

HAKEMLİ MAKALE

ÖNALIM OLGUSUNA DAİR YENİ BİR KATEGORİ; EKONOMİK BAKIMDAN SATIŞA EŞDEĞER İŞLEM KAVRAMI ÜZERİNE MUKAYESELİ BİR İNCELEME* (TBK m. 240/Art. 216c OR)

Dr. Öğr.Üyesi Sinan OKUR**

ÖZET

Yeni Borçlar Kanunu, taşınmazlara ilişkin sözleşmesel önalım hakkına dair önemli yenilikler getirmiştir. Bu önemli yeniliklerden birisi de önalım olgusunu ilgilendirmektedir. Hangi durumlarda önalım olgusunun mevcut olduğu sorunu Türk Borçlar Kanunu m. 240'da düzenlenmiştir. Madde 240'a göre, taşınmazın üçüncü kişiye satıldığı veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her işlemde önalım olgusu mevcuttur. Ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlem kavramı hayli soyut bir kavram olup izaha muhtaçtır. "Ekonomik bakımdan" ifadesi ile ne anlaşılması gerektiği sorunu Türk hukuk literatüründe pek az dikkat çekmiştir. Bu yüzden bu çalışma kapsamında ekonomik olarak satışa eşdeğer işlem kavramıyla ne anlaşılması gerektiği sorusu tartışılacak ve cevaplandırılmaya çalışılacaktır. Çalışmada öncelikle akdi ve yasal önalım hakkına ilişkin genel bir bakış sunulmuştur. Akabinde ise kavramın ve tartışmanın tarihsel gelişimi aktarılmıştır. Ayrıca kavramın yorumlanmasıyla ilgili farklı fikri yönelimler açıklanmış ve karşılaştırılmıştır. Yine önalım olgusu teşkil etme ihtimali olan olaylar, bu fikri yönelimler

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 30.01.2019

Kabul Edildiği Tarih: 26.03.2019

** Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

E-Mail: sinanokr@gmail.com

ORCID ID: 0000-0002-3772-9415

ışığında analiz edilmiştir. Son olarak çalışmadan elde edilen sonuçlar özetlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Yeni Türk Borçlar Kanunu, szleşmesel önalım hakkı, önalım olgusu, ekonomik bakımdan satışa eşdeğer hukuki işlem kavramı.*

PEER-REVIEWED ARTICLE

**A NEW CATEGORY ON PRE-EMPTION EVENT; A COMPREHENSIVE
DISCOURSE ON THE LEGAL TRANSACTION ECONOMICALLY
EQUIVALENT TO A SALE(TCO 240/Art. 216c SCO)**

ABSTRACT

The new Turkish Code of Obligations (TBK, TCO) entails some important changes regarding the contractual rights of pre-emption. One of the most important changes pertains to the pre-emption event. The question in which cases a pre-emption event exists is regulated in Art. 240 of Turkish Code of Obligations. According to Art. 240, a right of pre-emption may be exercised on the sale of the immovable property or any other legal transaction economically equivalent to a sale (pre-emption event). The legal transaction, which is economically equivalent to a sale, is a highly abstract notion and needs to be clarified. The question of what is meant by the term "economically" has so far received little attention in Turkish legal studies. For this reason, within the scope of this study, the question of what should be understood with the concept of transaction that is economically equivalent to a sale will be discussed and will be tried to be answered. The paper firstly gives a brief overview of statutory and contractual pre-emption rights. In the following, the historical development of the term and discussion will be presented. In addition, theoretical considerations regarding the interpretation of the term are explained and compared. Furthermore, the possible cases, which may be a pre-emptive event, is analysed in the light of these theoretical considerations. Subsequently, conclusions acquired from the study are summarized.

Keywords: *The new Turkish Code of Obligations (TBK), contractual rights of pre-emption, pre-emption event, legal transaction which is economically equivalent to a sale.*

**EINE NEUE KATEGORIE IN BEZUG AUF VORKAUF FALL: EINE
RECHTSVERGLEICHENDE STUDIE ÜBER DAS WIRTSCHAFTLICH EINEM
VERKAUF GLEICHKOMMENDE RECHTSGESCHÄFT. (TOR Art. 240/ Art.
216c OR)**

ABSTRAKT

In Bezug auf die vertraglichen Vorkaufsrechte an Grundstücken bringt das neue türkische Obligationengesetz (TBK, TOR) wichtige Neuerungen mit sich. Einer der wichtigsten betrifft den Vorkaufsfall. Die Frage, in welchen Fällen ein Vorkaufsfall vorliegt, wird in Art. 240 des türkischen Obligationengesetzes geregelt. Gemäß Art. 240 des türkischen Obligationengesetzes liegt ein Vorkaufsfall vor, wenn das Grundstück verkauft wird sowie bei jedem andern Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt. Das Rechtsgeschäft, was einem Verkauf gleichkommt, stellt eine hoch-abstrakte und klärungsbedürftige Aussage dar. Der Frage, was unter dem Begriff «wirtschaftlich» zu verstehen ist und wann ein Rechtsgeschäft einem Verkauf gleichkommt, wurde bisher in der türkischen, juristischen Literatur wenig Aufmerksamkeit gewidmet. Deswegen soll im Rahmen dieser Arbeit die Frage beantwortet und diskutiert werden, was unter dem wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommenden Rechtsgeschäft zu verstehen ist. In der Arbeit wird zuerst ein kurzer Überblick über gesetzliche und vertragliche Vorkaufsrechte verschafft. Nachfolgend soll die historische Entwicklung des Begriffs und der Diskussion dargestellt werden. Daneben werden die verschiedenen Richtungen hinsichtlich der Interpretation des Begriffs erläutert und verglichen. Des Weiteren wird die mögliche Falle, die einen Vorkaufsfall darstellen kann, im

Lichte dieser Richtungen analysiert. Anschließend wird Schlüsse der Arbeit zusammengefasst.

Schlagwörter: *Das neue Türkische Obligationengesetz, Vertragliches Vorkaufsrecht, Vorkaufsfall, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommende Rechtsgeschäft.*

I. Giriş ve Sorunun Ortaya Konması

İnsanın toplumsal aidiyeti, getirdiği imkanlarla birlikte birtakım sorumlulukları da beraberinde getirmektedir. Mülkiyet hakkı ise toplumsal yaşamın sunduğu, belki de zorladığı bir imkân olmanın yanı sıra, farklı sorumlulukları, yükümlülükleri de beraberinde getirmektedir. İnsanlığın hukuka dair tecrübesinin, bilhassa özel hukuka bakan tarafının mülkiyet hakkına dair sorunların, ihtilafların ve bu sorunlara aranan çözümlerin veya çözüm teşebbüslerinin hülasasından ibaret olduğunu söylemek abartılı bir ifade olmayacaktır. Maddi dünyaya ait bir değer olmasına rağmen mülkiyet hakkına atfedilen değer, söz konusu hakkın insanın asla vazgeçemeyeceği değerler/haklar kategorisinde ele alınmasını ve anayasal bir güvenceye kavuşmasını sağlamıştır.¹ Bununla beraber mülkiyet hakkına anayasal seviyede atfedilen önem, bazen kamu gücüyle bazen bizzat hak sahibinin kendi iradesiyle hakkın sınırlanmasına mâni teşkil etmemiştir. Söz konusu sınırlamalar içinde dikkat çeken bir sınırlandırma, malikin malını dilediği kişiye satma hakkı ile ilgili olup önalım (şüfa) hakkı olarak isimlendirilmektedir. Söz konusu takyidin kaynağı, ifade edildiği üzere bazen bizzat kanun bazen ise hakkın sahibinin üçüncü kişi ile yapmış olduğu anlaşmadır. Kısaca, mal üçüncü bir şahsa satıldığında malı öncelikli olarak satın alma yetkisi² olarak tanımlanabilecek önalım hakkı, birçok hukuk

¹ BAŞPINAR, Veysel, Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Olağanüstü Hallerde Mülkiyet Hakkı Sınırlamasının Fikrî ve Hukukî Temelleri. EÜHFD., C. 11 S. 1, Y.2016, s. 1-32; NOMER, Haluk Nami, ERĞÜNE, Mehmet Serkan, Eşya Hukuku, (Zilyetlik Tapu Sicili Mülkiyetin Genel Hükümleri Taşınır Mülkiyeti Rehin Hakları), İstanbul, 2019, s. 185 vd.; ERĞÜNE, Mehmet Serkan, Taşınır Mülkiyeti, İstanbul, 2017, s. 23 vd.; AYBAY, Aydın/HATEMİ, Hüseyin, Eşya Hukuku, İstanbul, 2014, s. 207.

² BURBULLA, Rainer, Der Vorkaufsfall im Zivilrecht, Köln 2006, S. 1 ff.; PFÄFFLI, Roland/WERMELINGER, Armèdèò, Grundstückkauf, Kaufvertrag- Vorkaufsrecht, Kaufrecht und Rückkaufsrecht, SJZ, 113/2017, S. 513-521.

sisteminde olduğu gibi gerek Cumhuriyet öncesi Osmanlı-İslam hukukunda gerekse Cumhuriyet sonrası İsviçre Medeni Kanunu'nun iktibasıyla başlayan süreçte değişik şekilleriyle var olagelmıştır.

İsviçre Medeni Kanunu'ndan iktibas edilen 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde (eMK) önalım hakkına yalnızca iki madde tahsis edilmiş; **m. 658'de mukaveleden mütevellit şufa hakkı, madde 659'da ise kanuni şufa hakkı düzenlenmiştir.** Fakat konuya, kanunda ayrılan madde sayısı yanıltıcı olup, bilhassa kanuni şufa hakkı onlarca Yargıtay kararının ve birden fazla içtihadı birleştirme kararının konusu olmuş, konu üzerine birçok bilimsel çalışma yapılmış ve kanundaki düzenlemenin yetersiz kalması sebebiyle pek çok sorun uygulama ve doktrin eliyle çözüme kavuşturulmuştur. Zaman içerisinde söz konusu duruma kayıtsız kalmayan kanun koyucu yargısal içtihatlarla şekillenen bazı sorunları kanunla düzenleme yoluna gitmiştir. Konu Medeni Kanun'un değiştirilmesine dönük tasarılar da gündeme gelmiş ve 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) bilhassa kanuni önalım hakkı eski Medeni Kanun'a nazaran daha ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Söz konusu değişikliklerde İsviçre'deki 1991 tarihli İsviçre Medeni ve Borçlar Kanunu'nun bir kısım hükümlerini değiştirmeye dönük yasadan³ istifade edilmiş, fakat bununla birlikte İsviçre kanun koyucusundan kısmen farklı bir yol izlenmiştir.

Yeni Türk Medeni Kanunu'nda kanuni önalım hakkına öncelik verilmiş, sözleşmesel önalım hakkı ise kanuni önalım hakkına ilişkin hükümlere atıf yoluyla çözülmüştür (TMK m. 735/III). Uzun zaman sonra Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 12.1.2011 tarihinde kabul edilmesi ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmesi ile birlikte Türk kanun koyucusu, İsviçre'de eş zamanlı

³ BG vom 4. Okt. 1991 über die Teilrevision des Zivilgesetzbuches (Immobiliarsachenrecht) und des Obligationenrechts (Grundstückkauf), in Kraft seit 1. Jan. 1994 (AS 1993 1404; BBl 1988 III 953). https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/1988/index_45.html, E.T. 26.12.18.

olarak gerçekleşen reformun sözleşmesel önalım hakkına ve borçlar hukukuna bakan kısmını hayata geçirmiş ve Türk Borçlar Kanunu'nda sözleşmesel önalım hakkı için ayrıntılı hükümler sevk etmiştir (TBK m. 237-242). Mezkûr hükümler içinde m. 240 dikkat çekici bir ifade kullanmış ve önalım hakkının sadece satış halinde değil *ekonomik açıdan satışa denk her işlemde* kullanılabileceğini hüküm altına almıştır. Böylece önalım hakkının kullanılabilmesi için muhakkak bir satış sözleşmesinin varlığını arayan görüş⁴ geçerliliğini yitirmiştir. Söz konusu ibarenin aynıyle iktibas edildiği İsviçre hukukunda, bazıları söz konusu ifadenin içtihatlarla şekillenen mevcut durumun kanunlaştırılmasından ibaret olduğunu savunurken, ekonomik yaklaşımı benimseyen bir diğer görüş, söz konusu ifade ile mevcut durumun tanzimini aşan bir niyet bulunduğunu, sağladığı yetkiler itibariyle satışa eş her bir işlemde önalım olgusunun mevcut olup olmadığının tartışılması gerektiğini, bu anlamda şekli anlamda mülkiyetin intikalinin mühim olmadığını savunmaktadır. Türk hukukunda ise önalım hakkına ilişkin yoğun literatüre⁵ rağmen ekonomik açıdan satışa denk işlem ile ne anlaşılması

⁴ BGE 44 II 362, E.1, RÜDLINGER, Oliver, Vorkaufsrechte an Immobilien beim Verkauf einer Gesellschaft (Share Deal), Abschlussarbeit, Zürich, 2018; Türk hukuku için bkz. YILDIZ, Ekrem, 4721 sayılı Türk Medeni Kanuna Göre Önalım Davaları, İstanbul, 2009, s.32.

⁵ FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Şufa Hakkı, İstanbul, 1959; SEBÜK, M. Tahir, Şufa, Vefa ve İştirah Hakları, İstanbul, 1951; EREN, Fikret, Türk Medeni Kanunu'na Göre Yasal Önalım Hakkı, GÜHFD., C. XII, Y. 2008; ŞIPKA, Taman, Şükran, Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şufa) Hakkı, Hukuki Niteliği ve Kullanma Koşulları, İstanbul, 1994; AYDOĞDU, Murat, Yasadan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Ankara 2013; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Sözleşmesel Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerinin (TBK. m. 237/III, 238, 239 ve 240- 242) Değerlendirilmesi, YÜHFD., C. VIII, S. 2, Y.2011, YÜHFD., C. IX, S. 1, Y. 2012; BURCUOĞLU, Haluk, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Önalım Hakkı Düzenlemesi ve Borçlar Kanunu'nun ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Sözleşmesel Önalım Hakkına İlişkin Düzenlemeleri Hakkında Bazı Gözlemler, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, s. 283-298, İstanbul, 2011; KIRCA, Çiğdem, Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanun'daki Değişiklikler, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağamı, C. II, 2002, s. 1179; HATEMİ, Hüseyin, Das Vorkaufsrecht im neuen türkischen ZGB/Yeni

gerektiği hususunda farklı eserlerde özet bazı bilgiler aktarılmış ise de bahsi geçen ibare Türk hukukunda bağımsız bir çalışmanın konusu olmamıştır. Bu sebeple bu çalışma ile ekonomik açıdan satışa denk hukuki işlem ifadesiyle ne anlaşılması gerektiği ve bu sorunla ilintili birçok mesele ana sorundan kopmamak kaydıyla ele alınmaya çalışılmıştır.

II. Taşınmaz Mülkiyetinin Kısıtlamaları

1. Genel Olarak

Taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkiler bazen doğrudan doğruya kanun tarafından bazen mülkiyet hakkına sahip malikin kendi serbest iradesiyle yaptığı bir takım hukuki işlemlerle bizzat malik tarafından sınırlandırılmaktadır.⁶ Bu kısıtlamalar ya doğrudan doğruya kanuna dayanmakta veya malikin kendi rızası ile üçüncü kişilerle yapmış olduğu hukuki işleme istinad etmektedir.

Türk Medeni Kanunu'nda Önalım Hakkı, Türk-İsviçre Hukuk Haftası, (Ed.) ERDEM, Ercüment/ BOLLE, PIERRE-HENRI, İstanbul, 2004; YÜCEL, Sevtap, Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, 2006; ERKAN, Umut Vehbi, Türk Medeni Kanunu'nda Yasal Önalım Hakkı (MK. md. 732, 733, 734), Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006; ÇAY, Cengiz Topel, Yeni Türk Medeni Kanunu'nun Önalım Hakkı Konusunda Getirdiği Değişiklik ve Yenilikler (Yenilik Doğuran Dava Düzenlemesi), Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007; BELEÇ, Mehmet, Yasal Önalım Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007; AKALP-DEMİRTABAK, Didem, Yasal Önalım Hakkı, İstanbul, 2010; KUTLU, Nurgül, Önalım Hakkının Kullanılması, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli, 2010; KIZIR, Mahmut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Satış İlişkisi Doğuran Haklar Ve Özellikle Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, MÜHF-HAD., C.22, S.3, Y. Aralık 2016, s. 1773-1796; DEMİRSATAN, Barış, Taşınmazlara İlişkin Olarak Tanınan Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan, BÜHFD., C.11, S.145 – 146, Y. Eylül – Ekim 2016; DEMİRBAŞ, Feride, Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, AÜHFD., C. 65 , S. 2, Y. 2016, s. 249-277; AVCI-BRAUN, Cihan, TBK m. 240, PN. 1 vd.: İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu Cilt 2, Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 2018; TUNABOYLU, Müslim, Önalım (Suf'a) Davaları, Ankara, 2013.

⁶ Taşınmaz malikinin kendi iradesiyle yaptığı bu kısıtlamalar Türk Medeni Kanunu'nun 731 ile 761'inci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul, 2018, s. 529 vd.

Kanundan doğan sınırlamalar hakkında Türk Medeni Kanunu, “Taşınmaz Mülkiyetinin Kısıtlamaları” üst başlığıyla m. 731’de şu şekilde bir hüküm öngörmüştür:

“Taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları, tapu siciline tescil edilmeksizin etkili olur.

Bu kısıtlamaların ortadan kaldırılması veya değiştirilmesi, buna ilişkin sözleşmenin resmî şekilde düzenlenmesine ve tapu kütüğüne şerh verilmesine bağlıdır.

Kamu yararı için konulan kısıtlamalar kaldırılamaz ve değiştirilemez.”

Alıntılanan hükümden anlaşılacağı üzere, kanun taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamaları üst başlığında iki tür kısıtlamaya işaret etmiştir. Bu noktada **kamu hukuku karakterli**, diğer tabirle kamu menfaatinin esas alındığı, hakkın mahiyetinin kamu hukukuna mahsus ilkelerce belirlendiği, örneğin malikin bu sınırlamaları kendi arzusu ve serbest iradesiyle özgürce değiştiremediği, kaldıramadığı ve bu kısıtlamalara dönük ihlallerin giderilmesi noktasında yetkili merciin daha ziyade idari ve adli makamlar olduğu birtakım **sınırlamalar** olabileceği gibi, **özel hukuka ilişkin esasların hâkim olduğu**, taraf iradeleriyle bertaraf edilemeyen kamu hukuku nitelikli kanunlardan doğan kısıtlamalardan farklı olarak, taraf iradeleriyle değiştirilebilen **hukuki kısıtlamalar** da söz konusu olabilmektedir.⁷

⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, (2018), s. 545. Bu noktada yazarların özel hukuka ait esasların hâkim olduğu sınırlamaları ifade sadedinde kullandıkları “özel hukuk kurallarına dayanmaktadır” tabiri yanıltıcı olabilecektir. Zira, bir kısıtlamanın özel hukuk kurallarına dayanması veya özel hukuk kökenli olması anılan sınırlamayı yazarların kastettiği anlamda özel hukuk karakterli yapmayacaktır. Bir kısıtlamanın kamu hukuku mu, özel hukuk karakterli mi olduğunun tayini Kanun’un amacı veya korunan menfaatin çerçevesi ile belirlenmektedir. Bkz.

Kanun devam eden hükümlerde özel hukuk esaslarının hâkim olduğu ve fakat bizzat kanundan doğan kısıtlamaları izah sadedinde “devir hakkının kısıtlamaları” alt başlığı altında yasal önalım hakkını, tapu kütüğüne şerh verilmiş sözleşmeden doğan önalım, gerialım ve alım hakkını düzenlemiştir. Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere gerek doğrudan doğruya kanundan doğan kısıtlamalar için gerekse malikin serbest iradesine dayanan mülkiyetin naklini kısıtlayan hukuki işlemler için ortak bir müessese olarak önalım hakkı (şüfa hakkı) ön plana çıkmaktadır. Bu durumda öncelikle önalım hakkı tanımlanmalıdır. Önalım hakkını ya da eski adıyla şüfa hakkını⁸ tarihsel süreç içerisinde tanımlama çabaları içinde en geniş tarif, Türk hukukunda konuya ilişkin en önemli monografilerden birisini kaleme almış bulunan F. Necmettin FEYZİOĞLU’na aittir. Yazar yaptığı tarifi

GÜRSOY, Kemal Tahir/EREN, Fikret/CANSEL, Erol, Türk Eşya Hukuku, Ankara, 1984, s. 594-595; Örneğin yazarların da ifade ettiği üzere (PN. 1942) kazı ve yapılarla ilgili TMK m. 739, dikilecek şeylerde uyulacak hükümlerle ilgili TMK m. 741, araziye sınırlık koyma mecburiyeti ile ilgili m. 749 özel hukukun en temel metni sayılan Türk Medeni Kanun’u hükümlerine dayanmalarına rağmen kamu hukuku karakterlidir. Ayrıca bkz. DOĞAN, Murat, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, Ankara, 2004, s. 42. Bu manada konuya ilişkin verilecek ilginç bir örnek **Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu** m. 8/İ/II’de düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, tarımsal arazilerin satılması hâlinde sınırdaş tarımsal arazi malikleri de önalım hakkına sahiptir. Korunan menfaatin çerçevesi dikkate alındığında söz konusu kısıtlamanın kamu hukuku karakterli olduğu açıktır. Öte yandan satışa eşdeğer (denk) işlemlerde bahsi geçen önalım hakkının doğup doğmayacağı, aşağıda ayrıntılı biçimde tartışılacak olan sözleşmesel önalım hakkına ilişkin hükümlerin yasal önalım hakkı ile nasıl bir ilişki içinde olacağı sorusunun cevabı ile yakından ilgilidir.

⁸ “ ‘Şüfa’ kelimesi koyu Arapça bir kelime olup, kanunda ahkonulduğu takdirde, zorunlu olarak “meşfu” gibi daha koyu bir terimin kullanılması da zorunlu olacaktır. Oysa doktrinde ve hatta son yıllardaki mahkeme içtihatlarında “şüfa” yerine, “önalım” terimi kullanılmaktadır. Bu terimde bu hakkın “öncelikle satın alma hakkı” olduğu açıkça belirtilmektedir. Zaten dilimize “derpiş etmek” anlamında “öngörmek” sözü çoktan beri yerleşmiş, hatta yasalarımıza bile girmiş bulunmaktadır. Bu nedenle şüfa terimi değiştirilerek onun yerine “önalım” terimi konulmuş “kanunî şüfa” ya “yasal önalım” “akd’i şüfa” ya ise hukukî terim olarak “sözleşmesel önalım” denilmiş, “meşfu” yerine “önalımlı” ve “şefi” yerine de “önalımcı” denilmiş ve böylece bu önemli müessesenin yeni kuşaklar tarafından rahat ve güzel bir şekilde anlaşılması sağlanmıştır.” (1972 Tarihli Medeni Kanun Tasarısının gerekçesinden): <http://app.e-uyar.com/gereke/index/c159b09-e748-4f41-8d6d-0f32e26fdb9>, E.T.: 23.12.2018.

bir tanımın boyutlarını aştığını daha ziyade bir izaha dönüştüğünü belirtmekle birlikte şufa hakkını şöyle tanımlamaktadır: “Şufa hakkı, **kanun veya akitten⁹ doğan ve hak sahibinin tek taraflı irade beyanıyla hükümlerini husule getiren, sübjektif-ayni mahiyette öyle inşai bir haktır ki, borçlu hakkın mevzuu olan şeyi, tamamen kendi ihtiyariyle, hissedarlardan gayri şahıslara, salim bir bey akti neticesinde sattığı takdirde, şefie, kararlaştırılan bedeli ödüyerek mesfuun mülkiyetinin tercihan kendisine geçirilmesini veya şerh verilmemiş şufada vaki zararının tazminini muayyen müddet içinde talep salahiyetini bahşeder.**”¹⁰ Kanundan veya akitten doğan önalım hakkı arasındaki ilişkiyi belirleyebilmek için, öncelikle gerek kanundan gerekse sözleşmeden doğan önalım hakkına ilişkin genel birtakım bilgiler paylaşılmalıdır.

2. Kanundan Doğan Önalım Hakkı

Önalım hakkının önüne getirilen “kanuni” ibaresinden anlaşılacağı üzere, söz konusu hak tarafların kendi aralarında yaptıkları bir hukuki işleme değil doğrudan doğruya kanuna dayanmaktadır. Kanuni önalım hakkını kısaca tanımlamak gerekirse, paylı mülkiyette paydaşlardan birisinin payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması hâlinde, diğer paydaşlara tek taraflı irade beyanı ile söz konusu payın satışına ilişkin satış sözleşmesini kurma ve taşınmaz üzerindeki payın mülkiyetinin tescilini talep etme hakkı

⁹ Esasen hukuki işlemde tabiri daha kapsamlı olup daha doğrudur. Zira kaynağı itibariyle hak sahibinin şahsi iradesine dayanan yani kanundan doğmayan önalım hakkının kaynağı sözleşmelerden ibaret değildir. Ölüme bağlı tasarruflarla da önalım hakkı tesisi mümkündür. Bkz. GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 634.

¹⁰ FEYZİOĞLU, s. 5. Yazar ayrıca dört nolu dipnotta farklı tanımları vermekte ve bu tariflerin “Şufa hakkını bize tam bir şekilde tanıtmaktan oldukça uzak” olduklarını ifade etmektedir.

veren, yenilik doğuran bir haktır.¹¹ Kanuna dayanan önalım hakkının düzenlendiği TMK m. 732'ye göre, paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması hâlinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler. TMK m. 733'te ise cebrî artırmayla satışlarda önalım hakkı kullanılmayacağı düzenlenmiştir. Aynı madde önalım hakkından feragatin resmî şekilde yapılması ve tapu kütüğüne şerh verilmesi gerektiğini, belirli bir satışta önalım hakkını kullanmaktan vazgeçmenin yazılı şekle tâbi olduğunu ve feragatin satıştan önce veya sonra yapılabileceğini düzenlemiştir. Bu hakkın nasıl kullanılacağı ve süresine ilişkin ise hükmün son iki fıkrası, satışın alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirileceğini ve satışın hak sahibine bildirildiği tarihten itibaren üç ay, herhâlde satışın üzerinden iki yıl geçmekle önalım hakkının düşeceğini hükme bağlamıştır.

TMK m. 734 ise hakkın “kullanılması” alt başlığı ile, eski Medeni Kanun ve İsviçre Medeni Kanun'u (ZGB) hükümlerinden farklı olarak, önalım hakkının tek taraflı ulaşması gerekli yenilik doğuran beyan ile değil alıcıya karşı açılacak yenilik doğuran dava ile kullanılacağını açık biçimde düzenlemiştir.¹²

¹¹ GÖKSU, Tarkan, ZGB Art. 681 PN. 1 in: CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, (Hrsg) BREITSCHMID, Peter/RUMO-JUNGO, Alexandra, 2012, Basel; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, (2018), s. 554.

¹² DOĞAN, s. 64; Kanun koyucu söz konusu değişikliği şu şekilde gerekçelendirmektedir. Buna göre hakkın kullanımı dolayısıyla, *“İstenilen sonucun elde edilebilmesi sonuçta daima bir dava açılmasını gerektirmektedir.”* ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2018, s. 212, değişikliğin sebebini alıntılanan gerekçeye dayanarak şu şekilde açıklamaktadır: *“Kanun Koyucu önalım hakkına ilişkin beyanla istenilen sonucun ancak dava yolu ile elde edilebileceğini göz önünde tutmak suretiyle böyle bir düzenleme yoluna gitmiştir.”*; EREN, Fikret, Mülkiyet Hukuku, Ankara, 2016, s. 410, dipnot 702'de söz konusu değişikliğin gerekçesini alıntıladıktan sonra, hakkın kullanımının yenilik doğuran davaya bağlanmasını, yargısal bürokrasinin artmasına sebebiyet vereceği endişesiyle isabetli bir karar olarak nitelendirmemiştir. Bkz. EREN, Mülkiyet, s. 410-411; Düzenlemenin eleştirisi için ayrıca bkz. ARPACI, Abdulkadir, Eşya

Türk Medeni Kanunu, esasen Türk Borçlar Kanunu (m. 237 vd.) hükümlerinde düzenlenmiş ve kural olarak sadece borç ilişkisinin tarafları arasında cereyan eden ve etkileri ya da sonuçları itibarıyla nisbi nitelikteki önalım sözleşmesinin şerh verilmiş olması ihtimalini dikkate alarak, m. 735'te sözleşmeden doğan önalım hakkı başlığı ile tapu kütüğüne şerh verilen sözleşmeden doğan önalım hakkını düzenlemiştir. Buna göre şerh verilmiş sözleşmesel önalım hakkının şerhte belirtilen sürede ve belirtilen koşullara göre her malike karşı kullanılabileceğini ve önalım hakkının hangi koşullar altında kullanılacağını belirtilmediği, doktrinde adi veya olağan şufa sözleşmesi olarak isimlendirilen sözleşme tipinde¹³ taşınmazın üçüncü kişiye satışındaki koşulların esas alınacağı belirtilmiştir. Aynı maddede şerhin etkisi açıklanırken, şerhin etkisinin, şerhin verildiği tarihin üzerinden on yıl geçmekle sona ereceği ifade edilmiştir. İlgili maddenin aşağıda tartışılacak son fıkrası ise, yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümlerinin sözleşmeden doğan önalım hakkında da uygulanacağını düzenlemiştir.

a) Yasal Önalım Hakkının Kullanılmasına ve Vazgeçmeye İlişkin Hükümlerinin Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkına Uygulanması Sorunu

Yapılacak tartışma için bir zemin oluşturması bakımından özellikle sözleşmesel önalım hakkına ilişkin düzenleme tarzının Türk hukukunda geçirdiği değişikliklere, İsviçre'deki değişiklikler de dikkate alınarak kısaca

Hukukumuzda Yeni Medeni Kanun'la Yapılan Değişikliklerden Bazılarına Kısa Bir Bakış, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, s. 105; Söz konusu değişikliğin "*ratio legis*" nin anlaşılmadığı ve eski düzenlemeden dönülmesinin makul ve hukuk mantığına uygun bir sebebi olmadığı kanaati için bkz. AYBAY/HATEMİ, s. 189-190; AYAN, Eşya, s. 423.

¹³ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2017, s. 199 vd.

değnilmelidir. Daha doğrusu sözleşmesel önalım hakkı ile kanuni önalım hakkı arasındaki münasebet bakımından tarihsel süreç birbirini takip eden üç farklı evreye ayrılarak incelenmelidir.

aa) İlk Evre

Tarihsel süreç açısından *ilk evre* 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin (eMK) 1926 yılında kabulü ile başlayıp aynı kanunun yürürlükten kaldırıldığı ve 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) yürürlüğe girdiği tarih olan 1 Ocak 2002 tarihinde sona eren evredir. Bu evre, uygulamada ortaya çıkan sorunlar bir kenara bırakılırsa, kanun sistematığı açısından şu şekilde özetlenebilir.¹⁴ Eski Medeni Kanun "Mülkiyet hakkının takyitleri" başlığı altında şufa alt başlığında öncelikle **m. 658'de mukaveleden mütevellit şufa hakkını**; **madde 659'da** ise "*bir gayrimenkulün hissedarları onun şayi bir hissesini satın alan üçüncü şahsa karşı kanuni şufa hakkını haizdir*" hükmüyle **kanuni şufa hakkını** hüküm altına almıştır. Söz konusu evrede eski Borçlar Kanunu'nun konu ile alakalı hükmü **mukaveleden mütevellit şufa hakkının şeklini** kayıt altına alan eBK m. 213/II den ibaret olup, söz konusu hükme göre mukaveleden mütevellit şufa hakkı için tahriri (yazılı) şekil kâfidir. Bu evrede konunun ağırlık merkezi Medeni Kanun hükümleri olup, Türk hukukundaki düzenlemeler ile İsviçre hukukundaki düzenlemeler arasında ciddi bir benzerlik söz konusudur. Yapılan kısa izahtan anlaşılacağı üzere, eski Medeni Kanun'da şufa hakkı mukaveleden doğan şufa hakkını önceleyen bir sistematığı esas alarak *akdi şufa hakkı- kanuni şufa hakkı* şeklinde bir ayırım üzerine inşa edilmiştir. Eski Borçlar Kanunu'nun konu ile ilgili düzenlemesi ise yapılacak önalım sözleşmesinin şeklini düzenleyen eBK m. 213/II ile sınırlı kalmıştır.¹⁵ Bu evrede sözleşmeden doğan önalım hakkının gerek düzenleniş

¹⁴ Söz konusu düzenleme üzerine kısa bir değerlendirme için bkz. HATEMİ, s. 165 vd.

¹⁵ KIRCA, s. 1186.

yeriyle alakalı¹⁶ gerekse sözleşmeden doğan önalım hakkındaki düzenlemelerin paylı mülkiyetten doğan önalım hakkına uygulanması hususunda, sözleşmeden doğan önalım hakkına uygulamada çok az rastlanması¹⁷ ve her iki hukuki müessesenin yapılarının farklı olması savunularak¹⁸ bazı eleştiriler yöneltmiştir. Yargıtay uygulaması bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi'nin yaklaşımını benimsemiş ve sözleşmesel önalımı düzenleyen eMK m. 658'i kıyasen kanuni önalım hakkına tatbik etmiştir.¹⁹ Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararının gerekçe bölümünde geçen şu ifadeler oldukça dikkat çekicidir.

*“...Mukaveleden mütevellit şufa tabii tanzim yeri olan Borçlar kanununa alınmamış, müşterek mülkiyet münasebetine sıkı sıkıya bağlı bulunduğu için Medeni Kanun'da tanzimi zaruri bulunan kanuni şufa ile birlikte tanzim edilmiş ve her ikisine de şamil olmak üzere müşterek hükümler vaz edilmiştir. Bu müşterek hükümler 658. maddeye dercedilmiş ve ikinci bir tahrirden içtinap maksadıyla 659. maddede tekrar edilmemiştir. **Binaenaleyh 658. maddedeki hükümlerin kaffesi 659 uncu maddeye tatbiki gereken hükümlerdir.**”²⁰*

Kararın son cümlesinde de çok açık biçimde belirtildiği üzere Türk doktrin ve uygulaması, İsviçre'den farklı olarak Türk hukukunda sözleşmesel önalım hakkının hemen hemen hiç uygulanmadığını kabulle birlikte *akdi*

¹⁶ ŞİPKA, s. 6-7.

¹⁷ FEYZİOĞLU, s. 77.

¹⁸ ŞİPKA, s. 8.

¹⁹ ŞİPKA, s. 7-8.

²⁰ YİBK, T. 26.12.1951, E. 1951/1, K. 1951/6, ÖZENLİ, Soysal, Uygulamada Önalım (Şufa) Davaları, İstanbul, 1990, s. 184.

*şuفا*ya dair hükümlerin *kanuni şuفا*ya da tatbik edileceğini de belirtmekten geri durmamıştır.²¹

Bu evrede İsviçre doktrin ve uygulamasındaki sözleşmesel önalım hakkının kullanımına dair gelişmeler dikkate alınmış ve bazı eserlerin *kanuni şuفا* hakkına dair açıklamalarında, Federal Mahkeme kararına istinaden sözleşmesel önalım hakkının kullanılabilceği yerlerde, yani satış veya **satışa denk sayılabilen işlemin yapılması** halinde kanuni şuفا hakkının kullanılabilceği, sözleşmesel önalım hakkının kullanılamayacağı yerlerde ise *kanuni şuفا* hakkının kullanılamayacağı belirtilmiştir.²²

Sonuç olarak bu evrede birtakım eleştiriler söz konusu olsa da *akdi şuفا-kanuni şuفا hakkı* açısından konunun düzenleniş yeri esasen Medeni Kanun olup, Borçlar Kanunu sadece akdi şuفا hakkının kaynağı olan sözleşmenin şekli hususunda bir hüküm getirdiği için Medeni Kanun ile Borçlar Kanunu hükümleri tartışmaya mahal verecek bir zıtlık içinde değildir.

bb) İkinci Evre

İkinci Evre yeni Türk Medeni Kanunu'nun 818 sayılı Borçlar Kanunu (eBK) ile birlikte uygulandığı evredir ki, bu evre Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 12.1.2011 tarihinde kabul edilmesi ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmesi ile sonlanmıştır. Yeni Türk Medeni Kanunu muhtevaya dair bazı değişikliklerle birlikte öncelikle sistematik konusunda bir değişiklik yapmış ve kanuni önalım hakkını sıra itibariyle öne alarak sözleşmesel önalım hakkına göre daha ayrıntılı biçimde düzenlemiştir. Toplam dört maddeden (732-735) meydana gelen değişikliklerde, ilk üç madde kanuni önalım hakkına özgülenmiş, sözleşmesel önalım hakkı ile ilgili tek bir hükme (TMK m. 735) yer verilmiştir.

²¹ FEYZİĞLU, s. 77.

²² TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, II/1 İstanbul, 1988, s. 39-40.

Borçlar Kanunu'ndaki önalım sözleşmesinin şeklini düzenleyen hüküm (eBK m. 213/II) ise muhafaza edilerek, Borçlar Kanunu'nda bir değişiklik yapılması cihetine gidilmemiştir. Buna göre sözleşmesel önalım hakkı açısından TMK'nın yürürlüğe girdiği tarihteki önalım hakkını tanzim eden maddeler ile eski Borçlar Kanunu'ndaki tek hüküm birlikte değerlendirildiğinde hukuki manzara şu şekildedir. Tapu kütüğüne şerh verilen sözleşmeden doğan önalım hakkı, şerhte belirtilen sürede ve belirtilen koşullara göre her malike karşı kullanılabilir ve yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümler sözleşmeden doğan önalım hakkında da uygulanacaktır. Bu evrede konunun düzenlenişi bakımından Türk Medeni Kanunu'nun konuya ilişkin esas düzenlemelerin yer aldığı kanun vasfını koruduğunu, hatta yeni Türk Medeni Kanunu'nun, daha ayrıntılı hükümler sevk ettiğini, uygulamada kanuni önalım hakkı ile sözleşmesel önalım hakkına nazaran daha sık karşılaşıldığı²³ yönündeki eleştiriyi dikkate alarak kanun sistematğinde kanuni önalım hakkına öncelik verdiğini söyleyebiliriz. Yasa koyucunun kanunun sistematğinde yaptığı değişiklik hakkında 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) gerekçesinde bir açıklama bulunmamaktadır. Fakat söz konusu tercihin sebepleri 1984 tarihli Medeni Kanun tasarısında ifade edilmiştir. *"...ülkemiz uygulamasında kanunî önalım hakkı önemli bir yer işgal ettiği için, bu hak, şerh verilen akdî önalım hakkından daha önce düzenlenmiş ve kurallar buna*

²³ İsviçre'de durumun tam tersi istikamette olduğu yönünde: HAAB, Robert/SIMONIUS, August/SCHERRER, Werner/ZOBL., Dieter, ZGB Art. 681 PN 9 in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Das Sachenrecht, Erste Abteilung: Das Eigentum, Art. 641–729, Zürich 1977

*göre ifade edilmiştir. Bu husus, hakkın kullanılmasına ilişkin olan müteakip madde için de geçerlidir.*²⁴

Yalnız, getirdiği yenilikler açısından İsviçre'deki değişiklikleri dikkate alan Türk kanun koyucusunun birkaç noktada İsviçre'deki değişikliklerden ayrıldığı söylenebilir. İlk nokta TMK içinde sözleşmesel önalım hakkına tahsis edilen m. 735 olup, İsviçre Medeni Kanun'u (ZGB) ve Borçlar Kanunu'nda (OR) değişiklik yapılmasını öngören revizyon sonrası sözleşmesel önalım hakkı İsviçre Medeni Kanunu'nun düzenleme alanından tamamen çıkarılarak, İsviçre Borçlar Kanunu'nun satışa dair hükümleri arasında müstakil bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. (OR 216-216e).²⁵ Netice itibariyle ne ZGB'de ne de OR'de adı geçen maddeye karşılık gelen bir hüküm bulunmamaktadır.

Söz konusu düzenlemenin sebebi üzerine Kanunun gerekçesinde bir açıklama bulunmamaktadır. Kanun koyucunun uygulamada çok daha sık karşılaşıyor olması sebebiyle kanun sistematliğini değiştirerek gerek şekli açıdan kanuni önalım hakkını öne almak yoluyla, gerekse muhteva açısından daha ayrıntılı tanzim etmek suretiyle kanuni önalım hakkına öncelik vermesi anlaşılabilir olmakla birlikte, yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümlerin sözleşmeden doğan önalım hakkında da uygulanacağına dair hükmün sebebi ya da sebepleri üzerinde durulmalıdır. Çünkü bu sebebin tespiti üçüncü evrede ortaya çıkacak meselenin halli açısından gereklidir. Türk kanun koyucusunun niçin böyle bir düzenleme yaptığı konusunda kanunun gerekçesinde bir açıklık yoktur. Öyle görünüyor ki sözleşmesel önalım hakkı ile ilgili İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki değişiklikleri Borçlar Kanunu'na yansıtmayan kanun koyucu, uygulamasına

²⁴ <http://app.e-uyar.com/gerekce/index/369f1c8a-9dd3-482a-81fa-89512308977f>, E.T. 23.12.18.

²⁵ KIRCA, s. 1186; ROBERTO, Vito, Teilrevision des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechts, recht 11/1993, S. 172 ff.

pek az rastlanıldığını düşündüğü sözleşmesel önalım hakkı ile ilgili kanuni önalım hakkına yollama yapmak suretiyle sorunu geçici olarak çözmeye çalışmıştır.

cc) Üçüncü Evre

Sözleşmesel önalım hakkına dair *son evre* ise 6098 sayılı TBK hükümlerinin 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmesiyle başlayan ve 4721 sayılı TMK hükümleri ile birlikte uygulandığı evre olup hali hazırdaki hukuki duruma karşılık gelmektedir. Yeni Borçlar Kanunu'nda sözleşmesel önalım hakkı İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemelere oldukça yakın biçimde kanununun 237 ile 242'inci maddelerinde ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Eski Borçlar Kanunu m. 213/II deki önalım sözleşmesinin şekli ile ilgili düzenleme tarzı madde 237'nin son fıkrasındaki düzenleme ile muhafaza edilmiş ve bir değişiklik yapılmamıştır. Bir yenilik olarak ise süresi ve şerhi (TBK m. 238), devredilmesi ve miras yoluyla geçmesi (TBK m. 239), ileri sürülmesi (TBK m. 240), koşulları ve hükümleri (TBK m.241), kullanılması ve hükümleri (TBK m. 242) başlıkları altında ayrıntılı sayılabilecek yeni hükümler konulmuştur.

Şu hâlde bu evrede ortaya çıkacak en önemli sorun genel olarak şu şekilde formüle edilebilir: TBK'nın sözleşmesel önalım hakkını teferruatlı biçimde düzenleyen bu hükümleri karşısında, yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümlerinin sözleşmeden doğan önalım hakkında da uygulanacağı öngören TMK m. 735/III hükmü nasıl değerlendirilecektir?

Sorunu bilhassa burada işlenen önalım olgusuna bakan tarafla tekrar formüle etmek gerekirse, kanuni önalım hakkının kullanımını taşınmaz üzerindeki payın tamamen veya kısmen *üçüncü kişiye satılması haline* hasreden TMK m. 732 ile "*Taşınmazın satışı ya da ekonomik bakımdan satışa*

eşdeğer her türlü işlemin yapılması hâllerinde” kullanılabileceğini ifade eden TBK m. 240 hükmü birbirleriyle nasıl uyumlaştırılacaktır.

Esasen sorun Türk Borçlar Kanunu tasarısının henüz yürürlüğe girmedığı dönemde doktrinde dikkat çekmiş ve söz konusu hükümler arasında bir çelişkinin olmadığı ifade edilmiştir. Yine Türk Borçlar Kanunu’nun sözleşmesel önalım hakkına ilişkin özel nitelikteki hükümlerinin, Türk Medeni Kanunu’nun TMK m. 735/III atfıyla sözleşmesel önalım hakkına da uygulanması öngörülen ve genel nitelikte kabul edilebilecek hükümlerinden etkilenmeyeceği belirtilmiştir.²⁶

Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte sorun tartışılmaya devam etmiş ve sonuçları itibarıyla birbirinden farklı olmayan görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre TBK’nın aynı konudaki hükümlerinin, esasen kanuni önalım hakkına ilişkin olan fakat 735/III’ün atfıyla sözleşmesel önalım hakkına da uygulanan TMK hükümlerinin yerine geçtiği kabul edilmelidir.²⁷

Bir diğer yaklaşıma göre TBK m. 237 vd. hükümlerinin yürürlüğe girmesiyle TMK m. 735’nin bazı kısımları yürürlükten kalkmış olacaktır.²⁸

²⁶ BURCUOĞLU, s. 291.

²⁷ SİRMEN, Lale, Eşya Hukuku, Ankara, 2017, s. 414.

