

## ÖNALIMDA (ŞUF'ADA) VAZGEÇME VE BİR YARGITAY KARARI

Yasemin ÖZDEK(\*)

### KONUNUN SUNUMU

Çalışmamızın konusu, önalım (şuf'a) hakkında vazgeçme ve bununla ilgili bir Yargıtay kararının incelenmesidir.

Yargıtay kararında yerel mahkeme, davacının açtığı önalım davasını, önalımdan vazgeçme sözkonusu olduğu gerekçesiyle reddetmiş, Yargıtay Altıncı Hukuk Dairesi ise, önalımdan vazgeçmenin resmi biçimde yapılmadığı gerekçesiyle yerel mahkemenin kararını bozmuş, ayrıca taraflar arasında eylemli paylaşma yapılıp yapılmadığının incelenmesi ve böyle bir paylaşma varsa, davacının önalım hakkını kötüye kullanıp kullanmadığının araştırılması gerektiği sonucuna varmıştır.

Çalışmamızda, önce önalım hakkı konusunda genel bilgilere yer vereceğiz. Daha sonra önalım hakkından vazgeçme ve önalım hakkının kötüye kullanılması konularını inceleyeceğiz. Ayrıca konu ile ilgili Yargıtay kararını da değerlendireceğiz (1).

\*Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

(1) Yargıtay 6. H. D. nin 24.10.1983 tarihli ve 9973/10158 sayılı kararı: "Mahalli mahkemesinden verilen şuf'a davasına dair karar, davacı tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla, dosya-daki bütün kağıtlar okunup, gereği görüşülüp düşünüldü :

Dava, şuf'ahı payın iptal ve tesciline ilişkindir. Mahkeme davayı reddetmiş, hükmü davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava, şuf'ahı payın satışını takip eden 1 aylık yasal süre içinde açılmıştır. Mahkeme davacıyla, davalıyla pay satan şahıs, Seyfi ve paydaş İcral yapılmış olan Konya Ereğli Noterliği'nce 11.478 yövmiye numarası ile tanzimli taahhütname ile davacının şuf'a hakkından vazgeçtiğini gerekçe göstererek davayı reddetmiştir. Şuf'a hakkından feragat ya belli bir şahsa karşı yapılacak satışa, yahut herhangi bir şahsa yapılacak satışa aittir. Bu ikinci şekilde nefsi şuf'adan feragat denir. Belirli bir şahsa yapılacak şuf'adan feragatin yazılı olması yeterlidir. Herkese karşı yapılacak şuf'adan feragatin ise, resmi olması, hem de bu feragatin tapuya tescil olunması zorunludur. 16.5.1951 gün ve 6/19 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı buna amirdir. Olayımızda davacının feragati belirli bir şahsa yapılacak satıştan bahsedilmediği için, herkese karşı yapılacak satışa ilişkindir. Diğer deyimle nefsi şuf'adan feragati içermektedir. Resmi şekilde yapılıp, tapuya tescil edilmediği için, bu feragat geçersizdir. Bu bakımdan mahkemenin red gerekçesi yerinde değildir. Ancak taahhütnamede taşınmazın taksiminden bahsedilmektedir. Gerçekten tüm paydaşlar arasında taşınmaz özel olarak

## I- GENEL OLARAK ÖNALIM HAKKI

### A- TANIMI

Önalım hakkı, yükümlünün, hakkın konusu olan şeyi, üçüncü bir kişiye satması halinde, hak sahibinin satılan şeyin mülkiyetinin tek taraflı bir irade bildiriyle öncelikle kendisine satılmasını isteme yetkisi veren, yenilik doğurucu bir haktır (2).

Feyzioğlu'na göre önalım hakkı; "kanun veya akitten doğan ve hak sahibinin tek taraflı bir irade beyanıyla hükümlerini husule getiren subjektif - aynı mahiyette öyle bir inşai haktır ki, borçlu hakkın mevzuu olan şeyi, tamamen kendi ihtiyariyle, hissedarlardan gayri şahıslara şalim bir bey akti neticesinde sattığı takdirde, şefie kararlaştırılan bedeli ödeyerek, meşfuun mülkiyetinin tercihan kendisine geçirilmesini veya şerh verilmemiş akdi şuf'a da vaki zararının tazminini muayyen müddet içinde talep selahiyetini bahşeder" (3). Feyzioğlu'nun oldukça geniş bu tanımında, önalım hakkının özelliklerini, en genel hatlarıyla bulmak mümkündür.

Tandoğan, Feyzioğlu'nun tanımında geçen önalım hakkının eşyaya bağlı (subjektif-ayni) hak niteliğiyle ilgili olarak, bunun, hakkın üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilmesi demek olduğu görüşündedir. Oysa yazar bu durumun, ancak yasal önalım hakkı ile şerh verilmiş sözleşmeden doğan (akdi) önalım hakkı için doğru olduğunu düşünmektedir (4). Eşyaya bağlı hak niteliğinin, şerh verilmemiş sözleşmeden doğan önalım hakkı bakımından geçerli olmadığı, kanımca da yerinde bir görüştür. Çünkü şerh verilmemiş sözleşmeden doğan önalım hakkı, nisbi niteliktedir; ancak sözleşmenin diğer tarafına karşı ileri sürülebilir.

### B- ÖNALIM HAKKININ HUKUKSAL NİTELİĞİ

Önalım hakkının hukuksal niteliği konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. "İcap", "satış vaadi", "çift şartlı satış" ve "yenilik doğurucu hak" adla-

parsellenmiş, böylece taksimatı yapılmış, her paydaş belirli bir kesimi uzun süreden beri tasarruf etmekte ise, her paydaşın yeri müstakil bir taşınmaz niteliği almış demektir. Tapuda ifraz yapılmadığı için hisse şeklinde satış yapılmış olsa dahi, aslında paydaşa ait müstakil yerin satıldığı kabulü gerekir. Bu durumu bilen davacının şuf'a hakkını kullanması objektif iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz. Bu itibarla taahhütnamedeki taksim deyiminin ne anlam taşıdığı taraflardan sorulması, sözü ediler krokinin ibraz ettirilmesi, ihtilaf halinde buna ait taraf delillerinin toplanması ve varılacak sonuç fairesinde bir karar verilmesi gerekirken, belirtilen gerekçe ile davanın reddi usul ve yasaya aykırıdır.

Sonuç : Yukarıda açıklanan nedenlerle (BOZULMASINA) 24.10.1983 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. " YKD, Nisan 1984, C. X, S. 4, sh. 574-576.

(2) Tanımlar hakkında bk. Karahasan, M. Reşit, Gayrimenkul Hukuk Davaları, İstanbul, 1974, sh. 863-864; Olgıç, Senai, Şuf'a, Vefa, İştirâ Hakları, Ankara, 1978, sh. 35-36.

(3) Feyzioğlu, F. Necmeddin, Şuf'a Hakkı, İstanbul, 1959, sh. 5.

(4) Tandoğan, Halûk, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), C. I/1, 3. Bs., Ankara, 1984, sh. 260.

riyla anılan bu görüşlerin hepsine değinmeyi gereksiz buluyor (5), yalnız bugün genellikle benimsenen ve önalım hakkının hukuksal niteliğini açıklamakta en yeterli ve yerinde bulunan "yenilik doğurucu hak" görüşüne kısaca değinmekte yarar görüyoruz.

Yenilik doğurucu hak görüşüne göre; önalım hakkı sahibinin, hakkını kullandığına ilişkin tek taraflı bildirimının yükümlüye ulaşmasıyla, hak sahibi ile yükümlü arasında bir satım ilişkisi doğar (6).

Bir hukuksal yetkiye dayanarak, bir kimsenin varması (ulaşması) gerekli tek taraflı irade bildiriyle, yeni bir hukuksal durum yaratmasına olanak veren haklara, yenilik doğuran haklar denir (7). Yenilik doğuran haklar; kurucu, değıştirci ve bozucu olmak üzere üç türdür. Önalım hakkının bu üç tür yenilik doğuran haklardan hangisine gireceği konusu tartışmalıdır

Önalım hakkının değıştirci yenilik doğuran haklardan olduğunu savunanlar (8), önalım hakkının kullanılması ile önceki hukuksal durumda bir değışiklik ortaya çıktığını kabul ederler.

Önalım hakkının kurucu yenilik doğuran haklardan olduğunu savunanlar (9) ise, önalım hakkının kullanılması ile önalım hakkını kullananla yükümlü arasında yeni bir satış ilişkisinin doğduğunu kabul ederler.

Yargıtay, 20.6.1951 tarihli ve 13/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, önalım hakkını kurucu yenilik doğuran bir hak olarak kabul etmiştir (10).

## C- ÖNALIM HAKKININ TÜRLERİ

Önalım hakkı, kaynağı bakımından sözleşmeden doğan (akdi) ve yasal önalım hakkı olmak üzere ikiye ayrılır :

(5) Bu görüşler hakkında bk. Feyzioğlu, sh. 9 vd.; Tandoğan, sh. 261, 62. Ayrıca bk. Olgaç, sh. 37, 38.

(6) Feyzioğlu, sh. 16; Sebük, Tahir, Şu'fa, Vefa ve İstira Hakları, İstanbul 1951, sh. 36; Tandoğan sh. 262.

(7) Eren, Fikret, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), C. I, Ankara, 1985, s. 63; İnan, A. Naim, Borçlar Hukuku, Ankara, 1979, sh. 38; Önen, Ergun, İnşal Dava, Ankara, 1981, sh. 8; Von Tuhr, Borçlar Hukuku, Ankara, 1983, sh. 23 (Çev: Edege).

(8) Saymën/Elbir, Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul, 1963, sh. 372; Küle, Muin M., Şu'fa Hakkı, İstanbul, 1950, sh. 13.

(9) Von Tuhr (Edege), sh. 23; Sebük, sh. 35.

10) İçt. Bir. K. için bk. Olgaç, sh. 277 vd.

## 1- Sözleşmeden Doğan (Akdi) Önalım Hakkı

Medeni Kanunun 658. maddesinde düzenlenmiştir.

Sözleşmeden doğan önalım hakkı, mülkiyet hakkının malik tarafından iradi bir biçimde sınırlandırılmasıdır. Burada malik, üçüncü bir kişi ile yaptığı sözleşme nedeniyle borç altına girmekte, önalım ile yüklü eşyayı dilediği gibi devretme hakkını kısıtlamaktadır. Mülkiyet hakkını kısıtlayan kaynak, sözleşmedir.

Sözleşmeden doğan önalım hakkı da, kendi içinde türlere ayrılabilir :

a) Sözleşmeden doğan önalım hakkı ya hayatta olan kimselerin yaptıkları işlemlerden doğar ya da ölüme bağlı tasarruflardan vasiyetname yolu ile kurulur (11).

b) Sözleşmeden doğan önalım hakkı ya bağımsız bir sözleşmenin konusunu oluşturur ya da ana sözleşmeye bağlı (fer'i) bir hüküm olarak karşımıza çıkar (12).

c) Önalım bedelinin öngeden, yani hakkın kurulması sırasında belirlenmiş olup olmayışına göre de sözleşmeden doğan önalım, adi önalım sözleşmesi ve nitelikli (mevsuf) önalım sözleşmesi olmak üzere ikiye ayrılır (13). Âdi önalım hakkında, önalım bedeli belirlenmemiştir. Bu durumda önalım hakkı sahibinin ödeyeceği bedel, malikin üçüncü kişiyle yaptığı satış sözleşmesinde kararlaştırılan bedeldir. Nitelikli (mevsuf) önalım hakkında ise, önalım bedeli sözleşme ile önceden saptanmıştır. Önalım hakkı sahibi, önalım hakkını kullandığı zaman, bu bedeli ödeyecektir.

d) Tapu siciline verilen şerh bakımından da, sözleşmeden doğan önalım ikiye ayrılır (14). Şerhli ve şerhsiz önalım hakkı, böyle bir ayırımla doğmaktadır.

aa) Şerhsiz Önalım Hakkı: Sicile şerh verilmeyen sözleşmelerden doğan önalım hakkı, nisbi niteliktedir. Ancak sözleşmenin diğer tarafına karşı ileri sürülebilir. Önalım hakkı sahibinin yetkisi, bir kişisel istem hakkından ibarettir. Bu yüzden hak sahibi, malikin tay üzerinde tasarruflarda bulunmasına, onu üçüncü bir kişi-

(11) Feyzioğlu, sh. 29; Tandoğan, sh. 264; Gürsoy/Eren/Cansel, Türk Eşya Hukuku, Ankara, 1984, sh. 637.

(12) Feyzioğlu, sh. 3.

(13) Oğuzman/Seliçi Eşya Hukuku, Genişletilmiş 3. Bs., İstanbul, 1982, sh. 537; Olgaç, Senai, Türk Medeni Kanunu Şerhi, İstanbul, 1967, sh. 644; Ayiter, Nuşin, Eşya Hukuku, Ankara, 1983, sh. 145; Tekinay, Sulhi, Eşya Hukuku, İstanbul, 1970-71, sh. 426; Karahasan, sh. 867.

(14) Feyzioğlu, sh. 33; Oğuzman/Seliçi, sh. 538; Tandoğan, sh. 266; Olgaç (Türk Medeni Kanunu Şerhi), sh. 645.

ye satmasına engel olamaz (aynen ifayı isteyemez), şeyi kazanan üçüncü kişi, kötüniyetli olsa da, şeyin geri verilmesini istemek yetkisi yoktur.

bb) Şerhli Önalım Hakkı: Önalım hakkı sahibi, önalım hakkının tapu siciline şerh verilmesi ile, yükümlünün tasarrufları sonunda hakkının yerine getirilmesinin olanaksızlaşması tehlikesini ortadan kaldırmış olur.

## 2- Yasal Önalım Hakkı

Medeni Kanununun 659. maddesinde düzenlenmiştir.

Yasal önalım hakkı; yasadan doğan, müşterek mülkiyette bir paydaşın taşınmaz maldaki payını üçüncü bir kişiye satması halinde, diğer paydaşlara aynı koşullarla bu payı öncelikle satın alma yetkisi veren, eşyaya bağlı yenilik doğuran bir haktır (15).

