teil* (München: C.H. Beck Verlag, 2014), Rn.44; Eren, *Genel Hükümler*, 210; BeckMüKo-Emmerich, *BGB § 311*, Rn.8; Christoph Hirsch, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 11. Auflage (Baden: Nomos Verlag, 2018), Rn.13; Erman-Kindl, *BGB Vor § 311*, Rn.6; Dural ve Sarı, *Temel Kavramlar*, Knr.1121; BeckNomosHK-Schulze, *BGB Vorbemerkung zu § 320-326*, Rn.1; Ernst Wolf, *Lehrbuch des Schuldrechts – Erster Band: Allgemeiner Teil*, 1. Auflage (Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1978), 39; BeckOGK-Herresthal, *BGB § 311*, Rn.43; Rainer Wörlen ve Karin Metzler-Müller, *Schuldrecht BT*, 13. völlig überarbeitete und verbesserte Auflage (München: Verlag Franz Vahlen, 2018), Rn.15; Rolf Schmidt, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 12. völlig bearbeitete und aktualisierte Auflage (Bremen: Rolf Schmidt GmbH Verlag, 2018), Rn.29. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, bazı hallerde, her iki taraf açısından da yükümlülüğün söz konusu olabileceğini ve fakat söz konusu edimler arasında bir mübadele ilişkisinin söz konusu olmayabileceğini ifade eden görüş için bkz.: Wolf, *Allgemeiner Teil*, 39. Bu tür durumlarda, söz konusu yükümlülükleri bir ivazdan ziyade, olsa olsa bir yan yükümlülük olarak ele alan görüş için ayrıca bkz.: Hirsch, *Schuldrecht Allgemeiner*, Rn.14.

⁹⁴⁵ Hirsch, *Schuldrecht Allgemeiner*, Rn.14; Wolfgang Fikentscher ve Andreas Heinemann, *Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*, 11., völlig neu bearbeitete Auflage (Berlin/Boston: Walter de Gruyter GmbH Verlag, 2017), Rn.52; Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, Knr.628; Yıldırım, *Türk Borçlar Kanunu*, 53; Nomer, *Borçlar Hukuku*, 33; Cansel ve Özel, *Borçlar Hukuku*, Knr.120; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Cilt-1*, 45; Reisoğlu, *Türk Borçlar*, 52; İnan ve Yücel, *Borçlar Hukuku*, 155; Ayan, *Borçlar Hukuku*, 133.

⁹⁴⁶ Förster, *Schuldrecht*, Rn.48; Brömmelmeyer, *Schuldrecht*, Rn.44; Hirsch, *Schuldrecht Allgemeiner*, Rn.13; Hartmut Oetker ve Felix Maultzsch, *Vertragliche Schuldverhältnisse*, 5. Auflage (Berlin: Springer Verlag, 2018), § 13 Rn.62; Petersen, *Examens-Repetitorium*, Rn.21; BeckOGK-Herresthal, *BGB § 311*, Rn.43.

⁹⁴⁷ Brömmelmeyer, *Schuldrecht*, Rn.44; Hirsch, *Schuldrecht Allgemeiner*, Rn.13; jurisPraxisKom-Backmann, § 145, Rn.22; Erman-Kindl, *BGB Vor § 311*, Rn.6; Leenen, *BGB Allgemeiner*, § 4, Rn.44; Jans Petersen, *Examens-Repetitorium Allgemeines Schuldrecht*, 9., neu bearbeitete Auflage (Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2019), Rn.21; Wörlen ve Metzler-Müller, *Schuldrecht*, Rn.15; Fikentscher ve Heinemann, *Schuldrecht*, Rn.52. Bağışlama vaadi kapsamında bu yöndeki benzer açıklamalar için bkz.: Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 145*, Rn.2.

⁹⁴⁸ Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler öğretide farklı şekillerde ifade edilmektedir. Bu kapsamda karşılıklı borç doğuran sözleşme (*gegenseitiger Vertrag*) ifadesi için bkz.: Brömmelmeyer, *Schuldrecht*, Rn. 42 vd.; Wörlen ve Metzler-Müller, *Schuldrecht*, Rn.11 vd.; Hirsch, *Schuldrecht Allgemeiner*, Rn.15 vd.; Leipold, *BGB I*, § 6, Rn.17; Eike Schmidt, *Das Schuldverhältnis – Eine systematische Darstellung des Allgemeinen Schuldrechts* (Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2004), Rn.6; Weiler, *Schuldrecht*, § 5 Rn.4; Oetker ve Maultzsch, *Vertragliche*, § 1 Rn.16. Nitekim bu kavramın Alman Medeni Kanunu'nda da bu şekilde ele alındığı yönünde bkz.: Leenen, *BGB Allgemeiner*, § 4, Rn.40; Josef Esser ve Eike Schmidt, *Schuldrecht – Band I Allgemeiner Teil (Teilband 1 Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen)*, 8., völlig neubearbeitete Auflage (Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1995), 218. Synallagmatik sözleşme (*Synallagmatischer Vertrag*) ifadesi için bkz.: Fikentscher ve Heinemann, *Schuldrecht*, Rn.53. İvazlı hukuki işlem (*entgeltliches Rechtsgeschäft*) ifadesi için bkz.: Leenen, *BGB Allgemeiner*, § 4, Rn.40. Yazar synallagmatik terimini de eş anlamlı olarak ele almaktadır. Bu yönde ayrıca bkz.: Leenen, *BGB*

aynı şekilde diğeri de bir ifade bulunacağı için gerçekleştirir⁹⁴⁹. Dolayısıyla bu sözleşmelere aynı zamanda synallagmatik sözleşmeler de (*synallagmatischer Vertrag*) denilmektedir⁹⁵⁰. Çünkü synallagmatik sözleşmelerde edim ile karşı edim bir mübadele ilişkisi içerisinde⁹⁵¹. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de hedeflenen şey aslında bu edim ve karşı edimin birbirleriyle değişimidir⁹⁵². Bu yönüyle de, edimlerden her biri diğeri için karşılığı (Gegenwert) oluşturur⁹⁵³. Bu noktada karşı edimin mutlaka bir para borcu olması gerekmez. Edimin farklı şekillerde tezahürü de mümkündür. Ancak bu durum, karşı edimin çoğunlukla bir para borcu olduğu gerçeğini de değiştirmez⁹⁵⁴.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklı ve borçlu sıfatları taraflarca tek taraflı olarak paylaşılmaz⁹⁵⁵. Zira borçlu olan taraf aynı zamanda karşı edimin alacaklısı konumundadır⁹⁵⁶. Başka bir deyişle, borçlunun edim yükümlülüğü alacaklının karşı edimini oluştururken; alacaklının edim yükümlülüğü de borçlu taraf açısından bir

Allgemeiner, § 4, Rn.40. Karşılıklı hukukî işlem (*gegenseitiger Rechtsgeschäft*) ifadesi için bkz.: Förster, *Schuldrecht*, Rn.44 vd. Terimsel nitelendirmeler hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz.: Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn. 3.101; Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.3.21.

⁹⁴⁹ BeckNomosHK-Schulze, *BGB Vorbemerkung zu § 320-326*, Rn.2. Dolaylı olarak bu yönde bkz.: Cansel ve Özel, *Borçlar Hukuku*, Knr.121; Nomer, *Borçlar Hukuku*, 33; Eren, *Genel Hükümler*, 211.

⁹⁵⁰ Hatemi, *Medeni Hukuka Giriş*, § 10, Knr.28; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Cilt-1*, 46; Nomer, *Borçlar Hukuku*, 33. Edimlerin birbirleriyle olan değişim ilişkisinin synallagma şeklinde ifade edildiği yönünde ayrıca bkz.: Eren, *Genel Hükümler*, 211. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme ile synallagmatik sözleşme kavramının aynı olduğu yönündeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BEZ.2019.40, 11.07.2019 www.swisslex.ch, E.T. Erişim Tarihi: 20.06.2019.

⁹⁵¹ Leipold, *BGB I*, § 6, Rn.17; Erman-Kindl, *BGB Vor § 311*, Rn.6; Eren, *Özel Hükümler*, 28; Yavuz, Acar ve Özen, *Türk Borçlar Hukuku*, 25; Ayan, *Borçlar Hukuku*, 134; Yıldırım, *Türk Borçlar Kanunu*, 54; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Cilt-1*, 46; HKK-Pennitz, § 320-322, Rn.4; BeckOGK-Herresthal, *BGB § 311*, Rn.41. Taraflardan her birinin asgari birer edimlerinin synallagmatik ilişki içerisinde bulunmasından bahseden görüş için bkz.: Oetker ve Maultzsch, *Vertragliche*, § 1 Rn.16. Aynı doğrultuda ayrıca bkz.: Jousen, *Schuldrecht I*, Rn.35; Petersen, *Examens-Repetitorium*, Rn.21.

⁹⁵² Leipold, *BGB I*, § 6, Rn.17. Bu doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Esser ve Schmidt, *Allgemeiner I*, 217-218; Larenz, *Allgemeiner Teil*, 202.

⁹⁵³ Esser ve Schmidt, *Allgemeiner I*, 219; Yıldırım, *Türk Borçlar Kanunu*, 54.

⁹⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Leenen, *BGB Allgemeiner*, § 4, Rn.42. Meseleyi incelerken sadece para borcuna ilişkin örneklerden hareket ederek inceleme yapan görüş için bkz.: Schmidt, *Das Schuldverhältnis*, Rn.6.

⁹⁵⁵ Schmidt, *Das Schuldverhältnis*, Rn.6.

⁹⁵⁶ Bu yönde bkz.: Larenz, *Allgemeiner Teil*, 203; Hans Ludwig Keller, “Der Drittschadenersatz bei Vertragsverletzung” (Dissertation Freiburg i. Br. 1966, Freiburg i. Br., 1967); 1; Samuel Siegrist, “Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nach schweizerischem Recht” (Dissertation, Zürich, 1997), 3; Wörlen ve Metzler-Müller, *Schuldrecht*, Rn.11; von Graffenried, *Schadloshaltung*, Rn.4; Ayan, *Borçlar Hukuku*, 133; İnan ve Yücel, *Borçlar Hukuku*, 155; Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, Knr.629; Dural ve Sarı, *Temel Kavramlar*, Knr.1122; Hatemi, *Medeni Hukuka Giriş*, § 10, Knr.28; Reisoğlu, *Türk Borçlar*, 52.

karşı edimdir⁹⁵⁷. Taraflar arasındaki bu karşılıklılık ilişkisi sözleşmedeki aslî edimler açısından söz konusudur. Bunun dışında, yan edim yükümlülükleri bu kapsamda yer almaz⁹⁵⁸. Bu tür sözleşmelerin en tipik örneğini ise satış sözleşmesi oluşturmaktadır⁹⁵⁹.

Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere (*unvollkommen zweiseitig verpflichtender Vertrag*) baktığımızda ise durum nispeten farklıdır. Aslında bu tür hukukî işlemlerde de, tarafların her ikisi açısından bir edim yükümlülüğü yer almaktadır. Ancak bu edimler arasında, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden farklı olarak, doğrudan bir bağlantı söz konusu olmaz⁹⁶⁰. Başka bir deyişle, edim yükümlülükleri bir synallagmatik ilişki içerisinde değildir⁹⁶¹. Bunun sonucu olarak bir mübadeleden de bahsedilmez. Bu nitelikleri sebebiyle de tek tarafa ve tam iki tarafa borç yükleyen hukukî işlemlerin ortasında yer alan bir sınıflandırmaya tabi tutulurlar⁹⁶².

⁹⁵⁷ Förster, *Schuldrecht*, Rn.44. Aynı yönde benzer açıklamalar için bkz.: Brömmelmeyer, *Schuldrecht*, Rn.42; Hirsch, *Schuldrecht Allgemeiner*, Rn.16; Leenen, *BGB Allgemeiner*, § 4, Rn.40. Öğretide yer alan bir görüş, burada iki farklı synallagmadan bahsetmektedir. Bunlardan birincisi olan fonksiyonel synallagmaya (*funktionelles Synallagma*) göre, edim ve karşı edim aynı anda ifa edilmektedir. Bununla birlikte kondüsyonel synallagma (*konditionelles Synallagma*) ise gereği gibi ifayı ele alan bir unsurdur. Buna göre, ifanın gereği gibi yerine getirilmediği hallerde artık karşı edimin ifası zorunlu değildir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Brömmelmeyer, *Schuldrecht*, Rn.42. Fonksiyonel synallagma ilişkisini kavramsal bir tanımlama yapmaksızın aynı yönde izah eden bir diğer görüş için bkz.: Förster, *Schuldrecht*, Rn.45. Bu tür sözleşmelerde, tarafların yükümlülüklerinin, bir karşılıklılık ilişkisi ilişkisi içerisinde yer aldığı yönünde ayrıca bkz.: Wolf, *Allgemeiner Teil*, 38. Edimlerin ifasının aynı anda yapılmasının taraf menfaatlerine daha uygun olacağı yönünde ayrıca bkz.: Larenz, *Allgemeiner Teil*, 204-205.

⁹⁵⁸ Hirsch, *Schuldrecht Allgemeiner*, Rn.18; Leenen, *BGB Allgemeiner*, § 4, Rn.41; Dirk Looschelders, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 16., neu bearbeitete Auflage (München: Franz Vahlen Verlag, 2018), § 14 Rn.17. Bu doğrultuda ayrıca bkz.: Petersen, *Examens-Repetitorium*, Rn.21; Esser ve Schmidt, *Allgemeiner I*, 218-219.

⁹⁵⁹ Förster, *Schuldrecht*, Rn.44; Hirsch, *Schuldrecht Allgemeiner*, Rn.17; Wolf, *Allgemeiner Teil*, 38; Weiler, *Schuldrecht*, § 5 Rn.4; Oetker ve Maultzsch, *Vertragliche*, § 1 Rn.16; Joussen, *Schuldrecht I*, Rn.35; Petersen, *Examens-Repetitorium*, Rn.21; Wörlen ve Metzler-Müller, *Schuldrecht*, Rn.12; Fikentscher ve Heinemann, *Schuldrecht*, Rn.52.

⁹⁶⁰ Förster, *Schuldrecht*, Rn.46; Yıldırım, *Türk Borçlar Kanunu*, 54. Dolaylı olarak aynı yönde bkz.: BeckNomosHK-Schulze, *BGB Vorbemerkung zu § 320-326*, Rn.1; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Cilt-1*, 342 vd.

⁹⁶¹ Brömmelmeyer, *Schuldrecht*, Rn.43; Ayan, *Borçlar Hukuku*, 134; BeckOGK-Herresthal, *BGB § 311*, Rn.44. Mübadele ilişkisi kapsamında meseleyi ele alan görüş için bkz.: Wörlen ve Metzler-Müller, *Schuldrecht*, Rn.14. Bu tür sözleşmelere ilişkin genel olarak bkz.: Schmidt, *Das Schuldverhältnis*, Rn.6.

⁹⁶² Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 145*, Rn.2.

Bu tür sözleşmelerin tipik örneğini kullanma ödücü (ariyet)⁹⁶³, ücretsiz vekâlet⁹⁶⁴ veya faizsiz tüketim ödücü⁹⁶⁵ gibi sözleşmeler oluşturur.

2.3.4.4.2. Alım Hakkı Sözleşmesi Kapsamında Meselenin Değerlendirilmesi

Alım hakkı sözleşmesinin tek tarafa ya da iki tarafa borç yükleyen sözleşme kapsamında tasnifi bir alım hakkı bedelinin kararlaştırılmış olup olmamasına göre değişiklik gösterir. Bu kapsamda söz konusu inceleme ivazlı ve ivazsız alım hakkı sözleşmesi olmak üzere ikili bir ayırım yapılarak ele alınmıştır.

2.3.4.4.2.1. İvazlı Alım Hakkı Sözleşmesi

2.3.4.4.2.1.1. Genel Olarak

İvazlı alım hakkı sözleşmesinde, karşılıklı borç doğuran bir sözleşmenin varlığı, ivazın kararlaştırılma şekline ve taraflar arasındaki ilişkiye göre belirlenir. Çünkü alım hakkı bedeli bağımsız bir bedel olarak kararlaştırılabileceği gibi; hakkın konusu şeye ilişkin satış bedeline mahsup edilmek üzere de düzenlenebilmektedir⁹⁶⁶. İşte alım hakkı bedelinin bu şekilde belirlenme esnekliği, hukukî ilişkinin ele alınış şekli açısından birtakım farklılıklar sebep olmaktadır.

2.3.4.4.2.1.2. Bağımsız Alım Hakkı Bedeli

Alım hakkı bedelinin bağımsız olarak kararlaştırıldığı hallerde taraflar arasındaki hukukî ilişki öğretide iki farklı şekilde ele alınmaktadır. Öğretide yer alan ilk görüş, ivazlı alım hakkı sözleşmesini karşılıklı borç doğuran synallagmatik bir sözleşme kapsamında ele alır. Dolayısıyla alım hakkının kurulması ve alım hakkı bedelinin ödenmesi karşılıklı mübadele ilişkisi içerisinde yer alan iki farklı edimi oluşturur⁹⁶⁷.

Bizim de katıldığımız ve daha isabetli olan ikinci görüşe göre ise, ivazlı alım hakkı sözleşmesi olsa olsa atipik bir synallagmatik sözleşme (*atypisch*

⁹⁶³ Brömmelmeyer, *Schuldrecht*, Rn.43; Weiler, *Schuldrecht*, § 5 Rn.6; Nomer, *Borçlar Hukuku*, 33; İnan ve Yücel, *Borçlar Hukuku*, 155-156; Wörlen ve Metzler-Müller, *Schuldrecht*, Rn.12; Yıldırım, *Türk Borçlar Kanunu*, 55.

⁹⁶⁴ Eren, *Genel Hükümler*, 211.

⁹⁶⁵ Eren, *Genel Hükümler*, 211 vd.

⁹⁶⁶ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: İkinci Bölüm, Alım Hakkı Sözleşmesi Kapsamında Meselenin Değerlendirilmesi ve İkinci Bölüm, Alım Hakkı Bedeli başlıkları.

⁹⁶⁷ Schleich, *Option*, 96; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.180; Brunner, *Kaufrecht*, 137. Bu doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Bauer, *Börsenmäßige Termingeschäfte*, 131. Alman hukukunda bkz.: Georgiades, *Optionsvertrag*, 429 vd. Hisse senedi opsiyonları çerçevesinde meseleyi ele alan görüş için bkz.: Henssler, *Risiko als Vertragsgegenstand*, 595.

synallagmatischer Vertrag) olarak ele alınabilir. Bu sebeple de, tipik anlamda karşılıklı borç doğuran bir sözleşmeden bahsedilemez⁹⁶⁸. Bunun sebebi, daha önce de incelediğimiz üzere, opsiyon sözleşmelerinde yer alan yaratma fonksiyonunun varlığı ve hakkı veren taraf açısından söz konusu olan bağıllığın tipik bir edim yükümlülüğü olarak ele alınamamasıdır. İşte bu noktada söz konusu bu iki unsur synallagmatik ilişkinin niteliği üzerinde bir etkiye sahip olmakta ve ona atipik bir nitelik kazandırmaktadır.

Alım hakkı, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte yaratma fonksiyonu (*Kreationsfunktion*) sebebiyle doğrudan kurulmuş olur⁹⁶⁹. Dolayısıyla alım hakkı bedeli aslında doğrudan o hakkın kurulmasının karşılığını oluşturmaz⁹⁷⁰. Ancak bu durum elbette taraflar arasında synallagmatik bir ilişkinin bulunmadığı anlamına gelmez. Buradaki tek fark synallagmatik ilişkinin tipiklik arz etmiyor oluşudur. İkinci olarak, alım hakkı sahibinin tek taraflı olarak esas sözleşmeyi kurma imkânı, alım hakkı veren açısından esas sözleşmenin kurulmasına yönelik bir bağıllık oluşturmaktadır. Alım hakkı bedeli açısından karşı edimi oluşturan şey de aslında tam olarak alım hakkı verenin sahip olduğu bu bağıllıktır⁹⁷¹. Bunun sebebi, bu bağıllığın ekonomik riskler⁹⁷² ve diğer farklı dezavantajlı sonuçları muhtevasında barından bir durum teşkil etmesidir⁹⁷³. Böylelikle de, alım hakkı bedelinin karşılığını oluşturan bağımsız bir ekonomik edim olarak ele alınması en nihayetinde mümkün olmaktadır⁹⁷⁴. Bunun sonucu olarak, alım hakkı bedeli, hakkın kurulması ve buna eşlilik eden

⁹⁶⁸ Schleich, *Option*, 96; Casper, *Der Optionsvertrag*, 67 vd.

⁹⁶⁹ Schleich, *Option*, 97. Şarta yer verilen sözleşmeler açısından aynı yönde bkz.: Jezler, *Optionsvertrag*, 30. İsviçre hukukunda yer alan bir görüş, meseleyi incelerken tipik ya da atipik duruma dikkat çekmeksizin, karşılıklı borç doğuran sözleşme teriminden hareket etmektedir. Bu yönüyle de, aslında ilk görüş ile aynı sonuca ulaşmaktadır. Yani atipik bir synallagmatik ilişkiden bahsetmemektedir. Ancak yine de sözleşmedeki yaratma fonksiyonu sebebiyle birtakım incelemeler ortaya koymaktadır. Bu incelemeler ve ayrıntılı bilgi için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.181 vd.

⁹⁷⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 68. Aynı yönde benzer açıklamalar için bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.41.

⁹⁷¹ Alman hukukunda bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 68. İsviçre hukukunda alım hakkı bedelini incelerken çok kısa bir şekilde bu hususa vurgu yapan aynı yöndeki görüş için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 94.

⁹⁷² Bu yönde benzer açıklamalar için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 120.

⁹⁷³ Üzerinde alım hakkı tesis edilen malın değerinin artış göstermesi gibi.

⁹⁷⁴ İsviçre hukukunda bkz.: Schleich, *Option*, 97. Önalım hakkı kapsamında ortaya konan açıklamalar için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.84 ve 176. Alman hukukunda bkz.: Georgiades, *Optionsvertrag*, 430.

bağlılık/bağımlılık için sözleşmeden doğan bir karşı edim olarak ele alınabilmektedir⁹⁷⁵. En nihayetinde de, alım hakkı bedelini ödeme yükümlülüğü ve hakkı verenin bağlılığı/bağımlılığı synallagmatik bir ilişki içerisinde⁹⁷⁶. Ancak daha önce de ifade ettiğimiz gibi, alım hakkı verenin bu bağlılığı/bağımlılığı tipik anlamda bir edim yükümlülüğü değildir⁹⁷⁷. Burada karşılıklı edim yükümlülüklerinin bulunduğu tipik synallagmatik ilişkilerden farklılık söz konusudur⁹⁷⁸. Buna paralel olarak Alman hukukunda da, hakkın bir yenilik doğuran hak olması sebebiyle fonksiyonel anlamda bir synallagmatik ilişkiden bahsedilemeyeceği ifade edilmektedir⁹⁷⁹. Bunun sebebi, BGB § 320'de yer alan ve karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde karşı edim ifa edilene kadar edimden kaçınma imkânını öngören def'i ile devamı hükümlerde yer alan düzenlemelerin bu açıdan pek de uygulanabilir nitelikte olmadığına yönelik kabuldür⁹⁸⁰. Bunun gibi, İsviçre hukukunda da, karşılık borç yükleyen sözleşmeler için öngörülen birtakım kuralların, alım hakkı sözleşmesi için doğrudan uygulanamayacağı kabul edilmektedir⁹⁸¹.

2.3.4.4.2.1.3. Bağımsız Olmayan Alım Hakkı Bedeli

Alım hakkı bedelinin, kullanma bedeline mahsup edilmek üzere kararlaştırılmış olması mümkündür. Böyle bir durumda, bedelin, synallagmatik bir ilişkide karşı edim olarak ele alınıp alınmayacağı tartışmalı bir konudur. Zira alım hakkı bedeli, hakkın tesisi ve böylelikle bu haktan kaynaklanan bağlılığın doğrudan karşılığını oluşturmaz.

Öğretide yer alan bir görüşe göre, alım hakkı bedeli yalnızca opsiyon sözleşmesine ait bir karşı edim olarak ele alınabilir. Taraflarca mahsuba yönelik bir anlaşmaya yer verilse dahi, satış bedeli ile alım hakkı bedeli, birbirinden ayrı iki farklı

⁹⁷⁵ İsviçre hukukunda bkz.: Schleich, *Option*, 97; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683 Rn.41*. Bu doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Brunner, *Kaufrechte*, 136 vd. Alman hukukunda bkz.: Georgiades, *Optionsvertrag*, 429 vd.; Casper, *Der Optionsvertrag*, 119; von Einem, *Die Rechtsnatur*, 48 ve 59; Henssler, *Risiko als Vertragsgegenstand*, 595.

⁹⁷⁶ Schleich, *Option*, 97; Casper, *Der Optionsvertrag*, 119. Edim ve karşı edim ilişkisini aynı şekilde ele alan görüş için bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683, Rn.41*.

⁹⁷⁷ Bkz.: İkinci Bölüm, dpn.406.

⁹⁷⁸ Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: bkz.: Schleich, *Option*, 97. Bir başka görüş için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.181 vd.

⁹⁷⁹ Casper, *Der Optionsvertrag*, 119-120.

⁹⁸⁰ Casper, *Der Optionsvertrag*, 120.

⁹⁸¹ Söz konusu düzenlemelere örnek olarak mehz İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki ilgili hükümleri karşılayan TBK md. 97-98, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün sonuçlarını düzenleyen TBK md. 123 vd. yer alan hükümler ile ifa imkânsızlığını düzenleyen TBK md. 123/II hükümleri örnek gösterilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Schleich, *Option*, 97.

fatura kalemini oluşturur. Söz konusu alım hakkı bedeli de işte bu satış bedeli içerisinde yer alır⁹⁸². Bu sebeple, satış bedeli aslında kararlaştırılmış olan alım hakkı bedelinin çıkarılması sonucu ortaya çıkan meblağdır. Bunun sonucu olarak, malın satılması halinde ödenen meblağ asıl satış bedeli olarak karşımıza çıkar.

Öğretide yer alan ikinci görüşe göre ise, alım hakkı bedelinin karşı edim olarak tasnifini ikili bir ayırım yaparak ele almak gerekir. Buna göre, eğer alım hakkı en nihayetinde hak sahibi tarafından kullanılmaz ise, kararlaştırılan alım hakkı bedeli artık hakkın kurulmasına yönelik bir karşı edimi oluşturur. Ancak hak kullanılır ve esas sözleşme kurulursa mesele daha farklı bir görünüme sahiptir. Böyle bir durumda, alım hakkı bedelini ödeme borcu, hak sahibi tarafından esas sözleşmeyle yerine getirilmesi zorunlu olan karşı edimin bir parçası haline gelir⁹⁸³. İlk görüşten farklı olan nokta, hakkın kullanılması halinde alım hakkı bedelini ödeme borcunun kendisinin, esas sözleşmeye ait bir karşı edim haline gelmesidir. Bunun doğal sonucu olarak, söz konusu bedel, hakkın tesisine yönelik bir karşı edim olma durumunu kaybeder. Bu yönüyle de, sözleşmenin ivazlı olup olmaması esas sözleşmenin kurulup kurulmamasına göre belirlenir⁹⁸⁴.

Alman Federal Mahkemesi kararına da yansıyan ve Alman hukuk öğretisinde de savunulan bir diğer görüşe göre ise, alım hakkı bedeli⁹⁸⁵, esas sözleşmenin kurulmasına yönelik geciktirici koşula bağlı olan ve satış bedelinin peşinatını oluşturan bir ödeme olarak karşımıza çıkar. Taraflar arasında esas sözleşme takdirde ise artık bağımsız bir ceza koşulu olarak ele alınır⁹⁸⁶. Bu kapsamda ilgili görüş, bedelin alım hakkına yönelik bir karşı edim olma niteliğini tamamen reddetmektedir. Bu sebeple de öğretilde oldukça eleştirilmiştir. Ayrıca ceza koşulundan bahsedilebilmesi için bir kusurun varlığına vurgu yapılmakta ve hak sahibi tarafından hakkın kullanılmamasının bu kapsamda

⁹⁸² Traumann, *Eine Kritik der jüngsten Reichsgerichtsentscheidung zu § 313 BGB*, JW 1907, 217 vd. (Casper, *Der Optionsvertrag*, 120, dpn.70'den naklen). Aynı doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Linneborn, "Das Optionsrecht", 32; Gerhard Naumann, "Die Bedeutung der Optionsklausel" (Dissertation, Halle-Wittenberg Univ., 1935), 36 vd.

⁹⁸³ Oertmann, *Kartenauskunft des Wirtschaftsrechts, Stichwort Option (Bedingung des ges. Vertrages) - zitiert nach Krüger ebd.*, 24 (Casper, *Der Optionsvertrag*, 120, dpn.71'den naklen); Krüger, "Optionsrecht", 24 vd.

⁹⁸⁴ Casper, *Der Optionsvertrag*, 120.

⁹⁸⁵ Burada her ne kadar bağlanma ivazı (*Bindungsentgelt*) ifadesine yer verilmişse de, kastedilen şey, alım hakkı bedelidir.

⁹⁸⁶ Henrich, *Vorvertrag*, 277 vd. Bu yöndeki Alman Federal Mahkemesi kararları için bkz.: RGZ 95, 199, 203; RG HRR 1929, 1204 (Casper, *Der Optionsvertrag*, 120, dpn.72'den naklen).

değerlendirilebilecek bir durum olmadığı ileri sürülmektedir. Buna ilaveten, bu yönde bir yaklaşımın, ayrıca sözleşmeyle amaçlanan hedef ile de hiçbir şekilde bağdaşmadığı ifade edilmektedir. Zira alım hakkı sözleşmesinde haktan faydalanma imkânı tamamen hak sahibininin arzusuna bağlıdır. Ceza koşulunda indirimi düzenleyen BGB § 343 hükmünün uygulanması bu açıdan oldukça anlamsızdır⁹⁸⁷. Nitekim Yüksek Mahkeme de bir kararında, alım hakkı bedelinin cezaî bir karaktere sahip olmadığını ifade etmiştir⁹⁸⁸.

Öğretide yer alan dördüncü görüşe göre, alım hakkı bedeli, hem alım hakkı sözleşmesinin hem de esas sözleşmenin karşı edimini oluşturur⁹⁸⁹. Esas sözleşmenin kurulması durumunda satış bedeli ve diğer karşı edimler artık tamamen vücut bulmuş olur. Ancak hak sahibi, bu durumda, satış bedelini içerisinden alım hakkı bedelini düşerek öder. Zira taraflar alım hakkı sözleşmesini yaparken esas sözleşme bakımından ayrıca geciktirici koşula bağlı bir kısmi borçtan kurtarma/ibra sözleşmesi (*einer aufschiebend bedingte Teilerlaßvertrag*) yapmaktadır. Yani talep edilen satış bedeli hukuki olarak bir anlığına tamamıyla doğmakta ama ibra sözleşmesi sebebiyle de aynı anda bedel düşmektedir⁹⁹⁰.

Öğretide yer alan son görüşe göre ise, alım hakkı bedelinin karşı edim olarak rolü hem alım hakkı sözleşmesi hem de esas sözleşme birlikte ele alınarak yorumlanmalıdır. Zira alım hakkının tesisine yönelik sözleşme yapmadan önce taraflar birtakım sözleşme görüşmeleri gerçekleştirmektedir. Bu sözleşme görüşmeleri esnasında taraflarca ele alınan ilk mesele esas sözleşmedeki bedeldir⁹⁹¹. Başka bir deyişle, alım hakkı konusu malın satış bedelidir⁹⁹². Sonrasında alım hakkı veren açısından somut olaydaki bağlılık durumu göz önüne alınarak hak sahibi açısından bir maliyet hesaplaması yapılmaktadır⁹⁹³. Pratikte karşılaşılan bu durumun oldukça önemli bir sonucu vardır. O da, hak sahibinin sözleşme görüşmeleri esnasında kararlaştırılan

⁹⁸⁷ Casper, *Der Optionsvertrag*, 121.

⁹⁸⁸ “Sie (Die Optionsprämie) hat keinen Strafcharakter, sondern stellt die Gegenleistung dafür dar, dass der Kaufrechtsverpflichtete den Kaufgegenstand während der Laufzeit des Kaufrechts in der vertraglich vereinbarten Art und Weise zur Verfügung hält, was in der Regel mit einer obligatorischen Verfügungs- und Nutzungsbeschränkung in Bezug auf den Kaufgegenstand verbunden ist.”, ZK2 15 55, 21.11.2016, www.swisslex.ch, E.T. 30.12.2019.

⁹⁸⁹ von Einem, *Die Rechtsnatur*, 56 vd.

⁹⁹⁰ von Einem, *Die Rechtsnatur*, 57 vd.

⁹⁹¹ Casper, *Der Optionsvertrag*, 121.

⁹⁹² Yani kullanma bedeli.

⁹⁹³ Casper, *Der Optionsvertrag*, 121.

bedelden daha fazla bir ödeme yükümlülüğü altına girmeyecek olmasıdır⁹⁹⁴. Dolayısıyla alım hakkı sahibi, sözleşme görüşmeleri süresince önemli bir menfaati gerçekleştirme imkânına sahiptir: Alım hakkı bedelini ödeyecek olsa dahi bunun satış bedelinin toplam tutarından daha yüksek olmayacağını bilmek. Örneğin; satış bedeli 10.000 TRY belirlenmiş ve daha sonra 1.000 TRY şeklinde bir alım hakkı bedeli kararlaştırılmışsa, bu tutar, satış bedelinden mahsup edilecektir. Böylelikle hak sahibi artık sadece 9.000 TRY ödeyerek borcunu ifa etmiş olacaktır. Böylelikle de, onun açısından sonradan ortaya çıkan fazladan bir gider kaleminin önüne geçilmiş olacaktır. Bu kapsamda ilgili görüş, ortaya koyduğu çözüm önerisini sözleşme özgürlüğü ilkesine dayandırmaktadır. Bunun sebebi, aynı ve tek bir edimin taraflarca iki farklı yükümlülüğün ifası olarak ele alınmasının sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince mümkün olmasıdır⁹⁹⁵. Ancak böyle bir sonuca ulaşmak için de geciktirici koşula bağlı ibra sözleşmesi gibi oldukça yapmacık bir çözüm önerisi sunmaya gerek yoktur⁹⁹⁶. Burada olan şey aslında şudur: Alım hakkı bedeline ilişkin edim ilk olarak alım hakkı sözleşmesinden doğan borcun ifasını oluşturmakta; ancak diğer taraftan eş zamanlı olarak esas sözleşmeden kaynaklanan gelecekteki borca mahsup edilmektedir⁹⁹⁷.

Kanaatimizce, alım hakkı bedelinin karşı edim olarak tespiti her bir somut olaya göre değerlendirilmelidir. Zira kararlaştırılan alım hakkı bedelinin temel olarak iki ana fonksiyonu söz konusudur. Bunlar; ödeme (*Abgeltungs-*) ve mahsup etmedir (*Anrechnungsfunktion*). Dolayısıyla meselenin çözümünden tek bir noktadan hareket eden öğreti görüşleri, kanaatimizce, doğru bir tespit yapamamakta ve tutarlı bir sonuca ulaşamamaktadır.

Alım hakkı bedelini ödeme borcu, hakkın tanınması sebebiyle alım hakkı veren lehine kararlaştırılmış ise, burada bir ödeme fonksiyonundan bahsetmek gerekir. Bu şu demektir: Alım hakkı veren hakkın varlığı süresince hakkın konusu üzerinde fiilen artık

⁹⁹⁴ Casper, *Der Optionsvertrag*, 121-122.

⁹⁹⁵ Bu yönde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 122. Aksi yöndeki görüş için bkz.: Georgiades, *Optionsvertrag*, 433.

⁹⁹⁶ Bu noktada yazar, farklı görüşlerde ileri sürülen bu çözüm yolunu eleştirmektedir. Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 122.

⁹⁹⁷ Aynı doğrultuda bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 122. Esas sözleşmenin kurulması halinde BGB § 326/I kapsamında yapılan peşin ödeme nispetinde satış bedelinin düşeceği yönünde ayrıca bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 122. Alım hakkının kullanılmaması, hakkın, opsiyon sözleşmesi ile kurulduğu gerçeğini değiştirmez. Bu sebeple, hakkın sona ermesi sebepsiz zenginleşmeden doğan bir talebin ileri sürülebileceği sonucu doğurmaz. Bu doğrultudaki açıklamalar için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 122.

bir tasarrufta bulunamaz. Girmiş olduğu bu bağıllık sebebiyle de söz konusu alım hakkı bedelini elde eder. Bu bedelin karşı edim olarak tayini açısından hakkın kullanılıp kullanılmamış olmasının hiçbir önemi yoktur. Zira hakkın kullanılmamış olması, hakkın mevcut olduğu süre boyunca alım hakkı verenin söz konusu bağıllığa tabi olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz. Ancak hakkın kullanılması durumunda da, alım hakkı bedeli, kullanma bedeline hiçbir şekilde mahsup edilmez⁹⁹⁸. İşte alım hakkı bedelinin bu fonksiyonu, öğretide, ödeme fonksiyonu olarak ifade edilir⁹⁹⁹. Bununla birlikte, tazminat fonksiyonu (*Entschädigungsfunktion*) terimine yer veren görüşlere rastlamak da mümkündür¹⁰⁰⁰. Öte yandan, ödeme fonksiyonuna sahip alım hakkı için, öğretide, aynı zamanda olağan alım hakkı bedeli (*gewöhnliche Kaufrechtsprämie*) terimi de kullanılmaktadır¹⁰⁰¹.

Alım hakkı bedelinin yalnızca hakkın kullanılmadığı durumlarda ödenecek şekilde kararlaştırılması da mümkündür. Böyle bir durumda, hak sahibi tarafından hak kullanıldığında bu bedel artık ödenmez. Ancak hak kullanılmaz ise bedelin ödenmesi gerekir¹⁰⁰². Bu yönüyle de, kararlaştırılan alım hakkı bedelinin ödenmesi, hakkın mevcut olduğu süre boyunca kullanılmamış olması koşuluna bağlıdır¹⁰⁰³. Dolayısıyla alım hakkı sözleşmesinin ivazlı olup olmaması, hakkın kullanılmış olup olmamasına göre değişmektedir. Eğer hak kullanılır ise sözleşme ivazsız bir nitelikte olur. Hakkın kullanılmadığı durumlarda ise bu durum tam tersidir.

Alım hakkı bedelinin taraflarca alım bedelinden mahsup edilmek üzere kararlaştırıldığı hallerde durum biraz daha farklıdır. Çünkü bu halde, alım hakkı bedeli, mahsup etme fonksiyonuna sahiptir. Bu fonksiyonun en önemli sonucu ise hakkın kullanılmadığı hallerde ortaya çıkar. Bunun sebebi, hak kullanılmamış ise söz konusu bedelin, alım hakkı veren tarafından hak sahibine sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında tekrar iade edilecek olmasıdır¹⁰⁰⁴. Zira böyle bir durumda, mevcut hukukî sebep daha sonra ortadan kalkmış olduğundan, bedel de artık borçlanılmamış

⁹⁹⁸ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.176; Schleich, *Option*, 161.

⁹⁹⁹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.176.

¹⁰⁰⁰ Brunner, *Kaufrechte*, 136 vd.

¹⁰⁰¹ Opsiyon hakkı kapsamında bkz.: Schleich, *Option*, 161.

¹⁰⁰² Schleich, *Option*, 162.

¹⁰⁰³ Öğretide, bu koşulun, geciktirici bir koşul olarak ele alındığı yönünde bkz.: Schleich, *Option*, 162.

¹⁰⁰⁴ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.177.

olmaktadır¹⁰⁰⁵. Ayrıca alım hakkı bedeli, kullanma bedeli için verilen geciktirici koşula bağlı peşin ödeme niteliğinde olduğundan, hakkın kullanılmadığı durumlarda alım hakkı sözleşmesinde yer alan bir karşı edim olarak değerlendirilmesi de mümkün olmaz.

Son olarak alım hakkı bedeli, hem ödeme hem de mahsup etme fonksiyonunu içerisine alacak şekilde karma şekilde kararlaştırılmış olabilir¹⁰⁰⁶. Böyle bir durumda, alım hakkı bedelinin hangi fonksiyona sahip olacağı, hakkın kullanılıp kullanılmamasına göre değişkenlik gösterir. Buna göre, alım hakkının kullanılmadığı durumlarda alım hakkı bedeli artık alım hakkı verene ait olmaktadır. Bu sebeple de, iadesi gündeme gelmez. Dolayısıyla da alım hakkı sözleşmesinin karşı edimini oluşturur. Ancak hak kullanılır ve taraflar arasında satış sözleşmesi kurulur ise, alım hakkı bedeli, artık kullanma bedelinden mahsup edilecek bir peşin ödeme olarak değerlendirilir. Ancak kanaatimizce, son halde, alım hakkı bedeli münhasıran satış sözleşmesine ait bir karşı edim olarak kabul edilmemelidir. Zira karma fonksiyonun söz konusu olduğu hallerde, alım hakkı bedeli, her halukârda alım hakkı verene ait olmaktadır¹⁰⁰⁷. Bu sebeple hak kullanılırsa, söz konusu alım hakkı bedeli, hem alım hakkı sözleşmesi hem de esas sözleşmenin birer karşı edimi olarak ele alınmalıdır¹⁰⁰⁸.

2.3.4.4.2.2. İvazsız Alım Hakkı Sözleşmesi

Alım hakkı sözleşmesinde taraflarca bir alım hakkı bedeline yer verilmemesi mümkündür. Böyle bir durumda, hukukî işlem, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğinde olur¹⁰⁰⁹. Ancak bu sefer burada tartışılan mesele, söz konusu işlemin, bir bağışlama sözleşmesi kapsamında ele alınıp alınamayacağına ilişkindir.

Öğretide yer alan birinci görüşe göre, alım hakkı bedelinin taraflarca kararlaştırılmadığı hallerde artık bir bağışlama işleminden bahsetmek gerekir¹⁰¹⁰. Bununla birlikte, bizim de katıldığımız ikinci görüşü göre ise, bir bağışlamanın bulunup bulunmadığı her somut olaya göre değerlendirilmeli ve tespit edilmelidir. Bu çerçevede, alım hakkının, karşı tarafa bir bağışlama amacıyla verilmesi her halukârda mümkündür.

¹⁰⁰⁵ Bu doğrultuda bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.177.

¹⁰⁰⁶ İsviçre hukukunda bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.178; Brunner, *Kaufrechte*, 138 vd. Alman hukukunda bkz.: Georgiades, *Optionsvertrag*, 432 vd.

¹⁰⁰⁷ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.178.

¹⁰⁰⁸ Bu yönde benzer açıklamalar için bkz.: Schleich, *Option*, 165.

¹⁰⁰⁹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.172; Schleich, *Option*, 97 vd.

¹⁰¹⁰ Önalım hakkı kapsamında bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.172.

Böyle bir durumda, doğal olarak, kanunun bu sözleşme tipi için öngördüğü hukuk kuralları uygulama alanı bulur¹⁰¹¹. Ancak taraflar arasında bir bağışlamadan bahsedebilmek için, alım hakkı verenin, hak sahibine, malvarlığından bağışlama yapmaya yönelik bir iradeye sahip olması gerekir¹⁰¹². Oysa öğretide, alım hakkı veren açısından bir bağışlama iradesinin pek karşılaşılabılır bir durum olmadığı ifade edilmektedir. Hatta ivazsız olarak kararlaştırılan alım hakkında, hakkı veren kişi açısından, bağışlama iradesi dışında farklı birçok saik veya hukukî sebebin bulunabileceği ileri sürülmektedir¹⁰¹³. Örneğin; taraflar arasındaki mevcut başka bir borç ilişkisindeki edimlerin ifasını güvence altına almak maksadıyla kararlaştırılan ivazsız alım hakkında durum böyledir. Böyle bir durumda, hem hak ivazsız tanınmakta hem de kullanma bedeli nispeten düşük bir bedeli içermektedir. Ancak buradaki amaç, hakkın veyahut da hakkın konusu şeyin bağışlanması değil; hakkın başka bir borç ilişkisinde edimin gereği gibi ifa edilememesi koşuluna bağlanması suretiyle, muhatapı o edime ifaya zorlamaktadır. Bu sonucu olarak da, söz konusu hallerde, bağışlamaya ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün olmamaktadır¹⁰¹⁴.

2.3.5. Alım Hakkı Sözleşmesinin Kurulması

Borç ilişkileri açısından en önemli borç kaynağını sözleşmeler oluşturur¹⁰¹⁵. Bu çerevede sözleşmeden doğan alım hakkı uygulamada önemli bir yere sahiptir. Zira alım hakkı sözleşmesi de tipik anlamda bir borçlar hukuku sözleşmesidir. Bir sözleşme olmanın doğal sonucu olarak da iki taraflı bir hukukî işlemdir¹⁰¹⁶.

Taraflar arasında sözleşme ilişkisinin kurulması esas itibariyle Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde öngörülen düzenlemelere tabidir¹⁰¹⁷. Nitekim alım

¹⁰¹¹ Schleich, *Option*, 97-98.

¹⁰¹² Schleich, *Option*, 98.

¹⁰¹³ Alım hakkının fonksiyonları kapsamında bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: Birinci Bölüm, Bağışlama Fonksiyonu başlığı. İsviçre hukukunda yer alan bir görüş, ivazlı dahi olsa, alım hakkının tesisinde hakkı veren tarafın ne tür bir menfaati olabileceğini dahi sorgulamıştır. Bu görüşe ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksengeschäfte*, Rn.454.

¹⁰¹⁴ Bu yönde bkz. Schleich, *Option*, 98.

¹⁰¹⁵ Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku*, 3; Larenz, *Allgemeiner Teil*, 39. Hukukî işlemler kapsamında aynı yönde bkz.: BRHP-H. –W Eckert, § 145, Rn.1. İki taraflı hukukî işlemler kapsamında yapılan benzer açıklamalar için bkz.: Jauernig-Mansel, § 104 *Vorbemerkung*, Rn.6 ve § 145 *Vorbemerkung*, Rn.2. Hukukî işleminden doğan borçların en önemlilerinin sözleşmeden doğan borçlar olduğu yönünde bkz.: Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, 63.

¹⁰¹⁶ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.86.

¹⁰¹⁷ Alman Medeni Kanunu kapsamında bkz.: Weiler, *Schuldrecht*, § 3, Rn.2.

hakkı sözleşmesi rızâ bir sözleşme olduğundan (*Konsensualvertrag*)¹⁰¹⁸ tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulur (TBK md. 1)¹⁰¹⁹. Bu beyanlardan ilki öneri (*Antrag/Angebot*) olarak ifade edilirken; diğeri kabul (*Annahme*) beyanı olarak karşımıza çıkar¹⁰²⁰. Bununla birlikte, alım hakkı sözleşmesi açısından, zımnî kabule ilişkin olarak özel bir hususa da dikkat çekmek gerekir. Eğer alım hakkı veren taraf ivazsız bir alım hakkı sözleşmesi kurulmasına yönelik bir öneride bulunmuş ise muhatabın bu öneriyi makûl bir sürede reddetmesi gerekir. Aksi takdirde sözleşme zımnî kabule bağlı olarak kurulmuş olur¹⁰²¹. Alım hakkı açısından bu durum, pek tabî taşınmazlar açısından pek mümkün olmamakla birlikte, taşınırlar açısından söz konusu olabilir.

Alım hakkı sözleşmesinin kurulabilmesi için tarafların sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde anlaşmış olması gerekir (TBK md. 2)¹⁰²². Bu husus sözleşmenin hem

¹⁰¹⁸ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.86. Opsiyon sözleşmesi kapsamında bkz.: BeckOGK-Möslein, *BGB § 145*, Rn.84.

¹⁰¹⁹ Türk hukukunda bkz.: Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, 66 ve 73 vd.; Eren, *Genel Hükümler*, 223 ve 227; Akıncı, *Roma Borçlar Hukuku*, 11; Ayan, *Borçlar Hukuku*, 136; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 11 Knr.4; Antalya, *Borçlar Hukuku*, 155; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Cilt-1*, 49; İnan ve Yücel, *Borçlar Hukuku*, 158. İsviçre hukukunda bkz.: Allgäuer, *Kaufrecht*, 37 vd.; Schleich, *Option*, 129; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.47; Hermann Becker, *BK - Berner Kommentar Band/Nr. VI/1 - Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 1945), Art.1, Rn.1; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.86. Alman hukukunda bkz.: Förster, *Schuldrecht*, Rn.41; Leipold, *BGB I*, § 14, Rn.1; BeckNomosHK-Schulze, *BGB Vorbemerkung zu § 311-319*, Rn.12; Looschelders, *Allgemeiner*, § 5, Rn.4; Weiler, *Schuldrecht*, § 3, Rn.2; Jousen, *Schuldrecht I*, Rn.42; Leenen, *BGB Allgemeiner*, § 8, Rn.1; Wertenbruch, *Bürgerliches Gesetzbuch*, § 10, Rn.1.; Schmidt, *Schuldrecht*, Rn.27; BRHP-H. –W Eckert, § 145, Rn.2; Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 145*, Rn.4 ve 11; Erman-Kindl, *BGB Vor § 311*, Rn.7; BeckOGK-Herresthal, *BGB § 311*, Rn.36; HKK-Meyer-Pritzel, § 125-129, Rn.11; Jauernig-Mansel, § 145 *Vorbemerkung*, Rn.2. Opsiyon sözleşmesinin kurulması kapsamında bu yönde bkz.: BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.74.

¹⁰²⁰ Leipold, *BGB I*, § 14, Rn.1; Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, 66 vd.; Akıncı, *Roma Borçlar Hukuku*, 11-12; İnan ve Yücel, *Borçlar Hukuku*, 177 vd.; Cansel ve Özel, *Borçlar Hukuku*, Knr.235; Ayan, *Borçlar Hukuku*, 143; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Cilt-1*, 50 vd.; Yıldırım, *Türk Borçlar Kanunu*, 65 ve 72. Bu yönde benzer açıklamalar için bkz.: Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 145*, Rn.11; BeckMüKo-Westermann, *BGB § 433*, Rn.30.

¹⁰²¹ Opsiyon sözleşmesi kapsamında bu yönde bkz.: Schleich, *Option*, 129.

¹⁰²² Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.86; Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, 74 vd.; Akıncı, *Roma Borçlar Hukuku*, 12; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Cilt-1*, 73; Huguenin, *Obligationenrecht*, Rn.256 vd.; Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.29.03; Leenen, *BGB Allgemeiner*, § 8, Rn.10; Leipold, *BGB I*, § 14, Rn.3; Schleich, *Option*, 129; BRHP-H. –W Eckert, § 145, Rn.34; Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 145*, Rn.4; Jauernig-Mansel, § 145 *Vorbemerkung*, Rn.2. Öneri müessesesi kapsamında bu yönde bkz.: BeckNomosHK-Schulze, *BGB § 145*, Rn.5. Sözleşmenin objektif esaslı noktalarının belirlenmiş ya da en azından belirlenebilir olması gerektiği yönünde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.93; BernerKom/Giger, *OR Art. 216*, Rn.58. Esaslı noktalar ile kastedilen husus sözleşmenin objektif esaslı noktalarıdır. Taraflarca bu yönde bir anlaşması olmadığı durumlarda, bu boşlukların, hakim tarafından tamamlanması mümkün değildir. Bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Schleich, *Option*, 129-130.

objektif hem de sübjektif esaslı noktalarını kapsar¹⁰²³. Tarafların bu yöndeki anlaşmaları tereddüde yer bırakmayacak şekilde kesin ve net olmalıdır. Bu yönüyle de, kesin olarak belirlenmiş ya da en azından belirlenebilir bir şekilde kararlaştırılmış olmalıdır¹⁰²⁴. Bu husus hem alım hakkı sözleşmesi hem de esas sözleşme teşkil eden satış sözleşmesi için geçerlidir¹⁰²⁵. Ancak esas sözleşmeye ilişkin belirli veyahut da belirlenebilir olma açısından ayrıca önemli bir nokta yer almaktadır. O da, esas sözleşmeye ilişkin esaslı noktaların en azından hakkın kullanıldığı anda belirlenebilir nitelikte olmasıdır¹⁰²⁶. Bu sayede tarafların tekrar katılımı gerekmeksizin sözleşmenin kurulması mümkün olmaktadır¹⁰²⁷. İşte alım hakkı sözleşmesi, bu yönüyle, esaslı noktalara ilişkin olarak atipik bir özelliğe sahiptir. Zira muhtevasında, hakkın kurulması ve satış sözleşmesinin düzenlenmesi yönüyle çift taraflı bir görünüm içermektedir. Bu sebeple alım hakkı sözleşmesinde, hem hakkı kuran hem de esas sözleşmeyi oluşturan satış sözleşmesine ait esaslı noktaların tespit edilmiş olması gerekir¹⁰²⁸.

Alım hakkı sözleşmesinin kurulması için sözleşmede alım hakkının sağlayacağı yetkinin tanınmasına taraflarca yer verilmiş olması şarttır. Başka bir deyişle, kararlaştırılan yetki hukuki açıdan alım hakkı olarak kabul edilebilecek nitelikte bir yetki olmalıdır. Taraflarca bu yönde bir anlaşmanın bulunup bulunmadığının tespiti ise yorum yoluyla yapılır. Bu noktada tarafların alım hakkı, alım opsiyonu vb. kavramlara yer vermiş olması da zorunlu değildir¹⁰²⁹.

Alım hakkı sözleşmesinin kurulmasında Türk Borçlar Kanunu'nun "*Sözleşmenin Kurulması*" başlığında yer alan düzenlemeler mahiyetine uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulur. Bu kapsamda öneri ve kabulü düzenleyen TBK md. 3 vd. yer alan düzenlemeler ile hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelere ilişkin TBK md. 11

¹⁰²³ Casper, *Der Optionsvertrag*, 103; BRHP-H. –W Eckert, § 145, Rn.34.

¹⁰²⁴ Gauch, Schluep ve Schmid, *Obligationenrecht*, Rn.344 vd.; Schwenger, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.6.02; Schleich, *Option*, 130-131; Herzog, "Der Vorvertrag", Rn.213 vd.; Schwenger, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.6.02.

¹⁰²⁵ Schleich, *Option*, 131; Casper, *Der Optionsvertrag*, 103 vd.

¹⁰²⁶ Bu doğrultuda bkz.: Schleich, *Option*, 139. Yazar, söz konusu durumu, aynı eserinde satış sözleşmesinin içeriğinin bu sözleşmenin kurulduğu anda belirlenebilir olmasının yeterli olduğunu söyleyerek dolaylı olarak da aslında ifade etmiştir. Zira "bu sözleşmenin kurulduğu" şeklindeki ifade satış sözleşmesidir. Satış sözleşmesi ise alım hakkının ileri sürüldüğü anda kurulmaktadır. Yazara ait bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Schleich, *Option*, 131. Alman hukukunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 105.

¹⁰²⁷ Schleich, *Option*, 139.

¹⁰²⁸ Schleich, *Option*, 130. Alman hukukunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 103 vd.

¹⁰²⁹ Opsiyon hakkı ve sözleşmesi kapsamında bkz.: Schleich, *Option*, 139.

hükmü alım hakkı sözleşmelerinde başvurulabilecek düzenlemeler olarak karşımıza çıkar.

Alım hakkı sözleşmesi ile birlikte, taraflar, esas sözleşmenin içeriğini halihazırda belirlemiş olur. Alım hakkından doğan bir borç ilişkisinde, sözü edilen bu esas sözleşme, niteliği itibarıyla bir satış sözleşmesidir. Bununla birlikte, alım hakkında, sözleşmeyle bağlılığın ayrıca kendine özgü bir özelliği bulunmaktadır. O da, alım hakkı sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte yalnızca alım hakkı verenin satış sözleşmesinin hukukî sonuçlarıyla bağlı olmasıdır. Oysa alım hakkı alan açısından böyle bir sonuç, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, hakkın kullanılması halinde ortaya çıkar. Hakkın kullanılma anına kadar hak sahibi açısından böyle bir bağlılıktan bahsetmek mümkün değildir¹⁰³⁰.

Son olarak taraflar, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince, bir alım hakkı sözleşmesi yapıp yapmamak konusunda tamamen serbesttir¹⁰³¹. Bu serbestlik alım hakkı sözleşmesinin içeriğinin belirlenmesi açısından da aynı şekilde geçerlidir.

2.3.6. Alım Hakkı Sözleşmesinin Şekli

2.3.6.1. Genel Olarak

Alım hakkı sözleşmesinde şekil konusu önemli bir yere sahiptir. Nitekim Türk kanun koyucusu, muhtelif hükümlerde, alım hakkı sözleşmesinde şekli düzenleyen birtakım düzenlemelere yer vermiştir.

Şekil konusu ele alınırken ilk akla gelen soru uygulanacak şeklin nasıl tespit edileceği ile ilgilidir. Bu noktada borçlar hukuku alanında genel prensip olan şekil serbestisi ilkesi ön plana çıkmaktadır. Keza alım hakkı sözleşmesi için öngörülen kanunî şekle ilişkin hükümler aynı şekilde incelenmesi gereken bir diğer noktayı oluşturur. Bunun gibi, şeklin kapsamı da, alım hakkı sözleşmesinde birtakım spesifik konularda tartışmalara sebep olan bir diğer başlıktır.

Çalışmanın bu bölümünde alım hakkı sözleşmesine uygulanacak şekil ile bu şeklin kapsamı ve şekle aykırılığın sonuçları ayrıntılı bir biçimde ele alınmıştır.

¹⁰³⁰ Casper, *Der Optionsvertrag*, 103.

¹⁰³¹ Sözleşmeden doğan borç ilişkileri kapsamında genel olarak bkz.: Weiler, *Schuldrecht*, § 3, Rn.1; Jousen, *Schuldrecht I*, Rn.44 vd.; BRHP-H. –W Eckert, § 145, Rn.8; Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 145*, Rn.26.

2.3.6.2. Alım Hakkı Sözleşmesine Uygulanacak Şekil

2.3.6.2.1. Genel Olarak

Alım hakkı sözleşmesine uygulanacak şekil Türk hukukundaki şekle ilişkin genel prensiplere göre belirlenir. Bu çerçevede sözleşmelerde şekli ele alan TBK md. 12 ve devamında yer alan düzenlemeler yol göstericidir. TBK md. 12'ye göre bir sözleşmenin geçerliliği kural olarak herhangi bir şekle bağlanmamıştır¹⁰³². Dolayısıyla Türk hukukunda yer alan temel prensip şekil serbestisidir. Alım hakkı sözleşmesi için de geçerli bir prensip olarak karşımıza çıkar¹⁰³³. Bunun sonucu olarak taraflar, alım hakkı sözleşmesini kurmaya yönelik iradelerini herhangi bir şekil şartına bağlı kalmaksızın ortaya koyabilir.

Taraflarca veya kanunun öngördüğü hallerde belirli bir şekle riayet edilmesi zorunlu olabilir. Özellikle Kanun'da alım hakkı sözleşmesine yönelik bir şekil zorunluluğu öngören hükmün varlığı, bu açıdan, temel prensibin de uygulama alanını belirler. Bu çerçevede alım hakkı sözleşmesinde şekil ikili bir ayırım yapılarak incelenmelidir: Bunlar şekil serbestisi ve kanunî şekildir.

2.3.6.2.2. Şekil Serbestisi

Alım hakkı sözleşmesinin konusunu bir taşının oluşturduğu durumlarda sözleşmenin kurulması açısından şekil serbestisi söz konusu olur¹⁰³⁴. Bu durum pay sahipleri sözleşmesinde şirket paylarını konu alan alım hakkı için de aynı şekilde geçerlidir¹⁰³⁵.

¹⁰³² Türk Hukukunda bkz.: Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Cilt-1*, 141; Nomer, *Borçlar Hukuku*, 99; Cansel ve Özel, *Borçlar Hukuku*, Knr.523; Yıldırım, *Türk Borçlar Kanunu*, 6; Reisoğlu, *Türk Borçlar*, 81; Ayan, *Borçlar Hukuku*, 11, 154; İnan ve Yücel, *Borçlar Hukuku*, 207; Hatemi, *Medeni Hukuka Giriş*, § 10, Knr.75a; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 103; Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, 14. Bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz.: Y. HGK, 28.09.2011, E. 2011/13-528, K. 2011/571; Y. HGK, 08.06.2011, E. 2011/14-408, K. 2011/402; Y. 11. HD, 27.09.2011, E. 2010/921, K. 2011/11001, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.12.2020. İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Noelp, *Eine Studie*, 74; Schleich, *Option*, 175; Schwenger, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.31.01. Alman hukukunda bu yönde bkz.: Leipold, *BGB I*, § 16, Rn.1.

¹⁰³³ Schleich, *Option*, 175.

¹⁰³⁴ Türk hukukunda bkz.: Baygın, *Yeni Borçlar Kanunu*, 10; Yavuz, Acar ve Özen, *Türk Borçlar Hukuku*, 251; Aydoğdu ve Kahveci, *Borçlar Hukuku*, 290; Özbilen, *Sözleşmelerin Şekli*, 285; Aydoğdu ve Kahveci, *Borçlar Hukuku*, 290. İsviçre hukukunda bkz.: Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 72; Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 95; Allgäuer, *Kaufrecht*, 38; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.47.

¹⁰³⁵ Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 72; Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 94 vd.; Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.1182; Schenker, *Vorkaufsrechte*, 247; Zobl, "Die

Alım hakkı sözleşmesi açısından geçerli olan şekil serbestisi, ileri sürülen irade beyanının bir şekle sahip olmayacağını değil, istenilen şekle uygun olarak açıklanabileceğini ifade eder¹⁰³⁶. Dolayısıyla irade beyanlarının taraflarca sözlü veya yazılı olarak ileri sürülmesi tamamen bir tercih sorunudur. Bunun dışında TBK md. 1/II’de yer alan düzenleme, her halukârda burada da uygulama alanı bulacağından, irade beyanlarının açık veya örtülü olarak ileri sürülebilmesi mümkündür.

Taraflar alım hakkı sözleşmesi için özel bir şekil şartına yer verebilir. Zira iradî şekil şartına yönelik bir anlaşma şekil serbestisi prensibinin bir sonucudur. Bu çerçevede taraflarca, bir taşınırı konu alan alım hakkı sözleşmesinin, yazılı bir şekilde kurulmasının kararlaştırılması pek tabîî mümkündür. Nitekim olası ispat sorunlarını bertaraf etmek maksadıyla, alım hakkı sözleşmesinin, uygulamada genellikle adî yazılı şekilde düzenlendiği ifade edilmektedir¹⁰³⁷.

2.3.6.2.3. Kanunî Şekil

2.3.6.2.3.1. Genel Olarak

Alım hakkı sözleşmesinde uygulanacak şekil bazı durumlarda doğrudan kanun koyucu tarafından belirlenmiş olabilir¹⁰³⁸. Böyle bir durumda sözleşmenin öngörülen kanunî şekle göre yapılması zorunludur. Zira TBK md. 12/II’de kanun tarafından bir sözleşme için öngörülen şeklin kural olarak geçerlilik şekli olduğu kabul edilmiştir. Bu sebeple, kanunda şekil şartı öngörülen durumlarda, alım hakkı sözleşmesinin geçerliliği, öngörülen şekle uygun olarak yapılmasına bağlıdır¹⁰³⁹.

Alım hakkı sözleşmesinde kanunî şekil yalnızca tek bir durum için öngörülmüştür. O da, konusunu bir taşınmazın oluşturduğu alım hakkını konu alan alım hakkı sözleşmesidir. Bunun dışında, alım hakkı sözleşmesine hasredilmiş özel bir şekil

pfandrechtliche Sicherung”, 404; Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1182; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 96.

¹⁰³⁶ Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, 77. Taraflarca şekle ilişkin bir anlaşma yapılabileceği yönünde bkz.: Schwenger, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.26.26.

¹⁰³⁷ Fischer, *Aktionärbindungsverträge*, 72.

¹⁰³⁸ Schleich, *Option*, 176; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 96; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.44. Kurma teorisi kapsamında bu yönde bkz.: Noelpp, *Eine Studie*, 74 ve ayrıca 80.

¹⁰³⁹ “Kanun, sözleşmenin geçerliliği (sıhhati) için resmî şekil aradığından, emredici kural gereği, resmî şekle uyulmadan yapılan sözleşmeler geçersizdir.” Y. 14. HD, 14.3.2011, E. 2011/1958, K. 2011/3194, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.12.2020. “Şayet şekil, geçerlilik (sıhhat) şartı olarak aranmışsa bu şarta uyulmadan yapılan sözleşme geçerli sonuç meydana getirmeyeceğinden ifası istenemez.” Y. HGK, 08.06.2011, E. 2011/14-408, K. 2011/402, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.12.2020.

hükmü arz etmemekle birlikte, miras taksim sözleşmesinde mirasçılar lehine bir alım hakkının kurulması halinde de uygulanacak şekil yönünden özel bir durum söz konusudur.

2.3.6.2.3.2. Taşınmaz Üzerinde Kurulan Alım Hakkında Alım Hakkı Sözleşmesinin Şekli

Alım hakkının konusunu bir taşınmazın oluşturduğu durumlarda, alım hakkı sözleşmesinin geçerliliği, onun resmî şekle uygun olarak yapılmasına bağlıdır¹⁰⁴⁰. Bu durum TBK md. 237/II’de yer alan düzenlemenin doğal bir sonucudur. Zira söz konusu hükümde, “... *alım sözleşmeleri, resmî şekilde düzenlenmedikçe geçerli olmaz*” denilerek bu durum açıkça ifade edilmiştir. Resmî şekle ilişkin TBK md.237/II’de yer alan bu düzenleme taşınmaz mülkiyetinin hukukî işlem ile kazanılmasında gerekli ön şartları düzenleyen TMK md.706/I’deki hükmün de bir nevi sonucunu oluşturmaktadır¹⁰⁴¹.

Alım hakkı sözleşmesinde taşınmazlar açısından resmî şeklin aranmasının önemli bir sebebi vardır. O da, alım hakkı veren tarafın esas sözleşmeye ilişkin geri dönülemez bağlılığının alım hakkı sözleşmesinin yapıldığı anda ortaya çıkmasıdır. Dolayısıyla şekil zorunluluğunun öngördüğü amaç, ancak sözleşmenin yapıldığı anda gerçekleştirilebilmektedir¹⁰⁴². Zira alım hakkı veren nezdinde ortaya çıkan bu bağlılık bir taşınmaz satışına ilişkindir. Taşınmazlarda ise resmî şeklin amacı; sözleşmeyi yapan tarafları acele bir tasarruf yapma durumundan korumak, onları düşünmeye sevk etmek¹⁰⁴³ ve sözleşmenin uyuşmazlığa konu olabilecek noktalarına ilişkin şeffaflığı

¹⁰⁴⁰ Türk hukukunda bu yönde bkz.: Eren, *Özel Hükümler*, 219; Baygın, *Yeni Borçlar Kanunu*, 9-10; Nomer, *Borçlar Hukuku*, 114; Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku*, 68; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 530 vd.; Aydoğdu ve Kahveci, *Borçlar Hukuku*, 290; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Eşya Hukuku*, 643; Ayan, *Mülkiyet*, 426. İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Fischer, *Aktionärbindungsverträge*, 72; Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2467; Pfäffli ve Byland, “Vorkaufsrecht”, 292; Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.133; Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 95; Allgäuer, *Kaufrecht*, 38; Schleich, *Option*, 176; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 96; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.44. Kurma teorisi kapsamında bu yönde bkz.: Noelpp, *Eine Studie*, 74 ve ayrıca 80. Resmî şekle ilişkin genel açıklamalar için bkz.: Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Cilt-1*, 153. Alman hukukunda bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Wolf, *Besonderer Teil*, 57.

¹⁰⁴¹ İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Noelpp, *Eine Studie*, 74; Liver, *Das Eigentum*, 136 vd.

¹⁰⁴² Casper, *Der Optionsvertrag*, 127.

¹⁰⁴³ Şeklin bu amacını uyarma fonksiyonu şeklinde ifade eden görüş için bkz.: Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 25, Knr.4; Antalya, *Borçlar Hukuku*, 450.

sağlamaktır¹⁰⁴⁴. Ayrıca alım hakkı verenin taşınmazın ekonomik değerine yönelik bir savurganlığını engellemek de kanunun hedeflediği bir diğer amacı oluşturmaktadır¹⁰⁴⁵. Bu durum özellikle hakkı veren açısından büyük öneme sahiptir. Zira alım hakkı veren, az önce de ifade ettiğimiz üzere, sözleşmenin kurulmasında sonra şartlarda herhangi bir değişiklik yapamayacağı bir bağlılığın altına girmektedir¹⁰⁴⁶. Hatta bu sebeple öğretide, resmî senedi düzenleyen yetkilinin, alım hakkı veren tarafı yapılan işleme ilişkin olarak bir uyarma yükümlülüğünün bulunduğu ifade edilmektedir¹⁰⁴⁷.

TBK md. 237/II hükmü, alım hakkı sözleşmesinde resmî şekle yer vermekle birlikte, resmî senedin hangi yetkili makam veya makamlar tarafından düzenleneceğini belirtmemiştir¹⁰⁴⁸. Keza 2644 Sayılı Tapu Kanunu ile 1512 Sayılı Noterlik Kanunu açısından da durum aynıdır.

Türk hukukunda yer alan bir görüşe göre, alım hakkı sözleşmesinde resmî şekil şartı için Tapu Kanunu md. 26'daki düzenleme esas alınmalıdır¹⁰⁴⁹. Bu çerçevede, alım hakkı sözleşmesini resmî senet şeklinde tanzim etmeye yetkili kişiler, yalnızca tapu sicil müdürü veya görevlileridir. Bununla birlikte baskın olan ikinci görüşe baktığımızda ise, alım hakkı sözleşmesinin noter tarafından re'sen düzenleme yoluyla yapılması halinde de resmî şekil şartının gerçekleşmiş olacağı kabul edilmektedir¹⁰⁵⁰. Nitekim Yargıtay da bu görüştedir¹⁰⁵¹.

¹⁰⁴⁴ Türk hukukunda bkz.: Tekinay vd., *Eşya Hukuku*, 657; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Cilt-1*, 143; Doğan, Şahan ve Atamulu, *Borçlar Hukuku*, 119; Yıldırım, *Türk Borçlar Kanunu*, 79; Eren, *Genel Hükümler*, 266; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 115 vd.; Cansel ve Özel, *Borçlar Hukuku*, Knr.526 vd.; Ayan, *Borçlar Hukuku*, 153; İnan ve Yücel, *Borçlar Hukuku*, 207; Özbilen, *Sözleşmelerin Şekli*, 36 vd. Şeklin fayda ve sakıncalarına ilişkin benzer ve farklı açıklamalar için ayrıca bkz.: Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, 78. İsviçre hukukunda nispeten bu doğrultuda ve ayrıca farklı açıklamalar için bkz.: Allgäuer, *Kaufrecht*, 39; Noelpp, *Eine Studie*, 74; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.108; Schleich, *Option*, 179. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 118 II 32 ff. (34), E. 3d (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.108, dpn.168'den naklen). Kanunî şeklin amaçlarına ilişkin genel açıklamalar için bkz.: Schwenger, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.31.02.

¹⁰⁴⁵ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.109.

¹⁰⁴⁶ Isler, *Grundbuch*, 28.

¹⁰⁴⁷ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.454.

¹⁰⁴⁸ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Cilt-1*, 153.

¹⁰⁴⁹ Mustafa Alper Gümüüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt: I*, 3. Baskı (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013), 132; Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: II*, 3. Bası (İstanbul: Sermet Matbaası, 1977), 302; Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/1*, 6. Bası (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008), 279; Eren, *Özel Hükümler*, 219; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 531, 534; Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku*, 302; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Eşya Hukuku*, 643, 645; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Cilt-1*, 153.

¹⁰⁵⁰ Tekinay, *Taşınmaz Mülkiyetinin*, 3; Ayan, *Mülkiyet*, 430; Akipek ve Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 289; Necip Bilge, *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri* (Ankara: Yeni Desen Matbaası, 1962), 82;

Türk hukuk öğretisinde ve uygulamada yer alan görüşlerde, alım hakkı sözleşmesinin, tapu sicil müdürü ve görevlileri tarafından yapılabileceğine ilişkin bir görüş birliğinin bulunduğunu söylemek mümkündür. Dolayısıyla buradaki temel fark, ilk görüş için bu durum, resmî şekil şartının sağlanması için tek imkân olarak kabul edilmiş iken; diğer görüş ayrıca noterler tarafından da alım hakkı sözleşmesinin düzenlenebileceğini savunmaktadır. Bunun sonucu olarak, TK md. 26'da yer alan düzenlemeye yönelik herhangi bir eleştiri her iki görüş açısından da söz konusu değildir.

Kanaatimizce, Tapu sicil müdürlüklerinin yetkili makam olup olmadıklarının tespitinde, Tapu Kanunu göz önüne alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır. İlk olarak TK md. 26'ya göre, taşınmaz üzerinde gerçekleştirilen belirli işlemlerde resmî senedin tapu sicil müdür veya görevlileri tarafından tanzimi zorunlu tutulmuştur. Bu işlemlerden biri de taşınmaz mülkiyetine yönelik işlemlerdir¹⁰⁵². Ancak alım hakkı sözleşmesinde doğrudan taşınmaz mülkiyeti ile ilgili bir hukukî işlemden bahsetmek mümkün değildir. Gerçekten de alım hakkı sözleşmesinin konusunu bir taşınmaz eşya oluşturmamaktadır. Sözleşmede tek bir karakteristik edim vardır; o da, yenilik doğuran hakkın tesisidir. Bunun sonucu olarak alım hakkı sözleşmesi, TK md. 26'da yer alan “*mülkiyete ... mütedair*” şeklindeki ifadenin kapsamında yer alan bir hukukî işlem değildir¹⁰⁵³. Kaldı ki taşınmaz mülkiyetinin devrinin hukukî sebebi alım hakkı sözleşmesi ile birlikte aynı zamanda alım hakkının kullanılmasıdır. Başka bir deyişle, alım hakkı sözleşmesi tek başına taşınmaz mülkiyetinin devrinin hukukî sebebini oluşturmaz¹⁰⁵⁴. Alım hakkı

Nomer, *Vefa Hakkı*, 30; Müslim Tunaboğlu, *Önalım (Şuf'a) Alım Geri Alım Davaları* (Ankara: Adil Yayınevi, 2003), 700; Mustafa Reşit Karahasan, *Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku*, Cilt: I (İstanbul: Arıkan Basım Yayım Dağıtım, 2007), 1284.

¹⁰⁵¹ Bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz.: Y. 14. HD, 7.12.2016, E. 2015/15856, K. 2016/10198; Y. 14. HD, 22.11.2005, E. 2005/9863, K. 2005/10236; Y. 14. HD, 23.6.1987, E. 1987/2591, K. 1987/5447; Y. 6. HD, 10.5.1955, E. 1955/2306, K. 1955/2485; Y. 6. HD, 29.12.1952, E. 1952/985, K. 1952/3045; Y. 6. HD, 18.6.1984, E. 1984/5382, K. 1984/7302; Y. 1. HD, 19.1.1951, E. 1951/3597, K. 1952/243, www.kazanci.com.tr, E.T. 13.10.2020.

¹⁰⁵² “... taşınmazdaki bir bölüm mülkiyeti ... geçirmek zorunda olduğundan, sözleşmenin Tapu Kanununun 26 ... uyarınca tapu sicil müdürlüğünde veya noterlerce düzenleme şeklinde yapılması zorunludur. Kanun, sözleşmenin geçerliliği (sıhhati) için resmî şekil aradığından, emredici kural gereği, resmî şekle uyulmadan yapılan sözleşmeler geçersizdir.” Y. 14. HD, 14.3.2011, E. 2011/1958, K. 2011/3194, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.12.2020.

¹⁰⁵³ Alım hakkı sözleşmesinin taşınmaz mülkiyetinin devri borcunu doğuran bir sözleşme olmadığını ifade eden bir başka görüş için bkz.: Baygın, *Yeni Borçlar Kanunu*, 10.

¹⁰⁵⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: İkinci Bölüm, Genel Olarak Kurma Teorisi başlığı. Yenilik doğuran haklar bakımından meydana gelen hukukî yeniliğin hukukî sebebini, yenilik doğuran hakkın kendisi olacağını ifade eden görüş için bkz.: Buz, *Haklar*, 129.

kullanılırken, hakkın şerh edilmiş olup olmamasına göre, alım hakkı sözleşmesinin ibraz edilmesinin sebebi de aslında budur. Böylelikle taraflar arasında satış sözleşmesini kuran alım hakkının varlığı ile birlikte dayandığı ve satış sözleşmesinin içeriğini düzenleyen alım hakkı sözleşmesinin hukuken geçerli olarak kurulup kurulmadığı ortaya konmuş olmaktadır. İkincisi, Türk kanun koyucusu, alım hakkını düzenleyen TBK md. 237'nin madde başlığında “*taşınmaz satışı ve satış ilişkisi doğuran haklar*” diyerek bu iki müesseseyi birbirinden tamamen ayrı tutmuştur. İsviçre hukukunda yer alan görüş de alım hakkı sözleşmesinin bir taşınmaza ilişkin satış sözleşmesi olarak ele alınamayacağı yönündedir¹⁰⁵⁵. Bu durum Alman hukuku açısından da aynıdır¹⁰⁵⁶. Oysa Türk hukukunda, tartışmalar sürekli olarak Noterlik Kanunu etrafında toplandığından bu ayrıntı gözden kaçırılmıştır. Bunun sonucu olarak da, sözleşmeyi düzenleyecek olan resmî makama ilişkin ortaya konan tespitler mevcut yasal düzenleme ile bir uyum içerisinde olamamıştır.

Noterler tarafından alım hakkı sözleşmesinin resmî şekilde düzenlenmesinin mümkün olup olmadığının tespitinde ise farklı kanunlarda yer alan düzenlemelere göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Bunlar; Türk Borçlar Kanunu'nun muhtelif bazı hükümleri ile birlikte Noterlik Kanunu ve Tapu Sicil Tüzüğü'nde yer alan düzenlemelerdir. NK md. 60/b.1'e göre noterler; kanunla başka bir makam, merci ya da şahısların yetkili kılınmadığı hukukî işlemleri yapmakla yetkili kılınmıştır. Öte yandan TBK md. 237/II'de resmî şekli düzenleyecek makama ilişkin herhangi bir düzenlemeye de yer verilmemiştir. Hal böyle iken, alım hakkı sözleşmesinin noterler tarafından düzenlenmesinin önünde hiçbir engel yoktur. Ancak yine de NK md. 60/b.3'te yer alan düzenlemenin, NK md. 60/b.1'deki düzenlemenin kapsamına yönelik daraltıcı bir yorum yapmayı gerektirip gerektirmediği ele alınması gereken bir konudur.

NK md. 60/b.3'e göre, noterler tarafından düzenlenecek hukukî işlemler arasında taşınmaz satış vaadi de yer almaktadır. Taşınmaz satış vaadi ise TBK md. 237/II'de alım hakkı sözleşmesi ile birlikte aynı fıkra düzenlenmiş bir müessesedir. Buradan yola çıkılarak da, NK md. 60/b.1'deki düzenlemenin kapsamında alım hakkı sözleşmesinin yer almaması gerektiği gibi bir sonucuna ulaşılabilmektedir. Zira kanun

¹⁰⁵⁵ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.110.

¹⁰⁵⁶ Alım hakkı sözleşmesinin bir devir yükümlülüğünü öngörmediği; yalnızca bir yenilik doğuran hakkın tesisinin söz konusu olduğu yönündeki görüş için bkz.: Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 109 ve dpn.493.

koyucu, alım hakkı sözleşmesini de bu hükmün kapsamına almak isteseydi ya NK md. 60/b.3'teki gibi benzer bir düzenlemeye alım hakkı sözleşmesi için de yer verirdi ya da taşınmaz satış vaadi için öngörülen bu düzenlemeyi hiç getirmezdi. Bu sebeple, taşınmaz satış vaadine ilişkin Noterlik Kanunu'nda yer alan bu düzenleme, aslında bir nevi kanun koyucunun bu müesseseler arasında bilinçli olarak bir ayırım yapmış olabileceği ihtimalini akla getirmektedir.

Kanaatimizce, NK md. 60/b.3'te yer alan düzenleme, alım hakkı sözleşmesinin noterler tarafından düzenlenebilirliğine yönelik engelleyici bir hüküm değildir. Kanun koyucunun, burada, taşınmaz satış vaadine yönelik açık bir düzenlemeye yer vermesinin sebebi, Türk Borçlar Kanunu'nda önsözleşmelerde şekle ilişkin yer alan düzenlemedir. Gerçekten de, TBK md. 29 hükmü, önsözleşmelerin geçerliliğini ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlamıştır. Aynı zamanda EBK md. 22 hükmünü de karşılayan düzenlemedir. Eski Borçlar Kanunu ise Noterlik Kanunu'na göre daha eski bir kanundur. Dolayısıyla Noterlik Kanunu hazırlanırken, Türk kanun koyucusu, taşınmaz satış vaadi açısından özel bir hassasiyet göstererek münferit bir bentte bu müesseseye yer vermeyi uygun görmüştür. Nitekim her iki kanuna göre nispeten daha yeni tarihli olan Tapu Sicil Tüzüğü md. 46/c'de de, alım hakkının şerhinde, noterler tarafından düzenlenen alım hakkı sözleşmesinin ibrazı zorunlu tutulmuştur.

Sonuç olarak, alım hakkı sözleşmesini resmî şekilde düzenleme yetkisine, tapu sicil müdürlükleri TK md. 26'daki düzenleme sebebiyle sahip değildir. Zira alım hakkı sözleşmesi taşınmaz mülkiyetine ilişkin bir hukukî işlem değildir. Ayrıca TK md. 26 hükmünün genişletici yorumlanması ve alım hakkı sözleşmesinin de hükmün kapsamına dahil edilmesi, kanaatimizce, pek mümkün gözükmemektedir. Resmî şekil kanunî şeklin en güçlü türünü oluşturmaktadır¹⁰⁵⁷. Bu şeklin kapsamında özellikle önem arz eden ve yüksek rizikoya sahip hukukî işlemler yer alır¹⁰⁵⁸. Bu yönüyle de istisnaî bir şekil türüdür. İstisnaî haller lehine genişletici bir yorum yolu, bu sebeple, mümkün olmamalıdır. Öte yandan, Tapu Kanunu ile Noterlik Kanunu'nun münferit hükümleri göz önüne alındığında, Türk hukukunda alım hakkı sözleşmesini resmî şekilde

¹⁰⁵⁷ Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.31.17.

¹⁰⁵⁸ Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.31.17.

düzenleme yetkisi sadece noterlere ait gözükmektedir¹⁰⁵⁹. Nitekim Tapu Sicil Tüzüğü md. 46/c’de yer alan düzenleme de bu sonucu destekler niteliktedir. Keza noterlikler ile tapu sicil müdürlükleri arasında bir öncelik ilişkisi de bulunmamaktadır. Başka bir deyişle, noterler tarafından resmî şekilde düzenlenebilen bir hukukî işlemin evleviyetle tapu sicil müdürlüklerinde de düzenlenebileceğini söylemek mümkün değildir. Zira noterlikler ile tapu sicil müdürlükleri birbirinden tamamen bağımsız iki farklı mercidir. Ayrıca resmî senet düzenleme yetkisi Türk hukukunda genel olarak noterlere aittir¹⁰⁶⁰. Tapu müdürlükleri tarafından resmî senet düzenleme imkânı, ancak bu hususta açık bir kanunî düzenleme bulunması halinde mümkündür. Türk hukuk öğretisinde yer alan her iki görüş, tapu sicil müdürlükleri yönünden yanlış bir sonuca ulaşmaktadır. Bunun gibi, uygulamada tapu sicil müdürlüklerinde yapılan alım hakkı sözleşmelerini geçerli kabul eden **Yargıtay** kararları da bu noktada hukuka aykırıdır¹⁰⁶¹. Bunun dışında, noter tarafından alım hakkı sözleşmesine ilişkin hazırlanacak resmî senet ise, NK md. 89 gereği düzenleme şeklinde olmalıdır.

2.3.6.2.3.3. Miras Taksim Sözleşmesiyle Kurulan Alım Hakkında Şekil

Miras taksim sözleşmesi terekenin mirasçılar tarafından ne şekilde paylaşılacağını düzenleyen bir hukukî işlemdir. Mirasçılar arasında payların oluşturulması veya fiilen alınmasına ilişkin bir sözleşme olması sebebiyle de, TMK md. 676 hükmü gereği, mirasçıları bağlamaktadır.

Miras taksim sözleşmesinin alım hakkı açısından önemi iki noktada ortaya çıkar. Bunlar; alım hakkının ilk kez kurulması ve terekede yer alan bir alım hakkının mirasçılar arasında devri halleridir. Alım hakkının devri, çalışmanın bir başka ana başlığını oluşturduğundan, burada yalnızca hakkın ilk kez kurulma anı incelenmiştir. Bu kapsamda miras taksim sözleşmesinde, mirasçılar, terekede yer alan bir taşınmaz üzerinde belirli bir mirasçı veyahut da mirasçılar lehine bir alım hakkı kurulması konusunda anlaşabilirler. Aslında taksim sözleşmesiyle tereke mallarını doğrudan ve

¹⁰⁵⁹ İsabetsiz bir şekilde alım hakkı sözleşmesinin noter tarafından düzenlenmesi halinde tahvil yoluyla söz konusu sözleşmenin taşınmaz satış vaadi sözleşmesine dönüştürülebileceğini ileri süren görüş için bkz.: Kocayusufpaşaoğlu, *Gayrimenkul*, 123.

¹⁰⁶⁰ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Cilt-1*, 153.

¹⁰⁶¹ Bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz.: Y. 14. HD, 7.12.2016, E. 2015/15856, K. 2016/10198; Y. 14. HD, 22.11.2005, E. 2005/9863, K. 2005/10236; Y. 14. HD, 23.6.1987, E. 1987/2591, K. 1987/5447; Y. 6. HD, 10.5.1955, E. 1955/2306, K. 1955/2485; Y. 6. HD, 29.12.1952, E. 1952/985, K. 1952/3045; Y. 6. HD, 18.6.1984, E. 1984/5382, K. 1984/7302; Y. 1. HD, 19.1.1951, E. 1951/3597, K. 1952/243, www.kazanci.com.tr, E.T. 13.10.2020.

diledikleri gibi paylaşma imkânına sahip olan mirasçılar, neden bir alım hakkı kurma yoluna başvurmak isteyecekleri ilk başta bir tereddüte yer verebilmektedir. Oysa bazı hallerde, mirasçılar açısından bu yönde bir anlaşma kimi zaman onların menfaatine olabilmektedir. Örneğin; miras taksim sözleşmesinde terekenin mirasçılar arasında paylaşımı yapılırken belirli malların, bazı mirasçılara, o mallar üzerinde diğer mirasçılar lehine kullanım süresi öngörülmüş bir alım hakkının kurulması şartıyla devredilmesi kararlaştırılmış olabilir. Böylelikle tereke konusu mal, ilgili mirasçılar lehine bir nevi süreli tahsis edilmiş olmakta ve kullanım süresi geldiğinde de diğer mirasçı/mirasçılar tarafından tekrar devralınabilmektedir.

Miras taksim sözleşmesi TMK md. 676 gereği yazılı şekle tabi tutulmuştur. Sözleşmede bir alım hakkının kararlaştırıldığı durumlarda, hakkı kuran bu işlemde hangi şekle şartına başvurulması meselenin çözülmesi gerektiği belirsizdir. Aslında hakkın konusunu bir taşınırın oluşturduğu durumlarda sorunun çözümü oldukça basittir. Bunun sebebi, TMK md. 676 gereği miras taksim sözleşmesinin yazılı şekle tabî olmasıdır. Ancak sözleşmenin konusunun bir taşınmazdan oluştuğu durumlarda meselenin ne şekilde çözümleneceği tartışmalıdır. Çünkü burada miras taksim sözleşmesi için adî yazılı şekle yeterli iken; alım hakkını kuran sözleşme için aranan şekle şartı resmî şekildir. Bu sebeple de, miras taksim sözleşmesi için TMK md. 676’da öngörülen yazılı şeklin, bir taşınmazı konu alan alım hakkını kurmaya yeterli olup olamayacağı sorusu gündeme gelmektedir.

Türk hukukunda Yargıtay, konusunu taşınmazların oluşturduğu miras taksim sözleşmelerinde yazılı şekle yeterli görmektedir¹⁰⁶². Bunun sonucu olarak, miras taksim sözleşmesi yapılırken ayrıca bir resmî şeklin aranması gerekmez. Nitekim İsviçre

¹⁰⁶² “İzah olunan sebeplere binaen mirasa dâhil gayrimenkullerin taksimi hakkında mirasçılar arasında yapılacak sözleşmenin muteber olması için yalnız yazılı olması kâfi olup bu aktin ayrıca Tapu Memuru huzurunda resmî senede bağlanması mecburiyeti olmadığına ve bu itibarla Beşinci Hukuk Dairesinin bu yoldaki son içtihadı kanunun metin ve ruhuna uygun görüldüğüne...” YİBK., 10.12.1952, E. 1950/2, K. 1952/4, www.kazanci.com.tr, E.T. 13.10.2020. “Davacılar vekili, tarafların ... ile ...’nın mirasçıları olduklarını, muristen kalan ...’daki taşınmazların paylaşımı hususunda anlaşmalarını, anlaşmaya göre ... İşte bunun içindir ki, gerek Türk Medeni Kanunu’nun 676/2. maddesi hükmünde ve gerekse 10.12.1952 tarihli ve 2/4 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında taksim sözleşmesinin tüm mirasçıların katılımı ve yazılı olması taksimin geçerliliği için yeterli kabul edilmiştir.” Y. 8. HD, 3.12.2019, E. 2019/5900, K. 2019/10864, www.kazanci.com.tr, E.T. 13.10.2020. Aynı doğrultudaki Yüksek Mahkeme kararları için ayrıca bkz.: Y., 14. HD, 23.06.2020, E. 2019/4447, K. 2020/3929; Y. 8. HD, 05.03.2020, E. 2016/13016, K. 2020/2243; Y. 8. HD, 05.03.2020, E. 2016/13014, K. 2020/2242; Y. 8. HD, 03.12.2019, E. 2019/5900, K. 2019/10864; Y. 1. HD, 22.2.2001, E. 2001/1688, K. 2001/2119; Y. 2. HD, 10.3.2003, E. 2003/1933, K. 2003/3189; Y. 2. HD, 10.03.2003, E. 2003/1933, K. 2003/3189, www.kazanci.com.tr, E.T. 13.10.2020.

hukukunda yer alan uygulama da bu yöndedir. İsviçre Federal Mahkemesi, terekeye konu bir taşınmazın devrini öngören miras taksim sözleşmeleri açısından adî yazılı şekli yeterli görmüştür¹⁰⁶³. Taşınmazlar üzerinde sınırlı aynî hak tesis eden miras taksim sözleşmeleri açısından da durum aynıdır¹⁰⁶⁴.

Türk ve İsviçre hukukunda yer alan yargı uygulamalarına baktığımızda, miras taksim sözleşmesinde şekil konusunun, taşınmazların paylaşılmasıyla sınırlı olarak ele alındığı görülmektedir. Oysa alım hakkında, doğrudan hakkın konusu şeyin mülkiyetinin devrine yönelik bir durum söz konusu değildir. Türk hukukunda meseleyi alım, önalım veyahut da geri alım hakkı çerçevesinde ele alan bir Yargıtay içtihadına da rastlanmamaktadır. Dolayısıyla mevcut öğreti ve yargı kararları üzerinden bir sonuca ulaşmak pek de mümkün değildir. Ancak bu noktada kanaatimiz, miras taksim sözleşmesinde yer alan yazılı şekil şartının, alım hakkı tesisinde yeterli olduğu yönündedir. Çünkü TBK md. 237/II hükmü, resmî şekil şartını, açık bir şekilde alım hakkı sözleşmesi için getirmektedir. Ayrıca taşınmaz mülkiyetinin taksimine ilişkin anlaşmalar için adî yazılı şekli yeterli gören öğreti ve yargı kararları karşısında, ilgili şeklin kapsamına, bir taşınmazın iktisabını elde etme imkânı veren alım hakkını dahil etmek evleviyetlik ilkesinin de bir gereğidir. Bu yönde bir yorum, taşınmaz üzerinde kurulan alım hakkında alım hakkı sözleşmesinin şekline ilişkin olarak ortaya koymuş olduğumuz görüşler ile de bir çelişki oluşturmaz. Çünkü burada bir taşınmazın belirli mirasçı/mirasçılara pay edilmesi söz konusudur. Haliyle bir satış sözleşmesinden bahsetmek mümkün değildir. İkinci olarak, bir taşınmazın paylaşılması karşısında yer alan müessese ise doğrudan alım hakkının kendisidir. Dolayısıyla hakkı kuran alım hakkı sözleşmesine ilişkin bir tartışma konusu zaten yoktur. Hakkı kuran sözleşme ile o sözleşmenin kurduğu hakkın nitelikleri iki farklı başlığın konularıdır. Nitekim buna paralel olarak, İsviçre Federal Mahkemesi de, alım hakkının terekeye konu bir taşınmaz üzerinde miras taksim sözleşmesiyle kurulmasında adî yazılı şekli yeterli görmüştür¹⁰⁶⁵. İsviçre öğretisindeki görüş de bu yöndedir¹⁰⁶⁶. Ancak bunun için, hakkın en nihayetinde

¹⁰⁶³ BGE 86 II 347 ff. (351), E. 3a (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.112, dpn.175'ten naklen).

¹⁰⁶⁴ BGE 100 Ib 121 ff. (123 f.), E. 1 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.112, dpn.176'dan naklen).

¹⁰⁶⁵ BGE 118 II 395 ff. (397), E. 2 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.112, dpn.177'den naklen).

¹⁰⁶⁶ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2468.

mirasçılardan biri veya birkaçı lehine tesis edilmiş olması gerekir¹⁰⁶⁷. Mirasçılar dışında üçüncü bir kişi lehine alım hakkının tanındığı durumlarda ise aranacak şekil yine resmî şekildir.

2.3.6.2.4. Ölüme Bağlı Tasarruflar

Alım hakkının bir ölüme bağlı tasarrufla kurulduğu durumlarda uygulanacak şekil farklılık arz eder. Nitekim öğretide de haklı olarak ifade edildiği üzere, uygulanacak şeklin tespiti için bir sağlararası hukukî işlem mi yoksa ölüme bağlı tasarruf mu bulunduğunun ortaya konulması gerekir¹⁰⁶⁸. Zira ölüme bağlı tasarrufun varlığı halinde, hakkı kuran işlem, artık miras hukukunda yer alan düzenlemelerde öngörülen şekle tabiî olur¹⁰⁶⁹. Bu çerçevede bir taşınmazı konu alan alım hakkının ölüme bağlı bir tasarruf kurulduğu hallerde, hakkı kuran tasarrufa ilişkin şekil kurallarına riayet edilmesi yeterlidir¹⁰⁷⁰. Bu sonuca TMK md. 706/II'de öngörülen düzenlemenin kıyasen yorumlanmasıyla da ulaşılabilmektedir. Gerçekten de söz konusu hükümde, taşınmazı konu alan ölüme bağlı tasarrufların kendine özgü şekil kurallarına tâbi olduğu açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla alım hakkının bir ölüme bağlı tasarruf ile kurulduğu durumlarda, hakkın konusunun bir taşınır veya taşınmaz olması, şekil yönünden önem arz etmez¹⁰⁷¹.

Ölüme bağlı tasarrufla kurulan alım hakkında farklı şekil kurallarından yararlanılabilir. Bu çerçevede, vasiyetname yoluyla hakkın tesisinde TMK md. 532 vd. düzenlenen resmî vasiyetname yoluna başvurulması mümkündür. Bunun gibi, TMK md. 538 gereği, alım hakkı, bir el yazılı vasiyetnameyle de kurulabilir. Ayrıca somut olayda TMK md. 539'da öngörülen şartlar var ise sözlü vasiyetname ile de alım

¹⁰⁶⁷ Simonius ve Sutter, *Immobiliarsachenrecht*, § 12 Rn.12, dpn.30; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.45, dpn.40; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.114; CR OR I-FOËX, N 24 zu Art. 216. (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.114, dpn.185'ten naklen).

¹⁰⁶⁸ Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 72; Böckli, *Aktionärbindungsverträge*, 62. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz.: BGE 99 II 268 ff.; ZR 1985 Nr. 48, S. 115 ff. (Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 72, dpn.447'den naklen).

¹⁰⁶⁹ Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1183; Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 72; Böckli, *Aktionärbindungsverträge*, 62; Schleich, *Option*, 187; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.48; Isler, *Grundbuch*, 33; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.132; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.228.

¹⁰⁷⁰ Schleich, *Option*, 187. Bu konuda benzer açıklamalar için bkz.: Simonius ve Sutter, *Immobiliarsachenrecht*, § 11 Rn.12. Vasiyatne kapsamında bu yönde bkz.: Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku*, 68; Aydoğdu ve Kahveci, *Borçlar Hukuku*, 290.

¹⁰⁷¹ Isler, *Grundbuch*, 33.

hakkının tesisi mümkündür¹⁰⁷². Bununla birlikte miras sözleşmesi ile alım hakkının kurulduğu hallerde ise, TMK md. 545'te yer alan düzenleme gereğince, resmî vasiyetname için öngörülen şekle uygun olarak sözleşmenin yapılması zorunludur.

2.3.6.3. Şeklin Kapsamı

2.3.6.3.1. Genel Olarak

Alım hakkı sözleşmesinde şeklin kapsamı iki farklı şekilde ele alınır. Bunlar irade beyanları ile sözleşmenin içeriğine ilişkin noktalardır. İrade beyanları açısından mesele, alım hakkı alanın iradesinin de şeklin kapsamında yer alıp almaması gerektiği ile ilgilidir. Bu noktada, yazılı sözleşmelerde yalnızca borç altına girenlerin imzasını yeterli bulan TBK md. 14 hükmünün, alım hakkı sözleşmesine ne ölçüde uygulanabilir olduğu tartışmalı bir konudur. Bunun gibi, alım hakkı alanın “borçlu” sıfatına sahip olması için alım hakkı bedelinin mi yoksa kullanma bedelinin mi esas alınması gerektiği ise ayrı bir sorundur. Bu soruna, hakkın bir şekle bağlı olmaksızın kullanılabilme niteliği de eklenince mesele daha tartışmalı bir hale gelmektedir.

Sözleşmenin içeriği açısından konu ele alındığında ise durum biraz daha farklıdır. Zira gerek TBK md. 14 hükmü gerek ise TBK md. 237/II'de yer alan düzenlemeler, sözleşmenin noktaları açısından, şeklin kapsamına ilişkin bir kurala vermemiştir. Bunun sonucu olarak, sözleşmede edim ve karşı edimi oluşturan noktalar ve sözleşmenin objektif ve sübjektif esaslı unsurları şeklin kapsamının belirlenmesinde önem arz etmektedir.

Sözleşmenin değiştirilmesi, sözleşmenin halihazırda mevcut içeriğinde değişiklik yapılmasını veya da yeni bazı hususların sözleşmeye eklenmesini ifade eder¹⁰⁷³. Bu noktada sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin hususlarda mesele TBK md. 13'e göre çözümlenir¹⁰⁷⁴. İlgili hükme göre, yazılı şekil öngörülen sözleşmelerde yapılacak değişikliklerde de yazılı şekil aranmıştır. İkinci fıkrada ise, ilgili hükmün kapsamına diğer geçerlilik şekilleri de dahil edilmiştir. Bu çerçevede resmî şekil şartı

¹⁰⁷² İsviçre hukukunda aynı doğrultuda bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2466; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.227-228; Allgäuer, *Kaufrecht*, 46.

¹⁰⁷³ Bu yönde bkz.: Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.31.24.

¹⁰⁷⁴ İsviçre hukukunda bu yönde ayrıca bkz.: Schleich, *Option*, 187; Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.31.24.

açısından da aynı durum geçerlidir¹⁰⁷⁵. Örneğin; hakkın kullanımı için herhangi bir süreye yer verilmeyen alım hakkı sözleşmesine, taraflarca kullanım süresine yönelik bir düzenleme getirilmek istenmesi halinde, aynı şekilde resmî şekil şartına uyulması gerekir. Son olarak, sözleşme metniyle çelişmeyen yan hükümler eğer taraflardan birinin yükümlülüklerini ağırlaştırıyorsa yine resmî şekil şartına uyulması zorunludur¹⁰⁷⁶.

2.3.6.3.2. İrade Beyanları Açısından

Alım hakkı sözleşmesinde alım hakkı alanın imzasının gerekli olup olmadığı ikili bir ayırım yapılarak incelenmelidir. Bu ayırım sözleşmenin ivazlı veya ivazsız kurulmuş olmasına göre yapılmalıdır.

İvazsız alım hakkı sözleşmesinde irade beyanları açısından şeklin kapsamı oldukça tartışmalıdır. Bu tartışmaların temelinde İBK md. 13'ün birebir karşılığını oluşturan TBK md. 14'teki düzenleme yer almaktadır. Zira bu hüküm, “*yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur*” demektedir. Bu yönüyle de, kurulması ile birlikte en azından bir borç meydana getiren sözleşmelere yönelik getirilmiş özel bir düzenlemedir¹⁰⁷⁷.

Öğretide yer alan hâkim görüşe göre, alım hakkı sözleşmesi için öngörülen resmî şekil şartı alım hakkı alanın irade beyanını kapsamamaktadır¹⁰⁷⁸. Zira alım hakkı

¹⁰⁷⁵ “818 Sayılı mülga BK 12, 6098 Sayılı TBK 13. maddesiyle Hukuk Genel Kurulunun 30/03/1974 tarihli ve 1969/1-1257 E, 308 Sayılı Kararı gereğince, resmî şekle bağlı sözleşmedeki esaslı değişikliğin geçerli olabilmesi için değişiklik içeren sözleşmenin de resmî şekilde yapılması gerekir”, Y. 14. HD, 16.10.2018, E. 2016/5980, K. 2018/6789, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.12.2020. “...edimlerinin aleyhine ve edimleri ağırlaştıracak şekilde değiştirecek olup sözleşmenin düzenlendiği tarihte yürürlükte bulunan 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 12. ve dava tarihi itibari ile yürürlüğe giren 6098 Sayılı TBK'nın 13. maddesi gereği noterde düzenleme şeklinde yapılmadığından geçersizdir.” Y. 15. HD, 07.03.2019, E. 2018/5180, K. 2019/991, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.12.2020. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için ayrıca bkz.: BGE 123 III 97, 99 f.; 95 II 419, 422 f. (Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Rn.31.24'ten naklen).

¹⁰⁷⁶ “Sözleşmede yapılan değişiklik tamamlayıcı koşullarda olsa dahi bu koşullar sözleşmeyle yükümlenilen borçları ağırlaştıracak doğrultuda ve nitelikte ise geçerliliği sözleşmenin bağlı olduğu biçimde yapılmasına bağlıdır... noterde düzenlenen hisse devir sözleşmesinde öngörülmece cezaı koşul, bu biçime uygun olmayan adi yazılı belgeyle kararlaştırılmış olup bu sebeple geçersizdir.” Y. 11. HD, 19.09.2017, E. 2016/10075, K. 2017/4478, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.12.2020. Sözleşmenin değiştirilmesinde aranacak şekil şartlarına ilişkin farklı görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 28, Knr.2.

¹⁰⁷⁷ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.116; Gauch, Schluep ve Schmid, *Obligationenrecht*, Rn.246 ve 505.

¹⁰⁷⁸ Türk hukukunda bu yönde bkz.: Herdem Belen, “Akdi Şuf'a Hakkının Noterde Düzenlenmesi Gereğine İlişkin TapuSicil Tüzüğü'nün Eleştirisi”, *KÜHFD*, 2/2 (1998-1999): 105 vd.; Nurşin Ayiter, *Eşya Hukuku Kısa Ders Kitabı* (Ankara: Savaş Yayınları, 1987), 145; Feyzi Necmeddin

alan taraf, hedeflenen esas sözleşme açısından herhangi bir bağıllık veyahut da borç altına girmemektedir. Ayrıca tapu kütüğünün tutulmasıyla amaçlanan açıklık ve belirlilik ilkeleri her şeyden önce mülkiyeti devreden kişiyi korur. Başka bir deyişle, Kanun'un öngördüğü korumaya ihtiyacı olan kimse mülkiyeti devreden kişidir¹⁰⁷⁹. Dolayısıyla hak sahibinin irade beyanı açısından şekil serbestisi söz konusudur¹⁰⁸⁰.

Hâkim görüş ile aynı sonuca ulaşan bir başka görüş ise, şekil şartını zamansal bir açıdan ele almaktadır. Önalım hakkı kapsamında örnek vererek meseleyi ele alan bu görüş, hakkın kendisinin yirmi beş yıl¹⁰⁸¹ gibi uzun bir süreyi kapsayabileceğine dikkat çekmektedir. Bunun sebebi, bu süre içerisinde hem hakkın konusu şeyin hukukî ve fiilî durumunda hem de hak sahibinin finansal durumunda köklü değişikliklerin meydana gelebilecek olmasıdır. Bunun doğal sonucu olarak da, şeklin öngördüğü koruma aslında arka planda kalmaktadır¹⁰⁸².

Hâkim iki görüş ile aynı sonuca farklı bir gerekçeyle ulaşan üçüncü görüş ise, lafzî yorumdan hareket etmektedir. Bu görüşe göre, TBK md. 237/II ile TBK md. 14 hükümleri bir “sözleşmeden” bahsetmektedir. Alım hakkını kuran sözleşme açısından ise farklı bir yorum yapmaya gerek yoktur¹⁰⁸³. Bunun sonucu olarak, alım hakkı alanın irade beyanının olmaması şekil şartının gerçekleşmesini engelleyen bir durum

Feyzioğlu, “Şufa Hakkının Doğuşu ve Buna Terettüp Eden Hükümler”, *IÜHFM*, XVII/1-2 (1951): 212. İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Spiro, *Beurkundung*, 13 vd., dpn.84 ve özellikle 15 (Noelpp, *Eine Studie*, 75, dpn.6’dan naklen); Steinauer, *droits réels*, Rn.1721b (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.117, dpn.190’dan naklen); Noelpp, *Eine Studie*, 101; Joseph Lorenz Strebel, *Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Pächters gemäss dem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht* (Zürich: Schulthess Verlag, 2009), Rn.1497; Schleich, *Option*, 176; Simonius ve Sutter, *Immobiliarsachenrecht*, § 11 Rn.14; Schmid, *Das Vorkaufsrecht*, 48 vd.; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.116; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.46; Brunner, *Kaufrechte*, 154. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 48 II 227 ff. (233), E. 4; 85 II 565 ff. (568) (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.117, dpn.190’dan naklen).

¹⁰⁷⁹ Noelpp, *Eine Studie*, 82.

¹⁰⁸⁰ Schleich, *Option*, 176-177. Benzer gerekçelerle aynı sonuca ulaşan İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz.: BGE 48 II 233 = ZBGR 3 S. 94: “Da aber aus der Einräumung eines Vorkaufsrechtes zunächst nur dem Promittenten Verpflichtungen erwachsen, während der Promissar bis zur Ausübung seines Zugrechtes von jeder Verbindlichkeit frei bleibt, genügt nach Art. 13 OR, dass die Preisabmachung durch die Unterschrift des Beklagten 1 gedeckt ist.”; BGE 54 II 327 = ZBGR 30 S. 168 und BGE 85 II 568 = ZBGR 43 S. 115; BGE 85 II 572 ff. = ZBGR 43 S. 181 ff (Ott, “Die Abtretung”, 270’den naklen).

¹⁰⁸¹ İsviçre Borçlar Kanunu md. 216’ya göre, önalım hakkında öngörülen azami süre yirmi beş yıldır.

¹⁰⁸² Aktaran Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.118.

¹⁰⁸³ Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.123 vd. ve 130. TBK md. 14’ü karşılayan İBK md. 13 kapsamında aynı sonuca ulaşan bir diğer görüş için bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.72.

oluşturmaz. Dolayısıyla alım hakkı sahibinin imzası sözleşmede yer almasa da şekil şartı sağlanmış olur.

Öğretide yer alan karşıt görüşlere baktığımızda durum oldukça farklıdır. Bu kapsamda, öğretide yer alan aksi yöndeki görüşlerden birincisi, şeklin kapsamı açısından TBK md. 14 hükmünün uygulama alanına ilişkin bir tespit yapılması gerektiğinden hareket etmektedir. Zira öğretideki hakim görüş, TBK md. 14 hükmünün resmî şekil şartı öngören hukukî işlemler için de kıyasen uygulanacağını savunmaktadır¹⁰⁸⁴. Kıyasen uygulamaya ilişkin temel gerekçe ise taşınmazlar üzerinde bağışlama sözü vermeyi resmî şekil şartına bağlayan TBK md. 288/II hükmüdür¹⁰⁸⁵. İşte bu noktada, bu görüşün savunucularından bazı yazarlar bu yaklaşımı eleştirmektedir. Buna göre, resmî şekil şartı prensip olarak sözleşmenin her iki tarafının da irade beyanlarını kapsamaktadır. Bu durum bağışlama sözü verme durumunda oldukça açıktır. Ayrıca TBK md. 14'te yer alan düzenleme, lafzî gereği sadece adî yazılı şekli kapsayan bir düzenlemedir¹⁰⁸⁶. Resmî şekil şartında ise durum tam tersidir. Çünkü resmî şekil şartında yalnızca borç altına giren tarafın beyanının bulunması gerekiyorsa, adî yazılı şekilden farklı olarak, kanun koyucunun bunu açıkça düzenlemesi gerekir. Nitekim kefalet sözleşmesi bu durumun en tipik örneklerinden biridir¹⁰⁸⁷.

Öğretide yer alan karşıt görüşlerden bir diğerine göre ise, hak sahibinin kullanım beyanı, bir borçlandırıcı beyan (*Verpflichtungserklärung*) olarak karşımıza çıkar. Böylelikle kullanım beyanı söz konusu şekil şartına tabi tutulmuş ve bu şekilde sorun çözülmüş olmaktadır¹⁰⁸⁸. Bu görüş çerçevesinde mesele ele alındığında, ivazsız alım hakkı sözleşmesine adeta farazî bir ivazlılık kazandırılmış olmaktadır. Çünkü kullanım beyanı borçlandırıcı bir niteliğe sahip olduğunda, sözleşme kurulduğu anda bu beyanı ileri sürecektir tarafın irade beyanı da, aynı şekilde zorunlu şekil şartına göre açıklanmış olmak zorundadır.

¹⁰⁸⁴ Peter Gauch, Walter R. Schluep ve Pierre Tercier, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. (Zürich: Schulthess Verlag, 1982), Rn.386 vd.; Jörg Schmid, “Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen” (Dissertation, Fribourg, 1988), 151; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.120; Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.46.

¹⁰⁸⁵ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.120; Oser ve Schönenberger, *Bd.V/2*, Art.243, Rn.7.

¹⁰⁸⁶ Aynı yöndeki bir başka görüş için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.120.

¹⁰⁸⁷ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.120; Schmid, “Die öffentliche Beurkundung”, Rn.460 vd. ve Rn.539 vd.

¹⁰⁸⁸ Bu görüş için bkz.: Ott, “Die Abtretung”, 66 vd.; Panchaud/Suter, 58 und 78; Petermann, 133 (Noelpp, *Eine Studie*, 81, dpn.9 ve 10'dan naklen).

Öğretide yer alan bir başka görüş ise, alım hakkı sözleşmesinde mülkiyetin devrine yönelik bir karşı edimden hareket ederek meseleyi ele almaktadır. Bu görüşe göre alım hakkı sözleşmesinde, hakkın kullanılmasından sonra mülkiyetin devrine ilişkin kararlaştırılan bedelden (kullanma bedeli) mahsup edilecek bir alım hakkı bedeli kararlaştırılmışsa, şeklin kapsamında hak sahibinin de irade beyanının yer alması gerekir. Zira burada hak sahibi de, mülkiyetin devrine yönelik edime ilişkin olarak karşı edim niteliğinde bir borç altına girmiş olmaktadır¹⁰⁸⁹. Bu sebeple hak sahibinin irade beyanı TBK md. 14 gereği şeklin kapsamında yer almalıdır. Bu görüşün ortaya koyduğu bir diğer sonuç ise şudur: TBK md. 237/II’de yer alan düzenleme özel bir hükümdür¹⁰⁹⁰. Bu sebeple Kanun’da şekle ilişkin yer alan genel düzenlemelere nazaran öncelikli uygulanmalıdır. Ayrıca TBK md. 237/II hükmü olmasaydı alım hakkı sözleşmesinde bir şekil şartından bahsetmek de mümkün olmazdı. Çünkü ne TMK md. 706’da yer alan düzenleme ne de şekle ilişkin diğer genel düzenlemeler alım hakkı sözleşmesine şekil şartı getirmeye yeterlidir¹⁰⁹¹. Bunun sonucu olarak, söz konusu görüş, alım hakkı bedelinin satış bedelinden mahsup edilmesi haliyle sınırlı olmak kaydıyla bir çözüm sunmaktadır. Alım hakkı bedelinin, satış bedeli üzerinde bir etkiye sahip olmadığı ve yalnızca hakkın tesisi için ödendiği durumlarda, bu bedel, mülkiyetin devrine ilişkin bir role sahip olmadığından, hak sahibinin irade beyanı, şeklin kapsamında yer alan bir unsur olmaz.

Öğretide yer alan bir diğer görüş ise, TBK md. 237/II’de yer alan resmî şeklin gerekçesini esas sözleşme olarak ele almaktadır. Burada ifade edilen esas sözleşme, konusunu taşınmazın oluşturduğu bir satış sözleşmesidir. Taşınmaza ilişkin satış sözleşmesi ise, ilk fıkra gereğince, resmî şekil şartına bağlanmıştır¹⁰⁹². Ayrıca söz konusu resmî şekil şartının kapsamında sözleşmenin her iki tarafının irade beyanları yer almaktadır¹⁰⁹³. Bu durum şeklin amacı göz önüne alındığında makul bir yorum olarak gözükmektedir. Zira şeklin amaçlarından biri tarafların aceleyle ve yeterli ölçüde

¹⁰⁸⁹ Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Noelpp, *Eine Studie*, 82-83.