²⁸ Sorunu her iki kanunun konuya ilişkin hükümlerini mukayese ederek irdeleyen GÜMÜŞ’e göre; (2011), s. 435 vd. tapu kütüğüne şerh verilen sözleşmeden doğan önalım hakkının, şerhte belirtilen sürede ve belirtilen koşullara göre her malike karşı kullanılabileceğini öngören TMK m. 735/I in ilk cümlesi, sözleşmeden doğan önalım hakkını kullanmak isteyen hak sahibinin bu hakkı şerh edilmiş ve taşınmazın mülkiyeti alıcı adına tescil edilmişse alıcıya karşı kullanılmasını öngören TBK m. 242 hükmü karşısında yürürlükten kalkmıştır. s. 451. Bize göre her iki hüküm arasından metinde kullanılan ibarelerin dışında bir farklılık mevcut değildir. Her şeyden önce kanuni önalım hakkında davalı malın yeni malikidir, zira kanuni önalım hakkından doğan borç eşyaya bağlı bir borç teşkil ettiği için mülkiyet hakkını kazanan kişi davalıdır. Mülkiyet hakkı ise tescile bağlı olup, davanın kime karşı açılacağı tescilin yapılmış olup olmamasına göre değişiklik arz edeceğinden (EREN Mülkiyet, s. 423) TMK m. 735’te ifade edilen “*her malike karşı*” ifadesi ile kast edilen husus henüz alıcı adına tescil yapılmamışsa, davanın tapu sicilinde malik gözükken kimseye yani satıcıya karşı, tescil yapılmışsa yeni malike karşı açılmasıdır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, (2004) s. 418). TBK m. 242 hükmü bir bütün olarak okunduğunda metinde geçen “*taşınmazın*

Sonraki tarihli TBK'daki açık hükmü karşısında, sözleşmesel önalım hakkının yalnızca satışlarda değil ekonomik açıdan satışa benzer işlemlerde de kullanılabilmesi hususunda herhangi bir şüpheye mahal yoktur. Daha teknik bir ifadeyle sözleşmesel önalım hakkının kullanımı konusunda, yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümlerin sözleşmeden doğan önalım hakkında da uygulanacağını öngören TMK m. 735/III hükmü, en azından kanuni önalım hakkının hangi hallerde kullanılacağını düzenleyen kısmı açısından (TMK m. 732) yürürlükten kalkmıştır. Zira aynı konuyu düzenleyen farklı yasalardaki iki hüküm birbirleriyle çelişmekte olup, önalım hakkının kullanımını sadece satışa hasretmeyen ve ekonomik açıdan satışa denk işlemlerde de sözleşmesel önalım hakkının kullanılabilmesini öngören TBK m. 240 hükmü gerek sonraki tarihli olması gerekse sorunu atıf yoluyla çözen hükme göre konuyu doğrudan düzenlemesi sebebiyle öncelikle uygulanacaktır.

b) Ekonomik Bakımdan Satışa Eşdeğer İşlemlerde Kanuni Önalım Hakkının Kullanılması Sorunu

Sözleşmesel önalım hakkının kullanılmasının TBK m. 240 hükmüyle sadece satış halinde değil ekonomik olarak satışa eşdeğer her işlemde kullanılabilmesi tespitini takip eden soru, ekonomik açıdan satışa denk işlemlerde kanuni önalım hakkının da kullanılıp kullanılmayacağı ile alakalıdır.

mülkiyeti alıcı adına tescil edilmişse alıcıya; aksi takdirde satıcıya karşı kullanılmaya beliren ifade bu ihtimalleri dikkate alarak "her malike" ifadesini kullanan TMK m. 753'teki ifadenin daha açık biçimde ifade edilmesinden ibaret olup netice itibarıyla aynı şeyi söylemektedir. Aynı yönde bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, (2018), s. 558. Sonuç olarak TBK m. 242 TMK m. 735/1 deki ilk cümlelerin teyit, tekit ve tekrarı niteliğinde görülmelidir.

Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş sözleşmesel önalım hakkına ilişkin kuralların Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen yasal önalım hakkına uygulanabileceğini öngören bir hüküm bulunmamasına rağmen²⁹, OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR herhangi bir gerekçe sunmaksızın Türk Borçlar Kanunu'nda sözleşmesel önalım hakkını düzenleyen 240-242'inci maddelerinin önalım olgusuna ilişkin benimsediği esasın kanundan doğan önalım hakkına da tatbik edilmesi gerektiğini savunmaktadır.³⁰ Aynı şekilde SİRMEN, sözleşmesel önalım hakkı için önalım olgusu teşkil eden her olayın kanuni önalım hakkı için de önalım olgusu teşkil etmesi gerektiğini ileri sürmektedir.³¹ GÜMÜŞ ise anılan sorunla ilgili örtülü bir boşluğun

²⁹ Hatta daha önce ifade edildiği üzere tersi istikamette bir yollamayla yasal önalım hakkına dair hükümlerin, sözleşmesel önalım hakkına uygulanacağı yönünde bir hüküm ihdas edilmiştir. Bkz. TMK m. 535/III.

³⁰ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, (2018), s. 554, 556; SİRMEN, A. Lale, Eşya Hukuku, Ankara, 2017, s. 421.

³¹ SİRMEN, s. 421; Aynı yönde bkz. ERKAN, Umut Vehbi, Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 Tarihli E. 2003/34 ve K. 2007/94 Sayılı Kararı Üzerine: Türk Medeni Kanunu'nda Yasal Önalım Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılması, İnÜHFD, C. 5, S. 1, Y. 2014, s. 269-294. Retrieved from <http://dergipark.org.tr/inuhfd/issue/22418/239983> S.E.T. 13.06.19. Bununla birlikte yazar, bu görüşünü dile getirdiği paragrafa düşülen dipnotta, TBK m. 241'in gerekçesine atıfla üst hakkının ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlem olarak kabul edildiğini tespit etmekte, bu tespiti müteakip üst hakkından doğan önalım hakkının Türk Medeni Kanunu'nda yer almadığını, dolayısıyla anılan gerekçenin Türk Medeni Kanunu ile açıkça çelişir nitelikte olduğunu iddia etmektedir. Kanaatimizce, yazarın da kabul ettiği gibi ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlemler kanuni önalım hakkı için de bir önalım olgusu teşkil ettiği takdirde ortada bir çelişki olmamalıdır. Üst hakkı sahibine önalım hakkı tanınması ile bir taşınmaz üzerinde üst hakkı kurulmasının önalım olgusu teşkil etmesi farklı hususlar olup, İsviçre Medeni Kanunu'nda yapılan düzenleme üst hakkı sahibine önalım hakkı tanınması ile ilgilidir. Bunun ise üst hakkı tesisinin önalım olgusu olarak kabulüyle doğrudan bir alakası yoktur. Diğer bir deyişle İsviçre'de 19 Aralık 1963 tarihinde yapılan değişiklik üst hakkı sahibine önalım hakkı tanınmasına ilişkin olup, önalım hakkı ile yüklü bir taşınmaz üzerinde üst hakkı kurulmasının önalım olgusu teşkil edip etmeyeceği meselesi ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Yazarın kastettiği Türk Medeni Kanunu'nun yapımı esnasında TMK'ya alınmayan düzenleme bu değişiklik olmalıdır. Yoksa aşağıda değinileceği üzere, bir taşınmazın tamamı üzerinde üst hakkı tanınmasının önalım olgusu olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği konusu İsviçre hukukunda tartışmalı olup bu konuda kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır.

varlığından hareketle ekonomik olarak satışa eşdeğer her işlemde yasal önalım hakkının da kullanılabilceğini belirtmektedir.³²

Aktarılan görüşlerden çıkan sonuca göre, doktrindeki bir görüş, ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlemlerin yasal önalım hakkının kullanılmasına imkân veren bir önalım olgusu olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.

Ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlemlerin kanuni önalım hakkında önalım olgusu olarak kabul edilmesi **aleyhinde şu hususlar ileri sürülebilir.** Kanuni önalım hakkına ilişkin tarihsel süreç dikkatle incelendiğinde, Türk kanun koyucusunun kanuni önalım hakkını öncelediği ve bağımsız bir düzenlemeye kavuşturduğu söylenebilir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda bu çabanın bir neticesi olarak kanuni önalım hakkı sistematik açıdan imtiyazlı bir duruma getirilmiş ve kanuni önalım hakkı, önalım hakkı açısından ağırlık merkezi kabul edilmiştir. Bu minvalde, sözleşmesel önalım hakkına ilişkin hükümlerin kanuni önalım hakkına uygulanacağına ilişkin yaklaşıma dönük eleştiriler dikkate alınmış ve kanun koyucu yeni Türk Medeni Kanunu'nda tam ters istikamette bir düzenlemeyle, kanuni önalım hakkına ilişkin düzenlemelerin sözleşmesel önalım hakkına uygulanacağına ilişkin bir hüküm (TMK m. 735/III) getirmiştir. Netice itibarıyla önalım hakkının ağırlık merkezi kanundan doğan önalım hakkı olup, sözleşmesel önalım hakkı Türk kanun koyucusu nezdinde tali niteliktedir. Kaldı ki TBK'daki yeni düzenlemelerin sözleşmesel önalım hakkının kullanımına dair koşulları değiştirdiği ve yeniden düzenlediği kabul edilse bile, kanuni önalım

Yazarın değindiği ve üst hakkı sahibine önalım hakkı tanıyan yasa için bkz. <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/index.html#a682>

³² GÜMÜŞ, s. 453.

hakkının kullanım koşullarının sözleşmesel önalım hakkına uygulanacağını öngören hüküm tamamen yürürlükten kaldırılmış değildir. Kanun koyucunun kanuni önalım hakkını ve hakkın kullanım koşullarını sözleşmesel önalım hakkından soyutlamaya ve bağımsızlaştırmaya çalışan tavrı karşısında sözleşmesel önalım hakkına ilişkin bir değişikliği kanuni önalım hakkına taşımak, kanun koyucunun açık iradesiyle çelişmek ve kanuni önalım hakkı lehine ilerleyen tarihsel süreci tersine döndürmek anlamına gelir.

Sözleşmesel önalım hakkının kullanımına imkân veren ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlemlerin kanuni önalım hakkı için de önalım olgusu teşkil edeceği hususunda İsviçre doktrin ve uygulaması dayanak olarak gösterilemez. Çünkü önalım olgusu açısından sözleşmesel ve kanuni önalım hakkı arasında kural olarak bir ayırım gözetmeyen İsviçre doktrin bu tavrının kaynağı, İsviçre Medeni Kanunu'ndaki revizyon sonrası kanuna eklenen hükümdür (Bkz. 681/I, HS.2). Söz konusu hüküm sözleşmesel önalım hakkının kullanımına imkân sağlayan önalım olgusunun, aynı zamanda kanuni önalım hakkının da kullanımına imkân vereceğini öngörmektedir. İsviçre'de konu son derece tutarlı biçimde düzenlenmiş ve tarihsel süreç içindeki sözleşmesel önalım hakkını önceleyen tutum revizyon sonrası da devam etmiştir. Türk hukukunun aksine, İsviçre'de sözleşmesel önalım hakkının uygulaması oldukça yaygın olup, kanuni önalım hakkının kullanımı ile ilgili sözleşmesel önalım hakkına yapılan atıf bu durumun bir eseridir. Türk kanun koyucusu ise Türk uygulamasını dikkate alarak kanun sistematığı ve muhtevası açısından kanuni önalım hakkını esas almıştır. Bu durumda İsviçre'deki hukuki durum, kanunun tarihsel arka planı gözetilmeksizin Türk hukukuna olduğu gibi aktarılamaz.

Üstelik ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlemlerin yasal önalım hakkında da önalım olgusu olarak kabul edilmesini savunanlar dahi, Türk Medeni Kanunu'nun yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye

dair hükümlerinin sözleşmesel önalım hakkına tatbik edileceğine dair kuralın tamamen yürürlükten kaldırıldığını savunmamakta ve bazı konularda TMK'nın genel mahiyetteki hükümlerinin kısmi bir uygulama alanı bulacağını kabul etmektedirler. Şayet ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlemler, TBK hükümlerinin yasal önalım hakkına da tatbik edilmesi suretiyle yasal önalım hakkında da önalım olgusu olarak kabul edilecek olursa, önalım hakkı ile ilgili önalım olgusunun tespiti açısından yasal ve sözleşmesel önalım hakkında TBK hükümlerinin uygulandığı, başka konularda ise TMK hükümlerinin uygulandığı garip bir ilişki ortaya çıkacaktır.

Bir diğer husus kanuni önalım hakkının mülkiyet hakkına dönük ya da mülkiyet hakkı üzerindeki tasarruf yetkisine bir müdahale niteliğinde oluşudur. Bu anlamda mülkiyet hakkını kısıtlayan müdahaleler konusunda bu müdahalelerin istisnai vasfı dikkate alınarak kanun metnindeki ifadeler bu kısıtlamaları malik lehine daraltan biçimde yorumlanmalıdır.³³ Zira mülkiyet hakkı esas, bu hakka yönelik sınırlamalar ise istisnaidir. Halbuki ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlemler kanuni önalım hakkının kullanımına imkân veren önalım olgusu olarak kabul edilirse kanundan doğan bir sınırlama henüz muhtevası yeterince belirli olmayan, son derece tartışmaya açık bir kavramla genişletilmiş olacaktır. Bu ise Anayasa m. 35/II'de öngörülen mülkiyet hakkına ilişkin sınırlamaların mutlaka kanunla yapılması gerektiği yönündeki ilkeye aykırılık teşkil edecektir. Bu anlamda mülkiyete yönelik müdahalenin mutlaka bir kanuna dayanması gereği/ilkesi, müdahalenin meşruluğu/hukukiliği açısından şekli anlamda bir kanuna dayanmanın yeterli olduğu şeklinde anlaşılmalıdır. Mülkiyet hakkını sınırlayan kanunun

³³ Krş. ŞİPKA, s. 21.

muhtevasına dönük şart ise “hukuki belirliliktir.”³⁴ Söz konusu ilke uyarınca, sınırlamanın kaynağı olan kanun muğlak olmamalı ve elastiki ifadeler içermemelidir.³⁵ Bu noktada sorulması veya müzakere edilmesi gereken husus, kanuni önalım hakkı bakımından “ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlem” kavramı bu belirlilik şartını sağlayacak mıdır?

Sonuç olarak tarihsel süreç gözetilerek Türk kanun koyucusunun niyeti de dikkate alındığında, kanuni önalım hakkına ilişkin genel nitelikteki hükümlerin her iki tipe de uygulanacağı; TBK’nın sözleşmesel önalım hakkına dair açık biçimde farklı bir düzenleme içerdiği durumlarda ise TBK hükümlerinin öncelikle uygulanacağı; fakat bu ayrık düzenlemelerin TMK’da düzenlenen kanuni önalım hakkının kullanımına imkân sağlayan önalım olgusunun belirlenmesinde uygulanamayacağı kabul edilmelidir. Hali hazırdaki kanun sistematığı de farklı bir çözüme müsaade etmemektedir. Yargıtay’ın konuya ilişkin tutumunu değerlendirmeye geçmeden önce, ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlemlerin kanuni önalım hakkı bakımından önalım olgusu olarak değerlendirilemeyeceğine dair görüşe eklenmesi gereken son bir gerekçe Yargıtay’ın kanuni önalım hakkına dair kararlarındaki tutumudur.

³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. GEMALMAZ, Burak, Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 6, s. 117-118 ve s. 120 vd. “*AIHM’in mülkiyet hakkı (ve diğer sınırlanabilir haklar) için geliştirdiği sınırlama rejiminde müdahalenin ulusal hukukta temeli olması demek, söz konusu hukuk normunun mutlaka “kanun” formunda olması demek değildir; daha alt dereceli normatif düzenlemeler de (örneğin yönetmelik) “kanunla öngörülmüş olma” unsurunu karşılamakta yeterlidir. Üstelik “kanunla öngörülmüş olma” unsuru yargıç yapımı hukuku, yani içtihadi hukuku dahi kapsayabilmektedir.*”

³⁵ Anayasa Mahkemesi bir kararında belirlilik ilkesini şu şekilde tanımlamıştır. “*Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir.*” Bkz. AYM, T. 28/2/2013, K.2013/32, E. 2012/116. Kararın tam metni için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/resmigazete/metin/RG801Y2013N28734S201332/1> S.E.T. 13.06.19

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, konunun yargı kararlarında nasıl ele alındığı meselesinde, sorunun doğrudan ele alındığı bir Yargıtay kararına ulaşılamamıştır. Ancak bazı Yargıtay kararları yorum yoluyla soruna ışık tutabilir. Yüksek Mahkeme yakın tarihli bir kararında (Y. 14. HD, T. 21.5.2018, E. 2017/5585, K. 2018/3958), önalım hakkını *“Paylı mülkiyet hükümlerine tabi taşınmazlarda bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını kısmen veya tamamen üçüncü bir kişiye satması halinde diğer paydaşlara bu satılan payı öncelikle satın alma yetkisi veren bir hak”* olarak tanımlamıştır. Aynı karara göre, *“Bu hak paylı mülkiyet ilişkisi kurulduğu anda doğar ve satışın yapılmasıyla kullanılabilir hale gelir. Önalım hakkı taşınmaz mülkiyetini sınırlayan haklardan olup bu sebeple yasa koyucu temlik tasarruflardan sadece gerçek anlamdaki satışlar için kabul etmiştir. Bu sebeple gerek öğretilerde gerekse de Yargıtay İçtihatlarında hibe, trampa, sermaye vaz’ı gibi tasarruflarda önalım hakkının cereyan etmeyeceği kabul edilmiştir.”*

Yargıtay’ın konuya ilişkin bir başka kararı ise şu şekildedir. Karara konu olayda³⁶, davacı, paydaş bulunduğu taşınmazda, S. ve Y isimli paydaşların trampa yapmak suretiyle; V. ve M. isimli paydaşların da satış yaparak paylarını davalı kooperatife intikal ettirdiklerini ileri sürerek; yapılan işlemin şüfa hakkını bertaraf etmeye yönelik bulunduğunu ve gerçek işlemin satış olduğunu vurgulayarak şüfalı payların iptali ile adına tescilini istemiştir. Yargıtay sorunu değerlendirdiği kararında, öncelikle önalım hakkının kullanılabilmesi için gerçek bir satım akdinin bulunması gerektiğini, taraflar arasında yapılan sözleşmenin trampa olduğunu, unsurları itibariyle gerçekleşen trampadan sonra kooperatiften alınan yerleri eski paydaşların ((S. ve Y.) başka kooperatiflere satmasının oluşan trampanın varlığını

³⁶ TUNABOYLU, s. 611 (Y.6.HD. 18.02.2002-703/1119)

etkilemeyeceğini, dolayısıyla trampanın muvazaa sebebiyle iptalini gerektirir bir sebep bulunmadığını belirtmiştir. Kararın sonuç bölümünde ise, diğer paydaşların (V. ve M) yaptıkları satışlar açısından ise, kooperatifin satışın gerçekleştiği tarihte paydaş olduğu, paydaşın paydaş aleyhine önalım davası açamayacağı ifade edildikten sonra, netice olarak davanın reddedilmesi gerektiğine hükmedilmiştir.

Olayda, kooperatifin, ilk önce kendisini paydaş duruma getirecek bir trampa işlemi yaptığı, daha sonra ise paydaş konumunu kullanarak diğer hisseleri de bu yolla satın aldığı anlaşılmaktadır. Kararda TBK'da öngörülen ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlem kavramı dikkate alınmaksızın trampanın unsurlarının varlığı yeterli görülerek önalım olgusunun varlığı reddedilmiştir.

Görüldüğü üzere Yargıtay aktarılan kararlarında sorunu ele alma gereği bile duymamış, TBK yürürlüğe girdikten sonra verdiği kararlarında kanuni önalım hakkını açık biçimde sadece gerçek anlamdaki satışlara hasretmiştir. Sözleşmesel önalım hakkını düzenleyen TBK yürürlüğe girdikten sonra, sözleşmesel önalım hakkı açısından trampa sözleşmesi de önalım olgusu kapsamında değerlendirilebilecekken, yasal önalım hakkı ile ilgili olarak Yargıtay trampayı önalım olgusu olarak görmeyen klasik tutumunu sürdürmüştür. Trampanın konu edildiği onlarca farklı Yargıtay kararında, öncelikle yasal önalım hakkının kullanılabilmesi için gerçek bir satışın varlığının şart olduğu vurgulanmış, bunun dışında trampanın ekonomik açıdan satışa denk olup olmadığı hususu müzakere edilmeksizin, sorun muvazaa çerçevesinde ele alınmıştır.³⁷

³⁷ Y. 14. HD, T. 21.5.2018 E. 2017/5585, K. 2018/3958: "Önalım hakkı paylı mülkiyet hükümlerine tabi taşınmazlarda bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını kısmen veya tamamen üçüncü bir kişiye satması halinde diğer paydaşlara bu satılan payı öncelikle satın alma yetkisi veren bir haktır. Bu hak paylı mülkiyet ilişkisi kurulduğu anda doğar ve satışın yapılmasıyla kullanılabilir hale gelir.

Daha basit bir ifadeyle yasal önalım hakkının kullanılabilmesi için ya gerçek bir satış ya da üçüncü kişinin önalım hakkını engellemeye dönük muvazaalı bir işlem olmalıdır. Bu anlamda örneğin trampa ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlem teşkil edebilecek bir hukuki muamele olarak incelemeye tabi tutulmamıştır. Bu noktada kanuni önalım hakkı söz konusu olduğunda, Yargıtay'ın tutumunun net olduğu söylenebilir. Buna göre ya gerçek anlamda bir satış sözleşmesi vardır ya da önalım hakkını engellemeye dönük örneğin trampa görünümlü gerçekte satış olan muvazaalı bir muamele vardır. Yargıtay'ın kararlarında konuyu sürekli bu çerçevede ele aldığı söylenebilir. Dolayısıyla, Yargıtay kanuni önalım hakkını kullanmaya imkân veren bir seçenek olarak “ekonomik açıdan satışa eşdeğer” işlemleri önalım olgusu içinde değerlendirmemiş; TBK'ya dahil edilen satışa eşdeğer işlem şeklindeki önalım kategorisini TMK'daki yasal önalım hakkına taşımamıştır. Netice itibarıyla bahsi geçen tartışmaya ilişkin şu sonuca varılabilir: Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş sözleşmesel önalım hakkına ilişkin kurallar Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen yasal önalım hakkına uygulanmayacaktır. Diğer bir deyişle kanuni önalım hakkında işlemin ekonomik açıdan satışa denk olup olmadığı tartışılmaksızın öncelikle gerçek bir satış sözleşmesinin varlığı aranacaktır. Gerçek bir satış dışında önalım hakkının kullanımını

Önalım hakkı taşınmaz mülkiyetini sınırlayan haklardan olup bu sebeple yasa koyucu temlik tasarruflardan sadece gerçek anlamdaki satışlar için kabul etmiştir. Bu sebeple gerek öğretide gerekse Yargıtay İçtihatlarında hibe, trampa, sermaye vaz'ı gibi tasarruflarda önalım hakkının cereyan etmeyeceği kabul edilmiştir. Somut olaya gelince; trampa işlemine karşı önalım hakkı ileri sürülemez. Dairemizin 04.06.2014 tarihli, 2014/6607-7418 E-K bozma ilamında belirtildiği üzere, trampaya konu taşınmazların değerleri arasındaki nispetlilik tek başına trampa danışıklığı olduğu, gerçek amacın satış olduğu sonucunu doğurmaz. Dosya kapsamında toplanan delillerden; trampa işleminin davacının önalım hakkını engellemek amacıyla yapıldığı, gerçekte satış işlemi olduğu kanıtlanamamıştır. Bu sebeple, anılan trampa işlemine karşı açılan davanın reddi gerektiği kuşkusuzdur.” Ayrıca bkz. Y. 14. HD, T. 26.6.2018, E. 2018/1059, K. 2018/4843; Y. 14. HD, T. 26.6.2018, E. 2018/809, K. 2018/4844

sağlayan ikinci bir seçenek ise üçüncü kişilerce her türlü delille ispatı mümkün muvazaa iddiasıdır.

Önalım olgusunun belirlenmesinde ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlem kavramının kanuni önalım hakkına taşınması aleyhindeki fikrin kayıtsız kalınamayacak gerekçeleri bulunmakla birlikte, meseleyi yalnızca satış ve muvazaa penceresinden değerlendiren yaklaşımın doğurduğu sonuçların ne derece adil olduğu da şüpheyle karşılanabilir. Örneğin son aktarılan kararda, elbette trampa sonrasında hisselerini trampa eden paydaşların hisselerine karşılık olarak edindikleri eşyayı üçüncü kişilere satması kural olarak dikkate alınmaz. Ancak bu her durumda böyle midir? Bu noktada, şu sorular sorulabilir: Paylarını trampa eden paydaşların, payların devrine karşılık olarak edindikleri eşya üzerinde özel bir menfaatleri var mıdır? Ya da paydaşların hisselerine karşılık olarak edindikleri eşyayı kısa bir süre sonra üçüncü kişiye satmaları nasıl değerlendirilmelidir? Bu tip soruların sorulmasının anlamı ise açıktır. Zira söz konusu sorular ekonomik yaklaşımın ortaya attığı sorular olup ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlem kavramıyla formüle edilmiştir. Ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlem kavramı üzerinden yapılacak bir değerlendirmede ise farklı ve daha adil bir sonuca ulaşılması muhtemeldir.

Fakat sebepleri yukarda ayrıntılı olarak izah edildiği üzere hali hazırdaki hukuki durumun ve tarihsel gelişimin hakkaniyete daha yakın duran ekonomik yaklaşımın ürettiği çözüm tarzının aleyhine olduğu söylenebilir. Buna rağmen TBK'daki önalım olgusunun tayinine ilişkin çözümün TMK'da düzenlenmiş yasal önalım hakkında da benimsenmesi **lehinde şu gerekçeler ileri sürülebilir.**

Her şeyden önce Türk hukuku açısından çok sık karşılaşılan önalım hakkı tipi kanuni önalım hakkı olup, TBK'daki ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlemlerin yalnızca sözleşmesel önalım alım hakkı söz konusu

olduğunda önalım olgusu teşkil etmesi, söz konusu kavramı hukuk uygulaması açısından anlamsızlaştıracak ve uygulama imkanını oldukça daraltacaktır. Türk Borçlar Kanunu, Türk Medeni Kanunu'nun bütünüleyici bir parçası kabul edildiğine göre, her ne kadar kanunda önalım olgusu kavramı kullanılsa da önalım hakkı kavramı ilk etapta müşterek bir kavram olup, detaydaki farklar gözetilerek olabildiğince yeknesak yorumlanmalıdır.

Öte yandan yasal önalım hakkının tanınmasındaki amaç, ekonomik olmayan ve paydaşlar arasında birçok anlaşmazlığa sebebiyet veren paylı mülkiyet durumunun ortadan kaldırılması ve paydaşların arasına istenmeyen kişilerin girmesini önlemek olup, söz konusu hakkın kullanılmasında bu anlamda kamu menfaatinin de olduğu söylenebilir.³⁸ Bu amaçlar dikkate alındığında, ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlem kavramı kullanılarak önalım olgusunun mümkün merteye geniş yorumlanmasında ve söz konusu durumların önalım olgusu kabul edilerek paydaşa önalım hakkı tanınmasında, böylece paylı mülkiyetin sonlandırılmasında veya ortak sayısının azaltılmasında kamunun menfaati olduğu dikkate alınmalıdır.

Bu itibarla olması gereken hukuk açısından yasal önalım hakkını doğuran önalım olgusu sadece satışa özgülenmemelidir. Türk hukukundaki yasal önalım hakkı bakımından önalım olgusunun ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlem kavramı dikkate alınmaksızın dar yorumlanmasının sebebi, kanunlar arasındaki irtibatın veya uyumlaştırmanın sağlanamamış olmasıdır. Kanuni önalım hakkının mülkiyete dönük bir sınırlandırma veya müdahale teşkil ettiği dolayısıyla, AY m. 35/II gereğince bu sınırlandırmanın muhakkak

³⁸ AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut, ATEŞ KAHRAMAN, Derya, Eşya Hukuku, İstanbul, 2018, s. 553; AYAN, Mehmet, Kanuni Şufa Hakkı, Prof. Dr. Halil Cin'e Selçuk Üniversitesi'nde 10. Yıl Hizmet Armağamı, Konya 1995, s. 336.

belirlilik ve öngörülebilirlik kıstasını taşıyan şekli bir kanuna dayanması gerektiği yönündeki gerekçeye karşı ise şu söylenebilir. Türk medeni hukuku açısından bakıldığında özel hukuka bakan yönüyle mülkiyet hakkına dair ihtilaflarda veya kanunen öngörülen sınırlandırmaların içeriklerinin belirlenmesinde hâkimin ve içtihat hukukun önemli bir rol oynaması, hâkime tanınmış bir yetkiden ibaret olmayıp, aynı zamanda fiili bir zorunluluktur. Bu nedenle ekonomik açıdan ve sonuçları itibariyle satışa denk işlemlerin önalım olgusu olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hâkimin yetkisi dâhilinde olan bir yorum meselesidir. TBK ve TMK arasındaki hükümlerin birbiriyle bir uyum içinde olmadığı, bu uyumsuzluğun ise örtülü bir boşluk teşkil ettiği kabul edildiği takdirde, hâkimin bu boşluğu yorum faaliyetiyle bir çözüme kavuşturması gerektiğinde şüphe yoktur. Bu yorum faaliyetinin en önemli yönlendiricisi ve sabitesi ise hakkaniyet ve adalet düşüncesi olmalıdır. Oldukça karmaşıklaşan ekonomik ilişkilere bağlı olarak, satış sözleşmesinin muhtevasının da *primer (iptidai)* şeklinden uzaklaştığı muhakkaktır. Ayrıca kanunda düzenlenmeyen birçok sözleşme tipine *protip* sözleşme olan satışa ilişkin hükümlerin uygulandığı bilinmektedir. Şu hâlde satış sözleşmesini salt belli bir parasal meblağ karşılığında mülkiyetin karşı tarafa nakledildiği bir sözleşme olarak görmek, örneğin mülkiyetin misli bir eşya mukabilinde devredildiği durumları önalım hakkı bağlamında satışa eşdeğer görmemek günümüzün karmaşık ekonomik ilişkileri dikkate alındığında isabetli bir yaklaşım olmadığı gibi hakkaniyetli de değildir. Ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlem kavramı, karmaşıklaşan ekonomik ilişkiler karşısında, hâkime geniş bir takdir yetkisi tanıyan bu suretle kanun koyucuyu ayrıntılı somut düzenlemeler yapmaktan kurtaran şemsiye bir kavram olarak görülmelidir. Sonuç olarak biz- en azından olması gereken hukuk bakımından- ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemlerin yasal önalım hakkı bakımından da önalım

hakkının kullanımına imkân veren önalım olgusu içinde değerlendirilmesinin hakkaniyete daha uygun bir tutum olacağı kanaatindeyiz.

3. Sözleşmesel Önalım Hakkı

Bizzat malikin kendi iradesiyle gerçekleştirdiği sınırlamalar içinde önalım, geri alım ve alım hakkı ile malik, mülkiyet hakkının en temel içeriklerinden birisi olan ve esasen borçlar hukukunun en temel ilkelerinden birisi olan sözleşme özgürlüğü gereği malın mülkiyetini kural olarak dilediği kişiye devretme yetkisini sınırlandırmaktadır.³⁹

Türk Borçlar Kanunu'nun m. 237 ve devamı hükümlerinde düzenlenen bu hukuki imkân ile malik, nispi nitelikli sözleşmelerle malın devrine dair yetkilerini kendi özgür iradesiyle takyit etmektedir. Satış ilişkisi doğuran haklar başlığı altında düzenlenen hükümleri özetlemek gerekirse, öncelikli olarak nisbi nitelikte önalım sözleşmesinin, en çok on yıl olmak kaydıyla tapuya şerh verilebilmesi imkânı getirilmek suretiyle önalım sözleşmesinin taraflarına söz konusu nisbi hakkı, kuvvetlendirilmiş şahsi hakka, eşyaya bağlı bir borç haline getirme imkânı tanınmıştır (TBK m. 238).⁴⁰

Buna göre esasen sadece taraflar arasında hüküm ifade eden bu sözleşmeler şerh verildikleri takdirde, malikin sözleşme ile karşı tarafa tanıdığı bu haklar, üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir bir mahiyet kazanmakta, sözleşmenin akdedildiği karşı taraf bu sözleşmelerden doğan haklarını malın sonraki maliklerine karşı da ileri sürebildikleri için söz konusu hakkın ifasına muhatap çevre genişlemekte “şerhten sonra

³⁹ EREN, Özel Hükümler, s. 199, dipnot 81'de MEIER-HAYOZ'un hukuki işlemde doğan önalım hakkının mülkiyeti devir hakkını kısıtladığı görüşünü isabetli bulmadığını nakletmektedir; Ayrıca bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, (2018), s. 530 vd.

⁴⁰ EREN, Özel Hükümler, s. 205.

taşınmazın her maliki kendi mülkiyeti esnasında doğacak borçla yükümlü"⁴¹ hale gelmekte ve eşyaya bağlı bir borç ilişkisi doğmaktadır.⁴² Bu noktada vurgulanması gereken husus tarafların serbest iradelerine dayanan bu sözleşmelerin Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlemiş sözleşme tipleri olduğu, tapu kütüğüne verilmiş bir şerh olmadığı sürece, bu sözleşmelerden doğan hakkın adi bir alacak hakkı niteliğinde olduğudur. Buna göre örneğin şerh verilmemiş bir önalım sözleşmesinde malik önalım sözleşmesinden doğan yükümlülüğüne aykırı davranırsa, önalım hakkı sahibine tanınan hukuki imkân, uğradığı zararının tazminini isteyebilmesinden ibarettir.⁴³

Hakkın devri hususunu tarafların ihtiyarına bırakan kanun, tarafların sözleşmede önalım hakkının devredilebileceğini kararlaştırabileceklerini ve önalım hakkının miras yoluyla intikale elverişli olduğunu düzenlemiştir (TBK m. 239). Buna göre taraflar şayet aksini kararlaştırmamış iseler, önalım hakkı kişisel bir hak olarak varlığını sürdürecektir. Ayrıca bu hakkın devri istikametinde yapılacak anlaşmaların geçerliliği, önalım sözleşmesinin yapıldığı şekle yani adi yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır.⁴⁴

Sözleşmesel önalım hakkının kullanma imkanının doğumunun, hangi hallerin mevcudiyetine bağlandığı konusunda evvela taşınmazın üçüncü kişilere satışı şeklinde ortaya çıkan klasik durum zikredilmiş; peşi sıra ise uygulamaya ve hâkime geniş takdir yetkisi veren *ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her türlü işlem* kavramı da önalım olgusu içerisinde değerlendirerek önalım hakkının kullanımını sağlayan haller büyük ölçüde genişletilmiştir

⁴¹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, (2018), s. 530.

⁴² OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, (2018), s. 530.

⁴³ MUTTI, Christoph, Gesetzliche und vertragliche Vorkaufsrechte in der Zwangsverwertung, Insolvenz- und Wirtschaftsrecht, 1/1998, S. 29; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 64; EREN, Özel Hükümler, s. 204; ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2018, s. 207; Krş. YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2014, s. 256; AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku, C. 2 Mülkiyet, Ankara, 2016, s. 420.

⁴⁴ EREN, Özel Hükümler, s. 218; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 254; ARAL/AYRANCI, s. 207.

(TBK m. 240 f. 1).⁴⁵ Maddenin ikinci fıkrasında önalım hakkının kullanılamayacağı haller örnek kabilinden tahdidi olmamak üzere sayılmıştır. Söz konusu hükme göre bu haller şunlardır: taşınmazın, mirasın paylaşımında mirasçılardan birine özgülenmesi, cebrî artırma yoluyla satışı ve kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi ve bunlara benzer amaçlarla edinilmesi hâllerinde önalım hakkı kullanılmaz (TBK m. 241 f. 2/Art. 216 c Abs. 2OR).⁴⁶ Bu hallere ilaveten doktrinde sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılamayacağı hallere örnek olarak şu durumlar zikredilmektedir:⁴⁷

Kat mülkiyeti kurulmuş bir gayrimenkulün bağımsız bölümlerinden birinin veya kat irtifakı bağlanmış arsa payının satılması halinde diğer kat maliklerinin veya irtifak hakkı sahiplerinin öncelikle satın alma hakkı yoktur. Bir bağımsız bölümün paydaşlarından birinin kendi payını başkasına satması halinde öteki paydaşlar, öncelikle satın alma hakkını kullanabilirler. Sözleşmede bu maddenin aksine hüküm konulabilir (KMK m. 8).⁴⁸

Hakkın nasıl kullanılacağı hususunda ise, büyük ölçüde kanuni önalım hakkına benzer biçimde, satıcı veya alıcının, satış sözleşmesinin yapıldığı ve içeriğini önalım hakkı sahibine noter aracılığıyla bildirmesi gerektiği, önalım hakkının kullanılmasından sonra satış sözleşmesinin ortadan kaldırılması ya da alıcının şahsından kaynaklanan sebeplerle onaylanmaması durumunda, bu durumun önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülemeyeceği öngörülmüştür (TBK m. 241). Önalım hakkını kuran sözleşmede aksi öngörülmemişse, önalım

⁴⁵ EREN, Özel Hükümler, s. 207.

⁴⁶ EREN, Özel Hükümler, s. 210; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 255.

⁴⁷ EREN, Özel Hükümler, s. 210 vd.; Krş. ARAL/AYRANCI, s. 209.

⁴⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, (2018) s.560, Dipnot: 1225; ŞİPKA, s. 115; Kat irtifakı kurulması halinde konuya dair açıklamalar için bkz., USLU, Abdüssamet, Kat İrtifakı, Ankara, Şubat 2019, s.73-78.

hakkı sahibi taşınmazı, satıcının üçüncü kişiyle kararlaştırdığı satışa ilişkin koşullarla kazanacağı (TBK m. 241 f. 3 (olağan/adi önalım hakkı), hükmünün zıt anlamından tarafların önalım sözleşmesinin tapuya şerhinde önalım hakkı sahibinin önalım hakkını hangi şartlar altında kullanabileceğinin taraflarca kararlaştırılabileceği (mevsuf/nitelikli şufa hakkı) sonucu çıkarılabilecektir.⁴⁹ Sözleşmeden doğan önalım hakkını kullanmak isteyen hak sahibinin muhatabının kim olduğu noktasında, kanunda bu hakkın şerh edilmiş ve taşınmazın mülkiyetinin alıcı adına tescil edilmiş olması durumunda alıcıya, aksi takdirde satıcıya karşı, satışın veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer başka bir işlemin önalım hakkını kullanmak isteyen hak sahibine bildirildiği tarihten başlayarak üç ay ve herhâlde satışın yapılmasından başlayarak iki yıl içinde dava açılarak kullanılmak zorunda olduğu ifade edilmiştir (TBK m. 242).

III. Önalım Olgusunun Mahiyetinin Belirlenmesi Sorunu

1. Tanım

Önalım hakkının kullanılması açısından hakkın kullanılabilmesinin bağlandığı asli unsuru veya şartı⁵⁰ ifade eden ve Almanca Vorkaufsfall⁵¹ diye

⁴⁹ EREN, Özel Hükümler, s.199.

⁵⁰ KOLLER, Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art.184-318, Bern, 2012, S. 128, PN. 65; SCHMID, Jörg/STÖCKLI, Hubert, OR BT, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich, 2010, S. 79, PN. 517; VON BÜREN, Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich, 1972, S. 76; Önalım sözleşmesini çift şarta bağlı satış olarak nitelendiren görüşün eleştirisi için bkz. TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt: 1/1, İstanbul, 2008, s. 276; BINDER, Markus, OR Art. 216c PN. 1 ff. in: HANDKOMMENTAR ZUM SCHWEIZER PRIVATRECHT, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, Art. 184-318, Hrsg. MÜLLER-CHEN, Markus/ HUGUENIN, Claire, Zürich, 2016 ; Kavramın hukuki mahiyetine dair detaylı tartışmalar için bkz. NOELPP, Christoph, Eine Studie zur rechtlichen Erfassung des Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufsrechts, Diss. Basel, 1987, S. 40 vd. Önalım (şufa) hakkının şarta bağlı bir iştirah hakkı olduğu yönünde bkz. NOMER, Haluk, N., Vefa Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1990, s. 76.

isimlendirilen ve Türkçe'ye önalım hakkının kullanımını sağlayan önalım **hadisesi**⁵²/**hali**⁵³ /**olgusu**⁵⁴/ **olayı**⁵⁵/**vakası**⁵⁶ diye çevrilebilecek önalım hakkının kullanımının bağlandığı temel olay, öncelikle üçüncü kişi ile yapılacak geçerli bir taşınmaz satış sözleşmesi olarak anlaşılmıştır.⁵⁷ Bununla birlikte İsviçre Medeni Kanun'u (ZGB) Türk Medeni Kanunu'ndan (TMK) farklı olarak, yasal önalım hakkının hangi hallerde kullanılabilceği ile ilgili sözleşmesel önalım hakkına açık bir atıfla (Art.216c OR), sözleşmesel önalım hakkının kullanılabilceği durumlarda yasal önalım hakkının da kullanılabilceğini düzenlemiştir.⁵⁸ İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) sözleşmesel önalım hakkını düzenleyen maddesi ise, ZGB'nin önalım hakkının kullanımını taşınmaz satışı ile kayıtlayan hükmünden farklı olarak,

⁵¹ GHANDCHI, Lilian, Das gesetzliche Vorkaufsrecht im Baurechtsverhältnis, Diss. Zürich,1999, S. 187. Önalım olgusunun OR Art. 216c'de detaylı biçimde tanımlandığını ifade eden yazar, İsviçre Medeni Kanunu'nda (ZGB) bu kadar detaylı bir tanıma pek az rastlandığını belirtmektedir.

⁵² FEYZİOĞLU, s. 183.

⁵³ SEBÜK, s. 71; HELVACI, İlhan, İsviçre Borçlar Kanunu'nun Sözleşmeden Doğan Ön-Alım, Alım ve Geri Alım Haklarına İlişkin Değişiklikleri (İsviçre Borçlar Kanunu Madde 216/Fıkra 2, Fıkra 3, Madde 216a-216e), Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 19, S. 1-2, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, 1999- 2000, s. 409.

⁵⁴ EREN, Mülkiyet, s. 452.

⁵⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, (2004), s. 417, Dn. 984; ŞIPKA, s. 49; BAYGIN, Cem, Yeni Borçlar Kanunu'nun Satış İlişkisi Doğuran Haklar Konusunda Getirdiği Düzenlemelere Genel Bir Bakış, BÜHF-KHHD, S. 79- 80, Y. Mart- Nisan 2011, s. 17; AYDIN ÜNVER, Tülay, Yasal Önalım Hakkında Önalım Olayının Bildirilmesi, BÜHFD, C. 11, S. 145, Y. 2016, s. 833.

⁵⁶ DEMİRSATAN, s. 918.

⁵⁷ GÖKSU, Tarkan, ZGB Art. 681, PN. 3 in: CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht; REY/STREBEL, ZGB Art. 681 PN. 2 ff. in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB (Hrsg.) HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim P./GEISER, Thomas, Basel, 2014.

⁵⁸ "...im übrigen können die gesetzlichen Vorkaufsrechte unter den Voraussetzungen geltend gemacht werden, die für die vertraglichen Vorkaufsrechte gelten." Söz konusu cümlemin tercümesi şu şekildedir: Kanuni alım hakkı ayrıca sözleşmesel önalım hakkının ileri sürülebildiği durumlarda dahi ileri sürülebilir.

sözleşmesel önalım hakkının **ekonomik olarak taşınmaz satışına denk hukuki işlemlerde de kullanılabileceğini düzenlemiştir** (Art. 216 c Abs. 1).⁵⁹

İsviçre Medeni Kanunu'nda İsviçre Borçlar Kanunu'na yapılan açık yollama sebebiyle, sadece payın üçüncü kişilere satışında değil, satışa denk işlemlerde veya fiili ve ekonomik olarak satış ile güdülen amacı gerçekleştirmeye müsait başka işlemlerde de kanuni önalım hakkının doğacağı anlaşılmaktadır. ZGB'de atıf yapılan İsviçre Borçlar Kanunu m. 216 c hükmü iki fıkradan müteşekkil olup ilk fıkroda önalım hakkının kullanımına meydan veren önalım olgusunun öncelikli olarak satış olduğu ifade edilmiş, devamında ise son derece genel bir ifadeyle ekonomik açıdan satışa denk hukuki işlemlerin de önalım olgusu (Vorkaufsfall) teşkil edeceği ifade edilmek suretiyle önalım olgusunun kapsamı genişletilmiştir. İkinci fıkroda ise sözleşmesel önalım hakkının kullanılamayacağı haller tahdidi olmayacak biçimde kısaca sayılmıştır.⁶⁰

2. Önalım Olgusunun Kapsamının Taraf İradeleriyle Değiştirilebilirliği

Önalım olgusu ile alakalı tartışılması gerek önemli sorunlardan birisi de tarafların irade muhtariyeti kapsamında, kanunda tanımlanan önalım olgusunu kendi özgür iradeleriyle değiştirip değiştiremeyecekleri sorunudur. Söz konusu değişiklik iki şekilde tezahür etmektedir. Tarafların yaptığı değişiklik, önalım olgusunun kapsamının genişletilmesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, tam tersi istikamette bazı işlemlerin önalım olgusu olarak

⁵⁹ STARK, OR Art. 216c PN. 1, in: *Kurzkommentar – Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, (Hrsg.) BÜCHLER, Andrea / JAKOB, Dominique, Basel, 2012.