Yasal önalım hakkı, sadece müşterek mülkiyette sözkonusudur. Yasa koyucunun önalım hakkını düzenlerken izlediği amaç; paydaşlar arasında istenmeyen kişilerin girmesini önlemek, payları mümkün olduğu ölçüde bir veya bir kaç paydaş elinde toplayarak, ekonomik olmayan ve paydaşlar arasında anlaşmazlıklara neden olan müşterek mülkiyet ilişkisini sona erdirmektir (16).

Yasal önalım hakkı, paya (eşyaya) bağlı bir haktır. Yani bir taşınmazda paydaş olmak, yasal önalım hakkını kazanmak için yeterlidir. Bu hak, pay dolayısıyla elde edildiğinden, pay kimin mülkiyetine geçmişse, onun tarafından kullanılabilir (17).

Bir taşınmaz payını kazanan üçüncü kişinin, önalım hakkı sahibine karşı, satın aldığı (veya henüz tescil yapılmamışsa, satıcı paydaşın sattığı) payı devir borcu ise, paya (eşyaya) bağlı bir borçtur. Çünkü, bu borcun doğumu "bir taşınmazda pay sahibi olma" olgusuna dayanmaktadır. Ancak, sözü edilen borç, koşula bağlıdır ve bu koşul yasal önalım hakkı sahibinin önalım hakkını kullanmış olmasındır (18).

Yasal önalım hakkı nedeniyle paydaşlara yükletilmiş olan ödev, yasa gereği mülkiyetten doğan ödevler arasında yer alır. Ancak bu ödev, özel hukuka dayanan bir ödevdir. Bunun kamu yararıyla bir ilgisi olmadığı için (19), kamu hukuku nitelikli ödevlerle de bir ilgisi yoktur. Bu nedenle önalım hakkı, ancak bir paydaşın payını üçüncü bir kişiye satması ve diğer paydaşların bu hakkı kullanmaları halinde, sonuçlarını doğurur. Buna karşılık, paydaşlar veya bir paydaş, önalım hakkını kullanmazsa, yapılan satış üçüncü kişi yararına sonuçlarını doğurur. Yasal önalım

(15) Akipek, Jale G., Türk Eşya Hukuku (İkinci Kitap), Ankara, 1973, sh. 215; Oğuzman/Seliçi, sh. 552; Gürsoy/Eren/Cansel, sh. 614; Ayiter, sh. 136.

(16) Akipek, sh. 215; Gürsoy/Eren/Cansel, sh. 614; Ayiter, sh. 137; Tekinay, sh. 436.

(17) Gürsoy/Eren/Cansel, sh. 615; Tekinay, sh. 436; Oğuzman/Seliçi, sh. 552, 553.

(18) Tekinay, sh. 436; Ayiter, sh. 137.

(19) Akipek, yasal önalımın amacının, "müşterek mülkiyet ilişkisinin bir an önce ortadan kalkmasının sağlanması" olduğunu belirtirken, yasal önalımda bu nedenle sadece belirli kişilerin değil, aynı zamanda kamunun da yararının olduğu görüşünü savunuyor (sh. 215).

hakkı, malikin önalım hakkı konusu taşınmazdaki paylı mülkiyet hakkını devir serbestisini sınırlamaz. Malik, sadece önalım hakkı sahibi önalım hakkını kullandığı zaman, taşınmazdaki paylı mülkiyet hakkını dilediği kimseye devredemez. Malik, önalım hakkının kullanılması halinde, doğacak sonuçlara katlanmak zorundadır (20).

Yasal önalım hakkı, müşterek mülkiyet hakkına bağlı olarak, yasadan doğar. Önalım hakkı, kişiye değil, müşterek maliklik sıfatına bağlıdır. Bu sıfatın kazanılmasıyla elde edilir; bu sıfatın yitilmesiyle son bulur. Bu nedenle de ancak taşınmazın müşterek malikleri tarafından kullanılabilir (21). Önalım hakkının müşterek mülkiyet payının satıldığı anda doğduğunu düşünmek doğru değildir. Satış, önalım hakkının bir doğum nedeni değildir, sadece hakkın kullanılması, satışın yapılmasına bağlıdır (22). Yasal önalım hakkı, mülkiyetten doğan özel hukuk nitelikli ödevlerden olduğundan ve bu ödevler de üçüncü kişilere karşı ileri sürülebileceğinden, bu sonucu sağlamak üzere hakkın tapu siciline şerhi gerekli olmadığı gibi, mümkün de değildir. Hakkın varlığı yasaya dayandığı için, herkes tarafından biliniyor varsayılır (23).

Yasal önalım hakkının hukuksal niteliği konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu hakkın değişik yazarlara göre bir ayni (nesnel) hak ya da bir kişisel hak olarak kabul edildiğine tanık olunmaktadır. Sebük, yasal önalım hakkını, sözleşmeden doğan önalım hakkı gibi kişisel bir hak olarak kabul etmektedir (24). Feyzioğlu ise, yasal önalımın müşterek mülkiyet kurumuna olan sıkı bağlılığı ve tapu siciline şerhe gerek kalmadan, üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilmesi bakımından, bu hakkı ayni hak anlamı üstün bir yenilik doğuran hak olarak kabul etmekte yerindelik bulunduğu görüşündedir (25). Gürsoy/Eren/Cansel'e göre ise; yasal önalım hakkı kişisel nitelikte bir hak olmadığı gibi, ayni nitelikte bir hak da değildir (26).

Yargıtay, 20.6.1951 tarihli ve 13/5 sayılı İçtihadı Birleştirmeye Kararında (27), yasal önalım hakkını bir "ayni hak" olarak nitelemiştir. Söz konusu İçtihadı

(20) Gürsoy/Eren/Cansel, sh. 615; Bertan, Suat, Ayni Haklar, M. K. un 618-764. Maddelerinin Şerhi, Ankara, 1976, sh. 792-793.

(21) Akipek, sh. 216.

(22) Sebük, sh. 142; Gürsoy/Eren/Cansel, sh. 615.

(23) Gürsoy/Eren/Cansel, sh. 615.

(24) Sebük, sh. 141. Aynı görüşte; Olgaç (Türk Medeni Kanunu Şerhi), sh. 649.

(25) Feyzioğlu, sh. 109.

(26) Gürsoy/Eren/Cansel, sh. 615.

(27) Bk. yuk. dn. 10.

Birleştirme Kararı, Oğuzman (28) ve Tekinay (29) tarafından eleştirilmiş, yasal önalım hakkının bir aynı hak olarak kabul edilmesi doğru bulunmamıştır. "Kanuni şuf'a bir şahsa şahsen değil, müşterek mülkiyet payına sahip olduğu için tanıdığı cihetle, yani şuf'a hakkı sahipliği, pay sahipliğine bağlı olduğu için bir "subjektiv-dingliches Recht" sözkonusudur. Bunun aynı hak olmakla bir ilgisi yoktur" (30). Gerçekten de yasal önalım hakkını bir aynı hak olarak kabul etmek olanağı yoktur. Yasal önalım hakkı, yasaya dayanan, eşyaya bağlı bir borç ilişkisinin meydana getirdiği, yenilik doğuran bir haktır (31).

Yukarıda verilen kuramsal bilgiler ışığında, Yargıtay kararına konu olan olayı inceleyecek olursak; olayda bir yasal önalım hakkının sözkonusu olduğunu söyleyebiliriz. Yargıtay kararında, açıkça pay ve paydaşlardan söz edilmektedir. Bu da olayda bir müşterek mülkiyet ilişkisinin varlığını gösterir. Müşterek mülkiyet ilişkisinde de, her paydaşın yasal önalım hakkına sahip olduğuna biraz önce değinmiştik.

Yargıtay kararına konu olan olay, yasal önalım hakkı ile ilgili olduğundan, buna bağlı olarak açıklamalarımız yasal önalım hakkı bakımından olacaktır. Ancak, bazı hallerde konunun açıklanabilmesi için gerekli görüldüğünde, sözleşmeden doğan önalım hakkına da değinilmesi kaçınılmaz olabilecektir.

## D- ÖNALIM HAKKININ KULLANIMINDA TARAFLAR

### 1- Önalım Hakkı Sahibi (Şefi)

Yasal önalımda her paydaş hem önalım hakkı sahibi, hem önalım yükümlüsüdür (32). Her paydaş, diğer paydaşların paylarını üçüncü kişilere satmaları halinde önalım hakkı sahibi, kendi payını üçüncü kişiye satması halinde de önalım yükümlüsüdür. Ancak, bir kişi aynı anda hem önalım hakkı sahibi, hem de önalım yükümlüsü olamaz. Yani kendi yararına, maliki olduğu şey üzerinde bir önalım hakkı kuramaz.

İncelememize konu olan Yargıtay kararının dayandığı olayda önalım hakkı sahibi, davacı paydaştır. Önalımlı payın üçüncü kişiye satılmasından sonra, yasal süre içinde önalım hakkını kullanmıştır.

(28) Oğuzman, Kemal, Medeni Kanununun Boşluklarının Yargıtay Kararları ile Doldurulduğu Bir Müesses: Şuf'a, Medeni Kanunun 50. Yılı, Bilimsel Hafta: 15-17 Nisan 1976, Ankara, 1977, sh. 19-20. Ayrıca bk. Oğuzman/Seliçi, sh. 553, dn. 798.

(29) Tekinay, sh. 436.

(30) Oğuzman, sh. 20.

(31) Tekinay, sh. 436.

(32) Feyzioglu, sh. 156; Sebük, sh. 142, 143.

## 2- Önalım Yükümlüsü

Yasal önalım hakkında, payını devreden her paydaş, önalım yükümlüsüdür.

Satış yoluyla devredilmek istenen pay üzerindeki mülkiyet hakkı kime ait ise, yasal önalım hakkında borçlu da aynı kişidir. Yasal önalım hakkında borcun eşyaya bağlı bir nitelik taşıdığına daha önce değinmiştik. Önalım hakkının yükümlüsü, satım sözleşmesinden sonra mülkiyet hakkını kuracak olan tescilin yapılmış olup olmamasına göre değişir. Henüz tescil yapılmamışsa, önalım hakkının yükümlüsü satıcı paydaş olduğu halde, tescil yapılmışsa önalım hakkının yükümlüsü, yararına tescil yapılan alıcı olacaktır (33).

İnceleme konumuzu oluşturan olayda yükümlü, davalı üçüncü kişidir. Önalım yükümlüsünün üçüncü kişi olduğunu, "Dava, şuf'alı payın iptali ve tesciline ilişkindir" sözünden anlamak mümkündür. Satım sözleşmesinin yapılmasından sonra satılan pay (önalım hakkının konusu), tapuya üçüncü kişi (alıcı) adına tescil edilmiştir ve önalım konusu payın mülkiyet hakkı bu tescil ile üçüncü kişiye geçmiştir. Eğer tapuya tescil işlemi yapılmamış olsaydı, önalım konusu payın mülkiyet hakkı herüz üçüncü kişiye geçmemiş olacağından, davanın satıcı paydaşa karşı yöneltilmesi mümkündür.

## 3- Üçüncü Kişi

Yasal önalımda üçüncü kişi, paydaşlar dışında kalan alıcı durumundaki kişilerdir. Bir başka deyişle, paydaştan payı satın alan kişi veya kişilerdir.

## E- ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASI ve HÜKÜMLERİ

Üzerinde önalım hakkı kurulu taşınmaz, üçüncü kişiye satıldığı zaman, önalım hakkı sahibi, önalım iradesini tek taraflı olarak açıklayıp, bu bildirim yükümlüye ulaştığında, önalım hakkı sahibiyle yükümlü arasında bir satış ilişkisi doğar (34). Bildirim, bir sağlık biçimine bağlı değildir. Yenilik doğuran her hak gibi, önalım hakkının kullanılmasına ilişkin irade bildirimini de koşula bağlanamaz, bundan dönülemez (35).

Önalım hakkının kullanılmasıyla, önalım hakkı sahibi ile yükümlü arasında oluşan ilişki, yükümlüye, mülkiyeti önalım hakkı sahibine geçirme borcunu yüklemektedir. Yükümlü, mülkiyeti geçirme borcunu yerine getirmese, önalım hakkı sahibi ona karşı Medeni Kanunun 642. maddesi uyarınca açacağı dava ile mül-

(33) Gürsoy/Eren/Cansel, sh. 617; Oğuzman/Seliçi, sh. 554; Akipek, sh. 217.

(34) Gürsoy/Eren/Cansel, sh. 639; Ayiter, sh. 137.

(35) Bk. Önen, sh. 28, 29.



kiyetin kendisine geçirilmesine karar verilmesini isteyebilir. Yargıcın bu doğrultuda vereceği kararın kesinleşmesi ile önalım konusu payın mülkiyeti önalım hakkı sahibine geçer (36). Yargıcın vereceği karar, yenilik doğurucu niteliktedir. Bundan sonra tapu kütüğüne yapılacak tescil ise, bildirici nitelik taşır. Mülkiyet, kesinleşen karar ile birlikte, tescilden önce geçmiştir (MK. 633/1).

Yasal önalım hakkı, paydaşlar arasında yapılan satışlarda kullanılamaz (37). Bu hak sadece üçüncü kişilere yapılan satışlarda ve onlara karşı kullanılabilir. Bu durum, yasal önalım hakkının amacı olan, paydaşlar arasına yabancı kişilerin katılmaması, mülkiyetin mümkün olduğunca bir veya bir kaç paydaşta toplanması gereğine de uygundur.

Hakkın kullanılabilmesi için, bir satış varolmalıdır. Bu satış, tam ve geçerli olmalıdır (38). Tam ve geçerli bir satış yoksa, önalım hakkı da kullanılamaz. Satış sözleşmesinden önceki hazırlık ve görüşme hallerinde henüz bir satış sözleşmesi yoktur. Bunun gibi, satış vaadi de bir satış sözleşmesi olmadığından, bu halierde önalım hakkı kullanılamaz (39). Satış, mutlak olarak batılsa, irade bozuklukları veya gabin dolayısıyla taraflardan biri sözleşmeyle bağlı olmadığını bildirmişse, geçersizlik durumu sözkonusu olacağından, yine önalım hakkı kullanılamaz.