¹⁰⁹⁰ Noelpp, *Eine Studie*, 82.

¹⁰⁹¹ Genel olarak şekle ilişkin hükümler kapsamında bkz.: Noelpp, *Eine Studie*, 82-83. Aynı doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.110.

¹⁰⁹² Alım hakkı kapsamında bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 86 II 33 E.a (Schleich, *Option*, 177, dpn.11’den naklen).

¹⁰⁹³ Schleich, *Option*, 177; Noelpp, *Eine Studie*, 75. Kanaatimizce, söz konusu görüşün burada vurgulamak istediği nokta, taşınmaz satış sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması ve dolayısıyla da her iki tarafın irade beyanlarının şekil şartına tabi olması açısından hiçbir kuşkuyla yer olmadığının sabit olmasıdır.

düşünmeden bir sözleşme yapmalarına karşı tarafları korumaktır¹⁰⁹⁴. Ayrıca alım hakkı sözleşmesi yapılırken esas sözleşmeyi oluşturan satış sözleşmesinin içeriği de önceden belirlenmiştir. Bu belirlilik ise, alım hakkı alanın irade beyanının şeklin kapsamından istisna tutulmasını gerektirecek bir durum oluşturmamalıdır¹⁰⁹⁵. Hatta alım hakkı alanın, hakkı bir şekle bağlı olmaksızın kullanabilecek olması, şeklin kapsamında onun da irade beyanının yer alması sonucunu gerektirir¹⁰⁹⁶. İsviçre Federal Mahkemesi de, şeklin kapsamında, her iki tarafın da irade beyanlarının bulunması gerektiğini ifade etmektedir¹⁰⁹⁷. İsviçre hukukunda yer alan bazı yazarlar da, netice itibarıyla, her iki tarafın irade beyanlarının resmî şeklin kapsamında yer alması gerektiğini ileri sürmektedir¹⁰⁹⁸. Alman hukukundaki görüş de bu yöndedir¹⁰⁹⁹.

Öğretide yer alan son görüşe baktığımızda ise, resmî şekil öngören düzenlemenin, şeklin gerçekleştirilme yöntemine ilişkin bir düzenleme getirmediğini söylemektedir. Başka bir deyişle, taraflar iradelerini resmî şekle göre elbette açıklamak zorundadır. Ancak daha sonra, resmî senedi, her iki tarafın imzalamak zorunda olup olmadığı hükmün kapsamında yer almamaktadır. Söz konusu düzenleme yalnızca resmî şekli öngörmüştür¹¹⁰⁰. Ancak kurma teorisine göre, hak sahibi hakkı kullanmadığı müddetçe henüz bir borç altına girmediğinden, onun imzasının gerekmediği ifade edilmektedir¹¹⁰¹.

İvazsız alım hakkı sözleşmesi açısından öğretide yer alan ilk üç görüşün, uygulama açısından, aslında oldukça önemli bir sorunla karşı karşıya kaldığını söylemek mümkündür. Bu görüşlere göre, alım hakkı alanın irade beyanı şeklin kapsamından çıkarılmış olacağından, yeni malikin (alım hakkı sahibinin) irade beyanında şekil şartına riayet edilmeksizin taşınmaz mülkiyetinin devri mümkün olmaktadır¹¹⁰². Ancak buna rağmen, hakim görüşün hak sahibinin bir bağlılık ve borç

¹⁰⁹⁴ Schleich, *Option*, 177; Noelpp, *Eine Studie*, 74.

¹⁰⁹⁵ Schleich, *Option*, 177.

¹⁰⁹⁶ Schleich, *Option*, 177.

¹⁰⁹⁷ BGE 90 II 157; BGE 104 II 103 (Noelpp, *Eine Studie*, 75, dñ.9'dan naklen).

¹⁰⁹⁸ Isler, *Grundbuch*, 32; Pfäffli ve Byland, "Vorkaufsrecht", 292; Oser ve Schönenberger, *Bd.V/2*, Art.216, Rn.22; Wissmann, *Verwandte Verträge*, Rn.1426.

¹⁰⁹⁹ Henrich, *Vorvertrag*, 244.

¹¹⁰⁰ İBK md. 216/II çerçevesinde ele alınan bu görüş için bkz.: Ott, "Die Abtretung", 265.

¹¹⁰¹ Ott, "Die Abtretung", 266.

¹¹⁰² Benzer yöndeki eleştiriler için bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681* Rn.72. Bu eleştirileri ele alan görüşe göre, taşınmaz mülkiyetinin devrine yönelik bu şekilde istisnâ bir durumun nasıl gerçekleşebileceğine ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681* Rn.73.

altına girmediği yönündeki iddiası, TBK md. 14 hükmü karşısında hukukî açıdan oldukça tutarlı ve makul gözükmektedir. Hakka ilişkin zamansal bir yaklaşımdan hareket eden ikinci görüşün ise tutarlı bir gerekçe ortaya koyamadığını söylemek mümkündür. Çünkü şekil şartının aranması açısından önemli olan husus sözleşmenin yapıldığı andır. Kanun'un bir hak için öngördüğü azami sürenin uzunluğu da, şekil şartına yönelik bir eleştiri olarak, kanaatimizce, ileri sürülememelidir. Aksi yönde bir yorum, kanun koyucunun kendi iradesiyle çelişmesi anlamına gelmektedir ki, bu da Kanun'un bütününe hakim olan ruha aykırılık oluşturur. Kanun'u lafzen yorumlayarak sadece “sözleşme” kavramı üzerinden meseleyi ele alan son görüş açısından ise şunu söylemek mümkündür: TBK md. 237/II'de yer alan düzenleme alım hakkı sözleşmesinin şekli açısından bir özel hükümdür. Özel hükmü gözardı ederek bir sonuca ulaşmaya çalışmak ise, kanaatimizce, doğru bir yöntem değildir. Tutarlı bir tespiti ortaya konmasına karşı da bir engel oluşturur.

Alım hakkı alanın irade beyanını şeklin kapsamına dahil eden öğretici görüşlerinde ise oldukça farklı gerekçelerle karşılaşılmaktadır. Bu kapsamda ilk olarak, kullanım beyanını bir borçlandırıcı beyan şeklinde ele alan görüşün doğru bir gerekçe ortaya koyduğunu söylemek güçtür. Çünkü yenilik doğuran bir hakkın kullanımının borçlandırıcı bir beyan olarak ele alınması, kanaatimizce, mümkün değildir. Ayrıca hakkın kullanımı neticesinde alım hakkı sahibi açısından doğan yükümlülüklerin kaynağı da teorik açıdan yanlış izah edilmektedir. Bunun sebebi, alım hakkı alana birtakım borçlar yükleyen sebebin hakkın kullanımından ziyade; o hakkın kullanımı neticesinde kurulan satış sözleşmesi olmasıdır. Buna ilaveten, hakkın kullanılması hak sahibi açısından teorik anlamda bir yükümlülük olarak da ele alınamaz. Öte yandan bu görüş, hakkın kullanıldığı ve kullanılmadığı zamanlar açısından yeknesak bir çözüm sunamamaktadır. Çünkü hakkın kullanılmadığı hallerde sözde bir borçlandırıcı beyan da bulunmayacağından, alım hakkı alanın irade beyanını şeklin kapsamına dahil etmeye gerek kalmayacaktır. Kullanım beyanının ileri sürüldüğü hallerde ise şekil şartının ne zaman ve nasıl gerçekleştirilebileceği ise ayrı bir sorundur. Benzer eleştirileri mülkiyetin devrinde karşı bir edimden hareket eden görüş için de yapmak mümkündür. Zira alım hakkı bedelinin mülkiyetin devrinde bir karşı edim olarak alınıp alınmaması tarafların irade beyanından ziyade; alım hakkı bedelinin şekil şartının kapsamında yer alıp almayacağı ile ilgili bir sorundur. Bunun dışında alım hakkı bedelinin mahsup etme

fonksiyonundan hareket ederek meseleyi ele almak, kanaatimizce, tartışmaları sonlandırabilecek nitelikte de değildir. Çünkü bu görüş de şekil sorununu çok dar bir kapsamda incelemekte ve sorunun çözümü açısından yeknesak bir sonuç ortaya koymamaktadır. Son olarak şeklin sebebini esas sözleşme üzerinden açıklayan ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin de kabul ettiği görüş için ise şunu söylemek mümkündür: Bu görüş hakkın kullanımında şekil serbestisine vurgu yaparak aslında oldukça önemli bir noktaya değinmektedir. Ancak alım hakkı sözleşmesini taşınmaz satışıyla eşdeğer konuma taşıyarak, kanaatimizce, yanlış bir nitelendirme içerisindedir.

İvazlı alım hakkı sözleşmesinde ise irade beyanları açısından şeklin kapsamına yönelik olarak öğretide bir tartışma yer almamaktadır. Kanaatimizce, bunun sebebi, hakkın bir ivaz karşılığı kararlaştırılmış olması sebebiyle alım hakkı alan tarafın TBK md. 14 kapsamında “*borçlu*” kişi olacağının kabulüdür. En azından ivazsız alım hakkı sözleşmesi için ileri sürülen öğreti görüşlerinden çıkan sonuç bu şekildedir. Bunun sonucu olarak, sözleşmede hakkı alan tarafın da imzasının bulunması gerekmektedir. Ancak kanaatimizce, ivazlı alım hakkı sözleşmesinde, meseleyi bu gerekçeyle çözmeye çalışmak doğru bir yaklaşım değildir. Çünkü alım hakkı bedelinin taraflarca farklı şekillerde kararlaştırılabilmesi mümkündür. Bedelin kararlaştırılma şekli ise sözleşmenin tam iki tarafa borç yükleyen bir karaktere sahip olup olmaması üzerinde son derece belirleyici bir etkiye sahiptir¹¹⁰³. Ayrıca bazı hallerde, alım hakkı bedelinin ödenmesi hakkın kullanılmış olması şartına da bağlanmış olabilir. Böyle bir durumda, hak kullanılmazsa bedel zaten hiç ödenmemiş olur. Buna ilaveten taraflar, alım hakkı bedelinin, hakkın kullanılmadığı durumlarda ödenmesini kararlaştırmış da olabilir. Böyle bir durumda, hak kullanıldığı takdirde bedel hiç ödenmezken; kullanılmadığı hallerde bedel ödeme yükümlülüğü gündeme gelir. Bu sebeple tek başına alım hakkının kararlaştırılmış olması, meselenin çözümünde, kanaatimizce tutarlı bir çıkış noktası değildir. Ayrıca bedelin kararlaştırılma şeklinin de göz önünde bulundurulması gerekir. Bu durum ivazsız alım hakkı sözleşmesinde öne sürülen öğreti görüşleri için de aynıdır.

Kanaatimizce alım hakkı alanın irade beyanı, ivazsız alım hakkı sözleşmesinde, şekil şartının kapsamında yer alan bir unsur değildir. Bunun temel

¹¹⁰³ Alım hakkı bedelinin kararlaştırılma şekilleri ve bunun sonucu olarak alım hakkı sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup olmadığına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz.: İkinci Bölüm, Tek Tarafa – İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme Ayırımı başlığı.

sebebi TBK md. 14'teki hükmün lafzıdır. Gerçekten de ilgili hükme göre, sözleşmelerde yalnızca borç altına girenlerin imzalarının bulunması gerektiği açıktır. Bu yönüyle de, tartışmaya açık herhangi bir durum söz konusu değildir.

TBK md. 14 hükmü karşısında, alım hakkı alanın imzasının ivazsız alım hakkı sözleşmesinde yer almamasına yönelik birtakım eleştiriler akla gelebilir. Örneğin; Türk hukukunda hak sahibinin, hakkın kullanılmasından sonraki aşamada borç altına gireceğinden hareketle, onun da imzasının bulunması gerektiği savunulmaktadır¹¹⁰⁴. Keza Alman hukukunda da belirli bir sözleşme için şekil şartının öngörüldüğü durumlarda, bu esas sözleşmeye yönelik opsiyon sözleşmesinin, esas sözleşmenin tabî olduğu şekle uygun olarak akdedilmiş olması gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁰⁵. Bu şu demektir: Alım hakkı sözleşmesinde yer alan esas sözleşme bir taşınmaz satış sözleşmesidir. Taşınmaz satış sözleşmesi ise TMK md. 706 gereği resmî şekil şartına tabidir ve bu resmî şeklin kapsamında her iki tarafın da imzası bulunur. Çünkü kanun koyucu bir şekil şartı öngörmüş ise, bu şekil, aynı zamanda alım hakkı sözleşmesinde ilgili esas sözleşmenin noktaları için de uygulama alanı bulur. İşte taşınmaz satışının objektif esaslı noktalarında tarafların anlaşması yer aldığından, alım hakkı sözleşmesinde hakkı alan tarafın da, bu sebeple imzasının yer alması zorunludur. Dolayısıyla alım hakkı sözleşmesine her iki tarafın da imza atması gerekir. Bunun gibi, İsviçre hukukunda ise, hakkın bir şekil şartına bağlı olmaksızın kullanılabilirliğinin sözleşmede her iki tarafın imzasına yer verilmesi şartıyla güvence altına alınabileceği ifade edilmektedir¹¹⁰⁶. Ancak sözleşme bir kez akdedildikten sonra sözleşmede yapılan değişiklikler açısından aleyhine değişiklik söz konusu olan tarafın beyanı yeterlidir¹¹⁰⁷.

¹¹⁰⁴ Tekinay, *Taşınmaz Mülkiyetinin*, 21. Herhangi bir gerekçeye yer vermeksizin, hak sahibinin de imzasının bulunması gerektiği yönündeki bir diğer görüş için bkz.: Eren, *Özel Hükümler*, 203.

¹¹⁰⁵ Bu görüşe göre, belirli bir sözleşme için şekil şartının öngörüldüğü durumlarda, bu esas sözleşmeye yönelik opsiyon sözleşmesinin de söz konusu şekle uygun olarak akdedilmiş olması gerekir. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 127. Taşınmaz satışına ilişkin olarak öneri teorisi kapsamında bu yönde ayrıca bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 244-245. İsviçre hukukunda yer alan bir görüşe göre de, Mehaz Kanun md. 13'ü karşılayan TBK md. 14'teki “bir sözleşme” ifadesi esas sözleşmenin kendisini ifade eder. Alım hakkı sözleşmesi açısından esas sözleşmeyi oluşturan işlem ise satış sözleşmesidir. Taşınmaz satışının geçerli olarak kurulması ise onun resmî şekilde yapılmış olmasına bağlıdır. Dolayısıyla TBK md. 237/II hükmü yer almasaydı, dahi bir taşınmazı konu alan alım hakkı sözleşmesi açısından aranacak şekil, yine resmî şekil olurdu. Ancak bu sefer şeklin kaynağını TBK md. 237/II değil; TMK md. 706/I hükmü oluştururdu. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.1914.

¹¹⁰⁶ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.117, dpn.191'de yer alan atıf dolayısıyla Rn.832 ve orada anılan yazarlar.

¹¹⁰⁷ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2474. Bu doğrultuda daha kapsamlı bir inceleme için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.251.

Örneğin; alım hakkı süresinin uzatılmasına ilişkin bir değişiklik için yalnızca alım hakkı verenin irade beyanı şeklin kapsamında yer alır¹¹⁰⁸. Ancak alım hakkına ilişkin yapılan değişikliğin tapu kütüğüne kaydedilmesi için, tescil talebin bulunan kişinin, her halukârda önceden resmî şekilde hazırlanmış olan alım hakkı sözleşmesini tapu dairesine ibraz etmesi şarttır¹¹⁰⁹. Ayrıca taşınmaz üzerinde örneğin bir rehin bulunuyorsa rehin alacaklısının muvaffakatini gösteren belgenin de sunulması gerekir¹¹¹⁰.

Kanaatimizce gerek Türk gerek ise İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde ileri sürülen bu görüş ve eleştiriler, TBK md. 14 gereğince alım hakkı sahibinin imzasını şeklin kapsamından muaf tutan görüş karşısında, kayda değer bir açıklama ortaya koyamamaktadır. Çünkü alım hakkı sözleşmesine ilişkin resmî senet NK md. 89 gereği düzenleme şeklinde tanzim edilmelidir. Düzenleme şeklinde tanzim edilen resmî senede ise her iki tarafın da imza atması zorunludur. Bu sebeple de, söz konusu görüşlerin ortaya koyduğu gerekçeler pratik açıdan bir anlam ifade etmemektedir.

Miras taksim sözleşmesiyle kurulan alım hakkında ise sözleşmenin tüm mirasçılar tarafından imzalanması gerekir. Bu çerçevede lehine hak tesis edilen mirasçılarının imzasının da sözleşmede bulunması zorunludur¹¹¹¹.

2.3.6.3.3. Sözleşmenin İçeriği Açısından

2.3.6.3.3.1. Genel Olarak

Alım hakkı sözleşmesinde şeklin kapsamını objektif¹¹¹² ve subjektif esaslı noktalar oluşturmaktadır¹¹¹³. Objektif ve subjektif esaslı noktalara ilişkin ayırım şeklin

¹¹⁰⁸ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2474.

¹¹⁰⁹ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2475.

¹¹¹⁰ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2476.

¹¹¹¹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.131.

¹¹¹² Merz, *Vertrag*, Rn.336; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.133; Schmid, “Die öffentliche Beurkundung”, Rn.580 vd. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 123 III 97 ff. (100) (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.133, dpn.210’dan naklen).

¹¹¹³ Türk hukukunda bu yönde bkz.: Eren, *Özel Hükümler*, 219; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 233; Şahan, *Tapu Sicilinde*, 75. İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Merz, *Vertrag*, Rn.336; Gauch, Schluep ve Schmid, *Obligationenrecht*, Rn.537 vd.; Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.1918; Allgäuer, *Kaufrecht*, 40; Pfäffli ve Byland, “Vorkaufrecht”, 293; Schleich, *Option*, 184; Huguenin, *Obligationenrecht*, Rn.365 vd.; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.45; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.134; Schwenger, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.31.20. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz.: BGE 125 III 131, 133; 113 II 402, 404 (Schwenger,

kapsamı açısından teorik bir öneme sahiptir. Zira alım hakkı sözleşmesi muhteva itibariyle iki farklı içeriğe sahiptir. Bunlar; alım hakkının tesisi ile hakkın kullanılması neticesinde kurulan satış sözleşmesine ilişkin düzenlemelerdir. Bu noktada sözleşmenin objektif esaslı unsurlarını satış sözleşmesine ilişkin düzenlemeler karşılarken; sübjektif esaslı noktalar hakkın tesisine yönelik düzenlemeler olarak karşımıza çıkar.

Tarafların tamamlayıcı hukukun uygulanmasını kabul ettiği noktaları resmî şeklin kapsamında belirtmesi zorunlu değildir¹¹¹⁴. Bu kapsamda sözleşmenin esaslı olmayan yan noktalarının taraflarca sözlü olarak kararlaştırılması mümkündür¹¹¹⁵. Bunun gibi, esaslı olmayan yan noktaların da şeklin kapsamında yer alması gerekmez. Dolayısıyla sözlü olarak yapılmış bir anlaşma bu noktada yeterlidir¹¹¹⁶.

2.3.6.3.3.2. Esas Sözleşmeye İlişkin Hükümler

Sözleşme içeriği açısından incelenmesi gereken ilk husus esas sözleşmeye ilişkin hükümler (*hauptvertragliche Bestimmungen*)¹¹¹⁷ olarak karşımıza çıkar. Alım hakkı kapsamında bu düzenlemeleri satış sözleşmesine ilişkin hükümler (*kaufvertragliche Bestimmungen*) şeklinde ifade etmek de mümkündür¹¹¹⁸. Zira alım hakkı sözleşmesinde yer alan esas sözleşme her zaman bir satış sözleşmesidir.

Esas sözleşmeye ilişkin hükümlerde şeklin kapsamı özellik arz etmez. Başka bir deyişle, esas sözleşmede yer alan sözleşme noktaları için bir şekil şartına yer verilmişse, esas sözleşmenin bir alım hakkı sözleşmesi ile düzenlenmesi halinde aynı şekil şartına riayet edilmesi zorunludur¹¹¹⁹. Bu çerçevede TMK md. 706/I'da taşınmaz mülkiyetinin devri açısından resmî şekil şartı öngörüldüğünden, bir taşınmaz satış sözleşmesinde esaslı nokta olması sebebiyle resmî şekle tabî olan unsurlar, aynı şekilde alım hakkı sözleşmesinde de resmî şeklin kapsamında yer alır.

Schweizerisches Obligationenrecht, Rn.31.20'den naklen); BGE 123 III 97 ff. (100) (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.134, dpn.212'den naklen).

¹¹¹⁴ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.1915.

¹¹¹⁵ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.1915.

¹¹¹⁶ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.1915.

¹¹¹⁷ Schleich, *Option*, 184.

¹¹¹⁸ Schleich, *Option*, 184; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.134.

¹¹¹⁹ İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Schleich, *Option*, 184; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.135. Alman hukukunda bu yönde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 127; Henrich, *Vorvertrag*, 244-245.

Alım hakkı sözleşmesinde objektif esaslı noktalar olarak şeklin kapsamında yer alan unsurlar taraflar, hakkın konusu şey ve kullanma bedelidir¹¹²⁰. Taraflar açısından sözleşmeyi yapan alım hakkı veren ya da alanın temsilcisi ise, onun da adının sözleşmede yer alması gerekir¹¹²¹. Bunun gibi, taşınmazın bulunduğu yer ve niteliğine¹¹²² ilişkin bilgiler de aynı şekilde bu kapsamdadır¹¹²³.

Objektif esaslı noktalar açısından önem arz eden meselelerden bir diğerini objektif esaslılık (*objective Wesentlichkeit*) oluşturur. Objektif esaslılık kriterine göre, edim ve karşı edim ilişkisini düzenleyen noktalar da aynı şekilde şeklin kapsamında yer alır¹¹²⁴. Örneğin; taşınmaza yönelik karşı edimin para olması hali yanı sıra; aynı zamanda taşınmaz satışı açısından atipiklik arz eden farklı edim yükümlülüklerinin şeklin kapsamında yer alması zorunludur¹¹²⁵. Bunun gibi, sözleşmenin yapılmasından önce taraflardan birinin kaparo niteliğinde yapmış olduğu ödemelerde de durum böyledir¹¹²⁶. Keza kullanma bedelinin ödenmesine yönelik olarak taraflar, bir koşula yer vermek istiyorsa, bu koşulun da ilgili şekil şartına bağlı olarak düzenlenmesi gerekir. Alım hakkı kullanıldığında, kullanma bedelinin, hakkın konusu taşınmaza ilişkin imar izninin alınması halinde ödeneceğinin kararlaştırılması bu misaldendir. Son olarak, ceza

¹¹²⁰ Bu doğrultuda bkz.: Forstmoser ve Kuchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1182; Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 63; Allgäuer, *Kaufrecht*, 40; Schwenger, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.31.21. Taşınmaz satışı kapsamında, taşınmaz konusu ile bedel şeklinde meseleyi ele alan görüşler için bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.1920; Cavin, *Kauf*, 129 vd. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 119 II 135, E. 2 (Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.1921'den naklen).

¹¹²¹ Schwenger, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.31.21. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 112 II 330, 332 (Schwenger, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.31.21'den naklen).

¹¹²² Arazi, bina veya da sınırlı aynı hak gibi.

¹¹²³ Schwenger, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.31.21; Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 127 HI 248, 255 (Schwenger, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.31.21'den naklen).

¹¹²⁴ Gauch, Schlupe ve Schmid, *Obligationenrecht*, Rn.537 vd.; Schleich, *Option*, 184; Huguenin, *Obligationenrecht*, Rn.365 vd.; Schwenger, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.31.22.

¹¹²⁵ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.1921; Cavin, *Kauf*, 129 vd. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında bu doğrultuda görüş beyan etmiştir. Mahkemeye göre, şekil zorunluluğunun kapsamında, taşınmaza karşı edim oluşturan veya da onunla bir mübadele ilişkisinde olan edimler yer alır. Dolayısıyla alım hakkının tanınması karşılığında, diğer tarafın ayrıca hakkı tanıyan tarafa birtakım yapı işlerini devretmesi halinde, bu edimlere ilişkin hususların resmî şeklin kapsamında yer alması gerekmez. Bu karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: BGE 86 II 33 (Henrich, *Vorvertrag*, 250 vd.'den naklen). Aynı doğrultudaki bir başka İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 5A.33/2006 vom 24.4.2007, E. 4 (Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.1921'den naklen).

¹¹²⁶ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.1922; Schwenger, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.31.21. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE, 24.4.2007, 5A.33/2006 (Schwenger, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.31.21'den naklen).

koşuluna ilişkin düzenlemelerde de, aynı şekilde ilgili şekil şartına riayet edilmesi zorunludur. Zira bu tür anlaşmalar da şekil şartının kapsamında yer alan unsurlar olarak değerlendirilmektedir¹¹²⁷.

2.3.6.3.3.3. Alım Hakkına İlişkin Hükümler

2.3.6.3.3.3.1. Genel Olarak

Sözleşme içeriği açısından incelenmesi gereken bir diğer husus alım hakkına ilişkin hükümler (*kaufrechtliche Bestimmungen*) olarak karşımıza çıkar¹¹²⁸. Alım hakkının süresi, şerhi, koşul ve vadeye ilişkin kayıtlar, hakkın kullanımına ilişkin sınırlandırmalar, devri ve miras yoluyla intikaline ilişkin düzenlemeler ve alım hakkı bedeli gibi hususlar alım hakkına ilişkin hükümlerdir¹¹²⁹.

Alım hakkına ilişkin hükümlerde şeklin kapsamı, esas sözleşme hükümlerine nazaran farklılıktır. Bu durum, alım hakkına ilişkin hükümlerin, genel olarak sözleşmenin subjektif esas noktalarını oluşturmasından kaynaklanır. Çünkü subjektif esaslı noktaların şeklin kapsamı açısından ele alınışı öğretide tartışmalı bir konudur.

Öğretideki hakim görüşe göre, subjektif esaslı noktalar, ancak sözleşmenin doğal yapısı çerçevesinde ele alınabilir olduğu ölçüde şeklin kapsamında yer alır¹¹³⁰. Tipik edim değişimini somutlaştıran (taşınmaza karşı bedel gibi), hiç ifa edilmeme veya gereği gibi ifa etmeme gibi hallerin sonuçlarını düzenleyen noktalar bu kapsamda kabul

¹¹²⁷ Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.31.22.

¹¹²⁸ Opsiyon hakkı çerçevesinde, opsiyon hakkına ilişkin hükümler (*optionsrechtliche Bestimmungen*) şeklindeki ifade için bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2452. Opsiyon sözleşmesine ilişkin hükümler (*optionsvertragliche Bestimmungen*) şeklinde ifade için bkz.: Schleich, *Option*, 184; Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.134.

¹¹²⁹ Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.134. Bu doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Schleich, *Option*, 185. Nispeten benzer ayrımlarla bir inceleme yapan görüşler için ayrıca bkz.: Brunner, *Kaufrechte*, 161 vd.; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.141 vd.

¹¹³⁰ Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.31.23; Pfäffli ve Byland, "Vorkaufsrecht", 293; Gauch, Schlupe ve Schmid, *Obligationenrecht*, Rn.537 vd.; Schleich, *Option*, 184; Huguenin, *Obligationenrecht*, Rn.365 vd. Alım hakkı sözleşmesi kapsamında bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 5A_651/2010 vom 17. Januar 2011, E. 5.2.1 ve aynı yöndeki bir diğer kararlar için bkz.: BGE 135 III 295 ff. (299), E. 3.2 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.134, dpn.213'ten naklen); BGE 113 II 402, E. 2 (Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.1928'den naklen); BGE, ZBJV 1999, 173,174; BGE 119 II 135, 138; 113 II 402, 404 (Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.31.23'ten naklen). Önalm hakkı sözleşmesi kapsamında benzer açıklamalar için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.134. Taşınmaz satış kapsamında benzer açıklamalar için bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.1918 ve 1928.

edilmektedir¹¹³¹. Öğretide yer alan bu görüşün ortaya koyduğu yol, kanaatimizce, oldukça makul ve elverişli gözükmektedir. Bu yönüyle de, alım hakkı sözleşmesi için uygulanabilir niteliktedir. Ancak tek başına yeterli olduğunu söylemek güçtür. Bunun sebebi, alım hakkı sözleşmesinin muhtevasını, ikili bir ayırıma tabî olan farklı düzenlemelerin oluşturuyor olmasıdır. Dolayısıyla şeklin kapsamı tayin edilirken, bu sözleşmenin karakteristik niteliğini göz önüne almak, bir tercihten öte ihtiyaçtır.

Alım hakkı sözleşmesinde sübjektif esaslı noktalar açısından şeklin kapsamı ele alınırken, ayrıcalıklı bir öneme sahip olmaları sebebiyle, hakkın kullanımına yönelik düzenlemelerin ön planda tutulması gerekir. Zira alım hakkına ilişkin hükümlerin şeklin kapsamı yönünden değerlendirilmesinde, hakim görüşün ortaya koyduğu ölçütler dışında, belirleyici bir ölçüt daha yer almaktadır. O da, söz konusu hükümlerin ya esas sözleşmenin tamamı ya da şekle tabî olan bir sözleşme noktasıyla ilgili bir düzenlemeyi içeriyor olmasıdır¹¹³². Bunun sebebi, söz konusu hükümlerin, alım hakkının geçerli olarak kullanımına ilişkin ön şartları ele alan düzenlemelerden oluşmasıdır¹¹³³. Esas sözleşme de, hak, ancak geçerli olarak kullanıldığı anda kurulmuş olmaktadır. Dolayısıyla alım hakkının geçerliliği, süresi, devri ve mirasla intikaline ilişkin düzenlemeler¹¹³⁴ ile taşınmazlar açısından hakkın şerhine yönelik anlaşmalar¹¹³⁵ esas sözleşmeyi ilgilendiren noktalar olarak değerlendirilmektedir. Bunun sonucu olarak, sözleşmenin tabî olduğu şeklin kapsamında yer almaları gerekmektedir. Örneğin; alım hakkına ilişkin bir süreye yer verilen durumlarda, bu sürenin, şeklin kapsamında yer alması zorunludur¹¹³⁶. Çünkü süreye ilişkin bir düzenleme, alım hakkı verenin edimini

¹¹³¹ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.1929. Edim ve karşı edimi düzenleyen veya edim yükümlülüğünün teyit eden noktaların da bu kapsamda olduğu yönündeki görüş için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.134; Schmid, “Die öffentliche Beurkundung”, Rn.583. Örneğin; kullanma bedeline mahsup edilmek üzere kararlaştırılmış parasal edim dışındaki bir edim yükümlülüğü (bir yapının inşası) bu kapsamdadır. Nispeten bu doğrultudaki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 94 II 270, 273 (Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.31.23’ten naklen). Sübjektif esaslı noktaların şeklin kapsamına alınabilirliği noktasında ele alınan diğer örnekler hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz.: Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.31.23.

¹¹³² Bu yönde bkz.: Schleich, *Option*, 184-185.

¹¹³³ Schleich, *Option*, 185.

¹¹³⁴ Schleich, *Option*, 185. Aynı doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Brunner, *Kaufrechte*, 161 vd.; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.141 vd.; Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 73 vd.

¹¹³⁵ Schleich, *Option*, 185.

¹¹³⁶ Allgäuer, *Kaufrecht*, 40; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.143; Brunner, *Kaufrechte*, 161. Benzer doğrultudaki açıklamalar için bkz.: CR OR I-FOEX, N 26 zu Art. 216 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.145, dpn.234’ten naklen). Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 97 II 53 ff. (56), E. 3 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.145, dpn.230’dan naklen).

açıklayan bir niteliğe sahiptir. Bu sebeple de, esas sözleşmeyi ilgilendiren sübjektif esaslı nokta olarak değerlendirilir ve şekil zorunluluğunun kapsamında yer alması gerekir¹¹³⁷. Bu noktada sürenin, hakkın geçerliliğine ya da kullanımına ilişkin olması arasında bir fark yoktur. Bu durum hakkın devri¹¹³⁸ veya mirasla intikaline ilişkin anlaşmalar için de aynıdır¹¹³⁹. Çünkü bu tür anlaşmalar, alım hakkı verenin edimini açıklayan niteliğe sahiptir¹¹⁴⁰. Son olarak şerhe ilişkin bir anlaşmaya yer verildiği durumlarda, bu anlaşmaların da, şeklin kapsamında yer alması şarttır¹¹⁴¹. Bunun sebebi, hakkın şerh edilebilirliğine ilişkin bir anlaşmanın, alım hakkı verenin edimini destekleyici bir niteliğe sahip olmasıdır. Başka bir deyişle, onun edimi ile doğrudan ilgili bir düzenleme teşkil etmesidir. Bunun sonucu olarak da, şekil zorunluluğunun kapsamında yer alması gerekir¹¹⁴².

2.3.6.3.3.2. Alım Hakkı Bedeli

Alım hakkı bedelinin şeklin kapsamında yer alıp almayacağı tartışmalı bir konudur. Tartışmaların kaynağını, alım hakkı bedelinin, esas sözleşme karşısındaki konumu ve kararlaştırılma şeklindeki farklılıklar oluşturur.

Öğretide yer alan ilk görüşe göre, alım hakkı bedeli kural olarak şeklin kapsamında yer almaz. Zira bu bedel ne genel olarak esas sözleşme ne de onun şekle tabi noktaları açısından bir öneme sahiptir¹¹⁴³. Nitekim İsviçre hukukunda da, bu bedelin, hakkın konusu şeyin devri açısından genel olarak bir karşı edim oluşturmayacağı ifade edilmektedir¹¹⁴⁴.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararına yansıyan görüşe göre, alım hakkı bedeli, ancak hakkın konusu şeyin devrine yönelik bir karşı edim olarak ele alınabilir

¹¹³⁷ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.143.

¹¹³⁸ Brunner, *Kaufrecht*, 162; Pfäffli ve Byland, "Vorkaufsrecht", 292. Bu doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: CR OR I-FOEX, N 6 zu Art. 216b (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.145, dpn.234'ten naklen).

¹¹³⁹ Allgäuer, *Kaufrecht*, 40; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.46; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.145-146.

¹¹⁴⁰ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.145-146.

¹¹⁴¹ Brunner, *Kaufrecht*, 162; Allgäuer, *Kaufrecht*, 40; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.45; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.45; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.144. Aynı doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: CR OR I-FOEX, N 9 zu Art. 216a; Steinauer, *droits réels*, Nr. 1724 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.144, dpn.232'den naklen).

¹¹⁴² Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.144.

¹¹⁴³ Schleich, *Option*, 185.

¹¹⁴⁴ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.46.

olduğu ölçüde şeklin kapsamına dahil olur¹¹⁴⁵. Dolayısıyla bu bedel, örneğin ödeme fonksiyonuna sahip ise şeklin kapsamına dahil olmaz. Çünkü böyle bir durumda, bedelin kendisi, taşınmazın devrine yönelik bir karşı edim niteliği taşımaz. Öte yandan bedelin mahsup etme fonksiyonuna sahip olduğu hallerde ise durum tersidir¹¹⁴⁶. Çünkü alım hakkı bedeli olarak yapılan ödeme, satış bedelini karşılayan kullanma bedelinden mahsup edileceği için karşı edimi ilgilendiren bir sözleşme noktası haline gelmektedir.

Öğretide yer alan ve bizim de katıldığımız üçüncü görüşe göre ise, alım hakkı bedeli şeklin kapsamında yer alan bir unsurdur. Alım hakkı bedelinin ne şekilde kararlaştırıldığı da bu açıdan hiçbir önem arz etmez¹¹⁴⁷. Alım hakkı bedeli, ödeme fonksiyonuna sahip olsa dahi resmî şekil şartına uygun bir şekilde kararlaştırılmış olmalıdır. Çünkü bu bedel sözleşmenin sübjektif esaslı noktalarından birini oluşturmaktadır. Ayrıca alım hakkı bedeline ilişkin anlaşmalar sözleşmenin doğal yapısı içerisinde ele alınabilir olduğu gibi, tipik edim değişimini de somutlaştıran birer unsurdur. Bu sebeple de, alım hakkı sözleşmesinin karakteristik edimini oluşturan “*alım hakkının tesisi*”ne yönelik edimin karşılığını oluşturan alım hakkı bedeli, kanaatimizce, her zaman şekil şartının kapsamında yer alan bir unsur olarak ele alınmalıdır. Ayrıca TBK md. 237/II hükmü bir taşınmaz satışını değil; doğrudan hakkı doğuran sözleşmeye ilişkin getirilmiş özel bir düzenlemedir. Hal böyle iken, hükmün kapsamında o hakkın kurulması neticesinde ödenecek bedelin öncelikle yer alması gerekir.

Son olarak alım hakkı bedelinin, hakkın geçerliliğine etki edecek şekilde kararlaştırıldığı durumlarda da şekil şartının kapsamında yer alması gerekir. Alım hakkı bedelinin ödenmesinin, hakkın geçerliliği için bir koşul olarak öngörüldüğü hallerde durum böyledir. Zira burada, bedelin ödenmesi, hakkın geçerliliğine ilişkin geciktirici bir koşul niteliğindedir. Bu sebeple de, alım hakkı sözleşmesi için öngörülen şekil şartına tabi olmaktadır¹¹⁴⁸.

2.3.6.3.4. Alım Hakkı Kaydı Açısından Şeklin Kapsamı

Alım hakkı için bir geçerlilik şeklinin arandığı durumlarda, hakkın kendisi, bazen bir sözleşmede sözleşme kaydı olarak yer alabilir. Hatta kimi zaman, hakkın bir

¹¹⁴⁵ BGE 86 II 33 ff. (37), E. a (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.149, dpn.237’den naklen).

¹¹⁴⁶ Schleich, *Option*, 185. Aynı doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.46; Noelpp, *Eine Studie*, 82-83.

¹¹⁴⁷ Brunner, *Kaufrechte*, 162 vd.; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.149.

¹¹⁴⁸ Schleich, *Option*, 185.

sözleşme kaydı olarak yer aldığı sözleşme için kanunda bir şekle yer verilmemiş de olabilir. Örneğin; bir kira sözleşmesinde, kiracı lehine, ilgili taşınmaz üzerinde bir alım hakkı tanınmasında durum böyledir. Zira kira sözleşmesinde kural olarak şekil serbestisi ilkesi geçerli iken; söz konusu alım hakkının tesisi resmî şekil şartına bağlıdır. Bu sebeple de, uygulanacak şekil yönünden bir belirsizlik söz konusu olmaktadır.

Alım hakkının bir sözleşme kaydı şeklinde kararlaştırıldığı bu tür hallerde şeklin kapsamını, kanaatimizce, yalnızca alım hakkı kaydıyla sınırlı olarak ele almak gerekir. Dolayısıyla taraflar, kira sözleşmesine ilişkin hükümleri, herhangi bir şekle bağlı olmaksızın diledikleri gibi düzenleme imkânına sahiptir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüştedir¹¹⁴⁹. Alman hukukunda ise genel kanaat sözleşmenin tamamı açısından şeklin uygulanması gerektiği yönündedir¹¹⁵⁰. Bunun sonucu olarak, alım hakkı kaydı için öngörülen şekle uyulmadığı takdirde tüm sözleşme geçersiz olur. Ancak bunun için, tarafların, söz konusu sözleşmeyi alım hakkı kaydı olmaksızın yapmayacak olmaları gerekir¹¹⁵¹.

2.3.6.4. Şekle Aykırılığın Sonuçları

Alım hakkı sözleşmesi için bir şekil şartı öngörüldüğü durumlarda sözleşmenin bu şekle uygun olarak yapılması gerekir. Bununla birlikte, söz konusu şekle uyulmadığı takdirde meselenin nasıl çözüleceği ise TBK md. 12'de düzenlenmiştir. TBK md. 12/II'de bir sözleşme için öngörülen şeklin geçerlilik şekli olduğu belirtilmiştir. Alım hakkı sözleşmesinde resmî şekli düzenleyen TBK md. 237/II hükmü ise şeklin türüne ilişkin bir düzenlemeye yer vermemiştir. Dolayısıyla alım hakkı sözleşmesinde öngörülen kanunî şekil bir geçerlilik şeklidir. Bunun dışında, taraflarca kararlaştırılan şeklin bir geçerlilik mi yoksa ispat şekli mi olduğu sözleşmede yer alan şekle ilişkin hükümlere göre belirlenir. Bu çerçevede, aksi kararlaştırılmadıkça öngörülen şart, ispat şeklinden ziyade; hukukî işlemin geçerliliği için aranan bir şarttır¹¹⁵².

TBK md. 12/II'ye göre, şekle uyulmadan kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz. Mevzuat TBK md. 11/2'de ise, kanun tarafından öngörülmüş bir şeklin etki ve sonucu

¹¹⁴⁹ BGE 132 III 549 E. 2.1.2, 2.2.2 f. (Schleich, *Option*, 186, dpn.49'dan naklen).

¹¹⁵⁰ Henrich, *Vorvertrag*, 248. Bu yöndeki Alman Federal Mahkemesi görüşü için bkz.: RG 169, 185, 189 (Henrich, *Vorvertrag*, 248, dpn.19'dan naklen).

¹¹⁵¹ Henrich, *Vorvertrag*, 248. Ürün kirası kapsamında aynı görüşü ortaya koyan Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz.: RG 169, 185, 189 (Henrich, *Vorvertrag*, 248, dpn.19'dan naklen).

¹¹⁵² Schleich, *Option*, 175. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 138 III 123 E.2.4.1 (Schleich, *Option*, 175, dpn.5'ten naklen).

farklı olarak belirtilmemişse, sözleşmenin geçerliliğinin söz konusu şeklin gözetilmiş olmasına bağlı olduğu ifade edilmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan “*hüküm doğurmaz*” ifadesi ile Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer alan “*sözleşmenin geçerliliği*” (*die Gültigkeit des Vertrages*) sözcükleri göz önüne alındığında şekle aykırılığın yaptırımının ne olması gerektiği sorusu gündeme gelebilmektedir.

Türk hukukunda şekle aykırılığın yaptırımı, hakim görüşe göre kesin hükümsüzlüktür¹¹⁵³. Nitekim Yargıtay da bu görüştedir¹¹⁵⁴. İsviçre Federal Mahkemesi de, şekle aykırı yapılan sözleşmeler açısından kesin hükümsüzlük yaptırımını kabul etmektedir¹¹⁵⁵. Bu sebeple de kesin hükümsüz olan alım hakkı sözleşmesi, yapıldığı andan itibaren geçersiz olduğu gibi tarafların icazetiyle de geçerli hale gelmez. Tarafların bir araya gelerek, şekil şartına uymak kaydıyla yeni bir sözleşme yapmaları gerekir¹¹⁵⁶. Buna ilaveten geçersizlik, sözleşmenin tarafları dışında, üçüncü kişiler tarafından da ileri sürülebilir. Hâkim de önüne gelen bir davada şekle aykırılığı re'sen nazara alır¹¹⁵⁷. Ayrıca şekle aykırı bir alım hakkı sözleşmesine dayanarak ne hakkın konusu şeyin mülkiyetinin devrinin ne de hakkın şerhinin talep edilmesi mümkündür¹¹⁵⁸.

Öğretide, şekle aykırılıkta yer alan kesin hükümsüzlüğü sui generis nitelikte ele alan yazarlara rastlanmaktadır¹¹⁵⁹. Bu görüş, şekle aykırılığın müeyyidesini kendine

¹¹⁵³ Hüseyin Altaş, *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 1998), 105; Selahattin Sulhi Tekinay vd., *Borçlar Hukuku*, 7. Bası (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), 102; Yıldırım, *Türk Borçlar Kanunu*, 89; Cansel ve Özel, *Borçlar Hukuku*, Knr.577; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Cilt-1*, 158; Ayan, *Borçlar Hukuku*, 164; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 29, Rn.6. Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 238 vd.; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 136; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 366; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Cilt-1*, 157-158; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 315 vd.

¹¹⁵⁴ “...kanunun akdin sıhhatini şekle tâbi kaldığı hâllerde kanunun gösterdiği şekilde yapılmayan akitler batıl olup, bir hüküm ifade etmeyeceğinden...” Y. İBGK, 12.4.1944, E. 1943/14, K. 1944/13, www.kazanci.com.tr, E.T. 13.10.2020. “Resmî şekilde yapılmamış bulunan temlik taahhütleri mutlak butlan (kesin hükümsüzlük) sebebiyle batıldır” Y. İBK, 26.5.1954, E. 1954/8, K. 1954/18, www.kazanci.com.tr, E.T. 13.10.2020.

¹¹⁵⁵ BGE 112 II 330, 334; 106 II 146, 151 (Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.31.27'den naklen). İsviçre hukukunda geçersizlik kavramına yer veren görüş için bkz.: Allgäuer, *Kaufrecht*, 40 vd.

¹¹⁵⁶ Altaş, *Şekle Aykırılığın*, 107.

¹¹⁵⁷ Y. İBGK, 12.04.1944, E. 1943/14, K. 1944/13, “... şekil şartına riayet edilmeden yapılmış olan kefâlet akitleri bir veçhile sahih olamaz. Böyle bir hâlde alâkalı, defî suretinde ileri sürmemiş olsa bile mahkemenin re'sen nazara alması icap ede(r)...” www.kazanci.com.tr, E.T. 06.12.2021.

¹¹⁵⁸ Allgäuer, *Kaufrecht*, 41.

¹¹⁵⁹ Türk hukukunda bu yönde bkz.: Altaş, *Şekle Aykırılığın*, 143; Hatemi, *Medeni Hukuka Giriş*, § 10, Knr.80; Eren, *Genel Hükümler*, 292; Antalya, *Borçlar Hukuku*, 480. İsviçre hukukunda bu yönde

özgü geçersizlik (*Ungültigkeit sui generis*) veyahut da göreceli hükümsüzlük (*relative Nichtigkeit*) olarak da ifade etmektedir¹¹⁶⁰. Buna göre, şekle aykırılık yalnızca sözleşmenin taraflarını ilgilendiren bir meseledir¹¹⁶¹. Ayrıca sözleşmenin ifa edilmesiyle işlemin sıhhat kazanması pek tabî mümkündür¹¹⁶². Ancak kanaatimizce, bu görüşe katılmak mümkün değildir. Başka bir deyişle, Kanun'un en azından resmî şekil şartını öngördüğü sözleşmeler yönünden bu görüş, resmî şeklin amacı göz önüne alındığında, pek de tutarlı bir çözüm sunmamaktadır. Zira resmî şekilde amaç, sadece sözleşmenin taraflarını korumak değildir. Burada ayrıca hukukî güvenlik açısından üçüncü kişilerin de menfaati bulunur¹¹⁶³. Dolayısıyla kesin hükümsüzlük yaptırımının ileri sürülebilirlik ve muhteva yönünden bu şekilde bir daraltıcı yoruma tabî tutulması kanunun ruhuna aykırıdır.

Alım hakkı sözleşmesinde şekle aykırılık yönünden ele alınması gereken bir diğer mesele tahvildir. Bu durum özellikle resmî şekil şartına bağlı alım hakkı sözleşmesinin adı yazılı şekilde yapıldığı durumlarda gündeme gelir. Zira TBK md. 237/III'te önalım hakkı sözleşmesinin geçerliliği için yazılı şekil yeterli görülmüştür. Önalım hakkı ise, kanaatimizce, bir koşula bağlı alım hakkıdır ve dolayısıyla da alım hakkının özel bir görünümünü oluşturur¹¹⁶⁴. Bunun sebeple de, ilk bakışta alım hakkı sözleşmesi açısından bir tahvilin mümkün olup olamayacağı sorusu ile karşılaşılmaktadır.

Kanaatimizce, resmî şekil şartı öngörülen alım hakkı sözleşmesinin adı yazılı şekilde yapılması halinde geçerli olarak kurulmuş bir önalım hakkı sözleşmesinin bulunup bulunmadığı her somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmelidir. İsviçre Federal Mahkemesi, taraflarca arzu edilen sözleşmenin geçersiz olması halinde tarafların önalım hakkı kurmak yönünde farazi iradeye sahip bulunduğu sonucunu

bkz.: Gauch, Schluep ve Schmid, *Obligationenrecht*, Rn.558 vd.; Schmid, “Die öffentliche Beurkundung”, Rn.664; Merz, *SPR VI/1*, Rn.343.

¹¹⁶⁰ Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.31.35; Hatemi, *Medeni Hukuka Giriş*, § 10, Knr.80.

¹¹⁶¹ Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.31.35; Gauch, Schluep ve Schmid, *Obligationenrecht*, Rn.558.

¹¹⁶² Gauch, Schluep ve Schmid, *Obligationenrecht*, Rn.558.

¹¹⁶³ Bu yönde bkz.: Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.31.38; Özbilen, *Sözleşmelerin Şekli*, 113 vd.; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 161.

¹¹⁶⁴ Türk hukukunda bu yönde bkz.: Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, Knr.559; Dural ve Sarı, *Temel Kavramlar*, Knr.1046. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz.: Birinci Bölüm, Önalım Hakkı başlığı.

ulaşıyorsa, alım hakkı sözleşmesinin bir önalım hakkı sözleşmesi olarak kabul edilebileceğini ifade etmektedir¹¹⁶⁵. Ancak öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere, önalım hakkının hak sahibine sağladığı koruma alım hakkına nazaran daha sınırlıdır¹¹⁶⁶. Dolayısıyla İsviçre Federal Mahkemesi'nin ortaya koyduğu görüşün hak sahibi açısından dezavantajlı bir sonucu vardır. O da, hakkı alan tarafa bir önalım hakkı tanımanın aslında onun için pek de tatmin edici bir çözüm yolu olmamasıdır. Mamafih tahvil yoluna başvurulmak suretiyle hak sahibine bir önalım hakkı bahsetmek, kimi zaman hak sahibinin menfaatlerini korumaya kanaatimizce hizmet edebilir. Örneğin; alım hakkının kullanımının hakkın konusu şeyin ivazlı veyahut da ivazsız olarak devredilme koşuluna bağlandığı hallerde durum böyledir. Zira bu halde hak sahibi kişi, tamamen korumasız kalmamakta ve en azından kullanımı hakkın konusu şeyin devrini konu alan satış veyahut da satışa eşdeğer bir işleme bağlı olan önalım hakkına sahip olmaktadır. Kullanma bedeli de sözleşmede kararlaştırılmış olduğundan, hak sahibi açısından bedel yönünden dezavantajlı bir sonuç da doğmamaktadır. Ancak böyle bir durumda, hak bir ivaz karşılığı kurulmuşsa kanaatimizce, bu ivazda bir indirimle gidilmelidir. Bunun sebebi, hakkın kullanımının, taraflarca ilk başta arzu edilen duruma göre daha sınırlı bir halde olmasıdır. Bunun gibi, taraflarca kararlaştırılmış olan kullanım süreleri de önalım hakkında öngörülen üç ay ve iki yıllık süreleri aştığı ölçüde geçersiz olmalıdır. Çünkü önalım hakkında yer alan süreleri taraflar bir araya gelerek uzatma imkânına sahip değildir. Başka bir deyişle, bu sürelerin azami sınırlarını aşan bir anlaşmanın varlığı halinde söz konusu hak en azından artık bir önalım hakkı olarak ele alınamaz¹¹⁶⁷. Bununla birlikte, resmî şekle aykırı yapılan alım hakkı sözleşmesinde bir kullanım koşuluna yer verilmemişse, kanaatimizce, tahvil yoluna başvurulması artık mümkün olmamalıdır. Zira böyle bir durumda, her iki hak arasında önemli fonksiyon farklılıkları olacağından, hak sahibi açısından önalım hakkına yönelik bir menfaatten bahsetmek de mümkün olmayacaktır.

¹¹⁶⁵ Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz.: BGE 46 II 17; BGE 47 II 121; BGE 54 II 331 (Isler, *Grundbuch*, 31'den naklen).

¹¹⁶⁶ Isler, *Grundbuch*, 31.

¹¹⁶⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Birinci Bölüm, Hakların İçerik Yönünden Ayırt Edilmesini Sağlayan Ölçütler başlığı.

2.3.7. Alım Hakkı Sözleşmesinin İçeriği

2.3.7.1. Genel Olarak

Alım hakkı sözleşmesinin içeriği esas olarak ikili bir sınıflandırmaya tabidir. Bunlardan birincisi, opsiyon sözleşmesine ilişkin hükümlerdir. Bunlar; alım hakkının süresi, hakkın şerhi, kullanımına ilişkin koşul ve sınırlamalar, alım hakkı bedeli ile hakkın devri ve mirasla intikaline ilişkin benzeri düzenlemelerdir¹¹⁶⁸. İkincisi ise satış sözleşmesine yönelik düzenlemelerden ibarettir. Bu düzenlemeler ise tarafların belirlenmesi, satış konusu ve bedeli ile bedelin ödenme şekline ilişkin benzeri hususlardan ibarettir¹¹⁶⁹.

Alım hakkı sözleşmesi, ileride kurulacak olan satış sözleşmesine ait esaslı noktaları içermelidir. Bu yönüyle de, diğer sözleşmelere ilişkin içeriğe yönelik şartlar aynı şekilde alım hakkı sözleşmesi için de geçerlidir¹¹⁷⁰. Bunun temel sebebi, hak sahibinin tek taraflı bir irade beyanıyla hakkın konusu şeyi satın alabilme imkânına sahip olmasıdır¹¹⁷¹. Opsiyon sözleşmelerinin yapıldığı esnada esas sözleşmenin içeriğinin tam bir şekilde belirlenmiş olması, bu yönüyle, opsiyon sözleşmelerine özgü bir durum olarak karşımıza çıkar. Bu noktada söz konusu içeriğin tespiti ise her bir somut olay göz önüne alınarak yapılmalıdır. Bunun sebebi, içeriğe yönelik tespitin, her bir opsiyon sözleşmesinde hedeflenen esas sözleşmeye göre değişiklik göstermesidir¹¹⁷². Bu çerçevede, alım hakkı sözleşmesinin zorunlu unsurları, satış sözleşmesine ait objektif esaslı noktalar olarak karşımıza çıkmaktadır¹¹⁷³.

2.3.7.2. Objektif Esaslı Unsurlar

Sözleşmenin objektif esaslı unsurları, taraflarca düzenlenmesi zorunlu olan noktaları ifade eder¹¹⁷⁴. Bunlar, aynı zamanda sözleşme tipini de belirleyen birer

¹¹⁶⁸ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2452.

¹¹⁶⁹ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2452.

¹¹⁷⁰ Genel olarak öneri ve kabul müesseseleri kapsamında bkz.: BeckOGK-Möslein, *BGB § 145*, Rn.86.

¹¹⁷¹ İsviçre hukukunda bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2453; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.136. Alman hukuku için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 105. Opsiyon sözleşmeleri kapsamında bu yöndeki benzer açıklamalar için bkz.: BeckOGK-Möslein, *BGB § 145*, Rn.86.

¹¹⁷² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 105.

¹¹⁷³ Bu yönde bkz.: Schleich, *Option*, 139-140.

¹¹⁷⁴ Türk hukukunda bkz.: Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, 74; Eren, *Genel Hükümler*, 234; Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 17, Knr.6; Yıldırım, *Türk Borçlar Kanunu*, 63; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Cilt-1*, 73; İnan ve Yücel, *Borçlar Hukuku*, 174; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 233. Objektif esaslı unsurun, bir hukukî ilişkinin kanun tarafından düzenlenen unsurlarını

sözleşme unsurlarıdır¹¹⁷⁵. Taraflarca objektif esaslı noktalara ilişkin bir anlaşma bulunmadığı durumlarda artık boşluk gündeme gelir. Bu boşluk ise kanun, örf ve adet hukuku ya da yargısal hukuk (*Richterrecht*) ile doldurulamaz¹¹⁷⁶. Bunun doğal sonucu olarak da sözleşmenin kurulduğundan bahsedilemez¹¹⁷⁷. Alım hakkı sözleşmesinin objektif esaslı unsurları taraflar, hakkın konusu eşya ve kullanma bedelidir¹¹⁷⁸.

2.3.7.2.1. Taraflar

Alım hakkı sözleşmesi alım hakkı veren ile alım hakkı alan olmak üzere iki taraftan oluşur. Bununla birlikte, sözleşmenin taraflarının bir kişiden olması zorunlu değildir. Zira tarafların birden fazla kişiden oluşması mümkündür¹¹⁷⁹.

ifade ettiği yönünde bkz.: Antalya, *Borçlar Hukuku*, 11. İsviçre hukukunda yer alan tanım için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.93.

¹¹⁷⁵ Türk hukukunda bkz.: Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, 74; Eren, *Genel Hükümler*, 234; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 17, Knr.6; Nomer, *Borçlar Hukuku*, 45; Cansel ve Özel, *Borçlar Hukuku*, Knr.232; İnan ve Yücel, *Borçlar Hukuku*, 174; Köksal Kocaağa, “Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar”, *TBB*, 0/79 (2008): 81. Dolaylı olarak bu yönde bkz.: Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Cilt-1*, 73; Yıldırım, *Türk Borçlar Kanunu*, 63. İsviçre hukukunda bkz.: CHKommentar-Binder, *OR Art. 216*, Rn.5.

¹¹⁷⁶ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.90.

¹¹⁷⁷ CHKommentar-S. Hrubesch und Millauer, *OR Art. 184*, Rn.9.

¹¹⁷⁸ Türk hukukunda bkz.: Sirmen, *Eşya Hukuku*, 418. İsviçre hukukunda bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.37-38; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 93; Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 70; Pfäffli ve Byland, “Vorkaufsrecht”, 293; BernerKom/Giger, *OR Art. 216*, Rn.58. Alman hukukunda satış sözleşmesi kapsamında bkz.: BeckMüKo-Westermann, *BGB § 433*, Rn.7. Alman hukukunda konu ele alınırken daha açık bir şekilde *tarafların anlaşması* ifadesine yer vermiştir. Ancak bu çalışmada ilgili husus, alım hakkı sözleşmesinin kurulması başlığı altında ele alındığından, burada, taraflar ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin ele alınması gerektiği kanaatindeyiz. Bu kapsamda *taraflar* şeklinde bir belirleme, en nihayetinde, bu tarafların anlaşmasını da kapsayıcı niteliktedir. Zira bir sözleşmede, taraflar, en nihayetinde karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını ortaya koyan iki farklı pozisyonu ifade eder. Aksi takdirde, bir sözleşmeye “taraf” olmaktan zaten bahsedilmesi mümkün değildir. Sözleşmenin esaslı unsurlarına ilişkin aynı yöndeki görüş için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 105-106. Alman hukukunda yer alan bir görüş, sözleşmenin taraflarından bahsetmeksizin, bir satış sözleşmesini konu alan opsiyon sözleşmelerinde satış konusu ve bedelinden bahsetmektedir. Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 243. Meseleyi önalım hakkı kapsamında ele alan İsviçre hukukundaki bir görüş de aslında aynı sonuca ulaşmaktadır. Ancak burada, farklı olarak, sadece bedelden bahsetmemektedir. Bunun sebebi, önalım hakkında, bedelin zorunlu bir unsur olmamasıdır. Zira önalım hakkında bedelin tespiti, alım hakkına göre, çok daha kolaydır. Bu kolaylığı sağlayan unsur, önalım hakkı verenin üçüncü kişiyle yapmış olduğu sözleşmedeki bedelin, önalım bedeli olarak ele alınabilir olmasıdır. Bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.92. Alım hakkı satış sözleşmesi kurmaya yönelik bir hak olduğundan dolayı, satış sözleşmesine ait objektif esaslı unsurların, alım hakkı sözleşmesinde yer alması gerekir. Bu unsurlar taraflar, satış konusu ve satış bedelidir. Bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Schleich, *Option*, 139-140.

¹¹⁷⁹ Förster, *Schuldrecht*, Rn.18.

Alım hakkı sözleşmesinin kurulabilmesi için tarafların belirlenmiş veyahut da en azından belirlenebilir olarak kararlaştırılmış olması gerekir¹¹⁸⁰. Bu kapsamda, alım hakkı sözleşmesinin tarafları ayrı ayrı ele alınarak ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

2.3.7.2.1.1. Alım Hakkı Veren

Alım hakkı sözleşmesinin ilk tarafını alım hakkı veren oluşturur. Alım hakkı veren (*Kaufrechtsgeber*¹¹⁸¹), sözleşmeyle bir başka kişi lehine alım hakkı kuran kişiyi ifade eder¹¹⁸². Bununla birlikte öğretide, yükümlü (*Verpflichtete*¹¹⁸³) veyahut da satış yükümlüsü (*Kaufsverpflichtete*¹¹⁸⁴) terimlerini kullanan yazarlara rastlamak da mümkündür. Alım hakkı açısından bu ifadelerin spesifik karşılığını alım hakkı yükümlüsü (*Kaufsverpflichtete*) oluşturur.

Sözleşmeyle kurulan alım hakkında alım hakkı veren ile alım hakkı yükümlüsü zorunluluk gereği aynı kişidir. Zira sağlararası bir hukukî işlem ile üçüncü bir kimsenin yükümlülük altına sokulması (*Vertrag zulasten Dritter*) mümkün değildir¹¹⁸⁵. Öte yandan, ölüme bağlı bir tasarrufla kurulan alım hakkında, alım hakkı veren ve alım hakkı yükümlüsü sıfatları hiçbir zaman aynı kişide toplanmamaktadır. Keza sağlararası bir işlemle kurulan alım hakkında da, bu iki sıfatın daha sonra birbirinden ayrılması pek tabî mümkündür. Bunun en tipik örneğini, bir taşınmazın alım hakkı ile yüklenmesi hali oluşturur. Böyle bir durumda, alım hakkı ile yüklenme eşyaya bağlı hale

¹¹⁸⁰ Allgäuer, *Kaufrecht*, 58. Alım hakkı sözleşmesinin kurulabilmesi için tarafların belirlenmesi gerektiği yönünde bkz.: Schleich, *Option*, 139. Opsiyon sözleşmeleri kapsamında taraflara ilişkin kavramsal nitelendirme için ayrıca bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 10. Bu doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Gauch, Schluep ve Schmid, *Obligationenrecht*, Rn.337. Satış sözleşmesi kapsamında bkz.: Erman-Grunewald, *BGB § 433*, Rn.7; BeckMüKo-Westermann, *BGB § 433*, Rn.29.

¹¹⁸¹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.88; Schleich, *Option*, 8; Casper, *Der Optionsvertrag*, 9.

¹¹⁸² Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.88. Yükümlü kavramını kullanan ve aynı doğrultuda tanım yapan görüş için bkz.: Isler, *Grundbuch*, 41; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.54. Alım hakkı vereni, alım hakkı sözleşmesinin alım hakkıyla yüklenenen tarafı şeklinde ifade eden görüş için bkz.: Schleich, *Option*, 8.

¹¹⁸³ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.54; Isler, *Grundbuch*, 41.

¹¹⁸⁴ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 94. Alman hukukunda önalım hakkı kapsamında bkz.: GesetzesFormulare-S. Eberl, *BGB § 463*, Rn.2.

¹¹⁸⁵ Alım hakkı kapsamında bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 94. Önalım hakkı kapsamında bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.88. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 124 II 8 ff. (11), E. 2b. (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.96, dpn.147'den naklen). Alman hukukunda bkz.: Förster, *Schuldrecht*, Rn.964; Brömmelmeyer, *Schuldrecht, Allgemeiner*, § 14, Rn.1; BeckOGK-Mäsch, *BGB § 328*, Rn.1; BeckNomosHK-Schulze, *BGB § 328*, Rn.5; Fikentscher ve Heinemann, *Schuldrecht*, Rn.299; Looschelders, *Allgemeiner*, § 51, Rn.8; Wolf, *Besonderer Teil*, 350; Weiler, *Schuldrecht*, § 36, Rn.1; Jousen, *Schuldrecht I*, Rn.1147. Bu yöndeki Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGH NJW 1995, 3183, 3184 (Brömmelmeyer, *Schuldrecht*, § 14, Rn.1'den naklen).

gelmektedir¹¹⁸⁶. Bunun sonucu olarak da, şerh edilen bir alım hakkında her bir taşınmaz maliki aynı zamanda alım hakkı yükümlüsü sıfatına da sahip olmaktadır¹¹⁸⁷. Hakkın şerh edilmediği durumlarda ise, alım hakkı yükümlüsü sıfatına ya alım hakkı verenin kendisi ya da onun mirasçıları sahip olmaktadır¹¹⁸⁸. Öğretide kavramsal nitelendirmeye ilişkin mevcut durumun sebebi, kanaatimizce, alım hakkı yükümlüsü olan kimseden ne anlaşılması gerektiğinin tam olarak tespit edilememiş olmasıdır. Gerçekten de bu meseleyi ele alan görüşler, alım hakkı veren kimseyi, doğrudan ya da dolaylı olarak bir tanımlama çabası içerisine düşmemiştir. Bunun sonucu olarak da, alım hakkı yükümlüsü kimseden ne anlaşılması gerektiğinin ortaya konması ihtiyacı hasıl olmuştur. Bu çerçevede alım hakkı yükümlüsü, kanaatimizce, şu şekilde tanımlanabilir: Alım hakkı yükümlüsü (*Kaufrechtsbelasteter*), hak sahibinin hakkı kullanmaya ilişkin beyanını kullandığı anda bu beyana muhatap olan kişidir. Dolayısıyla sağlararası bir hukukî işlemle kurulan alım hakkında, bu kimse, sözleşmenin yapıldığı anda her zaman alım hakkı veren kimsedir. Başka bir deyişle, en azından sözleşme kurulduğu anda durum böyledir. Ölümüne bağlı tasarruflar açısından ise bu iki sıfatın bir araya gelmesi hiçbir zaman mümkün olmaz. Bunun sebebi, kullanım beyanının muhatabının, alım hakkı veren sıfatına sahip olan mirasbırakanın değil; onun mirasçıları ya da ölümüne bağlı tasarruf ile vasiyet alacaklısı sıfatına sahip olan kimse olmasıdır¹¹⁸⁹.

Alım hakkı veren kimse gerçek veyahut da tüzel kişi olabilir¹¹⁹⁰. Tüzel kişilik açısından topluluğun ideal amaçlı veya iktisadî bir topluluk olup olmaması önem arz etmez.

Alım hakkı sözleşmesi yapılırken, alım hakkı verenin kural olarak fiil ehliyetine sahip olması gerekir¹¹⁹¹. Alım hakkının bir ivaz karşılığı tesis edilip edilmediği, fiil ehliyeti yönünden bir önem arz etmez. Bunun sebebi, alım hakkı verenin sözleşmeyle birlikte bir edimi yerine getirme yükümlülüğü hala mevcut olmasıdır¹¹⁹². Bu yükümlülüklerin başında ise alım hakkı karşılığında girilen bağlılık yer alır. Çünkü alım hakkı verenin sözleşmeyle girmiş olduğu bağlılık, daha önce de ifade edildiği üzere,

¹¹⁸⁶ Alım hakkının eşyaya bağlı olarak kararlaştırıldığı haller aşağıda ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır.

¹¹⁸⁷ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.88; Brunner, *Kaufrechte*, 41 dpn.22.

¹¹⁸⁸ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.756.

¹¹⁸⁹ Bu doğrultuda bkz.: Isler, *Grundbuch*, 41; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.108 ve Art. 683, Rn.54.

¹¹⁹⁰ Isler, *Grundbuch*, 41; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 94. Sözleşmenin tarafları kapsamında bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.90; Allgauer, *Kaufrecht*, 53.

¹¹⁹¹ Önalım hakkı kapsamında bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.90.

¹¹⁹² Önalım hakkı kapsamında bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.90.

birtakım ekonomik riskleri beraberinde getiren bağımsız bir ekonomik edim olarak kabul edilmektedir¹¹⁹³.

2.3.7.2.1.2. Alım Hakkı Alan

2.3.7.2.1.2.1. Genel Olarak

Alım hakkı sözleşmesinin diğer tarafını alım hakkı alan oluşturur. Alım hakkı alan (*Kaufrechtsnehmer*¹¹⁹⁴), sözleşmede alım hakkı verenin karşısında olan tarafı ifade eder¹¹⁹⁵. Başka bir deyişle, sözleşmeyle kendisine ya da üçüncü kişi yararına sözleşme kapsamında üçüncü bir kişiye alım hakkının tanınmasını sağlayan kişidir¹¹⁹⁶.

Alım hakkı alan taraf da gerçek veya tüzel kişi olabilir¹¹⁹⁷. Tüzel kişilik açısından, tıpkı alım hakkı veren tarafta olduğu gibi, topluluğun ideal amaçlı veya iktisadî bir topluluk olup olmaması önem arz etmez.

Alım hakkı sözleşmesi yapılırken, alım hakkı alanın kural olarak fiil ehliyetine sahip olması gerekir¹¹⁹⁸. Somut olayda fiil ehliyetinin bulunup bulunmadığı ise alım hakkı alanın niteliğine göre farklı şekillerde tespit edilir. Bu çerçevede gerçek kişiler açısından fiil ehliyetinin tespiti TMK md. 9 vd.'da yer alan hükümlere göre yapılır. Yani kişi ayırt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlı değil ise tam fiil ehliyetine sahiptir. Bununla birlikte tüzel kişiler açısından ise TMK md. 49 vd.'de yer alan düzenlemeler esas alınmalıdır. Buna göre, ilgili tüzel kişilik, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olduğu takdirde fiil ehliyetine sahip olmaktadır (TMK md. 49).

Fiil ehliyetinin arandığı haller açısından ivazın kararlaştırılma şekli kural olarak bir önem arz etmez. Alım hakkı bedelinin ödeme fonksiyonu ve karma fonksiyona sahip olduğu durumlarda bu kesindir. Zira bu iki halde, alım hakkı bedeli, alım hakkı sözleşmesinde karşı edim içerisinde yer alır. Ancak hakkın kullanılmadığı durumlarda alım hakkı bedelinin iadesinin gündeme geldiği mahsup etme fonksiyonu açısından durum tartışmalıdır.

¹¹⁹³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: İkinci Bölüm, Bağımsız Olmayan Alım Hakkı Bedeli başlığı.

¹¹⁹⁴ Önalım hakkı kapsamında bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.87 ve 89.

¹¹⁹⁵ Casper, *Der Optionsvertrag*, 9; Häusler, *Die vertraglichen Grundlagen*, 110 vd.; Schleich, *Option*, 8; Pulver, "Börsenmässige", 206 .

¹¹⁹⁶ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.89.

¹¹⁹⁷ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 94; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.90; Allgäuer, *Kaufrecht*, 53. Taşınmaz satışı kapsamında bu yönde bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.1889.

¹¹⁹⁸ Önalım hakkı kapsamında bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.90.

Kanaatimizce, mashup etme fonksiyonun bulunduğu durumlarda, alım hakkı alan açısından fiil ehliyetinin varlığının aranması gerekmez. Zira ön ödeme şeklinde verilen alım hakkı bedeli, en nihayetinde, alım hakkı sözleşmesinin doğrudan bir ivazını oluşturmamaktadır¹¹⁹⁹. Daha ziyade, gelecekteki esas sözleşmeye yönelik yapılmış bir ön ödeme niteliğindedir. Hak kullanılmadığında ise sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde iade edilir. Dolayısıyla aktif değer, hakkı alanın malvarlığından geri dönülemez şekilde eksilmiş değildir. Öte yandan hakkın kullanıldığı durumlarda ise, zaten şartlar elverdiği ölçüde yasal temsilcinin katılımı gerekeceğinden, bu katılım halihazırda yapılmış olan ödemeye yönelik bir muvafakat olarak değerlendirilir.

Alım hakkı sözleşmesinin ivazsız olarak kurulduğu hallerde ise alım hakkı alan tarafın tam fiil ehliyetine sahip olması gerekmez. Zira bu halde sözleşmeyle bir edimi yerine getirme yükümlülüğü sadece alım hakkı veren açısından söz konusu olur¹²⁰⁰. Bu sebeple, alım hakkı alanın sınırlı ehliyetsiz olması dahi bu açıdan yeterlidir. Bunun sebebi TMK md.16'da yer alan düzenlemedir. İlgili hüküm, sınırlı ehliyetsiz bir kimsenin yasal temsilcilerinin rızası olmaksızın karşılıksız kazandırmaya yönelik bir hukukî işlemi tek başına yapabileceklerini düzenlemiştir (TMK md.16)¹²⁰¹. Nitekim alım hakkının ivazsız olarak tesisi de, kanunda ifade edilen karşılıksız kazandırmanın kapsamında yer alan bir işlem niteliğindedir¹²⁰².

2.3.7.2.1.2.2. Alım Hakkı Sahibi

Alım hakkı sahibi (*Kaufrechtsberechtigte*¹²⁰³/*Der Berechtigte*¹²⁰⁴/*Kaufsberechtigte*¹²⁰⁵), hakkı kullanma yetkisine sahip, lehine yenilik doğuran hak tanınmış kimseyi ifade eder¹²⁰⁶. Aynı zamanda, hakkı kullanarak alım hakkı veren ile birlikte taraflarını oluşturduğu esas sözleşmeyi gerçekleştirme yetkisine de sahip olan

¹¹⁹⁹ Alım hakkı bedelinin kararlaştırılma şekillerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: İkinci Bölüm, Bağımsız Olmayan Alım Hakkı Bedeli başlığı.

¹²⁰⁰ Önalım hakkı kapsamında bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.90.

¹²⁰¹ Mehaz İsviçre Medeni Kanunu md.16 kapsamında meseleyi ele alan görüş için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.90.

¹²⁰² Bu doğrultuda bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.90. Aynı doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Schmid, *Das Vorkaufsrecht*, 53.

¹²⁰³ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 94.

¹²⁰⁴ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.51 vd.

¹²⁰⁵ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 94.

¹²⁰⁶ Isler, *Grundbuch*, 39. Önalım hakkı kapsamında bu doğrultuda bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.91.

kişidir¹²⁰⁷. Hakkın bu şekilde belirli bir kişi lehine kurulduğu hallerde kişisel (*Personal-*)¹²⁰⁸ veya diğer bir ifadeyle belirli kişi lehine alım hakkı (*subjektiv-persönliches Kaufsrecht*)¹²⁰⁹ söz konusu olur. Ayrıca taraflardan sadece biri alım hakkına sahip olduğu için tek taraflı alım hakkından (*einseitiges Kaufsrecht*) bahsedilir.

Alım hakkı sözleşmesinde farklı bir düzenlemeye yer verilmediği takdirde hak, alım hakkı alan lehine kurulmuş sayılır¹²¹⁰. Bu sebeple alım hakkı alan kimse aynı zamanda da alım hakkı sahibi olur. Dolayısıyla alım hakkı verenin karşı tarafındaki kişi olarak hakkı kullanma ve esas sözleşmeyi kurma imkânı bu kimseye aittir¹²¹¹.

Alım hakkı sahibi, tıpkı alım hakkı alan gibi, gerçek veya tüzel kişi olabilir¹²¹². Alım hakkı sahibinin de aynı şekilde sözleşmede belirlenmiş olması şarttır¹²¹³. Bununla birlikte, onun, hakkın tanındığı anda fiil ehliyetine sahip olması gerekmez. Ancak hak kullanırken tam fiil ehliyetinin bulunması ya da yasal temsilcisi var ise onun rızasının alınması zorunludur¹²¹⁴. Bu durum, hakkın kullanılmasıyla birlikte taraflar arasında bir satış sözleşmesinin kurulmasından kaynaklanmaktadır. Zira satış sözleşmesi niteliği itibarıyla tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir¹²¹⁵.

2.3.7.2.1.2.1. Çoklu Hak Sahipliği

Alım hakkı sahibi tek bir kişi olabileceği gibi birden fazla kişiden de oluşabilir¹²¹⁶. Alım hakkında çoklu hak sahipliği, müşterek (*gemeinschaftliche-*) ve

¹²⁰⁷ Schleich, *Option*, 8-9.

¹²⁰⁸ Önalım hakkı kapsamında bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.96.

¹²⁰⁹ Allgauer, *Kaufsrecht*, 59.

¹²¹⁰ Önalım hakkı kapsamında aynı doğrultuda bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.91. Üçüncü kişi yararına sözleşmenin bulunmadığı hallerde aynı sonuca ulaşan görüş için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 9.

¹²¹¹ Schleich, *Option*, 142.

¹²¹² Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 94; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.90; Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2457; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.140.

¹²¹³ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.96.

¹²¹⁴ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.90.

¹²¹⁵ Bu sonuç, hakkın hukuki niteliğine ilişkin meselenin kurma teorisi kapsamında ele alınmasının bir sonucudur. Ancak koşul teorisine göre, alım hakkı sahibi açısından ehliyet durumu hakkın kullanıldığı anda değil, fakat taraflar arasında koşula bağlı satış sözleşmesi olarak ele alınan alım hakkı sözleşmesinin kurulduğu ana göre tespit edilmelidir. Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.90.

¹²¹⁶ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.92 ve Art. 683, Rn.52; Pfäffli ve Byland, “Vorkaufsrecht”, 294; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 94; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.140. Önalım hakkı kapsamında bkz.: BRHP-Faust, § 463, Rn.15.

öncelikli hak sahipliği (*vorrangige Berechtigung*) olmak üzere iki farklı şekilde ortaya çıkar¹²¹⁷.

Müşterek hak sahipliğinde (*gemeinschaftliche Berechtigung*), hak sahiplerinin tümü eş zamanlı olarak alım hakkı sahibi sıfatına sahiptir¹²¹⁸. Hak sahipleri burada alım hakkına ya belirli oranlarla ya da elbirliği ile sahiptir¹²¹⁹. Alım hakkı sözleşmesinde hak sahipliğinin türüne ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemişse oransal olarak hak sahipliğinin bulunduğu kabul edilmektedir¹²²⁰. Hak sahipliğinin bu türünde, hakkın kullanımı için tüm hak sahiplerinin katılımının zorunlu olup olmadığı tartışmalıdır. Bu noktada kanaatimiz, hak sahipliğinin belirli oranlarla (paylı) ya da elbirliği ile olup olmamasına göre belirlenmesi gerektiği yönündedir¹²²¹.

Alım hakkı sahipliği belirli bir sıra içerisinde birden fazla kişi lehine de kurulabilir¹²²². Böyle bir durumda hak sahipleri arasında artık bir rüçhan sırası (*Prioritätsordnung*) söz konusu olur¹²²³. Müşterek hak sahipliğinden farklı olarak, burada, hakkın kullanımı için tüm hak sahiplerinin katılımı gerekmez. Çünkü hak sahiplerinin hakkı kullanabilmesi öncelikli hak sahiplerinin hakkı kullanmamasına bağlıdır.

Çoklu hak sahipliğinde hakkın kullanımı için bir belirlenmiş ise, bu süre, son hak sahibinin bilgilendirildiği andan itibaren işlemeye başlar¹²²⁴. Bunun dışında çoklu hak sahipliği, hakkın tek taraflı olma niteliğini değiştirmez. Başka bir deyişle, aşağıda inceleneceği üzere, burada bir karşılıklı hak sahipliği söz konusu değildir.

¹²¹⁷ Elbirliği ile hak sahipliği (-zu *gesamter Hand*) ve belirli sıralı hak sahipliği (-in *einer bestimmen Reihenfolge*) şeklinde meseleyi ele alan görüş için bkz.: Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.140. İsviçre hukukunda çoklu hak sahipliğine ilişkin incelemeyi müşterek hak sahipliği başlığı altında ele alan görüşlere de rastlanmaktadır. Ancak kanaatimiz, meselenin ikili bir ayırım yapılarak incelenmesinin daha isabetli bir çözüm yolu olduğu yönündedir. İsviçre hukukunda sözü edilen görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 94 vd.

¹²¹⁸ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 94.

¹²¹⁹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.803.

¹²²⁰ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.803.

¹²²¹ Bu konuda ortaya konulan kapsamlı inceleme ve eleştiriler için bkz.: Üçüncü Bölüm, Bağımsız Olmayan Alım Hakkı başlığı.

¹²²² Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.92 ve *Art. 683*, Rn.52.

¹²²³ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 94. Bu durumu, taraflarca bir anlaşmaya yer verilen hallerde hakkın belirli bir sıra içerisinde (*in einer bestimmten Reihenfolge*) uygulanacağı şeklinde ifade eden görüş için bkz.: Isler, *Grundbuch*, 34.

¹²²⁴ PWW-Schmidt, *BGB § 472*, Rn.2.

2.3.7.2.1.2.2. Karşılıklı Hak Sahipliği

Alım hakkı çok taraflı olarak kurulabilir¹²²⁵. Böyle bir durumda, çoklu hak sahipliğinden farklı olarak, tarafların her biri hem alım hakkı sahibi hem de alım hakkı yükümlüsü sıfatına sahip olur¹²²⁶. Dolayısıyla öğretide bu tür alım hakkı, çok taraflı alım hakkı (*mehrseitiges Kaufsrecht*)¹²²⁷ ya da çok taraflı karşılıklı alım hakkı (*mehrseitiges gegenseitiges Kaufsrecht*)¹²²⁸ şeklinde ifade edilmektedir. Örneğin; pay sahipleri sözleşmesinde her bir pay sahibine diğer pay sahiplerinden payları üzerinde alım hakkı tanınması halinde durum böyledir. Böylelikle her bir pay sahibi, koşulları gerçekleştiği takdirde, diğer pay sahiplerinin payları üzerinde alım hakkını ileri sürebilmektedir. Ancak öte yandan diğer pay sahiplerinin kendilerine karşı yönelttiği alım hakkına da katlanmak zorundadır.

Alım hakkında karşılıklı hak sahipliği, ağırlıklı olarak pay sahipleri sözleşmesinde kararlaştırılan alım haklarında gündeme gelir¹²²⁹. Burada tüm hisselerin alım hakkına bağlanması için mevcut ve gelecekteki tüm pay sahiplerini kapsayacak şekilde hakkın kararlaştırılması söz konusudur¹²³⁰. Alım hakkının bu türünde, her hak sahibi, birbirinden bağımsız olarak hakkı ileri sürebilme imkânına sahiptir. Bununla birlikte, hakkın tüm pay sahipleri tarafından kullanılması durumunda paylaşma belirli bir taksim esasına göre gerçekleştirilir¹²³¹. Pay sahipleri söz konusu taksim esasını diledikleri gibi serbestçe tayin edebilirler¹²³².

¹²²⁵ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 96; Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 95 vd.; Forstmoser ve Kuchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1289.

¹²²⁶ Şirket payları üzerinde kurulan ve pay sahipleri kapsamında meseleyi ele alan görüş için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 94, dñn.5'te yer alan atıf dolayısıyla aynı eserde ayrıca 24.

¹²²⁷ Forstmoser ve Kuchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1289.

¹²²⁸ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 94, dñn.5'te yer alan atıf dolayısıyla ayrıca aynı eserde 24.

¹²²⁹ Forstmoser ve Kuchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1289. Aynı doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 94, dñn.5'te yer alan atıf dolayısıyla aynı eserde ayrıca 24.

¹²³⁰ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 25.

¹²³¹ Taksime ilişkin sıklıkla karşılaşılan düzenlemelerle ilgili olarak bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 94, dñn.5'te yer alan atıf dolayısıyla aynı eserde ayrıca 24.

¹²³² Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 94, dñn.5'te yer alan atıf dolayısıyla aynı eserde ayrıca 24.

2.3.7.2.1.2.2.3. Eşyaya Bağlı Hak Sahipliği

2.3.7.2.1.2.2.3.1. Genel Olarak

Hak sahibi olan kimsenin alım hakkı sözleşmesinde ismen belirtilmesi gerekmez. Zira sözleşmenin kurulabilmesi için hak sahipliğinin belirlenebilir olması yeterlidir. Bu kapsamda alım hakkının taraflarca eşyaya bağlı olarak kararlaştırılması mümkündür. Böyle bir durumda alım hakkı artık eşyaya bağlı alım hakkı (*Realkaufsrecht*) olarak ifade edilir¹²³³. Eşyaya bağlı alım hakkında hak sahipliği ya ilgili eşyanın maliki ya da sınırlı aynî hak sahibi kişi¹²³⁴ olarak belirtilir¹²³⁵. Bu yönüyle öğretide, alım hakkının bu türünü, gayrimenkul maliki lehine alım hakkı (*subjektiv-dingliches Kaufsrecht*) şeklinde ifade eden görüşlere rastlamak mümkündür¹²³⁶.

Eşyaya bağlı alım hakkının uygulamada karşılaşılan örneğini, komşu taşınmazlar üzerinde taşınmaz malikleri lehine kurulan alım hakkı oluşturur¹²³⁷. Burada belirli bir taşınmaz üzerinde kurulan hak, o taşınmaza komşu olan bir başka taşınmazın mülkiyetine bağlanır. Bunun sebebi, hakkın konusu şeyi satın almaya yönelik menfaatin, o taşınmaza komşu bir başka taşınmaza malik olmakla yakın ilişki içerisinde olmasıdır. Dolayısıyla taşınmazın el değiştirmesiyle birlikte, alım hakkı sahipliği de, eski malik için kendiliğinden sona erer. Zira alım hakkı gayrimenkul maliki lehine

¹²³³ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.89; Isler, *Grundbuch*, 40; Pfäffli ve Byland, “Vorkaufsrecht”, 294; Roberto, “Teilrevision”, 173; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.93 ve Art. 683, Rn.51. Aynı doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 94; Allgäuer, *Kaufsrecht*, 59 vd. Öğretide yer alan bazı yazarlar, isabetsiz bir şekilde, alım hakkının eşyaya bağlı olarak kurulmasının aynı haklardaki sınırlı sayı ilkesi gereğince mümkün olmadığını savunmaktadırlar. Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Allgäuer, *Kaufsrecht*, 60, dpn.69, 70 ve 71’de yer alan bilgiler.

¹²³⁴ Bu yönde bkz.: Isler, *Grundbuch*, 40; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.93 ve Art. 683, Rn.51. Bu doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 94.

¹²³⁵ İsviçre hukukunda bkz.: Schleich, *Option*, 144. Taşınmazlar bakımından bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.97; Isler, *Grundbuch*, 40; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.93 ve Art. 683, Rn.51; Schmid, *Das Vorkaufsrecht*, 69 vd. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz.: ZBGR 1920 126; 1932 191; BGE 71 II 164 (Meier-Hayoz, Art.681, Rn.93’ten naklen). Bu yönde benzer açıklamalar için bkz.: Allgäuer, *Kaufsrecht*, 59; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 94. Alman hukukunda bu yönde bkz.: Harry Westermann, *Sachenrecht: ein Lehrbuch*, 5., neu bearb. Aufl. (Karlsruhe: Müller Verlag, 1966), 622; Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 102. Bu yöndeki Alman Federal Mahkemesi kararları için bkz.: RG (3. 5. 30) Z 128, 246 (248 - 250); KG (15. 6. 08) J 36 (1909) (Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, sn.127, dpn.582’den naklen). Aksi yöndeki Alman yargı kararları ve bunların gerekçeleri için bkz.: BayObLG (13.3.26) JFG 4 (1927), 347 (348 f.); OLG Dresden (3. 8.19) OLG 40, 35 (Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 127, dpn.581’den naklen). Taşınmazlar kapsamında sadece mülkiyet hakkıyla sınırlı olarak meseleyi ele alan görüş için bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2457.

¹²³⁶ Allgäuer, *Kaufsrecht*, 59. Nispeten aynı doğrultuda bkz.: Schleich, *Option*, 144.

¹²³⁷ Schleich, *Option*, 144. Bu konuya ilişkin bir örnek kapsamında yapılan açıklamalar için bkz.: Allgäuer, *Kaufsrecht*, 60.

olacak şekilde taşınmaz üzerindeki mülkiyete bağlanmıştır. Taşınmaz mülkiyetinin devriyle birlikte hak sahipliği de değişmiş olur¹²³⁸.

Eşyaya bağlı hak sahipliğinin belirlenmesi şerhin kapsamında yer alan bir durumdur. Dolayısıyla hak sahipliğinin bağlı olduğu taşınmaza ait ana sayfaya söz konusu hak sahipliğinin kaydedilmesi gerekir¹²³⁹.

2.3.7.2.1.2.3.2. Eşyaya Bağlı Hak Sahipliğinin Avantaj ve Dezavantajları

Eşyaya bağlı hak sahipliğinin birtakım avantaj ve dezavantajları söz konusudur. Bu kapsamda ilk olarak, eşyaya bağlı alım hakkının avantajları genel olarak üç farklı şekilde ele alınmaktadır. Bunlar; istenilen hedefe ulaşmada kolaylık ile devir ve şerhe yönelik ihtiyacı ortadan kaldırmadır.

Eşyaya bağlı alım hakkı, kişisel alım hakkında bir üçüncü kişi yararına sözleşmeyle arzulan hedefe doğrudan ve zahmetsiz bir şekilde ulaşmayı sağlar. Uygulamada özellikle komşu taşınmazlar üzerinde kurulan alım haklarında karşılaşılan bir durumdur. Gerçekten de burada, taşınmazı satan kişinin alım hakkına olan menfaati sona ermektedir. Ancak yeni malik açısından, bu durum, tam tersi bir görünüme sahiptir¹²⁴⁰. Dolayısıyla müstakbel malikin taşınmazı iktisap etmeden önce, mevcut malikten, alım hakkı verenle kendisi lehine bir üçüncü kişi yararına sözleşmeyle alım hakkı tanınmasını istemesine gerek kalmaz.

Eşyaya bağlı alım hakkının sağladığı bir diğer avantaj alım hakkının devrine yönelik bir işlem ihtiyacını ortadan kaldırmasıdır. Zira hak taraflarca ayrıca bir sözleşmeye ihtiyaç duyulmaksızın ve özel bir şekil şartı da aranmaksızın taşınmazın ya da sınırlı aynî hakkın devriyle birlikte geçmiş olmaktadır¹²⁴¹. Böylelikle hakkın devrine veyahut da yeni malike tekrar tanınması şeklinde bir işlemle de tarafların muhattap olmasına gerek kalmaz¹²⁴². Son olarak hakkın eşyaya bağlı olarak kurulmasının, şerh

¹²³⁸ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.97; Allgäuer, *Kaufrecht*, 58 vd.; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.63; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.93; Rey, *Die Grundlagen*, Rn.1243; Bu yönde benzer açıklamalar için bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2457. Alım hakkı kapsamında bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 71 II 158 ff. (164), E. 2, (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.97, dpn.148'den naklen).

¹²³⁹ Schleich, *Option*, 143-144. Önalm hakkı kapsamında bu yönde bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.94.

¹²⁴⁰ Isler, *Grundbuch*, 40.

¹²⁴¹ Isler, *Grundbuch*, 40; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.40. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 71 II 164 (Isler, *Grundbuch*, 40, dpn.7'den naklen).

¹²⁴² Isler, *Grundbuch*, 40; Allgäuer, *Kaufrecht*, 60.

yönünden önemli bir işleve sahip olduğunu belirtmek gerekir. O da, yeni maliklere karşı hakkın ileri sürülebilmesi için yeniden bir şerhin varlığına ihtiyaç olmamasıdır¹²⁴³.

Eşyaya bağlı alım hakkının dezavantajları ise hakkın konusu şeyin satış bedeli ve hak sahipliğinde değişkenlik yönünden kendini gösterir. Öncelikle alım hakkının ivazlı olarak kurulduğu hallerde, ilk malik hakkın tesisi için bir bedel ödemek zorundadır. Oysa sonraki malikler açısından hakkın geçişi bir ivaz karşılığı olmaksızın gerçekleşir. Bu noktada mevcut malik açısından söz konusu ivazı amorti etme imkânı yalnızca tek bir şekilde mümkündür. O da, hakkın konusu şeyin satış bedelini yükseltmektir. Bunun sonucu olarak ilk malik, satış bedeline ilgili ivazı da ekleyerek yeni bir bedel belirlemeye yoluna gitmektedir¹²⁴⁴.

Eşyaya bağlı alım hakkının bir diğer dezavantajlı sonucu alım hakkı yükümlüsü açısından ortaya çıkar. Gerçekten de bu hak sahipliği türünde, yükümlü olan taraf, en nihayetinde taşınmaz malikin kim olduğunu bilebilecek durumda değildir¹²⁴⁵. Hakkın kullanıldığı sırada taşınmaz maliki, hakkın tesis edildiği ana göre değişiklik gösterebilir. Bu ise alım hakkı yükümlüsünü, sosyal ve ekonomik durumunu daha öncesinde değerlendiremeyeceği üçüncü bir kimseyle satış ilişkisi içerisine sokma ihtimalini doğurmaktadır.

2.3.7.2.1.2.2.4. Üçüncü Kişilerin Hak Sahipliği

2.3.7.2.1.2.2.4.1. Genel Olarak

Alım hakkında üçüncü kişilerin hak sahipliği genel olarak ikili bir ayırım yapılarak ele alınmaktadır. Ayırım temelinde ise hukukî işlemin bir sağlararası işlem mi yoksa ölüme bağlı bir tasarruf mu olduğu belirleyicidir. Çalışmamızın bu bölümünde sağlararası bir işlem olan alım hakkı sözleşmesi incelendiğinden üçüncü kişilerin hak sahipliği de bu kapsamda ele alınmıştır. Alım hakkının sağlararası bir işlem den doğduğu hallerde üçüncü kişilerin hak sahipliği ise tek bir şekilde ortaya çıkmaktadır. O da, üçüncü kişi yararına sözleşmenin bulunduğu hallerdir.

¹²⁴³ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.97. Geri alım hakkı kapsamında bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: das Urteil des BGer vom 12. November 1986, in: BN 1987, Nr. 27, S. 137 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.97, dñn.149'dan naklen).

¹²⁴⁴ Taşınmazlar bakımından bkz.: Isler, *Grundbuch*, 40.

¹²⁴⁵ Isler, *Grundbuch*, 40.

2.3.7.2.1.2.2.4.2. Üçüncü Kişi Yararına Alım Hakkı Sözleşmesi

Üçüncü kişi yararına sözleşme (*Vertrag zugunsten Dritter*), alacak ile borçlu arasında yapılan ve fakat sözleşmeden doğan hakların üçüncü bir kişi lehine kararlaştırılmış olduğu hukuki işlemi ifade eder¹²⁴⁶. Bu yönüyle de, lehine hukukî işlem yapılan üçüncü kişinin katılımı olmaksızın hak sahibi olduğu alacaklı ile borçlu arasında gerçekleştirilen bir sözleşme yer almaktadır¹²⁴⁷. Türk hukukunda üçüncü kişi yararına sözleşme müessesesi Türk Borçlar Kanunu md. 129 ve 130’da iki madde halinde düzenlenmiştir¹²⁴⁸.

Üçüncü kişi yararına sözleşme, başlı başına bir sözleşme tipi değildir. Muhtevasına uygun düştüğü ölçüde tüm borçlar hukuku alanında yer alan sözleşme türleri için uygulama alanı bulur¹²⁴⁹. Sözleşmenin bir ivaz karşılığı kurulmuş olup olmaması da önem arz etmez¹²⁵⁰. Bu çerçevede alım hakkı sözleşmesi, üçüncü kişi yararına sözleşme şeklinde kararlaştırılabilen bir hukukî işlem olarak karşımıza çıkar. Böyle bir durumda, alım hakkını kuran bu tür sözleşmeler üçüncü kişi yararına alım hakkı sözleşmesi (*Kaufsvertrag zugunsten Dritter*) şeklinde ifade edilir. Nitekim Alman ve İsviçre hukuk öğretileri de, genel olarak opsiyon haklarının bir üçüncü kişi yararına sözleşme şeklinde kurulabileceğini ve bu tür anlaşmaların hukuken geçerli olduğunu kabul etmektedir¹²⁵¹.

¹²⁴⁶ Türk hukukunda bu doğrultuda bkz.: Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Cilt-2*, 428 vd. Alman hukukunda bu doğrultuda bkz.: Förster, *Schuldrecht*, Rn.963. “Üçüncü kişinin doğrudan hak elde ettiği ve edimi talep edebildiği...” şeklinde tanım ortaya koyan görüş için bkz.: Hirsch, *Schuldrecht Allgemeiner*, Rn.1082; Schmidt, *Das Schuldverhältnis*, Rn.89. Üçüncü kişi yararına borç ilişkisinin, sözleşmenin taraflarından birinin ve üçüncü kişinin sözleşmenin diğer tarafına karşı talep hakkına sahip olduğu borç ilişkisi olduğu yönünde bkz.: Wolf, *Besonderer Teil*, 342.

¹²⁴⁷ Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, 262 vd.; Jousen, *Schuldrecht I*, Rn.1151. Dolaylı olarak bu yönde bkz.: Larenz, *Allgemeiner Teil*, 219 ve 221.

¹²⁴⁸ TBK md. 129 hükmü, içerik itibarıyla mehz İsviçre Borçlar Kanunu md. 112’nin aşağı yukarı birebir karşılığını oluşturmaktadır. Mehaz Kanun’da 3 fıkra halinde düzenlenen hükmün son iki fıkrası TBK’da tek bir fıkra olarak yer almaktadır. Alman hukukunda ise söz konusu müessese BGB § 328 vd.’da yer alan hükümlerde düzenlenmiştir.

¹²⁴⁹ Bu yönde bkz.: Förster, *Schuldrecht*, Rn.965; Hirsch, *Schuldrecht Allgemeiner*, Rn.1082; Looschelders, *Allgemeiner*, § 51, Rn.5; Jousen, *Schuldrecht I*, Rn.1151; Fikentscher ve Heinemann, *Schuldrecht*, Rn.294; Wörlen ve Metzler-Müller, *Schuldrecht*, Rn.415; BeckOGK-Mäsch, *BGB § 328*, Rn.8; BeckMüKo-Gottwald, *BGB § 328*, Rn.4; Hatemi ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku*, § 28, Rn.10.

¹²⁵⁰ İvazlı ve ivazsız sözleşme türleri kapsamında meseleyi ele alan görüş için bkz.: Weiler, *Schuldrecht*, § 36, Rn.6.

¹²⁵¹ İsviçre hukukunda bkz.: Schleich, *Option*, 142; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.96. Benzer doğrultuda bkz.: die Ausführungen der Berner Justizdirektion an die Amtsschreiberei Seftigen vom 29. März 1920, in: MBVR 1920, S. 203 ff. (208) (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.96, dpn.145’ten naklen). Alman hukukunda opsiyon hakkı kapsamında, BGB § 328 gereğince, bu şekilde yapılan bir

Üçüncü kişi yararına alım hakkı sözleşmesinde, alım hakkı sahibi artık alım hakkı alanın kendisi değil; lehdar (*Begünstigter*) olarak da ifade edilen bir üçüncü kişi olur¹²⁵². Dolayısıyla hakkı kullanma ve bunun sonucu olarak alım hakkı veren ile birlikte esas sözleşmenin tarafı olma imkânı üçüncü kişiye ait olur¹²⁵³. Diğer taraftan alım hakkı veren ise üçüncü kişi yararına alım hakkı sözleşmesinin vaat eden (*Versprechender*) tarafını oluşturur. Alım hakkı alan taraf ise sözleşmenin vaat ettiren (*Versprechensempfänger*) tarafını temsil eder¹²⁵⁴.

Üçüncü kişi yararına alım hakkı sözleşmesi, hukukî işlemin konusu bakımından TBK md. 129’da yer alan genel müesseseden nispeten ayrılan bir yöne sahiptir. Zira burada sözleşmeyle birlikte üçüncü kişi lehine bir talep hakkı (*Forderungsrecht*) değil; alım hakkı, yani yenilik doğuran hak doğar¹²⁵⁵. Meseleyi Alman Medeni Kanunu kapsamında ele alan görüş de aynı sonuca ulaşmaktadır¹²⁵⁶. Buna göre, Alman Medeni Kanunu’nda söz konusu düzenlemede yer alan “*edim*” kavramı geniş yorumlanması

hukukî işlemin geçerli olacağı yönünde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 108; Henrich, *Vorvertrag*, 256 vd. Bu doğrultuda bir başka görüş için bkz.: BeckMüKo-Gottwald, *BGB § 328*, Rn.4. Önalım hakkı kapsamında aynı doğrultudaki görüş için bkz.: Raape, *Die Wollensbedingung*, 59; Westermann, *Sachenrecht*, 622; Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 125; Lorenz, *Vorzugsrechte*, 129 vd.; BRHP-Faust, § 463, Rn.13; BeckMüKo-Westermann, *BGB § 463*, Rn.8.

¹²⁵² Schleich, *Option*, 142; Isler, *Grundbuch*, 39. Önalım hakkı kapsamında bu yöndeki görüşler için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.89 ve 96; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.91; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 21 ve 94. Alman hukukunda bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 108. Opsiyon haklarında üçüncü kişi yararına sözleşme müessesesi ile sıklıkla karşılaşıldığı yönünde bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 256. Aksi yöndeki görüş için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 9. Opsiyon hakları kapsamında verilen örnekler için bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 256 vd.; Casper, *Der Optionsvertrag*, 108.

¹²⁵³ Schleich, *Option*, 142.

¹²⁵⁴ Üçüncü kişi yararına sözleşmelerde taraflara ilişkin terminolojik ifade ve açıklamalar için bkz.: Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, 263; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Cilt-2*, 428 vd. Alman hukukunda bkz.: Förster, *Schuldrecht*, Rn.972 vd.; BeckOGK-Mäsch, *BGB § 328*, Rn.17 vd.; Schmidt, *Schuldrecht*, Rn.1052 ve özellikle 1066; Fikentscher ve Heinemann, *Schuldrecht*, Rn.293; Larenz, *Allgemeiner Teil*, 218 vd.; Petersen, *Examens-Repetitorium*, Rn.458; Wertenbruch, *Bürgerliches Gesetzbuch*, § 12, Rn.39; Brömmelmeyer, *Schuldrecht*, § 14, Rn.7; Wörlen ve Metzler-Müller, *Schuldrecht*, Rn.415; Hirsch, *Schuldrecht Allgemeiner*, Rn.1087 vd; Looschelders, *Allgemeiner*, § 51, Rn.9; Schmidt, *Das Schuldverhältnis*, Rn.89; Wolf, *Besonderer Teil*, 342; Weiler, *Schuldrecht*, § 36, Rn.8; Jousen, *Schuldrecht I*, Rn.1166. Meseleyi nispeten daha ayrıntılı bir şekilde ele alan görüş için bkz.: Esser/Schmidt, *Allgemeiner I*, 283.

¹²⁵⁵ Türk hukukunda bkz.: Eren, *Genel Hükümler*, 63 ve 214. Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu md. 112 kapsamında meseleyi ele alan görüş için bkz.: Schleich, *Option*, 142.

¹²⁵⁶ Casper, *Der Optionsvertrag*, 108. Alman hukukunda genel olarak üçüncü kişi yararına sözleşmelerde talep hakkının konusunu ele alarak inceleme yapan görüş için bkz.: Wolf, *Besonderer Teil*, 343. Keza Alman hukukunda üçüncü kişi yararına sözleşmelerde konuyu talep hakkı kapsamında ele alan görüşler için bkz.: Jousen, *Schuldrecht I*, Rn.1157; Schmidt, *Schuldrecht*, Rn.1051; BeckOGK-Mäsch, *BGB § 328*, Rn.14; BeckNomosHK-Schulze, *BGB § 328*, Rn.2 ve 8. Talep hakkı kapsamında aynı sonuca geri alım hakkı çerçevesinde ulaşan bir başka görüş için bkz.: Erman-Grunewald, *BGB Vor § 456*, Rn.8.

gereken bir ifadedir¹²⁵⁷. Bu yönüyle de, borç ilişkisinin konusunu oluşturabilen her şeyin bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir. Dolayısıyla sadece talep hakkının değil; bir opsiyon hakkının da üçüncü kişi yararına sözleşmeye konu edilmesi mümkün olmalıdır¹²⁵⁸. Kanaatimizce de böyle bir yaklaşım, bir sözleşme tipi olarak ele alınmayan bir hukukî müessesesinin amaç ve ruhuna daha uygun düşmektedir.

Üçüncü kişi yararına alım hakkı sözleşmesi hakkı kuran sözleşmenin üçüncü kişi lehine kararlaştırıldığı hallerde söz konusu olur. Bunun dışında, esas sözleşmenin üçüncü kişi yararına sözleşme olarak kararlaştırıldığı haller bu kapsamda yer almaz¹²⁵⁹. Bunun sebebi, satış sözleşmesindeki satış konusu şeyin üçüncü bir kişiye vaadinin tamamen farklı bir durum olmasıdır. Ayrıca bu halde üçüncü kişi değil; alım hakkı alanın bizzat kendisi hakkı kullanma yetkisine sahip olmaya devam eder¹²⁶⁰.

Üçüncü kişi yararına alım hakkı sözleşmesinde aranan şekil alım hakkı sözleşmesine ilişkin şekil kurallarına tabidir. Bu açıdan sözleşmenin üçüncü kişi yararına kurulmuş olması taraflar açısından bir şekil serbestisine veya farklı bir özel şekil şartına imkân ya da sebebiyet vermez¹²⁶¹.

2.3.7.2.1.2.4.3. Hak Sahibi Üçüncü Kişi

Üçüncü kişi yararına alım hakkı sözleşmesinde hak sahibi üçüncü kişi sözleşmede ismen belirtilen kimsedir. Bunun birlikte hak sahibinin belirlenebilir bir kimse olarak kararlaştırılıp kararlaştırılamayacağı hususu öğretide tartışmalıdır. Tartışmaların odağını vaat ettiren taraf olan alım hakkı alanın, sözleşme yapıldıktan sonraki bir zaman diliminde üçüncü kişiyi belirleyip belirleyemeyeceği oluşturmaktadır.

Öğretideki hâkim görüş, belirliliğe ilişkin olarak üçüncü kişi yararına sözleşmelerde yer alan genel ilkeler doğrultusunda, üçüncü kişinin, kişisel veya nesnel

¹²⁵⁷ TBK md. 129'da aynı terimi karşılamak üzere edim yükümlülüğü ifadesi yer almaktadır.

¹²⁵⁸ Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 108.

¹²⁵⁹ İsviçre hukukunda bkz.: Schleich, *Option*, 143. Alman hukukunda bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 110.

¹²⁶⁰ Schleich, *Option*, 143; Casper, *Der Optionsvertrag*, 110. Önalım hakkı kapsamında bkz.: Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 125. Opsiyon hakları kapsamında bkz.: Lorenz, *Vorzugsrechte*, 131.

¹²⁶¹ Türk hukukunda bu yönde bkz.: Hatemi ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku*, § 28, Rn.8. Üçüncü kişi yararına sözleşmelerde şekle ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz.: Weiler, *Schuldrecht*, § 36, Rn.8; Joussen, *Schuldrecht I*, Rn.1170; Wörlen ve Metzler-Müller, *Schuldrecht*, Rn.416; Schmidt, *Schuldrecht*, Rn.1068; Fikentscher ve Heinemann, *Schuldrecht*, Rn.304.

ölçütler bağlamında belirlenmiş olmasını aramaktadır¹²⁶². Buna göre, vaat ettirenin herhangi bir üçüncü kişiyi tayin etmesine yönelik bir belirleme hakkının (*Bestimmungsrecht*) kararlaştırılması bu açıdan mümkün değildir¹²⁶³. Bunun istisnasını ise, üçüncü kişinin kapsamının daraltıldığı haller oluşturur. Örneğin; üçüncü kişinin vaat ettirenin çocuklarıyla sınırlandırıldığı hallerde bu yönde bir anlaşma hukuken artık geçerlidir¹²⁶⁴.

Alım hakkının bir taşınmazı konu aldığı hallerde, İsviçre Federal Mahkemesi, belirli hallerde şekil şartının dolanımının bulunduğunu kabul etmektedir. Mahkeme’ye göre bu hal, hak sahibine alternatif bir seçim hakkının verildiği durumlardır. Başka bir deyişle, hak sahibi hakkı bizzat kendisi kullanma imkânına sahiptir. Ancak ona aynı zamanda, kendisinin belirleyeceği bir üçüncü kişinin hakkı kullanabileceği şeklinde bir imkân da verilmektedir. Bu örnekte hakkın tanındığı kimse aslında doğrudan sözleşmenin tarafını oluşturmaktadır. Bu yönüyle de o, üçüncü kimse değildir. Ancak üçüncü bir kişiyi hak sahibi olarak belirleme yetkisine sahiptir. Yüksek Mahkeme bu şekilde yapılan hukukî işlemleri geçerli kabul etmemektedir¹²⁶⁵.

Son olarak üçüncü kişi yararına alım hakkı sözleşmesiyle lehine alım hakkı tanınan hak sahibi üçüncü kişinin, hakkı reddetmek suretiyle onu geçmişe etkili olarak ortadan kaldırması her halukârda mümkündür¹²⁶⁶.

2.3.7.2.1.2.2.4.4. Üçüncü Kişi Yararına Alım Hakkı Sözleşmesinin Hukukî Etkisi

Üçüncü kişi yararına alım hakkı sözleşmesinin yapılmasıyla birlikte alım hakkı doğrudan ve ilk olarak üçüncü kişi lehine doğmuş olur¹²⁶⁷. Bu durum opsiyon

¹²⁶² Casper, *Der Optionsvertrag*, 109-110. Bu yöndeki Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz.: RGZ 106, 120, 126; 117, 143, 149 (Casper, *Der Optionsvertrag*, 110, dñn.31’den naklen).

¹²⁶³ Casper, *Der Optionsvertrag*, 110. Bu konuda meseleyi ayrıntılı bir şekilde inceleyen görüş için bkz.: Larenz, *Allgemeiner Teil*, 222.

¹²⁶⁴ Casper, *Der Optionsvertrag*, 110.

¹²⁶⁵ Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 111 II 143, E. 4 (Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2458’den naklen).

¹²⁶⁶ Schleich, *Option*, 142-143. Alman hukukunda meseleyi nispeten ayrıntılı bir şekilde inceleyen görüş için bkz.: Joussen, *Schuldrecht I*, Rn.1150. Alman hukukunda meselenin BGB § 333’te özel olarak düzenlendiği ve bu durumda hakkın hiç doğmamış kabul edildiği yönünde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 109; Hirsch, *Schuldrecht Allgemeiner*, Rn.1089; Weiler, *Schuldrecht*, § 36, Rn.1; Schmidt, *Schuldrecht*, Rn.1073.

¹²⁶⁷ Schleich, *Option*, 142; Casper, *Der Optionsvertrag*, 109. Aynı doğrultuda bkz.: Kırca, *Hukukî Yönüyle*, 212-213. Üçüncü kişi yararına sözleşmelerde talep hakkının doğrudan üçüncü kişi

sözleşmesinin yaratma fonksiyonunun doğal bir sonucudur. Bu sebeple de kanaatimizce, üçüncü kişi yararına alım hakkı sözleşmesi yalnızca tam üçüncü kişi yararına sözleşme (*echter-/berechtigender Vertrag zugunsten Dritter*) şeklinde kararlaştırılabilir. Bunun dışında, gerçek olmayan üçüncü kişi yararına sözleşme müessesesi (*unechter/ermächtigender¹²⁶⁸/einfacher Vertrag zugunsten Dritter*) mahiyeti itibarıyla alım hakkı ile zıt düşen bir müessesedir¹²⁶⁹. Bunun en açık delili, somut bir olayda tam ya da eksik üçüncü kişi yararına sözleşmeden hangisinin olduğu tespit edilirken sözleşmenin amacının göz önüne alınacak unsurlardan birini oluşturmasıdır¹²⁷⁰. İşte bu noktada üçüncü kişi yararına alım hakkı sözleşmesi, kanaatimizce, TBK md. 123/II’de yer bulan “ *tarafların amacına*” şeklindeki ifadenin kapsamında yer alan bir durum teşkil etmektedir. Gerçekten de sözleşmenin amacını belirleyen en önemli unsur tarafların hedefledikleri amaçtır. Başka bir deyişle onların ortak arzularıdır¹²⁷¹. Alım hakkının amacı da¹²⁷², hak sahibine tek başına ve tamamen kendi özgür iradesiyle bir satış sözleşmesi kurma yetkisi vermektir. Bundan dolayı, burada bir tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığının kabulü bir tercihten öte

nezdinde doğduğu ve üçüncü kişinin bir hukukî beyanına (*rechtgeschäftliche Erklärung*) ihtiyaç olmadığı yönünde bkz.: Wolf, *Besonderer Teil*, 345.

¹²⁶⁸ Bayer, *Der Vertrag zugunsten Dritter*, 1995, 128 vd.; Raab, *Austauschverträge mit Drittbeteiligung*, 1999, 23 vd. (BeckMüKo-Gottwald, *BGB* § 328, Rn.9, dpn.33’ten naklen).

¹²⁶⁹ Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede üçüncü kişi vaat ettirene karşı doğrudan talepte bulunma imkânına sahiptir. Ancak eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede üçüncü kişi böyle bir imkânı sahip değildir. Türk hukukunda bu yönde bkz.: Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, 264; Eren, *Genel Hükümler*, 214; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 2, Knr.28 vd.; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Cilt-2*, 430 vd.; Hatemi ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku*, § 28, Rn.7. Alman hukukunda bu yönde bkz.: Förster, *Schuldrecht*, Rn.967; BeckNomosHK-Schulze, *BGB* § 328, Rn.2; BeckMüKo-Gottwald, *BGB* § 328, Rn.9; Fikentscher ve Heinemann, *Schuldrecht*, Rn.292; Schmidt, *Schuldrecht*, Rn.1051 ve özellikle 1058; Wörlen ve Metzler-Müller, *Schuldrecht*, Rn.418 vd.; Josef Esser ve Eike Schmidt, *Schuldrecht – Band I Allgemeiner Teil (Teilband 2 Durchführungshindernisse und Vertragshaftung, Schadenausgleich und Mehrseitigkeit beim Schuldverhältnis)*, 8., völlig neubearbeitete Auflage (Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2000), 292 vd.; Brömmelmeyer, *Schuldrecht*, § 14, Rn.2 ve 4; Weiler, *Schuldrecht*, § 36, Rn.2 ve 3. Nispeten aynı doğrultuda bkz.: BeckOGK-Mäsch, *BGB* § 328, Rn.53. Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmenin Alman Medeni Kanunu’nun kapsamında yer almadığını ifade eden ve fakat yine de üçüncü kişi yararına sözleşmenin bir türü olduğunu ileri süren görüş için bkz.: Jousen, *Schuldrecht I*, Rn.1155. Bu görüşe karşı aksi yönde olan bir başka görüş ise, eksik üçüncü kişi yararına sözleşme kapsamında ifade edilen halleri, teknik anlamda bir üçüncü kişi yararına sözleşme olarak ele almamaktadır. Bu kapsamda, üçüncü kişi yararına sözleşme olarak değerlendirilebilecek tek bir tip sözleşme vardır. O da, üçüncü kişinin hak sahibi olabildiği ve talep ileri sürebildiği halleri kapsayan tam üçüncü kişi yararına sözleşmedir. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Hirsch, *Schuldrecht Allgemeiner*, Rn.1081.