⁶⁰ FASEL, Urs, OR Art. 216c, PN.1 in: *Basler Kommentar Obligationenrecht I*, Art. 1–529 OR, Hrsg. HEINRICH, Honsell /PETER, Vogt Nedim /WOLFGANG, Wiegand (Hrsg.), Basel, 2011.

kabul edilmemesi suretiyle önalım olgusunun muhtevasının daraltılması şeklinde de ortaya çıkabilmektedir.⁶¹

a) Önalım Olgusunun Kapsamının Daraltılması

İsviçre literatüründe kanunen önalım olgusu içinde değerlendirilen bazı hukuki işlemlerin taraf iradeleriyle önalım olgusu dışına çıkarılabileceği tartışmasız biçimde kabul edilmiştir. Örneğin taraflar aile fertlerinden birisine yapılacak satışın önalım olgusu olarak değerlendirilemeyeceği ve bu durumda önalım hakkının kullanılmayacağı yönünde bir anlaşma yapabilirler.⁶²

b) Önalım Olgusunun Kapsamının Genişletilmesi

Tarafların özgür iradeleriyle alacakları bir kararla esasen kanunen yapılan tanım dikkate alındığında önalım olgusu içinde değerlendirilemeyecek bir hukuki işlemi önalım olgusu olarak nitelendirip nitelendiremeyecekleri sorunu İsviçre doktrininde tartışmalıdır. Uygulama ve doktrinin bir kısmı tarafların bu imkana sahip olduklarını savunmaktadır.⁶³ Yalnız bu fikri savunanlar içinde bir kısmı, tarafların önalım olgusu olarak nitelendirdikleri hukuki işlemin, şerh edilecek haklardaki sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesi gereği, şerh edilebilirliğini reddetmektedirler.⁶⁴ FOEX ayrıca kanunda açık biçimde önalım olgusu sayılmayacak haller olarak yazılan hukuki işlemlerin, taraf iradeleriyle önalım olgusu olarak

⁶¹ RÜEGG, Jonas, *Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte an Grundstücken*, Zürich, 2014, S. 291, PN. 746.

⁶² Bu durumda şerh imkânı sabit kalmaktadır. STARK, OR Art. 216c PN. 5, in: KURZKOMMENTAR; RÜEGG, S. 291, PN. 747; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZGB Art. 681 PN 32, in: Zürcher Kommentar

⁶³ RÜEGG, S. 292, PN. 748 Fn. 1511; STARK, OR Art. 216c PN. 5, in: KURZKOMMENTAR; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZGB Art. 681 PN 32, in: Zürcher Kommentar.

⁶⁴ STARK, OR Art. 216c PN. 5, in: KURZKOMMENTAR

değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir.⁶⁵ Buna karşın doktrindeki başka yazarlar, önalım olgusunun taraf iradeleriyle genişletilemeyeceği kanaatindedirler.⁶⁶

Önalım hakkı hususunda bu genel bilgilerden sonra çalışmanın esas problemiğini teşkil eden önalım olgusunun konuyu ilgilendirdiği boyutuyla tarihsel gelişimine kısaca değinilmelidir.

3. Tarihsel Gelişim

İsviçre Federal Mahkemesi 1956 yılına kadar ki içtihatlarında⁶⁷ önalım olgusunun varlığı için sürekli olarak:

- Geçerli bir satış sözleşmesinin varlığını
- Bu satışın iradi olmasını⁶⁸
- Eşya hukuku kuralları gereğince mülkiyetin naklini
- Mülkiyetin naklinin cüzi halefiyet yoluyla gerçekleşmesini
- Mülkiyetin nakli karşılığında para veya herkesçe yerine getirilebilir bir karşı edimin kararlaştırılmasını⁶⁹

- Malın mülkiyetinin nakledildiği kişinin şahsının⁷⁰ borç ilişkisi açısından bir önem arz etmemesini şart koşmuştur.⁷¹

⁶⁵ RÜEGG, S.292, PN. 748.

⁶⁶ RÜEGG, S. 292, PN. 748.

⁶⁷ BGE 44 II 362 E. 1 S. 369; BGE 44 II 380 E. 2 S 387 f; WERREN, Eva, Das vertragliche Vorkaufsrecht. Mit Schwerpunkt Betrachtung des Vorkaufsfalls nach Art. 216c OR, in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2012, S. 32. (WERREN, Das vertragliche Vorkaufsrecht, S.; WERREN, Eva, Der Vorkaufsfall nach Art. 216c OR, Jusletter 17, September 2012, S. 6; Krş. GHANDCHI, S. 191.

⁶⁸ Von FİSCHER LEHMANN, Marie, ZGB Art 681 PN. 2, in: ZGB KOMMENTAR SCHWEİZERİSCHEN ZİVİLGESETZBUCH, (Hrsg.), KOSTKIEWICZ, Jolanta K./NOBEL, P./SCHWANDER, Ivo/WOLF, Stephan, 2001.

⁶⁹ HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZGB Art. 681 PN 32, in: Zürcher Kommentar; REY/STREBEL, Art. 681 PN. 6, in: BSK ZGB II; ATTESLANDER-DÜRRENMATT, Agnes, Art. 216c PN. 3, in: OR KOMMENTAR SCHWEIZERISCHES OBLIGATIONENRECHT, KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren / WOLF, Stephan / AMSTUTZ, Marc/ FANKHAUSER, Roland, Zürich, 2016.

⁷⁰ STARK, OR Art. 216c PN. 1, in: KURZKOMMENTAR; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZGB

Federal Mahkeme önalım olgusunun ne zaman gerçekleştiği sorununu ilk defa konu edindiği kararında (BGE 44 II 362 ff.),⁷² kanunda soruna dair açık bir cevap bulunmadığı için sorunun cevabının, hakkın mahiyetinden/ tabiatından çıkarılabileceğini ifade etmiştir. Buna göre önalım (Vorkauf) kavramından, önalım hakkının, ancak üçüncü kişiyle satış sözleşmesi (Verkauf) yapıldığı zaman kullanılabileceği anlaşılmaktadır. Malın bağış, bir şirkete sermaye olarak getirilmesi, malın miras sebebiyle mirasçılara intikali veya mirasçılar arasında paylaşılması gibi satış dışındaki bir sebebe dayanan ferağ ve devirlerde önalım olgusu gerçekleşmeyecektir. Aynı şekilde, üçüncü kişi ile yapılan sözleşmede, mal kendisine intikal eden kişinin karşı edimi trampa veya ölünceye kadar bakma sözleşmesinde olduğu gibi, önalım hakkı sahibinin ifa edemeyeceği şekilde belirlenmişse, önalım olgusunun varlığı reddedilmelidir.⁷³ Federal Mahkeme 1928 yılında verdiği bir başka kararında şu ifadelerle bu hususu tespit etmektedir. “*Önalım hakkının yükümlüsü [malik] üçüncü kişi ile [önalım hakkına konu eşyaya ilişkin] geçerli bir satış sözleşmesi yapar yapmaz, önalım olgusu vâki olmaktadır.*”⁷⁴ Federal Mahkeme bu minvalde verdiği muhtelif kararlarında özetle, önalım olgusunun varlığı için formel bir yaklaşımla *bir satış sözleşmesinin varlığını* şart koşmuştur.⁷⁵

Federal Mahkeme 1959 yılındaki bir başka kararında (BGE 85 II 474 ff.), ortada bir satış sözleşmesi olmaksızın önalım olgusunun varlığının hangi

Art. 681 PN 32, in: Zürcher Kommentar.

⁷¹ RÜDLINGER, S. 8.

⁷² <http://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2044362.pdf>, E.T. 26.12.2018.

⁷³ LANZ, Raphael, Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im schweizerischen Privatrecht, Diss. Bern 2000, S.14.

⁷⁴ BGE 54 II 323, 326.

⁷⁵ LANZ, S.16.

şartlara bağlandığını ilk defa tartışmıştır. Karara konu olayda mirasbırakan bir taşınmazı kardeşine vasiyet etmiş; fakat aynı zamanda malın üçüncü kişilere satılması durumunda yeğenine nitelikli bir önalım hakkı tanımış, mirasbırakanın ölümünü müteakip, taşınmaz maliki, öncelikle belli bir meblağ karşılığında önalım hakkından vazgeçmesi için murisin yeğenine teklifte bulunmuş fakat murisin yeğeni teklif edilen meblağı az bularak bu teklifi reddetmiş, taşınmaz maliki kardeş ise bu duruma öfkelenerek önalım hakkının kullanımını engelleyen fakat malın mülkiyetinin üçüncü kişiye geçirilmesini sağlayan bir yolu nasılsa bulacağını açıklamıştır.⁷⁶ Daha sonra taşınmazı miras yoluyla iktisap eden taşınmaz maliki kardeş, üçüncü kişi lehine, 80 yıl süreli, mirasçılara devri ve üçüncü kişilere satışı mümkün, bağımsız ve sürekli nitelikte yani tapuya ayrı bir taşınmaz olarak kaydedilebilecek bir üst hakkı tesis etmiş ve taraflarca bu üst hakkına karşılık olarak 2000 İsviçre frangı kararlaştırılmış, sözleşmede kararlaştırılan uzun süreye rağmen fiyat değişimi bir endekse bağlı kılınmamış bir süre sonra ise miktarını sadece taşınmaz maliki kardeş ile üst hakkı sahibinin bildiği (gizledikleri) toplu bir meblağ ödenerek üst hakkı bedeli sona erdirilmiştir. Üst hakkı tanıyan sözleşmeden haberdar olan önalım hakkı sahibi yeğen ise önalım hakkını kullanmak istemiştir.⁷⁷

Federal Mahkeme söz konusu olayda, taşınmaz malikinin aslında üst hakkı kurmak istemediğini, taşınmazı satmak istediğini; üst hakkı tanıyan sözleşmenin içeriği dikkate alındığında, taşınmaz malikinin malın sadece çıplak ve şekli mülkiyetini kendinde tuttuğunu; ancak mülkiyetten doğan mühim yetkilerin tamamını üst hakkı sahibine devrettiğini, örneğin üst hakkı sahibinin malı kullanma ve maldan istifade yetkisinin hiçbir biçimde sınırlandırılmadığını, hatta taşınmaz malikinin taşınmaz üzerinde mülkiyet

⁷⁶ WERREN, Das vertragliche Vorkaufsrecht, S. 40.

⁷⁷ LANZ, S. 17.

hakkından doğan taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tesisi etmek gibi sınırlamalar yapmak yetkisinden vazgeçtiğini, üst hakkı sahibine ise bu yetkinin sınırsız biçimde tanındığını, öncelikle vurgulamıştır.⁷⁸

Federal Mahkeme'ye göre söz konusu hususlar dikkate alındığında, tarafların kanunen kendilerine tanınan hukuki imkanlar içinde kendi menfaatlerine en uygun olanı seçtikleri şeklinde değerlendirme yapılamaz. Bilakis taraflarca seçilen ve esasen meşru olan yol ile amaçlanan hedef, önalım hakkı sahibinin hakkını kullanmasını önlemek olup, taraflar bu gaye uğruna aslında amaçlarını gerçekleştirmeye çok daha uygun olan satış sözleşmesi yapmak yerine, geniş yetkiler içeren ve satış ile elde edilmesi muhtemel menfaatleri büyük ölçüde sağlayan üst hakkı sözleşmesi yapmışlardır.⁷⁹

Daha önceki içtihatlarında önalım olgusunun varlığı için sürekli biçimde bir satış sözleşmesinin varlığını şart koşan Federal Mahkeme anılan kararında üst hakkı lehtarına tanınan ve oldukça geniş yetkiler içeren üst hakkının her ne kadar bir satış ilişkisi teşkil etmese de, kaçak bir yolla/kanuna karşı hile ile önalım hakkının dolanılması anlamına geldiğini ve söz konusu işleme bağlanan hukuki sonucun ise işlemin geçersizliği olmayıp, işlem geçerli kabul edilmekle birlikte önalım olgusunun da gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁸⁰ Mahkemeye göre tarafların üst hakkı kurmak suretiyle, üçüncü kişinin önalım hakkını kullanmasını engellemeye dönük tutumu, dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil etmektedir. Federal Mahkeme'nin sonunun çözümünde hareket noktası dürüstlük kurallarına

⁷⁸ WERREN, Das vertragliche Vorkaufsrecht, S. 40-41.

⁷⁹ BGE 85 II 474 E. 4c S. 485.

⁸⁰ BGE 85 II 474 E. 4c S. 465

aykırılık olmakla birlikte sorunun çözümünde esasen şart müessesine başvurulmuştur. Buna göre, şartın dürüstlük kurallarına aykırı biçimde gerçekleşmesi engellendiği takdirde, şart gerçekleşmiş kabul edilecektir. Önalım hakkında ise, önalım olgusunun gerçekleşmesi hakkın geciktirici şartı mahiyetinde olup, bu durumun dürüstlük kurallarına aykırı olarak engellenmesi durumunda önalım olgusunun gerçekleştiği kabul edilmelidir.⁸¹

Federal Mahkeme'nin iki aşamalı bir çözüm olarak, ilk aşamada önalım olgusunun varlığını reddetmesi fakat sonraki aşamada ise dürüstlük kuralı üzerinden ulaştığı sonuç metodik olarak eleştiriye uğramış ve söz konusu üst hakkının gerek sözleşmesinin amacı gerekse etkileri bakımından satışa müsavi/eş olduğu belirtilerek, Federal Mahkeme'nin dürüstlük kuralı üzerinden yaptığı açıklamaların lüzumsuz olduğu ifade edilmiştir.⁸² Bahsi geçen olay üzerinde iki temel yaklaşım tartışılacak olursa, sonuç odaklı yaklaşım ilk etapta önalım olgusunun gerçekleştiğini kabul etmeyecektir. Çünkü olayda şekli anlamda malın mülkiyetinin devri söz konusu değildir. Fakat olayın arka planı dikkate alındığında ve sözleşme ile amaçlanan hususun üçüncü kişinin önalım hakkını engellemek olduğu düşünüldüğünde önalım olgusunun varlığı kabul edilecektir. Tersinden söylemek gerekirse, tarafların dürüstlük kuralına aykırı bir amaç gütmeyeceği ihtimalde, üst hakkı sözleşmesi ile malın mülkiyeti devredilmediği için önalım olgusu gerçekleşmiş sayılamayacaktır.⁸³ Ekonomik yaklaşım ise, bu arka planla doğrudan ilgilenmeyip, üst hakkı sözleşmesi ile üst hakkı lehtarının kendisine tanınan yetki cihetiyle taşınmaz maliki ile karşılaştırılabilir bir mevkie gelip gelmediğiyle ilgilenecektir. Diğer bir deyişle, üst hakkı sözleşmesinin içeriği ile üst hakkı sahibine tanınan yetkiler, mal satılmış olsaydı yeni malikin sahip

⁸¹ BGE 85 II 474, 485. RÜDLINGER, S. 7.

⁸² LIVER, Peter, ZBJV 96 (1960), S. 423.

⁸³ WERREN, Das vertragliche Vorkaufsrecht, S. 41.

olacağı yetkiler ile büyük ölçüde örtüşüyorsa veya yakınsa ya da maldan istifade etme noktasında üst hakkı sahibi malın malikinden geri kalmıyorsa, üst hakkı sözleşmesi önalım olgusu olarak nitelendirilebilecektir.⁸⁴ Mevcut olayda üst hakkı sahibine tanınan yetkiler dikkate alındığında, üst hakkı sözleşmesinin önalım olgusu olarak değerlendirileceği şüphesizdir.

Federal Mahkeme'nin içtihatlarına konu olan olaylar içinde dikkat çeken bir diğer içtihadına⁸⁵ konu olayda ise sorun şu şekilde özetlenebilir: Şirket hisselerinin nerede ise tamamının bir ortağa ait olması durumunda ve şirket mülkiyetinde bulunan taşınmaz üzerinde üçüncü kişi lehine bir önalım hakkı tanınması halinde, şirket hisselerinin neredeyse tamamına sahip olan kişi hisselerini üçüncü kişiye satarsa, önalım hakkı sahibi önalım hakkını kullanabilecek midir?

Federal Mahkeme önalım hakkının kullanılıp kullanılmayacağını tartıştığı kararında, hukuki işlemin tarafları olan şirketin ve tek ortağının ekonomik olarak özdeş olmasını dikkate almamış ve hukuki olarak şirket ve şirket hisselerinin tamamına sahip olan ortağın ve şirketin iki farklı hukuki özne olduğu ilkesinden hareket etmiştir.⁸⁶ Federal Mahkeme'ye göre, önalım olgusunun varlığı için satış akdi gerekli olup, şirket taşınmaz üzerinde bu tip bir tasarrufta bulunmamış ve malın mülkiyeti el değiştirmeyip şirketin mülkiyetinde kalmaya devam etmiştir. Sonuç olarak önalım olgusu gerçekleşmemiştir.⁸⁷ Federal Mahkeme'nin gerekçeleri nazara alındığında, sonuç odaklı yaklaşımın argümanları ile aynı olduğu görülecektir. Eşya hukuku anlamında malın mülkiyetinin naklini şart koşan sonuç merkezli

⁸⁴ Krş. WERREN, Das vertragliche Vorkaufsrecht, S. 41.

⁸⁵ BGE 92 II 160 ff.

⁸⁶ LANZ, S. 20.

⁸⁷ LANZ, S. 20.

yaklaşımına göre hisse senetlerinin devri öncesinde ve sonrasında malik şirket olup değişmemiştir. Olayda hisse senetlerinin devri ile önalım hakkının kullanılmasına mani olunmak istendiğine veya hukuken korunmayan bir amaç takip edildiği yönünde bir işaret veya veri olmadığı sürece, önalım olgusunun gerçekleştiğinden bahsedilemeyecektir.⁸⁸ Ekonomik yaklaşıma göre ise şirket hisselerinin nerede ise tamamının bir ortağa ait olması durumunda, şirket hisselerinin neredeyse tamamına sahip olan kişinin hisselerini üçüncü kişiye satması halinde, her ne kadar şirket ve şirketin tek hissedarı ya da büyük ortağı farklı iki süje gibi gözükseler de, hisselerin satışı ile birlikte şirket mülkiyetinde bulunan taşınmaz üzerinde fiili ve ekonomik hakimiyet üçüncü kişiye geçmiş olacağı için, önalım olgusunun varlığı kabul edilmelidir.⁸⁹

Federal Mahkeme'nin oldukça şekli gözüken bu yaklaşımı karşısında LIVER, söz konusu işlemin vergi hukuku bağlamında bir el değiştirme olarak kabul edilmesine rağmen, medeni hukuk bağlamında neden böyle olmadığını ve medeni hukukçuların ekonomik yaklaşımı neden gözden uzak tutmak zorunda olduklarını sorgulayıcı biçimde gündeme taşır.⁹⁰

Özetlenmeye çalışılan safhada Federal Mahkeme kararlarına şekli bir yaklaşımın daha doğrusu bugün sonuç odaklı yaklaşım taraftarlarınca savunulan argümanların hâkim olduğu ekonomik yaklaşımın, hakkın kötüye kullanılması kapsamında kısmi bir uygulama alanı bulduğu söylenebilir.⁹¹

⁸⁸ WERREN, Das vertragliche Vorkaufsrecht, S.47.

⁸⁹ Krş. WERREN, Das vertragliche Vorkaufsrecht, S.47.

⁹⁰ LIVER, Peter, Die privatrechtliche Rechtsprechung des BGer 1966, Sachenrecht, ZBJV 104/1968, S. 12 ff.; aktaran: LANZ, S. 21.

⁹¹ LANZ, S. 21.

Federal Mahkeme ekonomik yaklaşıma kapı açan mühim kararında (BGE 115 II 175 ff.)⁹² ise, önalım olgusunun gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun, şekli bir yaklaşıma göre değil, *yapılan işlemin muhtevasının ve ekonomik boyutlarının dikkate alınarak belirlenmesi gerektiğini*, bu yüzden şeklen bir satış olmamasına rağmen, satışla hedeflenen ekonomik amacı gerçekleştirecek başka bir işlem yapıldığında dahi önalım olgusunun varlığına müspet cevap verilebileceğini ifade etmiştir. Buna göre, mühim olan malın üçüncü kişiye bir karşı edim mukabilinde devri olup, elde edilecek karşı edimle alakalı üçüncü kişinin şahsı bir ehemmiyet arz etmemelidir. Bu anlamda söz konusu ekonomik neticeyi gerçekleştirmeye müsait işlemler önalım olgusu olarak takdir edilmelidir.

Kararda görüldüğü üzere, Federal Mahkeme hakkın kötüye kullanılması müessesesine temas etmeksizin⁹³ açık bir biçimde ekonomik yaklaşımı esas almakla birlikte, önalım hakkını engellemeye dönük işlemleri tespit eden bir çabaya gerek duymamıştır. Ancak işlemin bu yaklaşım çerçevesinde önalım olgusu içinde değerlendirilemediği durumlarda ancak istisnai olarak önalım hakkını engellemeye dönük bir işlem olup olmadığına bakılacaktır.⁹⁴

İsviçre uygulamasında durum özetlenen biçimdeyken, doktrinde konu ile alakalı yapılan tartışmalar açısından konuyla çok yoğun biçimde meşgul olan MEIER-HAYOZ'un 1961 yılında yayımlanan ve doktrini ciddi anlamda yönlendiren makalesi konuyla ilgili bir kilometre taşı teşkil etmektedir.⁹⁵ Yazar söz konusu makalede özetle, tarafların önalım sözleşmesinde neyin

⁹² LANZ, S. 22-23.

⁹³ WERREN, Der Vorkaufsfall, S. 6.

⁹⁴ WERREN, Das vertragliche Vorkaufsrecht, S. 33.

⁹⁵ MEIER-HAYOZ, Arthur, Der Vorkaufsfall, ZBGR 45/1964, S. 257 ff.

önalım olgusu olduğunu belirlemekte serbest olduklarını ve bir hukuki işlemin önalım olgusu olarak belirlenmesinde öncelikle taraf iradelerinin esas alınması gerektiğini, bir vakıanın önalım olgusu olarak değerlendirilmesi açısından satış hükümlerine göre kurulmuş bir satış sözleşmesinin varlığının şart olmadığını, daha ziyade ekonomik perspektifin dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir.⁹⁶ Yine yazara göre görünüşte bir satış olmasına rağmen gerçekte önalım olgusu gerçekleşmemiş olabileceği gibi, tam tersi olarak, zahiren bir satış bulunmamasına rağmen yapılan işlemle satış sözleşmesiyle amaçlanan ekonomik gaye güdülüyorsa, önalım olgusunun varlığı var kabul edilebilecektir. Son olarak yazar önalım olgusunu, şu şekilde tanımlamaktadır: Önalım hakkı ile yüklü taşınmazın üçüncü bir kişiye herkes tarafından yerine getirilebilir bir karşı edim mukabilinde intikalini amaçlayan her hukuki işlem önalım olgusudur.⁹⁷

Ezcümlle, 1991 yılındaki değişikliğe kadar büyük ölçüde MEIER-HAYOZ'un etkisiyle şekillenen öğretinin ana eğiliminin, önalım hakkının kullanımının bağlandığı vakayı ifade eden önalım olgusunun dar yorumlanmaması, geniş yorumlanması gerektiği, sadece satışa hasredilmemesi, mülkiyetin naklini amaçlayan her iki tarafa da borç yükleyen, karşı edimin paranın dışında misli bir eşya teşkil ettiği karşılıklı sözleşmelerin de önalım olgusu içinde değerlendirilmesi gerektiği yönünde olduğu söylenebilir.⁹⁸ Diğer bir ifadeyle, iktisadi bir yaklaşımın egemen olduğu bu anlayışa göre üçüncü kişi ile yapılan sözleşmede, üçüncü kişinin borcu satış sözleşmesinin ayırıcı vasfı olarak para ediminin dışında misli bir eşya da teşkil edebilir. Aynı yaklaşıma göre, önalım hakkına konu malın

⁹⁶ LANZ, s. 27.

⁹⁷ MEIER-HAYOZ, (1964), S. 267, 270; LANZ, S. 27 ff.

⁹⁸ RÜEGG, S. 248, PN. 638.

malikinın üçüncü kişi ile yaptığı sözleşmede yükümlülüğü malın mülkiyetinin naklini borçlanmış olmasıdır.⁹⁹

Doktrinin sorunun cevabı bağlamında ortaya koyduğu çözüm önerisi, sorunun yani ekonomik açıdan satışa muadil/denk hukuki işlemlerin belirlenmesinde genel kayıtlarla ve ifadelerle hareket edilemeyeceği ve sorunun bu şekilde cevaplandırılmayacağı, öncelikli olarak şimdiye kadar oluşan mahkeme içtihatlarının ve öğretinin dikkate alınması gerektiğidir.¹⁰⁰ Buna göre bir hukuki muamelenin ekonomik açıdan satışa denk olup olmadığı hususu/sorunu, her somut olay için ayrı ayrı değerlendirilerek bir çözüme ulaşılmalıdır. Fakat kanundaki genel ifade tarzından kanun koyucunun önalım hakkı sahibini önceleyen ve hakkın kullanımını kolaylaştıran bir yaklaşım içinde olduğu ve bu yaklaşımının bir neticesi olarak kullandığı genel ifadeyle hâkime geniş bir takdir yetkisi tanıdığı söylenebilir.¹⁰¹

İsviçre hukuk uygulamasında ve doktrininde yaşanan fikri gelişmeleri müteakip 1991 yılında yapılan revizyon sonrası kanuna eklenen ekonomik açıdan satışa muadil/eşdeğer hukuki işlem kavramı söz konusu ibarenin ne anlamda yorumlanması gerektiği hususunda iki temel yaklaşımın ortaya çıkmasına sebep olmuştur.¹⁰²

İlk yaklaşım sonuç odaklı yaklaşım (Finale Betrachtungsweise) diğer yaklaşım ise ekonomik yaklaşımdır (Wirtschaftliche Betrachtungsweise). İki yaklaşım arasındaki en temel farkın şu noktada düğümlendiği söylenebilir. Sonuç merkezli yaklaşım bir hukuki işlemin önalım olgusu olarak

⁹⁹ RÜEGG, S. 249, PN. 639.

¹⁰⁰ FASEL, OR Art. 216c PN. 1, 5, in: BSK OR I.

¹⁰¹ FASEL, OR Art. 216c PN. 5, in: BSK OR I.

¹⁰² WERREN, Das vertragliche Vorkaufsrecht, S. 34.

değerlendirilebilmesi için malın mülkiyetinin eşya hukuku kurallarına göre üçüncü kişiye naklini şart görürken, ekonomik yaklaşım bunu şart olarak görmemekte, maldan beklenen ekonomik faydadan üçüncü kişilerin faydalanmasını sağlayan el değiştirmelerin dahi önalım olgusu olarak değerlendirileceğini ifade etmektedir.¹⁰³ Fakat Alman hukuku da dikkate alındığında konuya dair görüşler bu iki yaklaşımdan ibaret değildir. Aşağıda Alman hukuku da dikkate alınarak, konuya ilişkin görüşler aktarılmaya çalışılmıştır.

4. Önalım Olgusunun Belirlenmesinde Ortaya Çıkan Yaklaşımlar

a) Sonuç Odaklı Yaklaşım (Finale Betrachtungsweise)

Sonuç odaklı yaklaşıma göre kanundaki ekonomik açıdan satışa denk ibaresi İsviçre yargısındaki ve doktrinindeki önalım hakkı ile alakalı oluşmuş mevcut görüşün bir kurala bağlanmasından ibarettir.¹⁰⁴ Bu yaklaşımın temsilcileri, ilginç bir biçimde, Federal Mahkeme'nin daha önce bahsedilen ve ekonomik yaklaşıma kapı açan mühim kararındaki (BGE 115 II 175 ff.), *“eşyanın karşı edim mukabilinde [üçüncü kişiye] devri”* ifadesini görüşlerine dayanak olarak sunmaktadırlar.¹⁰⁵ Bu görüşün takipçilerine göre önalım olgusunun belirlenmesinde rol oynayacak merkezi vasıf, hukuki işleme konu eşyanın bir edim mukabilinde üçüncü kişiye devredilmesidir. Diğer bir tabirle mühim olan husus, sözleşmenin amacının eşya hukuku hükümleri bağlamında sözleşme konusu malın mülkiyetinin nakline yönelik yönelmediğidir.¹⁰⁶ Kısaca önalım hakkı ile yüklü taşınmazın mülkiyetinin

¹⁰³ WERREN, Das vertragliche Vorkaufsrecht, S. 34.

¹⁰⁴ WERREN, Das vertragliche Vorkaufsrecht, S. 34; MEIER, Robert, Das neue Vorkaufs -, Kaufs - und Rückkaufsrecht – vier Neuerungen und drei Auslegungsfragen, in: AJP 3/1994, S. 139 ff., S. 144; RÜDLINGER, S. 17.

¹⁰⁵ WERREN, Das vertragliche Vorkaufsrecht, S. 34.

¹⁰⁶ REY, Heinz, Die Neuregelung der Vorkaufsrechte in ihren Grundzügen, in: ZSR 113/1994, I. Halbband, S. 39 ff. S. 52; WERREN, Das vertragliche Vorkaufsrecht, S. 34.

herkes tarafından yerine getirilebilir bir edim mukabilinde üçüncü bir kişiye devredilmesi önalım olgusu açısından olmazsa olmaz bir şart olarak kabul edilmektedir.

b) Ekonomik Yaklaşım (Wirtschaftliche Betrachtungsweise)

Ekonomik yaklaşım özellikle SCHURIG tarafından savunulan vergi hukukuna mahsus yaklaşımları da dikkate alan bakış açısını ifade etmektedir. Bu yaklaşıma göre bir hadisenin veya hukuki işlemin önalım olgusu olarak nitelendirilebilmesinde belirleyici kıstas, malı temlik eden sözleşmeyle (örneğin trampa ile) hedeflenen doğrudan amaca, önalım hakkı alacaklısı ile yapıldığında da ulaşıp ulaşamadığıdır.¹⁰⁷ Bu anlamda sorun şu şekilde formüle edilebilir: önalım hakkı alacaklısı üçüncü kişi ile yapılan sözleşmedeki üçüncü kişinin borçlandığı karşı edimi yerine getirebilecek midir? Örneğin trampa sözleşmesinde karşı edim, önalım hakkı ile yüklü malın maliki mükellef açısından misli nitelikte olduğunda bu mümkün olacak, önalım alacaklısı da edimi yerine getirmeye muktedir olacaktır.¹⁰⁸ Bir diğer deyişle, önalım hakkı ile yüklü eşya üzerinde yapılacak sözleşme ile hedeflenen doğrudan amaca, üçüncü kişi ile değil de önalım hakkı alacaklısı ile yapıldığında da ulaşılabilmesi kaydıyla, önalım olgusunun varlığı kabul edilecektir.¹⁰⁹

Ekonomik yaklaşım taraftarlarına göre, kanuna eklenen yeni hükmün amacı yalnızca İsviçre yargı ve doktrinince geliştirilen mevcut durumun kanunlaştırılmasından ibaret olmayıp, söz konusu hüküm önalım olgusunun

¹⁰⁷ SCHURIG, Klaus, Das Vorkaufsrecht im Privatrecht, Diss. Köln, Berlin, 1975, S. 135, 160.

¹⁰⁸ BURBULLA, S. 21.

¹⁰⁹ SCHURIG, S. 134; BURBULLA, S. 21.

kapsamının genişletilmesini hedeflemektedir.¹¹⁰ Önalım olgusu içinde değerlendirilecek işlemin amacı konusunda, bu amacın satış sözleşmesinin amacıyla aynı olması gerektiği konusunda sonuç odaklı yaklaşımla birleşen ekonomik perspektif, satış sözleşmesinin amacının ne olduğu noktasında sonuç odaklı yaklaşımdan ayrılmaktadır.¹¹¹ Ekonomik yaklaşıma göre, satış sözleşmesinin amacı savunulduğu gibi eşya hukuku bağlamında malın şekli anlamdaki mülkiyetinin nakli¹¹² değil, bilakis mal üzerindeki ekonomik ve fiili hakimiyetin ve bu hakimiyete bağlı yararlanmanın karşı tarafa geçirilmesidir. Bu yaklaşıma göre malın eşya hukuku anlamında mülkiyetinin üçüncü kişiye intikali, hukuki işlemin maddi içeriğini göz ardı ettiği için birtakım problemlere sebebiyet verecek ve örneğin önalım hakkı ile yüklü taşınmaz üzerinde bağımsız ve sürekli bir üst hakkının tesisi, eşya hukuku bağlamında malın mülkiyeti nakledilmediği için önalım olgusu olarak değerlendirilemeyecektir, çünkü bu durumda malın çıplak mülkiyeti hala malın malikinde kalmakta ve taraflar mülkiyetin devrini hedeflememektedirler.¹¹³ Dolayısıyla satış sözleşmesinin gayesi eşya hukuku bağlamında şekli mülkiyetin nakli değil, maldan aynen satış halinde gerçekleşen istifadeyi temin edecek fiili ve ekonomik hakimiyetin karşı tarafa geçirilmesidir.¹¹⁴ Önalım olgusunun var olup olmadığı sorunu ise, olaydaki somut hukuki işlemle, maldan tam bir istifadeyi temin eden fiili ve ekonomik hakimiyetin karşı tarafa geçirilmesi gayesinin takip edilip edilmediğine göre cevaplanmalıdır. Şayet hukuki işlemle satış sözleşmesinin de amacı olan fiili ve hukuki hakimiyetin nakli hedefleniyorsa önalım olgusunun varlığı kabul

¹¹⁰ WERREN, Das vertragliche Vorkaufsrecht, S. 35; RÜDLINGER, S. 17.

¹¹¹ WERREN, Das vertragliche Vorkaufsrecht, S. 35.

¹¹² REY, (1994), S. 52; LANZ, S. 34; WERREN, Das vertragliche Vorkaufsrecht, S. 35-36.

¹¹³ LANZ, S. 35.

¹¹⁴ LANZ, S. 35.

edilmelidir.¹¹⁵ Somut olayda önalım olgusunun gerçekleşip gerçekleşmediği ancak olayın doğru bir biçimde yorumlanmasıyla mümkün olup gerek önalım hakkı yükümlüsünün gerekse önalım hakkına sahip olan kişinin menfaatleri bir denge zemininde karşılaştırılmalıdır.¹¹⁶ Sonuç olarak önalım hakkı ile yüklü taşınmaz üzerinde bir sınırlı aynı hak tesisi veya bu taşınmazın şahsi bir borca konu olması, mal üzerindeki fiili ve ekonomik hakimiyetin sınırlı aynı hak sahibine veya şahsi borç ilişkisinin diğer tarafına geçirilmiş olması kaydıyla, önalım olgusu olarak değerlendirilebilecektir.¹¹⁷

Ekonomik yaklaşım farklı gerekçelerle bazı eleştirilere uğramıştır. Söz konusu eleştirilerin özetle şu başlıklarda toplandığı söylenebilir. Kanuna karşı hile teşkil eden durumlar hakkında bir çözüm önerisi getirememesi, sözleşmeye sadık olan taraf ile dürüstlük kurallarına aykırı davranan kişiyi aynı muameleye tabi tutması, sözleşmenin doğrudan amacı ifadesinin yeterince sarih olmaması ve sözleşmenin dolaylı amaçlarından kolayca ayırt edilememesi, kavramsal belirsizlikler ve son olarak söz konusu yaklaşımın vergi hukukuna mahsus bir yaklaşım olması ve hadiseleri medeni hukuk perspektifinden ve kavramsallaştırmalarından soyutlayarak değerlendirmeye çalışması belli başlı tenkit başlıkları olarak ifade edilebilir.¹¹⁸

c) Sözleşmelerin Tipolojik Tasnifi: BYDLINSKI Tarafından Önerilen Yol

Literatürde Avusturyalı hukukçu BYDLINSKI tarafından savunulan bu görüş satış sözleşmesinde sözleşmenin karşı tarafının önemsizliği

¹¹⁵ LANZ, S. 35.

¹¹⁶ MEIER-HAYOZ, (1964), S. 279; LANZ, S. 36.

¹¹⁷ WERREN, Das vertragliche Vorkaufsrecht, S. 36.

¹¹⁸ BURBULLA, S. 24. ff.

varsayımından hareket etmektedir. Bu görüşe göre satış sözleşmesinde satıcı için alıcı şahsın bir önemi olmayıp, satıcıyı sözleşmeyi yapmaya sevk eden husus karşı tarafın kişiliği veya sahip olduğu kişisel özellikler değildir. Tipik bir satış sözleşmesinde satıcı buna herhangi bir önem atfetmez.¹¹⁹ Bu yüzden malın mülkiyetini üçüncü kişiye geçiren hukuki işlemin veya sözleşmenin tipik şeklinde, satıştan farklı olarak sözleşmenin karşı tarafının kişiliği ve ifa ettiği edim bir hususiyet arz ediyorsa, önalım hakkı ile mükellef kişinin ulaşmak istediği amaç açısından önemli ise, yapılan sözleşme önalım olgusu olarak tavsif edilemeyecektir.¹²⁰ Böylece trampa sözleşmesinde, bağışlama sözleşmesinde ve önalım hakkı ile yüklü taşınmazın bir şirkete sermaye olarak getirilmesi halinde önalım olgusu gerçekleşmezken, eser teslim sözleşmesinde ve önalım hakkı ile yüklü eşyanın malikinin, söz konusu malı, başka bir kimseye borcunu ödemek maksadıyla ifa yerine devrettiğinde önalım olgusu gerçekleşmiş sayılacaktır.¹²¹ Satış sözleşmesine fonksiyonel yaklaşan ve satış sözleşmesinde akdi muhatabın ve karşı edimin diğer satıcı için bir özellik arz etmediği fikrine dayanan ve satışın tipolojisine uygun sözleşmeleri önalım olgusu olarak değerlendiren bu görüş Alman hukukunda açık kıstaslar ortaya koyduğu gerekçesiyle taraftar bulmuştur.¹²²

¹¹⁹ SCHERMAIER, Martin Josef, Die Umgehung des Vorkaufsrechts durch „kaufähnliche Verträge“, Archiv für die civilistische Praxis 196. Bd., H. 3 (1996), S. 256-275, S. 261.

¹²⁰ BYDLINSKI, in KLANG/GESCHNITZER, Kommentar zum ABGBIV/2, 1978, 746, 751 ff. (aktaran): SCHERMAIER, S. 261; BURBULLA, S. 22; Ayrıntılarda farklılaşan bir yaklaşımı İsviçre’de gözlemlemek mümkündür. FASEL, şayet hakkın kötüye kullanılması söz konusu değilse, malın mülkiyeti kendisine nakledilen üçüncü kişinin edimi şayet önalım hakkına sahip kişi açısından yerine getirilmesi mümkün olmayan bir form ve muhtevaya sahipse ki, örneğin trampa sözleşmeleri veya ölünceye bakma sözleşmesi bu kabildendir, bu durumda bu tip işlemler ekonomik açıdan satışa denk görülme suretiyle önalım hakkı sahibine bir önalım hakkı tanınmamalıdır. FASEL, OR Art. 216c PN. 4, in: BSK OR I.

¹²¹ SCHERMAIER, S. 261, BYDLINSKI’nin ifadesinin bir noktada tamamlanmaya muhtaç olduğunu belirttikten sonra, karşı edimin misli karakterde olması şartıyla trampa sözleşmesinin de bu manada önalım olgusu teşkil edeceğini ifade etmiştir.

¹²² BURBULLA, S. 30.

d) Tamamlayıcı Yorum Metodu

Tamamlayıcı yorum metodu Alman Medeni Kanunu (BGB) § 157'ye dayanmaktadır. Söz konusu madde sözleşmelerin yorumlanmasında örf adetini gözetilerek, dürüstlük kurallarının gerektirdiği şekilde yorum yapılmasını emretmektedir. Sözleşmenin tamamlanmasına dönük bir yorum teşebbüsü, her şeyden önce anılan sözleşmede bir boşluğun varlığını gerekli kılmaktadır.¹²³ Sözleşmedeki boşluğun kaynağı ve sebebinin ise bu noktada bir önemi olmayıp, tarafların söz konusu hususu sözleşmede düzenlememeleri bilinçli bir tercih olabileceği gibi bir dikkatsizlik neticesinde de doğmuş olabilir. Aynı şekilde söz konusu akdi boşluğun sözleşmenin kurulduğu tarihte var olması ile sonradan gelişen hadiseler sebebiyle ortaya çıkması arasında da bir fark bulunmamaktadır.¹²⁴ Akdi bir boşluk içeren sözleşme her şeyden önce ve her şeye rağmen sözleşme taraflarının değer ölçülerini, sözleşme ile güttükleri gayeyi ve sözleşmenin anlamını içeren birtakım normları yansıtmaktadır. Tamamlayıcı yorum ise örf adetini gözetilerek dürüstlük kuralları ışığında söz konusu normların geliştirilmesidir.¹²⁵ Tarafların farazi irade ve isteklerinden ziyade mühim olan, tarafların sözleşme ile güttükleri amaç, örf adet ve dürüstlük kuralının gerekleri dikkate alındığında taraf menfaatlerinin adilce mukayesesi neticesinde nasıl bir karar alacaklarını tespit etmektir. Diğer bir deyişle yapılacak şey salt farazi taraf iradelerini tespitten ibaret değildir.¹²⁶ Son olarak sözleşmedeki boşlukların doldurulmasında öncelikle kanunun tamamlayıcı

¹²³ MANSEL, Heinz-Peter, BGB § 157, PN. 2 in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, München, 2018.

¹²⁴ MANSEL, BGB § 157, PN. 2 in: Jauernig (2018).

¹²⁵ MANSEL, BGB § 157, PN. 2 in: Jauernig (2018).

¹²⁶ MANSEL, BGB § 157, PN. 4 in: Jauernig (2018).

kuralları mümkün mertebe kullanılmalı, bu mümkün olmadığında tamamlayıcı yorum yoluna başvurulmamalıdır. Aksi takdirde kanundaki tamamlayıcı kuralların pratik bir önemi kalmayacaktır.¹²⁷

Kısaca izah edilen tamamlayıcı yorum metodu, önalım anlaşmasının/sözleşmesinin yorumlanmasında daha doğrusu tarafların önalım sözleşmesinde önalım olgusu teşkil edip etmeyeceğini açıkça kararlaştırmadıkları hukuki işlemlerin (sözleşmelerin) vasfının tespit edilmesinde kullanılmak üzere GRUNEWALD tarafından teklif edilmiştir.¹²⁸ Dürüstlük kuralları ve örf adet çerçevesinde adil bir değerlendirme neticesinde farazi taraf iradelerini tespiti yönelmiş bu yorum metodunu Alman Federal Mahkeme'sinin bir kararına dayanarak önalım anlaşmalarına uygulayan yazara göre, önalım hakkı alacaklısı açısından bakıldığında eşyanın satılması veya hediye edilmesi arasında hakikatte bir fark bulunmamaktadır, zira önalım hakkının yükümlüsü malı hediye etmek istediğinde malı elinden çıkarmak yönündeki iradesini açık biçimde ortaya koymuş olmaktadır. Aynı şekilde önalım hakkı alacaklısı açısından da malın üçüncü kişiye hediye edilmesi ile satılması arasında bir fark bulunmamaktadır, zira onun da amacı malı elde etmektir.¹²⁹ Önalım hakkı yükümlüsünün malı yalnızca somut olaydaki üçüncü kişiye bağışlamak istediği, önalım hakkı alacaklısına bağışlama istemeyeceği yönündeki itiraz ise, BGB § 315 üzerinden bertaraf edilmektedir. Söz konusu maddeye göre, sözleşmedeki edimin tayini taraflardan birisine havale edilmişse, tereddüt halinde, edim hakkaniyete uygun biçimde belirlenecektir.¹³⁰ Sonuç olarak bu anlayışa göre, bağışlama

¹²⁷ MANSEL, BGB § 157, PN. 3 in: Jauernig (2018).

¹²⁸ GRUNEWALD, Barbara, Umgehungen schuldrechtlicher Vorkaufsrechte, in: Festschrift Für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag herausgegeben von Hermann Lange, Knut Wolfgang, Nörr Harm, Peter Westermann, S. 139.

¹²⁹ GRUNEWALD, S. 139.