Önalım hakkının kullanılması, paydaşla üçüncü kişi arasındaki satış sözleşmesinin yapılmasına bağlı olup, tescil işleminin yapılmış olması zorunlu değildir. Bu nedenle de, satış sözleşmesi geçerli, fakat tescil işlemi geçersiz olsa bile, önalım hakkı kullanılabilir (40).

Satış dışında mülkiyetin devri borcunu doğuran bağışlama (41) veya trampa (42) halinde önalım hakkı kullanılamaz. Bunun gibi kamulaştırma (43), bir ortaklığa sermaye olarak konulma (44), ölüme bağlı tasarrufla veya miras yoluyla geçme (45) ve cebri arttırma ile satılma (46) hallerinde de önalım hakkı kullanılamaz.

(36) Oğuzman/Seliçi, sh. 555, 556; Gürsoy/Eren/Cansel, sh. 639, 640; Ayiter, sh. 137, 138.

(37) Tekinay, sh. 437; Gürsoy/Eren/Cansel, sh. 618, 619; Ayiter, sh. 138; Yarg. 6. H.D. 15.4.1986 T, 4080/5324 S., YKD, C. 12, S. 9, Eylül 1986, sh. 1297, 1298.

(38) Feyzioğlu, sh. 186; Sebük, sh. 148.

(39) Tekinay, satış vadinin önalım hakkının kullanılabilmesi için yeterli olduğu görüşündedir (sh. 427). Gürsoy/Eren/Cansel de aynı görüştedir (sh. 616).

(40) Gürsoy/Eren/Cansel, sh. 616.

(41) Bk. Yarg. İct. Bir. K. 27.3.1957 T., 12/2 S. (Olgaç, sh. 283 vd.)

(42) Gürsoy/Eren/Cansel, sh. 616. Feyzioğlu'na göre, trampa edilen mal karşılığında misli eşya veriliyorsa, önalım hakkı kullanılabilirdir (sh. 247).

(43) Feyzioğlu, sh. 272 vd.

(44) Feyzioğlu, sh. 259 vd.

(45) Gürsoy/Eren/Cansel, sh. 616; Feyzioğlu, sh. 260 vd.

(46) Bk. Sancar, Mithat, Cebri Arttırma Yoluyla Satımlarda Önalım Hakkına İlişkin Bir Yargıtay Kararı, Yargıtay Der. Ekim 1986, C. 12, S. 4, sh. 449-465.

## 1- Hakkın Kullanılma Süresi

Sözleşmeden doğan önalımda, hakkın kullanılma süresi önalım sözleşmesinde belirlenebilir. Hak , ancak belirlenen bu süre için vardır ve geçerlidir.

Sözleşmeden doğan önalım hakkı, tapu siciline şerh verilmiş olabilir. Medeni Kanunun 658/III maddesine göre, şerhin etkisi en fazla on yıldır. Sözleşmede on yıldan fazla bir süre öngörülmüşse, önalım hakkı nisbi niteliğini korur; üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez, fakat yükümlüye karşı ileri sürülebilir (47).

Önalım hakkı, tapu siciline şerh verilmişse, önalım hakkı sahibi, önalım hakkını satımı öğrendiği tarihten başlayarak, bir ay içinde yükümlüye karşı kullanmak zorundadır (MK. 658/III). Buradaki bir aylık süre hak düşürücü niteliktedir (48). Önalım hakkı sahibinin bildirim, yasal süre içinde yükümlüye ulaşmalıdır. Bir aylık öğrenme süresi, on yıllık süre ile sınırlıdır. Ayrıca, bir aylık süre şerh verilmemiş önalım hakkı bakımından da geçerlidir (49).

Medeni Kanunun 658. maddesi sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılması ile ilgili süreleri belirttiği halde, yasal önalım hakkını düzenleyen Medeni Kanunun 659. maddesinde bu konuda herhangi bir kural yoktur. Öğreti ve uygulamada savunulan görüşe göre, sözleşmeden doğan önalımın bağlı olduğu sürelerin yasal önalımda da uygulanması gerekir. Buna göre, bir aylık sürenin başlangıç tarihi satışın öğrenildiği tarih, on yıllık sürenin başlangıç tarihi ise satışın yapıldığı tarih olmalıdır (50). Yargıtay da 26.12.1951 tarihli ve 1/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile bu görüşe katılmıştır (51).

Medeni Kanunun 658. maddesinde öngörülen bir aylık hak düşümü süresinin, yasal önalımda da uygulanması görüşü genellikle benimsenmekle birlikte, şerhe ilişkin on yıllık sürenin yasal önalımda kıyas yoluyla uygulanması görüşüne bazı yazarlar karşı çıkmaktadır (52). Bu yazarlara göre, yasal önalım hakkı, hukuksal niteliği ve amacı bakımından müşterek mülkiyet ilişkisi varolduğu sürece devam etmelidir. Yasal önalımda şerh sözkonusu olmadığından, on yıllık sürenin yasal önalım hakkında kullanılması mümkün değildir.

Yasal önalım hakkı sahibi, satışı öğrendiği tarihten başlayarak bir ay içinde önalım hakkını kullanmazsa, yalnız o satış için önalım hakkını yitirmiş olur. Ancak, mülkiyeti kazanmış bulunan yeni paydaş, payını üçüncü kişi veya kişilere tekrar satarsa, diğer paydaşların bu yeni satış için önalım haklarını kullanmaları mümkündür. Her satış, öncekinden bağımsız olarak, paydaşlara yeni bir önalım hakkı kullanma olanağı sağlar. Müşterek mülkiyette birden çok paydaşın varlığı

(47) Tekinay, önalım sözleşmesinde tarafların on yıldan fazla bir süre belirlemeyecekleri görüşündedir. Ona göre, MK. m. 658/III uyarınca önalım hakkı, sicile şerh verildiği tarihten başlayarak, on yıl sonra sona erdiğinden, şerh verilen sözleşmelerin de yapıldıkları tarihten başlayarak on yıl geçince sona erecekleri sonucu çıkarılabilir (sh. 432-433).

(48) Tekinay, sh. 433; Oğuzman/Seliçi, sh. 542; Gürsoy/Eren/Cansel, sh. 641.

(49) Gürsoy/Eren/Cansel, sh. 642.

(50) Feyzioğlu, sh. 317; Akipek, sh. 218; Ayiter, sh. 138.

(51) İct. Bir. K. için bk. Olgaç, sh. 274 vd.

(52) Oğuzman, sh. 18; Oğuzman/Seliçi, sh. 557; Gürsoy/Eren/Cansel, sh. 619; Tekinay, sh. 441.

halinde, bunların hepsinin birbirinden bağımsız olarak önalım haklarını kullanmaları da mümkündür. Bu halde bir aylık süre, her biri için diğerlerinden bağımsız olarak işler. Her paydaş için, satışı öğrenmiş olduğu tarih esas alınır (53).

## 2- İhbar Yükümlülüğü

Sözleşmeden doğan önalımda olduğu gibi, yasal önalımda da, hak sahibinin önalım hakkını kullanabilmesi için, satıcı paydaş, satışı diğer paydaşlara bildirmek zorundadır (54).

Medeni Kanununun 658/II hükmüne göre, satıcı, taşınmazın satışını önalım hakkı sahibine bildirmek zorundadır. Ancak, önalım hakkı sahibi, satışı başka yollardan öğrenmiş olursa, süre bu öğrenme tarihinden başlayarak işler. Satıcının satışı önalım hakkı sahibine bildirmemesinin yaptırımı, bundan bir zarar doğmuşsa, bu zararın giderilmesidir. Önalım hakkı sahibinin satışı öğrendiğinin kanıtı, ilke olarak önalım yükümlüsüne düşer. Satıcının satışı bildirmesi bir biçime bağlı değildir. Üçüncü kişi alıcının satışı bildirme yükümlülüğü yoktur. Ancak, önalım hakkı sahibi, bundan bir zarar görürse, Borçlar Kanununun 41/II hükmü koşullarının gerçekleşmesi halinde, haksız fiile dayalı tazminat davası açılabilir. Burada aranan bildirme, sadece bildirime ilişkin irade açıklamasının önalım hakkı sahibine ulaşmasıdır (55).

Olayımızda satıcı paydaş ile üçüncü kişi arasında satım sözleşmesi yapılmış ve bu satışın tapuya tescili ile mülkiyet hakkı üçüncü kişiye geçmiştir. Önalım hakkı sahibi, bir aylık yasal süre içinde "önalımlı payın iptal ve tesciline ilişkin olmak üzere, mülkiyet hakkını devralan üçüncü kişiye karşı dava açmıştır. Yukarıda kuramsal bilgiler kısmında değindiğimiz gibi, önalım hakkı sahibinin önalım hakkını kullanma iradesini yükümlüye yasal süre içinde yöneltmesi ile önalım hakkını kullananla önalım yükümlüsü arasında bir satış ilişkisi meydana gelmektedir. Önalım yükümlüsünün mülkiyeti önalım hakkı sahibine geçirme borcu doğmaktadır. Önalım yükümlüsü, bu borcu yerine getirmediğinde, önalım hakkı sahibi, önalım yükümlüsü aleyhine dava açabilmektedir. Olayımızda da önalım hakkı sahibi, bir aylık yasal süre içinde önalım yükümlüsüne karşı böyle bir dava açmıştır.

Kararda "şuf'alı payın satışını takip eden bir aylık yasal süre"den söz edilmektedir. Sözleşmeden doğan önalımda bir aylık süre, satışın öğrenildiği tarihten başlayarak işler. Yasal önalımda da bir aylık sürenin başlangıcı olarak öğrenilme anı kabul edilmektedir. Ancak, inceleme konusu kararda, bir aylık sürenin satıştan itibaren başlayacağını kabul edildiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Medeni

(53) Oğuzman/Seliçi, sh. 557, 558; Gürsoy/Eren/Cansel, sh. 619, 620.

(54) Gürsoy/Eren/Cansel, sh. 619.

(55) Gürsoy/Eren/Cansel, sh. 641.

Kanunun 658. maddesinin III. fıkrasında da “Şefiin satıma itilâi gününden itibaren bir ay” demekle, bir aylık sürenin satışın öğrenilmesinden itibaren başlayacağı konusunda, herhangi bir tartışmaya yer verilmemektedir.

## II - ÖNALIM HAKKINDA VAZGEÇME

Vazgeçme, kişinin, kendisine tanınmış bir hakkın doğmasından önce veya sonra, kendi özgür iradesi ile o hakkını almaktan veya kullanmaktan caymasıdır (56).

Yasal önalımdan vazgeçme, paydaşlardan bazılarının ya da tümünün kendi yararlarına olarak yasadan dolayısıyla doğan bir ödev niteliğinde olan önalımdan vazgeçmeleridir (57).

Önalımdan vazgeçme konusunda şu durumlar sözkonusu olabilir :

- 1- Hakkın kendisinden vazgeçme
- 2- Hakkın kullanılmasından vazgeçme
- 3- Hakkın kullanılmasından sonraki vazgeçme

### A- ÖNALIM HAKKININ KENDİSİNDEN VAZGEÇME

Önalım hakkının kendisinden vazgeçen önalım hakkı sahibi, yalnız bir kişiye ve bir satışa özgü olarak değil, herkese karşı ve devamlı olarak vazgeçmiş olur (58).

#### 1- Yasal Önalımda

Yasal önalımdan, bu biçimde vazgeçen kimse, paydaşlık sıfatını korur, ancak, artık önalım hakkı sahibi sıfatını ve haklarını taşıyamaz. Usulüne uygun olarak vazgeçtikten sonra, müşterek taşınmazın diğer paydaşlarının yaptığı satışlarda önalım hakkını kullanamaz ve yeni malîke karşı çekişmede bulunamaz. Önalım hakkının kendisinden vazgeçmede paydaş, önalım hakkını tam ve mutlak biçimde yitirmiş olur (59).

Genellikle yasal önalımda müşterek taşınmazın değerini arttırmak, kat satışlarına olanak sağlamak gibi düşüncelerle, sözleşmeden doğan önalımda da belki bir karşılık sağlamak düşüncesiyle bu yola başvurulur. Hangi amaçla yapılsa yapılsın, önalım hakkı sahibinin hakkın kendisinden vazgeçmesi, önalım hakkını sona erdiren nedenlerin başında gelir.

Yasal önalım hakkından vazgeçmenin geçerli olması için, resmi biçime uygun olarak yapılması ve tapuya şerh edilmesi gerekir (60). Yasal önalım hakkı,

(56) Özenli, Sosyal, Uygulamada Önalım Davaları, Ankara, 1984, sh. 92.

(57) Akipek, sh. 218.

(58) Sebük, sh. 120; Feyzioğlu, sh. 434.

(59) Sebük, sh. 159; Feyzioğlu, sh. 434.

(60) Sebük, sh. 160; Feyzioğlu, sh. 435.

mülkiyetten doğan ödevlerden olduğundan, onun kendisinden vazgeçme de, bu niteliğine uygun bazı koşullara uymayı zorunlu kılmaktadır. Medeni Kanununun 657. maddesinin II. fıkrasına göre: “Bu takyitler ancak, resmi bir senetle ve tapu siciline kayıt ile ilga ve tadil olunabilir”. Yasal önalımda da, haktan herkese karşı vazgeçme bütün paydaşlar tarafından yapılıyorsa, mülkiyetten doğan bir ödevin ortadan kaldırılması durumu ortaya çıkar; bazı paydaşlar tarafından yapılıyorsa, mülkiyetten doğan bir ödevin değiştirilmesi sözkonusu olur. Bu nedenle bu tür vazgeçmenin geçerli olabilmesi için, resmi biçimde yapılması ve tapuya şerh edilmesi zorunludur. Aksi halde, vazgeçme yalnız taraflar arasında kişisel bir sonuç doğurabilir, fakat üçüncü kişiler bundan yararlanamazlar (61).

Yargıtayın 16.5.1951 tarihli ve 6-19/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre de;“... herkese karşı şuf'a hakkından devamlı surette bütün hissedarların veyahut bir kısım hissedarların feragati, gayrimenkul mülkiyetinin kanuni takyidinin ilga ve tadilini tazammun etmekte olması itibariyle muteberiyeti için resmi şekilde yapılarak tapuya tescil ettirmek gerekir” (62).

