

TÜRK MEDENİ KANUNUNA GÖRE YASAL ÖNALIM HAKKI

Prof. Dr. Fikret EREN*

ÖZET

Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyette bir paydaşın, taşınmaz mal üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü bir kişiye satması halinde, diğer paydaş veya paydaşlara aynı şartlarla bu payı öncelikle satın alma yetkisi veren, eşyaya bağlı, kanundan doğan, yenilik doğurucu (inşai) bir dava ile kullanılan bir haktır.

TMK. m 732’de düzenlenen yasal önalım hakkı, taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan özel hukuk nitelikli bir kısıtlamasıdır. Bu itibarla, önalım hakkından doğan bu kısıtlama ancak bir paydaşın payını üçüncü bir kişiye satması ve diğer paydaş veya paydaşların bu hakkı dava yoluyla kullanmaları halinde ortaya çıkar.

Yeni Medeni Kanuna göre önalım hakkı, eski Medenî Kanunda olduğu gibi, özel yenilik doğuran bir hakka dayalı irade beyanı ile değil, yenilik doğuran bir dava ile kullanılabilir. Ancak, kanun koyucunun bu hakkın kullanılmasını, yenilik doğuran dava bağlaması isabetli olmamış, sadece yargısal bürokrasinin artmasına yol açmıştır.

Yasal önalım hakkı, isteğe bağlı, ivazlı ve cüz’i halefiyete dayanan sözleşmelerde kullanılabilir. Bu anlamda yasal önalım olgusunu doğuran en tipik sözleşme, satım sözleşmesidir. İsteğe bağlı açık artırma yoluyla yapılan satışlarda, ifa yerine geçen edimde ve Yargıtay’a göre bir üst hakkı payının satılması halinde de yasal önalım hakkı kullanılabilir. Bağışlama ve benzeri sözleşmelerde bu hak kullanılamaz.

Yasal önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihten itibaren üç ay ve herhalde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer. Görülüyor ki, kanun koyucu bu süreleri hak düşürücü süreler olarak düzenlemiştir.

ANAHTAR KELİMELER

Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyet, yenilik doğuran hak, kanundan doğan hak, eşyaya bağlı borç (Realobligation), hak düşürücü süre.

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

Prof. Dr. Fikret EREN

THE LEGAL RIGHT OF PREEMPTION UNDER THE TURKISH CIVIL CODE

ABSTRACT

The legal right of preemption provides the other shareholders an option to buy the share of real property subject to joint ownership at the same terms agreed between the seller and a third party buyer when one of the shareholders sells his/her share to a third party entirely or partially. Such a right has arisen from the law and it should be exercised by commencing an action for the modification of rights.

The legal right of preemption regulated under Turkish Civil Code, Art. 732 may be considered as a limitation of the real property. This private law natured limitation is derived from the law. When both one of the shareholders sells his/her share to a third party and any or all of the other shareholders exercises this right by bringing an action, than this kind of limitation exists.

Opposite to the former Turkish Civil Code, according to the new Turkish Civil Code the preemption right should not be exercised by unilateral declaration based on a right to influence a legal relationship, on the contrary by an action for the modification of rights. However, this amendment made by the legislator is inaccurate and only leads to the increase of judicial bureaucracy.

The legal right of preemption may only be exercised, in the case of the contracts based upon genuine assent (intention), partial subrogation and terminated with consideration. A sales contract is the typic one causing of the legal fact of preemption. The afore-mentioned right may be also exercised, in the case of a voluntarily sale by auction, a prestation in lieu of the promised performance and also according to Yargıtay (court of cassation) a sale of the share of the right to build over another's property. On the other hand, such a right can not be exercised in the case of the contract of donation and the similar contracts.

The legal right of preemption forecloses within three months after the notification of the sale to the owner/s of the right; on the other hand this right should be exercised within two years after the conclusion of the sales contract. As it is seen, the legislator has regulated period of time as strict time limit.

KEY WORDS

The legal preemptive right, joint ownership, a right to influence a legal relationship, rights derived from the law, realobligation, strict time limit.

Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı

Önalım hakkı, yasal önalım hakkı, sözleşmeden doğan önalım hakkı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Aşağıda yalnız yasal önalım hakkı incelenecektir.

I-YASAL ÖNALIM HAKKININ TANIMI, NİTELİĞİ, DOĞUMU, KULLANILMASI

1) Genel bilgi:

TMK. m. 732, üzerinde paylı mülkiyet bulunan bir taşınmazın paydaşları arasında yasal bir önalım hakkı düzenlemiştir. Yasal önalım hakkı, “devir hakkının kısıtlamaları” başlığını taşıyan TMK. m. 732’de hükme bağlanmıştır. Buna göre “Paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması hâlinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler”.

Yasal önalım hakkı ile getirilen kısıtlama, kanundan doğan bir kısıtlamadır. Ancak, bu kısıtlama, özel hukuka dayanan bir kısıtlamadır. Bunun, kamu yararıyla bir ilgisi olmadığı için, kamu hukuku nitelikli kısıtlamalarla da bir ilgisi yoktur¹. Bu itibarla, yasal önalım hakkı, bir paydaşın üzerinde paylı mülkiyet bulunan bir taşınmazdaki payını üçüncü bir kişiye satması ve diğer paydaş veya paydaşların bu haklarını dava yoluyla kullanmaları halinde söz konusu olur². Buna karşılık, paydaş veya paydaşlar, önalım hakkını kullanmadığı takdirde, yapılan satış geçerli olarak varlığını sürdürür.

Yasal önalım hakkı, Türk Medeni Kanununun 732. maddesinin kenar başlığının “Devir hakkının kısıtlamaları” adını taşımasına rağmen, gerçekte paydaşın, önalım hakkına konu olan taşınmazdaki paylı mülkiyet hakkının

¹ Meier-Hayoz, Berner Kommentar zum ZGB, Das Sachenrecht, Das Eigentum, 3. Teilband Grundeigentum II, Bern 1975, Art. 682, N. 34; Gürsoy/Eren/Cansel, Türk Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara 1984, s.615.

² Bkz. Rey-BSK ZGB, Basler Kommentar zum Schwei. Privatrecht, Schweizerisches ZGB II, Basel/Frankfurt am Main, 2. Auflage, Art.682, N.1; Steinauer, Paul-Henri, Les Droit réels. t. I, 4. é., Berne 2007, N.1208 vd.; Schmid-Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 2. A., Zürich-Basel-Genf 2003, N.769-770; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2009, s. 449-450; Akipek/Akıntürk, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s.553 vd.; Tekinay, S. S., Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri II/1 (Takytler), İstanbul 1988, s. 38; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 614; Ertaş, Şeref, Eşya Hukuku, 7. Bası, Ankara 2006, N.1793; Esener/Güven, Eşya Hukuku, 4. Bası, Ankara 2008, s.245; Yıldız, Ekrem, Önalım Davaları, İstanbul 2005, s.3 vd. YHGK., T. 13.4.2005, E. 2005/6-230, K. 2005/244: “Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyete konu bir taşınmazın paydaşlarından birinin payını bir üçüncü kişiye satması halinde diğer paydaşlara aynı şartlarla bu payın alıcısı olabilme yetkisini veren yenilik doğuran bir hakktır. Payın tamamının veya bir kısmının satılması arasında bir fark yoktur. Önalım hakkı kullanılınca paydaş payını yasal önalım hakkını kullanan diğer paydaşa devretme yükümlülüğü altına girmektedir.”(KHYK-J).

Prof. Dr. Fikret EREN

devri serbestisini doğrudan doğruya³ kısıtlamamaktadır. Gerçekten de, önalım hakkı kullanılmadığı müddetçe mülkiyet hakkının kısıtlanması söz konusu değildir. Bu nedenle, kısıtlama ancak önalım hakkının kullanılmasıyla birlikte ortaya çıkar⁴.

2) Yasal önalım hakkının tanımı ve hukuki niteliği:

Yasal önalım hakkı paylı mülkiyet hükümlerine tabi taşınmazlarda payın üçüncü kişiye satılması halinde, diğer paydaş veya paydaşlara açacakları yenilik doğuran bir dava sonunda hâkimin vereceği kararlar o payı öncelikle satın alma yetkisi veren eşyaya bağlı bir haktır. Başka bir deyişle, yasal önalım hakkı, paylı mülkiyette bir paydaşın, taşınmaz maldaki payını tamamen veya kısmen üçüncü bir kişiye satması halinde, açacakları dava üzerine verilen kararlar diğer paydaş veya paydaşlara aynı şartlarla bu payı öncelikle satın alma ve mülkiyetini kazanma imkanı veren, kanundan doğan, eşyaya bağlı, yenilik

³ Meier-Hayoz, Art, 682, N.35.; YHGK., T. 13.4.2005, E. 2005/6-230, K. 2005/244 “... önalım hakkı taşınmaz mülkiyetinin dolaylı sınırlama biçimlerinden birisidir.”(KHYK-J).

⁴ Meier-Hayoz, Art,682, N.36; Gürsoy/Eren/Cansel, s.615. YHGK., T. 13.4.2005, E. 2005/6-230, K. 2005/244: “ Bu hak kullanılmadığı sürece ortada bir kısıtlama olmayıp, (kısıtlama ancak) önalım hakkının kullanılmasıyla birlikte ortaya çıkar.” (KHYK-J., 4721/m. 732).

Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı

doğuran (inşai) bir dava ile kullanılan⁵ bir haktır^{6, 7}. İsviçre Medeni Kanunu ile eski Medeni Kanunun aksine, TMK. m. 734/I'e göre yasal önalım hakkı, alıcıya karşı artık yenilik doğuran özel bir irade beyanı ile değil, açılacak yenilik doğuran (inşai) bir dava ile kullanılacaktır.