¹²⁷⁰ Jousen, *Schuldrecht I*, Rn.1158.

¹²⁷¹ Üçüncü kişi yararına sözleşmenin türünün tespitinde tarafların ortak iradelerinden hareket edilerek bir yorum yapılması gerektiğini ifade eden görüş için bkz.: BeckOGK-Mäsch, *BGB* § 328, Rn.54.

¹²⁷² Başka bir deyişle, onu kuran hukukî işlemin.

zorunluluktur. Çünkü aksi yönde bir yorum, alım hakkının iinin boşaltılmış olması anlamına gelmektedir¹²⁷³.

Tam üçüncü kişi yararına alım hakkı sözleşmesi kendine özgü birtakım özelliklere sahiptir. Öncelikle tam üçüncü kişi yararına sözleşmeden farklı olarak, üçüncü kişi yararına alım hakkı sözleşmesinde hakkın kullanımı münhasıran üçüncü kişiye aittir¹²⁷⁴. Dolayısıyla vaad ettirenin, edimin ifasına yönelik talepte bulunma yetkisi hakkın kullanımı açısından burada yer almaz. Başka bir deyişle, vaad ettiren tarafı oluşturan alım hakkı alan, lehdar olan üçüncü kişi yanında ayrıca alım hakkını kullanma yetkisine sahip değildir¹²⁷⁵. Bunun sebebi, vaat ettirenin hakkı kullanmasıyla birlikte, vaat eden ile üçüncü kişi arasında bir satış sözleşmesinin kurulacak olmasıdır. Oysa satış sözleşmesi niteliği itibarıyla tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Aksi yönde bir yorum, sözleşmeye taraf olmayan üçüncü bir kişinin adeta bir yükümlölük altına girmesi sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla vaat ettirenin böyle bir hakka sahip olması mümkün değildir¹²⁷⁶. Bununla birlikte, vaad ettirenin alım hakkı sözleşmesinden doğan diğerk yükümlölüklerin ifasına yönelik talepleri bu sınırlamanın kapsamında yer almaz. Örneğın; hakkın konusu şeyin gereğı gibi muhafazasına yönelik bir talebin vaad ettiren tarafından ileri sürölmesi her halukârda mümkündür.

Alım hakkının doğrudan üçüncü kişinin şahsında doğması üçüncü kişi yararına sözleşmede önemli bir pratik sonuca sahiptir. O da, sözleşmeden doğan hazır bulunma ve bilgilendirme gibi yükümlölüklerin ifasının, pratik anlamda, sadece alım hakkı sahibi açısından bir öneme sahip olmasıdır. Özellikle hakkın bir ivaz karşılığı olmaksızın kararlaştırıldığı hallerde bu durum daha da açık bir hale gelmektedir. Çünkü böyle bir

¹²⁷³ Nitekim Alman hukukunda da, alım hakkı sözleşmesinin sadece tam üçüncü kişi yararına sözleşme kapsamında kurulabileceğı ifade edilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 109.

¹²⁷⁴ Casper, *Der Optionsvertrag*, 109. Önalım hakkı kapsamında dolaylı olarak bu yönde bkz.: Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 125. Opsiyon hakları kapsamında ayrıca bkz.: Lorenz, *Vorzugsrechte*, 131.

¹²⁷⁵ Bu doğrultuda bkz.: Schleich, *Option*, 143.

¹²⁷⁶ Bu doğrultuda bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 109. Alım hakkı kapsamında bu yönde bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 94. Önalım hakkı kapsamında bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.88. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 124 II 8 ff. (11), E. 2b. (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.96, dpn.147'den naklen). Alman hukukunda bkz.: Förster, *Schuldrecht*, Rn.964; Brömmelmeyer, *Schuldrecht*, § 14, Rn.1; Fikentscher ve Heinemann, *Schuldrecht*, Rn.299; Looschelders, *Allgemeiner*, § 51, Rn.8; Wolf, *Besonderer Teil*, 350; Weiler, *Schuldrecht*, § 36, Rn.1; Jousen, *Schuldrecht I*, Rn.1147. Bu yöndeki Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGH NJW 1995, 3183, 3184 (Brömmelmeyer, *Schuldrecht*, § 14, Rn.1'den naklen).

durumda, vaat ettiren hakkın tesisi için bir bedel de ödemediği için, hakkın kullanımını tehlikeye düşüren hâller yalnızca alım hakkı sahibi için bir anlam ifade etmektedir.

Son olarak, TBK md. 123/II-son cümle'ye göre, alım hakkı kullanıldıktan sonra üçüncü kişi yararına alım hakkı sözleşmesinin taraflarının hakkı geri alma veya borcun kapsam ve niteliğine yönelik anlaşma yapmaları mümkün değildir¹²⁷⁷.

2.3.7.2.2. Alım Konusu

2.3.7.2.2.1. Genel Olarak

Alım konusu, hak sahibinin hakkı kullanması durumunda iktisap edebilmesi gereken şeyi ifade eder¹²⁷⁸. Hakkın konusu olan şey sözleşmede yeterli ölçüde belirlenmiş ya da belirlenebilir olmalıdır¹²⁷⁹. Yeterli ölçüde olma, hakkın konusu şeyin tespitinde bir hataya düşülmesine sebep olmayacak ölçüyü ifade eder¹²⁸⁰. Bu kapsamda örneğin; bir taşınmaza ait yer, sokak ve ev numarasının belirlenmiş olması yeterlidir. Dolayısıyla tapu sicilinde taşınmaza ait tüm bilgilerin tamamının verilmesi gerekmez¹²⁸¹. Bununla birlikte taraflardan birine, hakkın konusu şeyi daha sonra belirleyebileceği bir seçim hakkı tanınmış olabilir. Böyle bir durumda, belirlenebilirlik şartı yine gerçekleşmiş olur¹²⁸². Üçüncü kişi tarafından yapılacak bir belirleme de aynı şekilde bu kapsamdadır¹²⁸³. Sözleşmenin tarafları arasında seçimlik hakka kimin sahip

¹²⁷⁷ Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu kapsamında meseleyi ele alan görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Schleich, *Option*, 143.

¹²⁷⁸ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.98. Aynı doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.501.

¹²⁷⁹ Taşınmazlar kapsamında bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.504; Pfäffli ve Byland, "Vorkaufsrecht", 293; Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.1893. Genel olarak bu yönde bkz.: BeckNomosHK-Saenger, *BGB § 433*, Rn.5. Alım hakkı konusu taraflarca alım hakkı sözleşmesinde belirtilmelidir. Bu yöndeki ifade için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.98. Satış sözleşmesi kapsamında bkz.: BeckNomosHK-Saenger, *BGB § 433*, Rn.2.

¹²⁸⁰ Brunner, *Kaufrechte*, 103. Taşınmazlar kapsamında bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.504. İsviçre Federal Mahkemesi'nin taşınmaz satış sözleşmesi kapsamında bu yöndeki kararı için bkz.: BGE 90 II 21 ff. (24), E. 1, (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.504, dpn.944'ten naklen).

¹²⁸¹ Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE vom 20.2.1997 [ZBGR 1998], 49 ff., E. 1c (Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.1893'ten naklen).

¹²⁸² Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.504; CHKommentar-S. Hrubesch und Millauer, *OR Art. 184*, Rn.48; BeckNomosHK-Saenger, *BGB § 433*, Rn.5; BeckMüKo-Westermann, *BGB § 433*, Rn.17; Brunner, *Kaufrechte*, 104. İsviçre Federal Mahkemesi'nin taşınmaz satış sözleşmesi kapsamında bu yöndeki kararları için bkz.: BGE 95 II 42 f. (43); BGE 95 II 309 ff. (310), E. 2 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.504, dpn.946'dan naklen). Aksi yönde görüş beyan eden karar için bkz.: BGE 95 II 42 f. (43) (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.504, dpn.946'dan naklen).

¹²⁸³ BeckNomosHK-Saenger, *BGB § 433*, Rn.5; BeckMüKo-Westermann, *BGB § 433*, Rn.17.

olacağı kararlaştırılmamış ise TBK md. 87 gereği seçim hakkı alım hakkı sahibine aittir¹²⁸⁴.

Alım hakkı konusu şey bir taşınır veya taşınmaz mal olabilir¹²⁸⁵. Zira satış sözleşmesinin konusunu oluşturan her şey aynı zamanda alım hakkının konusunu oluşturabilmektedir¹²⁸⁶. Taşınır ve taşınmaz mallar, devredilebilir haklar ile her türlü hukukî ve fiilî ekonomik menfaat bu kapsamdadır¹²⁸⁷. Keza anonim şirketlerde devredilebilir haklar, kıymetli evraklar, özellikle şirket payları ve ayrıca çıplak paylar bu alanda alım hakkına konu oluşturabilen değerler olarak karşımıza çıkmaktadır¹²⁸⁸.

Alım hakkı sözleşmesinin konusunu henüz var olmayan, üretilecek veyahut da iktisap edilecek bir eşya da oluşturabilir¹²⁸⁹. Bu çerçevede henüz mevcut olmayan bir eşya sözleşmeye konu edilebilir. Burada esasen bir şeyin gelecekteki bir parçası veya bir ürününün satışı söz konusudur. Ancak bunun için de, sözleşmede yeterli ölçüde belirlenmiş olma şartı aranır¹²⁹⁰. Örneğin; maden ocağından henüz daha çıkarılacak olan kömür veyahut da cevher ile kesim neticesinde elde edilecek odun veya bir meyve/sebze hasadı bu kapsamda yer alır¹²⁹¹. Bunun gibi, henüz tapu kütüğünde bağımsız bir sayfa ayrılmamış bir taşınmaz ya da taşınmaz parçası üzerinde de alım hakkı kurulması mümkündür¹²⁹². Son olarak henüz tasarlanan ve seri üretimi uzun süreye ihtiyaç duyan yeni model bir uçak da buna ilişkin bir örnektir.

¹²⁸⁴ Mehaz İBK md.72 kapsamında taşınmazlara ilişkin olarak bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.504.

¹²⁸⁵ BeckNomosHK-Saenger, *BGB § 433*, Rn.4; Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku*, 68; Ayan, *Mülkiyet*, 426; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Eşya Hukuku*, 643; Yavuz, *Borçlar Hukuku*, 248; Şahan, *Tapu Sicilinde*, 74. Esas sözleşme teşkil eden satış sözleşmesi kapsamında bu yönde bkz.: Hirsch, *Schuldrecht Besonderer*, Rn.6 ve 19.

¹²⁸⁶ İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 95; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.501. Alman hukukunda genel olarak aynı doğrultuda bkz.: Röser, “Ankaufsrecht”, 16. Geri alım hakkı kapsamında bu yönde bkz.: Staudinger-Mader und Schermaier, § 456, Rn.2. Önalım hakkı kapsamında bu yönde bkz.: GesetzesFormulare-S. Eberl, *BGB § 463*, Rn.4; BRHP-Faust, § 463, Rn.10. Geri alım hakkı kapsamında benzer açıklamalar için bkz.: GesetzesFormulare-S. Eberl, *BGB § 433*, Rn.4a.

¹²⁸⁷ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.501; Schmid, *Das Vorkaufsrecht*, 63; Allgäuer, *Kaufrecht*, 67 vd.; ZK-Kom./Haab vd., *ZGB Art. 681-682*, Rn.31; Isler, *Grundbuch*, 42; Brunner, *Kaufrechte*, 44.

¹²⁸⁸ Dolaylı olarak bu yönde bkz.: Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 22.

¹²⁸⁹ Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 95; Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2456. Genel olarak aynı doğrultuda bkz.: Röser, “Ankaufsrecht”, 16. Genel olarak gelecekteki eşya şeklinde ifade eden görüş için bkz.: GesetzesFormulare-Schmidt, *BGB § 433*, Rn.9. Taşınırlar kapsamında meseleyi ele alan görüş için bkz.: Hirsch, *Schuldrecht Besonderer*, Rn.13.

¹²⁹⁰ BRHP-Faust, § 433, Rn.27 ve § 463, Rn.10; Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2456. Satış sözleşmesi kapsamında bu yönde bkz.: Eren, *Özel Hükümler*, 33 vd.

¹²⁹¹ BeckMüKo-Westermann, *BGB § 433*, Rn.13.

¹²⁹² Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2456.

2.3.7.2.2. Taşınır Eşya

Alım hakkının konusunu taşınır eşyalar da oluşturabilir.¹²⁹³. Taşınır eşya kavramı, genel olarak niteliğinde bir bozulma olmaksızın kendi gücüyle veyahut da bir güç vasıtasıyla taşınabilen maddî varlığa sahip eşya olarak tanımlanmaktadır¹²⁹⁴.

Taşınır eşyanın kapsamı belirlenirken ilk olarak taşınır mülkiyetinin konusunu düzenleyen TMK md. 762 hükmü göz önüne alınmalıdır. Bu hükme göre, “*nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddî şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler...*” taşınır mülkiyetinin konusu olarak düzenlenmiştir. Bu çerçevede niteliği itibarıyla taşınabilen maddî şeyler dışında maddî nitelikte olmayan, fakat egemenlik altına alınmaya ve mülkiyet hakkının konusu olmaya elverişli olan doğal güçler de taşınır eşyanın kapsamına alınmıştır¹²⁹⁵.

Taşınır satışının konusunu düzenleyen TBK md. 209/I hükmü ele alınması gereken bir diğer düzenlemedir. TMK md. 209/I’de, “*taşınmaz sayılanlar dışında kalan ve diğer kanunlarda taşınır olarak belirtilen şeylerin...*” taşınır olduğu hükme bağlanmıştır. Bu çerçevede Türk kanun koyucusunun taşınır eşyanın kapsamını olumsuz bir şekilde düzenlediğini söylemek mümkündür. Bu sebeple de TMK md. 704

¹²⁹³ Roberto, “Teilrevision”, 172. Önalım hakkı kapsamında bu yönde bkz.: Meier-Hayoz, ZGB Art. 681, Rn.80’den yapılan atıf dolayısıyla Rn.8.

¹²⁹⁴ Eren, *Mülkiyet*, 479; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 49; Yavuz, Acar ve Özen, *Türk Borçlar Hukuku*, 81; Jale Akipek ve Turgut Akıntürk, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2009), 579; Mehmet Ünal ve Veysel Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku, Giriş, Zilyetlik, Tapu Sicili, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2012), 74; Erzan Erzurumluoğlu, *Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, 3. Bası (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2013), 41.

¹²⁹⁵ Akipek ve Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 579; Eren, *Mülkiyet*, 479; Yavuz, Acar ve Özen, *Türk Borçlar Hukuku*, 82; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 13. Bası (Ankara: Turhan Kitabevi, 2017), 5; Erzurumluoğlu, *Sözleşmeler Hukuku*, 41; Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya*, 73-74. “*Taşınır mülkiyetinin konusunu yalnızca bir yerden başka bir yere götürülebilen nesneler değil taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen ve edinime elverişli (temellüke salih) bulunan doğal güçler de oluşturur (MK.md. 686). Elektrik enerjisinin de, ekonomik bir değeri olup edinime elverişli bulunması ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmemesi nedeniyle, taşınır mülkiyetine konu olabileceği tartışma dışıdır. Öyleyse, davalının para karşılığında davacıya elektrik vermeyi yüklenmesi, yanlar arasındaki hukuksal ilişkinin BK. md. 182 de tanımlanan taşınır satım sözleşmesi (BK. md. 184) olarak nitelendirilmesi gerekir. Bu duruma göre, alıcı davacı, satış sözleşmesindeki anlaşma uyarınca satımparasını davalıya ödemekle yükümlüdür.*” Y. 13. HD, 11.01.1981, E. 1980/6544, K. 1981/60, www.kazanci.com.tr, E.T. 20.06.2020. “*Menkuller (taşınır) Medeni Kanunun 686. maddesinde; Bir yerden diğer yere nakledilebilen eşya ile gayrimenkul mülkiyetinedahil olmayan ve temellüke salih bulunan tabii kuvvetler olarak tanımlanmıştır. Bu bakımdan bir yerden diğer bir yere bağımsız olarak taşınabilen her türlü maddi eşya (örneğin otomobil, çanta, koltuk, sandalye, buğday, arpa vs.) satımı taşınır satımı niteliğinde olduğu gibi, taşınmaz mülkiyetinedahil olmayan ve temellüke (mülk edinmeye) elverişli bulunan elektrik, su, havagazı, doğalgaz, elektrik gibi tabii kuvvetlerin satımı da taşınır satımı niteliğindedir.*” Y. HGK, 25.09.2002, E. 2002/4-608, K. 2002/643, www.kazanci.com.tr, E.T. 20.06.2020.

ve 998'e göre taşınmaz eşyanın ne olduğunun tespit edilmesi yol göstericidir. Buna ilaveten TBK md. 209/II'de “*Ürünler, bir yapının yıkıntıları ve taş ocağından çıkarılacak taşlar gibi, taşınmazdan ayrıldıktan sonra mülkiyeti devredilecek bütünleyici parçaların...*” taşınır kapsamında yer aldığı ifade edilmiştir. Dolayısıyla taşınır eşya kapsamı ortaya konulurken bu hükmün de göz önüne alınması şarttır. Bunun gibi, TMK md. 728 hükmü ile ise, “*başkasının arazisi üzerinde kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapılar...*” da taşınır mülkiyetinin kapsamına alınmıştır.

Taşınır eşyalar açısından TMK md. 684 vd.'da yer alan düzenlemeler önemli bir yere sahiptir. TMK md. 684 ve 685'e göre bütünleyici parçalar ve doğal ürünler asıl şeyin hukukî kaderine tabiidir. Dolayısıyla asıl şey üzerinde tahsis edilen alım hakkı kural olarak onun bütünleyici parçalarını ve doğal ürünlerini de kapsar. Bu durum TMK md. 686'da düzenlenen eklentiler açısından da aynıdır. Bunun sebebi, alım hakkının, hak kurulduğu anda mevcut olan eklentileri de kapsıyor oluşudur¹²⁹⁶. Ancak bu durum tarafların bu hususta aksi yönde bir anlaşma yapmamış olmalarına bağlıdır¹²⁹⁷. Mevzuatın İMK md. 644/I'in birebir karşılığını oluşturan TMK md.686/I hükmü bu hususu açıkça ifade etmiştir¹²⁹⁸. Bu kapsamda örneğin; bir taşınmaz üzerinde kurulan alım hakkında taraflarca aksine bir anlaşmaya yer verilmemişse bu taşınmaza ait eklentiler de hakkın konusunun kapsamında yer alır¹²⁹⁹. Son olarak hakkın konusunu bir kıymetli evrakın oluşturduğu durumlarda ise hakkın konusunun içeriğini hem evrakın kendisi hem de bu evrakta vücut bulan hak oluşturmaktadır¹³⁰⁰.

Eklentilerin hakkın konusunun kapsamında yer alıp almamasında kullanma bedelinin türü ve hakkın kullanımının bir koşula bağlanmış olup olmaması önem arz eder. Örneğin; nisbî bir bedelin yer aldığı ve bir koşulun öngörüldüğü hallerde, hakkın

¹²⁹⁶ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.505; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.50; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.88 ve Art. 683, Rn.50. Alman hukukunda bu yönde bkz.: BeckMüKo-Westermann, *BGB § 433*, Rn.9. Alman hukukunda hakkın kullanıldığı anda var olan eklentilerin hakkın konusunun kapsamında yer aldığı yönünde ayrıca bkz.: Bergerfurth, Menard ve Fuchs, *Das Kaufrecht*, Rn.147.

¹²⁹⁷ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.505; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.50.

¹²⁹⁸ Nitekim Alman Medeni Kanunu md. 1096'da da önalım hakkı kapsamında benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir.

¹²⁹⁹ Schmid, *Das Vorkaufsrecht*, 66; Wissmann, *Verwandte Verträge*, Rn.1431; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.505; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.50; Isler, *Grundbuch*, 43.

¹³⁰⁰ Bu doğrultuda bkz.: BeckMüKo-Westermann, *BGB § 433*, Rn.12. Hisse senetlerinin bir taşınır satışının konusunu oluşturduğu yönünde bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.1880.

konusu, koşulun gerçekleştiği andaki eklentileri de kapsar¹³⁰¹. Ancak bedelin mutlak olarak belirlendiği hallerde, bu durum, alım hakkı sözleşmesinin kurulduğu andaki mevcut eklentilerle sınırlıdır¹³⁰². Bunun sebebi, bedelin mutlak olarak belirlendiği durumlarda, tarafların ilerideki muhtemel eklentileri hesaba katmalarının kendilerinden beklenemiyor oluşudur.

Taşınırılar üzerinde kurulan alım hakkı sadece taraflar arasında ileri sürülebilir. Çünkü bir taşınırı konu alan alım hakkının şerhi mümkün değildir¹³⁰³. Bunun sonucu olarak da, güçlendirilmiş bir nisbî hakkın varlığı burada hiçbir zaman söz konusu olmaz.

2.3.7.2.2.3. Taşınmaz Eşya

Taşınmaz eşya, mahiyetine zarar verilmeksizin bir yerden başka bir yere götürülmesi mümkün olmayan eşyayı ifade eder¹³⁰⁴. Taşınmazlar üzerinde kurulan alım hakkının konusunu TMK md.704 hükmü kapsamında yer alan taşınmaz mülkiyetine konu haller oluşturur¹³⁰⁵. Bunlar; arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümlerdir¹³⁰⁶.

Arazi (*Liegenschaft*) kavramı, TST md. 9'da sınırları hukukî ve geometrik yöntemlerle belirlenmiş olan yeryüzü parçası olarak tanımlanmıştır. Arazi için aranan sınırlandırma ölçüsü bir işaretleme veya ölçüye göre yapılmış bir işlemi gerektirmez. Bu açıdan sınırların tayin edilebilirliği yeterlidir¹³⁰⁷.

Taşınmaz mülkiyetinin konusunu aynı zamanda bağımsız ve sürekli haklar (*selbständige und dauernde Rechte*) oluşturur. Bağımsız ve sürekli haklar, devri ve mirasla intikali mümkün olan ve üzerinde her türlü aynî veya kişisel hakların kurulabildiği haklardır (TST. md. 10/II). Türk hukukunda bağımsız ve sürekli haklar

¹³⁰¹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.506.

¹³⁰² Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.507; Allgäuer, *Kaufrecht*, 68. Bu yönde ayrıntılı açıklamalar için bkz.: Schmid, *Das Vorkaufsrecht*, 66.

¹³⁰³ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.11.

¹³⁰⁴ Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya*, 19; Osman Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Eşya Hukuku Cilt IV/1 – Tapu Sicili*, Genişletilmiş 3. Baskı (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), Knr.2461; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 49; Ayan, *Mülkiyet*, 54 vd.; İbrahim Ermenek, *Medeni Hukuk – II (Eşya Hukuku – Miras Hukuku)* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018), 32.

¹³⁰⁵ Mehaz İsviçre Medeni Kanunu md.655/II kapsamında meseleyi ele alan görüşler için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.98; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.49.

¹³⁰⁶ İsviçre hukukunda bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.1880 ve 1892 vd.; Isler, *Grundbuch*, 42 vd.

¹³⁰⁷ Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 174.

şahıs lehine kurulan irtifak hakları olarak karşımıza çıkar. Bunlar, aksi kararlaştırılmadığı müddetçe tapuya tescil edilmiş üst ve kaynak hakkı; aksi kararlaştırıldığı takdirde ise TMK md. 838/II kapsamında diğer irtifak haklarıdır. Şahısla kaim olan intifa ve oturma hakları ise bağımsız niteliğe sahip olmadıklarından taşınmaz mülkiyetinin rejimine tâbi olmaz. Hakkın bağımsız olması dışında sürekli olması için ise ya süresiz ya da en az otuz yıl süreyle kurulmuş olması gerekir (TMK md. 826/III-837/III-998/III ve TST md. 10/I). Son olarak irtifak hakkının tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına kaydedilmiş olması şarttır (TMK md. 826/II). Alım hakkı açısından uygulamada ön plana çıkan bağımsız ve sürekli hak ise üst hakkıdır (*Baurecht*)¹³⁰⁸.

Taşınmaz mülkiyetinin konusunu son olarak kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler oluşturur. Söz konusu bağımsız bölümlerin kurulması açısından ise KMK md. 10 vd. yer alan hükümler uygulama alanı bulur.

Hakkın konusu olarak taşınmazların, tıpkı taşınırlarda olduğu gibi, en azından belirlenebilir nitelikte kararlaştırılmış olması gerekir. Bu noktada taşınmazın tespiti tarafların tekrar bir araya gelmeleri gerekli olmayacak şekilde ortaya konmuş ise, belirlenebilirlik veya belirlenmiş olma şartının sağlanmış olduğu kabul edilmektedir¹³⁰⁹. Bu durumu, hangi taşınmazın kararlaştırıldığına ilişkin olarak bir hatanın ortaya çıkma ihtimâlinin bertaraf edilmiş olması şeklinde ifade eden görüşler de mevcuttur¹³¹⁰. Bu çerçevede taşınmazın şeklinin ve bulunduğu yerin esas itibarıyla belirtilmiş olması gerekmektedir¹³¹¹. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, satılan parselin konum ve şekil itibarıyla belirtilmiş olmasını aramıştır¹³¹².

Paylı mülkiyete konu paylar üzerinde de alım hakkı kurulması mümkündür¹³¹³. Hatta bir taşınmazın, henüz bağımsız bir şekilde mülkiyete ilişkin bir hukukî işleme konu olma niteliğine sahip olmayan bir bölümü üzerinde de alım hakkının kurulması mümkündür. Böyle bir durumda gelecekteki paylı mülkiyete ilişkin pay üzerindeki

¹³⁰⁸ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.509.

¹³⁰⁹ Dolaylı olarak bu yönde bkz.: CHKommentar-Binder, *OR Art. 216*, Rn.7.

¹³¹⁰ Taşınmaz satışı kapsamında bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 90 II 21 ff. (24), E. 1 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.504, dpn.944'ten naklen).

¹³¹¹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.504.

¹³¹² BGE 127 III 248 E 3d (CHKommentar-Binder, *OR Art. 216*, Rn.7'den naklen).

¹³¹³ Isler, *Grundbuch*, 44; Meier-Hayoz, *Art.681*, Rn.81 ve *Art.683*, Rn.50.

alım hakkı söz konusu olur¹³¹⁴. Bunun dışında, birlikte mülkiyete konu olan bir taşınmazın belirli bir kısmı üzerinde alım hakkının kurulması ise mümkün değildir. Zira burada taşınmaz üzerinde bağımsız ve tasarruf edilebilir bir paydan bahsetmek mümkün değildir¹³¹⁵.

2.3.7.2.3. Kullanma Bedeli

2.3.7.2.3.1. Terim ve Kavram

Hakkın ileri sürülmesi neticesinde ödenecek bedel için birbirinden farklı terimlere yer verildiği görülmektedir. Bunlar; kullanma bedeli¹³¹⁶, alım bedeli¹³¹⁷, esas bedel¹³¹⁸ ve etkinlik bedeli¹³¹⁹ şeklinde sıralanabilir. Aslında söz konusu kavram çeşitliliğinin sebebi bir nevi hakkın yer aldığı piyasalardaki çeşitlilikten kaynaklanmaktadır. Zira alım hakkı hem ticari hem de ticari olmayan piyasaları kapsayan geniş bir uygulama alanına sahiptir. Bu çerçevede ticari amaç gütmeyen ve fakat komşu taşınmaz malikleri olan iki kimse arasında bir alım hakkı söz konusu olabileceği gibi; alım-satım işlemlerinin süreklilik arz ettiği borsa piyasalarında da alım hakkıyla karşılaşılabilir. Hakkın uygulama alanındaki bu çeşitlilik doğal olarak farklı terimsel kullanımları da beraberinde getirmektedir. Her ne kadar söz konusu

¹³¹⁴ Meier-Hayoz, Art. 681, Rn.82 ve Art. 683, Rn.50.

¹³¹⁵ Meier-Hayoz, Art. 681, Rn.84 ve Art. 683, Rn.50.

¹³¹⁶ “Ausübungspreis“ terimi için bkz.: Valentin Jentsch, “Ausübung eines vertraglichen Kaufrechts durch die übrigen Gesellschafter beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus der GmbH”, *GesKR*, 0/1 (2019): 132; Schleich, *Option*, 9; HKK-Thiessen, § 454-473, Rn.50; Roland Fischer ve Hannes Kieser, “Die Privatverwertung von Pfandrechten an Aktien”, *GesKR*, 0/3 (2019): 370; Pius Koller, *Der Kauf landwirtschaftlicher Gewerbe und Grundstücke* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2017), Rn.141; Thomas U. Reutter ve Annette Weber, *Kapitalmarkt - Recht und Transaktionen XIII* (Basel: Schulthess Juristische Medien AG, 2019), 129; Merens Cahannes, *Leerverkäufe: eine rechtsökonomische Betrachtung der Regulierung von Leerverkäufen im Schweizer Finanzmarktrecht unter besonderer Berücksichtigung von Regulierungskonzepten aus der EU und aus den USA* (Basel: Schulthess Juristische Medien AG, 2019), 19-20 ve 153; Andreas Bohrer vd., *Finanzmarktrecht - Entwicklungen 2018* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2019), 86. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz.: BG 4A_432/2019, 13.12.2019, www.swisslex.ch, E.T. 24.01.2020; BG 4A_202/2019, 11.12.2019, www.swisslex.ch, E.T. 24.01.2020; BGE 144 II 427, 21.11.2018, www.swisslex.ch, E.T. 24.01.2020; BG 2C_505/2017, 21.11.2018, www.swisslex.ch, E.T. 24.01.2020.

¹³¹⁷ “Kaufpreis“ terimi için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.273; Allgäuer, *Kaufrecht*, 71 vd.; Pfäffli ve Byland, “Vorkaufsrecht”, 293; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.38; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 93; Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2459. “Bezugspreis“ terimi şeklinde ele alan görüş için bkz.: Schleich, *Option*, 9, dnp.15.

¹³¹⁸ “Basispreis“ terimi için bkz.: Pulver, “Börsenmässige”, 206.

¹³¹⁹ “Strikepreis“ terimi için bkz.: Häusler, *Die vertraglichen Grundlagen*, 58; Cahannes, *Leerverkäufe*, 19-20 ve 153. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BG 4A_432/2019, 13.12.2019, www.swisslex.ch, E.T. 24.01.2020. Bu terimle genel olarak türev piyasalarda karşılaşılmaktadır.

terimler aynı durumu izah etmek için ortaya konulmuşsa da, bu noktada birtakım eleştirilerin yapılmasının gerekli olduğu kanaatindeyiz.

İlk olarak alım bedeli terimi, mevcut durumu açıklamada nispeten yetersiz bir ifadedir. Zira hak sahibinin, hakkın konusu şeyi almak için ödeyeceği bedelin tayininde, alım hakkı bedelinin ne şekilde kararlaştırıldığı büyük bir öneme sahiptir¹³²⁰. Özellikle alım hakkı bedelinin mahsup etme fonksiyonuna sahip olduğu durumlarda hakkın konusu şeyin karşılığı iki farklı kalemde oluşmaktadır. Bunlar; hakkın kurulması esnasında ödenen alım hakkı bedeli ve hakkın kullanılması neticesinde ödenen bedeldir. Örneğin; 200.000 TRY'lik bir taşınmaz için alım hakkı bedeli 20.000 TRY olarak belirlenmişse, hak sahibinin, hakkı ileri sürmesi neticesinde ödeyeceği bedel 180.000 TRY olmaktadır. Böyle bir durumda söz konusu taşınmaz için ödenen toplam meblağ aslında 200.000 TRY'dir. Dolayısıyla 180.000 TRY'lik kısım taşınmazın alımı için ödenen bedeli aslında tam olarak karşılamaz. Bilakis söz konusu iki farklı bedel bu taşınmazın devrinin karşı edimini oluşturur. Oysa alım bedeli ifadesi kullanıldığında taşınmazın karşılığı 180.000 TRY gibi düşünülmektedir.

İkinci olarak ele alınması gereken terim esas bedeldir. Kanaatimizce, bu terim de, alım hakkının tanınması karşılığında ödenen bedeli doğru bir şekilde ifade edememektedir. Zira hakkın kurulması ile kullanılması karşılığında yapılan iki farklı ödeme arasında bir aslîlik ya da talîlik ilişkisi bulunmaz. Hatta bu iki bedel kural olarak iki farklı hukukî işleme ait edimleri oluşturur. Dolayısıyla kaynağı farklı olan iki bedel arasında bir öncelik-sonralık ilişkisinden bahsetmek de mümkün değildir. Kaldı ki, hak sahibinin alım hakkını kullanması da bir kesinliğe sahip değildir. Hak hiç kullanılmamış dahi olabilir. Dolayısıyla ödenmesi gündeme dahi gelmeme ihtimali olan bir bedel için onun esas olmasından bahsetmek pek doğru ve tutarlı gözükmemektedir.

Kanaatimizce hakkın ileri sürülmesi neticesinde ödenecek bedeli en iyi ifade eden kelime kullanma bedelidir (*Ausübungspreis*). Gerçekten de bu terim, alım bedelinden farklı olarak, alım hakkı bedelinin fonksiyonlarıyla bir çatışma durumu oluşturmaz. Bunun gibi, esas bedelde ele aldığımız öncelik-sonralık ilişkisine yönelik eleştiriler de, bu terimin kullanımıyla bertaraf edilmiş olur. Kaldı ki bu bedelin

¹³²⁰ Alım hakkı bedelinin kararlaştırılma şekillerine ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz.: İkinci Bölüm, Tek Tarafa – İki Tarafa Borçlar Yükleleyen Sözleşme Ayırımı ve İkinci Bölüm, Alım Hakkı Bedeli başlıkları.

ödenmesinin tek bir sebebi vardır. O da, hak sahibi tarafından hakkın kullanılmış olmasıdır. Öte yandan öğretide, kullanma bedeli yerine, eş anlamlı olmak üzere etkinlik bedeli (*Strikepreis*) ifadesi yer verildiği de görülmektedir. Ancak bu terim, kullanma bedeli ifadesinden farklı olarak, daha ziyade türev piyasalarda uygulama alanı bulmaktadır.

Yukarıda kavramsal kullanıma ilişkin yapılan eleştiriler kapsamında kullanma bedelini şu şekilde tanımlamak mümkündür: Kullanma bedeli, esas sözleşmenin konusunu oluşturan ekonomik malın karşılığını teşkil eden ve alım hakkının kullanılması sonucu borçlanılan bedeldir¹³²¹.

2.3.7.2.3.2. Kullanma Bedelinin Niteliği ve Kapsamı

Kullanma bedeli alım hakkı sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarından biridir. Zira esas sözleşme teşkil eden satış sözleşmesinde satış bedeli sözleşmenin zorunlu bir unsurunu oluşturur¹³²². Kullanma bedeli de satış bedelini karşıladığından sözleşmede taraflarca kararlaştırılması şarttır.

Kullanma bedeli parasal bir edimi ifade eder. Bunun da sebebi, aynı şekilde söz konusu bedelin esas sözleşmeyi oluşturan satış sözleşmesindeki satış bedelini karşılıyor olmasıdır. Aksi durumda bir satıştan değil, mal değişim sözleşmesinden bahsetmek gerekir¹³²³.

Kullanma bedeli TBK md. 99/I gereği kural olarak Türk Lirası cinsinden kararlaştırılır. Ancak yabancı bir para birimi üzerinden anlaşma yapılması da her

¹³²¹ Schleich, *Option*, 9; Barthold/Schilter, *FinfraG Art. 135*, Rn.117. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz.: BGer 4C.226/2001 vom 21.11.2001; BGE 130 III 495 (je SV lit. B) (Schleich, *Option*, 9, dñ.15'ten naklen). Taşınmazları konu alan önalım hakkı kapsamında, hakkın konusu şeyin devri karşılığında, alıcının yerine getirmesi gereken edim şeklinde ifade eden görüş için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.273.

¹³²² Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.1903; Forstmoser ve Kuchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1296; Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.136; Erman-Grunewald, *BGB § 433*, Rn.4.

¹³²³ Türk hukukunda bu yönde bkz.: Eren, *Özel Hükümler*, 37; Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku*, 36; Aydoğdu ve Kahveci, *Borçlar Hukuku*, 46. İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.1878, 1882. Alman hukukunda bu yönde bkz.: BeckMüKo-Westermann, *BGB § 433*, Rn.16; BeckNomosHK-Saenger, *BGB § 433*, Rn.7; Josef Esser ve Hans-Leo Weyers, *Schuldrecht – Band II Besonderer Teil (Teilband 1 Verträge – Ein Lehrbuch)*, 8., völlig neubearbeitete Auflage (Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1998), 91. Dolaylı olarak bu yönde bkz.: Looschelders, *Besonderer*, § 2, Rn.4.

halukârda mümkündür¹³²⁴. Böyle bir durumda, bedel, taraflarca aksi öngörülmediği müddetçe ödeme günündeki Türk Lirası değeri üzerinden ödenmelidir (TBK md. 99/II)¹³²⁵. Ancak bu noktada, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ ile getirilen istisnalar saklıdır¹³²⁶. Bununla birlikte, Bitcoin gibi kripto değerlerin parasal bir edim kapsamında yer alması en azından şu an için mümkün değildir¹³²⁷.

Taraflar kullanma bedelinin miktarını TBK md.26 gereği serbestçe tayin edebilirler¹³²⁸. Bu noktada edim ile karşı edimin objektif olarak birbirleriyle eşdeğerde olması gerekmez¹³²⁹. Nitekim alım hakkının zorlama fonksiyonu bedelin mümkün olduğunca düşük kararlaştırıldığı durumlarda söz konusu olur. Aksi takdirde hakkın kullanım amacı ortadan kalkabileceği için hedeflenen yasaklayıcı etki de artık söz konusu olmayabilir¹³³⁰. Ancak yine de TBK md. 27-28’de yer alan düzenlemeler her halukârda uygulama alanı bulacaktır¹³³¹.

Kullanma bedeli, belirlenmiş ya da en azından belirlenebilir¹³³² olmalıdır¹³³³. İlk durumda mutlak belirlenmiş bedel yer alırken; ikinci durumda ise nisbi belirlenmiş

¹³²⁴ Alman hukukunda bu yönde bkz.: BeckMüKo-Westermann, *BGB § 433*, Rn.16. Yabancı para borcu yalın ve efektif yabancı para borçları olmak üzere ikiye ayrılır. Yalın yabancı para borçlarında, sözleşmenin mutlaka akde konu yabancı para ile ifa edileceğine ilişkin bir şart yer almamaktadır. Efektif yabancı para borçlarında ise, para borcunun, sadece ve münhasıran o yabancı para ile ödenmesi gerekir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Cem Baygın, *Yabancı Para Üzerinden Borçlanmalar ve Hukukî Sonuçları* (İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1997), 50 vd.

¹³²⁵ Bu yönde bkz.: Eren, *Özel Hükümler*, 37; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku*, 167; Aydoğdu ve Kahveci, *Borçlar Hukuku*, 46.

¹³²⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Üçüncü Bölüm, dpn.1533.

¹³²⁷ Genel olarak bu yönde bkz.: BeckMüKo-Westermann, *BGB § 433*, Rn.16.

¹³²⁸ Türk hukukunda bkz.: Eren, *Özel Hükümler*, 37; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku*, 168; Aydoğdu ve Kahveci, *Borçlar Hukuku*, 46. Alman hukukunda önalım hakkı kapsamında bu yönde bkz.: BeckMüKo-Westermann, *BGB § 433*, Rn.16.

¹³²⁹ CHKomentar-S. Hrubesch und Millauer, *OR Art. 184*, Rn.18.

¹³³⁰ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 95.

¹³³¹ Türk hukukunda bkz.: Eren, *Özel Hükümler*, 37; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku*, 168; Aydoğdu ve Kahveci, *Borçlar Hukuku*, 46-47. İsviçre hukukunda bkz.: CHKomentar-S. Hrubesch und Millauer, *OR Art. 184*, Rn.18.

¹³³² Belirlenebilirlik açısından İsviçre Federal Mahkemesi’nin, bedelin, hakkın kullanıldığı zamandaki rayiç ya da irat değerine göre belirlenebilir olmasını yeterli gördüğü yöndeki kararı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: BGE 50 II 374 (Isler, *Grundbuch*, 50, dpn.55’ten naklen).

¹³³³ Türk hukukunda bkz.: Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 322; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 418; Eren, *Özel Hükümler*, 36; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku*, 168. İsviçre hukukunda bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.38; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.136; Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.1905; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 93 ve 95. Bu yönde benzer açıklamalar için bkz.: Isler, *Grundbuch*, 50. Alman hukukunda bkz.: Wolf, *Besonderer Teil*, 57; BeckMüKo-Westermann, *BGB § 433*, Rn.16 ve 17; Erman-Grunewald, *BGB § 433*, Rn.3.

bedelden bahsedilir¹³³⁴. Alım hakkında bedelin belirlenmiş olma zorunluluğunun önemli bir sebebi vardır. O da, önalım hakkından farklı olarak, önalım olayı gibi bir koşulun hakkın karakteristik niteliğini oluşturmayışıdır. Dolayısıyla önalım hakkındaki gibi üçüncü kişiyle yapılmış bir sözleşme burada söz konusu olmayabileceğinden, bu sözleşmeden hareket ederek bir bedel belirlemesi de mümkün olmaz¹³³⁵. Bu ise şüphe halinde, kullanma bedelinin, kolaylıkla tespit edilememesi sonucunu doğurmaktadır.

Kullanma bedeli belirlenmiş ya da en azından belirlenebilir değilse sözleşme esaslı unsurların eksikliği¹³³⁶ sebebiyle kurulmamış olur¹³³⁷. Başka bir deyişle, yapılan hukukî işlem artık geçersizdir¹³³⁸. Bunun gibi, alım hakkı tapu kütüğünde şerh edilmiş olsa dahi kullanımı mümkün olmaz¹³³⁹.

2.3.7.2.3.3. Kullanma Bedelinin Türleri

Taraflar kullanma bedeline ilişkin bir anlaşma yapmışlarsa bedelin bu anlaşmaya göre belirlenebilir olması gerekir¹³⁴⁰. Bu çerçevede kullanma bedeli, kararlaştırılma şekline göre mutlak ve nisbî belirlenmiş bedel olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

2.3.7.2.3.3.1. Mutlak Belirlenmiş Bedel

Mutlak belirlenmiş bedelde rakamsal olarak sınırlandırılmış bir meblağ veya hut bir toplam bedel söz konusudur¹³⁴¹. Ayrıca bedel rakamsal olarak öyle bir şekilde belirlenmektedir ki, hakkı konusu şeyin dönemsel fiyat gelişiminin, bedel üzerinde artık

¹³³⁴ Hisse senetleri üzerinde kurulan önalım hakkı kapsamında bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 28 vd.

¹³³⁵ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 95. Ancak buna rağmen İsviçre hukukunda yer alan ve kullanma bedelinin belirlenmediği hallerde, bedelin, isabetsiz bir şekilde hakkın kullanıldığı andaki rayiç bedele göre tayin edileceğini ileri süren görüş için bkz.: Allgäuer, *Kaufrecht*, 79.

¹³³⁶ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 93. Aynı doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2459.

¹³³⁷ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.38. Satış sözleşmesi kapsamında bkz.: Erman-Grunewald, *BGB § 433*, Rn.4.

¹³³⁸ Böckli, *Aktionärbindungsverträge*, 58 vd.; Haymann, *Aktienübernahmevereinbarungen*, 97; Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 91 vd.; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 93 ve 95; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.38; Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1296. Alman hukukunda yer alan ve bu durumda karşı edimi belirlemeye yönelik BGB § 316 kapsamında meselenin çözülmesi gerektiğini ifade eden görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 243.

¹³³⁹ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2459.

¹³⁴⁰ Henrich, *Vorvertrag*, 243.

¹³⁴¹ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 28. Mutlak belirlenmiş bedeli, en başta belirli bir meblağ ile rakamsal olarak sınırlandırılmış olan ivaz şeklinde bir tanımlayan görüş ve bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Allgäuer, *Kaufrecht*, 71.

hiçbir önemi bulunmamaktadır. Zira bedel bu durumdan artık tamamen ayrılmıştır¹³⁴². Bunun sonucu olarak da bedel, hakkın konusu şeyin gerçek değerinden farklılık gösterebilmektedir¹³⁴³. Mutlak belirlenmiş bedele sahip alım hakkı, öğretide, mutlak sınırlandırılmış alım hakkı (*absolut limitiertes Kaufsrecht*) şeklinde ifade edilmektedir¹³⁴⁴.

Mutlak belirlenmiş bedel içeren taşınmazları konu alan uzun süreli alım haklarında genellikle bir değer uyarlama şartına yer verilmektedir¹³⁴⁵. Değer uyarlama şartı nitelik itibarıyla bedelin yeterli ölçüde belirlenmiş olma şartını ortadan kaldırmaz. Bedel yine yeterli ölçüde belirlenmektedir. Ancak taşınmaz değerindeki muhtemel önemli artış göz önüne alınarak, satıcıya, kullanma bedelinin uyarlanmasını talep etmeye yönelik bir hak tanınmaktadır¹³⁴⁶. Uygulamada uyarlamanın çoğunlukla iki tarafın da bağlı olduğu bir değer ya da hakem raporuna göre yapıldığı ifade edilmektedir¹³⁴⁷. Bununla birlikte bir endeks şartına bağlı olarak da uyarlama yapılması mümkündür. Böyle bir durumda, ilk halden farklı olarak, fiyat uyarlaması kendiliğinden gerçekleşmektedir¹³⁴⁸. Şirket paylarını konu alan alım haklarında ise durum daha farklıdır. Burada taraflar fiyat dalgalanmasını dikkate almayı istemedikleri takdirde doğrudan bu yönde bir anlaşmaya yer vermektedir¹³⁴⁹.

Mutlak belirlenmiş bedel birtakım avantaj ve dezavantajlara sahiptir. Öncelikle bedelin mutlak bir şekilde tayini, sözleşmenin tarafları açısından, daha en başından en önemli nokta üzerinde saydamlık sağlamaya hizmet eder¹³⁵⁰. Bunu da, parasal edimin miktarına ilişkin her türlü şüpheyi kesin olarak bertaraf ederek başarır¹³⁵¹. Mutlak belirlenmiş bedelin ikinci avantajı ise hak sahibine spekülasyon kazanç sağlama yolunu açmasıdır¹³⁵². Zira bedelin mutlak belirlenmesiyle birlikte, bedelin hakkın konusu şeyin

¹³⁴² Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.276.

¹³⁴³ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 28. Bu doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Forstmoser ve Kuchler, *Aktionärbündungsverträge*, Rn.1190.

¹³⁴⁴ Önalım hakkı kapsamında bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.276.

¹³⁴⁵ Casper, *Der Optionsvertrag*, 106.

¹³⁴⁶ Casper, *Der Optionsvertrag*, 106.

¹³⁴⁷ Alman hukukunda bu yönde anlaşmaların BGB § 317 kapsamında mümkün olduğu yönünde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 106.

¹³⁴⁸ Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 106 ve ayrıca aynı sayfada dpn.20'de yer alan yazar.

¹³⁴⁹ Forstmoser ve Kuchler, *Aktionärbündungsverträge*, Rn.1190.

¹³⁵⁰ Allgäuer, *Kaufsrecht*, 72.

¹³⁵¹ Allgäuer, *Kaufsrecht*, 72.

¹³⁵² Allgäuer, *Kaufsrecht*, 72.

dönemsel fiyatlarıyla bağı tamamen kopmaktadır. Bunun sonucu olarak da, mutlak belirlenmiş olan bir bedel az veya çok spekülâtif bir karaktere sahip olmaktadır¹³⁵³. Çünkü hak sahibi söz konusu şeyin değerinde bir artışı beklerken; karşı taraf açısından bu durum tam tersi olarak gerçekleşmektedir¹³⁵⁴. Kullanma bedelinin sabit kalması da işte bu beklentilerin satın alınmasının önünü açmaktadır.

2.3.7.2.3.3.2. Nisbî Belirlenmiş Bedel

2.7.2.3.3.2.1. Genel Olarak

Kullanma bedeli taraflarca nisbî bir metoda göre belirlenmiş olabilir. Nisbî belirlemede, doğrudan bir bedel tayini yerine, onu dolaylı olarak tayin etmeye yönelik düzenlemelere yer verilir¹³⁵⁵. Başka bir deyişle, bedel, sözleşmede yer alan bazı faktörlere bağlıdır¹³⁵⁶. Nisbî belirlenmiş bedele sahip alım hakkı, öğretide, nisbî sınırlandırılmış alım hakkı (*relativ limitiertes Kaufsrecht*) şeklinde ifade edilmektedir¹³⁵⁷. Alım hakkı sözleşmelerinde bedele ilişkin olarak sıklıkla nisbî metodun kullanıldığı ifade edilmektedir¹³⁵⁸. Özellikle uzun süreli pay sahipleri sözleşmesinde yer alan alım hakkında durum böyledir¹³⁵⁹.

Nisbî belirlenmiş bedelde belirleme yönteminin objektif nitelikteki ölçütlere göre karşılaştırılmış olması yeterlidir¹³⁶⁰. Türk hukukunda bu hususta objektif ölçütü belirleyen düzenleme TBK md. 207/III hükmüdür¹³⁶¹. Bu kapsamda durum ve koşullara göre belirlenmesi mümkün olan bedel karşılaştırılmış bedel hükmündedir.

Nisbî belirleme taraflarca farklı şekillerde karşılaştırılabilir. Bu çerçevede taraflar, belirlemenin kolaylıkla yapılabileceği ve anlamı açık olan objektif kriterlere yer verebilir. Bu yönde bir anlaşma herhangi bir zorluk yaratmadığı için taraflar açısından

¹³⁵³ Allgäuer, *Kaufsrecht*, 73.

¹³⁵⁴ Allgäuer, *Kaufsrecht*, 73.

¹³⁵⁵ Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbündungsverträge*, Rn.1191. Satış sözleşmesine yönelik opsiyon sözleşmesi kapsamında bkz.: Schleich, *Option*, 140.

¹³⁵⁶ Bu doğrultuda bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.277.

¹³⁵⁷ Önalım hakkı kapsamında bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.277.

¹³⁵⁸ Satış sözleşmesine yönelik opsiyon sözleşmesi kapsamında bkz.: Schleich, *Option*, 140.

¹³⁵⁹ Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbündungsverträge*, Rn.1294; Böckli, *Aktionärbündungsverträge*, 58.

¹³⁶⁰ BeckMüKo-Westermann, *BGB § 433*, Rn.16.

¹³⁶¹ Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu md. 184/III çerçevesinde aynı yöndeki görüş için bkz.: Schleich, *Option*, 140. Nitekim İsviçre hukukunda yer alan bir görüş de, belirlenebilirlik açısından satış sözleşmesine vurgu yapmaktadır. Bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2459.

da elverişli bir yöntemdir¹³⁶². Bu kapsamda, hakkın kullanıldığı zamandaki rayiç (*Verkehrswert*) ya da irat değeri (*Ertragswert*) veya gelir değeri (*kapitalisierter Ertrag*)¹³⁶³ üzerinden bedelin belirleneği yönündeki anlaşmalar yeterli görülmektedir¹³⁶⁴. Bunun gibi; bir hisse senedinin belirlenmiş bir zaman dilimindeki borsa fiyatı¹³⁶⁵ veya bir malın piyasa fiyatı¹³⁶⁶ da bu kapsamdadır. Keza hakkın konusu şeye ilişkin fiyat endeksine bağlı olarak yapılan düzenlemeler de aynı şekilde mümkündür¹³⁶⁷. Hatta bedelin alım hakkı sahibinin bizzat satmakta olduğu bir malın fiyatına endekslenmesinin de mümkün olduğu ifade edilmektedir. Ancak böyle bir durumda söz konusu malın fiyatının olağandışı olmaması gerekir¹³⁶⁸.

Nisbî belirleme yöntemi bazı hallerde yalnızca objektif ölçütlere bağlı olarak düzenlenmemiş olabilir. Böyle bir durumda bedelin tespiti, münhasıran somut olaydaki taraflardan biri veya her ikisine bağlıdır. Dolayısıyla hakkın konusu şeyin piyasalarda sahip olduğu fiyat artık bir önem arz etmez. Örneğin; bir taşınmaza ilişkin olarak, değer arttırıcı kullanım neticesinde sabit bir meblağ üzerinden kararlaştırılmış tutara eklenecek olan bedel bu kapsamda yer almaktadır¹³⁶⁹. Değer arttırıcı kullanıma, bir araziye yeni bir yapının yapılması veyahut da daha önceki mevcut yapının daha değerli bir yapıyla yenilenmesi gibi durumlar örnek gösterilebilir¹³⁷⁰. Kullanma bedelinin bu şekilde kararlaştırıldığı durumlarda, bir uyuşmazlık söz konusu olur ise, mahkeme tarafından yorum yoluyla bir bedel belirlenmesi mümkün olmalıdır. Aksi takdirde bu tür kayıtlar geçerli olmaz¹³⁷¹.

¹³⁶² Schleich, *Option*, 140.

¹³⁶³ Henrich, *Vorvertrag*, 243.

¹³⁶⁴ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683, Rn.38*. Rayiç değer kapsamında aynı sonuca ulaşan başka bir görüş için bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2459. Herhangi bir ölçüt öngörmeksizin yapılan açıklamalar için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 95.

¹³⁶⁵ Schleich, *Option*, 140.

¹³⁶⁶ Hakkın konusu mala ilişkin herhangi bir sınırlama yapmaksızın, belirli bir zaman dilimindeki piyasa değerine göre meseleyi açıklayan görüş için bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 243.

¹³⁶⁷ Bu yönde bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 243. Dolaylı olarak bu sonuca ulaştığı kanaatinde olduğumuz görüş için ayrıca bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2460.

¹³⁶⁸ Henrich, *Vorvertrag*, 243; Schleich, *Option*, 140.

¹³⁶⁹ Schleich, *Option*, 140. İsviçre Federal Mahkemesinin taşınmazı konu alan alım hakkına ilişkin bu yöndeki kararı için bkz.: BGer 4A_24/2008 vom 12.6.2008 E.3.2 ff. (Schleich, *Option*, 140, dpn.7'den naklen). Taşınmazları konu alan önalım hakkı kapsamında bu yöndeki bir başka İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: Bger 5A_207/2007 et al. (teilw. abgedr. in BGE 134 III 332) vom 20.3.2008, E.3.3 ff. (Schleich, *Option*, 140, dpn.7'den naklen).

¹³⁷⁰ Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGer 4A_24/2008 vom 12.6.2008 E.3.2 ff. (Schleich, *Option*, 140, dpn.7'den naklen). Taşınmazlar bakımından farklı örnekler için bkz.: BeckMüKo-Westermann, *BGB § 433*, Rn.16.

¹³⁷¹ Schleich, *Option*, 140.

Kullanma bedelinin belirlenmesinin bir üçüncü kişiye ya da sözleşmenin taraflarından birine bırakılması mümkündür¹³⁷². Böyle bir durumda, bedelin belirlenmesine yönelik somut dayanak noktaları ortaya konulmuş olmalıdır. Eğer bu mümkün olmuyorsa, belirleme hakkaniyete göre yapılmalıdır¹³⁷³. Aksi takdirde sözleşmenin TMK md. 23/II kapsamında ahlâka aykırılık sebebiyle geçersizliği gündeme gelebilir¹³⁷⁴. Bu sebeple uygulamada, belirlemeyi yapacak olan üçüncü kişinin, bedel tespitini alım hakkı sözleşmesinde öngörülen şekilde yapacağına ilişkin taraflarca bir kayda yer verildiği görülmektedir¹³⁷⁵.

Nisbî belirleme yöntemi öğretide bir grup yazar tarafından eleştirilmektedir. Bu görüşe göre, bedelin sadece belirlenebilir olması yeterli olmayıp aynı zamanda mümkün olduğu kadar rakamsal olarak tespit edilmiş olmalıdır. Ayrıca bir bedel uyarlamasına yönelik bir hüküm söz konusu ise buna yönelik bir şeffaf hesaplama yöntemi de taraflarca kararlaştırılmış olmalıdır¹³⁷⁶. Buna ilaveten, sabit bedele eklenen değer arttırıcı kullanıma yönelik anlaşmaların, bu kapsamda, taraflar arasında bir uyuşmazlığa sebep olabileceği ifade edilmektedir¹³⁷⁷. Bu sebeple de, sabit bedele eklenen fiyat endeksli anlaşmaların, kanaatimizce de, taraf menfaatleri açısından daha olumlu bir çözüm yolu olduğu ileri sürülmektedir¹³⁷⁸.

2.3.7.2.3.3.2.2. Hisse Senetleri Üzerinde Kurulan Alım Hakkında Nisbî Belirlenmiş Bedel

Hisse senetleri üzerinde kurulan alım hakkında bedelin belirlenme şekli nispeten farklılık arz eder. Bunun temel sebebi, şirket paylarını temsil eden hisset senetlerinin borsa piyasalarında işlem görmesidir. Zira bu piyasalarda yer alan menkul kıymetler

¹³⁷² Oser ve Schöenberger, *Bd.V/1*, Vorbemerkung Art. 1-67 Rn.88 vd.; Gauch, Schluep ve Schmid, *Obligationenrecht*, Rn.345; Schleich, *Option*, 140. Bu yönde benzer açıklamalar için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.277. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz.: BGer 4A_611/2016 vom 20.3.2017; BGE 84 II 13 E. 2; BGE 84 II 266 E.2b; BGE 85 II 402 E.2b (Schleich, *Option*, 140, dpn.9'dan naklen). Sözleşmenin tarafları hariç üçüncü kişiler kapsamında bkz.: BeckMüKo-Westermann, *BGB § 433*, Rn.17. Bilirkişi (*Sachverständiger*) müessesesi kapsamında meseleyi ele alan görüş için bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 243.

¹³⁷³ Schleich, *Option*, 140-141.

¹³⁷⁴ Örneğin; sözleşmenin taraflarından birinin, ahlâka aykırı nitelikte olacak şekilde diğer tarafın inisiyafitine bırakılmasında durum böyledir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Schleich, *Option*, 141. Bu konuda benzer açıklamalar için bkz.: Gauch, Schluep ve Schmid, *Obligationenrecht*, Rn.345.

¹³⁷⁵ Schleich, *Option*, 141.

¹³⁷⁶ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2460.

¹³⁷⁷ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2460.

¹³⁷⁸ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2460.

sürekli olarak alım ve satıma konu olmaktadır. İkinci temel sebep ise hisse senetleri üzerinde alım hakkının, genellikle çok taraflı olarak kararlaştırılması ve taraflarca gözetilen amaçtaki farklılıktır.

Şirket payları üzerinde kurulan alım hakkında kullanma bedeli, öncelikle hisse senedinin gerçek değeri (*innerer Wert*) üzerinden kararlaştırılabilmektedir. Ancak sözleşme özgürlüğü kapsamında, taraflarca, bu değerden sapan anlaşmalara yer vermek her halukârda mümkündür¹³⁷⁹. Bu belirleme de, aynı şekilde mutlak ve nisbî olmak üzere iki farklı şekilde yapılmaktadır.

Hisse senetlerinde mutlak belirlenmiş kullanma bedeli, menkul kıymet üzerinde yazan nominal-itibarî değer (*Nennwert*) şeklinde tezahür eder¹³⁸⁰. Bu yönde bir belirlemenin hak sahibi için oldukça avantajlı bir sonucu vardır. O da, üçüncü kişiler tarafından hisse senedi fiyatı üzerinde gerçekleştirilecek spekülâtif hareketlere karşı korunmadır¹³⁸¹.

Hisse senetlerinde nisbî belirlenmiş kullanma bedeli ise daha farklıdır. Burada hak sahibinin spekülâtif olan veyahut da adil olmayan bir bedel ile karşı karşıya kalmaması için bedelin hisse senedinin gerçek değeriyle aşağı yukarı aynı olması gerekir¹³⁸². Hak sahibi için bu hedefi ise iki farklı şekilde gerçekleştirmek mümkündür. Bunlardan ilki, bedelin, hakkın konusunu oluşturan hisse senedinin borsa fiyatına göre sınırlandırılmasıdır. Ancak alım hakkının konusunu oluşturan hisse senetleri nadiren borsada işlem görmektedir. Dolayısıyla uygulamada bu yöntemin pek bir önemi olmadığı ifade edilmektedir¹³⁸³. Bu kapsamda öngörülen ikinci çözüm yolu, vergiye tabi değere (*Steuerwert*) göre bir belirleme yapılmasıdır¹³⁸⁴. Nitekim bu belirleme yöntemine çok taraflı hakkı konu alan konsorsiyum sözleşmelerinde oldukça

¹³⁷⁹ Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 95. Ölüme bağlı tasarruf ile kurulan alım hakkı ile cebri icra söz konusu iken kullanılan alım hakkındaki istisnai açıklamalar için ayrıca bkz.: Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 95 ve dñn.9'deki atıfta yer alan bilgiler.

¹³⁸⁰ Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 28.

¹³⁸¹ Bu yönde bkz.: Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 28. Oysa normal şartlarda mutlak belirlenmiş bedel, alım hakkında spekülâtif fonksiyona hizmet eder. Ancak hisse senetleri açısından bu durum nispeten ikili bir görünüme sahiptir.

¹³⁸² Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 29; Böckli, *Vinkulierung*, § 6 Rn.221 vd.; Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1192; Böckli, *Aktionärbindungsverträge*, 58 vd. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGer 4A_611/2016 vom 20.3.2017 SV A.a. (Schleich, *Option*, 58, dñn.3'ten naklen).

¹³⁸³ Önalım hakkı kapsamında bkz.: Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 29.

¹³⁸⁴ Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 29.

rastlanılmaktadır¹³⁸⁵. Üçüncü olarak ise şirket payının üçüncü kişi tarafından ödenen bedele göre kararlaştırılması söz konusu olabilir. Burada esasında kullanma bedeli için bir üst sınır belirlenmektedir. Ancak en nihayetinde ödenecek bedel, o pay için üçüncü kişi tarafından yapılan miktarla sınırlıdır. Bu miktarın kararlaştırılan üst sınırı aşması durumunda ise hak sahibi, alım hakkı sözleşmesinde yer alan üst sınıra bağlı olarak şirket payını alabilir¹³⁸⁶. Şirket payları üzerinde kurulan alım hakkında, kısa süreli pay sahipleri sözleşmeleri hariç, genellikle nisbî belirleme yöntemine yer verilmektedir¹³⁸⁷.

2.3.7.3. Sübjektif Esaslı Unsurlar

Alım hakkı sözleşmesinin tarafları zorunlu unsurlar dışında farklı noktalara ilişkin de anlaşma yapabilirler. Bu durum sözleşme özgürlüğü ilkesinin doğal bir sonucudur. Ancak tarafların bu yöndeki anlaşmaları her halukârda kanunun öngördüğü sınırlara riayet edilmiş olmak kaydıyla geçerlidir¹³⁸⁸.

Sübjektif esaslı unsurlar taraflardan birinin sözleşmenin yapılması için kesin olarak öngördüğü ve diğer tarafın da kabul ettiği noktaları ifade eder¹³⁸⁹. Dolayısıyla bu noktalara ilişkin bir anlaşma olmaması halinde bunu ileri süren taraf herhangi bir işlem yapma niyetinde olmaz¹³⁹⁰. Bu yönüyle de aslında sözleşmenin objektif esaslı olmayan noktalarını oluşturur¹³⁹¹. Alım hakkı sözleşmesinin sübjektif esaslı unsurları süre, alım hakkı bedeli, koşul ve vade¹³⁹² olarak karşımıza çıkar¹³⁹³.

¹³⁸⁵ Önalım hakkı kapsamında bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 29.

¹³⁸⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Forstmoser ve Kuchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1191; Schenker, *Vorkaufsrechte*, 251 vd.

¹³⁸⁷ Forstmoser ve Kuchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1294.

¹³⁸⁸ Bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.99. Opsiyon sözleşmeleri bakımından tarafların sübjektif esaslı noktaları belirleyebilecekleri yönünde bkz.: Schleich, *Option*, 130; Casper, *Der Optionsvertrag*, 107.

¹³⁸⁹ Türk hukukunda bu yönde bkz.: Eren, *Genel Hükümler*, 235; Nomer, *Borçlar Hukuku*, 45; Cansel ve Özel, *Borçlar Hukuku*, Knr.232; İnan ve Yücel, *Borçlar Hukuku*, 175; Antalya, *Borçlar Hukuku*, 11. İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Schleich, *Option*, 130; Huguenin, *Obligationenrecht*, Rn.260; Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.29.03. Nispeten aynı doğrultuda bkz.: CHKommentar-S. Hrubesch und Millauer, *OR Art. 184*, Rn.9; Yıldırım, *Türk Borçlar Kanunu*, 64.

¹³⁹⁰ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.1927.

¹³⁹¹ CHKommentar-Binder, *OR Art. 216*, Rn.10.

¹³⁹² Schleich, *Option*, 145 vd.

¹³⁹³ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.40-41; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 93-94. Bu hususta benzer açıklamalar için bkz.: BernerKom/Giger, *OR Art. 216*, Rn.58.

2.3.7.3.1. Süre

2.3.7.3.1.1. Genel Olarak

Taraflar alım hakkı için belirli bir süre tayin edebilirler¹³⁹⁴. Ancak bu yöndeki bir anlaşma zorunlu değildir. Taraflar süre tayin etmemiş olsa dahi sözleşme geçerli olarak kurulmuş olur¹³⁹⁵. Buradaki süre muhteva itibariyle hakkın geçerli olarak mevcut olacağı süreyi ifade eder. Dolayısıyla da alım hakkı süresi olarak ifade edilir¹³⁹⁶. Bu yönüyle de hakkın kullanımı için öngörülen kullanım süresinden farklılık arz eder. Zira geçerli olarak var olan bir alım hakkı süresi için daha kısa bir kullanım süresinin kararlaştırılması mümkündür. Burada önem arz eden husus, alım hakkı verenin haktan doğan bağlılık ve yükümlülöklere tabi olmaya devam etmesidir. Çünkü hakkın geçerli olduğu süre boyunca henüz ileri sürölememesi söz konusu bağlılık ve yükümlölökleri ortadan kaldırmaz.

Bir opsiyon hakkı olan alım hakkı genellikle belirli bir süre için kararlaştırılır¹³⁹⁷. Nitekim ööretide de, taraflarca bir süre tayinine gidilmesi gerektiği taraf menfaatleri açısından tavsiye edilmektedir¹³⁹⁸. Ööreti ve uygulamada ortaya çıkan bu sonucun aslında çok basit ve aynı zamanda da önemli bir sebebi bulunmaktadır. O

¹³⁹⁴ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683, Rn.40*; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 93. Aynı doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1293; Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 95 vd. Opsiyon hakları kapsamında aynı sonuca ulaşan ve bu durumu,bozucu vade/süre kavramıyla ifade eden bir başka görüş için ayrıca bkz.: Schleich, *Option*, 146. Alman hukukunda bu yönde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 147 vd. Türev piyasalar ve opsiyon işlemlerinde yer alan terminolojik ifadeler için bkz.: Häusler, *Die vertraglichen Grundlagen*, 127 ve Pulver, “Börsenmässige”, 322. Alım hakkı verenin hakka yönelik bir süreyi kendisinin belirleyemeyeceği, böyle bir durumun hakkın yenilik doğuran hak niteliğiyle de bağdaşmayacağı yönünde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 111.

¹³⁹⁵ Casper, *Der Optionsvertrag*, 105. İsviçre hukukunda aynı doğrultuda bkz.: ZK-Kom./Haab vd., *ZGB Art. 681-682, Rn.10*.

¹³⁹⁶ Schleich, *Option*, 10; Casper, *Der Optionsvertrag*, 111.

¹³⁹⁷ Linneborn, “Das Optionsrecht”, 40; Henrich, *Vorvertrag*, 244; Matthias Brandi-Dohrn, *Der urheberrechtliche Optionsvertrag* (München/Berlin: C.H.Beck Verlag, 1967), 96 vd.; Casper, *Der Optionsvertrag*, 111. Bu yöndeki Alman yargı kararları için bkz.: RGZ 79, 156 ff.; BGHZ 22, 347, 352 ff (Casper, *Der Optionsvertrag*, 111, dpn.38’den naklen). Sürenin kararlaştırıldığı hallerle sıklıkla karşılaşıldığı yönünde İsviçre hukukunda yer alan ifadeler için bkz.: Schleich, *Option*, 130; Pulver, “Börsenmässige”, 262. Taşınmazlar üzerinde kurulan alım kapsamında aynı doğrultudaki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 138 III 659 E.3.4 (Schleich, *Option*, 146, dpn.9’den naklen). Taşınmazlar üzerinde kurulan önalım hakkı kapsamında aynı doğrultudaki bir başka İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 97 II 53 E.3 (Schleich, *Option*, 130, dpn.9’den naklen). Bununla birlikte İsviçre hukukunda anonim şirket hisse paylarını konu alan alım hakkında ise, hakkın, genellikle pay sahipleri sözleşmesiyle aynı süreyle kararlaştırıldığı ifade edilmektedir. Bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1293.

¹³⁹⁸ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 93-94; Casper, *Der Optionsvertrag*, 111.

da, hakkın geçerli olacağı sürenin taraflar için büyük bir öneme sahip olması ve hakkın ekonomik değerini önemli ölçüde etkileyecek olmasıdır¹³⁹⁹. Ancak bu durum alım hakkı süresinin sübjektif bir esaslı nokta olma niteliğini değiştirmez. Zira süre, genel olarak opsiyon sözleşmelerinin belirleyici bir özelliğini oluşturmaz. Bu sebeple süre olmasa dahi sözleşme geçerlidir¹⁴⁰⁰. Nitekim ne Türk ne de İsviçre hukukunda alım hakkını düzenleyen hükümlerde sürenin kararlaştırılmasına yönelik emredici bir hükme rastlanılmaktadır¹⁴⁰¹.

2.3.7.3.1.2. TBK md. 238 Hükümü Kapsamında Meselenin İncelenmesi

2.3.7.3.1.2.1. Genel Olarak

Türk hukukunda alım hakkının süresini düzenleyen temel hüküm Türk Borçlar Kanunu'nun 238. maddesidir. İlgili hüküm, “*Önalım, geri alım ve alım hakları en çok on yıllık süre için kararlaştırılabilir ve kanunlarda belirlenen süreyle tapu siciline şerh edilebilir*” ifadesine yer vermektedir. Muhteva itibarıyla de İsviçre Borçlar Kanunu md. 216/a'nın alım hakkı açısından birebir karşılığını oluşturmaktadır.

TBK md. 238'de kanun koyucu iki farklı süreye yer vermektedir. Bunlardan birincisi hakkın geçerli olacağı süre iken; diğeri hakkın şerh edilebileceği süredir¹⁴⁰². Bu ana başlık altında sadece alım hakkı süresi incelenmiş olduğundan şerhe ilişkin tartışmalar ilerleyen bölümlerde ayrıca ele alınmıştır. Bu kapsamda TBK md. 238'in amacı, uygulama alanı ve içeriği alım hakkı süresiyle sınırlı olarak aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

¹³⁹⁹ Pulver, “Börsenmässige”, 262; Schleich, *Option*, 146. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 138 III 659 E.3.4 (Schleich, *Option*, 146, dñn.9'dan naklen). Alman hukukunda bu hususta bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 111 vd.

¹⁴⁰⁰ Linneborn, “Das Optionsrecht”, 40; Henrich, *Vorvertrag*, 244; Brandi-Dohrn, *Optionsvertrag*, 96 vd.; Casper, *Der Optionsvertrag*, 111. Bu yöndeki Alman yargı kararları için bkz.: RGZ 79, 156 ff.; BGHZ 22, 347, 352 ff (Casper, *Der Optionsvertrag*, 111, dñn.38'den naklen).

¹⁴⁰¹ Alman hukukunda yer alan bir görüş ise, böyle bir sonuca, geri alım hakkında süreyi düzenleyen BGB § 462 hükmünden ulaşmaktadır. Zira ilgili hükümde kanun koyucu, geri alım hakkının kullanımı için bir sürenin kararlaştırıldığı ve kararlaştırılmadığı halleri açık bir şekilde ayrı ayrı düzenlemiştir. Bundan çıkan sonuç ise hakkın süresiz olarak da kurulabileceğidir. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 244.

¹⁴⁰² İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.328. İki farklı sürenin bulunduğu yönünde aynı doğrultudaki benzer açıklamalar için bkz.: Allgäuer, *Kaufrecht*, 89-90.

2.3.7.3.1.2.2. Hükümün Amacı

Kanun koyucu TBK md. 238’de yer alan düzenlemeye meşru bir ihtiyacı karşılamak amacıyla yer vermiştir. O da; hukukî güvenlik ve ölçüsüz bağılıktan korunmaya yönelik ihtiyacı karşılamaktır¹⁴⁰³. Söz konusu düzenlemeye yönelik Türk hukukunda herhangi bir tartışmaya rastlanmamaktadır. Ancak İsviçre hukukunda sözleşme özgürlüğüne yönelik oldukça sert ve orantısız bir sınırlama olarak görülmüş ve eleştirilmiştir¹⁴⁰⁴. Kanaatimizce bu eleştiriye katılmak mümkün gözükmemektedir. Zira TBK md. 238 ile hedeflenen amaçlardan bir diğeri de TMK md. 23/II ve TBK md. 27/I hükümlerinin kapsamını özel olarak ele almaktır. Kanun koyucunun burada on yıl gibi nispeten kısa bir süre öngörmesi de alım hakkının niteliğinden kaynaklanmaktadır. Hak sahibine tek taraflı olarak bir yetki veren ve hakkın süresi boyunca hakkı veren bağlayan bu nitelikte bir hak için söz konusu süre, kanaatimizce, uzun olarak değerlendirilemez. Nitekim İsviçre hukukundaki görüş de, alım hakkı için kanun koyucu tarafından öngörülen azami sürenin TBK md. 27 hükmü kapsamında bir eleştiriye kural olarak açık olmayacağı yönündedir¹⁴⁰⁵.

2.3.7.3.1.2.3. Hükümün Uygulama Alanı

2.3.7.3.1.2.3.1. Genel Olarak

TBK md. 238’de yer alan düzenleme hakkın hukukî işleminden doğduğu hallerle sınırlıdır¹⁴⁰⁶. Bu çerçevede on yıllık azami süre hem sözleşmeden doğan hem de ölüme bağlı tasarrufla kurulan alım hakkı için geçerlidir. Bunun dışında hakkın kanundan doğduğu hallerde artık bu süre uygulanmaz¹⁴⁰⁷. Zira bu durumda taraflarca süreye ilişkin bir anlaşma yapılması mümkün olmadığı gibi; hakkın şerhine yönelik bir ihtiyaç da artık söz konusu değildir¹⁴⁰⁸. Ancak bunun bir istisnası vardır. O ise, belli bazı

¹⁴⁰³ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.320. Aynı doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Baygın, *Yeni Borçlar Kanunu*, 12; Simonius ve Sutter, *Immobiliarsachenrecht*, § 11 Rn.36. Yalnızca ölçüsüz bağılılık kapsamında bu yöndeki ifadeler için bkz.: Schleich, *Option*, 212, Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 107 vd.

¹⁴⁰⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.320. Ölçüsüzlüğe ilişkin değerlendirmede opsiyon hakları açısından göz önüne alınan kriterler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Schleich, *Option*, 212-213.

¹⁴⁰⁵ Schleich, *Option*, 213; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.331.

¹⁴⁰⁶ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.314. Bu yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 126 III 421 ff. (425), E. 3b/aa. (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.314; dñn.541’den naklen).

¹⁴⁰⁷ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.314. Bu yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 126 III 421 ff. (425), E. 3b/aa. (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.314; dñn.541’den naklen).

¹⁴⁰⁸ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.314; Ghandchi, *Vorkaufsrecht*, 97 vd.

hususlarda kanundan doğan hakka yönelik hukukî işlem ile yapılan düzenlemelerdir. Bu çerçevede taraflarca mesela alım hakkı bedelinin tespiti gibi durumlara ilişkin bir anlaşma söz konusuysa artık bu yöndeki anlaşmalar TBK md.238’de öngörülen sürenin kapsamında yer alır¹⁴⁰⁹. Türk hukukunda kanundan doğan bir alım hakkı düzenlenmediği için, TBK md. 238’de yer alan düzenleme, en azından alım hakkı için her zaman uygulama alanı bulur.

TBK md. 238 hükmünün uygulanabilmesi için alım hakkı konusunun bir taşınmaz olması zorunlu değildir. Bir taşınır üzerinde kurulan alım hakkı da, kanaatimizce, azamî on yıllık süreyle kurulabilir. Zira Türk hukukunda taşınmaz satışında sebebe bağlılık ilkesinin kıyasen taşınır satışları için de geçerli olduğu kabul edilmektedir¹⁴¹⁰. Böyle bir anlayışın yer aldığı hukuk sisteminde taşınmazlar üzerinde satış ilişkisi doğuran haklara ilişkin sürelerin, aynı şekilde taşınırlar üzerinde kurulan bu tür haklar için de geçerli olacağını söylemek tutarlı bir yaklaşım olur. Nitekim İsviçre hukuk öğretisi de on yıllık sürenin kıyasen taşınırlar için de uygulanacağını kabul etmektedir¹⁴¹¹. İkinci olarak, geri alım hakkında süreleri düzenleyen Alman Medeni Kanunu § 462’de taşınır ve taşınmazlar için açıkça iki ayrı süreye yer verilmiştir. Hatta burada taşınırlar için öngörülen süre çok daha kısadır¹⁴¹². Bilindiği üzere, kanunun yorumlanmasında başvuru yollarından biri de, mehz hukukta yer alan düzenlemelerdir. Alman Medeni Kanunu’nda yer alan hüküm de, opsiyon haklarında, belirli bir üst süreye yer verilmesinin bir tercih olduğunu göstermektedir. Bu sebeple TBK md. 238 hükmünü geniş yorumlamak, kanaatimizce, makûl bir çözüm yoludur. Özellikle alım hakkı sahibinin ayrıcalıklı konumu göz önüne alındığında, taraf menfaatleri açısından bu şekilde bir çözüm önerisi, çok daha adil ve doğru gözükmemektedir. Dolayısıyla taşınırlar üzerinde kurulan alım hakkını bir süreye bağlamamak ve her somut olaya göre hâkimden bir değerlendirme yapmasını beklemek ne usul ekonomisine ne de tarafların haklarını korumaya hizmet etmektedir. Bu noktada

¹⁴⁰⁹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.315.

¹⁴¹⁰ Türk hukukunda bu hususta yer alan tartışmalar için bkz.: Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku*, 31; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Medeni Hukukta Tasarruf İşlemleri* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014), 228 vd.; İnan ve Yücel, *Borçlar Hukuku*, 151; Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 11, Knr.57; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Eşya Hukuku*, 673 vd.; Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Borçlar Hukuku*, 311 vd.; Gürsoy, *Tapu Sicili*, 110.

¹⁴¹¹ Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 76; Böckli ve Morscher, *Aktionärbindungsverträge*, 61 vd. Dolaylı olarak bu yönde bkz.: Roberto, “Teilrevision”, 172.

¹⁴¹² İlgili hükümde taşınmazlar için öngörülen süre otuz yıl iken; taşınmaz dışındaki diğer şeyler için bu süre üç yıl ile sınırlıdır.

meseleyi her daim TMK md. 23/II hükmü ve sözleşme şartlarında köklü değişikliğe ilişkin “*clausula rebuc sic stantibus ilkesi*” kapsamında çözümleme gayesi de gereksiz bir çabadan başka bir şey değildir¹⁴¹³.

TBK md. 238’de alım hakkı için öngörülen azamî süre hem şerh edilen hem de şerh edilmeyen alım hakkı için uygulama alanı bulur¹⁴¹⁴. Dolayısıyla alım hakkı için bir üst sınırın öngörülmediği eski yasal düzenleme döneminde yer alan tartışmalar bugün için artık önemini kaybetmiştir¹⁴¹⁵.

¹⁴¹³ “*Clausula rebuc sic stantibus ilkesi*” ve İsviçre Medeni Kanunu md. 27/II hükmünün hakkın bağlı olduğu süre açısından iki önemli müessese teşkil ettiği ve 1993 yılındaki revizyon öncesinde süresiz kurulan haklarda üst sınırı belirlemeye yardımcı olduğu yönünde ayrıca bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.331. Bu görüş, söz konusu iki müessesenin azamî sürelerle ilişkin getirilen düzenlemelerden sonra da etkinliğini koruduğunu ileri sürmektedir.

¹⁴¹⁴ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.325.

¹⁴¹⁵ Bu yöndeki görüşlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.345 vd.; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.5; Allgäuer, *Kaufrecht*, 86 vd. Bu husustaki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz.: BGE 126 III 421 ff. (428), E. 3c/cc.; BGE 126 III 421 ff. (429 f.), E. 3c/dd; BGer 4C.345/2000 vom 1. Mai 2001, E. 3b; BGer 4C.345/2000 vom 1. Mai 2001, E. 3b; BGE 138 III 659 ff. (663 f.), E. 3.4; BGE 138 III 659 ff. (664 f.), E. 3.5 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.351-352, dpn.621 vd.’den naklen). TBK md. 238 hükmü yeni ihdas edilmiş bir hükümdür. Hükmün kaynağını ise İsviçre Borçlar Kanunu md. 216/a oluşturmaktadır. İsviçre’de 1993 yılında Borçlar Kanunu’nda yapılan revizyon öncesinde alım, önalım ve geri alım haklarının süresine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemektedir. Bu konuda kanunda yer alan tek düzenleme, o dönem İsviçre Medeni Kanunu md. 681’de yer alan madde idi. Bu maddeye göre, önalım hakkı şerhten itibaren on yıl geçtikten sonra sona ermekteydi. Nitekim Türk hukuku açısından da, mesele, TMK md.375’te yer alan düzenleme sebebiyle benzer bir görünüme sahipti. İsviçre hukukunda hakkın kurulabileceği süreye ilişkin tartışmalar da bu noktada ikili bir ayırım yapılarak incelenmekteydi. Bu ayırımın temel noktası ise hakkın şerh edilip edilmediğine göre idi. Bu çerçevede şerh edilmiş bir hak söz konusu ise öğreti ve yargı içtihatlarındaki hâkim görüş, hakkın şerh süresiyle, yani on yıla sınırlı olarak kurulabileceği yönündeydi. Bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Isler, *Grundbuch*, 48. Önalım hakkı kapsamında bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.317 vd. Bu konuda benzer açıklamalar için bkz.: Jäggi, “*Vorkaufrecht*”, 65 vd.; Schmid, *Das Vorkaufrecht*, 117 vd.; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.345, dpn.613’te yer alan yazarlar ve yargı kararları. Şerh edilmeyen hak açısından ise sorunun çözümü tam tersi bir görünüme sahipti. Böyle bir durumda TMK md. 23’ü karşılayan İsviçre Medeni Kanunu md. 27’ye riayet edilmek şartıyla, hakkın, taraflarca istenildiği süreyle kararlaştırılabileceği kabul edilmekteydi. Bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Isler, *Grundbuch*, 47; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.311. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 102 II 243 ff. (247 ff.), E. 3 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.345, dpn.614’ten naklen). Hakkın şerh edilmediği durumlarda da on yıl süreyle kurulacağını ileri süren aksi yöndeki görüş için bkz.: Allgäuer, *Kaufrecht*, 87. Böyle bir durumda, eğer kanunun öngördüğü sınırları aşan bir süre söz konusu ise hâkimin ya bu süreyi geçerli bir zaman sınırına indirmesi ya da halihazırda tarafların anlaştığı şekilde süre tespitini yapması gerektiği savunulmaktaydı. Bu yöndeki ifadeler için bkz.: Isler, *Grundbuch*, 47; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.312. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 71 II 165 (Isler, *Grundbuch*, 47, dpn.40’dan naklen). Sürenin uzunluğuna ilişkin bir değerlendirme yapılırken de her somut olayın göz önüne alınması gerektiği ileri sürülmekteydi. Zira bir somut olayda 50 yıllık bir süre amaca uygun olabilirken; bir başka durumda 10 yıllık sürenin uzun olabileceği ifade edilmekteydi. Ancak bu noktada öğretide yer alan bir görüş, özellikle alım hakkı kapsamında şunu ifade etmekteydi: Alım hakkı (ve aynı zamanda geri alım hakkı) açısından sürelerle yönelik bir ahlâka aykırılıktan bahsetmek, önalım hakkına nazaran, daha mümkün gözükmektedir. Zira bu iki hakkın kullanımında hak sahibi tek başına söz hakkına sahiptir. Hakkı verenin bir önalım

2.3.7.3.1.2.3.2. Sürekli Borç İlişkileri Kapsamında Değerlendirme

Alım hakkı bazen sürekli bir borç ilişkisi doğuran sözleşmenin unsuru olarak yer alabilir. Bu ise sürekli borç ilişkisinin taraflarından birine bir alım hakkının tanınması suretiyle olur. Örneğin; alım hakkı bir kira sözleşmesinden doğan borç ilişkisinin sona ermesinden itibaren kiracı tarafından kullanılabilir şekilde kararlaştırılabilir. Böylelikle kiracı, kira sözleşmesi bittikten sonra taşınmazı tek taraflı olarak satın alma imkânına sahip olur. Bu tür anlaşmalar, taşınmazı uzun süre kullanan ve o taşınmaz hakkında yeterince bilgi sahibi olan kiracı açısından da oldukça elverişli bir imkândır.

Sürekli borç ilişkilerinde, kanun koyucu, kural olarak azami bir süreye yer vermemiştir. Bu çerçevede taraflar bir kira sözleşmesini belirsiz süreli olarak akdedebilecekleri gibi söz gelimi yirmi yıllık bir süre için de kurabilirler. Hatta bazı borç ilişkilerinde oldukça uzun sürelerle yer verilmesi, taraf menfaatleri bakımından kimi zaman daha yararlıdır. Ancak alım hakkının bu tür borç ilişkilerine dahil edildiği hallerde öğretide yer alan asıl tartışma TBK md. 238’de öngörülen azami on yıllık sürenin uygulanabilir olup olmadığıdır.

Öğretide yer alan ilk görüşe göre, sürekli bir borç ilişkisinde yer alan alım hakkı açısından tarafların bağılılığı ikili bir görünüme sahiptir. Başka bir deyişle, taraflar sadece alım hakkıyla değil; aynı zamanda hakkı konu alan temel borç ilişkisi ile de bağılıdır. Dolayısıyla alım hakkının süre bakımından sınırlandırılmasına yönelik ihtiyaç aslında çoktan sağlanmış olmaktadır. Çünkü taraflar halihazırda bu temel borç ilişkisinin öngördüğü süre ile zaten bağılıdır. Sürekli borç ilişkilerinin kural olarak belirli fesih sürelerine riayet edilmek kaydıyla feshedilebilir olması da bunu doğrulamaktadır¹⁴¹⁶. Bu sebeple de hükmün amaçladığı hukukî güvenlik ve aşırı bağılılıktan korumaya yönelik ihtiyaç aslında bu borç ilişkisiyle sağlanmış olmaktadır.

Öğretideki ikinci görüşe göre ise, tarafların sürekli borç ilişkisiyle bağılı olması TBK md. 238 hükmünün uygulama alanını daraltan bir durum teşkil etmemelidir.

olayını gerçekleştirmesi gerekmez. Dolayısıyla sürelerin somut olaya göre değerlendirilmesinde hakkı verenin menfaatlerinin ön planda tutulması gerekir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Allgauer, *Kaufrecht*, 87. İsviçre Borçlar Kanunu md. 216/a’da yer alan azamî sürelerin eski yasal düzenleme döneminde kurulan süresiz haklara zaman bakımından uygulanması yönündeki öğretisi ve içtihatlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.345 vd.; Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.5; BGer 4A.189/2012 vom 2.10.2012, E. 3.5 (Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2462’den naklen).

¹⁴¹⁶ Dolaylı olarak bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.323.

Hükmün amacı ve kapsamı göz önüne alındığında kanaatimizce de bu yönde bir çıkarım daha isabetli gözükmemektedir. Çünkü kanun koyucu TBK md.238’de alım hakkı veren açısından fesih gibi bir imkânı yer vermemiştir¹⁴¹⁷. Bunun sonucu olarak, hak on yıllık süreyle kurulmuş ise alım hakkı veren, bu süre boyunca fesih ya da benzeri bir imkândan faydalanarak hakkın doğurduğu bağılıktan kurtulma imkânına zaten sahip değildir. Oysa sürekli borç ilişkilerinde bu hakka alım hakkı veren de sahip olmaktadır. Bu sonuç ise alım hakkı sahibinin imtiyazlı konumunu adeta anlamsızlaştırmaktadır. Öte yandan, tarafların on yıldan daha uzun bir süreye duyacakları ihtiyaç, TBK md. 238 hükmünün açık lafzı karşısında, aksi yönde bir yorumu gerektirecek bir sebep teşkil etmemelidir¹⁴¹⁸. Zira bir hukukî işlem en nihayetinde tarafların ihtiyacı doğrultusunda şekillenmektedir. Zaten TMK md. 23/II ve TBK md. 27/I’deki genel düzenlemelerin amacı da tarafların bu ihtiyaçlarının hukukî yaşama yansımalarının sınırlarını çizmektir. Dolayısıyla TBK md. 238 hükmünün kapsamına, sürekli borç ilişkilerinde yer alan alım hakkını dahil etmek ya da başka bir deyişle bu hükmün kapsamında çıkarmamak, hukuken daha isabetli bir çözüm yolu olarak gözükmemektedir¹⁴¹⁹.

Sürekli borç ilişkilerinde ortaya konulan bu tespitten sonra İsviçre hukukunda ileri sürülen bir görüşün ayrıca değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu görüşe göre, kanun koyucunun hakka yönelik azami bir süre öngörmesi doğru bir çözüm yolu değildir. Olması gereken hukuk açısından mesele ele alındığında, hakka yönelik süre sınırlandırması öngören bu düzenleme yerine başka bir çözüm yolu sunulmalıdır. O da, belirli bir süre sonra haktan doğan bağılılığı sona erdirmeye yönelik alım hakkı yükümlüsü tarafa fesih benzeri bir imkân vermektedir¹⁴²⁰. Bu çözüm önerisinin pratik sonucu şudur: Örneğin; kira sözleşmesi yirmi yıllık yapılmışsa taraflar artık bu süre boyunca alım hakkı da kararlaştırabilecektir. Ancak söz gelimi hakkı veren taraf, ilk on yıldan sonra alım hakkı ile olan bağılılığını tek taraflı olarak sona erdirmeye imkânına da sahip olacaktır. Böylelikle taraflar hakkın tesisi için tekrar bir hukukî işlem yapmak zorunda olmayacağı gibi; alım hakkı sahibi de, fesih benzeri yola başvurulması halinde

¹⁴¹⁷ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.323.

¹⁴¹⁸ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.323.

¹⁴¹⁹ Ayrıntılı bir açıklamaya yer vermeksizin aynı sonuca ulaşan görüş için bkz.: CHKommentar-Binder, *OR Art. 216a*, Rn.3.

¹⁴²⁰ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.324. Alman hukukunda kira sözleşmesiyle birlikte kararlaştırılan alım hakkının kira süresi boyunca kullanılacağı kabul edilmektedir. Bunun temel sebebi, kanun koyucu tarafından hakka ilişkin azami bir süreye yer verilmemiş olmasıdır. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 11; Henrich, *Vorvertrag*, 258.

sürekli borç ilişkisini feshetme yoluna başvurarak ilişkiyi sona erdirebilecektir. Bu yönüyle de burada sözü edilen fesih benzeri imkân, sürekli borç ilişkilerinde diğer taraf bakımından bir nev'i fesih imkânı doğuran bir sebep teşkil etmektedir.

Kanaatimizce, bu görüş pratik açıdan bir çözüm getirmediği gibi, alım hakkının fonksiyonlarıyla da bağdaşır nitelikte değildir. Öncelikle alım hakkı verenin sahip olduğu fesih benzeri bir imkân sürekli borç ilişkisinin karşı tarafı açısından hukukî işlemi oldukça anlamsızlaştırmaktadır. Kira sözleşmesi üzerinden izah etmek gerekirse: Kiracı açısından burada amaçlanan şey, kiralanan şeyi kullanmak ve daha sonra satın alıp almamaya karar vermektir. Bu yönüyle de söz konusu görüş, kiracının sözleşmeyle hedeflediği amacı adeta arka plana atmaktadır. İkincisi, karşı tarafa verilen fesih benzeri bir imkân alım hakkının belki de en önemli fonksiyonlarından biri olan teminat fonksiyonunu tamamen devre dışı bırakmaktadır¹⁴²¹. Çünkü kiracıya bu imkân verildiğinde, ileride yapılmak istenen iktisaba yönelik güvence ortadan tamamen kalkmış olmaktadır. Bu ise, pratik açıdan bir alım hakkının bahsetmeyi imkânsız kılmaktadır. Şartların varlığı halinde de olsa olsa kiralanan şeyin satışına yönelik karşı tarafça yapılan ve dönme hakkı saklı tutulmuş uzun süreli bir öneri bulunmaktadır. Ancak öneride bulunanın bağlı olma iradesindeki noksanlık, bu ihtimali de oldukça tartışmalı hale getirmektedir. Dolayısıyla olması gereken, kanaatimizce, tarafların on yılı aşan her yeni dönem için tekrardan bir alım hakkı tesis etmesidir. Eğer taraflar arasında bu konuda bir güvensizlik söz konusu ise artık başvurulabilecek iki yol vardır. Bunlardan birincisi, alım hakkının geçerli olacağı sürenin başlangıç tarihini daha ileri bir tarih olarak düzenlemektir. İkincisi ise, borç ilişkisinin başladığı tarihte geçerli olan ve fakat kullanım süresinin ileri bir tarihe ertelendiği bir alım hakkının kurulmasıdır. Kanaatimizce, bu yönde anlaşmalar, somut olaya göre tarafların ihtiyaçlarını karşılamaya yeterli birer çözüm önerisi olarak ele alınabilecek niteliktedir.

¹⁴²¹ Teminat fonksiyonu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Birinci Bölüm, Teminat (İktisabın Teminatı) Fonksiyonu başlığı.

2.3.7.3.1.3. Hükümün İçeriği

2.3.7.3.1.3.1. On Yıllık Süre

Türk Borçlar Kanunu'nun 238. maddesi alım hakkı ve hakkın şerhi için azamî on yıllık iki ayrı süre öngörmüştür¹⁴²². Hak için öngörülen on yıllık süre hem şerh edilen hem de şerh edilmemiş alım hakkı için geçerlidir¹⁴²³. Ayrıca kanun koyucu tarafından sürelerle ilişkin öngörülen bu düzenleme kamu düzeninin bir gereğidir¹⁴²⁴. Bu sebeple de hüküm emredici bir hukuk kuralıdır¹⁴²⁵.

Alım hakkı için azamî on yıllık süre öngören düzenlemenin emredici karaktere sahip olmasının birtakım hukukî sonuçları bulunmaktadır. Bu kapsamda tarafların, on yıllık sürenin bitiminden sonra hakkın yenilenmesine yönelik bir yükümlülüğü önceden öngörmesi mümkün değildir. Zira bu yönde bir anlaşma hükmün emredici niteliği karşısında geçersizdir¹⁴²⁶. Bu durum aynı şekilde alım hakkının şerhi için de geçerlidir¹⁴²⁷. Bunun gibi, yenileme yapmayan taraf açısından bir cezaî koşula yer verildiği hallerde de bu koşul geçerli olmaz¹⁴²⁸. Ancak tarafların hakkın bağlı olduğu sürenin sona ermesinden sonra tekrar bir araya gelerek bir alım hakkı kurmalarında hiçbir sakınca yoktur. Zira böyle bir durumda kanunun öngördüğü amaca aykırılık söz

¹⁴²² Türk hukukunda bu yönde bkz.: Baygın, *Yeni Borçlar Kanunu*, 12-13; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 322; Şahan, *Tapu Sicilinde*, 75; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 419. İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.328; Schleich, *Option*, 211; Roberto, "Teilrevision", 172; Pfäffli ve Byland, "Vorkaufsrecht", 293; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.59; Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2462; Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 76; OFK-Kostkiewicz, *OR Art.216a*, Rn.1. Burada iki farklı süreye yer verildiği yönünde bkz.: Allgäuer, *Kaufrecht*, 89-90. Şerh süre ile sınırlı olarak bu yönde bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.40.

¹⁴²³ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.325.

¹⁴²⁴ Kocayusufpaşaoğlu, *Gayrimenkul*, 193, dñn.28; İsmet Sungurbey, *Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi* (İstanbul: Sermet Matbaası, 1963), 75; Meier-Hayoz, *Art. 681*, Rn.320. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 49 II 335; 73 II 160 (Meier-Hayoz, *Art.681*, Rn.320'den naklen).

¹⁴²⁵ Türk hukukunda bu yönde bkz.: Baygın, *Yeni Borçlar Kanunu*, 14. İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.328; CR OR I-FOEX, N 6 zu Art. 216a. (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.328, dñn.571'den naklen); Meier-Hayoz, *Art. 681*, Rn.320.

¹⁴²⁶ Türk hukukunda bkz.: Baygın, *Yeni Borçlar Kanunu*, 14. Şerh süresi kapsamında bu yönde bkz.: Eren, *Özel Hükümler*, 221; Kocayusufpaşaoğlu, *Gayrimenkul*, 193, dñn.28; Aydoğdu ve Kahveci, *Borçlar Hukuku*, 291; Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku*, 69; Gürsoy, *Tapu Sicili*, 332. İsviçre hukukunda genel olarak bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.329; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.80; Hess, *Basler Kommentar* (1996), N 7 zu Art. 216a OR; Simonius/Sutter I (1995), S. 359, Ziff. 38; Steinauer II (1994), Ziff. 1700a (Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.80, dñn.71'den naklen). Aynı doğrultuda bkz.: CHKommentar-Binder, *OR Art. 216a*, Rn.4; OFK-Kostkiewicz, *OR Art.216a*, Rn.4; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.322.

¹⁴²⁷ Türk hukukunda bu doğrultuda bkz.: Sirmen, *Eşya Hukuku*, 419. İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.322.

¹⁴²⁸ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.322.

konusu olmaz. Dolayısıyla yapılan anlaşma geçerlidir¹⁴²⁹. Öte yandan, ilk kurulmuş olan alım hakkı devam ederken, tarafların on yıllık yeni bir alım hakkı kurması da aynı şekilde mümkündür¹⁴³⁰. Zira her iki durumda da önceki alım hakkının uzatılması değil; yeni bir alım hakkının kurulması söz konusudur¹⁴³¹.

TBK md. 238 hükmünün emredici niteliğinin bir diğer önemli sonucu azami süreyi aşan anlaşmalar açısından söz konusu olur. Bu çerçevede öğretide yer alan bir görüşe göre, taraflar on yıllık azami süreyi aşan şekilde bir hak tesis eder ve/veya şerh süresi öngörülürse on yıllık süreyi aşan kısım TBK md. 27/II gereği geçersiz olur¹⁴³². Ancak bunun için tarafların, sözleşmeyi yasal olarak belirlenmiş sınıra indirilmiş olan süreyle de yapacak olmaları gerekir¹⁴³³. Dolayısıyla tarafların iradesi, alım hakkının on yıl süreyle kurulabileceğinin bilinmesi halinde aslında bu sözleşmeyi yapmayacakları yönünde ise, alım hakkı sözleşmesinin tamamı kesin olarak olarak hükümsüz olur. Ancak alım hakkının azamî on yıllık süreyle kurulabileceği bilinseydi tarafların yine de bu sözleşmeyi yapacakları anlaşılıyorsa, artık on yılı aşan kısımlar geçersiz olur ve sözleşme kalan kısmıyla ayakta kalmaya devam eder. Ancak bu noktada kanaatimiz, değiştirilmiş kısmî hükümsüzlük kapsamında meselenin çözümlenmesidir¹⁴³⁴. Dolayısıyla olması gereken, on yıllık süreyi aşan kısmın geçersiz olması değil; süreye ilişkin anlaşmanın tamamen geçersiz kılınarak yerine TBK md. 238’de öngörülen hükmün ikame edilmesidir. Dolayısıyla taraflar, alım hakkının on yıl süreyle kurulabileceğinin bilinmesi halinde aslında bu sözleşmeyi yapmayacak olmalarını ileri sürerek sözleşmenin tamamen geçersiz olmasını isteyemez. Nitekim Türk hukukundaki baskın görüş de, kanunda yer alan üst sınırı aşan anlaşmaların

¹⁴²⁹ Baygın, *Yeni Borçlar Kanunu*, 14.

¹⁴³⁰ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.329; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.80. Benzer doğrultuda açıklamalar için bkz.: CHKomentar-Binder, *OR Art. 216a*, Rn.4.

¹⁴³¹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.329. Farklı ifadelerle nispeten aynı sonuca ulaşan görüş için bkz.: OFK-Kostkiewicz, *OR Art.216a*, Rn.4. Alım hakkının şerhi yönünden de aynı sonuca ulaşan görüş için bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.321.

¹⁴³² Türk hukukunda bu yönde bkz.: Şahan, *Tapu Sicilinde*, 75. Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu md.20/II kapsamında meseleyi ele alan görüş için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.330; Allgäuer, *Kaufrecht*, 87; Schleich, *Option*, 216; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.311 vd. ve Art. 683, Rn.40 ve 66; Gauch, Schluep ve Schmid, *Obligationenrecht*, Rn.706. Türk hukukunda yer alan bir görüş, tarafların on yılı aşan süreyle alım hakkı kararlaştırabileceklerini ileri sürmektedir. Buna göre, hak on yılı aşan bir süreyle kararlaştırılmışsa, şerhin etkisi, üçüncü kişilere karşı on yıl ile sınırlı olacaktır. On yılı aşan kısım için ise hakkın yalnızca taraflar ve onların küllî halefleri arasında ileri sürülmesi mümkündür. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Eren, *Özel Hükümler*, 221.

¹⁴³³ Bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.330; Gauch, Schluep ve Schmid, *Obligationenrecht*, Rn.706; Schleich, *Option*, 217; Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, Rn.758.

¹⁴³⁴ Aynı doğrultuda bkz.: Baygın, *Yeni Borçlar Kanunu*, 14.

kısmen geçersizliğinin sağlanamayacağı; aksine söz konusu anlaşmanın tamamen geçersiz kılınarak yerine yasal veya caiz sınırın ikame edilmesi gerektiği yönündedir¹⁴³⁵. Alım hakkı sözleşmelerinde, taraflara yönelik TBK md. 27/II'nin kapsamına giren bir farazi iradenin nadiren söz konusu olacağını ifade eden görüş de¹⁴³⁶ bu yaklaşımı destekler niteliktedir. Bunun birlikte sürede indirim yapılan hallerde, alım hakkı alanın ödemiş veya ödeyeceği ivaz açısından bir indirime gidilmesi kanaatimizce isabetli olacaktır¹⁴³⁷.

2.3.7.3.1.3.2. Özel Süre

Kanun koyucunun alım hakkı için öngördüğü on yıllık süre sadece üst sınırı belirlemeye yönelik bir düzenlemedir. Dolayısıyla hükmün emredici niteliği yalnızca bu bakımdan söz konusudur. Bu sebeple tarafların on yıldan daha kısa süreli bir alım hakkı kurmalarına hiçbir engel yoktur¹⁴³⁸. Örneğin; bir veya beş yıl gibi bir süre ile bir alım hakkının tesisinde durum böyledir. Hatta hakkın bir gün süre ile geçerli olacak şekilde kurulması dahi mümkündür.

Taraflarca özel süreye yer verilmesi hem hakkın hem de şerhin tabî olacağı süre için geçerlidir. Dolayısıyla taraflar bu her iki durum için birbirinden farklı süreler belirleyebilir¹⁴³⁹. Ancak pay sahipleri sözleşmesine konu alım hakkında bu sürenin, genellikle sözleşmeyle aynı süreye sahip olacak şekilde düzenlendiği ifade edilmektedir¹⁴⁴⁰.

Tarafların süre belirlemeye yönelik sahip olduğu serbestlik tek yönlü bir görünüme sahiptir. O da, hakkın süresinden daha kısa bir şerh süresine yer verilebilmesi yönündedir¹⁴⁴¹. Örneğin; alım hakkı on yıl süre ile kurulmasına rağmen şerhin koruyucu etkisi açısından beş yıllık bir sürenin öngörülmesinde durum böyledir. Ancak hakkın

¹⁴³⁵ Veysel Başpınar, *Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998), 163 vd., 169; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük Kavramları ile ilgili Düşünceler - Prof. Dr. Selim KANETİ'ye Armağan* (İstanbul: Aybay Yayınları, 1996), 31; Derya Ateş, *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlakı Aykırılık* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2007), 293.

¹⁴³⁶ Tercier/Bieri/Carron, N 1032; BSK OR I-Fasel, Art. 216a OR N 2 (Schleich, *Option*, 217, dpn.27'den naklen); Schleich, *Option*, 217; Simonius ve Sutter, *Immobiliarsachenrecht*, § 11 Rn.35.

¹⁴³⁷ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.330.

¹⁴³⁸ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.332; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.321.

¹⁴³⁹ Bu yönde bir anlaşmanın taraf menfaatleri açısından makûl olmadığı yönünde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.333.

¹⁴⁴⁰ Forstmoser ve Kuchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1293.

¹⁴⁴¹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.333.

tabî olduğu süreye nazaran daha uzun şerh süresi öngörülmüş ise bu yöndeki anlaşma artık geçersizdir. Bu çerçevede beş yıllık bir alım hakkı için on yıllık bir şerh süresine yer verilemez. Böyle bir durumda şerhin hukukî sebebi ortadan kalkmış olacağından, hakkın kendisi için öngörülen süreden daha uzun süreyle tapu kütüğüne şerhi mümkün değildir¹⁴⁴². Bu noktada kanaatimiz, hukukî işlemin ayakta tutulması ve yapılması gereken şerh süresinin hak için öngörülen süreye indirilmesidir. Bununla birlikte öğretide, şerhi mümkün olmayan alım hakkının kapsamında, şerh süresi boyunca hak sahibi tarafından kullanılması mümkün olmayan alım hakları da sayılmaktadır¹⁴⁴³. Bu sınırlama açısından hakkın bağlı olduğu süre ile şerh süresinin ne kadar uzun olduğunun bir önemi de bulunmamaktadır. Örneğin; 2021 yılında kurulan ve kurulduğu andan itibaren beş yıllık süreyle şerh edilebilir olarak düzenlenen bir alım hakkı ilk kez 2028 yılında kullanılabilecek nitelikte düzenlenmişse hakkın şerhi artık mümkün değildir. Ancak şerh süresinin, hakkın kullanılmaya başlandığı tarihten itibaren işlemeye başlayacak şekilde düzenlendiği hallerde, şerhin yapılması, artık her halukârda mümkündür. Bu kapsamda, az önceki örnekte ileri sürülen alım hakkı artık 2028 yılında kullanılabileceğinden, hak, bu süreden itibaren şerh edilebilir nitelikte olur. Mamafih şerh süresinin üst sınırı, hakkın bağlı olduğu süre ile sınırlı olduğundan, şerhin koruyucu etkisi yalnızca üç yıl için geçerli olur. Bunun sebebi, 2021 yılında kurulmuş olan bir alım hakkının TBK md. 238 gereği 2031 yılında sona ermesidir.

2.3.7.3.1.3.3. Sürenin Hukukî Niteliği

Alım hakkının bir yenilik doğuran hak olduğu daha önce incelenmişti¹⁴⁴⁴. Bilindiği üzere yenilik doğuran haklar zamanaşımına değil, hak düşürücü süreye tabidir¹⁴⁴⁵. Bu sebeple alım hakkı için TBK md. 238’de öngörülen on yıllık süre de bir

¹⁴⁴² Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.333; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.129.

¹⁴⁴³ Pfäffli ve Byland, “Vorkaufsrecht”, 293. Önalım olayı gerçekleşse dahi hakkın kullanılamayacağı haller şeklinde önalım hakkı bakımından meseleyi ele alan görüşler için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.333; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.121.

¹⁴⁴⁴ Bu konuda bkz.: Birinci Bölüm, Alım Hakkının Hukukî Niteliği ve İkinci Bölüm, Kurma Teorisi başlığı.

¹⁴⁴⁵ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.342; Gauch, Schluep ve Schmid, *Obligationenrecht*, Rn.159. Burada bir zamanaşımı süresi söz konusu olmadığı ve bir zamanaşımından bahsedilecekse bunun ancak hak kullanıldıktan sonraki taleplere ilişkin olabileceği yönünde bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.314; Oser ve Schönenberger, *Bd.V/2*, Rn.26; Isler, *Grundbuch*, 47-48. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 97 II 56; BGE 102 II 247 (Isler, *Grundbuch*, 48, dpn.42’den naklen). Alman hukukunda bu yönde bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 260; Leipold, *BGB I*, § 35, Rn.28.

hak düşürücü süredir¹⁴⁴⁶. Dolayısıyla sürenin dolmasıyla birlikte hak sona ereceği gibi, hak sahibinin tek taraflı irade açıklamasıyla hakkın konusu şeyi satın alma yetkisi de ortadan kalkar¹⁴⁴⁷. Bununla birlikte sürenin hak düşürücü niteliğine ilişkin tespit şerh süresi açısından geçerli değildir. Bunun sebebi şerhte hak düşürücü süreden ziyade, süreye bağlı hakkın bulunuyor olmasıdır¹⁴⁴⁸.

2.3.7.3.1.3.4. Sürenin Başlangıcı ve Sona Ermesi

2.3.7.3.1.3.4.1. Sürenin Başlangıcı

Alım hakkı için öngörülen on yıllık azamî sürenin başlangıcına yönelik kanunda bir ifade yer almamaktadır. Bunun sonucu olarak meselenin çözümü öğretiyeye bırakılmıştır. Buna paralel olarak da öğretide iki farklı görüş ileri sürülmüştür.

Öğretide yer alan ilk görüşe göre, on yıllık süre hakkın şerh edildiği andan itibaren işlemeye başlamaktadır¹⁴⁴⁹. Bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre ise sürenin başlangıcı sözleşmenin yapıldığı andır¹⁴⁵⁰. Burada “sözleşmenin yapıldığı an” ifadesi ile kastedilen alım hakkı sözleşmesinin kurulduğu andır.

¹⁴⁴⁶ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.342; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.320. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 49 II 335; 73 II 160 (Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.320'den naklen). Alman hukukunda önalım hakkı kapsamında bkz.: PWW-Schmidt, *BGB § 469*, Rn.4.

¹⁴⁴⁷ Taşınmazlar üzerinde kurulan önalım hakkı kapsamında bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.342.

¹⁴⁴⁸ Hak düşürücü süreye tabi hak ile süreye bağlı hak arasındaki ayırımı ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, Knr.796a. İsviçre hukukunda aksi yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.344; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.320.

¹⁴⁴⁹ Aktaran Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2462.

¹⁴⁵⁰ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.337; Pfäffli ve Byland, “Vorkaufsrecht”, 293; Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2462. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: ZBGR 88/2007, S. 189 ff. (193), E. 5, (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.337, dpn.593). İsviçre hukukunda yer alan bir görüş, sürenin başlangıcı açısından meseleyi nispeten farklı bir şekilde ele almaktadır. Bu görüş esasında 1994 yılında yapılan revizyon öncesi yasal düzenlemeye dayanmaktadır. Kanunlaştırma sürecinin hemen hemen aynı olduğu Türk hukuku açısından da aslında büyük bir öneme sahiptir. Bu görüşe göre, şerh edilmemiş alım hakkında süre, kural olarak hakkın doğduğu andan itibaren işlemeye başlar. Hakkın doğduğu an ile kastedilen ise hakkı kuran sözleşmenin kurulduğu ya da ölüme bağlı tasarrufta mirasçının öldüğü andır. Ancak tarafların bu hususta ileri bir tarih öngörmeleri her halukârda mümkündür. Şerh edilmiş olan alım hakkı açısından ise, bu görüşün, tam olarak bir inceleme yapmadığı görülmektedir. Ancak şerh süresine ilişkin ileri sürülen tespitlerden nasıl bir sonuca ulaşılacak istendiği az veya çok anlaşılmaktadır. Çünkü bu görüş, şerhin koruyucu etkisi açısından başlangıç süresini daima şerhin yapıldığı tarih olarak kabul edilmektedir. Tarafların şerhin koruyucu etkisi açısından ileri bir tarihi başlangıç anı olarak düzenlemelerini ise mümkün görmemektedir. Bundan çıkan sonuç ise şudur: Şerh edilen alım hakkında sürenin başlangıç anı sözleşmenin yapıldığı an iken; şerhin koruyucu etkisi açısından süre şerhin yapıldığı andır. Ancak bu durum tarafların hakkın şerhi için ileri tarihli bir süre öngörmelerine engel değildir. Çünkü bu görüşün süreye ilişkin ortaya koyduğu sınırlama yalnızca şerhin koruyucu etkisi ile sınırlıdır. Bu görüşü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Allgäuer, *Kaufrecht*, 89. İsviçre hukukunda revizyon öncesi dönemde kurulan alım, önalım ve geri alım haklarında süreye ilişkin farklı

Kanaatimizce, alım hakkının şerh edilmesi sürenin başlangıcı yönünden belirleyici niteliğe sahip bir kriter değildir. Hakkın konusunu bir taşınır eşyanın oluşturduğu durumlarda hakkın şerhi mümkün olmayacağı gibi, bir taşınmazı konu alan alım hakkının da mutlaka şerh edilmiş olması gerekmez. Bunun doğal sonucu olarak, öğretide yer alan ilk görüş, meselenin çözümü açısından yeknesak bir sonuç ortaya koyamamaktadır. Çünkü hakkın şerh edilmediği durumlarda meselenin çözümü cevapsız bırakılmıştır. İkinci olarak, ifa zamanına ilişkin olarak getirilmiş olan TBK md. 90 hükmü bu konuda bir yorum ortaya koyarken, kanaatimizce, dolaylı olarak göz önüne alınabilecek bir düzenlemedir. Bu hükme göre, taraflarca aksi yönde bir düzenlemeye yer verilmedikçe ve hukukî ilişkinin de niteliğinden aksi anlaşılmadıkça her borç doğumu anında muacceldir. Hal böyle iken, alım hakkı sözleşmesinde taraflarca ayrıca bir düzenleme yer almıyorsa, hakkın, sözleşmenin yapıldığı anda doğduğunu ve hak sahibi lehine tesis edildiğini kabul etmek gerekir. Bu durum taraflar arasındaki hukukî ilişkinin niteliğinin de bir gereğidir. Keza opsiyon sözleşmelerinde yer alan yaratma fonksiyonu da aslında bu sonucu destekler niteliktedir.