Medeni Kanununun 657. maddesinin II. fıkrasından başka, konuyla ilgili diğer bir kural da, 1512 sayılı Noterlik Kanununun 89. maddesidir. Noterlik Kanununun 89. maddesine göre; niteliği bakımından tapuda işlem yapılmasını gerektiren her tür sözleşme ve işlemlerin düzenleme biçiminde (resmi biçimde) yapılması zorunludur. Gerek Medeni Kanununun 657. maddesinin II. fıkrası, gerekse 1512 sayılı Noterlik Kanununun 89. maddesi dikkate alındığında, ortaya çıkan sonuç şudur: Yasal önalım hakkından vazgeçme, resmi biçimde (düzenleme biçiminde) yapılmak (Noterlik K. 89) ve ayrıca tapuya şerh edilmek (M.K. 657/II) zorundadır.

Yasal önalım hakkının kendisinden vazgeçmenin kanıtı da, geçerliliği gibi biçime bağlıdır. Resmi senet ve tapuya şerh, kanıt için de aranır. Vazgeçmenin varlığı iddiası ancak, resmi senet ve tapu siciline yapılmış şerhin varlığı halinde kabul edilebilir (63).

İnceleme konumuz Yargıtay kararında da “herkese karşı yapılacak şuf'adan feragatin resmi olması, hem de bu feragatin tapuya tescil olunması zorunludur” deniliyor. Buradaki “tescil” terimini, Medeni Kanununun 657, 919 ve 920 hükümleri karşısında “şerh” biçiminde anlamalıdır.

Olayımızda mahkeme, davacının (önalım hakkı sahibinin) davasını reddetmiştir. Red kararının gerekçesi, önalım hakkından vazgeçme taahhütnamesidir. Davacının vazgeçme taahhütnamesi, belli bir kişiye yapılacak satıştan söz etme-

(61) Feyzioglu, sh. 435.

(62) İçt. Bir. K. için bk. Olgaç sh. 285 vd.

(63) Feyzioglu, sh. 438, 439.

mektedir. Bu nedenle vazgeçme, herkese karşı yapılacak satışlara ilişkindir. Yani davacı, önalım hakkının kendisinden vazgeçmiş bulunmaktadır. Ancak önalım hakkının kendisinden vazgeçme, resmi biçimde yapılmakla ve tapuya şerh edilmekle geçerlilik kazanır. Olayımızdaki vazgeçme taahhünamesi, resmi biçimde yapıp, tapuya şerh edilmediği için, bu vazgeçme geçersiz sayılacaktır. Fakat, mahkeme, önalım hakkından vazgeçme taahhüdünü geçerli kabul ederek, davacının davasını reddetmiştir. Yargıtay kararında ise, değindiğimiz gerekçeler ileri sürülerek mahkemenin davayı red gerekçesi yerinde bulunmamıştır.

## 2- Sözleşmeden Doğan Önalımda

Borçlar Kanununun 213. maddesinin son fıkrasına göre; önalım sözleşmesinin geçerli olması için yazılı biçimde yapılması gerekli ve yeterlidir. Resmi biçim aranmaz. Borçlar Kanununun 12. maddesi ile de, yasaca yazılı olması gereken bir sözleşmenin, değiştirilmesinin de yazılı biçimde yapılması gerektiği kuralı getirilmiştir. Konu ile ilgili diğer bir kural da, 1512 sayılı Noterlik Kanununun 81. maddesinin II. fıkrasıdır. Bu kurala göre; "...tamamlanmasından sonra bir noterlik işleminin değiştirilmesi veya fesih ve iptali... evvelki işlemin yapıldığı şekilde yeni bir işlemle yapılır".

Bu genel ilkelerden bir sonuç çıkarmak istersek, önalım hakkından vazgeçmenin biçim ve koşullarının, önalım sözleşmesinin yapılış biçim ve koşullarına bağlı olduğunu söyleyebiliriz. Buna göre de, önalım sözleşmesi için yazılı biçim yeterli olduğundan, önalım sözleşmesi yazılı biçimde yapılmışsa, bundan vazgeçme de yazılı biçimde olacaktır. Önalım sözleşmesi için yazılı biçim yeterli de olsa, taraflar sözleşmeyi resmi biçimde yapabilirler. Bu durumda, bundan vazgeçme de resmi biçimde yapılacaktır (64).

Feyzioğlu, sözleşmeden doğan önalım hakkı; "mülkiyetin kanuni tazyitlerinden olmadığı için, kaideten ister tapuya şerh verilmiş olsun, ister olmasın bu hakkın kendisinden vazgeçme ... hiç bir şekle tabi değildir" demektedir (65). Yazar, tapuya verilen şerhin silinmesinin, hak sahibinin yazılı onayına bağlı olduğuna değinerek, uygulamada bu vazgeçmenin yazılı olduğunu belirttiikten sonra, sözleşmeden doğan önalım hakkının kendisinden vazgeçmenin kanıtının, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 290. maddesine bağlı olduğunu vurgulamaktadır.

18.1.1972 tarihli ve 1512 sayılı Noterlik Kanununun 89. maddesi, "Düzenleme şeklinde yapılması zorunlu işlemler" başlığı altında şu kuralı getirmiştir: "Niteliği bakımından tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşme ve vekaletnameler, vasiyetname, mülkiyeti muhafaza kaydı ile satış, gayrimenkul satış vaadi,

(64) Bozkurt, Hüseyin, Şu'a Hakkı, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi 1976, (9) 2. sh. 79.

(65) Feyzioğlu, sh. 434.

vakıf senedi, evlenme mukavelenamesi, evlat edinme ve tanıma, mirasın taksimi sözleşmesi ve diğer kanunlarda öngörülen sair işlemler bu fasıl hükümlerine göre düzenlenir.”

Medeni Kanun, tapuda işlem yapılmasını gerektiren bütün sözleşmelerin resmi biçimde yapılmasını öngörmüş değildir. Özellikle mirasın taksimi sözleşmeleri taşınmaz mallara ilişkin olsalar bile, adi yazılı şekil ile yapılabilirler (MK. 611/II). Borçlar Kanununun 213. maddesinin son fıkrasında da sözleşmeden doğan önalım hakkı için yazılı biçimin yeterli olduğu belirtilmiştir.

Noterlik Kanununun 89. maddesinin gerek Medeni Kanunda, gerekse Borçlar Kanununda değişiklik yapmış olup olmadığı konusu, öğretilerde tartışmalıdır. Bazı hukukçulara göre, Noterlik Kanununun 89. maddesi, niteliği bakımından tapuda işlem yapılmasını gerektiren işlemlerin düzenleme biçiminde yapılacağını öngörmüş olmasına karşın, Medeni Kanunda veya Borçlar Kanununda resmi biçime bağlı kılınmayan sözleşmeler, yine eskisi gibi resmi biçim koşulundan muaf kalacaklardır. Tandoğan, Noterlik Kanununun 89. maddesinin bir sağlık biçimi mi, yoksa bir kanıt biçimi mi getirdiği sorununun tartışılabilirliğini belirttikten sonra, kendi görüşünü ifade etmektedir: “ ... maddi hukuk işlemlerinin sıhhat şekline bağlı tutulması, yine maddi hukuka ilişkin kanunlarda öngörülmemelidir; Medeni Kanunun şekil serbestliği ilkesinin usule ilişkin kanunlarla zedeleneceği uygun olur. Kaldı ki, Noterlik Kanununun 89. maddesinin kaleme alınış tarzından, bu maddede sayılan işlemler için notere başvurulduğu takdirde, noterin bunları ne şekilde yapacağını göstermeyi hedef tuttuğu, yoksa onlar için bir sıhhat şekli koymak amacını taşımadığı sonucu çıkarılabilir” (66).

Kocayusufpaşaoğlu da Noterlik Kanununun 89. maddesinin maddi hukuka ilişkin yasalardaki biçim kurallarını değiştirmede kanısındadır. Kocayusufpaşaoğlu, şöyle demektedir: “Noterlik Kanunu, bir işlemin şekle bağlı olup olmayacağını düzenlemekle görevli değildir. İşlemin ispat şekli ise usul kanununda düzenlenir. Noterlik Kanunu, resmi şekli düzenler, başka bir deyişle, resmi şeklin nasıl yapılacağını düzenler, Noterlik Kanununun spesifik görevi ancak budur. Noterlik Kanunumuzda bu görevi aşan hükümler iki türlü yorumlanabilir: Katılmadığım birinci yorum tarzı, bu kanun da sonuç itibarıyla bir kanundur, bu sebeple maddi hukuka ve usul kanununa ilişkin hükümleri değiştirebilir şeklindeki düşüncedir. İkinci yorum tarzı kişisel düşüncemi aksettirir, yapılacak yorum, Noterlik Kanunu hükümlerini sadece bu kanunun düzenlemesi gereken işler gözönünde tutularak ortaya konmalıdır” (67).

Postacıoğlu da, aslında Medeni Kanuna değişiklik getirilmesine karşı olmakla birlikte, Noterlik Kanununun resmi senetler konusunda, üçüncü kişilerin

(66) Tandoğan, sh. 245.

(67) HUMK'ı Değiştiren 1711 Sayılı Kanun ve Noterlik Kanunu Hakkında Sempozyum, İstanbul, 1976, sh. 229.

çok daha yeterli korunmasına olanak verdiğinden, resmi senede güvenerek hak kazanmış üçüncü kişiye taraflar arasındaki özel senedin ileri sürülememesi biçimindeki çözüm yolunun, daha uygun bulunduğunu belirtmekte ve sırf estetik düşüncelerle Noterlik Kanunu düzenlemelerinin Medeni Kanun hükümlerine etki etmemesi gerekir diyen görüşe karşı çıkmaktadır (68).

Oğuzman/Seliçi, Noterlik Kanununun 89. maddesi hakkında; "Bu hüküm, maddi hukuk açısından etkili olmasa da, tapuya imzası tasdikli vekaletname ibrazını imkansızlaştırmaktadır" demektedirler (69).

Tekinay, Noterlik Kanununun 89. maddesinin biçim kurallarında bir değişiklik yapmadığını savunan hukukçuların görüşlerine karşı çıkar. Ona göre; Noterlik Kanunu, sadece usule ilişkin bir yasa değildir. Noterler maddi hukuk bakımından geçerlilikleri biçime bağlı olan hukuksal işlemleri düzenlemekle de yükümlüdürler. Noterlik Kanununun 89. maddesinin yazılış tarzından, bu maddede ancak notere başvurulduğu takdirde uygulanacak düzenleme usulünün gösterildiğini kabul etmek de, Tekinay'a göre doğru değildir. Tam aksine 89. madde ne içeriği, ne de yazılış tarzı bakımından belli sözleşmelerin veya işlemlerin resmi biçimde düzenleneceğini emretmekten başka bir kural getirmiş değildir. Tekinay'ca bu konuda asıl önemli nokta şudur: Resmi biçim, yasalarımızda hiç bir zamani bir usul işlemi veya bir kanıt koşulu olarak düzenlenmemiştir. Resmi biçim koşulu, genellikle sağlık biçimleri için sözkonusudur. Kuşkusuz, senetle kanıtın gerekli olduğu yerde resmi senet daha güçlü bir kanıt aracı oluşturur. Bununla birlikte, kanıt hukuku kurallarını içeren Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda resmi biçimde kanıt zorunluluğuna ilişkin bir kural yer almamaktadır. Öyleyse, resmi biçim zorunluluğunu koyan bir yasa kuralının salt kanıt kolaylığı getirmek amacını güttüğü asla söylenemez (70).

Şener de, Noterlik Kanununun 89. maddesi yürürlükte oldukça, aksine bir uygulamanın sözkonusu olamayacağı kanısındadır (71).

Yargıtayın 26.11.1980 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı, bu konuda, Noterlik Kanununun 89. maddesinin Medeni Kanunun 611. maddesinin II. fıkrasını değiştirmedeği kararına varmış, Noterlik Kanununun 89. maddesinin, aynı maddede sayılan işlemlerin yapılması için notere başvurulduğu zaman, noterin resmi biçimi nasıl gerçekleştireceğini belirten bir düzen usulünü öngördüğü ve miras taksim

(68) Not. K. Hakkında Sempozyum, sh. 230, 231.

(69) Oğuzman/Seliçi, sh. 375.

(70) Tekinay, S. Sulhi, Noterlik Kanununun 89. Maddesi Hakkında Düşünceler, Not. K. Hakkında Sempozyum, sh. 217.

(71) Şener, Esat, Noterlik Kanununa Getirilen Yeni Hükümlerin Bir Kısmı Üzerinde Düşünceler, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Der. 1978, S. 19, sh. 10.



sözleşmesinin yazılı olarak da yapılabileceği sonucuna ulaşmıştır (72). Şener, karşı oy yazısında, miras taksim sözleşmesinin resmi biçimde yapılmasının sağlayacağı yararları, Noterlik Kanununun 89. maddesinin yazılı olup da, düzenleme yolu ile yapılmayan sözleşmelerin sonuç doğurmayacağını, çünkü, kenar başlıktaki "zorunluk" deyiminin geçerlilik koşulunu anlattığını, resmi biçimin kanıt kolaylığı sağlamak için öngörülmediğini ve bu gerekçeler nedeniyle Noterlik Kanununun 89. maddesi ile Medeni Kanunun 611. maddesinin değiştirilmiş bulunduğunu savunmuştur.

Bozkurt ise, Noterlik Kanununun 89. maddesi ile, önalım sözleşmesinin tapuya şerh verilebilmesi için düzenleme biçiminde yapılması zorunluluğunun getirildiği görüşündedir (73).