⁵ YHGK., T., 13.4.2005, E. 2005/6-230, K. 2005/244 “Önalım hakkı eskisi gibi irade bildirim ile değil ancak alıcıya karşı dava açılarak kullanılabilir. Bu hakkın dava dışında kullanılması olanaklı değildir. Önalım davası yenilik doğuran bir dava, kararı da yenilik doğuran bir karardır.” (KHYK-J., 4721/m. 732). Akipek/Akıntürk, s. 555; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 451, 453;

⁶ Bu konuda geniş bilgi için bak. Feyzioğlu, Feyzi N.: Şuf'a Hakkı, İstanbul 1959, s. 5; Şipka, Şükran Taman; Türk Hukukunda Kanunî Önalım (Şuf'a) Hakkı, İstanbul 1994, s. 2 vd.; Haab, Zürcher Kommentar zum ZGB, Sachenrecht, 2. A., Zürich 1929-1937, Art.681-682; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. A., Zürich-Basel-Genf 2002, s. 880 vd.; Meier-Hayoz, Art. 682, N. 32-34; Rey-BSK ZGB, Art.682, N.4-5; Rey, Heinz, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Band I, 2. A., Bern 2000, N.1215 vd., Schmid-Hürlimann-Kaup, N.767 vd.;935 vd.; Simonius/Sutter, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band I, Basel 1994, s. 349 vd.; Akipek/Akıntürk, 553; Gürsoy/Eren/Cansel, s.614 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 449 vd.; Oğuzman, Kemal: Medeni Kanunun Boşluklarının Yargıtay Kararları ile Doldurulduğu Bir Müessesese: Şuf'a, Medeni Kanunun 50. Yılı, Hukuk Fakültesi, Ankara (Bilimsel Hafta: 15-17 Nisan 1976) Ankara 1977, s. 14-15. Tekinay, S. S., Eşya Hukuku, İstanbul 1970-1971, s. 436; Esener/Güven, s. 245; Karahasan, M. R.; Eşya Hukuku Cilt I, II, Ankara 1977, C. I, s. 810 vd. Yargıtay'ın çeşitli İçtihatı Birleştirme Kararlarına göre de yasal önalım hakkı, mahiyeti itibariyle inşai bir haktır. İBK. 26.12.1951 T. 1 / 6 sayılı K. (Eranıl, s. 143); Bilge, Necip: Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, 2. Baskı, Ankara 1971, s. 103; Ayiter, N., Eşya Hukuku, Ankara 1977, s. 136. Esmer, Galip, Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri, Ankara 1967, 1969, 1976. s. 760-761. Erel, Şafak: Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982, s. 213; Çiğdem, Kırcı; Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanundaki Değişiklikler, Ömer Teoman'a Armağan, İstanbul 2002, s. 1179 vd. ; Ayan, Mehmet; Kanuni Şuf'a Hakkı, Halil Cin'e Armağan, Konya 1995, s. 335 vd.; Tunaboş, Müslim; Açıklamalı-İçtihatlı Şuf'a, Vefa-İştira Davaları, Ankara 1996, s. 29 vd.; Yıldız, Ekrem, Önalım Davaları, İstanbul 2005, s. 3 vd.; Özenli, Soysal, Uygulamada Önalım Davaları, İstanbul 1984.

⁷ İsviçre'de 1963 yılında Kat Mülkiyeti Kanunuyla İMK. m. 682'ye ikinci bir fıkra eklenerek yeni bir yasal önalım hakkı daha ihdas edilmiştir. Bu yeni fıkraya göre, bağımsız ve sürekli üst hakkıyla takyit edilen taşınmaz malikine, bu hak üzerinde; üst hakkı sahibine ise, taşınmaz üzerinde üçüncü kişi müktefiplere karşı yasal bir önalım hakkı tanınmıştır. Bizde de 1164 sayılı Arsa Üretimi ve Değerlendirilmesi Hakkında Kanun ile (m. 10) konut, sanayi, eğitim, sağlık ve turizm yatırımları ve kamu tesisleri için planlamayı öngördüğü ve tahdidini yaparak ilgili tapu idarelerine bildirmiş bulunan sahalardaki arsa ve arazinin satışlarında ofise şuf'a hakkı tanınmış bulunmaktadır. Bugün için bu yetki Toplu Konut İdaresi Başkanlığına geçmiştir bulunmaktadır. Zira 1164 sayılı Kanunda 8/12/2004 tarihli ve 5273 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile değişik 1/II. Maddesine göre, “Bu Kanunda yazılı görevler Toplu Konut İdaresi Başkanlığı tarafından yürütülür. Bu Kanunda, diğer kanunlarda ve ilgili mevzuatta Arsa Ofisi Genel Müdürlüğüne yapılan atıflar Toplu Konut İdaresi Başkanlığına yapılmış sayılır.” Aynı yetki iptal edilen 1757 sayılı Kanunun 123. maddesi kiracı ve ortakçıya da tanınmıştı. Ayrıca, TMK. m. 708/II ve 4074 sayılı Kanunun 3, 5 ve 8. maddelerine de bakınız.

3) Yasal önalım hakkının doğumu ve kullanılması:

Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyetin kurulmasıyla devir hakkının yasal bir kısıtlaması olarak aynı anda, kendiliğinden kanundan doğar. Bu itibarla, paylı mülkiyette geçerli olan bu hakkın, payın satıldığı anda doğduğunu düşünmek doğru değildir. Hemen belirtelim ki, hakkın doğması değil, sadece kullanılması satışın yapılmasına bağlıdır⁸. Yasal önalım hakkının doğması ve kullanılması için, tapu siciline şerhedilmesi gerekli olmadığı gibi caiz de değildir. Yasal önalım hakkının varlığı, kanuna dayandığı için bunun herkes tarafından bilindiği varsayılmaktadır⁹. Bu nedenle de, paylı mülkiyete tabi bir taşınmazda bir pay satın alan kimse, hak sahibi bir paydaşın önalım hakkını kullanarak bu payı kendisinden alma hak ve ihtimalinin bulunduğunu daima göz önünde tutmak, bunu bilmek zorundadır¹⁰.

TMK. m. 734/I'e göre yasal önalım hakkı, artık eskiden olduğu gibi, yenilik doğuran bir irade beyanı ile değil, açılacak yenilik doğuran bir dava ile kullanılmalıdır. Bu sebeple, söz konusu hakkın dava dışında, eski Medeni kanun zamanında olduğu gibi, yenilik doğuran bir irade beyanı veya herhangi bir şekilde kullanılması mümkün değildir¹¹. Kanun koyucunun hakkın kullanılmasını, özel yenilik doğuran hak yerine yenilik doğuran davaya bağlaması isabetli olmamış, sadece yargısal bürokrasinin artmasına yol açmıştır.

II-YASAL ÖNALIM HAKKININ ŞARTLARI:

1) Yasal önalım hakkı, yalnız paylı mülkiyete tabi taşınmazlarda söz konusu olur:

Yasal önalım hakkı, sadece paylı mülkiyette söz konusu olur, diğer mülkiyet çeşitlerinde, özellikle elbirliği mülkiyeti ile kat mülkiyetinde uygulanmaz¹². Buna karşılık, "Kat Mülkiyeti Kanununun 8. maddesine göre kat

⁸ Meier-Hayoz, Art. 682, N.36; Y6HD. T. 13.10.2003, E. 2003/7166, K. 2003/7123 "Bu hak, paylı mülkiyet ilişkisi kurulduğu anda vücut bulur. Payın satılması ile de kullanılabilir hale gelir." ((KHYK-J, 4721/m. 734); Aynı şekilde, Y6HD., 21.03.2005, E.2005/955, K.2005/2510: "Bu hak paylı mülkiyet ilişkisi kurulduğu anda doğar ve payın üçüncü kişiye satılması ile kullanılabilir hale gelir." (KHYK-J).

⁹ Meier-Hayoz, Art. 682, N. 37; Liver, s. 212; Tekinay, Eşya Hukuku, s. 436; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 451; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 615; Esener/Güven, s. 245.

¹⁰ Meier-Hayoz, Art. 682, N. 37;

¹¹ Kanunun gerekçesinde, uygulamada dava dışı beyanla istenilen sonucun elde edilebilmesinin sonuçta bir dava açılmasını gerektirdiği, bu sebeple hakkın dava yoluyla kullanılmasının kanun hükmü haline getirildiği belirtilmiştir. Bkz. TMK. m. 734 Gerekçesi (s. 544-545).

¹² Gürsoy/eren/Cansel, s. 614; Tunaboylu, s. 563; Y6HD., T. 20.6.2005, E. 4981, K. 6358

Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı

mülkiyeti ve kat irtifakı kurulan bağımsız bölümlerde paydaşlardan birinin kendi payını üçüncü şahıslara satması halinde diğer paydaşın şuf'a hakkını kullanması mümkündür.¹³

Yasal önalım hakkı yalnız paylı mülkiyete tabi taşınmaz mallardaki paylarda söz konusu olur, taşınır mallarda bahse konu olmaz. Bununla birlikte, paydaşlar dilerlerse, aralarında yapacakları hukukî işlem ile taşınır mallarda da önalım hakkını kurabilirler¹⁴.

Yasal önalım hakkı, paya bağlı bir haktır. Bu hak, pay dolayısıyla elde edildiğinden, pay kimin mülkiyetine geçerse, onun tarafından kullanılabilir. Bu nedenle de, yasal önalım hakkı, aynî nitelikte bir hak değildir¹⁵. Diğer taraftan, paya bağlı bir hak olan önalım hakkının paydan ayrı ve bağımsız olarak başkasına devredilmesi veya miras yoluyla geçmesi mümkün de değildir¹⁶. Çünkü, bu hak, kanun icabı doğrudan doğruya ve münhasıran sahibinin, yani paydaşın şahsında doğmaktadır. Nitekim, bu düşünceden hareketle İsviçre kanun koyucusu Medeni Kanunun 681/III ncü maddesinde önalım hakkının başkasına devredilemeyeceği gibi, miras yoluyla da geçemeyeceğini düzenlemiştir¹⁷.

Kanun koyucunun, önalım hakkını düzenlerken takip ettiği amaç, paydaşlar arasına yabancı (üçüncü) kişilerin girmesini önlemek, payları mümkün olduğu ölçüde bir veya birkaç paydaş elinde toplayarak, paylı mülkiyet ilişkisini sona erdirmektir¹⁸.