¹³⁰ GRUNEWALD, S. 139.

sözleşmesi ve trampa sözleşmesi önalım olgusu teşkil edebilecektir.¹³¹ Söz konusu metot değişik sebeplerle tenkit edilmiştir. Bu metoda dair ilk eleştiri tamamlayıcı yorum metoduna ihtiyaç olmadığı şeklindedir. Bu eleştiriye göre, taraflar özgür iradeleriyle önalım olgusu teşkil edecek sözleşmeleri genişletebilme imkanına sahiptirler. Söz konusu imkân gerek BGB § 463'ün emredici olmayışından gerekse sözleşme özgürlüğü ilkesinden doğmaktadır. Taraflar şayet bu imkânı kullanmamışlarsa, ihtilaf halinde tamamlayıcı yorum üzerinden hâkim soruna müdahil olmamalıdır.¹³² Diğer bir eleştiri ise tamamlayıcı yorumun uygulanışının vardığı nokta açısından olup, tamamlayıcı yorum sözleşme konusunun genişletilmesine veya değiştirilmesine vasıta kılınmamalıdır. Tamamlayıcı yorumla hedeflenen husus her ne kadar sözleşmedeki akdi boşlukların tamamlanması ise de, tamamlayıcı yorum, taraflardan birisinin dikkatinden kaçan veya unuttuğu bir hususun onun lehine olacak biçimde sözleşmeye eklenmesine hizmet etmemelidir.¹³³

Son eleştiri ise şu şekilde özetlenebilir. Şayet taraflar bir konuda kanuni düzenlemeden ayrılmamışlarsa, bu bahsi geçen konuda, tarafların kanuni düzenlemeyi benimsedikleri veya sorunun çözümünü kanuni düzenlemeye bıraktıkları anlamına gelir. Alman hukukundaki kanuni düzenleme ise, önalım hakkını satış sözleşmesine tahsis etmiş malın temlikini sağlayan diğer sözleşme tiplerini önalım olgusu olarak görmemiştir.¹³⁴

¹³¹ GRUNEWALD, bununla birlikte trampanın konusunun taşınmazların değişimi olduğunda taraf menfaatlerinin değerlendirilmesinin birtakım zorluklar barındırdığını kabul etmekle birlikte, bu durumda da önalım olgusunun gerçekleşebileceğini savunmaktadır. S. 140.

¹³² BURBULLA, S. 22-23.

¹³³ BURBULLA, S. 23-24.

¹³⁴ BURBULLA, S. 24.

e) Dürüstlük Kuralı

Esasen ekonomik yaklaşım dahil hangi yaklaşım benimsenirse benimsensin, her yaklaşımda önalım olgusunun belirlenmesinde dürüstlük kuralının az çok belirleyici ve yönlendirici olduğunu, benimsenen metodun çıkmazları için sürekli başvurulmuş temel bir düstur olduğu söylenebilir. Aynı şekilde gerek önalım olgusunun belirlenmesinde gerekse ortaya çıkan sorunların çözümünde söz konusu yaklaşımlar ortaya çıkmadan önce dürüstlük kuralının bahsi geçen sorunları çözmede kullanıldığı, hatta izah edilen yaklaşımlara kaynaklık teşkil ettiği, ilham verdiği söylenebilir. Zira önalım olgusunun satışa hasredilmemesi gerektiği konusundaki tartışmalarda ilk dayanağın dürüstlük kuralı olduğu veya tersinden söylemek gerekirse dürüstlük kuralına aykırı davranışların bu tartışmayı başlattığı ileri sürülebilir. Önalım hakkı ile dürüstlük kuralı arasındaki ilişkinin nasıl kurulduğu meselesine gelince mevzu şu şekilde özetlenebilir.

Önalım hakkı ile şarta bağlı işlem arasında kurulan benzerlik gereği, önalım borçlusunun önalım olgusunun gerçekleşmesini dürüstlük kurallarına aykırı biçimde engellemesi durumunda şart hükümlerine kıyasla önalım olgusunun gerçekleştiği kabul edilmektedir. Ancak Türk ve İsviçre borçlar kanunlarında yapılan düzenlemeyle, önalım olgusunun üçüncü kişilerle yapılan satışlarla sınırlandırılmaması ve ekonomik açıdan satışa denk veya muadil işlemlerin de önalım olgusu olarak kabul edilmesi ve bu suretle önalım olgusunun yayıldığı hukuki zeminin oldukça genişlemesi neticesinde, dürüstlük kuralına bu noktada duyulan ihtiyaç büyük ölçüde azalmıştır. Fakat bu dürüstlük kuralının tamamen önemini yitirdiği şeklinde yorumlanmamalıdır, zira bilhassa üçüncü kişi ile yapılan sözleşmede önalım hakkının kullanılmasını engellemek amacıyla satış bedelinin yüksek gösterildiği bedelde muvazaa gibi bazı işlemlerde dürüstlük kuralı önemini

korumaktadır.¹³⁵ Alman hukuku için de kuralın önemini koruduğu ayrıca ifade edilmelidir.

5. Üçüncü Kişi ile Yapılacak Hukuki İşleme İlişkin Genel Koşullar

Gerek üçüncü kişi ile yapılacak bir satış sözleşmesi olsun gerekse ekonomik açıdan satışa denk bir işlem olsun, her iki hukuki işlem açısından da ortak vasıf, üçüncü bir şahısla geçerli bir sözleşmenin yapılmasıdır.¹³⁶ Bu sebeple çalışmada üçüncü kişi ile yapılacak sözleşmeye ilişkin genel koşullar öncelikle işlenecek, bunu müteakip önalım olgusu teşkil eden sözleşmeler daha geniş tabirle hukuki işlemler ele alınacaktır. Önalım olgusu teşkil eden her durumda üçüncü kişi ile geçerli bir sözleşme yapılmış ve tamamlanmış olmalıdır. Üçüncü kişi ile yapılan hukuki işlem ancak tam bir geçerliliğe sahip olduğunda önalım olgusu gündeme gelecektir.¹³⁷ Dolayısıyla salt üçüncü kişi ile sözleşme öncesi görüşmeler yapılması önalım olgusunun gerçekleşmesi için kâfi olmayıp aynı şekilde önalım hakkı sözleşmesinin borçlu tarafının satış niyetini açık biçimde ortaya koyması da yeterli değildir.^{138,139} Zira olağan önalım hakkında, üçüncü kişi ile yapılan sözleşmenin koşulları önalım hakkına sahip kişi için de geçerli olacağı için sözleşme koşulları açık ve net

¹³⁵ RÜEGG, S. 228, PN. 586.

¹³⁶ BURBULLA, S. 71.

¹³⁷ BURBULLA, S. 71.

¹³⁸ SIMONIUS Pascal/ SUTTER Thomas, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band I: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum, Basel/Frankfurt am Main 1995, PN. 56; STREBEL, Lorenz Joseph, Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Pächters gemäss dem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht, Diss. Zürich 2009, S. 95, PN. 295; MAIER-HAYOZ, Arthur, ZGB Art. 681, PN. 179 in: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 3. Teilband, Grundeigentum II, Art. 680 –701 ZGB, Bern 1975; RÜEGG, S. 202 PN. 538.

¹³⁹ Alman hukukunda da sözleşme öncesi görüşmeler önalım olgusu açısından yeterli sayılmamıştır. BURBULLA, S. 71.

olmalıdır. Geçerli bir sözleşmenin kurulması şart olmakla birlikte, sözleşmeden doğan borcun ifası veya yapılan sözleşmenin ayakta tutulması¹⁴⁰ önalım olgusunun gerçekleşmesi açısından şart değildir.¹⁴¹ Sonuç olarak önalım olgusunun vukuu, hukuken geçerli bir sözleşmenin kurulmasına bağlı olup, aksi takdirde bir önalım olgusundan bahsedilemeyecektir. Örneğin sözleşmenin şekle aykırılık, ehliyetsizlik, kişilik haklarına, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine aykırılık veya konusunun imkânsız olması sebebiyle kesin hükümsüz olması durumunda, önalım olgusu da gerçekleşmeyecektir.¹⁴² Hatta önalım hakkı sahibinin söz konusu geçersiz sözleşmeye istinaden önalım hakkını dava yoluyla kullanması ve ileri sürmesi de bir etkiye sahip olmayacaktır.¹⁴³

a) Üçüncü Kişi ile Yapılan Sözleşmelerde Şekle Aykırılığın Önalım Olgusuna Etkisi

Önalım hakkını kuran sözleşmenin borçlu tarafının üçüncü kişi ile yaptığı sözleşmenin şekle aykırılık sebebiyle hükümsüz olduğu ihtimale kısaca değinmek gerekmektedir. Bilindiği üzere taşınmazların geçerli bir surette devri, devrin sebebini teşkil eden ve satışa ilişkin objektif ve sübjektif esaslı noktaları içeren sözleşmenin geçerli olmasına ve tapu memurunca yapılacak tescile bağlıdır. Şayet geçerli bir tescil yoksa, taşınmazın devri mümkün olmayıp devir işlemi kesin olarak hükümsüzdür. Yalnız gerek İsviçre Federal Mahkemesi gerekse Yargıtay uygulaması¹⁴⁴ şekle aykırılığın ileri sürülmesine dürüstlük kuralları çerçevesinde bir sınır çizmiş ve şekle

¹⁴⁰ STREBEL, S. 71, PN. 218.

¹⁴¹ RÜEGG, S. 202, PN. 538.

¹⁴² SIMONIUS/SUTTER, S. 367, PN. 57; WIEDERKEHR, Alphons, Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Miteigentümers, Diss. Zürich, Affoltern a. A. 1936, S. 127; STREBEL, S. 91, PN. 280.

¹⁴³ SIMONIUS/SUTTER, S. 367, PN. 57; STREBEL, S. 91, PN. 280; RÜEGG, S. 203, PN.539; MAIER-HAYOZ, ZGB Art. 681, PN. 185 in: Berner Kommentar.

¹⁴⁴ Bkz. ÇELİKTAŞ, Demet, Şekle Aykırılık Ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası, DEÜHFD., (Kudret Ayiter'e Armağan), C.3, S.1-4, Y.1988, s. 593-641.

aykırılığı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği durumlarda şekle aykırılığın dürüstlük kurallarına aykırı biçimde ileri sürülemeyeceğini ifade etmiştir.¹⁴⁵ Dolayısıyla önalım hakkı borçlusunun üçüncü kişi ile yaptığı sözleşmenin kanunen öngörülen şekle aykırı olması halinde, esasen geçersiz olan ve önalım olgusu teşkil etmeyen sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi şayet hakkın kötüye kullanılması içinde değerlendirilebiliyorsa, bahsi geçen ve aslında geçersiz olan sözleşme, geçerli bir sözleşme gibi önalım olgusu olarak kabul edilecektir.¹⁴⁶

Alman hukukunda da üçüncü kişi ile yapılan sözleşme şayet şekle aykırılık sebebiyle geçersizse önalım olgusu gerçekleşmiş sayılmamakta ve önalım hakkı kullanılmamaktadır.¹⁴⁷ Bununla birlikte Alman hukukunda taşınmaz satışlarının şeklini düzenleyen maddede (BGB § 311b/II Satz. 2), taşınmaz satış sözleşmelerinin noterde yapılması gerektiği, fakat bu şekle riayet etmeksizin yapılan sözleşmelere istinaden tapu kütüğüne tescil yapılmışsa, sözleşmenin geçerli addedileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla bu tip bir durumda tapu kütüğüne tescil yapıldığı anda önalım hakkının kullanımı mümkündür.¹⁴⁸

¹⁴⁵ BGE 135 III, 295 ff. (299) E.3.2.

¹⁴⁶ RÜEGG, S. 203, PN. 540.

¹⁴⁷ BURBULLA, S. 71; GRUNEWALD, Barbara, BGB § 463, PN. 11 in: ERMAN Handkommentar, 2008, Band I; WESTERMANN, Harm. Peter., BGB § 463, PN. 11 in: MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH Kommentierung der §§ 433– 473 BGB, in: Franz Jürgen Säcker und Roland Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3: Schuldrecht, Besonderer Teil, §§ 433–610, Finanzierungsleasing, HeizkostenV, BetriebskostenV, CISG, München, 2016.

¹⁴⁸ BURBULLA, S. 72.

b) Üçüncü Kişi ile Yapılan Sözleşmelerde Muvazaanın Önalım Olgusuna Etkisi

Bu anlamda değinilmesi gereken bir diğer husus, önalım hakkını engellemeye dönük muvazaalı işlemlerdir. Adi (olağan) önalım hakkında önalım borçlusunu üçüncü kişi ile yapacağı sözleşmede, önalım hakkının kullanılmasının önüne geçmek adına, sözleşmede kararlaştırılan satış bedelini oldukça yüksek tutabilir. Böylece üçüncü kişi ile yapılan sözleşmenin koşulları önalım hakkının alacaklısı için de bağlayıcı olacağı için, bu durumda önalım hakkını kullanmak önalım hakkı alacaklısı için cazip olmayacak ve muhtemelen önalım hakkını kullanmak istemeyecektir. Aynı şekilde önalım hakkının kullanılmasını engellemek amacıyla üçüncü kişiyle yapılan sözleşmenin gerçekte satış olmasına rağmen bağış olarak gösterilmesi durumunda, sözleşmenin niteliğinde muvazaa söz konusu olacaktır. Peki böyle bir durumda, önalım olgusu gerçekleşmiş sayılacak mıdır? Federal Mahkeme, bilhassa bedelde muvazaa halinde görünürdeki sözleşme gerçek taraf iradelerine uymadığı için, gizli işlem ise sözleşmenin esaslı bir unsuru olan bedel tapu memurunun düzenlediği resmi şekil içinde gösterilmediği için her iki sözleşmeyi de geçersiz kabul etmektedir.¹⁴⁹ Görüldüğü üzere İsviçre hukukunda gerek doktrin gerekse yargı muvazaa söz konusu olduğunda, sonuçları itibarıyla bedelde muvazaa veya sözleşmenin niteliğinde muvazaa arasında bir ayrım gözetmemekte ve gizli işlem için şekil şartının arandığı durumlarda her iki işlemi de geçersiz kabul etmektedir. Bununla birlikte soruna başka bir madde üzerinden çözüm bulunmaya çalışılmış, dürüstlük kuralının şart müessesesindeki görünümü üzerinden sorun çözülmeye çalışılmıştır. Bu yaklaşım çerçevesinde İsviçre'de geçersizliğin ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa, soruna İsviçre Borçlar

¹⁴⁹ WERREN, Der Vorkaufsfall, S. 5; RÜEGE, S. 204, PN. 541.

Kanunu'nun şartla alakalı hükmü OR Art. 156 (TBK m. 175) uyarınca bir çözüm getirilmektedir.¹⁵⁰ Bahsi geçen maddeye göre taraflardan biri şartın gerçekleşmesine dürüstlük kuralına aykırı olarak engel oluyorsa, şart gerçekleşmiş kabul edilecektir. Söz konusu madde olaya uygulanacak olursa, çözüm tarzı şöyle formüle edilebilir. Şayet önalım hakkının yükümlüsü ve üçüncü kişi dürüstçe davranıp gerçek bedeli bildirmiş olsalardı, sözleşme geçerli olacak, dolayısıyla önalım olgusu gerçekleşmiş olacaktı. Halbuki önalım hakkı borçlusunun ve üçüncü kişinin dürüstlüğü aykırı davranışı yüzünden, önalım hakkının kullanılabilmesinin şartı olan geçerli satış sözleşmesi kurulamamıştır. Söz konusu şart borçlu olan önalım borçlusu yüzünden dürüstlük kurallarına aykırı biçimde engellendiği için şart tahakkuk etmiş sayılacaktır. Dolayısıyla geçerli bir satış sözleşmesi olmamasına rağmen önalım olgusu gerçekleşmiş olacak, böylece önalım alacaklısı önalım hakkını kullanabilecek ve önalım sözleşmesi tarafların gerçek iradelerindeki bedel üzerinden kurulmuş olacaktır. Zaruret halinde bedel hâkim tarafından belirlenecektir. Önalım hakkını kullanma süresi ise, önalım olgusu daha önceki bir tarihte gerçekleşmesine rağmen, önalım hakkının alacaklısının muvazaalı işleminden haberdar olduğu tarihten itibaren başlayacaktır.¹⁵¹

Bu anlamda sıkça rastlanan bir hükümsüzlük sebebi olan muvazaanın da satış sözleşmesi daha doğrusu önalım hakkının kullanımı üzerine etkisi üzerinde kısaca durulmalıdır. Paydaşın önalım hakkını kullanmasına mâni olmak amacıyla, asli hüviyeti satış olan bir işlemin tapuda bağış olarak gösterilmesi halinde veya yine benzer bir gaye ile paydaşın kanuni önalım

¹⁵⁰ WERREN, Der Vorkaufsfall, S. 5; SCHMID, Hans Peter, Das Vorkaufsrecht, Diss. Basel, 1934, S. 85; RÜEGG, S. 204, PN. 541.

¹⁵¹ RÜEGG, S. 204, PN. 541.

hakkını kullanmasına mâni olmak amacına matuf olarak satış bedelinin yüksek gösterilmesi durumunda hukuki durum kısaca şöyle özetlenebilir. Öncelikle Türk hukukunda bedelde muvazaa ile sözleşmenin niteliğinde muvazaanın farklı çözümlere kavuşturulduğu belirtilmelidir.

Sözleşmenin niteliğinde muvazaa ile başlamak gerekirse, bu ihtimalde önalım hakkı borçlusuna ile üçüncü kişi, önalım hakkının kullanımına mâni olmak kastıyla sözleşmenin niteliğini farklı göstermektedir.¹⁵² Örneğin gerçekte satış yapıldığı halde tapudaki işlemin bağış olarak gösterildiği sözleşmenin niteliğindeki nisbi muvazaa olarak isimlendirilen bu tip durumlarda Türk hukukunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

ESENER, Federal Mahkeme'nin bulduğu çözümün Türk hukuku açısından da geçerli olduğunu şu satırlarla ifade etmektedir: *“Türk-İsviçre Borçlar Hukuku sisteminde satış arkasında gizlenmiş olan şekil noksanı ile malul hibeleri muteber addetmeğe imkân yoktur.”*¹⁵³

FEYZİOĞLU, aynı istikamette düşünmekle birlikte, yine Federal Mahkeme kararlarında olduğu gibi, tek çıkar yolun, hakkın kötüye kullanılması yasağı üzerinden şekle aykırılığın ileri sürülmesinin önüne geçmek olduğunu ve gizli satış işlemine dayanarak önalım talebine dayanmanın mümkün olduğunu belirtmektedir.¹⁵⁴

EREN'e göre görünüşteki bağış işlemi muvazaa, bu işlemin arkasına gizlenen satış işlemi ise şekle riayetsizlik sebebiyle mutlak biçimde kesin olarak hükümsüzdür. Yine yazara göre netice itibarıyla önalım hakkının doğabilmesi için geçerli bir satış sözleşmesinin varlığı şart olduğuna göre, **bu**

¹⁵² **FEYZİOĞLU**, s. 403-404.

¹⁵³ **ESENER**, Turhan, Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul, 1956, s. 81.

¹⁵⁴ **FEYZİOĞLU**, s. 411. Yazar bununla birlikte **ESENER'e** istinaden hakkın kötüye kullanılmasının geçersiz işlemi geçerli hale getirmediyini, sadece butlan iddiasında bulunan tarafın talebinin mesmû olmayacağını ileri sürmektedir.

durumda ortada geçerli bir satış sözleşmesinin bulunmaması sebebiyle önalım hakkı doğmayacaktır.¹⁵⁵

Görüldüğü üzere Türk hukukundaki hâkim eğilim tarafından önalım hakkı ile yüklü taşınmaz ile ilgili üçüncü kişilerle yapılacak muvazaa işlemlerindeki taraflarca arzulan gizli satış işlemi, büyük ölçüde İsviçre doktrin ve uygulamasının etkisiyle geçersiz kabul edilmekte ve ilk etapta önalım hakkının şartı olan önalım olgusu olarak kabul edilmemektedir, meğer ki söz konusu şekle aykırılığın ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması yasağı bağlamında dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil etsin.

Bedelde muvazaaya gelince, bu da iki şekilde ortaya çıkmaktadır.¹⁵⁶ Birinci ihtimal satış bedelinin olduğundan düşük gösterilmesidir ki, bu

¹⁵⁵ EREN, Özel Hükümler, s. 208; Konunun esas mihreri önalım hakkına dair ortaya çıkan her sorunun etraflı biçimde ele alınması olmadığı için muvazaa konusunda bu özet bilgi ile kifayet edilmeye çalışılmış ve giriş bölümünde konu ana hatları ile işlenmeye çalışılmıştır. Fakat konuyu ilgilendiren problemlere de en azından işaret edilmeye çalışılmıştır.

¹⁵⁶ İki ihtimal arasında fark bulunmadığı yönünde bkz. ATAMULU, s. 230. İsviçre doktrin ve uygulaması dikkate alındığında yazarın görüşü isabetlidir. Ancak Türk hukuk doktrini ve uygulaması dikkate alındığında bu görüşe ihtiyatla yaklaşılmalıdır. Bedelde muvazaanın sebebi daha az harç ödemekse bir görüşe göre, aradaki fark VUK'a göre cezalı olarak ödenmekte ve satış sözleşmesi geçerli kabul edilmektedir (Bkz. EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2018, Ankara, s. 372). ATAMULU tarafından savunulan görüşe göre ise, VUK m. 371 hükmüne göre düzeltme talep edilmesi, hukuki işlemin geçerliliği ile ya da muvazaa müessesesi ile bağlantılı değildir. Bize göre bedelin olduğundan düşük gösterilmesinin sebebi sözleşmeyi karma bağış göstermek suretiyle üçüncü kişinin önalım hakkını engellemek ise artık bedelde muvazaa değil sözleşmenin niteliğinde muvazaadan bahsedilebilir. Halbuki bedel olduğundan yüksek gösterildiğinde bu durum sözleşmenin niteliğinde bir değişikliğe sebebiyet vermeyecektir. Sonuçları bakımından Federal Mahkeme bedelin olduğundan düşük veya yüksek gösterildiği durumlar ile sözleşmenin niteliğinde yapılan muvazaa arasında bir ayırma gitmemekte, gizli işlem için bir şekil şartının arandığı her durumda görünürdeki işlemi ve gizli işlemi kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutmakta ve bu geçersizliğin ileri sürülmesini hakkın kötüye kullanılması yasağı ile sınırlamaktadır. Netice itibarıyla Türk hukukunda bedelin olduğundan düşük gösterildiği durumlarda tarafların niyeti muvazaanın nasıl tavsif edileceğini belirleyici nitelikte olup, tarafların ana sâiki daha az harç ödemekse bir görüşe göre sözleşme geçerli kabul edilmekte iken, bir başka

noktada tarafların amacı çoğunlukla daha az vergi ödemek olup, devir için bildirilen değer taşınmazın emlak vergisinden az ise, aradaki fark VUK'na göre cezalı olarak ödenmekte ve satış sözleşmesi geçerli kabul edilmektedir.¹⁵⁷ Satış bedelinin düşük gösterilmesi önalım hakkı ile nasıl bir ilinti içinde olabilir sorusuna gelince, bu soru şöyle cevaplanabilir. Bilindiği üzere hâkim görüş karma bağışın önalım olgusu olarak kabul edilmeyeceği yönündedir. Böyle olunca, önalım hakkı söz konusu olduğunda satış bedelinin düşük gösterilmesinin sebebi, düşük bedel üzerinden, sözleşmenin niteliğini farklı gösterme arzusudur ki, bu durumda bedelin yüksek gösterilmesi sonuç olarak sözleşmenin niteliğinde muvazaa olarak mütalaa edilmeli ve nitelikte muvazaaya getirilen çözüm, tutarlı olmak adına buraya da uygulanmalıdır. Yani bedelin düşük gösterildiği durumlarda sözleşmenin niteliği değişeceği için esasen bu durumda sözleşmenin niteliğinde muvazaa söz konusu olup gerek görünürdeki işlem gerekse gizli işlem geçersiz kabul edilmelidir. Dolayısıyla bu tip bir muvazaa önalım olgusuna vücut vermeyecektir, meğer ki şekle aykırılığın ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil etsin.

Alman hukukunda muvazaalı işlemler geçersiz kabul edilmekte ve geçersiz bir işlemin ise önalım olgusu içinde görülemeyeceği fakat önalım hakkının mahfuz olduğu ifade edilmektedir¹⁵⁸ Bununla birlikte nisbi muvazaada ve bedelde muvazaada değişik şekillerde muvazaalı işlemin de önalım olgusunun oluşumuna sebebiyet verebileceği savunulmuştur. Bu mealde savunulan fikirlerden ilkinde göre, şartın gerçekleşmesinin hukuka

görüşe göre ise bu durumda da sözleşme geçersiz olacaktır. Tarafların niyeti sözleşmeyi karma bağış olarak gösterip önalım hakkını engellemek ise sözleşmenin niteliğinde muvazaa söz konusu olacak ve sözleşmenin niteliğinde muvazaaya bağlanan hukuki sonuç burada da uygulanacaktır. Sözleşmenin niteliğinde muvazaaya Türk hukukunda bağlanan hukuki sonuç ise gizli işlem için şekil şartının arandığı durumlarda her iki işlemin geçersizliğidir.

¹⁵⁷ EREN, Genel Hükümler, s. 372 aksi yönde ve bir görüş için bkz. ATAMULU, İsmail, Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Ankara, 2017, s. 239.

¹⁵⁸ BURBULLA, S. 71.

aykırı biçimde engellenmesi halinde, şartın gerçekleşmiş sayılacağı kuralı (BGB § 162/I) üzerinden gizli işlem geçerli sayılarak önalım olgusunun varlığı için gerekli ve geçerli satış ilişkisinin kurulduğu kabul edilecektir.¹⁵⁹ Bir diğer yol ise, BGB § 242 üzerinden şekle aykırılığın sonuçlarının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesi halidir. Bu fikre göre, ortada dürüstlük kurallarına aykırı bir davranışın bulunduğu kesin olup, dürüstlük kurallarının aykırı davranan kimse hukuki işlemin bir şekle bağlanmasıyla getirilen korumadan vazgeçmiş sayılmalı ve yararlanamamalıdır. Sonuç olarak dürüstlük kuralına aykırı davranarak önalım hakkı alacaklısının hakkını engellemeye dönük davranışta bulunan kimse şeklin koruma işlevinden vazgeçmiş olup, gizli sözleşmenin şekle aykırılık sebebiyle geçersizliğini ileri sürememeli ve gizli sözleşme geçerli kabul edilmelidir.¹⁶⁰

c) Özel Durumlar

aa) Önsözleşme

Bir taşınmazın satışına dair yapılan önsözleşmenin, önalım olgusu teşkil edip etmeyeceği doktrinde tartışmalıdır.¹⁶¹ Satış vaadinin önalım olgusu teşkil etmesi gerektiğini savunan MAIER-HAYOZ görüşünü özetle şu gerekçelere dayandırmaktadır:¹⁶² Satış vaadi öyle bir sözleşmedir ki, taraflar bu sözleşmeyle satış sözleşmesi yapmayı borçlanırlar. Söz konusu sözleşmede tarafların yükümlülükleri malın mülkiyetinin nakli ve bedelin ödenmesi olmayıp, bahsi geçen yükümlülükleri içeren bir satış sözleşmesinin yapılmasından ibaret olup, mezkûr yükümlülükler önsözleşmede belirlenmiş

¹⁵⁹ BURBULLA, S. 75.

¹⁶⁰ BURBULLA, S. 76; Daha az vergi ödemek için yapılan satışlar için bkz. BURBULLA, S. 77.

¹⁶¹ REY/STREBEL, Art. 681 PN. 8 in: BSK ZGB II.

¹⁶² MEIER-HAYOZ, Arthur, Der Vorkaufsfall, ...in Zürich gehaltenen Vortrag, 1964, S. 19; MAIER-HAYOZ, ZGB Art. 681, PN. 178 in: Berner Kommentar.

ya da belirlenebilir niteliktedir. Bu anlamda satış vaadi sözleşmesi ile satış sözleşmesi arasındaki fark, satış sözleşmesi malın mülkiyetinin intikalini doğrudan gerçekleştirmektedirken, satış vaadi sözleşmesi mülkiyetin intikalini ancak dolaylı olarak gerçekleştirmektedir. Yazara göre bu fark dışında, önalım olgusunun varlığı için aranan şartlar, önsözleşmede de gerçekleşmiştir.¹⁶³ Özellikle de hukuki güvenlik lehine ve önalım hakkı alacaklısını korumaya dönük koşullar önalım sözleşmesiyle de sağlanmış olacaktır. Bilhassa önalım yükümlüsü malik ile üçüncü kişi arasında vuku bulan hukuki işlemin varlık ve kapsamı hakkındaki doğru bilginin önalım sözleşmesi ile sağlanıyor olması, önalım hakkı sahibine karşı yapılacak tertibat ve hileleri engellemek açısından kâfidir.¹⁶⁴ MAIER- HAYOZ'un temsil ettiği bu görüşe göre, önalım borçlusunun üçüncü kişi ile taşınmazın devrine dair yaptığı önsözleşme, önalım hakkının kullanım şartı olan önalım olgusu içinde kabul edilmektedir, zira taraflar önsözleşme ile tek taraflı olarak sona erdiremeyecekleri iki taraflı bir yükümlülük altına girmişlerdir.¹⁶⁵ Önsözleşmenin önalım olgusu olduğunu düşünenlerin dayanak aldığı bir hakem kararına konu olay şu şekildedir:

A Basel kentinde kendisine ait X parseli üzerinde 1953 yılında B firması lehine 10 yıllığına bir önalım hakkı tanımış ve bu hak 10 yıllığına tapu kütüğüne şerh verilmiştir. 1954 yılında A noter huzurunda C ile bir satış vaadi sözleşmesi yapmış ve A malı satmayı C ise malı almayı yükümlenmiştir. Söz konusu sözleşmede yapılacak ana sözleşmedeki taraf yükümlülükleri (örneğin satış bedeli, parselin vasıfları) bütün detayları ile işlenmiş bunun

¹⁶³ MEIER-HAYOZ, (Vortrag), S. 19.

¹⁶⁴ MEIER-HAYOZ, (Vortrag), S. 19.

¹⁶⁵ GIGER, Hans, OR Art. 216 PN. 128; 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 1997; STREBEL, S. 95, PN. 296; REY, Heinz, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Band I, Bern 2007, S. 323, PN. 1257 (REY (2007)); RÜEGG, S. 206, PN. 545.

üzerine tahkim kurulu söz konusu sözleşmenin önalım olgusu teşkil ettiği yönünde karar vermiştir. Kararın gerekçesi ise şu şekildedir. Önsözleşmenin muhteva cihetiyle, sözleşmeyle ilgili bütün ayrıntıları içermesi, söz konusu satış vaadini tarafların mezkûr sözleşmeyi nasıl isimlendirdiklerine bakılmaksızın bir satış sözleşmesi olarak kabul etmeyi gerekli kılmaktadır. Diğer bir deyişle pratik sonuçları itibariyle yapacağı etki bakımından ana sözleşme ile aynı sonuçları doğurmaya bu derece yakın bir kararlaştırmayı, önalım olgusu olarak görmemeyi anlamak güçtür.¹⁶⁶

Önsözleşmeyi önalım olgusu kapsamında değerlendiren görüşe göre, önsözleşme taraflara borcun ifasını isteme hakkı vermekte dolayısıyla önsözleşme ile asıl sözleşme arasında sonuçları itibariyle bir fark bulunmamaktadır. Sonuçları itibariyle asıl sözleşme ile önsözleşme arasında bir fark bulunmaması ise, önalım hakkı borçlusunun üçüncü kişi ile taşınmazın devri hususunda yaptığı önsözleşmeyi önalım olgusu olarak değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır.¹⁶⁷ Önsözleşmenin sadece bir sözleşme yapma borcu doğurduğunu ifade eden görüşe göre ise, önsözleşmenin ifası davasında talep edilen şey sözleşmeyi kuracak irade beyanını açıklanmasıdır. Bununla birlikte bu görüşü savunanlar, usul ekonomisi açısından, önsözleşmedeki irade açıklamasına dönük talebin, asıl sözleşmedeki taleple birleştirilerek, asıl sözleşmedeki borcun ifasına da hükmedilmesinin istenebileceğini kabul etmektedir. Bu ise dogmatik açıdan değilse bile pratik açıdan tarafların asıl sözleşmeyi yapmaksızın, önsözleşme ile malın mülkiyetini devir edebilecekleri anlamına gelmektedir. Böyle bir durumda

¹⁶⁶ KRAMER, Ernst, OR Art. 22 PN. 110 in: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a: Inhalt des Vertrages, Artikel 19–22 OR, Bern 1991.

¹⁶⁷ RÜEGG, S. 207, PN. 546.

önsözleşmeyi önalım olgusu içinde değerlendirmemek, önalım alacaklısının bu hakkı hiçbir zaman kullanamaması anlamına gelecektir. Halbuki belirtildiği gibi taşınmaz üçüncü kişiye geçmiş olacaktır.

Buna karşın hâkim sayılacak bir diğer görüş ise üçüncü kişi ile yapılan önsözleşmenin önalım olgusu teşkil edemeyeceğini, çünkü önsözleşme ile mülkiyetinin naklinin değil, mülkiyetin naklini yükümlendiren sözleşmeyi yapmanın borçlanıldığını ileri sürmektedir.¹⁶⁸

Türk hukuku açısından da bahsedilen gerekçelerle, taşınmaz satış vaadinin önalım olgusu olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır.¹⁶⁹

bb) Üçüncü Kişiyne Tanınan Alım (İştira) Hakkı

Üçüncü kişiyne tanınan alım hakkının önalım olgusu teşkil edip etmeyeceği tartışmalı olup, hâkim görüş ve İsviçre uygulaması, alım hakkı tanıyan sözleşmenin kurulmasının değil, sözleşmeden doğan alım hakkının

¹⁶⁸ BRÜCKNER, Christian, Verwandte Verträge (Vorvertrag, Vorkaufsvertrag, Vertrag auf Begründung eines Kaufrechts bzw. Rückkaufsrechts), in: Koller Alfred (Hrsg.), Der Grundstückkauf, Bern 2001, S. 533, PN. 85; SUTTER, Thomas, Einige Überlegungen zum Vorkaufrecht, in: SJZ 81/1985, S. 277 ff. S. 279; WIEDERKEHR, S. 125; RÜEGG, S. 206, PN.545; STARK, OR Art. 216c PN. 3, in: KURZKOMMENTAR.

¹⁶⁹ Konuya ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. ŞİPKA, s. 63-69. ŞİPKA, konuya ilişkin görüşleri değerlendirdikten sonra taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin önalım olgusu olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Satış vaadini önalım olgusu olarak değerlendirmeyen görüş için bkz. TANDOĞAN, (2012), s. 286; Satış vaadinin önalım hakkını doğuracağı görüşünün yanlış olduğu yönünde bkz. AYDOĞDU, s. 48; Yargıtay'ın tutumunun da bu istikamette olduğu söylenebilir, bkz. Y. 6. HD. 19.10.1967, 1817/4174. Söz konusu karara göre, "Önalım konusu payın davalı adına tesciline (satış vaadine dayanarak) ilişkin kararın kesinleşmesinden önce (yani şüfa hakkının doğmasından önce) tescil davasının kesinleşmesinden önce açılan davanın reddine karar vermek gerekir." Kararı aktaran ŞİPKA, s. 68. Aynı şekilde 2010 tarihli bir kararında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, "...gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yükleniciye yapılan devrin, gerçek bir devir sayılmayacağını..." ifade etmiştir. Bkz. Y.HGK, 23.06.2010, 2010/6-341 E. 2010/346 K. Satış vaadi sözleşmesinin, önalım hakkını kullanmaya yol açacağı yönünde bkz. EREN, Yasal Önalım, s.113; Satış vaadi sözleşmesinin yapılmasının önalım olgusu olarak şüfa hakkının kullanılmasına yeteceği yönünde bkz. TEKİNAY, s. 23. Aynı şekilde bkz. DEMİRSATAN, s. 918; satış vaadini önalım olgusu olarak değerlendiren görüşün gittikçe güçlendiği yönünde, bkz. BAYGIN, s. 19.

icrasının önalım hakkı teşkil ettiği kanaatindedir.¹⁷⁰ Çünkü alım akdiyle alım hakkı tanıyan sözleşmede, yalnızca bu hakkı tanıyan kimse borç altına girmektedir.¹⁷¹ Bu fikre göre, alım sözleşmesinde kendisine alım hakkı tanınan alacaklı, tek taraflı irade beyanıyla malikle bir satış sözleşmesi kurma hakkı elde etmekte fakat, bu hakkı kullanmak gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu tamamen kendisinin isteğine kalmış bir konu olup, malikin malın üçüncü kişiye satışı ile alakalı yapmış olduğu alım sözleşmesi salt bir irade ortaya koymakla birlikte, bunun önalım olgusu olarak değerlendirilebilmesi için kâfi değildir.¹⁷² Buna karşın azınlıkta kalan görüş ise, yalnızca alım hakkının hak sahibi tarafından tek taraflı olarak kullanılmasını ve icrasını değil, üçüncü bir kişiye alım hakkı tanıyan akdin inikadını dahi önalım olgusu olarak değerlendirmektedir. Azınlıkta kalan bu yaklaşım, görüşüne gerekçe olarak, alım sözleşmesinin borçlusunun taşınmazın satışına dair nihai iradesini geriye alınamaz biçimde ortaya koymasını ileri sürmektedir. Diğer bir ifadeyle alım sözleşmesiyle üçüncü bir kişiye tek taraflı bir irade beyanıyla alım hakkı tanıyan kimse, en azından kendisi açısından satış iradesini ortaya koymuş olmaktadır.¹⁷³

Alman hukukunda da üçüncü kişiye tanınan alım (iştirâ) hakkı önalım olgusunun gerçekleşmesi açısından yeterli kabul edilmemiştir.¹⁷⁴

¹⁷⁰ MAIER-HAYOZ, ZGB Art. 681, PN. 180 in: Berner Kommentar; STARK, OR Art. 216c PN. 2, in: KURZKOMMENTAR; Krş. ŞIPKA, s. 93 vd.

¹⁷¹ BRÜCKNER, S. 533, PN. 83; REY, (1994), S. 50 Fn. 58; STREBEL, S. 93, PN. 289; RÜEGG, S. 207; PN. 547.

¹⁷² RÜEGG, S. 208, PN. 548.

¹⁷³ MAIER-HAYOZ, ZGB Art. 681, PN. 180 in: Berner Kommentar; GIGER, OR Art. 216 PN. 126 in: Berner Kommentar; RÜEGG, S. 207 PN. 547.

¹⁷⁴ BURBULLA, S. 71

cc) İrade Fesadı Halleri ve Aşırı Yararlanma

Üçüncü kişiyle yapılan sözleşmede, taraflardan birisi esaslı bir hataya duçar olursa veya taraflardan birisi aleyhine aşırı yararlanma söz konusu olursa, önalım olgusunun ne zaman gerçekleştiği sorunu ortaya çıkacaktır. Çünkü sözleşme sonradan gabin sebebiyle veya esaslı hata sebebiyle hataya düşen kişi tarafından iptal edilebilecek veya gabine uğrayan kişi tarafından sözleşme ile bağlı olunmadığı diğer tarafa bildirilerek ediminin geri verilmesi istenebilecektir. İsviçre doktrin ve uygulaması bu durumda, salt sözleşmenin imzalanmasının önalım olgusu teşkil ettiğini, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte önalım olgusunun vuku bulduğunu ileri sürmektedir. Bu fikre göre sözleşme şayet sonradan iptal edilirse, iptalle birlikte o hukuki işleme mahsus önalım hakkı daha doğrusu önalım hakkının kullanımı ile meydana gelen sözleşme de ortadan kalkmış olacaktır.¹⁷⁵ Fakat önalım hakkı sabit kalmaya devam edecektir.¹⁷⁶

İrade fesadı hallerinde, söz konusu durumu iradi şartta benzetmek suretiyle, önalım olgusunun, iradesi fesada uğrayan kişinin sözleşmeye onay verdiği veya iptal etmeyeceğinin anlaşıldığı tarihte gerçekleştiğini ileri sürmek isabetli değildir. Her ne kadar irade fesadı halleri ile iradi şart arasında, her ikisinde de sözleşmenin devamının taraflardan birisinin kararına bırakılması cihetiyle bir benzerlik bulunsa da iradi şartta taraflar baştan itibaren bu durumu bilmekteyken, irade fesadı halleri de böyle bir bilgi baştan itibaren iradesi fesada uğrayan kişi için mevcut değildir. Öyle ki, diğer tarafın kendisine sözleşmeyi iptal etme hakkı veren durumu öğrenmesi, şart ve koşullara göre yıllar alabilir. Sonuç olarak, taraflar arasında sözleşmenin meydana gelmesini önalım olgusunun vukuu olarak kabul etmek

¹⁷⁵ RÜEGG, S. 209, PN. 550; BRÜCKNER, S. 534, PN. 87.

¹⁷⁶ MAIER-HAYOZ, ZGB Art. 68i, PN. 185 in: Berner Kommentar.

son derece yerinde olacaktır.¹⁷⁷ Yapılan sözleşmeye istinaden önalım hakkını kullanan önalım hakkı alacaklısının, önalım hakkını kullanmaya dair beyanı, önalım beyanının borçlusunun üçüncü kişi ile yapılan sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi durumunda geçersiz olacak¹⁷⁸ ve önalım hakkını kullanmak üzere açılan yenilik doğuran dava konusuz kalacaktır. Çünkü artık ortada önalım hakkını kullanmanın şartı olan geçerli bir önalım olgusu bulunmamaktadır.

Buraya kadar izah edilen hususlar, irade fesadı halinin önalım hakkı yükümlüsünün şahsında gerçekleştiği ihtimal olup, irade fesadına uğrayan kişinin kendisiyle sözleşme yapılan üçüncü şahıs olması durumunda durum tartışmalıdır. Hâkim görüş, irade fesadına uğrayan kişinin, önalım yükümlüsü veya önalım yükümlüsünün kendisiyle sözleşme yaptığı üçüncü kişi olması arasında bir fark gözetmezken, bir başka görüşe göre, hâkim yaklaşım adilce olmayıp, üçüncü kişinin örneğin hata sebebiyle sözleşmeyi iptal etmesi karşısında, önalım alacaklısının hakkı ve durumu bundan etkilenmemelidir. Çünkü bu durumda bütün taraflar için tatmin edici bir çözüm ortaya çıkmaktadır. Sözleşmeyi iptal etmek isteyen üçüncü kişi sözleşme ile bağlı olmayacaktır. Öte yandan üçüncü kişi ile sözleşme yapan kişi nihai iradesini açıklamış ve kurduğu sözleşmenin önalım hakkının kullanılmasını sağlayacağını hesaba katmış olmalıdır. Son olarak önalım hakkının alacaklısı, bu sözleşmeye istinaden önalım hakkını kullanmış olacaktır.¹⁷⁹

Alman hukukunda üçüncü kişi ile yapılan sözleşmenin iptal edilebilirliği önalım hakkının geçerli bir biçimde kullanılmasına mâni olarak

¹⁷⁷ RÜEGG, S. 209, PN. 550.

¹⁷⁸ RÜEGG, S. 209, PN. 551.

¹⁷⁹ RÜEGG, S. 210, PN. 552.

görülmemektedir. İptal edilebilir bir sözleşme, iptal edilmediği sürece tam bir geçerliliğe sahiptir.¹⁸⁰ Asıl mesele ise, sözleşmenin iptali gerçekleştiğinde bunun önalım ilişkisi üzerinde hangi sonuçları doğuracağıdır. Alman hukukunda sorunun çözümünde iptalin hangi safhada gerçekleştiği dikkate alınmaktadır. Önalım hakkı kullanılmadan önce iptal gerçekleşmişse, BGB § 142 uyarınca iptalle birlikte hukuki işlem baştan itibaren geçersiz sayılacağı için iptal, önalım hakkı alacaklısı üçüncü kişiyi de etkileyecek ve önalım olgusu da sözleşmenin iptaliyle birlikte ortadan kalkacak, önalım olgusu ortadan kalkınca, önalım hakkı da sona erecektir.¹⁸¹

Önalım hakkı kullanıldıktan sonra üçüncü kişi ile yapılan ve önalım olgusu teşkil eden sözleşme iptal edilirse, sözleşmenin kim tarafından iptal edildiğine göre bir ayırım yapılmaktadır. Üçüncü kişi ile yapılan sözleşmenin önalım hakkının borçlusu (yani önalım hakkı ile yüklü malın maliki) tarafından¹⁸² veya sözleşmenin yapıldığı üçüncü kişi tarafından iptal edilmesine göre farklı sonuçlar doğmaktadır.¹⁸³

Sözleşme şayet üçüncü kişi tarafından iptal edilirse, önalım hakkının kullanılması ile doğan satış sözleşmesi bu durumdan etkilenmeyecektir. Zira üçüncü kişinin hata veya hile sebebiyle kendisiyle yapılan satış sözleşmesini iptal ettiği durumda, malın maliki, malın satışı hususunda iradesini geçerli ve açık biçimde ortaya koymuş olduğu için, onun korunmasını gerektiren bir durum söz konusu değildir. Sonuç olarak önalım hakkı alacaklısı önalım

¹⁸⁰ WESTERMANN, BGB § 463 PN. 17 in: Münchener Kommentar; BURBULLA, S. 99; D SCHMIDT, § 463 PN. 28, in: PRÜTTING Hanns/WEGEN, Gerhard/WEINREICH, Gerd, BGB KOMMENTAR, Neuwied, 2006.