Türk hukukunda kanun koyucu süreye ilişkin olarak sadece üst sınıra yönelik bir düzenleme getirmiştir. Dolayısıyla taraflar sözleşme özgürlüğü kapsamında, alım hakkı süresinin başlangıcını, sözleşmenin yapıldığı tarihten farklı bir tarih olarak kararlaştırabilir¹⁴⁵¹. Hatta sürenin başlangıcı için bir koşul veya vade tarihi öngörülmesi de mümkündür. Böyle bir durumda süre, kararlaştırılan koşulun gerçekleştiği veya vadenin geldiği tarihten itibaren işlemeye başlar¹⁴⁵². Bunun dışında taraflar, sürenin başlangıcını, hakkın şerh edildiği an gibi farklı bir tarih olarak da belirleyebilir¹⁴⁵³. Keza pay sahipleri sözleşmesinde, her bir pay sahibinin alım hakkını ileri sürmesinin, taraflardan birinin sözleşmeden doğan yükümlülükleri ihlâl etmesi koşuluna bağlanmasında da durum böyledir¹⁴⁵⁴. Tüm bu hallerde süre,

tartışmalar için ayrıca bkz.: Roberto, “Teilrevision”, 174 vd. Alım hakkı kapsamında bkz.: Pfäffli ve Byland, “Vorkaufsrecht”, 293.

¹⁴⁵¹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.338. Koşula ilişkin anlaşmalarla sınırlı olarak bu yönde bkz.: Forstmoser ve Kuchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1290. Bu konuda benzer açıklamalar için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 117.

¹⁴⁵² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Üçüncü Bölüm, Kullanım Süresi başlığı.

¹⁴⁵³ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.338. Bu durumda, geciktirici koşula bağlı yenilik doğuran hak terimine yer veren görüş için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.338.

¹⁴⁵⁴ Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 70.

sözleşmenin yapıldığı tarihte değil, daha sonraki bir zamanda işlemeye başlar¹⁴⁵⁵. Bunun sebebi, hakkın bağlı olduğu süre ile şerh süresinin birbirinden bağımsız iki farklı süreden oluşmasıdır.

Son olarak, sürenin başlangıcına ilişkin taraflarca öngörülen düzenlemeler yalnızca hakkın doğumu açısından geçerlidir. Bunun dışında alım hakkı sözleşmesinden doğan diğer yükümlülükler ise sözleşmenin kurulduğu anda taraflar açısından doğmuş olur¹⁴⁵⁶.

2.3.7.3.1.3.4.2. Sürenin Sona Ermesi

Alım hakkı sürenin geçmesiyle birlikte sona erer¹⁴⁵⁷. Kanun koyucu alım hakkında sürelerin hesaplanmasına yönelik bir özel düzenlemeye yer vermediğinden, meselenin çözümü, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine göre yapılır. Bu kapsamda sürenin sona ermesi hesaplanırken TBK md. 91 vd.'de yer alan hükümler kıyasen uygulanır¹⁴⁵⁸.

TBK md. 91 vd.'de yer alan hükümlere göre, sürenin sona ermesinin etkisi hak ve şerh için kararlaştırılan sürelerle göre farklılık gösterir. Örneğin; taraflar hem alım hakkı hem de şerh için aynı süreleri kararlaştırmış olabilir. Böyle bir durumda, sürelerin başlangıcı taraflarca farklı olarak öngörülmemişse, hem hak hem de şerhin koruyucu etkisi aynı anda sona erer. Keza bir şahsi, hak tapu kütüğüne hakkın mevcut olduğu süre boyunca şerh edilebileceğinden, hakkın sona erdiği anda şerhin koruyucu etkisi de en geç bu tarihte ortadan kalkar¹⁴⁵⁹. Ancak bu durum, şerhe ilişkin olarak taraflarca daha kısa bir sürenin yer verilmediği hallerde geçerlidir. Zira taraflar şerh için daha kısa bir süre öngörmüşse bu sürenin dolması sadece şerhin etkisini ortadan kaldırır. Bunun dışında hakkın kendisi var olmaya devam eder¹⁴⁶⁰. Ancak şerhin sağladığı güçlendirilmiş aynî etkiye artık sahip olmaz. Dolayısıyla da, eşyaya bağlı olma karakterini kaybeder. Başka bir deyişle, şerh edilmemiş bir alım hakkına dönüşür¹⁴⁶¹. Bu noktada şerhin etkisinin ortadan kalkması için ayrıca tapu kütüğünde bir terkin

¹⁴⁵⁵ Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: ZBGR 88/2007, S. 189 ff. (193), E. 5 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.338, dpn.595'ten naklen).

¹⁴⁵⁶ Bu doğrultuda bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 117.

¹⁴⁵⁷ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.340; Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.79.

¹⁴⁵⁸ Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu kapsamında bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.340.

¹⁴⁵⁹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.341; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.129.

¹⁴⁶⁰ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.341.

¹⁴⁶¹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.341.

işlemi yapılmasına da gerek yoktur¹⁴⁶². Bu durum, şerh için hem azamî on yıllık hem de daha kısa bir sürenin kararlaştırıldığı hallerde geçerlidir¹⁴⁶³.

Taraflarca bir geciktirici koşulun kararlaştırıldığı durumlarda sürenin sona erme anı ele alınması gereken bir diğer meseledir. Öncelikle hakkın doğumunun bir geciktirici koşula bağlandığı durumlarda sona erme anının tespiti bir zorluk arz etmez. Zira bu halde süre, hakkın doğduğu, yani koşulun gerçekleştiği andan itibaren işlemeye başlar. Bunun doğal sonucu olarak da, sürenin sona erme anı bu tarihten itibaren hesaplanır. Ancak hakkın doğumundan farklı olarak, kullanımının bir koşula bağlandığı durumlarda ise meselenin çözümü farklıdır. Bunun sebebi, bu tür hallerde hakkın halihazırda doğmuş olması ve fakat hak sahibi tarafından henüz ileri sürülmesinin mümkün olmamasıdır. Dolayısıyla da, hakkın tabî olduğu sürenin, koşulun gerçekleşme anından mı yoksa hakkın doğduğu andan itibaren mi hesaplanması gerektiği sorusuyla karşılaşilmektedir.

Meseleyi önalım hakkı kapsamında ele alan birinci görüşe göre, önalım olayı gerçekleşmeksizin hakkın kendisi tam olan bir etkinlik kazanmış olmaz. Dolayısıyla hakkın sona ermesi de söz konusu olmaz¹⁴⁶⁴. Bu görüşün temelinde, hak sahibi tarafından hak kullanılabilir olmadan onun sona ermesini engellemek yer almaktadır. Aksi yönde bir yorum kabul edildiğinde, yani önalım olayının gerçekleştiği anda hak için öngörülen süre çoktan dolmuş ise, hak sahibinin kullanım iradesini ortaya koymasının zaten hiçbir önemi kalmamaktadır.

Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Öncelikle bu görüşün temel dayanak noktası olan önalım olayı, hakkın kullanılabilmesine yönelik bir koşulu ifade etmektedir. Bunun dışında, burada hakkın doğumu ile ilgili bir koşul söz konusu değildir. Önalım hakkı zaten doğmuştur. Önalım olayının buradaki tek etkisi, hakkın, hak sahibi tarafından ileri sürülme imkânını sağlamaktır. Aksi yönde bir kabul, kanun koyucunun önalım hakkı için öngördüğü azamî sürenin işlev ve önemini de tamamen ortadan kaldırmaktadır. Çünkü bu görüşün kabulü halinde, önalım hakkı hiçbir zaman sürenin dolması sebebiyle sona ermez. Gerçekten de önalım olayından sonra TBK md.

¹⁴⁶² Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.341. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 105 III 4 ff. (7), E. 3 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.341, dpn.598'den naklen).

¹⁴⁶³ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.341. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 105 III 4 ff. (7), E. 3 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.341, dpn.598'den naklen).

¹⁴⁶⁴ Vionnet, 272 vd. (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.343, dpn.606'dan naklen).

238’de öngörülen on yıllık süre başlayacak olsa bile, hakkın kullanımı için öngörülen süreler her zaman daha erken bitecektir. Kaldı ki, ister alım hakkı olsun ister önalım hakkı, bu hakların hak sahipleri tarafından mutlaka kullanılması zorunluluğu da yoktur. Hatta önalım hakkında hakkın kullanılabilmesi, her şeyden önce önalım hakkı verenin tasarrufunda olan bir durumdur. Dolayısıyla hak düşürücü sürenin işlevini azaltıcı bu yönde bir yorum bir nevi önalım hakkını alım hakkına yaklaştırmaktadır. Oysa kanun koyucu bu iki müesseseyi bilinçli olarak birbirinden ayırmıştır.

Bu çerçevede bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre, hakkın bağlı olduğu süre doğum anından itibaren işlemeye başlamalıdır. Bu görüşü ortaya koyan bazı İsviçreli yazarlar, konuyu ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerden hareket ederek ele almaktadır. Buna göre, İsviçre Medeni Kanunu md. 210/I ayıptan doğan talepleri malın tesliminden sonra başlayacak olan iki yıllık zamanaşımına süresine bağlamıştır. Sürenin sona ermesi açısından ise ayıbın tespit edilip edilmemesi önem arz etmemektedir. Dolayısıyla ayıp, iki yıllık zamanaşımı süresinden sonra ortaya çıkmış olsa bile alıcı ayıptan doğan taleplerini bu hükme göre ileri süremez. Bunun sebebi, ayıptan doğan hakların ayıbın ortaya çıktığı anda halihazırda zaten sona ermiş olmasıdır¹⁴⁶⁵. İsviçre hukukunda yer alan bir başka görüş bu durumu şu şekilde yorumlamaktadır: Kanun koyucunun bu yönde bir düzenlemesi aslında onun bir iradesini ortaya koymaktadır. O da, henüz hiç doğmamış yenilik doğuran hakların sona erebileceğinin kabulüdür¹⁴⁶⁶.

2.3.7.3.1.4. TBK md. 238 Hükümünün Tamamlayıcı Rolü

Alım hakkının belirli bir süreye bağlanması alım hakkı sözleşmesinin objektif esaslı unsurunu oluşturmaz¹⁴⁶⁷. Taraflarca bir süreye yer verilmemiş olsa dahi hak hukuken geçerli olarak kurulmuş olur¹⁴⁶⁸. Ancak böyle bir durumda, alım hakkı verenin ne kadar süreyle bu hak ile bağlı olacağı öğretide tartışmalıdır. Zira yenilik doğuran bir hak olan alım hakkı bir zamanaşımı süresine tabi değildir. Bu sebeple TBK md. 146

¹⁴⁶⁵ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.343. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz.: BGE 130 III 362 ff. (367), E. 4.3; 104 II 357 f. (357 f.), E. 4a (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.343, Rn.609’dan naklen).

¹⁴⁶⁶ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.343. Önalım ile alım ve geri alım hakları arasında ayırımı yer verilerek yapılan inceleme için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.343.

¹⁴⁶⁷ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.334; Brunner, *Kaufrechte*, 161.

¹⁴⁶⁸ Casper, *Der Optionsvertrag*, 111.

vd.'de yer alan zamanaşımına ilişkin sürelerin uygulanması mümkün değildir¹⁴⁶⁹. Buna ilaveten, bir alım hakkının ne zaman bir süreye bağlı olarak kurulmuş olacağının kabul edileceği de bir başka sorundur.

Alım hakkı sözleşmesinde süreye yönelik bir değerlendirme yapılırken sözleşmenin yorumlanması yoluna başvurulması gerekir. Bu yorum neticesinde taraflarca bir süreye yer verilmediği sonucuna ulaşılmışsa artık süreye yer verilmeksizin bir hakkın tesisi söz konusu olur¹⁴⁷⁰.

Günümüzde süreye bağlı olmaksızın kurulan opsiyon haklarına ilişkin olarak öğretide birbirinden farklı görüşler ileri sürülmektedir. Öğretide yer alan birinci görüş göre, eğer taraflarca bir süreye yer verilmemişse, yapılan işlem artık hukuken geçersizdir¹⁴⁷¹. Öğretide çoğunluk tarafından kabul gören ve bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre ise, taraflarca bir süreye yer verilmemiş olsa dahi, alım hakkı sözleşmesi hukuken geçerli olarak kurulmuş olur. Ancak hakkın ne kadar süre ile kurulmuş olacağı yine tartışmalıdır.

İsviçre hukuk öğretisinde yer alan bir görüşe göre, TBK md. 238 hükmünün karşılığını oluşturan İBK md. 216/a hükmü sadece emredici niteliğe sahip değildir. Bu hükmün aynı zamanda bir de tamamlayıcı rolü bulunur. Dolayısıyla taraflarca bir süreye yer verilmediği hallerde hak, kanun koyucu tarafından öngörülmüş olan azamî süreler üzerinden kurulmuş olur¹⁴⁷². Bu görüşü bir adım ileri taşıyan bir başka görüş, şerhe ilişkin süre açısından da bir değerlendirme yapmakta ve taraflarca hakka ilişkin bir sürenin belirlendiği fakat şerh süresine yer verilmediği hallerde, şerhin de, hakkın bağlı olduğu süreyle kurulduğu sonucuna ulaşmaktadır. Bununla birlikte hem hak hem de şerh için bir sürenin kararlaştırılmadığı hallerde ise her ikisi için de azami sürenin

¹⁴⁶⁹ Bu durum, alım hakkının koşul teorisi kapsamında ele alınması halinde de geçerlidir. Zira bu halde de, hak sahibinin hakkını kullanması koşulu gerçekleşmedikçe sürenin başlaması söz konusu olmaz. Aynı durum öneri teorisinde de söz konusudur. Çünkü öneri için de bir zamanaşımı süresinden bahsedilmesi mümkün değildir. Bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 152.

¹⁴⁷⁰ Bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.335.

¹⁴⁷¹ Frick, *Private Equity*, Rn.1276 ve 1280; von Salis-Lütolf, *Private Equity*, Rn.138.

¹⁴⁷² Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.335 ve dnp.591'de anılan yazarlar; Pascal Simonius ve Thomas Sutter, *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Bd. 1: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum* (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 1995), § 11 Rn.35; Strebel, *Das gesetzliche Vorkaufsrecht*, Rn.1513. İsviçre Borçlar Kanunu'nda revizyon yapılmadan önceki dönemde hakkın süresiz olarak kurulmuş olması halinde, yükümlülüğün süre sebebiyle ortadan kalkmasının hâkim tarafından tespit edileceği yönünde ayrıca bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.40. Aynı doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 94.

geçerli olacağını kabul etmektedir¹⁴⁷³. Keza İsviçre hukukundaki bir diğer görüş de, sürenin kararlaştırılmadığı hallerde geçersizlik görüşünü reddetmektedir. Ancak bu görüşe göre yapılması gereken, hakkı geçerli olacağı bir süre sınırına indirmektedir¹⁴⁷⁴.

Alman hukukunda meseleyi ele alan görüşlere baktığımızda ise, bu görüşlerin, İsviçre hukukunda ileri sürülen ve hukukî işlemin geçersizliği reddeden görüşler ile genel olarak aynı sonuca ulaştıkları göze çarpmaktadır. Ancak her biri, Alman Medeni Kanunu'ndaki farklı düzenlemeleri ele alarak bir sonuç üretmeye çalışmaktadır. Bu düzenlemelerden bir tanesi de geri alım hakkında üst sınırı düzenleyen BGB § 462 hükmüdür. Buna göre, bir sürenin kararlaştırılmadığı geri alım hakkı taşınmazlarda otuz yıl, taşınırlarda ise üç yıl içerisinde kullanılmalıdır. Aksi takdirde hak sona ermiş olur¹⁴⁷⁵.

Kanaatimizce, öğretide ileri sürülen görüşler somut olay adaletini sağlamak açısından yeterli bir çözüm sunmaktan uzaktır. Bunun sebebi, meselenin öncelikli olarak bir kanun hükmünden değil, fakat taraf iradelerinin yorumundan hareket edilerek çözümlenmesi gerekliliğidir. Bu kapsamda hakkın kendisi ve şerhine ilişkin bir süreye yer verilmediği ya da daha doğru bir ifadeyle, yer verilen sürenin tam olarak tespit edilemediği hallerde, öncelikle tarafların iradesi ve sözleşmede öngörülen kayıtlardan yola çıkılarak bir süre tayinine gidilmelidir. Ancak bu noktada TMK md. 5 hükmünün işlevi gözden kaçırılmamalıdır. Dolayısıyla taraf iradeleri ile sözleşme kayıtlarına gidilebilmesinin şartı, hakka veya hakkın şerhine ilişkin bir sürenin yer verilmiş olup olmadığında şüpheye düşülmüş olmasıdır. Bunun dışında, tarafların bir süreye yer vermediğinin kesin olarak tespit edilmesi halinde zaten tartışılacak bir mesele de kalmamaktadır. Nitekim İsviçre hukuk öğretisinde de haklı olarak ifade edildiği üzere,

¹⁴⁷³ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.336.

¹⁴⁷⁴ Schleich, *Option*, 147.

¹⁴⁷⁵ Bu kapsamda, süreye yer verilmeyen opsiyon haklarında BGB § 462 hükmünün kıyasen uygulanabileceğini ileri süren görüşler için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 141 ve özellikle 153; Larenz, *SchR II/1*, §44 IV 3, 158 (Casper, *Der Optionsvertrag*, 153, dñn.40'dan naklen). Keza bir başka görüş de, bir önceki görüşte yer alan kanaatler ile aynı doğrultuda bir fikir ortaya sürmektedir. Ancak bu görüşün diğer görüşten ayrılan noktası BGB § 462 hükmünü ele alış tarzıdır. Bu görüşe göre BGB § 462 hükmü, münhasıran geri alım müessesesine özgü değildir. Çünkü hakkın konusu şeyi satın almaya yönelik opsiyon haklarında kanun koyucu, süreye ilişkin genel bir düzenlemeye yer vermemiştir. Bu ise, geri alım hakkında süreyi düzenleyen BGB § 462 hükmünün kıyasen uygulanmasını mümkün kılmaktadır. Dolayısıyla bu görüşe göre, otuz ve üç yıllık sürelerin, esas sözleşmenin satıştan oluştuğu her opsiyon hakkında kıyasen uygulanması mümkündür. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 262. Meseleyi daha dar yorum ile ele alan ve kıyasen uygulanmanın sadece otuz yıl ile sınırlı olması gerektiğini savunan görüş ve bu görüşün gerekçeleri için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 153.

hakkın belirli bir süreyle sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı yönünde bir şüphe varlığı söz konusu ise yorum yoluyla ve gerektiği takdirde sözleşmenin tamamlanması yoluna başvurarak mesele çözümlenmesi gerektiği yönündedir¹⁴⁷⁶.

İkinci olarak, TBK md. 238 hükmünün amacı hakkın bağlı olduğu süreye ilişkin bir üst sınır belirlemektir. Bu sebeple de, hakkın on yıldan kısa bir süre ile kurulması mümkündür. Ancak hak tesis edilir iken bir süreye yer verilmemiş olması, onun mutlaka on yıl süreyle kurulmuş olduğunu sonucunu doğurmamalıdır. Burada belirleyici olan, somut olayda yer alan taraflar ve üzerinde hak tesis edilen hakkın konusu şey olmalıdır. Örneğin; üretimi sınırlı ve önemli bir süreyi gerektiren belirli bir yeni model uçak üzerinde üretici firmanın, bir havayolu firmasına açık bir şekilde süre öngörmeksizin alım hakkı tanınmasında durum böyledir. Çünkü alım hakkı devam ettiği müddetçe söz konusu uçağın üretici firma tarafından bir başka firmaya satılması alım hakkı sözleşmesine aykırılık oluşturmaktadır. İşte bu noktada, üretimi sınırlı olan ve her yıl model olarak eskiye bir mal üzerinde hakkın on yıl süreyle kurulduğunu kabul etmek somut olay adaletini sağlamaktan oldukça uzaktır. Çünkü böyle bir yorum, hem üretici firmanın söz konusu uçağı diğer havayolu şirketlerine satış fırsatını engellemekte hem de hak sahibi firma yönünden model bazında eskiye bir uçağın daha yüksek bir bedel ile alınması ihtimali gündeme gelmektedir. Zaten bu tür alım haklarında amaç, rekabet içerisinde bulunan diğer firmalara karşı hakkın konusu malı daha önce elde etmektedir. Yoksa o malın iktisabını uzun süreli olarak teminat altına almak değildir. Dolayısıyla bu sonuç ne her iki tarafın menfaatleri ne de tarafların farazi iradeleri ile bir uyum içerisinde. Bu sebeple meselenin çözümü, az önce de ifade ettiğimiz gibi, somut olayda yer alan taraflar ve üzerinde hak tesis edilen hakkın konusu şey dikkate alınarak yapılmalı ve bu şekilde tespit edilen süre boyunca da hakkın kullanılması mümkün olmalıdır.

2.3.7.3.2. Alım Hakkı Bedeli

Alım hakkı sözleşmesinin tarafları alım hakkının kurulması karşılığında bir bedelin ödenmesi hususunda anlaşabilirler¹⁴⁷⁷. Bu bedel, alım hakkı kapsamında, alım hakkı bedeli (*Kaufsprämie*) olarak ifade edilir. Alım hakkı bedeli de, tıpkı süre

¹⁴⁷⁶ Bu yönde bkz.: Schleich, *Option*, 146.

¹⁴⁷⁷ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683, Rn.41*. Ancak böyle bir anlaşma alım hakkı sözleşmesi açısından zorunlu bir unsur değildir. Bu yönde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 119.

gibi, sözleşmenin kurulması için esaslı bir unsur değildir. Alım hakkı bedeli kararlaştırılmamış olsa bile hak geçerli bir şekilde tesis edilmiş olur¹⁴⁷⁸.

Alım hakkı bedeli, alım hakkı veren lehine alım hakkı sözleşmesinde kararlaştırılabilen ve alım hakkının kurulması karşılığında belirlenen bedeli ifade eder¹⁴⁷⁹. Alım hakkı bedeli terimini karşılamak üzere öğretide ve uygulamada, alım hakkı primi¹⁴⁸⁰ ve opsiyon hakları bağlamında ayrıca opsiyon primi¹⁴⁸¹ bağlanma parası, bağlanma ivazı¹⁴⁸², opsiyon ücreti¹⁴⁸³, opsiyon meblağı¹⁴⁸⁴ ve ivaz¹⁴⁸⁵ gibi ifadelerle de rastlanmaktadır¹⁴⁸⁶.

Alım hakkı çoğunlukla bir ivaz karşılığında kurulur¹⁴⁸⁷. Bu ivazı oluşturan alım hakkı bedeli niteliği itibariyle bir para borcudur. Bu yönüyle de, hakkın kurulması karşılığında alım hakkı alan taraf karşı tarafa belirli bir meblağ ödemekle yükümlü olur. Bu meblağ muhteva itibariyle sabit değerde bir yükümlülük olarak karşımıza çıkar. Çünkü alım hakkı bedelini ödeme borcu, hakkın kullanılmasından veya piyasalardaki kur değişiminden bağımsız bir değere sahiptir¹⁴⁸⁸. Ancak bu durum, alım hakkı

¹⁴⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 105.

¹⁴⁷⁹ Casper, *Der Optionsvertrag*, 9 Georgiades, *Optionsvertrag*, 429; Häusler, *Die vertraglichen Grundlagen*, 110; Schleich, *Option*, 9; Pulver, “Börsenmässige”, 206. Bu ivazın, alım hakkı borçlusunun, alım hakkı sebebiyle yıllarca sürecek olan bağlılığının bir karşılığı anlamına geldiği yönünde ayrıca bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.41; BernerKom/Giger, *OR Art. 216*, Rn.58. Alım hakkı bedelinin, alım hakkının kurulması karşılığında bir ivaz olduğu yönündeki yargı kararı için bkz.: ZK2 15 55, 21.11.2016, www.swisslex.ch, E.T. 30.12.2019. Öğretide yer alan bir görüş, alım hakkı bedelinin kararlaştırılmasında yer alan fonksiyonlardan birini, yükümlünün girmiş olduğu uzun süreli iktisadi bağlılık kapsamında ifade etmektedir. Bu kapsamda hakkın mevcut olduğu süre boyunca hakkın konusu şey üzerindeki işlem serbestisinin sınırlanmış olması, alım hakkı bedeli, bu açıdan bir nevi riziko primi fonksiyonuna sahiptir. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Böckli, *Aktionärbündungsverträge*, 66 vd.

¹⁴⁸⁰ “Kaufsprämie” terimi için bkz.: Schleich, *Option*, 9.

¹⁴⁸¹ “Optionsprämie” terimi için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 9 ve 118; HKK-Thiessen, § 454-473, Rn.50; Kramer ve Favre, *Art. 2 lit. c*, Rn.34; Barthold/Schilter, *FinfraG Art. 135*, Rn.117; Cahannes, *Leerverkäufe*, 153 ve 217

¹⁴⁸² “Bindegeld” ve “Bindungsentgelt” terimleri için bkz.: BeckOGK-Möslein, *BGB § 145*, Rn.84; BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.74; BeckNomosHK-Schulze, *BGB § 145-157*, Rn.36.

¹⁴⁸³ “Optionspreis” terimi için bkz.: Barthold/Schilter, *FinfraG Art. 135*, Rn.117; Casper, *Der Optionsvertrag*, 9.

¹⁴⁸⁴ “Optionsumme” terimi için bkz.: BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.74.

¹⁴⁸⁵ “Entgelt” terimi için bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.41.

¹⁴⁸⁶ Schleich, *Option*, 9, dnp.13.

¹⁴⁸⁷ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.41. Alım hakkını edinen kişinin, hakkı bir prim ödemesi karşılığında elde edeceği yönünde bkz.: Honsell ve Mayer-Maly, *Rechtswissenschaft*, 201. Aynı doğrultuda bkz.: Yazarı Belirtilmemiş, *Kreisschreiben Nr. 15*, 3; Kramer ve Favre, *Art. 2 lit. c*, Rn.34; Kramer ve Zobl, *Kapitalmarktrecht*, Rn.566. Önalım hakkı kapsamında bkz.: Fischer, *Aktionärbündungsverträgen*, 98. Opsiyon hakları kapsamında bkz.: BeckMüKo-Busche, *BGB Vor § 145*, Rn.74

¹⁴⁸⁸ Bu yönde bkz.: Cahannes, *Leerverkäufe*, 153.

bedelinin taraflarca serbest bir şekilde tayin edilemeyeceği anlamına gelmez. Bunun sebebi; alım hakkı bedeli kararlaştırılırken hakkın konusu şeyin güncel değeri, hakkın kullanma bedeli ve süresi¹⁴⁸⁹, hakkın konusu şeyin fiyat esnekliği gibi hallerin önem arz ediyor oluşudur¹⁴⁹⁰.

Taşınır ve taşınmazlar üzerinde kurulan alım hakkında sıklıkla bir ivaza yer verilmektedir¹⁴⁹¹. Bununla birlikte şirket paylarını konu alan hisse senetleri açısından ise durum tam tersidir¹⁴⁹². Gerçekten de hisse senetleri üzerinde kurulan alım hakkı genellikle ivazsız olarak kurulmaktadır. Bunun sebebi bu tür alım haklarında hedeflenen amaçların farklılık göstermesidir¹⁴⁹³.

Alım hakkı bedeli, doğrudan alım hakkının kurulmasının karşılığı olarak belirlenebileceği gibi; esas sözleşmeyle yerine getirilecek olan edimden mahsup edilmek üzere de kararlaştırılabilir¹⁴⁹⁴. İlk durumda, daha önce de incelendiği üzere, alım hakkı bedelinin ödeme fonksiyonu söz konusu olur. Bu halde alım hakkı bedeline ilişkin borç doğrudan alım hakkı sözleşmesine ait bir karşı edimi oluşturur. Hakkın kullanılmış olup olmamasının da bir önemi bulunmaz¹⁴⁹⁵. Ancak bedelin ödeme şeklinin, hakkın kullanılmış olup olmamasına göre farklı türlerde kararlaştırılması söz konusu olabilir¹⁴⁹⁶. İkinci halde ise alım hakkı bedelinin mahsup etme fonksiyonundan

¹⁴⁸⁹ Sürenin hakkın ekonomik değerini önemli ölçüde etkilediği yönünde bkz.: Schleich, *Option*, 146. Türev piyasalar yönünden ayrıca bkz.: Pulver, “Börsenmässige”, 262. Taşınmazlar üzerinde kurulan alım hakkı kapsamında bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 138 III 659 E.3.4 (Schleich, *Option*, 146, dpn.9’dan naklen). Alman hukukunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 111.

¹⁴⁹⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Rudolf Volkart, *Corporate Finance*, 2. Aufl. (Zürich: Versus Verlag, 2006), 899 vd.; Heinz Zimmermann, *Finance Derivatives* (Zürich: NZZ Libro Verlag, 2005), 79 vd.; Jacqueline Henn-Overbeck, *Derivate: Bewertung*, in: Heinz Zimmermann Hrsg., *Finance Compact*, 2.Aufl., (Zürich: Verlag Neue Zürcher Zeitung, 2006), 426 vd. Bu hususta benzer açıklamalar için bkz.: Thomas Meister, *StG 4 - StG Kommentar Stempelabgaben - LT Commentaire droits de timbre* (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2006), Rn.55.

¹⁴⁹¹ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 94. Taşınmazlar üzerinde kurulan alım hakkında aynı yönde benzer ifadeler için bkz.: Schleich, *Option*, 32; Wissmann, *Verwandte Verträge*, Rn.1513.

¹⁴⁹² Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 94.

¹⁴⁹³ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 94.

¹⁴⁹⁴ Casper, *Der Optionsvertrag*, 118. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.176 vd. Alım hakkı bedeli doğrudan alım hakkının kurulmasının karşılığı olarak belirlenebileceği gibi; esas sözleşmeyle yerine getirilecek olan edimden mahsup edilmek üzere de kararlaştırılabilir. Bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.41.

¹⁴⁹⁵ Alım hakkı bedelinin kararlaştırılma şekillerine yönelik ayrıntılı bilgi için bkz.: İkinci Bölüm, Tek Tarafa – İki Tarafa Borçlar Yükleleyen Sözleşme Ayırımı ve İkinci Bölüm, Alım Hakkı Bedeli başlıkları. Alım hakkının, daha sonra kullanılıp kullanılmamasından bağımsız olarak bir alım hakkı bedeli karşılığında verileceği yönünde bkz.: Barthold/Schilter, *FinfraG Art. 135*, Rn.117.

¹⁴⁹⁶ İsviçre hukukunda yer alan bir görüş, burada alım hakkı bedelinin ödeme fonksiyonu açısından bir duruma daha yer vermektedir. O da, yalnızca hakkın kullanılmadığı durumlarda ödenecek şekilde

bahsedilir. Bu durumda, söz konusu alım hakkı bedeline ilişkin borç, yalnızca esas sözleşmeye ait bir karşı edimi oluşturduğundan teknik anlamda bir ivazdan bahsedilemez. Dolayısıyla da alım hakkı sözleşmesi ivazsız niteliğe sahiptir. Bununla birlikte hem ödeme hem de mahsup etme fonksiyonunun bir arada bulunduğu hallerde, alım hakkına bedeline ilişkin borç her iki sözleşme açısından da bir karşı edim teşkil edeceğinden, alım hakkı sözleşmesi yine ivazlı olarak kurulmuş olur. Dolayısıyla sübjektif esaslı unsur bakımından ivaz denildiğinde burada anlaşılması gereken, alım hakkı bedelinin ödeme ve karma fonksiyonlara sahip olduğu hallerdir. Bunun dışında münhasıran mahsup etme fonksiyonunu bu kapsamın dışında yer almaktadır¹⁴⁹⁷.

Alım hakkı sözleşmesinde genellikle ödeme fonksiyonuna sahip alım hakkı bedeli ile karşılaşılmaktadır¹⁴⁹⁸. Başka bir deyişle kararlaştırılan bedel, münhasıran alım hakkı sözleşmesinin karşı edimini teşkil etmektedir. Bununla birlikte bir taşınmazın iktisabını konu alan alım hakkı sözleşmeleri açısından ise durum daha farklıdır. Zira bu tür hallerde alım hakkı bedeli daha ziyade mahsup etme fonksiyonunu ihtiva etmektedir¹⁴⁹⁹.

Alım hakkı bedelinin fonksiyonu taraflarca serbest bir şekilde tayin edilebilir ise de, bedelin belirlenme şekli bazı hallerde tam olarak tespit edilemeyebilir¹⁵⁰⁰. Böyle bir şüphe halinde mesele tarafların uyuşan gerçek iradelerine göre çözümlenmelidir. Eğer bu da mümkün değilse artık güven ilkesine (*Vertrauensprinzip*) göre alım hakkı bedelinin fonksiyonun tespiti yapılmalıdır¹⁵⁰¹. Ancak kanaatimizce alım hakkı bedeli, alım hakkı verenin girmiş olduğu bağlılığın bir karşılığı olarak ele alınmalı ve ödeme fonksiyonundan hareket edilerek mesele çözümlenmelidir¹⁵⁰².

kararlaştırılan bedeldir. Buna göre, alım hakkı bedeli, hak kullanıldığı takdirde ödenen bir bedel değildir. Hak ne zaman hak sahibi tarafından kullanılmaz ise, o zaman bu bedelin ödenmesi zorunludur. Dolayısıyla alım hakkı bedeli, geciktirici koşula bağlı bir karaktere sahiptir. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Schleich, *Option*, 162. Ancak kanaatimiz, bu tür anlaşmaların ödeme fonksiyonu açısından istisnai bir tür olarak kabul edilmesi gerektiği yönündedir.

¹⁴⁹⁷ Alım hakkı bedelinin kararlaştırılma şekillerine ilişkin için ayrıntılı bilgi için bkz.: İkinci Bölüm, Tek Tarafa – İki Tarafa Borçlar Yükleyen Sözleşme Ayırımı ve İkinci Bölüm, Alım Hakkı Bedeli başlıkları.

¹⁴⁹⁸ Casper, *Der Optionsvertrag*, 118.

¹⁴⁹⁹ Casper, *Der Optionsvertrag*, 118. Uygulamada alım hakkı bedelinin çoğunlukla bir peşinat olarak kararlaştırıldığı yönünde bkz.: Isler, *Grundbuch*, 51.

¹⁵⁰⁰ Tarafların ilerideki muhtemel belirsizlikleri önlemek adına bu hususa ilişkin düzenlemeler yapılması gerektiğini ifade eden görüş için bkz.: Isler, *Grundbuch*, 52.

¹⁵⁰¹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.179; Gauch, Schluep ve Schmid, *Obligationenrecht*, Rn.309 vd.

¹⁵⁰² Aynı ve benzer doğrultuda bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.179; Brunner, *Kaufsrechte*, 143; Casper, *Der Optionsvertrag*, 118-119. Bağlanma parasına (pey akçesi) ilişkin müesseseden hareket

Alım hakkı bedelinin ödenme zamanına ve hakkın bu bedelin ödenmesi koşuluna bağlı olacağına ilişkin olarak taraflarca düzenleme yapılması mümkündür. Bu kapsamda, alım hakkı bedelinin sözleşmenin yapıldığı anda veya ileriki bir tarihte ödeneceği hususunda yapılan anlaşmalar geçerlidir¹⁵⁰³. Keza tarafların alım hakkı bedelinin ödenmesiyle birlikte hakkın doğacağına ilişkin bir anlaşma yapmasında da durum böyledir. Bu yöndeki anlaşmalar da aynı şekilde hukuken geçerli olur. Böyle bir durumda hakkın doğumu alım hakkı bedelinin ödenme anına kadar geciktirici bir koşula bağlanmış olmaktadır¹⁵⁰⁴. Kanaatimizce, hakkın doğumuna ilişkin bu yönde bir geciktirici koşul alım hakkı sözleşmesinin yaratma fonksiyonuyla çelişen bir durum da oluşturmaz¹⁵⁰⁵.

2.3.7.3.3. Koşul ve Vade

2.3.7.3.3.1. Koşul

Koşul kavramı, bir işlemin hukukî etkinliğinin, gerçekleşmesi kesin olmayan gelecekteki bir olaya bağlanmasını ifade eder¹⁵⁰⁶. Hukukî işlemin üzerindeki etkisine göre de geciktirici ya da bozucu niteliğe sahiptir. İlk durumda hukukî işlemin hüküm ve sonuç doğurması koşulun gerçekleşmesine yönelik ilerideki bir zamana ertelenirken; ikinci durumda tam tersine hukukî işlemin hüküm ve sonuç doğurması söz konusu koşulun gerçekleşmesiyle birlikte ortadan kalkar¹⁵⁰⁷.

ederek meseleyi ele alan aksi yöndeki görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Isler, *Grundbuch*, 51-52.

¹⁵⁰³ Bu doğrultuda bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 119.

¹⁵⁰⁴ Casper, *Der Optionsvertrag*, 119.

¹⁵⁰⁵ Nitekim Alman hukukunda da bu yöndeki anlaşmalara izin verilmesinin opsiyon sözleşmelerindeki yaratma fonksiyonunun zarurî bir sonucu olduğu ifade edilmektedir. Bunun sebebi, aksi takdirde hakkı alan taraf açısından bir ön edim yükümlülüğünden bahsedilmesinin mümkün olmayacağıdır. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 119.

¹⁵⁰⁶ Türk hukukunda bu doğrultuda bkz.: Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, 270; Şahin Akıncı, *Roma Hukuku Dersleri* (Konya: Sayram Yayınları, 14. Baskı, 2019), 140; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Cilt-2*, 492; İnan ve Yücel, *Borçlar Hukuku*, 552; Eren, *Genel Hükümler*, 1161; Ayan, *Borçlar Hukuku*, 122; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 732; Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, Knr.331; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku*, 328 vd. İsviçre hukukunda bkz.: Schleich, *Option*, 145; Becker, *Vorbemerkung zu Art. 151—157*, Rn.1. Alman hukukunda bkz.: PWW-Brinkmann, *BGB § 158*, Rn.1; GesetzesFormulare-Kristic, *BGB § 158*, Rn.2; BRHP-Rövekamp, *§ 158*, Rn.3; Erman-Armbrüster, *BGB § Vor 158*, Rn.1; BeckOGK-Reymann, *BGB § 158*, Rn.9; HKK-Finkenauer, *§ 158-163*, Rn.2; Jauernig-Mansel, *§ 158*, Rn.1; jurisPraxisKom-Armgardt, *§ 158*, Rn.5; BeckMüKo-Westermann, *BGB § 158*, Rn.8; BeckNomosHK-Wackerbarth, *BGB § 158*, Rn.2; Leipold, *BGB I*, § 26, Rn.1.

¹⁵⁰⁷ Türk hukukunda bkz.: Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, 273; Akıncı, *Roma Hukuku Dersleri*, 143 ve 145; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Cilt-2*, 493; Ayan, *Borçlar Hukuku*, 125; İnan ve Yücel, *Borçlar Hukuku*, 554; Eren, *Genel Hükümler*, 1171; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 735-736; Oğuzman

Alım hakkı sözleşmesinde tıpkı diğer borç ilişkilerinde olduğu gibi taraflarca bir koşula yer verilmesi mümkündür¹⁵⁰⁸. Nitekim alım hakkı sözleşmesinde sıklıkla koşula yönelik anlaşmalara yer verildiği ifade edilmektedir¹⁵⁰⁹. Burada sözü edilen koşul kavramı hak sahibi tarafından iktisabın bağlı olduğu halleri ifade eder¹⁵¹⁰. Böylelikle de hak sahibi tarafından hakkın konusu şeyin iktisabı söz konusu koşulun gerçekleşmesine bağlanmış olmaktadır¹⁵¹¹. Bu noktada taraflarca belirlenecek olan koşula ilişkin sayısal bir sınırlama da söz konusu değildir. Dolayısıyla birden fazla koşulun bir arada kararlaştırılması pek tabî mümkündür¹⁵¹².

Alım hakkı sözleşmesine konulan bir koşul, sözleşmenin tamamı için öngörülebileceği gibi, sadece hakkın doğumu açısından da söz konusu olabilir¹⁵¹³. İlk durumda hakkın doğumu dışında, tarafların hak ve yükümlülükleri de bu koşula tabî olur. Dolayısıyla alım hakkı veren açısından bir hazır bulunma yükümlülüğü söz konusu olmayacağı gibi, alım hakkı alan açısından da alım hakkı bedelini ödeme borcu doğmaz. Bununla birlikte ikinci durumda ise, sözleşme olağan bir şekilde hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamaktadır. Buradaki tek fark, sadece hakkın doğumunun bir koşula bağlanmış olmasıdır. Bunun sonucu olarak da, sözleşmeden doğan diğer hak ve yükümlülüklerin taraflarca ileri sürülmesi mümkündür. Bu noktada öğretide, opsiyon sözleşmelerinde genellikle sözleşmenin tümünü kapsayan koşullara yer verildiği ifade edilmektedir¹⁵¹⁴.

Alım hakkı sözleşmesine farklı türde koşulların konulması mümkündür. Bu kapsamda alım hakkı verenin henüz hakkın konusu şey üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmadığı hallerde, sözleşmenin tamamına yönelik koşulların kararlaştırıldığı ifade

ve Barlas, *Medeni Hukuk*, Knr.725-726. İsviçre hukukunda bkz.: Schleich, *Option*, 145. Alman hukukunda bu yönde bkz.: PWW-Brinkmann, *BGB § 158*, Rn.2; Leipold, *BGB I*, § 26, Rn.6 ve 11; GesetzesFormulare-Kristic, *BGB § 161*, Rn.9; BRHP-Rövekamp, § 158, Rn.4; Erman-Armbrüster, *BGB § Vor 158*, Rn.1; BeckOGK-Reymann, *BGB § 158*, Rn.15; Jauernig-Mansel, § 158, Rn.2; BeckMüKo-Westermann, *BGB § 158*, Rn.9.

¹⁵⁰⁸ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2461; Forstmoser ve Kuchler, *Aktionärsbindungsverträge*, Rn.1290 vd.; Jentsch, “Ausübung”, 136. Opsiyon sözleşmesi kapsamında genel olarak bu yönde bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 266. Opsiyon sözleşmelerinde geciktirici koşul çerçevesinde ifade eden görüş için ayrıca bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 117.

¹⁵⁰⁹ Genel olarak opsiyon sözleşmeleri kapsamında aynı doğrultuda bkz.: Schleich, *Option*, 145; Casper, *Der Optionsvertrag*, 117.

¹⁵¹⁰ BernerKom/Giger, *OR Art. 216*, Rn.59.

¹⁵¹¹ Meier-Hayoz, Art. 683, Rn.40. Burada alım hakkının bağlı olduğu bir koşulun bulunduğu yönünde bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 93.

¹⁵¹² Schleich, *Option*, 146.

¹⁵¹³ Casper, *Der Optionsvertrag*, 117.

¹⁵¹⁴ Casper, *Der Optionsvertrag*, 117.

edilmektedir¹⁵¹⁵. Bu durumda sözleşme, eşya üzerinde tasarruf imkânına sahip olunan, yani hakkı verenin edimi yerine getirilebileceği ana kadar koşula bağlı olarak akdedilmektedir¹⁵¹⁶. Edim ile kastedilen şey ise esas sözleşmeyi oluşturan satış sözleşmesindeki satış konusu malıdır. Yoksa alım hakkının kendisi için hakkın konusu şey üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmak zorunlu değildir. Ancak alım hakkı veren tasarruf yetkisine sahip olmadığını gizlemiş ve hakkın ileri sürüldüğü ana kadar da tasarruf yetkisine sahip olmamış ise hak sahibine karşı tazminat yükümlülüğü gündeme gelir¹⁵¹⁷. Tazminat yükümlülüğünün kaynağı ise alım hakkı sözleşmesinin tamamının ya da yalnızca hakkın doğumunun koşula bağlanmış olmasına göre farklı gösterir. İlk durumda sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (*culpa in contrahendo*) gündeme gelirken; ikinci durumda tazminat yükümlülüğünün kaynağını hazır bulunma yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle doğrudan alım hakkı sözleşmesi oluşturur¹⁵¹⁸. Öte yandan hakkın konusu şey henüz daha üretilmesi gereken bir şey ise aynı şekilde sözleşmenin tamamı için geciktirici bir koşulun öngörülmesi mümkündür¹⁵¹⁹.

Alım hakkı sözleşmesinde sadece hakkın doğumu açısından öngörülen koşula ise özellikle kira sözleşmelerinde rastlanmaktadır. Örneğin; kira sözleşmesinde, kiracının sahip olduğu alım hakkının doğumunun, onun kira sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmiş olması koşuluna bağlanmasında durum böyledir¹⁵²⁰. Keza alım hakkı bedelinin satış bedeline yönelik ilk peşinatı oluşturduğu hallerde, hakkın, söz konusu alım hakkı bedelinin ödenmesiyle doğacağına ilişkin anlaşmalar da

¹⁵¹⁵ Henrich, *Vorvertrag*, 267. Öngörülen koşulun genel olarak sözleşmenin tamamı için kararlaştırılmış olduğu yönünde ayrıca bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 117.

¹⁵¹⁶ Henrich, *Vorvertrag*, 267. Taraflarca sözleşmenin tamamını kapsayan bir koşula yer verilmesi oldukça makûldür. Zira hakkın konusu şey üzerinde hakkı veren taraf henüz bir tasarrufta bulunmadığından, hakkı verenin alım hakkı sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinin de, hak sahibi açısından pek bir önemi yoktur. Örneğin; hakkı veren taraf hakkın konusu bir şeyi satamayacağından, onun için zaten bir kaçınma yükümlülüğünden bahsedilemez. Başka bir deyişle, alım hakkı veren taraf hakkın konusu şey üzerinde tasarrufta bulunamayacağı için hak sahibinin muhtemel menfaatlerini tehlike düşürebilecek bir pozisyonda zaten değildir.

¹⁵¹⁷ Henrich, *Vorvertrag*, 267.

¹⁵¹⁸ Hazır bulunma yükümlülüğüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Üçüncü Bölüm, Hazır Bulunma Yükümlülüğü başlığı.

¹⁵¹⁹ Casper, *Der Optionsvertrag*, 117. Bu görüş aslında koşulun kapsamı açısından bir ifadeye yer vermemektedir. Ancak geciktirici koşul açısından tasarruf yetkisine ilişkin incelediğimiz hususu bu durumla birlikte ele almıştır. Dolayısıyla bu görüşün örneğini, sözleşmenin tamamına yönelik bir koşul içerisinde incelemek, kanaatimizce, daha makûl gözükmektedir.

¹⁵²⁰ Henrich, *Vorvertrag*, 266.

aynı şekilde bu kapsamda yer almaktadır¹⁵²¹. Bunun gibi, hakkın konusu şeyin, üçüncü kişilerle yapılan bir hukukî işleme konu olması halinde kullanılabileceğine ilişkin anlaşmalar da bu niteliktedir¹⁵²².

Taraflarca kararlaştırılan koşulun imkânsız olmaması gerekir. En azından geciktirici koşul için bu zorunludur. Ancak imkânsız bir bozucu koşul öngören sözleşme kaydı o işlemin geçersiz olması sonucunu doğurmaz. Bununla birlikte koşul geciktirici nitelikte ise ve ayrılabilir bir sözleşme unsuru olarak ele alınamıyorsa hukukî işlemin tamamı geçersizlik yaptırımına tabî olur¹⁵²³.

2.3.7.3.3.2. Vade

Vade kavramı, hukukî etkinliğin ileride gerçekleşmesi kesin bir olaya bağlanmasını ifade eder¹⁵²⁴. Vade de, tıpkı koşul müessesesinde olduğu gibi, hem sözleşmenin tamamı hem de yalnızca alım hakkının kendisi için kararlaştırılabilir. Nitekim TBK md. 238’de öngörülen on yıllık süre veya hakkın doğumu açısından taraflarca sürenin başlangıcına ilişkin anlaşmalar, alım hakkının kendisine ilişkin süreler olarak karşımıza çıkar. Ancak hakkın süresine ilişkin anlaşmalar dışında taraflarca, sözleşmenin tamamını kapsayan düzenlemelere yer verilmesi de mümkündür. Örneğin; alım hakkı sözleşmesinin ileriki bir tarihte hüküm ve sonuç doğuracağını kararlaştırıldığı hallerde durum böyledir.

Uygulamada özellikle hakkı verenin ölümüne bağlı olarak yapılan anlaşmalara sıklıkla rastlandığı ifade edilmektedir. Bu çerçevede hakkı verenin ölümüne bağlı olarak hakkın tesisi ile taşınmazları konu alan ya da pay sahipleri sözleşmesinde yer alan alım opsiyonlarında özellikle karşılaşılmaktadır¹⁵²⁵. Örneğin; taşınmazları konu alan alım hakkında kiracıya tanınan alım hakkı, genellikle taşınmaz malikinin ölümüne bağlanmaktadır¹⁵²⁶.

¹⁵²¹ Henrich, *Vorvertrag*, 266.

¹⁵²² Alım hakkında hakkın konusu şeyin devrine yönelik anlaşmaların kapsamı ve önalım hakkı ile bu noktada mukayeseli incelemesi için bkz.: Birinci Bölüm, Koşul Ölçütü başlığı.

¹⁵²³ Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz.: Erman-Armbrüster, *BGB § Vor 158*, Rn.8; jurisPraxisKom-Armgardt, § 158, Rn.6.

¹⁵²⁴ Akıncı, *Roma Hukuku Dersleri*, 147; Schleich, *Option*, 145; Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.77.04 vd., Rn.79.03 vd.; BeckOGK-Reymann, *BGB § 158*, Rn.12; HKK-Finkenauer, § 158-163, Rn.2; BeckNomosHK-Wackerbarth, *BGB § 158*, Rn.20. Bu doğrultuda benzer ifade için bkz.: BeckMüKo-Westermann, *BGB § 158*, Rn.8.

¹⁵²⁵ Schleich, *Option*, 153; Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1290.

¹⁵²⁶ Casper, *Der Optionsvertrag*, 117.

Alım hakkı sözleşmesinde yer alan bu tür kayıtların bir vade mi yoksa koşul mu olduğu öğretide tartışmalıdır. İsviçre hukukunda yer alan bir görüş, hakkın doğumunun münhasıran hakkı verenin ölümüne bağlandığı halleri vade kapsamında ele almaktadır¹⁵²⁷. Keza bir başka görüş de, ölümün gerçekleşmesi kesin bir olay olmasından hareketle koşul kapsamında ele alınamayacağını ifade etmektedir¹⁵²⁸. Alman hukukundaki görüş ise, opsiyon hakkının hakkı verenin ölümüne bağlandığı halleri ele alırken açık bir şekilde koşul kavramından bahsetmektedir¹⁵²⁹.

Kanaatimizce, ölüm olayının hem genel olarak hem de alım hakkı kapsamında münhasıran koşul veyahut da vade kapsamında ele alınması mümkün değildir. Burada değerlendirme yapılırken her bir somut olay göz önüne alınarak bir tespit ortaya konmalıdır. Bu noktada ilk olarak, ölüm olayının, hakkın doğumu mu yoksa kullanımı için mi kararlaştırılmış olduğunun tespit edilmiş olması gerekir. Eğer ölüm kaydı, hakkın doğumu için kararlaştırılmışsa, kanaatimizce, artık bir ölüme bağlı tasarruftan doğan alım hakkı söz konusu olur. Zira hakkı tesis eden hukukî işlemin hüküm ve sonuçları, hakkı veren tarafın ölümünden sonra doğmaya başlar. Hukukî işlemin hüküm ve sonuçlarını doğurma anı yönünden bu durum, ölüme bağlı tasarruf ile sağlararası hukukî işlem arasındaki temel ayırıcı kriterdir¹⁵³⁰. Öte yandan, ulaştığımız sonucu destekleyen benzer bir düzenleme TBK md. 290/II’de de yer almamaktadır. İlgili hükümde, bir bağışlamanın yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlanmışsa vasiyete ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir. TBK md. 290/II’nin karşılığını oluşturan İBK md. 252/II’de kanun koyucu, tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı olan bağışlamaların açıkça ölüme bağlı tasarruflara ilişkin hükümlere tabî olacağını düzenlemiştir. Kanaatimizce bu düzenleme daha isabetli olmuştur. Bunun sebebi, yoruma imkân veren daha geniş bir ifadenin kullanılmış olmasıdır. Nitekim Türk hukukunda tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamaların Türk hukukunda ancak miras sözleşmesi yolu ile yapılabileceği kabul edilmektedir¹⁵³¹. Bu kapsamda,

¹⁵²⁷ Schleich, *Option*, 153.

¹⁵²⁸ Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.77.05.

¹⁵²⁹ Casper, *Der Optionsvertrag*, 117.

¹⁵³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Marcel Gloor ve Andrea E. Flury. “Die Call Option an Aktien beim Tod eines Aktionärs”, *SJZ*, 0/101 (2005): 308.

¹⁵³¹ Fikret Eren, *Türk Medenî Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1966), 9; S. Derya Yakupoğlu, “Olumlu Miras Sözleşmesinin Bağlayıcılığı”, *TBBD*, 0/136 (2018): 232 vd. Tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı olan

alım hakkı verenin ölümüne bağlı olarak taraflarca bir bedel karşılığı alım hakkının tesisi, kanaatimizce, bir ivazlı miras sözleşmesidir¹⁵³².

İkinci olarak, ölüm olayı, hakkın kullanılması için de kararlaştırılmış olabilir. Böyle bir durumda, kanaatimizce, ölüm kaydı artık sağlararası bir hukukî işlemde yer alan bir koşul niteliği taşır. Zira alım hakkının süresi azami on yıllık süreyle sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla ölüm olayının gelecekteki on yıl içerisinde gerçekleşip gerçekleşmeyeceği kesin değildir. Ayrıca hakkın kurulmasıyla birlikte, alım hakkından doğan yan edim yükümlölükleri de doğmuş olmaktadır. Zira hakkı kuran hukukî işlem hüküm ve sonuçlarını doğurmakta ve hakkın tâbî olduğu on yıllık süre artık işlemektedir. Buradaki tek fark, hakkın kullanımının bir ölüm olayına bağlanmış olmasıdır. Bu sebeple de bir ölüme bağlı tasarruftan bahsetmek artık mümkün olmaz.

bağışlamanın ölüme bağlı bir tasarruf olduğu yönünde dolaylı olarak bkz.: Şeref Ertaş, “Ölüme Bağlı Tasarruftan Tenfizi Ölüme Bağlı Bağışlama ile Rücu”, *DEÜHFD*, 7/0 (2005): 52.

¹⁵³² Bu noktada belki şöyle bir eleştiri ileri sürülebilir: Miras sözleşmesinin konusunun mirasçı atanması veya belirli bir mal bırakmanın oluşturduğundan bahis ile alım hakkının, miras sözleşmesinin konusunu oluşturmayacağı söylenebilir. Çünkü miras sözleşmesine konu bir alım hakkı hukukî niteliği itibariyle aslında belirli bir mal değildir. Ayrıca hakkın kendisi halihazırda mirasbırakanın malvarlığında yer alan bir değer oluşturmaz. Ancak bu noktada kanaatimiz, alım hakkının, miras sözleşmesine konu olmasının önünde bir engel olmadığı yönündedir. Bunun sebebi, ölüme bağlı tasarrufa konu olan alım haklarında meselenin ikili bir görünüme sahip olmasıdır. Bunlardan birincisi; mirasbırakanın halihazırda sahip olduğu bir alım hakkını vasiyet etmesidir ki, söz konusu durum bu başlığın konusunu oluşturmaz. Çünkü hak zaten doğmuştur. İkinci bir ihtimal ise, lehvara mirasçılara karşı kendisi lehine bir alım hakkı kurulmasını ileri sürme imkânı sunulmasıdır ki, işte bu durum hakkın mirasbırakanın ölümüne bağlanmış olduğu halleri ifade eder. Ayrıca Türk kanun koyucusunun TMK md. 527 hükmü ile miras sözleşmesinin konusunu sınırlı sayı ilkesine bağlı olarak düzenlememiştir. Kaldı ki, alım hakkı en nihayetinde mirasbırakanın terekesini ilgilendirdiğinden burada bir belirli mal vasiyetinden bahsetmek de her hâlükârda mümkün gözükmemektedir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ALIM HAKKI SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ, ALIM HAKKININ KULLANILMASI VE ŞERHİ, DEVRİ VE İNTİKÂLİ İLE SONA ERMESİ

3.1. Alım Hakkı Sözleşmesinde Tarafların Yükümlülükleri

3.1.1. Genel Olarak

Alım hakkı sözleşmesi, teorik olarak, hak sahibine tek taraflı bir irade açıklamasıyla bir satış sözleşmesi kurma imkânı verir. Ancak bu imkânın hak sahibi lehine gerçek anlamda tesisi hakkı veren tarafın birtakım yükümlülüklerle riayet etmesiyle mümkündür.

Alım hakkı sözleşmesi, tarafların yükümlülüklerini hakkın kullanılma anına kadar geçen süre için düzenler. Hak bir kez kullanıldıktan sonra alım hakkı sözleşmesinden doğan hukukî ilişki sona ermekte ve yerini bir satış sözleşmesinden doğan hukukî ilişkiye bırakmaktadır. Bu sebeple hakkın kullanılmasından sonraki aşamada, tarafların hak ve borçları, alelade bir satış sözleşmesinden doğan hukukî rejime tabî olacağından bu çalışmanın kapsamında yer almamaktadır. Dolayısıyla bu çalışmada, tarafların yükümlülükleri, sadece alım hakkı sözleşmesinden doğan hukukî ilişkiyle sınırlı olarak incelenmiştir.

Alım hakkı sözleşmesinde alım hakkı alanın tek bir yükümlülüğü vardır. O da, sözleşmenin ivazlı olarak kararlaştırıldığı durumlarda alım hakkı bedelini ödemekten ibarettir. Bununla birlikte alım hakkı veren açısından farklı birtakım yükümlülükler söz konusu olmaktadır. Çalışmanın bu bölümünde söz konusu yükümlülük türleri ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

3.1.2. Alım Hakkı Alanın Yükümlülüğü

Alım hakkı alanın alım hakkı sözleşmesinden doğan tipik tek bir yükümlülüğü söz konusudur. O da, alım hakkı bedelinin ödenmesidir. Alım hakkı bedelini ödeme yükümlülüğü sözleşmenin ivazlı olarak kararlaştırıldığı hallerde bulunur. Zira bu bedel sözleşmenin objektif esaslı unsuru olmadığından alım hakkı sözleşmesinde yer alması zorunlu değildir.

Alım hakkı bedeli niteliği itibariyle bir para borcu olduğundan Türk Borçlar Kanunu'nda para borcuna ilişkin düzenlemeler uygulama alanı bulur. Bu çerçevede alım hakkı bedelinin konusu TBK md. 99/I gereği kural olarak Türk parasıdır. Ancak taraflar yabancı bir para birimini de bedel olarak kararlaştırabilirler. Bu durumda bedel TBK md. 99/II gereği ödeme günündeki rayiç üzerinden Türk parası ile ödenir. Bunun istisnası ise sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifadenin bulunmasıdır (TBK md. 99/III)¹⁵³³. Bunun gibi, TBK md. 89/1'e göre, alım hakkı bedelinde ifa yeri,

¹⁵³³ Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ'de yer alan Döviz Cinsinden ve Döviz Endeksli Sözleşmeler başlıklı 8. maddenin 1. ve 6. Bentlerinde yer alan düzenlemeye göre, yurt içinde yer alan gayrimenkuller ile iş makineleri dahil taşıt satış sözleşmelerinde, satış bedelinin, döviz cinsinden ya da döviz endeksli kararlaştırılmayacağı düzenlenmiştir. Aynı Tebliğ'in 23. ve 24. maddelerinde ise, daha önce döviz cinsinden ya da döviz endeksli olarak kararlaştırılan satış bedellerinin Türk Lirası üzerinden nasıl belirleneceği düzenlenmiştir. Buna göre, Tebliğ'in yürürlüğe girdiği tarihten önce döviz cinsinden veya döviz endeksli olarak kararlaştırılmış olan satış bedellerinin ilgili Tebliğ'in 23. maddesi gereğince taraflarca tekrar düzenlenmesi imkânı getirilmiştir. Ancak tarafların bir mutabakata varamamaları halinde Tebliğ'in 24. maddesi gereğince 2.1.2018 tarihindeki TCMB efektif satış kuru göz önüne alınarak, bedelin, Türk Lirası karşılığında belirleneceği ifade edilmiştir. Bu noktada, yeni getirilmiş olan bu düzenlemenin, alım hakkı sözleşmesi açısından uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin bir soru akla gelebilir. Çünkü alım hakkı en nihayetinde bir alım opsiyonudur. Başka bir deyişle, bir şeyin satın alınmasını konu alan bir haktır. Öncelikle alım hakkının konusunun bir taşınmaz veya iş makineleri de dahil bir taşıt olmadığı hallerde herhangi bir tartışma gündeme gelmez. Çünkü ilgili düzenleme bu konuda bir sınırlama getirmediğinden, ister düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarihten önce olsun ister sonra, taraflar arasında yapılmış olan alım hakkı sözleşmesi her hâlükârda geçerlidir. Hak, hak sahibi tarafından ileri sürüldüğünde de, taraflar arasında satış sözleşmesi geçerli bir şekilde kurulmuş olur. Bununla birlikte hakkın konusu şeyin ilgili sınırlamanın kapsamında olduğu, söz gelimi bir taşınmazı konu alan alım hakkında, alım hakkı sözleşmesi ve buna bağlı olarak da kullanma bedelinin hukukî yönden nasıl bir akıbete sahip olacağı belirsizdir. Bunun sebebi, alım hakkı sözleşmesinde yer alan kullanma bedelinin aslında tipik anlamda bir satış sözleşmesinde yer alan satış bedelinin karşılığını oluşturması ve fakat taraflar arasında halihazırda bir satış sözleşmesinin ise henüz kurulmamış olmasıdır. Bu noktada kanaatimizce alım hakkı sözleşmesi, hakkın konusu ne olursa olsun, döviz cinsinden veya döviz endeksli olarak yapılan anlaşmalara ilişkin getirilen sınırlamaların kapsamında yer alan bir hukukî işlem teşkil etmez. Bunun sebebi, aşağıda incelediğimiz ve hakkın bir sona erme sebebi olup olmayacağı tartışmalı olan imkânsızlık halinde belirtildiği üzere, alım hakkı sözleşmesinin konusunun yalnızca yenilik doğuran bir hakkın tesisine yönelik olmasıdır. Alım hakkı sözleşmesi bir satış akdî olmadığı gibi; bu sözleşmeye dayanarak taraflar arasında bir satış sözleşmesinin kurulduğunu söylemek de mümkün değildir. Satış sözleşmesinin kurulması, hak sahibi tarafından alım hakkının kullanılmasına bağlıdır. Alım hakkı sözleşmesinde döviz cinsinden kararlaştırılmış bir kullanma bedeli, her ne kadar esas

sözleşmede aksi bir düzenlemeye yer verilmedikçe alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yeridir.

Alım hakkı bedelinde ifa zamanına ilişkin genel çerçeveyi ise TBK md. 90'da yer alan düzenleme oluşturmaktadır. İlgili hüküm, ifa zamanının taraflarca kararlaştırılmadığı veya hukukî ilişkinin özelliğinden anlaşılmadığı hallerde, her borcun, doğumu anında muaccel olduğunu ifade etmektedir. Kanaatimizce bu noktada, TBK md. 90'da yer alan “... *hukukî ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça* ...” ifadesi, alım hakkı sözleşmesi açısından önemli bir sonuca sahiptir. O sonuç, alım hakkı bedelinin kararlaştırılma şeklinin ödeme zamanı üzerindeki etkisidir. Zira alım hakkı bedeli taraflarca farklı şekillerde kararlaştırılabilir¹⁵³⁴. Örneğin; söz konusu bedelin ödeme fonksiyonuna sahip olduğu hallerde, ayrıca ödeme zamanı kararlaştırılmamışsa, alım hakkı sözleşmesi kurulduğu anda söz konusu borç da muaccel hale gelmiş olur. Alım hakkı sahibi, TBK md. 97 gereğince, sözleşme kurulduğu anda taraflarca aksi öngörülmemiş olmak kaydıyla alım hakkı bedelini ödemekle yükümlü olur¹⁵³⁵. Bunun sebebi, alım hakkı sözleşmesinde yer alan yaratma fonksiyonudur. Dolayısıyla alım hakkı veren tarafın, ayrıca alım hakkının tesisi yönünde bir ifade bulunmasını beklemeye kural olarak gerek yoktur¹⁵³⁶. Aynı durum hakkın mahsup etme ile karma fonksiyona sahip olduğu hallerde de geçerlidir. Ancak mahsup etme fonksiyonu

sözleşmeyi oluşturan satış sözleşmesindeki satış bedeline ait olsa da, bu sözleşme henüz kurulmamıştır. Var olan tek şey, bu sözleşmenin kurulabilme imkânıdır. O imkân ise, hak sahibinin tasarrufundadır. Ne zaman ki, hak sahibi, hakkı kullanır ve satış sözleşmesi kurulur; işte o zaman kurulmuş olan satış sözleşmesinde yer alan satış bedeli söz konusu sınırlamanın kapsamına dahil olur. Öte yandan hakkın kullanıldığı ve taraflar arasında satış sözleşmesinin kurulduğu hallerde ise, mesele, kanaatimizce İlgili Tebliğ md.8/b-23 ve 24'te yer alan düzenlemelere göre çözümlenmelidir. Buna göre, alım hakkı 2.1.2018 tarihinde önce kullanılmış ve satış sözleşmesi bu tarihten önce kurulmuşsa, taraflar, kullanma bedeli olarak ifade edilen satış bedelini Türk lirası üzerinden tekrar belirleme imkânına sahip olacaktır. Aksi takdirde 24. bentte yer alan düzenlemeye göre bedel Türk lirası üzerinden tespit edilecektir. Bununla birlikte, 2.1.2018 tarihinden sonra hakkın kullanılması halinde ise, satış sözleşmesi, kanunun emredici hükümlerine aykırılık sebebiyle TBK md. 27 gereğince kesin hükümsüz olacaktır. Bu noktada, alım hakkı sözleşmesinin, neden bir hak satışı olarak ele alınamayacağına ilişkin yaptığımız inceleme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: İkinci Bölüm, Genel Olarak Kurma Teorisi başlığı. Türk parasının kıymetini koruma mevzuatı açısından yabancı para üzerinden borçlanmalara ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz.: Baygın, *Yabancı Para*, 54 vd.

¹⁵³⁴ Alım hakkı bedelinin kararlaştırılma şekillerine ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz.: İkinci Bölüm, Tek Tarafa – İki Tarafa Borçlar Yükleyen Sözleşme Ayırımı ve İkinci Bölüm, Alım Hakkı Bedeli başlıkları.

¹⁵³⁵ Forstmoser ve Kuchler, *Aktionärbündungsverträge*, Rn.1231. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGer-Urteil 4A_361/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 3. (Forstmoser ve Kuchler, *Aktionärbündungsverträge*, Rn.1231, dpn.52'den naklen).

¹⁵³⁶ Yaratma fonksiyonuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: İkinci Bölüm, Borçlandırıcı İşlem – Tasarruf İşlemi Ayırımı başlığı.

açısından buradaki tek fark, hakkın süresi içerisinde kullanılmadığı durumlarda, bedelin tekrar alım hakkı alana iade edilmesidir. Bununla birlikte, alım hakkı bedelinin yalnızca hakkın kullanılmadığı durumlarda ödenmesi koşuluna yer verildiği durumlarda ise, ödeme zamanı açısından artık bir geciktirici koşul söz konusu olur. O koşul da, hakkın süresi içerisinde kullanılmamış olmasıdır. Dolayısıyla burada yer alan ödeme zamanı, alım hakkının kullanılması için öngörülen azamî sürenin dolduğu günden bir sonraki gündür (TBK md.92/1). Eğer alım hakkı sahibi alım hakkı bedelini ödeme yükümlülüğünde temerrüde düşerse, alım hakkı veren, genel olarak temerrüt hükümlerine başvurabileceği gibi karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ilişkin olarak TBK md. 125'te düzenlenen seçimlik haklardan birini kullanma imkânına da sahiptir¹⁵³⁷.

3.1.3. Alım Hakkı Veren Yükümlülükleri

3.1.3.1. Genel Olarak

Alım hakkı veren alım hakkı sözleşmesinden doğan birden fazla yükümlülüğü vardır. Ancak bunlardan yalnızca biri alım hakkı sözleşmesine özgü yükümlülük türü olarak karşımıza çıkar. O da, hazır bulunma yükümlülüğüdür. Bununla birlikte alım hakkı sözleşmesinden veyahut da dürüstlük kuralından doğan başka yükümlülükler de söz konusu olabilir. Aşağıda bu hususlar incelenmiştir.

3.1.3.2. Hazır Bulunma Yükümlülüğü

3.1.3.2.1. Genel Olarak

Alım hakkı sözleşmesi alım hakkı veren açısından bir hazır bulunma yükümlülüğünü içerir. Hazır bulunma yükümlülüğü (*Bereitschaftspflicht*), alım hakkı vereni, hedeflenen esas sözleşmenin yerine getirilmesi bakımından ifaya hazır bulundurma konusunda borç altına sokan yükümlülüğü ifade eder¹⁵³⁸. Bu yönüyle de, sadece alım hakkı veren açısından geçerli olan bir yükümlülüktür¹⁵³⁹.

Hazır bulunma yükümlülüğü alım hakkının kullanımı açısından oldukça önemlidir. Zira alım hakkı sahibinin tek taraflı olarak satış sözleşmesi kurma imkânı

¹⁵³⁷ Schleich, *Option*, 238.

¹⁵³⁸ Schleich, *Option*, 155; Casper, *Der Optionsvertrag*, 112.

¹⁵³⁹ Alım hakkı sahibi açısından bir hazır bulunma yükümlülüğünün söz konusu olamayacağı yönünde başka farklı gerekçelerin de yer aldığı görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Schleich, *Option*, 155.

kural olarak satış sözleşmesinden doğan devir borcu ifa edilebilir olduğu sürece bir anlama sahiptir. Başka bir deyişle, sözleşmenin kurulduğu ve hakkın kullanıldığı ana kadar geçen sürede, ifanın yerine getirilebilirliğinin temini, alım hakkı sahibinin menfaatinedir. Bunun sonucu olarak söz konusu menfaatin korunması, alım hakkı sözleşmesinde, hakkı veren taraf açısından bir yükümlülük olarak ortaya çıkmaktadır.

Hazır bulunma yükümlülüğü, alım hakkı sözleşmesi kurulduğu anda doğar. Bu noktada, alım hakkı bedelinin, alım hakkı sahibi tarafından ödenmiş olup olmaması hiçbir önem taşımaz¹⁵⁴⁰.

3.1.3.3.2. Hazır Bulunma Yükümlülüğünün Hukukî Niteliği

Opsiyon sözleşmelerinde hazır bulunma yükümlülüğü genel olarak bir aslî yükümlülük olarak ele alınmaktadır. Bunun sebebi, bu yükümlülüğün yer almadığı farklı bazı opsiyon sözleşmelerinin bulunuyor olmasıdır. Bu yönüyle de, sözleşmenin tipini belirleyen bir özellik (*typenbildendes Merkmal des Vertrages*) olarak değerlendirilmemektedir¹⁵⁴¹. En nihayetinde de, ifası dava konusu edilebilen¹⁵⁴² bir yan edim yükümlülüğü olarak kabul edilmektedir¹⁵⁴³.

Alım hakkı sözleşmesinde hazır bulunma yükümlülüğü, genel olarak opsiyon sözleşmelerinde olduğu gibi, bir yan edim yükümlülüğü olarak karşımıza çıkar. Zira hazır bulunma yükümlülüğünün kapsamını oluşturan kaçınma, koruma ve sağlama yükümlülükleri olmaksızın alım hakkının kullanılmasının sonuçları temin edilemeyeceği gibi; hakkın kullanımının bir süreye bağlanması da pratik açıdan mümkün olmaz. Bu yönüyle de alım hakkı sözleşmesi, hazır bulunma yükümlülüğünü her zaman bir opsiyon sözleşmesi türü olarak kabul edilir. Yükümlülüğün niteliği açısından hakkın konusunun bir taşınır veya taşınmaz olması arasında hiçbir fark yoktur.

¹⁵⁴⁰ Schleich, *Option*, 239.

¹⁵⁴¹ Schleich, *Option*, 155. Aslî edim yükümlülüklerinin sözleşmenin tipini belirleyen niteliğe sahip oldukları yönünde bkz.: Förster, *Schuldrecht*, Rn.23; Brömmelmeyer, *Schuldrecht*, § 3, Rn.5.

¹⁵⁴² Türk hukukunda yan edim yükümlülüğü kapsamında bkz.: Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 27; Yıldırım, *Türk Borçlar Kanunu*, 25. Alman hukukunda yan edim yükümlülüğü kapsamında genel olarak bkz.: Förster, *Schuldrecht*, Rn.23; Brömmelmeyer, *Schuldrecht*, § 3, Rn.6.

¹⁵⁴³ Schleich, *Option*, 155. Nitekim alım hakkı sözleşmesinde ön planda yer alan tipik edim hakkın tesisidir. Dolayısıyla hazır bulunma yükümlülüğü, alım hakkı sözleşmesine sürekli borç ilişkisi kazandıracak bir niteliğe sahip değildir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 116. Sürekli borç ilişkisi kapsamında yapılan inceleme için bkz.: İkinci Bölüm, Ani Edimli Sözleşme – Sürekli Sözleşme Ayırımı başlığı. Türk hukukunda yan edim yükümlülükleri hakkında genel bilgi ve açıklamalar için bkz.: Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 26.

Alım hakkı sözleşmesinde, taraflar, hazır bulunma yükümlülüğünün varlığına ve kapsamına ilişkin olarak sözleşmede düzenleme yapmak konusunda serbesttirler. Ancak taraflarca bu yönde açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olması söz konusu yükümlülüğün bulunmadığı anlamına gelmez. Zira hazır bulunma yükümlülüğü TMK md. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralından doğan bir yükümlülüktür¹⁵⁴⁴.

3.1.3.2.3. Hazır Bulunma Yükümlülüğünün Kapsamı

3.1.2.3.1. Genel Olarak

Hazır bulunma yükümlülüğü, esas sözleşmenin ifa edilebilirliğini sağlamaya yönelik ayrı ayrı yükümlülükleri içerisine alan bir üst kavramı ifade eder¹⁵⁴⁵. Bu yükümlülükler, hakkı verenin aktif bir eylemini gerektirebileceği gibi; esas sözleşmenin ifasını engellemeye yönelik her türlü şeyden kaçınmayı da ihtiva edebilir¹⁵⁴⁶. Bu sebeple de her bir yükümlülük farklı görünüm şekillerine sahiptir.

Hazır bulunma yükümlülüğünün kapsamı taraflarca belirlenebilir¹⁵⁴⁷. Taraflarca bu yönde bir belirleme yapılmadığında ise, yükümlülüğün kapsamı, esas sözleşmenin türü ve bu sözleşmeden doğan yükümlülüklerle göre belirlenir¹⁵⁴⁸. Bunun gibi, esas sözleşmenin konusunun parça ve cins borcu ayırımına göre sahip olduğu nitelik de aynı şekilde önem arz eder¹⁵⁴⁹. Bu çerçevede hazır bulunma yükümlülüğü, alım hakkı sözleşmesi kapsamında üçlü bir ayırım yapılarak incelenmiştir. Bunlar; kaçınma, koruma ve sağlama yükümlülükleridir.

¹⁵⁴⁴ Schleich, *Option*, 155.

¹⁵⁴⁵ Bu doğrultuda bkz.: Schleich, *Option*, 155.

¹⁵⁴⁶ Schleich, *Option*, 155.

¹⁵⁴⁷ Schleich, *Option*, 156; Casper, *Der Optionsvertrag*, 112 ve 124.

¹⁵⁴⁸ Schleich, *Option*, 156; Casper, *Der Optionsvertrag*, 112.

¹⁵⁴⁹ Casper, *Der Optionsvertrag*, 112. Parça borçlarında hazır bulunma yükümlülüğünün kapsamının daha geniş; cins borçlarında ise daha dar olduğu yönünde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 112 ve 114; Schleich, *Option*, 156, 159. Parça ve cins borcuna ilişkin genel açıklamalar için bkz.: Brömmelmeyer, *Schuldrecht*, § 3, Rn.51 vd.; Förster, *Schuldrecht*, Rn.88 vd.; Hirsch, *Schuldrecht Allgemeiner*, Rn.105 vd. Parça ve cinsi borçlarına ilişkin genel açıklamalar için bkz.: Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, 28; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Cilt-1*, 7 vd.; Doğan, Şahan ve Atamulu, *Borçlar Hukuku*, 59; Yıldırım, *Türk Borçlar Kanunu*, 43; İnan ve Yücel, *Borçlar Hukuku*, 102 vd.; Nomer, *Borçlar Hukuku*, 274; Cansel ve Özel, *Borçlar Hukuku*, Knr.363.

3.1.3.2.3.2. Kaçınma Yükümlülüğü

Kaçınma yükümlülüğü (*Stillhaltepflicht*¹⁵⁵⁰), hakkı veren tarafın hakkın konusu şey üzerinde esas sözleşmenin ifasını tehlikeye düşürecek her türlü tasarruftan kaçınma ve söz konusu malı elinde tutma yükümlülüğünü ifade eder. Bu kapsamda alım hakkı yükümlüsü, hakkın varlığı boyunca malı satmaya hazır bulunmakla yükümlüdür¹⁵⁵¹. Alım hakkı sözleşmesi açısından bu durum, satış sözleşmesinin ifasının teminine yönelik her türlü davranıştan kaçınma ve gerekli tedbir alma şeklinde ortaya çıkar.

Kaçınma yükümlülüğünün varlığı için birtakım şartların bulunması gerekir. Bunlardan birincisi, esas sözleşmenin, hakkı veren tarafı borç altına sokan bir hukukî işlem olmasıdır¹⁵⁵². Bu hukukî işlem alım hakkı açısından bir satış sözleşmesinden ibarettir¹⁵⁵³. Örneğin; alım hakkı verenin hakkın konusu olan A marka otomobili alım hakkı süresi boyunca satmaktan kaçınmasında durum böyledir.

Kaçınma yükümlülüğünün varlığı için aranan ikinci şart, hakkın konusu şeyin, alım hakkı verenin malvarlığında bulunuyor olmasıdır¹⁵⁵⁴. Zira bir kimsenin, malvarlığında olmayan bir şey üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunması mümkün

¹⁵⁵⁰ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.454; Schleich, *Option*, 155 vd.; Casper, *Der Optionsvertrag*, 112 vd.

¹⁵⁵¹ Bu doğrultuda bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 97.

¹⁵⁵² Bu yönde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 113.

¹⁵⁵³ Nitekim öğretide de kaçınma yükümlülüğü incelenirken söz konusu hukukî işlem genel olarak satış sözleşmesi kapsamında ele alınmakta ve bu sebeple de bu yükümlülüğün özellikle alım hakkı sözleşmesinde karşılaşılan bir yükümlülük türü olduğu ifade edilmektedir. Bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 113 ve aynı sayfada dpn.44. Nitekim satış opsiyonunun (*Put-Option/Verkaufsoption*) söz konusu olduğu durumlarda bir kaçınma yükümlülüğünden bahsedilemez. Böyle bir durumda hakkın konusu şeyin bir parça borcu niteliğine sahip olup olmaması da önemli değildir. Zira burada hak sahibi kişi, hakkı ileri sürdüğünde, esas sözleşmeyi oluşturan satış sözleşmesinde satış konusu şeyi satmakla yükümlü kişidir. Dolayısıyla o, hakkın konusu şey üzerinde farklı bir tasarrufta bulunmak istiyorsa zaten satış opsiyonunu ileri sürmeyecektir. Bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 114. Bununla birlikte, öğretide yer alan bir başka görüş, satış opsiyonu açısından esas sözleşmedeki bedelin güvence altına alınması şeklinde bir yükümlülüğünden bahsetmektedir. Dolayısıyla edim konusunun bir para borcu olduğu durumlarda da kaçınma yükümlülüğü gündeme gelebilmektedir. Bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Schleich, *Option*, 159-160. Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira satış opsiyonunda esas sözleşmeyi kurma imkânı, söz konusu bedeli ödemekle yükümlü kimsededir. Örneğin; A marka otomobil üzerinde satış opsiyonuna sahip olan hak sahibi, otomobili hakkın muhatabı dışında üçüncü bir kişiye satabilir. Bu satış işlemi satış opsiyonu açısından kural olarak bir borca aykırılık oluşturmaz. Zira hak ileri sürülmediği müddetçe taraflar arasında esas sözleşme kurulmuş olmaz. Bu hakkı ileri sürme imkânı ise halihazırda otomobilin maliki olan hak sahibine aittir. Ayrıca hakkın konusu şeyi satın almak isteyen hak sahibi, öncelikle söz konusu bedeli ifaya hazır olacaktır. Aksi takdirde, gerekli ifa hazırlıklarını tamamlamayan birinin, esas sözleşmeyi kurmak için hakkı ileri sürmesi pek de beklenebilir bir davranış değildir.

¹⁵⁵⁴ Casper, *Der Optionsvertrag*, 113. Dolaylı olarak aynı yönde bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.454.

değildir. Bu sebeple de, muhtemel bir tasarruftan kaçınma konusu gündeme gelmez. Böyle bir durumda, şartları varsa, sağlama ve imâl etme yükümlülüğü söz konusu olur¹⁵⁵⁵.

Kaçınma yükümlülüğü, hakkın konusu şeyin alım hakkı veren tarafın malvarlığında olduğu durumlarda, satış sözleşmesinin ifasını tehlikeye düşürecek her türlü tasarruftan kaçınma şeklinde kendini gösterir¹⁵⁵⁶. Bu yönüyle de, alım hakkı, hakkın konusu şeyin malikini serbestçe tasarrufta bulunamayacağı bir bekleme pozisyonuna koyar¹⁵⁵⁷. Öğretide de, bu özelliğinden dolayı, bir temlik yasağı (*Veräußerungsverbot*) şeklinde ele alınmaktadır¹⁵⁵⁸.

Kaçınma yükümlülüğü için aranan son şart, esas sözleşmenin konusunun niteliğine ilişkindir. Bunun sebebi, kaçınma yükümlülüğünün, kural olarak parça borçlarında söz konusu olan bir yükümlülük türü olmasıdır¹⁵⁵⁹. Daha doğru bir ifadeyle yükümlülüğün kapsamı, cins borçlarında olduğundan farklı olarak, daha geniş bir kapsama sahiptir. Bu çerçevede alım hakkı veren malvarlığında bulunan belirli marka ve modeldeki otomobil üzerinde hak tesis ettiği takdirde, alım hakkı devam ettiği müddetçe, bu otomobili üçüncü bir kişiye devretmemekle yükümlüdür. Bu noktada devir işleminin türü de bir öneme sahip değildir. Dolayısıyla hakkın konusu şeyin bir satış, bağışlama ya da mal değişimine konu olması arasında hiçbir fark yoktur. Her bir durumda kaçınma yükümlülüğü ihlâl edilmiş olur. Bunun dışında, kaçınma yükümlülüğünün kapsamında yalnızca devir işlemini konu alan hukukî işlemler yer almaz. Hakkın konusu şeyin esas sözleşmenin ifasını tehlikeye düşürecek nitelikte bir hakla yüklenmesi de aynı şekilde kaçınma yükümlülüğü içerisinde

¹⁵⁵⁵ Bu yükümlülük hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Üçüncü Bölüm, Sağlama Yükümlülüğü başlığı.

¹⁵⁵⁶ Casper, *Der Optionsvertrag*, 113; Brunner, *Kaufsrechte*, 119; Simonius ve Sutter, *Immobiliarsachenrecht*, § 11 Rn.24, 26; Schleich, *Option*, 156-157. Lisans ve yayın sözleşmeleri kapsamında bkz.: Reto M. Hilty, *Der Verlagsvertrag*, in: von Büren, Roland/David, Lucas (Hg.), *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Bd. II/1, Urheberrecht, N1755 ff., 299; Reto M. Hilty, *Lizenzvertragsrecht: Systematisierung und Typisierung aus schutz- und schuldrechtlicher Sicht*, Rn.1810 (Schleich, *Option*, 156-157, dpn.11'den naklen).

¹⁵⁵⁷ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücks-geschäfte*, Rn.454.

¹⁵⁵⁸ Casper, *Der Optionsvertrag*, 113. İsviçre hukukunda yer alan bir görüşe göre, alım hakkı, hak sahibine kural olarak bir öncelik vermez. Bu sebeple, taraflarca açıkça kararlaştırılmadığı müddetçe, alım hakkı konusu şeyin hakkın süresi boyunca üçüncü bir kişiye satılması alım hakkını sona erdiren bir sonuç doğurur. Çünkü alım hakkı veren, hak sahibine, söz konusu şeyi hakkın süresi boyunca satmaya hazır olduğunu taahhüt etmiştir. Ancak bu taahhüt, hak sahibine, üçüncü kişilere nazaran bir öncelik taahhüdünü kural olarak içermez. Bunun sonucu olarak da, burada bir borca aykırılıktan bahsedilemez. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 99.

¹⁵⁵⁹ Schleich, *Option*, 156; Casper, *Der Optionsvertrag*, 113.

değerlendirilmektedir¹⁵⁶⁰. Örneğin; alım hakkı konusu taşınmaz üzerinde ipotek hakkı gibi sınırlı bir aynî hakkın tesis edilmesi halinde de kaçınma yükümlülüğüne aykırılık gündeme gelir. Bunun dışında, esas sözleşmenin ifasını tehlikeye düşürmeyen ancak hakkın konusu taşınmazın kullanımını sınırlandıran intifa, oturma hakkı gibi sınırlı aynî haklar açısından ise, kanaatimizce, her somut olay göz önüne alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu kapsamda, alım hakkının kullanılma süresi henüz başlamadan bu süreyi kapsayan bir zaman dilimiyle sınırlı olmak kaydıyla söz gelimi bir oturma hakkının tesisi kaçınma yükümlülüğünün ihlâlini oluşturmayacaktır. Çünkü hak sahibinin hakkı kullanabileceği en erken dönemde, sınırlı aynî hakkın kendisi sona ermiş olacaktır. Bununla birlikte, alım hakkının kullanılabilir olduğu zaman dilimini kapsayacak şekilde bir oturma hakkının tesis edilmesi durumunda ise, kanaatimiz, ifayı tehlike düşüren tasarruflar ifadesinin geniş yorumlanması ve ifanın gereği gibi yerine getirilmesini tehlikeye düşüren tasarruflar şeklinde anlaşılması suretiyle bu yöndeki tasarrufların da kaçınma yükümlülüğünün kapsamına dahil edilmesi yönündedir. Pek tabî bu ayırımın önemi, hakkın şerh edilmediği hallerde ön plana çıkmaktadır. Zira hak şerh edilmiş ise, hak sahibi, şerhi ileri sürme ve mevcut hak veya hakların kaldırılmasını talep etme imkânına zaten sahiptir.

Alım hakkı konusu şeyin bir cins borcu olduğu durumlarda kaçınma yükümlülüğünün kapsamı nispeten dar kapsamlıdır¹⁵⁶¹. Zira hakkı veren taraf, alım hakkı sözleşmesi yapılırken söz konusu mala halihazırda sahip ise hakkın konusu şey üzerinde tasarrufta bulunmama veyahut da onu elde tutma gibi bir yükümlülükle karşı karşıya değildir. Kaçınma yükümlülüğü için burada önemli olan, o malın satıldığı piyasaya erişim imkânına sahip olmaktır. Bunun sebebi, esas sözleşmenin konusunu oluşturan malın hakkın kullanımından sonra tedarikinin bu noktada yeterli olmasıdır¹⁵⁶². Bunun sonucu olarak kaçınma yükümlülüğü, cins borçlarında, hakkın kullanılma durumu karşısında tedarik imkânını koruma veyahut da devam ettirme şeklinde ortaya çıkar¹⁵⁶³. Söz konusu durum, alım hakkı sözleşmesinin yapıldığı anda hakkın konusu şeyin hak sahibinin malvarlığında olmadığı durumlarda da aynı şekilde geçerlidir¹⁵⁶⁴. Örneğin; hem toptancılık hem de kendi tarımsal arazileri üzerinde domates üretimi

¹⁵⁶⁰ Schleich, *Option*, 157; Simonius ve Sutter, *Immobiliarsachenrecht*, § 11 Rn.26.

¹⁵⁶¹ Schleich, *Option*, 159.

¹⁵⁶² Casper, *Der Optionsvertrag*, 114; Schleich, *Option*, 159.

¹⁵⁶³ Casper, *Der Optionsvertrag*, 114.

¹⁵⁶⁴ Casper, *Der Optionsvertrag*, 115.

yapan A, B lehine on ton domates üzerinde bir yıllık alım hakkı tanıyabilir. Ayrıca taraflar, hakkın kullanımı için de, hakkın geçerli olacağı bir yıllık sürenin son iki ayını kullanım süresi olarak kararlaştırabilirler. Böyle bir durumda alım hakkı veren A, kullanma süresine kadar ürünler üzerinde her türlü tasarrufta bulunma imkânına sahiptir. Hatta kullanma süresi geldiğinde dahi bu imkân var olmaya devam eder. Burada önemli olan tek husus, hak sahibi tarafından hak ileri sürüldüğünde ürünlerin kararlaştırılan teslim süresi içerisinde temin edilip ifa edilmesidir. Keza borsada işlem gören hisse senetleri üzerinde kurulan alım hakkında açısından da durum böyledir¹⁵⁶⁵. Zira söz konusu senetler halka açık bir piyasada işlem gördüğünden, hakkı veren taraf, bu senetleri satın alma imkânına her zaman sahiptir. Cins mallar açısından kaçınma yükümlülüğünün kapsamına ilişkin bu durum „*nevi telef olmaz*“ ilkesinin doğal bir sonucunu oluşturur.

Kaçınma yükümlülüğünde, sınırlı cins borcununun (*beschränkte-/begrenzte Gattungsschuld*) söz konusu olduğu durumlarda ise durum farklıdır. Sınırlı cins borcunda, cins borcun konusunu oluşturan mal veya mallar belirli bir stoktan (*aus einem bestimmten Vorrat*) alınmak üzere kararlaştırılmıştır. Bu sebeple de hakkın konusu mallar, söz konusu stoktaki malların kalitesine uygun nitelikte olma şartını taşımaktadır. Hakkın kullanıldığı anda esas sözleşmenin ifasına konu mallar söz konusu kalitede değil ise yükümlülüğe aykırılık gündeme gelmektedir¹⁵⁶⁶. Dolayısıyla sınırlı cins borcunda kaçınma yükümlülüğünün kapsamı, parça borcunda olduğu gibi kabul edilmelidir¹⁵⁶⁷. Örneğin; az önceki örnekte yer alan A'nın 2021 yılında kendi tarımsal arazisi üzerindeki ilk domates hasadının on tonu üzerinde alım hakkı kararlaştırıldığı durumlarda durum böyledir.

Kaçınma yükümlülüğü, alım hakkı sözleşmesinde yan edim yükümlülüğü olarak ele alınır. Bu çerçevede alım hakkı verenin bu yükümlülüğe aykırı davranışı TBK md. 112 gereği borca aykırılık oluşturur. Bu sebeple de alım hakkı veren açısından tazminat yükümlülüğünü gündeme getirir¹⁵⁶⁸. Alım hakkı sahibinin tazminat talebini ileri sürmesi için kullanım beyanında bulunması gerekmez. Zira yan edim yükümlülükleri aslî edim yükümlülüğünün ifasına hizmet eder. Alım hakkı sözleşmesi açısından aslî edim

¹⁵⁶⁵ Schleich, *Option*, 159.

¹⁵⁶⁶ Bu yönde bkz.: Schleich, *Option*, 159.

¹⁵⁶⁷ Aynı yönde bkz.: Schleich, *Option*, 159.

¹⁵⁶⁸ Casper, *Der Optionsvertrag*, 113.

yükümlülüğü ise alım hakkının tesisidir. Dolayısıyla hakkın pratik anlamda kullanılabilir halde bulundurulması için hakkın ileri sürülmüş olması gerekmez¹⁵⁶⁹. Bunun gibi, hak sahibi, sözleşmeden dönerek yapmış olduğu alım hakkı bedeline ilişkin ödemeleri isteme imkânına da sahiptir¹⁵⁷⁰.

Son olarak alım hakkı verenin, kaçınma yükümlülüğüne aykırı olarak yaptığı tasarruflar hukuken geçerlidir¹⁵⁷¹. Alım hakkı sahibinin, hakkın konusu şeyi devralan üçüncü kişilere karşı bir talep sürebilmesi hakkın şerh edilmiş olmasına bağlıdır¹⁵⁷². Ancak hakkın konusu şeyin devri henüz üçüncüye kişiye yapılmadan, hak sahibi, TBK md. 113/III'e dayanarak borca aykırılığın ortadan kaldırılmasını isteme imkânına sahiptir¹⁵⁷³. Buradaki borca aykırılığın kaldırılması ise, muhtemel devrin yapılmasının engellenmesi ve yapılmamasını istemeye yöneliktir¹⁵⁷⁴.

3.1.3.2.3.3. Koruma Yükümlülüğü

Alım hakkına konu olan şeyin bir parça borcuna ilişkin olduğu durumlarda, hakkı veren açısından yer alan bir diğer yükümlülük, koruma yükümlülüğü (*Erhaltungspflicht*) olarak karşımıza çıkar¹⁵⁷⁵. Koruma yükümlülüğü öğretide emanet yükümlülüğü (*Obhutspflicht*) olarak da ifade edilmektedir¹⁵⁷⁶. Alım hakkı açısından ise özel bir öneme sahiptir. Zira belirli bir bedel karşılığı kararlaştırılan alım haklarında, hakkın konusu şey o hak kurulurken hangi nitelikte ise, aynı şekilde hak kullanıldığı anda da söz konusu niteliklere sahip olması gerekir¹⁵⁷⁷.

Koruma yükümlülüğü, kaçınma yükümlülüğünden ayrı bir yükümlülüktür¹⁵⁷⁸. Kaçınma yükümlülüğünde muhteva itibariyle bir yapmama borcu yer alırken, koruma yükümlülüğünde, hem yapma hem de yapmama borcu söz konusudur.

¹⁵⁶⁹ Önalım hakkı kapsamında aynı sonuca farklı gerekçelerle ulaşan bir başka görüş için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.818. Aksi yöndeki görüş için bkz.: Schleich, *Option*, 237. Koşul teorisi kapsamında aksi yöndeki görüş için bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.229.

¹⁵⁷⁰ Schleich, *Option*, 238.

¹⁵⁷¹ Schleich, *Option*, 157; Brunner, *Kaufrecht*, 119. İsviçre hukukunda bu hususta daha ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz.: Schleich, *Option*, 237.

¹⁵⁷² Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: Üçüncü Bölüm, Şerhin Etkisi başlığı.

¹⁵⁷³ Mehaz İBK md. 98/III kapsamında bu yönde bkz.: Schleich, *Option*, 237.

¹⁵⁷⁴ Schleich, *Option*, 237.

¹⁵⁷⁵ Casper, *Der Optionsvertrag*, 115; Schleich, *Option*, 158.

¹⁵⁷⁶ Casper, *Der Optionsvertrag*, 115.

¹⁵⁷⁷ Bu yönde bkz.: Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.145.

¹⁵⁷⁸ Casper, *Der Optionsvertrag*, 114.

Taraflar, koruma yükümlülüğünün kapsamını serbestçe belirleyebilirler. Taraflarca böyle bir düzenlemeye yer verilmediği takdirde, koruma yükümlülüğünün kapsamında öncelikle hakkın konusu malı özenli kullanma (*sorgfältige Nutzung*) borcu yer alır¹⁵⁷⁹. Dolayısıyla koruma yükümlülüğünün varlığı, hakkı verenin, kötüleşme riski sebebiyle hakkın konusu şeyi hiç kullanmayacağı anlamına gelmez. Burada önemli olan kullanımın ölçsüz olmamasıdır¹⁵⁸⁰. Ancak az önce de ifade edildiği gibi, özenli kullanıma ilişkin tespit, taraflar arasındaki sözleşmeye ve herhalde hakkın konusu şeyin niteliğine bağlıdır. Bu çerçevede taraflar, alım hakkı süresi boyunca hakkın konusu şeyin kullanımını yasaklamış olabilirler. Böyle bir durumda hakkın konusu şeyin özenli kullanımı dahi kaçınma yükümlülüğüne aykırılık oluşturur. Bunun gibi, alım hakkının konusunu nitelik itibarıyla henüz yeni bir mal oluşturuyor ise, hakkı verenin söz konusu malı kullanması, yine aynı şekilde kaçınma yükümlülüğünü ihlâl eder. Kanaatimizce, hakkın konusu şeyin henüz imâl aşamasında olduğu durumlarda da, üretilen malın kullanılmamış vaziyette hakkın kullanımına hazır bulundurulması gerekir. Son durum, özellikle henüz seri üretimi başlamayan yeni model yolcu uçakları üzerinde tesis edilen alım haklarında önem arz etmektedir. Bununla birlikte, bazı durumlarda, hakkın konusu şeyin niteliği süregelen bir şekilde onun kullanımını da gerektirebilir. Tarım arazileri üzerinde kurulan alım hakkı bunun en tipik örneğini oluşturur. Böyle bir durumda, alım hakkı veren, düzenli olarak araziye işlemeli ve onun tarımsal niteliğini alım hakkı süresi boyunca korumalıdır.

Koruma yükümlülüğünün kapsamında, hakkın konusu şeyin kullanımı esnasında herhangi bir sebeple meydana gelen hasarın tamiri de yer alır. Tamir borcundan bahsedilebilmesi için meydana gelen olaydan sonra oluşan zararın hala tamir edilebiliyor nitelikte olması gerekir¹⁵⁸¹. Örneğin; bir fırtınadan sonra taşınmaz yapının çatısında meydana gelen zararın tamiri bu kapsamdadır. Alım hakkı yükümlüsü meydana gelen bu zararı gerektiği ölçüde tamir ettirmediği takdirde ise artık kötü ifa (*Schlechtererfüllung*) söz konusu olur¹⁵⁸².

¹⁵⁷⁹ Casper, *Der Optionsvertrag*, 115; Schleich, *Option*, 158.

¹⁵⁸⁰ Casper, *Der Optionsvertrag*, 115.

¹⁵⁸¹ Casper, *Der Optionsvertrag*, 169-170.

¹⁵⁸² Casper, *Der Optionsvertrag*, 170.

Hakkın konusu şeyin zarar görmemesi ya da yok olmaması için gerekli özenin gösterilmesi koruma yükümlülüğünün kapsamında yer alan bir diğer durumdur¹⁵⁸³. Buna göre, alım hakkı veren, hakkın konusu şeyin korunmasına yönelik harcamaları yapmakla yükümlüdür¹⁵⁸⁴. Yapılacak harcamaların kapsamı ise hakkın konusu şeyin bakım ve onarımına ilişkin harcamalarla sınırlıdır. Bunun dışında, hakkın konusu şeyin olağan kullanımından doğan değer eksilmelerini telafi etmeye yönelik bir fonksiyonu bulunmaz¹⁵⁸⁵. Bu sebeple de, hakkın konusu şeyin sürekli kullanımından doğan değer kaybını denkleştirmeye yönelik bir içeriğe sahip değildir¹⁵⁸⁶. Örneğin; 2020 model olan ve sahibi tarafından günlük kullanımına devam edilen bir araç üzerinde iki yıllık bir alım hakkı tesis edildiğinde durum böyledir. Burada alım hakkı veren, iki yıllık süre boyunca söz konusu aracı kullanmaya devam edebilir. Bu kullanıma bağlı olarak ortaya çıkan yıpranma payı sebebiyle maldaki değer kaybı herhangi bir sorumluluk gündeme getirmez. Ancak en nihayetinde bu kullanım, az önce yukarıda ifade ettiğimiz üzere, özenli olmalıdır. Bununla birlikte taraflar, yine de, normal kullanıma bağlı değer kaybını denkleştirmeye yönelik bir düzenlemeye yer verebilirler. Bu ise kullanma bedelinin uyarlanmasına yönelik bir anlaşma ile mümkün olur¹⁵⁸⁷. Kanaatimizce böyle bir durumda, taraf menfaatlerinin en iyi gözetimi, kullanma bedelinin rayiç değere endeksli olarak kararlaştırıldığı hallerde mümkün olmaktadır. Bunun sebebi, hakkın konusu şeyin değerinin alım hakkının kullanıldığı andaki rayiç değere göre hesaplanacak ve aynı zamanda kullanıma bağlı değer kaybının da bu bedelden indirilecek olmasıdır. Böylelikle, rayiç değer üzerinden kararlaştırılan nisbî metoda dayalı bedel, piyasa hareketlerine karşı taraf menfaatlerini korurken, bedelin uyarlanmasına yönelik düzenleme ayrıca hak sahibinin menfaatini gözetecektir.

Alım hakkı konusunun cins borcuna ilişkin olduğu durumlarda koruma yükümlülüğünden bahsedilmez¹⁵⁸⁸. Ancak sınırlı cins borcunun bulunduğu durumlarda, tıpkı kaçınma yükümlülüğünde olduğu gibi, koruma yükümlülüğünün kapsamı parça

¹⁵⁸³ Bu yönde bkz.: Schleich, *Option*, 158.

¹⁵⁸⁴ Casper, *Der Optionsvertrag*, 115.

¹⁵⁸⁵ Casper, *Der Optionsvertrag*, 115.

¹⁵⁸⁶ Casper, *Der Optionsvertrag*, 115.

¹⁵⁸⁷ Casper, *Der Optionsvertrag*, 115.

¹⁵⁸⁸ Bu yönde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 114.

borçlarında olduğu gibidir¹⁵⁸⁹. Son olarak koruma yükümlülüğü hakkın konusu şeyin sigortalıması borcunu ise doğurmaz¹⁵⁹⁰.

3.1.3.2.3.4. Sağlama Yükümlülüğü

Sağlama yükümlülüğü (*Beschaffungs*¹⁵⁹¹, *Verschaffungs*¹⁵⁹², *Herstellungspflicht*¹⁵⁹³), alım hakkı verenin, hakkın kullanımı anına kadar hakkın konusu şeyi temin etme ve ifaya hazır hale getirme yükümlülüğünü ifade eder. Hazır bulunma yükümlülüğünün özel bir türünü oluşturan sağlama yükümlülüğü, diğer yükümlülük türlerinden bir konuda ayrılmaktadır. O da, alım hakkı sözleşmesinin yapıldığı esnada, hakkın konusu şeyin henüz hakkı verenin malvarlığında bulunmadığı durumlarda söz konusu olmasıdır¹⁵⁹⁴. Bu yönüyle de, kaçınma ve koruma yükümlülüklerinden daha önce gelir. Hakkın konusu şey tedarik edildiği veya üretildiği andan itibaren ise artık kaçınma ve koruma yükümlülükleri devreye girer¹⁵⁹⁵.

Sağlama yükümlülüğü hakkın konusu şeyin her yönüyle belirlendiği parça borcunun konusu mallarda söz konusu olabilir¹⁵⁹⁶. Taşınmaz veyahut da ünlü bir ressam tarafından belirli bir konuya ilişkin olarak ortaya konulacak bir tablo çalışması üzerinde kurulan alım hakkında durum böyledir. Bununla birlikte, henüz imâl edilecek olan gayri misli eşyalarda da sağlama yükümlülüğü gündeme gelebilir¹⁵⁹⁷. Bir otomobil fabrikasında yaz dönemi içerisinde üretilecek ilk beş yüz parti otomobilin herhangi elli tanesini konu alan alım hakkı bu duruma örnek teşkil etmektedir.

Hakkın konusunu oluşturan şeyin cins borcu niteliğinde olduğu hallerde, sağlama yükümlülüğü, nispeten farklı bir görünüme sahiptir. Bunun sebebi, ilk iki durumdan farklı olarak, burada hakkı veren tarafın hakkın konusu şeyi tedarik etme yükümlülüğünün nispeten arka planda kalmasıdır. Gerçekten de hakkın kullanıldığı an,

¹⁵⁸⁹ Schleich, *Option*, 159.

¹⁵⁹⁰ Casper, *Der Optionsvertrag*, 116.

¹⁵⁹¹ Schleich, *Option*, 158; Casper, *Der Optionsvertrag*, 113.

¹⁵⁹² Schleich, *Option*, 158.

¹⁵⁹³ Schleich, *Option*, 158.

¹⁵⁹⁴ Casper, *Der Optionsvertrag*, 112-113. Dolaylı olarak aynı yönde bkz.: Schleich, *Option*, 158.

¹⁵⁹⁵ Kaçınma yükümlülüğü kapsamında bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 113.

¹⁵⁹⁶ Casper, *Der Optionsvertrag*, 113; Schleich, *Option*, 158.

¹⁵⁹⁷ Casper, *Der Optionsvertrag*, 113. Misli ve misli olmayan eşyalara ilişkin genel açıklamalar için bkz.: Halûk N. Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 7. Bası (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), Rn.50 vd.; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 51; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 6, Knr.4; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 13; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 9; Aydın Aybay ve Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 4. Bası (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), § 1 Rn.43-44.

uygun bir zaman diliminde hakkın konusunun ifası mümkün ise, hakkı verenin bu ifa hazırlığını önceden yapması şart değildir. Bu çerçevede, kaçınma yükümlülüğünde ifade edildiği üzere, malın satışa sunulduğu piyasaya erişim bu açıdan tek başına yeterlidir.

Alım hakkı verenin sağlama yükümlülüğü onun malı bizzat imâl etmesine bağlı değildir. Hakkın konusu şey üçüncü bir kişi tarafından imâl ediliyorsa, hakkı verenin, sağlama yükümlülüğü yine de bulunur. Örneğin; yayıncının bir yazar tarafından henüz kaleme alınmakta olan bir eser üzerinde alım hakkı tesis etmesinde durum böyledir¹⁵⁹⁸.

Son olarak alım hakkının kullanımı için bir süre veyahut da koşulun kararlaştırıldığı durum söz konusu olabilir. Böyle bir durumda, sağlama yükümlülüğünün sözleşmenin yapıldığı andan itibaren mi yoksa sürenin dolduğu veya koşulun gerçekleştiği andan itibaren mi geçerli olacağı sorusu gündeme gelmektedir. Kanaatimizce, bu noktada yapılması gereken, sözleşmenin yorumlanmasıyla yoluyla bir sonuca ulaşılmasıdır¹⁵⁹⁹. Bunun gibi; somut olayda yer alan hakkın konusu şeyin niteliği, üretimi için gereken zaman ve maliyet de aynı şekilde göz önünde bulundurulmalıdır. Taraf menfaatleri açısından en uygun çözüm yolu ise, yükümlülüğün kapsamının, en nihayetinde taraflarca kendi ihtiyaçlarına göre belirlenmesi olacaktır¹⁶⁰⁰.

3.1.3.3. Bilgilendirme Yükümlülüğü

3.1.3.3.1. Genel Olarak

Alım hakkı verenin sözleşmeden doğan bir diğer yükümlülüğü bilgilendirme yükümlülüğüdür. Bilgilendirme yükümlülüğü (*Informations*¹⁶⁰¹-, *Mitteilungspflicht*¹⁶⁰²) koşula bağlı alım hakkında yer alan bir yükümlülüktür¹⁶⁰³.

Alım hakkı için sözleşmede bir koşula yer verilmişse alım hakkı verenin, hak sahibini, koşulun gerçekleştiği hususunda bilgilendirmesi gerekir. Koşulun alım hakkının doğumu ya da kullanımı için öngörülmüş olması bir önem arz etmez. Her iki durumda da, hakkı veren, gerçekleşen koşula ilişkin olarak bilgilendirme yapmak

¹⁵⁹⁸ Schleich, *Option*, 158.

¹⁵⁹⁹ Casper, *Der Optionsvertrag*, 113.

¹⁶⁰⁰ Sağlama yükümlülüğüne ilişkin bu tür anlaşmaların mümkün olduğu yönünde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 114.

¹⁶⁰¹ Schleich, *Option*, 167; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.751 vd.

¹⁶⁰² Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 98.

¹⁶⁰³ Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 98; Schleich, *Option*, 167; Fischer, *Aktionärbindungsverträge*, 71, dpn.439.

zorundadır. Zira alım hakkının zamanında kullanılabilmesi, hak sahibinin, koşula ilişkin bilgilendirilmesi ile mümkündür¹⁶⁰⁴. Alım hakkı sahibi açısından ise, bu yükümlülük, koşulun gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin bilgi talep etme hakkı şeklinde ifade edilmektedir¹⁶⁰⁵.

Alım hakkı verenin bilgilendirme yükümlülüğünden bahsedebilmek için, kararlaştırılan koşulun, alım hakkı verenin hakimiyet alanında gerçekleşmesi gerekir¹⁶⁰⁶. Bunun dışında, hak sahibinin bilgi sahibi olabildiği koşullar yönünden bir bilgilendirme yükümlülüğünden bahsetmek mümkün değildir¹⁶⁰⁷. Ancak bunun istisnasını, sözleşmeden doğan yükümlülüğün ihlâlinin bir koşul olarak kararlaştırıldığı haller oluşturur¹⁶⁰⁸. Bu istisna ise, daha ziyade çok taraflı alım hakkına yer verilen pay sahipleri sözleşmesinde gündeme gelir. Gerçekten de pay sahiplerinden birinin, yükümlülüğe aykırı davranması halinde, kural olarak diğer pay sahiplerini bilgilendirme yükümlülüğü bulunmaz. Bu açıdan ihlâlin hakkı veren tarafın hakimiyet alanında gerçekleşmesinin de bir önemi yoktur¹⁶⁰⁹. Bu sebeple alım hakkı sahibi sözleşmenin ihlâlinin tespitini kendisi yapmakla yükümlüdür¹⁶¹⁰.

Bilgilendirme yükümlülüğü bazı durumlarda hakkın bir ivaz karşılığı kurulması sebebiyle de söz konusu olabilir. Bu durum, özellikle bir taşınırı konu alan ve şerhi mümkün olmayan alım haklarında önem arz eder. Gerçekten de alım hakkı bedeli, hakkı verenin girmiş olduğu bağlılığın bir karşılığını oluşturmaktadır. Hakkın şerhinin mümkün olmadığı durumlarda, hak sahibinin bu bağlılıktan doğan menfaati, bir nevî hakkı veren tarafın arzusuna bağlıdır. Dolayısıyla hakkın koşula bağlı olmadığı hallerde, alım hakkı veren, alım hakkı bedelini aldıktan sonra söz konusu malı üçüncü bir kişiye devredebilir. Alım hakkı sözleşmesinde koşula veyahut da hakkın konusu

¹⁶⁰⁴ Bu yönde bkz.: Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 71.

¹⁶⁰⁵ Bu doğrultuda bkz.: Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 98.

¹⁶⁰⁶ Schleich, *Option*, 167; Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 98; Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 71, dpn.442.

¹⁶⁰⁷ Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 98; Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 71, dpn.442. Nispeten aynı doğrultuda bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.203. Hak sahibinin koşulun gerçekleştiği ve fakat henüz bilgilendirme yapılmaksızın bilgi sahibi olduğu durumlarda, ispat yükünün, bunu ileri sürene ait olduğu yönündeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz.: BGE 44 II 384ff; 73 II167f; 83 II 520; ZBGR 1957 26f (Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.203'ten naklen).

¹⁶⁰⁸ Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 98; Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 72. Böyle bir durumda, bir nev'i kendini ihbar etme (*Selbstanzeige*) hâlinin söz konusu olacağı yönünde bkz.: Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 72.

¹⁶⁰⁹ Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 98.

¹⁶¹⁰ Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 98.

şeyin devrine ilişkin bir düzenleme söz konusu değil ise hak sona erer. Bu durum, hak sahibi açısından, hem hakkın sona ermesi hem de alım hakkı bedelinin kaybı sonucunu doğurur. Bu sebeple, şerhi mümkün olmayan alım hakkında bir bedel kararlaştırılmışsa, kanaatimizce, zımnen bilgilendirme yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmelidir¹⁶¹¹.

3.1.3.3.2. Bilgilendirme Yükümlülüğünün Hukukî Niteliği

Bilgilendirme yükümlülüğü, tıpkı hazır bulunma yükümlülüğünde olduğu gibi, bir yan edim yükümlülüğüdür¹⁶¹². Dolayısıyla hazır bulunma yükümlülüğünün hukukî niteliğine ilişkin yapılan açıklamalar, mahiyetine uygun düştüğü ölçüde, bilgilendirme yükümlülüğü için de geçerlidir¹⁶¹³. Bu kapsamda örneğin; alım hakkı yükümlüsü tarafın bu yükümlülüğe aykırı davranışı da aynı şekilde tazminat yükümlülüğüne sebebiyet verir¹⁶¹⁴.

Alım hakkı açısından bilgilendirme yükümlülüğünün kaynağı öğretide tartışmalıdır. Zira kanun koyucu, önalım hakkından farklı olarak, alım hakkında bu yükümlülüğe ilişkin bir düzenlemeye yer vermemiştir. Bunun sonucu olarak, yükümlülüğün kaynağının tespiti öğretiyeye bırakılmıştır.