¹³ “Dava konusu edilen önalım konu payın bulunduğu taşınmaz tapuda Kat Mülkiyet Hükümlerine tabi 6/24 arsa paylı bağımsız bölüm olarak kayıtlıdır. Bağımsız bölümün Kat Mülkiyeti Kanunu gereğince paydaşlar arasında fiilen paylaşılıp kullanılması mümkün olmadığı gibi böyle bir paylaşım Kat Mülkiyeti Kanununun ruhuna da aykırıdır.” (KHYK-J., 4721/m. 734); Y6HD., 02.11.2004; E. 2004/5776, K.2004/7578 : “Kat irtifakı kurulan yerde bağımsız bölümler söz konusu olduğundan 634 sayılı Yasanın 8. madde hükmü uyarınca önalım hakkının kullanılmasına olanak yoktur.” (KHYK-J); Esener/Güven, s.245.

¹⁴ Y6HD., T. 8.2.1983, E.181, K.762 (Tunaboşlu, s.565-566).

¹⁵ Meier-Hayoz, Art. Art. 682, N. 40: Tekinay, Eşya Hukuku, s. 438; Ertaş, N. 1794.

¹⁶ Haab, Art. 681-682, N. 51; Meier-Hayoz, Art. 682, N. 32; Akipek/Akıntürk, s. 553; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 450-451; Gürsoy/Eren/Cansel, s.615; Tekinay, Eşya Hukuku, s. 436. Yargıtay bir İçtihadı Birleştirme Kararında, bu hakkı, aynî hak olarak nitelendirmektedir: YİBK., 20.6.1951 T. 13/5 K. (Eranlı, sh. 141).

¹⁷ Y6HD., 14.4.1984, 1984-892/4785 K: “ Önalım hakkı mülkiyet hakkı ile iç içe olduğundan şayi paydan ayrı olarak devir ve temlik düşünülemez” (Tekinay, Takyitler, s.39, N.1a).

¹⁸ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s.880; Steinauer I, N. 1208; Rey- BSK ZGB, Art.681, N.12; Schmid-Hürlimann-Kaup, N.772; BGE 115 II 335, E. 2c.

¹⁹ Meier-Hayoz, Art.682, N.11; Liver, s.62; Steinauer I, N.1210; Rey- BSK ZGB, Art.682, N.1; Simonius/Sutter, s.475; Gürsoy/Eren/Cansel,s. 614; Akipek/Akıntürk, s. 553; Oğuz-

Paydaş, payını ilke olarak satma hakkına sahiptir. Ancak, bu payı dile-
diği üçüncü bir kişiye satamaz. Çünkü, üçüncü kişiye bir satış yapması ve
diğer paydaş veya paydaşların bu kişiye karşı dava açarak önalım hakkını
kullanmaları halinde, üçüncü kişi ile hak sahibi paydaş veya paydaşlar ara-
sında sadece ilk satıştaki şartlarla bir satım sözleşmesi meydana gelmemekte,
aynı zamanda satılan malın mülkiyeti de kendilerine geçmektedir. Bu nedenle,
payını üçüncü bir kişiye satacak paydaşın diğer paydaş veya paydaşların öna-
lım hakkını kullanmalarının doğuracağı sonuçları göz önünde tutarak buna
göre davranması gerekir. Hatta bazı yazarlara göre, paydaş, mülkiyetin devri
borcunu doğuran satış sözleşmesini yapmak, bunun içeriğini belirlemek öz-
gürlüğüne sahip olmakla birlikte, hak sahibinin önalım davası açarak hakkını
kullanması halinde, satılan payın mülkiyeti davacıya geçeceği için, nihai aş-
mada bu borcunu ifa edemeyecektir¹⁹.

**2) Yasal önalım hakkı taşınmaz üzerindeki mülkiyet payının tamamen
veya kısmen satılması halinde söz konusu olur (Önalım olgusu):**

Önalım hakkının kullanılmasına imkan veren duruma “Önalım olgusu =
Vorkaufsfall” denir²⁰. Önalım olgusu, zorla (cebri) olmayan, iradi (isteğe bağ-
lı); ivazlı ve cüz’i halefiyet yoluyla gerçekleşen devir işlemleriyle, özellikle de
satım sözleşmesiyle gerçekleşir²¹. Gerçekten de, satım sözleşmesi hem iradi
(isteğe bağlı), hem ivazlı hem de cüz’i halefiyet yoluyla gerçekleşen bir devir
işlemidir. Buna karşılık, cebri artırma, kamulaştırma gibi cebri; bağışlama gibi
ivazsız ve mirasın geçmesi veya mirası paylaşma gibi külli halefiyet yoluyla
gerçekleşen devirlerde önalım hakkı söz konusu olmadığı için kullanılamaz.

Önalım hakkı, yalnız payın satılması halinde kullanılacağı için üzerinde
paylı mülkiyet bulunan taşınmazın tamamının veya bir kısmının satılması
halinde kullanılmaz²². Çünkü, taşınmazın tamamı veya bir kısmı paydaşların
tümü tarafından satıldığı takdirde, paydaşlar aynı zamanda paylı mülkiyet
ilişkisini de oybirliğiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırmış olmakta-
dırlar.

Yukarıda söylenenlerin ışığı altında,

man/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.451; Ertaş, N. 1794. YİBK., T. 27.3.1957, 12/2 K. (RG. T.
21.8.1957, sayı. 9687).

¹⁹ Meier-Hayoz, Art, 682, N. 35; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 450-451.

²⁰ Meier-Hayoz, Art,682, N. 58 ; Rey- BSK ZGB, Art. 681, N.2; Hatemi/Serozan/Arpacı, Eşya
Hukuku, İstanbul 1991, s. 609; Şıpka, s. 42 vd.

²¹ Rey- BSK ZGB, Art.681, N.5 vd.; BGE 115 II 178.

²² Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s.882;

a) Önalım olgusunu gerçekleştiren, başka bir deyişle, önalım hakkının kullanılmasına imkan veren haller şunlardır:

-Satım sözleşmesi:

Yasal önalım hakkı, TMK. m. 732'ye göre, üzerinde paylı mülkiyet bulunan taşınmazdaki payın satışı halinde kullanılır. Satım sözleşmesinde, iradilik, ivazlılık ve cüz'i halefiyet gibi, önalım olgusunun her üç şartı da mevcuttur. Payın tamamı satılabileceği gibi, bunun bir kısmı da satılabilir (TMK. m. 732). Payın bir kısmının satılması halinde yalnız o kısım için önalım hakkı kullanılır.

Satışın önalım hakkına meydan verebilmesi için, her şeyden önce bunun, kanundaki şartlara uygun olarak kurulmuş, geçerli bir satış sözleşmesi olması gerekir²³. Bu sebeple, taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında anlaşamamışlarsa, sözleşme kurulmamış olduğundan yok hükmündedir. Önalım hakkı yalnız geçerli satımlarda kullanılacağı için yok hükmündeki satım sözleşmeleri ile geçersiz satım sözleşmelerinde önalım hakkı kullanılamaz: Özellikle resmi şekle aykırı, muvazaalı ya da ehliyetsiz bir kimse tarafından yapılan veya içeriği hukuka, ahlaka aykırı ya da imkansız olan satım sözleşmeleri, geçerli bir satışa meydan vermediği için, bu gibi hallerde önalım hakkı kullanılamaz. Muvazaalı satışlardan bilhassa görünürdeki bağışlama arkasında yapılan gizli satış şeklindeki nispi muvazaalı işlemlerle hak sahibinin dava açmasını engellemek amacıyla yüksek bedelle yapılan (bedelde) muvazaalı satışları zikretmek gerekir²⁴. İlk halde, sözleşmenin niteliğinde muvazaalıdır. Bu tür muvazaada görünürdeki işlem (olayımızda bağışlama) muvazaalı olduğu için BK. m. 18'e göre geçersizdir. Gizli işlem niteliğindeki satış ise, gerekli şekilde yapılmadığı, özellikle taraflar, satış iradelerini resmi şekilde beyan etmedikleri için şekil noksanlığı nedeniyle geçersizdir. Bu tür muvazaada her iki işlem de geçersiz olduğu için önalım olgusu gerçekleşmez, dolayısıyla da, önalım davası açılmaz.

²³ Meier-Hayoz, Art. 682, N. 63; Karahasan, II, s. 830, 839; Şıpka, s. 54 vd.

²⁴ Y6HD 21.03.2005 E.2005/955 - K.2005/2510: "Olayımızda; davacı önalıma konu payın davalıya gerçekte 480.000.000.-TL.'ye satıldığı halde önalım hakkının engellenmesi için tapuda bedelin fazla gösterildiğini bildirerek bedelde muvazaalı iddiasında bulunmuştur. Davacı bu iddiasını kanıtlamak zorundadır. Muvazaalı iddiası tanık dahil her türlü delil ile kanıtlanabilir. Mahkemece keşif yapılarak keşifte belirlenen bedel üzerinden önalım hakkının tanınmasına karar verilmiş ise de keşif, bedelde muvazaalı iddiasının varlığına tek başına yeterli delil teşkil etmez. Yargıtay'ın yerleşen içtihatları da bu yöndedir. Bu nedenle bedelde muvazaaya ilişkin davacının gösterdiği tanıkların dinlenilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir....": (KHYK-J).