Noterlik Kanunu, özel nitelikli ve sonraki tarihli bir yasa olması nedeniyle, genel nitelikli ve eski tarihli bir yasa olan Medeni Kanunu tamamlayıcı ve değiştirici bir işleve sahiptir. Dolayısıyla, Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda resmi biçim koşulu öngörülmeyen sözleşme ve işlemler, Noterlik Kanununun 89. maddesinde açıkça düzenleme biçiminde yapılmaları zorunluluğu getirilmesi sonucu, düzenleme biçiminde yapılmakla geçerlilik kazanacaklardır. Eğer Noterlik Kanununun 89. maddesi, maddede geçen sözleşme ve işlemlerin resmi biçime uygun olarak yapılmaları zorunluluğunu getirmiyorsa, başka bir deyişle, 89. maddede sayılan sözleşme ve işlemler adı yazılı biçimde de yapılabilir diyebiliyorsak, o halde bu hükmün getiriliş amacı nedir? Kaldı ki, özkonusu hükmün bir ihtiyacın giderilmesi amacıyla getirildiği söylenmektedir.

Yasal önalım hakkı bakımından, Medeni Kanunun 657. maddesinin II. fıkrası ile Noterlik Kanununun 89. maddesi çelişmemektedir. Her iki kural ile de resmi biçim koşulu getirilmiştir. Ancak, sözleşmeden doğan önalım hakkı bakımından Medeni Kanun ile Noterlik Kanunu arasında bir çelişki vardır. Borçlar Kanununun 213. maddesinin son fıkrasında önalım sözleşmesinin geçerlilik koşulu olarak yazılı biçim öngörüldüğü halde, Noterlik Kanununun 89. maddesi, niteliği bakımından tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşmelerin resmi (düzenleme) biçimde yapılması zorunluluğunu getirmiştir. Noterlik Kanununun 89. maddesinin Medeni Kanun ve Borçlar Kanununa etki yapmadığı konusunda ileri sürülen görüşleri yukarıda kısaca aktarmaya çalıştık. Bu konu halen tartışmalı da olsa, Noterlik Kanununun 89. maddesinin Medeni Kanun ve Borçlar Kanununa etki yaptığı sonucuna ulaştık. Bu nedenle, sözleşmeden doğan önalım hakkı bakımından da, yasal önalım hakkı için vardığımız sonuçlara ulaşmak mümkündür. Noterlik Kanununun 89. maddesi uyarınca, sözleşmeden doğan önalımdan vazgeçme de, resmi (düzenleme) biçimde yapılmak zorundadır. Sonuç olarak diyebiliriz ki;

(72) Yarg. İct. Bir. K. , C. V, Ankara, 1981, sh. 819 vd. (E. 1980/5 K-1980/3)

(73) Bozkurt, sh. 77.

Noterlik Kanununun 89. maddesi ile, yasal ve sözleşmeden doğan önalımdan vazgeçme konusunda bir ayırım kalmamıştır. Her ikisi de, resmi biçim koşuluna bağlanmıştır.

## B- ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASINDAN VAZGEÇME

Önalım hakkından nisbi biçimde de vazgeçme mümkündür. Önalım hakkının kullanılmasından, belli bir satış için ve o satışa özgü olmak üzere yapılmış vazgeçmeler bu niteliktedir. Önalım hakkı sahibi; önalım konusu taşınmazın daha sonraki satışlarında önalım hakkını ileri sürme planasını korumaktadır, fakat, sadece o satış için bu hakkından vazgeçmektedir (74).

Önalım hakkını belli bir satış için kullanmaktan vazgeçme, satıştan önce ya da sonra olabilir.

### 1- Satıştan Sonra Vazgeçme

Mevcut bir satış için önalım hakkının kullanılması sözkonusu olduğunda, önalım hakkı sahibinin hakkını kullanmaktan vazgeçmesi, hiç bir biçime bağlı değildir. Bu biçime bağlı olmama, hem sözleşmeden doğan, hem de yasal önalımda geçerlidir. Bir aylık sürenin sona ermesi ile veya bu süre içinde açık veya kapalı hakkı kullanmaktan kaçınma ile o satış bakımından önalım hakkı sona erer (75).

### 2- Satıştan Önce Vazgeçme

Bu tür vazgeçme, bir satışın yapılmasından önce, o satış için hakkın kullanılmayacağı açıklamasını anlatır (76).

Yasal önalımda, satıştan önce hakkın kullanılmasından vazgeçme konusunda, Federal Mahkeme; in 1925 tarihli bir kararında; önalım hakkının kullanılmasından satışın tamamlanmasından önce veya sonra vazgeçilebileceği, bu vazgeçmenin hakkın kendisinden vazgeçme olmadığı için resmi senede ve tapu siciline tescile bağlı olmadığı, kanıt için de bir biçime uyulmasının gerekmediği ve ayrıca önalım hakkı sahibinin kendisini önalım hakkını kullanmaya malik veya alıcının çağrılmaları halinde, hak sahibinin aksi kararlaştırılmadığı sürece -bu çağrıyı susma ile karşılamış olmasının, önalım hakkının kullanılmasından vazgeçme olarak anlaşılmayacağı belirtilmiştir (77).

(74) Sebük, sh. 120; Fezyioğlu, sh.439.

(75) Fezyioğlu, sh. 439. Önalım hakkının kullanılmasından zımni olarak da vazgeçmenin mümkün olduğu konusunda bk. Fezyioğlu, Turhan, Kanuni Şuf'a Hakkının İstimalinden Feragat Şekle Tabi midir? Ankara Ba. D., Şubat 1949, S. 58-59, sh. 26-28.

(76) Kısagün, Adli, Şuf'a Davaları, Ankara, 1958, sh. 114.

(77) Jdt. 1925, sh. 578 vd. (Fezyioğlu, sh. 441 vd.)

Yargıtayın konu ile ilgili 16.5.1951 gününden önceki kararlarında tam bir tutarlılık bulunduğu söylenemez. Ankara 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin 22.9.1948 tarih ve 507/910 sayılı kararına konu olmuş bir olayda Federal Mahkemenin görüşlerine uygun görüşler ileri sürülmüştür (78). Yargıtay Birinci Hukuk Dairesinin 29.5.1948 tarih ve 3922/3151 sayılı kararında da, önalım hakkından vazgeçmenin tescilden önce de yapılabileceği ve hiç bir biçime bağlı bulunmadığı belirtilmektedir (79). Yargıtay, 16.5.1951 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında, satıştan önce de, sonra da hakkın kullanılmasından vazgeçmeyi mümkün görmüş ve bu vazgeçmenin geçerliliği için belirli bir biçime uyulmasını da zorunlu saymamıştır (80). Ancak, aynı İçtihadı Birleştirme Kararı ile Yargıtay, Medeni Hukuk bakımından hiç bir biçime bağlı olmayan önalım hakkını kullanmaktan vazgeçmenin kanıtını, yazılı delile bağlı saymıştır. Buna göre, sözü geçen İçtihadı Birleştirme Kararı dolayısıyla, satıştan önce veya sonra belli bir satış için yapılacak önalım hakkının kullanılmasından vazgeçme taahhütlü, satışa konu olan payın değeri - 1981 yılında yapılan değişiklikten sonra -5000 TL'yi geçtiği takdirde, ancak yazılı delil ile kanıtlanabilecektir. Yazılı delil zorunluluğu, açık vazgeçmeye özgüdür, zınni vazgeçmeyi kapsamaz; vazgeçmeye yönelik eylem ve hareketler her türlü delille kanıtlanabilir (81). Yazılı delil göstermeyen davalı, iddiasını davacıya bu konuda yemin yöneltmek yoluyla da kanıtlanabilecektir. Eğer yazılı biçim geçerlilik koşulu olsaydı, davalının yemin yöneltmesinin hakkı olamazdı. Bu durum, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 13.6.1951 ve 13.10.1954, Altıncı Hukuk Dairesinin 29.11.1952 tarihli kararlarında doğrulanmıştır (82).

Sözleşmeden doğan önalımda da, hakkın kullanılmasından vazgeçme herhangi bir biçime bağlı değildir (83).

18.1.1972 tarihli ve 1512 sayılı Noterlik Kanununun 89. maddesi, daha önce de değinildiği üzere, niteliği bakımından tapu işlem yapılmasını gerektiren sözleşmelerin düzenleme biçiminde yapılması zorunluluğunu getirmiştir. Bu kural esas alındığında gerek sözleşmeden doğan, gerek yasal önalım hakkının kullanılmasından vazgeçmenin, taraflar arasında geçerli olabilmesi için, resmi (düzenleme) biçimde yapılmak; üçüncü kişilere karşı geçi olabilmesi için de, düzenleme biçiminde yapıldıktan sonra şerh edilmek zorunluluğu vardır. Başka bir deyişle,

(78) Feyzioglu Turhan, sh. 26 vd.; Küley, sh. 66; Feyzioglu sh. 445.

(79) Küley, sh. 67, 68; Feyzioglu, sh. 446.

(80) Bk. yuk. dn. 62. Ayrıca bk. Yarg. 6. H. D. 3.6.1980 T., 41/5783 S., YKD, C. VII. S.2, Şubat 1981, sh. 176, 177.

(81) Sungurbey, İsmet, Medeni Hukuk Sorunları, C. II, İstanbul, 1974, sh. 116. Aynı doğrultuda; Sebük, sh. 162-163.

(82) Feyzioglu, sh. 450, 451. Ayrıca bk. Yarg. 6. H. D. 24.6.5 T, 3798/3227 S, Karahasan, sh. 1002.

(83) Sebük, sh. 121; Feyzioglu, sh. 440.

Noterlik Kanununun 89. maddesi ile, sözleşmeden doğan ve yasal önalım hakkının kullanılmasından vazgeçmenin geçerliliği, düzenleme biçiminde yapılması ve tapuya şerh edilmesi koşulluna bağlanmıştır

Medeni Kanun Öntasarısında, yasal önalım hakkını düzenleyen 653. maddede; “Önalım hakkından feragatin resmi şekildedir; yapılması ve tapu siciline şerh verilmesi gerekir. Belirli bir satışta önalım hakkını kullanmama taahhüdü yazılı şekle tabidir ve satıştan önce veya sonra yapılabilir” denilmektedir (84). Bu hükümde, önalım hakkının kendisinden vazgeçme ile önalım hakkının kullanılmasından vazgeçme, farklı biçimlere bağlı tutulmuştur. Önalım hakkının kendisinden vazgeçme için resmi biçim arandığı halde, önalım hakkının kullanılmasından vazgeçmede yazılı biçim ile yetinilmektedir. Medeni Kanun Öntasarısının şerh verilen sözleşmeden doğan önalım hakkını düzenleyen 655. maddesinde de; “Kanuni önalım hakkının kullanılmasına ve düşmesine ilişkin hükümler akdi önalımla da uygulanır” hükmü yer almaktadır (85). Bu hükmle, vazgeçme konusunda sözleşmeden doğan önalım hakkı ile yasal önalım hakkı arasında ayırım yapılmadığını görüyoruz. Öntasarının bu hükümlerinin yalıtılması halinde, vazgeçme konusunda sözleşmeden doğan ve yasal önalım hakkı arasında ayırım yapılmayacak ancak, önalım hakkının kendisinden vazgeçme ile kullanılmasından vazgeçme farklı biçimlere bağlı tutulacaktır.

## C- ÖNALIM HAKKINI KULLANDIKTAN SONRA VAZGEÇME

Burada önalım hakkı sahibi, ikkını ya dava açmaya gerek görmeyerek kullanma bildirimini yükümlüye yöneltmek yoluyla kullanır ya da dava açarak kullanır. Bir de önalım hakkı sahibi, hakkını davasız kullandıktan sonra bir sonuç elde edemeyerek önalım davası açar. Bu durumda da sonuç ikinci olasılıktan pek farklı olmayacağından, bu iki durum birlikte ele alınarak incelenebilir. Çünkü her ikisi de artık önalım davasından vazgeçme niteliğindedir (86).

### 1- Dava Yoluyla Olmaksızın Kullanmadan Vazgeçme

Bu olasılıkta artık önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme düşünülemez. Çünkü önalım hakkı sahibi, hakkı kullanmıştır. Önalım hakkı sahibi kullanma bildirimini yükümlüye yöneltmekle önalım hakkı o satış için sonuçlarını doğurmuş ve sona ermiştir. Bu nedenle, aşamadaki vazgeçme ancak, önalım hakkının kullanılmasında doğmuş olan yeni satış ilişkisinin taraflara verdiği hak ve yetkilerden vazgeçme niteliği anlamını taşıyabilir (87).

(84) Türk Medeni Kanunu Öntasarısı Gerekçesi, İstanbul, 1984, sh. 159.

(85) MK. Öntasarısı, sh. 160.

(86) Feyzioğlu, sh. 451.

(87) Feyzioğlu, sh. 451, 452; Sebuh, sh. 165.

Önalım hakkının kullanılması sonunda doğan yeni satış ilişkisi iki tarafa da karşılıklı olarak hak ve borçlar yükler. İki tarafa da borç yükleyen sözleşmeden doğan ilişkilerde taraflardan birisinin, diğerinin onayı olmaksızın sözleşmenin bütün hükümlerini vazgeçme yoluyla ortadan kaldırması düşünülemez. Olsa olsa bir taraf kendi hak ve yetkilerinden vazgeçer fakat, bu, diğer tarafın hakkını istemesine engel olamaz. Bu nedenle, önalım hakkının kullanılması sonucunda doğmuş yeni satış ilişkisini ya iki taraf anlaşarak ortadan kaldırırlar ya da vazgeçme tek taraflı olarak-vazgeçen için- sonuç doğurur. Bu biçimde haktan vazgeçen önalım hakkı sahibi ise, ifa ve önalım konusunun mülkiyetinin kendisine geçirilmesi davasını açması halinde, davalı taraf önalım hakkı sahibinin hakkını kullanmasından sonra kullanma sonucu doğmuş bulunan yeni ilişkiden doğan haklarından vazgeçtiğini yine ileri sürebilecek, fakat, bu iddiasını da 16.5.1951 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince yazılı delille kanıtlayacaktır (88). Kanımca, Noterlik Kanununun 89. maddesinin burada da sözkonusu olması gerekir. Bu kural, resmi biçimi zorunlu saydığından yazılı delil, vazgeçmenin geçerli olması sonucunu doğurmayacaktır. Resmi biçim, kanıt bakımından değil, geçerlilik bakımından aranacaktır.