Öğretide yer alan birinci görüş, alım hakkı açısından bilgilendirme yükümlülüğünün, önalım hakkında bilgilendirme yükümlülüğünü öngören hükmün kıyasen uygulanmasının bir sonucu olduğunu ileri sürmektedir¹⁶¹⁵. Dolayısıyla alım hakkı açısından burada kanundan doğan bir yükümlülük söz konusudur¹⁶¹⁶. Öğretide yer alan ikinci görüşe göre ise, bilgilendirme yükümlülüğü, sözleşmede yer almasa dahi dürüstlük kuralı gereği var olan bir yükümlülüktür¹⁶¹⁷. Ancak yine de hukukî netlik açısından sözleşmede açık bir şekilde düzenlenmesi tavsiye edilmektedir¹⁶¹⁸. Öğretideki

¹⁶¹¹ Aynı görüşte bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 99.

¹⁶¹² Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.780.

¹⁶¹³ Hazır bulunma yükümlülüğünün hukukî niteliğine ilişkin açıklamalar için bkz.: Üçüncü Bölüm, Hazır Bulunma Yükümlülüğünün Hukukî Niteliği başlığı.

¹⁶¹⁴ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.430 ve 780.

¹⁶¹⁵ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 98.

¹⁶¹⁶ Rey, *ZSR* 1994, 57 vd. (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.777, dpn.1570'den naklen).

¹⁶¹⁷ Schleich, *Option*, 168.

¹⁶¹⁸ Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 72; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.205. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz.: BGE 44 II 385 ff; 73 II 167; 83 II 519 ff; 92 II 152; ZBGR 1957 26 f (Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.205'ten naklen).

son görüş ise bilgilendirme yükümlülüğünü akdî yükümlülük kapsamında ele almaktadır¹⁶¹⁹.

Kanaatimizce, alım hakkında yer bulan bilgilendirme yükümlülüğünü, öğretide yer alan görüşler tam ve yeterli ölçüde ifade edememektedir. Bunun sebebi, ilk görüş dışındaki diğer iki görüşün, konuyu daha ziyade önalım hakkı kapsamında ele almış olmasıdır. Bu çerçevede ilk görüşü değerlendirmek gerekirse, önalım hakkında bilgilendirme yükümlülüğünü öngören düzenlemenin kıyasen alım hakkı için de uygulanması, bize göre, isabetli bir tercih olmamıştır. Zira bir alım hakkı koşula bağlı olarak kurulmak zorunda olmadığı gibi; koşul öngörülen bir durumda da bilgilendirmenin şekli önalım için öngörülen şekle tâbî olmaz. Öğretide yer alan diğer iki görüşe baktığımızda ise şöyle bir yorum yapmak mümkündür: Alım hakkı için bir koşulun öngörüldüğü durumlarda taraflarca bir düzenlemeye yer verilmemiş olsa dahi, alım hakkı sahibi lehine, dürüstlük kuralı gereği bir bilgilendirme yükümlülüğünün gündeme gelmesi mümkündür. Çünkü kararlaştırılan koşul hak sahibinin hakimiyet alanında yer almıyorsa, onun söz konusu koşulun gerçekleştiğinden haberdar olmasını beklemek de pek mümkün değildir. Bunun gibi, hak sahibi lehine, bazı durumlarda dürüstlük kuralı gereği bir bilgilendirme yükümlülüğünden bahsetmek mümkün olmayabilir. Ancak buna rağmen taraflar alım hakkı sözleşmesinde bilgilendirme yükümlülüğü kararlaştırmış olabilirler. İşte böyle bir durumda yükümlülüğün kaynağı doğrudan alım hakkı sözleşmesi olur. Bu çerçevede yükümlülüğün ifası, şekli ve zamanı artık sözleşmede yer alan düzenlemeye göre tespit edilir. Bu sebeple alım hakkında bilgilendirme yükümlülüğünün kaynağı, kimi zaman TMK md. 2’de yer alan dürüstlük kuralı iken kimi zaman da alım hakkı sözleşmesinin kendisidir¹⁶²⁰.

¹⁶¹⁹ Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.106; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.777; BSKor I-Fasel, N 5 zu Art. 216d; CR OR I-Foëx, N 8 zu Art. 216d; Steinauer, *droits réels*, Nr. 1734 i.V.m.1742 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.777, dpn.1569’dan naklen). Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGer 4C.194/2003 vom 6. November 2003, E. 3.1 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.777, dpn.1569’dan naklen).

¹⁶²⁰ Bu durum bilgilendirme yükümlülüğünün bir yan edim yükümlülüğü olma niteliğini değiştirmez. Zira bir yan edim yükümlülüğü örneğin dürüstlük kuralı gereği de doğmuş olabilir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: Brömmelmeyer, *Schuldrecht*, § 3, Rn.6.

3.1.3.3.3. Bilgilendirmenin Kapsamı

Bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamında, alım hakkı sahibinin kararı üzerinde etkili olabilecek tüm önemli bilgiler yer alır¹⁶²¹. Yükümlülüğün kapsamı belirlenirken tek temel ölçüt *sözleşmenin esaslı noktalarına* ilişkin bir bilgilendirme değildir¹⁶²². Bazı hallerde koşulun gerçekleştiğine dair durum dışında, farklı bazı hususların da, dürüstlük kuralı gereği bilgilendirmenin kapsamında yer alması gerekebilir¹⁶²³. Örneğin; hakkın konusu şeye ilişkin üçüncü bir kişiyle hukukî işlem yapılmış olma koşuluna yer verildiği hallerde, üçüncü kişinin kimliğinin, koşulun kapsamında yer almasında durum böyledir. Böyle bir durumda, bu bilgilerin hak sahibiyle paylaşılması yükümlülüğün gereği gibi yerine getirilmesi açısından zorunludur.

Alım hakkına ilişkin öngörülen koşul, üçüncü kişi ile yapılan bir sözleşme olarak kararlaştırılmışsa, söz konusu sözleşmenin tüm esaslı noktalarının bilgilendirmenin kapsamında yer alması gerekir¹⁶²⁴. Bu yönüyle, önalım olayındaki devre yönelik hukukî işleme benzer bir içeriğe sahip ise, sözleşmenin esaslı noktaları ile yan noktalarının bilgilendirmenin kapsamında yer alması gerekir¹⁶²⁵. Bunun gibi, alım hakkı yükümlüsünün söz konusu hukukî işlemi yapacağı üçüncü kişi de aynı şekilde bilgilendirmenin kapsamındadır¹⁶²⁶.

Taraflar bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamına ilişkin düzenleme yapmakta serbestir¹⁶²⁷. Taraflarca böyle bir düzenleme yapılmış ise, ilgili noktalar, sübjektif olarak hak sahibinin kararı üzerinde etkili noktaları oluşturur. Dolayısıyla alım hakkı yükümlüsü tarafın bu bilgileri, dürüstlük kuralı veyahut da sözleşmenin esaslı ve yan noktaları kapsamında değerlendirmesi, yükümlülüğün kapsamının tayini açısından artık gerekli değildir.

¹⁶²¹ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 100; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.103.

¹⁶²² Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.103.

¹⁶²³ Schleich, *Option*, 168.

¹⁶²⁴ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2410.

¹⁶²⁵ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.205.

¹⁶²⁶ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.205.

¹⁶²⁷ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.779.

3.1.3.3.4. Bilgilendirmenin Şekli ve Zamanı

Bilgilendirme yükümlülüğü alım hakkı yükümlüsü tarafından yerine getirilir¹⁶²⁸. Alım hakkı yükümlüsü, bilgilendirmenin kapsamında olan olayın gerçekleştiği anda hakkın konusu şeyin maliki olan kimsedir. Alım hakkı yükümlüsü tarafın birden fazla kişiden oluştuğu paylı mülkiyette, her bir paydaş, bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı açısından tam sorumludur¹⁶²⁹. Elbirliği mülkiyeti açısından da durum böyledir. Örneğin; ölüme bağlı tasarrufla kurulan alım hakkında, terekeye sahip olan tüm mirasçılar, bilgilendirme yükümlülüğünün borçlu tarafını oluşturur. Mirasçılardan birinin bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmesi diğer elbirliği halinde malikler için de bu yükümlülüğü sona erdirir (TBK md. 85 ve 166)¹⁶³⁰. Bunun dışında, tapu memuru açısından bir bilgilendirme yükümlülüğünden bahsetmek mümkün değildir. Ancak şerh edilmiş alım hakkında TMK md. 1019 gereği, ilgililerin bilgisi dışında yapılan işlemler yönünden, tapu memuruna tebliğde bulunma zorunluluğu getirilmiştir¹⁶³¹. Tapu memuru açısından söz konusu olan bu tebliğ zorunluluğu, şerhin yan etkisi olarak kabul edilmektedir¹⁶³². Dolayısıyla burada incelediğimiz bilgilendirme yükümlülüğünden farklı bir durumdur.

Bilgilendirme yükümlülüğü, kural olarak alım hakkı sahibine karşı ifa edilir¹⁶³³. Alım hakkı sahibi ise kural olarak alım hakkı alan kimse ya da onun mirasçılarıdır¹⁶³⁴. Alım hakkı devredilebilir olarak kararlaştırılmışsa, bilgilendirme, koşul gerçekleştiği anda hakkı elinde bulunduran kişiye karşı yapılmalıdır. Ancak bunun için devrin alım hakkı yükümlüsüne bildirilmiş olması gerekir¹⁶³⁵. Son olarak, hakkın şerh edilmiş olup olmaması bilgilendirmenin yapılacağı kişi açısından bir öneme sahip değildir¹⁶³⁶. Zira şerh, hakkın sürülebileceği kişi çevresini ilgilendiren bir işlemdir. Buna karşılık

¹⁶²⁸ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.756; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.98.

¹⁶²⁹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.758.

¹⁶³⁰ İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.759.

¹⁶³¹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.761; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.98, dpn.96; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.209. Tapu memurunun burada yer alan bilgilendirme yükümlülüğünün, alım hakkı kapsamında incelenen bilgilendirme yükümlülüğünden farklılık arz ettiği hususunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.786 vd.

¹⁶³² Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.210. Tapu memurunun bilgilendirme yükümlülüğünün, alım hakkı yükümlüsünün bilgilendirme yükümlülüğünden farklı olduğu yönünde ayrıca bkz.: Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.98, dpn.98.

¹⁶³³ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.762; Brunner, *Kaufrechte*, 393; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.101.

¹⁶³⁴ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.762; Brunner, *Kaufrechte*, 393.

¹⁶³⁵ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.762.

¹⁶³⁶ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.762.

yükümlülüğün ifa edileceği muhatap açısından hiçbir işleve sahip değildir. Öte yandan çoklu hak sahipliğinin bulunduğu durumlarda, bilgilendirmenin, tüm hak sahiplerine karşı ayrı ayrı yapılmış olması gerekir¹⁶³⁷. Hak sahipliğinin paylı veyahut da elbirliği halinde hak sahipliği olması bu açıdan bir fark yaratmaz¹⁶³⁸. Bununla birlikte, belirli bir kişinin tüm hak sahipleri yönünden bilgilendirmenin yapılması konusunda yetkili kılındığı durumlarda, bu kişiye karşı yapılan bildirim artık tek başına yeterlidir¹⁶³⁹.

Bilgilendirme, koşul gerçekleştikten sonra gecikmeksizin derhal yapılmalıdır¹⁶⁴⁰. Aksi takdirde zamanında yapılmayan bilgilendirme borçlu açısından tazminat yükümlülüğünü gündeme getirir¹⁶⁴¹. Bununla birlikte yapılacak olan bilgilendirme sözlü veya yazılı olabilir¹⁶⁴². Bilgilendirme için bir şekil kararlaştırılmışsa bu şekle riayet edilmesi şarttır¹⁶⁴³. Aksi takdirde şekle uygun olmayan bilgilendirme zamanında yapılmış dahi olsa borç ifa edilmiş sayılmaz. Bunun gibi, bilgilendirme yükümlülüğünün ifa edilmiş olması için hak sahibine bilgilendirmenin ulaşması gerekir. Yapılan bilgilendirmenin ulaşip ulaşmadığı hususundaki riziko, alım hakkı yükümlüsüne aittir¹⁶⁴⁴.

Borçlu tarafından zamanında ve şekle uygun olarak yapılan bilgilendirme hak sahibine ulaşmış olmakla birlikte ifa edilmiş olur. Böylelikle bilgilendirmenin yapılması, alım hakkı için öngörülen kullanım süresinin işlemeye başlaması sonucunu doğurur¹⁶⁴⁵. Diğer taraftan, alım hakkı sözleşmesinin tarafları sürenin başlamasına

¹⁶³⁷ CR OR I-Foëx, Rn.5 zu Art. 216d; Strebel, *Das gesetzliche Vorkaufsrecht*, Rn.1289, dpn.1543 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.763, dpn.1540'tan naklen); Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.763; Simonius ve Sutter, *Immobiliarsachenrecht*, § 11 Rn.69; Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.101. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 92 II 147 ff. (152) E. 2 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.763, dpn.1540'tan naklen).

¹⁶³⁸ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.763.

¹⁶³⁹ Emery, Rn.453 vd. (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.763, dpn.1542'den naklen); Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.763; Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.101. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için ayrıca bkz.: BGE 92 II 147 ff. (152 f.), E. 2 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.763, dpn.1542'den naklen).

¹⁶⁴⁰ Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.99; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.754-755; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.203.

¹⁶⁴¹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.755; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.203.

¹⁶⁴² Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 100; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.208. Bilgilendirmenin yapılması yönünden herhangi bir şekil şartının bulunmadığı yönünde bkz.: Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.102.

¹⁶⁴³ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 100; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.208.

¹⁶⁴⁴ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.755.

¹⁶⁴⁵ Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1241; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.203.

ilişkin olarak farklı bir düzenlemeye yer vermiş olabilir¹⁶⁴⁶. Böyle bir durumda kullanım süresi artık kararlaştırılmış olan süre şartına göre işlemeye başlar¹⁶⁴⁷.

3.2. Alım Hakkının Kullanılması

3.2.1. Genel Olarak

Alım hakkının kendisinden beklenen hüküm ve sonuçları doğurması ancak hakkın kullanılmasıyla mümkündür. Bu yönüyle hakkın kullanımı, aynı zamanda hakkın olağan sona erme sebebidir.

Tarafların alım hakkı sözleşmesi kurulurken öngördükleri nihaî amaç yalnızca hakkın tesisi değildir. Aynı zamanda hakkın kullanılma anına kadar geçen sürede karşılıklı hak ve borçları belirli bir hukukî rejime tabî kılmak bir diğer amacı oluşturmaktadır. Dolayısıyla alım hakkının kullanılma anı ve geçerliliği tüm borç ilişkisi açısından oldukça büyük bir öneme sahiptir. Hakkın kullanılması birtakım hak ve borçların sona ermesine sebep olurken, aynı zamanda taraflar arasında satış sözleşmesinden doğan bir borç ilişkisi kurmaktadır.

Alım hakkının kullanımı (*Kaufrechtsausübung*) esas sözleşmeyi gerçekleştirmeye yönelik hukukî işlemi ifade eder¹⁶⁴⁸. Burada sözü esas sözleşme ise satış sözleşmesidir. İşte satış sözleşmesinin kurulması, hakkı kullanma yetkisine sahip bir kimsenin, hukuken geçerli nitelikte olan kullanım beyanını doğru muhataba yöneltmesiyle mümkündür. Bu çerçevede çalışmamızda alım hakkının kullanımı; kullanım beyanı, süresi ve hakkın kullanılmasının sonuçları olmak üzere üç ana başlık altında ele alınmıştır. Kullanım beyanı incelenirken beyan sahibi ile muhatabı ve aynı zamanda bu beyanın içeriği ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

¹⁶⁴⁶ Forstmoser ve Kuchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1241.

¹⁶⁴⁷ Kullanım süresine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Üçüncü Bölüm, Kullanım Süresi başlığı.

¹⁶⁴⁸ Schleich, *Option*, 8.

3.2.2. Kullanım Beyanı

3.2.2.1. Genel Olarak

Alım hakkının kullanımı bir kullanım beyanı ile olur. Kullanım beyanı (*Ausübungserklärung*) ise alım hakkının kullanılmasına ilişkin arzuyu ortaya koyan beyanı ifade eder¹⁶⁴⁹.

Kullanım beyanı tek taraflı ve karşı tarafa varması gerekli¹⁶⁵⁰ olan yenilik doğuran irade beyanıdır¹⁶⁵¹. Kaynağını ise doğrudan alım hakkı sözleşmesi oluşturmaktadır. Ayrıca esas sözleşmenin karşı tarafına ait öneri beyanını da içerisinde barındıran bir görünüme sahiptir¹⁶⁵². Böylelikle karşı tarafa varmakla birlikte esas sözleşmeyi kurma fonksiyonuna sahip olmaktadır. Buna paralel olarak öğretide, kullanım beyanı, esas sözleşmeyi gerçekleştirmeye yönelik karşı tarafa varması gerekli olan irade beyanı olarak da ifade edilmektedir¹⁶⁵³.

Kullanım beyanı incelenirken beyanın, kim tarafından, kime karşı, hangi şekle uygun olarak yapıldığı, kendisinden beklenen hukukî sonucu doğurması açısından oldukça önemlidir. Bu önem beyanın içeriği açısından da aynıdır. Bu çerçevede kullanım beyanı; beyan sahibi ve muhatabı, beyanın şekli ve içeriği olmak üzere dört farklı başlık altında ele alınmıştır.

¹⁶⁴⁹ Strebel, *Das gesetzliche Vorkaufsrecht*, Rn.1325; Ghandchi, *Vorkaufsrecht*, 218; (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.836, dpn.1707'den naklen); Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.836; Simonius ve Sutter, *Immobiliarsachenrecht*, § 11 Rn.39.

¹⁶⁵⁰ İsviçre hukukunda bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2410. Alman hukukunda bkz.: Bergerfurth, Menard ve Fuchs, *Das Kaufsrecht*, Rn.152; Hirsch, *Schuldrecht Besonderer*, Rn.341; Looschelders, *Besonderer*, § 13, Rn.6 ve Rn.14.

¹⁶⁵¹ Türk hukukunda bkz.: Dural ve Sarı, *Temel Kavramlar*, Knr.1054; İnan ve Yücel, *Borçlar Hukuku*, 109-110. İsviçre hukukunda bkz.: CR OR I-Foëx, Rn.4 zu Art. 216e; Emery, Rn.490; Rey, *ZSR* 1994, 59; Schmid, *Neuerungen*, 81; Steinauer, *droits réels*, Rn.1736 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.836, dpn.1708'den naklen); Brunner, *Kaufsrechte*, 397; Pfäffli ve Byland, "Vorkaufsrecht", 294; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.836; Schleich, *Option*, 191; Pulver, "Börsenmässige", 282 vd.; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.224 ve Art. 683, Rn.58; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 48 Alman hukukunda bu yönde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 142.

¹⁶⁵² Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.836.

¹⁶⁵³ İsviçre hukukunda bkz.: Schleich, *Option*, 8. Türev piyasalar açısından bkz.: Pulver, "Börsenmässige", 209. Alman hukukunda opsiyon hakkı çerçevesinde opsiyon açıklaması (*Optionserklärung*) ve dolayısıyla alım hakkı açıklaması (*Kaufsrechtserklärung*) kavramına yönelik olarak bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 272.

3.2.2.2. Kullanım Beyanının Sahibi

3.2.2.2.1. Genel Olarak

Alım hakkını kullanma yetkisine sahip kişi alım hakkı sahibidir¹⁶⁵⁴. Alım hakkı sahibi ise genellikle alım hakkı sözleşmesinde alım hakkı verenin karşı tarafında yer alan¹⁶⁵⁵ alım hakkı alandır¹⁶⁵⁶. Ancak hakkın devredilebilir veyahut da mirasla intikâle elverişli olduğu hallerde, kullanım beyanı sahibi, alım hakkı alandan farklı bir kişi olabilir. Bu çerçevede mirasla intikâl eden alım hakkında küllî halefler; devredilebilir alım hakkında ise cüzî halefler tarafından alım hakkının kullanılması gündeme gelebilir¹⁶⁵⁷. Böyle bir durumda kullanım beyanı sahibi artık alım hakkı alan değil; hakkı daha sonra küllî ya da cüzî halef olarak devralan kimse/kimseler olur. Bu durum, hakkın üçüncü kişi yararına alım hakkı sözleşmesiyle devredildiği hallerde de aynı şekilde geçerlidir. Ancak buradaki en önemli fark, alım hakkı alan ile alım hakkı sahibi sıfatlarının en başından beri aynı kişide toplanmıyor oluşudur. Başka bir deyişle, ilk iki hâlden farklı olarak, alım hakkı alan en başından beri kullanım beyanı sahibi sıfatına sahip olmaz. Bununla birlikte, hak sahipliği hangi şekilde elde edilmiş olursa olsun, kullanım beyanının bir temsilci vasıtasıyla yapılması her halukârda mümkündür¹⁶⁵⁸.

Alım hakkını kullanabilme yetkisine sahip olma açısından belirleyici olan, kullanım beyanı ileri sürüldüğü esnada alım hakkı sahipliğini elinde bulundurmaktır¹⁶⁵⁹. Zira alım hakkı sahipliği, hakkın kullanılması neticesinde alım hakkı veren ile birlikte taraflarını oluşturduğu esas sözleşmeyi gerçekleştirme yetkisine sahip olmayı ifade eder¹⁶⁶⁰. Bu sebeple de, alım hakkı sözleşmesinin kurulduğu veyahut da hakkın miras yoluyla intikâl ettiği andaki hak sahipliğinin bu açıdan hiçbir önemi bulunmaz. Örneğin; miras yoluyla geçen alım hakkının daha sonra mirasçılar tarafından üçüncü bir kişiye

¹⁶⁵⁴ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.228; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 48. Nitekim önalım hakkının kullanılmasını düzenleyen TBK md. 242 de açıkça bir şekilde “*hak sahibi*” ifadesine yer vermiştir. İsviçre hukukunda bu doğrultuda ayrıca bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.800.

¹⁶⁵⁵ Schleich, *Option*, 8; Pulver, “Börsenmässige”, 206; Häusler, *Die vertraglichen Grundlagen*, 110 vd.

¹⁶⁵⁶ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.800. Bu çerçevede kullanım beyanı sahibini, alım hakkı alan şeklinde ele alan görüşlere de rastlanmaktadır. Bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Schleich, *Option*, 194.

¹⁶⁵⁷ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.800; Brunner, *Kaufrechte*, 395.

¹⁶⁵⁸ Genel olarak hakkın kullanımı kapsamında bu yönde bkz.: Strebel, *Das gesetzliche Vorkaufsrecht*, Rn.1320 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.800, dnp.1626’dan naklen); Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.800; Schleich, *Option*, 194; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 48; Allgäuer, *Kaufrecht*, 140; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.228.

¹⁶⁵⁹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.800.

¹⁶⁶⁰ Schleich, *Option*, 8-9.

devredilmesi durumunda, alım hakkını kullanma yetkisi, artık devralan üçüncü kişiye geçmiş olur.

Alım hakkını kullanma yetkisinin üçüncü bir kişiye devredilmesi mümkündür¹⁶⁶¹. Kullanma yetkisinin devri, kullanım hakkı sahibi ile üçüncü kişi arasındaki bir sözleşme ile olur. Bu noktada, kullanma yetkisinin devrine ilişkin sözleşme, alım hakkının devri için aranan şekil kurallarına tabîdir¹⁶⁶². Ancak hakkın devrinden farklı olarak, kullanım yetkisinin devrinde, kullanım beyanı muhatabı açısından olumlu veya olumsuz herhangi bir değişiklik söz konusu olmadığından onun rızası aranmaz¹⁶⁶³. Zira kullanım yetkisinin devredildiği durumlarda hak, üçüncü kişi tarafından ileri sürülse bile esas sözleşmenin tarafını üçüncü kişi değil; yine alım hakkı sahibi oluşturur¹⁶⁶⁴.

Alım hakkının kullanılması, her iki taraf açısından hak ve borçlar doğuran bir satış sözleşmesinin kurulmasını sağlar. Dolayısıyla kullanımı beyanı ileri sürülürken, hak sahibinin tam fiil ehliyetine sahip olması gerekir¹⁶⁶⁵. Hak sahibinin fiil ehliyetinin bulunmadığı durumlarda, bu beyan yasal temsilci tarafından yapılmalıdır¹⁶⁶⁶. Kullanım beyanının bir temsilci vasıtasıyla yapıldığı durumlarda ise temsilcinin ayırt etme gücüne sahip olması yeterlidir.

3.2.2.2.2. Çoklu Hak Sahipliği

3.2.2.2.2.1. Genel Olarak

Alım hakkı bazen birden fazla kişi lehine kurulmuş veyahut da küllî halefiyet gereği hak kurulduktan sonra birden fazla kişi hak sahipliği elde etmiş olabilir. Bunun gibi, karşılıklı hak sahipliğinin söz konusu hallerde, hak sahiplerinin hepsi hakkı kullanmak isteyebilir¹⁶⁶⁷. İşte bu gibi durumlarda, alım hakkının kim veya kimler tarafından kullanılabilceği sorusu cevaplanması gereken bir meseledir. Çünkü alım

¹⁶⁶¹ Schleich, *Option*, 272; Casper, *Der Optionsvertrag*, 188 vd. Aksi yöndeki görüş için bkz.: Koller, *AT Vorauflage*, § 84 Rn.92, 231 (Schleich, *Option*, 272, dpn.39'dan naklen); Brunner, *Kaufrechte*, 299.

¹⁶⁶² Schleich, *Option*, 273.

¹⁶⁶³ Schleich, *Option*, 273; Casper, *Der Optionsvertrag*, 193 vd.

¹⁶⁶⁴ Schleich, *Option*, 274.

¹⁶⁶⁵ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.800; Schmid, *Das Vorkaufrecht*, 94; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.228; Allgäuer, *Kaufrecht*, 140.

¹⁶⁶⁶ Allgäuer, *Kaufrecht*, 140.

¹⁶⁶⁷ Çoklu ve karşılıklı hak sahipliğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: İkinci Bölüm, Alım Hakkı Sahibi başlığı.

hakkını kullanma yetkisine sahip olma yönünden, kullanım beyanının ileri sürüldüğü andaki hak sahipliği yeterli olmaktadır. Çoklu hak sahipliğinde ise bu belirleyici kriter kimi zaman bir çekişmeye sebebiyet verebilmektedir. Gerçekten de çoklu hak sahipliğinde, hak sahibi olarak gözüken tüm kişiler, aynı zamanda kullanım beyanında bulunma hakkına sahip kişilerdir. Fakat burada önemli olan ayırım, bu kişilerin, aynı zamanda birer *yetkili* kullanım beyanı sahipleri olup olmadıklarıdır. Başka bir deyişle, bu kimselerin beyanlarına kanun koyucunun bir satış sözleşmesinin kurulması sonucunu bağlamış olup olmamasıdır.

Çoklu hak sahipliğinde alım hakkının kullanımına ilişkin görünüm şekilleri birbirinden oldukça farklıdır. Bu farklılık, hak sahipliğinin türüne ve hakkın sözleşmede kararlaştırılma şekline göre değişkenlik göstermektedir.

3.2.2.2.2. Bağımsız Alım Hakkı

Kullanım beyanı sahibi açısından çoklu hak sahipliğinde karşılaşılabilecek ilk hâl, aynı alım hakkı konusu üzerinde birbirinden bağımsız birden fazla alım hakkının kurulmasıdır. Özellikle karşılıklı hak sahipliğinde karşılaşılan bu hallerde, hakkın yetkili bir kullanım beyanı sahibi tarafından ileri sürülüp sürülmediği, bağımsız haklar arasındaki ilişkinin düzenlenme şekline göre tespit edilir. Bu kapsamda, hak sahipleri arasında bir öncelik sırası belirlenmişse, hakkın konusu şeyi alma konusunda hak sahiplerinden bazıları diğerlerine nazaran bir önceliğe sahip olur¹⁶⁶⁸. Dolayısıyla hakkın kullanımı açısından ancak bu sıraya riayet edilmek kaydıyla sonraki hak sahipleri hakkı ileri sürebilir. Aksi takdirde ileri sürülen beyan, hukuken yetkili bir kullanım beyanı sahibi tarafından ileri sürülmediğinden hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz. Bu tür öncelik sırasına yönelik anlaşmalara özellikle şirket payları üzerinde kurulan alım haklarında rastlanmaktadır.

Alım hakkı konusu üzerinde birbirinden bağımsız birden fazla alım hakkının bir öncelik sırasına yer verilmeksizin kurulması da mümkündür. Böyle bir durumda kullanım beyanı sahibinin, alım hakkını hukuken geçerli bir şekilde kullanıp kullanmadığının tespiti ayrıca birtakım unsurlara göre tayin edilir. Bu kapsamda, alım hakkının konusunu bir taşınmaz oluşturuyorsa, ilk olarak bir şerh kaydına yer verilip verilmediği göz önüne alınmalıdır. Bu çerçevede kullanım beyanları ileri sürüldüğü

¹⁶⁶⁸ Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbündungsverträge*, Rn.1211.

anda önceki tarihli şerh edilmiş bir alım hakkı bulunuyor ise, bu hak, sonraki tarihlilere göre önceliğe sahip olur¹⁶⁶⁹. Bununla birlikte haklardan bir kısmı şerh edilmiş diğerleri şerh edilmemiş ise, artık hakların tesis edilme tarihleri önem arz etmez ve şerh edilmiş alım hakları diğerlerine nazaran önceliklidir¹⁶⁷⁰. Dolayısıyla yeni tarihli şerh edilmiş bir alım hakkı, eski tarihli bir şerh edilmemiş alım hakkından önce gelir. Şerh edilmiş haklar arasındaki ilişki ise, az önce ifade ettiğimiz gibi, şerh edilme tarihleri dikkate alınarak bir öncelik sırasına konur. Ancak alım hakkının bir rüçhan sırasına göre kararlaştırılmasından farklı olarak, şerhten doğan öncelik, farklı zamanlarda sonraki hak sahiplerince ileri sürülen kullanım beyanlarının hüküm ve sonuç doğurmasını engellemez. Yeni tarihli bir şerh edilmiş alım hakkında, hak sahibi, kullanım beyanını eski tarihli şerh edilmiş alım hakkına sahip kişilerden önce de ileri sürebilir. Hatta şerh edilmemiş alım hakkı sahibi de bu yetkiye sahiptir. Burada her iki beyan da hukuken geçerlidir ve hüküm ve sonuçlarını doğurur. Ancak hakkın konusu şey, her iki halde de, önceki tarihli olan şerh edilmiş alım hakkıyla edinilmiş olur¹⁶⁷¹. Bu sebeple yeni tarihli alım hakkı sahibinin, alım hakkını kullanmak için önceki hak sahiplerini bekleme zorunluluğu kural olarak yoktur. Başka bir deyişle, ileri sürülmüş olan kullanım beyanı hukuken geçerli olur ve kendisinden beklenen hüküm ve sonuçları doğurur. Bu yönüyle de şerhe bağlı öncelik, rüçhan sırasından doğan önceliğe nazaran, beyanın doğurduğu sonuçlar açısından oldukça farklı bir görünüme sahiptir. Bununla birlikte hak sahipleri, aynı anda kullanım beyanlarını ileri sürmüşlerse, az önce ifade ettiğimiz öncelik sırasına göre beyanların geçerliliği tespit edilir.

Bağımsız birden fazla alım hakkının bulunduğu bazı durumlarda, taraflarca bir öncelik sırasına veyahut da şerh kaydına yer verilmemiş olabilir. Böyle bir durumda kullanım beyanı sahipliği açısından değerlendirme, hak sahipliğinin çoklu ya da karşılıklı olup olmamasına göre farklı şekillerde yapılmalıdır. Öncelikle çoklu hak sahipliğinin bulunduğu durumlarda, ilk olarak alım hakkı verenin, hak sahipleri arasında bir öncelik sırasına yer verip vermediğine bakılmalıdır. Eğer böyle bir sıraya yer

¹⁶⁶⁹ Friedrich, *ZBGR* 1977, 337; Piotet, *JdT* 1967, 172 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.877, dpn.1808'den naklen).

¹⁶⁷⁰ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.877.

¹⁶⁷¹ Şerh edilmeyen alım hakkı sahipleri açısından ise, alım hakkının, hakkın konusu şeyin devriyle birlikte sona ereceği yönünde ayrıntılı bilgi için bkz.: Üçüncü Bölüm, Hakkın Konusu Şeyin Devri başlığı.

verilmişse alım hakları arasındaki öncelik ilişkisi buna göre belirlenmelidir¹⁶⁷². Bu kapsamda bazı hak sahipleri öncelik sırasına uymaksızın kullanım beyanlarını ileri sürmüşlerse, bu beyanlar hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz. Bir taşınır üzerinde kurulan veyahut da bir taşınmazı konu almakla birlikte şerh edilmemiş alım haklarında durum böyledir. Öte yandan alım hakkı veren bazen hak sahipleri arasında bir öncelik sırası belirlememiş olabilir. Böyle bir durumda her hak sahibi, hakkı ileri sürmüş olmak kaydıyla hakkın konusu şeyin mülkiyetini talep etme yönünden eşit konumda olur¹⁶⁷³. Nitekim satış sözleşmesi niteliği itibarıyla bir borçlandırııcı işlem olduğu için hukuken böyle bir sonuç da mümkündür. Bunun sonucu olarak her bir hak sahibi, hakkı ileri sürdüğünde, hakkın konusuna ilişkin birden fazla satış sözleşmesi kurulmuş olur. Kanaatimizce, kullanım beyanlarının ileri sürülme tarihleri de bu noktada bir hak sahibine, diğerlerine karşı bir öncelik sağlamaz. Çünkü hakkın konusu şey tasarruf işlemiyle birlikte devredileceği için, o ana kadar hakkın her hak sahibi tarafından geçerli olarak ileri sürülmesi mümkündür. Ancak buna rağmen alım hakkı sahibi hakkın konusu şeyi hak sahiplerinden yalnızca birine devredebilir¹⁶⁷⁴. Diğer hak sahiplerinin tazminat talebi dışında başvurabilecekleri başka bir yol yoktur¹⁶⁷⁵.

Öncelik sırasının yer almadığı karşılıklı hak sahipliğini içeren alım haklarında ise meselenin çözümü daha farklıdır. Çünkü hak sahipliğinin bu türünde, çoklu hak sahipliğinden farklı olarak, tarafların her biri hem alım hakkı sahibi hem de alım hakkı yükümlüsü sıfatına sahiptir¹⁶⁷⁶. Örneğin; anonim şirket payları üzerinde her bir pay sahibinin, diğer pay sahiplerine karşı, kullanımı pay sahipleri sözleşmesinde yer alan bir yükümlülüğün ihlâli şartına bağlı olan alım hakkına sahip olmasında durum böyledir. Burada pay sahiplerinden biri sözleşmeye aykırı davrandığında, diğer pay sahipleri, borca aykırı davranan pay sahibinin payları üzerinde alım hakkına sahip olmaktadır.

¹⁶⁷² Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 571. Aynı doğrultuda bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.878.

¹⁶⁷³ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.878.

¹⁶⁷⁴ Bu durum hakkın konusu şeyin bir parça borcundan oluştuğu hallerde kesin olarak geçerlidir. Bununla birlikte cins borcunun söz konusu olduğu hallerde, her bir alım hakkının cins borcu açısından miktarı ve alım hakkı verenin tüm alım hakkı sahipleri için söz konusu malı temin edip edemeyeceği, her somut olaya göre değerlendirilmelidir. Eğer alım hakkı veren her bir alım hakkı kullanıldığında hakkın konusu şeyi bir şekilde temin edebiliyorsa zaten kullanım beyanı sahipleri açısından herhangi bir sorun yoktur. Başka bir deyişle, en azından bu başlık altında incelenen meselenin kapsamında yer alan bir durum teşkil etmez.

¹⁶⁷⁵ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.878.

¹⁶⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz.: bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 94, dpn.5'te yer alan atıf dolayısıyla aynı eserde ayrıca 24. Aynı zamanda bu çalışmada bkz.: İkinci Bölüm, Karşılıklı Hak Sahipliği başlığı.

Karşılıklı hak sahipliğinde, pay sahiplerince alım haklarına ilişkin bir öncelik sırasına yer verilmemiş olması, bu konuya ilişkin farklı bir anlaşmanın yapılmış olmasından kaynaklanabilir. Bu kapsamda ilk olarak, örneğin; her bir pay sahibi için alım hakkının konusu, borca aykırı davranacak her bir pay sahibinin toplam payının belirli bir oranıyla sınırlandırılmış olabilir. Böyle bir durumda kullanım beyanı sahipliğini yetki açısından değerlendirme noktasında bir sorun ile karşılaşılmaz. Yetki sorunu ortadan kaldırmaya hizmet eden bir diğer çözüm yolu hakkın konusu şeyin taksimine ilişkin öneri turlarına (*Angebotsrunde*) yönelik anlaşmalardır. Böyle bir durumda, hak sahipleri ilgili şirket payları üzerinde alım haklarını yine ileri sürebilirler. Ancak alım hakkını ileri süren her hak sahibi, aynı zamanda ne kadar pay almak istediğini de kullanım beyanıyla birlikte belirtmek zorundadır. Eğer toplam talep edilen alım miktarı hakkın konusu payın miktarından fazla ise ve pay sahipleri sözleşmesinde bu hususta bir düzenlemeye yer verilmişse paylar söz konusu düzenlemeye göre dağıtılır¹⁶⁷⁷. Ancak talep edilen alım miktarı hakkın konusu paydan daha az ise bu sefer hak sahiplerine tekrardan alım yapmak isteyip istemedikleri sorulmakta ve dağıtım buna göre yapılmaktadır. Eğer ikinci talep neticesinde alım miktarı yine fazla olursa bu sefer tekrar sözleşmedeki düzenlemeye göre mesele çözümlenmektedir¹⁶⁷⁸.

Karşılıklı hak sahipliğinin söz konusu olduğu pay sahipleri sözleşmesinde taraflarca öncelik sırasına veya taksime ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiş olabilir. Böyle bir durumda, her bir pay sahibi alım hakkını ileri sürme yönünden, tıpkı taşınırlar veyahut da taşınmazları konu alan şerh edilmemiş alım haklarında olduğu gibi, eşit konumda olurlar. Ancak karşılıklı hak sahipliğine özgü olarak burada kullanım beyanının ileri sürülme tarihi, kanaatimizce, hak sahipleri arasında artık bir öncelik sebebi oluşturmaktadır. Bu çerçevede alım hakkını ilk olarak kullanan pay sahibi hakkın konusu payları alma hakkına tek başına sahip olacaktır. Zira aksi yönde bir yorum, diğer hak sahiplerinin kullanım beyanı geçerli sayılmasına, fakat hakkın konusu şeyi edinemeyen pay sahipleri için ayrıca bir tazminat isteme yoluna gidilmesini mümkün kılmaktadır. Oysa karşılıklı hak sahipliği açısından bu durum pek de kabul edilebilir bir sonuç değildir. Bunun sebebi, karşılıklı hak sahipliği açısından her bir pay sahibinin borca aykırı davranışının tek bir sonuca sahip olmasıdır. O da, kendisine karşı

¹⁶⁷⁷ Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbündungsverträge*, Rn.1207.

¹⁶⁷⁸ Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbündungsverträge*, Rn.1208.

kullanılan alım hakkının muhatabı olmaktır. Hakkın muhatabı olan pay sahibi kendisine yöneltilecek olan kullanım beyanlarının sayı belirleme şansı zaten yoktur. Bu durumda, kullanım beyanının muhatabı olan pay sahibinin, elinde bulundurduğu payı tüm pay sahiplerine satma imkânına fiilen zaten sahip olamayışı, meseleyi daha da karmaşık hale getirmektedir. Oysa burada önemli olan, söz konusu payın pay sahipleri dışında üçüncü kişilere satışını engellemek ve pay sahipleri sözleşmesinden doğan borçlara her bir pay sahibinin riayet etmesini sağlamaktır. Pay, pay sahiplerinden birine satıldığında da bu amaç gerçekleşmiş olmaktadır. Ayrıca her bir pay sahibi daha en başından alım hakkının birden fazla kişiyle karşılıklı olarak kurulduğunu bilmekte ve bu duruma rıza göstermektedir. Aksi yönde bir anlaşma yapma imkânı ise, zaten hiçbir pay sahibi açısından mümkün değildir. Ancak yine de, hakkı ilk ileri süren pay sahibi hakkın konusu payların tümüne ilişkin olarak hakkı ileri sürmemişse, kalan paylar açısından diğer hak sahiplerinin kullanma yetkileri aynı şekilde devam edecektir.

3.2.2.2.3. Bağımsız Olmayan Alım Hakkı

Tek bir alım hakkının birden fazla kişi lehine kurulmuş olduğu haller söz konusu olabilir. Bu hallerde aynı alım hakkı üzerinde birden fazla kişinin hak sahipliği bulunmaktadır. Hak sahipliği her bir kişi için belirli bir oranla mevcut olabileceği gibi elbirliği şeklinde de gerçekleşebilir¹⁶⁷⁹. İşte bu noktada alım hakkının hak sahipleri tarafından nasıl kullanılacağı ve çoklu hak sahipliğinin türünün önemli olup olmadığı sorularıyla karşılaşılabilir. Zira tek bir alım hakkı üzerinden birden fazla hak sahipliğinin varlığı halinde, hakkın nasıl kullanılacağına ilişkin Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinde herhangi bir düzenlemeye rastlanmamaktadır.

Türk hukukunda birden fazla şahıs lehine mevcut olan bir alım hakkının nasıl kullanılması gerektiği ile herhangi bir özel öğreti görüşü ya da yargı kararı ile karşılaşmamaktadır. Bununla birlikte İsviçre ve Alman hukukunda yol gösterici birtakım yasal düzenleme ile öğreti görüş ve içtihatlarına yer verildiği görülmektedir.

Alman hukukunda BGB § 472’de yer alan düzenlemeye göre, önalım hakkında müşterek hak sahipliği söz konusu ise hak sahipleri hakkı ancak birlikte

¹⁶⁷⁹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.803.

kullanabilmektedir¹⁶⁸⁰. Ayrıca aynı hükümde, önalım hakkının hak sahiplerinden biri için ortadan kalkması ya da biri tarafından kullanılmaması durumunda kalan hak sahiplerinin hakkı birlikte kullanabileceği ifade edilmiştir. Aynı düzenleme BGB § 461'de geri alım hakkı için de birebir yer almaktadır¹⁶⁸¹. Alman hukukunda önalım hakkı için getirilen bu düzenlemeden hareketle İsviçre hukukundaki yargı uygulaması ve hâkim görüş, meselenin söz konusu düzenlemenin kıyasen uygulanması yoluyla çözümlenmesi gerektiği yönündedir¹⁶⁸². Bu çerçevede hak sahipliği ister belirli bir pay oranında ister elbirliği şeklinde olsun, hak ancak tüm hak sahiplerinin katılımıyla kullanılabilir¹⁶⁸³. Bu noktada hakkın konusu şeyin bölünebilir bir edim olup olmaması da önem arz etmez¹⁶⁸⁴. Ayrıca hak sahiplerinden biri hakkını kullanmaz ya da onun için hak ortadan kalkarsa geriye kalan hak sahipleri hakkı birlikte kullanabilir¹⁶⁸⁵.

Öğretide yer alan ikinci görüş ise hak sahipliğinin belirli bir pay oranında ve elbirliği halinde olması arasında bir ayırım yaparak konuyu ele almaktadır. Buna göre, belirli bir pay oranında alım hakkına sahip olan her hak sahibi, hakkı tek başına ileri sürebilir. Böyle bir durumda hakkın belirli bir hak sahibi tarafından ileri sürülmesi neticesinde kurulan satış sözleşmesi, hakkın konusu şeyin aynı oranda mülkiyetinin devrine yöneliktir. Hak sahiplerinden birinin haktan feragat etmesi ise yalnızca diğer hak sahiplerinin alım hakkı üzerindeki pay oranlarını arttırır¹⁶⁸⁶. Dolayısıyla kalan hak sahipleri, hakkı yine tek başlarına kullanma imkânına sahip olmaya devam eder. Elbirliği ile hak sahipliğinin söz konusu olduğu durumlarda ise hak ya hak sahiplerinin

¹⁶⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Bergerfurth, Menard ve Fuchs, *Das Kaufsrecht*, Rn.152. Genel olarak yenilik doğuran hakların hak sahiplerinin tümünün katılımıyla kullanılabileceği yönünde ayrıca bkz.: Leenen, *BGB Allgemeiner*, § 11, Rn.31.

¹⁶⁸¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Bergerfurth, Menard ve Fuchs, *Das Kaufsrecht*, Rn.146.

¹⁶⁸² Leemann, BK, Rn.61 zu Art. 681 ZGB (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.803, dpn.1630'dan naklen); Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.803; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.230. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 92 II 147 ff. (154 f.), E. 3 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.803, dpn.1630'dan naklen).

¹⁶⁸³ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.803; Isler, *Grundbuch*, 39; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.53 vd.'de yer alan atıflar dolayısıyla Art. 681, Rn.92 ve 230. Aynı doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Schleich, *Option*, 199; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 94, dpn.6'da yer alan atıf dolayısıyla aynı eserde ayrıca 21 vd. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 92 II 147 E. 3. (Schleich, *Option*, 199, dpn.44'ten naklen). Alman hukukunda bu yönde bkz.: PWW-Schmidt, *BGB § 472*, Rn.2; Erman-Grunewald, *BGB § 472*, Rn.1.

¹⁶⁸⁴ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.230.

¹⁶⁸⁵ Schleich, *Option*, 200; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.53 vd.'de yer alan atıflar dolayısıyla Art. 681, Rn.92 ve 230. Aynı doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 94, dpn.6'da yer alan atıf dolayısıyla aynı eserde 21 vd. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 5A_207/2007 et al. vom 20.3.2008 E.4.1., 4.4 (Schleich, *Option*, 200, dpn.46'dan naklen).

¹⁶⁸⁶ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.805 vd.

birlikte katılımıyla ya da yine hak sahiplerinin atamış oldukları bir temsilci vasıtasıyla kullanılabilir¹⁶⁸⁷. Bunun gibi, elbirliği ile hak sahipliğinin bir miras ortaklığından doğduğu hallerde, miras hukukuna ilişkin hükümler aynı şekilde hakkın kullanımı için de uygulama alanı bulur¹⁶⁸⁸. Ancak alım hakkı yükümlüsünün, söz konusu miras ortaklığında mirasçı sıfatıyla yer aldığı hallerde, diğer mirasçıların hakkı birlikte ileri sürmesi artık yeterlidir. Ayrıca alım hakkı yükümlüsü mirasçının rızası aranmaz¹⁶⁸⁹. Zira bu mirasçı için alım hakkı, alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi sebebiyle sona ermiş olmaktadır.

Kanaatimizce, kullanım beyanının ileri sürülebilmesi açısından paylı ve elbirliği ile hak sahipliği arasında ayırım yapan ikinci görüşe öncelik vermek gerekir. Zira alım hakkı üzerinde birden fazla kişinin hak sahipliğinin belirli bir oranda olması ile elbirliği şeklinde olması hukukî yönden iki farklı durumdur. Zaten bundan dolayıdır ki, her iki hak sahipliğinin tabî olduğu kurallar birbirinden farklıdır. Hak sahipliğinin konusunu oluşturan şeyin bir alım hakkı olması da bu durumu değiştirmemelidir. Hal böyle iken iki hak sahipliği türü arasında farklı düzenlemeler getiren bir hukuk sisteminde, meseleyi tek bir şekilde ele almak, kanaatimizce, kanun koyucunun bu yöndeki iradesini de görmezden gelmektir. Bu sebeple de, alım hakkı üzerindeki hak sahipliğinin türüne göre bir çözüm yolu sunmak bize göre daha isabetli gözükmemektedir.

Son olarak, tek bir alım hakkı üzerinden birden fazla hak sahipliğinin bulunduğu durumlara ilişkin olarak burada iki hususa daha değinilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Öncelikle, bir alım hakkı üzerinde belirli pay oranındaki hak sahipliği ile kanundan doğan paylı mülkiyet ilişkisindeki her bir paydaşın önalım hakkı sahipliği nitelik olarak birbirinden farklıdır. Paylı mülkiyette her bir paydaş diğer paylar üzerinde tamamen bağımsız ve müstakil nitelikte olan ferdî bir önalım hakkına sahiptir. Başka bir deyişle, her bir paydaşın kendine ait birer önalım hakkı mevcuttur. Oysa burada incelenen hak sahipliğinde yalnızca tek bir alım hakkı vardır. Paylı mülkiyetten doğan önalım hakkından farklı olarak, burada çoklu görünüme sahip olan durum, hak sahipliğinin

¹⁶⁸⁷ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.811.

¹⁶⁸⁸ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2413.

¹⁶⁸⁹ Piotet, *SPR IV/2*, 594 vd.; Escher, *ZK*, Rn.61 zu Art. 602 ZGB; BSK ZGB II-Schaukelberger/KellerLüscher, Rn.19 zu Art. 602; Widmer, *Erbengemeinschaft*, 47 vd. (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.812, dpn.1654'ten naklen). Bu doğrultudaki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz.: BGer 5A_207/2007 vom 20. März 2008, E. 4.1–4.4; BGE 102 Ia 430 ff. (432), E. 3 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.812, dpn.1654'ten naklen).

niceliğidir. İkinci olarak, alım hakkı üzerinden belirli bir paya sahip olan hak sahibinin, bu pay oranıyla sınırlı olarak hakkı ileri sürmesi, aşağıda ayrıntılarıyla incelendiği üzere, niteliği itibariyle hakkın kısmen kullanımını oluşturmaz. Zira burada hakkı ileri süren hak sahibi için o alım hakkından doğan kullanım yetkisi, zaten somut olayda yer alan hak sahipliğine ilişkin oranla sınırlıdır. İlgili hak sahibi, istese de mevcut talep miktarından fazlasını ileri sürme yetkisine sahip değildir. Bu sebeple, hakkın kısmen kullanılmasında yer alan ve esas sözleşmenin konusu edimin bölünebilir nitelikte bir edim olmasını öngören şartların da burada hiçbir önemi bulunmaz. Çünkü edim bölünebilir nitelikte olmasa dahi, belirli bir pay oranında hak sahipliği olan kişi, kullanım beyanı sahipliği yönünden tam yetkilidir. İleri sürdüğü kullanım beyanı da hukuken geçerlidir. Ayrıca hak sahipleri hakkı birlikte kullandıkları zaman, hakkın konusu şey üzerinde hak sahipliği oranınca mülkiyet hakkına sahip olduklarından, edimin niteliği hak sahiplerinin münferit kullanımları için hiçbir öneme sahip olmamalıdır. Buradaki tek fark, hakkı kullanan hak sahibinin, diğer hak sahiplerinin hakkı ileri sürdüğü ana kadar alım hakkı yükümlüsü ile birlikte hakkın konusu şey üzerinde birlikte mülkiyete sahip olmasıdır.

3.2.2.3. Kullanım Beyanının Muhatabı

3.2.2.3.1. Genel Olarak

Kullanım beyanı (*Ausübungserklärung*), hukuken hüküm ve sonuçlarını doğru kişiye ulaştığında doğurur¹⁶⁹⁰. Bu sebeple beyan muhatabının kim olacağının tespiti bu açıdan önem arz eder¹⁶⁹¹.

Kullanım beyanının muhatabı, kural olarak alım hakkı verendir¹⁶⁹². Muhatabın kural olarak alım hakkı vereni karşılaması oldukça olağandır. Bunun sebebi, sağlararası bir hukukî işlem ile üçüncü bir kimsenin yükümlölük altına sokulmasının (*Vertrag*

¹⁶⁹⁰ Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.117; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 101; Allgäuer, *Kaufrecht*, 136. Beyanın ulaşp ulaşmadığının tespitinde tarafların bir arada olup olmaması önem arz eder. Bu çerçevede hazır olanlar arasında ileri sürülen kullanım beyanında, beyanın muhataba yapıldığı anda ulaşmış olduğu kabul edilir. Hazır olmayanlar arasında yapılan söz gelimi posta yoluyla ileri sürülen kullanım beyanında ise mektubun muhatabın hakimiyet alanına girdiğı ve kendisinin bilgi sahibi olduğunun kabul edilebilir olduğu zaman diliminde beyanın ulaşmış olduğu kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Schleich, *Option*, 194; Pulver, “Börsenmässige”, 283 vd. Alman hukukunda bu doğrultuda bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 142 ve 150.

¹⁶⁹¹ Bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.813.

¹⁶⁹² Schleich, *Option*, 195; Casper, *Der Optionsvertrag*, 150; Pulver, “Börsenmässige”, 283; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 50; Allgäuer, *Kaufrecht*, 136.

zulasten Dritter) mümkün olmamasıdır¹⁶⁹³. Dolayısıyla alım hakkını bir kimse lehine kuran kişi, kullanım beyanının da muhatabı olmaktadır.

Bazı durumlarda hakkın kararlaştırılma şekli, hak sahipliğinin türü veyahut da sözleşmede yer alan bir kayıt, beyan muhatabının alım hakkı veren dışında bir kimse olması sonucunu doğurabilir. Hakkın şerh edilmiş olup olmaması, bu noktada ele alınması gereken ilk durumdur. Çünkü alım hakkının kime karşı kullanılacağı hakkın şerh edilmiş olup olmamasına göre farklılık göstermektedir. Bu sonuca, ”... *hak şerh edilmiş ve... alıcıya , aksi takdirde satıcıya karşı...*“ ifadesini içeren ve önalım hakkının kullanımını düzenleyen TBK md. 242 hükmünden de açıkça ulaşılmaktadır.

Şerh edilmemiş alım hakkında kullanma beyanı satıcıya karşı ileri sürülür¹⁶⁹⁴. Buradaki ”*satıcı*“ ifadesi ile kastedilen ise alım hakkı yükümlüsü kişidir¹⁶⁹⁵. Şerh edilmemiş alım hakkı, yalnızca hukukî ilişkinin tarafları açısından geçerli olduğundan, alım hakkı yükümlüsü taraf ya alım hakkı veren ya da onun küllî halefleridir¹⁶⁹⁶. Bu sebeple de, hak sahibinin kullanma beyanını üçüncü bir kişiye karşı yöneltmesi hukuken bir sonuç doğurmaz. Ayrıca üçüncü kişi de kendisine yöneltilen bu beyan karşısında herhangi bir borç altına girmez¹⁶⁹⁷. Hak sahibinin burada elinde bulunan tek imkân borcun ifa edilmemesi sebebiyle tazminat yoluna başvurmadır¹⁶⁹⁸. Kullanma bedelinin sabit olarak kararlaştırıldığı hallerde, hakkın konusu şeyin piyasa değeri ile bu sabit değer arasında bir fark oluşmuşsa bu farkın da tazminatın kapsamına dahil edilmesi mümkündür¹⁶⁹⁹. Bununla birlikte alım hakkı için bir bedel kararlaştırılmışsa bu bedelin

¹⁶⁹³ Alım hakkı kapsamında bkz.: Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 94. Önalım hakkı kapsamında bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.88. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 124 II 8 ff. (11), E. 2b. (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.96, dpn.147’den naklen). Alman hukukunda bkz.: Förster, *Schuldrecht*, Rn.964; Brömmelmeyer, *Schuldrecht*, § 14, Rn.1; BeckOGK-Mäsch, *BGB § 328*, Rn.1; BeckNomosHK-Schulze, *BGB § 328*, Rn.5; Fikentscher ve Heinemann, *Schuldrecht*, Rn.299; Looschelders, *Allgemeiner*, § 51, Rn.8; Wolf, *Besonderer Teil*, 350; Weiler, *Schuldrecht*, § 36, Rn.1; Jousen, *Schuldrecht I*, Rn.1147. Bu yöndeki Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGH NJW 1995, 3183, 3184 (Brömmelmeyer, *Schuldrecht*, § 14, Rn.1’den naklen).

¹⁶⁹⁴ Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.117; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.815.

¹⁶⁹⁵ Önalım hakkı kapsamında bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.815.

¹⁶⁹⁶ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.815; Brunner, *Kaufsrecht*, 399. Benzer doğrultuda açıklamalar yapan bir diğer görüş için bkz.: Allgäuer, *Kaufsrecht*, 139.

¹⁶⁹⁷ Bu doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Steinauer, *droits réels*, Rn.1735 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.816, dpn.1662’den naklen); Simonius ve Sutter, *Immobiliarsachenrecht*, § 11 Rn.74; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.816; Allgäuer, *Kaufsrecht*, 143.

¹⁶⁹⁸ Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.70; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.817; Allgäuer, *Kaufsrecht*, 143.

¹⁶⁹⁹ Bu yönde bkz.: Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.70.

de faiziyle birlikte istenmesi gerekir¹⁷⁰⁰. Ancak hak sahibi, kullanım süresi içerisinde hakkı kullanır veyahut da henüz kullanım süresi sona ermeksizin üçüncü kişi sözleşmeden döner ise, hakkı ileri sürmüş olan alım hakkı sahibi, malın mülkiyetinin devrini isteyebileceği gibi; henüz hakkı ileri sürmediği durumlarda önce bunu ileri sürüp daha sonra da hakkın konusu şeyin mülkiyetini talep edebilir¹⁷⁰¹.

Şerh edilmiş alım hakkında kullanma beyanı hakkın konusu şeyin malikine karşı yöneltilir¹⁷⁰². Buradaki ”malik“ olarak ifade edilen kimse hakkın konusu şey hiç el değiştirmemiş ya da yalnızca küllî haleflere geçmiş (intikal etmiş) olmak kaydıyla alım hakkı sözleşmesindeki alım hakkı veren veyahut da onun küllî halefleridir¹⁷⁰³. Mamafih, bazen, hakkın konusu şey cüzî halefiyet yoluyla üçüncü bir kişiye devredilmiş olabilir. Böyle bir durumda da hak aslında hakkın konusu şeyin malikine karşı ileri sürülür. Ancak ilk ihtimalden farklı olarak, hakkın, kullanım beyanının ileri sürüldüğü andaki taşınmaz malikine karşı yöneltilmesi gerekir¹⁷⁰⁴. Sözü edilen taşınmaz maliki ise kullanım beyanının ileri sürüldüğü anda tapu sicilinde malik olarak gözüken kimsedir¹⁷⁰⁵. Bu açıdan belirleyici olan zaman ise yevmiye defterine kayıt yapılan tarihtir (TMK md. 1022/II)¹⁷⁰⁶. Bunun dışında, önceki malike karşı yapılan kullanım beyanı hukuken bir geçerliliğe sahip değildir¹⁷⁰⁷.

Kullanım beyanı, bazen alım hakkı sahibinden kaynaklanmayan bir sebeple önceki hak sahibine yapılmış olabilir. Keza, kullanım beyanının ileri sürüldüğü an ile ulaştığı an arasında hakkın konusu şeyin mülkiyeti devredilmiş olabilir. Böyle bir durumda, kullanım beyanının doğru muhataba yapılmış olup olmadığının ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Öncelikle alım hakkının şerh edilmediği durumlarda, böyle

¹⁷⁰⁰ Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.70.

¹⁷⁰¹ Önalım hakkı kapsamında aynı doğrultuda bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.817.

¹⁷⁰² Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.819; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.117; Allgäuer, *Kaufrecht*, 136.

¹⁷⁰³ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.819.

¹⁷⁰⁴ CR OR I-Foëx, Rn.6 zu Art. 216e (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.819, dpn.1668'den naklen); Steinauer, *Bd. II*, Rn.1709, 1718b, 1735 (Schleich, *Option*, 195, dpn.29'dan naklen); Simonius ve Sutter, *Immobiliarsachenrecht*, § 11 Rn.43; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.819; Brunner, *Kaufrecht*, 399; Schleich, *Option*, 195 ve 280-281. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGer 5A_659/2012 vom 25. Januar 2013, E. 3 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.819, dpn.1668'den naklen).

¹⁷⁰⁵ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.820.

¹⁷⁰⁶ Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 138 III 512 ff. (514 ff.), E. 3, insbesondere E. 3.5.2 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.820, dpn.1672'den naklen).

¹⁷⁰⁷ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.819. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGer 5A_668/2012 vom 7. März 2013, E. 4.1 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.819, dpn.1671'den naklen).

bir sorunla karşılaşılması pek mümkün değildir. Çünkü şerh edilmemiş alım hakkı yalnızca sözleşmenin tarafları arasında ileri sürülebileceğinden, hakkın konusu şeyin devredilmiş olması hakkın sona ermesine sebep olur¹⁷⁰⁸. Taraflarca bir bilgilendirme yükümlülüğünün kararlaştırılmış olması da bu sonucu değiştirmez. Çünkü bu yükümlülüğün varlığı, olsa olsa alım hakkı sözleşmesinde yer alan bir yükümlülükten kaynaklanan bir borca aykırılığa sebebiyet verir. Bu sebeple de, kullanım beyanının ileri sürüldüğü ve ulaştığı an arasındaki zaman aralığında gerçekleşen bir devir işleminin de bu açıdan ayrıca ele alınmasının hiçbir önemi yoktur.

Şerh edilmiş alım hakkında ise hakkın konusu şeyin devrinin kullanım beyanı açısından önemi ikili bir ayırım yapılarak incelenmelidir. Bu kapsamda ilk ihtimal, hakkın konusu şey üzerinde bir devir işlemine yönelik hukukî işlem yapılmış olma koşulunun kararlaştırılmış olduğu hallerdir. Böyle bir durumda alım hakkının kullanımı, tıpkı şerh edilmemiş alım hakkında olduğu gibi çözümlenir. Çünkü alım hakkı, bu şekilde bir koşula bağlanmadığında ne devir işlemi alım hakkı sahibi için bir öneme sahiptir ne de alım hakkı veren tarafın bilgilendirme yükümlülüğü söz konusudur. Zaten devre yönelik bir hukukî işlem hak sahibi açısından önem arz etse ya alım hakkının kullanımı için bu yönde bir koşula yer verilir ya da hak sahibi her hâlükârda bir bilgilendirme yükümlülüğünün alım hakkı sözleşmesinde yer almasını ister.

İkinci ihtimal olarak taraflar, alım hakkının kullanımı için üçüncü kişiyle bir devir işlemi koşuluna yer vermiş olabilir. Bu durumda sorunun nasıl çözüleceğine ilişkin öğretide bir fikir birliğine rastlanmamaktadır. Öğretide yer alan birinci görüşe göre, taşınmaz maliki, hak sahibini bilgilendirmeksizin hakkın konusu şeyi üçüncü bir kişiye devretmişse alım hakkının önceki malike karşı ileri sürülmesi hukuken mümkün olmalıdır. Zira aksi yöndeki bir kabul, süreye uygun olarak ileri sürülen kullanım beyanının önceki malik tarafından üçüncü kişiye iletilmemesi sebebiyle engellenmesi anlamına gelmektedir¹⁷⁰⁹. Örneğin; malik B hakkın konusu taşınmazı C'ye devretse ve bu devir işleminden haberi olmayan hak sahibi A kullanım beyanını B'ye yöneltse alım hakkı hukuken geçerli bir şekilde ileri sürülmüş olmalıdır. Böylelikle B'nin, devir işleminden A'yı ve kullanım beyanından da C'yi haberdar etmemesi, hak sahibi

¹⁷⁰⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Üçüncü Bölüm, Hakkın Konusu Şeyin Devri başlığı.

¹⁷⁰⁹ Emery, Rn.477; Ostertag, *BK-ZGB Art.959*, Rn.34 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.820, dpn.1673'ten naklen); Simonius ve Sutter, *Immobiliarsachenrecht*, § 11 Rn.43; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.234; Brunner, *Kaufsrechte*, 399.

açısından bir hak kaybına sebep olmaz. Çünkü o, hakkı en başta B'ye ileri sürerek geçerli bir şekilde kullanmış olmaktadır.

Öğretide yer alan ikinci görüşün ise, meselenin çözümünü, kullanım beyanının ilk ileri sürüldüğü andan itibaren ele aldığı göze çarpmaktadır. Bu görüş gerekçelerini TMK md. 1020/III hükmünü karşılayan ZGB Art.683/4'e dayandırmaktadır. Buna göre, söz konusu düzenlemede yer alan, "*Kimse tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremez*" hükmü gereği, kullanım beyanının ileri sürülme ile ulaşma anı arasındaki sürede gerçekleşecek olası bir riziko, tamamen alım hakkı sahibine aittir. Burada sözü edilen riziko; hakkın konusu şeyin devredilmesi, yani yevmiye defterine yeni bir malike ilişkin kaydın düşülmesini ifade eder. Hak sahibi ise bunu bilmek zorundadır. Bu sebeple onun yapabileceği tek şey, alım hakkını, kullanma süresi henüz sona ermemişse yeni malike karşı tekrar ileri sürmektir¹⁷¹⁰.

Öğretide yer alan son görüş ise, ilk iki görüşü harmanlayarak bir sonuca ulaşmaktadır. Buna göre, eğer kullanım beyanı ileri sürüldüğü anda mülkiyetin devri çoktan gerçekleşmiş ve bununla birlikte hak sahibinin yeni malike karşı zamanında bir kullanma beyanını ulaştırması imkânsız ya da beklenilmez değil ise, önceki malike karşı yapılan beyan geçersizdir. Bununla birlikte bir imkânsızlık hâli ya da beklenilmez bir hâl söz konusu ise önceki malike karşı yapılan kullanma beyanı geçerli olmalıdır. Bunun sonucu olarak da, yeni malikin, hak sahibi tarafından eski malike karşı bir kullanım beyanında bulunulup bulunulmadığını hesaba katması gerekir¹⁷¹¹.

Kanaatimizce, yukarıda yer alan öğreti görüşlerinden meseleyi en tutarlı şekilde ele alan görüş ikinci görüştür ve bu sebeple de bu görüşe öncelik vermek gerekir. Öncelikle birinci ve üçüncü görüş açısından meseleye baktığımızda, alım hakkının geçerli olarak kullanımının neye dayandırılabilmesi pek açık değildir. Öğretide bazı yazarlar, yetkili olmayan muhataba yapılmış olan beyanın, bu kimseler tarafından yetkili muhataba iletilmesini, tıpkı haberci vasıtasıyla ulaştırılmış gibi kabul etmektedirler. Böylelikle de kullanım beyanının muhataba hukuken geçerli olarak ulaştığı sonucuna ulaşmaktadırlar¹⁷¹². Ancak hak sahibinin, isterse kullanım süresi

¹⁷¹⁰ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.820.

¹⁷¹¹ Schleich, *Option*, 196.

¹⁷¹² Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.827; Schleich, *Option*, 196. Bu doğrultudaki İsviçre yargı kararı için bkz.: Urteil des Walliser Kantonsgerichts vom 20. März 1985, in: ZBGR 71/1990, S.80 ff. (84), E.

içerisinde doğru muhataba tekrardan bir beyan ileri sürmesi mümkündür¹⁷¹³. Ancak bu yönde bir çıkarım kanaatimizce doğru gözükmemektedir. Gerçekten de önceki malike karşı ileri sürülen beyan alım hakkının kullanımına ilişkin bir beyandır. Dolayısıyla bu beyanı, onun muhtevasında bulunmayan bir sonuca bağlamak ve önceki maliki, kullanım beyanını iletmekle görevli bir haberci olarak değerlendirmek, hukukî dayanaktan yoksundur. İkincisi, alım hakkının kullanım ve böylelikle esas sözleşmenin kurulma anının ne olacağı da oldukça belirsizdir. Eğer esas sözleşme, alım hakkının kullanımına ilişkin beyanın önceki malike ulaştığı anda kurulmuş sayılırsa, bu durum, devralan sonraki malik açısından oldukça sakıncalı bir duruma sebebiyet vermektedir. O da, kullanım beyanından haberdar olmayan sonraki malik tarafından, sona erdiğini düşündüğü alım hakkına konu olan şeyi üçüncü bir kişiye devretmiş olmasıdır. Örneğin; 15 Aralık 2020’de sona eren bir alım hakkında, hakkın konusu şey A tarafından B’ye 15 Aralık 2019’da satılmış olabilir. Hak sahibi C ise kullanım beyanını aslında 15 Kasım 2019 tarihinde ileri sürmüştür. Alım hakkının ve ayrıca hakkın kullanılmadığı için de şerhin koruyucu etkisinin sona erdiğini düşünen B, 15 Ocak 2021’de hakkın konusu şeyi E’ye devretmiş olabilir. Birinci ve şartları varsa üçüncü görüşe göre, böyle bir durumda C’nin kullanım beyanı geçerli olduğundan, satış sözleşmesi B ile C arasında kurulmuş olmaktadır. Ayrıca hak kullanıldığı için de şerhin koruyucu etkisi, hakkın konusu şeyin mülkiyeti hak sahibine devredilene kadar sürmektedir¹⁷¹⁴. Dolayısıyla hak sahibi C, alım hakkını, devralan E’ye karşı da ileri sürme imkânına sahiptir. Bu ise, B’nin E ile yapmış olduğu satış sözleşmesinden doğan borcu ifa edememesi anlamına gelmektedir. Oysa B’nin bu borca aykırılığa düşme sebebi tamamen A’dan kaynaklanmaktadır. Üçüncü olarak, doğru muhataba ulaşmayan kullanım beyanına cevaz vermek bazen alım hakkı sahibinin menfaatine de uygun olmayabilir. Örneğin; aynı olayda, hakkın konusu şeyi devralan B ile C arasında bir hasımlık söz konusu olabilir. Bunun gibi, hak sahibi C farklı birtakım başka sebeplerden ötürü B ile satış ilişkisi içerisine girmek de istemeyebilir. Dolayısıyla burada olması gereken, hak sahibine ikinci bir düşünme fırsatı vermektir. Öte yandan bir diğer sorun ise, hak sahibinin, kullanım beyanını dilerse doğru muhataba tekrar nasıl ileri sürebileceğidir.

2c, mit Hinweis auf BGE 73 II 162 ff. (168 f.). (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.827,dpn.1691’dan naklen).

¹⁷¹³ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.827.

¹⁷¹⁴ Şerhin koruyucu etkisinin sona erme anına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Üçüncü Bölüm, Şerhin Sona Ermesi başlığı.

Zira önceki malike ileri sürülen beyan geçerliyse hak zaten sona ermiş olmaktadır. Sona ermiş bir alım hakkının tekrar ileri sürülmesinin ne lüzûmu ne de hukukî bir sonucu vardır. Ayrıca yenilik doğuran bir hakkın kullanım neticesinde sona ermesi bunu ileri süren hak sahibinin sübjektif şartlarına göre değişiklik gösteremez. Başka bir deyişle, alım hakkının kaderinin, bunu ileri süren hak sahibinin tekrardan bir kullanım beyanını ileri sürmesinin imkânsız olup olmamasına bağlanması mümkün değildir. Kullanım süresinin bir hak düşürücü süre olması da bu durumu doğrular niteliktedir. Bu sebeple, öğretide yer alan üçüncü görüşün de, bu yönüyle oldukça tutarsız olduğunu söylemek pek tabî mümkündür. Dolayısıyla olması gereken, kanaatimizce, hak sahibinin kullanım beyanını ileri sürerken tapu kütüğünde yer alan kayıtları ilgili sıfatıyla incelemesi ve beyanı doğru muhataba yöneltmesidir. Eğer hak sahibi, kullanım beyanının doğru muhataba karşı ileri sürülmediğinden şüphe ediyor veyahut da onun zamanında ulaşmayacağını düşünüyorsa, bunu ya hak sona ermeden erken bir vakitte yapmalı ya da hakkın sona ermesinden kısa bir süre önce tapu kütüğünde yer alan kayıtları son kez kontrol etmelidir. Böylelikle kullanım beyanını ileri sürdükten sonraki bir tarihte söz konusu taşınmazın devredilip devredilmediği incelenmiş olmaktadır. Ayrıca kullanım beyanının hazırlararası veyahut da bu nitelikte sayılan bir iletişim aracıyla iletilmesi de başvurulabilecek bir diğer çözüm yoludur.

Taraflar kullanım beyanının belirli bir üçüncü kişiye ya da temsilciye karşı yapılmasını kararlaştırabilirler¹⁷¹⁵. Nitekim borsada işlem gören opsiyon haklarında, genellikle bir portföy bankasının (*Depotbank*) kullanım beyanının muhatabı olduğuna yönelik düzenlemelere yer verildiği görülmektedir¹⁷¹⁶. Böyle bir durumda kullanım beyanı belirlenmiş olan kişiye ulaştığında, aksi kararlaştırılmadığı müddetçe hüküm ve sonuçlarını doğurmuş olur¹⁷¹⁷. Bunun gibi, alım hakkı veren, sözleşmede, hak sahibinin katılımı olmaksızın tek taraflı olarak beyan muhatabını belirleme konusunda yetkili de kılınabilir¹⁷¹⁸. Böyle bir durumda kullanım beyanının muhatabı, hakkı verenin belirlediği kişi veya kurum olur. Ancak bir belirleme yapılmadığı takdirde hak sahibinin, alım hakkı verene karşı hakkı ileri sürme imkânı devam eder.

¹⁷¹⁵ Schleich, *Option*, 167. Aynı doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 50. Alman hukukunda bu yönde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 150.

¹⁷¹⁶ Schleich, *Option*, 167.

¹⁷¹⁷ Schleich, *Option*, 195; Casper, *Der Optionsvertrag*, 150.

¹⁷¹⁸ Schleich, *Option*, 195.

3.2.2.3.2. Muhatabın Birden Fazla Olduğu Haller

Kullanım beyanının muhatabı bazen birden fazla kişiden oluşabilir. Özellikle hakkın konusu şeyin üzerinde birden fazla malikin yer aldığı durumlarda çoklu muhataplık gündeme gelir. Böyle bir durumda ister müşterek mülkiyet¹⁷¹⁹ ister elbirliği mülkiyeti¹⁷²⁰ olsun beyanın tüm maliklere karşı yapılması gerekir¹⁷²¹. Ancak maliklerden biri veyahut da üçüncü bir kişi beyan muhatabı (*Empfangsvertreter*) olarak belirlenmişse artık beyanın bu kişiye yöneltilmesi yeterlidir¹⁷²². Başka bir deyişle, hak, geçerli olarak ileri sürülmüş ve esas sözleşme kurulmuş olur. Bununla birlikte ifade etmek gerekir ki, burada incelenen, hakkın konusu şeyin tamamı üzerinde kurulmuş olan bir alım hakkıdır. Dolayısıyla örneğin; paylı mülkiyete konu taşınmaz üzerinde alım hakkı ileri sürüldüğünde, paydaşların ayrıca paylı mülkiyetten doğan bir önalım hakkı ileri sürmesi mümkün değildir. Zira hak taşınmaz üzerindeki belirli bir paya ilişkin değil; onun tamamı için kullanılmaktadır. Bununla birlikte, paylı mülkiyete konu bir taşınmazda belirli bir pay üzerinde kurulan alım hakkında ise durum farklıdır. Ancak bu tür bir alım hakkının kullanımı, TMK md. 732 hükmü gereği pratik anlamda zaten büyük ölçüde sınırlandırılmış bulunmaktadır.

3.2.2.4. Kullanım Beyanının Şekli

3.2.2.4.1. Genel Olarak

Alım hakkının kullanımına ilişkin Türk Borçlar Kanunu ile Türk Medeni Kanunu'nda herhangi bir hükme rastlanmamaktadır. Keza Tapu Sicil Tüzüğü ile Tapu Kanun'unun alım hakkını zikrettiği muhtelif hükümlerinde de, kanun koyucunun, hakkın kullanımına ilişkin bir düzenlemeye yer vermediği görülmektedir. Özellikle Türk Medeni Kanunu md. 734 ve 735'te sözleşmeden ve kanundan doğan önalım haklarının kullanımı için dava yolunu öngören düzenlemeler göz önüne alındığında meselenin çözümü daha tartışmalı hale gelmektedir.

Alım hakkının kullanım şekli meselesi ikili bir ayırım yapılarak ele alınmalıdır. Bunlardan birincisi, önalım hakkı için dava yoluyla kullanma şartını getiren TMK md.

¹⁷¹⁹ Binz-Gehring, 177; Emery, Rn.489 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.829, dpn.1694'ten naklen).

¹⁷²⁰ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.829.

¹⁷²¹ Schleich, *Option*, 200; Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2412. Mülkiyet türüne ilişkin bir ayırım yapmaksızın muhatabın birden fazla olduğu durumlarda, hakkın, tüm muhataplara karşı kullanılması gerektiği yönünde bkz.: Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 50.

¹⁷²² Schleich, *Option*, 200.

734 hükmünün genel olarak alım ve geri alım hakları karşısındaki konumudur. TMK md. 734/I'e göre, önalım hakkı, alıcıya karşı dava açılarak kullanılmalıdır. Dava yoluyla kullanma şartı TMK md. 735 sebebiyle sözleşmeden doğan önalım hakkı için de uygulama alanı bulmaktadır.

Önalım hakkının dava yoluyla kullanılması şartını düzenleyen Türk Medeni Kanunu hükmü istisnâ bir düzenlemedir. Dolayısıyla taşınmaz satışı doğuran önalım hakkı dışındaki alım ve geri alım hakları için uygulama alanı bulmaz. Bunun sonucu olarak, önalım hakkının dava yoluyla kullanılması gerekirken; alım ve geri alım haklarında dava yoluna başvurma şartı yoktur.

Türk Medeni Kanunu ile birlikte getirilen TMK md. 735 hükmü Türk hukukunda oldukça eleştirilmiştir¹⁷²³. Eleştirilerin bir bölümü yenilik doğuran bir hak olan önalım hakkının dava yoluyla kullanma şartına bağlanmasının doğru olmadığı ile ilgili iken; diğer bölümü alım hakkı karşısında sadece önalım hakkına yönelik böyle bir düzenlemenin getirilmesine ilişkindir. Alım hakkı açısından kanun koyucu bir dava şartı öngörmediğinden ilk bölümde yer alan eleştirilerin bir önemi yoktur. Ancak eleştirilerin ikinci bölümüne yönelik olarak birtakım değerlendirmelerin yapılması gerekmektedir.

Türk hukukunda yer alan bir görüş, önalım hakkı için dava şartı öngören düzenlemenin alım hakkı bakımından getirilmemesine yönelik oldukça yoğun eleştiriler yöneltmiştir¹⁷²⁴. Bu görüşe göre, alım hakkı taşınmaz satışı doğuran haklar üçlüsünden en tehlikeli olanıdır. Zira önalım hakkı, ancak yükümlünün üçüncü bir kişiyle bir devir işlemi yapması koşuluna bağlı iken, alım hakkında hak sahibi tamamen bir serbesti içerisinde. Ortaya koyduğu fikir ile de oldukça haklıdır. Gerçekten de alım, önalım, geri alım hakları içerisinde hak sahibine en imtiyazlı pozisyonu veren hak alım hakkıdır. Önalım hakkı bir önalım olayı koşulu sebebiyle, geri alım hakkı ise hak sahibinin yalnızca devrettiği bir mal üzerinde kurulması yönüyle, alım hakkına nazaran, nispeten daha sınırlı bir imkân sunmaktadır. Alım hakkının, bu iki hak türü karşısındaki farklarını daha önce ayrıntılı bir şekilde incelediğimiz için burada sadece atıf yapmakla yetiniyoruz¹⁷²⁵. Ancak taşınmaz satışı doğuran haklar arasında alım hakkı, kanaatimizce de, en tehlikeli olan haktır. Bundan dolayıdır ki, alım hakkı uygulamada *tehlikeli*

¹⁷²³ Buz, *Haklar*, 158 vd. ile 160, dpn.83'te anılan yazarlar.

¹⁷²⁴ Bu eleştiriler hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz.: Buz, *Haklar*, 158 vd.

¹⁷²⁵ Bu müesseselerle yapılan karşılaştırmalar için bkz.: Birinci Bölüm, Önalım Hakkı ve Geri Alım Hakkı başlıkları.

müessese terminolojisini kazanmış bir hukukî müessesedir¹⁷²⁶. Mamafih bu görüşün aksine, alım hakkı için dava şartı öngörülmemiş olması kanaatimizce daha isabetlidir. Bunun sebebi, söz konusu görüşün bir hususta aslında çok önemli bir noktayı gözden kaçırmış olmasıdır. O da, hakların doğumu yönünden mevcut olan farklılıktır. Gerçekten de önalım hakkı hem kanundan hem de sözleşmeden doğan bir haktır. Hakkın özellikle kanundan doğduğu hallerde, daha önce anlaşılarak bir araya gelmiş kişilerden bahsetmek pek mümkün değildir. Örneğin; miras yoluyla geçen bir taşınmaz mülkiyetinin daha sonra paylı mülkiyete çevrilmesi halinde her mirasçının diğer mirasçılara karşı kanundan doğan bir önalım hakkı bulunmaktadır. Hak sahiplerinin, bu şekilde bir paylı mülkiyet ilişkisi içerisinde yer alması, kimi zaman taraflar arasındaki muhtemel uyuşmazlıkların da temel sebebini oluşturmaktadır. Hatta bu uyuşmazlık bazen hakkın kullanılmış olup olmadığına ilişkin dahi olabilmektedir. Dolayısıyla önalım hakkında dava yoluyla kullanılma şartını öngören TMK md. 734 hükmünün alım hakkını kapsamaması, bu kadar yoğun eleştirilerin yapılmasını gerektirecek bir durum olarak gözükmemektedir. Çünkü alım hakkı kanundan doğan bir hak değildir. Daha doğru bir ifadeyle, Türk hukukunda kanundan doğan bir alım hakkı düzenlenmemiştir. Alım hakkı veren; tamamen kendi rızasıyla hakkı tesis ettiği gibi, hak sahibi de, hakkın kullanılma şartlarına ve bedeline en başından rıza göstermektedir. Hatta hakkı veren taraf üçüncü kişilerle muhatap olmak istemiyorsa, hakkın miras yoluyla intikâlini ve devredilemeyeceğini, daha en başından, alım hakkı sözleşmesinde düzenleme imkânına dahi sahiptir. Dolayısıyla bu hakkın tesis edildiği andan itibaren, taraflar arasında, en azından hakkın ileri sürülmesine ilişkin bir uyuşmazlıktan bahsetmek oldukça güç gözükmemektedir. Kaldı ki, alım hakkı, hak sahibi için her ne kadar güçlü bir imkân olsa da en nihayetinde nihai sonuç bir satış ilişkisinin kurulacak olmasıdır. Oysa Türk hukukunda satış sözleşmesinden doğan taleplerin bir dava yoluyla ileri sürülmesi aranmaz iken; bu hukukî ilişkiyi kurma imkânı sağlayan ve tarafların kendi isteğiyle kurdukları alım hakkında, *önalım hakkı dava yoluyla kullanılıyorsa bu durum en nihayetinde alım hakkı için de olmalıdır*, şeklinde bir yaklaşım bize göre isabetli gözükmemektedir. Dolayısıyla burada olması gereken, dava yoluyla kullanma şartını aynı zamanda sözleşmeden doğan önalım hakkı için de getiren TMK md. 735 hükmünün değiştirilmesi ve dava zorunluluğunun kaldırılmasıdır.

¹⁷²⁶ Bkz.: Birinci Bölüm, dñn.27.

Alım hakkının kullanım şekli meselesinde üzerinde durulması gereken ikinci mesele kullanım beyanı açısından aranacak şekle ilişkindir. Alım hakkı yenilik doğuran bir hak olduğu için hakkın kural olarak karşı tarafa varması gerekli olan tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılabilmesi gerekir. Buna paralel olarak da, burada yer alan tartışmanın esas konusu, bu kullanım beyanının belirli bir şekil şartına uygun olarak kullanılmasının zorunlu olup olmadığı ile ilgilidir. Alım hakkının kullanımına ilişkin beyanın nasıl olması gerektiği ile ilgili Türk hukukunda bir düzenlemeye yer verilmediği daha önce ifade edilmişti. Nitekim buna paralel İsviçre Borçlar Kanunu'nda da hakkın kullanımına ilişkin bir şekil şartına yer verilmediği görülmektedir. Bu çerçevede, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, alım hakkının herhangi bir şekil şartı söz konusu olmaksızın kullanılabileceği ifade edilmektedir¹⁷²⁷. Bu yaklaşım kanaatimizce de isabetlidir. Şekil serbestisi Türk hukukunda bir genel prensip olarak kabul edildiğine göre, alım hakkının kullanımı yönünden de bu durumu kabul etmek gerekir. Zira kullanım beyanı için şekil serbestisinden ayrılmayı gerektirecek bir hukukî düzenleme bulunmamaktadır. Bunun sonucu olarak, alım hakkı sahibi, kullanım beyanını sözlü veyahut da yazılı olarak ileri sürebilir¹⁷²⁸. Ancak yine de öğretide, haklı olarak, hakkın kullanılma anının tespiti ve hukukî sebebin belgelenmesi açısından, taraflarca, kullanma beyanı için yazılı şekil şartına yer verilmesi gerektiği ifade

¹⁷²⁷ Schleich, *Option*, 176; Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.116. Dolaylı olarak bu yönde bkz.: Pfäffli ve Byland, "Vorkaufsrecht", 294. Kanun tarafından bir şekle yer verilmemiş olması sebebiyle, TBK md. 12'yi karşılayan Mehaz İBK md. 11 kapsamında kullanım beyanı açısından şekil serbestisinin bulunduğu yönünde bkz.: Isler, *Grundbuch*, 53 Allgäuer, *Kaufrecht*, 136. Kullanım beyanı açısından genel olarak şekil serbestisinin bulunduğu yönünde bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.227. Alman hukukunda önalım ve geri alım hakları kapsamında aynı doğrultuda bkz.: Hirsch, *Schuldrecht Besonderer*, Rn.342.

¹⁷²⁸ Emery, Nr.494 f.; Schmid, *Neuerungen*, 81; Schöbi, *AJP* 1992, 568; Steinauer, *droits réels*, Rn.1736b; (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.832, dpn.1700'den naklen); Brunner, *Kaufrechte*, 398; Strebel, *Das gesetzliche Vorkaufsrecht*, Rn.1319; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.832; Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.116; Simonius ve Sutter, *Immobiliarsachenrecht*, § 11 Rn.44; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.227. Kullanım beyanı açısından şekil serbestisinin olduğu yönündeki görüşler için bkz.: Oser ve Schönenberger, *Bd.V/2*, Art.216, Rn.17, 22-23, 32 ve 37 vd. Noelpp, *Eine Studie*, 84; Isler, *Grundbuch*, 53. Taraflarca veyahut da kanunun öngördüğü bir şekil şartı olmadığı durumlarda kullanım beyanı açısından şekil serbestisinin geçerli olduğu yönünde bkz.: Schleich, *Option*, 192. Genel olarak şekil serbestisi yönünde görüş bildiren İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz.: BGE 73 II 162 ff. (168), E. 5; BGE 5A_659/2012 vom 25. Januar 2013, E. 4 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.832, dpn.1700'den naklen); BGE 73 II 168 = ZBGR 29 S. 285, SJZ 17 S. 140 = ZBGR 1 S. 115; Weiss, *Entscheidungen zum ZGB und OR*, 1922-37 III (Zürich 1951) 130 Nr. 1716 (Ott, "Die Abtretung", 266, dpn.34'ten naklen).

edilmektedir¹⁷²⁹. Nitekim uygulamada da çoğunlukla yazılı şekil şartının kararlaştırıldığı görülmektedir¹⁷³⁰.

Taraflar alım hakkının kullanımı için bir şekil şartı öngörmüş olsa bile kararlaştırılmış bu şekli daha sonra kaldırabilirler¹⁷³¹. Taraflarca kullanım şeklinin kaldırılmasına ilişkin anlaşmalar açısından herhangi bir şekil şartı aranmaz¹⁷³². Hatta kullanım şeklinden feragatin zımnen yapılması da mümkündür. Örneğin; şekle aykırı olarak ileri sürülen kullanım beyanına karşı muhatabın esas sözleşmenin ifasına başladığı hallerde durum böyledir¹⁷³³.

3.2.2.4.2. Taşınmazlar Üzerinde Kurulan Alım Hakkında Kullanım Beyanının Şekli

Alım hakkının kullanımında kural şekil serbestisi olmakla birlikte, hakkın konusu şeyin bir taşınmaz olduğu durumlarda bu durum tartışmalıdır. Ancak burada yer alan tartışmalar, ikinci bölümde ele alınan ve kurma teorisinin şekil yönünden alım hakkından doğan ilişkiyi açıklamakta yeterli olup olmadığını ele alan görüşler incelenirken ileri sürülen tartışmalardan farklıdır. Çünkü buradaki esas mesele, bir taşınmazı konu alan alım hakkının pozitif hukuk açısından yine de bir yazılı şekil şartına bağlı olarak ileri sürülmesi gerekip gerekmediği ile ilgilidir¹⁷³⁴.

Taşınmazları konu alan alım hakkında hakkın kullanım şekline ilişkin Türk öğreti ve yargı uygulamasında herhangi bir görüş veya içtihadı rastlanmamaktadır. Bununla birlikte, İsviçre ve Alman hukukunda konuya ilişkin öğretilerdeki görüşler ve

¹⁷²⁹ Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.116.

¹⁷³⁰ Schleich, *Option*, 167.

¹⁷³¹ Schleich, *Option*, 192.

¹⁷³² Schleich, *Option*, 192.

¹⁷³³ Schleich, *Option*, 192-193.

¹⁷³⁴ Taşınmazlar üzerinde kurulan alım hakkında, kullanım beyanının şekline ilişkin ayrıntılı bir inceleme yapmadan, bir hususu açıklamakta fayda görüyoruz. Bu başlık altında incelenen görüşler genel olarak kullanım beyanının şekline ilişkin münferit bazı hükümlerden yola çıkarak uygulamada hak sahibinin beyanını açıklama şeklini ele almaktadır. Oysa ikinci bölümde incelediğimiz ve kurma teorisine karşı şekil yönünden yapılan eleştirilere karşı bir cevap ortaya koyan teorik incelemelerin kapsamı, burada ele alınacak konulara nazaran, nispeten farklı bir içeriğe sahiptir. Zira o bölümde yer alan görüşler, kurma teorisinin, aslında kullanım beyanının bir şekle bağlı olmaksızın taşınmazlar üzerindeki alım hakkı için de ileri sürülebileceğini ortaya koyan görüşlerdir. Bu yönüyle de kurma teorisinin, diğer teorilerin iddia ettiğinin aksine, şekil yönünden alım hakkı müessesesi ile bir çatışma içerisinde olmadığını ispatlamaya çalışmaktadır. Söz konusu görüşler ve bu görüşlerin ortaya koyduğu tartışmalara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: İkinci Bölüm, Kurma Teorisi - Şekil Sorunu başlığı.

yargı kararları, meselenin çözümü açısından oldukça dikkat çekici noktalar sunmaktadır.

İsviçre hukukunda yer alan bir görüşe göre, taşınmazlar üzerinde kurulan alım hakkında, hak sahibi kullanım beyanını yazılı olarak ileri sürmelidir. Bunun temel sebebi, alım hakkı sahibinin tapu sicilinde yeni malik olarak kaydedilmesi için hukukî sebebin belgelenmesinin şart olduğu yönündeki yaklaşımdır¹⁷³⁵. Aynı yönde bir başka görüş ise, yazınlılık şartına ilişkin kaynağın doğrudan Tapu Sicili Yönetmeliği md. 64/I-e (GBV Art.64 Abs. 1 lit. e.) hükmünün olduğunu ileri sürmektedir¹⁷³⁶.

Meseleyi genel olarak opsiyon hakları kapsamında ele alan üçüncü görüşe göre, esas sözleşme için öngörülen bir şekil zorunluluğunun kullanım beyanı açısından uygulanabilirliği o şeklin kapsamına bağlıdır. Eğer esas sözleşmedeki şeklin kapsamı yalnızca hakkı veren tarafın irade beyanını içeriyorsa hak sahibinin kullanım beyanı yönünden artık bir şekil serbestisinden bahsetmek mümkündür¹⁷³⁷. Örneğin; esas sözleşme bir kefâlet akdi ise artık hak sahibinin kullanım beyanı herhangi bir şekle tabî değildir. Ancak taşınmazları konu alan alım hakkında durum farklıdır. Bu görüşe göre, taşınmazları konu alan alım hakkında, şeklin koruma amacı ancak kullanım beyanının şekle tabî olmasıyla gerçekleşebilir. Kanun koyucu, resmî şekil yönünden her ne kadar “... *hakkı kuran sözleşmeler* ...”den bahsetmişse de, her iki tarafın menfaatini koruyan yol, ancak şekle bağlı bir kullanım beyanıyla sağlanabilir. Ayrıca bu görüş şekil serbestisinin kabul edilmesi halinde şöyle bir sonucun ortaya çıkacağını da ileri sürmektedir: Kanun koyucu, sözleşmelerin yapılması için şekil hükümleri öngörürken bu sözleşmelerin bir opsiyon sözleşmesi bağlamında kurulmasını tamamen göz ardı etmiştir¹⁷³⁸. Yani tarafların, o sözleşmeyi kurarken bir şekil kuralına uymaları gerekiyorsa, bir opsiyon sözleşmesine sırf o hukukî ilişkiyi konu yaparak bu şeklin uygulanmasını bertaraf etmeleri mümkün olacaktır. Şekil hükümlerinin koruma

¹⁷³⁵ Bu görüş TMK’da yer alan düzenlemelerin birebir karşılığını oluşturan OR Art. 963/I ve Art. 965/III kapsamında meseleyi ele almıştır. Söz konusu görüş için bkz.: Emery, Rn.495; Steinauer, *droits réels*, Rn.1736b (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.833, dpn.1702’dan naklen); Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.116; Noelpp, *Eine Studie*, 84. İspata dayalı gerekçelerle hakkın yazılı olarak kullanılması gerektiği yönünde bkz.: Pfäffli ve Byland, “Vorkaufsrecht”, 294. Herhangi bir gerekçe sunmaksızın, alım hakkının, taşınmaz malikine karşı yazılı olarak kullanılması gerektiği yönündeki görüşler için bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2469; Allgäuer, *Kaufrecht*, 136.

¹⁷³⁶ Schleich, *Option*, 176.

¹⁷³⁷ Schleich, *Option*, 181.

¹⁷³⁸ Schleich, *Option*, 181.

amacından hareket eden aynı doğrultudaki bir başka görüş de, alım hakkı sözleşmesinin resmî şekle bağlı olarak kurulmasının kullanım beyanı açısından yeterli olmadığını savunmaktadır¹⁷³⁹. Zira hak kurulurken hak sahibinin ortaya koyduğu beyanda satış sözleşmesinden doğan hak ve borçların doğumuna yönelik hukuken zorunlu olan irade beyanı henüz mevcut değildir¹⁷⁴⁰. Bu sebeple de, kullanım beyanı resmî şekil şartına bağlı olarak ileri sürülmelidir¹⁷⁴¹.

İsviçre hukukunda yer alan dördüncü görüş ise, meseleyi olması gereken hukuk (*de lege ferenda*) açısından ele almaktadır. Buna göre ideal hukuk, kullanım beyanı açısından resmî şekil şartını gerektirir. Zira alım hakkının kullanımı bir taşınmazın devrini konu alan satış sözleşmesinin kurulmasına imkân vermektedir. Şekil serbestisinin olması halinde aceleyle ve düşünmeksizin böyle bir hukukî ilişkinin kurulması ihtimali gündeme gelmektedir¹⁷⁴². Bu görüşün ortaya koyduğu tespitten çıkan sonuç ise kullanım beyanı açısından bir şekil şartının olmadığıdır.

Alman hukuk öğreti ve uygulamasına baktığımızda ise baskın görüşün şekil serbestisi olduğu görülmektedir¹⁷⁴³. Aslında böyle bir sonuç daha ziyade birlik teorisinin doğal bir sonucunu oluşturmaktadır. Ancak Alman Medeni Kanunu'na baktığımızda da yol gösterici birtakım düzenlemelerin bulunduğunu söylemek mümkündür. Gerçekten de BGB § 456 hükmü, geri alım hakkının kullanımı yönünden

¹⁷³⁹ Ott, "Die Abtretung", 266; Isler, *Grundbuch*, 53-54.

¹⁷⁴⁰ Ott, "Die Abtretung", 266; Isler, *Grundbuch*, 53-54.

¹⁷⁴¹ Isler, *Grundbuch*, 54, dñn.5'te anılan yazarlar.

¹⁷⁴² Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.834.

¹⁷⁴³ HKK-Finkenauer, § 158-163, Rn.40. Bu yöndeki Alman Federal Mahkemesi kararları için bkz.: RG JW 1912, 192 (Nr. 10); RGZ 77, 415, 417; 170, 45, 70 f.; OGH BrZ DNotZ 1951, 124,125; BGH WM 1962,1399,1401; BGHNJW 1967,153; BGH WM 1967,78; WM 1969, 859, 861; WM 1970,493; BGH NJW 1991,2698; BGH WM 1996,1734f.; BGH BGHR § 313 S. 1 a.F. - Ankaufsrecht 2; zum Wiederverkaufsrecht auch BGHZ 140, 218, 220 (Casper, *Der Optionsvertrag*, 131, dñn.122'den naklen). Meseleyi doğrudan opsiyon hakları kapsamında ele alan ve bu hakların şekle bağlı olmaksızın daima kullanılabileceğini ifade eden Alman Federal Mahkemesi kararları için bkz.: BGH NJW-RR 1996, 1167; von BGH NJW 1991, 2698; s auch BGH NJW 2000, 1332, 1333, RG 169, 65,70 (Erman-Armbrüster, *BGB Vor § 158*, Rn.15'ten naklen); RGZ (v. 23.11.1911 - V 427/11) 77,415; BGH (v. 28.9.1962 -V ZR 8/61) WM 1962, 1399, 1401; BGH (v. 28.6. 1996 - V ZR 136/95) NJW-RR 1996, 1167 (HKK-Finkenauer, § 158-163, Rn.40'tan naklen). Şekle ilişkin hükümlerin sözleşmenin kendisi için geçerli olacağını; fakat hakkın kullanımı açısından uygulama alanı bulmayacağını ifade eden Alman Federal Mahkemesi kararları için bkz.: BGH v. 28.09.1962 - V ZR 8/61 - LM Nr. 16 zu § 433 BGB; BGH v. 12.05.2006 - V ZR 97/05 – juris Rn. 20 - NZM 2006,674-677; OLG Köln v. 15.11.2002 - 19 U 74/02 - NJW-RR 2003, 375-376 (jurisPraxisKom-Backmann, § 145, Rn.56, dñn.91'den naklen). Alman hukukunda kullanım beyanının şekil şartına bağlı olduğu ve ayrıca genel olarak şekle ilişkin tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 273-274. Yenilik doğuran haklar kapsamında aksi yöndeki bir diğer görüş için bkz.: jurisPraxisKom-Armgardt, § 158, Rn.20.

şekil serbestisine yer vermiştir. Buna göre, satış sözleşmesi bir şekle tabi olsa dahi geri alım hakkı bir şekle bağlı olmaksızın kullanılabilir. Keza BGB § 464/I de, önalım hakkının özel bir şekil öngörülmezsizin irade beyanıyla kullanılabileceğini düzenlemiştir. Ayrıca son olarak, hakkı tesis eden sözleşmenin yapıldığı anda, şeklin öngördüğü koruma amacının BGB § 311 çerçevesinde halihazırda gerçekleşmiş olduğu kabul edilmektedir¹⁷⁴⁴.

İsviçre ve Alman hukukunda ileri sürülmüş olan görüşlerin Türk hukuku açısından yol gösterici olduğu kanaatindeyiz. Zira Türk hukukunda alım hakkının kullanım şekline ilişkin özel veya genel bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Bu sebeple Türk hukuku açısından bir tespit yapılırken, yukarıda zikredilen görüşler ve onların gerekçelerinden yararlanılarak bir sonuca varmak hem bir ihtiyaç hem de bir imkân olarak gözükmektedir. Ancak görüşleri incelemeden önce, bir tereddüdü en başta ortadan kaldırmak için kısaca şunu ifade etmekte fayda görüyoruz: Alım hakkı, bir taşınır veya taşınmazı konu almış olması fark etmeksizin, herhangi bir şekil şartına bağlı olmaksızın kullanılabilir.

Kullanım beyanı açısından yazılı şekil şartından hareket eden görüşlere ilişkin olarak iki hususun ele alınması gerektiği kanaatindeyiz. Bunlardan ilki, söz konusu görüşlerin dayandıkları hukukî düzenlemelerdir. İlk olarak TMK md. 1013/I'e baktığımızda, bu hükmün, tescil işlemi açısından tasarrufa konu taşınmaz malikinin yazılı beyanda bulunma şartını düzenlediği görülmektedir. Taşınmaz maliki ise alım hakkı yükümlüsü taraftır. Dolayısıyla burada alım hakkı sahibini ilgilendiren bir durum söz konusu değildir. Hal böyle iken hak sahibi tarafından ileri sürülecek bir beyan için alım hakkı yükümlüsü tarafı ilgilendiren bir düzenlemeye dayanmak, kanaatimizce, isabetli bir tercih olmamıştır. Ayrıca taşınmaz maliki tarafından yapılacak yazılı beyan, zaten geçerli olarak ileri sürülmüş bir kullanım beyanından sonraki bir aşamadır. Dolayısıyla alım hakkından doğan bir ilişkide, malikin yazılı beyanına yönelik bir uyumsuzluk var ise ortada kullanım beyanının geçerliliğine ilişkin bir tartışma zaten yoktur. Çünkü kullanım beyanı geçersiz olsaydı ne malikin yazılı beyanda bulunması gerekirdi ne de yapılmış olan beyanın yazılı şekil şartına uygun olup olmadığı tartışılırdı.

¹⁷⁴⁴ Casper, *Der Optionsvertrag*, 131-132.

Kullanım beyanının yazılı olmasını savunan görüşler açısından ele alınması gereken bir diğer düzenleme TMK md. 1015/III'tür. TMK md. 1015/III'e göre hukukî sebebin belgelenmesi bu sebebin geçerliliği için gerekli şekle uyulduğunun ispatıyla mümkündür. Alım hakkı açısından ise hukukî sebep, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, alım hakkı sözleşmesi ile birlikte ayrıca hakkın kullanımınıdır¹⁷⁴⁵. Dolayısıyla burada cevaplanması gereken soru, TMK md. 1015/III'ün kullanım beyanı yönünden bir resmî şekil şartını getirip getirmediğidir. Kanaatimizce, TMK md. 1015/III'te yer alan düzenleme hukukî sebep yönünden bir şekil öngören düzenleme değildir. Bu düzenlemenin amacı, hukukî sebebin ispatının ne şekilde olacağını ortaya koymaktır. İşte o ispat aracı da, sebep teşkil eden işlemin geçerli şekle uyularak yapıldığını ispattan ibarettir. Bu sebeple de kullanım beyanı açısından bir şekil serbestisi kabul edildiğinde, bu hükmün tek işlevi, beyanın ileri sürülüp sürülmediğini tespit etmekten başka bir şey değildir. Dolayısıyla TMK md. 1015/III'ten hareket ederek, kullanım beyanını bir yazılı şekle tabî kılabilmenin yegâne şartı, kullanım beyanı için yazılı şekil şartı öngören bir düzenlemenin olmasıdır. TMK md. 1015/III çerçevesinde herhangi bir gerekçe belirtmeksizin meseleyi ele alan öğretilerdeki bir görüş de, kullanım beyanı için bir şekil şartının bulunmadığını ve beyan sözlü olarak ileri sürülmüş olsa dahi hukukî sebebin yeterli ölçüde ortaya konduğunu ifade etmektedir¹⁷⁴⁶. Ancak yine de kanaatimizce, hukukî sebebin ispatında, hakkın şerh edilmiş olup olmaması ayrıca dikkate alınmalıdır. Bu çerçevede, alım hakkı şerh edilmemişse aynı zamanda resmî şekilde yapılmış alım hakkı sözleşmesinin de ortaya konması gerekmektedir. Zira kullanım beyanı için geçerli olarak kurulmuş bir alım hakkı zorunlu olduğundan, o hakkı kuran sözleşmenin ibrazı da zorunlu olmalıdır. Bununla birlikte, şerh edilmiş alım hakkında şerh işlemi için alım hakkı sözleşmesinin ibrazı TST md.47/c'ye göre zaten yapıldığından, daha sonra hukukî sebebin ortaya konmasında tekrar ibrazı zorunlu olmamalıdır.

Kullanım beyanının yazılı olup olmadığına ilişkin incelenmesi gereken bir diğer düzenleme kanaatimizce TMK md. 706 hükmüdür. TMK md. 706'ya göre taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmeler resmî şekil şartına tabî tutulmuştur. Ancak daha önce de incelediğimiz üzere, alım hakkı sözleşmesi, TMK md. 706'nın kapsamına

¹⁷⁴⁵ Bkz.: İkinci Bölüm, Taşınmaz Üzerinde Kurulan Alım Hakkında Alım Hakkı Sözleşmesinin Şekli başlığı.

¹⁷⁴⁶ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.833.

giren bir hukukî işlem değildir. Bunun sonucu olarak söz konusu düzenleme kullanım beyanı açısından hiçbir işleve sahip değildir.

İsviçre hukukundaki Tapu Sicili Yönetmeliği md. 64/I-e (GBV Art.64 Abs. 1 lit. e.) açısından mesele değerlendirilecek olursa şu şekilde bir açıklama getirilebilir: Öncelikle söz konusu düzenlemenin Türk hukukunda bir karşılığı bulunmamaktadır. İçerik itibarıyla ise ilgili hüküm, TMK md. 705 kapsamında taşınmaz mülkiyetinin tescille kazanıldığı hallere ilişkin olarak hukukî sebebin ispatı yönünden çeşitli düzenlemeler getirmektedir. Dolayısıyla hükmün getirdiği düzenlemeler alım hakkını da ilgilendirmektedir. Zira alım hakkı sahibi açısından da mülkiyetin kazanımı hakkın kullanılmasıyla değil; onu takip eden bir tescil işlemiyle olmaktadır. İlgili hükmeye bakıldığında d bendi önalım hakkına ayrılmış iken; e bendinde alım ve geri alım haklarının birlikte düzenlendiği görülmektedir. Buna göre, taşınmazı konu alan mülkiyette alım hakkının kullanımı söz konusu ise, hukukî sebep, hak sahibinin alım hakkını kullanmaya yönelik beyanı ve ayrıca hak şerh edilmemişse alım hakkı sözleşmesinin ortaya konmasıyla ispatlanmış olur. Söz konusu hüküm Türk hukukunda karşılığı olmayan bir düzenleme olduğundan, bu düzenlemeden kıyasen yararlanılarak Türk hukukuna bir çözüm getirip getirmediğini öngörebilmek için öncelikle hükmün içeriğini tespit etmek gerekmektedir. İsviçre hukukunda Tapu Sicili Yönetmeliği md. 64/I-e’de (GBV Art.64 Abs. 1 lit. e.) yer alan düzenlemeden hareket eden görüş, açık bir şekilde ifade etmese de, hükmün kullanım beyanı açısından bir yazılı şekil öngördüğünü ileri sürmektedir¹⁷⁴⁷. Ancak kanaatimiz, İsviçre hukukunda Tapu Sicil Yönetmeliği’nde yer alan bu düzenlemenin, hukukî sebebin belgelenmesini düzenleyen TMK md. 1015/III’ün birebir karşılığını oluşturan İsviçre Medeni Kanunu md. 963/I hükmünün özel bir görünümünü oluşturduğu yönündedir. Böylelikle alım ve geri alım haklarında, hukukî sebebin belgelenmesinin açısından geçerli şekil şartına uyularak nelerin ispatlanması gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Bunlar, kullanım beyanı ile hakkın şerh edilmediği hallerde hakkı kuran sözleşmeden başka bir şey değildir. Bunun dışında İsviçre kanun koyucusunun ilgili bentte hiçbir şekil kuralına yer vermediği görülmektedir. Vardığımız sonucu doğrulayan bir diğer husus da, 64. maddenin diğer bazı bentlerinde yer alan düzenlemelerdir. Örneğin; miras taksimine ilişkin hâli düzenleyen b bendinde kanun koyucu açıkça “*yazılı muvafakat beyanı*” şeklinde bir

¹⁷⁴⁷ Bkz.: Üçüncü Bölüm, dpn.204.

ifadeye yer vermiştir. Bunun gibi, c bendinde “ölüme bağlı tasarrufun resmî olarak onaylanmış kopyası”nın ibrazını öngörmüştür. Hal böyle iken, bu kadar ayrıntılı bir düzenleme getiren İsviçre kanun koyucusunun “hak sahibinin kullanım beyanı ile” hukukî sebebin ispatlanacağını karşılayan “*durch die Ausübungserklärung der berechtigten Person*” ifadesinde “yazılı” olma şartını ifade edecek “*schriftliche*” sözcüğünü bilerek ve isteyerek koymadığı oldukça açıktır. Bu ise İsviçre kanun koyucusunun da taşınmazları konu alan alım hakkında aslında şekil serbestini kabul ettiğinin en açık göstergesidir.

Kullanım beyanı yönünden şeklin öngördüğü koruma amacı ile esas sözleşmedeki şeklin kapsamından hareket eden görüşlere gelince: Kanaatimizce, şeklin öngördüğü amaç, alım hakkı sözleşmesinin kurulduğu anda tamamlanmış olmalıdır. Zira alım hakkı sözleşmesi akdedilirken satış sözleşmesine ilişkin şartlar taraflarca yeterince müzakere edilmekte ve resmî şekil şartına uygun olarak da düzenlenmektedir. Dolayısıyla hak sahibi, daha henüz alım hakkı sözleşmesini yaparken satışın tüm şartlarını düşünerek o sözleşmeyi imzalamaktadır. Hatta taşınmazlar üzerinde kurulan alım hakkı, genellikle bir bedel karşılığı kurulduğu için, müstakbel hak sahibinin aceleyle veyahut da yeterince düşünmeden alım hakkı sözleşmesine yanaşacağını düşünmek hayatın olağan akışına da pek uymamaktadır. Kaldı ki, alım hakkı sözleşmesi bir taşınmaz satış sözleşmesine nazaran hak sahibine aslında ikinci bir kez düşünme fırsatı vermektedir. O da şöyle gerçekleşmektedir: Örneğin; taşınmaz satışında alıcı taraf, sözleşmeyi yaptığı anda satıştan doğan hak ve borçlarla bağlı olmaktadır. Oysa alım hakkı sözleşmesinde hak sahibi, sözleşmeyi yine resmî şekle bağlı olarak yapmakta, ama henüz son bir söz söyleme fırsatına da sahip olmaktadır. Hal böyle iken müstakbel alıcı konumunda olan hak sahibine, son bir kez daha söz söyleme fırsatı sunan alım hakkı sözleşmesinin resmî şekle uygun olarak akdedilmiş olmasının, şeklin öngördüğü amacı gerçekleştirdiğinin kabulü gerekir. Aksi yönde bir yorumun kabulü halinde, evleviyetlik ilkesi, taşınmaz satışında da resmî şekle uygun olarak sözleşmenin akdedilmiş olmasının, alıcıyı, yeteri ölçüde korumadığı sonucuna götürmektedir.

Sonuç olarak, kanaatimizce, taşınmazlar üzerinde kurulmuş olan bir alım hakkında kullanım beyanı hiçbir şekil şartına bağlı olmamalıdır. Kullanım beyanını bir şekil şartına bağlamanın pratik açıdan bir anlamı da yoktur. Çünkü alım hakkından doğan bir hukukî ilişkide, taşınmaz mülkiyetinin devri iki şekilde gerçekleşir: Birincisi,

alım hakkı sahibi hakkı kullanır ve buna müteakip karşı taraf tapu idaresine başvurarak mülkiyetin hak sahibine devrini ister. Bunun için de tapu dairesine, hakkın, hak sahibi tarafından kullanıldığını beyan ve hak şerh edilmemişse de hakkı kuran sözleşmeyi ibraz eder. İkinci bir ihtimal ise, hak sahibi hakkı kullanmasına rağmen karşı tarafın tescile yanaşmamış olmasıdır. Böyle bir durumda hak sahibi, tescil davası açarak ilgili taşınmazın kendisine devredilmesini talep eder. Bunun için de, aynı şekilde hakkın şerh edilmiş olup olmamasına göre, hakkın kullanıldığına ilişkin beyan ile hakkı kuran sözleşmenin ibraz edilmesi gerekli olacaktır. Bu noktada TMK md. 716 bağlamında malikin tescilden kaçınması, kanaatimizce, hakkın kullanıldığı tarihten itibaren taşınmazın hak sahibine henüz devredilmemiş olduğunun ortaya konmasıyla ispat edilmiş olacaktır. Alım hakkından doğan hukukî ilişkide ele aldığımız her iki durumda da, hakkın kullanımının ortaya konması, tamamen ispat sorunuyla ilgili bir meseledir. Bu kapsamda örneğin; taşınmaz malikinin yazılı tescil talebi ileri sürülürken, ilgili tapu idaresine hak sahibiyle birlikte gitmesi ve kullanım beyanının sözlü olarak yapılması mümkündür. Böyle bir durumda tapu memuru, talep doğrultusunda tescil istem belgesi düzenleyecektir. Daha sonra ise, taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin açıklamalar yazılırken alım hakkının sözlü olarak kullanıldığına ilişkin bir kayıt düşülebilecektir. Bununla birlikte taşınmaz malikinin, hak sahibinin haberi olmaksızın tapu idaresine başvurarak taşınmazın hak sahibi lehine tescili istemesi durumunda, tapu memuru, alım hakkının hak sahibi tarafından kullanıldığını taşınmaz malikinden ispatlamasını isteyecektir. Taşınmaz maliki bunu ispatlayamazsa tescil talebi TMK md. 1015'e göre tapu memuru tarafından reddedilecektir. Reddin sebebi ise, şekle uygunluğu öngören TMK md. 1015/III hükmü değil; hukukî sebebin belgelenmiş olma şartını düzenleyen TMK md. 1015/I oluşturacaktır. Dolayısıyla taşınmaz malikinin, tescile ilişkin yazılı beyanda bulunurken alım hakkının sözlü şekilde ve zamanında kullanıldığı beyan etmesini yeterli gören görüş, kanaatimizce, TMK md. 1015 hükmü karşısında hiçbir geçerliliğe sahip değildir¹⁷⁴⁸. Bununla birlikte tapu memuru, kullanım beyanı yazılı olarak ibraz edilmiş olsa dahi TMK md. 1019 gereğince alım hak sahibine durumu tebliğ etmelidir. Böylelikle tapu memuru, malikin sözlü beyanına rağmen işlem yapmışsa bile hak sahibi bu durumdan haberdar olma imkânına sahip olacaktır. Ancak yine de belirtmek gerekir ki, kullanım beyanı taşınmaz maliki tarafından ispatlanmadığı

¹⁷⁴⁸ Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.833.

müddetçe bu beyanın geçerliliği ortaya konamayacağından, hak sahibi lehine yapılacak olası bir tescil işlemi de yolsuz tescil hükmünde olacaktır.