Davacı, muvazaa iddiasında bulunmuşsa, bu iddiasını ispat etmek zorundadır. Davacı, payın satımına ilişkin sözleşmenin tarafı olmadığı, üçüncü kişi durumunda bulunduğu için muvazaa iddiasını her türlü delille²⁵, bu arada tanıkla da ispat edilebilir. Buna karşılık, paya ilişkin satım sözleşmesinin tarafı olan davalı muvazaa iddiasını, mesela satış bedelinin tapuda gösterilenden daha fazla olduğunu ancak yazılı delille ispat edebilir²⁶. Yargıtay'a göre, keşif ve bilirkişi beyanı tek başına muvazaayı kanıtlamak için yeterli değildir²⁷. Taraflar, uygulamada az vergi veya harç ödemek için tapuda yaptıkları satım sözleşmesinde satış bedelini eksik göstermektedirler. Ancak, Vergi Usul Kanununun 371. maddesi taraflara satıştan sonra bedelde düzeltme yapmalarına izin vermektedir. Acaba, noter bildirim yapılmış olup da henüz daha dava açılmadan önce taraflar düzeltme haklarını kullanıp bedeli yükseltirlerse, davacı önalım hakkını bu düzeltilen bedelden mi, yoksa tapudaki ilk bedel üzerinden mi yatırmak zorunda kalacaktır. Satım sözleşmesinin tarafları önalım hakkının kullanılmasını engellemek, dolayısıyla bedelde muvazaa yapmak için böyle bir yükseltme yapmışlarsa, Yargıtay, düzeltme yoluyla yapılan bu tür bedel artırımlarını, önalım hakkı yönünden muvazaalı saymaktadır. Nitekim, Yüksek Mahkeme bu görüşünü şu kararda açıkça dile getirmiştir:

“Davanın açılmasından sonra davalının vergi dairesine müracaatla evvelce vaki bedel hakkındaki beyanı hilafı hakikat olduğundan bahisle satış karşılığı 1 milyar 700 milyon üzerinden harç ödemiş olması açılan şuf'a davasına etkili değildir. Şuf'alı payların bedeli tapuda 50.000- lira olarak yazılıdır. Davalı satım sözleşmesinde taraflardan biri olduğuna göre tapuda gösterilen bedelde, muvazaa bulunduğunu iddia edemeyeceği gibi, o iddiaya uyularak sonradan vergi ödenmesinin, davanın değerinin yükseltilmesinin ve ona göre harç ödenmesinin de sonuca etkisi olamaz. Bu nedenle satım sözleşmesinde gösterilen bedel üzerinden şuf'a hakkının tanınmasına karar verilmesi gere-

²⁵ Y6HD, T. 27. 3. 1996, E.2843, K.3033 (Tunaboşlu, s. 364).

²⁶ Tunaboşlu, s. 358; Y6HD., T. 30.11.1995, E. 11509/11696 K. : “Davalı satış aktindeki bedelin daha yüksek olduğunu, yani muvazaalı bulunduğu yolundaki savunmasını yazılı delille ispat zorundadır”. (Tunaboşlu, s. 367).

²⁷ Y6HD., T. 21.03.2005, E. 2005/955, K.2005/2510:”Davacı önalıma konu payın davalıya gerçekte 480.000.000.-TL.'ye satıldığı halde önalım hakkının engellenmesi için tapuda bedelin fazla gösterildiğini bildirerek bedelde muvazaa iddiasında bulunmuştur. Davacı bu iddiasını kanıtlamak zorundadır. Muvazaa iddiası tanık dahil her türlü delil ile kanıtlanabilir. Mahkemece keşif yapılarak keşifte belirlenen bedel üzerinden önalım hakkının tanınmasına karar verilmiş ise de keşif bedelde muvazaa iddiasının varlığına tek başına yeterli delil teşkil etmez. Yargıtay'ın yerleşen içtihatları da bu yöndedir. Bu nedenle bedelde muvazaaya ilişkin davacının gösterdiği tanıkların dinlenilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir....” (KHYK-J).

Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı

kir...."²⁸. Bu görüşe mutlak olarak katılmak mümkün değildir. Çünkü, Vergi Usul Kanununun 371. maddesi, alıcıya (davalıya), hatta satıcı ve alıcıya, yani satım sözleşmesinin taraflarına düzeltme ve pişmanlık hakkı tanımak suretiyle tapuda bedel yükseltmelerine, bu suretle de bedelde muvazaalı sözleşmeyi düzeltme yetkisi vermiştir. Bir hukuk düzeninde bizzat yasa hükmü sözleşmede yapılan bedelde muvazaayı ek harç ve vergi ödemek suretiyle düzeltiyorsa, yargı organının öyle bir sözleşmeyi artık muvazaalı sayması mümkün değildir. Esasen bedelde muvazaaya yönünden İsviçre hukukuyla Türk hukuku arasındaki en önemli fark da budur.

Satış sözleşmesinden önceki hazırlık ve görüşme hallerinde de satış sözleşmesi yapılmadığı için önalım hakkı kullanılamaz. Diğer taraftan, önalım hakkının kullanılması, paydaşla üçüncü kişi arasındaki borçlandırıcı işlemin (satış sözleşmesinin) yapılmasına bağlı olup, bunun ifası, yani tescil işleminin yapılması şart değildir²⁹. Bu itibarla da satış sözleşmesi geçerli, fakat tescil işlemi geçersiz olsa bile, önalım hakkı kullanılabilir.

-İsteğe bağlı (ihtiyari) artırma yoluyla yapılan satışlar:

İsteğe bağlı (ihtiyari) artırma, isteğe bağlı özel artırma şeklinde yapılabileceği gibi, isteğe bağlı açık artırma yoluyla da yapılabilir. Her iki halde de önalım hakkı kullanılabilir³⁰.

-Hâkim görüşüne göre, taşınmaz satış vaadi ile alım hakkının kullanılmasında önalım hakkı söz konusu olmaz³¹. Ancak, biz MEIER-HAYOZ'a uyararak, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin, önalım hakkını kullanmaya yol açacağı görüşündeyiz³². Üstelik, Türk Hukukunda satış vaadi borçlusunun borcunu yerine getirmemesi üzerine açılan dâvada hâkim, tescile dahi karar vermektedir.

²⁸ Y6HD., T. 21.9.1995, E.8642, K.8543. (Tunaboğlu, s. 372)

²⁹ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 616: Şıpka, s.54

³⁰ YİBK 9.3.1955 T., 27/3 E.K., RG, sayı: 9009; Esener/Güven, s. 247; Şıpka, s.81-82.

³¹ Haab, Art. 681-682, N. 33; BGE 54 II, 326; 80 II 371 -, 85 II 572, 578; BGE 89 II 446; Esmer, s. 764-765; YHGK, 06.07.1977, E. 1977/6-535, K.1977/701." Önalım davasında, davalı, satış vaadi senedine dayanarak davacının payı konusunda cebri tescil davası açtığını bildirmiş ve uyuşmazlığın çözümü bu davanın sonucuna bağlı bulunmuş olmasına göre, bekletici sorun kabulü gerekirken önalım davasının hükme bağlanması yolsuzdur. Çünkü satış vaadi senedi geçerlidir ve davacı yönünden mülkiyeti geçirme yükümlülüğü doğurur." (KHYK-J). Krş. Rey- BSK ZGB, Art.681, N.8.

³² Meier - Hayoz, Art. 681, N. 178 vd., Art. 682, N. 59; Liver, s. 207; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 656; Tekinay, Takyitler, s. 23. Ayrıca bkz. Karş. Rey- BSK ZGB, Art.681, N.8; Şıpka, s. 61.

Prof. Dr. Fikret EREN

-Tapuya şerh edilmiş alım sözleşmesinde alım hakkının kullanılması sonunda meydana gelen satış, önalım olgusu olup, önalım hakkının doğması sonucunu doğurur. Yenilik doğurucu bir hak olan alım hakkı, sahibinin tek taraflı irade beyanının karşı tarafın hakimiyet alanına ulaşmasıyla alım hakkı sahibiyle muhatap (karşı taraf) arasında kendiliğinden bir satım sözleşmesi meydana getirir. Dolayısıyla, bu satışa dayanarak hak sahibi, önalım davasını açılabilir³³. Tapuya şerh edilmiş geri alımda da, geri almak amacıyla yapılan satım, normal bir satım gibi sonuç doğurduğundan, hak sahibi önalım davasını açabilir³⁴.

-İfa yerine geçen edim de satım olgusunu teşkil edebilir³⁵.

- Yargıtay'a göre, bağımsız ve sürekli haklardan üst hakkının satılmasında da bu hak kullanılabilir³⁶.

b) Buna karşılık aşağıdaki hallerde önalım hakkı kullanılamaz:

-Taşınırlarda esasen yasal önalım hakkı yoktur,

-Elbirliği mülkiyeti ise kat mülkiyetinde de (Kat Mül. K. m. 8) durum aynıdır,

-Mülkiyetin devri borcunu doğuran bağışlama veya trampa hallerinde önalım hakkı kullanılamaz³⁷.

³³ Meier-Hayoz, Art, 682, N.59, Art. 681, N.180 vd.; Şıpka, s.84.

³⁴ Şıpka, s. 85.

³⁵ Meier-Hayoz, Art, 681, 157, Art. 682, N.59; Rey-BSK ZGB, Art.681, N.8; Rey, Sachenrecht, N.1256

³⁶ Y6HD., T. 21.01.2008, E.2007/13277, K.2008/323 (KHYK-J): "TMK'nın 826. maddesi hükmü uyarınca tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilen bağımsız ve sürekli nitelikte bulunan üst hakkındaki payın üçüncü bir kimseye satılması halinde önalım hakkına konu teşkil eder."

³⁷ Meier-Hayoz, Art. 681, N. 171; Rey- BSK ZGB, Art.681, N.6; Esener/Güven, s. 247; Şıpka, s.87-88; 90 vd.; BGE 115 II 179; Y6HD. T. 21.6.2004, E. 2004/5133, K. 2004/5076 "Satış dışındaki temliklerde önalım hakkının kullanılması söz konusu olmaz." (KHYK-J, 4721/m. 734); Y6HD. T. 26.4.2004, E. 2004/2905, K. 2004/3060 "Önalım davasına konu edilen payın intikali tapuda hibe olarak gözükmektedir. Yapılan temlikin satış olduğu davacı tarafça yasal delillerle ispat edilmiş değildir. Bu nedenle davanın reddine karar verilmesi gerekir." (KHYK-J, 4721/m. 734); Y6HD., T. 16.3.2004, E. 2004/1094, K. 2004/1756 "Satım niteliğinde olmayan temliklerde önalım hakkı cereyan etmez. Davacı tapudaki işlemin tarafı olmadığından o işlemde muvazaa yapıldığını, önalım hakkının kullanılmasının engellenmesi amacıyla trampa olarak gösterildiğini ileri sürüp, bu iddiasını tanık dahil ikame edeceği her türlü delille kanıtlayabilir" (KHYK-J, 4721/m. 734).

Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı

- Kamulaştırma ve arazi toplulaştırması hallerinde de durum böyledir³⁸.
- Artırma yoluyla yapılan satışlardan cebri artırmayla satışlarda (TMK. m. 733/I)³⁹.
- Önalım hakkına konu olan payın mülkiyetinin bir hâkim kararıyla başka bir kişiye geçirildiği hallerde,
- Satım karakterinin üstün bulunmayıp bağışlama karakterinin ağır bastığı karma sözleşmelerde⁴⁰,
- Üçüncü kişi tarafından üstlenilen karşı edimin, önalım hakkı sahibi tarafından yerine getirilmesinin mümkün olmadığı hayat boyunca irat, ölünceye kadar bakma sözleşmeleri ile önalım hakkı konusunun (payın) bir şirkete sermaye olarak konulduğu hallerde⁴¹.
- İki şirketin birleşmesi halinde⁴²,
- Paylı mülkiyete konu olan taşınmazın bir bütün olarak veya bunun belirli bir kısmının devredildiği hallerde de, devre bütün paydaşlar oybirliğiyle karar verdikleri takdirde, önalım hakkı ileri sürülemez⁴³.
- Vakıf kurma işleminde⁴⁴,
- Mirasın geçmesi ve paylaşımında, mirastan feragat vs. gibi miras hukukuna ilişkin amaç ve saiklerin ağır bastığı durumlarla⁴⁵,

³⁸ Meier-Hayoz, Art. 682, N.682, N.63, Rey- BSK ZGB, Art.681, N.6 .

³⁹ Bazı yazarlar cebri icra yoluyla satışlarda önalım hakkının kullanılabilceği görüşündedir. Meier-Hayoz, Art. 682, N. 60-61.

⁴⁰ Feyzioğlu, s. 258; Meier-Hayoz, Art. 682, N. 63; Akipek/Akıntürk, s.554; Karahasan, II, s. 834; BGE 115 II 179, 102 II 250 E.4; 101 II 59. Buna karşılık, satım karakterinin üstün, bağışlama niteliğinin ise, salt bir yan edim yükümünden ibaret olan karma bağışlamalar ile yasayı dolanma (kanuna karşı hile) amacıyla yapılan karma bağışlamalarda durum farklıdır. Bkz. Rey- BSK ZGB, Art.681, N. 11; Meier-Hayoz, Art, 681, N.172.

⁴¹ Meier-Hayoz, Art. 682, N. 63; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 872-873; Rey- BSK ZGB, Art.681, N.6; BGE 115 II 179.

⁴² Meier-Hayoz, Art,681, N. 167; Rey- BSK ZGB, Art.681, N.6.

⁴³ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 882;

⁴⁴ Meier-Hayoz, Art, 681, N.167.

⁴⁵ Meier-Hayoz, Art,681, N.167; BGE 115 II 179.

Prof. Dr. Fikret EREN

-Paydaşın payını, çocuklarına, karı veya kocasına ya da bir hısımına devretmesi halinde şeklen bir satış sözleşmesi bulunsa bile, gerçekte satıştan başka miras hukukuna ilişkin amaçlar veya bağışlama bulunan hallerde⁴⁶,

-Paylı mülkiyete konu taşınmazın paydaşlar arasında fiilen taksim edilip de kullanılan bir kısmının verilmiş olduğu paydaş tarafından üçüncü bir kişiye satılması halinde de önalım davası açılmaz⁴⁷.

-Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlarda önalım hakkı kullanılamaz⁴⁸.

-İntifa hakkı tesisi⁴⁹ ile konut hakkı tesisinde,

-ve nihayet eşyayı kullanma borcu doğuran adi kira, ürün kirası gibi ilişkilerde de satım söz konusu olmadığı için önalım hakkı kullanılamaz⁵⁰.

⁴⁶ Liver, s. 207; Meier-Hayoz, Art. 682, N. 63; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s.872; Rey, Sachenrecht, N.1260 vd.; Rey- BSK ZGB, Art.681, N.6; Akipek/Akıntürk, s. 554; YİBK 27.3.1957 T. 12 / 2 K.,RG 9687; (Eranıl, sh. 214-216); Karahasan, II, s. 832 vd.;

⁴⁷ Yargıtay'ın bu yöndeki kökleşmiş kararlarına örnek olarak bkz. YHGK 24.05.2006 E.2006/6-288 - K.2006/304 "Önalım davasına konu payın ilişkin bulunduğu taşınmaz, paydaşlarca özel olarak kendi aralarında taksim edilip her bir paydaş belirli bir kısmı kullanırken, bunlardan birisinin kendisinin kullandığı yeri ve bu yere tekabül eden payı bir üçüncü kişiye satması durumunda, satıcı zamanında bu yerde hak iddia etmeyen paydaşın tapuda yapılan satış sebebiyle önalım hakkını kullanması Türk Medeni Kanununun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Kötüniyet iddiası, davanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi, mahkemece de resen dikkate alınmalıdır. Bu gibi hallerde savunmanın genişletilmesi sözkonusu değildir. Eylemli paylaşmanın varlığı halinde davanın reddi gerekir".(KHYK-J); Y6HD. T. 12.9.2005, E. 6765, K. 8017 "Önalım davasına konu payın ilişkin bulunduğu taşınmaz paydaşlarca özel olarak kendi aralarında taksim edilip her bir paydaş belirli bir kısmı kullanırken bunlardan biri kendisinin kullandığı yeri ve bu yere tekabül eden payı bir üçüncü şahsa satarsa, satıcı zamanında bu yerde hak iddia etmeyen davacının tapuda yapılan satış nedeniyle önalım hakkını kullanması T.M.K.nun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Kötüniyet iddiası 14.02.1951 gün ve 17/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca davanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi mahkemece de kendiliğinden nazara alınması gerekir. Bu gibi halde savunmanın genişletilmesi söz konusu değildir. Eylemli paylaşmanın varlığı halinde davanın reddi gerekir." (KHYK-J., 4721/m. 732).

⁴⁸ Şıpka, s.96; Y6HD., 04.12.2003 E.2003/8425, K.2003/8730: " Önalım davalarına konu olabilecek taşınmazlar tapu siciline yazılı olanlardır. Önalım hakkı tapulu taşınmazlarda geçerli bir satışla doğan ve mülkiyet hakkı serbestisine karşı getirilmiş mülkiyet hakkı daraltılar arasında yer almış bir haktır." (KHYK-J).

⁴⁹ Meier-Hayoz, Art, 681, N.173; Rey- BSK ZGB, Art.681, N. 11.

⁵⁰ Meier-Hayoz, Art, 681, N.173; Rey- BSK ZGB, Art.681, N. 11.

3) Yasal önalım hakkı üçüncü kişilere yapılan pay satışlarında söz konusu olur:

Yasal önalım hakkı, payı satın alan üçüncü kişilere karşı kullanılır. Payı, paydaş veya paydaşlar satın almışlarsa, bunlar aleyhine önalım davası açılmaz. Zira paydaşın paydaş aleyhine önalım davası açma hakkı yoktur. Nitekim bu husus, TMK. m. 732’de, “Paylı mülkiyette bir paydaşın payını..... üçüncü kişiye satması halinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler” denilmek suretiyle açıkça hükme bağlanmıştır⁵¹.

4) Yasal önalım hakkı, hak sahibi paydaşın üçüncü kişi aleyhine açacağı önalım davasıyla kullanılır:

TMK. m. 734/I’e göre, “Önalım hakkı, alıcıya karşı dava açılarak kullanılır.” Yenilik doğurucu nitelikteki bu dava aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

III- ÖNALIM DAVASI:

İsviçre Medeni Kanunu ile eski Medeni Kanunda önalım hakkı özel yenilik doğuran bir hakla kullanılırken, TMK. m. 734/I’e göre artık, “Önalım hakkı, alıcıya karşı dava açılarak kullanılır”⁵².

1) Önalım davasının tanım ve niteliği:

Hak sahibinin alıcıya karşı önalım hakkını kullanmak için açtığı ve sonunda hâkimin davacı adına payın satımına ve mülkiyetinin tesciline karar verdiği yenilik doğuran davaya önalım davası denir. Önalım davası, bir tespit veya eda davası olmayıp, niteliği itibariyle yenilik doğuran bir davadır⁵³. Yeni bir hukuki durum yaratan veya mevcut hukuki durumu değiştiren ya da ortadan kaldıran davalara, yenilik doğuran (inşai) davalar denir. Yenilik doğuran

⁵¹ YHGK 21.09.2005, E. 2005/8-358, K.2005/470: Yasal önalım hakkının kullanılması, ancak paydaş olmayan birisine yapılan satışta söz konusu olur. (KHYK-J); Esener/Güven, s. 245.

⁵² Y6HD.,T. 10.04.2007, E. 2007/2134, K. 2007/4098: “Medeni Kanun’un 734/1. maddesi hükmü gereği, önalım hakkı dava dışı irade bildirim ile değil, ancak dava yolu ile kullanılabilirdiğinden ve yapılan her pay satışı ile önalım hakkı yeniden doğacağından, önalım davasının 29.12.2004 tarihinde 15.000 YTL bedelle davalıya yapılan pay satışına yönelik olarak açıldığının kabulü gerekir.”(KHYK-J); Yıldız, s. 69.