## 2- Önalım Davasından Vazgeçme

Hakkın kullanıldığı bildirildikten sonra alıcı ile hak sahibi arasında doğan uyumsuzluk üzerine önalım davası açılmasından veya kullanma bildirimiminin dava açılması yoluyla yapılmasından sonraki vazgeçme, davadan vazgeçmedir. Davanın on yıl içinde yenilenip takibinin mümkün olması, bu tür vazgeçmenin de önalım davası açılması tarihinden başlayarak on yıl süreyle yapılmasını mümkün kılar (89).

Önalım davasından vazgeçmede, hakkın kendisinden vazgeçme yoktur. Hak süresinde kullanılmış ve davası da açılmış bulunmakla işlevini yerine getirmiş, o satış için sona ermiştir. Burada davadan vazgeçme sözkonusu olmaktadır ki, artık, bu aşamada Medeni Kanun hükümlerine göre değil, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre değerlendirme yapmak gerekir. Önalım davasından vazgeçmenin geçerliliği ve kanıtın biçime bağlı tutulup tutulmaması tamamen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre belirlenir (90).

Yargıtayın 16.5.1951 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı, dava açıldıktan sonraki vazgeçmenin, davadan vazgeçme olduğunu, bu nedenle artık Medeni Kanun hükümlerinin değil, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir (91).

(88) Feyzioğlu, sh. 452; Sebük, sh. 166.

(89) Kısagün, sh. 116.

(90) Küley, sh. 68; Bozkurt, sh. 80; Feyzioğlu, sh. 452, 453.

(91) Bk. yuk. dn. 62.

Davadan sonraki vazgeçme, her ne kadar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun davadan vazgeçmeye ilişkin hükümlerine göre yapılacaksa da, 1512 sayılı Noterlik Kanununun 61. maddesinin verdiği yetkiye dayanarak, vazgeçmeye ilişkin bir tesbitin noter tarafından da yapılması mümkündür. Bu durumda noter bu tesbiti Noterlik Kanununun 102. maddesine göre tutanak biçiminde yapacaktır (92).

### 3- Önalım İlâmının Çıkmasından Sonra Vazgeçme

Önalım hakkı sahibi, önalım ilâmının kesinleştiği andan başlayarak Medeni Kanunun 633. maddesinin II. fıkrası gereğince, önalım konusu taşınmazın mülkiyetini kazanmış olur. Bu aşamadan sonraki vazgeçme, ne önalım hakkının kullanılmasından, ne de önalım davasından vazgeçmedir. Çünkü her iki aşama da cereyan etmiş ve sonuçları ortaya çıkmıştır. Bundan sonraki vazgeçmeler ancak, önalım hakkı sahibinin kendi mülkü üzerinde tasarrufta bulunmasından ibarettir (93).

### III - ÖNALIM HAKKININ KÖTÜYE KULLANILMASI

Olayımızdaki vazgeçme taahhütnamesinde, taşınmazın taksiminden söz edilmektedir. Yargıtay kararında; taksimin resmi biçimde yapılabileceği gibi, resmi olmayan biçimde paydaşların aralarında anlaşmaları yoluyla, taşınmazı eylemli olarak paylaşmaları ve bunun sonucunda her paydaşın taşınmazın belirli bir kesimini uzun süre kullanması halinde de mümkün olabileceği sözkonusu ediliyor. Kararda bu biçimde taşınmazın paylara bölünmüş olduğunu bilen davacının önalım hakkını kullanması, objektif iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz deniliyor. Gerekçe, eylemli olarak taşınmazın paylaşılması halinde de, her payın bağımsız bir taşınmaz olduğunun kabulüdür.

Şimdi kararın bu son bölümündeki hukuksal ilişkileri incelemeye geçelim.

### A- EYLEMLİ OLARAK PAYLAŞILMIŞ TAŞINMAZLAR

Müşterek mülkiyetin sona ermesi (94), iki yolla olur. Müşterek mülkiyet ya bir veya birkaç paydaş bakımından (payın temliki, paydan vazgeçme, paydaşlardan birinin müşterek mülkiyetten çıkarılması sonucunda) ortadan kalkar ya da bütün paydaşlar bakımından (müşterek mülkiyet konusu malın temliki, terki, yok olması, kamulaştırılması veya taksimi sonucunda) sona erer.

(92) Bozkurt, sh. 80.

(93) Feyzioğlu, sh. 456; Sebük, sh. 166.

(94) Bk. Gürsoy/Eren/Cansel, sh. 421-430; Akipek, sh. 35-44; Oğuzman/Seliçi, sh. 335-347; Tekinay, sh. 316-322.

Müşterek mülkiyete özgü bir sona erme nedeni, Medeni Kanunun 627. maddesi ve devamında özel olarak düzenlenmiştir. Müşterek mülkiyetin bu maddeler gereğince son bulması birbiri ardından gelen iki aşamada gerçekleşir. Birinci aşama paylı halin giderilmesidir ki, burada paydaşlar arasında bir eşyaya birlikte malik olma durumu ortadan kalkar. İkinci aşama ise, taksim aşamasıdır (95). Her paydaş, müşterek eşya parçalara bölünmeye uygun ise, payının bölünerek aynen, değilse satılarak bedelinin nakden verilmesine ve böylece bireysel mülkiyet ilişkisinin kurulmasına taksim denir. Taksim ya paydaşların anlaşmalarıyla (rızaî taksim) ya da mahkeme kararıyla (kazai taksim) olur.

Rızaî taksim, paydaşların müşterek mülkiyet ilişkisi devam ederken veya paylı halin giderilmesi sonunda, taksimin yapılış biçimini aralarında kararlaştırmalarıdır. Rızaî taksimde hukuksal neden, taksim sözleşmesidir. Taksim edilecek müşterek eşya taşınmaz bir malsa, Medeni Kanunun 634. maddesine göre, taksim sözleşmesinin tapuda resmi biçimde yapılması ve her payı bağımsız bir eşya olarak, tahsis edildiği paydaş adına, tapu sicilinde tescil edilmesi gerekir. Taksim sözleşmesinin yazılı olması gerektiği hakkında bir kural da, Medeni Kanunun 611. maddesinin II. fıkrasıdır. Buna göre, taksim sözleşmesi yazılı olarak yapılmadıkça geçerli olmayacaktır.

Kazai taksim ise, paydaşların taksimin yapılmasında anlaşamamaları halinde, mahkeme kanalıyla yapılan taksimi anlatır. Kazai taksim, taksim davası yoluyla olur (MK. 628/II).

Medeni Kanunun 627. maddesi, paydaşlardan her birine kural olarak dilediği anda müşterek mülkiyete son verme, yani paylı halin giderme hakkını tanıır. Bir paydaş, bu hakkını kullanınca, bütün paydaşlar taksimi yerine getirme borcu altına girerler.

Olayımızda müşterek mülkiyet ilişkisine paylı halin giderilmesi ve taksim yoluyla son verildiği söylenemez. Tapu sicilinde taşınmaz, müşterek malikler üzerinde görülmektedir. Ancak, kararda; "...tüm paydaşlar arasında taşınmaz özel olarak parsellenmiş, böylece taksimatı yapılmış, her paydaş belirli bir kesimi uzun süreden beri tasarruf etmekte ise, her paydaşın yeri müstakil bir taşınmaz niteliği almış demektir. Tapuda ifraz yapılmadığı için hisse şeklinde satış yapılmış olsa dahi, aslında paydaşa ait müstakil yerin satıldığının kabulü gerekir" denilmektedir.

Konuyla ilgili olarak Özenli şöyle demektedir: "Bir taşınmazda paydaş olan kişilerin, taşınmazı aralarında paylaşmaları olanaklıdır. Bu paylaşma ya bir ortaklığın giderilmesi davasıyla veya paydaşların serbest iradeleriyle resmi memur önünde yapacakları paylaşma ile olabileceği gibi, resmi olmayan şekilde eylemli olarak da yapılabilir. Taşınmaz resmen paylaşılmış ise, taşınmazın ortaklaşa mülkiyet niteliği ortadan kalkacak, her bir paydaşa düşen pay, bağımsız bir taşınmaz niteliğini alacaktır.

“Ancak, paydaşların ortaklaşa kullandıkları taşınmazı resmi şekilde paylaşmadan, eylemli olarak kendi aralarında paylaşmaları da olanaklıdır. Eğer paydaşlar, özel parselasyon yapıp, bunu yazılı şekle dökerek (tapuya bildirip tescil ettirmemek koşuluyla) veya dökmeyerek bu şekil paylaşma yolunu seçmişler ve eylemli olarak her bir paydaş kendisine ait taşınmazı kullanıyorsa, değişik bir deyişle her paydaşın payı taşınmazda belli bir kesime dönüşmüşse, bu tür paylaşma ile de önalım davaları yönünden taşınmaz ortaklaşa mülkiyet halinde kullanılan taşınmaz niteliğinden çıkmış demektir. Bunun sonucu ise, bu tür resmi olmayan ve fakat eylemli olarak paylaşılan taşınmazlardaki pay satışlarında da önalım hakkı kullanılamaz. Çünkü, her ne kadar taşınmaz tapu sicilinde ortaklaşa mülkiyet durumunda görülüyorsa da, burada satılan pay, taşınmazdan herhangi bir pay değil, belli bir paydaşa verilmiş, belli bir taşınmaz parçasıdır. Yani, burada taşınmaz yönünden, paydaşlar arasında geçerli, nisbi bir bağımsızlık vardır. Bu kural, kat irtifakı kurulmuş ve fakat tapuya tescil edilmemiş taşınmazlar için de geçerlidir” (96).

Yargıtay, eylemli paylaşma halinde önalım hakkının kullanılmayacağı görüşünü kabul etmektedir. Bu görüşün bir örneği inceleme konusu karardır. Yargıtayın aynı doğrultudaki bir kararı da, Altıncı Hukuk Dairesinin 9.11.1983 gün ve 10980/10968 sayılı kararıdır (97). Kararda taşınmazın paydaşlar arasında eylemli olarak paylaşılması ve bu biçimde kullanılması halinde, bir paydaşın payını üçüncü bir kişiye satışı sözkonusu olduğunda, diğer paydaşların önalım davası açamayacakları belirtilmektedir. Altıncı Hukuk Dairesinin 7.4.1983 gün ve 3540/3621 sayılı kararı (98) da aynı yönde olup, eylemli olarak paylaşılmış taşınmazlarda “şuf’a konusu payın taraflar arasında daha evvelce yapılan anlaşma ile belli ve müayyen bir kısmına tekabül ettiği ve bu nedenle şuf’a cereyan etmeyeceği” sonucuna varmıştır. Yine Altıncı Hukuk Dairesinin 23.1.1986 gün ve 13067/486 sayılı yeni bir kararında (99) da, paydaşın eylemli olarak paylaşılmış bir taşınmazdaki payını, üçüncü bir kişiye satması halinde, alıcının satın aldığı payın “gerçekte payla birlikte, paya tekabül eden belirli bir yer” olduğu görüşü savunulmuştur.

Yargıtay tarafından sözkonusu kararlarda savunulan ve Özenli tarafından da desteklenen görüşün yerindeliliğini araştırmak için öncelikle Medeni Kanunun 623-628. maddeleri arasında düzenlenmiş bulunan müşterek mülkiyet ilişkisine egemen olan ilkelere bakmak gerekir.

Müşterek mülkiyet, bir eşyaya birden çok kişinin toplu halde, birlikte malik olmasıdır (MK. 623/I). Burada eşya üzerinde tek bir mülkiyet hakkı vardır,

(96) Özenli, Soysal, Uygulamada Önalım Davaları, Ankara, 1984, sh. 61, 62.

(97) Özenli, sh. 204.

(98) Özenli, sh. 200.

(99) YKD, C. 12, S. 6, Haziran 1986, sh. 801, 802.



Ancak bu hak, birden çok kişiye aittir. Sözkonusu birden çok kişi mülkiyetin bir payına sahip bulunmaktadır. Ancak, burada pay sözcüğünün kullanılması, eşyanın paylara bölündüğü anlamına gelmez. Pay sözcüğünün anlattığı bölünme, eşyanın maddesinde kendisini göstermeyen ve sadece eşya üzerindeki mülkiyet hakkına ilişkin bulunan varsayımsal bir bölünmedir (100). Paydaşlar eşyanın tümü üzerindeki mülkiyet hakkına birlikte sahiptirler. Paydaşlardan her birinin payı, eşyanın yalnız bir bölümünde değil, tamamında ve her zerresinde bulunmaktadır. Bir eşya üzerindeki iki kişinin yarı yarıya malik olması, bu eşyanın yarısında bir paydaşın, yarısında da diğer paydaşın malik olması anlamına gelmez; her iki paydaşın eşya üzerindeki mülkiyet hakkına yarı yarıya sahip bulunmalarını anlatır.

Müşterek mülkiyet hakkında aktardığımız bilgiler ışığında inceleme konusu Yargıtay kararında savunulan görüşü irdeleyecek olursak; kararda varılan sonucun, müşterek mülkiyet ilişkisine egemen olan ilkelerle çeliştiğini söylemek mümkündür. Kararda, eylemli paylaşma ile her paydaşın payının bağımsız bir nitelik alacağı savunulmaktadır. Bu görüş, eşya üzerindeki mülkiyet hakkına bütün paydaşların birlikte sahip buldukları ve her paydaşın eşyanın tamamı üzerinde (payı oranında) mülkiyet hakkına sahip bulunduğu gerçeğine ters düşmektedir. Eşya üzerinde bağımsız mülkiyet haklarının meydana gelmesi halinde, müşterek mülkiyet ilişkisi sona ermiştir. Daha doğru bir deyişle, ancak müşterek mülkiyetin sona ermesi (ve aynen taksim) halinde eşya üzerinde bağımsız mülkiyet hakları sözkonusu olabilir. Ancak, Yargıtay kararına konu olan olayda müşterek mülkiyet ilişkisi sona ermemiştir. Bu ilişki devam etmektedir, çünkü müşterek mülkiyetin sona erme nedenlerinden olan, paylı halin giderilmesi ve taksim gerçekleşmemiştir. Paydaşlar taşınmaz aralarında yalnızca eylemli olarak paylaşmışlardır. Bu da, müşterek mülkiyet ilişkisinin sona ermesi ve bunun sonucunda önalım hakkının yokluğu sonucunu doğurmaz. Aksi düşüncenin kabul edilmesi, müşterek mülkiyet ilişkisine egemen olan ilkelerin dikkate alınmaması anlamına gelir.