Hak sahibinin ilgili tapu idaresine başvurup “*ben hakkımı taşınmaz malikine karşı sözlü olarak kullandım*” dediği durumlarda ise, mesele ikili bir ayırım yapılarak çözümlenmelidir. İlk olarak, taşınmaz mülkiyetinin devri, malikin yazılı istemini gerektirdiğinden, hak sahibinin, bu yöndeki sözlü bir açıklamasının hiçbir hükmü ve sonucu olmayacaktır. Ancak alım hakkı sözleşmesinde, malikin yazılı tescil istemine¹⁷⁴⁹ halihazırda yer verilmişse, tapu memuru, hak sahibinin ibraz ettiği alım hakkı sözleşmesine ve hak sahibinin sözlü kullanım beyanına dayanarak tescil işlemini gerçekleştirecektir. Ancak bu durumda ilgili işlemde TMK md. 1019 bağlamında karşı tarafı bilgilendirecektir.

Hak sahibinin hakkı kullandığı, fakat taşınmaz malikin tescile yanaşmadığı durumlarda, kullanım beyanının sözlü olmasının bir sakıncası bulunmaktadır. O da, TMK md. 716’e dayanarak hâkimden mülkiyetin hükmen kendisine geçirilmesini isteyen hak sahibinin, kullanım beyanını taşınmaz malikine karşı yaptığını ispat edemeyecek oluşudur. Ancak bu durum, kullanım beyanı açısından şekil serbestisi esasını değiştirmeyecektir. Zira alım hakkı sözleşmesi resmî şekil şartına bağlı iken TMK md. 716’ya dayanabilmek için kullanım beyanının ispatının adî yazılı şekilde ortaya konması mümkün olacaktır. Hatta hak sahibi iade taahhütlü bir posta gönderimiyle dahi kullanım beyanını yaparak tescile yanaşmayan malike karşı TMK md. 716’e dayanarak mülkiyetin kendisine geçirilmesini isteyebilecektir. Dolayısıyla TMK md. 716 kapsamında şeklin türü, geçerlilikten ziyade ispat sorunu olmaktan öteye geçemeyecektir. Bu sebeple, kanaatimiz, uygulamada ortaya çıkabilecek ispat sorunlarını bertaraf etmek maksadıyla, en azından, kullanma beyanına yönelik yazılı şekil şartı öngören bir özel düzenlemenin getirilmesinin isabetli bir çözüm olacağı yönündedir.

3.2.2.5. Kullanım Beyanının İçeriği

Kullanım beyanının içeriği alım hakkı sözleşmesine uygun olmalıdır. Bu sebeple, sözleşmeden farklılık gösteren kullanım beyanı hukuken geçerli değildir.

¹⁷⁴⁹ Malikin yazılı tescil isteminin alım hakkı sözleşmesinde yer almasının mümkün olduğu yönünde bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2471.

Bunun sonucu olarak, beyanın kendisinden beklenen hukukî sonuç doğmuş olmaz. Bu durum, hakkın içeriğinin taraflarca sözleşmede kesin olarak belirlenmiş olmasının doğal bir sonucudur¹⁷⁵⁰.

Kullanım beyanının geçerli olabilmesi için içeriğinin yeterli ölçüde belirli olması gerekir¹⁷⁵¹. Belirlilik açısından önem arz eden ilk husus, hak sahibinin, elindeki hangi hakkı kullandığını açık bir şekilde ortaya koymuş olmasıdır. Bu durum bilhassa hak sahibinin, kullanım beyanı muhatabına karşı birden fazla opsiyon hakkına sahip olduğu hallerde söz konusu olur¹⁷⁵².

Kullanım beyanının içeriği açısından önemli bir diğer husus, hak sahibinin, hakkı gerçekten kullanmak ve böylece esas sözleşmeyi kurmak niyetinde olduğunu açıkça ifade etmiş olmasıdır¹⁷⁵³. Bu sebeple kullanım beyanı kesin ve açık¹⁷⁵⁴ bir niteliğe sahip olmalıdır¹⁷⁵⁵. Hak sahibinin “*alım hakkını kullanabilirim*”, “*alım hakkını kullanma niyetim var*” veya da “*hakkı kullanacağıma karar vereceğim*” gibi muğlak ve belirsiz ifadeleri, bu sebeple, hakkın kullanılmış olması sonucunu doğurmaz. Keza hak sahibinin, muhataba karşı birden fazla hakka sahip olduğu hallerde “*sahip olduğum hakkımı kullanıyorum*” dediği durumlarda da hangi hakkın kullanıldığı belli olmadığından, taraflar arasında esas sözleşme yine kurulmuş olmaz¹⁷⁵⁶.

Kullanım beyanı bir yenilik doğuran irade açıklaması olduğundan, kural olarak koşula bağlanamaz¹⁷⁵⁷. Burada koşula bağlanamazlık ile ifade edilmek istenen, hakkın

¹⁷⁵⁰ Bu doğrultuda bkz.: Schleich, *Option*, 198.

¹⁷⁵¹ Schleich, *Option*, 191-192. Alman hukukunda bu yönde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 142.

¹⁷⁵² Casper, *Der Optionsvertrag*, 142.

¹⁷⁵³ Casper, *Der Optionsvertrag*, 142.

¹⁷⁵⁴ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2409; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.115.

¹⁷⁵⁵ Emery, Rn.490; Schmid, *Neuerungen*, 81; Steinauer, *droits réels*, Rn.1736 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.837, dñ.1711'den naklen); Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.837; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.224; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 100. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz.: BGE 117 II 30 ff. (32), E. 2a; 109 II 245 ff. (253), E. 7b; 101 II 235 ff. (242), E. 2b; 81 II 239 ff. (245), E. 1 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.837, dñ.1711'den naklen).

¹⁷⁵⁶ Kullanım beyanın açık ve net olması onun zımnî bir şekilde ileri sürülemeyeceği anlamına gelmemelidir. Hakk sahibi hakkı zımnî bir şekilde de kullanabilir. Burada önemli olan husus, somut olaydaki muhatap açısından ortaya konulan beyanın yeterli ölçüde bir açıklığa sahip olmasıdır. Örneğin; alım hakkı sözleşmesinde esas sözleşmeye ait edim borcunun öncelikle hak sahibi tarafından ifası kararlaştırılmış ve hak sahibi bu edimi ifa ederek diğer taraftan karşı edimi talep etmişse, hak yine kullanılmış sayılır. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 143.

¹⁷⁵⁷ Schmid, *Neuerungen*, 81; Steinauer, *droits réels*, Rn.1736 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.839, dñ.1716'dan naklen); Ghandchi, *Vorkaufsrecht*, 219; Pfäffli ve Byland, “*Vorkaufsrecht*”, 294; Roberto, “*Teilrevision*”, 173; Strebel, *Das gesetzliche Vorkaufsrecht*, Rn.1319 Oğuzman ve Barlas,

veya onun kullanımının bir koşula bağlı olarak doğup doğmayacağından ziyade; bilakis doğmuş ve kullanılma imkânı bulunan bir alım hakkına ilişkin kullanım beyanının bir koşul içermeksizin ileri sürülmesini ifade eder¹⁷⁵⁸. Ancak kural, koşul yasağı olsa da, istisnâ hallerde kullanım beyanının bir koşula bağlı olarak ileri sürülebileceği kabul edilmektedir¹⁷⁵⁹. Bu çerçevede kullanım beyanı, muhatabını beklenilmez bir hukuki duruma sokmayan veyahut da kullanım beyanının geçerliliğini muhatap tarafından beklenilebilir bir davranışa bağlayan koşulların geçerli olacağı öğretide ve uygulamada kabul edilmektedir¹⁷⁶⁰. Örneğin; bir tarımsal araziyi konu alan alım hakkında, malik, araziyi yeterli ve verimli şekilde işletmiyor olabilir. Böyle bir durumda hak sahibinin, kullanım beyanını “*hakkın konusu tarımsal arazinin mahsül dönemine dek yeterli ölçüde sulanmaması halinde alım hakkımı bu beyanla kullanmış oluyorum*” şeklinde ileri sürmesi mümkündür. Böyle bir durumda kullanım beyanı geçerli bir şekilde yapılmış olur. Eğer taşınmaz maliki, ilgili döneme kadar tarımsal araziyi verimli ölçüde işletmez ise kullanım beyanı koşulun gerçekleşmesiyle birlikte hüküm ve sonuçlarını

Medeni Hukuk, Knr.566; Buz, *Haklar*, 258 vd.; İnan ve Yücel, *Borçlar Hukuku*, 110; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.839; Dural ve Sarı, *Temel Kavramlar*, Knr.1064 vd.; Schleich, *Option*, 193; Brunner, *Kaufrechte*, 397; Pulver, “Börsenmässige”, 286; Cansel ve Özel, *Borçlar Hukuku*, Knr.155; Doğan, Şahan ve Atamulu, *Borçlar Hukuku*, 71; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.115; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 48; Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2409; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.224; Simonius ve Sutter, *Immobiliarsachenrecht*, § 11 Rn.44. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz.: BGE 117 II 30 ff. (32), E. 2a; 109 II 245 ff. (253), E. 7b; 101 II 235 ff. (242), E. 2b; 81 II 239 ff. (245), E. 1; BGER 5A_659/2012 vom 25. Januar 2013, E. 5.2. (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.839, dpn.1716’dan naklen). Alman hukukunda bu yönde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 143. Alman hukukunda yenilik doğuran haklar kapsamında bu yönde ayrıca bkz.: Hirsch, *Schuldrecht Allgemeiner*, Rn.308.

¹⁷⁵⁸ Schmid, *Neuerungen*, 81; Steinauer, *droits réels*, Rn.1736 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.839, dpn.1716’dan naklen); Ghandchi, *Vorkaufsrecht*, 219; Pfäffli ve Byland, “Vorkaufsrecht”, 294; Strebel, *Das gesetzliche Vorkaufsrecht*, Rn.1319; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.839; Forstmoser ve Kuchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1297; Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 99; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 49 ve 100; Schleich, *Option*, 200; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.115; Brunner, *Kaufrechte*, 397; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.224; Simonius ve Sutter, *Immobiliarsachenrecht*, § 11 Rn.44. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz.: BGE 117 II 32 f. (Forstmoser ve Kuchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1297, dpn.23’ten naklen); BGE 117 II 30 ff. (32), E. 2a; 109 II 245 ff. (253), E. 7b; 101 II 235 ff. (242), E. 2b; 81 II 239 ff. (245), E. 1; BGER 5A_659/2012 vom 25. Januar 2013, E. 5.2. (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.839, dpn.1716’dan naklen). Alman hukukunda bu yönde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 150. Aksi takdirde yenilik doğuran bir irade açıklamasının değil; hukukî etki içermeyen bir düşünce açıklamasının (*Meinungsausserung*) söz konusu olacağı yönünde bkz.: Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.115.

¹⁷⁵⁹ Burada ifade edilen koşulun, geciktiri koşul olduğu yönünde bkz.: Schleich, *Option*, 193.

¹⁷⁶⁰ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.840; Schmid, *Das Vorkaufsrecht*, 93. Nispeten farklı gerekçelerle, ancak esas olarak aynı doğrultudaki görüşler için bkz.: Schleich, *Option*, 193; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 48; Gauch, Schluep ve Schmid, *Obligationenrecht*, Rn.155; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.226. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 92 II 158 (Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.226’dan naklen).

doğurmuş olur. Kullanım beyanının koşula bağlanamazlık özelliği, aynı şekilde süre yönünden de geçerlidir. Yani kullanım beyanının bir süreye bağlı olarak kullanımının da genel olarak geçersiz olacağı kabul edilmektedir¹⁷⁶¹. Bunun da tek istisnasını, süreye bağlı olarak ileri sürülen kullanım beyanında vadenin belirtilmiş ve böylelikle muhatap açısından bir belirsizliğin ortadan kaldırılmış olduğu haller oluşturur¹⁷⁶².

Yenilik doğuran bir irade açıklaması olan kullanım beyanı kural olarak hakkın konusu şeyin tamamı için ileri sürülebilir. Dolayısıyla hakkın kısmen kullanımı (*teilweise Ausübung*) mümkün değildir¹⁷⁶³. Esas sözleşmede yer alan edimin bölünebilir nitelikte olması da bu açıdan bir önem arz etmez¹⁷⁶⁴. Örneğin; bir kat mülkiyetine konu bağımsız bölüm üzerinde alım hakkı kurulduğunda, hak sahibi, söz konusu bağımsız bölümün yarısını satın almak üzere alım hakkını kullanamaz. Zira böyle bir kabul, alım hakkı sözleşmesiyle yapılan anlaşmanın hak sahibin tarafından tek taraflı olarak değiştirilmesi anlamına gelir¹⁷⁶⁵. Bu sebeple alım hakkının kısmî kullanımı ancak tarafların bu yönde bir anlaşmaya sözleşmede yer vermesiyle mümkündür¹⁷⁶⁶. Ancak bunun için de esas sözleşmedeki edimin bölünebilir nitelikte olması zorunludur¹⁷⁶⁷. Aksi takdirde hakkın kısmen kullanımı, sözleşmeyle kararlaştırılmış olsa dahi mümkün olmaz. Bununla birlikte, bazen hakkın düzenlenme şekli kısmî kullanıma imkân verebilir. Örneğin; devir işlemi yapılmış olma koşuluna bağlanan alım hakkında, hakkın

¹⁷⁶¹ Schleich, *Option*, 193-194; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.224; Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.115.

¹⁷⁶² Schleich, *Option*, 194.

¹⁷⁶³ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.838; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.231; Schleich, *Option*, 198-199. Alman hukukunda bu yönde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 144. Alman hukukunda genel olarak yenilik doğuran haklar kapsamında ayrıca bkz.: Hirsch, *Schuldrecht Allgemeiner*, Rn.308.

¹⁷⁶⁴ Schleich, *Option*, 197-198. Alman hukukunda bu yönde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 144.

¹⁷⁶⁵ Schleich, *Option*, 199.

¹⁷⁶⁶ Schleich, *Option*, 199; Alman hukukunda bu yönde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 144. Şirket paylarını konu alan alım hakkında da, kullanım beyanının kural olarak tüm payları kapsayacak şekilde ileri sürülebileceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla alım hakkını kullanan hak sahibi, hakkın konusu şeyin tamamını belirlenmiş bedel üzerinden alabilecek durumda olmalıdır. Bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Reymond Philippe, *Quelques réflexions sur les conventions d'actionnaires*, in: Dessemontet et al. (Hrsg.), *Aspects actuels du droit de la société anonyme*, Travaux réunis pour le 20ème anniversaire du CEDIDAC, Lausanne 2005, 228 (Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1201, dpn.33'ten naklen); Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 96; Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1298 ve ayrıca 1201; Böckli, *Aktionärbindungsverträge*, 57. Bununla birlikte münferiden belirli payları konu alan alım hakkı için taraflarca ayrıca bir düzenleme yapılması halinde, hakkın kısmen kullanımının mümkün olduğu yönündeki ifade için ayrıca bkz.: Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1298 ve ayrıca 1203.

¹⁷⁶⁷ Casper, *Der Optionsvertrag*, 144.

konusu şeyin bir kısmı üçüncü kişiye devredilmişse, alım hakkı artık yalnızca bu devredilen kısım için kullanılabilir¹⁷⁶⁸.

Alım hakkının kısmî kullanımı, kural olarak hakkın kullanılan kısmıyla sınırlı olmak kaydıyla sona ermesi sonucunu doğurur. Taraflar kısmî kullanıma rağmen, hakkın tamamen sona ermesini istiyorlarsa, buna ilişkin bir kayda sözleşmede yer vermeleri gerekir¹⁷⁶⁹.

3.2.3. Kullanım Süresi

Alım hakkında, kanun koyucu, önalım hakkındandan farklı olarak, belirli kullanım sürelerine yer vermemiştir. Dolayısıyla taraflar, alım hakkı sözleşmesinde bu hususa ilişkin bir düzenlemeye yer vermemişse, hakka ilişkin bir kullanım süresinden bahsedilmez¹⁷⁷⁰. Bunun sonucu olarak alım hakkı sahibi, hakkını dilediği zaman kullanma imkânına sahiptir¹⁷⁷¹. Ancak bu sonuç hakkın süresiz olarak kullanılabilceği anlamına da gelmemelidir. Zira kullanım süresinin üst sınırını her hâlükârda alım hakkının süresi oluşturur¹⁷⁷². Bu sebeple de, kullanım süresi açısından hakkın bağlı olduğu süre göz önünde bulundurulmalıdır¹⁷⁷³. Bununla birlikte, alım hakkı aynı zaman şerh edilmiş ve sözleşmede tek bir süreye yer verilmişse, bu süre, hem hakkın hem de şerhin tâbî olduğu süreyi ifade eder¹⁷⁷⁴. Taraflarca aksi kararlaştırılmadığı müddetçe de alım hakkı şerh süresi boyunca her zaman kullanılabilir¹⁷⁷⁵.

Taraflar, alım hakkı sözleşmesinde, özel bir kullanım süresine yer verebilirler. Bu yönde bir anlaşmanın yapıldığı durumlarda, kullanım beyanının geçerliliği,

¹⁷⁶⁸ Önalım hakkı kapsamında bkz.: Schleich, *Option*, 199.

¹⁷⁶⁹ Dolaylı olarak bu yönde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 144.

¹⁷⁷⁰ Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1297; Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 96; Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 71; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 97 vd.

¹⁷⁷¹ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 97. Alım hakkı sahibinin, hakkı kullanıp kullanmamakta ve ne zaman kullanacağı konusunda tamamen serbest olduğu yönünde bkz.: Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 71; Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 96. Aynı doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Haymann, *Aktienübernahmevereinbarungen*, 95.

¹⁷⁷² Bu doğrultuda bkz.: Pfäffli ve Byland, “Vorkaufsrecht”, 294; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.222; Brunner, *Kaufrechte*, 396 vd.; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.851; Schmid, *Das Vorkaufsrecht*, 119.

¹⁷⁷³ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 100.

¹⁷⁷⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: İkinci Bölüm, TBK md. 238 Hükmünün Tamamlayıcı Rolü başlığı.

¹⁷⁷⁵ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2469. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGer 4A.189/2012 vom 2.10.2012, E. 4 (Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2469’dan naklen).

kararlaştırılmış olan bu süreye uyulmuş olmasına baėlıdır¹⁷⁷⁶. Bu noktada kullanım süresinin kararlaştırılma şekli farklılık arz edebilir. Bu kapsamda taraflar, alım hakkı süresinin sona ermesinden önceki belirli bir zaman dilimini kullanım süresi olarak kararlaştırabilirler. Örneğin; on yıl süreyle kurulan alım hakkının son iki yıllık süre içerisinde kullanılabileceğini düzenleyebilirler. Bunun gibi, hakkın kullanımına ilişkin bir kullanım aralığına yer verilmesi de mümkündür. Örneğin; bir tarımsal ürüne ilişkin kurulan beş yıllık alım hakkında, hakkın her yıl hasat mevsimini karşılayan, söz gelimi üç aylık süre içerisinde kullanılabileceğini düzenleyebilirler. Bu tür kullanım periyodlarına yer verildiği hallerde, hakkın, artık bu zaman aralıklarına uygun olarak kullanılmış olması gerekir. Aksi takdirde, hak sahibi bir sonraki kullanım aralığını beklemek ve hakkı o zaman aralığında kullanmak zorundadır¹⁷⁷⁷. Kullanım aralığına ilişkin olarak, taraflar, alım hakkının kurulmasından itibaren beşinci ve sekizinci yıllar arasında kullanılabileceği tarzında düzenlemeler de yapabilirler¹⁷⁷⁸. Ancak bunun için hakkın da sekiz yıllık süre ile kurulmuş olması gerekir¹⁷⁷⁹. Kullanım sürelerine ilişkin olarak ilk bölümde incelendiği üzere, sürenin amerikan ya da avrupa tipi düzenleme şeklinde kararlaştırılması da mümkündür¹⁷⁸⁰.

Alım hakkının doğumu veyahut da kullanımı için taraflarca bir koşul öngörölmüş olabilir. Böyle bir durumda, hak sahibi, ancak koşul gerçekleştikten sonra kullanım beyanını ileri sürebilir¹⁷⁸¹. Alım hakkı için bu tür bir koşulun yer aldığı durumlarda, hak sahibi, koşul gerçekleştikten sonra alım hakkını yine dilediği zaman kullanmakta serbesttir¹⁷⁸². Ancak bu durumda da hakkın kullanım süresine ilişkin üst sınırı alım hakkı süresi oluşturur. Buna rağmen taraflar, koşul gerçekleştikten sonra

¹⁷⁷⁶ Casper, *Der Optionsvertrag*, 147.

¹⁷⁷⁷ Casper, *Der Optionsvertrag*, 148.

¹⁷⁷⁸ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2464.

¹⁷⁷⁹ Bu sebeple, alım hakkı on yıl süre ile kararlaştırılmış ve kullanım süresi hakkın beşinci ve sekizinci yılları arasında olacak şekilde düzenlenmişse, alım hakkının tapu kütüğüne kaydı mümkün değildir. Böyle bir durumda örneğin alım hakkı artık şerh edilemez. Bu yöndeki açıklamalar için bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2464. Zira hakkın sekiz yıldan daha uzun süre ile kararlaştırıldığı hallerde, son iki yıl içerisinde kullanımı artık mümkün olmadığı gibi; tekrar kullanılma imkânı doğmaksızın on yılın tamamlanmasıyla birlikte de sona erer. Oysa hakkın kullanılma imkânının ortadan kalkması, alım hakkı açısından bir sona erme sebebidir. şerh ise ancak bağlı oldu hak varlığını sürdürdüğü müddetçe varlığı korur. Dolayısıyla gerçekte olmayan bir hakka ilişkin olarak tapu kütüğüne şerh kaydının düşölmesi mümkün değildir. Kullanılma imkânı ortadan kalkan alım hakkının sona ereceğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Schleich, *Option*, 232 vd.

¹⁷⁸⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Birinci Bölüm, Opsiyon başlığı.

¹⁷⁸¹ Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 71.

¹⁷⁸² Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 97.

işleyecek bir kullanım süresi de kararlaştırabilirler¹⁷⁸³. Nitekim uygulamada da hakkın doğumuna ilişkin bir koşula yer verilen hallerde, genellikle koşulun gerçekleşmesinden itibaren işleyecek bir süreye yer verildiği ifade edilmektedir¹⁷⁸⁴. Zira önalım hakkından farklı olarak, alım hakkında özel düzenlenmiş olan bir kullanım süresine rastlanmaz. Dolayısıyla öğretilde, süreye ilişkin bir düzenlemenin alım hakkı yükümlüsü tarafın menfaati açısından faydalı olacağı ifade edilmektedir¹⁷⁸⁵. Gerçekten de koşula bağlı bir alım hakkında, hak sahibinin hakkı kullanmasının önündeki tek engel, aslında kararlaştırılmış olan koşuldur. Başka bir deyişle, hak sahibi, kullanım imkânına sahip olsa zaten alım hakkını ileri sürecektir. Onun önündeki tek engel söz konusu koşulun gerçekleşmesidir. Bu sebeple, alım hakkı veren taraf da, koşul gerçekleştiği anda hakkın kendisine karşı kullanılacağını bilmektedir. Dolayısıyla alım hakkı veren lehine belirli bir sürenin öngörülmesi oldukça makul ve anlaşılabilir bir durumdur. Örneğin; zorlama fonksiyonun yer aldığı alım hakkında, borca aykırılık koşulunun gerçekleşmesinden sonra bir sürenin kararlaştırıldığı hallerde durum böyledir¹⁷⁸⁶.

Alım hakkı, yenilik doğuran bir haktır. Bu sebeple hakkın kullanımına ilişkin irade açıklaması, karşı tarafa varması gerekli bir irade beyanı olarak karşımıza çıkar¹⁷⁸⁷. Bu çerçevede hakkın kullanım süresi içerisinde ileri sürülmüş olması için kullanım beyanının en geç bu sürenin son gününde muhataba ulaşmış olması gerekir¹⁷⁸⁸. Bu sebeple kullanım beyanının sadece ileri sürülmüş olması yeterli değildir¹⁷⁸⁹. Ancak beyan muhataba ulaştıktan sonra, ayrıca mülkiyetin iktisabına ilişkin tapuda bir kayıt

¹⁷⁸³ Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 97-98.

¹⁷⁸⁴ Forstmoser ve Kuchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1299; Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 71. Böyle bir durumda kullanım süresinin, koşulun gerçekleştiğine dair hak sahibinin bilgi sahibi olduğu tarihten itibaren başlayacağı yönünde bkz.: Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 71; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.203.

¹⁷⁸⁵ Böylelikle alım hakkı sahibi tarafından hızlı bir şekilde karar verilmesinin güvence altına alınmış olduğu yönünde bkz.: Forstmoser ve Kuchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1299.

¹⁷⁸⁶ Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 100.

¹⁷⁸⁷ Emery, Rn.490; Steinauer, *droits réels*, Rn.1736 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.862, dpn.1771'den naklen); Strebel, *Das gesetzliche Vorkaufsrecht*, Rn.1570; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.862; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.224; Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2410. Alman hukukunda nispeten aynı doğrultuda bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 272.

¹⁷⁸⁸ Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.114; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.862. Alman hukukunda süreye ilişkin bir açıklamaya yer vermeksizin aynı yönde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 148.

¹⁷⁸⁹ Emery, Rn.458, dpn.747 und Rn.478; Rey, *ZSR 1994*, 59; Schmid, *Neuerungen*, 81; Steinauer, *droits réels*, Rn.1735a (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.862, dpn.1772'den naklen); Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.862; Strebel, *Das gesetzliche Vorkaufsrecht*, Rn.1570; Brunner, *Kaufrechte*, 396; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.221; Simonius ve Sutter, *Immobiliarsachenrecht*, § 11, Rn.51; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.114. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 73 II 162 ff. (168), E. 5 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.862, dpn.1772'den naklen).

işleminin bu süre içerisinde yapılmış olması zorunlu değildir¹⁷⁹⁰. Zira hakkın konusu şeyin devrine yönelik işlemler, alım hakkına değil; taraflar arasında kurulan satış sözleşmesine ilişkindir. Süreye ilişkin son günün hesaplanmasında ise TBK md. 91 vd. yer alan hükümler kıyasen uygulanır¹⁷⁹¹.

Alım hakkının, yenilik doğuran hak olmasının kullanım süresi üzerindeki bir diğer önemli sonucu, kullanım beyanının zamanında ulaşılmış sayılması yönünden ortaya çıkar. Bu çerçevede kullanım beyanı sahibinin, TBK md. 5/II'e dayanarak irade açıklamasının zamanında ulaşılmış sayması mümkün değildir¹⁷⁹². Kullanım beyanının zamanında ulaşmamış olma rizikosunu alım hakkı sahibine aittir¹⁷⁹³. Ayrıca kullanım beyanının zamanında ulaşılmış olduğunu ispat yükü alım hakkı sahibine aittir¹⁷⁹⁴. Bunun dışında alım hakkı kullanıldıktan sonra, ancak muhataba ulaşmadan önce sona erer ise kullanım beyanı artık herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmaz¹⁷⁹⁵.

Alım hakkına ilişkin sözleşmede öngörülecek kullanım süresi niteliği itibarıyla hak düşürücü süredir¹⁷⁹⁶. Bu çerçevede örneğin; hak sahibinin bir kusuru olmaksızın hakkı zamanında kullanması mümkün olmasa bile, bu durum, kullanım süresinin sona erme tarihi açısından bir değişiklik yaratmaz¹⁷⁹⁷. Bu sonuç sürenin hak düşürücü nitelikte olmasının doğal bir neticesidir¹⁷⁹⁸. Bu sebeple sürenin kesilmesi veya durması söz konusu değildir.

Son olarak sürenin hak düşürücü nitelikte olması, hakka ilişkin bir kullanım süresine yer verilmiş olmasına bağlı değildir. Sözleşmede öngörülen süre hak düşürücü

¹⁷⁹⁰ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2405.

¹⁷⁹¹ Dolaylı olarak bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.862; Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.114.

¹⁷⁹² Oysa öneri teorisi açısından bu mümkündür. Zira bu teori hakkın tanınmasını ve kullanılmasını tipik anlamda öneri ve kabul müesseseleri kapsamında ele almaktadır. Bu doğrultuda bkz.: Schleich, *Option*, 197.

¹⁷⁹³ Schleich, *Option*, 197.

¹⁷⁹⁴ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.863. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGer 5A_668/2012 vom 7. März 2013, E. 3.1 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.863, dpn.1774'ten naklen).

¹⁷⁹⁵ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 100.

¹⁷⁹⁶ Rey, ZSR 1994, 59; Schmid, *Neuerungen*, 81 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.843, dpn.1727'den naklen); Stöbel, *Das gesetzliche Vorkaufsrecht*, Rn.1569; Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.108. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGer 5A_668/2012 vom 7. März 2013, E. 3.1 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.843, dpn.1727'den naklen). Alman hukukunda bu yönde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 147. Alman hukukunda yenilik doğuran haklar kapsamında bu yönde ayrıca bkz.: Hirsch, *Schuldrecht Besonderer*, Rn.284; Leipold, *BGB I*, § 35, Rn.28.

¹⁷⁹⁷ Alman hukukunda bu yönde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 148.

¹⁷⁹⁸ Hak düşürücü süreler kapsamında sürenin durması veya kesilmesinin söz konusu olmadığı şeklinde dolaylı olarak bu yönde bkz.: Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, Knr.388. Alman hukukunda bu yönde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 148.

niteliktedir. Buna ilaveten taraflarca bir anlaşmaya yer verilmediği durumlarda da aslında bir kullanım süresi mevcuttur. Bu süre ise alım hakkı süresinin kendisinden ibarettir. Niteliği itibari ile de aynı şekilde hak düşürücü süredir.

3.2.4. Hakkın Kullanılmasının Sonuçları

Alım hakkının kullanılmasıyla birlikte hak sahibi ve alım hakkı yükümlüsü arasında esas sözleşme kurulmuş olur¹⁷⁹⁹. Bu esas sözleşme alım hakkında satış sözleşmesi olarak cereyan eder. Satış sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte de taraflar arasında bu andan itibaren satış sözleşmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. Bu noktada sözleşmenin kurulma anı kullanım beyanının muhataba vardığı an olarak kabul edilmektedir¹⁸⁰⁰. Satış ilişkisinin bir alım hakkıyla kurulmuş olması ise uygulanacak hükümler açısından bir farklılık yaratmaz¹⁸⁰¹.

Alım hakkının kullanılmasıyla birlikte, taraflar arasında satış sözleşmesi kurulmuş olacağından, hak sahibinin tek taraflı olarak bu beyanından geri dönmesi artık mümkün değildir¹⁸⁰². Dolayısıyla taraflar istiyorlarsa ancak karşılıklı anlaşma suretiyle satış ilişkisini sona erdirebilirler. Bunun gibi, taraflarca somut olayda dayanılabilecek bir geçersizlik, iptal veyahut da dönme sebebi söz konusuysa ona dayanılarak da sözleşmenin sona erdirilmesi mümkündür.

Esas sözleşmenin kurulmasıyla birlikte, bu sözleşmeden doğan hak ve borçların tayini alım hakkı sözleşmesinde yer alan düzenlemeye göre tespit edilir¹⁸⁰³. Alım hakkı

¹⁷⁹⁹ Türk hukukunda bu yönde bkz.: Kırca, *Hukuki Yönüyle*, 194; Eren, *Özel Hükümler*, 210 ve 220; Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku*, 69; İnan ve Yücel, *Borçlar Hukuku*, 107; Hatemi, *Medeni Hukuka Giriş*, § 9, Knr.58; Aydoğdu ve Kahveci, *Borçlar Hukuku*, 290; Dural ve Sarı, *Temel Kavramlar*, Knr.1045. İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.872 ve dolaylı olarak bu yönde ayrıca 881; Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.144; Forstmoser ve Kuchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1181; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 54 vd. Dolaylı olarak bu yöndeki benzer açıklamalar için bkz.: Schleich, *Option*, 202. Koşul teorisi kapsamında ayrıca bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.236 ve Art.683, Rn.59. Alman hukukunda bu yönde bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 275 ve 276; Wolf, *Besonderer Teil*, 57. Önalım hakkı kapsamında bu yönde bkz.: Looschelders, *Besonderer*, § 13, Rn.14; Hirsch, *Schuldrecht Besonderer*, Rn.343. Önalım hakkı kapsamında bu yöndeki Alman Federal Mahkemesi kararları için bkz.: BGHZ 199, 136 (143); BGH NJW 2000,1033 (1034); NJW 2015,1516 (1517) = JA 2015,705 (Looschelders, *Besonderer*, § 13, Rn.14, dpn.570'ten naklen).

¹⁸⁰⁰ Schleich, *Option*, 202; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.238; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 101.

¹⁸⁰¹ Bu doğrultuda bkz.: Allgäuer, *Kaufrecht*, 142.

¹⁸⁰² Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.238; Isler, *Grundbuch*, 54. Bu doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Roberto, "Teilrevision", 173.

¹⁸⁰³ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.238.

açısından esas sözleşmedeki aslî borçlar, hakkın konusu şeyin mülkiyetinin devri ve buna karşılık ödenen bedeldir¹⁸⁰⁴.

Alım hakkının kullanılmasıyla birlikte taraflar arasındaki satış ilişkisi o an ilk kez kurulur. Alım hakkı sahibi açısından, hakkın konusu şeyin mülkiyetinin devri karşılığında sözleşmede kararlaştırılmış olan bedeli ödeme borcu doğar¹⁸⁰⁵. Bununla birlikte hakkın kullanılması, kendiliğinden (*ipso iure*) hakkın konusu şeyin mülkiyetinin devri sonucunu doğurmaz¹⁸⁰⁶. Dolayısıyla mülkiyetin devrinin gerçekleştirilmesi için ayrıca bir tasarruf işlemine ihtiyaç vardır. Taşınırлар açısından bu durum zilyetliğin devri şeklinde ortaya çıkar¹⁸⁰⁷. Hamile yazılı senetler için de aynı esas geçerlidir¹⁸⁰⁸. Bununla birlikte farklı hisse senetlerine ilişkin özel devir şartlarının söz konusu olduğu hallerde, ayrıca bu şartlara da riayet edilmesi gerekir¹⁸⁰⁹. Örneğin; bir limited şirketin esas sermaye payını konu alan alım hakkında, alım hakkın kullanımı ile birlikte yapılacak devir işleminde taraflarca aksi öngörülmediği müddetçe, TTK md. 595/II gereği ayrıca ortak genel kurulunun onayının alınmasında durum böyledir. Keza nama yazılı payları konu alan alım hakkında, hakkın konusu paya ilişkin TTK md. 490/I gereği ek şart öngörülmüş ise, devir için bu şarta riayet edilmesi şarttır. Bunun gibi, esas sözleşme nama yazılı payların ancak şirketin onayıyla devredilebileceğini öngörmüşse TTK md. 492/I gereği artık bu şartın da sağlanmış olması gerekir.

Alım hakkı konusunun bir taşınmaz olduğu durumlarda, hak sahibine taşınmazın devri için, tapu kütüğünde tescil işleminin yapılması gerekir. Dolayısıyla mülkiyetin devrinde tapu idaresine ayrıca yazılı bir bildirimin yapılması şarttır¹⁸¹⁰. Alım hakkının kullanılmasında tescil talebinde bulunacak kişi (*anmeldende-/verfügende Person*) alım hakkı verendir¹⁸¹¹. Başka bir deyişle, hakkın muhatabıdır¹⁸¹². İsviçre hukukunda,

¹⁸⁰⁴ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.239.

¹⁸⁰⁵ Türk hukukunda bu yönde bkz.: Eren, *Özel Hükümler*, 219-220. İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 55; Isler, *Grundbuch*, 54; Allgäuer, *Kaufrecht*, 142.

¹⁸⁰⁶ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.242; Allgäuer, *Kaufrecht*, 142. Aynı doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.144; Isler, *Grundbuch*, 54; Hatemi, *Medeni Hukuka Giriş*, § 9, Knr.58; Aydoğdu ve Kahveci, *Borçlar Hukuku*, 290; Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku*, 69; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 55. Alman hukukunda aynı yönde bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 276.

¹⁸⁰⁷ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 55. Aynı doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Allgäuer, *Kaufrecht*, 142.

¹⁸⁰⁸ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 55.

¹⁸⁰⁹ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 55.

¹⁸¹⁰ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.243; Isler, *Grundbuch*, 54.

¹⁸¹¹ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2470 ve dolaylı olarak ayrıca 2406.

taraflar alım hakkı sözleşmesini yaparken malikin yazılı tescil istemine sözleşmede yer verilebileceğini ileri sürmektedir¹⁸¹³. Böyle bir durumda, hak sahibi, alım hakkı verenin tescil talebine ilişkin bir iştirakine ihtiyaç duymaksızın taşınmaz mülkiyetinin kendisine devrini talep edebilir¹⁸¹⁴. Bu noktada, sözleşmede yer alan tescil talebinin eski tarihli olması, alım hakkı verene yeniden bir tescil talebi için başvurulması ihtiyacını doğurmaz. Bunun gibi, alım hakkı verenin, ilave bir parasal edim talebi sebebiyle yapmış olduğu istemi geri çekmesi de mümkün değildir¹⁸¹⁵. Ancak TMK md. 1013 ile TST md. 17’de yer alan düzenlemeler karşısında, bu görüş, Türk hukukunda uygulanabilir nitelikte gözükmemektedir. Bununla birlikte alım hakkı veren, hakkın kullanılmasından itibaren hiçbir şekilde tescil talebinde bulunmaz ve bu talebe ilişkin istemlere olumlu yanıt vermekten kaçınırsa, hak sahibi, en nihayetinde TMK md. 716 çerçevesinde tescil davası açarak hâkimden mülkiyetin hükmen kendisine geçirilmesini isteyebilir¹⁸¹⁶.

Alım hakkı, bir yenilik doğuran hak olduğu için, kullanım beyanı bir kez yapıldıktan sonra, artık bu beyandan kural olarak geri dönülemez¹⁸¹⁷. Fakat yenilik doğuran irade açıklamalarında yer alan geri dönülemezlik, istisnaya izin veren bir genel kaide niteliğindedir¹⁸¹⁸. Bu sebeple beyanın geri alınamazlığına yönelik alım hakkı veren tarafın menfaatinin, o somut olay için korunmaya değer olmaması halinde artık

¹⁸¹² Eren, *Özel Hükümler*, 220; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Eşya Hukuku*, 644.

¹⁸¹³ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2471.

¹⁸¹⁴ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2470.

¹⁸¹⁵ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2470.

¹⁸¹⁶ Türk hukukunda bu yönde bkz.: Eren, *Özel Hükümler*, 220; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 531; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Eşya Hukuku*, 643 vd.; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 394; Eren, *Mülkiyet*, 458; Ayan, *Mülkiyet*, 428; Tekinay, “İştira ve Vefa”, 516. İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.246. Alım hakkı verenin tescile yanaşmadığı durumlarda hak sahibinin mahkemeye başvurma imkânının olduğu yönünde bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2406. Aynı doğrultuda olmakla birlikte hak sahibinin mahkeme kararına dayanabileceği şeklinde ifade eden görüş için ayrıca bkz.: Allgäuer, *Kaufrecht*, 142.

¹⁸¹⁷ Schmid, *Neuerungen*, 81; Steinauer, *droits réels*, Rn.1736 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.839, dpn.1716’dan naklen); Strebel, *Das gesetzliche Vorkaufsrecht*, Rn.1319; Ghandchi, *Vorkaufsrecht*, 219; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.839; Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1297; Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 99; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 49 ve 100; Schleich, *Option*, 200; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.115; Brunner, *Kaufrechte*, 397; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.224; Simonius ve Sutter, *Immobiliarsachenrecht*, § 11 Rn.44. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz.: BGE 117 II 32 f. (Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1297, dpn.23’ten naklen); BGE 117 II 30 ff. (32), E. 2a; 109 II 245 ff. (253), E. 7b; 101 II 235 ff. (242), E. 2b; 81 II 239 ff. (245), E. 1; BGer 5A_659/2012 vom 25. Januar 2013, E. 5.2. (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.839, dpn.1716’dan naklen). Alman hukukunda bu yönde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 150.

¹⁸¹⁸ Schleich, *Option*, 201; Gauch, Schlupe ve Schmid, *Obligationenrecht*, Rn.156 vd.

bir geri alma imkânından bahsetmek mümkündür¹⁸¹⁹. Bu çerçevede hak sahibinin, TBK md. 10'da yer alan öneri ve kabulün geri alınmasına ilişkin düzenlemeler çerçevesinde kullanım beyanını geri alabileceği kabul edilmektedir¹⁸²⁰. Bunun sonucu olarak, geri alma beyanı, kullanım beyanından önce muhataba ulaşmış veyahut da aynı anda ya da daha sonra ulaşmakla birlikte muhatap geri alma beyanını daha önce öğrenmiş ise kullanım beyanından dönmek artık mümkündür.

Son olarak, Türk Medeni Kanunu md. 2'de yer alan dürüstlük kuralı kullanım beyanı için de uygulama alanı bulur¹⁸²¹. Bu çerçevede dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri sürülen kullanım beyanı, kendisinden beklenen hüküm ve sonuçları doğurmaz. Bunun en tipik örneği, alım hakkı veren tarafa sırf zarar vermek maksadıyla hakkın kullanılmasıdır¹⁸²². Ancak alım hakkında, hakkın kullanımı tamamen hak sahibinin iradesine bırakılmıştır. Hakkı kuran sözleşmenin yapılması ile de, hakkı veren taraf, kendisi için dezavantajlı olunan bir anda hakkın kendisine karşı kullanılabileceğini kabul etmektedir. Bunun sonucu olarak da, alım hakkının kullanımının ekonomik yönden hakkı veren için dezavantajlı olması, bir kötüye kullanımın kabulünü nadiren gerekçelendirebilen bir durum olarak kabul edilmektedir¹⁸²³. Örneğin; hak sahibi, hakkın konusu şeyi normal şartlarda almayı düşünmez iken; sırf hakkı veren taraf ile yaşadığı bir husumet sebebiyle hakkın konusu taşınmazı alım hakkını kullanarak satın almak isteyebilir. Ancak hak sahibi, bu imkândan, hakkın konusu şeyin değeri önemli ölçüde arttığında faydalanmak isteyebilir. Kullanma bedelinin sabit bir bedel üzerinden kararlaştırılmış olması halinde, hak sahibi, böyle bir güce sahiptir. Böyle bir durumda hak sahibi tarafından alım hakkı ileri sürüldüğünde, hakkı veren taraf, hakkın sırf aralarındaki husumet sebebiyle ileri sürüldüğünü ve bundan dolayı taşınmazın değeri arttığı için bu hakkın kullanıldığını ileri süremez. Zira alım hakkının hak sahibine

¹⁸¹⁹ Muhatabın alım hakkının varlığını veyahut da onun geçerliliğini uyuşmazlık konusu yaptığı hallerin bu kapsamda olduğu yönünde bkz.: Gauch, Schluep ve Schmid, *Obligationenrecht*, Rn.157.

¹⁸²⁰ Türk hukukunda bkz.: Buz, *Haklar*, 481-482. İsviçre hukukunda bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.842; Brunner, *Kaufrechte*, 398; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.224; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 49; Schmid, *Das Vorkaufsrecht*, 93; Schleich, *Option*, 200-201; Gauch, Schluep ve Schmid, *Obligationenrecht*, Rn.156 ve 174.

¹⁸²¹ Yenilik doğuran haklar kapsamında bu yönde bkz.: Gauch, Schluep ve Schmid, *Obligationenrecht*, Rn.152; Schleich, *Option*, 201. Opsiyon hakları kapsamında bu yönde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 149; Schleich, *Option*, 201.

¹⁸²² Schleich, *Option*, 201.

¹⁸²³ Schleich, *Option*, 201.

bahsettiği ekonomik avantaj, alım hakkı sahibinin imtiyazlı konumunun olası ve olağan sonuçlarından birini oluşturmaktadır.

3.3. Alım Hakkının Şerhi

3.3.1. Genel Olarak

Kişisel bir hak olan alım hakkı nisbî nitelikte bir haktır ve aynî bir etkiye sahip değildir. Bunun sonucu olarak, alım hakkı, mirasla intikâle elverişli olmayıp ayrıca devredilemez nitelikte ise, kural olarak, yalnızca sözleşmeyi yapan taraflar arasında ileri sürülebilir. Dolayısıyla hakkın konusu şeyin üçüncü bir kişiye devri halinde, hak sahibinin, TBK md. 112'ye dayanarak borca aykırılık sebebiyle taşınmaz malikinden tazminat isteme dışında, başvurabileceği bir yol yoktur¹⁸²⁴. Bunun sebebi, hak sahibinin, alım hakkını üçüncü kişiye karşı ileri sürmesinin mümkün olmamasıdır¹⁸²⁵. Oysa azami on yıllık bir süreyle kurulabilen ve hakkın konusunu bir taşınmazın oluşturduğu durumlarda, bu sonuç, hak sahibi açısından oldukça dezavantajlıdır. Nitekim öğretide de, taşınmaza ilişkin işlemlerde, şerhin alım hakkı açısından özel bir öneme sahip olduğu ifade edilmektedir¹⁸²⁶. İşte bu durumu gözeten kanun koyucu da, hak sahibine, elinde bulundurduğu kişisel hak için bir şerh imkânı tanımıştır.

Türk hukukunda kişisel hakların şerhine ilişkin genel düzenlemelere Türk Borçlar Kanunu ile Türk Medeni Kanunu'nda rastlanmaktadır. TMK md. 1009'a göre “*alım, önalım, geri alım sözleşmesinden doğan haklar ... tapu kütüğüne şerhedilebilir*”. Bunun gibi, TBK md. 238'e göre de “*öналım, geri alım ve alım hakları ... kanunlarda belirlenen süreyle tapu siciline şerh edilebilir*”. Bu kapsamda sözleşmeden doğan alım

¹⁸²⁴ Türk hukukunda bu yönde bkz.: Aydoğdu ve Kahveci, *Borçlar Hukuku*, 291. İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.56.

¹⁸²⁵ Türk hukukunda bkz.: Tekinay, “İştira ve Vefa”, 515; Eren, *Özel Hükümler*, 220; Tekinay, *Taşınmaz Mülkiyetinin*, 9; Ayan, *Mülkiyet*, 427; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Eşya Hukuku*, 644; Şahan, *Tapu Sicilinde*, 76; Dural ve Sarı, *Temel Kavramlar*, Knr.995, 1000 ve 1003. İsviçre hukukunda bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2405; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.56; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.247; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 57. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 85 II 570 ff; 75 II 136 f. (Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.56, dpn.53'ten naklen). Alman hukukunda bkz.: Bergerfurth, Menard ve Fuchs, *Das Kaufsrecht*, Rn.156. Ancak şartları mevcut ise, TBK md. 49/II çerçevesinde ahlâka aykırılık sebebiyle, hakkın konusu şeyi iktisap eden üçüncü kişiye karşı tazminat yoluna gidilebileceği yönünde bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 57; Allgäuer, *Kaufsrecht*, 143. TBK md. 49/II'e göre tazminat yoluna başvurulmasına uygulamada çekimser kalındığı yönünde bkz.: von Tuhr/Siegmart, § 46 H S. 351 bei Anm. 31/32 (Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 57, dpn.108'den naklen).

¹⁸²⁶ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.443.

hakkı şerhi mümkün olan kişisel haklardandır¹⁸²⁷. Hakkın şerh edilebilirliği açısından bir koşula bağlanmış olup olmaması da bir önem arz etmez. Alım hakkı koşula bağlanmış olsa dahi şerhi mümkün kişisel haklar kapsamında yer alır¹⁸²⁸.

Alım hakkının şerh edildiği durumlarda, şerhin süresi kural olarak on yıl ile sınırlıdır¹⁸²⁹. Ancak taraflarca özel bir alım hakkı süresi veyahut da şerh süresine yer verilmişse, şerh, artık kararlaştırılmış olan bu süreyle sınırlı olarak geçerli olur. Ancak bu süre her halukârda Kanun'un öngördüğü on yıllık süreden uzun olamaz¹⁸³⁰.

3.3.2. Şerhin Kurulması

Alım hakkının şerh edilebilmesi için, geçerli bir kişisel hakkın varlığı zorunludur. Alım hakkı geçerli bir şekilde kurulmamış ise şerh edilebilir bir kişisel hak söz konusu olmayacağı gibi; daha sonra herhangi bir sebeple alım hakkı geçersiz olursa mevcut şerh kaydı da hükümsüz kalır. Bunun gibi, henüz tapu kütüğünde bağımsız sayfa açılmamış, ama alım hakkı sözleşmesine konu olmuş bir taşınmaz veya taşınmaz parçası üzerinde kurulan alım hakkı da henüz şerh edilebilir nitelikte değildir. Böyle bir durumda, taşınmaza ilişkin bağımsız sayfa açıldıktan sonra hakkın şerhi için ayrıca başvuruda bulunulması gerekir¹⁸³¹.

Alım hakkının şerh edilebilmesi için taraflarca düzenlenmiş geçerli bir şerh anlaşmasının bulunması gerekir¹⁸³². Şerh anlaşması, alım hakkı sözleşmesiyle birlikte

¹⁸²⁷ Türk hukukunda bkz.: Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya*, 358; Ayan, *Tapu Sicili*, 398; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, Rn.469; İnan ve Yücel, *Borçlar Hukuku*, 90-91; Hatemi, *Medeni Hukuka Giriş*, § 9, Knr.57; Aybay ve Hatemi, *Eşya Hukuku*, § 11 Rn.67; Yıldırım, *Türk Borçlar Kanunu*, 8; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 170; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 211-212; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 181. İsviçre hukukunda bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.441-442; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.364; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.56. Alım hakkının sınırlı sayı ilkesi kapsamında şerh edilebilen haklar arasında yer aldığı yönünde bkz.: Deschenaux, *SPR V/3*, 336 vd.; Schmid/Hürlimann-Kaup, Rn.475 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.364, dpn.643'ten naklen); Brunner, *Kaufrechte*, 180; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.57.

¹⁸²⁸ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2465.

¹⁸²⁹ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2463; Schleich, *Option*, 211.

¹⁸³⁰ Selahattin Sulhi Tekinay, *Eşya Hukuku*, Genişletilmiş Üçüncü Bası (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978), 253; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili*, Güncelleştirilmiş 11. Bası (Konya: Mimosza Yayınları, 2014), 409; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: İkinci Bölüm, Sürenin Hukukî Niteliği başlığı.

¹⁸³¹ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2456.

¹⁸³² Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 170; Kocayusufpaşaoğlu, *Gayrimenkul*, 190; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 213; Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya*, 358; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Eşya Hukuku*, 276-277; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 172; Şahan, *Tapu Sicili*, 148; Tekinay, *Eşya Hukuku*, 250; Akipek ve Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 316; Gürsoy, *Tapu Sicili*, 324; Safa Reisoğlu, *Türk Eşya Hukuku, Cilt I*, Altıncı Bası (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Yayınları, 1980), 176; Suat Sarı, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi", *İÜHFD*, 64/2 (2006): 288; Halil Kılıç, *Son*

yapılabileceği gibi daha sonra ayrı bir sözleşme olarak da kurulabilir¹⁸³³. Bununla birlikte, hakkın, ölüme bağlı tasarrufla kurulduğu hallerde, söz konusu tasarrufta bir şerh kaydına yer verilmesi de mümkündür¹⁸³⁴.

Şerhin yapılması için de talepte bulunulduğunda, hukukî sebebin belgelenmesi için, bu sebebin geçerliliği için aranan şekle uyulduğunun ispatı zorunludur (TMK md. 1015/III). Bu çerçevede alım hakkı sözleşmesi ile kurulan alım hakkının şerhinde, şerh anlaşmasının resmî şekle uygun olarak yapılmış olması gerekir¹⁸³⁵. Nitekim TST md. 47/c'ye göre de, alım hakkının şerhi için noterce düzenlenmiş bir şerh anlaşmasının bulunması gerektiği ifade edilmektedir. Ölüme bağlı tasarrufta yer alan bir şerh kaydı açısından ise o tasarruf için öngörülen şekil şartına uyulmuş olması yeterlidir. Ayrıca noterde bir şerh anlaşmasının yapılmasına gerek yoktur.

Alım hakkının şerhi için şerh beyanının varlığı zorunludur. Zira tapu memuru kendisine yöneltilen bir talep olmadıkça kendiliğinden şerh işlemi yapamaz (TST md.16/f.1). Şerh beyanı kayıtsız ve koşulsuz olmalı aynı zamanda herhangi bir vadeye de bağlanmamış olmalıdır (TST md.16/f.2)¹⁸³⁶.

Şerh beyanı taşınmaz malikinin bu husustaki yazılı beyanı üzerine yapılır (TMK md. 1013 ve TST md.16/1)¹⁸³⁷. Ancak belgelenmiş olmak kaydıyla, şerh beyanının,

Değişikliklerle Gayrimenkul Davaları, Beşinci Baskı (Teori-Açıklamalar Kararlar), Cilt III (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 4287.

¹⁸³³ Türk hukukunda bkz.: Gürsoy, Eren ve Cansel, *Eşya Hukuku*, 295; Akipek ve Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 316; Ayan, *Tapu Sicili*, 407; Tekinay, *Eşya Hukuku*, 251; Aybay ve Hatemi, *Eşya Hukuku*, 105; Sungurbey, *Kişisel Hakların*, 44; Gürsoy, *Tapu Sicili*, 325; Kılıç, *Son Değişikliklerle*, 4287; Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya*, 358. İsviçre hukukunda bkz.: Steinauer, *droits réels*, Rn.1724 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.441, dpn.801'den naklen); Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.441; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.115; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 214.

¹⁸³⁴ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.115.

¹⁸³⁵ Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 183; Şahan, *Tapu Sicilinde*, 149; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Eşya Hukuku*, 295; Gürsoy, *Tapu Sicili*, 325; Reisoğlu, *Türk Eşya*, 177; Aybay ve Hatemi, *Eşya Hukuku*, 105; Akipek ve Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 316; Sarı, "Arsa Payı", 288; Sungurbey, *Kişisel Hakların*, 50; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.441. Hakkı tesis eden sözleşme için hiçbir şekil şartı aranmamış olsaydı dahi, TST md. 7/2-ç gereği şerh anlaşmasının en azından yazılı olması gerektiği yönünde ayrıca bkz.: Sirmen, *Eşya Hukuku*, 214.

¹⁸³⁶ Türk hukukunda bkz.: Erman, *Eşya Hukuku*, 38; Şahan, *Tapu Sicilinde*, 151; Ayan, *Tapu Sicili*, 408; Akipek ve Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 317. İsviçre hukukunda bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.441; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.117 ve 118. Şerh beyanının alım hakkı sahibinin kimliğini içermesi gerektiği yönünde ayrıca bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.441.

¹⁸³⁷ Türk hukukunda bkz.: Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, Rn.470; Erman, *Eşya Hukuku*, 38; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 213. İsviçre hukukunda bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.441; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.117; Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.57; Noelpp, *Eine Studie*, 103; Allgäuer, *Kaufrecht*, 49; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.441; Schleich, *Option*, 169.

tapu kütüğünde malik olarak gözüken kişinin temsilcisi tarafından da yapılması mümkündür (TMK md. 1015/II)¹⁸³⁸.

Taraflar, şerh anlaşmasında bazen hak sahibini, şerh beyanında bulunma konusunda yetkili kılabilirler¹⁸³⁹. Böyle bir durumda alım hakkı sahibi, taşınmaz maliki yerine doğrudan tapu idaresine başvurarak hakkın şerh edilmesini isteyebilir. Ancak böyle bir anlaşmaya yer verilmediği takdirde bir üstteki kural geçerli olur. Dolayısıyla taşınmaz maliki, şerh beyanında bulunmaktan kaçınırsa alım hakkı sahibi (üçüncü kişi yararına sözleşmede lehdar) TMK md. 716/I hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle şerhin yapılmasını hâkimden talep edebilir¹⁸⁴⁰.

Alım hakkı şerh edildikten sonra alım hakkı sözleşmesinin kapsamında taraflarca değişiklik yapılmış olabilir. Böyle bir durumda, değişiklik sınırlı nitelikte ise hakkın tekrar şerh edilmesi gerekmez. Zira taraflarca yapılan sonraki düzenleme, ilk düzenlemeyi de kapsamına alacak niteliktedir. Dolayısıyla mevcut şerh kaydı değişiklik yapılan alım hakkı için de koruyucu etkiye sahip olur¹⁸⁴¹. Hatta hakkın içeriğine ilişkin değişiklikler, tapu kütüğüne kaydedilmemiş dahi olsa, şerhin etkisi artık sınırlandırılmış ölçüde var olmaya devam eder¹⁸⁴². Örneğin; alım hakkı süresi on yıl iken taraflarca beş yıla düşürülmüş ise şerhin etkisi de artık beş yıl süreyle sınırlı olur. Keza alım hakkı devredilebilir olarak kararlaştırılmış olmasına rağmen, daha sonra taraflar hakkın bu niteliğini devredilemez olarak değiştirmişlerse şerhin koruyucu etkisi aynı şekilde varlığını korur. Ancak taraflar, beş yıl olarak kararlaştırmış oldukları bir alım hakkının süresini daha sonra on yıla çıkarırlarsa mevcut şerh kaydı hak sahibi açısından bir koruyucu etki sağlamaz. Kanaatimizce, yine de buradaki koruyucu etki hakkın ilk düzenlendiği haldeki beş yıllık süre boyunca var olmaya devam etmelidir. Böyle bir durumda, şerhin tamamen hükümsüz kalması söz konusu olmamalıdır. Örneğin; devredilemez olarak kararlaştırılan alım hakkında, taraflar daha sonra devredilebilirlik şartı öngörmüş olabilir. Bu yönde bir anlaşma, hakkın kapsamını genişlettiğinden, ilk düşülen şerh kaydının koruyucu etkisi de yine sınırlı olarak var olmaya devam

¹⁸³⁸ Türk hukukunda bkz.: Sirmen, *Eşya Hukuku*, 209; Erman, *Eşya Hukuku*, 39; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, Rn.470; Şahan, *Tapu Sicilinde*, 151. İsviçre hukukunda bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.441; Schleich, *Option*, 169; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.118.

¹⁸³⁹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.443.

¹⁸⁴⁰ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.443; Schleich, *Option*, 169; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.117.

¹⁸⁴¹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.253.

¹⁸⁴² Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.253.

edecektir. Bu çerçevede hak devredilmediği sürece, ilk hak sahibi şerhin korumasından faydalanmaya devam eder. Ancak hak devredilir ve üçüncü bir kişi hak sahibi sıfatını kazanırsa, yeni hak sahibi, artık şerhin koruyucu etkisinden faydalanamaz.

3.3.3. Şerhin Yapılması

Şerh beyanını alan tapu memuru, ilgili tescil istemini derhâl yevmiye defterine yazar (TMK md. 1002). Zira şerh talebinin yevmiye defterine yazıldığı tarih, şerhin yapıldığı tarih olarak kabul edilir (TST md.23/f.1). Bunu müteakip, şerhi talep edilen hakkın, şerh edilebilir bir hak olup olmadığını gözden geçirir¹⁸⁴³. Daha sonra ise şerhin şartları, TMK md. 1015 kapsamında incelenir ve en nihayetinde şartları sağlıyorsa şerh tapu kütüğü sayfasına kaydedilir¹⁸⁴⁴.

Şerh kaydı yapılırken tapu kütüğündeki şerhlere ilişkin özel sütuna hakkın konusu, şerhin süresi, tarih ve yevmiye numarası ile varsa değeri yazılır (TST md.51/f.1). Kanaatimizce, ayrıca şerh edilen hakkın içeriği, hak sahibinin kim olduğu ve hukukî sebebi ispatlayıcı belgenin de şerh kaydında belirtilmesi gerekir¹⁸⁴⁵. Bunun gibi, kullanma bedeli de aynı şekilde hakkın içeriğine ilişkin olarak şerh kaydında bulunmalıdır¹⁸⁴⁶. Zira şerh edilmiş alım hakkında, hakkın kullanımı için ayrıca alım hakkı sözleşmesinin ibrazı zorunlu olmayacağından, hakkın içeriğine ilişkin şartların şerh kaydında yer alması tapu memuru tarafından yapılacak incelemeyi kolaylaştıracaktır. Son olarak, şerhin yazıldığı sütundan sonraki ilk satır ise terkin için boş bırakılmalıdır (TST. md.51/f.1).

Şerh kaydını yapan tapu memurunun TMK md. 1019'dan doğan bir tebliğ yükümlülüğü bulunmaz. Zira söz konusu hükümde bahsedilen *ilgililer*, alım hakkı açısından alım hakkı sahibi ile alım hakkı yükümlüsünü ifade eder. Bu kimselerin ise şerh kaydına ilişkin bilgileri zaten hâlihazırda mevcuttur¹⁸⁴⁷.

¹⁸⁴³ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.444; Brunner, *Kaufrechte*, 181.

¹⁸⁴⁴ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.444.

¹⁸⁴⁵ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.445. Hakkın şerhine ilişkin kaydı içeren alım hakkı sözleşmesinin hukukî sebebin belgelenmesi maksadıyla ibraz edilmesi ve bu yönüyle de dolaylı olarak aynı sonuca ulaşan görüş için bkz.: Noelp, *Eine Studie*, 103.

¹⁸⁴⁶ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.122.

¹⁸⁴⁷ Homberger, *ZK*, N 2 zu Art. 969 ZGB; BSK ZGB II-Schmid, N19 zu Art. 969 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.446, dpn.809'dan naklen); Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.446.

3.3.4. Şerhin Etkisi

Alım hakkının şerh edilmesiyle birlikte şerhin koruyucu etkisi, tapu kütüğüne bu hususta ilgili kaydın düşülmesiyle birlikte meydana gelir¹⁸⁴⁸. Zira TMK md. 1021'de aynî hakların tescil ile varlık kazanacağını düzenleyen hüküm kıyasen kişisel hakların şerhi için de uygulanır¹⁸⁴⁹. Bununla birlikte TMK md. 1022/II'de yer alan şartların varlığı halinde şerhin koruyucu etkisi, yevmiye defterine yapılan kayıt tarihinden itibaren başlayacak şekilde geçmişe yürür¹⁸⁵⁰.

Alım hakkının şerhi eşyaya bağlı borç etkisi doğurur¹⁸⁵¹. Bu kapsamda şerh işlemi, alım hakkına veyahut da taraflar arasındaki hukukî ilişkiye aynî hak niteliği

¹⁸⁴⁸ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.441 ve 447; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.124; Noelpp, *Eine Studie*, 103-104.

¹⁸⁴⁹ Homberger, *ZK*, Rn.3 zu Art. 972 *ZGB*; BSK *ZGB II-Schmid*, Rn.5 zu Art. 972 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.447, dpn.811'den naklen); Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.447; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.124.

¹⁸⁵⁰ Türk hukukunda bkz.: Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya*, 359; Ayan, *Tapu Sicili*, 409; Mehmet Ünal, *Şekli Eşya Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınları, 1989), 200; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, Rn.473. İsviçre hukukunda bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.447; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.124; Allgäuer, *Kaufrecht*, 49. Dolaylı olarak aynı yönde bkz.: Noelpp, *Eine Studie*, 103-104.

¹⁸⁵¹ Türk hukukunda bu yönde bkz.: Sirmen, *Eşya Hukuku*, 216; Eren, *Özel Hükümler*, 220; Şahan, *Tapu Sicilinde*, 165; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Eşya Hukuku*, 644; Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya*, 404; Kocayusufpaşaoğlu, *Gayrimenkul*, 200; Reisoğlu, *Türk Eşya*, 178; Sarı, "Arsa Payı", 292; Mustafa Alper Gümüş, *Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Tasarruf Sınırlaması Şerhleri*, Birinci Basıdan İkinci Tıpkı Bası (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007), 104-105; Akipek ve Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 318-319; Ayan, *Tapu Sicili*, 412; Gürsoy, *Tapu Sicili*, 319, 335. İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 77 ve dpn.7 ile 8'de anılan yazarlar ve mahkeme kararları. Türk hukukunda yer alan bir başka görüşe göre, şerhin etkisi aynî etki şeklinde tezahür eder. Buna göre, alım hakkının şerhi onun şahsî hak niteliğini değiştirmez ama borç ilişkisi de eşyaya bağlı bir borç haline gelmez. Dolayısıyla taşınmazın mülkiyeti başkasına devredilmiş olsa dahi borç ilişkisi sözleşmeye taraf kişiler arasında geçerli olmaya devam eder. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Gürsoy, Eren ve Cansel, *Eşya Hukuku*, 278; İsmet Sungurbey, *Medenî Kanun Öntasarısının Nesneler Hukukunun Eleştirisi* (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1972), 265 vd.; Sungurbey, *Kişisel Hakların*, 102 vd.; Aybay ve Hatemi, *Eşya Hukuku*, § 11 Rn.69; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 154. İsviçre hukukunda meseleyi bir aynî etki kavramı çerçevesinde ele alan bir başka görüşe göre ise, şerh işlemiyle birlikte, kişisel hakkın yanında ve ona bağlı olarak bir aynî yan hak doğmaktadır. Söz konusu aynî yan hakkın kaynağı Mehaz Kanun'daki hükmün karşılığını oluşturan TMK md. 1009/II hükmüdür. Zira bu hüküm alım hakkının, şerhten sonra hakkın konusu şey üzerinde kazanılan hakların maliklerine karşı da ileri sürülebileceğini düzenler. Bu ise şu anlama gelmektedir: Alım hakkı sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişiler yapacakları hukukî işlemlerde alım hakkının varlığını dikkate almak zorundadır. İşte bu yönüyle de, burada bir aynî etkiden bahsedilmektedir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: Piotet, *ZBGR* 1969, 46 vd.; Schmid/Hürlimann-Kaup, Rn.478; Homberger, *ZK*, Rn.1 zu Art. 959 *ZGB* (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.367, dpn.647 ve 648'den naklen); Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.367; Brunner, *Kaufrechte*, 196. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 104 II 170 ff. (176 f.), E. 5 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.367, dpn.648'den naklen). Söz konusu aynî yan hakkın ayrıca alım hakkı yükümlüsünün tasarruf yetkisi üzerinde sınırlandırıcı bir etkisinin bulunduğu yönünde ayrıca bkz.: Deschenaux, *SPR V/3*, 333 ve 635 vd.; Schmid/Hürlimann-Kaup, Rn.470; Steinauer, *droits réels*, Rn.799 vd. (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.368, dpn.650'den naklen); Brunner, *Kaufrechte*, 255 vd. Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.368 ve 370.

kazandırmaz¹⁸⁵². İsviçre ve Alman hukuk ve yargı uygulamasındaki eğilim de bu yöndedir¹⁸⁵³. Bununla birlikte, şerhin aynı zamanda bir de munzam etkisi söz konusudur¹⁸⁵⁴. Buna göre, alım hakkı şerh edildikten sonra, hakkın konusu taşınmaz üzerinde kurulan ve borcun gereği gibi ifa edilmesini engelleyen bir hal söz konusu olursa, hak sahibi, şerhe dayanarak bu hakkın¹⁸⁵⁵ bertaraf edilmesini isteyebilir (TMK md.1009/f.2). Nitekim Yargıtay da şerhin etkisi yönünden, eşyaya bağlı borç ile munzam etki şeklinde iki farklı etkisinin bulunduğunu farklı içtihatlarında ifade etmiştir¹⁸⁵⁶.

Eşyaya bağlı borç niteliği, kanunun bir hukukî işlem yoluyla kazanılmasını öngördüğü hallerde kazanılabilir. Bu yönüyle de sınırlı sayı ilkesi geçerlidir¹⁸⁵⁷. Türk hukukunda kişisel hakların şerhinde eşyaya bağlı borç niteliğinin kaynağını TMK md. 736 ile 1009'da yer alan düzenlemeler oluşturur¹⁸⁵⁸. Bu hükme göre, şerh edilmiş alım

¹⁸⁵² Murat Doğan, *Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2004), 13; Dural ve Sarı, *Temel Kavramlar*, Knr.1002; Ayan, *Tapu Sicili*, 413; Kocayusufpaşaoğlu, *Gayrimenkul*, 194 vd.; Kılıç, *Son Değişikliklerle*, 4287; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 211; Şahan, *Tapu Sicilinde*, 30, 165; Erman, *Eşya Hukuku*, 40; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 180; Akipek ve Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 319; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, Rn.473; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 171; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 249 vd.; Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya*, 410 vd.

¹⁸⁵³ İsviçre hukuku için bkz.: CR OR I-Foëx, Rn.12 zu Art. 216a; Homberger, ZK, Rn.3 und 17 zu Art. 959 ZGB; Ostertag, BK, Rn.3 zu Art. 959 ZGB; Piotet, ZBGR 1969, 43 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.367, dpn.646'dan naklen); Jäggi, "Vorkaufsrecht", 73; Brunner, *Kaufrechte*, 196; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.367; Noelpp, *Eine Studie*, 104. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 44 II 362 ff. (366) (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.367, dpn.646'dan naklen). Alman hukuku için bkz.: Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 96-97. Alman Federal Mahkemesinin bu yöndeki kararları için bkz.: RG (24.1.10) Z 72, 385 (390); RG (21.3.25) Z 110, 327; RG (28.3.25) LZ 1925, 546 (Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 97, dpn.426'dan naklen).

¹⁸⁵⁴ Şahan, *Tapu Sicilinde*, 157; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 211; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 171; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 250; Reisoğlu, *Türk Eşya*, 178.

¹⁸⁵⁵ Bu hak; sınırlı aynı hak olabileceği gibi, şerh edilmiş bir kişisel hak da olabilir.

¹⁸⁵⁶ Yüksek Mahkeme'nin eşyaya bağlı borç ve munzam etkiyi bir arada değerlendirdiği kararları için bkz.: Y. HGK, 2.11.2016, E. 2015/14-12, K. 2016/850; Y. 14. HD, 07.05.2019, E. 2018/4129, K. 2019/4081, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.12.2020. Eşyaya bağlı borç etkisi kapsamında meseleyi ele alan karar için bkz.: Y. 15. HD, 13.05.2019, E. 2018/3865, K. 2019/2257, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.12.2020. Aynı etki kapsamında meseleyi ele alan karar için ayrıca bkz.: Y. 14. HD, 09.12.2014, E. 2014/9647, K. 2014/14089, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.12.2020.

¹⁸⁵⁷ Türk hukukunda dolaylı olarak bu yönde bkz.: Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya*, 358; Ekrem Kurt, *Tapu Sicilinin Düzeltilmesi* (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınevi, 2004), 49; Hatemi, *Medeni Hukuka Giriş*, § 9, Knr.56; Erol Cansel, *Tapu Siciline İtimat Prensibi* (Ankara: Ajans Türk Matbaası, 1964), 99; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 181; Gürsoy, *Tapu Sicili*, 360; Gümüş, *Tasarruf Sınırlaması*, 95; Tekinay, *Eşya Hukuku*, 250; Aybay ve Hatemi, *Eşya Hukuku*, 92; Kılıç, *Son Değişikliklerle*, 4288; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 211; Ayan, *Tapu Sicili*, 398; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu ve Galip Esmer, *Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı*, İkinci Bası (İstanbul: İstanbul Matbaacılık, 1956), 417; . İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Arthur Jost, *Die Realobligation als Rechtsinstitut*, 65 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.419, dpn.752'den naklen).

¹⁸⁵⁸ İsviçre hukukunda kişisel haklardan olan önalım hakkı için eşyaya bağlı borç niteliğinin hukukî dayanağı, önalım hakkının her malike karşı ileri sürülebileceğini düzenleyen İsviçre Medeni Kanunu md. 681a/III hükmü gösterilmektedir. Bu yöndeki ifadeler için bkz.: Deschenaux, *SPR V/3*, 656;

hakkının şerhte belirtilen süre içerisinde her malike karşı ileri sürülebileceği ifade edilmiştir. İşte eşyaya bağlı borç etkisi sayesinde, alım hakkı şerh edilmiş olmakla birlikte taşınmazı edinen sonraki maliklere karşı da ileri sürülebilir hale gelir¹⁸⁵⁹. Başka bir deyişle, alım hakkı hak ileri sürüldüğü andaki mevcut taşınmaz malikine karşı yöneltilir¹⁸⁶⁰. Bunun sonucu olarak da mevcut taşınmaz maliki, esas sözleşmede hak sahibinin karşısında yer alan tarafı oluşturur¹⁸⁶¹. Bunun gibi, şerhin eşyaya bağlı borç etkisi sebebiyle, hakkın konusu şeyin üçüncü bir kişiye devri de alım hakkının sona ermesi sonucunu doğurmaz. Şerh süresi devam ettiği müddetçe, hakkın konusu taşınmazın sonradan yapılacak devirlerinde, hak yine kullanılabilir¹⁸⁶².

Alım hakkından doğan hukukî ilişkinin niteliği, şerhin eşyaya bağlı borç etkisi yönünden birtakım özelliklere sahiptir. Alım hakkından doğan ilişkide, şerhin etkisinin kapsamı incelenirken, alım hakkı ile alım hakkı sözleşmesi ve esas sözleşmeden doğan taleplerin her birinin ayrı ayrı incelenmesi gerekir. Bu kapsamda ilk olarak, alım hakkıyla bağlı olan ve onun muhtevasıyla iç içe geçen her türlü talebin şerhin eşyaya bağlı borç etkisinin kapsamına girdiğini ifade etmek gerekir. Örneğin; alım hakkı şerh edildiğinde alım hakkı verenin üstlendiği yan edim yükümlülükleri ile yan

Liver, *ZBGR* 1962, 267 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.420, dñn.754'ten naklen); Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.270 vd.; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.420. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 92 II 147 ff. (155 ff.), E. 4 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.420, dñn.754'ten naklen). Bununla birlikte, alım ve geri alım hakları açısından ise eşyaya bağlı borç niteliği tartışmalıdır. Zira alım ve geri alım haklarında, önalım hakkındaki gibi benzer düzenlemeyi içeren İsviçre Medeni Kanunu'nun 683. maddesi 1991 yılında yapılan revizyon sırasında yürürlükten kaldırılmıştır. Bu sebeple de, alım ve geri alım haklarında, önalım hakkından farklı olarak, hukukî dayanak teşkil eden bir hükmün bulunmadığı ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Brunner, *Kaufrechte*, 279 vd.

¹⁸⁵⁹ Türk hukukunda bu yönde bkz.: Eren, *Özel Hükümler*, 220. İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.441; Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.58; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 76; Roberto, "Teilrevision", 172-173. Bu yönde benzer açıklamalar için bkz.: Noelp, *Eine Studie*, 102.

¹⁸⁶⁰ Türk hukukunda bkz.: Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, Rn.477. İsviçre hukukunda bkz.: CR OR I-Foëx, Rn.11 zu Art. 216a; Emery, Nr. 75; Steinauer, *droits réels*, Rn.1725 vd. i.V.m. 1706; Deschenaux, *SPR V/3*, 654 vd. (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.423dñn.759'dan naklen); Simonius ve Sutter, *Immobiliarsachenrecht*, § 2N Rn.41 vd.; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.423. Alım hakkının, hakkı tanıyan ilk malike karşı ileri sürüleceği ve esas sözleşmenin bu taraflar arasında kurulacağı yönündeki görüş hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz.: Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.123 vd.; Sungurbey, *Kişisel Hakların*, 102 vd.

¹⁸⁶¹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.423. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: Noelp, *Eine Studie*, 107 vd. Şerh edilmiş alım hakkı her malike karşı ileri sürülebilir de, esas sözleşmenin hakkı tesis eden ilk alım hakkı veren ile kurulmuş olacağı yönündeki isabetsiz görüş için bkz.: Vionnet, 176 vd. (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.425, dñn.763'ten naklen).

¹⁸⁶² Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.125; Brunner, *Kaufrechte*, 184; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.424; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.113. Aksi yöndeki görüş için bkz.: Jäggi, "Vorkaufsrecht", 72 vd.

yükümlülükler şerhin kapsamına dahil olur¹⁸⁶³. Zira bu yükümlülükler alım hakkına sıkı sıkıya bağlı bir niteliğe sahip olduğundan, hakkın müstakil bir şekilde devri, bu yükümlülüklerin de devralana geçmesini sağlar. Bu sebeple de hakkın şerhi, bu tür yükümlülüklerle bir eşyaya bağlı borç olma niteliği kazandırır¹⁸⁶⁴. Hakkın konusu taşınmazın devri halinde, yeni malik hak ile bağlanmış ve eşyaya bağlı borç niteliğini kazanmış olan bu yükümlülüklerle taşınmazı devralır¹⁸⁶⁵. Bu çerçevede, örneğin, bilgilendirme yükümlülüğünün borçlusu artık taşınmazı devralan yeni malik olur¹⁸⁶⁶.

Alım hakkı sözleşmesinden doğan hak ve borçlar yönünden eşyaya bağlı borç etkisi ise tek taraflı bir görünüme sahiptir. Çünkü alım hakkı verenin sözleşmeden doğan borçlarının eşyaya bağlı borç etkisinin kapsamında yer almasının sebebi, bu borçların alım hakkına bağlı nitelik arz etmesinden kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte, alım hakkı alanın borçları yönünden meselenin çözümü daha farklıdır. Alım hakkı alan tarafın sözleşmeden doğan borcu, alım hakkı bedelinin ödenmesidir. Bu kapsamda, ilk olarak söz konusu bedel, hakkın kurulmasına yönelik bir karşı edim teşkil ediyorsa artık eşyaya bağlı borç etkisinin kapsamında yer almaz. Örneğin; periyodik olarak ödenmesi kararlaştırılan bir alım hakkı bedelinde, söz konusu bedel, alım hakkı veren kişiye ödenmeye devam eder¹⁸⁶⁷. Eğer taşınmazı devralan malik, bu durumun kendisi için yarattığı dezavantajı bertaraf etmek istiyorsa, taşınmazı satın alırken satış bedelinin belirlenmesi sırasında bu durumu göz önüne almak zorundadır. Örneğin; taşınmaza ilişkin satış bedelinden en azından henüz ödenecek olan alım hakkı bedelini karşılayan meblağın düşürülmesini istemelidir. İkinci olarak, hakkın tesis edildiği anda alım hakkı bedeli peşin olarak ödenmiş ve bu bedel kullanma bedeli kararlaştırılırken göz önünde bulundurulmuş olabilir. Örneğin; 500.000TRY değerinde bir taşınmaz için 20.000TRY karşılığında bir alım hakkı, 480.000TRY kullanma bedeliyle kararlaştırılmış olabilir. Böyle bir durumda da taşınmazı devralan yeni malik, taşınmazı devredenden, taşınmazı alırken bu durumu göz önüne alarak bir bedel kararlaştırılmasını istemelidir. Zira o, daha sonra alım hakkı sahibinden bu bedeli isteme hakkına sahip değildir. Bunun dışında, alım hakkı bedelinin, esas sözleşmedeki taşınmazın devrine yönelik bir karşı edim oluşturması halinde artık hakkın kullanıldığı

¹⁸⁶³ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.429.

¹⁸⁶⁴ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.429.

¹⁸⁶⁵ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.429.

¹⁸⁶⁶ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.430.

¹⁸⁶⁷ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.431.

andaki taşınmaz malikine ödenmek zorundadır¹⁸⁶⁸. Bunun sebebi, taşınmaz mülkiyetinin devrini konu alan satış sözleşmesinin alım hakkı sahibi ile hakkın kullanıldığı andaki taşınmaz maliki arasında kuruluyor olmasıdır.

Eşyaya bağlı borç etkisinin kapsamı yönünden ele alınması gereken bir diğer mesele esas sözleşmeden doğan hak ve borçlardır. Öğretide yer alan ve bizim de katıldığımız görüşe göre, esas sözleşmeden doğan hak ve borçlar eşyaya bağlı borç etkisinin kapsamında yer almaz¹⁸⁶⁹. Ancak bu durum, taşınmaz malikinin, bir bedel talep edememeksizin hak sahibine taşınmazı devretmek zorunda olduğu anlamına gelmez. Zira şerhin kapsamına yönelik bu sınırlama, aslında hakkın kullanılma ve taşınmazın devredilme anına göre bir önem arz etmektedir. Bu çerçevede, alım hakkı henüz kullanılmadan taşınmaz üçüncü bir kişiye devredilmiş ve hak sahibi bu devir işleminden sonra alım hakkını ileri sürmüştür ise, aslında pratik açıdan değişen hiçbir sonuç yoktur. Alım hakkının şerh edilmiş olması zaten esas sözleşmenin yeni taşınmaz maliki ile kurulmasını sağlar. Dolayısıyla esas sözleşmeden doğan talepler yine hak sahibi ile yeni taşınmaz maliki arasında söz konusu olur. Ancak bazen alım hakkı kullanıldıktan sonra, hakkın konusu şey henüz hak sahibinin mülkiyetine geçmeden, üçüncü bir kişiye devredilmiş olabilir. Böyle bir durumda, hakkın kullanılması şerhin sona ermesi sonucunu doğurmaz. Taşınmaz mülkiyetinin hak sahibine devredileceği ana kadar şerhin koruyucu etkisi devam eder. Mamafih bu sonuç, hakkın kullanılmış ve sona ermiş olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz. Alım hakkı kullanılmış ve esas sözleşme hak sahibi ile alım hakkı veren arasında kurulmuş olur. Daha sonra hakkın konusu taşınmazın üçüncü bir kişiye devri, bu kimseyi kurulmuş olan esas sözleşmenin tarafı haline getirmez. Bunun sonucu olarak, esas sözleşmeden doğan hak ve borçlar eşyaya bağlı borç etkisinin kapsamında da yer almadığından, hak sahibinin, üçüncü kişiden söz gelimi satış bedelini talep etmesi mümkün değildir. İşte bu noktada, şerhin hak sahibine sağladığı koruma, farklı bir görünüme sahip olur. Çünkü şerh edilmiş ve ileri sürülmüş olan alım hakkının varlığı daha sonra yapılmış olan satış sözleşmesini

¹⁸⁶⁸ Alım hakkı bedelinin kararlaştırılma türlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Yukarıda İkinci Bölüm, III, D, 4 ve İkinci Bölüm, III, F, 3, b.

¹⁸⁶⁹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.427; Simonius ve Sutter, *Immobiliarsachenrecht*, § 2 Rn.41 vd. Aksi yöndeki görüşler için bkz.: Jost, 159 ve 163 159; (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.427, dpn.771'den naklen); Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.255.

bertaraf etmez¹⁸⁷⁰. Ancak hak sahibi, tapu sicilinin düzeltilmesi ve aynen ifa talebini bir dava yoluyla ileri sürebilir¹⁸⁷¹. Bunun sonucu olarak, elindeki taşınmazı kaybeden devralan üçüncü kişi, taşınmazı kendisine devreden satıcıdan ödemiş olduğu satış bedelinin iadesi isteme yoluna başvurur¹⁸⁷².

3.3.5. İyiniyetli Alım Hakkı Sahibinin Durumu

Alım hakkının şerhinde, TMK md. 1023 hükmü, üzerinde durulması gereken düzenlemelerden biridir. Kanun koyucu ilgili hükümde, “*tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya başka bir aynî hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur*” şeklinde bir düzenleme getirmiştir. Alım hakkı açısından burada önemli olan nokta, tapu siciline güven ilkesinden yararlanarak kişisel bir hak olan alım hakkının iktisabının mümkün olup olmadığıdır.

Öğreti ve uygulamada, kişisel hakların tapu sicilinde yer alan kayıtlara dayanılarak iyiniyetle kazanılmasının mümkün olup olmadığı sorusu, isabetli bir şekilde ittifak halinde olumsuz cevaplanmaktadır. Zira TMK md. 1023 hükmü oldukça açıktır. İlgili madde, yalnızca *mülkiyet ve bir başka aynî hakkın* yolsuz tescile güvenerek kazanılmasını düzenlemektedir. Bu sebeple, kişisel hakların iktisabı, TMK md. 1023’te yer alan düzenlemenin kapsamına girmez¹⁸⁷³. Başka bir deyişle, tapu siciline güven ilkesi kişisel hakları kapsayan bir ilke olmadığı gibi, şerh kaydına dayanan güven de herhangi bir koruma sağlamaz¹⁸⁷⁴. Bunun sonucu olarak, adına yolsuz tescil bulunan bir kimseden alım hakkı kazanılamayacağı gibi, böyle bir durumda alım hakkının şerhedilmesi de onun kazanılmasını sağlamaz¹⁸⁷⁵. Hükmün lafzından ayrılan bazı

¹⁸⁷⁰ Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.123; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.236 vd. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 83 II 16 (Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.123, dpn.119’dan naklen).

¹⁸⁷¹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.427.

¹⁸⁷² Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.123.

¹⁸⁷³ Deschenaux, *SPR V/3*, 762; Homberger, *ZK*, Rn.7 zu Art. 973 ZGB; Schmid/Hürlimann-Kaup, Rn.590; Steinauer, *droits réels*, Rn.930; Zobl, Rn.127 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.449, dpn.814’ten naklen); Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.126; Allgäuer, *Kaufrecht*, 50; Schmid, *Das Vorkaufsrecht*, 37. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 90 II 393 ff. (402), E. 4 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.449, dpn.814’ten naklen).

¹⁸⁷⁴ Deschenaux, *SPR V/3*, 702 und 803; Homberger, *ZK*, N 18 zu Art. 959 ZGB und Rn.7 zu Art. 973 ZGB; Jost, 96; Steinauer, *droits réels*, Rn.930 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.305, dpn.521’dan naklen); Brunner, *Kaufrechte*, 225 ve 240; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.305; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.126. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 90 II 393 ff. (402), E. 4 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.305, dpn.521’dan naklen).

¹⁸⁷⁵ Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya*, 410; Şahan, *Tapu Sicilinde*, 156; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 251.

yazarlar, kişisel hakların iktisabında benzer bir sonuca, tapu kütüğünde yer alan kayıtların işlevinden hareket ederek ulaşmaktadır. Bu görüşe göre, bir kişisel hakkın kazanımı için, aynı haklardan farklı olarak, tapu kütüğünde yapılacak bir kayda kural olarak ihtiyaç yoktur. Böyle bir kayıt yer almasa dahi, kişisel hak, doğmuş olur¹⁸⁷⁶. Dolayısıyla hakkın iktisabında aslî bir rol üstlenmemiş olan bu kayıtların doğruluğu, bir kimse lehine de iyiniyetli olarak o şeyi kazanma imkânı vermemelidir.

TMK md. 1023 çerçevesinde ele alınması gereken bir diğer durum, tapu kütüğünde yer alan bir şerh kaydına güvenerek aslında var olmayan bir alım hakkının iktisabıdır. Burada ilk halden farklı olarak, hak sahibi, o an ilk kez kurulan bir alım hakkını iktisap etmemektedir. Bilakis hak ya daha önce kurulmak istenmiş ve birtakım sebeplerle bu işlem geçersiz olmuş, ancak yine de tapu kütüğüne şerh edilmiştir ya da hiçbir tesis işlemi olmaksızın tapuda bir şekilde hak sahibi lehine şerh kaydı düşülmüştür. İyiniyetli üçüncü kişi de, bu şerh kaydına güvenerek, alım hakkını sicilde yer alan şerh kaydına dayanarak hak sahibi olarak gözüken kimseden devralmıştır¹⁸⁷⁷. Öğretide yer alan hâkim görüş, şerh kaydına güvenerek aslında var olmayan bir alım hakkının iktisabının mümkün olmayacağı yönündedir¹⁸⁷⁸. Kanaatimizce de bu görüş isabetlidir. Zira TMK md. 1023 hükmü, iyiniyetle kazanımın kapsamına kişisel hakları dahil etmediği gibi; alım hakkının devri için aranan devir şartlarından biri de mevcut devredilebilir nitelikte bir hakkın bulunmasıdır.

TMK md. 1023'ün kapsamında şerhin koruyucu etkisinin bulunup bulunmadığı tartışmalı bir diğer konudur. Buna göre, sicilde yapılan yolsuz tescil sonucu malik görünen kişi, mevcut bir alım hakkı üzerinde hak sahibi lehine bir şerh anlaşması yaparak hakkın tapu sicilinde şerh edilmesini sağlayabilir. Böyle bir durumda, hak sahibinin iktisabının TMK md. 1023'ün kapsamına girip girmediği tartışmalıdır. İsviçre hukuk öğretisine baktığımızda, bu konudaki hâkim görüş, gerçek hak sahipliğini göstermeyen bir kayda güvenerek hakkın şerh edildiği durumlarda şerhin koruyucu etkisi açısından hak sahibinin bu iktisabının korunacağı yönündedir¹⁸⁷⁹. Zira burada

¹⁸⁷⁶ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.126; Allgäuer, *Kaufrecht*, 50.

¹⁸⁷⁷ Dolayısıyla bir önceki halde hakkın kurulması söz konusu iken; burada kurulmuş olan hakkın devri söz konusudur.

¹⁸⁷⁸ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.126; Allgäuer, *Kaufrecht*, 50.

¹⁸⁷⁹ Deschenaux, *SPR V/3*, 762 und 801; Homberger, *ZK*, Rn.18 zu Art. 959 ZGB und Rn.7 zu Art. 973 ZGB; Jost, 155; Ostertag, *BK*, Rn.8 in fine zu Art. 959 ZGB; Piotet, *ZBGR 1969*, S. 57 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.450, dñ.818'den naklen); Brunner, *Kaufrechte*, 225; Rüegg,

şerhin yapılmasına ilişkin güven, artık bir kişisel haktan değil; tapu kütüğündeki mülkiyete ilişkin bir kayıttan doğmaktadır¹⁸⁸⁰. Mülkiyet hakkı ise bir aynî haktır. Bu görüş Türk hukukunda da bazı yazarlar tarafından kabul görmüştür¹⁸⁸¹. Alman hukukuna baktığımızda ise, şerhin bir aynî hak olmadığı ifade edilmekte ve bu sebeple iyiniyetle iktisabının mümkün olmadığı ileri sürülmektedir. Ancak buna rağmen, sicilde yapılan yolsuz tescil sonucu malik olarak görünen birinin, iyiniyetli üçüncü kişi lehine tanıdığı şerhin bu korumanın kapsamında olduğu ifade edilmektedir¹⁸⁸². Ancak kanaatimizce, TMK md. 1023'ün açık ifadesi karşısında, şerhin koruyucu etkisinin iyiniyetle iktisabı mümkün değildir. Bu noktada, şerhin yapılmasına ilişkin güvenin tapu kütüğünde yer alan bir kayıttan doğduğunu ileri sürmek de makul bir gerekçe olarak kabul edilmemelidir. Zira TMK md. 1023'ün en temel şartını, tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle güven oluşturmaktır. Bu güven, bir kişisel hakkın iyiniyet ile kazanılmasının tartışmalı olduğu durumlarda da mevcuttur. Bu sebeple, iyiniyet ile kazanımı engelleyen şey tapu kütüğüne olan güvenin varlığından ziyade; Kanun'un iyiniyete sonuç bağladığı ve hükmün kapsamına dahil ettiği şeyin somut olayda olmamasıdır. Çünkü kişisel haklar gibi şerhin koruyucu etkisi de TMK md. 1023'ün kapsamında yer almamaktadır. Bu sebeple de, yolsuz tescile dayanarak iyiniyetli olarak iktisabı, kanaatimizce, mümkün değildir¹⁸⁸³.

İyiniyetli alım hakkı sahibi açısından ele alınması gereken bir diğer mesele, sicilde yapılan yolsuz tescil sonucu malik görünen kişinin, bir başka kimse lehine alım hakkı tanınması halidir. Aslında burada, muhteva itibariyle TMK md. 1023'ü ilgilendiren bir durum söz konusu değildir. Ancak yine de, tapuda gerçek hak sahipliğini göstermeyen bir kayıt (yolsuz tescil) mevcuttur. Bu kayda güvenerek de üçüncü bir kimse, malik olarak gözüken kimseden, iyiniyetli olarak kendisine bir alım hakkı tanınmasını istemektedir. Malik olarak gözüken kimse de, bu talebe olumlu cevap vermekte ve bu kişi lehine söz konusu taşınmaz üzerinde, taraflar arasında yapılan bir alım hakkı sözleşmesine dayanarak alım hakkı tesis etmektedir.

Rechtsgeschäftliche, Rn.450; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.118 ve 128; Allgäuer, *Kaufrecht*, 50. Aksi yöndeki görüş için bkz.: Haab, *ZK*, Rn.29 zu Art. 681/82 ZGB; Jenny, 160 vd. (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.450, dpn.818'den naklen).

¹⁸⁸⁰ Allgäuer, *Kaufrecht*, 50.

¹⁸⁸¹ Velidedeoğlu ve Esmer, *Gayrimenkul Tasarrufları*, 653, dpn.14.

¹⁸⁸² Schurig, *Das Vorkaufrecht*, 100 ve ayrıntılı gerekçe için ayrıca 103 ve dpn.468'de anılan yazarlar.

¹⁸⁸³ Aynı yönde bkz.: Kocayusufpaşaoğlu, *Gayrimenkul*, 196.

Alım hakkının tanınmasında, hakkı veren tarafın hakkın konusu şeyin maliki olması zorunlu bir unsur değildir. Başka bir deyişle, alım hakkı verenin malik sıfatına sahip olmasının sözleşmenin geçerliliği üzerinde hiçbir etkisi yoktur. Dolayısıyla malik olmayan bir kimsenin, bir taşınmaz üzerinde alım hakkı kurması hukuken geçerlidir¹⁸⁸⁴. Bu kimsenin, sicilde yapılan yolsuz tescil sonucu malik görünen kişi olmasının da hiçbir bir önemi ya da farkı yoktur. Bu sebeple, kurulmuş olan alım hakkının TMK md. 1023'e dayanılarak gerçek hak sahibine karşı ileri sürülmesi mümkün değildir. Örneğin; gerçek malik tapu kaydının düzeltilmesi davası açtığı takdirde, alım hakkı sahibi, tapu kütüğünde yer alan kayda güvenerek hakkı iktisap ettiğini gerçek malike karşı ileri süremez. Bununla birlikte hak sahibi, gerçek malik tapu kütüğünde gerekli düzeltme işlemini yapmadan önce alım hakkı kullanır ve taşınmaz mülkiyetinin devri tapuda malik olarak gözüken kimse tarafından gerçekleştirilirse, hak sahibinin bu iktisabı artık TMK md. 1023 gereğince korunur. Zira bu halde, taşınmaz mülkiyetinin devrinin alelade bir taşınmaz satışı veya alım hakkının kullanılması neticesinde yapılan bir yazılı tescil istemiyle gerçekleştirilmiş olması arasında TMK md. 1023 açısından hiçbir fark yoktur. Çünkü TMK md. 1023'ün burada uygulanma sebebi hakkın konusu şeyin mülkiyetine yönelik bir işlemin yapılmış olmasıdır. Dolayısıyla gerçek malik, söz konusu taşınmazı kaybetmek istemiyorsa, alım hakkı ileri sürülmeden önce tapu kaydının düzeltilmesi davası açmış ve malik olarak kendi adını yazdırmış olmalıdır¹⁸⁸⁵.

3.3.6. Şerhin Sona Ermesi

3.3.6.1. Genel Olarak

Alım hakkının şerhi belirli durumların varlığı halinde sona erer. Şerhin sona ermesi, hak sahibinin bu yöndeki bir feragatinden kaynaklanabilir. Buna ilaveten, kanundan doğan sona erme sebeplerinden biri sebebiyle de şerh sona ermiş olabilir. Bu kapsamda aşağıda şerhin sona erme sebepleri incelenmiştir.

¹⁸⁸⁴ Aynı yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.449; BRHP-Faust, § 433, Rn.28. Taşınmaz satışlarında uygulamada böyle bir durumla pek karşılaşılmasa da, maliki olunmayan bir taşınmazın satışına yönelik bir sözleşmenin teorik açıdan geçerli olarak kurulabileceği yönünde ayrıca bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.1888.

¹⁸⁸⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.449.

3.3.6.2. Feragat

Alım hakkı sahibi, tek taraflı olarak ya da alım hakkı yükümlüsü tarafla bir sözleşme yaparak şerhin korumasından feragat edebilir¹⁸⁸⁶. Böyle bir durumda ilgili sözleşme, herhangi bir şekle tabi olmayan bir borçlandırıcı işlem niteliğindedir¹⁸⁸⁷. Keza şekil serbestisi, feragatin tek taraflı olarak yapıldığı durumlarda da aynı şekilde geçerlidir¹⁸⁸⁸. Ancak feragatla birlikte şerhin koruyucu etkisinin ortadan kalkması için, tapu kütüğünde ayrıca ilgili terkin işleminin yapılması şarttır¹⁸⁸⁹. Terkin işlemi bu yönüyle açıklayıcı değil, icraî nitelik arz eder. Nitekim öğretide de, şerhin korumasından feragat eden alım hakkı sahibinin, tapu memuruna şerhin silinmesine yönelik terkin beyanında bulunması gerektiği ifade edilmektedir¹⁸⁹⁰. Bu durum, aynı zamanda TST md. 69'un da doğal bir sonucudur. Alım hakkı sahibi tarafından yapılacak olan bu beyan TMK md. 1014 gereği yazılı şekilde olmalıdır¹⁸⁹¹.

3.3.6.3. Kanundan Doğan Sona Erme Halleri

Alım hakkında şerhin koruyucu etkisi bazen kanun gereği sona erebilir. Kanun gereği sona erme hallerinde şerhin koruyucu etkisi kendiliğinden ortadan kalkar¹⁸⁹². Dolayısıyla ayrıca bir terkin işleminin yapılması şerhin koruyucu etkisini sonlandırmak için zorunlu değildir¹⁸⁹³. Zira bu tür hallerde şerh yolsuz hale gelmiş olup, yapılan terkin işlemi de açıklayıcı niteliğe sahiptir. Ancak yine de, hem kamu düzeni gereği hem de üçüncü kişilerin iyniyet iddiasını bertaraf etmek amacıyla, tapu kütüğünde, ilgili terkin işleminin yapılması gerekmektedir¹⁸⁹⁴.

Şerhin sağladığı korumanın kanun gereği sona ermesi farklı şekillerde söz konusu olabilir. Bu hallerden ilki, şerh için öngörülen süre sona erdiğinde şerhin

¹⁸⁸⁶ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.452.

¹⁸⁸⁷ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.452.

¹⁸⁸⁸ Alman hukukunda geri alım hakkı kapsamında bu yönde bkz.: Bergerfurth, Menard ve Fuchs, *Das Kaufsrecht*, Rn.146.

¹⁸⁸⁹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.452.

¹⁸⁹⁰ Deschenaux, *SPR V/3*, 361 vd.; Homberger, *ZK*, Rn.26 zu Art. 959 ZGB (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.453, dpn.824'ten naklen); Meier-Hayoz, *ZGB*, Art.681, Rn.134; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.453.

¹⁸⁹¹ İsviçre hukukunda bu yönde ayrıca bkz.: Schleich, *Option*, 209; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.134 ve 326; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.453.

¹⁸⁹² Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.455.

¹⁸⁹³ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.458. Dolaylı olarak bu yönde bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.132; Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.67. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 105 III 4 ff. (7), E. 3 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.458, dpn.839'dan naklen).

¹⁸⁹⁴ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.458.

kendisinin de kendiliğinden hükmünü kaybetmesidir¹⁸⁹⁵. Böyle bir durumda, şerhin süresi hak için öngörülen süreden daha kısa ise alım hakkı, şerh süresinin dolmasıyla birlikte, artık yalnızca taraflar arasında ileri sürülebilir. Ancak taraflarca tekrardan bir şerh anlaşması yapılması her hâlükârda mümkündür. Ancak şerh süresi alım hakkı süresinden uzun ise şerhin koruyucu etkisi, ancak hak var olduğu müddetçe söz konusu olur. Bunun sebebi, şerhin hukukî sebebini alım hakkının oluşturuyor olmasıdır. Dolayısıyla alım hakkının süresi dolduğunda şerh de kendiliğinden sona ermektedir¹⁸⁹⁶.

Şerhi kanun gereği sona erdiren ikinci hal, alım hakkının sona ermesidir. Şerhin konusunu oluşturan alım hakkı herhangi bir sebeple sona erdiğinde, kanun gereği şerh de kendiliğinden son bulur¹⁸⁹⁷. Şerhin sona erme sebebi yönünden hakkın sona erme şekli bir önem arz etmez. Alım hakkı, az önce de ifade ettiğimiz üzere, sürenin dolması sebebiyle sona ermişse şerh de kendiliğinden ortadan kalkar. Bunun gibi, alım hakkını kuran hukukî işlem, herhangi bir sebeple daha sonra geçersiz hale gelmişse, şerh de kendiliğinden sona ermiş olur. Bunun sonucu olarak tapu kütüğünde yer alan şerh kaydı yolsuz hale geleceği gibi, şerhin koruyucu etkisinden bahsetmek de artık mümkün olmaz¹⁸⁹⁸. Keza hakkın konusu şeyin alım hakkı sahibine devredilmesi, intikâle elverişli olmayan bir alım hakkında hak sahibinin ölümü gibi durumlarda da şerhin koruyucu etkisi son bulur¹⁸⁹⁹. Bunun gibi, alım hakkından feragat edildiği hallerde de şerh kendiliğinden sona erer¹⁹⁰⁰.

Şerhi kanun gereği sona erdiren üçüncü hal, alım hakkının kullanımınıdır. Ancak hakkın kullanımı sebebiyle şerhin sona ermesi hali, üzerinde durulması gereken bir meseledir. Zira kişisel hakkın kullanımı sebebiyle şerhin sona ermesi, öğretide oldukça tartışmalıdır. Bunun sebebi, alım hakkının kullanımının, hakkın konusu şeyin mülkiyetinin hak sahibine devri sonucunu doğurmamasıdır. Bu sebeple de, alım

¹⁸⁹⁵ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.455; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.130; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 173.

¹⁸⁹⁶ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.455.

¹⁸⁹⁷ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.129; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.65 ve 67; Allgäuer, *Kaufrecht*, 50. Alman hukukunda önalım hakkı kapsamında aynı doğrultuda bkz.: Schurig, *Das Vorkaufsrecht*, 100-101.

¹⁸⁹⁸ Bu durumun, alım hakkı sözleşmesinin henüz kurulurken geçersiz olduğu haller için de geçerli olduğu yönünde bkz.: Allgäuer, *Kaufrecht*, 50. Ancak böyle bir durumda kanaatimizce, şerh zaten hiç doğmamış olacağından şerhin sona ermesinden değil; baştan itibaren yolsuz olan şerh kaydından bahsetmek gerekmektedir.

¹⁸⁹⁹ Alım hakkının sona erme hallerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Üçüncü Bölüm, Alım Hakkının Sona Ermesi başlığı.

¹⁹⁰⁰ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.455.

hakkının kullanımı ile hakkın konusu şeyin devrine ilişkin tasarruf işlemi arasındaki zamanda hukukî duruma ilişkin bir belirsizlik söz konusudur. Zaten tartışmaların kaynağı da şerhin sona erip ermeyeceğinden ziyade, ne zaman sona ereceği ile ilgilidir.

Öğretide yer alan bir görüşe göre, hakkın kullanılması şerhin de sona ermesi sonucunu doğurur¹⁹⁰¹. Zira hakkın kullanımı kural olarak onu sona erdirmektedir. Oysa şerhin etkisi, onun dayanağını oluşturan haktan daha uzun bir süreyle var olamaz¹⁹⁰². Dolayısıyla kullanım sebebiyle sona ermiş olan alım hakkının konusu oluşturan şeyin mülkiyetinin hak sahibine devredilmiş olup olmaması, şerhin koruyucu etkisinin varlığı açısından hiçbir öneme sahip değildir¹⁹⁰³. Alım hakkı sahibi mülkiyetin devrine yönelik haklarını güvence altına almak istiyor ise TMK md. 1010 kapsamında tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhinin konulmasını istemelidir¹⁹⁰⁴. Hak sahibinin esas sözleşmedeki alıcı pozisyonuna bir alım hakkının kullanılması yoluyla ulaşmış olması, ona diğer alıcılardan farklı bir hukuki statü sağlamamalıdır¹⁹⁰⁵. Bu görüşün ortaya koyduğu pratik sonuç şudur: Alım hakkı sahibi A 1.1.2021 tarihinde alım hakkını ileri sürdüğünde hak sona ereceğinden şerhin koruyucu etkisi de bu andan itibaren ortadan kalkacaktır. Dolayısıyla malik B, taşınmazı A yerine üçüncü bir kişi olan C'ye 1.2.2021 satarsa, taşınmaz, alım hakkı ile yüklü olmaksızın C'nin mülkiyetine geçecektir. Dolayısıyla A daha sonra C'ye karşı hiçbir talepte bulunamayacaktır. Zira onun borca aykırılık sebebiyle B'ye karşı talep ileri sürmesinden başka yapabileceği hiçbir şey yoktur.

Öğretide yer alan ve bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre, hakkın kullanımı şerhin etkisini ortadan kaldıran bir durum oluşturmaz¹⁹⁰⁶. Şerhin etkisi hak kullanılmış olmakla değil, hakkın konusu şeyin mülkiyetinin hak sahibine devriyle birlikte sona erer¹⁹⁰⁷. İsviçre Federal Mahkemesi de önüne gelen bir uyuşmazlıkta alım hakkının tapu

¹⁹⁰¹ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2473; Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.67; Schleich, *Option*, 202, dpn.58 ve 206; BSK ZGB II-Schmid, Art. 959 ZGB N 18 (Schleich, *Option*, 206, dpn.8'den naklen).

¹⁹⁰² Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.456.

¹⁹⁰³ Schleich, *Option*, 206; Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.65 vd.; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.64.

¹⁹⁰⁴ Huber, *Leistungsstörungen*, 385 vd. (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.456, dpn.833'ten naklen); Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.456; Schleich, *Option*, 206.

¹⁹⁰⁵ Schleich, *Option*, 206.

¹⁹⁰⁶ Doğan, *Tapu Sicili*, 54; Steinauer, *Bd. II*, Rn.1716b (Schleich, *Option*, 206, dpn.6'dan naklen); Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.457.

¹⁹⁰⁷ Steinauer, *Bd. II*, Rn.1716b (Schleich, *Option*, 206, dpn.6'dan naklen).

kütüğünde malik olarak kayıt işleminin yapıldığı andan itibaren kullanılmış olduğunu kabul etmektedir¹⁹⁰⁸. Böylelikle alım hakkının günlük hayatta uygulanabilirliği bu yaklaşım çerçevesinde korunmaya çalışılmıştır. Mahkemenin bu kararı öğretide de olumlu karşılanmıştır¹⁹⁰⁹. Türk hukukunda ise öğreti ve uygulama, bu sonuca isabetli bir şekilde şerhin munzam etkisi kapsamında ulaşmaktadır¹⁹¹⁰.

Şerhin etkisi başlığında da incelendiği üzere, şerhin koruyucu etkisi, esas sözleşmeden doğan hak ve borçları kapsayıcı bir niteliğe sahip değildir. Bunun sebebi, esas sözleşmenin, kullanma beyanının muhataba vardığı anda taraflar arasında kurulan bir hukukî ilişki olmasıdır. Bu şu demektir: Alım hakkı sahibi A, muhatab B'ye karşı hakkı kullanır ve kullanım beyanı muhataba vardıktan sonra B, taşınmazı C'ye devreder ise artık C esas sözleşmenin tarafını oluşturmaz. Çünkü kullanma beyanı B'ye bir kez varmış olmakla esas sözleşme A ve B arasında kurulmuş olur. Bu durumda A'nın C'ye karşı ileri şerhe dayanarak ileri sürebileceği talep artık şerhin munzam etkisinin bir sonucu olur. Çünkü borcun doğumu anına kadar yer alan süreçteki şerhin etkisi eşyaya bağlı borç etkisi iken; borç doğduktan sonraki etkisi munzam etkidir. Alım hakkından doğan bir hukukî ilişkide sözü edilen *borç* ise, esas sözleşmenin kurulması ve bu sözleşmedeki hak ve borçların doğumudur. Başka bir deyişle, hakkın kullanılması ya da daha doğru bir ifadeyle kullanım beyanının muhataba varmasıdır. Öte yandan, şerhin koruyucu etkisi B ve C arasındaki esas sözleşmeyi bertaraf edici bir özelliğe de sahip değildir. Bunun gibi, A'yı C ile bir başka satış sözleşmesi ilişkisi içerisine sokma gücü de bulunmaz. Dolayısıyla A'nın burada yapabileceği tek şey TMK md. 1025/I'e dayanarak C'ye karşı tapu sicilinin düzeltilmesi davası açmak ve aynı zamanda eski malike karşı da TMK md. 716/I'e göre mülkiyetin hükmen geçirilmesini istemektedir¹⁹¹¹. Ancak aynı örnekte; A, kullanım beyanını B'ye yöneltse ve bu beyana muhataba ulaşmadan taşınmaz C'ye devredilmiş olsaydı, şerhin koruyucu etkisi artık

¹⁹⁰⁸ Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGer vom 12. Oktober 1978, in: ZBGR 60/1979, S. 381 ff. (383), E. 3 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.457, dpn.834'ten naklen).

¹⁹⁰⁹ Deschenaux, *SPR V/3*, 368, dpn.79 ve 647, dpn.21 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.457, dpn.835'ten naklen); Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.457, 462 ve 873 ve ayrıca dpn.1798'de anılan yazar. Aksi yönde bkz.: Huber, *Leistungstörungen*, 385 vd.; BSK ZGB II-Schmid, Rn.18 zu Art. 959 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.457, dpn.835'ten naklen).

¹⁹¹⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 1041 vd. Bu yöndeki yargı kararı için bkz.: Y. HGK, 02.11.2016, E. 2015/14-12, K. 2016/1005, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.12.2020. Munzam ve aynı etki kapsamında inceleme yapan bir başka görüş için bkz.: Sirmen, *Eşya Hukuku*, 217. Munzam etkiyi geniş kapsamda ele alan görüş için bkz.: Ertaş, *Eşya Hukuku*, 171. Aksi yöndeki görüş için bkz.: Dural ve Sarı, *Temel Kavramlar*, Knr.1004.

¹⁹¹¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 254; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 217; Aday,s.643.

eşyaya bağlı borç etkisi olarak tezahür ederdi. Çünkü kullanım beyanı henüz B'ye ulaşmadan taşınmazın C'ye satılması durumunda, B artık yetkili muhatap sıfatını kaybedeceğinden, ileri sürülmüş olan kullanım beyanı da hiçbir hukukî sonuç doğurmayacaktır. Bu sebeple de, alım hakkı sahibi A'nın bu beyanı tekrardan C'ye yöneltmesi gerekecektir. Bu ise ancak şerhin eşyaya bağlı borç etkisi sayesinde mümkündür. Dolayısıyla buradaki belirleyici kriter hakkın kullanılmış olması değil; kullanma beyanının yetkili muhataba ulaşmış olduğu andır.

TMK md. 1010'a dayanarak tasarrufun kısıtlanması şerhi üzerinden bir çözüm sunan görüşe gelince: Kanaatimiz, bu görüşün tutarlı ve isabetli bir çözüm sunmadığı yönündedir¹⁹¹². Zira alım hakkı kullanıldıktan sonra, hakkın konusu şeyin devrinin önlenmesi için TMK md. 1010'a dayanarak ileri sürülecek bir şerh talebinde, hakkın şerh edilmiş olup olmamasının zaten hiçbir önemi yoktur. Bu ise şerh edilmiş ve şerh edilmemiş olan alım hakkı arasındaki farkı büyük ölçüde ortadan kaldırmaktadır. Bununla birlikte hak kullanıldıktan sonra şerhin devam eden koruyucu etkisi, kanaatimizce, her hâlükârda şerh için öngörülen azami on yıllık süre ile sınırlı olmalıdır¹⁹¹³. Dolayısıyla hak sahibi, hakkı kullandıktan sonra, alım hakkı sözleşmesinde öngörülen şerh süresi henüz dolmamışsa, en geç bu süre dolana kadar hakkın konusu şeyin mülkiyetini devralmış ya da en azından TMK md. 716 çerçevesinde tescil davasını ileri sürmüş olmalıdır. Örneğin; 15.1.2010 tarihinde kurulan ve şerh edilen bir alım hakkı için 15.1.2020 tarihinde hem hakkın kendisi hem de şerh sona ermektedir. Alım hakkı sahibi, 15.1.2015 tarihinde alım hakkını kullandıktan sonra taşınmaz maliki taşınmazı üçüncü bir kişiye satarsa, TMK md. 716'ya dayanan bir tescil davasının en azından 15.1.2020 tarihine kadar ileri sürülmüş olması gerekir. Zira şerhin koruyucu etkisinin hakkın konusu şeyin hak sahibine devri anına kadar devamı, başka bir deyişle munzam etkisi, en nihayetinde şerhin tabî olduğu süreyle sınırlıdır. O süre ise somut olayda 15.1.2020 tarihidir. Bu tarihten itibaren, hak sahibinin, taşınmazı devralan üçüncü kişiye karşı bir talep ileri sürmesi mümkün değildir.

Şerhin koruyucu etkisi açısından ele alınması gereken bir diğer mesele kullanım süresidir. Şerhin, kullanım süresi açısından önemi, kullanım süresinin kararlaştırıldığı koşula bağlı alım haklarında söz konusudur. Örneğin; taraflar 15.1.2021 tarihinde beş

¹⁹¹² Aynı yönde bkz.: Doğan, *Tapu Sicili*, 54; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.457.