¹⁸¹ BURBULLA, S. 102.

¹⁸² Ayrıntılı bilgi için bkz. BURBULLA, S. 104.

¹⁸³ BURBULLA, S. 103.

hakkını kullandığında sözleşmenin üçüncü kişi tarafından iptali önalım hakkı alacaklısının taraf olduğu sözleşmeyi etkilemeyecektir.¹⁸⁴

dd) Şarta Bağlı İşlemler

Şarta bağlı işlemler açısından eşyanın maliki ile üçüncü kişi arasında yapılan geciktirici şarta bağlı satış sözleşmesi İsviçre hukukunda kural olarak önalım olgusunun gerçekleşmesi noktasında yeterli kabul edilmektedir.¹⁸⁵ Yalnız bu yaklaşım geciktirici şarta bağlı şarta münhasır olup,¹⁸⁶ şarta bağlı işlemler açısından İsviçre doktrinindeki ve yargısındaki hâkim görüş sorununun çözümünde öncelikle iradi- tesadüfi şart ayrımı yapmaktadır. Bilindiği üzere iradi şartta sözleşmenin sonuçlarını doğurması taraflardan birisinin iradesi dahilinde olan bir şarta bağlanmıştır. Tesadüfi şartta ise şart koşulan olayın vukuu taraf iradelerinden tamamen bağımsız olup, şartın gerçekleşmesi hususunda taraf iradeleri etkin değildir.

Üçüncü kişi ile yapılan sözleşmenin tesadüfi geciktirici şarta bağlandığı durumda sözleşmenin yapılmasının önalım olgusu olarak kabul edilmesi kuralı tartışmasız kabul edilmekte,¹⁸⁷ diğer bir deyişle sözleşmenin kurulduğu tarihte, önalım alacaklısı önalım hakkını kullanabilmekte ve fakat kendisi ile önalım borçlusu arasında yapılan sözleşme de tesadüfi şarta bağlı olarak yapılmış sayılmaktadır.¹⁸⁸

¹⁸⁴ BURBULLA, S. 112.

¹⁸⁵ STREBEL, S. 135, PN. 429.

¹⁸⁶ SIMONIUS/SUTTER, S. 368, PN. 59; Krş. ŞIPKA, s. 91.

¹⁸⁷ STREBEL, S. 135, PN. 429; SIMONIUS/SUTTER, S. 368, PN. 59; STARK, OR Art. 216c PN. 4, in: KURZKOMMENTAR

¹⁸⁸ RÜEGG, S. 212, PN. 557; MAIER-HAYOZ, ZGB Art. 681, PN. 190 in: Berner Kommentar; GIGER, OR Art. 216 PN. 132 in: Berner Kommentar; BRÜCKNER, S. 535 PN. 90; SUTTER, S. 282;

Buna karşın şayet iradi bir şart söz konusu ise, önalım olgusunun gerçekleşme tarihi iradi şartın gerçekleşme tarihidir. İradi şartta tesadüfi şarttan farklı olarak, önalım olgusunun gerçekleşmesinin iradi şartın gerçekleşmesine bağlanmasının sebebi, önalım yükümlüsünün üçüncü kişi ile yaptığı sözleşmeye aslında ciddi olmayan ve önalım hakkının alacaklısı için dezavantajlı birtakım şartlar belirlemek suretiyle, önalım alacaklısının hakkı kullanıp kullanmayacağını test etmeye veya öğrenmeye çalışmasının önüne geçmektir. Kısaca önalım hakkı sahibi aleyhine manipülasyonların yapılması engellenmeye çalışılmıştır.¹⁸⁹

Alman hukuku açısından hâkim görüş üçüncü kişi ile yapılan işlemin şarta bağlanmasını önalım olgusunun gerçekleşmesine mâni olarak görmemekte bununla birlikte geciktirici- bozucu şart ayırımı yapmaktadır.¹⁹⁰

Üçüncü kişi ile yapılan sözleşme şayet bozucu şarta bağlı olarak yapılmışsa, bu tarz bir sözleşme önalım olgusu olarak görülmektedir, zira sözleşmenin sonuçları doğmuştur. Fakat önalım hakkının kullanılması ile doğan yeni satış sözleşmesi dahi, bozucu şarta bağlı olarak doğmaktadır. Dolayısıyla bozucu şart gerçekleştiği takdirde önalım olgusunun gerçekleşmesi üzerine önalım hakkı alacaklısının taraf olduğu satış sözleşmesi sona erecek ve malın iade edilmesi gerekecektir.¹⁹¹

Üçüncü kişi ile yapılan işlemin geciktirici şarta bağlı olarak yapıldığı durumlarda ise, hâkim görüş bu durumda da önalım olgusunun gerçekleştiği yönündedir.¹⁹² Bununla birlikte BGB § 158/I uyarınca geciktirici şarta bağlı işlemlerde, hukuki işlem sonuçlarını şartın gerçekleşmesiyle birlikte doğurduğu için, önalım olgusunun sözleşmesinin kurulmasıyla mı yoksa

¹⁸⁹ RÜEGG, S. 212, PN.557; GIGER, OR Art. 216 PN. 133 in: Berner Kommentar.

¹⁹⁰ BURBULLA, S. 78.

¹⁹¹ BURBULLA, S. 78-79; WESTERMANN, BGB § 463 PN. 18, in: Münchener Kommentar

¹⁹² BURBULLA, S. 80.

şartın tahakkuku ile mi doğduğu hususu tartışmalıdır.¹⁹³ Hâkim görüş önalım hakkının kullanılabilceği zamanı, yani önalım olgusunun vücut bulduğu zamanı tespitinde sözleşmenin kurulduğu tarihi esas alırken,¹⁹⁴ bir diğcr görüş şartın tahakkuk ettiğı zamanın esas alınması gerektiğini savunmaktadır.¹⁹⁵

ee) Askıda Hükümsüz İşlemler

Önalım hakkı borçlusı malikin üçüncü kişi ile yaptığı sözleşmenin geçerliliğı, üçüncü kişinin ehliyet durumu sebebiyle bir veli, vasi ya da vesayet makamının icazeti yani sözleşmeye onay vermesine bağılı olabilir. Esasen TBK m. 241'de bu husus açıkça ifade edilmiş ve önalım hakkı kullanıldıktan sonra satış sözleşmesi ortadan kaldırılırsa ya da *alıcının şahsından kaynaklanan sebeplerle onaylanmazsa*, bu durumun önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülemeyeceğı belirtilmiştir. Madde gerekçesinde ise sınırlı ehliyetsizin yaptığı işlemler için velinin, ayırt etme gücüne sahip kısıtlının ise taşınmaz satışları için vesayet makamının onayına ihtiyaç duyduğu ifade edilerek söz konusu hüküm örneklendirilmiştir. İsviçre'de mutat yargı uygulamasına uygun biçimde kanunda değışiklik yapılmış ve söz konusu hüküm kanuna eklenmiştir.¹⁹⁶ Konuyu biraz daha açıklığa kavuşturmak adına, sözleşmenin geçerliliğı için gereken onayın sözleşmenin yapıldığı üçüncü kişiden mi, yani alıcıdan mı, yoksa önalım hakkı yükümlüsünden mi kaynaklandığına göre sorun irdelenmelidir.¹⁹⁷

Sözleşmenin askıda hükümsüzlüğünün sebebi, malı satın alan veya ekonomik olarak satışa denk bir işlem yapan şahsın sınırlı ehliyetsiz olması

¹⁹³ BURBULLA, S. 80.

¹⁹⁴ SCHURIG, S. 140; BURBULLA, S. 80.

¹⁹⁵ BURBULLA, S. 81.

¹⁹⁶ RÜEGG, S. 267, PN. 567.

¹⁹⁷ SIMONIUS/SUTTER, S. 369, PN. 61.

sebebiyle yaptığı işlemlerin bir makamın onayına bağlı olduğu ihtimalde, hâkim görüşe göre, sözleşme askıda hükümsüz olmasına rağmen, önalım olgusu sözleşmenin kurulduğu tarihte gerçekleşmiş sayılacaktır.¹⁹⁸ İsviçre yargısı, söz konusu hali şart kavramına kıyasla çözümlenmekte ve şarta bağlılığın önalım hakkının kullanımına mani olmadığını, fakat önalım hakkını kullanan kimsenin, sözleşmede kararlaştırılan şartın ilerde kendisine karşı da ileri sürülebileceğini kabul etmek zorunda olduğunu belirtmektedir. Böylece üçüncü kişi ile yapılan sözleşmenin askıda hükümsüz olduğu veya onaylanmadığı safhada dahi, önalım hakkı sahibi önalım hakkını kullanabilecektir. Önemli olan satıcının üçüncü kişiye karşı malı satma iradesini geriye alnamaz biçimde açıklamış olmasıdır.¹⁹⁹ Sonuç olarak kanunda açık biçimde düzenlenen hükme göre, önalım hakkı sahibinin hakkını kullanması noktasında, önalım yükümlüsünün üçüncü kişi ile sözleşme yapması kâfi olup, üçüncü kişi ile yapılan sözleşmenin bir makamın onayına muhtaç olması önalım hakkının kullanımına mâni değildir. Önemli olan üçüncü kişi ile bir satış veya ekonomik açıdan satışa denk sözleşme yapılması ve söz konusu işlemde önalım yükümlüsünün satış iradesini açıkça ve geri alnamaz biçimde ortaya koymuş olmasıdır.²⁰⁰ Yalnız önalım hakkını kullanan kişinin yaptığı işlem itibarıyla bir icazete muhtaç olup olmadığı ayrıca araştırılmalıdır.²⁰¹

Sözleşmenin askıda hükümsüzlüğünün sebebi, önalım yükümlüsünden kaynaklanıyorsa, örneğin önalım yükümlüsü sınırlı ehliyetsiz ise veya satışa konu taşınmaz aile konutu ise bu durumda, hâkim görüşe göre, önalım olgusunun gerçekleşmesi vesayet makamından veya onay verecek kişilerden

¹⁹⁸ RÜEGG, S. 219, PN. 568; BRÜCKNER, S. 536, PN. 96.

¹⁹⁹ RÜEGG, S. 219, PN. 568.

²⁰⁰ SIMONIUS/SUTTER, S. 369, PN. 61.

²⁰¹ RÜEGG, S. 219, PN. 569.

gelecek icazete bağlı olacaktır.²⁰² Diğer bir söyleyişle, kanunda bir hükme bağlanmayan bu ihtimalde, önalım olgusunun gerçekleşme zamanı, yetkili makamın kararını verdiği veya icazete yetkili kişinin onayını açıkladığı tarihtir.²⁰³ Zira bu durumda açıklanan satış iradesi önalım olgusunun gerçekleşmesi açısından sürekli zikredilen geri alnamaz açıklık ve netlikte olmayıp, geçerliliği üçüncü bir kişi veya kurumun icazeti ile tamamlanmaya muhtaç durumdadır.

Yetkili makam veya kişinin icazetini açıkladığı tarihin önalım olgusunun gerçekleştiği tarih olarak kabul edilmesi sebebiyle, önalım hakkı alacaklısının, önalım hakkını, ancak bu tarihten itibaren kullanabileceğinin kabul edilmesi tartışmaya açık bir husustur.²⁰⁴ İsviçre yargısının yetkili makamdaki verilecek icazet sebebiyle askıda hükümsüz olan sözleşme ile (geciktirici) şarta bağlı sözleşme arasında bir benzerlik kurduğu ifade edilmişti. Şart noktasında ise bir ayırım yapılmış, tesadüfi şartlarda sözleşmenin kurulduğu tarih, iradi şartlar açısından ise şartın gerçekleştiği tarih önalım olgusunun gerçekleştiği tarih olarak kabul edilmişti.

Geciktirici-tesadüfi şartla askıda hükümsüz işlem arasında kurulacak benzerlik sonrasında, geciktirici şarta bağlı işlemde önalım olgusunun gerçekleştiği tarih sözleşmenin kurulduğu tarih kabul edildiğine göre, yetkili makamın onayına kadar askıda hükümsüz olan satış işleminde de önalım olgusunun gerçekleştiği tarih, askıda hükümsüz işlemin gerçekleştiği tarih olmalıdır. Halbuki İsviçre uygulaması bu durumda önalım olgusunun gerçekleştiği tarih olarak mahkemenin yani vesayet makamının kararını

²⁰² SIMONIUS/SUTTER, PN. 61; STREBEL, S. 71, PN. 219, 221.

²⁰³ RÜEGG, S. 220, PN. 571-572.

²⁰⁴ RÜEGG, S. 221, PN. 573.

açıkladığı tarihi esas almıştır. Bahsedilen benzerlik dikkate alındığında, sözleşmenin yapılması önalım olgusunun gerçekleştiği tarih olarak kabul edilmeli, vesayet makamının onayı beklenmeksizin şufa hakkı alacaklısı hakkını kullanabilmelidir. Eğer vesayet makamı onay vermezse önalım olgusu da hükmünü yitirecek ve önalım alacaklısının önalım hakkını kullanmaya dönük beyanı geçersiz olacak veya önalım hakkını kullanmak üzere açmış olduğu yenilik doğuran dava düşecektir.²⁰⁵

İşlemin bir vesayet makamının onayına bağlı olmadığı, ancak bir şahsın örneğin aile konutunun satışında diğer eşin onayını gerektirdiği durumlarda ise, geciktirici-iradi bir şartla kıyas edileceği için, bu durumda, önalım olgusunun vukuunu icazete bağlayan hâkim görüş geciktirici iradi şartla aynı neticeye varmış olacak ve önalım olayı her iki durumda da icazetle-geciktirici iradi şartın tahakkuku ile gerçekleşmiş sayılacak ve önalım alacaklısı bu tarihten itibaren önalım hakkını kullanabilecektir.²⁰⁶

Alman hukuk uygulaması ve hâkim doktrine göre, üçüncü kişi ile yapılan satış sözleşmesinin bir icazete veya onaya ihtiyaç duyduğu durumlarda sözleşme askıda hükümsüz kabul edilmekte ve önalım hakkına mesned teşkil edecek geçerli bir hukuki ilişki bulunmamaktadır.²⁰⁷ Fakat şayet icazet verilmeden önce yani işlemin askıda hükümsüz olduğu evrede, önalım hakkı alacaklısı önalım hakkını kullanırsa, önalım hakkını kullandığına ilişkin irade beyanının sonuçları ne olacaktır? Sorun tartışmalı olmakla birlikte hâkim eğilim, önalım hakkını kullanmaya dönük beyanın diğer tabirle önalım hakkının kullanılmasının geçersiz olduğunu savunmaktadır.²⁰⁸

²⁰⁵ RÜEGG, S. 221, PN. 573.

²⁰⁶ RÜEGG, S. 222, PN. 574.

²⁰⁷ BURBULLA, S. 113.

²⁰⁸ BURBULLA, S. 113.

ff) Üçüncü Kişi ile Yapılan Sözleşmenin Sona Ermesi

TBK m. 241'de önalım hakkı kullanıldıktan sonra satış sözleşmesi ortadan kaldırılırsa, bu durumun önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülemeyeceğini düzenlemiştir.²⁰⁹ Kanunda kullanılan ifade satış sözleşmesinin ortadan kaldırılmasından bahsetmekte bu ifadeyle ne kastedildiği tam olarak anlaşılamamaktadır. Satış sözleşmesinin ortadan kaldırılması ifadesi kullanıldığına göre kanunda kastedilen husus dar anlamda borcu sona erdiren ibra olmamalıdır. Zira borç ilişkisinin sona ermesinden bahsedildiğine göre bu ancak ikâle ile mümkün olmalıdır. Buna karşın İsviçre doktrin ve uygulaması satış sözleşmesinin kaldırılması ibaresine rağmen gerek ibrayı gerekse ikaleyi aynı kapsamda değerlendirmiştir.²¹⁰

Öte yandan borç ilişkisinin tek taraflı olarak sona erdirildiği birtakım hallerin bu kapsamda değerlendirilmesi tartışma konusudur.²¹¹ Bir görüş sözleşmenin kaldırılması ifadesini sadece ibra ve ikâle sözleşmesine hasrederken, bir diğer görüş, temerrüt halinde veya malın ayıplı olması halinde sözleşmeden dönülmesini de bu kapsamda değerlendirmektedir.²¹² Örneğin temerrüt halinde verilecek sürenin neticesiz kalması sonrasında veya süre vermeye gerek olmayan hallerde kanun koyucu tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflara borcun ifasından vazgeçerek sözleşmeden dönme imkânı tanımıştır. Aynı şekilde satış sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül

²⁰⁹ Krş. BINZ-GEHRING, Doris, Das gesetzliche Vorkaufsrecht im schweizerischen Recht, Diss. Frankfurt, 1975, S. 37; ALLGÄUER, Oskar, Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufrecht nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuche, Diss. Zürich, 1918, S. 117.

²¹⁰ RÜEGG, S. 222, PN. 577. Bu noktada bazı sorular sorulabilir: Acaba ibra hibe anlamına gelebilir mi? Önalım borçlusu bu durumda taşınmazı fiili olarak üçüncü kişiye hibe etmiş olmaz mı? Hibenin varlığının kabulü halinde ise önalım hakkının kullanılmayacağı açıktır.

²¹¹ RÜEGG, S. 222, PN. 576.

²¹² RÜEGG, S. 222, PN. 576.

hükümleri kapsamında alıcı ihbar ve muayene külfetini yerine getirmiş olmak kaydıyla sözleşmeden dönebilmektedir. Kanunda bu tip durumlarda borç ilişkisi sona ereceğinden bu haller sözleşmenin sona erdirilmesi ifadesi içinde düşünülmelidir, zira kanun koyucunun amacı sözleşmenin sona erdirilmesi suretiyle önalım hakkının kullanımının önüne geçmek gibi hakkın kötüye kullanılması teşkil eden durumlara engel olmaktır. Bu anlamda sözleşmenin temerrüt sebebiyle veya ayıp sebebiyle sona ermesi hallerini bu kapsamda değerlendirmemek söz konusu amacın gerçekleşmesine hizmet etmeyecektir.²¹³ Aynı şekilde tarafların anlaşarak sözleşmede diğer tarafa tek taraflı olarak sözleşmeden dönme imkânı verdiği durumlar da yine bu kapsamda düşünülmelidir.²¹⁴

Kanunda dikkat çeken bir husus sözleşmenin sona erdirilmesinin, önalım hakkı kullanıldıktan sonra bir etkisi olmayacağıdır. İsviçre’de yapılan kanuni düzenleme öncesinde ve hatta kanuni düzenleme sonrasında bir görüş bu etkisizliğin başlangıç anı olarak önalım hakkı alacaklısının satıştan haberdar olduğu tarihi esas almış ise de²¹⁵ metnin lafzına bağlı kalan diğer görüş, metinde açıkça ifade edildiği üzere önalım hakkının kullanıldığı veya Türk hukuku açısından daha doğru bir ifadeyle önalım hakkının kullanılmasına ilişkin yenilik doğuran davanın açıldığı tarihi esas almıştır.²¹⁶

Alman hukukunda gerek yargı uygulaması gerekse doktrin üçüncü kişi ile yapılan sözleşmenin sonradan sona ermesi yani ortadan kaldırılması halinde, önalım hakkının bundan etkilenmeyeceğini, bu anlamda sözleşme

²¹³ RÜEGG, S. 222, PN. 579.

²¹⁴ RÜEGG, S. 222, PN. 577.

²¹⁵ Bu görüşün gerekçeleri için bkz. RÜEGG, S. 225, PN. 581, yazar daha da ileri giderek önalım alacaklısının haberdar olmasını bile şart koşmamış, yani satışın sona erdirilmesinin etkisiz kalacağı tarihi daha erken bir tarihe çekmiştir. Bu durumda satış gerçekleştiikten sonra, satışın sonradan ortadan kaldırılması zaman parametresi dikkate alınmaksızın önalım hakkını etkilemeyecektir.

²¹⁶ RÜEGG, S. 224, PN. 580.

ortadan kalkmadan önce önalım hakkının kullanılmış olup olmamasının da bir önemi olmadığını ifade etmektedir.²¹⁷

gg) Sözleşmede Sonradan Yapılan Değişikliklerin Önalım Hakkına Etkisi

Önalım olgusu teşkil eden sözleşmenin muhtevasının sonradan değiştirilmesi durumunda, örneğin üçüncü kişi ile yapılan sözleşmede fiyatın düşürülmesi veya yükseltilmesi durumunda, önalım hakkının bu değişiklikten nasıl etkileneceği sorusu doktrinde tartışmalıdır.²¹⁸

İsviçre'deki uygulama tarafından benimsenen bir görüşe göre, her iki sözleşme de müstakil olarak bir önalım olgusu teşkil etmekte, yani önalım hakkı alacaklısı dilerse sözleşmenin ilk şekli için dilerse, değiştirilmiş hali üzerinden önalım hakkını kullanabilecektir.²¹⁹ Bir diğer fikre göre ise, hakkın kötüye kullanılması saklı kalmak kaydıyla, üçüncü kişi ile yapılan sözleşmedeki değişiklik, önalım alacaklısının önalım hakkını kullanmadan önce bu değişiklikle alakalı bilgilendirilmesi şartıyla önalım alacaklısı için de bağlayıcı olacaktır.²²⁰ Yani önalım hakkı alacaklısı önalım hakkını kullanmadan önce üçüncü kişi ile yapılan sözleşmede bir değişiklik yapılmış ve bu değişiklik önalım hakkı sahibine bu tarihten önce haber verilmişse, önalım alacaklısı hakkını değişiklik yapılan sözleşmenin içeriğiyle bağlı olarak kullanacaktır.²²¹

Bir diğer görüş ise belirleyici tarih olarak önalım hakkının kullanımını değil, önalım hakkının kullanıldığının öğrenildiği tarihi esas kabul

²¹⁷ WESTERMANN, BGB § 463, PN. 17 in: Münchener Kommentar; BURBULLA, S. 117.

²¹⁸ RÜEGG, S. 226, PN. 583.

²¹⁹ RÜEGG, S. 226, PN. 583.

²²⁰ SCHMID, S. 85; WIEDERKEHR, S. 131.

²²¹ RÜEGG, S. 226, PN. 583.

etmektedir. Bu yaklaşıma göre, önalım alacaklısı önalım olgusundan yani üçüncü kişi ile yapılan sözleşmeden haberdar olmadığı sürece, yalnızca sözleşmenin değiştirilmiş hali, önalım olgusu olarak kabul edilecektir.²²² Önalım alacaklısı şayet üçüncü kişi ile yapılan sözleşmeden haberdar olursa, sonradan yapılan değişiklik yeni bir önalım olgusu teşkil edecek ve önalım alacaklısı bahsi geçen sözleşmeler içinde hangisi için önalım hakkını kullanacağı noktasında muhayyer olacaktır. Her bir durum için önalım hakkını kullanma süresi ayrı ayrı işleyecek ve önalım alacaklısının seçtiği sözleşmenin şartları, şayet adi önalım hakkı söz konusu ise, önalım hakkı da o sözleşmenin şartları üzerinden kurulmuş olacaktır.²²³

Alman hukukunda önalım hakkı alacaklısı, önalım hakkını kullanıncaya kadar meydana gelen bilhassa fiyat konusundaki değişikliklere katlanmak zorundadır. Söz konusu değişiklikler açısından esas alınacak zamanın önalım hakkının kullanıldığı zaman olarak kabul edilmesi doğal bir sonuçtur.²²⁴ Zira önalım hakkı kullanıldıktan sonra önalım hakkı alacaklısının taraf olduğu bir sözleşme (önalım ilişkisi) meydana gelmekte olup bu sözleşmenin (hukuki ilişkinin) içeriği önalım borçlusunu ile üçüncü kişinin kendi aralarında alacakları bir kararla önalım hakkı alacaklısının izni olmaksızın değiştirilememelidir.²²⁵

²²² RÜEGG, S. 227, PN. 584.

²²³ RÜEGG, S. 227, PN. 585.

²²⁴ Bununla birlikte önalım hakkının açıklanacağı ana kadar sözleşmeden değişiklik yapılabileceğine dair kabulün hakkın kötüye kullanılması ve manipülasyonlara sebebiyet verebileceği yönünde Bkz. VOGT, Max, Muß der Vorkaufsberechtigte Änderungen des Drittkaufs bis zur Ausübung des Vorkaufsrechts gegen sich gelten lassen? in: Festschrift für Horst Hagen (1999), S. 219-230 passim; Üçüncü kişi ile yapılan sözleşmenin yapıldığı tarihin esas alınması gerektiği yönündeki fikir için bkz. BURBULLA, S. 118.

²²⁵ BURBULLA, S. 117-118.

IV. Önalım Olgusu: Taşınmazın Üçüncü Kişiyeye Satışı veya Ekonomik Olarak Satışa Denk Hukuki İşlemler

Önalım olgusunun iki şekilde tezahür ettiği söylenebilir. İlki klasik unsur olan ve önalım olgusu için prototip teşkil eden ve malın mülkiyetini üçüncü kişiyeye geçirmeye yönelik satış sözleşmesidir. İkincisi ise ekonomik açıdan satışa denk (muadil) hukuki işlemlerdir. Bu unsurlar dikkate alınarak önalım olgusu için şöyle bir genel tanım yapılabilir. Para veya paraya muadil ekonomik bir değer karşılığında mülkiyetin medeni hukuk hükümleri uyarınca şeklen nakledildiği yani üçüncü kişi adına tescil edildiği ya da taşınmazın mülkiyeti şekli anlamda nakledilmeksizin, taşınmazın sağladığı ekonomik yararın ve yetkilerin ekonomik bir menfaat mukabilinde devredildiği her hukuki işlem önalım olgusu teşkil etmektedir.²²⁶

Önalım hakkının tabir caizse ön şartı olan önalım hadisesinin prototipi olarak²²⁷ ortaya çıkan geçerli bir satışın vasıfları hususunda bu satışın “*iradi (isteğe bağlı), ivazlı ve cüzi halefiyet yoluyla gerçekleşen*”²²⁸ bir satış olduğu vurgulanmalıdır.²²⁹ Bu satışın geçerli olmasını kısaca tekrar etmek gerekirse, sözleşmeler hukukuna hâkim olan ana ilkelerden birisi olan irade özgürlüğünün sınırlarını belirleyen bir başka ilke, sözleşmelerin ahlaka, kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmaması, aksi takdirde hukuki işlemin kesin hükümsüz olmasıdır. Dolayısıyla önalım hakkını doğuracak satış sözleşmesinin de aynı ilkelere tabi

²²⁶ RÜEGG, S. 256, PN. 656.

²²⁷ GIGER, OR Art. 216c, PN.2 in: Berner Kommentar.

²²⁸ EREN, Özel Hükümler, s. 207; REY/STREBEL, Art. 681, PN.5, in: BSK ZGB II.

²²⁹ REY/STREBEL, Art. 681, PN.4, in: BSK ZGB II.

olduğu izahtan vâreste olup, bu tip geçersiz sözleşmeler önalım hakkının doğmasını sağlayamayacaklardır.²³⁰

Satışa denk (muadil) hukuki işlemlere gelince, öncelikle ifade etmek gerekir ki, gerek OR'de gerekse TBK'da ekonomik açıdan satışa denk tabiriyle genel bir ifade kullanılmış ve ekonomik açıdan satışa denk hukuki işlemlerin ne olduğu açık biçimde sayılmamıştır. Bu anlamda satışla amaçlanan veya satış neticesinde ortaya çıkan ekonomik durumları ortaya çıkaran satışa denk (muadil) hukuki işlemlerin ne olduğu sorusu İsviçre'de büyük ölçüde Federal Mahkeme'nin içtihatları ile şekillenmiş ve 1994 yılında yürürlüğe giren revizyon sonrasında da sorunun belirlenmesinde mezkûr içtihatlar ve konuyla alakalı doktriner görüşlerin dikkate alınması yoluna gidilmiştir.²³¹ Soru kısaca şöyle formüle edilebilir: İsviçre Borçlar Kanunu'nda ve Türk Borçlar Kanunu'nda satışa denk kabul edilen işlemler nelerdir veya ekonomik açıdan satışa denk işlem kavramından ne anlaşılmalıdır?²³² Sorunun cevabında belirleyici nokta, ekonomik açıdan satışa denk (muadil) işlemin bir satış sözleşmesiyle hedeflenen amaçla karşılaştırılabilir bir amaç takip edip etmediğidir. Söz konusu tespit, mülkiyetin naklini merkeze alan sonuç odaklı yaklaşımdan farklı olarak, nihai olarak mülkiyetin ivazlı olarak nakledilip edilmemesi varılacak sonuç açısından belirleyici olmadığı gibi şart da değildir. Bu anlamda mühim olan, ekonomik açıdan satışa denkliği tartışılacak hukuki işlemdeki taraf yükümlülüklerinin, taşınmaz satış sözleşmesindeki taraf yükümlülüklerine eşdeğer (müsavi) olup olmadığıdır.²³³

²³⁰ EREN, Özel Hükümler, s. 207-208.

²³¹ REY/STREBEL, Art. 681, PN.4, in: BSK ZGB II.

²³² RÜEGG, S. 248.

²³³ RÜEGG, S. 258, PN. 656.

1. Her İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Hukuki İşlem

Ekonomik açıdan satışa denk (muadil) bir hukuki işlemden bahsedilebilmesi için, kanunda kullanılan ibareden anlaşılacağı üzere, öncelikle iki taraflı bir hukuki işlemin varlığı gerekmektedir. Yapılan işlemin iki taraflı bir hukuki işlem olmasının yanında ayrıca, her iki tarafa da borç yükleyen bir hukuki işlem olması aranmaktadır. Esasen hukuki işlemin her iki tarafa borç yükleyen iki taraflı bir hukuki işlem olmasına ilişkin şartın önemi zıt anlamında kendini ortaya çıkarmaktadır. Bu şart karşısında ortada bir hukuki işlemin hiç olmadığı veya tek taraflı bir hukuki işlem olduğu durumlarda ekonomik açıdan satışa denk bir hukuki işlemden daha doğrusu, önalım olgusundan bahsedilemeyecektir.²³⁴ Böylece örneğin vakıf kurma işlemi tek taraflı bir hukuki işlem olup, taşınmazın maliki bir vakıf kurarak önalım hakkına konu taşınmazı vakfa özgülerse, bu işlem bir önalım olgusu teşkil etmeyecektir.²³⁵

Bir diğer husus, taşınmaz satış sözleşmesine muadil hukuki işlemin her iki tarafa da borç yükleyen bir sözleşme olmakla birlikte, ekonomik yaklaşım gereği, satış sözleşmesindeki borçlandırıcı işlemin vasıfları veya edimler arasındaki tam bir mütekebuliyeti (karşılıklılığı) ifade eden genetik, kondisyonel ve fonksiyonel bir synallagma aranmamalıdır.²³⁶

Örneğin taşınmazın satışını konu edinen sözleşmede tarafların edimleri bir mütekebuliyet ilişkisi içinde olup, satıcı malın zilyetliğini ve mülkiyetini devretmekle yükümlüken, alıcı da buna karşılık olarak satış bedelini ödemek

²³⁴ RÜEGG, S. 257, PN. 658 ff.; Krş. AYDOĞDU, s. 46

²³⁵ MAIER-HAYOZ, ZGB Art. 681, PN. 167 in: Berner Kommentar; STREBEL, S. 125, PN. 395; SUTTER, S. 279; RÜEGG, S. 19, PN.60.

²³⁶ Bkz. EREN, Genel Hükümler, s. 211.

zorundadır. Satış sözleşmesi örneğinde tebarüz eden karşılıklılık, ekonomik yönden satışa muadil hukuki işlemde katı bir yaklaşımla ele alınmamalıdır.²³⁷ Fakat hukuki işlemin her iki tarafa da borç yüklemesi şartının mefhumu muhalifi (zıt anlamı), tek tarafa borç yükleyen örneğin bağış gibi sözleşmelerin satışa denk (muadil) önalım olgusu içinde değerlendirilemeyeceğine delalet etmektedir.²³⁸ Hakim görüşüne göre, karma bağışlar da önalım olgusu içinde değerlendirilmemektedir, velev ki bağışlayan malik, önalım hakkı alacaklısının önalım hakkını kullanmaya mani olmak istesin. Önemli olan sonuçta gerçekten bağış niyetiyle hareket etmesidir.²³⁹ Tespit edilmesi gereken bir diğer husus edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi çerçevesinde malın mülkiyetinin katılma alacağından doğan borcun ifası kapsamında diğer eşe malın mülkiyetinin nakledilmesi durumunda, önalım olgusunun doğmayacağıdır.²⁴⁰

2. Hukuki İşlemin Taraflarının Özdeş Olmaması

Bazen bir hukuki işlemin tarafları şeklen farklı gibi görünseler de her iki taraf da aynı irade tarafından yönetilmekte daha doğrusu taraflardan birisi, diğer tarafın hakkında kendi menfaatleri lehine karar alabilmektedir.²⁴¹ Örneğin ana ortaklık ile bağlı ortaklık arasında bu tarzda bir ilişki oluşması mümkündür. Satış sözleşmesinde alıcı ve satıcı iki farklı taraf olarak karşılıklı menfaatlerini birbirleriyle değiştirmektedirler. Satıcı malı vermekte alıcı ise buna mukabil bir bedel ödemektedir. Menfaatler birbirleriyle bir zıtlık bir karşılık içinde bulunmaktadır.²⁴² Halbuki hukuki işlemin taraflarının özdeş olduğu durumlarda şeklen iki farklı taraf gözüke de veya taraflar satış

²³⁷ RÜEGG, S. 257, PN. 661.

²³⁸ STREBEL, S. 118, PN. 378; RÜEGG, S. 258, PN. 662-663.

²³⁹ RÜEGG, S. 261, PN. 673; Krş. AYDOĞDU, s. 49.

²⁴⁰ RÜEGG, S. 258, PN. 664; AYDOĞDU, s. 48.

²⁴¹ RÜEGG, S. 259, PN. 666.

²⁴² RÜEGG, S. 259, PN. 667.

sözleşmesinin şekli şartlarını yerine getirmiş olsalar da aslında taraflar ekonomik olarak gerçekleştirecekleri fiiller için hukuki birtakım formları kullanmaktadırlar. Görünüşte satış şeklinde ortaya çıkan işlemde alıcı ve satıcı menfaatleri arasında var olması gereken zıtlık, karşıtlık bulunmadığı için, maddi anlamda bir satış sözleşmesi bulunmamaktadır. Daha doğrusu taşınmazda tecessüm etmiş, somutlaşmış olan değer tahavvülü veya değişimi değil, yalnızca aslında bir iradenin yönetimi altındaki malvarlığının yeniden yapılandırılması söz konusudur.²⁴³ Örneğin tek ortaklı bir şirkette şirketin mülkiyetindeki önalım hakkına konu taşınmazın, şirketin tek ortağına satılması halinde bir önalım olgusunun gerçekleştiğinden bahsedilemeyecektir. Veya ana şirkete bağlı bir şirketten, aynı ana şirkete bağlı başka bir şirkete yapılan satışlarda da aynı durum söz konusu olacak ve bu durum önalım olgusu olarak kabul edilmeyecektir.²⁴⁴

3. Üçüncü Kişinin Para veya Paraya Muadil Ekonomik Bir Değeri Borçlanması/İfası

Üçüncü kişi ile yapılan sözleşmede üçüncü kişinin borcu, belli bir para borcunun ifası veya ekonomik olarak paraya muadil bir edimin yerine getirilmesi olmalıdır.

a) Üçüncü Kişinin Para Borcu

Üçüncü kişi ile yapılan sözleşmede üçüncü kişinin borcunun para borcu olarak kararlaştırıldığı durumda taraf iradelerine göre kararlaştırılan para borcu önalım sözleşmesinin borçlusunun taşınmaz devri edimine **tam bir karşılık** teşkil etmelidir.²⁴⁵

²⁴³ RÜEGG, S. 259, PN. 667.

²⁴⁴ RÜEGG, S. 259, PN. 668.

²⁴⁵ RÜEGG, S. 261, PN. 672.

aa) Üçüncü Kişiyeye Bağış

Önalım hakkı ile yüklü taşınmazın üçüncü bir kişiyeye herhangi bir karşı edim belirlenmeksizin bağışlandığı durumlarda gerek her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmadığı için gerekse hukuki işlemde bağışlananın şahsı ön planda olduğu ve bağış sözleşmesinin yapılmasında etkili olduğu için, yapılan bağış sözleşmesi önalım olgusu içinde görülmeyecek ve önalım hakkı doğmayacaktır.²⁴⁶

Alman hukukunda da bağış sözleşmesinin önalım hakkının doğumuna sebebiyet vermeyeceği tartışmasız biçimde kabul edilmektedir.²⁴⁷

bb) Üçüncü Kişiyeye Yapılan Karma Bağış

Satış ve bağış sözleşmesinin unsurlarının bir araya getirildiği karma bağışta²⁴⁸ ise taşınmazı edinen üçüncü kişinin edimi tam bir karşılık şeklinde olmayıp, satış kısmen ivazlı kısmen ivazsız gerçekleşmektedir. Karma bir bağışın kabulü için bir yandan edimler arasında açık bir orantısızlık şarttır. Öte yandan taraf iradeleri yapılan kazandırmanın kısmen ivazsız olması noktasında birbiriyle uyumlu olmalıdır. Tarafların bu yöndeki iradesi yani bağış arzusu, mülkiyeti devir borcu doğuran resmi şekilde düzenlenmiş senetten (TMK m. 706) anlaşılmalıdır.²⁴⁹ İsviçre'deki hâkim görüş ve uygulama, karma bağıştaki bağış unsuru sebebiyle ekonomik açıdan satışa muadil bir hukuki işlemde bahsedilemeyeceğini, aynen bağışta olduğu gibi karma bağışta da

²⁴⁶ SCHMÍD, S. 75; STREBEL, S. 118, PN. 378; AVCI-BRAUN, TBK m. 240, PN. 5; TBK-İstanbul Şerhi.

²⁴⁷ SCHERMAIER, Martin Josef, BGB § 463 PN. 14, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB- Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 433-480 (Kaufrecht); BURBULLA, S. 34 Fn. 173'te anılan yazarlar.

²⁴⁸ Karma bağış kavramı için bkz. KOLLER, Alfred, Vorkaufsberechtigung bei Veräußerungsgeschäften, die Teil einer gemischten Schenkung sind, in: Teil VI - Obligationenrecht und weitere Rechtsgebiete (Hrsg), RUMO-JUNGO, Alexandra/ PÍCHONNAZ, Pascal/ HÜRLÍMANN-KAUP, Bettina/FOUNTOULAKÍS, Christiana, PN. 756 ff.

²⁴⁹ RÜEGG, S. 261, PN.673.

bağışlananın kişiliğın ön planda olduğunu dolayısıyla karma bağışta önalım olgusunun mevcut olmadığını kabul etmektedir.²⁵⁰ Daha açık bir ifadeyle, sözleşmeyi karma bağış haline getiren indirimli bedel malı edinen üçüncü kişinin şahsına özgü bir durumdur.²⁵¹ Hatta bizce doğru olmayan bir görüşe göre, önalım yükümlüsünün satış bedelindeki indirimi (tenzilatı) daha doğrusu bağış sırf önalım hakkının kullanılmasına mâni olmak gayesiyle yapması halinde de durum değişmeyecektir. Zira önemli olan üçüncü kişi ile yapılan sözleşmenin objektif şekli olup, bu anlamda önalım yükümlüsünün niyeti sözleşmenin niteliğinde bir muvazaaya sebebiyet vermediği sürece mühim değildir.²⁵² Daha önce belirtildiği gibi hâkim görüş karma bağışın önalım hakkına vücut vermeyeceği yönünde ise de azınlıkta kalan bir görüş belli kayıtlarla karma bağış önalım olgusu olarak nitelendirmektedir. Söz konusu görüş karma bağışın önalım olgusu teşkil ettiği duruma örnek olarak öncelikle karma bağış üzerinden önalım hakkı sahibinin haklarının engelleme amacına dönük teşebbüsleri ve bağış unsurunun sözleşmesel ilişkide yalnızca tâli bir edim teşkil ettiği durumları misal olarak getirmektedir.²⁵³ Karma bağışta önalım hakkının doğabileceğine bir başka örnek ise, nitelikli (mevsuf) önalım hakkıdır. Bilindiği üzere nitelikli önalım

²⁵⁰ SCHMİD, S. 75; KOLLER, Alfred, Vom Grundstückkauf im Allgemeinen, in: Koller Alfred (Hrsg.), Der Grundstückkauf, Bern, 2017, PN. 79; GİGER, Berner Komm, PN. 18; REY, (1994), S. 50, Fn. 57; BRUCKNER, S. 533, PN. 85; ROBERTO, (1993), S. 173. WERREN, Der Vorkaufsfall, S. 5; MAIER-HAYOZ, ZGB Art. 681, PN. 171 in: Berner Kommentar; STREBEL, S. 119, PN. 380; SUTTER, S. 279; ŞIPKA, s. 97.

²⁵¹ MAIER-HAYOZ, ZGB Art. 681, PN. 171 in: Berner Kommentar.

²⁵² RÜEGG, S. 261 PN. 673; Farklı bir kanaat için bkz. MAIER-HAYOZ, ZGB Art. 681, PN. 171 in: Berner Kommentar; STREBEL, S. 119, PN. 381; ISLER, S. 59; STARK, OR Art. 216c PN. 3, in: KURZKOMMENTAR.

²⁵³ ISLER, Leana, Maria, Die im Grundbuch vormerkbaren persönlichen Rechte (Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrecht; Miete und Pacht) und ihre steuerrechtliche Behandlung, Diss. Zürich, 1989, S. 59; ISLER, S. 59; WERREN, Der Vorkaufsfall, S. 5.

hakkında önalım hakkı alacaklısının önalım hakkını hangi şartlar altında kullanabileceğine dair somut kararlaştırmalar söz konusudur. Bu anlamda önalım hakkının hangi bedel üzerinden kullanılacağı da bellidir. Dolayısıyla, malik malı üçüncü kişiye aralarındaki şahsi ve özel ilişkiye dayanarak, mali gerçek değerinin altında satsa bile, önalım hakkı sahibi üçüncü kişi ile kararlaştırılan bedel üzerinden değil, daha önce kararlaştırılan bedel üzerinden önalım hakkını kullanacağı için, yapılan kazandırmanın üçüncü kişinin şahsına münhasır olduğu, önalım hakkı alacaklısının bundan istifade edememesi gerektiği şeklindeki, karma bağışın, önalım olgusu olarak değerlendirilmesinin önündeki itiraz, boşa çıkmış olacaktır. Çünkü önalım hakkı alacaklısı, önalım sözleşmesinde kararlaştırılan bedeli ödeyeceği için yani bedelin önceden belli olması sebebiyle, üçüncü kişinin şahsına özgü olarak yapılan indirimden istifade edememektedir.²⁵⁴

Buna karşın malın gerçek değerinden daha uygun bir bedel karşılığında satıldığı durumda, karma bağıştan farklı olarak satıcı üçüncü kişiye bağış suretinde bir kazandırma yapmak niyetinde olmadığı için daha doğrusu malın piyasa fiyatının altında satılmasının sebebi başka özel koşullar olduğu için önalım olayının varlığı kabul edilmektedir.²⁵⁵ Netice olarak üçüncü kişi ile yapılan sözleşmenin karma bağış mı, yoksa salt bir fiyat indirimi mi olduğu, önalım hakkı açısından son derece önemli bir husus olup, karma bağış niteliğinde kabul edilebilmesi için malın piyasa değerinden en az yüzde yirmi oranında daha düşük bir bedele satılması gerekmekte olup, bunun oranın altında oranlar salt bir fiyat indirimi olarak kabul edilmeli ve önalım olgusu kapsamında görülmelidir.²⁵⁶

²⁵⁴ ISLER, S. 59.

²⁵⁵ RÜEGG, S. 262, PN.674.

²⁵⁶ RÜEGG, S. 262, PN.674.