Bir eşya üzerinde birden çok kişinin birlikte malik olması, onların eşyayı parçalara bölüp, ayrı ayrı kullanmalarını engellemez. Her bir parçayı bir paydaş kullanabilir. Ancak bu, eylemli (fiili) bir bölünmedir. Bu bölünmenin (ya da paylaşmanın) hukuksal sonuç doğurabilmesi için paylı halin giderilmesi ve taksim gerekir. Yani, eşya resmi biçimde paylaşılmalıdır. Olayda ise, resmi memur (tapu memuru) önünde yapılan bir işlemle paylaşma sözkonusu değildir, yalnızca paydaşlar arasında eylemli olarak paylaşmayı anlatmak üzere, vazgeçme taahhüt-namesinde taksimden söz edilmektedir.

Müşterek mülkiyet ilişkisinde, paydaşların eşyayı eylemli olarak paylaşabileceklerini, ancak, bunun müşterek mülkiyet ilişkisini ortadan kaldırmayacağını belirttik. Durum böyle olmakla birlikte, eylemli paylaşma, paylı halin giderilmesi ve taksim aşamalarına bir hazırlık olarak değerlendirilebilir. Başka bir deyişle,

eylemli paylaşmanın, paylı halin giderilmesi ve taksimin yapılacağını gösterdiği söylenebilir. Burada ise (her ne kadar eylemli paylaşma ile müşterek mülkiyet ilişkisi sona ermesede), Medeni Kanunun 2. maddesinin II. fıkrasında düzenlenmiş bulunan bir ilke karşımıza çıkar ki, bu da hakkın kötüye kullanılması yasağıdır.

## **B- HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI**

Medeni Kanun, hakkın kötüye kullanılmasını yasaklamakta, bunun yasa tarafından korunmayacağını belirtmektedir. Medeni Kanunun 2. maddesinin II. fıkrasına göre; "Bir hakkın sırf gayri ızrar eden suiistimalini kanun himaye etmez". Yasa burada dürüstlük kuralının olumsuz açıdan uygulama yönünü belirlemektedir.

Dürüstlük kuralı, bir hakkın toplumsal ve ekonomik özünü, görevini ve amacını, güvenlik ve sosyal adalet sınırları içerisinde olmak üzere belirlemede, hakkın kötüye kullanılması yasağı ise, uygulama yönünden bunlara aykırı olan davranışları izlemekte ve bunları korumamaktadır (101).

Hakkın kötüye kullanılması, hukukun biçimciliğinin ortaya koyduğu sertliği yumuşatmak üzere hukuk kuram ve uygulamasında doğmuş bir kavramdır (102). Medeni Kanun, hakkın kötüye kullanılması yasağını tanımlamamıştır. Köprülü'ye göre; "Hak, toplumda var olmasının görev ve amacı dışında, bu görev ve amaçtan saptırılmak suretiyle kullanılırsa, kötüye kullanılmış olur" (103).

Hakkın kötüye kullanılmasının ölçütü konusunda genellikle kabul edilen görüş, hakkın, dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde ve özellikle amacı dışında kullanıldığı zaman, kötüye kullanılmış sayıldığıdır (104).

### **1- Hakkın Kötüye Kullanılmasının Koşulları**

#### **a) Bir Hakkın Varlığı**

Hakkın kötüye kullanılmasından söz edilebilmesi için, öncelikle bir hak bulunmalıdır. Hakkın bulunmadığı yerde, hakkın kötüye kullanılmasından da söz edilemez.

(101) Köprülü, Bülent, Medeni Hukuk, İstanbul, 1984, sh. 145.

(102) Edis, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara, 1979, sh. 317.

(103) Köprülü, sh. 146.

(104) Ataay, Aytekin, Medeni Hukukun Genel Teorisi, 3. Bs., İstanbul, 1980, sh. 420; Oğuzman, Kemal, Medeni Hukuk Dersleri, 3. Bs., İstanbul, 1978, sh. 167; Tekinay, S. Sulhi, Medeni Hukuka Giriş Dersleri, 2. Bs., İstanbul, 1973, sh. 150; Feyzioğlu, F. Necmeddin, Medeni Kanunun 50. Yıldönümünde Hakların Kötüye Kullanılması, Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, İstanbul, 1978, sh. 154; Zevkliler Aydın, Medeni Hukuk, Diyarbakır, 1986, sh. 137 vd.

## b) Hakkın Açıkça Dürüstlük Kuralına Aykırı Kullanılması

Hakkın, açık, herkesçe kabul edilebilir bir biçimde dürüstlük kuralına aykırı kullanılması gerekir. Dürüstlük kuralına aykırılık, bilimsel alanda önerilen (sırf zarar verme kasdı, meşru yararın yokluğu, çelişkili tutum, uyandırılan güvene aykırı davranışta bulunulması gibi) objektif esasları da kapsar (105). Hakkın açıkça dürüstlük kuralına aykırı kullanılıp kullanılmadığını yargıç takdir edecektir (106).

## c) Başkalarının Hakkın Kullanımından Zarar Görməsi veya Zarar Görme Tehlikesiyle Karşı Karşıya Olması

Hakkın kötüye kullanılmasından söz edebilmek için, bu üçüncü koşulun varlığı bazılarında göre gerekli değildir; bir hak toplumda var olmasının görev ve amacı dışında, bu görev ve amaçtan saptırılmak yoluyla kullanılırsa, kötüye kullanılmış olur (107). Ancak, başka bir görüşe göre ise (103), hakkın kullanımından başkaları için bir zarar doğmamışsa veya zarar doğma tehlikesi yoksa, hakkın kötüye kullanılması da söz konusu olamaz. Gerçekten, Medeni Kanunun 2. maddesinin II. fıkrasında “sırf gayri ızrar eden” deyiimi kullanılmıştır. Buna göre, hak amacına aykırı da kullanılmış olsa, zarar veya zarar tehlikesi yoksa, hakkın kötüye kullanıldığından söz edilemeyecektir (109). Medeni Kanunun 2. maddesinin II. fıkrası çerçevesinde düşünüldüğünde, zarar veya zarar tehlikesinin varlığı koşulunu aramak zorunluluğu vardır.

## 2- Hakkın Kötüye Kullanılmasının Sonuçları

Medeni Kanunun 2. maddesinin II. fıkrasına göre, hakkın kötüye kullanımını yasa korumamaktadır. Buna göre, hakkını kötüye kullanan kişi, amaçladığı sonuca ulaşamayacak, elde etmek istediği yararı elde edemeyecektir. Hakkın kötüye kullanılmasının sonucunu, yasa bazen özel olarak düzenlemiştir. Ancak, çoğu zaman yasada özel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durumda Medeni Kanunun 2. maddesinin II. fıkrasındaki genel kuralın uygulanması gerekmektedir. Bu kural gereğince de, kötüye kullanılan hak korunmayacaktır.

## C- HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI BAKIMINDAN OLAYIN DEĞERLENDİRİLMESİ

İnceleme konusu Yargıtay kararına konu oluşturan olayda, bir müşterek mülkiyet ilişkisi vardır. Bu ilişki, taksim yapılmadığı için henüz sona ermemiştir.

(105) Edis, sh. 321.

(106) Köprülü, sh. 147; Edis, sh. 322.

(107) Köprülü, sh. 146.

(108) Edis, sh. 322; Ataay, sh. 424; Feyzioğlu (Sempozyum), sh. 158; Zevkililer, sh. 142.

(109) Zevkililer, sh. 142.

Paydaşların müşterek taşınmazı eylemli olarak paylaşmaları sözkonusudur. Eylemli paylaşmanın da müşterek mülkiyet ilişkisini sona erdirmediğine (ya da sona erdirmeye yetmediğine), daha önce eylemli olarak paylaşılmış taşınmazların hukuksal konumlarını incelerken değindik.

Müşterek mülkiyet ilişkisi henüz son bulmadığı için de, her paydaşın yasal önalım hakkı vardır. Eğer eylemli paylaşmanın (taksime gerek kalmaksızın), müşterek mülkiyet ilişkisini sona erdirmeye yeteceği görüşünü kabul etmiş olsaydık, bu durumda müşterek mülkiyet ortadan kalkmış olacağından, paydaşların yasal önalım haklarının da olmadığı sonucuna ulaşmak mümkün olacaktı. Ancak, bu görüşü Medeni Kanunun müşterek mülkiyeti düzenleyen 623-628. maddeleri karşısında doğru bulmadığımızdan ve görüşümüzce eylemli paylaşma ile eşya üzerinde bağımsız mülkiyet hakları meydana gelmeyeceğinden, her paydaşın yasal önalım hakkı da devam edecektir.

Yukarıdaki açıklamalardan, olayda bir önalım hakkının varlığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu da, hakkın kötüye kullanılmasının ilk koşulunu olay bakımından gerçekleştirmektedir. Hakkın kötüye kullanılmasının ilk koşulu olan “bir hakkın varlığı”, olayda “bir önalım hakkının varlığı” olarak kendini göstermektedir.

Yasal önalım hakkı, ancak müşterek mülkiyet ilişkisi devam ettiği sürece vardır ve bu hakkın kötüye kullanılmasını önlemek için kullanılması da belli bir süreyle sınırlıdır. Olayda hakkın kötüye kullanıldığı sonucuna ulaşmak için, bir önalım hakkının varolduğunun, dolayısıyla da müşterek mülkiyetin devam ettiğinin kabulü gerekir. Eğer uzun süre eylemli paylaşmaya dayanan kullanım, bağımsız taşınmazların oluşması için yeterlidir deniliyorsa, bu durumda, önalım hakkı olmayacağından, bu hakkın kötüye kullanılması da söz konusu olamayacaktır.

Olayda hakkın kötüye kullanıldığı saptamasını yapabilmemiz için, hakkın kötüye kullanılmasının diğer koşullarının da varlığı gerekir. Bu koşullardan ikincisi “hakkın açıkça dürüstlük kuralına aykırı kullanılması” idi. Olayımızda acaba önalım hakkı açıkça dürüstlük kuralına aykırı kullanılmış mıdır?

Paydaşların eylemli paylaşma ile (her ne kadar müşterek mülkiyet ilişkisi devam etse de), taşınmazı bağımsız kullandıkları görülmektedir. Tapuda taşınmaz müşterek mülk olarak görünmektedir ve bunun son bulması için taksimin yapılması zorunludur. Ancak, paydaşların taşınmazı bağımsız olarak kullanmalarına da bir engel yoktur. Taşınmazın eylemli olarak paylaşılmasının bütün paydaşlar tarafından bilinip kabul edilmesi ve bu eylemli paylaşmanın uzun süre devam etmesi, müşterek mülkiyet ilişkisinde bir değişiklik meydana getirmez; ancak, paydaşların taşınmazı bundan sonra bu biçimde kullanacakları anlamına gelir. Paydaşlar eylemli paylaşmaya dayanan kullanımı bundan sonra da devam ettirebilirler veya taksim yoluyla, taşınmaz üzerinde bağımsız mülkiyet hakları kurabilirler.

Bu aşamada, paydaşlardan biri, payını üçüncü bir kişiye sattığında, diğer paydaşın önalım hakkını kullanması, dürüstlük kuralına aykırıdır. Çünkü, bütün paydaşlar eylemli paylaşmayı bilmekte, kabul etmekte (bu durum, vazgeçme taahhünamesinde eylemli paylaşmayı belirtmek üzere taşınmazın taksim edil- diğinden söz edilmiş olmasından da anlaşılmaktadır), bu tür eylemli paylaşmaya dayanan kullanım uzun süredir devam etmekte ve artık yerleşik bir durum halini almış bulunmaktadır.

Hakkın kötüye kullanıldığını söyleyebilmek için, hakkın dürüstlük kuralına ve özellikle amacına aykırı bir biçimde kullanılmış olması gerekir. Yasal önalım hakkının amacı, müşterek mülkiyet ilişkisine istenmeyen kişilerin girmesini önlemek ve uygulamada oldukça sorunlar doğuran müşterek mülkiyetin paydaş sayısını azaltarak, bu yolla tasfiyesini sağlamaktır. Önalım hakkını kullanan paydaşın satım konusu payı aldığını düşündüğümüzde, müşterek mülkiyet ilişkisine yabancı bir kişinin girmesini önlediğinden, önalım hakkının amacına aykırı olarak hakkını kullanmadığı düşünülebilir. Ancak, burada eylemli paylaşmayı gözden uzak tutmamak gerekir. Eylemli paylaşma sözkonusu olmasa idi, paydaş önalım hakkını amacına aykırı kullanmış sayılmayacaktı. Fakat, eylemli paylaşma bütün paydaşlar tarafından kabul edilmiş ve uzun süredir de devam etmekte olduğundan, dolayısıyla taşınmaz artık paydaşlar arasında bağımsız olarak kullanıldığından, önalım hakkını kullanan paydaşın, bu hakkın amacına da aykırı davrandığı söylenebilir. Çünkü, eylemli paylaşma, müşterek mülkiyet ilişkisinin sona ermesine bir hazırlık hareketi olarak değerlendirilmelidir.

Hakkın kötüye kullanıldığının genel ölçüsü, dürüstlük kuralına aykırı olarak hakkın kullanılması biçiminde kabul edilmekle birlikte, bazı yazarlar (110) tarafından, hakkın kötüye kullanılması halleri tiplendirilmiştir. Bu halde, hakkın kullanımı eğer bu tiplerden birine giriyorsa, hakkın kötüye kullanıldığı tartışmasız kabul edilecektir. Şimdi olayı bir de bu bakımdan inceleyelim.