¹⁹¹³ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.457.

yıllığına bir alım hakkı kararlaştırmış ve iki yıllık bir kullanım süresi koymuş olabilirler. Hakkın kullanımı da belirli bir koşulun gerçekleşmesine bağlanmışsa, iki yıllık kullanım süresi, bu koşulun gerçekleşmesiyle birlikte işlemeye başlayacaktır. Bununla birlikte, hak için öngörülen şerh süresi üç yıl ile sınırlandırılmıştır. Böyle bir durumda, hakkın kullanımı için öngörülen koşul iki yıl dolduktan sonra gerçekleşirse şöyle bir tablo ortaya çıkmaktadır: 15.1.2021 tarihinde kurulan alım hakkında, kullanım koşulu, 15.1.2023 tarihinde gerçekleşmiştir. Dolayısıyla hak sahibi, alım hakkını 15.1.2025 tarihine kadar ileri sürebilir. Bununla birlikte, şerhin etkisi 15.1.2024 tarihinde sona ermektedir. Dolayısıyla somut olayda, hak sahibi için kullanım süresi iki yıl iken; şerhin etkisi bakımından kalan süre süre yalnızca bir yıldır. İşte bu noktada cevaplanması gereken soru, hak sahibinin, kullanım süresinin son yılını oluşturan 15.1.2024 ile 15.1.2025 tarihleri arasındaki süre için TMK md. 1010'a dayanarak tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhini isteyip isteyemeyeceğidir.

Öğretide yer alan birinci görüş, alım hakkı sahibinin, henüz hakkı kullanıp kullanmama konusunda bir düşünme süresine ihtiyaç duyabileceğini ileri sürmektedir. Dolayısıyla hak sahibinden, elinde bulundurduğu avantajlı pozisyonu kaybetmemesi için ilk bir yıllık süre içerisinde karar vermesi beklenmemelidir. Bu sebeple hak sahibi tarafından, TMK md. 1010 çerçevesinde tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhi yoluna başvurulabilmesi mümkün olmalıdır¹⁹¹⁴.

Öğretide yer alan ikinci görüşe göre ise, TMK md. 1010 hükmünün somut olayda uygulanabilmesi çekişmeli bir hakkın varlığına bağlıdır. Oysa alım hakkı henüz ileri sürülmeden (kullanılmadan), çekişmeli bir haktan bahsetmek mümkün değildir. Dolayısıyla tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhi, ancak hak ileri sürüldükten sonra başvurulabilecek bir yol olabilir¹⁹¹⁵. Hak sahibinin böyle bir olayda korunmaya değer olması, çekişmeli hak kavramının bu denli geniş bir yorumla ele alınması ve böylelikle hak sahibine tasarrufun kısıtlanması şerhine başvurma imkânı sunmayı gerektirmemelidir¹⁹¹⁶.

¹⁹¹⁴ Homberger, ZK, Rn.12 in fine zu Art. 959 ZGB und Rn.34 zu Art. 959 ZGB (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.463, dpn.860'dan naklen).

¹⁹¹⁵ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.463. Koşul teorisi kapsamında ayrıca bkz.: Meier-Hayoz, ZGB Art. 681, Rn.129.

¹⁹¹⁶ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.463.

Görüldüğü üzere, öğretide yer alan her iki görüş, TMK md. 1010'a başvurma imkânını, en azından son bir yıllık kullanım süresi içerisinde hakkın kullanılmış olup olmamasına göre farklı şekillerde ele almaktadır. Bununla birlikte kullanım süresinin ilk bir yılı için bu durum söz konusu değildir. Zira bu süre içerisinde şerhin süresi henüz dolmadığından, hak sahibi açısından TMK md. 1010'a başvurmayı gerektirecek bir durum da söz konusu değildir.

Öğretide yer alan her iki görüş göz önüne alındığında, kanaatimiz, ikinci görüşün daha isabetli bir çözüm yolu ortaya koyduğu yönündedir. Çünkü TMK md. 1010/1'e dayanarak şerh talebinde bulunulabilmesi için çekişmeli bir hakkın korumasına ilişkin mahkeme kararının bulunması gerekir. Oysa henüz alım hakkı kullanılmadan ortada bir çekişmeli haktan bahsetmek mümkün değildir. Zaten hak henüz kullanılmadan TMK md. 1010 kapsamında hak sahibine şerh imkânı sunan görüş, çekişmeli hakkın varlığına ilişkin bu tartışmayı görmezden gelerek böyle bir çözüm sunmaktadır. Oysa taşınmaz mülkiyetinin devrini talep hakkı veren nisbî hak, ancak alım hakkı kullanıldıktan sonra doğmaktadır¹⁹¹⁷. Bu sebeple de, hak kullanılmadan TMK md. 1010/1'e dayanarak bir şerh talebi ileri sürmek mümkün olmamalıdır.

3.3.7. Şerhin Silinmesi

Alım hakkına ilişkin şerh kaydının silinebilmesi için şerh sahibi olan alım hakkı sahibinin istemde bulunması gerekir (TST md. 69). Alım hakkı sahibi tarafından yapılacak olan bu beyan TMK md. 1014 gereği yazılı şekilde olmalıdır¹⁹¹⁸. Bununla birlikte, TMK md. 1026 ve TST md. 69/3 çerçevesinde şerhin hukukî değerini kaybetmesi halinde, taşınmaz maliki de şerhin silinmesini isteyebilir. Bu çerçevede kanun gereği şerhin sona erdiği durumlarda, taşınmaz maliki de şerhin silinmesini isteme yetkisine sahiptir. Zira bu hallerde silme işlemi artık açıklayıcı niteliktedir¹⁹¹⁹. Öte yandan, TMK md. 1026/I uyarınca tapu memuru da, tapu kütüğünde yer alan kaydın re'sen silinmesini isteyebilir. Örneğin; tescil işleminin süreli olarak yapıldığı ya da hakkın devredilemez ve intikal edemez şekilde kararlaştırıldığı hallerde hak sahibinin ölmesi durumunda, tapu memuru re'sen hakime başvurarak verilecek karara göre silme

¹⁹¹⁷ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.463.

¹⁹¹⁸ İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Schleich, *Option*, 209; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.134 ve 326; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.453.

¹⁹¹⁹ Haktan feragat kapsamında bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.455.

işlemini yapabilir¹⁹²⁰. Keza süreli şerhte sürenin sona ermesi halinde de aynı yola başvurulması mümkündür¹⁹²¹. Ancak bunun için sürenin dolduğunun herhangi bir şüpheye yer verilmeksizin tespit edilmiş olması gerekir¹⁹²². Sürenin dolmasına ilişkin tespit, tapu kütüğünde yer alan kayıttan anlaşılabileceği gibi somut olaya göre de yapılabilir. Somut olay bakımından, tescilden itibaren hak için azami öngörülen sürenin geçmiş olması bunun en tipik örneğidir¹⁹²³. Keza şerh hakkı sahibinin taşınmaz maliki olduğu durumlar da bu kapsamdadır¹⁹²⁴. Tüm bu hallerde taşınmaz malikinin TMK md. 1026/I'e göre, şerhin silinmesi isteme imkânı aynı şekilde bulunmaya devam eder.

3.4. Alım Hakkının Devri ve Miras Yoluyla Geçmesi

3.4.1. Genel Olarak

Alım hakkının devri ve intikalî TBK md. 239'da düzenlenmiştir. İlgili hüküm eski Borçlar Kanunu döneminde yer almayan yeni bir düzenlemedir. İsviçre Borçlar Kanunu'nda 1991 yılında yapılan revizyon neticesinde getirilen OR Art. 216b hükmünün de birebir karşılığını oluşturur.

TBK md. 239'a göre “*Aksine anlaşma olmadıkça, sözleşmeden doğan önalım, alım ve geri alım hakları devredilemez, ancak miras yoluyla geçer.*

Bu hakların devredilebileceği sözleşmeyle kararlaştırılmışsa, devir işlemi hakkın kurulması için öngörülen şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz”.

TBK md. 239 çerçevesinde alım hakkı kanun gereği mirasçılara geçen¹⁹²⁵, ancak kural olarak devredilemeyen bir hak olarak düzenlenmiştir¹⁹²⁶. Bununla beraber, söz

¹⁹²⁰ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.460.

¹⁹²¹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.461; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.133; Noelpp, *Eine Studie*, 103.

¹⁹²² BSK ZGB II-Schmid, Rn.5 zu Art. 976; Schmid/Hürlimann-Kaup, Rn.627 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.461, dpn.852'den naklen); Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.461.

¹⁹²³ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.461.

¹⁹²⁴ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.133 ve 295; Noelpp, *Eine Studie*, 103; Isler, *Grundbuch*, 89.

¹⁹²⁵ Türk hukukunda bkz.: Eren, *Özel Hükümler*, 222; Baygın, *Yeni Borçlar Kanunu*, 15; Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku*, 69. İsviçre hukukunda bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2478; Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 73; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 101 vd.; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.283; Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1250 ve 1302; Noelpp, *Eine Studie*, 86; Pfäffli ve Byland, “Vorkaufsrecht”, 292.

¹⁹²⁶ Türk hukukunda bkz.: Eren, *Özel Hükümler*, 221; Baygın, *Yeni Borçlar Kanunu*, 15; Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku*, 69. İsviçre hukukunda bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2478; Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 73; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 101 vd.; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.283; Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1249 ve 1302; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.60 ve 139;

konusu düzenleme emredici nitelikte olmadığından hakkın mirasçılara intikalî için aksi yönde bir düzenlemeye yer verilebilmesi¹⁹²⁷ veyahut da devredilebilir olarak kararlaştırılabilmesi mümkündür¹⁹²⁸. Alım hakkının devir ve intikalîne ilişkin bu kural hem taşınır hem de taşınmazları konu alan alım hakları bakımından geçerlidir.

TBK md. 239 ile birlikte devir ve intikale ilişkin getirilen düzenlemelerin önemli birtakım sonuçları bulunmaktadır. Öncelikle, kanun koyucu, bu düzenlemeyle birlikte önceki kanun döneminde kabul edilen hâkim görüşü ve yargı uygulamalarını bir nevi kanunlaştırmıştır¹⁹²⁹. İkinci olarak, alım hakkıyla birlikte önalım ve geri alım haklarının devredilebilirliğine ilişkin tartışmaları ise tamamen sona erdirmiştir. Gerçekten de, söz konusu düzenlemeyle birlikte, yenilik doğuran haklar kapsamında alım hakkının devredilebilirliğine ilişkin öğretideki tartışmalar önemini yitirmiştir¹⁹³⁰. Ayrıca hakkın devrine ilişkin işlemin hukukî niteliğine yönelik tartışmalar da pratik açıdan anlamını kaybetmiştir.

3.4.2. Alım Hakkının Devri

3.4.2.1. Genel Olarak

Alım hakkı, kural olarak devredilemez niteliktedir¹⁹³¹. Hakkın devredilemezliği ile kastedilen, hak sahibinin, hakkı sağlararası bir işlemle üçüncü bir kişiye geçirememesi veyahut da ölüme bağlı bir tasarruf ile mirasçısı olmayan bir kimseye

Noelpp, *Eine Studie*, 86; Pfäffli ve Byland, “Vorkaufsrecht”, 292. Önalım hakkı kapsamında bkz.: Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 108.

¹⁹²⁷ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2478; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.289.

¹⁹²⁸ İsviçre hukukunda bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2478; Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 73; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.283; Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1249; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.60 ve 139; Noelpp, *Eine Studie*, 86. Alman hukukunda dolaylı olarak bu yönde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 187-188, Müstakil nitelikte olan yenilik doğuran hakların devredilebilir niteliktedir. Yeni bir sözleşmenin kurulmasını konu alan yenilik doğuran haklar ise müstakil niteliktedir.

¹⁹²⁹ Allgäuer, *Kaufrecht*, 64 vd.; Schmid, *Das Vorkaufsrecht*, 66 vd.; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.283

Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.97 vd. Bu husustaki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 48 II 465 ff. (469 ff.), E. 4a und b (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.283, dpn.476’dan naklen). Dolaylı olarak bu yönde bkz.: Roberto, “Teilrevision”, 172.

¹⁹³⁰ Buz, *Haklar*, 267 vd. ve orada anılan yazarlar.

¹⁹³¹ Alım hakkının, taraflarca aksi öngörülmedikçe devredilemez oluşu, hakkın bir taşınır üzerinde kurulduğu hallerde de geçerlidir. TBK md. 239/I’de yer alan düzenleme, her ne kadar taşınmazlar üzerinde kurulan alım hakkını konu alan bir hüküm olsa da, aynı sonuca taşınırları konu alan alım hakkı için de ulaşmak mümkündür. Zira alım hakkı, hakkın konusu şeyin iktisabına yönelik bir haktır. İktisap etme yetkisi veren haklarda ise devredilebilirlik çoğunlukla istenmeyen bir durumdur. Bu hususta ortaya konan açıklamalar için bkz.: Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 73-74.

vasiyet edememesidir¹⁹³². Bununla birlikte taraflar, az önce de ifade edildiği üzere, hakkı devredilebilir şekilde kurabilirler. Bu yönüyle de, alım hakkının şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olmadığını söylemek mümkündür. Ancak devredilmezlik kural olduğundan, devir yönünden, hakkın şahsi nitelikte bir karaktere sahip olduğu ifade edilmektedir¹⁹³³.

Alım hakkının devredilebilirliği hak kurulurken kararlaştırılabileceği gibi daha sonra taraflarca ayrıca bir hukukî işlemle de yapılabilir¹⁹³⁴. İlk durumda, hakkın devredilebilirliğine ilişkin anlaşmalar niteliği itibariyle alım hakkına ilişkin hükümlerin bir parçasını oluşturur. Bu yönüyle de, sözleşmenin sübjektif esaslı noktasını oluşturur ve alım hakkı sözleşmesinin şekline tabi olur. Ancak bazı durumlarda, hakkın devredilebilirliği, sözleşmede bu hususta yer alan açık bir düzenlemeden değil, fakat hakkın düzenlenme şekline kaynaklanabilir. Başka bir deyişle, alım hakkı sözleşmesinde, hakkın devredilebilir olduğuna yönelik bir ifade yer almasa dahi, hak, niteliği itibariyle devredilebilir bir özelliğe sahip olabilir. Bunun en tipik örneğini, eşyaya bağlı alım hakkı oluşturur. Zira eşyaya bağlı alım hakkında, hak sahipliği, belirli bir taşınmaz üzerindeki aynî hak sahipliğine bağlandığından, hak, muhteva itibariyle devredilebilir niteliktedir¹⁹³⁵. Taşınmazın devredilmesiyle birlikte, alım hakkı da, ayrıca bir işleme gerek kalmaksızın yeni malike geçer¹⁹³⁶. Bununla birlikte, alım hakkı kurulduktan sonra da, taraflarca, hakka devredilebilir nitelik kazandırılabilir. Ancak hakkın tesisinden sonra yapılan bu yönde bir düzenleme, sözleşmenin değiştirilmesi anlamına gelir. Bu sebeple de, sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. Örneğin; hakkın devredilebilirliğine yönelik sonradan yapılan anlaşma TBK md. 13 gereği alım hakkı sözleşmesinin şekline tabîdir.

Alım hakkının devrinde; devrin hukukî niteliği, şekli ve devrin doğurduğu hukukî sonuçlar önemli bir yer işgal etmektedir. Bu çerçevede sözü edilen konular aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

¹⁹³² Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.294. Hakkın mirasçı olmayan bir kimseye vasiyet edilmesinin hakkın devri kapsamında olduğuna yönelik ayrıntılı bilgi için bkz.: Bu Bölümde, V, C, son paragraf.

¹⁹³³ Bu doğrultuda bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.293; Noelpp, *Eine Studie*, 86; Isler, *Grundbuch*, 75; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.97.

¹⁹³⁴ Isler, *Grundbuch*, 75; Schmid, *Das Vorkaufsrecht*, 66 vd.; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.53; Ott, “Die Abtretung”, 257 vd.; Liver, *Das Eigentum*, 231.

¹⁹³⁵ Isler, *Grundbuch*, 76. Bu hususta benzer açıklamalar için bkz.: Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.61.

¹⁹³⁶ Isler, *Grundbuch*, 76.

3.4.2.2. Devrin Hukukî Niteliği

Alım hakkının devrinde yer alan en tartışmalı konu, devri konu alan hukukî işlemin niteliği ile ilgilidir. Zira burada, müstakil olarak bir hakkın temlik mi yoksa bir sözleşmenin devrinin mi yer aldığı tam olarak belli değildir. Hakkın devrini düzenleyen TBK md. 239 hükmünde de bu hususta açıkça bir ifadeye rastlanmamaktadır. Bu durum İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde de aynıdır.

Alım hakkının devrinin hukukî niteliğine yönelik tartışmalar, esas olarak iki temel müessese etrafında toplanmaktadır. Bunlar, TBK md. 183 vd.'de düzenlenen alacağın devri ile TBK md. 205 vd.'de yer alan sözleşmenin devri müesseseleridir. Öğretide yer alan tartışmalara değinmeden önce bir hususu belirtmekte fayda görüyoruz. O da şudur: Alım, önalım ve geri alım haklarının devrine ilişkin getirilen TBK md. 239 hükmüyle birlikte, söz konusu tartışmalar, pratik anlamda önemini büyük ölçüde kaybetmiştir. Zira her iki müessese arasında önemli farklılıkların yer aldığı devrin şekli ve borçlunun rızasına yönelik ayrımlar TBK md. 239 hükmüyle birlikte önemini yitirmiştir. Bunun sebebi, ilgili hükmün hem bir şekil şartı getirmiş olması hem de hakkın kural olarak devredilemez olduğunu hükme bağlayarak alım hakkı veren tarafın rızasını devir işleminde dolaylı bir şekilde zorunlu unsur olarak düzenlemiş olmasıdır. Bunun sonucu olarak da, her bir öğreti görüşünün ortaya koyduğu sonuç pratik yönden hemen hemen aynı olmuştur. Zira, ister alacağın devri olsun ister sözleşmenin devri, her iki durumda da alım hakkıyla birlikte yan haklar da alım hakkını devralana geçmektedir¹⁹³⁷. Ayrıca, kanun koyucu, devir işleminin şeklini de açıkça düzenlediğinden, her iki müessese açısından uygulanacak şekil birebir aynıdır. Keza hakkın devredilmez niteliği de, alacağın devrinde kural olarak aranmayan rıza şartını bir nevî bertaraf etmiş ve TBK md. 183'te yer alan *işin niteliği halinin* özel bir görünümünü oluşturmuştur. Böylelikle de, sözleşmenin devrinde aranan rıza şartı ile aralarında hiçbir fark kalmamıştır. Ancak yine de, TBK md. 239'da yer alan „devir işleminin“ niteliğinin tespiti, teorik açıdan kanaatimizce büyük bir öneme sahiptir. Ayrıca ilgili müessesenin tespiti, aynı zamanda, kanun koyucunun iradesini ortaya çıkarma anlamını taşımaktadır.

¹⁹³⁷ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.298.

Öğretide yer alan ilk görüşe göre, alım hakkının devri, teknik anlamda bir sözleşmenin devri (*Vertragsübernahme*) işlemidir¹⁹³⁸. Burada bir alacağın devrinden bahsedilemez¹⁹³⁹. Çünkü, alım hakkı, edime yönelik bir alacak hakkı değildir. Bu sebeple de, TBK md. 183'te ifade edilen *alacak* kavramının kapsamında yer almaz¹⁹⁴⁰. TBK md. 183'e konu olabilecek bir alacak hakkı, olsa olsa alım hakkı kullanıldıktan sonra mülkiyetin devrini talep etmeye yönelik olarak doğan alacak hakkıdır¹⁹⁴¹. Öte yandan, alım hakkının devriyle birlikte, devralan taraf, hakkı kullandığında, hakkın muhatabıyla bir satış ilişkisi kurma imkânına sahip olmaktadır. Dolayısıyla muhatabın, devir işlemine katılması gerekir. Oysa, alacağın devrini düzenleyen hükümlerde, borçlunun ne rızası ne de katılımı, işlemin hukukî geçerliliği için aranmaktadır. Bu sebeple de, burada bir alacağın devrinden bahsetmek mümkün olmamalıdır¹⁹⁴². Bunun sonucu olarak, hakkın devri, devreden ile devralan arasında yapılan, ancak geçerliliği alım hakkı yükümlüsünün rızasına bağlı bir sözleşmenin devri ile gerçekleştirilmelidir¹⁹⁴³. Sözleşmenin devrinden hareket eden bu görüşün kaynağını esas olarak koşul teorisi oluşturur. Zira koşul teorisi, alım hakkını kuran sözleşmeyi koşula bağlı bir satış olarak ele aldığından, hakkın devri, ancak bu satış sözleşmesinin devri ile mümkün olur. Diğer taraftan kurma teorisi açısından da, alım hakkının, sözleşmenin devri kapsamında devredilmesinin mümkün olduğu ifade edilmektedir¹⁹⁴⁴. Bunun sebebi, satış ilişkisinin, henüz hak kullanılmadan kurulmamış olmasına rağmen,

¹⁹³⁸ CR OR I-Foëx, Rn.5 zu Art. 216b; Favre, Rn.251 vd.; (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.298, dpn.502'den naklen); Baygın, *Yeni Borçlar Kanunu*, 16; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.298; Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1249; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.61; Ott, "Die Abtretung", 271 vd.; Noelpp, *Eine Studie*, 88; Meier-Hayoz, ZGB Art. 681, Rn.100.

¹⁹³⁹ Ott, "Die Abtretung", 271 vd.; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.61; Noelpp, *Eine Studie*, 88.

¹⁹⁴⁰ Noelpp, *Eine Studie*, 88.

¹⁹⁴¹ Isler, *Grundbuch*, 76; Noelpp, *Eine Studie*, 88. Bu doğrultuda ve aynı zamanda yenilik doğuran hakların teknik anlamda TBK md. 183'teki alacak kavramını karşılamadığı yönünde bkz.: Ott, "Die Abtretung", 272, 274. Hakkın kullanılma anına kadar bir alacak hakkından bahsedilemeyeceği yönünde bkz.: Allgäuer, *Kaufrecht*, 48. Aynı yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 94 II 279 f. (Isler, *Grundbuch*, 76, dpn.7'den naklen).

¹⁹⁴² Noelpp, *Eine Studie*, 89.

¹⁹⁴³ Noelpp, *Eine Studie*, 92.

¹⁹⁴⁴ Noelpp, *Eine Studie*, 92. Genel olarak sözleşmenin üstlenilmesi teorisini savunan bir görüşe göre ise, bu teorinin, istisnaen alım hakkı için uygun olmadığını ifade etmektedir. Buna göre, sözleşmenin devrine ilişkin hükümlerin alım hakkı için uygulanması bir zorlamadan ibarettir. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Hans Huber, *Bemerkungen zum Urteil des Verwaltungsgerichtes, verwaltungsgerichtliche Kammer, Urteil vom 29. März 1972 i.S. K. und E. gegen Verwaltungsgericht des Kantons Bern*, ZBGR 55 (1974), 254 vd. (Isler, *Grundbuch*, 80, dpn.25 ve 26'dan naklen). Benzer ve farklı gerekçeler ile aynı sonuca ulaşan bir başka görüş için bkz.: Gottlieb Andrea Keller, *Die Übertragung eines Kaufrechts*, SJZ 80 (1984): 315 vd. (Isler, *Grundbuch*, 80-81, dpn.27'den naklen).

alım hakkı sözleşmesinde, satış sözleşmesinin esaslı noktalarının belirlenmiş ya da en azından belirlenebilir nitelikte kararlaştırılmış olmasıdır. Sözleşmenin devrini savunan bu görüşe göre, burada üçüncü kişiye potansiyel bir hukukî pozisyonun devri söz konusudur¹⁹⁴⁵. Başka bir deyişle, en azından şimdilik, gelecekteki bir sözleşmenin tarafı olma konumu devredilmektedir¹⁹⁴⁶.

Türk hukukunda hakim olan ve bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre ise, alım hakkının devri, TBK md. 183 vd. düzenlenen alacağın devri işleminin konusunu oluşturmaktadır¹⁹⁴⁷. Bu görüş, alım hakkı sözleşmesinin sözleşmenin devrine konu olmasını aslında reddetmez. Tarafların sözleşme özgürlüğüne alım hakkı sözleşmesinin devretmesi her halukârda mümkündür. Nitekim bu görüşü ele alan bazı yazarlar da, hakkın devrini, hem sözleşmenin devri (*Vertragsübernahme*) hem de müstakil olarak alım hakkının temliki (*die Abtretung des Kaufsrechts*) şeklinde incelemiştir¹⁹⁴⁸. Ancak yine de, burada önem arz eden mesele, alım hakkının devrini düzenleyen hükmün içeriğinin ne olduğudur. Dolayısıyla alım hakkının ve bu hakkı kuran sözleşmenin devri açısından hangi hukukî imkânların bulunduğu tartışmanın asıl konusunu oluşturmaz. Gerçekten de, bu görüşü savunan yazarlara göre, sözleşmenin bir bütün olarak devri, TBK md. 239/II’de yer alan düzenlemenin kapsamında yer almamaktadır. TBK md. 239/II hükmü açıkça *bu hakların devredilebileceğinden* bahsetmektedir. Bu sebeple de hükmün kapsamı, kanaatimizce, hakkın müstakil olarak devrine yöneliktir¹⁹⁴⁹.

Alım hakkının devrini, alacağın devri hükümleri kapsamında ele alan bu görüş, yenilik doğuran bir hak olan alım hakkının TBK md. 183’ün kapsamına dahil olup olmamasını kendi içerisinde farklı gerekçelerle açıklamaktadır. Bu görüşlerden

¹⁹⁴⁵ Ott, “Die Abtretung”, 272 vd.; Isler, *Grundbuch*, 80.

¹⁹⁴⁶ Entscheid vom 21. Januar 1971 in Sachen H. ca. N., S. 49 (Isler, *Grundbuch*, 80, dpn.24’ten naklen).

¹⁹⁴⁷ Türk hukukunda bkz.: Feyzioğlu, *Şufla Hakkı*, 174 vd.; Buz, *Haklar*, 367; Sebük, *Türk Medeni*, 115. İsviçre hukukunda bkz.: Bianchetti, 78 vd., Panchaud/Suter, 307 (Noelpp, *Eine Studie*, 89, dpn.7’den naklen); OR-Hess, Art.216b OR, Rn.3; OR-Girsberger, Art. 164 OR, Rn.33; Spirig, Art. 164 OR, Rn.178; Becker, *Vorbem zu Art. 164-174 OR*, Rn.5 (Buz, *Haklar*, 365, dpn.7’den naklen); Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 74; Schmid, *Das Vorkaufsrecht*, 29; Oser ve Schönenberger, *Bd.V/2*, Art.216, Rn.21; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.298; Schleich, *Option*, 263. Nitekim Alman hukukunda BGB § 413 hükmü de, alacağın devrine ilişkin düzenlemelerin kanun tarafından aksi öngörülmedikçe, diğer hakların devri için de uygulanacağını düzenlemiştir. Dolayısıyla alım hakkının devri Alman hukukunda da alacağın devrine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması yoluyla çözümlenmektedir.

¹⁹⁴⁸ Türk hukukunda dolaylı olarak bu yönde bkz.: Buz, *Haklar*, 367. İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 74; Schleich, *Option*, 259 vd.

¹⁹⁴⁹ Nitekim İsviçre hukukundaki görüş de bu yöndedir. İlgili görüşler için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.298; Schleich, *Option*, 263.

birincisine göre, TBK md. 183 vd. öngörülen hükümler alım hakkının devrinde ancak kıyasen uygulanabilir¹⁹⁵⁰. Zira yenilik doğuran hakların teknik anlamda bir alacağın temlikine konu olmayacağı ifade edilmektedir¹⁹⁵¹. Bir başka görüş ise, TBK md. 239 hükmünün alım, önalım ve geri alım haklarının alacağın temlikinin konusunu oluşturabilmesi açısından, kanunî bir dayanak olduğunu ileri sürmektedir¹⁹⁵². Bu sebeple de, alacağın devrine ilişkin hükümlerin kıyasen değil, doğrudan uygulanması mümkün olmalıdır. Bu noktada, kanaatimizce, ilk görüşe üstünlük tanımak daha isabetli görülmektedir. Zira TBK md. 239 hükmü alım, önalım ve geri alım haklarının devredilebilirliğini açıkça ortaya koymak amacıyla getirilmiş bir düzenlemedir. Ayrıca yenilik doğuran bir hakkın devredilebilir olması onun bir alacak hakkı olarak kabul edilmesi sonucunu doğurmamalıdır. Aksi takdirde devredilebilir olan ile devredilebilir olmayan yenilik doğuran haklar arasında nitelik itibarıyla önemli bir farklılık ortaya çıkacaktır. O farklılık ise, yenilik doğuran hak müessesesi ile bağdaşır nitelikte değildir. Buna ilaveten, yenilik doğuran haklar, alacak hakları gibi nisbî nitelikte haklardır. Ancak her iki hak; verdikleri yetki, tabî oldukları süre gibi hususlarda birbirlerinden farklılık arz etmektedir. Bunun gibi, yenilik doğuran bir hak olan alım hakkının kullanımıyla birlikte, mülkiyetin devrini talep etmeye yönelik bir alacak hakkı doğmaktadır. Dolayısıyla TBK md. 183 vd.'de yer alan hükümlerin en azından kıyasen uygulanabilirliğini kabul etmek, kanaatimizce, daha doğru bir hukukî çözüm olarak görülmektedir.

Alacağın devrinden hareket eden görüş açısından üzerinde durulması gereken bir diğer mesele borçlunun rızasıdır. Zira, borçlunun rızasına ilişkin gerekçe, sözleşmenin devri görüşünden hareket eden yazarların önemli bir çıkış noktasını oluşturmaktadır. Oysa alacağın devri açısından borçlunun rızası kural olarak aranmamaktadır. Dolayısıyla alım hakkı sahibinin, hakkı, rıza aranmaksızın devredebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu sonuç ise hakkın devredilebilirliği açısından alım hakkı verenin rızasını zorunlu kılan TBK md. 239 hükmü ile bağdaşmamaktadır. Ayrıca hakkın muhatabının, gelecekteki belirsiz bir üçüncü kişiye satış yapmaya zorlanabilmesi, meseleyi, daha da tartışmalı hale getirmektedir. Buna karşı, alacağın devri görüşünü savunan bazı yazarlar, meseleyi şu şekilde izah etmektedir: Alacağın devrini düzenleyen

¹⁹⁵⁰ Buz, *Haklar*, 370; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.298.

¹⁹⁵¹ Buz, *Haklar*, 370.

¹⁹⁵² Schleich, *Option*, 265.

hükümlerde, borçlunun rızasının aranmadığı hallerin kapsamında bir yükümlülük öngörmeyen alacaklar yer almaktadır. Oysa alım hakkının kullanılması halinde, alım hakkı yükümlüsü lehine bir karşı edim söz konusu olur. Başka bir deyişle, alım hakkı yükümlüsü tarafın, karşı edime ilişkin bir alacak hakkı gündeme gelir. O ise, kurulan satış sözleşmesinde yer alan kullanma bedelidir. Dolayısıyla hem alım hakkı sahibi hem de alım hakkı yükümlüsü, hakkın kullanımı halinde, hem borçlu hem de alacaklı sıfatına sahiptir¹⁹⁵³. Bu sebeple de, alım hakkı yükümlüsünün söz konusu devir işlemine rızası, zorunlu bir geçerlilik şartı olarak karşımıza çıkar¹⁹⁵⁴. Bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre ise, genel olarak opsiyon sözleşmesinden doğan hukukî ilişkinin niteliği, TBK md. 183/I'te yer alan *işin niteliği* hallerinin kapsamına giren istisnalardan birini oluşturur¹⁹⁵⁵. Zira opsiyon haklarının devrinde hakkı veren tarafın rızası daima aranan bir şarttır¹⁹⁵⁶. İsviçre Borçlar Kanunu'nda yapılan revizyonda getirilen ve Türk Borçlar Kanunu'na aynen alınan 239. madde de, aslında bu mevcut durumun bir nevi kanunlaştırılmasından başka bir şey değildir¹⁹⁵⁷.

Alım hakkının devrinin, alacağın devri hükümlerine tabî tutulması halinde, devri konu alan işlem bir temlik sözleşmesi (*Abtretungsvertrag*) niteliği taşır¹⁹⁵⁸. Alacağın devrine yönelik işlem mevcut bir hakka etki ettiği için niteliği itibariyle de bir tasarruf işlemidir¹⁹⁵⁹. Dolayısıyla devrin geçerliliği açısından işlemin hukukî niteliği göz önünde bulundurulmalıdır. Bununla birlikte devir işleminin bir tasarruf işlemi olması bir borç sözleşmesinden bahsedilemeyeceği anlamına gelmez. Zira alacağın devri işlemi bir yandan tasarruf işlemi niteliğinde iken; diğer taraftan da bir borçlandırıcı işlemidir¹⁹⁶⁰.

¹⁹⁵³ Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 74.

¹⁹⁵⁴ Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 74; Böckli ve Morscher, *Aktionärbindungsverträge*, 55. Farklı gerekçelerle aynı sonuca ulaşan bir başka görüş için bkz.: Schleich, *Option*, 266.

¹⁹⁵⁵ İsviçre hukukunda bkz.: Schleich, *Option*, 266; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.97. Alman hukukunda bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 199 vd.

¹⁹⁵⁶ Schleich, *Option*, 266; Böckli ve Morscher, *Aktionärbindungsverträge*, 56. Alım hakkı kapsamında bu doğrultudaki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 94 II 274 E.3 (Schleich, *Option*, 266, dpn.14'ten naklen).

¹⁹⁵⁷ Aynı yönde bkz.: Schleich, *Option*, 266.

¹⁹⁵⁸ Schleich, *Option*, 263.

¹⁹⁵⁹ Türk hukukunda bkz.: Eren, *Genel Hükümler*, 1228; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Cilt-2*, 892; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku*, 241. İsviçre hukukunda bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.299; Gauch, Schluep ve Emmenegger, *Obligationenrecht*, Rn.3408; Brunner, *Kaufrechte*, 315; Schleich, *Option*, 263; Oser ve Schönenberger *Bd.V/1*, OR Art.165, Rn.11; Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.90.04.

¹⁹⁶⁰ Eren, *Genel Hükümler*, 1228.

Alacağın temliki çerçevesinde alım hakkının devri farklı hukukî sebeplere dayanabilir¹⁹⁶¹. Bu noktada İsviçre hukukunda, yenilik doğuran hakkın devrini konu alan temlik sözleşmelerinin satış sözleşmesi niteliğinde olduğu ileri sürülmektedir. Buna göre, alım hakkının devri bir bedel karşılığında yapılıyorsa, TBK md. 209 kapsamında satış mahiyetinde bir sözleşmenin bulunduğu ifade edilmektedir. Sözleşmenin konusunu bir yenilik doğuran hak oluşturduğu için de bir hak satışı (*Rechtskauf*) olduğu savunulmaktadır. Zira bir satış sözleşmesinin konusunu yenilik doğuran bir hakkın oluşturmasının önünde bir engel söz konusu değildir. Öte yandan, hakkın devri bir bedel karşılığı olmaksızın gerçekleştirilmiş ise artık bir bağışlamanın bulunduğu kabul edilmektedir¹⁹⁶². Devir sözleşmesinin, bir borçlar hukuku sözleşmesi ve sebebe bağlı bir hukuk işlem¹⁹⁶³ olduğu göz önüne alındığında, devir işleminin sebebine yönelik yapılan bu sınıflandırma kanaatimizce de doğru görülmektedir.

Alım hakkı bir ölüme bağlı tasarruf yoluyla da devir işlemine konu olabilir. Alım hakkının mirasla intikâle elverişli olduğu ve devredilebilir olarak kararlaştırıldığı hallerde, hak sahibi, mirasçı olmayan üçüncü bir kimse lehine vasiyette bulunabilir¹⁹⁶⁴. Böylelikle alım hakkı yükümlüsü mirasçılar, lehine vasiyet yapılan üçüncü kişiye hakkı devretme borcu altına girerler. Ancak bunun için vasiyet alacaklısının ölüme bağlı tasarruftan doğan alacak hakkını mirasçılara karşı ileri sürmesi gerekir¹⁹⁶⁵. Mirasçıların üçüncü kişiye hakkı devretmesi yine aralarında yapacakları bir devir sözleşmesiyle gerçekleşir¹⁹⁶⁶. Ancak böyle bir durumda devrin hukukî sebebini bir sağlararası işlem değil, ölüme bağlı tasarruf oluşturur.

3.4.2.3. Devrin Geçerliliği

3.4.2.3.1. Genel Olarak

Alım hakkının devrine yönelik işlemin geçerli olabilmesi geçerlilik şartlarının sağlanmış olmasına bağlıdır. Alım hakkının devrinde bu şartlar esasa ve şekle ilişkin olmak üzere iki ana başlık altında ele alınmaktadır.

¹⁹⁶¹ Türk hukukunda alacağın devri işleminin hukukî sebebe bağlı bir işlem olduğu yönünde bkz.: Eren, *Genel Hükümler*, 1229 vd.; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku*, 241 vd. İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Gauch, Schluep ve Emmenegger, *Obligationenrecht*, Rn.3637.

¹⁹⁶² Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.299 ve d.pn.511'de anılan yazarlar.

¹⁹⁶³ Eren, *Genel Hükümler*, 1231.

¹⁹⁶⁴ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.299.

¹⁹⁶⁵ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.299.

¹⁹⁶⁶ Eren, *Genel Hükümler*, 1229.

3.4.2.3.2. Esasa İlişkin Şartlar

Alım hakkının devrinde esasa ilişkin aranan ilk şart, bir alım hakkının varlığı ve bunun devredilebilir nitelikte olmasıdır¹⁹⁶⁷. Alım hakkının varlığı, onun geçerli bir hukukî işlem ile kurulmuş olmasını ifade ettiği için, burada ilgili bölümlere atıf yapmakla yetiniyoruz¹⁹⁶⁸. Bununla birlikte, hakkın devredilebilir nitelikte olması ise, daha çok alım hakkı yükümlüsü tarafın rızasıyla ilgili bir meseledir.

Alım hakkının devri için alım hakkı veren tarafın devir işlemine rızası aranır. Bu rızanın alım hakkı sözleşmesiyle birlikte veya daha sonra verilmesi mümkündür¹⁹⁶⁹. Ancak hakkın başlangıçta devredilebilir olarak kararlaştırıldığı hallerde de, belirli bir devir işlemi için alım hakkı veren tarafın tekrar rızasının alınmasına gerek olup olmadığı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Öğretide yer alan görüşlerden biri, alım hakkı sözleşmesinde hakkın taraflarca devredilebilir nitelikte kararlaştırıldığı durumlarda, hakkın, üçüncü kişiye devri için sonradan alım hakkı verenin rızasının tekrar alınmasının gerekli olmadığı yönündedir¹⁹⁷⁰. Ancak somut olaydaki devir işlemi için ayrıca bir rıza şartı öngörülmüşse tekrar alım hakkı verenin rızasının alınması gerekir. Bu durumda sözleşmede hakkın devredilebilir olarak kararlaştırılmış olmasının bir önemi yoktur¹⁹⁷¹. Örneğin; şirket payları üzerinde kurulan devredilebilir nitelikte bir alım hakkının, pay sahipleri dışında üçüncü bir kişiye devri için öngörülen rıza şartında durum böyledir. Öğretide yer alan ikinci görüşe göre ise, devredilebilir nitelikte kurulan bir alım hakkının devredilebilir olma niteliği devir için aranan rıza şartını ortadan

¹⁹⁶⁷ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.305; Schleich, *Option*, 266.

¹⁹⁶⁸ Bkz.: İkinci Bölüm, Alım Hakkı Sözleşmesinin Kurulması başlığı.

¹⁹⁶⁹ Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 74; Böckli ve Morscher, *Aktionärbindungsverträge*, 56; Schleich, *Option*, 266; Noelp, *Eine Studie*, 98. Genel olarak hakkın devri için alım hakkı verenin rızasının gerekli olduğu yönünde bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.99; Oser ve Schönenberger, *Bd.V/2*, Art.216, Rn.21. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 48 II 470 (Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.99'dan naklen). Rıza şartının, devrin hukukî niteliği açısından alacağın devri ile sözleşmenin devri görüşlerinden hangisi kabul edilmiş olursa olsun, aranan bir şart olduğu yönünde bkz.: Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 74; Böckli ve Morscher, *Aktionärbindungsverträge*, 56.

¹⁹⁷⁰ Türk hukukunda bkz.: Buz, *Haklar*, 370. İsviçre hukukunda bkz.: Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.61; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.299; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.61. Alım hakkı verenin devre ilişkin rızasının, çoğunlukla, hakkın devredilebilir olarak kararlaştırılmış olduğuna ilişkin kaydın yer aldığı alım hakkı sözleşmesinin yapıldığı anda verildiği yönünde bkz.: Schleich, *Option*, 267. Alman hukukunda bu konuya ilişkin yer alan açıklamalar için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 197 vd.

¹⁹⁷¹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.299. Nitekim Türk hukukunda yer alan görüş de, bu noktada, devir işlemine katılma açısından yetkinin saklı tutulmasından bahsetmektedir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: Buz, *Haklar*, 370, dpn.19.

kaldırmaz¹⁹⁷². Bu görüşü savunan yazarlardan bazılarına göre, hakkın devredilebilirliğine ilişkin bir düzenleme, daha sonra yapılacak olan devir işlemine, hakkı veren tarafın iştirak etme zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Zira bu devir işlemi herhangi bir şahısla yapılabileceği için, hakkı veren tarafın bu işleme katılması gerekir¹⁹⁷³.

Kanaatimizce, öğretide yer alan görüşlerden birincisine üstünlük tanımak gerekir. Öncelikle, hakkın devredilebilirliğine yönelik anlaşmalar ve alım hakkı verenin devre ilişkin rızası aynı şekil şartlarına tabiidir. Dolayısıyla rızayı, hakkın devredilebilirliği ile aynı kapsama dahil etmek, öngörülen şekil kurallarının uygulanmasından kaçınmak anlamına gelmez. Bu sebeple hakkı veren taraf, öngöremediği üçüncü bir kimse ile satış ilişkisi içerisinde bulunmaktan çekiniyorsa ya hakkın devredilebilirliğine ilişkin sözleşme şartını kabul etmemeli ya da devrin kapsamı açısından, devralan kişilere yönelik sınırlandırıcı bir düzenlemenin, alım hakkı sözleşmesinde yer almasını istemelidir. Ayrıca devredilebilir olarak kararlaştırılan ve devrin kapsamı ile çevresi yönünden herhangi bir sınırlama öngörülmemiş olan alım hakkında, daha sonra alım hakkı verenin rızasını tekrar zorunlu kılmak, TBK md. 239 hükmünü bir nevi anlamsız hale getirmektedir¹⁹⁷⁴. Zira hak devredilebilir olmasaydı, taraflar zaten bir araya gelerek hakka yönelik bir devir şartına yer verebilir ya da en azından somut olaydaki devir işlemine ilişkin bir rıza gösterebilirlerdi. Nitekim öğretide yer alan bir görüş de, bunun sonucu olarak, hakkın devredilebilir olarak kararlaştırılmadığı durumlarda rızanın aranması gerektiğini ileri sürmektedir¹⁹⁷⁵. Devir işlemine katılma yönünden yetkinin saklı tutulması da, kanaatimizce, uygun bir çözüm yolu olarak gözükmemektedir¹⁹⁷⁶. Dolayısıyla olması gereken, az önce de ifade ettiğimiz üzere, bir devir şartına yer verilmemesi veya devrin kapsamı yönünden bir

¹⁹⁷² BK-Giger (1997), S. 288, N 15 und S. 291, N 20 Art. 216b OR; Rey (1994), S. 45 (Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.61, dpn.57 ve 58'den naklen); Brunner, *Kaufrechte*, 324-325.

¹⁹⁷³ Brunner, *Kaufrechte*, 324-325.

¹⁹⁷⁴ Bu noktada, devir şartı açısından şöyle bir yorum akla gelebilir: Alım hakkı sözleşmesinde devir şartının yer aldığı durumlarda, alım hakkı veren, haklı bir sebep olmaksızın rıza vermekten kaçınırsa ona karşı bir talebin ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak devir şartının kararlaştırıldığı durumlarda, alım hakkı veren, haklı bir sebep olmaksızın rıza göstermekten kaçınmaz. Dolayısıyla da burada TBK md. 238 bir nevi anlamsız hale geldiğini ileri sürmek mümkün değildir. Ancak kanaatimizce devir şartı, alım hakkı verenin devre ilişkin rıza şartını karşıladığından, haklı bir sebebe dayanmaksızın rıza vermekten kaçınmak da artık mümkün olmaz. Bununla birlikte, devir şartına rağmen taraflarca her bir devir için ayrıca alım hakkı verenin rızasına başvurulması şart koşulmuş ise, işte o zaman rızanın haklı bir sebep ile verilip verilmemiş olması bir anlam ifade eder.

¹⁹⁷⁵ Homberger, *Art.959*, Rn.27 (Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.99'dan naklen).

¹⁹⁷⁶ Bkz.: Üçüncü Bölüm, dpn.439 ve orada yer alan görüş.

sınırlandırmaya gidilmesidir. Bunun dışında, hak devredilebilir olarak kurulduktan sonra belirli bir devir işlemi için bir müdahalenin önünü açmak, mümkün olmamalıdır.

Alım hakkı verenin, devre ilişkin rızasını daha sonra açıklaması mümkündür. Böyle bir durumda rızanın, en geç devir işlemi yapılmadan önce verilmiş olması gerekir. Aksi takdirde alım hakkının devrinden sonra ileri sürülen onama beyanı, devri hukuken geçerli hale getirmez. Ancak hak sahibi ile üçüncü kişinin, temlik sözleşmesini, yükümlünün rıza vermesine yönelik bir geciktirici koşula bağlamaları her hâlükârda mümkündür¹⁹⁷⁷.

Alım hakkı verenin devir işlemine yönelik rızası, kural olarak alım hakkı sözleşmesinin şekline tabîdir¹⁹⁷⁸. Rızanın alım hakkı sözleşmesinde veyahut da daha sonra müstakil bir temlik sözleşmesinde yer alması açısından bu yönüyle bir fark yoktur. Bu çerçevede, alım hakkı veren, rızasını kural olarak herhangi bir şekle bağlı olmaksızın açıklayabilir. Ancak hakkı kuran sözleşme için bir geçerlilik şekli öngörülmüş ve alım hakkı verenin irade beyanı da şeklin kapsamına dahil edilmişse, devre ilişkin rıza bu şekil şartına tabî olur¹⁹⁷⁹. Bu sebeple taşınmazları konu alan alım hakkında, TBK md. 239'a uygun olarak, alım hakkı verenin rızası resmî şekle uygun olarak verilmiş olmalıdır. Bunun gibi, taraflarca özel bir şekil şartının kararlaştırıldığı durumlarda da, rızanın kararlaştırılan özel şekil şartına uygun olarak verilmesi gereklidir¹⁹⁸⁰. Örneğin; bir taşınırı konu alan ve adî yazılı şekil şartı öngörülen alım hakkında, rıza, adî yazılı şekle uygun olarak verilmelidir. Alım hakkının kurulması için aranan şekil şartına uygun olarak, alım hakkı verenin rızası, tasarruf yapılmadan önce alınmamışsa yapılan tasarruf geçersiz olur¹⁹⁸¹.

Alım hakkının devrinde esasa ilişkin ele alınması gereken bir diğer şart, ehliyettir. Alım hakkının devri, sözleşmeye dayanan bir işlem olduğundan, devreden ve devralan tarafların fiil ehliyetine sahip olması gerekir¹⁹⁸². Dolayısıyla tam ehliyetsizler, fiil ehliyetine sahip olmadıklarından devreden veya devralan taraf olamazlar. Tam ehliyetliler ise fiil ehliyetine tam olarak sahip olduklarından, alım hakkının devrini konu

¹⁹⁷⁷ Schleich, *Option*, 267; Gauch, Schluep ve Emmenegger, *Obligationenrecht*, Rn.3408.

¹⁹⁷⁸ Noelpp, *Eine Studie*, 98.

¹⁹⁷⁹ Schleich, *Option*, 269-270.

¹⁹⁸⁰ Schleich, *Option*, 270.

¹⁹⁸¹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.294.

¹⁹⁸² Genel olarak alacağın devri kapsamında bkz.: Eren, *Genel Hükümler*, 1232.

alan bir işlemin devreden veya devralan tarafını oluşturabilirler. Bunun gibi, sınırlı ehliyetsizler açısından da genel ehliyet kuralları uygulama alanı bulur. Bu çerçevede sınırlı ehliyetsizler kendilerini borç altına sokan işlemleri tek başlarına yapamazlar. Yasal temsilcinin ya işlemi sınırlı ehliyetsiz adına yapması veya işleme izin vermesi ya da işleme en başından katılması veya yapılmış olan devir işlemine daha sonra onay vermesi gerekir. Ancak devrin hukukî sebebi bir bağışlama ise, devralan tarafın tam ehliyetli olması gerekmez. Sınırlı ehliyetsiz bir kimse de, alım hakkını, ivazsız olmak kaydıyla, yasal temsilcisinin rızası aranmaksızın devralabilir. Zira alacağın devri işlemi kazandırıcı bir işlemdir¹⁹⁸³. Karşılıksız kazandırmalar ise, TMK md. 16 gereği, yasal temsilcinin rızasından muaf tutulmuştur. Bu noktada, kazandırmanın TMK md. 16 kapsamında olabilmesi için, alım hakkına bağlı periyodik olarak ödenen bir alım hakkı bedelinin kararlaştırılmış olup olmaması bir önem arz etmez. Başka bir deyişle, hakkın devredildiği andan itibaren ödenmesi gereken alım hakkı bedeli söz konusu olsa bile, bu durum kazandırmanın karşılıksız olma niteliğine etki etmez. Zira bu şekilde kararlaştırılan bedel ödeme borcu, hak devredilmiş olsa dahi devreden alım hakkı sahibine aittir¹⁹⁸⁴. Mamafih, devralan kimse, karşılıksız kazandırma neticesinde devraldığı alım hakkını tek başına kullanmak istiyorsa tam fiil ehliyetine sahip olması gerekir¹⁹⁸⁵. Buna ilaveten, devir işlemi bir tasarruf işlemi niteliğinde olduğundan devreden hak sahibinin alım hakkı üzerinde ayrıca tasarruf yetkisine de sahip olması şarttır¹⁹⁸⁶.

Alım hakkı sözleşmesinde, taraflarca farklı birtakım geçerlilik şartlarına yer verilmesi mümkündür. Bunun en tipik örneği, devrin belirli bir çevreyle sınır olması veya da belirli kişilere ilişkin devir yasağının öngörülmesi halidir¹⁹⁸⁷. Örneğin; şirket paylarını konu alan alım hakkında, alım hakkının devrinin belirli kişilerle (mirasçılar gibi) sınırlandırılması mümkündür¹⁹⁸⁸. Böyle bir durumda, hak nispeten sınırlı bir çevre

¹⁹⁸³ Eren, *Genel Hükümler*, 1229; İnan ve Yücel, *Borçlar Hukuku*, 525.

¹⁹⁸⁴ Bu yönüyle de, alım hakkının devrinde, alacağın devri ile sözleşmenin devri hükümlerinin uygulanması açısından önemli bir fark bulunur. Zira sözleşmenin devri hükümlerine başvurulması durumunda, devralan üçüncü kişi, aynı zamanda söz konusu alım hakkı bedelini de ödeme borcu altına girmiş olacaktır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.310.

¹⁹⁸⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Üçüncü Bölüm, Kullanım Beyanı Sahibi - Genel Olarak başlığı.

¹⁹⁸⁶ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.305; Brunner, *Kaufrecht*, 344 vd.

¹⁹⁸⁷ Dolaylı olarak bu doğrultuda bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.295.

¹⁹⁸⁸ Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 75.

için devredilebilir nitelikte olduğundan, devir yasağının kapsamında yer alan kimseler lehine yapılan devir işlemleri devralan iyiniyetli olmadığı takdirde geçersiz olur.

Alım hakkının devrinin geçerliliğinin, alım hakkı verenin bu hususta bilgilendirilmiş olmasına bağlı olup olmadığı üzerinde durulması gereken bir diğer meseledir. Öğretide, alım hakkı verene bildirimde bulunulmasının, devrin geçerliliği için bir şart oluşturmadığı ifade edilmektedir¹⁹⁸⁹. Bunun sonucu olarak, iyiniyetli yapılan ifa ile borçtan kurtulma imkânı tanıyan TBK md. 186 hükmünün, alım hakkının devri için de uygulanacağı savunulmaktadır¹⁹⁹⁰. Buna göre, alım hakkı veren, ilk hak sahibine hakkın konusu şeyi devrettiği takdirde, TBK md. 186 gereği alım hakkı sözleşmesine aykırı davranmış olmayacaktır¹⁹⁹¹. Ancak alım hakkının devrinde, alım hakkı verenin rızası devrin geçerliliği için zorunlu olduğundan, TBK md. 186 hükmünün uygulanması kanaatimizce pratikte pek mümkün gözükmemektedir.

3.4.2.3.3. Şekle İlişkin Şart

Alım hakkına yönelik devir işleminin geçerliliği, öngörülen şekle uygun olarak yapılmış olmasına bağlıdır. Kanun koyucu, taşınmazları konu alan alım hakkında devir işlemi için özel bir şekil şartı öngörmüştür. TBK md. 239/II'ye göre, alım hakkının devrine yönelik işlem, hakkın kurulması için öngörülen şekle tabîdir¹⁹⁹². İlgili hükümde yer alan şekil şartı, hak sahibi ile üçüncü kişi arasında yapılan devire yönelik tasarruf işlemi konu alan bir düzenlemedir. Buna karşılık, devir işleminden önce gelen borçlandırıcı işlem bu şeklin kapsamında yer almaz¹⁹⁹³. Bu çerçevede alım hakkı bir taşınmaza ilişkin ise, bu hakkın devri için de, resmî şekil şartına uyulması gerekir. Bununla birlikte taşınarlara ilişkin alım hakkında ise konu tartışmalıdır.

Alım hakkının bir taşınırı konu aldığı durumlarda , devir işleminin bir şekle bağlı olup olmayacağına dair özel bir düzenleme bulunmamaktadır. TBK md. 239/II hükmü, yalnızca taşınmazlar üzerinde kurulan alım hakkının devrine yönelik işlemler için bir şekil şartı öngörmüştür. Oysa taşınırlar üzerinde kurulan alım hakkını konu alan alım hakkı sözleşmesi için kural şekil serbestisidir. Dolayısıyla TBK md. 239/II'ye

¹⁹⁸⁹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.306.

¹⁹⁹⁰ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.306.

¹⁹⁹¹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.306.

¹⁹⁹² İsviçre hukuku için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.304; Schleich, *Option*, 269; Ott, “Die Abtretung”, 284 vd.; Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.62; Noelpp, *Eine Studie*, 93 ve 96. Alman hukukunda devrin şekline ilişkin açıklamalar için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 199 vd.

¹⁹⁹³ Bu hususta bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.304.

göre, devir işleminin herhangi bir şekil şartına tabî olmaksızın yapılabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak TBK md. 184 hükmü, alacağın devrinin geçerliliğini yazılı şekil şartına bağlamıştır. Bunun sonucu olarak, bir şekil şartına bağlı olmayan alım hakkı sözleşmesinden doğan alım hakkının devrinin, TBK md. 184 gereği yazılı şekle tabî olacağı ileri sürülebilir. Kanaatimizce, bu hususta TBK md. 239/II hükmünde öngörülen şekil şartını, taşınmazlar üzerinde kurulan alım hakkıyla sınırlı kabul etmek gerekir. Bununla birlikte, bir taşınır konu alan alım hakkının devrinde TBK md. 239/II hükmünden yola çıkarak, bir şekil serbestisinden bahsetmek mümkün olmamalıdır. Bu hüküm, olsa olsa TBK md. 184’te öngörülen şekil şartına getirilmiş şekle ilişkin istisnâ bir düzenlemedir. İlgili hükümde ... *hakkın kurulması için öngörülen şekilde yapılmadıkça...* şeklinde genel bir ifadeye yer verilmesinin sebebi de, söz konusu düzenlemenin, alım hakkıyla birlikte önalım ve geri alım haklarını da kapsıyor olmasıdır. Gerçekten de taşınmazlar üzerinde kurulan önalım hakkında, kanun koyucu, resmî şekil yerine yazılı şekil şartını yeterli görmüştür. Bir taşınırı konu alan alım hakkının devrinde ise, alacağın temliğine ilişkin hüküm kıyasen uygulanmalı ve aranacak şekil TBK md. 184 gereği yazılı şekil olmalıdır¹⁹⁹⁴.

Taşınırlar üzerinde alım hakkı kuran sözleşme için taraflar bazen nitelikli bir şekil şartı öngörebilirler. Örneğin; bir taşınırı konu alan alım hakkında, hakkı kuran sözleşme için bir resmî şekil şartına yer verilmesi mümkündür. Böyle bir durumda, alım hakkının devri için aranacak şekil açısından TBK md. 239/II ile TBK md. 184’te yer alan düzenlemelerden hangisine başvurulması gerektiği sorusu akla gelmektedir. Zira taşınmazları konu alan alım hakkı için öngörülen TBK md. 239/II hükmü, kıyasen taşınırları konu alan alım hakkında da uygulanırsa, devir için aranacak şekil resmî şekil olmalıdır. Ancak uygulanacak şekil TBK md. 184 hükmüne başvurularak tayin edilirse, devir için öngörülen şekil yazılı şekil olmalıdır. TBK md. 183 vd. öngörülen alacağın devrine ilişkin hükümler kıyas yoluyla alım hakkının devri için uygulandığından, kıyas

¹⁹⁹⁴ “Hukukumuzda egemen olan ilke, şekil serbestisi (818 Sayılı BK m. 11/I; 6098 Sayılı TBK m. 12) ise de, BK’nın “Akdin Şekli” başlıklı 163.maddesi (6098 Sayılı TBK m. 184) “Tahriri şekilde yapılmış olmadıkça alacağın temlikî muteber olmaz. Bir alacağın temlikini va’detmek, hususi şekle tabî değildir.” hükmü gereğince Kanunumuz alacağın temlikinin «yazılı» şekilde yapılmasını öngörmektedir. Bu itibarladır ki, bir muteberlik şekli olarak yazılı şekle uyulmadıkça alacağın temlikinin hiçbir hükmü yoktur.” Y. 3. HD, 21.02.2017, E. 2016/13540, K. 2017/1715, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.12.2020. “Borçlar Kanununun temlik sözleşmesinin şeklini düzenleyen 163. maddesine göre temellük iddiasının yazılı şekilde kanıtlanması gerekir. Başka bir deyişle temlik yazılı şekle uyularak yapılmamışsa muteber olmaz.” Y. 14. HD, 14.11.2006, E. 2006/13020, K. 2006/13069, www.kazanci.com.tr, E.T. 28.12.2020.

müessesesine konu iki farklı hüküm gündeme gelmektedir. Bunun sonucu olarak, kanunun uygulanması yönünden, bu iki hükümden birine öncelik vermek mümkün de olmamaktadır.

Kanaatimizce, tarafların alım hakkını kuran sözleşme açısından daha nitelikli bir şekil şartı öngörmesi, TBK md. 184 hükmünün uygulanmasını bertaraf etmez. Uygulanacak şekil, yine yazılı şekil olmalıdır. Bu yüzden, TBK md. 239/II’de öngörülen resmî şekil şartının, kıyasen taşınırılar açısından uygulanması kabul edilmemelidir. Zira bir hükmün kıyasen uygulanabilmesi için, o konuda, kanunda uygulanabilir bir hükmün bulunamaması gerekir. Oysa kanun koyucu TBK md. 184’te devir açısından genel bir şekil şartına zaten yer vermiştir. Ayrıca alacağın devri hükümlerinden kıyasen yararlanılıyor olması da bir tereddüde sebebiyet vermemelidir. Çünkü TBK md. 184’ün kıyasen uygulanıyor olması, hakkın devri açısından genel bir şekil şartının düzenlenmiş olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz. TBK md. 239/II hükmü, TBK md. 184’e nazaran istisnaî olan ve taşınmazları konu alan alım hakkı için getirilen bir düzenlemedir. İstisnaî bir hükmün kıyas yoluyla genel hükmün önüne geçmesi mümkün değildir.

Alım hakkının bir miras taksim sözleşmesiyle kurulduğu hallerde, devir için aranan şekil şartı incelenmesi gereken bir diğer husustur. Şekil başlığında incelendiği üzere, bir taşınmaz eşya üzerinde, miras taksim sözleşmesi için öngörülen yazılı şekle uygun olarak alım hakkının kurulması mümkündür¹⁹⁹⁵. Böyle bir durumda, TBK md. 239/II’un lafzı göz önüne alındığında, hakkın daha sonraki bir zamanda devri için yazılı şekle uyulması yeterli gözükmemektedir. Zira hakkı kuran işlem bir miras taksim sözleşmesidir. TBK md. 239/II hükmü, devir işlemi için hakkın kurulması için öngörülen şekli aramıştır. Miras taksim sözleşmesi ise yazılı şekle tabîdir.

Miras taksim sözleşmesi ile kurulan alım hakkının devrinde uygulanacak şeklin tespiti, kanaatimizce, ikili bir ayırım yapılarak ortaya konmalıdır. Öncelikle mirasçılar arasında miras ortaklığı devam ettiği sürece, aralarında yapacakları bir miras taksim sözleşmesiyle hakkı, yazılı şekil şartına uymak kaydıyla her zaman devredebilirler. Ancak alım hakkı kurulmuş ve daha sonra miras ortaklığı sona ermiş ise mesele farklı bir şekilde ele alınmalıdır. Buna göre, uygulanacak şekil tespit edilirken TBK md.

¹⁹⁹⁵ Bu hususta bkz.: İkinci Bölüm, Şeklin Kapsamı – Sözleşmenin İçeriği Açısından başlığı.

239/II'da yer alan düzenlemenin amacına uygun bir yorumla sonuca ulaşılmalıdır¹⁹⁹⁶. Kanun koyucunun, TBK md. 239/II'de devir için, hakkı kuran işlemde öngörülen şekli şart koşması, kanımızca, en azından alım ve geri alım hakları için yazılı şekil şartından daha nitelikli bir şekle yer verme düşüncesidir. Ayrıca söz konusu hükümde ...*hakkın kurulması için öngörülen...* ifadesiyle kastedilen, TBK md. 237/II'de yer alan alım, önalım ve geri alım hakkı sözleşmeleridir. Kanun koyucu, bunlar dışında, miras taksim sözleşmesini de göz önüne alarak böyle bir düzenleme getirmemiştir. Bu durum, hakkın bir ölüme bağlı tasarrufla kurulduğu durumlarda da aynıdır. Dolayısıyla alım hakkının bir taşınmazı konu aldığı durumlarda devir için aranan şekil resmî şekildir. Ancak bir taşınır üzerinde hak kurulmuşsa, devir işlemi, TBK md. 184 gereği yazılı şekil şartına tabî olur.

Alım hakkının devrinde, devir işlemine ilişkin tüm esaslı noktalar şeklin kapsamında yer almalıdır¹⁹⁹⁷. Bu kapsamda, devredilen alım hakkının açıkça belirtilmiş olması gerekir. TBK md. 14 hükmü yalnızca borç altına girenlerin imzasını aradığından, alım hakkının devri açısından, yalnızca devreden hak sahibinin imzasının bulunması yeterlidir¹⁹⁹⁸. Ancak alım hakkı, bir bedel karşılığı devrediliyorsa, devralan tarafın imzasının da devir işleminde yer alması şarttır.

3.4.2.4. Devrin Hukukî Sonuçları

Alım hakkının devrinin ilk sonucu yenilik doğuran irade açıklamasını ileri sürme yetkisinin devralana geçmesidir¹⁹⁹⁹. Devreden hak sahibi, artık alım hakkını kullanma imkânına sahip olmadığı gibi, ileri sürmüş olduğu beyan da bir kullanım beyanı niteliği taşımaz.

¹⁹⁹⁶ Bununla birlikte İsviçre hukukunda yer alan bir görüşe göre, burada belirleyici olan, devir işlemine konu alım hakkını kuran hukukî işlemdeki şekil değil; devre ilişkin hukukî işlem için aranan şekildir. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.304.

¹⁹⁹⁷ Türk hukukunda bkz.: Eren, *Genel Hükümler*, 1233. İsviçre hukukunda bkz.: Gauch, Schlupe ve Emmenegger, *Obligationenrecht*, Rn.3415 vd.

¹⁹⁹⁸ Türk hukukunda alacağın devrine ilişkin genel açıklamalar kapsamında bkz.: Eren, *Genel Hükümler*, 1233. İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Koller, *AT Vorauflage*, § 84, Rn.228 (Schleich, *Option*, 268-269, dpn.25'ten naklen); Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.304; Schleich, *Option*, 268-269; Noelpp, *Eine Studie*, 101. Aksi yöndeki görüş için bkz.: Brunner, *Kaufrechte*, 347; Gauch, Schlupe ve Emmenegger, *Obligationenrecht*, Rn.3416.

¹⁹⁹⁹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.307; Schleich, *Option*, 263.

Alım hakkının devralan üçüncü kişi, alım hakkı sözleşmesinin tarafı olmaksızın hakkı devralır²⁰⁰⁰. Ancak bu durum, devralan kişiye, hakkın sözleşmede yer alan hak ve borçlardan izole edilmiş bir şekilde devredilmiş olduğu anlamına gelmez. Zira alım hakkının üçüncü kişiye geçişi, hakkın alım hakkı sözleşmesinde kararlaştırılmış olduğu şekliyle gerçekleşir²⁰⁰¹. Bunun sonucu olarak devralan üçüncü kişi, hakkı tüm unsurlarıyla iktisap eder²⁰⁰². Örneğin; alım hakkı için belirli bir süre öngörülmüşse, devralan üçüncü kişi, devir tarihine kadar olan süreyi göz önünde bulundurmamak zorundadır²⁰⁰³. Bu çerçevede alım hakkı beş yıllığına kararlaştırılmışsa, ikinci yılında devredilen alım hakkı, devralan açısından yalnızca üç yıllık bir süre için devam eder. Bunun gibi, alım hakkı için kararlaştırılan kullanma bedeli türü de devralan üçüncü kişi için geçerli olmaya devam eder²⁰⁰⁴. Dolayısıyla bedel, söz gelimi nisbî metoda göre kararlaştırılmışsa, devralan üçüncü kişi hakkı kullandığında, nisbî metoda göre hesaplanan kullanma bedelini ödemekle yükümlü olur. Keza hakkın kullanımına ilişkin öngörülen süre, miras yoluyla geçmesi gibi hususlar da aynı şekilde devrin kapsamında yer alır. Ayrıca alım hakkı şerh edilmiş ise, şerhin koruyucu etkisi, TBK md. 189/I hükmü gereği, devralan üçüncü kişiye geçer²⁰⁰⁵. Şerhin koruyucu etkisinin devri için, tapu kütüğünde, devralan üçüncü kişinin adının yazılmış olması da gerekli değildir²⁰⁰⁶.

Alım hakkının devriyle birlikte alım hakkına bağlı olan yan haklar da devralan üçüncü kişiye geçer²⁰⁰⁷. Yan hakların geçişi, özellikle alım hakkı veren açısından söz konusu olan yan yükümlülükler ile yan edim yükümlülükleri açısından büyük öneme sahiptir. Zira bu yükümlülüklerin karşılığı olarak, alım hakkı sahibinin elinde bulundurduğu talepler, alım hakkına bağlı bir niteliğe sahiptirler²⁰⁰⁸. Dolayısıyla alım hakkı sözleşmesinin devredilmesine gerek olmaksızın, müstakil bir şekilde, hakkın devri bu taleplerin devralana geçmesi için yeterlidir. Bu çerçevede alım hakkı veren,

²⁰⁰⁰ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.307.

²⁰⁰¹ Bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.308.

²⁰⁰² Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.308.

²⁰⁰³ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.308.

²⁰⁰⁴ Önalım hakkı kapsamında bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.308.

²⁰⁰⁵ Türk hukukunda bkz.: Buz, *Haklar*, 369. Alacağın devrine ilişkin genel açıklamalar kapsamında ayrıca bkz.: Eren, *Genel Hükümler*, 1239. İsviçre hukukunda bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.308; Brunner, *Kaufrecht*, 354 vd.; Schleich, *Option*, 271; von Tuhr ve Escher, *Allgemeiner Teil*, 357; Isler, *Grundbuch*, 75; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.101.

²⁰⁰⁶ Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.101; Schmid, *Das Vorkaufrecht*, 71. Aksi görüş için ayrıca bkz.: Allgäuer, *Kaufrecht*, 64.

²⁰⁰⁷ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.309.

²⁰⁰⁸ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.309.

koşula bağlı bir alım hakkında, bilgilendirme yükümlülüğünü artık devralan üçüncü kişiye karşı yerine getirmekle yükümlü olur. Bunun gibi, alım hakkı veren açısından söz konusu olan hazır bulunma yükümlülüğü de devralan üçüncüye karşı devam eder.

Alım hakkının devrinde devir şartları bulunmadığı takdirde, yapılan devir işlemi geçersiz olur. Bunun sonucu olarak, hak üçüncü kişiye geçmez. Örneğin; tapu kütüğünde yer alan şerh kaydına güvenerek aslında var olmayan veyahut da sona ermiş olan bir alım hakkını iktisap etme niyetiyle hareket eden bir kimse, hakkı hiç iktisap etmemiş olur²⁰⁰⁹. Aynı şekilde, devreden alım hakkı üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmadığı durumlarda, hakkı devralma niyetiyle hareket eden temlik alanın iyiniyeti de korunmaz²⁰¹⁰.

3.4.3. Alım Hakkının Miras Yoluyla Geçmesi

Alım hakkı TBK md. 239/I'e göre, aksine anlaşma olmadıkça miras yoluyla geçen bir haktır²⁰¹¹. İntikâle elverişli bir hak olduğu için de, bu yönüyle, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak düzenlenmemiştir²⁰¹². TBK md. 239/I'de yer alan düzenleme, her ne kadar taşınmazlar üzerinde kurulan alım hakkı için getirilmiş bir düzenleme olsa da, taşınıruları konu alan alım hakkı için de geçerli olduğu kabul edilmektedir²⁰¹³.

Alım hakkının miras yoluyla geçişini düzenleyen TBK md. 239 hükmü, alım hakkı sahibi yönünden getirilen bir düzenlemedir. Bu sebeple, hakkın mirasla intikâli yasaklanmış olsa dahi, alım hakkı yükümlüsünün ölümü halinde, üzerinde alım hakkı kurulmuş olan mal, alım hakkıyla yüklenmiş bir şekilde mirasçılara geçer²⁰¹⁴. Bu sebeptendir ki, taraflarca aksi arzu ediliyorsa, bunun alım hakkı sözleşmesinde ayrıca belirtilmiş olması gerekir.

²⁰⁰⁹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.305; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.126. Şerh kaydı geçersiz olsa bile, hak var ve devredilebilir nitelikte ise, iyiniyetli devralan açısından şerhin koruyucu etkisi korunacağı ve hakkın şerh edilmiş nitelikte devralana geçeceği yönündeki görüş için bkz.: Deschenaux, *SPR V/3*, 702 und 803; Piotet, *ZBGR 1969*, 58; Steinauer, *droits réels*, Rn.931 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.305, dpn.524'ten naklen); Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.305; Brunner, *Kaufrechte*, 240.

²⁰¹⁰ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.305.

²⁰¹¹ İsviçre hukukunda bu yönde bkz.: Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 75; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 102.

²⁰¹² Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.285.

²⁰¹³ Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 75. Taşınır ve taşınmazlar arasında bir ayırım yapmaksızın hakkın intikâle elverişli olduğunu ifade eden görüş için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.285.

²⁰¹⁴ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.291. Nispeten aynı doğrultuda bkz.: Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.78.

Alım hakkının miras yoluyla geçişinde küllî halefiyet ilkesi geçerli olur. Küllî halef olan mirasçılar, mirasa hak ve borçlarıyla sahip olmaları, alım hakkı için de geçerlidir. Bu sebeple, alım hakkı sözleşmesinden doğan borçlar da aynı şekilde mirasçılara geçer²⁰¹⁵. Örneğin; alım hakkı bedelinin periyodik ödemeler halinde kararlaştırıldığı durumlarda, mirasın intikâlinden sonraki aşamada, bu ödemeler mirasçılar tarafından yapılır²⁰¹⁶. Ayrıca miras yoluyla geçen alım hakkında, mirasçılar arasında bir miras ortaklığı söz konusu olacağından, hak üzerinde tasarruf, ancak elbirliği ile mümkün olur²⁰¹⁷. Bununla birlikte, miras yoluyla geçen alım hakkında, mirasçılar aralarında yapacakları yazılı bir miras taksim sözleşmesiyle, hakkı, bir veya birden fazla mirasçıya tahsis edebilirler. Böyle bir durumda, hakkın devrine ilişkin TBK md. 239/II’de öngörülen şekil şartı, artık burada uygulanmaz²⁰¹⁸.

TBK md. 239/I hükmü, alım hakkının miras yoluyla geçişini açıkça düzenlemiştir. Ancak düzenlemenin küllî halefiyetin bulunduğu diğer halleri kapsadığına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Öğretide, oybirliğiyle kabul edildiği üzere, hakkın miras yoluyla geçişine ilişkin düzenleme sadece mirasın açılması için değil; şirket birleşmeleri gibi diğer küllî halefiyet hallerini de kapsar²⁰¹⁹. Bu yüzden alım hakkının, kural olarak intikâle elverişli olma niteliği, diğer küllî halefiyet halleri için de söz konusudur.

Son olarak alım hakkının miras yoluyla geçmesi ile mirasbırakanın vasiyetname yoluyla, mirasçı olmayan üçüncü bir kişi lehine, sahip olduğu bir alım hakkını vasiyet etmesi birbirinden farklıdır. Vasiyetname sebebiyle vasiyet alacaklısı olan üçüncü kişi, mirasın açılması halinde küllî halef olmadığı için, lehine vasiyet olunan alım hakkını kazanamaz. Terekeye sahip olan mirasçılara karşı ileri sürülebileceği yalnızca bir alacak

²⁰¹⁵ Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1250; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.287; Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 109 vd.; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 62 vd.; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.105 vd.

²⁰¹⁶ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.287.

²⁰¹⁷ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.286. Alım hakkının kullanımına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Üçüncü Bölüm, Alım Hakkının Kullanılması başlığı.

²⁰¹⁸ Hess, BSK, Rn.5 zu Art. 216b OR (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.286, dpn.481’den naklen).

²⁰¹⁹ Reymond Philippe, *Quelques réflexions sur les conventions d'actionnaires*, in: Dessemontet et al. (Hrsg.), *Aspects actuels du droit de la société anonyme*, *Travaux réunis pour le 20ème anniversaire du CEDIDAC*, 227 (Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1302, dpn.30’dan naklen); CR OR I-Foëx, Rn.3 zu Art. 216b (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.285, dpn.478’den naklen); Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1250 ve 1302; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 63 ve 102 vd.; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.53. Aynı doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Schleich, *Option*, 276 vd.

hakkı söz konusudur. Vasiyet alacaklısı bu talebi ileri sürdüğünde, mirasçılarının alacaklıya söz konusu alım hakkını devretmesi gerekir. Bunun için alım hakkının mirasla intikâle elverişli²⁰²⁰ ve aynı zamanda da devredilebilir şekilde kararlaştırılmış olması zorunludur. Aksi takdirde, yapılan vasiyetname, konusunun imkânsız olması sebebiyle geçersiz olur²⁰²¹. Ancak mirasbırakan sahip olduğu alım hakkından ziyade, terekede yer alan bir mal üzerinde, ölümünden sonra vasiyet alacaklısı lehine bir alım hakkının tahsis edilmesini arzu etmişse, yapılan bu ölüme bağlı tasarruf geçerlidir²⁰²². Zira ilk durumdan farklı olarak, bu halde, vasiyetnamenin konusunda bir imkânsızlıktan bahsedilmesi mümkün olmaz. Alım hakkı, devredilebilir ve miras yoluyla intikâle elverişli olarak düzenlenmemiş olsa bile, vasiyet alacaklısı, mirasçılara karşı alacak hakkını ileri sürebilir. Bunun sebebi, alım hakkının, ilk defa mirasbırakanın ölümünden sonra kurulacak olmasıdır.

3.5. Alım Hakkının Sona Ermesi

3.5.1. Genel Olarak

Alım hakkının sona ermesi ile birlikte alım hakkı sözleşmesi kural olarak sona erer²⁰²³. Bunun gibi, taraflar arasındaki alım hakkı sözleşmesinden doğan borç ilişkisi de prensip itibarıyla nihayete erer.

Alım hakkının sona ermesi çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir. Bu sebepler hak sahibi veya hakkı veren taraftan kaynaklanabileceği gibi taraflara yükletilemeyen belirli bir olaydan dolayı söz konusu olabilir. Alım hakkını sona erdiren haller hakkın kullanılması, feragat, sürenin sona ermesi, ölüm, hakkın konusu şeyin devri ve diğer sona erme halleri şeklinde sıralanabilir. Çalışmanın bu bölümünde alım hakkını sona erdiren bu haller incelenmiştir. Bu inceleme yapılırken, hakkı sona erdirip erdirmediği tartışmalı olan imkânsızlık da, bir sona erme hali olarak ayrıca ele alınmıştır.

3.5.2. Hakkın Kullanılması

Alım hakkı kullanıldığında, kurulmasındaki amaca ulaşılmış olur²⁰²⁴. Bu sebeple hak kullanılmakla birlikte sona erer²⁰²⁵. Bu durum hakkın yenilik doğuran bir hak olma

²⁰²⁰ Schleich, *Option*, 276.

²⁰²¹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.288. Aynı doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Forstmoser ve Kuchler, *Aktionärbündungsverträge*, Rn.1250; Schleich, *Option*, 276.

²⁰²² Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.288.

²⁰²³ Schleich, *Option*, 210.

özelliğinin de doğal bir sonucudur. Zira yenilik doğuran haklar, kullanmakla birlikte tükenen haklardır. Nitekim alım hakkı sözleşmesinde, aksine bir anlaşma olmadıkça, alım hakkının bir defaya mahsus kullanılabileceği ifade edilmektedir²⁰²⁶. Alım hakkı kullanıldığında sona ereceğinden, tapu kütüğünde yer alan bir şerh kaydı varsa, bu kaydın da silinmesi gerekmektedir²⁰²⁷.

Alım hakkının kullanılması istisnaen bazı hallerde hakkın sona ermesi sonucunu doğurmayabilir. Hak sahipliğinin türü, sözleşmede yer alan düzenlemeler veyahut da hakkın kullanım türü bu kapsamda ele alınabilecek haller olarak karşımıza çıkar.

Karşılıklı hak sahipliğinin bulunduğu durumlarda, hakkın kullanımı, kural olarak alım hakkını sona erdirmez. Örneğin; anonim şirkette yer alan pay sahiplerinin birbirlerine karşı sahip oldukları alım haklarında durum böyledir. Alım hakkı pay sahipliği ilişkisi devam ettiği müddetçe her hak sahibi için var olmaya devam eder. Hatta hakkın kapsamında pay sahiplerinin ileride sahip olacağı paylar da yer alır. Dolayısıyla bu tür alım haklarında, hakkın kullanımı, kural olarak hakkın sona ermesi sonucunu doğurmaz²⁰²⁸. Öte yandan taraflar, kimi zaman, alım hakkı sözleşmesinde, alım hakkının birden fazla kez kullanılabileceğini de kararlaştırabilirler²⁰²⁹. Bu tür anlaşmalarla, alım hakkı verenin, özellikle büyük miktarlarda satma niyetinde olduğu cins borcunun konusunu oluşturan mallar üzerinde kurulan alım haklarında

²⁰²⁴ Allgäuer, *Kaufrecht*, 47; Isler, *Grundbuch*, 89.

²⁰²⁵ Türk hukukunda genel olarak yenilik doğuran haklar kapsamında bu yönde bkz.: Buz, *Haklar*, 395; Eren, *Genel Hükümler*, 67; Dural ve Sarı, *Temel Kavramlar*, Knr.1058; Cansel ve Özel, *Borçlar Hukuku*, Knr.157; İnan ve Yücel, *Borçlar Hukuku*, 110; Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, Kn.568; Ergun Önen, *İnşai Dava* (Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 1981), 30. İsviçre hukukunda bkz.: Steinauer, *Bd. II*, Rn.1716b, 1718c, 1744e (Schleich, *Option*, 205, dpn.1'den naklen); Giger, *BK*, Rn.156 zu Art. 216 OR und Rn.5 zu Art. 216e OR; (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.873, dpn.1796'dan naklen); Jäggi, "Vorkaufsrecht", 67 vd.; Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2473; Isler, *Grundbuch*, 89; Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 76; Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 105; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 64 ve 103; Brunner, *Kaufrechte*, 134, 277 ve 287; Allgäuer, *Kaufrecht*, 47; Haymann, *Aktienübernahmevereinbarungen*, 130; Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 105 vd.; Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1251 ve 1303; Böckli, *Aktionärbindungsverträge*, 63 vd.; Schleich, *Option*, 205; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.65; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.64. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGer vom 12. Oktober 1978, in: ZBGR 60/1979, S. 381 ff.(382), E. 2 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.456, dpn.831'den naklen). Şirket paylarını konu alan alım hakkında yer alan farklılıklar için ayrıca bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 70.

²⁰²⁶ Schleich, *Option*, 205.

²⁰²⁷ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2473; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.295. Aynı doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Isler, *Grundbuch*, 89.

²⁰²⁸ Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 76. Aynı doğrultudaki görüş için bkz.: Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1252.

²⁰²⁹ Schleich, *Option*, 205; Casper, *Der Optionsvertrag*, 144.

karşılaşılır²⁰³⁰. Bunun gibi, esas sözleşmenin konusunu bölünebilir bir edimin oluşturduğu durumlarda, taraflar, hakkın kısmî kullanımına izin verebilirler. Böylelikle hakkın kısmen kullanımı, hakkın sona ermesi sonucunu doğurmaz. Hak sahibi, edimin kalan kısmı için hakkı ileri sürerek ikinci bir esas sözleşme kurabilir²⁰³¹.

Son olarak, alım hakkının kullanımı, ancak hukukten geçerli olduğu takdirde bir sona erme sebebi teşkil eder. Dolayısıyla hukukten geçerli olmayan bir kullanım hakkın sona ermesi sonucunu doğurmaz²⁰³². Örneğin; henüz kullanım süresi başlamamış olan bir alım hakkında, hak sahibinin, kullanım beyanını ileri sürmesinde durum böyledir. Keza rüçhan sırasına yer verilen bir alım hakkında, hak sahiplerinden birinin, rüçhan sırasını beklemeksizin kullanım beyanında bulunması da bu kapsamdadır.

3.5.3. Feragat

Alım hakkından feragat, hakkın sona ermesi sonucunu doğurur²⁰³³. Böylelikle hak için öngörülen süre henüz dolmadan hak ortadan kalkmış olur. Ayrıca hak sahibi hakkı kullanma yetkisini de kesin olarak kaybeder.

Alım hakkından feragat hukukî niteliği itibariyle bir tasarruf işlemidir²⁰³⁴. Dolayısıyla tasarrufta bulunan hak sahibinin tasarruf ehliyeti ve yetkisine sahip olması gerekir. Ayrıca feragat ivazlı veya ivazsız olabilir²⁰³⁵.

Alım hakkından feragatin tek taraflı mı yoksa iki taraflı bir işlem mi olduğu öğretide tartışmalı bir konudur. Aslında bu tartışmalar genel olarak yenilik doğuran haklardan feragatin mümkün olup olmadığına ilişkindir. Ancak alım hakkı da bir yenilik doğuran hak olduğundan, söz konusu tartışmalar, özel olarak alım hakkı için de geçerlidir.

²⁰³⁰ Schleich, *Option*, 205.

²⁰³¹ Schleich, *Option*, 205; Casper, *Der Optionsvertrag*, 144.

²⁰³² Alım hakkının kullanımına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz.: Üçüncü Bölüm, Alım Hakkının Kullanılması başlığı.

²⁰³³ Türk hukukunda bkz.: Buz, *Haklar*, 420. İsviçre hukukunda bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2440; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.452; Schleich, *Option*, 207; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.73; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 64 vd. ve 103; Isler, *Grundbuch*, 92.

²⁰³⁴ Steinauer, *Jusletter vom 12.3.2007*, N 21 (Schleich, *Option*, 208, Dpn.18'den naklen); Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.239; Schleich, *Option*, 208.

²⁰³⁵ Emery, Nr. 514; Steinauer, *Jusletter 2007*, Nr. 38 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.886, dpn.1820'den naklen); Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.886. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 82 II 72 ff. (74 f.), E. 3 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.886, dpn.1820'den naklen).

Öğretide yer alan bir görüşe göre, alım hakkından feragat iki taraflı bir hukukî işlemdir. Zira alım hakkından feragat edildiğinde, hedeflenen esas sözleşmedeki edimler de aynı şekilde ortadan kalkmaktadır. Dolayısıyla haktan feragat, ancak TBK md. 132 çerçevesinde bir ibra sözleşmesiyle mümkün olabilir²⁰³⁶. Zira hak sahibi, hakkı kullanmayarak haktan aslında tek taraflı olarak vazgeçme imkânına zaten sahiptir. Dolayısıyla bu vazgeçme, bir feragatla olacak ise, ancak ibra sözleşmesiyle mümkün olmalıdır²⁰³⁷. Bu görüş uygulamada, feragatin, hak sahibi tarafından tek taraflı bir irade beyanıyla yapılmasının kendi görüşleriyle bir çelişki de oluşturmadığını iddia etmektedir²⁰³⁸. Çünkü hak sahibinin feragate ilişkin beyanı hukuken bir feragat anlaşmasına yönelik öneri niteliğindedir. Bu öneriyi ise, TBK md. 6 gereğince alım hakkı yükümlüsünün örtülü kabulü izlemektedir²⁰³⁹. Ayrıca feragata ilişkin ibra sözleşmesi açısından şekil serbestisi söz konusudur. Bu noktada, alım hakkı sözleşmesinde bir şekil şartına yer verilmiş olmasının da bir önemi yoktur²⁰⁴⁰.

Öğretide yer alan ve bizim de katıldığımız hakim görüşe göre, alım hakkından feragat tek taraflı bir hukukî işlemdir. Bu sebeple, varması gerekli bir irade beyanıyla haktan feragat edilebilir²⁰⁴¹. Feragate ilişkin beyan açısından herhangi bir şekil şartı da

²⁰³⁶ İsviçre Borçlar Kanunu md. 115 çerçevesinde bu yöndeki görüş için bkz.: Schleich, *Option*, 208; Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Rn.63.06 ve 63.31; Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 109; Isler, *Grundbuch*, 92. Bu yönde dolaylı olarak bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.68; Brenner, “Das Vorkaufsrecht”, 128; Allgäuer, *Kaufrecht*, 47 ve aynı sayfada dpn.53.

²⁰³⁷ Bu görüşün ortaya koyduğu sonucun bir diğer önemli gerekçesi ise hakkın hukukî niteliğini koşula bağlı bir satış olarak ele almasından kaynaklanmaktadır. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 64.

²⁰³⁸ Schleich, *Option*, 208; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.73. Haktan feragatin genel olarak hem tek taraflı bir şekilde hem de ibra sözleşmesi vasıtasıyla olabileceğini savunan bir diğer görüş için ayrıca bkz.: Allgäuer, *Kaufrecht*, 47 vd.

²⁰³⁹ Schleich, *Option*, 208.

²⁰⁴⁰ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.241 ve 242. Genel olarak şekil serbestisi yönündeki görüşler için ayrıca bkz.: Foëx, *Not@lex* 2010, S. 80; Vionnet, 101 vd.; Peter, *AcP* 2000, 189; Schöbi, *AJP* 1992, 568; Steinauer, *Jusletter* 2007, Nr. 21. (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.241, dpn.416’dan naklen); Isler, *Grundbuch*, 92; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.325; Schmid, *Das Vorkaufsrecht*, 120, E. 5. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 48 II 465 ff. (473) (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.241, dpn.416’dan naklen).

²⁰⁴¹ Türk hukukunda bkz.: Buz, *Haklar*, 420 vd. İsviçre hukukunda bkz.: Vionnet, 96 vd.; Vischer, “Vorkaufsrechte an Aktien”, 88; (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.240, dpn.415’ten naklen); Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.73; Allgäuer, *Kaufrecht*, 47-48; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.240; Schmid, *Das Vorkaufsrecht*, 120; von Tuhr ve Escher, *Allgemeiner Teil*, 174, dpn.12. Yenilik doğuran haklar açısından feragat eden kişinin hak üzerinde tek başına güç sahibi olması durumunda tek taraflı olarak feragatin mümkün olduğu ve bu kapsamda dolaylı olarak alım hakkı için de tek taraflı feragatin geçerli olacağı yönünde ayrıca bkz.: Peter, *AcP* 200 (2000), 184 (Buz, *Haklar*, 415, dpn.60’dan naklen).

söz konusu değildir²⁰⁴². Bu kapsamda, feragatin iki taraflı bir hukukî işlem olduğunu ileri süren görüşün iddia ettiğinin aksine, alım hakkından feragat, esas sözleşmedeki edimlerin ortadan kalkması sonucunu doğurmaz. Zira hak henüz kullanılmadan zaten esas sözleşme kurulmuş olmaz. Henüz kurulmamış bir sözleşmedeki edimlerin ortadan kalkmasından bahsetmek ise mümkün değildir. Ayrıca alım hakkı sahibi hak devam ettiği müddetçe hakkı kullanıp kullanmamakta tamamen özgürdür. Hal böyle iken hak sahibinin, bu özgürlüğünden vazgeçebilmesi için, ayrıca alım hakkı verenin de iştirakını şart koşturmak oldukça mantıksızdır. Ayrıca alım hakkı sahibi, örneğin, on yıllık alım hakkını hiç kullanmayabilir. Bu durum karşısında alım hakkı verenin kullanabildiği hukukî bir imkân yoktur. Oysa on yıllık bir belirsizlik, öncesinde yapılan bir feragate nazaran, alım hakkı veren için kanaatimizce çok daha ağır bir durumdur²⁰⁴³. Belki burada, periyodik alım hakkı bedelinin kararlaştırıldığı durumlarda, tek taraflı bir feragatin mümkün olmayacağı düşünülebilir. Örneğin; alım hakkı sahibi on yıllık bir alım hakkı için her yıl belirli bir meblağ ödemekle yükümlü olabilir. Kanaatimizce, bu tür bir anlaşma da, haktan tek taraflı olarak feragati engelleyen bir durum oluşturmaz. Zira hak sahibinin haktan feragati, alım hakkı sözleşmesinden doğan alım hakkı bedelini ödeme borcunu sona erdirmez. Feragat işlemine rağmen hak sahibi, kararlaştırılan bedeli kararlaştırılmış olan süre boyunca ödemeye devam etmekle yükümlüdür.

Alım hakkından feragat dışında, bazı durumlarda, yalnızca hakkın kullanımından feragat gündeme gelebilir. Böyle bir durumda kullanım hakkına ilişkin yapılan feragat, kural olarak hakkın sona ermesi sonucunu doğurmaz²⁰⁴⁴. Örneğin; şerh edilmiş ve kullanımı koşula bağlı olan bir alım hakkında, koşul gerçekleştiği anda hakkın kullanılmaması, yalnızca o an doğan kullanım hakkı için bir anlam ifade eder. İleri bir tarihte koşulun kapsamına giren olay tekrar gerçekleşirse alım hakkının kullanımı yine mümkündür²⁰⁴⁵. Bunun gibi, pay sahipleri sözleşmesinde, pay sahiplerinin sahip olduğu karşılıklı alım hakkında da durum böyledir. Örneğin; pay sahiplerinden birinin, pay sahipleri sözleşmesinden doğan borca aykırı davranması

²⁰⁴² Allgäuer, *Kaufrecht*, 48. Mehaz İBK md. 11/I kapsamında bu yöndeki görüş için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.888 ve 892; Steinauer, *Jusletter 2007*, Rn.37; Foëx, *ZBGR 2007*, 16 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.888, dpn.1824'ten naklen).

²⁰⁴³ Bu doğrultuda bkz.: Buz, *Haklar*, 423 ve aynı sayfada dpn.86'da anılan yazar.

²⁰⁴⁴ Bu yönde bkz.: Schleich, *Option*, 207-208; Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.118.

²⁰⁴⁵ Önalım hakkı kapsamında bkz.: Schleich, *Option*, 208.

sebebiyle diğer pay sahipleri hakkı kullanmaktan feragat edebilirler. Ancak ilgili pay sahibinin, tekrar borca aykırı bir davranışta bulunması halinde, diğer pay sahipleri açısından alım hakkını kullanma yetkisi tekrar doğmaktadır.

Alım hakkından feragattan olduğu gibi, alım hakkının kullanımından feragat de herhangi bir şekil şartına tabî değildir²⁰⁴⁶. Ancak feragat bir ölüme bağlı tasarrufla yapılıyorsa artık ilgili ölüme bağlı tasarruf işlemi için öngörülen şekle uyulması gerekir²⁰⁴⁷. Bu zorunluluk hem haktan hem de hakkın kullanımından feragatin her ikisi bakımından geçerlidir.

3.5.4. Sürenin Sona Ermesi

Alım hakkı, sürenin dolması sebebiyle sona erebilir. Hakkın süreye bağlı olarak sona ermesi iki farklı şekilde ortaya çıkar. Bunlar hak için öngörülen süre ile hakkın kullanımı için öngörülen sürenin dolmasıdır. Alım hakkının bağlı olduğu süre ile kullanımına ilişkin süreler hakkında daha önce ayrıntılı incelemeler yaptığımız için burada sadece kısa açıklamalar yapmakla yetiniyoruz²⁰⁴⁸.

Alım hakkı için öngörülen süre sona erdiğinde hak kendiliğinden sona erer²⁰⁴⁹. Bu durum, hem taraflarca kararlaştırılan sürenin hem de kanun tarafından öngörülen azami sürelerin her ikisi için de geçerlidir²⁰⁵⁰. Hakkın sürenin geçmesiyle birlikte sona ermesi, hak düşürücü nitelikteki süreye bağlılığın da doğal bir sonucudur.

Alım hakkı için bir kullanım süresinin bulunduğu hallerde, bu süre içerisinde hak kullanılmadığında da, hak kural olarak sona erer²⁰⁵¹. Kullanım süresinin dolması sebebiyle hakkın sona ermesi için hakkın şerh edilip edilmediği, birden fazla kullanım

²⁰⁴⁶ Buz, *Haklar*, 426; Sebük, *Türk Medeni*, 119 vd.; Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.118; Allgäuer, *Kaufrecht*, 47.

²⁰⁴⁷ Isler, *Grundbuch*, 92.

²⁰⁴⁸ Alım hakkında süreye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: İkinci Bölüm, Süre başlığı. Alım hakkının kullanımına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Üçüncü Bölüm, Alım Hakkının Kullanılması başlığı.

²⁰⁴⁹ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2440; Fischer, *Aktionärbindungsverträge*, 76; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.340; Allgäuer, *Kaufrecht*, 47; Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 66; Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.79; Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1256 ve 1303; Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 107 vd.; Schleich, *Option*, 206; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.311 vd. ve Art.683, Rn.66. Alman hukukunda bu yönde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 148 ve 152.

²⁰⁵⁰ Dolaylı olarak bu yönde bkz.: Schleich, *Option*, 206-207.

²⁰⁵¹ Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1253 ve 1303; Haymann, *Aktienübernahmevereinbarungen*, 130 vd; Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 106, Schenker, *Vorkaufsrechte*, 264 vd.; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.324. Aynı doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Allgäuer, *Kaufrecht*, 47.

aralığına yer verilip verilmediği veyahut da bir koşulun öngörülüp öngörülmediği dikkate alınır.

3.5.5. Ölüm

Alım hakkı miras yoluyla intikâle elverişli bir haktır. Dolayısıyla hak sahibinin ölümü, kural olarak, alım hakkının sona ermesi sonucunu doğurmaz. Ancak taraflarca, alım hakkının miras yoluyla geçmeyeceği kararlaştırılmış olabilir. Böyle bir durumda alım hakkı mirasçılara intikâle elverişli nitelikte olmayacağından, hak sahibinin ölümüyle birlikte kendiliğinden sona erer²⁰⁵². Aynı durum alım hakkı veren açısından da geçerlidir²⁰⁵³. Ancak alım hakkı veren tarafın ölümü sebebiyle hakkın sona ermesi için, alım hakkı sözleşmesinde bu şekilde bir özel sona erme sebebinin açıkça belirtilmiş olması gerekir²⁰⁵⁴. Aksi takdirde, hakkın konusu şey alım hakkı ile yüklü olarak mirasçılara geçmiş olur²⁰⁵⁵.

3.5.6. Hakkın Konusu Şeyin Devri

Alım hakkının sona ermesinde, hakkın konusu şeyin devri, incelenmesi gereken bir diğer durumdur. Bir sona erme sebebi olarak ele alınan bu hal, hak kullanılmadan, malın mülkiyetinin üçüncü bir kişiye cüzî halefiyet yoluyla devredilmesini ifade eder. Bunun dışında, hakkın konusunun küllî halefiyet yoluyla devri halinde, hak kural olarak sona ermez. Bu noktada hakkın şerh edilmiş olup olmamasının da bir önemi yoktur²⁰⁵⁶.

Alım hakkı konusu şeyin devri halinde hakkın sona erip ermeyeceği tartışmalıdır. Öğretide yer alan ve İsviçre hukukunda savunulan bir görüş, meseleyi ikili bir ayırım yaparak ele almaktadır. Buna göre, eğer hak şerh edilmemiş ise hakkın konusu şeyin üçüncü bir kişiye devri halinde hak sona erer²⁰⁵⁷. Bununla birlikte şerh

²⁰⁵² Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2440; Haymann, *Aktienübernahmevereinbarungen*, 131 vd.; Isler, *Grundbuch*, 90; Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 109 vd.; Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1258 ve 1303; Schleich, *Option*, 210; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.63; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 69 ve 103; Allgäuer, *Kaufrecht*, 48.

²⁰⁵³ Schleich, *Option*, 210 ve 275; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.63; Isler, *Grundbuch*, 90; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 69 ve 103; Allgäuer, *Kaufrecht*, 48.

²⁰⁵⁴ Alım hakkının miras yoluyla geçmesine yönelik taraflarca yapılan aksi yönde bir anlaşma bu açıdan yeterli değildir. Zira TBK md. 239/I hükmü alım hakkı vereni kapsayan bir düzenleme değildir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: Üçüncü Bölüm, Alım Hakkının Miras Yoluyla Geçmesi başlığı.

²⁰⁵⁵ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.291.

²⁰⁵⁶ Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.78.

²⁰⁵⁷ Fischer, *Aktionärbindungsverträgen*, 71; Forstmoser ve Küchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1258 ve 1303; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 65, 99 ve 103; Isler, *Grundbuch*, 92; Allgäuer, *Kaufrecht*, 47. Hakkın şerh edilmemiş olmasına ilişkin bir açıklamaya yer vermeksizin

edilmiş alım hakkı, mülkiyeti devralan yeni malike karşı da ileri sürülebileceğinden, söz konusu devir işlemi hakkın sona ermesi sonucunu doğurmaz²⁰⁵⁸. Bu görüşün pratik sonucu, özellikle taşınırları konu alan alım hakları açısından önemlidir. Çünkü bu görüş kabul edildiğinde, bir taşınır üzerinde kurulan alım hakkında, hakkın konusu şeyin üçüncü bir kişiye devri her zaman hakkın sona ermesi sonucunu doğurur. Alım hakkı sahibi bu sonucu engelleyen herhangi bir hukukî imkâna sahip değildir.

Alman hukukunda ileri sürülen öğretideki ikinci görüş ise, burada, esas sözleşme açısından başlangıçtaki subjektif imkânsızlık (*anfängliches Unvermögen*) halinden bahsetmektedir. Bu durumun pratik sonucu ise şudur: Hak sahibi alım hakkını kullandığında esas sözleşme geçerli olarak kurulmuş olur. Esas sözleşme kurulduktan sonra ise hak sahibi aynen ifayı talep edebilir. Ancak ifa edilemezlik hali süreklilik arz ediyorsa, ifanın yerine getirilmemesi sebebiyle, artık tazminat talebinde bulunulması gerekir²⁰⁵⁹. Bu noktada hak sahibinin temerrüt hükümlerine dayanması da mümkündür. Bu tespitlerden ortaya çıkan sonuç ise hakkın sona ermemiş olmasıdır. Zira esas sözleşmede ifaya yönelik bir talep için esas sözleşmenin kendisinin de kurulmuş olması gerekir. Böyle bir sonuç ancak hakkın kullanılması ile mümkündür.

Kanaatimizce, hakkın konusu şeyin devri, alım hakkının sona ermesi sonucunu doğurmaz. Bu sebeple Alman hukukunda yer alan görüş, kanaatimizce, bu noktada meseleyi daha tutarlı bir şekilde ele almaktadır. Öncelikle, alım hakkı konusu şey üçüncü bir kişiye devredilmiş olabilir. Ancak alım hakkının kullanıldığı ana kadar, malın mülkiyetinin alım hakkı veren tarafından tekrar devralınması, teorik olarak, her zaman mümkündür. Kaldı ki, hak sahibi, malın devrine rağmen alım hakkını yine de kullanmak ve satış sözleşmesindeki hükümlere dayanarak alım hakkı verene başvurmak

hakkın konusu şeyin cebri icra yolu ile satılması halinde de hakkın sona ereceği yönündeki görüş için ayrıca bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2440. Şerh edilmemiş alım hakkında hakkın konusu şeyin üçüncü bir kişiye devredilmesi halinde hak sahibinin başvurabileceği tek yol borca aykırılık sebebiyle tazminat talebinde bulunmaktır. Bu yönde ayrıca bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.247.

²⁰⁵⁸ Bu doğrultuda bkz.: Schleich, *Option*, 280-281; Meier-Hayoz, *ZGB Art.683*, Rn.65; Noelpp, *Eine Studie*, 104 vd.; Salzgeber-Dürrig, *Das Vorkaufsrecht*, 99 ve aynı sayfada dpn.7. Benzer sonuca ulaşan başka görüş için ayrıca bkz.: Isler, *Grundbuch*, 92. Şerh edilmiş hakkın üçüncü bir kişiye devri, devir işlemi yapan eski hak sahibinin alım hakkı sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinin tamamen ortadan kalkması anlamına da gelmez. Hak sahibinin hakkın konusu şeyi üçüncü bir kişiye devri, somut olaya göre, borca aykırılık oluşturabilir. Bu sebeple de hak sahibi, devreden alım hakkı verene karşı borca aykırılık sebebiyle tazminat yoluna gidebilir. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Schleich, *Option*, 281.

²⁰⁵⁹ Henrich, *Vorvertrag*, 276.

niyetinde olabilir. Bu durum tamamen alım hakkı sözleşmesi ve bu sözleşmeden doğan hazır bulunma yükümlülüğünün kapsamına ilişkin özel bir meseledir. Eğer hazır bulunma yükümlülüğü, alım hakkı verene kesin olarak bir temlik yasağı getiriyorsa alım hakkı sahibi, doğrudan alım hakkı sözleşmesine aykırılık sebebiyle de alım hakkı verene başvurma imkânına sahiptir. Ancak bu durumda da, hak sahibi, yine hakkı kullanarak, satış sözleşmesinden doğan hükümlere başvurma imkânına sahiptir.

Alım hakkı kurulurken, alım hakkı sözleşmesinde, genellikle bir ivaza yer verildiği daha önce ifade edilmişti²⁰⁶⁰. Bu ivaz, teknik olarak, alım hakkından doğan bağlılığın bir karşılığını oluşturmaktadır. Dolayısıyla hakkın konusu şeyin devriyle hakkın sona ermesi kabul edildiğinde, burada teknik anlamda bir bağlılıktan bahsetmek de mümkün olmaz. Bundan dolayıdır ki, hakkın konusu şeyin bir cins borcundan oluştuğu durumlarda, hak sahibi için önemli olan, hak kullanıldığında muhatabın hakkın konusu şeyi temin ve ifaya her an hazır durumda olmasıdır. Buna karşılık, hak devam ettiği müddetçe malın alım hakkı verenin mülkiyetinde sürekli olarak yer alması kesin bir kural değildir, zorunluluk arz etmez. Alım hakkı konusunun, parça veyahut da cins borcundan oluşması da sona erme halleri açısından bir farklılığa sebep olmamalıdır. Zira söz konusu cins veya parça borcunu konu alan esas sözleşme, her iki durumda da, zaten henüz kurulmamıştır.

Alım hakkının, hakkın konusu şeyin devri sebebiyle sona ermesinde şerh edilmiş olup olmaması bir önem arz etmez. Zira hakkın şerhi, onun belirli üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilmesine imkân verir. Bu imkân, hak sona ermediği için değil, zaten sona ermemiş olan hakkın şerh ile güçlendirilmiş olmasından kaynaklanır. Aksi takdirde şerh edilmemiş bir alım hakkı için, alım hakkı veren, inançlı bir işlemle hakkın konusu şeyi üçüncü bir kişiye devrederek, alım hakkını sona erdirebilir. Daha sonra ise inançlı işleme dayanarak hakkın konusu şeyi tekrar devralabilir. Bu varsayım dahi alım hakkı sahibinin konumunun ayrıcalıklı niteliğini ortadan kaldırmak için tek başına yeterlidir.

²⁰⁶⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: İkinci Bölüm, Alım Hakkı Bedeli başlığı.

3.5.7. İmkânsızlık

İmkânsızlık, genel olarak, borcun borçlu veyahut da herhangi bir başka kimse için yerine getirilmesinin mümkün olmamasını ifade eder²⁰⁶¹. Alım hakkının sona ermesi bakımından ise önemli bir yere sahiptir. Çünkü hakkın konusu şeyin devrinde olduğu gibi, imkânsızlık halinde de, alım hakkının sona erip ermeyeceği tartışmalı bir konudur.

Öğretide yer alan bir görüşe göre, alım hakkı konusu şeyin objektif olarak imkânsızlaşması hakkın sona ermesi sonucunu doğurur²⁰⁶². Zira böyle bir durumda alım hakkının kullanılması, esas sözleşmenin konusunun objektif olarak imkânsız olması sebebiyle artık mümkün olmaz²⁰⁶³. İmkânsız bir edimi konu alan sözleşme ise batıl olup hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz²⁰⁶⁴. Eğer imkânsızlık alım hakkının verenin kusurundan kaynaklanıyorsa, hak sahibi, *culpa in contrahendo* sorumluluğu kapsamında tazminat yoluna başvurabilir²⁰⁶⁵.

Öğretideki bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre ise, alım hakkının ve doğal olarak esas sözleşmenin konusunu oluşturan şeyin imkânsızlaşması, hakkın sona ermesi sonucunu doğurmaz²⁰⁶⁶. İmkânsızlığın alım hakkına etkisi açısından önemli olan, TBK md. 27’de yer alan imkânsızlığa ilişkin düzenlemenin nasıl yorumlanması gerektiğidir. Zira burada birbirinden farklı iki hukukî ilişki yer alır. Bunlar, alım hakkı sözleşmesi ile satış sözleşmesinden doğan ilişkidir. Alım hakkı sözleşmesi, halihazırda kurulmuş iken satış sözleşmesi hakkın kullanılma anına kadar kurulmamış, fakat içeriği kesin olarak

²⁰⁶¹ Türk hukukunda bu yönde bkz.: İnan ve Yücel, *Borçlar Hukuku*, 639; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku*, 907; Cansel ve Özel, *Borçlar Hukuku*, Knr.843. Alman hukukunda bu yönde bkz.: Förster, *Schuldrecht*, Rn.140; Brömmelmeyer, *Schuldrecht*, § 6, Rn.3; Hirsch, *Schuldrecht Allgemeiner*, Rn.632. Dar kapsamda bu yönde bkz.: Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 820; Ayan, *Borçlar Hukuku*, 409-410. Farklı tanım için bkz.: Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Cilt-1*, 456.

²⁰⁶² Sebük, *Türk Medeni*, 122. Türk hukukunda hakkın kullanılmasından önce edimin imkânsızlaşması halinde, TBK md. 27 kapsamında, sözleşmenin kurulmasından önceki bir imkânsızlığın söz konusu olduğu ve alım hakkının objektif imkânsızlık sebebiyle sona erdiğini ileri süren görüş bilgi için bkz.: Buz, *Haklar*, 438. İsviçre hukukunda bkz.: Schleich, *Option*, 231 Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 68 ve 103; Isler, *Grundbuch*, 90; Schmid, *Das Vorkaufsrecht*, 123; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 683*, Rn.62; Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 109. Alman hukukunda yönde bkz.: von Einem, *Die Rechtsnatur*, 61 vd. Alım hakkı sahibi açısından meseleyi ele alan ve dolaylı olarak aynı sonuca ulaşan bir diğer görüş için bkz.: Georgiades, *Optionsvertrag*, 433 vd.

²⁰⁶³ Schleich, *Option*, 231.

²⁰⁶⁴ Buz, *Haklar*, 439.

²⁰⁶⁵ Buz, *Haklar*, 438.

²⁰⁶⁶ İsviçre hukukunda bkz.: Schleich, *Option*, 210 ve 231. Dolaylı yönde benzer açıklamalar için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.817. Alman hukukunda bu yönde bkz.: Henrich, *Vorvertrag*, 276; Casper, *Der Optionsvertrag*, 161 vd.

tespit edilmiştir. Ayrıca her bir sözleşmenin konusu da birbirinden farklıdır. Alım hakkı sözleşmesinin konusu alım hakkının kendisi iken; satış sözleşmesinin konusu alım hakkının konusu oluşturan maldır. Alım hakkı sözleşmesi ile satış sözleşmesinin konuları farklı olduğuna göre, alım hakkının konusunun imkânsızlaşması, alım hakkının da imkânsızlaşması anlamına gelmez.

İmkânsızlığın hakkı sona erdirmeyeceği görüşünü savunan bazı yazarlara göre, TBK md. 27’de öngörülen imkânsızlık, esas sözleşmenin kurulma anına göre değil; alım hakkı sözleşmesinin yapıldığı ana göre değerlendirilmelidir²⁰⁶⁷. Buradan çıkan sonuç şudur: Alım hakkı sözleşmesi yapılırken hakkın konusu şey imkânsız değil ise sözleşme artık geçerli olarak kurulmuştur. Dolayısıyla hakkın konusu şeyin daha sonra imkânsız hale gelmesi, doğmuş olan alım hakkını ortadan kaldırmaz. Bu yaklaşımın savunucularından Schleich, söz konusu sonuca TBK md. 26 ve 27’yi birlikte değerlendirerek ulaşmaktadır. İBK md. 19’u karşılayan TBK md. 26’da, tarafların sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içerisinde özgürce belirleyebilecekleri ifade edilmiştir. Bu noktada yazar, imkânsızlık açısından sözleşmenin içeriğinin tespit edilme anına dikkat çekmekte ve esas sözleşmenin içeriğinin de alım hakkı sözleşmesinde belirlendiğini ifade etmektedir. Dolayısıyla alım hakkı sözleşmesinde yapılan belirlemeden sonra ortaya çıkan objektif imkânsızlığın, esas sözleşme açısından başlangıçtaki imkânsızlık olarak ele alınamayacağını ileri sürmektedir²⁰⁶⁸. Burada olsa olsa bir sonraki imkânsızlık söz konusu olur. Sonraki imkânsızlığın ise esas sözleşmenin geçerliliği üzerinde bir etkisi yoktur²⁰⁶⁹. Başka bir deyişle, alım hakkının kullanılmasıyla birlikte satış sözleşmesi en azından geçerli olarak kurulmakla birlikte, sonraki imkânsızlıktan doğan rejime tâbi olur.

Alman hukukunda ileri sürülen ve bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, imkânsızlık halinin tespiti, alım hakkı sözleşmesinin yapıldığı ana göre değil; bilakis hakkın kullanımına ilişkin beyanın muhataba vardığı an esas alınarak yapılmalıdır²⁰⁷⁰. Zira bir önceki paragrafta ele alınan görüş, imkânsızlık türünün tespiti açısından önemli bir noktayı gözardı etmektedir. O da, esas sözleşmenin kurulma anıdır. Alım hakkı bir

²⁰⁶⁷ İsviçre hukukunda bkz.: Schleich, *Option*, 231-232. Alman hukukunda bu yönde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 162.

²⁰⁶⁸ Schleich, *Option*, 232.

²⁰⁶⁹ Schleich, *Option*, 232.

²⁰⁷⁰ Henrich, *Vorvertrag*, 276; Casper, *Der Optionsvertrag*, 161.

kurucu yenilik doğuran hak ise, esas sözleşme, hak geçerli bir şekilde ileri sürüldüğü anda kurulmuş olur. Yani kullanım beyanının muhataba varma anı esas sözleşmenin kurulma anıdır. Hal böyle iken, henüz kurulmamış bir sözleşme için onun sonradan imkânsızlaştığını söylemek, kanaatimizce, pek de mümkün değildir. Türk hukukunda Oğuzman ve Öz de, imkânsızlık konusunu ele alırken, “*sözleşmenin yapıldığı anda mevcut olan imkânsızlık*” şeklinde ifadeye yer vererek bu duruma aslında açıkça vurgu yapmaktadır²⁰⁷¹. Alım hakkı açısından yapılmakta olan sözleşme ile kastedilen ise, esas sözleşme olarak adlandırdığımız, satış sözleşmesidir. Satış sözleşmesi ise henüz hak kullanılmadan hiçbir şekilde imkânsız hale gelmeyecektir. Ayrıca sözleşmenin yapıldığı anda imkânsız olmakla birlikte, ifa zamanında edimin ifasının mümkün hale geleceği taraflarca göz önünde bulundurulmuşsa, böyle bir sözleşmenin geçerli olarak kurulacağı kabul edilmektedir²⁰⁷². Böyle bir durumda, yapılmış bir sözleşmenin geçerliliği kabul edilirken, henüz hakkın kullanılmasına yönelik bir ihtimal sebebiyle kurulması ihtimal dahilinde olan bir sözleşmede imkânsızlıktan bahsetmek mümkün olmamalıdır. Öte yandan, alım hakkının kullanılacağı ana kadar edim konusu şeyin ifasının mümkün hale gelmesi bekleniyor dahi olabilir. Ancak tarafların edimin ifa edilebilirliğine yönelik beklentisi, kanaatimizce, alım hakkı sözleşmesi açısından bir öneme de sahip değildir. Bunun sebebi, az önce de ifade ettiğimiz üzere, imkânsızlık halinin hakkın muhataba vardığı an esas alınarak tespit ediliyor oluşudur²⁰⁷³. Buna ilaveten, satış sözleşmesinin içeriğinin alım hakkı sözleşmesinde belirlenmiş olması da imkânsızlık hali açısından pek önem arz etmemelidir. Zira esas sözleşmenin içeriğinin tespit edilmiş olmasının yegâne amacı, tek taraflı olarak satış ilişkisi kurma imkânını hak sahibine tanımadır; esas sözleşmeyi kurmak değildir. Kaldı ki, alım hakkı sözleşmesinin kurulduğu anda, esas sözleşmeye ilişkin hükümlerde TBK md. 27’ye aykırılık, zaten hakkın geçerli olarak kurulmasını engelleyen bir durumdur. Alım hakkı konusu şey alım hakkı sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarından biridir. Dolayısıyla da alım hakkı sözleşmesi kurulduğu anda hakkın konusu şey imkânsız veya TBK md. 27/I’de öngörülen başka haller somut olaydaki sözleşme için söz konusu ise, sözleşme zaten geçerli olarak kurulmayacaktır. Bunun sonucu olarak, geçerli olarak kurulmayan bir alım hakkının

²⁰⁷¹ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Cilt-1*, 90.