⁵³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 453, 440; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.208; YHGK., T. 21.09.2005, E. 2005/8-358, K.2005/470 :“Önalım hakkı eskisi gibi irade bildirim ile değil ancak alıcıya karşı dava açılarak kullanılabilir, Bu hakkın dava dışında kullanılması olanaklı değildir. Önalım davası yenilik doğuran bir dava, kararı da yenilik doğuran bir karardır.” (KHYK-J).

davanın mutlaka yenilik doğuran bir hakka dayanması gerekir. Yenilik doğuran hak, ancak dava açmak suretiyle kullanılabiliriyorsa, yenilik doğuran (inşai) dava söz konusu olur. “Davacı, inşai dava ile bir inşai hakkını kullanır ve bu inşai hakkına dayanarak mahkemeden , bir hukuki durumun değiştirilmesine veya kaldırılmasına veya yeni bir hukuki durumun yaratılmasına karar verilmesini ister”⁵⁴. Önalım davasının kazanılması halinde mevcut hukuki durumda bir değişiklik meydana geleceği için önalım davası değiştirici yenilik doğuran bir davadır. Gerçekten, bu davanın kabulü sonunda verilecek inşai hüküm (karar) ile satıcı ile alıcı arasında kurulmuş bulunan satım ve mülkiyet ilişkisini kaldırıp, alıcı ile davacı (önalım hakkı sahibi) arasında kurmak suretiyle değiştirmektedir.

“Önalım davalarında görevli mahkemenin belirlenmesinde, dava konusu edilen payın tapuda gösterilen satış bedeli ve bu satış sebebiyle alıcıya düşen tapu giderleri toplamının esas alınması gerekir. Kamu düzeni ile ilgili olan görev hususu mahkemece resen dikkate alınmalıdır.”⁵⁵

2) Önalım davasının tarafları:

a) Davacı:

Önalım davasının davacısı, paylı mülkiyete konu taşınmazda payını üçüncü kişiye satan paydaşın, paydaş veya paydaşlarıdır. Payını üçüncü kişiye satan paydaş dışında bir veya daha çok paydaşın bulunması halinde bunların her biri bu davayı açabileceği gibi, yalnız bazılarının ya da birinin de açması mümkündür. Paydaşların tamamının birlikte bu davayı açma zorunlulukları yoktur. Kanımızca, birden çok paydaş mevcut olup da payları aynı ise, eşit, farklı ise farklı nispette dava açabilirler.

Davacı sıfatı yalnız paydaşa, özellikle de payın satıldığı anda bu sığata sahip paydaşa aittir. Bu nedenle, bir satış sözleşmesine dayanarak devredene karşı payın devri hususunda sadece şahsi bir talep hakkına sahip olan kimse davacı sıfatına sahip olamaz⁵⁶. Aynı şekilde elbirliği mülkiyetinde önalım hakkı söz konusu olmadığı için ortaklar bu davayı açamazlar. Kat mülkiyetine tabi bir taşınmazda da bir bağımsız bölüm malikinin üçüncü kişiye yaptığı

⁵⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, 17. Bası, Ankara 2006, s. 325.

⁵⁵ Y6HD.,T. 10.04.2007, E. 2007/2134, K.2007/4098 (KHYK-J); Tunaboşlu, s. 711-712; Yıldız, s. 62 vd.

⁵⁶ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s.882; Schmid-Hürlimann-Kaup, N.771; BGE 115 II 331 vd., 334 vd., E.2b.

Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı

satış aleyhine öbür bağımsız kat maliki önalım davası açamaz. Buna karşılık, taşınmaz üzerindeki paylardan biri, bir miras ortaklığına ait bulunuyor ve diğer bir paydaş da kendi payını üçüncü bir kişiye satmış ise, önalım hakkının mirasçılarının tamamı tarafından kullanılması gerekir⁵⁷.

Yargıtay'a göre bağımsız ve sürekli haklardan tapu kütüğünde müstakil bir sayfaya kaydedilmiş olan üst hakkı, bir nevi mülkiyet hakkıdır. Bu nedenle, üst hakkının paylı mülkiyet konusu olması da mümkündür. Bu takdirde paydaşlardan birinin payını üçüncü bir kişiye satması haline diğer paydaş veya paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler.

Paylı mülkiyet sahibi olmayan intifa ve oturma hakkı sahipleri ile şahsi hak sahipleri de bu davayı açamazlar. Kira, ürün kirası, alım, geri alım sahipleri bu sonunculara örnek gösterilebilir.

Birden çok paydaş dava açarak önalım hakkını kullanırsa, acaba her paydaş payı oranında mı, yoksa eşit olarak mı yararlanacaktır? Bir görüşe göre, birden çok paydaş önalım hakkını kullanıp açtıkları davayı kazanırlarsa, paylı mülkiyetteki pay oranlarına bakılmaksızın satılan pay üzerinde eşit oran hak sahibi olurlar. Buna karşılık, paydaşlardan yalnız bir kısmı önalım hakkını kullanıp, diğerleri kullanmazsa, sadece bu hakkı kullanan paydaş veya paydaşların payları çoğalır, diğerleri önalım hakkından yararlanamazlar. Yargıtay da bu görüşü paylaşmaktadır⁵⁸. Bize göre davacı her paydaş satılan pay üzerinde payı oranında hak sahibi olmalıdır⁵⁹. Kanımızca, böyle bir görüş paylı mülkiyet ilişkisine daha çok uygundur.

b) Davalı:

Önalım davasının davalısı, önalım hakkına konu taşınmazda satılmış olan payın alıcısı, yani yeni malikidir. Yasal önalım hakkından doğan borç, kanun icabı eşyaya bağlı bir borç (yükümlülük) oluşturduğu için satış yoluyla devre-

⁵⁷ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s.882; BGE 115 II 336.

⁵⁸ YİBK. 11.6.1947 T. 5/ 18 K. "Kanunda şufa hakkının, ne paydaşlar arasında eşit, ne de payları oranında ortak olacağına dair bir açıklık yoktur. Yalnız metinden paydaşlar çok olduğunda, bu hakkın aralarında ortak olduğu anlaşılmaktadır. Bu haktan paydaşlar sayılarına göre eşit olarak yararlanırlar." (KHYK-J., 743/m. 623); Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 455; Akipek/Akıntürk, s.555; Esener/Güven, s. 245. Karşı görüş için bak: Feyzioğlu, s. 165; Tekinay, Eşya Hukuku, s. 438;

⁵⁹ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 620, N. 81. İsviçre doktrininde bu halde, eşit değil, her paydaşın payı oranında hak sahibi olacağı görüşü hâkim bulunmaktadır: Meier-Hayoz, Art. 682, N. 79; Liver, s. 212; Rey- BSK ZGB, Art.682, N.18;

dilen pay üzerindeki mülkiyet hakkını kim kazanmışsa, davalı da o olur⁶⁰. Bu bakımdan, önalım davasının davalısı, satım sözleşmesinden sonra pay üzerindeki mülkiyet hakkını kuracak tescilin yapılmış olup olmamasına göre değişir. Bu hak, tapuya tescil yapılmadan önce, mülkiyet henüz kendi üzerinde olduğu için satıcı paydaşa, tescilden sonra ise alıcıya, yani yeni malike yönetilir⁶¹. Ancak, Türk hukuk sistem ve uygulamasına göre tapu memuru tarafından yapılan satış sözleşmesini takiben hemen tescil yapıldığı için, alıcı, mülkiyeti kazanmış bulunmaktadır. Bu nedenle de, önalım davasının davalısı, pay üzerindeki mülkiyet hakkını kazanmış olan alıcıdır.

Yasal önalım davası, paydaşlar arasında kullanılamaz. Bu hak sadece üçüncü kişilere karşı kullanılabilir. Bu itibarla meselâ, A, B, C'den B, paylı mülkiyete sahip oldukları bir taşınmazdaki payını A'ya satmış olsa, C, A'ya karşı önalım hakkını kullanamaz, önalım davası açamaz. Bu durum, önalım hakkını paydaşlar arasına üçüncü (yabancı) kişilerin girmemesi, mülkiyetin mümkün olduğu ölçüde bir veya birkaç paydaşa toplanması amacına da uygundur⁶².

3) Önalım davasının tabi olduğu süreler (hak düşürücü süreler):

Önalım davası hak düşürücü nitelikteki belirli süreler içinde açılmalıdır. Aksi halde, yani bu süreler içinde açılmadığı takdirde hak düşer. Gerçekten, TMK. m. 733/III'e göre önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her halde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer. Buradaki üç aylık ve iki yıllık süreler, hukuki nitelikleri itibariyle zamanaşımı süreleri değil, hak düşürücü sürelerdir⁶³. 3 aylık süreye, "nispi hak düşürücü süre", 2 yıllık süreye ise "mutlak hak düşürücü süre" denilmektedir⁶⁴. Dava, alıcıya karşı bu süreler içinde açılmadığı takdirde, artık ona karşı önalım hakkı kesin olarak düşer, dolayısıyla bu dava açılmaz.

⁶⁰ Meier-Hayoz, Art. 682, N. 57; Tekinay, Eşya Hukuku, s. 438; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 451-452.

⁶¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 451-452; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 617; Akipek/Akıntürk, s. 554.

⁶² Meier-Hayoz, Art. 682, N. 64; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 451; Akipek/Akıntürk, s. 553; Tekinay, Eşya Hukuku, s. 437. YİBK. 27.3.1957 T. 12/2 K. (Eranıl, s. 215).

⁶³ YHGK. T. 13.4.2005, E. 2005/6-230, K. 2005/244 : "... öğrenme ile hak düşürücü süre başlamayacağından hak düşürücü sürenin geçtiğinden de söz edilemez" (KHYK-J. 4721/m.734); Y6HD 21.03.2005 E.2005/955, K.2005/2510: "Bu süre hak düşürücü süre olup mahkemece kendiliğinden göz önünde bulundurulması gerekir": (KHYK-J); Hatemi/Serozan/Arpacı, s.609-610; Yıldız, s. 84.

⁶⁴ Rey- BSK ZGB, Art.681a, N.4.

Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı

Bu süreler hak düşürücü süreler oldukları için zamanaşımı sürelerinde olduğu gibi, bunların durması veya kesilmesi de söz konusu olmaz. Ayrıca, hâkim yargılamanın her safhasında bu süreleri re'sen göz önünde tutmak zorunda olduğu gibi, taraflar da bunu itiraz olarak ileri sürebilirler.

a) Üç aylık süre

Üç aylık nispi sürenin işlemeye başlaması, dolayısıyla davacının (hak sahibinin) önalım davasını açabilmesi için alıcının veya satıcının, satışı, tüm paydaşlara bildirmesi gerekir. Kanun, alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara yapılacak bu satış bildiriminin noter kanalıyla olmasını öngörmektedir (TMK. m. 735/III)⁶⁵.