Hakkın kötüye kullanılması halleri; meşru bir çıkarın bulunmaması, hakkın kullanılmasının sağlayacağı çıkar ve başkasına vereceği zarar arasında aşırı oran- sızlık bulunması, kendi ahlâka aykırı davranışına dayanmak, uyandırılan güvene aykırı davranışta bulunulması (111), hakkın karşı tarafı esirgeyici biçimde kul- lanılmaması, hakkı kullananın davranışında çelişkili olması (112) olarak sayıla- bilir. Yargıtay kararına konu olan olayda hakkın kötüye kullanılması, bu tipler- den uyandırılan güvene aykırı davranışta bulunmak ve hakkı kullananın davranı- şında çelişkili olması durumlarına yakınlık göstermektedir.

(110) İmre, Zahit, Medeni Hukuka Giriş, 3. Bs., İstanbul, 1980, sh. 313 vd.; Oğuzman (Medeni Hukuk Dersleri), sh. 169 vd.; Edis, sh. 325 vd.

(111) Oğuzman (Medeni Hukuk Dersleri), sh. 170 vd.

(112) Edis, sh. 334 vd.

Uyandırılan güvene aykırı davranışta bulunma; bir hukuksal ilişkide kişinin davranışı ile karşı tarafta bir güven uyandırdıktan sonra, bu davranışına aykırı tutum takınması anlamına gelir (113). Aslında kişinin davranışlarında tutarlılık bulunmasını gerektiren bir ilke yoktur. Ancak, kişi bir hukuki ilişkide uyandırdığı güvene aykırı davranışta bulunuyorsa, bu, hakkın kötüye kullanılmasını oluşturur. Yargıtay kararına konu olan olayda, paydaşlar taşınmazı eylemli olarak paylaşmışlardır. Eylemli paylaşmanın, taşınmazın taksimine bir hazırlık hareketi olarak değerlendirilmesi gerektiğine daha önce de değinmiştik. Şimdi burada, paydaş önce eylemli paylaşmayı kabul ediyor (bu konuda karşı tarafta bir güven uyandırıyor), ancak, sonradan bu davranışına aykırı bir tavır içine girerek, önalım hakkını kullanıyor, dolayısıyla, uyandırdığı güvene aykırı davranışta bulunuyor.

Olayımızda, önalım hakkını kullanan paydaşın davranışı, uyandırılan güvene aykırı bir davranış olarak değerlendirilebileceği gibi, hakkı kullananın çelişkili davranışta bulunması olarak da değerlendirilebilir. Edis (114), kendi tutumu ile bağlılık biçiminde bir genel esasın yokluğu, tutarlı bir davranışta bulunma zımni yükümlülüğü bulunan haller, başkasının haklı beklemeceğini boşa çıkarma yükümlülüğüne aykırı haller ve hakkın gecikerek kullanıldığı veya hakkın uygun olmayan zamanda ileri sürüldüğü halleri; “hakkı kullananın davranışında çelişkili olması” başlığı altında incelemektedir. Olayımıza, bu durumlar içinde en yakın olanı, “kendi tutumu ile bağlılık biçiminde bir genel esasın yokluğu”dur. Aslında Edis, kendi tutumu ile bağlılık biçiminde bir genel esasın yokluğuna, daha önce Oğuzman’dan alarak belirttiğimiz “uyandırılan güvene aykırı davranışta bulunma”ya çok benzer bir biçimde değinmiştir: “Kanundan veya hukuki bir işlemde doğmuş bir bağ olmasa bile, daha önce benimsenmiş olan tutumun muhatapta meşru bir güven yarattığı da vakidir” (115). İmre de, “hak sahibinin çelişkili davranışları” başlığı altında; “...bir hukuki muamele ile bağlanıldığı takdirde, bu durum karşı tarafta haklı bir güven doğurabilir. Bu türlü bir halde, buna aykırı ve değişik bir tutum veya davranış hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıyabilir” (116) demekle, uyandırılan güvene aykırı davranmayı da kastetmektedir. Sonuç olarak, önalım hakkını kullanan paydaş, önalım hakkını kullanmakla, uyandırdığı güvene aykırı davranmıştır denilebileceği gibi, hakkını kullanırken çelişkili davranmıştır da denilebilir. Açıkladığımız anlamda, bunların zaten pek farklı anlamları yoktur.

Hakkın kötüye kullanılmasının üçüncü koşulu, “başkalarının hakkın kullanımından zarar görmesi veya zarar görme tehlikesiyle karşı karşıya olması” idi. Olayımızda hakkın kötüye kullanıldığını söyleyebilmek için varlığı gerekli

(113) Oğuzman (Medeni Hukuk Dersleri), sh. 173.

(114) Edis, sh. 335 vd.

(115) Edis, sh. 336.

(116) İmre, sh. 315.

son koşul budur. Önalım hakkı sahibinin önalım hakkını kullanmasından, payını satan paydaşın ve alıcının zarar gördükleri söylenebilir. Satıcı paydaş, payını istediği kişiye satamamak; alıcı ise, sözkonusu payı satın alamamak zararları ile karşı karşıya kalmışlardır.

İnceleme konusu Yargıtay kararında, paydaşlar arasında eylemli paylaşma olmasına rağmen, paydaşın önalım hakkını kullanması; dürüstlük kuralına aykırı bulunmuştur. Yargıtay Altıncı Hukuk Dairesinin 7.4.1983 gün ve 3540/3621 sayılı kararı (117) ile 23.1.1986 gün ve 13067/486 sayılı kararında (118) da, paydaşlar arasında eylemli paylaşma olması nedeniyle, bir paydaşın önalım hakkını kullanması, dürüstlük kuralına aykırı olarak değerlendirilmiştir (119).

## SONUÇ

İnceleme konusu Yargıtay kararına konu olan olayda saptadığımız hukuksal ilişkiler; bir yasal önalım hakkının varlığı, bu haktan vazgeçme ve hakkın kötüye kullanılmasıdır.

Olayda, bir müşterek mülkiyet ilişkisi vardır. Müşterek mülkiyet ilişkisi devam ettiği sürece, her paydaşın yasal önalım hakkı da olacaktır. Ancak, bu haktan vazgeçilebilir. Bu, hakkın kendisinden vazgeçme olabileceği gibi, belli bir satış bakımından vazgeçme de olabilir. Eğer hakkın kendisinden vazgeçiliyorsa, yapılacak bütün satışlar bakımından önalım hakkı sona erer. Önalım hakkının kullanılmasından belli bir satış için vazgeçiliyorsa, sadece o satış bakımından önalım hakkı kullanılamaz.

Olayımızda önalım hakkını kullanan paydaş, daha önce vazgeçme taahhütnamesi ile önalım hakkından vazgeçmiştir. Taahhütnamede belli bir satışa ilişkin olarak vazgeçmeden söz edilmediği için, paydaş önalım hakkının kendisinden vazgeçmiş sayılacaktır. Ancak, bu vazgeçmenin geçerli olabilmesi için resmi biçimde yapılıp, tapuya şerh edilmesi gereklidir. Medeni Kanununun 657. maddesinin II. fıkrası ve Noterlik Kanununun 89. maddesi karşısında, bu biçime uyma zorunluluğu vardır. Ancak, önalım hakkından vazgeçen paydaş, resmi biçimde vazgeçip, bu vazgeçmeyi tapuya şerh ettirmedeğinden, vazgeçmeyi üçüncü kişilere karşı geçersiz saymak gerekecektir.

Yargıtay kararında da, paydaşın önalım hakkından vazgeçmesi; hakkın kendisinden vazgeçme olarak kabul edilmiş ve bu tür vazgeçmenin geçerli olabilmesi için resmi biçimde yapılıp, tapuya şerh edilmesi gerektiği, fakat olayda bu biçime uyulmadığı gerekçesiyle geçersiz sayılmıştır.

(117) Bk. yuk. dn. 98.

(118) Bk. yuk. dn. 99.

(119) Önalım hakkının kötüye kullanılması hakkında bk. Yar. HGK. 2.7.1969 T., 6-383/653 S., Türk İçtihatlar Külliyesi, 1971-C. 1, sh. 100-102; 6. HD. 11.10.1966 T., 5209/3994 S., Karahasan, sh. 1001; 6. HD. 25.4.1985 T., 4561/5504 S., YKD. C. XI, S. 11, Kasım 1985, sh. 1632, 1633.

Yargıtayın kararında savunduğu; eylemli paylaşmaya dayanan kullanım ile her paydaşın yerinin bağımsız nitelik alacağı ve tapuda ifraz yapılmadığı için, pay biçiminde satış yapılmış olsa dahi, aslında paydaşa ait bağımsız yerin satılmış sayılacağı görüşüne de karşı çıktığımızı belirtmek isteriz. Bu görüş, Medeni Kanunun müşterek mülkiyeti düzenleyen 623-628. maddeleri karşısında doğru olarak kabul edilemez. Müşterek mülkiyet ilişkisi ancak, paylı halin giderilmesi ve taksim sonucunda sona erebilir ve taşınmaz üzerinde bağımsız mülkiyet hakları doğabilir. Buna karşılık, uzun süre eylemli paylaşmaya dayanan kullanım, müşterek mülkiyet ilişkisinde bir değişiklik meydana getiremez, onu sona erdiremez.

Son olarak, Yargıtay kararında, paydaşın önalım hakkını kullanması, dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz deniliyor. Yargıtay kararında varılan bu sonuç bizce de yerindedir. Çünkü, uzun süre eylemli paylaşmaya dayanan kullanım, paylı halin giderilmesi ve taksim aşamalarına bir hazırlık hareketi olarak kabul edilmelidir. Olayda, müşterek mülkiyet ilişkisi devam ettiğinden, paydaşın önalım hakkı vardır ve bu hakkını dürüstlük kuralına aykırı kullanmaktadır. Medeni Kanunun 2. maddesinin II. fıkrası gereğince de, bir hakkın dürüstlük kuralına aykırı kullanılması, yasa tarafından korunmayacak, hak sahibi amaçladığı sonuca ulaşamayacaktır.



## BİBLİYOGRAFYA

- AKİPEK, Jale, G., Türk Eşya Hukuku (İkinci Kitap), Ankara, 1973.
- ATAAY, Aytekin, Medeni Hukukun Genel Teorisi, 3. Bs., İstanbul, 1980.
- AYİTER, Nuşin, Eşya Hukuku, Ankara, 1983.
- BERTAN, Sırat, Aynı Haklar, MK. un 618-764. Maddelerinin Şerhi, Ankara, 1976.
- BOZKURT, Hüseyin, Şu'fa Hakkı, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Der. 1976, (9) 2, sh. 76-81.
- EDİS, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara, 1979.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), C. I, Ankara, 1985.
- FEYZİOĞLU, F. Necmeddin, Medeni Kanununun 50. Yıldönümünde Hakların Kötüye Kullanılması, Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, İstanbul, 1978.
- FEYZİOĞLU, F. Necmeddin, Şu'fa Hakkı, İstanbul, 1959.
- FEYZİOĞLU, Turhan, Kanuni Şu'fa Hakkının İstimalinden Feragat Şekle Tabi midir? Ankara Ba. Der., Şubat 1949, S. 58-59, sh. 26-28.
- GÜRSOY, K. Tahir/EREN, Fikret/CANSEL, Erol, Türk Eşya Hukuku, Ankara, 1984.
- HUMK'nu Değiştiren 1711 Sayılı Kanun ve NOTERLİK KANUNU Hakkında Sempozyum, İstanbul, 1976.
- İMRE, Zahit, Medeni Hukuka Giriş, 3. Bs., İstanbul, 1980.
- İNAN, A. Naim, Borçlar Hukuku, Ankara, 1979.
- KARAHASAN, M. Reşit, Gayrimenkul Hukuk Davaları, İstanbul, 1974.
- KISAGÜN, Adli, Şu'fa Davaları, Ankara, 1958.
- KÖPRÜLÜ, Bülent, Medeni Hukuk, İstanbul, 1984.
- KÜLEY, M. Muin, Medeni Kanunda ve Tatbikatında Şu'fa Hakkı, İstanbul, 1950.
- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer, Eşya Hukuku, İstanbul, 1982.
- OĞUZMAN, M. Kemal, Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul, 1978.
- OĞUZMAN, M. Kemal, Medeni Kanununun Boşluklarının Yargıtay Kararları ile Doldurulduğu Bir Müesseseye: Şu'fa, Medeni Kanununun 50. Yılı, Bilimsel Hafta: 15-17 Nisan 1976, Ankara, 1977.
- OLGAÇ, Senai, Şu'fa, Vefa, İştira Hakları, Ankara, 1978.
- OLGAÇ, Senai, Türk Medeni Kanunu Şerhi, İstanbul, 1967.
- ÖNEN, Ergun, İnşaat Dava, Ankara, 1981.
- ÖZENLİ, Soysal, Uygulamada Önalm Davaları, Ankara, 1984.
- SANCAR, Mithat, Cebri Arttırma Yoluyla Satımlarda Önalm Hakkına İlişkin bir Yargıtay Kararı, Yargıtay Der., Ekim 1986, C. 12, S. 4, sh. 449-465.
- SAYMEN, F. Hakkı/ELBİR, Halit K., Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul, 1963.
- SEBÜK, Tahir, Şu'fa, Vefa ve İştira Hakları, İstanbul, 1951.
- SUNGURBEY, İsmet, Medeni Hukuk Sorunları, C. II, İstanbul, 1974.
- ŞENER, Esat, Noterik Kanununa Getirilen Yeni Hükümlerin Bir Kısmı Üzerinde Düşünceler, Türkiye Noterlik Birliği Hukuk Der., 1978, S. 19, sh. 7-10.
- TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Ankara, 1984.
- TEKİNAY, S. Sulhi, Eşya Hukuku, İstanbul, 1970-71.
- TEKİNAY, S. Sulhi, Medeni Hukuka Giriş Dersleri, İstanbul, 1973.
- TEKİNAY, S. Sulhi, Noterlik Kanununun 89. Maddesi Hakkında Düşünceler, HUMK'nu Değiştiren 1711 Sayılı Kanun ve Noterlik Kanunu Hakkında Sempozyumu, İstanbul, 1976, sh. 213-221.
- Türk Medeni Kanunu Öntasarısı ve Gerekçesi, İstanbul, 1984.
- von TUHR, Borçlar Hukuku, Ankara, 1983 (Çev: Edege).
- ZEVKLİLER, Aydın, Medeni Hukuk, Diyarbakır, 1986.