Alman hukukunda ise öncelikle taraf iradelerinin bu yönde olup olmadığına bakılmaktadır. Şayet taraflar diğer sözleşmelerin örneğin karma bağışın da önalım olgusu olarak sayılacağı hususunda anlaşmışlarsa, karma bağış da önalım hakkının doğumuna sebebiyet verecektir.²⁵⁷ Bu tarzda bir anlaşmanın mevcut olmadığı durumda ise, hâkim görüş karma bağışın önalım hakkının doğumunu sağlamayacağı kanaatindedir.²⁵⁸ Bir başka görüş ise, hukuki işlemin bağış teşkil eden kısmının mı yoksa bir ivaza karşılık gelen kısmının mı ön planda olduğuna göre sorunun cevaplanması gerektiğini belirtmektedir. Önalım hakkı yükümlüsü için karşılaştırılan ivaz ön planda ise, bu ivaz önalım hakkı sahibi tarafından da yerine getirilebileceği için, karma bağış önalım hakkının kullanımına mâni teşkil etmemelidir. Buna karşın sözleşmede bağış unsuru ve kastı ön planda ise ve önalım hakkı sahibinin bağışlanan yerine geçmesi önalım yükümlüsünü tatmin etmiyorsa, önalım hakkının kullanımı için gerekli önalım olgusu doğmamış demektir.²⁵⁹

Hatır satışları olarak isimlendirilen, eşyanın fiyatını belirlemede taraflar arasındaki kişisel ilişkilerin belirleyici olduğu ve buna göre belirlendiği durumlar iki şekilde ortaya çıkmaktadır. İlk durum örneğin finansal krizde olan yeğenine katkıda bulunma amacıyla malın amca tarafından olduğundan yüksek bir fiyata satın alınmasıdır. İkinci durum ise kişisel sebeplerle malın piyasa değerinden düşük bir meblağa satılmasıdır.²⁶⁰ İlk durumda yani malın piyasa fiyatının oldukça üzerinde satıldığı ihtimalde, önalım olgusunun gerçekleştiği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.²⁶¹

²⁵⁷ BURBULLA, S. 36.

²⁵⁸ BURBULLA, S. 36.

²⁵⁹ BURBULLA, S. 37.

²⁶⁰ BURBULLA, S. 38.

²⁶¹ SCHERMAIER, BGB § 463 PN. 14, in: Staudinger (2014) BGB, Buch 2.

Hatır satışlarında da aynen karma bağışta olduğu gibi karşılıksız bir kazandırma olduğunu savunan görüşe göre²⁶² hatır satışlarını karma bağışlardan ayrı bir muameleye tabi tutmak için bir sebep bulunmamaktadır.

SCHURIG, şahsi ilişkilerin ön planda olduğu satışlar bakımından, önalım hakkının kullanılmaması gerektiğini savunmaktadır.²⁶³ Buna karşın hatır satışları ile karma bağış arasında ince bir fark bulunmaktadır. Hatır satışlarında muhtemelen bir başka satıcı da belirlenen fiyatla malı satmaya razı olabilecektir. Yani belirlenen fiyat hukuki ilişkiyi bir satış olmaktan çıkarmamakta ve kâr amaçlı hareket eden piyasa aktörleri için mümkün ve muhtemel bir hukuki ilişki vasfını kaybetmemektedir. Halbuki, karma bağışta ise fiyat piyasada söz konusu mal için belirlenen alt sınırın altına düşmekte ve bu seviyede bir kazandırma ancak kişisel birtakım motivasyonların eşlik etmesi durumunda mümkün olmaktadır. Daha doğrusu piyasada belirlenen sınırın altına düşen fiyat belirlemeleri için en makul açıklama olaydaki bağış kastıdır.²⁶⁴ Sonuç olarak karma bağışta önalım hakkı doğmazken, hatır satışlarında önalım hakkı doğmaktadır.²⁶⁵

b) Üçüncü Kişinin Ekonomik Olarak Paraya Denk Bir Edimi Borçlanması/ İfası

İsviçre'deki sözleşmesel ve kanuni önalım hakkında değişiklikler öngören yasanın gerekçesinde yapılan aksi yöndeki açıklamalara rağmen²⁶⁶, önalım hakkını devralan üçüncü kişinin edimi bir para olmak zorunda olmayıp ekonomik olarak paraya muadil misli eşyalardan da teşekkül

²⁶² SCHURIG, S. 137.

²⁶³ BURBULLA, S. 38.

²⁶⁴ SCHERMAIER, BGB § 463 PN. 16 in: Staudinger (2014) BGB, Buch 2.

²⁶⁵ SCHERMAIER, BGB § 463 PN. 16 in: Staudinger (2014) BGB, Buch 2.

²⁶⁶ BBI 1988 III 1079, <https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10050883>, E.T.: 26.12.18.

edebilir.²⁶⁷ Ekonomik yaklaşım gereğince üçüncü kişinin ediminin para veya ekonomik olarak paraya eşdeğer bir misli eşya olması arasında fark olmamalıdır.²⁶⁸ Misli eşya kavramı § 91 BGB’de açıkça tanımlanmıştır: Misli eşya, hukuki muamelelerde, münasebetlerde ekseriya/usulen/âdeten sayı, ölçü ve ağırlık gibi kıstaslara göre tayin edilen menkul eşyadır. Veya sayı, ölçü, ağırlık gibi kıstaslara göre belirlenmesi adet haline gelmiş taşınır eşyadır. Yalnız önalım hakkı kapsamında karşı tarafın edimi yalnızca misli eşya ile sınırlandırılmamalı, eşya vasfında olmayan yapma edimleri dahi şahsi olmamak kaydıyla (OR Art. 68) “misli” kavramı içinde değerlendirilerek ekonomik olarak paraya denk edimler içinde değerlendirilmelidir. Yine aynen para da olduğu üzere, kararlaştırılan edim gerek misli bir eşya olsun gerekse şahsi nitelikte olmayan bir yapma borcu olsun, satılan taşınmaza tam bir karşılık teşkil etmelidir.²⁶⁹

Doktrinde bir görüş biraz daha ileri giderek, üçüncü kişinin ediminin gayri misli nitelikte olduğu durumlarda dahi, bu gayri misli nitelikte edimin parasal bir değere dönüştürülebilmesi kaydıyla ekonomik olarak paraya denk bir değer kabul edilerek, üçüncü kişi ile yapılan hukuki işlemin önalım hakkının kullanımına imkan veren önalım olgusu oluşturacağını iddia etmektedir, meğer ki taşınmazın maliki için elde ettiği gayri misli nitelikteki karşı edimin kendisi bizzat parayla ifade edilemeyecek bir değer taşısın ve malikin söz konusu gayri misli karşı edimle ilgili özel bir menfaati olsun.²⁷⁰ Bununla beraber karşı edimin gayri misli olduğu durumlarda, satıcının bu

²⁶⁷ RÜEGG, S. 263, PN. 676; Krş. HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZGB Art. 681 PN 32, in: Zürcher Kommentar.

²⁶⁸ RÜEGG, S. 263, PN. 676.

²⁶⁹ RÜEGG, S. 263, PN. 676.

²⁷⁰ RÜEGG, S. 263, PN. 677.

gayri misli eşyaya özel bir menfaatinin olduğu yönünde adi bir karine vardır. Fakat bu adi karine önalım hakkının alacaklısı tarafından tüm şartlar dikkate alınarak her zaman çürütülebilir.²⁷¹ Her hâlükârda taşınmazın satışında üçüncü kişinin karşı edimi parasal bir değere tekabül etmeli veya kıymeti parasal olarak takdir edilebilmelidir.²⁷²

aa) Üçüncü Kişi ile Yapılan Trampa Sözleşmesi Neticesinde Malın Mülkiyetinin Trampa Sözleşmesinin Diğer Tarafı Üçüncü Kişiye Nakli

Önalım hakkına konu taşınmaz üzerinde üçüncü kişi ile yapılan trampa sözleşmesinin önalım olgusu teşkil edip etmediği İsviçre doktrininde tartışmalıdır. OR gerekçesine ve İsviçre'deki birtakım yazarlara²⁷³ göre trampa sözleşmesi kural olarak önalım olgusu olarak kabul edilmemektedir, meğer ki trampa sözleşmesi ile amaçlanan şey dürüstlük kurallarına aykırı biçimde önalım hakkının kullanılmasının engellenmesi olsun.²⁷⁴

Sonuç odaklı görüşe göre aranan en temel şartlardan birisi olan, taşınmaz mülkiyetinin eşya hukuku kuralları bağlamında karşı tarafa nakli koşulu trampa sözleşmesinde gerçekleşmiş olsa bile, trampa sözleşmesinde, trampa sözleşmesine taraf üçüncü kişinin yerine getirdiği karşı edim herkesçe yerine getirilebilir bir edim olmadığı, yani parça borcu olduğu için taşınmazın mülkiyetinin nakline rağmen önalım olgusu vuku bulmayacaktır. Bu noktayı dikkate alan bir diğer görüşe göre ise trampada üçüncü kişinin karşı edimi

²⁷¹ RÜEGG, S. 263, PN. 677.

²⁷² RÜEGG, S. 263, PN.678.

²⁷³ MAIER-HAYOZ, ZGB Art. 681, PN. 172 in: Berner Kommentar; SUTTER, S. 279; Krş. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 255

²⁷⁴ STREBEL, S. 98, PN. 305; Federal Mahkeme'nin bu yöndeki kararı (BGE 94 II 342, E.2) için bkz. RÜDLINGER, S. 8.

misli nitelikte olduğu sürece²⁷⁵ veya gayri misli olsa bile önalım borçlusunun gayri misli eşyaya özel bir menfaati yoksa ya da özel bir önem arz etmiyorsa, trampa sözleşmesi de önalım olgusu olarak nitelendirilmelidir.²⁷⁶ Buna göre üçüncü kişinin ediminin altın veya hisse senetleri gibi misli eşya olduğu durumda önalım olgusu gerçekleşmiş sayılacak, buna mukabil üçüncü kişinin edimi başka bir taşınmazın mülkiyetinin nakli gibi gayri misli bir parça borcu ise, kural olarak önalım olgusu gerçekleşmiş sayılmayacaktır. Fakat önalım borçlusunun alacaklısı olduğu taşınmazı edinmeye dönük özel bir menfaati yoksa, amacı esas itibarıyla sattığı taşınmaza karşılık maddi bir değer edinmekse bu durumda da karşı edim gayri misli olsa da önalım olgusunun varlığına hükmedilecektir.²⁷⁷ Sonuç olarak trampa sözleşmesinin bir önalım olgusu teşkil edip etmediği sorusunun cevabı, sözleşmede, taşınmazın mülkiyetinin karşı tarafa nakline karşılık kararlaştırılan üçüncü kişinin karşı edimin misli nitelikte olup olmadığı ile ilgilidir.²⁷⁸ Karşı edim şayet misli nitelikte ise, yani, önalım hakkı sahibi de söz konusu edimi yerine getirmeye muktedir ise, önalım olgusu gerçekleşmiş sayılacaktır.

Trampa sözleşmesinde, önalım hakkı ile yüklü taşınmazın maliki taşınmazın mülkiyetini üçüncü kişiye devretmesine karşılık elde ettiği karşı

²⁷⁵ REY (1994), S. 50 Fn. 55; SCHENKER, URS Vorkaufsrechte, Vorhandrechte und Mitverkaufsrechte im Zusammenhang mit M&A-Transaktionen, in: Tschäni Rudolf (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XV, Zürich, 2013, S. 245 ff., S. 259; SCHMID, S. 76-77; ATTESLANDER-DÜRRENMATT, Art. 216c PN. 4, in: OR Kommentar; AVCI-BRAUN, TBK m. 240, PN. 6, TBK-İstanbul Şerhi; GÜMÜŞ, misli mal olsa bile, önalım olayının gerçekleşmeyeceğini savunmaktadır. Bkz. GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I, İstanbul, 2012, s. 163.

²⁷⁶ STREBEL, S. 136, PN. 431; RÜEGG, S. 264, PN. 678.

²⁷⁷ RÜEGG, S. 264, PN. 680.

²⁷⁸ STREBEL, S. 100, PN. 313; Krş. ŞIPKA, s. 100. Yargıtay bir kararında (Y. 6. HD., 18.12.1953, 7986/6433), 'Taraflar arasında yapılan işlemde trampa vasfının galip bulunduğundan önalım hakkının kullanılmasının mümkün olmadığını' kabul etmiştir. Konuya dair diğer Yargıtay kararları için Bkz. YILDIZ, s. 137 vd.

edimi yani misli eşyayı, satarak kolayca paraya çevirebilecektir. Şu hâlde mal satılmış olsaydı karşı edim para olarak ifa edileceği için, bu tarz bir trampa sonuçları itibariyle satış ile aynı anlama gelecektir. Kaldı ki bu muhtevadaki bir trampadaki karşı edimi, önalım hakkı alacaklısı kişi de pekâlâ yerine getirebilecektir.²⁷⁹ Trampanın üçüncü kişinin önalım hakkını engellemek için bir araç olarak kullanıldığı durumlarda ise, önalım olgusunun varlığının gerçekleştiği kabul edilmelidir.²⁸⁰

Değnilmesi gereken bir diğer husus, tarafların, iki taşınmaz için iki farklı satış sözleşmesi yaptıkları, fakat kararlaştırılan bedelleri takas ettikleri durumda, bu durumun önalım olgusu olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususudur. Doktrin bu tarzda yapılan takas içerikli bir satışı, önalım olgusu olarak değerlendirmektedir.²⁸¹

Alman hukukunda da trampa sözleşmesine genel yaklaşım İsviçre hukuku ile uyumlu olup, trampa sözleşmesinin önalım olgusu teşkil etmediği yönündedir.²⁸² Bununla birlikte bir ayırma gidilmekte ve karşı edimin BGB § 91 kapsamında misli eşya olduğu durumlarda, önalım hakkı ile yüklü taşınmazın bir trampa sözleşmesine konu olmasının üçüncü kişinin önalım hakkını doğuracağı kabul edilmektedir. Yani trampa sözleşmesindeki karşı edim önalım alacaklısı tarafından da yerine getirilebiliyorsa, trampa önalım hakkını doğuracaktır.²⁸³ Aksi takdirde yani trampa edilen taşınmaza mukabil karşı edim de gayri misli nitelikteyse, ki çoğunlukla böyledir, ana yaklaşıma

²⁷⁹ SCHENKER, S. 259-260.

²⁸⁰ Krş. SCHENKER, S. 260, örneğin malı satan kişinin edindiği malvarlığı değerleri ile ilgili kendisine söz konusu değerleri gelecekte belli bir fiyattan satma hakkı veren satış opsiyonu (Put-Option) verildiğinde, her ne kadar bir trampa söz konusu olsa da sonuçları itibariyle satışla hedeflenen amaç gerçekleşmiş olacaktır.

²⁸¹ STREBEL, S. 98, PN. 308.

²⁸² SCHERMAIER, BGB § 463 PN. 13, in: Staudinger (2014) BGB, Buch 2; WESTERMANN, BGB § 463 PN. 21, in: Münchener Kommentar.

²⁸³ SCHERMAIER, BGB § 463 PN. 13 in: Staudinger (2014) BGB, Buch 2.

bağlı kalınarak, trampa sözleşmesi önalım hakkının doğumuna sebebiyet vermeyecektir.²⁸⁴ Trampa sözleşmesinin önalım olgusu olarak değerlendirilmemesinin önalım hakkı sahibi aleyhine bir durum teşkil ettiği veya önalım hakkı sahibinin korunmadığı iddiası karşısında, tarafların daha önce yapmış oldukları önalım sözleşmesi ile trampanın önalım olgusu olarak kabul etme imkanları olduğu dile getirilmektedir.²⁸⁵ Ortada bir satış mı yoksa trampa mı olduğu hususunda taraflarca yapılan nitelendirmeler veya isimlendirmeler mühim olmayıp, tarafların hukuki işlemle takip ettikleri ekonomik amaç önemsenmelidir. Mühim olan veya odaklanılması gereken soru, sözleşme içeriğine göre taraf yükümlülüklerinin bir eşyanın teslimi olup olmadığı veya tarafların eşyaların değiş tokuşunu (mübadelesini) hedefleyip hedeflemedikleridir.²⁸⁶ İki taşınmaz için tarafların iki satış sözleşmesi yaptıkları ve iki farklı satış bedeli kararlaştırdıkları fakat satış bedellerini takas ettikleri durumda, tarafların hedefledikleri husus eşyaların mübadelesi olmayıp, bir bedel karşılığında taşınmazı edinmek olduğu için bu tarz bir sözleşme önalım olgusu olarak görülecektir.²⁸⁷

Özellikle otomobil satışlarında sıkça rastlanan bir durum olarak, taraflardan birisinin ediminin bir eşyanın teslimi artı parasal bir bedel, diğer tarafın edimin ise yalnızca bir eşyanın teslimi olduğu hallerde, taraf menfaatleri ve amaçları dikkate alınarak borcu eşya teslimi ve para ödenmesi olan taraf açısından hangi edimin asli edim olduğu belirlenmelidir.²⁸⁸ Buna göre aracı satın alan kişinin asli edimi parasal nitelikte olup, ayrıca teslim

²⁸⁴ BURBULLA, S. 31 ff.

²⁸⁵ BURBULLA, S. 31 ff.

²⁸⁶ SCHERMAIER, BGB § 463 PN. 13 in: Staudinger (2014) BGB, Buch 2.

²⁸⁷ Krş. SCHERMAIER, BGB § 463 PN. 13 in: Staudinger (2014) BGB, Buch 2.

²⁸⁸ SCHERMAIER, BGB § 463 PN. 13 in: Staudinger (2014) BGB, Buch 2.

ettiği araç tali nitelikte cüzi bir meblağa tekabül ediyorsa bir satış sözleşmesinin varlığından hareket edilebilir. Dolayısıyla bu durumda önalım hakkı doğacaktır. Durum tam tersi ise, yani önalım yüküsü olup aracı satın alan kişinin asli edimi kendine ait bir otomobili karşı tarafa teslim etmekle birlikte cüzi bir bedelin ödenmesi de kararlaştırılmışsa, bir trampa olduğunu kabulle, önalım hakkı doğmayacaktır. İfade edildiği üzere asıl mesele taraflar nezdinde asli edimin ne olduğunu belirlemek olmakla birlikte edimler arasındaki niceliksel ilişki ulaşılabilecek sonuçta dikkate alınmalıdır.²⁸⁹

Yargıtay'ın konuya ilişkin tutumuna gelince, Yüksek Mahkeme'nin konunun gündeme geldiği ilk yıllardan itibaren istikrarlı biçimde trampa sözleşmesini önalım olgusu olarak görmediği bilinen bir husustur.²⁹⁰ Dava taraflarınca yaygın bir yanlış olarak takas olarak nitelendirilen fakat aslında trampanın söz konusu olduğu bir kararda Yüksek Mahkeme trampa sözleşmesini önalım olayı olarak görmemiştir.²⁹¹ Yargıtay kararlarında, soruna çoğunlukla muvazaa açısından yaklaşıldığı muvazaa iddiası ispat edilmediği sürece, trampanın önalım olgusu teşkil edip etmediğinin tartışılmadığı, şayet muvazaa iddiası ispat edilmemişse, trampanın önalım hakkını doğuran önalım olgusu olarak kabul edilmediği görülmektedir.²⁹²

²⁸⁹ Aksi yönde bkz. SCHERMAIER, BGB § 463 PN. 13 in: Staudinger (2014) BGB, Buch 2.

²⁹⁰ Bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR (2018), s. 538 dipnot 1145'teki kararlar.

²⁹¹ Y.6.H.D..18.02.2002-703/119, kararı aktaran, TURANBOY, s. 611.

²⁹² Yargıtay'ın bu minvalde birçok kararı bulunmaktadır. Aktarılan gözleme ilişkin bazı karar örnekleri için bkz.

Y. 14. H.D. T. 26.6.2018, E. 2018/809, K. 2018/4844; Y. 14. H.D. T. 26.6.2018, E. 2018/1059, K. 2018/4843;

Y. 14. H.D. T. 9.10.2018, E. 2016/2665, K. 2018/6479; Y. 14. H.D. T. 12.12.2018, E. 2016/3304, K.

2018/8939 (KHO). E.T. 03.06.2019

**bb) Üçüncü Kişi ile Yapılan Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi
Neticesinde Malın Mülkiyetinin Bakım Borçlusunu Üçüncü Kişiye Nakli**

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, bakım borçlusunun bakım alacaklısını ölünceye kadar bakıp gözetmeyi, bakım alacaklısının da bir malvarlığını veya bazı malvarlığı değerlerini ona devretme borcunu üstlendiği sözleşme olup her zaman ivazlı bir sözleşmedir (TBK m. 611, OR Art.521).²⁹³ Bakım alacaklısının devretme yükümlülüğünü üstlendiği taşınmaz aynı zamanda önalım hakkına konu olan taşınmaz olabilir. İsviçre’de hâkim görüş ve uygulama, ölünceye kadar bakma sözleşmesinin gereği olarak malın mülkiyetinin üçüncü kişiye naklini önalım olgusu olarak tavsif etmemektedir.²⁹⁴ Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin önalım olgusu olarak nitelendirilmemesinin sebebi, her şeyden önce, bu sözleşmenin şahsi nitelikte bir borç ilişkisi olmasıdır.²⁹⁵ Dolayısıyla üçüncü kişi durumundaki bakım alacaklısının edimi şahsi nitelikte olup misli bir borç olarak görülemez. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde malın mülkiyetinin karşı tarafa nakli karşılığında yerine getirilecek olan karşı edim, bakım borçlusunun şahsı ile çok yakından ilgili olup, bakım borçlusunun ifa edeceği edimi önalım hakkı sahibi yerine getiremez.²⁹⁶ Önalım sözleşmesinin borçlusunun malın mülkiyetini devrettiği üçüncü kişi olan bakım borçlusunun edimine özel bir menfaati olduğunu varsaymak mümkündür. Ancak bir diğer görüşe göre bu aksi ispat edilebilir bir durumdur. Diğer bir deyişle önalım hakkının alacaklısı, üçüncü kişi konumundaki bakım borçlusunun edimini kendisinin de yerine

²⁹³ STREBEL, S. 104, PN. 329.

²⁹⁴ SCHMİD, S. 76; SIMONIUS/SUTTER, S. 370 PN. 62; STREBEL, S. 105, PN. 331; SUTTER, PN. 279; RÜEGG, S. 264 PN.680; ISLER, S. 58; STARK, OR Art. 216c PN. 3, in: KURZKOMMENTAR; ATTESLANDER-DÜRRENMATT, Art. 216c PN. 3, in: OR KOMMENTAR

²⁹⁵ STREBEL, S. 104, PN. 330.

²⁹⁶ REY, (1994), S. 50 Fn. 57; GÜRISOY/EREN/CANSEL, s. 636.

getirebileceğini ispat edebilir. Buna göre önalım hakkına sahip olan kişi, ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım ve gözetim borcunun bizzat somut olaydaki borçlu tarafından yerine getirmesinde, önalım hakkının borçlusu şahsın özel bir menfaati olmadığını ispatlamak suretiyle istisnai olarak da olsa önalım olgusunun gerçekleştiğini kanıtlayabilir.²⁹⁷

cc) Üçüncü Kişi ile Yapılan Ömür Boyu Gelir Sözleşmesi Neticesinde Malın Mülkiyetinin Ömür Boyu Gelir Sözleşmesi Borçlusu Üçüncü Kişiye Nakli

Ömür boyu gelir sözleşmesi, gelir borçlusunun gelir alacaklısına, içlerinden birinin veya üçüncü bir kişinin ömrü boyunca belirli dönemsel edimlerde bulunmayı üstlendiği sözleşmedir (TBK m. 607/I, OR Art. 516 ff.). Ömür boyu gelir sözleşmesi bir ivaz mukabilinde yapılabileceği gibi ivaz olmaksızın da yapılabilir.²⁹⁸ Gelir borçlusunun borcu genellikle para şeklinde olup, istisnai olarak yiyecek gibi misli eşya olabilir.²⁹⁹ Ömür boyu gelir sözleşmesi bir ivaz mukabilinde yapılmış ise gelir alacaklısı kararlaştırılan edimi yerine getirmekle yükümlüdür. Bu anlamda gelir alacaklısının edimi bir taşınmazın mülkiyetini gelir borçlusuna geçirmek olabilir. Sorun ise mezkûr taşınmazın bir önalım hakkına konu olması durumunda ortaya çıkmaktadır. Daha basit ifade etmek gerekirse taşınmazın maliki önce yaptığı bir önalım sözleşmesiyle üçüncü kişiye bir önalım hakkı tanır, daha sonra ise aynı taşınmazı bir başkasıyla yaptığı ömür boyu gelir sözleşmesi gereği gelir borçlusuna devretmeyi yükümlenirse, önalım olgusu gerçekleşmiş kabul edilecek midir? İsviçre'deki hâkim görüşü³⁰⁰ ömür boyu gelir sözleşmesinde

²⁹⁷ RÜEGG, S. 265, PN. 682.

²⁹⁸ STREBEL, S. 103, PN. 322 ff.; EREN, Özel Hükümler, s. 806.

²⁹⁹ STREBEL, S. 102, PN. 321.

³⁰⁰ SCHMID, S.76; STREBEL, S. 104, PN. 326; MAIER-HAYOZ, ZGB Art. 681, PN. 171 in: Berner Kommentar; REY, (1994), S. 50, Fn. 57; REY, (2007), PN. 1263; SUTTER, S. 279; ISLER, S. 58; SIMONIUS/SUTTER, S. 370, PN. 62.

gelir alacaklısının karşı edim olarak önalım hakkına konu taşınmazı üçüncü kişiye devretmesi halinde, ömür boyu gelir sözleşmesinde taşınmazın mülkiyetinin devrinin büyük ölçüde gelir borçlusunun şahsına bağlı olması ve ona olan ciddi bir güvenden kaynaklanması sebebiyle, örneğin bu yüzden gelir alacağı için bir güvence istememesi, önalım olgusunun varlığını reddetmektedir.³⁰¹

Bir diğer görüş³⁰² ise öncelikle önalım hakkı yükümlüsü ile malın devredildiği üçüncü kişi arasındaki kişisel yakınlığın veya bu kişisel yakınlığa istinaden yapılan devirlerde bir bağış unsuru ön plana çıkmadığı sürece önalım olgusunun gerçekleşmesine etkisini reddetmektedir. Önalım hakkı ile yüklü taşınmazın malikinin üçüncü kişiye duyduğu güven sebebiyle taşınmazı devrettiği gerekçesine gelince, önalım hakkı alacaklısının önalım hakkını kullanabileceğini bilen önalım borçlusunu ömür boyu gelir sözleşmesi yaptığı kişiden olan alacağını bir güvenceye bağlanması şartıyla devretmişse, TBK m. 241/III gereği, önalım hakkını kuran sözleşmede aksi öngörülmemişse, önalım hakkı sahibi, taşınmazı, önalım hakkı borçlusunun üçüncü kişiyle kararlaştırdığı satışa ilişkin koşullarla kazanacağı için güvence şartı bu durumda da söz konusu olacaktır. Dolayısıyla önalım hakkının borçlusunu olan taşınmaz maliki, ömür boyu gelir sözleşmesinde güvence istemek suretiyle, önalım hakkı alacaklısını da güvence vermeye mecbur edebilir. Bu durumda bahsedilen güven ve kişisel ilişki noktasında ömür boyu gelir sözleşmesinin borçlusunu ile önalım hakkının alacaklısı arasında bir fark kalmayacaktır. Öte yandan gelir borçlusunu kişinin borcu çoğu zaman para borcu olduğu, istisnai olarak misli eşya olduğu için, gelir sözleşmesi ile satış sözleşmesi arasında

³⁰¹ RÜEGG, S. 265, PN. 683; STREBEL, S. 104, PN. 328.

³⁰² RÜEGG, S. 266, PN. 684.

büyük ölçüde bir benzerlik olup, tek fark, birinde paranın irat şeklinde ödenmesi, diğesinde ise bir sermaye olarak ödenmesidir. Sonuç olarak ekonomik yaklaşıma göre satış ile ömür boyu gelir sözleşmesi birbirine denktir. Yine aynı görüşe göre, üçüncü kişi ile yapılan ömür boyu gelir sözleşmesinde gelir borcu ile taşınmazın değeri arasında yüzde yirmi veya bu orandan fazla bir fark varsa, bu durumda sözleşmenin karma bağış niteliğinde olduğu kabul edilerek önalım olgusunun gerçekleşmediğine hükmedilmelidir.³⁰³

Alman hukukunda önalım hakkı ile yüklü eşyanın ya da taşınmazın ömür boyu gelir sözleşmesine veya ölünceye kadar bakma sözleşmesine³⁰⁴ konu olması halinde, Alman Federal Mahkemesi, mezkûr sözleşmeyi satış benzeri olarak nitelendirmiş ve söz konusu sözleşmeyi önalım olgusu içinde değerlendirmiştir.³⁰⁵ Doktrin ise ömür boyu gelir sözleşmesindeki gerek yerine getirilecek edimin süre ve miktar itibariyle belirsizliği gerekse ömür boyu gelir sözleşmesinin alacaklı tarafı hakkında belirsizlikler sebebiyle (yaşam süresi, sağlık durumu vs.), önalım hakkı ile yüklü taşınmazın ömür boyu gelir sözleşmesine konu olması durumunda, önalım olgusunun doğuşuna ihtiyatla yaklaşmakta ve bazı şartlar altında önalım olgusunun varlığına müspet cevap vermektedir.³⁰⁶ Bu fikre göre, önalım sözleşmesindeki borcun bizzat sözleşmedeki kişi tarafından yerine getirilmesinde ömür boyu

³⁰³ RÜEGG, S. 266, PN.684.

³⁰⁴ İsviçre Borçlar Kanunu'ndan ve Türk Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak Alman Medeni Kanunu'nda ölünceye kadar bakma akdi düzenlenmiş değildir. İsviçre'de ölünceye kadar bakma akdini karşılamak için kullanılan *Verpfändungsvertrag* Alman hukukunda bilhassa miras hukukunda her iki durumu da kapsayacak biçimde geniş anlamda kullanılmaktadır. Mukayesede fonksiyonel denklik gözetilerek açıklamaların ömür boyu gelir sözleşmesi üzerinden yapılması, benzer bir yaklaşımın ölünceye kadar bakma sözleşmelerine de taşınmasına mâni teşkil etmemelidir.

³⁰⁵ BURBULLA, S. 44.

³⁰⁶ BURBULLA, S. 44.

gelir sözleşmesi alacaklısının özel bir menfaati yoksa ve bu borcu önalım hakkı alacaklısı da yerine getirebilecekse, diğer bir ifadeyle önalım hakkı alacaklısı ömür boyu gelir sözleşmesinde kararlaştırılan süresi belirsiz edimi yerine getirmeye hazırsa, ömür boyu gelir sözleşmesinin alacaklısı olup, önalım yüklüsü taşınmazı üçüncü kişiye devreden malik, malın örneğin mirasçısı olan ömür boyu gelir sözleşmesi borçlusu şahısta yani mirasçısında kalması gibi bir amaç gütmüyorsa, önalım olgusu gerçekleşmiş sayılacak ve önalım hakkını kullanma imkanı doğmuş olacaktır.³⁰⁷

dd) Şirketler Hukuku Kapsamında Yürütülecek Faaliyetlerin Önalım Olgusu Bağlamında Değerlendirilmesi

Şirketler hukuku bağlamında ortaya çıkan belli başlı ihtimaller ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bir şirketin kuruluşunda hisse senetleri hususunda iştirak taahhüdünde bulunan kimsenin bu borcun ifası kapsamında önalım hakkına konu taşınmazı, hisse senetleri karşılığında aynı sermaye olarak getirmesi durumunda önalım olgusunun gerçekleşip gerçekleşmediği üzerinde kısaca durulmalıdır. İsviçre'deki hâkim öğretisi önalım hakkına konu olan taşınmazın iştirak sermayesi olarak bir anonim şirkete verilmesi halinde önalım olgusunun gerçekleşmeyeceğini kabul etmektedir.³⁰⁸ Gerekece olarak ise, taşınmazı sermaye olarak getiren kişinin buna karşılık bir para almadığı, önalım hakkı sahibinin de şirketçe ifa edilen karşı edimi (olayda hisse senetlerinin devri) ifaya muktedir olmadığı gösterilmektedir.³⁰⁹ Azınlıkta kalan bir görüş ise, önalım hakkına konu taşınmazın şirket kuruluşunda hisse senetleri karşılığında sermaye olarak aktarımını önalım olgusu olarak

³⁰⁷ BURBULLA, S. 44-43.

³⁰⁸ ISLER, S. 58; ROBERTO, S. 173; SUTTER, S. 279; STREBEL, S. 147, PN. 475; FASEL, OR Art. 216c PN. 6, in: BSK OR I, BGE 126 III 187. Ayrıntılı bilgi için bkz. FASEL, OR Art. PN.10, in: BSK OR I.

³⁰⁹ SCHENKER, S. 254; FASEL, OR Art. PN.6 in: BSK OR I; RÜEGG, S. 267, PN. 686.

nitelendirmektedir.³¹⁰ Üçüncü bir görüş³¹¹ ise sermaye olarak getirilen taşınmaz karşılığında edinilen hisse senetlerinin, toplam paylar içindeki oranından hareket etmektedir. Buna göre şayet sermaye olarak getirilen taşınmaz karşılığında hisse senetlerinin önemli bir kısmı taşınmaz malikine devrediliyorsa, hukuki işlemin tarafları arasında bir özdeşlik oluşacağı için bu önalım olgusu sayılmamalıdır. Şirkete taşınmazını hisse senetleri karşılığında sermaye olarak getiren hissedarın yanında başka ortaklar da hisse senetlerinin en az yüzde ellisine sahipse bu durumda taşınmazın hisse senetleri karşılığında şirkete sermaye olarak getirilmesi ekonomik olarak satışa denk hukuki işlem olarak takdir edilmeli ve önalım olgusu içinde mütalaa edilmelidir. Önalım hakkı yükümlüsü olan taşınmaz maliki ile hukuki ilişkiye geçen üçüncü kişinin ediminin muhakkak para olması gerekmediğini düşünen, misli şeylerin hatta duruma göre gayri misli şeylerin dahi karşı edim teşkil edebileceğini varsayan bu görüşe göre hisse senetleri de pekâlâ paraya çevrilebilir nitelikte olduğu için taşınmaz karşılığında hisse senetlerini edinen önalım yükümlüsü ortak hisse senetlerini dilediği zaman paraya çevirebilecektir. Hisse senetlerinin satışına sınır getiren örneğin ortaklığın onayına bağlayan sınırlamalar da (OR Art. 685a), nihai olarak bir sınırlama olup bu hakkı tamamen ortadan kaldırmamaktadır. Şirketin taşınmazın sermaye olarak getirilmesi karşılığında elde edilen hisse senetleri hukuki işlemde şirketin karşı edimi olduğu için “önalım hakkı sahibi de bu borcu yerine getiremeyecektir” şeklindeki itiraza ise benzer biçimde cevap verilmekte ve bu karşı edimin de paraya çevrilebilir nitelikte olduğu savı ileri sürülmektedir.³¹²

³¹⁰ RÜEGG, S. 267, PN. 686.

³¹¹ RÜEGG, S. 267, PN. 687-688.

³¹² RÜEGG, S. 268, PN. 688-689, 993. Önalım hakkına konu taşınmazın sermaye olarak getirildiği durumun önalım olgusu olarak değerlendirilmesi halinde önalım hakkının şerh verilip verilememesine göre farklı ihtimaller ortaya çıkacaktır. OR Art. 634'e göre taşınmaz mülkiyetinin

Konu Türk Ticaret Kanunu hükümleri çerçevesinde değerlendirildiğine yapılacak tartışmalar için hareket noktası, anonim şirkete aynı sermaye konulmasını düzenleyen TTK m. 342 hükmüdür. Söz konusu hüküm şu şekildedir:

“Üzerlerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikrî mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dâhil, malvarlığı unsurları aynı sermaye olarak konulabilir. Hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacaklar sermaye olamaz.”

Söz konusu madde şirkete aynı sermaye olarak getirilecek malvarlığı unsurlarının üzerinde *sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir* bulunmamasını şart koşmuştur. Bilhassa maddenin gerekçesinden hareketle, söz konusu madde ile hedeflenen gayenin, ortaklık alacaklılarını korumayı hedefleyen sermayenin korunması ilkesi olduğu ifade edilmektedir.³¹³

Maddenin sorunun çözümüne bakan yönü ise, kanunun sınırlı aynı hakların varlığını taşınmazın sermaye olarak getirilmesine mâni gören hükmü karşısında, tapuya şerh verilmiş kişisel hakların daha doğrusu tartışmanın

sermaye olarak ticaret siciline tescili ile birlikte, ortaklık taşınmazın kendi adına tapu sicilinde tesciline ilişkin şarta bağlı olmayan bir hak kazanmaktadır. Halbuki tapuya şerh verilmiş bir önalım hakkı açısından bu mümkün değildir. Zira önalım hakkı sahibi bu hakkını şirket dahil üçüncü kişilere karşı kullanabilecek ve şirket malın mülkiyetini esasen önalım hakkı alacaklısının önalım hakkını kullanmaması şartına bağlı olarak kullanmaktadır. Bu ise ifade edildiği üzere OR Art. 634'te aranan malın şirket adına koşulsuz tescili şartını sağlamamaktadır. Bu durumda ticaret sicil memuru şerh edilmiş önalım hakkını ortaklık adına sermaye olarak kaydedemeyecektir. Şerh edilmemiş önalım hakkı bakımından ise böyle bir sorun ortaya çıkmayacaktır.

³¹³ ŞENER, Oruç, Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2017, s. 313, 314, 318; ÇONKAR, M. Halil, Anonim Ortaklıkta Aynı Sermaye, İstanbul, 2016, s. 93, yazarın benzer bir hükmün mukayeseli hukukta daha doğrusu diğer hukuk sistemlerinde karşılığının bulunmadığı yönündeki ifadesi OR Art. 634 dikkate alındığında tereddütle karşılanabilir.

odağındaki tapuya şerh verilmiş önalım hakkının da aynı muameleye tabi tutulup tutulamayacağıdır.

Öğretide bir görüş TTK m. 342'de ifade edilen hallerin tahdidi nitelikte olduğu ve maddenin istisnai bir karakter taşıdığı fikrinden hareketle şerh edilmiş kişisel hakların kıyas yoluyla madde kapsamında değerlendirmesinin yerinde olmayacağını ileri sürmektedir.³¹⁴ Anılan görüş bu konudaki düşüncesini temellendirme amacıyla şerh edilmiş kişisel hak-irtifak hak ayırımına işaretler, tapuya şerh edilmiş önalım, gerialım hakkı ile yüklü bir taşınmaza ilişkin hak sahibinin hakkını şirkete karşı kullanması sonrasında, her ne kadar şirketin getirilen sermayeden ayrı olarak yararlanma imkanı ortadan kalkacaksa da, mezkur aynın parasal karşılığı ortaklık malvarlığında kalmaya devam edeceği için sermayenin korunması açısından esaslı bir probleminden bahsedilemeyeceğini iddia etmektedir. Zira şirkete karşı önalım hakkını kullanan kimse malın mülkiyetini devretmekle birlikte bu devir karşılıksız değildir. Halbuki rehinle yüklü bir taşınmazda, rehinli taşınmazın şirkete sermaye olarak getirilmesi halinde, ortaklık rehinin paraya çevrilmesi durumunda bir bedel talep edemeyecektir.³¹⁵ Yazarın dikkatinden kaçan husus bilhassa önalım hakkı ile ilgili olarak nitelikli bir önalım hakkı söz konusu olduğunda sermaye olarak getirilen ve değeri bilirkişi marifetiyle tespit edilen taşınmazla ilgili sermaye değeri ile şirketin alacağı bedel arasında bir fark oluşabileceğidir.

Örneğin üzerinde Ü lehine 300. 000 TL bedelle nitelikli önalım hakkı tesis edilen ve tapuya şerh edilen bir taşınmazın, maliki M tarafından, X-AŞ'ye aynı sermaye olarak getirildiğini varsayalım. Malın şirkete sermaye olarak getirildiği tarihte bilirkişi marifetiyle taşınmaza biçilen değer 400. 000 TL

³¹⁴ ÇONKAR, s. 95.

³¹⁵ ÇONKAR, s. 98 dn. 148.

olduğu ihtimalde, önalım hakkının kullanılması durumunda şirket 100. 000 TL sermaye kaybına uğrayacaktır. Sonuç olarak nitelikli önalım hakkının kullanımı sermayenin korunması ilkesi çerçevesinde arzulanmayan birtakım sonuçlara yol açabilecektir.

Sonuç olarak tapuya şerh edilmiş önalım hakkı ile yüklü bir taşınmazın aynı sermaye olarak getirilmesi durumunda, ticaret sicil memuru etkisi kuvvetlendirilmiş kişisel hakları TTK m. 342'nin amacını dikkate alarak, mezkûr taşınmazın aynı sermaye olarak tescilini reddetmelidir. Böylece tapuya şerh edilmiş önalım hakkı ile yüklü taşınmazın bir şirkete sermaye olarak getirilmesi durumunda, sicil memuru TTK m. 342'ye kıyasen tescili reddettiğinde, taşınmazın anonim ortaklığa aynı sermaye olarak getirilmesinin önalım olgusu teşkil edip etmediği konusundaki tartışma anlamını kaybedecektir.

Taşınmazın tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklığa sermaye olarak konulması durumunda, İsviçre'de hâkim görüş³¹⁶ bunun bir önalım olgusu teşkil etmediği yönünde olup, karşı görüş ise bunun bir önalım olgusu teşkil ettiği yönündedir.³¹⁷ İsviçre hukukunda adi ortaklıkta taşınmazı sermaye olarak getiren kişi malik olarak kalmaya devam etmekte fakat diğer ortaklar da taşınmaza ilişkin mülkiyet hakkını elde etmektedirler. Bunu bir satış olarak değerlendiren görüşe göre karşı edim, taşınmazı sermaye olarak getiren malikin, şirkete ortak olmasıdır.³¹⁸

³¹⁶ STREBEL, S. 146, PN. 473; Türk hukuku için bkz. ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2014, s. 73.

³¹⁷ RÜEGG, S. 268, PN. 690.

³¹⁸ RÜEGG, S. 268, PN. 690.

Konunun Türk hukuku açısından değerlendirilmesine gelince, adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığından, şirkete ortaklar tarafından getirilen mallar ortaklığın malı olmayıp bütün ortaklar elbirliği halinde mala ortak olmaktadır.³¹⁹ Taşınmazın adi şirkete sermaye olarak getirilmesi, İsviçre hukukundaki hâkim görüş uyarınca önalım olgusu olarak kabul edilmemelidir.

İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m. 745 uyarınca, tasfiye hâlinde bulunan şirketin borçları ödendikten sonra kalan varlığı, esas sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa pay sahipleri arasında, ödedikleri sermayeler ve imtiyaz hakları oranında dağıtılır.³²⁰ Bu tasfiyenin gerçekleştirilmesi kapsamında kalan malvarlığı içindeki önalım hakkı ile yüklü bir taşınmazın mülkiyeti ortaklardan birisine devredilebilir.³²¹ Bu noktada aynen taşınmazın sermaye olarak konulmasında olduğu gibi, bu durumun önalım olgusu vasfı taşıyıp taşımadığı sorunu gündeme gelecektir. İsviçre Federal Mahkemesi anonim şirketin tasfiyesi bağlamında şirket malvarlığındaki taşınmazın mülkiyetinin bir hissedara naklini önalım olgusu olarak kabul etmemektedir.³²²

Bir başka görüş ise Federal Mahkeme'nin söz konusu kararına konu ortaklığın tek ortaklı bir şirket olduğunu, bu tip durumlarda hukuki işlemde taraf özdeşliği sebebiyle hukuki işlemin önalım olgusu olarak nitelendirilmediğini, halbuki Federal Mahkeme'nin söz konusu kararının şirket ortaklarına yapılan bütün devirlerin önalım olgusu kapsamı dışına çıkartılarak genelleştirildiğini ifade ederek konuya dair mevcut yaklaşımı eleştirmiştir.³²³ Aynı yaklaşıma göre, şirketin sona ermesi hâlinde her pay

³¹⁹ PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara, 2017, s. 37, PN. 14; ŞENER, s. 29.

³²⁰ STREBEL, S. 148, PN. 478.

³²¹ STREBEL, S. 148, PN. 478.

³²² FASEL, OR Art. 216c PN. 9, in: BSK OR I; SCHENKER, S. 253; STREBEL, S. 148, PN. 478; BGE 126 III 187 E. 2b.

³²³ RÜEGG, S. 269, PN. 692.

sahibi, esas sözleşmede sona eren şirketin mal varlığının kullanılmasına dair başka bir hüküm bulunmadığı takdirde, tasfiye sonucunda kalan tutara payı oranında katılacaktır (OR 660 Abs. 2, 745, TTK 507, 543). Tasfiye payı alacağı kural olarak para olarak ödenmekle birlikte, genel kurulun onaylaması ve ortağın da kabul etmesi halinde şirkete ait bir aktif eşya borcu olarak ifa edilebilecektir.³²⁴ Dolayısıyla şirketin edimi kural olarak bir para borcudur. Taşınmazın mülkiyetinin nakli esasen para borcu şeklinde ödenecek olan tasfiye payı alacağının yerine gerçekleştirilmekte olup, önalım olgusunun varlığı kabul edilmelidir.³²⁵

Alman hukukunda önalım yüklüsü eşyanın bir şirkete sermaye olarak getirilmesi önalım olgusu olarak değerlendirilmemektedir.³²⁶ Eşyanın şirkete sermaye olarak getirilmesi durumunda iki kriter açısından güçlükler yaşanacaktır. Şirketin eşyayı sermaye olarak getirilmesi karşılığında ifa ettiği karşı edimin ve bizzat şirketin taraf sıfatının ikame edilmezliği sebebiyle birtakım problemler ortaya çıkacaktır.³²⁷ Söz konusu eşyayı şirkete sermaye olarak getirmek suretiyle, şirkete karşı sermaye koyma yükümlüğünü yerine getiren malik, bu yükümlülüğün ifası kapsamında ya eşyanın mülkiyetini şirkete geçirecek ya da eşyayı şirketin kullanım ve istifadesine sunacaktır. Söz konusu taşınmazı şirkete sermaye olarak getiren önalım hakkı yükümlüsü ortağın, bu eylemiyle birtakım amaçlar güttüğü muhakkaktır. Halbuki önalım

³²⁴ BÖCKLİ, Peter, Schweizer Aktienrecht, mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung- unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, Zürich - Basel - Genf 2009, S. 2350, www.swisslex.ch, E.T. 24.12.18

³²⁵ RÜEGG, S. 269, PN. 692.