²⁰⁷² Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Cilt-1*, 90.

²⁰⁷³ Bu sebeple, esas sözleşme olarak adlandırılan satış sözleşmesinin konusunu parça borcunun oluşturduğu hallerde dahi, kanaatimizce, ulaşılan sonuç açısından bir değişiklik söz konusu olmaz.

sona ermesinden bahsetmek de mümkün olmayacaktır. Öte yandan, alım hakkı sözleşmesi kurulduktan sonra ortaya çıkan bir imkânsızlık en fazla esas sözleşme açısından bir anlam ifade edecektir. O da, imkânsızlığın, esas sözleşme için bir başlangıçtaki imkânsızlık hali oluşturmastır. O ise, ancak hakkın kullanılması ile ortaya çıkar. Zira hak kullanıldıktan ve esas sözleşme kurulduktan sonra edimin “doğduğu andaki” imkânsızlığına ilişkin bir tespit yapılması mümkün olabilir²⁰⁷⁴. Dolayısıyla hakkın kullanılma anına dek hakkın konusu şeydeki imkânsızlık, hakkın sona erme sonucunu hiçbir şekilde doğurmaz²⁰⁷⁵.

İmkânsızlığın alım hakkını sona erdirmemesinin birtakım sonuçları söz konusudur. Öncelikle esas sözleşmenin edim konusu imkânsız olsa dahi, hak sahibi alım hakkını ileri sürebilir. Böyle bir durumda hakkın kullanımı esas sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin sonuçlara başvurma imkânını verir²⁰⁷⁶. Bu çerçevede hak sahibi, hakkı ileri sürdüğünde, esas sözleşme artık imkânsızlığa ilişkin genel düzenlemeler çerçevesinde çözümlenir. Bu kapsamda alım hakkı veren açısından bir

²⁰⁷⁴ Zira başlangıçtaki imkânsızlık borç ilişkisinin kurulduğu anda halihazırda var olan imkânsızlığı ifade eder. Sonraki imkânsızlık ise borç ilişkisi kurulduktan sonra ortaya çıkan imkânsızlıktır. Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz.: Brömmelmeyer, *Schuldrecht*, § 6, Rn.7; Förster, *Schuldrecht*, Rn.219; Hirsch, *Schuldrecht Allgemeiner*, Rn.671. Öte yandan, alım hakkının kullanıldığı ana dek kurulan tek bir borç ilişkisi vardır. O da, alım hakkı sözleşmesinden doğan borç ilişkisidir. Bu borç ilişkisinin konusu ise alım hakkının tesisi ve ona bağlı birtakım yan edim yükümlülükleri karşısında hak sahibinin alım hakkı bedelini ödemesinden ibarettir. Dolayısıyla hakkın konusu şey üzerinde imkânsızlığa konu olabilecek bir olayın gerçekleşmesinin alım hakkının kaderi üzerinde bir rolü yoktur.

²⁰⁷⁵ Hakkın konusu şeyin imkânsızlaşmasının taraflar arasındaki ilişkiye etkisini incelemeyen önce Türk hukukunda ileri sürülen bir görüşün ayrıca ele alınması gerektiği kanaatindeyiz. İmkânsızlığın hakkı sona erdireceğini savunan bu görüş, hakkın konusu şeyin imkânsızlaşması halinde, edim konusu imkânsız olan bir sözleşmeden bahsetmektedir. Kurma teorisini savunan bu görüşün, burada, imkânsız olan edim ile ne kastettiğini anlamak güçtür. Eğer bu edim alım hakkının kendisi ise hak geçerli olarak zaten kurulmuştur. Hakkın konusu şeyin, daha sonra imkânsız hale gelmesi alım hakkının kendisini de imkânsızlaştırmaz. Zira alım hakkının içeriği, tek taraflı satış ilişkisini kurmaya yönelik bir yetkiyi kapsar. Oysa burada, bu yetkiyi imkânsız kılan herhangi bir durum söz konusu değildir. Aslında bu görüş de, meseleyi ele alırken, *culpa in contrahendo* sorumluluğuna dikkat çekmekte ve başlangıçtaki imkânsızlığa vurgu yaparak alım hakkından bahsetmediğini aslında dolaylı olarak ifade etmektedir. Bunun sebebi, geçerli olarak kurulan bir alım hakkı için başlangıçtaki imkânsızlıktan bahsetmenin mümkün olmamasıdır. Dolayısıyla bu görüş, edim konusu imkânsız olan bir sözleşme ile, kanaatimizce, aslında satış sözleşmesini ifade etmektedir. Oysa hak kullanılmadan bir satış sözleşmesinden söz edilemeyeceğinden için ne başlangıçtaki ne de sonraki imkânsızlıktan bahsedilebilir. Bunun dışında söz konusu görüşe göre, hak sahibince ileri sürülecek talepler de, *culpa in contrahendo* sorumluluğuna ilişkin hükümlere tabidir. Oysa hak sahibi ile hakkı veren taraf arasında zaten alım hakkı sözleşmesinden doğan borç ilişkisi mevcuttur. Eğer hakkın konusu şey, alım hakkı verenin kusuru neticesinde imkânsızlaşmışsa, bu davranış zaten hazır bulunma yükümlülüğünün ihlâlini oluşturur. Bu sebeple de, sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat borcu gündeme gelir. Dolayısıyla sözleşme görüşmelerinden doğan bir sorumluluktan, en azından burada bahsetmek, kanaatimizce pek de mümkün gözükmemektedir. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Buz, *Haklar*, 438 vd.

²⁰⁷⁶ Casper, *Der Optionsvertrag*, 162.

kusurlu imkânsızlık söz konusu ise, hak sahibi borca aykırılığa dayanabilir²⁰⁷⁷. Örneğin; alım hakkı yükümlüsü hakkın konusu şeyin kendi kusuruyla yok olmasına sebep olmuşsa borca aykırılık sebebiyle kendisinden tazminat istenebilir²⁰⁷⁸. Alım hakkının kullanılmadığı hallerde ise, mesele, artık alım hakkı sözleşmesinin gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin hükümlere dayanılarak çözümlenir²⁰⁷⁹. Zira hakkın konusu şey, alım hakkı verenin kusuru neticesinde imkânsızlaşmışsa, bu davranış hazır bulunma yükümlülüğünün ihlâlini oluşturur. Bununla birlikte, hakkın konusu şeyde meydana gelen imkânsızlık, taraflara yükletilemeyen bir sebeple oluşmuş ise bir başlangıçtaki kusursuz imkânsızlığın bulunduğu kabul edilecektir. Bunun sonucu olarak, alım hakkı kullanıldığında taraflar arasında kurulan esas sözleşme TBK md. 27 gereği kesin hükümsüz olacağı gibi, hak sahibinin hakkın konusu şeyin mülkiyetinin devrini talep etme yetkisi de bulunmayacaktır. Bununla birlikte hak sahibi tarafından, alım hakkı verene, alım hakkı bedeli adı altında hakkın konusu şeyin devrine yönelik karşı edim niteliği taşıyan bir ödeme yapılmış ise, bu ödemeler de, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edilecektir. Ancak alım hakkı bedeli, ödeme fonksiyonuna sahip ve dolayısıyla yalnızca hakkın tesisine yönelik bir karşı edim niteliği taşıyor ise, artık bu bedelin karşı taraftan istenmesi mümkün olmayacaktır.

İmkânsızlık halinde incelenmesi gereken bir diğer konu ise TBK md. 136'da yer alan düzenlemedir. Söz konusu hüküm, borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşan borcun ifasında, borcun sona ermesini ve karşı taraftan alınan edimlerin sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iadesini düzenlemektedir. Bu hükmün önemi şudur: Alım hakkı konusu şeyin taraflara yükletilemeyecek bir sebeple imkânsızlaşması halinde, alım hakkı bedelinin, hak sahibine iade edilmesi gerekip gerekmediği sorusu gündeme gelebilir. Kısmen katıldığımız öğretideki hakim görüşe göre, hakkın konusu şeyin taraflara yükletilemeyen bir sebeple imkânsızlaşması, TBK md. 136/II kapsamında alım hakkı bedelinin iadesi sonucunu doğurmaz²⁰⁸⁰. Zira alım hakkı bedeli kural olarak hakkın tesisine yönelik bir karşı edimdir²⁰⁸¹ ve sözleşme kurulduğu esnada

²⁰⁷⁷ Schleich, *Option*, 233. Alman hukukunda bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 162 vd.

²⁰⁷⁸ Isler, *Grundbuch*, 92.

²⁰⁷⁹ Casper, *Der Optionsvertrag*, 159.

²⁰⁸⁰ Mehaz İBK md. 119/II kapsamında bu yönde bkz.: Schleich, *Option*, 234; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.193.

²⁰⁸¹ Schleich, *Option*, 234; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.193.

alım hakkı veren bu edimini ifa etmiş ve bu bedele hak kazanmıştır²⁰⁸². Ayrıca imkânsızlık, hakkı sona erdirmediğinden, alım hakkı bedelini ödeme yükümlülüğü açısından değişen bir durum söz konusu da değildir²⁰⁸³. Bununla birlikte, alım hakkı bedelinin, esas sözleşmedeki edimin karşılığını oluşturacak şekilde kararlaştırıldığı hallerde ise, kanaatimizce, bu bedelin iadesi artık TBK md. 136/II kapsamına girmektedir²⁰⁸⁴.

İmkânsızlık halinde, alım hakkı sona ermemekle birlikte, hakkın konusu şeyin imkânsızlığı hazır bulunma yükümlülüğünün de imkânsızlaşması sonucunu doğurur. Zira, imkânsızlıkla birlikte, hazır bulunma yükümlülüğünün de ifa edilebilirliği sona erer²⁰⁸⁵. Zira bu yükümlülüğün amacı, hakkın kullanılabilirliğini her an mümkün kılmaktır. Oysa esas sözleşme kurulmuş olsaydı bile sözleşmenin ifası mümkün olmayacağından, hakkın konusu şeyin yok olması, bu yükümlülüğün fonksiyonunun da sona ermesi anlamına gelir²⁰⁸⁶. Ancak kanaatimizce, imkânsızlık, alım hakkını sona erdirmediğinden hazır bulunma yükümlülüğü de var olmaya devam eder. Ancak hak sahibi, alım hakkı veren tarafa karşı hazır bulunma yükümlülüğünün ifasını talep edemez.

Son olarak, imkânsızlık, alım hakkını sona erdirmese de bazı hallerde istisnaen hakkın sona ermesine sebep olan bir olayın kaynağını oluşturabilir. Örneğin; hakkın kullanımının, hakkın konusu şeyin üçüncü bir kişiyle devir sözleşmesi yapılmış olması koşuluna bağlandığı hallerde durum böyledir. Zira bu halde hakkın kullanımına ilişkin geciktirici koşulun gerçekleşmesi artık imkânsız olacağından, kullanıma imkân olmayan alım hakkı da sona erecektir. Ancak burada, hakkın sona erme sebebini, TBK md. 27 kapsamında bir imkânsızlık değil, alım hakkı sözleşmesinin kendisi oluşturmaktadır²⁰⁸⁷.

²⁰⁸² Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.193.

²⁰⁸³ Schleich, *Option*, 234.

²⁰⁸⁴ Alım hakkı bedelinin kararlaştırılma şekillerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: İkinci Bölüm, Tek Tarafa – İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme Ayırımı ve İkinci Bölüm, Alım Hakkı Bedeli başlıkları.

²⁰⁸⁵ Schleich, *Option*, 232; Casper, *Der Optionsvertrag*, 159 vd.

²⁰⁸⁶ Casper, *Der Optionsvertrag*, 159.

²⁰⁸⁷ Schleich, *Option*, 232-233.

3.5.8. Diğer Sona Erme Halleri

Alım hakkı alacaklı ile borçlu sıfatının birleşmesi (*Konfusion*)²⁰⁸⁸, şirket birleşmeleri²⁰⁸⁹, mahkeme kararı (*gerichtliches Urteil*)²⁰⁹⁰, alım hakkı sözleşmesinin feshi veya iptali²⁰⁹¹ ve ibra halinde de sona erer²⁰⁹². Alacaklı ile borçlu sıfatının birleşmesiyle sona ermede hakkın şerh edilmiş olup olmamasının bir önemi bulunmaz²⁰⁹³. Ancak alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesine sebep olan hukukî işlem daha sonra geçersiz hale gelirse hak tekrar doğar²⁰⁹⁴. Örneğin; alım hakkı ile yüklenen taşınmazın hak sahibine bağışlanmasında durum böyledir. Bununla birlikte, hak, alacak ve borçlu sıfatının birleşmesi sebebiyle sona ermişse, daha sonra hakkın konusu şeyin bir başkasına devredilmesi hakkın tekrar doğması sonucunu doğurmaz²⁰⁹⁵. Az önceki örnekte, kendisine taşınmaz bağışlanmış olan hak sahibinin bu taşınmazı bir başkasına devretmesi, hakkın yeniden canlanmasını sağlamaz.

Alım hakkı, şirket birleşmelerinin varlığı halinde de sona erer. TTK md. 136'ya göre, birleşme, devralma ve yeni kuruluş şeklinde birleşme olarak iki ayrılır. Bu kapsamda, bir şirket bir başka şirket bünyesine katılıyorsa ve bu iki şirket arasında alım hakkı ilişkisi söz konusu ise, alım hakkı, birleşmeyle birlikte sonra erer²⁰⁹⁶. Bunun gibi, yeni kuruluş şeklinde birleşmede de, alım hakkı sözleşmesinin tarafı olan her iki şirketin tüzel kişiliği sona erdiğinden, alım hakkı da aynı şekilde son bulmuş olur.

Alım hakkı bazen sözleşmede yer alan bir koşulun varlığı sebebiyle de sona erebilir. Hakkın sona ermesi hem geciktirici hem de bozucu koşul bakımından söz konusu olabilir. Örneğin; alım hakkının kullanımı, hakkın konusu şey üzerinde üçüncü bir kişiyle sözleşme yapılmış olma koşuluna bağlanmış olabilir. Böyle bir durumda,

²⁰⁸⁸ Schleich, *Option*, 209; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.323 ve Art.683, Rn.67; Isler, *Grundbuch*, 89; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 69. Alman hukukunda bu yönde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 156. Alacak ve borçlu sıfatının birleşme sebebiyle sona ermenin hem şerh edilmiş hem de şerh edilmemiş alım hakkı için geçerli olduğu yönünde bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.323.

²⁰⁸⁹ Isler, *Grundbuch*, 89.

²⁰⁹⁰ Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 66.

²⁰⁹¹ Alım hakkı sözleşmesinin fesih veya iptal gibi bir sebeple sona ermesi durumunda o sözleşmeden doğan alım hakkının da aynı şekilde sona ereceği yönünde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 154 vd.

²⁰⁹² Forstmoser ve Kuchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1259 ve 1303; Haymann, *Aktienübernahmevereinbarungen*, 131 vd.; Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 109 vd.

²⁰⁹³ Isler, *Grundbuch*, 89.

²⁰⁹⁴ Isler, *Grundbuch*, 89.

²⁰⁹⁵ Isler, *Grundbuch*, 89.

²⁰⁹⁶ Isler, *Grundbuch*, 89.

hakkın konusu şey henüz koşul gerçekleşmeden telef olmuş olabilir. Bu halde geciktirici koşulun gerçekleşmesi artık imkânsız olacağından hakkın kullanılması artık mümkün olmaz²⁰⁹⁷. Dolayısıyla da alım hakkı sona erer. Bunun gibi, alım hakkının kullanımı bozucu bir koşula bağlanmış olabilir. Böyle bir durumda, hak, öngörülen süre içerisinde koşul gerçekleşene kadar her zaman kullanılabilir. Ancak hak ileri sürülmeden koşul gerçekleştiği takdirde alım hakkı sona erer²⁰⁹⁸.

Alım hakkı, bazen hakkın kararlaştırılma şekline göre kullanılmaması sebebiyle de sona erebilir. Örneğin; alım hakkı için bir kullanım süresinin bulunduğu hallerde bu süre içerisinde hak kullanılmaz ise alım hakkı sona erer²⁰⁹⁹. Bu durum aynı zamanda yukarıda ele alınan hakkın süre sebebiyle sona erme hallerinden birini oluşturur. Bunun gibi, alım hakkının kullanımı, bazen hakkın konusu şeyin üçüncü bir kişiyle yapılan devir işleminde yer alması koşuluna bağlanmış olabilir. Böyle bir durumda, hakkın kullanılmaması, onun şerh edilmiş olup olmamasına göre farklı sonuçlara sahiptir²¹⁰⁰. Bu çerçevede, koşula bağlı bir alım hakkında, hak eğer şerh edilmemişse hakkın kullanımı için öngörülen devir şartı gerçekleştiğinde kullanılmaması hakkın sona ermesi sonucunu doğurur²¹⁰¹. Ancak hak şerh edilmiş ve üçüncü kişiye devredilmiş olmasına rağmen hak sahibi hakkı ileri sürmemişse hak kural olarak sona ermez. Zira hakkın konusu şey üçüncü kişide iken ve henüz hak sona ermeden, üçüncü kiş söz konusu taşınmazı bir başka kişiye devrettiğinde, hak sahibi kullanım beyanını tekrar ileri sürebilir. Dolayısıyla şerh edilmiş alım hakkında, hakkın, koşul gerçekleştiği anda ileri

²⁰⁹⁷ Schleich, *Option*, 207.

²⁰⁹⁸ Genel olarak bozucu koşulun gerçekleşmesinin hakkın sona ermesi sonucunu doğuracağı yönünde bkz.: Schleich, *Option*, 206.

²⁰⁹⁹ Forstmoser ve Kuchler, *Aktionärbindungsverträge*, Rn.1253 ve 1303; Haymann, *Aktienübernahmevereinbarungen*, 130 vd; Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 106, Schenker, *Vorkaufsrechte*, 264 vd.; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.324. Aynı doğrultuda benzer açıklamalar için bkz.: Allgäuer, *Kaufrecht*, 47.

²¹⁰⁰ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.882.

²¹⁰¹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.884; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.296; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.68; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 64. Önalım hakkı kapsamında bkz.: Isler, *Grundbuch*, 91. Şerh edilmiş olan koşula bağlı alım hakkının, koşul gerçekleştikten sonra kullanılmaması halinde sona ereceğine yönelik görüş için bkz.: Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2441; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.58 ve 71; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.298; Allgäuer, *Kaufrecht*, 47. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 101 II 240 E. 1b; 92 II 147 ff. (156 f., E. 4); 84 II 250 E. 5. (Brückner, *Der Grundstückkauf*, Rn.71, dpn.65'ten naklen). Kullanılmamakla sona ermeyen alım hakkının, öğretide, mükerrer/tekrarlayan alım hakkı (*mehrmaliges Kaufrecht*) olarak ifade edildiği yönünde bkz.: Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, 78.

sürülmemesi, yalnızca o anki mevcut malike karşı hakkı sona erdiren bir durum teşkil eder²¹⁰².

Son olarak, alım hakkının devredilemez şekilde kararlaştırıldığı durumlarda, alım hakkı sahibinin iflâsıyla birlikte hak da sona erer²¹⁰³. Bununla birlikte, taraflar sözleşmede hak sahibi ya da hakkı veren tarafı ilgilendiren belirli bir olaya bağlı olarak hakkın sona erme halleri kararlaştırmış da olabilirler²¹⁰⁴. Böyle bir durumda, alım hakkı sözleşmesinde yer alan münferit olay, somut olaydaki alım hakkı için özel bir sona erme sebebi olarak yer alır.

3.5.9. Hakkın Sona Ermesinin Sonuçları

Alım hakkını sona erdiren sebeplerden birinin varlığı halinde birtakım sonuçlar söz konusu olur. Bu kapsamda alım hakkının sona ermesi alım hakkı sözleşmesini de kural olarak nihayete erdirir²¹⁰⁵. Bunun sonucu olarak, alım hakkı sözleşmesinden doğan borç ilişkisi de ortadan kalkar. Bu borç ilişkisinin sona ermesinin ise ayrıca birtakım sonuçları bulunur. Öncelikle alım hakkı verenin sözleşmeden doğan yükümlülükleri borç ilişkisiyle birlikte ortadan kalkar. Zira hakkın kullanımı, kural olarak alım hakkı sözleşmesinin ifa ile sona ermesi sonucu doğurur²¹⁰⁶. Bu çerçevede alım hakkı verenin hazır bulunma yükümlülüğünden bahsetmek artık mümkün olmaz. Bu yükümlülük esas sözleşmenin ifa edilebilirliğini güvence altına almaya hizmet ettiğinden, hakkın sona ermesiyle birlikte böyle bir güvence ihtiyacı da sona erer²¹⁰⁷. Keza bilgilendirme yükümlülüğü açısından da durum böyledir. Yükümlülüklerin sona ermesi kuralı, aynı şekilde, alım hakkı sahibi için de geçerlidir. Ancak bunun için, tarafların sözleşmeden doğan yükümlülükleri yerini getirmiş olması gerekir. Çünkü henüz ifası tamamlanmamış bir yükümlülüğün varlığı halinde, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi, varlığını devam ettirir. Bunun en tipik örneği, henüz ifası

²¹⁰² Emery, Rn.465; Foëx, *ZBGR* 2007, 19; Schmid, *Neuerungen*, 83; Steinauer, *Jusletter* 2007, Rn.47; Strebel, Rn.1570 (Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Rn.883, dpn.1813'ten naklen); Brunner, *Kaufrechte*, 396; Meier-Hayoz, *ZGB Art. 681*, Rn.219.

²¹⁰³ Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Rn.2482'de yer alan atıf dolayısıyla Rn.2440.

²¹⁰⁴ Brückner, *Der Grundstückskauf*, Rn.75 vd. ile 77 vd.

²¹⁰⁵ Schleich, *Option*, 609.

²¹⁰⁶ Bu yönde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 151.

²¹⁰⁷ İsviçre hukukunda bkz.: Schleich, *Option*, 210. Alman hukukunda hakkın kullanılması kapsamında aynı yönde bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 151.

tamamlanmamış alım hakkı bedelidir²¹⁰⁸. Örneğin; hak sahibi, hakkı ileri sürmesine rağmen henüz alım hakkı bedelini ödememişse alım hakkı sözleşmesinden doğan borç ilişkisi sona ermez. Ancak bazı hallerde alım hakkı bedeli istisnaen hak kullanılmadığı zaman ödenecek şekilde kararlaştırılmaktadır. Böyle bir durumda hakkın sona ermesi sözleşmenin sona ermesi sonucunu doğurmaz²¹⁰⁹. Bu durum, sözleşmede birden fazla alım hakkının kararlaştırıldığı ve alım haklarından yalnızca birinin sona erdiği durumlarda da aynen geçerlidir²¹¹⁰.

²¹⁰⁸ İsviçre hukukunda bkz.: Schleich, *Option*, 210. Alman hukukunda aynı yönde benzer açıklamalar için bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, 151.

²¹⁰⁹ Schleich, *Option*, 210.

²¹¹⁰ Schleich, *Option*, 210.

SONUÇ

Alım hakkı, hak sahibine veyahut da üçüncü kişi yararına sözleşmenin söz konusu olduğu durumlarda lehdara, taraflardan birini alım hakkı verenin diğerini ise alım hakkı alanın oluşturduğu alım hakkı sözleşmesiyle kurulan (Kaufrechtsvertrag) ya da ölüme bağlı tasarruftan doğan (von Todes wegen) veyahut da kanun gereği tanınan ve hakkı elinde bulundurana, içeriği önceden kesin olarak kararlaştırılmış ya da kanun tarafından tespit edilmiş olunan şartlar çerçevesinde belirli ya da belirsiz bir süre boyunca tek taraflı irade beyanını ileri sürerek hakkın muhatabıyla kendi arasında bir satış sözleşmesi kurma imkânı veren yenilik doğuran bir haktır.

Türk hukukunda alım hakkını düzenleyen hükümlere TBK ve TMK’da yer verildiği görülmektedir. Bunlar “Taşınmaz Satışı ve Satış İlişkisi Doğuran Haklar” üst başlığı altında düzenlenen Türk Borçlar Kanunu’nun 237, 238 ve 239. maddeleridir. Söz konusu hükümler alım hakkına yönelik münhasır düzenlemeler olmayıp farklı hukukî müesseseleri de içerisinde barındıran genel çerçeve hükümler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Alım hakkı farklı fonksiyonlara sahiptir. Hakkın muhtevasında yer alan fonksiyonları; teminat, spekülasyon, koruma, zorlama, ön finansman ve derece sağlama, fiyat değişikliklerine karşı tedbir alma ve bağışlama fonksiyonu olarak sıralamak mümkündür. Teminat fonksiyonu, hakkın konusu şeyin iktisabına yönelik güvence sağlamayı ifade eder. Spekülasyon fonksiyonu, fiyat değişiklikleri üzerinden kazanç sağlama hedefini taşıırken; koruma fonksiyonunda amaç hakkın konusunu oluşturan şeyin üçüncü kişiler tarafından edinilmesini engellemektir. Zorlama fonksiyonunda ise hedeflenen husus karşı tarafın rızası hilafına onu bir davranışta bulunmaya zorlayabilmektir. Ancak alım hakkının bu fonksiyonları, alım hakkının muhtevasında aynı anda yer almaz. Alım hakkı, kararlaştırılma şekline göre, söz konusu fonksiyonların sadece birkaçına sahip olur. Örneğin; kullanma bedelinin düşük bir bedel

üzerinden kararlaştırıldığı hallerde hakkın zorlama fonksiyonuna sahip olmasında durum böyledir.

Alım hakkı, bazı hukukî müesseseler ile birtakım benzerlikler gösterir. Benzerliklerin yer aldığı bu müesseseler; önalım, geri alım, geri satım, öncelik (rüşhan) ve opsiyon hakları ile birlikte önsözleşme olarak sıralanabilir. Alım hakkını bu müesseselerden ayıran ölçütler hakkın kurulma şekli ile ilgili olabileceği gibi, onun içeriği ve hukukî niteliğinden de kaynaklanabilir. Alım hakkı, kanundan doğmaması sebebiyle önalım hakkından ayrılır. Ayrıca her iki hakkın muhtevası da birtakım farklara sahiptir. Bu farklılıklar yönünden, önalım olayı, öncelikli sıraya sahiptir. Ayrıca önalım hakkında yer alan kullanım süreleri ve hakkın kullanım şekli bir diğer önemli ayırıcı unsurlardır. Ancak bu durum, önalım hakkının bir koşula bağlı alım hakkı olduğu gerçeğini değiştirmez. Bunun gibi, geri alım hakkı da, alım hakkının özel bir türünü oluşturur. Ancak onu, alım hakkından ayırıcı aslî unsur, hak sahibi ile muhatap arasında hakkın konusunu oluşturan şey üzerinden daha önce yapılmış olan bir satış sözleşmesinin bulunmasıdır. Önsözleşmeye bakıldığında ise, alım hakkı ile bu müessese arasında çok daha belirgin farklar olduğu göze çarpmaktadır. Önsözleşmede, taraflar arasında bir yenilik doğuran hakkın kullanılması söz konusu olmaz. Ayrıca bu hukukî ilişki, taraflara, bir esas sözleşme kurma imkânını ancak karşı tarafın da iştirakini zorunlu kılarak tanır. Oysa alım hakkı, hak sahibine, tek taraflı irade beyanıyla söz konusu esas sözleşmeyi kurma gücünü bahşeder. Ayrıca önsözleşme ile alım hakkı sözleşmesinin içeriğinin belirlenmesi yönünden, önsözleşmede, taraflarca henüz pazarlık halinde olunan noktaların bulunması mümkündür. Oysa alım hakkı sözleşmesinde, alım hakkı, her şeyiyle tespit edilmiştir. Böylelikle hak sahibinin, hakkı ileri sürerek esas sözleşmeyi kurma imkânı, hiçbir tereddüde yer vermeyecek ölçüde teminat altına alınmıştır. Ayrıca alım hakkı sözleşmesinde, tarafların, esas sözleşmeyi ifaya her an hazır bulunma iradesi söz konusu iken; önsözleşmede bu iradede genel olarak bahsedilmez. Zira buradaki amaç, esas sözleşmenin yapılmasını bir süre ertelemektir. Bununla birlikte, opsiyon hakkının alım hakkı karşısında pozisyonu daha farklıdır. Zira opsiyon hakkı, alım hakkından tamamen ayrılan bir müessese değil; onu da içerisine alan bir üst kavramı ifade eder.

Alım hakkı bir ölüme bağlı tasarruftan doğabileceği gibi, sağlararası bir hukukî işlem ile de kurulabilir. İlk durumda, hakkın doğuran hukukî işlemin geçerliliği miras

hukuku hükümlerine göre çözümlenir. Bu çerçevede, somut olayda bir vasiyetname ya da miras sözleşmesinin olup olmadığı ve gerekli geçerlilik şartlarının bulunup bulunmadığı buna göre değerlendirilir. Bununla birlikte, alım hakkı, sağlararası bir hukukî işlem olan alım hakkı sözleşmesi ile de kurulabilir. Alım hakkı sözleşmesi, hakkın konusu şeyi ön şartların kararlaştırıldığı durumlarda bu şartlar altında veya halihazırda belirlenmiş koşullarla her zaman ya da öncesinde belirlenmiş süre içerisinde satın alma yetkisi sağlayan bir sözleşme olarak ifade edilir.

Alım hakkı sözleşmesinin hukukî niteliği geçmişten günümüze oldukça tartışılmıştır. Teorik tartışmalar genel olarak iki ana başlık altında yapılmaktadır. Bunlar, birlik ve ayırma teorileri olarak karşımıza çıkar. İkili ayırımın temelinde, esas sözleşmenin kurulma anı belirleyici rol oynar. Başka bir deyişle, birbirinden bağımsız iki ayrı sözleşmenin mi yoksa tek bir homojen sözleşmenin mi olduğu sorusunun cevabı aranır. Bu çalışmada, alım hakkı ile alım hakkı sözleşmesinin hukukî niteliği açısından ayırma teorisi altında ele alınan kurma teorisi kabul edilmiştir. Diğer teoriler karşısında kurma teorisinin ayakta kalma sebebi, alım hakkından doğan ilişkiyi doğru ve daha tutarlı bir şekilde ele almasıdır. Bu teoriye göre, alım hakkı kurucu yenilik doğuran bir haktır. Hakkı kuran sözleşme ise sui generis nitelikte bir sözleşmedir. Alım hakkı kurulduğu esnada ise, henüz esas sözleşme taraflar arasında kurulmamıştır. Esas sözleşmenin kurulması, hak sahibi tarafından alım hakkının ileri sürülmesine bağlıdır. Bu sebeple, alım hakkının hukukî sebebi alım hakkı sözleşmesi iken; hakkın konusu şeyin devrinin hukukî sebebini alım hakkı ile birlikte bu hakkı kuran alım hakkı sözleşmesi oluşturur.

Alım hakkı sözleşmesi, hukukî işlemlerde yer alan tasniflerde özel bir yere sahiptir. Zira kanunî tipte olmama ve sözleşme konusunun bir yenilik doğuran hak olması hukukî işlemin sınıflandırılmasında birtakım zorluklara sebep olur. Keza alım hakkı bedelinin farklı şekilde kararlaştırılabilme imkânı da bu noktada önem arz eden bir diğer meseledir. Borçlandırıcı ve tasarruf işlemleri ayırımında, alım hakkı sözleşmesi, bir tasarruf işlemi olarak kabul edilmez. Bunun sebebi, alım hakkı sözleşmesinin mevcut bir hak üzerinde herhangi bir etkiye sahip olmamasıdır. Sözleşmenin kurulmasıyla birlikte hakkın kendisi ilk defa o an kurulmuş olur. Borçlandırıcı işlem niteliğinde olup olmama bakımından ise şunları söylemek mümkündür: Alım hakkı sözleşmesinde bir alacak hakkı değil, yenilik doğuran hak

kurulmaktadır. Bu sebeple, alım hakkı sözleşmesi bir ivaz karşılığı kurulmamış ise, kanaatimizce, bir borçlandırııcı işleminden bahsedilemez. Bununla birlikte, hakkın tesisi bir ivaz karşılığı kurulmuş ve taraflarca bir alım hakkı bedeli tayin edilmişse, artık borçlandırııcı bir işlemin varlığını kabul etmek gerekir. Ancak yine de, bu işleme “borçlandırııcı” nitelikte olma vasfını veren, her halukârda, hakkın tesis edilmesi değil, bilakis hakkın tesisi için bir alım hakkı bedelinin kararlaştırılmış olmasıdır. Anı ve sürekli edimli sözleşme ayırımında ise, alım hakkı sözleşmesinde yer alan aslî edim borcundan hareket edilerek mesele çözümlenmelidir. Bu kapsamda, alım hakkı sözleşmesinin aslî edim borcunu alım hakkı alan lehine bir yenilik doğuran hakkın tesisi oluşturur. Bu edim yükümlülüğü ise, bir anî edim olarak tezahür eder. Bu noktada, karşı edimi oluşturan alım hakkı bedelinin tek seferde ya da belirli vadelerle ödenecek olması da hiçbir önem arz etmez. Zira alım hakkı bedelini ödeme borcu, alım hakkı sözleşmesine karakteristik özelliğini veren tipik aslî edim yükümlülüğü değildir. Bu sebeple de, alım hakkı sözleşmesi anî edimli bir sözleşme olarak karşımıza çıkar. Tek tarafa ve iki tarafa borç yükleyen ayırımında ise, sözleşmenin niteliği, bir alım hakkı bedelinin kararlaştırılıp kararlaştırılmadığına ve alım hakkı bedeli kararlaştırılmışsa ise bu bedelin türüne göre tespit edilmelidir.

Alım hakkı sözleşmesi rızâî bir sözleşmedir. Bunun sonucu olarak, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulur. Alım hakkı sözleşmesinin kurulabilmesi için de tarafların sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde anlaşmış olması gerekir. Bu noktada sözleşmenin esaslı unsurları objektif ve sübjektif esaslı unsurlar olmak üzere ikili bir ayırım yapılarak incelenir. Objektif esaslı unsurlar; taraflar, alım konusu ve kullanma bedeli olarak karşımıza çıkar. Alım hakkı sözleşmesinin tarafları alım hakkı alan ile alım hakkı verendir. Alım hakkı veren, sözleşmeyle bir başka kişi lehine alım hakkı kuran kişiyi ifade eder. Alım hakkı alan ise, sözleşmede alım hakkı verenin karşısında olan taraftır. Bunun dışında bir de alım hakkı sahibi vardır. Alım hakkı sahibi, hakkı kullanma yetkisine sahip lehine yenilik doğuran hak tanınmış kimsedir. Alım hakkı sözleşmesinde farklı bir düzenlemeye yer verilmediği takdirde hak, alım hakkı alan lehine kurulmuş sayılır. Bu sebeple, alım hakkı alan kimse aynı zamanda da alım hakkı sahibi olur. Alım hakkı sahibi ise, tek bir kişi olabileceği gibi birden fazla kişiden de oluşabilir. Bunun gibi, hak sahipliğinin, eşyaya bağlı olarak kararlaştırılması da mümkündür. Keza, üçüncü kişi yararına bir alım hakkı sözleşmesi

ile üçüncü bir kişinin hak sahibi olarak belirlenmesi de gündeme gelebilir. Alım konusu denildiğinde ise, hak sahibinin hakkı kullanması durumunda iktisap edilen şey ifade edilir. Alım hakkı konusu şey bir taşınır veya taşınmaz mal olabilir. Hatta henüz var olacak, üretilecek veyahut da henüz iktisap edilecek bir eşya da hakkın konusunu oluşturabilir. Bununla birlikte, kullanma bedeli ise, esas sözleşmenin konusunu oluşturan ekonomik malın karşılığını teşkil eden ve alım hakkının kullanılması sonucu borçlanılan parasal edimi ifade eder. Kararlaştırılma şekli olarak da mutlak veya nisbî şekilde tayin edilebilir. Alım hakkı sözleşmesinin sübjektif esaslı unsurları süre, alım hakkı bedeli ve şart ile vadedir. Sübjektif unsurlardan alım hakkı bedeli ön plana çıkmaktadır. Zira bu bedel oldukça farklı şekillerde kararlaştırılabilmektedir. Bu kapsamda alım hakkı bedeli; ödeme ve mahsup etme fonksiyonları ile karma bir fonksiyona sahip olabilir. Ödeme fonksiyonunda, alım hakkı bedeli, doğrudan alım hakkı sözleşmesine ait bir karşı edimi oluşturur. Bu noktada hakkın kullanılmış olup olmamasının da bir önemi bulunmaz. Mahsup etme fonksiyonunda ise, alım hakkı bedeli yalnızca esas sözleşmeye ait bir karşı edimi oluşturur. Son olarak, karma fonksiyonda ise, her iki fonksiyon da bir arada yer alır.

Alım hakkı sözleşmesinin şekli yönünden temel prensip şekil serbestisidir. Zira TBK md. 12'ye göre bir sözleşmenin geçerliliği kural olarak herhangi bir şekle bağlanmamıştır. Ancak TBK md. 237/II gereği, alım hakkının konusunu bir taşınmazın oluşturduğu hallerde, alım hakkı sözleşmesinin geçerliliği, onun resmî şekle uygun olarak yapılmasına bağlıdır. Alım hakkı sözleşmesinde şeklin kapsamını ise, objektif ve sübjektif esaslı noktalar oluşturur. Bununla birlikte, terekeye konu bir taşınmaz üzerinde, miras taksim sözleşmesiyle mirasçılardan biri veya birkaçı lehine alım hakkı kurulmasında adî yazılı şekil artık yeterli olur. Bununla birlikte, ölüme bağlı tasarruf ile kurulan alım hakkında aranacak şekil ise, miras hukuku hükümlerinde yer alan düzenlemelere göre tayin edilir.

Alım hakkı sözleşmesinde tarafların birtakım yükümlülükleri bulunur. Bu kapsamda, alım hakkı alanın yükümlülüğü, alım hakkı bedelinin ödenmesidir. Alım hakkı bedelini ödeme yükümlülüğü sözleşmenin ivazlı olarak kararlaştırıldığı hallerde bulunur. Zira bu bedel sözleşmenin objektif esaslı unsuru olmadığından alım hakkı sözleşmesinde yer alması zorunlu değildir. Alım hakkı veren açısından ise iki temel yükümlülük söz konusudur. Bunlar; hazır bulunma yükümlülüğü ile bilgilendirme

yükümlülüğüdür. Hazır bulunma yükümlülüğü, esas sözleşmenin ifa edilebilirliğini sağlamaya yönelik ayrı ayrı yükümlülükleri içerisine alan bir üst kavramdır. Bu yükümlülüğün kapsamında kaçınma, koruma ve sağlama yükümlülükleri yer alır. Kaçınma yükümlülüğü, hakkı veren tarafın hakkın konusu şey üzerinde esas sözleşmenin ifasını tehlikeye düşürecek her türlü tasarruftan kaçınma ve söz konusu malı elinde tutma yükümlülüğünü ifade eder. Koruma yükümlülüğü ise, hakkın konusu şeyin niteliğini hakkın kullanıldığı ana kadar korumayı amaçlar. Sağlama yükümlülüğü ise, alım hakkı verenin hakkın kullanımı anına kadar hakkın konusu şeyi temin etme ve ifaya hazır hale getirme yükümlülüğüdür. Bu yükümlülüklerin varlığı ve kapsamı, hakkın kararlaştırılma şekline ve hakkın konusu şeyin parça veya cins borcunun konusunu oluşturup oluşturmamasına göre değişir. Bununla birlikte bilgilendirme yükümlülüğü ise, alım hakkı için sözleşmede bir şarta yer verilmişse, alım hakkı verenin hak sahibini, şartın gerçekleştiği hususunda bilgilendirme borcunu ifade eder. Bu sebeple de, şarta bağlı alım haklarında söz konusu olan bir yükümlülük olarak karşımıza çıkar.

Alım hakkının kullanımı bir kullanım beyanı ile olur. Bu çerçevede kullanım beyanı, alım hakkının kullanılmasına ilişkin arzuyu ortaya koyan beyanı ifade eder. Kullanma beyanını ileri sürme yetkisi alım hakkı sahibine aittir. Alım hakkı sahibi ise genellikle alım hakkı sözleşmesinde alım hakkı verenin karşı tarafında yer alan alım hakkı alandır. Çoklu hak sahipliğinin bulunduğu hallerde ise, kullanma beyanına sahip olan kişi, hak sahipliğinin türüne, alım hakkı sözleşmesinde bir öncelik sırasının kararlaştırılıp kararlaştırılmadığına ve her hâlükârda somut olaydaki alım hakkının bağımsız nitelikte olup olmadığına göre tayin edilir. Buna ilaveten, kullanım beyanı sahibinin ileri sürdüğü beyan, ancak doğru muhataba vardığı anda hüküm ve sonuç doğurur. Bu noktada kullanım beyanının muhatabı, kural olarak alım hakkı verendir. Kullanım beyanı muhatabının birden fazla kişiden oluştuğu hallerde ise, kullanım beyanının, tüm maliklere karşı yapılması gerekir. Ancak maliklerden biri veyahut da üçüncü bir kişi beyan muhatabı olarak kararlaştırılmışsa artık beyanın bu kişiye yöneltilmesi yeterlidir. Kullanım beyanının ileri sürülme şekli yönünden ise herhangi bir şekil şartı aranmaz. Şekil konusu, kullanım beyanı yönünden tamamen ispat sorunu ile ilgili bir meseledir. Kullanım beyanının içeriği ise yeterli ölçüde belirli ve açık olmalıdır. Ayrıca bir şart da içermemelidir.

Alım hakkı kişisel bir haktır. Kişisel haklar ise nisbî nitelikte haklardır. TMK md. 1009 ve TBK md. 238 göz önüne alındığında, alım hakkının şerh edilebilen bir hak olduğu sonucuna ulaşılır. Alım hakkının şerh edilebilmesi için taraflar arasında bir şerh anlaşmasının varlığına ve ayrıca bir şerh beyanına ihtiyaç vardır. Alım hakkının şerh edilmesiyle birlikte şerhin koruyucu etkisi ise, tapu kütüğüne, bu hususta ilgili kaydın düşülmesiyle birlikte meydana gelir. Böylelikle alım hakkı, taşınmazı edinen sonraki maliklere karşı da ileri sürülebilir hale gelir. Bunun gibi, hakkın konusu şeyin üçüncü bir kişiye devri de, alım hakkının sona ermesi sonucunu doğurmaz. Şerh süresi devam ettiği müddetçe, hakkın konusu taşınmazın sonradan yapılacak devirlerinde, hak yine kullanılabilir. Buna ilaveten, alım hakkı şerh edildikten sonra, hakkın konusu taşınmaz üzerinde kurulan ve borcun gereği gib ifa edilmesini engelleyen bir hal söz konusu olursa, hak sahibi, şerhe dayanarak bu hakkın bertaraf edilmesini de isteyebilir. Son olarak, alım hakkı kişisel bir hak olduğundan, hakkın, tapu kütüğünde yer alan kayda güvenilerek iyiniyetle kazanılması, TMK md. 1023 hükmünün lafı karşısında, mümkün değildir. Son olarak şerh; feragat veyahut da kanundan doğan sona erme hallerinin varlığı halinde son erer.

TBK md. 239 çerçevesinde alım hakkı, kanun gereği mirasçılara geçen, ancak kural olarak devredilemeyen bir haktır. Alım hakkının devir ve intikaline ilişkin bu kural hem taşınır hem de taşınmazları konu alan alım hakları bakımından geçerlidir. Taraflar, alım hakkının devredilebilir nitelikte olacağını kararlaştırabilirler. Alım hakkının devredilebilirliği hak kurulurken kararlaştırılabileceği gibi daha sonra taraflarca ayrıca bir hukukî işlemle de yapılabilir. İlk durumda, hakkın devredilebilirliğine ilişkin anlaşmalar niteliği itibarıyla alım hakkına ilişkin hükümlerin bir parçasını oluşturur. Bu yönüyle de sözleşmenin sübjektif esaslı noktasını oluşturur ve alım hakkı sözleşmesinin şekline tabi olur. Bununla birlikte, alım hakkı kurulduktan sonra da hakkın devredilebilir olacağı taraflarca kararlaştırılabilir. Ancak hakkın tesisinden sonra yapılan bu yönde bir düzenleme, sözleşmenin değiştirilmesi anlamına gelir. Bu sebeple de, sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin hükümler burada da uygulama alanı bulur. Alım hakkının devri, TBK md. 183 vd. düzenlenen alacağın devrine ilişkin hükümlere tabidir. Başka bir deyişle, TBK md. 239 hükmü, hakkın müstakil devrini konu alan bir düzenlemedir. Dolayısıyla burada bir sözleşmenin devrinden bahsedilemez. Ancak taraflar dilerse alım hakkı sözleşmesinin bir devrin konusu

yapabilirler. Ancak bu devir işlemi artık TBK md. 239'un konusunu oluşturmaz. Bununla birlikte, hakkın geçerli olarak devri bir takım esasa ve şekle ilişkin şartlara tabidir. Esasa ilişkin şartlar; geçerli bir alım hakkının varlığı, hakkın devredilebilir olup olmamasına göre alım hakkı verenin rızası ve ehliyet ile ilgili bir meseledir. Şekle ilişkin şart ise, devir işleminde aranacak olan şekil şartının ortaya konmasına yönelik bir sorundur. Bu noktada, taşınmazlar üzerinde kurulan alım hakkının devrinde resmî şekil şartı gerekli iken; taşınırları konu alan alım hakkında uygulanacak şekil adî yazılı şekildir. Bununla birlikte, mirasçılar arasında miras ortaklığı devam ettiği sürece, aralarında yapacakları bir miras taksim sözleşmesiyle hakkı, yazılı şekil şartına uymak kaydıyla her zaman devredebilirler. Ancak alım hakkı kurulmuş ve daha sonra miras ortaklığı sona ermiş ise, uygulanacak şekil, TBK md. 239/II'da yer alan düzenlemenin amacına uygun bir yorumla belirlenir. Bunun sonucu olarak, alım hakkının bir taşınmazı konu aldığı durumlarda devir için aranan şekil resmî şekildir. Ancak bir taşınır üzerinde hak kurulmuşsa TBK md. 184 gereği devir işlemi yazılı şekil şartına tabî olur. Alım hakkının mirasla yoluyla geçişini düzenleyen TBK md. 239 hükmüne bakıldığında ise, bu düzenlemenin, alım hakkı sahibini yönünden getirilen bir düzenleme olduğunu söylemek mümkündür. Bu sebeple, hakkın mirasla intikâli yasaklanmış olsa dahi, alım hakkı yükümlüsünün ölümü halinde, üzerinde alım hakkı kurulmuş olan mal, alım hakkıyla yüklenmiş bir şekilde mirasçılara geçer.

Alım hakkı; hakkın kullanılması, feragat, sürenin sona ermesi, ölüm, hakkın konusu şeyin devri ve diğer sona erme hallerinin varlığı halinde sona erer. Diğer sona erme halleri kapsamında, alım hakkı; alacaklı ile borçlu sıfatının birleşmesi, şirket birleşmeleri, mahkeme kararı, alım hakkı sözleşmesinin feshi veya iptali ve ibra halinde de sona erer. Bununla birlikte, imkânsızlık halinde alım hakkının sona erip ermeyeceği tartışmalı bir konudur. Bu noktada kanaatimiz, alım hakkının ve doğal olarak esas sözleşmenin konusunu oluşturan şeyin imkânsızlaşmasının, hakkı sona erdirmeyeceği yönündedir. İmkânsızlığın alım hakkına etkisi açısından önemli olan, TBK md. 27'de yer alan imkânsızlığa ilişkin düzenlemenin nasıl yorumlanması gerektiğidir. Zira burada birbirinden farklı iki hukukî ilişki yer alır. Bunlar, alım hakkı sözleşmesi ile satış sözleşmesinden doğan ilişkidir. Alım hakkı sözleşmesi, halihazırda kurulmuş iken satış sözleşmesi hakkın kullanılma anına kadar kurulmamış, fakat içeriği kesin olarak tespit edilmiştir. Ayrıca her bir sözleşmenin konusu da birbirinden farklıdır. Alım hakkı

sözleşmesinin konusu alım hakkının kendisi iken; satış sözleşmesinin konusu alım hakkının konusu oluşturan maldır. Alım hakkı sözleşmesi ile satış sözleşmesinin konuları farklı olduğuna göre, alım hakkının konusunun imkânsızlaşması, alım hakkının da imkânsızlaşması anlamına gelmez.



KAYNAKÇA

- Adıgüzel, Burak. “Anonim Şirkette Rüçhan Hakkının Sınırlandırılması ve Kaldırılması”. *GÜHFD*. XVIII/1 (2014): 1-48.
- Adickes, Franz. *Zur Lehre Von Den Bedingungen Nach Römischem Und Heutigem Recht: Eine Vorarbeit Für Das Deutsche Civilgesetzbuch*. Berlin: de Gruyter Verlag, 1876.
- Akıncı, Şahin. *818 Sayılı BK ve 6098 Sayılı TBK ile Mukayeseli Roma Borçlar Hukuku*. Konya: Sayram Yayınları, 2020.
- Akıncı, Şahin. *Borçlar Hukuku Bilgisi – Genel Hükümler*. Konya: Sayram Yayınları, 2019.
- Akıncı, Şahin. *Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku: Özel Hükümler*. Konya: Sayram Yayınları, 2004.
- Akıncı, Şahin. *Roma Hukuku Dersleri*. Konya: Sayram Yayınları, 2019.
- Akipek, Jale ve Turgut Akıntürk. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2009.
- Allgäuer, Oskar. *Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufsrecht nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuches*. Aarau: H. R. Sauerländer & Co. Verlag, 1918.
- Altaş, Hüseyin. *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 1998.
- Amstutz, Marc vd. *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht Art. 641-977 ZGB*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2016.
- Antalya, Osman Gökhan ve Murat Topuz. *Eşya Hukuku Cilt IV/1 – Tapu Sicili*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- Antalya, Osman Gökhan. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler – Cilt 1*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2012.
- Aral, Fahrettin ve Hasan Ayrancı. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2015.
- Aschinger, Gerhard. *Börsenkrach und Spekulation - Eine ökonomische Analyse*. München: Vahlen Verlag, 1995.
- Atay, Onuralp. “Anonim Şirkette Rüçhan Hakkı”. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi, 2020.
- Ateş, Derya. *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2007.
- Ayan, Mehmet. *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*. Konya: Mimoza Yayınları, 2015.
- Ayan, Mehmet. *Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili*. Konya: Mimoza Yayınları, 2014.
- Ayan, Mehmet. *Eşya Hukuku II Mülkiyet*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Aybay, Aydın ve Hüseyin Hatemi. *Eşya Hukuku*. (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014).
- Aydın, Ramazan. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Müşterek Mülkiyete Tabi Malın Paylaşımı”. *Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I – 18-19 Nisan 2018 (Kayseri) – EÜHFSD*. 1/1 (2019): 263-280.
- Aydoğdu, Murat ve Nalan Kahveci. *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. İzmir: İleri Kitabevi, 2013.

- Ayiter, Nurşin. *Eşya Hukuku Kısa Ders Kitabı*. Ankara: Savaş Yayınları, 1987.
- Ayrancı, Hasan. *Ön Sözleşme*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2006.
- Bak, Başak. “Borsa Opsiyon Sözleşmesi”. *AÜSBFD*. 64/4 (2009): 39-75.
- Bamberger, Heinz Georg vd. *BRHP Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, Allgemeiner Teil Band 1 §§ 1-480*, (Herausgegeben von Heinz Georg Bamberger/Wolfgang Hau/Herbert Roth/Roman Poseck). München: C.H. Beck Verlag, 2019.
- Banz, Oliver. “Rechtsprobleme der Allfinanz: unter besonderer Berücksichtigung des Alternativen Risiko Transfers (ART)”. Dissertation, Zürich, 1999.
- Barthold, Beat M. ve Irène Schilter. *Art. 135 Pflicht zur Unterbreitung des Angebots / F. - I. (Kommentar zum Finanzmarktinfrastukturgesetz FinfraG) / SK - Schulthess Kommentar*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2017.
- Başpınar, Veysel. *Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998.
- Bauer, Thomas. “Börsenmässige Termingeschäfte und Differenzeinwand im schweizerischen und deutschen IPR”. Dissertation, Basel, 1988.
- Baygın, Cem. “Yeni Borçlar Kanunu’nun Satış İlişkisi Doğuran Haklar Konusunda Getirdiği Düzenlemelere Genel Bir Bakış”. *BÜHFKHHD*. 0/79-80 (2011): 7-30.
- Baygın, Cem. *Yabancı Para Üzerinden Borçlanmalar ve Hukukî Sonuçları*. İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1997.
- Bazzani, Claudio. *Vertragliche Schadloshaltung weisungsgebundener Verwaltungsratsmitglieder*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG Verlag, 2007.
- Becker, Hermann. *BK - Berner Kommentar Band/Nr. VI/1 - Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 1945.
- Beckmann, Roland Michael, Annemarie Matusche-Beckmann ve Martin Josef Schermaier. *J. von Staudingers – Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse §§ 433 – 480 (Kaufrecht), Neubearbeitung von Roland Michael Beckmann/Annemarie Matusche-Beckmann/Martin Josef Schermaier (Redaktor: Michael Martinek)*. Berlin: Sellier de Gruyter Verlag, 2014.
- Belen, Herdem. “Akdi Şu’fa Hakkının Noterde Düzenlenmesi Gereğine İlişkin TapuSicil Tüzüğü’nün Eleştirisi”. *KÜHFD*. 2/2 (1998-1999): 97-109.
- Berger, Christian vd. *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch mit Rom-I-, Rom-II-VO, EuUnthVO/HUntProt und EuErbVO* (Herausgegeben von Prof. Dr. Dres. h.c. Rolf Stürner). München: C.H.Beck Verlag, 2018.
- Bergerfurth, Bruno, Lutz Menard ve Dieter Fuchs. *Das Kaufrecht – Kaufvertrag, Haftung bei Rechts- und Sachmängeln, Besondere Arten des Kaufs, Internationales Kaufrecht*. Freiburg: Rudolf Haufe Verlag, 1992.
- Bilge, Necip. *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri*. Ankara: Yeni Desen Matbaası, 1962.
- Bilitza, Karl-Heinz. *Erfolgreich spekulieren mit Aktien- und Rentenoptionen – Termingeschäfte in Deutschland, den USA und der Schweiz*. Landsberg/Lech: Moderne Industrie Verlag, 1987.

- Blomeyer, Arwed. “La promesse de vente vaut vente — Zur Geschichte des Durchgriffs bei Vorverträgen”. in: *Festschrift für Leo Raape*. 0/0 (1948) : 268 ff.
- Bohrer, Andreas vd. *Finanzmarktrecht - Entwicklungen 2018*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2019.
- Bork, Reinhard ve Herbert Roth. *J. von Staudingers – Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1 – Allgemeiner Teil §§ 139 – 163 (Allgemeiner Teil 4b), Neubearbeitung von Reinhard Bork/Herbert Roth (Redaktor: Sebastian Herrler)*. Berlin: Sellier de Gruyter Verlag, 2015.
- Bozkurt, Tamer. *Anonim Şirketler Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Böckli, Peter ve Lukas Morscher. “Aktionärbindungsverträge: Übertragbarkeit und Geltungsdauer von Optionsrechten”. *SZW*. (1997): 53-65.
- Böckli, Peter. “Aktionärbindungsverträge, Vinkulierung und statutarische Vorkaufsrechte unter neuem Aktienrecht”. *ZBJV*. 0/129 (1993): 475 ff.
- Böckli, Peter. *Aktionärbindungsverträge mit eingebauten Vorkaufs- oder Kaufsrechten und Übernahmepflichten, in: Rechtsfragen um die Aktionärbindungsverträge (von Druey/Böckli/Nobel), Schriften zum neuen Aktienrecht Bd. 13*. Zürich: 1998.
- Bötticher, Eduard. *Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungsklagerecht. In: Ernst von Caemmerer, Arthur Nikisch, Konrad Zweigert (Hrsg.), Von deutschen zum europäischen Recht. Festschrift für Hans Dölle, 2 Bde., Band I*. Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, 1963.
- Bötticher, Eduard. *Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht*. Berlin: de Gruyter Verlag, 1964.
- Brandi-Dohrn, Matthias. *Der urheberrechtliche Optionsvertrag*. München/Berlin: C.H.Beck Verlag, 1967.
- Brenner, Hans Peter. “Das Vorkaufsrecht an beweglichen Sachen und Wertpapieren”. Dissertation, Basel, 1951.
- Brömmelmeyer, Christoph. *Schuldrecht Allgemeiner Teil*. München: C.H. Beck Verlag, 2014.
- Brudermüller, Gerd vd. *Beck'sche Kurz-Kommentar (Palandt) - Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen insbesondere mit Einführungsgesetz (Auszug) einschließlich Rom I-, Rom II- und Rom III- Verordnungen sowie EU-Güterrechtsverordnungen, Haager Unterhaltsprotokoll und EU-Erbrechtsverordnung, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz, Unterlassungsklagengesetz (PalHome), Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Versorgungsausgleichsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz (PalHome), Gewaltschutzgesetz (Bearb. von Brudermüller/Ellenberger/Götz/Grüneberg/Herrler/Sprau/Thom/Weidenkaff/Weidlich/Wicke)*. München: C.H.Beck Verlag, 2020.
- Brunner, Robert Max. “Kaufsrechte an Grundstücken: Versuch einer einheitlichen rechtlichen Erfassung vertraglich begründeter Kaufs-, Rückkaufs- und Vorkaufsrechte”. Dissertation, Bern/Zürich, 1998.

- Brückner, Christian ve Mathias Kuster. *Die Grundstücksgeschäfte Schweizer Immobiliarsachenrecht für Praktiker*. Zürich/Basel/Genf: Schulthess Juristische Medien AG Verlag, 2016.
- Brückner, Christian. *Der Grundstückkauf Vorkaufsvertrag, Kaufsrechtsvertrag, Begründung von Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechten*, Erschienen in: Alfred Koller, *Der Grundstückkauf - § 10 Verwandte Verträge (Vorvertrag, Vorkaufsvertrag, Vertrag auf Begründung eines Kaufsrechts bzw. Rückkaufsrechts)*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2001.
- Bucher, Eugen. “Die verschiedenen Bedeutungsstufen des Vorvertrages”. in: *Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag*. 0/0 (1979): 169-195.
- Bucher, Eugen. *Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*. Zürich: Schulthess Verlag, 1988.
- Buz, Vedat. *Yenilik Doğuran Haklar*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2005.
- Cahannes, Merens. *Leerverkäufe: eine rechtsökonomische Betrachtung der Regulierung von Leerverkäufen im Schweizer Finanzmarktrecht unter besonderer Berücksichtigung von Regulierungskonzepten aus der EU und aus den USA*. Basel: Schulthess Juristische Medien AG, 2019.
- Cansel, Erol ve Çağlar Özel. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2014.
- Cansel, Erol. *Tapu Siciline İtimat Prensibi*. Ankara: Ajans Türk Matbaası, 1964.
- Casper, Matthias. *Der Optionsvertrag, Jus Privatum Beiträge zum Privatrecht Band 98*. Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, 2005.
- Cavin, Pierre. *Kauf, Tausch, Schenkung - In Frank Vischer (Hg.), Schweizerisches Privatrecht (Bd. VII/1), Obligationenrecht-Besondere Vertragsverhältnisse*. Basel/Stuttgart: 1977.
- Clouth, Peter. *Rechtsfragen der außerbörslichen Finanzderivate - Produktstrukturen und Verlustrisiken; Beratung und Information durch Kreditinstitute*. München: C.H.Beck Verlag, 2001.
- Cordero, Ricardo. *Risiko-Management mit Optionen*. Bern: Paul Haupt Verlag, 1989.
- Çeker, Mustafa. “Türk Hukukunda Rekabetin Korunması ve Yeni Rekabet Düzeni”. *BATİDER*. XVIII/3 (1996): 87-117.
- Çelebi, Atahan. “İktisatta Zaman ve Spekülasyon”. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Yıldız Teknik Üniversitesi, 2007.
- Çenberci, Mustafa. *Gayrimenkul Satış Vaadi*. Ankara: Olgaç Matbaası, 1986.
- Dagenkolb, Heinrich. “Zur Lehre vom Vorvertrag”. *ACP*. 71/1 (1887): 1-92.
- Dalamanlı, Lütfü. *Gayrimenkul Satış Vaadi*. Ankara: Kazancı Yayınevi, 1986.
- Dauner-Lieb, Barbara ve Werner Langen. *Nomos Kommentar – BGB Schuldrecht / Band 2 (Herausgegeben von Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb/Prof. Dr. Werner Langen)*. Baden: Nomos Verlag, 2019.
- Dernburg, Heinrich. *Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. 2, 2. Abteilung, bearbeitet von Leo Raape*. Halle: Buchhandlung des Waisenhauses, 1915.
- Doğan, Gül. “Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi)”. Basılmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, 2004.

- Doğan, Murat, Gökhan Şahan ve İsmail Atamulu. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Doğan, Murat. “Mal Rejiminin Tasfiyesinde ve Mirasın Paylaşımında Aile Konutu ve Ev Eşyası”. *AÜEHFD*. VII/3-4 (2003): 651-696.
- Doğan, Murat. *Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2004.
- Donauer, Daniel. *Der Verwalter im schweizerischen Stockwerkeigentumsrecht*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG Verlag, 2019.
- Dural, Mustafa ve Suat Sarı. *Türk Özel Hukuku Cilt:I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013.
- Dural, Mustafa, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümü. *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku Cilt:III*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2005.
- Eggen, Mirjam. “Gewährleistung bei vernetzten Geräten”. *SZW*. 0/4 (2019): 358-371.
- Endemann, Friedrich. *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I*. Berlin: Heymann Verlag, 1903.
- Enneccerus, Ludwig ve Heinrich Lehmann. *Recht der Schuldverhältnisse, bearbeitet von Heinrich Lehmann*. Tübingen: Mohr Verlag, 1958.
- Enneccerus, Ludwig. *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*. Marburg: Elwert Verlag&Buchhandlung, 1889.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2015.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2017.
- Eren, Fikret. *Mülkiyet Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2014.
- Eren, Fikret. *Türk Medenî Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1966.
- Erman, Hasan. *Eşya Hukuku Dersleri*. İstanbul: DER Yayınları, 2018.
- Erman, Hasan. *Medeni Hukuk Dersleri Başlangıç Bölümü*. İstanbul: Der Yayınları, 2014.
- Ermenek, İbrahim. *Medeni Hukuk – II (Eşya Hukuku – Miras Hukuku)*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- Ertaş, Şeref. “Ölüme Bağlı Tasarruftan Tenfizi Ölüme Bağlı Bağışlama ile Rücu”. *DEÜHFD*. 7/0 (2005): 51-56.
- Ertaş, Şeref. *Eşya Hukuku*. İzmir: Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 2018.
- Erzurumluoğlu, Erzan. *Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2013.
- Esener, Turhan ve Kudret Güven. *Eşya Hukuku – Genişletilmiş ve 6750 Sayılı Kanun Eklenmiş*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2019.
- Esser, Josef ve Eike Schmidt. *Schuldrecht – Band I Allgemeiner Teil (Teilband 1 Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen)*. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1995.
- Esser, Josef ve Eike Schmidt. *Schuldrecht – Band I Allgemeiner Teil (Teilband 2 Durchführungshindernisse und Vertragshaftung, Schadenausgleich und Mehrseitigkeit beim Schuldverhältnis)*. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2000.

- Esser, Josef ve Hans-Leo Weyers. *Schuldrecht – Band II Besonderer Teil (Teilband 1 Verträge – Ein Lehrbuch)*. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1998.
- Esser, Josef. *Schuldrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil: ein Lehrbuch*. Karlsruhe: Müller Verlag, 1970.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin. “Şuf’a Hakkının Kullanılması Mümkün Olan ve Olmayan Tasarruflar”. *İHFM*. XIX/1-2 (1953): 222-269.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin. “Şufa Hakkının Doğuşu ve Buna Terettüp Eden Hükümler”. *İÜHFM*. XVII/1-2 (1951): 207-238.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin. *Borçlar Hukuku İkinci Kısım – Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri Cilt I)*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin. *Şuf’a Hakkı*. İstanbul: Nazari ve Tatbiki Hukuk Eserleri, 1959.
- Fikentscher, Wolfgang ve Andreas Heinemann. *Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*. Berlin/Boston: Walter de Gruyter GmbH Verlag, 2017.
- Fischer, Damian. *Änderungen im Vertragsparteienbestand von Aktionärbindungsverträgen (Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 281)*. Zürich/St. Gallen: Dike Verlag AG, 2009.
- Fischer, Roland/Kieser, Hannes. “Die Privatverwertung von Pfandrechten an Aktien”. *GesKR*. 0/3 (2019): 355-371.
- Flume, Werner. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Band 2: Das Rechtsgesch FT (Enzyklop Die Der Rechts- Und Staatswissenschaft / Abteilung)*. Berlin/Heidelberg/New York: Springer Verlag, 1979.
- Forstmoser, Peter ve Marcel Küchler. *Aktionärbindungsverträge Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG Verlag, 2015.
- Forstmoser, Peter, Arthur Meier-Hayoz ve Peter Nobel. *Schweizerisches Aktienrecht*. Bern: Stämpfli Verlag, 1996.
- Forstmoser, Peter. *Der Aktionärbindungsvertrag an der Schnittstelle zwischen Vertragsrecht und Körperschaftsrecht, in: Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Honsell/Portmann/Zäch/Zobl (Hrsg.)*. Zürich: Schulthess Verlag, 2003.
- Forstmoser, Peter/Pulver, Urs. *Der Optionshandel in der Schweiz, Wertpapier Mitteilungen Teil IV: ZWB, Sonderbeilage Nr. 6*. München: C.H. Beck Verlag, 1988.
- Förster, Christian. *Schuldrecht Allgemeiner Teil (Start ins Rechtsgebiet) – Eine Einführung mit Fällen*. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2015.
- Frick, Jürg. *Private Equity im Schweizer Recht - Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Band 272*. Zürich: Dike Verlag, 2009.
- Fritschi, Mirjam Eva. *Crowdfunding aus zivilrechtlicher Perspektive - Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen Schweizer Plattformen und deren Einfluss auf die Rechtsbeziehungen der Beteilig.* Zürich: Dike Verlag AG, 2018.
- Früh, Walter. “Die Vormerkung persönlicher Rechte nach schweizerischem Grundbuchrecht”. Dissertation, Zürich, 1929.

- Gauch, Peter, Walter R. Schluep ve Jörg Schmid. *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I*. Zürich: Schulthess Verlag, 2014.
- Gauch, Peter, Walter R. Schluep ve Susan Emmenegger. *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II*. Zürich: Schulthess Verlag, 2014.
- Gauch, Peter. “Der Auftrag, der Dauervertrag und Art. 404 OR Ein Kurzbeitrag zur Rechtsprechung des Bundesgerichts”. *SJZ*. 0/101 (2005): 520-525.
- Gauch, Peter. *System der Beendigung von Dauerverträgen*. Fribourg: Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1968.
- Geiben, Nikolaus. *Der Vorvertrag im Internationalen Privatrecht: Band 135*. Frankfurt am Main: Europäischer Verlag der Wissenschaften, 2007.
- Gençcan, Ömer Uğur. *Mal Rejimleri Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2010.
- Georgiades, Apostolos. *Optionsvertrag und Optionsrecht*, in: Paulus, Gotthard/Larenz, Karl (Hg.), *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1973.
- Ghandchi, Lilian. *Das gesetzliche Vorkaufsrecht im Baurechtsverhältnis*. Zürich: Schulthess Verlag, 1999.
- Giesen, Richard. *Wollensbedingungen*, in: Gödicke, Patrick et al. (Hg.), *Festschrift für Jan Schapp zum siebzigsten Geburtstag (Hrsg. v. Patrick Gödicke, Horst Hammen, Wolfgang Schur u. Wolf-Dietrich Walker)*. Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, 2010.
- Giger, Hans. *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch, 3. Abschnitt: Der Grundstückkauf Art. 216–221 OR*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 1997.
- Giger, Hans. *BK - Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/1/4 und 5 - Besondere Arten des Kaufs, Art. 222-236 OR / Der Tauschvertrag, Art. 237-238 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Kauf und Tausch*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 1999.
- Glattfelder, Hans. “Die Aktionärbindungsverträge”. *ZSR*. II/78 (1959): 141a-355a.
- Gloor, Marcel ve Andrea E. Flury. “Die Call Option an Aktien beim Tod eines Aktionärs”. *SJZ*. 0/101 (2005): 305-313.
- Gottini, Melanie Catalina. *Die Verjährung im schweizerischen Privatrecht: Grundlagen und ausgewählte Problembereiche*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2019.
- Gsell, Beate vd. *GrossKommentar (beck-online) – Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil - Hrsg: Hager (Gesamthrg: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann)*. München: C.H.Beck Verlag, 2019.
- Guhl, T., H. Merz ve M. Kummer. *Das Schweizerische Obligationenrecht*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1980.
- Guhl, Theo vd. *Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts*. Zürich: Schulthess Verlag, 2000.
- Gutmans, Alexander. “Die Regel der Erfüllungs- bzw. Nichterfüllungsfiktion im Recht der Bedingung (Art. 156 OR)”. *Dissertation*, Basel, 1995.

- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt: I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Tasarruf Sınırlaması Şerhleri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007.
- Gürsoy, Kemal Tahir. *Türk Eşya Hukukunda Zilyedlik ve Tapu Sicili*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970.
- Gürsoy, Kemal Tevfik, Fikret Eren ve Erol Cansel. *Türk Eşya Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984.
- Haab, Robert vd. *Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/1, Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Zweite Auflage in neuer Bearbeitung der entsprechenden Abschnitte des Kommentars von Prof. C. Wieland*, 1909. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1977.
- Haarmann, Wilhelm. *Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Dauerrechtsverhältnissen*. Berlin: Duncker & Humblot Verlag, 1979.
- Hartung, Klaus Joachim. *Das Wertpapieroptionsgeschäft in der Bundesrepublik Deutschland*. Berlin: Duncker & Humblot Verlag, 1989.
- Hatemi, Hüseyin ve K. Emre Gökyayla. *Borçlar Hukuku - Genel Bölüm*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Hatemi, Hüseyin, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı. *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.
- Hatemi, Hüseyin, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991.
- Hatemi, Hüseyin. *Medeni Hukuka Giriş*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Häusler, Tom. *Die vertraglichen Grundlagen im Bereich des Handels mit derivativen Finanzinstrumenten unter besonderer Berücksichtigung des Schweizer Rahmenvertrages für Over the Counter (OTC) Derivate*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1996.
- Haymann, Eric. *Aktienübernahmevereinbarungen zwischen Mehrheits- und Minderheitsaktionären, Ein Vorschlag zu einem wirksamen Minderheitenschutz, vor allem in kleinen und mittleren Aktiengesellschaften*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1973.
- Heidel, Thomas vd. *Nomos Kommentar – BGB Allgemeiner Teil / EGBGB: Band 1 (Herausgegeben von Dr. Thomas Heidel/Dr. Rainer Hüßlage/Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel/Prof. Dr. Ulrich Noack)*. Baden: Nomos Verlag, 2016.
- Helbling, Christof. *Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen in der Schweiz*. Zürich/Basel/Genf: Schulthess Verlag, 2003.
- Henn-Overbeck, Jacqueline. *Derivate: Bewertung*, in: Heinz Zimmermann Hrsg., *Finance Compact*. Zürich: Verlag Neue Zürcher Zeitung, 2006.
- Henrich, Dieter. *Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht*; 32. Berlin: de Gruyter Verlag, 1965.
- Henssler, Martin. *Risiko als Vertragsgegenstand (Jus Privatum, Band 6)*. Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, 1994.

- Herberger, Maximilian vd. *Juris PraxisKommentar BGB, Band I: Allgemeiner Teil §§1-240* (Verfasserangabe: Klaus Vieweg), (Gesamtherausgeber: Prof. Dr. Maximilian Herberger/Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Martinek M.C.J./Helmut Rüßmann/Prof. Dr. Stephan Weth). Saabrücken: juris GmbH, 2010.
- Herberger, Maximilian vd. *Juris PraxisKommentar BGB, Band II: Schuldrecht Teil 2.2 §§433-630* (Verfasserangabe: Roland Michael Beckmann), (Gesamtherausgeber: Prof. Dr. Maximilian Herberger/Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Martinek M.C.J./Prof. Dr. Stephan Weth). Saabrücken: juris GmbH, 2010.
- Herzog, Nicolas R. "Der Vorvertrag im Schweizerischen und Deutschen Schuldrecht". Dissertation, Zürich, 1999.
- Hintz-Bühler, Monika. *Aktionärbindungsverträge*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2001.
- Hirsch, Christoph. *Schuldrecht Allgemeiner Teil*. Baden: Nomos Verlag, 2018.
- Hirsch, Christoph. *Schuldrecht Besonderer Teil*. Baden: Nomos Verlag, 2018.
- Hochgesand, Helmut . "Spekulation". İçinde *Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaften Band 7*, editörler von W. Albers u.a., 170-177. Stuttgart-New York: Gustav Fischer Verlag, 1988.
- Hompel, Adolf ten. *Der Verständigungszweck im Recht. Ein Versuch zur Aufdeckung rechtspsychologischer Grundlinien unter besonderer Berücksichtigung der freien Willensbedingung und ihrer gesetzlichen Hauptfälle im Kauf auf Probe, im Vorkaufs-, Rückkaufs-, Reu-, Rücktritts-, Wahlschuld-, Wandlungs-, Einigungs- und Eintragungs-Recht*. Berling: Vahlen Verlag, 1908.
- Honsell, Heinrich ve Theo Mayer-Maly. *Rechtswissenschaft - Die Grundlagen des Rechts*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2017.
- Honsell, Heinrich. *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil*. Bern: Stämpfli Verlag, 2017.
- Huber, Ulrich. *Leistungsstörungen: Band II Die Folgen des Schuldnerverzugs - Die Erfüllungsverweigerung und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit*. Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, 1999.
- Hueck, Götz. "Erwerbsvorrechte im Gesellschaftsrecht". İçinde *Festschrift für Larenz*, editörler von Gotthard Paulus, Uwe Diedrichsen ve Claus-Wilhelm Canaris, 749-767. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1973.
- Huguenin, Claire. *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil*. Zürich/Basel/Genf: Schulthess Verlag, 2014.
- Hull, John C. *Optionen, Futures und andere Derivate*. Hallbergmoos: Pearson Studium Verlag, 2015.
- Hutterli, Silvo. "Strukturierte Produkte: Ausgestaltung, Emission und Handel aus rechtlicher Sicht". Dissertation, St. Gallen, Zürich 2008.
- Isler, Leana Maria. *Die im Grundbuch vormerkbaren persönlichen Rechte Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrecht Miete und Pacht und ihre steuerrechtliche Behandlung*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1989.
- İnan, Ali Naim ve Özge Yücel. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.

- Jaeger, Eduard. “Das Vorkaufsrecht nach gemeinem Rechte”. Dissertation, Tübingen 1893.
- Jaeger, Jiri ve Peter Hejma. “Swaps und Optionen - Derivathandel in Deutschland und der Tschechischen Republik”. *RIW*. 0/9 (2001): 680-685.
- Jäger, Eva. “Aktienoptionen und Optionsscheine : zur Börsentermingeschäftseigenschaft von Aktienoptionen sowie zur Übertragbarkeit der hierzu entwickelten Grundsätze auf Optionsscheine nach der Rechtslage vor Inkrafttreten der Börsengesetznovelle am 1. August 1989”. Dissertation, München Univ., Jur. Fak., 1990.
- Jäggi, Peter. “Ueber das vertragliche Vorkaufsrecht”. *ZBGR*. 0/39 (1958): 65-75.
- Jentsch, Valentin. “Ausübung eines vertraglichen Kaufrechts durch die übrigen Gesellschafter beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus der GmbH”. *GesKR*. 0/1 (2019): 132-140.
- Jentsch, Valentin. *Transaktionsvereinbarungen bei öffentlichen Übernahmen: Inhalt, Zulässigkeit und Durchsetzung*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2015.
- Jezler, Robert. *Der schweizerisch-französische Optionsvertrag – Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde*. Bern: Stämpfli & Cie., 1940.
- Joussen, Jacob. *Schuldrecht I – Allgemeiner Teil*. Stuttgart: W. Kohlhammer Verlag, 2018.
- Karahasan, Mustafa Reşit. *Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, Cilt:I*. İstanbul: Arıkan Basım Yayım Dağıtım, 2007.
- Karaküçük, Barış. “Alım (İştira) Hakkı”. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2021.
- Kaya, Helin. “Spekülasyon ve Hedging Amaçlı Türev Araç Kullanımının Bankaların Faiz Oranı Ve Döviz Kuru Riskine Etkisi: Borsa İstanbul'da İşlem Gören Bankalar Üzerine Bir Uygulama”. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi, 2020.
- Keller, Hans Ludwig. “Der Drittschadenersatz bei Vertragsverletzung”. Dissertation Freiburg i. Br. 1966, Freiburg i. Br., 1967.
- Kılıç, Halil. *Son Değişikliklerle Gayrimenkul Davaları (Teori-Açıklamalar Kararlar), Cilt III*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış)*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2011.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2002.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Medeni Kanun'unumuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2003.
- Kırca, İsmail. *Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2000.
- Kläy, Hanspeter. *Die Vinkulierung, Theorie und Praxis im neuen Aktienrecht*. Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1997.
- Kocaağa, Köksal. “Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar”. *TBBD*. 0/79 (2008): 73-102.

- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı) – Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş - Hukukî İşlem – Sözleşme*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı) – İkinci Cilt*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2008.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük Kavramları ile ilgili Düşünceler - Prof. Dr. Selim KANETİ'ye Armağan*. İstanbul: Aybay Yayınları, 1996.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1959.
- Koç Aytekin, Gülner. “Uluslararası Sermaye Hareketleri Kapsamında Sıcak Para Akımlarının Ekonomik Etkileri ve Spekülasyon”. *UBBED*. 4/7 (2018): 184-207.
- Koller, Alfred . *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil: Handbuch des Allgemeinen Schuldrechts*. Bern: Schulthess Juristische Medien AG, 2017.
- Koller, Pius. *Der Kauf landwirtschaftlicher Gewerbe und Grundstücke*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2017.
- Kostkiewicz, Jolanta Kren vd. *OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht - OFK - Orell Füssli Kommentar (Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf)*. Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 2009.
- Kostkiewicz, Jolanta Kren. *SchKG Art. 211a Dbis. Dauerschuldverhältnisse - SchKG KommentarSchuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen (OFK - Orell Füssli Kommentar)*. Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 2016.
- Kramer, Stefan/Favre, Olivier. *Art. 2 lit. c Begriffe: Derivate oder Derivatgeschäfte (Kommentar zum Finanzmarktinfrastukturgesetz FinfraG) / SK - Schulthess Kommentar*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2017.
- Kramer, Stefan/Zobl, Dieter. *Schweizerisches Kapitalmarktrecht*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2004.
- Kratz, Brigitta. *Präjudizienbuch ORDie Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015)*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2016.
- Kress, Hugo. *Besonderer Teil (Lehrbuch des Schuldrechts / 2)*. München: Beck Verlag, 1934.
- Krug, Robert. “Die Zulässigkeit der reinen Wollensbedingung, zugleich ein Beitrag zu den Lehren von Norm und Rechtsgeschäft, Tatbestand und Bedingung”. Dissertation, Marburg, 1903.
- Krüger, Werner. “Optionsrecht und Optionsverträge”. Dissertation, Göttingen, 1928.
- Kues, Petra. “Vereinbarungen im Vorfeld eines Vertrages”. Dissertation, Konstanz, 1994.
- Kurt, Ekrem. *Tapu Sicilinin Düzeltilmesi*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınevi, 2004.
- Kühne, Eberhard. “Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten”. Dissertation, Rostock Univ., 1929.
- Lang, Theodor. “Die Durchsetzung des Aktionärbindungsvertrags”. Dissertation, Basel, 2003.

- Lang, Walter. “Das dingliche Vorkaufsrecht und seine wirtschaftliche Bedeutung”. Dissertation, Köln, 1958.
- Larenz, Karl. “Die rechtliche Bedeutung von Optionsvereinbarungen”. *DB*. (1955): 209-211.
- Larenz, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts – I. Band: Allgemeiner Teil*. München: C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1987.
- Larenz, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band Besonderer Teil: 1. Halbband*. München: C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1986.
- Laue, Eric. *Begriff und Wesen des Vorkaufsrecht nach B.G.B.* Berlin: Druck von Wilhelm Pilz, 1905.
- Leeman, Hans. *Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV: Sachenrecht, 1. Abtl. (Art. 641 - 729 ZGB)*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 1920.
- Leenen, Detlef. *BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre*. Berlin/Boston: Walter de Gruyter GmbH Verlag, 2015.
- Lehner, Othmar. “Die rechtliche Struktur und die Hauptarten der aktienrechtlichen Vorkaufsrechte”. *SJZ*. 0/50 (1954): 73 ff.
- Leipold, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil – Ein Lehrbuch mit Fällen und Kontrollfragen*. Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, 2017.
- Leu, Daniel. “Variable Vergütungen für Manager und Verwaltungsräte”. Dissertation, Zürich, 2005.
- Linneborn, Walter. “Das Optionsrecht: Ein Beitrag zur Fortentwicklung des Vertragsrechtes nach den praktischen Bedürfnissen”. *Jur. Diss.*, Köln Univ., 1936.
- Liver, Peter. *Das Eigentum, Schweizerisches Privatrecht, Band V/1*. Basel/Stuttgart: Helbing Lichtenhahn Verlag, 1997.
- Loewenthal, Herbert. “Der Übergang der Gestaltungsrechte unter Lebenden und von Todes wegen”. (Dissertation, Köln Univ., 1932).
- Looschelders, Dirk. *Schuldrecht Allgemeiner Teil*. München: Franz Vahlen Verlag, 2018.
- Looschelders, Dirk. *Schuldrecht Besonderer Teil*. München: Franz Vahlen Verlag, 2019.
- Lorandi, Franco. “Dauerschuldverhältnisse im neuen Sanierungsrecht”. *AJP*. 0/3 (2014): 292-300.
- Lorenz, Werner. *Vorzugsrechte beim Vertragsabschluß, in: Vom deutschen zum europäischen Recht — Festschrift für Dölle, Bd. 1*. Tübingen: 1963.
- Martens, Klaus-Peter. “Die bilanzrechtliche Behandlung internationaler Optionsanleihen nach § 150 Abs.2 AktG”. *İçinde Festschrift für Walter Stimpel*, 621-643. Berlin: de Gruyter Verlag, 1985.
- Matt, Isabel. “Der bedingte Vertrag im schweizerischen und liechtensteinischen Privatrecht”. Dissertation, Zürich, 2014.
- Mcmurray, Scott. “The Lost of Hedging”. *IIJ*. 24/12 (2000): 63-69.
- Meier-Hayoz, Arthur. *Berner Kommentar, zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, 3. Teilband: Grundeigentum II (ZGB Art. 680- 701)*. Bern: Stämpfli&Cie AG Verlag, 1975.

- Meister, Thomas. *StG 4 - StG Kommentar Stempelabgaben - LT Commentaire droits de timbre*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2006.
- Merz, Hans. *Schweizerisches Privatrecht, Band VI/1: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*. Basel/Frankfurt am Main: Helbing Lichtenhahn Verlag, 1984.
- Merz, Hans. *Vertrag und Vertragsschluss*. Freiburg: Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1992.
- Müller, Christoph. *Einleitung in das OR / II. Grundbegriffe des OR / B. - C. - Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen (BK - Berner Kommentar)*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2018.
- Müller, Lukas. "Eigenkapitalbasierte Vergütung de lege ferenda Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte". *AJP*. 17/0 (2008): 527-534.
- Müller-Chen, Markus, Claire Huguenin ve Daniel Girsberger. *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe (Herausgeber: Markus Müller-Chen/Claire Huguenin/Daniel Girsberger)*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2012.
- Müller-Möhl, Ernst ve Erhard Lee. *Optionen und Futures: Grundlagen und Strategien für das Termingeschäft in Deutschland, Österreich und in der Schweiz*. Zürich: Schäffer-Poeschel Verlag, 2002.
- Naumann, Gerhard. "Die Bedeutung der Optionsklausel". Dissertation, Halle-Wittenberg Univ., 1935.
- Nipperdey, Hans Carl. *Vorhand, Vorkaufsrecht und Einlösungsrecht, Zentralblatt für Handelsrecht*. Berlin: 1930.
- Noelpp, Christoph. *Eine Studie zur rechtlichten Erfassung des Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufsrechts*. Basel und Frankfurt am Main: Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1987.
- Nomer, Halûk N. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2015.
- Nomer, Halûk N. *Vefa Hakkı*. İstanbul: Beta Yayınevi, 1992.
- Nomer, Halûk Nami ve Mehmet Serkan Ergüne. *Eşya Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Oetker, Hartmut ve Felix Maultzsch. *Vertragliche Schuldverhältnisse*. Berlin: Springer Verlag, 2018.
- Oğuzman, M. Kemal ve Nami Barlas. *Medeni Hukuk*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.
- Oğuzman, M. Kemal ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1*. Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014 .
- Oğuzman, M. Kemal ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2*. Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir. *Eşya Hukuku*. Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.
- Okur, Sinan. "Önalım Olgusuna Dair Yeni Bir Kategori; Ekonomik Bakımdan Satışa Eşdeğer İşlem Kavramı Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme (TBK m. 240/Art. 216c OR)". *SDÜHFD*. 9/1 (2019): 101-258.

- Okutan Nilsson, Gül. *Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmesi*. İstanbul: Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, 2004.
- Oser, Hugo ve Wilhelm Schönenberger. *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd.V/1, Art. 1-183 OR*. Zürich: Schulthess Verlag, 1929.
- Oser, Hugo ve Wilhelm Schönenberger. *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd.V/2, Art. 184-418 OR*. Zürich: Schulthess Verlag, 1936.
- Ott, Walter. “Die Abtretung vertraglicher Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte als Vertragsübernahme”. *ZBGR*. 0/59 (1978): 257-287.
- Önen, Ergun. *İnşai Dava*. Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 1981.
- Özbilen, Arif Barış. *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Özsunay, Ergun. *Kartel Hukuku*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları - Fakülteler Matbaası, 1985.
- Özuğur, Ali İhsan. *Mal Rejimleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011.
- Petersen, Jans. *Examens-Repetitorium Allgemeines Schuldrecht*. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2019.
- Pfäffli, Roland ve Amédéo Wermelinger. “Grundstückkauf, Kaufvorvertrag – Vorkaufsrecht, Kaufsrecht und Rückkaufsrecht”. *SJZ*. 0/113 (2017): 513-521.
- Pfäffli, Roland ve Daniela Byland. “Vorkaufsrecht, Kaufsrecht, Rückkaufsrecht An Grundstücken”. *AWR*. (2013): 189-294.
- Pfäffli, Roland. “Vom alten zum neuen bäuerlichen Bodenrecht”. *ZJWP*. recht 1993 (1993): 159-171.
- Pfäffli, Roland. *Beurkundung des Kaufpreises (Der Grundstückkauf / La vente immobilière Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 20. Januar 2009 in Zürich und Lausanne)*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2010.
- Pfeiffer, Kurt. “Die Vormerkung persönlicher Rechte im Grundbuch”. Dissertation, Zürich, 1910.
- Portmann, Dominique. “Mitarbeiterbeteiligung: Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen im schweizerischen Arbeitsrecht”. Dissertation St. Gallen, Bern, 2005.
- Prütting, Hanns, Gerhard Wegen ve Gerd Weinreich. *Prütting/Wegen/Weinreich – Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar (Herausgegeben von Prof. Dr. h.c. mult. Hanns Prütting/Prof. Dr. Gerhard Wegen, L.L.M./Gerd Weinreich)*. Koeln: Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Luchterhand Verlag, 2019.
- Pulaşlı, Hasan. *Şarta Bağlı Hukukî İşlemler ve Sonuçları*. Ankara: Dayınlarlı Yayıncılık, 1989.
- Pulver, Urs. “Börsenmässige Optionsgeschäfte: Auftrag und Abwicklung”. Dissertation, Zürich, 1987.
- Raape, Leo. *Die Wollensbedingung - zugleich ein Beitrag zum Stempelrecht (Sonderdr. aus: Dr Wilhelm v. Brünneck zum gold. Doktorjubiläum v.d. Halleschen Juristenfakultät dargebr.Festschrift)*. Halle: Buchh. des Waisenhauses Verlag, 1912.
- Reisoğlu, Safa. *Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2012.

- Reisoğlu, Safa. *Türk Eşya Hukuku, Cilt I*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Yayınları, 1980.
- Reutter, Thomas U. “Das bedingte Übernahmeangebot: ein Beitrag zum «Börsenvertragsrecht»”. Dissertation, St. Gallen 2001, Zürich, 2002.
- Reutter, Thomas U. ve Annette Weber. *Kapitalmarkt - Recht und Transaktionen XIII*. Basel: Schulthess Juristische Medien AG, 2019.
- Rey, Heinz. *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2008.
- Rey, Heinz. *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Bd. I*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2007.
- Riepl, Reinhard. *Wörterbuch zur Familien- und Heimatforschung in Bayern und Österreich, 3. Auflage Wörterbuch zur Familien- und Heimatforschung in Bayern und Österreich. 3. Auflage mit einem Nachtrag: Familienforschung Ahnenforschung Genealogie Lexikon Stammbaum (Deutsch) Taschenbuch*. Waldkraiburg: Reinhard Riepl Verlag, 2009.
- Roberto, Vito. “Teilrevision des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechts”. *ZJWP*. recht 1993 (1993): 172-177.
- Roth, Hans. “Der Vorvertrag: eine zivilistische Studie unter besonderer Berücksichtigung von Art. 22 des schweizerischen Obligationenrechts”. Dissertation, Freiburg Univ., 1928.
- Röser, Felix. “Ankaufsrecht, Vorhand, Einlösungsrecht und Option: ein Beitrag zur Lehre von den gesetzlich nicht geregelten Anrechten zum Kauf”. Dissertation, Bonn Univ., 1938.
- Rüegg, Jonas. *Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte an Grundstücken (Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft –LBR– Band 89)*. Zürich/Basel/Genf: Schulthess Juristische Medien AG Verlag, 2014.
- Salzgeber-Dürig, Erike. *Das Vorkaufsrecht und verwandte Rechte an Aktien*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG Verlag, 1970.
- Sarı, Suat. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”. *İÜHFD*. 64/2 (2006): 273-300.
- Sarı, Suat. *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*. İstanbul: Beşir Kitabevi, 2007.
- Schäfer, Klaus. *Einsatz und Bewertung von Optionen und Futures*, in: Rudolph, Bernd (Hrsg.), *Derivate Finanzinstrumente*. Stuttgart: Schäffer-Poeschel Verlag, 1995.
- Schenker, Urs. *Vorkaufsrechte, Vorhandrechte und Mitverkaufsrechte im Zusammenhang mit M&A Transaktionen*, in: Tschäni Rudolf (Hrsg.), *Mergers & Acquisitions XV*. Zürich: Schulthess Verlag, 2013.
- Schilhabl, Nicki Werner. *Vorkaufsrechte an Gesellschaftsanteilen, Schriften zum Bürgerlichen Recht Band 450*. Berlin: Duncker&Humblot Verlag, 2016.
- Schleich, Philipp Meier. *Option und Optionsvertrag Vertragsherbeiführende Optionsrechte aus schuldrechtlicher Sicht, ZStP - Zürcher Studien zum Privatrecht Band/Nr. 289*. Zürich/Basel/Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2018.

- Schlochoff, Wolfgang. "Die Gestaltungsrechte und ihre Übertragbarkeit". Dissertation, Breslau Univ., 1933.
- Schmid, Hans Peter. *Das Vorkaufsrecht*. Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1934.
- Schmid, Jörg. "Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen". Dissertation, Fribourg, 1988.
- Schmidt, Eike. *Das Schuldverhältnis – Eine systematische Darstellung des Allgemeinen Schuldrechts*. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2004.
- Schmidt, Rolf. *Schuldrecht Allgemeiner Teil*. Bremen: Rolf Schmidt GmbH Verlag, 2018.
- Schollmeyer, Friedrich. *Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch*. Berlin: de Gruyter Verlag, 1904.
- Schubert, Claudia vd. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 Allgemeiner Teil I §§ 1 – 240, AllgPersönlR – ProstG – AGG (Redakteurin: Dr. Claudia Schubert)*. München: C.H.Beck Verlag, 2018.
- Schuemer, Hans Theodor. *Das obligatorische Vorkaufsrecht: Theorie und Begriffsbestimmung, Diss. Recht Zürich*. Zürich: Gutzwiller Verlag, 1925.
- Schulze, Reiner, Herbert Grziwotz ve Rudolf Lauda. *Gesetzesformulare BGB – Kommentiertes Vertrags- und Prozessformularbuch (Hrsg. von Reiner Schulze/Hebert Grziwotz/Rudolf Lauda)*. Baden: Nomos Verlag, 2020.
- Schumacher, Rainer. *Vertragsgestaltung: Systemtechnik für die Praxis*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2004.
- Schumann, Werner. "Die Option". Dissertation, Tuebingen Univ., 1969.
- Schurig, Klaus. *Das Vorkaufsrecht im Privatrecht (Geschichte, Dogmatik, ausgewählte Fragen)*. Berlin: Duncker & Humblot Verlag, 1975.
- Schwenzer, Ingeborg. *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2016.
- Scmoeckel, Mathias, Joachim Rückert ve Reinhard Zimmermann. *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band I: Allgemeiner Teil §§1-240, (Herausgegeben von Mathias Scmoeckel/Joachim Rückert/Reinhard Zimmermann)*. Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, 2003.
- Scmoeckel, Mathias, Joachim Rückert ve Reinhard Zimmermann. *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band III Schuldrecht: Besonderer Teil 1. Teilband §§433-656, (Herausgegeben von Mathias Scmoeckel/Joachim Rückert/Reinhard Zimmermann)*. Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, 2013.
- Sebük, M. Tahir. "İştirâ Hakkı". *ABD*. 1/2 (1944): 3-10.
- Sebük, M. Tahir. *Türk Medeni Kanununda Şüf'a Vefa Ve İştirâ Hakları Nazariyat ve Tatbikat*. İstanbul: Kader Basımevi, 1951.
- Serozan, Rona. *Sözleşmeden Dönme*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975.
- Sevi, Ali Murat. *Anonim Ortaklıkta Payın Devri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Siebert, W. *Soergel BGB – Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Band 6/2 Schuldrecht 4/2 §§ 454-480 (begründet von Dr. Hs. Th. Soergel, Bayer. Hofrat - neu herausgegeben von Dr. W. Siebert, o. Professor der Rechte in Heidelberg)*. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 2009.

- Siebert, W. *Soergel BGB – Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Band 2 Allgemeiner Teil 2 §§ 104-240 (begründet von Dr. Hs. Th. Soergel, Bayer. Hofrat - neu herausgegeben von Dr. W. Siebert, o. Professor der Rechte in Heidelberg)*. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 1999.
- Siegrist, Samuel. “Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nach schweizerischem Recht”. Dissertation, Zürich, 1997.
- Simonius, Pascal/Sutter, Thomas. *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Bd. 1: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 1995.
- Sirmen, Lale. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2019.
- Sirmen, Lale. *Türk Özel Hukukunda Şart*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1992.
- Spahni, Thomas Georg. *Die Bedingung: ein Beitrag zur Dogmatik der bedingten Verträge nach schweizerischem Recht*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1984.
- Staehelin, Daniel. *Bedingte Verfügungen*. Zürich: Schulthess Verlag, 1993.
- Staub, Friedrich ve Ludwig Tobler. *Schweizerisches Idiotikon (Wörterbuch der schweizerdeutschen Sprache, Gesammelt auf Veranstaltung der Antiquarischen Gesellschaft in Zürich und Beihülfe aus allen Kreisen des Schweizervolkes - Sechster Band (Bearbeitet von A. Bachmann/H. Bruppacher/E. Schwyzer/H. Blattner/J. Vetsch/J. U. Hubschmied)*. Mannheim: Verlag von Huber & Co, 1909.
- Steffen, Roland. “Selbständige Gestaltungsrechte - Zugleich ein Beitrag zur Rechtsnatur der zivilrechtlichen Gestaltungsrechte”. Dissertation, Würzburg Univ., 1966.
- Steinbeck, Anja Verena. *Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten – Schriften zum Bürgerlichen Recht Band 165*. Berlin: Duncker & Humblot GmbH, 1994.
- Steinmann, Gunter. *Theorie der Spekulation - Ausgabe 106 (Band 106 von Kieler Studien)*. Tübingen: Morh Verlag, 1970.
- Stiefel, Gottfried. *Über den Begriff der Bedingung im schweizerischen Zivilrecht: Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft*. Aarau: H. R. Sauerländer & Co. Verlag, 1919.
- Strebel, Joseph Lorenz. *Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Pächters gemäss dem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht*. Zürich: Schulthess Verlag, 2009.
- Stuber, Rudolf. *Aktionär-Consortien: Vereinbarungen unter Aktionären über die gemeinsame Ausübung ihrer Beteiligungsrechte nach dem Recht des schweizerischen OR, des BGB, HGB und des dt. Akt.Ges., Diss. der rechts- und statswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich*. Zürich: Gassmann Verlag AG, 1944.
- Studer, Christoph D. *Der Aktionärbindungsvertrag in: Schweizer Vertragshandbuch, Musterverträge für die Praxis, Münch/Böhringer/Kaspar/Probst (Hrsg.)*. Basel: Verlag Helbing & Lichtenhahn, 2007.
- Sulzer, Stefan. “Zweckstörungen im schweizerischen Vertragsrecht”. *SGRW*. Band/Nr.5 (2002): 43-46.
- Sungurbey, İsmet. *Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi*. İstanbul: Sermet Matbaası, 1963.

- Sungurbey, İsmet. *Medenî Kanun Öntasarısının Nesneler Hukukunun Eleştirisi*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1972.
- Şahan, Gökhan. *Tapu Sicilinde Kişisel Hakların Şerhi*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020.
- Şıpka, Şükran ve Ayça Özdoğan. *Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Taman Şıpka, Şükran. *Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şuf'a) Hakkı*. İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1994.
- Tandoğan, Haluk. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/1*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.
- Tekinay, Selahattin Sulhi vd. *Borçlar Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- Tekinay, Selahattin Sulhi vd. *Eşya Hukuku – Cilt: 1*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989.
- Tekinay, Selahattin Sulhi. “İştira ve Vefa Hakları”. *İBD*. 61/7-8-9 (1987): 509-520.
- Tekinay, Selahattin Sulhi. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978.
- Tekinay, Selahattin Sulhi. *Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri II/1*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1988.
- Thoden, Jörn. “Börsentermingeschäfte in Deutschland und in der Schweiz - Ein Beitrag anlässlich der Einführung des Optionsgeschäfts an deutschen Börsen”. Dissertation, Münster Univ., 1975.
- Tils, Wilhelm. “Zur Abtretbarkeit von Gestaltungsrechten”. Jur. Diss., Köln Univ., 1933.
- Töhl, Heinrich. *Das Handelsrecht - Erster Band*. Göttingen: Verlag der Dieterichschen Buchhandlung, 1854.
- Tunaboğlu, Müslim. *Önalım (Şuf'a) Alım Geri Alım Davaları*. Ankara: Adil Yayınevi, 2003.
- Tunaboğlu, Müslim. *Önalım (Şuf'a) Davaları*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2004.
- Tunçomağ, Kenan. *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: II*. İstanbul: Sermet Matbaası, 1977.
- Uçar, Sercan. *Anonim Şirket Paylarının Devrinde Önalım ve Öncelik Hakları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Ünal, Mehmet ve Veysel Başpınar. *Şekli Eşya Hukuku, Giriş, Zilyetlik, Tapu Sicili*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2012.
- Ünal, Mehmet. *Şekli Eşya Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınları, 1989.
- Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah. *Medeni Hukukta Tasarruf İşlemleri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet ve Galip Esmer. *Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı*. İstanbul: İstanbul Matbaacılık, 1956.
- Vetter, Meinrad ve Roman S. Gutzwiller. “Voraussetzungen und Rechtsfolgen der ausserordentlichen Beendigung von Dauerschuldverhältnissen”. *AJP*. 0/6 (2010): 699-714.
- Vischer, Markus. “Vorkaufsrechte an Aktien”. İçinde *GesKR 2014*, editörler Daniel Daeniker vd., 82-88. Zürich: Dike Verlag, 2014.
- Volkart, Rudolf. *Corporate Finance*. Zürich: Versus Verlag, 2006.

- von Einem, Henning. *Die Rechtsnatur der Option - Schriften zum Bürgerlichen Recht Band 20*. Berlin: Duncker & Humblot Verlag, 1974.
- von Gierke, Otto. *Deutsches Privatrecht - Schuldrecht, Bd. 3*. München/Leipzig: Duncker & Humblot Verlag, 1917.
- von Graffenried, Caroline. *Schadloshaltung des Dritten in zweivertraglichen Dreiparteienverhältnissen Ein Beitrag insbesondere zum Vertrag zugunsten Dritter (Art. 112 OR), zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und zur Drittschadensliquidation im schweizerischen Recht*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2019.
- von Salis-Lütolf, Ulysses. *Private Equity Finanzierungsverträge, Funktion – Recht- Steuern*. Zürich: Schulthess Verlag, 2002.
- von Tuhr, Andreas ve Arnold Escher. *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1984.
- Von Tuhr, Andreas ve Hans Peter. *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1984.
- Walter, Karl Maria. “Die Rechtsnatur des Börsenoptionsgeschäfts unter besonderer Berücksichtigung des inländischen Wertpapieroptionshandels”. Dissertation, Mainz, Univ., 1990.
- Weiler, Frank. *Schuldrecht Allgemeiner Teil*. Baden: Nomos Verlag, 2017.
- Wertenbruch, Johannes. *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Schuldrecht 4/2 §§ 454 - 480 (Band 6/2)*. Stuttgart: W. Kohlhammer Verlag, 2009.
- Westermann, Harm Peter vd. *Erman BGB: Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG, Bürgerliches Gesetzbuch Band 1 §§ 1-761, (Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Harm Peter Westermann/Prof. Dr. Barbara Grünewald/Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer)*. Koeln: Otto Schmidt, 2017.
- Westermann, Harm Peter vd. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4 Schuldrecht – Besonderer Teil I §§ 433 – 534, Finanzierungsleasing – CISG (Redakteur: Dr. Dres. H.c. Harm Peter Westermann)*. München: C.H.Beck Verlag, 2019.
- Westermann, Harry. *Sachenrecht: ein Lehrbuch*. Karlsruhe: Müller Verlag, 1966.
- Wissmann, Kurt. *Verwandte Verträge (Vorvertrag, Vorkaufsvertrag, Vertrag auf Begründung eines Kaufrechts bzw. Rückkaufsrechts), in: Der Grundstückkauf / hrsg. von Alfred Koller*. St. Gallen/Zürich: Dike Verlag, 1989.
- Wolf, Ernst. *Lehrbuch des Schuldrechts – Erster Band: Allgemeiner Teil*. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1978.
- Wolf, Ernst. *Lehrbuch des Schuldrechts – Zweiter Band: Besonderer Teil*. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1978.
- Wörlen, Rainer ve Karin Metzler-Müller. *Schuldrecht BT*. München: Verlag Franz Vahlen, 2018.
- Würdinger, Hans. “Die privatrechtliche Anwartschaft als Rechtsbegriff”. Jur. Diss., Ludwig-Maximilians-Universität, 1928.

- Yakupoğlu, S. Derya. “Olumlu Miras Sözleşmesinin Bağlayıcılığı”. *TBBD*. 0/136 (2018): 225-262.
- Yargıtay 1. Hukuk Dairesi. K. 1982/7580 (9 Haziran 1982).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/1hd-1982-6981.htm>
- Yargıtay 1. Hukuk Dairesi. K. 2000/7733 (13 Haziran 2000).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/1hd-2000-4392.htm>
- Yargıtay 1. Hukuk Dairesi. K. 2012/10744 (4 Ekim 2012).
- Yargıtay 11. Hukuk Dairesi. K. 1998/1707 (13 Mart 1998).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/11hd-1997-9076.htm>
- Yargıtay 11. Hukuk Dairesi. K. 2011/11001 (27 Eylül 2011).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/11hd-2010-921.htm>
- Yargıtay 11. Hukuk Dairesi. K. 2014/77 (6 Ocak 2014).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/11hd-2013-8680.htm>
- Yargıtay 11. Hukuk Dairesi. K. 2015/105 (12 Ocak 2015).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/11hd-2014-13368.htm>
- Yargıtay 11. Hukuk Dairesi. K. 2017/4478 (19 Eylül 2017).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/11hd-2016-10075.htm>
- Yargıtay 11. Hukuk Dairesi. K. 2017/658 (14 Şubat 2017).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/11hd-2015-12583.htm>
- Yargıtay 11. Hukuk Dairesi. K. 2018/2049 (16 Mart 2018).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/11hd-2018-25.htm>
- Yargıtay 11. Hukuk Dairesi. K. 2018/6350 (16 Ekim 2018).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/11hd-2016-12968.htm>
- Yargıtay 11. Hukuk Dairesi. K. 2019/8289 (18 Aralık 2019).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/11hd-2018-4355.htm>
- Yargıtay 13. Hukuk Dairesi. K. 1981/60 (11 Ocak 1981).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/13hd-1980-6544.htm>
- Yargıtay 13. Hukuk Dairesi. K. 1991/2961 (14 Mart 1991).
- Yargıtay 14. Hukuk Dairesi. K. 2006/13069 (14 Kasım 2006).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/14hd-2006-13020.htm>
- Yargıtay 14. Hukuk Dairesi. K. 2012/13873 (29 Kasım 2012).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/14hd-2012-12488.htm>
- Yargıtay 14. Hukuk Dairesi. K. 2013/3098 (5 Mart 2013).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/14hd-2013-1312.htm>
- Yargıtay 14. Hukuk Dairesi. K. 2014/14089 (9 Aralık 2014).
- Yargıtay 14. Hukuk Dairesi. K. 2015/10298 (13 Kasım 2015).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/14hd-2015-10774.htm>
- Yargıtay 14. Hukuk Dairesi. K. 2016/10198 (2 Aralık 2010).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/14hd-2015-15856.htm>
- Yargıtay 14. Hukuk Dairesi. K. 2016/4009 (4 Nisan 2016).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/14hd-2014-16955.htm>
- Yargıtay 14. Hukuk Dairesi. K. 2017/17801 (5 Mayıs 2018).

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi. K. 2017/6210, (13 Eylül 2017).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/14hd-2015-18630.htm>

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi. K. 2017/7307 (9 Ekim 2017).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/14hd-2017-3409.htm>

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi. K. 2017/8407 (13 Kasım 2017).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/14hd-2016-18675.htm>

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi. K. 2017/9596 (20 Aralık 2017).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/14hd-2016-1007.htm>

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi. K. 2018/1671 (5 Mart 2018).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/14hd-2015-9101.htm>

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi. K. 2018/1877 (13 Mart 2018).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/14hd-2017-5883.htm>

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi. K. 2018/1889 (13 Mart 2018).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/14hd-2017-5812.htm>

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi. K. 2018/2102 (20 Mart 2018).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/14hd-2017-5680.htm>

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi. K. 2018/2609 (3 Nisan 2018).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/14hd-2017-6098.htm>

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi. K. 2018/3846 (16 Mayıs 2018).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/14hd-2015-15488.htm>

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi. K. 2018/5005 (3 Temmuz 2018).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/14hd-2018-1272.htm>

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi. K. 2018/6789 (16 Ekim 2018).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/14hd-2016-5980.htm>

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi. K. 2018/7161 (25 Ekim 2018).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/14hd-2018-1398.htm>

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi. K. 2018/8579 (4 Aralık 2018).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/14hd-2018-1855.htm>

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi. K. 2018/8582 (4 Aralık 2018).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/14hd-2018-2686.htm>

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi. K. 2018/8697 (6 Aralık 2018).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/14hd-2016-3309.htm>

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi. K. 2018/8864 (11 Aralık 2018).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/14hd-2018-4238.htm>

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi. K. 2018/8869 (11 Aralık 2018).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/14hd-2018-1141.htm>

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi. K. 2019/1081 (11 Şubat 2019).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/14hd-2018-2866.htm>

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi. K. 2019/2257 (13 Mayıs 2019).

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi. K. 2019/339 (15 Ocak 2019).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/14hd-2018-3645.htm>

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi. K. 2019/4081 (7 Mayıs 2019).

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi. K. 2019/498 (17 Ocak 2019).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/14hd-2016-10930.htm>

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi. K. 2019/991 (7 Mart 2019).

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi. K. 1997/8465 (16 Ekim 1997).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/19hd-1997-4595.htm>

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi. K. 2017/2582 (30 Mart 2017).

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi. K. 2017/1715 (21 Şubat 2017).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/3hd-2016-13540.htm>

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi. K. 2017/17801 (19 Aralık 2017).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/3hd-2017-10491.htm>

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi. K. 1583/2002 (11 Mart 2002).

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi. K. 1974/3993 (24 Eylül 1974).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/6hd-1974-3617.htm>

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi. K. 1975/3512 (12 Mayıs 1975).

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi. K. 2004/719 (18 Şubat 2003).

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi. K. 2012/4872 (27 Mart 2012).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/6hd-2012-1281.htm>

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi. K. 1992/9234 (1 Haziran 1992).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/8hd-1991-11922.htm>

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi. K. 2010/1449 (30 Mart 2010).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/8hd-2009-6961.htm>

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 1979/1507 (7 Aralık 1979).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/hgk-1977-12-989.htm>

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 2002/643 (25 Eylül 2002).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 2011/402 (8 Haziran 2011).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 2011/402 (8 Haziran 2011).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 2011/571 (28 Eylül 2011).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 2016/1005 (2 Kasım 2016).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 2016/850 (2 Kasım 2016).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 2018/1102 (6 Temmuz 2018).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 2018/1329 (19 Eylül 2018).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/hgk-2017-14-1748.htm>

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 2018/1617 (6 Kasım 2018).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/hgk-2017-14-1747.htm>

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 2018/407 (28 Şubat 2018).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/hgk-2017-14-1761.htm>

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 2019/129 (12 Şubat 2019).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/hgk-2017-14-1763.htm>

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu. 10.12.1952, K. 1952/4 (10 Aralık 1952).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/ibgk-1950-2.htm>

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu. 12.4.1944, K. 1944/13 (12 Nisan 1944).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/ibgk-1943-14.htm>

- Yargıtay İtihadı Birleştirme Genel Kurulu. 20.06.1951, K. 1951/5 (20 Haziran 1951).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/ibgk-1949-13.htm>
- Yargıtay İtihadı Birleştirme Genel Kurulu. 26.12.1951, K. 1951/6 (26 Aralık 1951).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/ibgk-1951-1.htm>
- Yargıtay İtihadı Birleştirme Genel Kurulu. 26.5.1954, K. 1954/18 (26 Mayıs 1954).
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/ibgk-1954-8.htm>
- Yargıtay İtihadı Birleştirme Genel Kurulu. 27.03.1957, K. 2/1958 (27 Mart 1957).
- Yavuz, Cevdet, Faruk Acar ve Burak Özen. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2014.
- Yavuz, Cevdet. *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Bölüm)*. İstanbul: Beta Basım Yayın, 2019.
- Yazarı belirtilmemiş. *Kreisschreiben, Nr. 15 (ESTV Kreisschreiben Nr. 1-015-DSV-2017-d), Direkte Bundessteuer Verrechnungssteuer Stempelabgaben*. Bern: 3. Oktober 2017.
- Yıldırım, Abdulkirim. *Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Yılmaz, Gülşah. *Pay Sahipleri Sözleşmesinden Doğan Birlikte Satma ve Birlikte Satışa Zorlama Hakkı (Tag Along & Drag Along Rights)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Yüce, Aydın Alber. *Anonim şirketlerde Sermaye Borcunun Takas Yoluyla Ödenmesi "şirket Borçlarının şirket Sermayesine Dönüştürölmesi"*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Zevkliler, Aydın ve Emre Gökyayla. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2017.
- Zeytin, Zafer. *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005.
- Zimmermann, Heinz. *Finance Derivatives*. Zürich: NZZ Libro Verlag, 2005.
- Zobl, Dieter. "Die pfandrechtliche Sicherung von Erwerbsberechtigungen in Aktionärbindungsverträgen". İçinde *Neue Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift zum 60. Geburtstag von Peter Forstmoser*, editörler Hans Caspar von der Crone vd., 401-413. Zürich: Universität Zürich – Rechtswissenschaftliches Institut, 2003.