Kanun, 3 aylık sürenin işlemeye başlamasını, alıcı veya satıcının yapacağı noter bildirimine bağlamaktadır. Noter bildirim dışında satışın yapıldığının başka yollardan öğrenilmesi, üç aylık sürenin başlaması için yeterli değildir. Nitekim, Yargıtay, bir Hukuk Genel Kurulu kararında “herhangi bir şekilde öğrenmeden” değil, “noter bildirim”nden söz etmektedir⁶⁶. Yüksek Mahkemenin şu kararı bu konuda örnek teşkil etmektedir:

“Şu durumda; 4721 sayılı Kanunla yasal önalım hakkı için getirilen yeni sistem daha sıkı kurallar ortaya koymakta; bu tür taleplerin belli sürelerde, belli şekil ve koşullarda kullanılması gerektiğini önemli bir yenilik olarak getirmektedir. Kısacası, yasal önalım hakkının kullanılması için gerekli sürenin başlaması konusunda bu yasal değişiklikten sonra geçerli olan kural; “öğrenme” olgusu değil “bildirim” olgusunun söz konusu olmasıdır. Bu bildirim de herhangi bir bildirim değil, noter vasıtasıyla yapılacak bildirimdir. Madde metninde “bildirilir” şeklinde kullanılan ifade kesinlik taşıdığı gibi, sürenin “bildirimden” başlayacağı da devamı fıkrada açıkça ve kesin olarak ifade edilmiştir. Bu açık

⁶⁵ İsviçre’de de satıcı, bilgilendirmek amacıyla satış sözleşmesinin yapıldığını ve içeriğini hak sahibine bildirmek zorundadır. Bu bildirim ya noter ya da tapu memuru kanalıyla yapılır. Ancak, tapu memurunun böyle bir bildirim yapabilmesi için, önce tapu kütüğünden, satıcı ile önalım hakkı sahibi arasında paylı mülkiyet ilişkisini, sonra da hak sahibinin adresini tespit etmesi gerekir. Steinauer, II, N. 1787 vd.;

⁶⁶ YHGK. T. 13.4.2005, E. 2005/6-230, K. 2005/244 “Onalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her halde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer. Noter bildirisinin paydaşa tebliğ tarihini izleyen günden itibaren üç aylık hak düşürücü süre işleyecektir. İki yıllık süre ise, yapılan pay satışı tarihini izleyen günden başlar. Somut olayda yasal önalım hakkı sahibi davacının bizzat kendisi tarafından alıcı ve satıcıya gönderilen ihtarname ile satışı öğrendiğini ve ön alım hakkını kullanacağını bildirmiş olması; açıklanan hükümler karşısında yasanın aradığı anlamda ve sürenin başlamasına yol açacak nitelikte bir bildirim değildir.” (KHYK-J); Esener/Güven, s. 245.

Prof. Dr. Fikret EREN

*düzenleme karşısında süre mutlaka bildirimden itibaren başlayacağından bildirim yapılmamışsa hak sahibinin satışı öğrendiği ileri sürülerek hak düşürücü sürenin başlatılması ve hak düşümü sonucunu doğurması olanaklı değildir. Eş söyleyişle; yasal önalım hakkının kullanılması için öngörülen üç aylık hak düşürücü süre, satışın, önalım hakkı sahibine alıcı veya satıcı tarafından noter aracılığıyla bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Önalım hakkı sahibinin satış keskin olarak başka bir şekilde öğrenmiş olması sürenin işleme yolaçmaz. Somut olaya gelince; Yasal Önalım hakkı sahibi davacının bizzat kendisi tarafından alıcılara gönderilen ihtarname ile "Satışı öğrendiğini ve önalım hakkını kullanacağını bildirmiş olması; açıklanan hükümler karşısında yasanın aradığı anlamda ve sürenin başlamasına yol açacak nitelikte bir bildirim değildir. Dolayısıyla öğrenme ile hak düşürücü süre başlamayacağından hak düşürücü sürenin geçtiğinden de söz edilemez."*⁶⁷

Bu durum karşısında, Yargıtay'a göre, herhangi bir şekilde öğrenme değil de, "noter bildirimi" esas alındığından, tapu memurunun TMK. m. 1019 uyarınca tapu sicilinden tespit ettiği yasal önalım hakkını doğuran bir satışı hak sahiplerine bildirmesi de 3 aylık sürenin başlaması için yeterli olmayacaktır.

Yasal önalım hakkı sahibi, kendisine alıcı veya satıcı tarafından yapılacak noter bildiriminden itibaren 3 aylık süre içinde, hakkını dava yoluyla kullanmazsa, sadece, o payı kazanan kişiye karşı önalım hakkını kaybetmiş olur. Buna karşılık, payın mülkiyetini kazanmış olan alıcı (yeni malik, yeni paydaş), bu payı üçüncü bir kişiye tekrar satarsa, davacı paydaş veya paydaşlar, yeni alıcıya karşı önalım hakkını kullanabilirler. Şu halde her satış, öncekinden bağımsız olarak paydaşlara yeni bir önalım hakkı kullanma, dolayısıyla önalım davası açma imkânı sağlamaktadır⁶⁸.

Paylı mülkiyette birden çok paydaşın mevcut olması halinde bunların hepsinin münferiden önalım hakkını kullanması mümkündür. Bu takdirde üç aylık süre, her paydaş için diğerinden bağımsız olarak işlemeğe başlar. Sürenin her paydaş hakkında başlangıç tarihi satışın kendisine noter aracılığı ile bildirildiği tarihtir.

⁶⁷ YHGK 21.09.2005, E. 2005/8-358, K.2005/470 (KHYK-J)

⁶⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 451 vd., 454; Gürsoy/Eren/Cansel, s.619-620; Kırca, s. 1195. YHGK., T. 13.4.2005, E. 2005/6-230, K. 2005/244, "Süresinde ön alım hakkını kullanmayan paydaşın sadece o pay satışı için ön alım hakkı düşer, başka pay satışları için ön alım hakkı ise sona ermez."(KHYK-J).

b) İki yıllık süre

Alıcı veya satıcı, satışı hak sahibine noter kanalıyla bildirmediği takdirde, 3 aylık süre işlemeye başlamaz. Bu takdirde, hak sahibi önalım davasını satışın yapıldığı tarihten itibaren 2 yıl içinde açabilir⁶⁹. İki yıllık hak düşürücü sürenin işlemesi noter bildirim yapılmasına bağlı değildir. Çünkü burada süre bildirimden değil, satışın yapıldığı tarihten itibaren işlemeye başlamaktadır.

Alıcı veya satıcının satışı hak sahibine noter kanalıyla bildirmemeleri bir kusur oluşturur. Bunun sonunda da hak sahibi bu davayı ikinci yılın son günlerinde açsa bile, davalının (alıcının) satış üzerinden iki yıl geçtiğini, dolayısıyla taşınmaz ve payın değerinin arttığını, bu artışın keşif ve bilirkişi kanalıyla tespit ettirilerek önalım bedelinin buna göre yükseltip ödenmesi gerektiğini ileri süremez^{70, 71}.

4) Davacının önalım bedelini yatırması:

Davanın karara bağlanabilmesi için, davacının (öналım hakkı sahibinin) öналım bedelini hâkimin göstereceği yere, yine hâkimin belirleyeceği süre içinde yatırması gerekir. Öналım bedeli, satış bedeli ve alıcıya düşen tapu giderlerinden oluşur⁷². Kanun öналım bedelinin nakden yatırılmasını öngörmektedir. Bu durumda, bu bedelin teminat mektubu şeklinde yatırılmaması gerekir. Ancak, Yargıtay bir kararında davalının itiraz etmemesi halinde, öналım bedelinin teminat mektubu ile da yatırılabilirine hükmetmiştir. Bu karar aynen şöyledir:

⁶⁹ YHGK 21.09.2005, E. 2005/8-358, K.2005/470: “Dolayısıyla öğrenme ile hak düşürücü süre başlamayacağından hak düşürücü sürenin geçtiğinden de söz edilemez. Davacının kendisine yapılan bir bildirim olmadığından, satıştan itibaren iki yıl içinde açtığı dava süresindedir ve davacı dava yoluyla öналım hakkını kullanmıştır.” (KHYK-J).

⁷⁰ Y6HD., T. 28.11.2005, E.2005/9362, K.2005/10825 : “Öналım hakkına konu edilen pay 29.09.2003 tarihinde tapuda 300.-YTL bedelle satılmıştır. Davalı, pay satışını noter aracılığı ile öналım hakkını kullanan davacıya bildirmediğinden, satış tarihi ile dava tarihi arasındaki sürenin geçmesine kendi eylemiyle sebebiyet verdiği göre 27.07.2005 tarihinde açılan dava nedeniyle aradan uzunca zaman geçtiğini savunarak gerçek bedelin belirlenmesini isteyemez.” (KHYK-J).

⁷¹ Y6HD., T. 16.04.2007, E. 2007/2017, K.2007/4445 : “Davalı alıcı, satışı noter aracılığı ile davacıya bildirmediğine göre, satış tarihi ile dava tarihi arasındaki sürenin geçmesine kendi eylemiyle sebebiyet verdiğiinden öналım bedelinin keşfen belirlenmesini isteyemez. Öналım hakkının, tapudaki satış bedeli ile bu pay satışı nedeniyle alıcı tarafından yapılan tapu, harç ve masraflar tutarı üzerinden tanınması gerekir.” (KHYK-J).

⁷² YHGK., T. 17.06.2009, Esas : 2009/6-221, Karar : 2009/265: “Öналım bedeli tapuda gösterilen satış bedeli ile davalı tarafından ödenen harç ve masrafların toplamından ibarettir. Öналım hakkı sahibi, öналım bedelini belirlenen süre içinde, hakimin belirleyeceği yere nakden yatırmakla yükümlüdür.” (KHYK-J).