³²⁶ SCHERMAIER, BGB § 463 PN. 14 in: Staudinger (2014) BGB, Buch 2: WESTERMANN, BGB § 463 PN. 23 in: Münchener Kommentar.

³²⁷ BURBULLA, S. 41.

hakkı alacaklısı, malikin taşınmazı şirkete sermaye olarak getirmek suretiyle gözettiği amaçları gerçekleştirmeye muktedir değildir.³²⁸ İstisnai olarak önalım yüküsü mala özel bir anlam atfedilmediği, malikin asıl amacının salt şirkete bir sermaye koymak olduğu durumda önalım olgusunun varlığı kabul edilebilecektir. Örneğin malikin sonradan şirket tarafından satılacak olan, önalım hakkı ile yüklü bir mücevher parçasını kuruluş sermayesini sağlamak amacıyla bir şirkete sermaye olarak getirirse, önalım hakkı alacaklısı mücevherin değerini gerek malike gerekse şirkete karşı yerine getirmeye muktedir olduğu için, bahsi geçen istisnai durum gerçekleşmiş sayılacaktır. Bu istisnai hal dışında Alman hukukunda önalım hakkı ile yüklü eşyanın şirkete sermaye olarak getirilmesinin önalım hakkının doğumuna sebebiyet vermeyeceği kabul edilmektedir.³²⁹

(a) Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

Bir şirketin başka bir şirketi devralması veya iki ya da daha fazla ortaklığın yeni bir ortaklık bünyesinde birleşmeleri halinde, birince ihtimalde devrolunan şirketin malvarlığı tasfiye olmaksızın kül ve bütün olarak devralan ortaklığa geçmekte, ikinci ihtimalde ise birleşen ortaklıklar tasfiye edilmeksizin kül ve bütün olarak yeni kurulan ortaklığa geçmektedirler.³³⁰ Birleşme neticesinde, devrolunan şirketin malvarlığı karşılığında, bir değişim oranına göre devralan şirketin payları, devrolunan şirketin ortaklarının kendiliğinden iktisap edilmektedir. Her iki ihtimalde de külli halefiyet söz konusu olduğu için hâkim görüş, birleşme halinde önalım olgusunun gerçekleşmediği kanaatindedir.³³¹ Azınlıkta kalan bir görüşe göre ise, birleşmelerin ana ve bağlı şirketler arasında vuku bulduğu hallerde, hukuki

³²⁸ BURBULLA S. 41.

³²⁹ BURBULLA, S. 42, Fn. 214.

³³⁰ ŞENER, s. 124 vd.; PULAŞLI, s. 69 vd.

³³¹ STREBEL, S. 151, PN. 492; SUTTER, S. 279; AYDOĞDU, s. 112.

işlem taraflarının özdeşliği sebebiyle önalım olgusunun gerçekleşmediğini savunmak yerinde ise de, taraf özdeşliğinin bulunmadığı şirket birleşmelerinde bir şirket bünyesindeki taşınmazın birleşme kapsamında başka bir şirketin mülkiyetine geçmesi ekonomik olarak satışa muadil bir işlem olarak kabul edilmelidir. Zira devreden ortak buna mukabil hisse senetleri veya para almaktadır. Ortağın, devrettiği şirkete mukabil, devralan şirkette, birtakım yönetim ve katılım hakları elde ettiği durum ise istisna olarak görülerek ekonomik yönden satışa denk tutulmamalıdır.³³²

(b) Şirket Hisselerinin Satımı

Bir anonim anonim ortaklıkta veya gayrimenkul (yatırım) ortaklığında önalım hakkına konu gayri menkulün ortaklığın mülkiyetinde bulunması ve bu gayri menkulün şirket sermayesinin önemli bir kısmına tekabül etmesi halinde, şirkete ait hisselerin çoğunluğunun devri önalım olgusu teşkil edecek midir?³³³

Tartışmanın³³⁴ merkezindeki İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olayda, bir gayri menkul ortaklığı 500 hisseye sahip olup bu hisselerin 496'sı S'ye diğer 4 hisse ise S'nin ailesine aittir. Şirketin kurulduğu gün şirket, üç adet gayri menkul satın almış, parsellerden birisinin bir bölümünü G'ye satmış ve parselin geri kalan kısmı üzerinde ise G'ye bir önalım hakkı tanımıştır. 4 yıl sonra paraya ihtiyacı olan S, hisselerinin tamamını 2 yıl süreli bir geri alım

³³² RÜEGG, S. 270, PN.694 ff.

³³³ WERREN, Der vertragliche Vorkaufsrecht, S. 42.

³³⁴ Tartışmaya dair detaylı bilgi için bkz. RÜDLINGER, S. 18.

hakkını (vefa hakkını) kendisinde tutarak, üçüncü bir kişiye satmış bunun üzerine G önalım olgusunun gerçekleştiği iddiasıyla dava açmıştır.³³⁵

Federal Mahkeme söz konusu olayla ilgili kararında özetle, önalım hakkı ile yüklü taşınmazın konu edildiği işlemin önalım olgusu teşkil edebilmesi için, taşınmazın maliki ile üçüncü arasında yapılacak satış veya satışa denk bir işlemin varlığının şart olduğunu, halbuki söz konusu olayda ortaklığın önalım hakkı ile yüklü taşınmazı üçüncü kişiye satmadığını, ortaklığın hala söz konusu taşınmazın sahibi kalmaya devam ettiğini, sonuç olarak mevcut olayda bu şartın gerçekleşmediğini ifade etmiştir. Aynı karara göre ortaklık ile ortak iki farklı hukuki süje olup her biri kendi malvarlığı üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilmeli ve taraflar davranışlarıyla ve hukuki işlemleriyle diğerini borç altına sokamamalı ve onun mameleki ilişkilerini değiştirememelidir. Şirket hisselerine hâkim olan ortağın şirket hisselerini üçüncü kişiye satması dolayısıyla şirket üzerindeki hakimiyetinin sona ermesi sebebiyle, konuya ekonomik bir perspektifle yaklaşıldığında şirket ile ortağının ekonomik olarak tek bir süje olması hukuken iki farklı süje oldukları gerçeğini değiştirmemektedir. Dolayısıyla hâkim hissedar ile üçüncü kişi arasında yapılan işlem, şirket ile üçüncü kişi arasında yapılan işlemle eşdeğer görülemez ve söz konusu işlem önalım olgusu olarak kabul edilemez. Çünkü ortaklık hissedarlara karşı hukuki bağımsızlığını korumakta, hak ve hisselerin satılması veya hisselerin sahibinin değişmesi ortaklığın önalım hakkı ile yüklü taşınmaza ilişkin hak ve yetkileri içinde bir değişikliğe sebebiyet vermemekte, ortaklık malik kalmaya devam etmektedir.³³⁶ Sorunun çözümüne dair doktrinde farklı yaklaşımlar mevcut olup, bir kısım yazarlar söz konusu

³³⁵ BGE 92 II 160; KOBIERSKI, Marlene, Der Durchgriff im Gesellschafts- und Steuerrecht, Diss. Bern, 2012 S. 131; RÜDLINGER, S.7.

³³⁶ BGE 92 II 160, E. 3, 166; RÜDLINGER, S. 8.

durumun önalım olgusu teşkil ettiğini iddia ederken,³³⁷ bir diğer grup ise Federal Mahkeme ile aynı istikamette düşünmektedir.³³⁸

Daha önce ifade edildiği üzere, önalım hakkı ile yüklü taşınmaza ilişkin hukuki işleme taraf olan üçüncü kişinin edimini hukuki işlemin önalım olgusu olarak nitelendirilmesi açısından para ile sınırlamayan ve misli nitelikte olduğu sürece satışın para unsurundan vazgeçen sonuç odaklı yaklaşım, önalım hakkı ile yüklü taşınmazın malikinin borcu açısından ise taşınmazın mülkiyetinin naklini şart koşturmaktadır. Federal Mahkeme'nin söz konusu kararında sonuç odaklı yaklaşımdan hareket ettiği³³⁹ ve şekli anlamda mülkiyetin bizzat malın maliki tarafından üçüncü kişiye nakledilmesini önalım olgusu açısından vazgeçilmez bir şart olarak gördüğü anlaşılmaktadır. Böylece sonuç odaklı yaklaşıma göre hareket edildiğinde, gayri menkul, şirketin mülkiyetinde kalmaya devam ettiği için, şirket hisselerinin satışı önalım olgusu teşkil etmeyecektir. Şirket mülkiyetinde bulunan bir mal üzerinde hukuki işleme dayanan bir önalım hakkı kurulduğu her durumda, şirket hisselerinin üçüncü kişiye satışı önalım olgusu olarak değerlendirilmeyecektir.³⁴⁰

Ekonomik yaklaşıma göre ise şirketin malvarlığının bu gayri menkulden ibaret olması kaydıyla, bu tarz bir satış, ekonomik açıdan satışa

³³⁷ FASEL, OR Art. 216c PN.7, in: BSK OR I; GIGER, OR Art. 216 PN. 18, in: Berner Kommentar; Malvarlığına ilişkin kontrol yetkisinin aktarıldığından hareketle: WYSS, Alexander/KÖCHLI, Roland Vorkaufsrechte in Immobilientransaktionen, PN. 13, in: Jusletter vom 5. Dezember 2011; STARK, OR Art. 216c PN. 2, in: Kurzkomentar; RÜDLINGER, S. 8.

³³⁸ BRÜCKNER, S. 533, PN. 84; RÜDLINGER, S. 46.

³³⁹ RÜEGG, S. 249, PN. 639.

³⁴⁰ WERREN, Der vertragliche Vorkaufsrecht, S. 42; BRÜCKNER, PN. 84.

denk bir hukuki işlem teşkil edecek ve önalım hakkı kullanılabilir. ³⁴¹ Şirketin sahip olduğu tek malvarlığı değerinin söz konusu önalım hakkına konu olan taşınmaz olması sebebiyle, şirket hisselerinin satış değeri, gayri menkulün değerine eş olacağından bu tarz bir satışta önalım hakkının kullanımı güçlük arz etmeyecektir. ³⁴² Fakat satılan şirketin mülkiyetinde birden fazla gayri menkulün bulunduğu durumlarda, önalım hakkına konu taşınmaz, sadece şirket malvarlığının bir kısmına tekabül ettiğinden ötürü birtakım güçlükler ortaya çıkabilecektir. Fakat icap ettiği takdirde, şirketin satışı için ödenecek toplam miktar içinden önalım hakkı ile yüklü gayri menkulün bedeli önalım hakkının kullanımını engelleyecek bir meblağa ulaşmamak kaydıyla tefrik olunabilir. ³⁴³

Hangi yaklaşım benimsenirse benimsensin, dürüstlük kuralına aykırı biçimde hakkın kötüye kullanılması teşkil eden ve önalım hakkının kullanımını engellemeye dönük teşebbüs kapsamına giren hisse satışları, önalım olgusu olarak kabul edilmelidir. ³⁴⁴

ee) İfa İkameleri: İfa Yerine veya İfa Amacıyla Edim

Borçlar hukukunda taraflara tanınan özgürlük gereği taraflar ifa tarihinde karşılıklı anlaşarak borcun konusuna ilişkin ilk anlaşmadan

³⁴¹ Aksi takdirde öncelikle bir şirketin kurulması ve önalım hakkı ile yüklü taşınmazın şirkete sermaye olarak getirilmesi sonrasında ise şirket hisselerinin tamamının üçüncü kişiye satılması şeklinde iki safhadan teşekkül eden bir yolla önalım hakkının kullanılmasının engellenmesi kolaylaştırılmış olacaktır. Bkz. RÜEGG, S. 282, PN. 726. Yazarın bu yöndeki itirazı yersiz gözükmektedir. Zira önalım hakkını önlemeye dönük hakkın kötüye kullanımı teşkil eden teşebbüsler, dürüstlük kuralına takılacaktır. Elbette hakkın kötüye kullanımı bunu iddia eden kişi tarafından ispat edilmelidir.

³⁴² FASEL, OR Art. 216c PN.7, in: BSK OR I; HONSELL, Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Bern, 2017, S. 184.

³⁴³ FASEL, OR Art. 216c PN.7, in: BSK OR I; Krş. WYSS/KÖCHLİ, PN. 13.

³⁴⁴ Krş. SIMONIUS/SUTTER, S. 373, PN. 66.

ayrılabilirler.³⁴⁵ Konuyu biraz daha açmak gerekirse, taraflar kural olarak borç ilişkisinde yükümlendikleri edimi yerine getirmek suretiyle borçlarından kurtulurlar. Fakat sonradan meydana gelen birtakım değişiklikler sebebiyle, taraf menfaatleri başka bir edimle de tatmin edilebiliyorsa, asıl kararlaştırılan edimden farklı bir edimle ifa mümkündür. Genel olarak ifa ikameleri olarak isimlendirilen durum iki şekilde gerçekleşmekte, ya taraflarca kararlaştırılan yeni edimin ifasıyla borç sona ermekte ya da yeni edim karşı tarafça değerlendirilerek, ortaya çıkan sonuca göre borç sona ermekte veya kısmen sona ermektedir. Birinci halde ifa yerine geçen edim ikinci halde ise ifa amacıyla edim söz konusu olmaktadır.³⁴⁶ Konunun sorunu ilgilendiren boyutuna gelince, önalım yüküsü taşınmazın mülkiyeti şayet malik tarafından bir borç için ifa yerine edim olarak üçüncü bir şahsa devredilirse, bu durum önalım olgusu olarak değerlendirilecek midir? İsviçre hukukunda ki hâkim görüş bu durumda önalım hakkının doğduğunu kabul etmektedir.³⁴⁷

İsviçre hukukunda olduğu gibi Alman hukukunda da ifa yerine edim kapsamında taşınmazın üçüncü bir kimseye devri önalım olgusuna vücut vermektedir.³⁴⁸

Kanaatimizce ifa yerine edim kapsamında taşınmazın üçüncü kişiye devredilmesinde, önalım yükümlüsü kişiye ifa edilmiş veya edilecek alacağın ne tür bir alacak olduğu belirleyicidir. Taşınmaz malikinin alacaklı olduğu

³⁴⁵ FURRER, Andreas/MÜLLER-CHEN, Markus, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich, 2018, S. 632.

³⁴⁶ EREN, Genel Hükümler, s. 943.

³⁴⁷ MAIER-HAYOZ, ZGB Art. 681, PN. 157 in: Berner Kommentar; STREBEL, S. 100, PN. 314; BRÜCKNER, S. 533, PN. 83; GIGER, OR Art. 216 PN. 120,123, in: Berner Kommentar; STARK, OR Art. 216c PN. 1, in: KURZKOMMENTAR; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZGB Art. 681 PN 32, in: Zürcher Kommentar. Ayrıca bkz. BAYGIN, s. 18.

³⁴⁸ SCHERMAIER, BGB § 463 PN. 17 in: Staudinger (2014) BGB, Buch 2; BURBULLA, S. 40.

edim şayet şahsi nitelikte ise örneğin hizmet sözleşmesindeki işçiden hizmet alacağı söz konusu ise, bu alacağa karşılık olarak kararlaştırılan ücret yerine taşınmazın devri önalım olgusu olarak görülmemelidir.³⁴⁹ Maddi nitelikteki edimler yerine yapılan taşınmaz devirleri ise önalım olgusu içinde değerlendirilmelidir. Zira bunlar önalım hakkı alacaklısı tarafından da bir güçlkle karşılaşmaksızın kolayca yerine getirilebilir.³⁵⁰

4. Önalım Hakkı ile Yüklü Taşınmaz Malikinin Taşınmazın Mülkiyetini Üçüncü Kişiyeye Geçirme Borcu veya Taşınmazın Sağladığı Ekonomik Yarar ve Yetkilerin Üçüncü Kişiyeye Devri

Önalım olgusuna vücut veren iki ihtimal dikkate alındığında her bir ihtimal için satıcının borcu ayrı ayrı değerlendirilmelidir. İlk ihtimal önalım olgusunun klasik şekli olup üçüncü kişi ile taşınmazın mülkiyetinin devri hakkında bir satış sözleşmesi yapılmasıdır. Aşağıda ayrıntılı biçimde işlenecek olan ikinci ihtimal ise ekonomik olarak satışa eşdeğer bir işlemde satıcının borcunun ne şekilde tezahür edeceği ile ilgili olup, bu ihtimalde ekonomik yaklaşım perspektifinden taşınmaz malikinin malın şekli anlamda mülkiyetini üçüncü kişiyeye nakletmesi aranmaksızın, taşınmazın sağladığı ekonomik yarar ve yetkilerin üçüncü kişiyeye devredilip devredilmediği, farklı ihtimaller üzerinde tartışılmıştır.

a) Taşınmaz Mülkiyetinin Şekli Anlamda Üçüncü Kişiyeye Devredilmesi ve Tapu Kütüğüne Tescil Edilmesi Yükümlülüğü

Taşınmaz satış sözleşmesi ile satıcı malın mülkiyet ve zilyetliğini devretmeyi üstlenmekte, buna mukabil alıcı da kararlaştırılan bedeli satıcıya ödeme yükümlülüğü altına girmektedir.³⁵¹ Eşya üzerinde fiili hakimiyetin

³⁴⁹ Krş. SCHERMAIER, BGB § 463 PN. 15 in: Staudinger (2014) BGB, Buch 2.

³⁵⁰ BURBULLA, S. 40.

³⁵¹ EREN, Özel Hükümler, s. 175.

kurulması (TMK m. 973) anlamına gelen zilyetlik, eşyanın veya eşya üzerinde hâkimiyeti sağlayacak araçların, edinene teslimi veya edinenin önceki zilyedin rızasıyla şey üzerinde hâkimiyeti kullanacak duruma gelmesi hâlinde devredilmiş olur (TMK m. 977). Malın mülkiyetinin üçüncü kişiye nakliyle birlikte, devralan yeni malik, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir (TMK m. 683). Malikin eşya üzerindeki hakimiyet hakkı mal üzerinde her türlü hukuki ve fiili tasarruf yetkisini haiz olmasıdır.³⁵² Malikin malı fiilen kullanması, değiştirmesi, tahrip etmesi, mal üzerindeki fiili/maddi tasarrufları ifade ederken, malı üçüncü kişilere devretmesi veya üzerinde malı yükümleyen sınırlı aynı haklar tesis etmesi, ürün veya adi kira sözleşmesi yapılmak suretiyle kullanma ve yararlanma hakkının devri hususunda sözleşmeler ise hukuki tasarrufları ifade etmektedir.³⁵³

Yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere malikin eşya üzerindeki yetkilerini fiili/maddi ve hukuki yetkiler olarak ikiye ayırmak mümkündür.

b) Taşınmazın Sağladığı Ekonomik ve Fiili Tasarruf Yetkisinin Üçüncü Kişiye Devri Yükümlülüğü

Satış sözleşmesine denk hukuki işlemin tespitinde satış sözleşmesinin amacını büyük ölçüde malın şekli anlamda mülkiyetinin devrinden soyutlayan ve satış sözleşmesinin amacını malın sağladığı ekonomik ve fiili tasarruf yetkisinin karşı tarafa devri şeklinde anlayan ekonomik yaklaşıma göre,³⁵⁴ sorulması gereken soru, mülkiyetten doğan asli yetkilerin yani mal

³⁵² RÜEGG, S. 272, PN. 699.

³⁵³ OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer, Eşya Hukuku, İstanbul, 1978, s. 275; ESENER Turhan/GÜVEN, Kudret, Eşya Hukuku, Ankara, 2015, s. 172; EREN, Mülkiyet, s. 17; SCHMID, Jörg/HÜRLIMANN-KAUP, Bettina, Sachenrecht, Zürich, 2003, S. 136, PN. 658.

³⁵⁴ LANZ, S. 35.

üzerindeki hukuki³⁵⁵ ve fiili tasarruf yetkisinin karşı tarafa verilip verilmediğidir.³⁵⁶ Ekonomik yaklaşım çerçevesinde, söz konusu ekonomik ve fiili tasarruf yetkilerinin devri mukabilinde karşı taraf da bir karşı edimin ifasıyla yükümlü olup, bu tartışılan hukuki durumun önalım olgusu teşkil edebilmesinin, mal üzerinde ekonomik ve fiili tasarruf yetkisi edinen diğer taraf bakımından şarttır.³⁵⁷

aa) İrtifak Hakkı

Mülkiyet hakkı mâlike birtakım yetkiler tanımakta ve malik mülkiyet hakkını kendisinde saklı tutmak kaydıyla mülkiyet hakkından doğan bu yetkilerini üçüncü bir kişiye tahsis edebilmektedir. Sınırlı aynı haklar olarak isimlendirilen bu tahsis içinde, hak sahibine irtifaka konu eşyayı doğrudan doğruya kullanma veya söz konusu eşyadan istifade yetkisi veren veya malike bir çekinme borcu yükleyen haklara irtifak hakkı denmektedir.³⁵⁸

Farklı açılardan tasnif edilen irtifak hakkı öncelikle söz konusu irtifakın üçüncü kişilere devredilebilirliği dikkate alınarak eşyaya bağlı veya şahsa bağlı irtifak olarak ikiye ayrılmaktadır. Yine irtifak hakkı sahibine tanınan yetkinin muhtevassından hareketle, söz konusu hakkın sahibinin tam bir yararlanma yetkisinin bulunup bulunmamasına göre başka bir tasnife tabi tutulmaktadır. Bu tasnife göre bazı irtifak hakları hak sahibine irtifaka konu taşınmazdan, intifa hakkında olduğu üzere tam bir istifade yetkisi verirken; oturma, geçit ve kaynak hakkı gibi bir kısım irtifak haklarında ise hak sahibinin eşyadan yararlanma hakkı sınırlı tutulmuştur. Bir diğer bakış açısıyla, irtifak hakkının hak sahibine tanıdığı yetkinin muhtevası dikkate

³⁵⁵ Malın mülkiyetini üçüncü kişiye devretme hukuki yetkisi hariç.

³⁵⁶ RÜEGG, S. 273, PN. 701.

³⁵⁷ RÜEGG, S. 273, PN. 702.

³⁵⁸ ERTAŞ, Şeref, Eşya Hukuku, İzmir, 2018, s. 512, PN. 2285, 2301, irtifak hakkının TMK 779 ile yapılan tanımı hususunda eleştiriler için bkz. ESENER/GÜVEN, s. 367

alınarak, irtifak hakkının hak sahibine eşyadan istifade etme hakkı gibi olumlu bir yetki mi tanıdığı yoksa, hakkın içeriğinin yalnızca malikin kendine tanınan birtakım yetkileri kullanmaktan kaçınma mecburiyeti mi olduğuna göre, olumlu irtifak veya olumsuz irtifak olarak isimlendirilmektedir. Son ayrımı biraz daha açmak adına şöyle bir örnek verilebilir: Örneğin intifa hakkında hak sahibine tanınan yetki olumlu olup, hak sahibinin eşyadan istifadesi hak sahibinin harekete geçmesine bağlı iken, inşaat yapmama veya manzara kapatmama irtifakı gibi haklarda hak sahibi olumlu bir davranışta bulunmamakta bilakis malik pasif kalmakta, yani bir şeyi yapmamakta, aslında mülkiyet hakkı içinde mündemiç birtakım yetkileri kullanmaktan kaçınmaktadır.³⁵⁹

bb) Üst Hakkı

Üçüncü kişiye ait bir arazi üzerinde veya altında inşaat yapmak veya arazi üzerindeki mevcut bir yapıyı muhafaza ederek yapı üzerinde malik olma hakkı veren irtifak, üst hakkı olarak tanımlanmaktadır (TMK m. 726, 826).³⁶⁰ Üst hakkının nasıl kazanılacağına dair kanunda özel bir düzenleme bulunmaması hasebiyle, irtifak hakkının nasıl kazanılabileceğini düzenleyen hükümler (TMK m. 780, 781) üst hakkına da tatbik edilecek ve üst hakkı tapu memuru nezdinde yapılacak resmi sözleşme ve tescille kazanılacaktır. Üst hakkı kural olarak bağımsız nitelikte olup, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece üçüncü kişilere devredilebilir ve mirasçılara geçer. Fakat taraf iradeleri aksi istikamette olursa, taraflar sözleşme ile üst hakkının üçüncü kişilere devrini ve mirasçılara intikalini yasaklayabilirler. Üst hakkının kullanılacağı süre en az 30 yıl için kararlaştırılmışsa, söz konusu süre üst hakkının sürekli

³⁵⁹ ERTAŞ, s. 512, PN. 2301vd.

³⁶⁰ ERTAŞ, s. 532, PN. 2402; ESENER/GÜVEN, s. 367.

vasfını kazanmasını sağlayacaktır. Dolayısıyla üçüncü kişilere devredilebilen ve mirasçılara geçebilen üst hakkı şayet en az 30 yıl için kurulduysa bağımsız ve sürekli nitelikte kabul edilecek ve tapu kütüğüne ayrı bir taşınmaz olarak kaydedilebilecektir. Böylece üst hakkı sahibi, üst hakkı üzerinde taşınmaz rehni veya aynı hak tesis edebilecektir.³⁶¹ Üst hakkı sahibi, üst hakkına konu yapılar üzerinde mülkiyet hakkından doğan yetkilere sahiptir (TMK m. 726).³⁶² Hatta söz konusu yapılarla alakalı, bu yapıları yıkma, yenileme ve yeniden inşa etme hakkına sahiptir.³⁶³

Önalım hakkı ile yüklü taşınmaz üzerinde tesis edilecek bağımsız ve sürekli nitelikte bir üst hakkının önalım olgusu teşkil edip etmeyeceği, sonuç odaklı yaklaşıma veya ekonomik yaklaşıma göre değişiklik arz edecektir. Eşya hukuku bağlamında, herkes tarafından yerine getirilebilir bir edim mukabilinde malın şekli anlamda mülkiyetinin üçüncü kişiye naklini şart koşan sonuç odaklı yaklaşıma göre, önalım yüklüsü taşınmaz üzerinde tesis edilecek bağımsız ve sürekli bir üst hakkı, önalım olgusu içinde değerlendirilemeyecektir. Zira malın mülkiyeti üst hakkı sahibine geçirilmemiştir.³⁶⁴ Bununla birlikte, dürüstlük kurallarına aykırı biçimde önalım hakkını kullanmaya dönük teşebbüsler hukuk düzenince korunmayacağı için, oldukça geniş yetkiler tanıyan bir üst hakkı tesisi dürüstlük kuralı dikkate alınarak bir değerlendirmeye tabi tutulacaktır.³⁶⁵ Sonuç olarak İsviçre’de sonuç odaklı düşünen görüş³⁶⁶ önalım hakkı sahibinin hakkını kullanmasını önlemek amacıyla üçüncü bir kişiye taşınmaz üzerinde

³⁶¹ ERTAŞ, s. 533, PN. 2410.

³⁶² ESENER/GÜVEN, s. 433.

³⁶³ BGE III II 134 ff. (139) E. 3.

³⁶⁴ WERREN, Der vertragliche Vorkaufsrecht, S. 37.

³⁶⁵ WERREN, Der vertragliche Vorkaufsrecht, S. 37.

³⁶⁶ MAIER-HAYOZ, ZGB Art. 681, PN. 173 in: Berner Kommentar; Sutter, s. 279.

üst hakkı tanınması durumu hariç, üst hakkı tesisini önalım olgusu olarak değerlendirmemektedir.³⁶⁷

Ekonomik yaklaşım açısından ise sorulması gereken soru, taşınmaz üzerinde tesis edilen üst hakkı, hak sahibine tanıdığı yetkiler itibariyle bir taşınmaz malikinin hukuki statüsü ile karşılaştırılabilir bir durum sağlamış mıdır? Diğer bir deyişle, üst hakkı tesisi ile, satış sözleşmesinin de amacını teşkil eden ve mala ilişkin ekonomik ve fiili tasarrufta bulunma imkanı olarak ifade edilebilecek yetkinin üçüncü kişiye intikali gerçekleşmiş midir?³⁶⁸ Taraf menfaatlerinin karşılaştırılmasını gerekli kılan bu yorum tarzına göre örneğin üst hakkı tesisi için kararlaştırılan bedelle taşınmazın piyasa bedeli karşılaştırıldığında, bedeller arasındaki yakınlık veya aynılık, üst hakkı tesisi ile satışla amaçlanan hedefin gerçekleştiği yönünde bir işaret olarak mülahaza edilebilir. Zira üst hakkı sahibi, malın satış değerine yaklaşan bir edimi ancak, malike tanınan yetkiler kendisine tanındığında ödemeyi kabul edecektir.³⁶⁹ Üst hakkı tesisini önalım olgusu olarak değerlendiren görüşün bir diğer gerekçesi ise, üst hakkı sahibine kanunen tanınan önalım hakkıdır (Art. 682 Abs. 2 ZGB). Üst hakkı tesisi önalım olgusu olarak nitelendirilmediğinde, üst hakkı sahibine kanundan doğan bir önalım hakkı tanındığı için, söz konusu kanundan doğan önalım hakkı ise sözleşmesel önalım hakkına tercih edileceği için, sonuç olarak üçüncü kişiye tanınan sözleşmesel önalım hakkı, taşınmaz üzerinde üst hakkı tesis etmek suretiyle haksız biçimde engellenmiş

³⁶⁷ MAIER-HAYOZ, ZGB Art. 681, PN. 173 in: Berner Kommentar; BRÜCKNER, S. 533, PN. 85; Etkileri itibariyle satış sözleşmesi ile aynı neticeleri doğurmadığı sürece, STREBEL, S. 126, PN. 400; STARK, OR Art. 216c PN. 2, in: KURZKOMMENTAR.

³⁶⁸ WERREN, Der Vertragliche Vorkaufsrecht, S. 38.

³⁶⁹ WERREN, Der Vertragliche Vorkaufsrecht, S. 38.

olacaktır.³⁷⁰ Konuyla ilgili ekonomik yaklaşıma dayanan bir görüş ise bağımsız ve sürekli bir üst hakkı tesisini, bu üst hakkının tapuya bir taşınmaz olarak kaydedilip edilmediğini önemsemeksizin, önalım olgusu olarak tavsif etmektedir.³⁷¹ Son olarak sözleşmesel önalım hakkı bakımından şu noktaya dikkat çekilmelidir. TBK m. 241'in gerekçesinde, İsviçre Federal Mahkemesi'nin bazı kararlarına atıfla, taşınmazın tamamı üzerinde kurulacak bir üst hakkının satışa eşdeğer işlemlerin başlıca örneğini teşkil ettiği belirtilmiştir. Dolayısıyla kanun gerekçesi dikkate alındığında, Türk hukuku bakımından sözleşmesel önalım hakkı söz konusu olduğunda önalım hakkına konu taşınmazın tamamı üzerinde tesis edilecek bir üst hakkının önalım olgusu teşkil ettiği yönünde bir tereddüt bulunmamalıdır.

cc) İntifa Hakkı

TMK madde 794'e göre intifa hakkı, taşınırlar, taşınmazlar, haklar veya bir malvarlığı üzerinde kurulabilen ve aksine düzenleme olmadıkça hak sahibine, hak konusu üzerinde tam yararlanma yetkisi sağlayan şahsa bağlı bir irtifak hakkıdır.³⁷² Sahibine en geniş yetkileri veren irtifak olan intifa hakkına³⁷³ konu eşya, üçüncü kişinin önalım hakkı ile yüklü bir taşınmaz da olabilecektir. İstisnalar saklı kalmak kaydıyla, intifa hakkı, hak sahibine tasarruf yetkisi vermemektedir (TMK m. 797, 806). Şahsa bağlı bir irtifak olması sebebiyle üçüncü kişilere devri ve mirasçılara intikali mümkün değildir (TMK m. 806). Fakat intifa hakkının kiraya verilmesi mümkündür.³⁷⁴ İntifa hakkı sahibi, intifa konusu taşınmazın ekonomik özgülüne yönünü malike önemli zarar verecek şekilde değiştiremez; özellikle onu yeni bir şekle

³⁷⁰ WERREN, Der Vertragliche Vorkaufsrecht, S. 38-39.

³⁷¹ STREBEL, S. 127, PN. 401.

³⁷² Bkz. ÖZEN, Burak, Türk Medeni hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul, 2008, s. 19 vd.

³⁷³ ESENER/GÜVEN, s. 403; ÖZEN, s. 20; ANTALYA, Gökhan, Eşya Hukuku, C. I, Giriş, Temel Kavramlar, Genel İlkeler, İstanbul, 2017, s. 82.

³⁷⁴ ERTAŞ, s. 519, PN. 2347; ESENER/GÜVEN, s. 403.

dönüştüremeyeceği gibi, onda önemli bir değişiklik de yapamaz (TMK m. 817).³⁷⁵ İntifa hakkı, gerçek kişilerde hak sahibinin ölümü; tüzel kişilerde kararlaştırılan sürenin dolması, süre kararlaştırılmamışsa kişiliğin ortadan kalkmasıyla sona erer. Tüzel kişilerin intifa hakkı, en çok yüz yıl devam edebilir (TMK m. 797).

İsviçre'de hâkim görüş, intifa hakkı tesisinin, önalım olgusuna vücut vermediği istikametindedir.³⁷⁶ İntifa hakkı tesisinin, önalım olgusu içinde değerlendirilmemesine gerekçe ise, intifa hakkı sahibinin hakka konu eşya üzerinde esaslı bir tadilat yapamaması, esaslı inşa faaliyetine girişmemesidir. Taşınmaz malikinin bu yetkiyi kendinde saklı tutması, intifa hakkı sahibinin taşınmaz üzerinde hakiki ve ekonomik anlamda tasarruf yetkisine sahip olmadığını göstermektedir.³⁷⁷

Buna karşın azınlıkta kalan bir görüş belli şartlar altında önalım hakkı ile yüklü taşınmaz üzerinde intifa hakkı tesisinin önalım olgusu olarak değerlendirilebileceğini ifade etmektedir.³⁷⁸ Esasen söz konusu yaklaşımın verdiği örnek, temelde önalım hakkının dürüstlük kurallarına aykırı olarak engellenmesi ile uyuşmaktadır. Taşınmaz üzerinde uzun süreli - örneğin 80 yıllık-üst hakkı tesisinin malın mülkiyetinin nakline benzer sonuçlar doğurduğunun kabulünden hareketle, hisse senetleri üzerinde de uzun süreli - örneğin 20 yılı aşan - intifa hakkı tesisinde, malike kalan iktisadi kıymetin

³⁷⁵ ESENER/GÜVEN, s. 407.

³⁷⁶ MAIER-HAYOZ, ZGB Art. 681, PN. 173 in: Berner Kommentar; BRÜCKNER, S. 433, PN. 85; STREBEL, S. 126, PN. 397; RÜEGG, S. 262, PN.713; STARK, OR Art. 216c PN. 3, in: Kurzkomentar; BINDER, OR Art. 216c, PN. 6, in: Handkommentar; krş. GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 616.

³⁷⁷ RÜEGG, S. 276, PN. 713.

³⁷⁸ SCHENKER, S. 261; AYDOĞDU, s. 53.

asgari seviyede olduğu, dolayısıyla uzun süreli intifa hakkı tesisinin, önalım olgusu olarak görülmesi gerektiği ifade edilmektedir.³⁷⁹

dd) Oturma Hakkı

Oturma hakkı, bir binadan veya onun bir bölümünden konut olarak yararlanma yetkisi veren başkasına devredilemeyen ve mirasçılara da geçmeyen şahsi nitelikte bir irtifak hakkıdır (TMK m. 823). Binadan yararlanma hakkı, oturma ile sınırlı olan oturma hakkı sahibinin taşınmaz üzerindeki hakimiyeti, taşınmaz malikine nazaran oldukça sınırlı olduğu için, önalım hakkı ile yüklü taşınmaz üzerinde bir başkası lehine oturma hakkı kurulması önalım olgusu olarak telakki edilmemektedir.³⁸⁰

ee) İnşaat Yapmama İrtifakı

Olumsuz bir irtifak olarak taşınmaz malikinin kendi arazisine inşaat yapmaktan içtinap etmesi, çekinmesi ve inşaat yapmama anlamına gelen inşaat yapmama irtifakı, taşınmaz malikinin kendi arazisi üzerine inşaat yapma hakkı gibi esaslı bir hakkı kısıtlamakta, fakat aynı arazi üzerinde lehine irtifak tanınan kişiye de böyle bir hak tanınmamaktadır. Bu sebeple, inşaat yapmama irtifakı, önalım hakkının kullanımı sağlayan önalım olgusu kapsamında mütalaa edilmemektedir.³⁸¹ Bir diğer görüşe göre ise somut olay değerlendirilmeli ve buna göre karar verilmelidir.³⁸² Sonuç odaklı yaklaşım benimsendiğinde ise, mülkiyetin nakli gerçekleşmediği için önalım olgusu gerçekleşmeyecektir.

³⁷⁹ SCHENKER, S. 262.

³⁸⁰ STREBEL, S. 126, PN. 399; BRÜCKNER, S. 533, PN. 85; RÜEGG, S. 276, PN. 711; STARK, OR Art. 216c PN. 3, in: Kurzkomentar; AYDOĞDU, uzun süreli oturma hakkı tanınmasını satışa eşdeğer görmektedir.

³⁸¹ RÜEGG, S. 275, PN.708.

³⁸² STREBEL, S. 155, PN. 502, her olay için inşaat yapmama yasağının önalım olgusu anlamına gelip gelmediğinin ayrıca mütalaa edilmesi gerektiğini savunmaktadır.

ff) Taşkın İnşaat

Taşkın yapı arazi üzerine inşa edilen yapının, arazinin sınırlarını aşarak başkasına ait araziye taşınması durumu ifade eden teknik bir terimdir.³⁸³ Bir yapının başkasına ait araziye taşınan kısmı, eğer yapıyı yapan malik taşınan arazi üzerinde örneğin araziye temas eden yapılar için üst hakkı veya araziye temas etmeyen yapılar için ise yapının taşmasına katlanma irtifakı³⁸⁴ gibi bir irtifak hakkına sahip bulunuyorsa, ona ait taşınmazın bütünleyici parçası olur. Böyle bir irtifak hakkı olmamasına rağmen, özellikle itirazın zamanında yapılmamasından ötürü³⁸⁵ veya irtifak hakkı kurulmadan önce malik tarafından bir taahhüdün varlığı sebebiyle³⁸⁶ arazi maliki bu taşmaya katlanmakla yükümlü ise, aynı zamanda durum ve koşullar da haklı gösterdiği takdirde, taşkın yapıyı iyiniyetle yapan kimse, uygun bir bedel karşılığında taşan kısım için bir irtifak hakkı kurulmasını veya bu kısmın bulunduğu arazi parçasının mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyebilir (TMK m. 725).

Kanun metni dikkate alınarak iki farklı ihtimal ayırt edilmelidir.

Birinci ihtimalde taşkın yapının sahibi, yapının taşıdığı arazi üzerinde bir irtifak hakkına sahiptir. Bu ihtimalde taşan kısım ait olduğu taşınmazın bütünleyici parçası olacak, fakat yapının taşıdığı arazinin çıplak mülkiyeti malikte kalmaya devam edecektir.³⁸⁷

³⁸³ Taşkın yapı kavramının haksız inşaat kavramından farkı için bkz. ŞENOL, Hilal, Kendi Malzemesiyle Başkasının Arazisinde İnşa Edilen Haksız Yapı (Yüksek Lisans Tezi), Kayseri, 2015, s. 41.

³⁸⁴ OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, İstanbul, 2004, s. 402.

³⁸⁵ Zarar gören malik taşmayı öğrendiği tarihten başlayarak on beş gün içinde itiraz etmelidir (TMK m. 725/II).

³⁸⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, (2004), s. 402.

³⁸⁷ RÜEGG, S. 274, PN. 706; ESENER/GÜVEN, s. 260.

İkinci ihtimalde ise, taşkın yapının maliki iyiniyetli olmak kaydıyla bir irtifak hakkına sahip değilse ve arazi sahibi itiraz süresini geçirmişse, ya uygun bir tazminat karşılığında lehine bir irtifak hakkı tesisini ya da o kısmın mülkiyetinin kendisine geçirilmesini isteyebilecektir.

Öncelikle vurgulanması gereken husus taşkın yapı sahibi lehine bir irtifak tanınması halinde bu irtifakın tek başına devredilemeyeceği ve başka aynı haklarla takyit edilemeyeceğidir. Ancak hak sahibi taşınmaz ile birlikte bu irtifakın da devri mümkündür.³⁸⁸ Bir görüşe göre taşkın yapı sahibi lehine tanınan irtifakla birlikte, taşkın yapı sahibi, taşınlan arazi yani yükümlü taşınmaz üzerinde fiili hakimiyet kurmakta, kendine ait taşınmazla birlikte söz konusu irtifakı üçüncü kişilere satabilme imkân ve yetkisini kazanmakta ve bu suretle yapının taşıdığı arazi üzerinde sınırlı da olsa bir tasarruf yetkisini haiz olmaktadır. Bu görüşe göre taşınlan arazi üzerinde taşkın yapı sahibi lehine irtifak tesisi, ekonomik ve fiili tasarruf yetkisinin üçüncü kişiye devri anlamına geleceği için, irtifak hakkına karşılık olarak bir bedel alınması koşuluyla önalım olgusunun vuku bulduğu kabul edilmelidir.³⁸⁹

Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Bu anlamda öncelikle söz konusu hakkın mahiyeti hakkında kısa bir açıklama yapılmalıdır. Yapı malikine taşın kısım üzerinde tanınacak hak, *arazi maliki için kanundan doğan ve arazi malikinin rızasına dayanmayan eşyaya bağlı bir borç niteliğindedir.*³⁹⁰ Diğer bir deyişle söz konusu yükümlülük taşınmaz maliki açısından mülkiyet hakkıyla ilgili *kanundan doğan dolaylı bir kısıtlamadır.*³⁹¹ Dolayısıyla önalım hakkını doğuran satış veya ekonomik açıdan satışa denk hukuki işlemlerin iradi/isteğe bağlı olması gerektiği

³⁸⁸ RÜEGG, S. 275, PN. 707.

³⁸⁹ RÜEGG, S. 275, PN. 707.

³⁹⁰ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, (2004), s. 404.

³⁹¹ REY/STREBEL, ZGB Art. 674 PN. 9 in: BSK-ZGB II.

yönündeki şart³⁹² kanundan doğan ve içeriği hakimın takdir yetkisine bırakılmış bu tarz bir hukuki işlemde tahakkuk etmeyecektir. Zira isteğe bağlı satış, devletin satışın yapılması noktasında müdahil olmadığı daha doğrusu zor gücünü kullanmadığı satıştır.³⁹³ Öte yandan hâkim tarafından taşınmazın mülkiyetinin nakline değil de bir irtifak hakkı kurulmasına karar verildiği durumlarda sonuç odaklı yaklaşım gereğince malın şekli anlamda mülkiyeti geçmediği için önalım olgusundan bahsedilemeyecektir.

Fakat tüm bu gerekçelerden bağımsız olarak dikkate alınması gereken asıl husus, kanun koyucunun taşınmaz maliki ile taşkın inşaat sahibinin menfaat çatışmasındaki hukuk politikası açısından ortaya koyduğu tercihini ve bunun sebeplerini doğru yorumlamaktır. Esasen taşkın inşaat halinde taşınmaz malikinın mülkiyet hakkı daha doğrusu malvarlığı üzerinde, konu, kişi, zaman bakımından dilediği gibi, serbestçe tasarrufta bulunma hakkı ile; bu mal üzerinde yapının haksız olduğunu bilmeyen ve bilmesi de gerekmeyen yapı malikinın menfaatleri bir çatışma halinde olup, kanun koyucu, tercihini, malikin malvarlığı üzerinde muhteva, konu, zaman itibarıyla dilediği gibi tasarrufta bulunma yetkisi aleyhinde kullanmıştır. Mülkiyet hakkına gerek Anayasa ile gerekse farklı özel kanunlarla atfedilen önem düşünüldüğünde, böyle bir tercihin meşruiyeti veya haklılığı ancak ciddi ve daha çok korunmaya layık bir menfaatin mevcudiyetini gerektirmektedir. Taşılan kısım üzerinde bir irtifak hakkı kurulması veya o kısmın mülkiyetinin yapı malikine devredilmesi önalım olgusu olarak değerlendirildiği takdirde, yapı maliki ile önalım hakkı alacaklısı sahibi arasında bir menfaat çatışması söz konusu olacaktır. Arazi malikinın mülkiyet

³⁹² STREBEL, S. 97, PN. 302; EREN, Özel Hükümler, s. 207.