Prof. Dr. Fikret EREN

““Hukuk Genel Kurulu’ndaki görüşmede, önalım hakkı sahibine satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerini hakimın belirleyeceği yere nakden yatırma yükümlüğü getiren söz konusu hükmün emredici nitelikte olup, olmadığı tartışılmış; yapılan değerlendirme sonucunda ağırlıklı görüş, anılan hükmün emredici nitelikte olmadığı, bir önalım davasında davalı tarafın açıkça muvafakat etmesi halinde, bu yükümlülüğün teminat mektubu sunulmak suretiyle de yerine getirilmesinin mümkün bulunduğu yönünde oluşmuştur.”,,, Davada, davalı taraf, davacının satış bedelini ve tapu giderlerini karşılayan teminat mektubu sunmasına itiraz etmemiş, ancak, bu konuda açık bir muvafakatte de bulunmamıştır. Davalı vekili, teminat mektubunun sunulmasından sonraki 02.05.2006 günlü dilekçesinde, teminat mektubunun kararla birlikte nakde çevrilerek nemalandırılmasını istemiş ise de, bu dilekçede davacı tarafın teminat mektubu sunmasına muvafakat edildiği yönünde herhangi bir beyan bulunmadığı gibi, dilekçenin sonuç bölümünde de davanın reddi istenilmiştir. Bu içerikteki bir dilekçeye dayanılarak, teminat mektubu sunulmasına davalı tarafın açıkça muvafakat etmiş olduğunun kabulüne olanak yoktur“⁷³.

5) Önalım kararının hüküm ve sonuçları:

Karar, önalım davasına uygun olarak yenilik doğuran (inşai) karar niteliğindedir. Önalım davası sonunda hâkimin vereceği karar ile önalım hakkı sahibi paydaşla alıcı üçüncü kişi arasında kendiliğinden iki tür ilişki doğar. Kararın (hükmün) bu inşai niteliğine, inşai etki veya yenilik doğurma etkisi denir⁷⁴. İlk ilişki davacı ile davalı arasında kurulan satış ilişkisidir⁷⁵. Bu ilişki, ilk satıştaki şartların aynını taşıyan bir ilişkidir. Taraflar arasında kurulan ikinci ilişki, mülkiyeti geçiren ilişkidir. Gerçekten de, bu dâva üzerine hâkimin vereceği karar, mülkiyeti⁷⁶, alıcı üçüncü kişiden önalım hakkı sahibine geçirmektedir.

⁷³ YHGK., T. 17.06.2009, Esas : 2009/6-221, Karar : 2009/265. (KHYK-J).

⁷⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.327.

⁷⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 453; Tekinay, Eşya Hukuku, s. 439; Karahasan, II, s. 865. Yargıtay bir kararında. “Önalım hakkının kullanılmasıyla bu hakkı kullanan paydaş ile alıcı arasında kapsam ve şartları satıcı ile davalı arasında yapılan sözleşmenin aynı olan bir satım ilişkisi kurulmuş olur.” demiştir. Bu görüş kısmen isabetli, kısmen isabetli değildir. Doğrusu, “önalım hakkının kullanılmasıyla” değil de, lehde verilen “mahkeme kararının kesinleşmesiyle” dir. Zira TMK. m. 734’e göre, önalım hakkı artık özel inşai hak olmadığı için, hakkın, sahibinin irade beyanıyla kullanılması halinde değil, açılacak dava sonunda mahkemece verilecek olumlu kararın Yargıtayca onanıp kesinleşmesiyle inşai sonuçlarını doğuracak, dolayısıyla davacıyla davalı arasında ilk satıştaki şartlarla bir satım sözleşmesi kurulmuş olacaktır.

⁷⁶ Akipek/Akıntürk, s. 555; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 453; Tekinay, Eşya Hukuku, s. 439; Karahasan, II, s. 866; Ayiter, s. 137; Esmer, s. 768-769.

Önalım hakkı sahibi, bu karar uyarınca tapu memurundan tescilin yapılmasını talep edebilir. Bu talep, bir zamanaşımı veya hak düşürücü süreye bağlı değildir. Mülkiyet, daha önce hakimın vermiş olduğu kararlarla geçmiş olduğundan, tescil, kurucu nitelikte olmayıp, sadece açıklayıcı, bildirici niteliktedir. Ancak, kararın bu sonucu doğurabilmesi için kesinleşmiş olması gerekir.

IV-ÖNALIM HAKKININ ORTADAN KALDIRILMASI VEYA DEĞİŞTİRİLMESİ

1)Genel olarak:

Önalım hakkını düzenleyen hükümler emredici nitelikte olmayıp, düzenleyici niteliktedirler. Kanun koyucu, TMK. m. 733/II’de önalım hakkından feragata izin vermek suretiyle bu hususu açık olarak hükme bağlamıştır. Ancak, önalım hakkının ortadan kaldırılmasına veya değiştirilmesine ilişkin sözleşmelerin geçerliliği resmi şekilde yapılmalarına bağlıdır. Sözleşmeye resmîlik verecek makam, tapu müdürlükleridir. Bu tür sözleşmelerin geçerli olmaları ayrıca tapu kütüğüne de şerh edilmelerine bağlıdır (TMK. m. 733/II).

2) Önalım hakkından feragat ve bu hakkın sona ermesi:

a) Önalım hakkından feragat:

Yasal önalım hakkı, sahibinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği özel hukuktan doğan bir haktır. Bu nedenle, yasal önalım hakkından feragat mümkündür. Zira tekrar edelim ki, bu hakla paydaşların mülkiyet hakkına getirilen sınırlama (ödev), özel hukuk nitelikli, kanundan doğan bir sınırlama, bir ödevdir. Feragatin geçerliği, resmî şekilde yapılmasına ve tapu kütüğüne şerh verilmesine bağlıdır (TMK. m. 733/II). Resmi şekil geçerlik şartı olup, tapu sicil müdürlüğü tarafından yapılmalıdır.

Feragatta, feragat eden paydaş tüm satışlar hakkında önalım hakkını kullanmaktan vazgeçer. Feragatin muhatabı, diğer paydaş veya paydaşlar, konusu ise üçüncü kişilerle yapılacak satışlardır. Hak sahibi, yasal önalım hakkından bütün paydaşlar lehine feragat edebilir. Buna, “mutlak feragat” denir. Mutlak feragatta, “hakkın kendisinden vazgeçme” söz konusudur⁷⁷. Keza, yalnız bir veya birkaç paydaş lehine feragat etmek de mümkündür. Buna da “kısmi feragat” adı verilmektedir. Burada hakkın kendisinden değil, kullanılmasından

⁷⁷ Şıpka, s. 162.

Prof. Dr. Fikret EREN

vazgeçilmektedir⁷⁸. Paydaş, ileride yapılacak bütün satışlar hakkında önalım hakkının kullanılmasından feragat edebilir. Bu takdirde, gerçek anlamda hak-tan feragat veya hakkın ortadan kaldırılması söz konusu olur⁷⁹.

Buna karşılık, tüm satışlarda değil de, yalnız belirli bir satışta önalım hakkını kullanma yetkisinden vazgeçmek de mümkündür. Bu takdirde, vazgeçen paydaş, diğer satışlar için önalım hakkına sahiptir. Belirli bir satışta önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme, yazılı şekle tabidir ve satıştan önce veya sonra yapılabilir (TMK. m. 733/II). Bu ikinci hâlde öngörülen yazılı şekil şartı, ispat değil, geçerlilik şartı olarak düzenlenmiştir⁸⁰. Bu tür feragatin tapu kütüğüne şerh verilmesi şart değildir.

Yasal önalım hakkı paylı mülkiyet ilişkisi kurulduğu anda kanundan ötürü kendiliğinden doğduğundan, üçüncü kişilere etkili olmak için tapuya şerh gerekmez. Şerh sadece sözleşmeden doğan önalım hakkı için söz konusu olur.

b) Önalım hakkının sona ermesi:

Yasal önalım hakkı, her şeyden önce, paylı mülkiyete konu olan taşınmazın tamamen yok olmasıyla sona erer. Ayrıca bu hak, paylı mülkiyet ilişkisinin sona ermesiyle, yani taşınmazın, paylı mülkiyetten tek kişi mülkiyetine⁸¹ veya elbirliği mülkiyetine dönüşmesiyle de ortadan kalkar⁸². Çünkü, bu tür mülkiyet türlerinde esasen önalım hakkı söz konusu olmaz.

Paydaşın, ileride yapılacak tüm satışlar hakkında önalım hakkının kullanılmasından feragat etmesi de önalım hakkını sona erdiren bir sebeptir⁸³.

⁷⁸ Meier - Hayoz, Art. 682, N. 82; Şıpka, s. 163.

⁷⁹ Rey- BSK ZGB, Art.681 b , N.2; Meier-Hayoz, Art.682, N.83.

⁸⁰ Bkz. TMK. m. 733 gerekçesi (s. 543-544)

⁸¹ Meier-Hayoz, Art, 682, N. 80. Yargıtay fiilî taksim halinde de önalım hakkının kullanılmasının yerine göre TMK. m. 2'de yer alan hakkın kötüye kullanılması teşkil edebileceğini kabul etmektedir. Y6HD. T. 12.9.2005, E. 6765, K. 8017 "Önalım davasına konu payın ilişkin bulunduğu taşınmaz paydaşlarca özel olarak kendi aralarında taksim edilip her bir paydaş belirli bir kısmı kullanırken bunlardan biri kendisinin kullandığı yeri ve bu yere tekabül eden payı bir üçüncü şahsa satarsa, satıcı zamanında bu yerde hak iddia etmeyen davacının tapuda yapılan satış nedeniyle önalım hakkını kullanması T.M.K.nun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Kötüniyet iddiası 14.02.1951 gün ve 17/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca davanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi mahkemece de kendiliğinden nazara alınması gerekir. Bu gibi halde savunmanın genişletilmesi söz konusu değildir. Eylemli paylaşmanın varlığı halinde davanın reddi gerekir." (KHYK-J., 4721/m. 732).

⁸² Meier - Hayoz, Art. 682, N. 80.

⁸³ Meier-Hayoz, Art, 682, N.81 vd.