³⁹³ STREBEL, S. 97, PN. 302, Fn. 423.

hakkı üzerindeki tasarruf özgürlüğü gibi Türk özel hukukuna ait en temel esaslardan birisi karşısında bile, iyiniyetli yapı malikinin menfaatini koruyan bu tercih karşısında, yapı maliki lehine mahkeme kararı ile irtifak hakkı tesisinin veya mülkiyetin naklinin, önalım olgusu kabul edilerek, yalnızca taraf iradelerine dayanan önalım hakkını öncelemenin tutarlı bir yaklaşım olmayacağı ortadadır. Sonuç olarak taşkın inşaat halinde iyiniyetli yapı malikine irtifak hakkı tesisinin veya mülkiyetin naklinin önalım olgusu olarak değerlendirilmesi yerinde olmayacaktır.

V. Ölüme Bağlı Tasarruflarda Hukuki Durum

1. Belirli Mal Bırakma Vasiyeti

Miras bırakan, tasarruf özgürlüğünün sınırları içinde, malvarlığının tamamında veya bir kısmında vasiyetname ya da miras sözleşmesiyle tasarrufta bulunabilir (TMK m. 514). Malvarlığının mirasçılara diğer tabirle külli halef olan kimselere geçmesi durumunda, önalım olgusunun doğmadığı daha önce ifade edilmişti. Fakat vasiyetname yoluyla yapılan ölüme bağlı tasarruflara da kısaca değinilmelidir. Vasiyetname ile ilgili olarak tespit edilmesi gereken ilk husus vasiyetnamenin tek tarafı bir hukuki işlem olduğu, dolayısıyla vasiyetname ile yapılacak mirasçı atamanın veya belirli mal bırakma işlemlerinin önalım olgusunun gerçekleşmesine sebebiyet vermeyeceğidir.³⁹⁴ Ancak belirli mal bırakılmasında, lehine kazandırmada bulunulan ve cüz'i halef olan belirli mal vasiyeti alacaklısı (lehtar), aldığı mala karşılık, vasiyet borçlusuna yani tasarrufu yerine getirme yükümlüsüne karşı³⁹⁵, bir karşı edim ifa etmek zorundaysa hukuki durum ne olacaktır?³⁹⁶ Bu

³⁹⁴ RÜEGG, S. 284, PN. 732, PN. 638; LANZ, S. 36.

³⁹⁵ Belirli mal vasiyetinde, belirli mal vasiyetinin borçlusuna yasal ve atanmış mirasçılar olabileceği gibi ya da mirasbırakan tarafından özel olarak belirlenmiş bir mirasçı olabilir. Bkz. İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 236; SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkey, Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları, Ankara, 2018, s. 363; Bununla birlikte ifade edildiği üzere mirasbırakan vasiyet borçlusuna veya borçlularını

durumda mirasbırakanın ölümüyle birlikte lehine belirli mal vasiyet edilen vasiyet alacaklısı, tasarrufu yerine getirmekle yükümlü yasal ve atanmış mirasçılara karşı taşınmazın mülkiyetinin kendisine geçirilmesine yönelik bir alacak hakkına, buna karşın yasal ve atanmış mirasçılar ise taşınmazın mülkiyetinin lehine belirli mal vasiyet edilen kişiye geçirilmesi karşılığında bir karşı edim alacağına sahip olacaklardır.

Özellikle mirasbırakanın bıraktığı mal ile lehine belirli mal vasiyet edilen vasiyet alacaklısının tasarrufu yerine getirme yükümlülerine, yani yasal ve atanmış mirasçılara karşı ifa edeceği karşı edim arasında değersel bir eşitlik varsa hukuki durum nasıl değerlendirilecektir? Örneğin, mirasçı olmayan üçüncü bir kişi lehine önalım hakkı ile yüklü bir taşınmazın vasiyet edilmesi ve lehine belirli mal vasiyet edilen belirli mal alacaklısının, vasiyeti yerine getirmekle yükümlü, vasiyet borçlusu yasal ve atanmış mirasçılara karşı, taşınmazın piyasa değerine uygun bir karşı edim borcu yüklenmesi halinde hukuki durum ne olacaktır?³⁹⁷ Hemen ifade etmek ve tekrar vurgulamak gerekir ki, belirli mal vasiyetine karşılık olarak, lehine belirli mal bırakılan vasiyet alacaklısının ifa etmek zorunda olduğu bir karşı edim kararlaştırılmamışsa, aynen bağışlamada olduğu üzere, bu durumda da lehine

serbestçe belirleme imkanına sahiptir. EREN, Fikret/YÜCER AKTÜRK, İpek, Türk Miras Hukuku, Ankara, 2019, s. 143.

³⁹⁶ STREBEL, S. 133, PN. 419; GÜRSOY, bir mal vasiyetinden bahsedilebilmesi için, lehtarın iktisap ettiği mameleki menfaati ivazsız olarak iktisap etmesinin ve murisin bu kasıtlı hareket etmesinin şart olduğunu ifade etmektedir. Bkz. GÜRSOY, Kemal Tahir, Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Mal Vasiyeti, Ankara, 1955, s. 18; TMK m. 517/I'de kullanılan "kazandırmada" kelimesinden hareketle belirli mal vasiyetinin kural olarak karşılıksız olması gerektiği yönünde bkz. İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan, Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, Ankara, 2019, s. 228.

³⁹⁷ RÜEGG, S. 284, PN. 733.

vasiyette bulunulan kişinin şahsı ön planda olacağı için, bu durumun önalım olgusu teşkil etmeyeceği aşıkardır.³⁹⁸

Fakat bir karşı edim kararlaştırılmışsa, STREBEL tekrar ikili bir ayrıma gitmekte ve kararlaştırılan karşı edimin kısmi veya tam bir karşılık teşkil etmesine göre konuyu değerlendirmektedir.

Karşı edimin, vasiyet edilen değer karşısında kısmi bir karşılık teşkil etmesi durumunda, yine lehine vasiyet edilen kişinin şahsı ön planda olacağı için diğer bir deyişle hukuki işlem bağış niyeti barındırdığı için bu durumda önalım olgusu gerçekleşmeyecektir.³⁹⁹ Bir bağış mı olduğu yoksa salt bir fiyat indirimi mi olduğu hususu aynen üçüncü kişi ile yapılan sözleşmenin karma bağış mı, yoksa salt bir fiyat indirimi mi olduğunun tespitinde olduğu gibi yapılmalıdır. Buna göre, üçüncü kişi ile yapılan sözleşmenin karma bağış niteliğinde kabul edilebilmesi için malın piyasa değerinden en az yüzde yirmi oranında daha düşük bir bedele satılması gerekmekte olup, bunun oranın altında kalan oranlar salt bir fiyat indirimi olarak kabul edilmeli ve önalım olgusu kapsamında görülmelidir. Lehine belirli mal bırakılan kimsenin yerine getirmek zorunda olduğu karşı edim vasiyet edilen belirli mal karşısında kısmi bir karşılık teşkil ediyorsa, söz konusu karşılığın, kısmi bir bağış mı olduğu yoksa bir fiyat indirimi mi olduğu bu yöntemle tespit edilebilir.⁴⁰⁰ Sonuç olarak belirli mal bırakılmasında, belirli mal vasiyeti alacaklısı, tasarrufu yerine getirme yükümlüsü olan yasal ve atanmış mirasçılara karşı, kendisine vasiyet edilen (bırakılan) belirli mala yani önalım hakkı ile yüklü taşınmaza karşılık, kısmi bir karşı edim ifa etmek zorundaydı ve bu kısmi

³⁹⁸ STREBEL, S. 133, PN. 420.

³⁹⁹ STREBEL, S. 133, PN. 422.

⁴⁰⁰ STREBEL, S. 134, PN. 424.

karşılık salt bir fiyat indiriminden ibaretse, önalım olgusunun varlığına hükmedilebilir. Aksi takdirde önalım olgusunun varlığı reddedilecektir.⁴⁰¹

Belirli mal bırakılmasında, belirli mal vasiyeti alacaklısının, tasarrufu yerine getirme yükümlüsü olan yasal ve atanmış mirasçılara karşı, aldığı mala karşılık olarak ifa ettiği etmek zorunda olduğu edim tam bir karşılık teşkil ediyorsa, diğer bir tabirle mirasbırakanın vasiyet alacaklısı üçüncü kişi lehine vasiyet ettiği mal ile lehine belirli mal vasiyet edilen kişinin tasarrufu yerine getirme yükümlüsü yasal ve atanmış mirasçılara yani vasiyet borçlusuna karşı ifa edeceği karşı edim arasında değersel bir eşitlik varsa hukuki durum nasıl değerlendirilecektir?

STREBEL, bu durumda satış sözleşmesine benzer bir hukuki işlemin tesis edildiğini, tek farkın icap ve kabulün açıklandığı zamanla ilgili olduğunu ifade etmektedir. Buna göre malın maliki mirasbırakan, ölüm tarihinde geçerli olacak bir icap ortaya koymakta, vasiyet alacaklısının vasiyeti kabulüyle birlikte borçlandırıcı işlem meydana gelmektedir.⁴⁰² Yazar, bu anlayışın bir uzantısı olarak, vasiyet borçlusuna olan yasal ve atanmış mirasçılardan mirasın kabul etmesiyle veya ret hakkının düşmesiyle söz konusu alacağın muaccel olacağını; vasiyet alacaklısının vasiyeti reddetmesiyle veya mirasçılardan mirasın reddetmesiyle borcun sona ereceğini ileri sürmektedir.⁴⁰³ Sonuç olarak belirli mal bırakılmasında, belirli mal vasiyeti alacaklısının, vasiyet borçlusuna, tasarrufu yerine getirmekle yükümlü olan yasal ve atanmış mirasçılara karşı, kendi lehine vasiyet edilen mala karşılık olmak üzere ifa ettiği edim, terekedeki önalım hakkı ile yüklü vasiyet edilen mala tam bir

⁴⁰¹ STREBEL, S. 134, PN. 424.

⁴⁰² STREBEL, S. 134, PN. 427.

⁴⁰³ RÜEGG, S. 284, PN. 733.

karşılık teşkil ediyorsa yapılan hukuki işlem olgusu önalım teşkil etmektedir.⁴⁰⁴

2. Miras Sözleşmesi

TMK m. 527' ye göre miras sözleşmesi ile mirasçı atamak veya mal vasiyeti yapmak mümkündür. Bu işlemler vasiyetnamede olduğu gibi tek taraflı bir hukuki işlem değil, iki taraflı bir hukuki işlem olup, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanına ihtiyaç duyarlar.⁴⁰⁵ Mirasbırakan üçüncü kişi ile yaptığı ve muhtevasında üçüncü kişiyi mirasçı olarak atadığı veya onun lehine belirli mal bıraktığı sözleşmede, karşı taraf herhangi bir borç altına girmemekte ise, ivazsız, buna karşın bir borç altına girmekteyse ivazlı miras sözleşmesi söz konusu olmaktadır.⁴⁰⁶ Önalım olgusu açısından, ivazsız miras sözleşmeleri bağışlamaya kıyasla bir karşı edim olmadığı için dikkate alınmayacaktır. İvazlı miras sözleşmeleri ise sözleşme ile üçüncü kişi lehine belirli bir mal mı bırakıldığı yoksa üçüncü kişinin mirasçı olarak mı atandığı dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

a) Konusu Belirli Mal Bırakma Olan İvazlı Miras Sözleşmesi

Konusu belirli mal bırakma olan ivazlı miras sözleşmesinde, söz konusu mal üzerinde başka bir kimsenin önalım hakkı söz konusu olabilir. Miras sözleşmesinde mirasbırakanın ölümü ile söz konusu taşınmazın mülkiyetinin kendisine intikal ettirilmesine dönük bir alacak hakkı elde eden üçüncü kişi, mirasbırakana karşı, mirasbırakan yaşarken yerine getirmek zorunda olduğu para şeklinde veya ekonomik olarak taşınmazın değerine denk bir edimin ifasını borçlanmış olabilir. Mirasbırakanın edimi ile lehine mal bırakılan

⁴⁰⁴ STREBEL, S. 135, PN. 428.

⁴⁰⁵ İMRE, Zahit/ ERMAN, Hasan, Miras Hukuku, İstanbul, 2011, s. 172.

⁴⁰⁶ DURAL, Mustafa/ ÖZ, Turgut, Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, İstanbul, 2011, s. 99, PN. 494.

kişinin edimi arasında ekonomik açıdan bir denklik bulunduğu takdirde, önalım olgusunun varlığı kabul edilmektedir.⁴⁰⁷

b) Konusu Mirasçı Atama Olan İvazlı Miras Sözleşmesi

Belirli mal vasiyetinden farklı olarak mirasçı atamada mirasbırakan mirasının tamamı veya belli bir oranı için bir veya birden çok kişiyi mirasçı atamakta (TMK m. 516) ve atanmış mirasçılar da mirası, mirasbırakanın ölümü ile kazanmakta ve aynen yasal mirasçılar gibi külli halef olmaktadırlar (Krş. TMK m. 599).⁴⁰⁸ Mirasçı atamanın bir ivaz mukabiline gerçekleştiği durumda, atanmış mirasçının mirasçı olarak atandığı malvarlığı içinde önalım hakkı ile yüklü bir taşınmaz bulunuyorsa, önalım hakkı doğmuş olacak mıdır ?

Önalım olgusu açısından malın üçüncü kişiye cüzi halefiyet yoluyla intikalini şart koşan görüşe göre, mirasçı atama durumunda malvarlığının bir ivaz karşılığında atanmış mirasçıya geçmesi külli halefiyet ilkesi çerçevesinde gerçekleşeceği için, önalım olgusu gerçekleşmeyecektir. Buna karşın, ekonomik yaklaşımı benimseyen görüş, atanmış mirasçının mirasçı olarak tayin edilmesi karşılığında yerine getirdiği edimin veya ivazın, mirasçı olarak tayin edildiği miras ile ekonomik olarak eşdeğerde olup olmamasına göre, soruyu farklı cevaplandırmaktadır. Buna göre atanmış mirasçının mirasçı olarak tayin edilmesi halinde, karşı edim olarak yerine getirdiği ivaz, atanmış mirasçının mirasçı olarak atandığı tereke oranı ile ekonomik olarak eşdeğer ise önalım olgusunun mevcudiyeti kabul edilmelidir.⁴⁰⁹ Aksi takdirde yani ekonomik bir eşdeğerlilik söz konusu değilse, örneğin karma bir bağış söz

⁴⁰⁷ RÜEGG, S. 286, PN. 739.

⁴⁰⁸ DURAL/ÖZ, s. 138, PN. 668.

⁴⁰⁹ RÜEGG, S. 289, PN. 743.

konusu ise, bahsi geçen ekonomik eşdeğerlilik şartı eksik olduğu için önalım olgusunun varlığına hükmedilemeyecektir.⁴¹⁰ Mirasçı atama işleminde belirli mal bırakmadan farklı olarak, atanmış mirasçıya hangi malın veya ne kadar malın kaldığı belli olmadığı için, önalım hakkı ile yüklü taşınmazın da atanmış mirasçıya kalıp kalmayacağı mirasçı ölünceye kadar belli olmayacaktır. Şayet mirasçı atamasının nitelendirilmesi noktasında önalım olgusunun varlığına müspet cevap verilecek olursa, önalım olgusunun gerçekleştiği tarih mirasçı atama sözleşmesinin yapıldığı tarih değil, önalım hakkı ile yüklü taşınmazın terekede bulunması kaydıyla, mirasbırakanın öldüğü tarihtir, zira taşınmazın mülkiyeti atanmış mirasçıya bu tarihte geçecektir.⁴¹¹

IV. Sonuç ve Değerlendirme

Çalışmanın giriş bölümünde ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlem kavramıyla ne anlaşılması gerektiği bir sorun olarak ortaya konmuştu. Bu sorunla ilintili veya bu soruya verilecek cevaba göre şekillenecek pek çok soruna çalışma boyunca değinilmeye çalışıldı. Her bir sorun için ulaşılan tali sonuçları burada tekrar özetlemek bir makalenin sınırlarını zorlayacağı için sonuç bölümünde ön plana çıkan birkaç tali sorunla birlikte ana soruna dair varılan kanaatin paylaşılması ile yetinilecektir. Türk hukuku açısından sözleşmesel önalım hakkının uygulanması İsviçre'deki ana yönelimin aksine zayıf kalmış, kazâi içtihatlar daha ziyade kanuni önalım hakkı etrafında şekillenmiştir.

⁴¹⁰ RÜEGG, S. 289, PN. 743. Atanmış mirasçının yerine getireceği edimin değerini tespit pek güçlük arz etmezken, mirasbırakanın atanmış mirasçıyı mirasçı olarak atadığı mirasın değerini belirlemek çok kolay olmayacaktır.

⁴¹¹ RÜEGG, S. 289, PN. 744; OĞUZMAN, M. Kemal, Dürüstlük Kuralına (MK m. 2) Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi, Prof. Dr. Yasar Karayalçın'a 65. Yas Armağanı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1988, s. 407-415.

Somut durumu dikkate alan Türk kanun koyucusu, Türk Medeni Kanunu'nda kanuni önalım hakkını sistematik olarak incelemiş ve kanuni önalım hakkı ile ilgili kullanmaya ve vazgeçmeye dair hükümlerin sözleşmesel önalım hakkına da uygulanacağını belirterek sözleşmesel önalım hakkı ile ilgili eski Borçlar Kanunu'nda bir düzenleme yapma yönüne gitmemiştir. Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda ise sözleşmesel önalım hakkı İsviçre'dekine benzer biçimde ayrıca düzenlenmiş, fakat maalesef sözleşmesel önalım hakkı ile kanuni önalım hakkı arasındaki ilişkinin yeni düzenleme sonrası nasıl bir hal alacağına dair sarıh (açık) bir hüküm öngörmemiştir. Bu sebeple sözleşmesel önalım hakkında yeni bir önalım kategorisi olarak ortaya çıkan ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemlerin yasal önalım hakkında da bir önalım olgusu olarak kabul edilip edilemeyeceği sorunu ortaya çıkmıştır. Hâkim görüşçe benimsenen ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlemlerin kanuni önalım hakkında da önalım olgusu olarak kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüş, kanuni önalım hakkının Cumhuriyet sonrası tarihsel gelişimi, kanunun açık biçimde sözleşmesel önalım hakkını yasal önalım hakkına tabi kılmak isteyen yaklaşımı ve kanun sistematığı dikkate alındığında ciddi itirazlara kapı açabilecektir. Bununla birlikte olması gereken hukuk açısından hâkim görüş savunulabilir.

Çalışmanın ana meselesini teşkil eden ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlem kavramından ne anlaşılması gerektiği hususu benimsenen yaklaşıma ve yorum yöntemine göre farklılık gösterecektir. Malın şekli anlamda da mülkiyetinin naklini şart gören sonuç odaklı yaklaşım, daha önce değinildiği üzere içtihatlarla beliren hukuki durumu meşrulaştırmanın ötesine geçmemekte, söz konusu kategoriyi, yıllara yaygın biçimde,

çoğunlukla dürüstlük kuralı üzerinden ulaşılan sonuçların kanuni bir zemine oturtulmasından ibaret görmektedir.

Buna karşın ekonomik yaklaşım ise ittifak halinde, önalım olgusu teşkil etmeyeceği kabul edilen durumlarda bile, mala ilişkin ekonomik ve fiili tasarruf yetkisinin üçüncü kişiye intikalini önalım olgusu olarak değerlendirmek için yeterli görmüş, örneğin önalım hakkı ile yüklü eşyanın bir şirkete sermaye olarak getirilmesi durumunda önalım olgusunun gerçekleşebileceğini savunmuştur.

Ekonomik yaklaşım iki noktada sonuç odaklı yaklaşımdan ayrılmaktadır. İlk nokta, malın şekli anlamda mülkiyetinin üçüncü kişiye geçirilmesinin, hukuki işlemin önalım olgusu olarak değerlendirilmesi açısından şart olarak görülmemesi, ikinci nokta ise hukuki işlemin taraflarının hukukten iki farklı süje olmaları dikkate alınmaksızın fiili ve ekonomik duruma odaklanılmasıdır. Kara Avrupası hukuk sisteminde temkinle yaklaşılacak hukukun ekonomik analizi⁴¹² benimsendiğinde, hali hazırda önalım olgusu olarak benimsenmeyen birçok hukuki işlemin önalım kategorisine gireceği muhakkaktır.

Öte yandan BYLDLINSKI tarafından savunulan görüşün bütün yaklaşımlar üzerinde az çok etkili olduğu ve birçok durumda dikkate alındığı söylenebilir. Söz konusu yaklaşım sözleşmenin karşı tarafının kişiliğinin ve ifa ettiği edimin bir hususiyet arz ettiği durumlarda, kural olarak önalım olgusunun varlığını reddetmektedir.

GRUNWALD tarafından tamamlayıcı yorum metoduna göre ise önalım hakkı alacaklısı açısından bakıldığında eşyanın satılması veya hediye edilmesi

⁴¹² Hukukun ekonomik analizi hukuk ekonomik ilişkisinde bilhassa Amerika'da oldukça rağbet gören bir yaklaşım olup söz konusu yaklaşım tarihsel gelişimine ilişkin bir özet için bkz. GHANDCHI, S. 199, FN. 572.

arasında hakikatte bir fark bulunmamaktadır, zira önalım hakkı yükümlüsü, malı hediye etmek istediğinde malı elinden çıkarmak yönündeki iradesini açık biçimde ortaya koymuş olmaktadır. Aynı şekilde önalım hakkı alacaklısı açısından da malın üçüncü kişiye hediye edilmesi ile satılması arasında bir fark bulunmamaktadır, zira onun da amacı malı elde etmektir. Söz konusu yorum metodunda ise, özgür iradeleriyle önalım olgusu teşkil edecek sözleşmeleri genişletebilme imkanına sahip olan tarafların bu imkânı kullanmamalarına rağmen, taraflar arasında doğacak ihtilaflarda tamamlayıcı yorum yoluyla hâkimin soruna müdahil olması eleştirilmiştir. Son olarak özel hukukta kullanılacak her türlü hakkın ana sınırını teşkil eden dürüstlük kuralını, hiçbir yaklaşımın göz ardı etmediği söylenebilir.

Kanunda kullanılan ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlem kavramıyla birlikte dürüstlük kuralının veya dürüstlük kuralı üzerinden sorunu çözme çabasının alan kaybettiği de bir gerçektir, zira artık konuya dair özel bir düzenleme mevcut olduğu için sorun öncelikle bu özel düzenleme üzerinden çözülmeye çalışılacaktır.⁴⁴³ Zira kanuna eklenen ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlem kavramıyla amaçlanan husus zaten, önalım hakkının kullanılmasının önüne geçmek kastıyla yapılacak düzenlerin, kanuna karşı hilelerin önüne geçmektir.⁴⁴⁴

Kanaatimizce, ekonomik yaklaşımın şekli anlamda mülkiyetin naklini şart görmeyen ve hukuki işlemin tarafları açısından hukuki ayrılığı değil ekonomik özdeşliği dikkate alan yaklaşımı kısmen isabetli bir görüştür. Yine bize göre, bilhassa İsviçre kanun koyucusunun söz konusu madde ile ilgili

⁴⁴³ SCHWARZ'ın "*Sadece hüsnüniyet ve hakkın suiüstimaline dayanan bir hukuk tatbikatı...*" şeklindeki ifadesi bu soruna işaret eder niteliktedir. SCHWARZ, A.B. Medeni Hukuka Giriş, Terc. Bülent DAVRAN, İstanbul, 1942, sah. 197-198, aktaran: OĞUZMAN, M. Kemal, Dürüstlük, s. 409.

⁴⁴⁴ YAVUZ, /ACAR, /ÖZEN, s. 255.

kanuna eklediği ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlem kavramı, salt mevcut hukuki durumun kanuni bir zemine oturtulmasından ibaret olmayıp, söz konusu ifadeyle, ekonomik yaşamda hızla artan muamele çeşitliliği dikkate alınarak, ilerde meydana gelecek farklı ihtimaller karşısında hâkime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır.

Ekonomik açıdan satışa eşdeğer bir işlem olup olmadığı sorusuna genel bir cevap vermek oldukça zor olup, her bir hukuki işlem somut verilerle değerlendirilmelidir.⁴⁴⁵ Fakat kullanılan ifade ile kanun koyucunun önalım hakkı sahibine yakın durduğu ve mümkün mertebe önalım hakkının kullanımını kolaylaştırmak istediği göz önünde bulundurulmalıdır.⁴⁴⁶ Sonuç olarak hâkim, kanunda kullanılan elastiki ifadeyi dikkate alarak somut olay adaletini sağlayacak yaklaşımı bizzat kendisi seçmelidir.

⁴⁴⁵ Aynı yönde bkz. AYDOĞDU, s. 113; BAYGIN, s. 18.

⁴⁴⁶ FASEL, OR Art.216c PN. 5, in: BSK OR I.

KISALTMALAR CETVELİ

§	: Vorschrift
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Abs.	: Absatz
AJP	: Aktuelle Juristische Praxis (Lachen)
Alt	: frühere Fassung des betreffenden Gesetzes
Art.	: Artikel
Aufl.	: Auflage
b.	: bent
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Entscheidendes Schweizerisches Bundesgerichts
BGer	: Bundesgericht
Bkz.	: Bakınız
BSK	: Basler Kommentar
BÜHFD.	: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
CHK	: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CO	: OR
Diss.	: Dissertation
E.	: Erwägung(en)
E.T.	: Erişim Tarihi
Dn.	: Dipnot
DEÜHFD.	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

E.	: Esas
eBK	: Eski Borçlar Kanunu
eMK	: Eski Medeni Kanun
EÜHFD.	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	: fıkra
f.	: und folgende
ff.	: fortfolgende
Fn.	: Fussnote(n)
FS	: Festschrift
GÜHFD.	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HK	: Handkommentar
Hrsg.	: Herausgeber
HS	:Hauptsatz
İnÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
i.V.m.	: in Verbindung mit
K.	: Karar
Krş.	: Karşılaştırınız
m.	: madde
MÜHF-HAD.	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
OR	: BG vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des

Schweizerischen Zivilgesetzbuches, fünfter Teil:
Obligationenrecht

- PN.** : Paragraphnummer/Paragraf Numarası
- s.** : Sayfa
- S.** : Sayı
- S.** : Seite (Almanca Metinlerde)
- T.** : Tarih
- TBK** : Türk Borçlar Kanunu
- TMK** : Türk Medeni Kanunu
- VUK** : Vergi Usul Kanunu
- Y.** : Yargıtay (Yargıtay kararlarında)
- Y.** : Yıl (Makale ve diğer eserlerde)
- YİBK.** : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
- YÜHFD.** : Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- SZW** : Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarkt-
recht (Zürich)
- ZBGR** : Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
- ZBJV** : Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
- ZGB** : Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
- Ziff.** : Ziffer

KAYNAKÇA

- AKALP-DEMİRTABAK, Didem**, Yasal Önalım Hakkı, İstanbul, 2010.
- AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut, ATEŞ KAHRAMAN, Derya**, Eşya Hukuku, İstanbul, 2018.
- ALLGÄUER, Oskar**, Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufsrecht nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, Diss. Zürich, 1918.
- ANTALYA, Gökhan**, Eşya Hukuku, C. I, Giriş, Temel Kavramlar, Genel İlkeler, İstanbul, 2017.
- ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2018.
- ARPACI, Abdulkadir**, Eşya Hukukumuzda Yeni Medeni Kanunla Yapılan Değişikliklerden Bazılarına Kısa Bir Bakış, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004.
- ATAMULU, İsmail**, Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Ankara, 2017.
- AYAN, Mehmet**, Kanuni Şüfa Hakkı, Prof. Dr. Halil Cin'e Selçuk Üniversitesi'nde 10. Yıl Hizmet Armağanı, Konya 1995, s. 335-368 (AYAN, Kanuni Şüfa)
- AYAN, Mehmet**, Eşya Hukuku, C. 2 Mülkiyet, Ankara, 2016 (AYAN, Eşya)
- AYBAY, Aydın/HATEMİ, Hüseyin**, Eşya Hukuku, İstanbul, 2014.
- AYDIN ÜNVER, Tülay**, Yasal Önalım Hakkında Önalım Olayının Bildirilmesi, BÜHFD, C. 11, S. 145, Y. 2016, s. 829-857.
- AYDOĞDU, Murat**, Yasadan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Ankara, 2013.

BASLER KOMMENTAR Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, Hrsg. HONSELL, Heinrich /VOGT, Peter Nedim /WIEGAND, Wolfgang, (Hrsg.), Basel, 2011 (Yazar, Art. PN. in: BSK OR I)

BASLER KOMMENTAR, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB (Hrsg.) HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim P./GEISER, Thomas, Basel, 2014 (Yazar, Art. PN. in: BSK ZGB II)

BAŞPINAR, Veysel, Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Olağanüstü Hallerde Mülkiyet Hakkı Sınırlamasının Fikrî ve Hukukî Temelleri, EÜHFD., C.11, S.1, Y.2016, s. 1-32.

BAYGIN, Cem, Yeni Borçlar Kanunu'nun Satış İlişkisi Doğuran Haklar Konusunda Getirdiği Düzenlemelere Genel Bir Bakış, BÜHF-KHHD, Mart-Nisan 2011, S. 79- 80, s.7-30.

BELEÇ, Mehmet, Yasal Önalım Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007.

BERNER KOMMENTAR, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a: Inhalt des Vertrages, Artikel 19–22 OR, Bern, 1991 (Yazar, OR Art., PN. in: Berner Kommentar)

BERNER KOMMENTAR, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 3. Teilband, Grundeigentum II, Art. 680 –701 ZGB, Bern, 1975 (1991 (Yazar, ZGB Art., PN. in: Berner Kommentar)

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, 1997, (Yazar, OR Art., PN. in: Berner Kommentar)

BINZ-GEHRING, Doris, Das gesetzliche Vorkaufsrecht im schweizerischen Recht, Diss. Bern, 1975.

BÖCKLİ, Peter, Schweizer Aktienrecht, mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung- unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, Zürich - Basel – Genf, 2009.

BRÜCKNER, Christian, Verwandte Verträge (Vorvertrag, Vorkaufsvertrag, Vertrag auf Begründung eines Kaufrechts bzw. Rückkaufsrechts), in: Koller Alfred (Hrsg.), Der Grundstückkauf, Bern, 2001, S. 520-550.

BURBULLA, Rainer, Der Vorkaufsfall im Zivilrecht, Diss. Bochum, Köln/Berlin/München, 2006.

BURCUOĞLU, Haluk, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Önalım Hakkı Düzenlemesi ve Borçlar Kanunu'nun ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Sözleşmesel Önalım Hakkına İlişkin Düzenlemeleri Hakkında Bazı Gözlemler, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, İstanbul, 2011, s. 283-298.

ÇAY, Cengiz Topel, Yeni Türk Medeni Kanunu'nun Önalım Hakkı Konusunda Getirdiği Değişiklik ve Yenilikler (Yenilik Doğuran Dava Düzenlemesi), Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007.

ÇELİKTAŞ, Demet, Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, DEÜHFD., (Kudret Ayiter'e Armağan), C.3, S.1-4, Y.1988, s. 593-641.

ÇONKAR, M. Halil, Anonim Ortaklıkta Aynı Sermaye, İstanbul, 2016.

DEMİRSATAN, Barış, Taşınmazlara İlişkin Olarak Tanınan Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan, BÜHFD., C.11, S.145 – 146, Y.Eylül – Ekim 2016, s. 905-946.

DEMİRBAŞ, Feride, Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, AÜHFD., C. 65, S.2, Y. 2016, s. 249-277.

DOĞAN, Murat, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, Ankara, 2004.

DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt IV, Miras Hukuku, İstanbul, 2015.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2018 (EREN, Genel Hükümler).

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2017 (EREN, Özel Hükümler).

EREN, Fikret, Mülkiyet Hukuku, Ankara, 2016 (EREN, Mülkiyet).

EREN, Fikret, Türk Medeni Kanunu'na Göre Yasal Önalım Hakkı, GÜHFD., C. XII, Y. 2008, s. 103-126 (EREN, Yasal Önalım).

EREN, Fikret/YÜCER AKTÜRK, İpek, Türk Miras Hukuku, Ankara, 2019

ERGÜNE, Mehmet Serkan, Taşınır Mülkiyeti, İstanbul, 2017.

ERKAN, Umut Vehbi, Türk Medeni Kanunu'nda Yasal Önalım Hakkı (MK. md. 732, 733, 734), Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006.

ERKAN, Umut Vehbi, Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 Tarihli E. 2003/34 ve K. 2007/94 Sayılı Kararı Üzerine: Türk Medeni Kanunu'nda Yasal

Önalım Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılması, İÜHFD, C. 5, S. 1, Y. 2014, s. 269-294.

ERMAN BGB, WESTERMANN, Harm P., Band II, Köln, 2008 (Yazar, BGB § , PN. in: ERMAN Handkommentar)

ERTAŞ, Şeref, Eşya Hukuku, İzmir, 2018.

ESENER, Turhan, Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul, 1956.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Şufa Hakkı, İstanbul, 1959.

FURRER, Andreas/MÜLLER-CHEN, Markus, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich, 2018.

GEMALMAZ, Burak H., Mülkiyet Hakkı- Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 6, Ankara, 2018.

GHANDCHI, Lilian, Das gesetzliche Vorkaufsrecht im Baurechtsverhältnis, Diss. Zürich, 1999.

GRUNEWALD, Barbara, Umgehungen schuldrechtlicher Vorkaufsrechte, in: Festschrift Für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag herausgegeben von Hermann Lange, Knut Wolfgang, Nörr Harm, Peter Westermann.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Sözleşmesel önalım Hakkına İlişkin Hükümlerinin (TBK. m. 237/III, 238, 239 ve 240- 242) Değerlendirilmesi, YÜHFD., C. VIII, S. 2, Y. 2011, YÜHFD., C. IX, S. 1, Y. 2012, s. 435-453.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I, İstanbul, 2012 (GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s.)

GÜRSOY, Kemal Tahir, Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Mal Vasiyeti, Ankara, 1955.

GÜRSOY, Kemal Tahir/EREN, Fikret/CANSEL, Erol, Türk Eşya Hukuku, Ankara, 1984.

HANDKOMMENTAR ZUM SCHWEIZER PRIVATRECHT, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, Art. 184-318, Hrsg. **MÜLLER-CHEN, Markus/ HUGUENIN, Claire/ GIRSBERGER** (Yazar, OR Art. PN. , in: Handkommentar)

HATEMİ, Hüseyin, Das Vorkaufsrecht im neuen türkischen ZGB/Yeni Türk Medeni Kanunu'nda Önalım Hakkı, Türk-İsviçre Hukuk Haftası, (Ed.) **ERDEM, Ercüment/ BOLLE, PIERRE-HENRI**, İstanbul, 2004, s. 165-171.

HELVACI, İlhan, İsviçre Borçlar Kanunu'nun Sözleşmeden Doğan Önalım, Alım ve Geri Alım Haklarına İlişkin Değişiklikleri (İsviçre Borçlar Kanunu Madde 216/Fıkra 2, Fıkra 3, Madde 216a-216e), Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 19, S. 1-2, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, Y.1999- 2000, s. 397-417.

HONSELL, Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Bern, 2017.

ISLER, Leana, Maria, Die im Grundbuch vormerkbaren persönlichen Rechte (Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrecht; Miete und Pacht) und ihre steuerrechtliche Behandlung, Diss. Zürich, 1989.

İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan, Miras Hukuku, İstanbul, 2015.

İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan, Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, Ankara, 2019.

İSTANBUL ŞERHİ, Türk Borçlar Kanunu Cilt 2, Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 2018, (Ed.) **SEROZAN, Rona/ÖZ, Turgut/ACAR, Faruk/GÖKYAYLA, Emre/DEVELİOĞLU, Murat.** (Yazar, TBK m. PN.: TBK İstanbul Şerhi)

J. VON STAUDİNGERS Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB- Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 433-480, Kaufrecht (Yazar, BGB § 463 PN. 17 in: Staudinger (2014) BGB, Buch 2)

JAUERNIG, Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, 2018.

KIRCA, Çiğdem, Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanun'daki Değişiklikler, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, 2002, 1179-1203.

KİZİR, Mahmut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Satış İlişkisi Doğuran Haklar ve Özellikle Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, MÜHF-HAD., C.22, S.3, Y. Aralık 2016, s. 1773-1796.

KOBIERSKI, Marlene, Der Durchgriff im Gesellschafts- und Steuerrecht, Diss. Bern, 2012.

KOLLER, Alfred (Hrsg.), Der Grundstückkauf, Bern, 2017.

KOLLER, Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art.184-318, Bern, 2012.

KOLLER, Alfred, Vorkaufsberechtigung bei Veräußerungsgeschäften, die Teil einer gemischten Schenkung sind, in: Teil VI - Obligationenrecht und weitere Rechtsgebiete (Hrsg), **RUMO-JUNGO, Alexandra/ PİCHONNAZ, Pascal/ HÜRLİMANN-KAUP, Bettina/FOUNTOULAKİS, Christiana**, S. 751-759.

KURZKOMMENTAR – SCHWEIZERISCHES ZIVILGESETZBUCH, (Hrsg.) **BÜCHLER, Andrea/JAKOB, Dominique**, Basel, 2012. (Yazar, OR Art. 216c PN. 1, in: Kurzkomentar – Schweizerisches Zivilgesetzbuch)

KUTLU, Nurgül, Önalım Hakkının Kullanılması, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli, 2010.

LANZ, Raphael, Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im schweizerischen Privatrecht, Diss. Bern, 2000.

MADER, Peter Vorkaufsrechte und Umgehung, in: Harrer Friedrich/Portmann Wolfgang/Zäch Roger (Hrsg.), Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf, 2002, S. 305-320

MEIER, Robert, Das neue Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrecht – vier Neuerungen und drei Auslegungsfragen, in: AJP 3/1994, S. 139 ff.

MEIER-HAYOZ, Arthur, Der Vorkaufsfall (In Zürich gehaltenen Vortrag) 1964.

MEIER-HAYOZ, Arthur, Der Vorkaufsfall, in: ZBGR 45/1964, S. 257-284.

MUTTI, Christoph, Gesetzliche und vertragliche Vorkaufsrechte in der Zwangsverwertung, Insolvenz- und Wirtschaftsrecht, 1/1998, S. 29-31.

MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH Kommentierung der §§ 433– 473 BGB, in: Franz Jürgen Säcker und Roland Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3: Schuldrecht, Besonderer Teil, §§ 433–610, Finanzierungsleasing, HeizkostenV, BetriebskostenV, CISG, München, 2012.

NOELPP, Christoph, Eine Studie zur rechtlichen Erfassung des Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufsrechts, Diss. Basel, 1987.

NOMER, Haluk Nami, ERGÜNE, Mehmet Serkan, Eşya Hukuku, (Zilyetlik Tapu Sicili Mülkiyetin Genel Hükümleri Taşınır Mülkiyeti Rehin Hakları), İstanbul, 2019.

NOMER, Haluk, Nami, Vefa Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1990.

OĞUZMAN, M. Kemal, Dürüstlük Kuralına (MK m. 2) Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi, Prof. Dr. Yasar Karayalçın'a 65. Yas Armaganı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1988, s. 407-415. (OĞUZMAN, Dürüstlük, s.)

OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer, Eşya Hukuku, İstanbul, 1978.(OĞUZMAN/SELİÇİ (1978))

OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, İstanbul, 2004 (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR (2004)).

OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul, 2018, (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR (2018)).

OR-KOMMENTAR SCHWEIZERISCHES OBLIGATIONENRECHT, KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren / WOLF, Stephan / AMSTUTZ, Marc/ FANKHAUSER, Roland,2016 (YAZAR, OR, Art. PN. in: OR-Kommentar)

ÖZENLİ, Soysal, Uygulamada Önalım (Şufa) Davaları, İstanbul, 1990.

PFÄFFLI, Roland/WERMELINGER, Armèdèò, Grundstückkauf, Kaufvertrag- Vorkaufsrecht, Kaufrecht und Rückkaufsrecht, in: SJZ 113/2017 S. 513-521.

PRÜTTING Hanns/WEGEN, Gerhard/WEINREICH, Gerd, BGB KOMMENTAR, Neuwied, 2006.

PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara, 2017.

REY, Heinz, Die Neuregelung der Vorkaufsrechte in ihren Grundzügen,
in: ZSR 113/1994, I. Halbband, S. 39-72

REY, Heinz, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Band
I, Bern, 2007.

ROBERTO, Vito, Teilrevision des Zivilgesetzbuches und des
Obligationenrechts, recht 11/1993, S. 172 ff.

RÜDLINGER, Oliver, Vorkaufsrechte an Immobilien beim Verkauf
einer Gesellschaft

(Share Deal), Abschlussarbeit, Zürich, 2018

RÜEGG, Jonas, Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte an Grundstücken,
Zürich, 2014.

SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay, Miras Hukuku ve Uygulama
Çalışmaları, Ankara, 2018.

SCHENKER, URS Vorkaufsrechte, Vorhandrechte und
Mitverkaufsrechte im Zusammenhang mit M&A-Transaktionen, in: Tschäni
Rudolf (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XV, Zürich, 2013, S. 245-285

SCHERMAIER, Martin Josef, Die Umgehung des Vorkaufsrechts durch
„kaufähnliche Verträge“, Archiv für die civilistische Praxis 196. Bd., H. 3 (1996),
S. 256-275.

SCHMID, Hans Peter, Das Vorkaufsrecht, Diss. Basel, 1934.

SCHMID, Jörg/ HÜRLIMANN-KAUP, Bettina, Sachenrecht, Zürich,
2003.

SCHMID, Jörg/STÖCKLI, Hubert, OR BT, Schweizerisches
Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich, 2010.

SEBÜK, M. Tahir, Şufa, Vefa ve İştira Hakları, İstanbul, 1951.

SIMONIUS Pascal/ SUTTER Thomas, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band I: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum, Basel/Frankfurt am Main 1995.

STREBEL, Lorenz Joseph, Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Pächters gemäss dem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht, Diss. Zürich, 2009.

SUTTER, Thomas, Einige Überlegungen zum Vorkaufsrecht, in: SJZ 81/1985, S. 277-282

ŞENER, Oruç, Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2017.

ŞENOL, Hilal, Kendi Malzemesiyle Başkasının Arazisinde İnşa Edilen Haksız Yapı (Yüksek Lisans Tezi), Kayseri, 2015.

ŞIPKA, Taman, Şükran, Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şufa) Hakkı, Hukuki Niteliği ve Kullanma Koşulları, İstanbul, 1994.

TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/1, İstanbul, 2008.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, II/1 İstanbul, 1988.

TUNABOYLU, Müslim, Önalım (Suf'a) Davaları, Ankara, 2013.

USLU, Abdüssamet, Kat İrtifakı, Ankara, 2019.

VOGT, Max, Muß der Vorkaufsberechtigte Änderungen des Drittkaufs bis zur Ausübung des Vorkaufsrechts gegen sich gelten lassen? in: Festschrift für Horst Hagen (1999), S. 219-230.

VON BÜREN, Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich, 1972.

WERREN, Eva, Das vertragliche Vorkaufsrecht. Mit Schwerpunktbehandlung des Vorkaufsfalls nach Art. 216c OR, in: Magister, Editions Weblaw, Bern, 2012.

WERREN, Eva, Der Vorkaufsfall nach Art. 216c OR, in: Jusletter 17. September 2012, S. 1-13

WIEDERKEHR, Alphons, Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Miteigentümers, Diss. Zürich, Affoltern a. A. 1936.

WYSS, Alexander/KÖCHLI, Roland Vorkaufsrechte in Immobilientransaktionen in: Jusletter vom 5. Dezember 2011. S 1-9.

YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku- Özel Hükümler, İstanbul, 2014.

YILDIZ, Ekrem, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na Göre Önalım Davaları, İstanbul, 2009.

YÜCEL, Sevtap, Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, 2006.

ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2014.

ZGB KOMMENTAR SCHWEIZERISCHEN ZIVILGESETZBUCH, (Hrsg.), KOSTKIEWICZ, Jolanta K./NOBEL, P./SCHWANDER, Ivo/WOLF, Stephan, 2001. (Yazar, ZGB Art. PN. in: ZGB Kommentar).

ZÜRCHER KOMMENTAR ZUM SCHWEIZERISCHEN ZIVILGESETZBUCH, IV. Band: Das Sachenrecht, Erste Abteilung: Das

Eigentum, Art. 641–729, Zürich, 1977. (Yazar, ZGB Art. PN. in: Zürcher Kommentar).

İnternet Kaynakları

www.mevzuat.gov.tr

www.legalis.ch

<https://www.lexpera.com.tr>

www.swisslex.ch

<http://relevancy.bger.ch>

www.admin.ch

<https://beck-online.beck.de>