

İSVİÇRE BORÇLAR KANUNUNUN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN ÖN-ALIM, ALIM VE GERİ ALIM HAKLARINA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLERİ

(İsviçre Borçlar Kanunu madde 216/fıkra 2, fıkra 3,
madde 216a-216e)

Yrd.Doç.Dr.İLHAN HELVACI*

İsviçre Medeni Kanununun (CCS.) ve Borçlar Kanununun (CO.) sözleşmeden doğan ön-alım, alım ve geri alım haklarına ilişkin hükümleri 1.1.1994 tarihi itibariyle çeşitli değişikliklere uğramıştır¹.

Biz bu makale ile anılan değişiklikleri ele almaya çalışacağız. Söz konusu değişikliklerin incelenmesinin bizim hukukumuz açısından ne derece önemli olduğu ortadadır. 1998 tarihli Türk Medeni Kanunu Tasarısı (TMKT.) ve yeni Borçlar Kanunu Tasarısı için yapılan çalışmalar da bu değişikliklerin incelenmesinin önemini bir kat daha artırmıştır.

I- Genel Olarak

İsviçre Medeni Kanunu madde (m.) 681 sözleşmeden doğan ön-alım

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Konuya ilişkin kanun İsviçre'de 4 Ekim 1991 tarihinde kabul edilmiş ve 1 Ocak 1994 itibariyle yürürlüğe girmiştir: *Recueil Officiel* 1993 1404 1409; *Feuille Fédérale* 1988, Volume III, sayfa (s.): 889 ve devamı (vd.). Kanun değişikliği için yapılan çalışmalar hakkında geniş bilgi için bakınız (bkz.) BENEDICT FOEX; *La nouvelle réglementation des droits de préemption, d'emp-tion et de réméré dans le CC/CO, La Semaine Judiciaire, Année 116, (1994), 381-382.*

hakkına ilişkin bir düzenleme getirmişti². Bu hüküm Türk Medeni Kanununun (MK.)

“Mukaveleden mütevellit şufa hakkı; tapu siciline şerh verildiği surette bu şerhte tâyin olunan müddet zarfında ve sicilde gösterilen şartlar dairesinde herhangi bir malike karşı dermeyeran olunabilir.

Sicilde şart gösterilmemiş ise gayrimenkulün müddeaaaleyhe satışındaki şarta itibar olunur. Meşfu satıldıkta satıcı keyfiyeti şefie haber vermeğe mecburdur.

Şefiin satıma ittilai gününden itibaren bir ay ve herhalde sicile şerh verildiği tarihten itibaren on sene geçmekle şufa hakkı sakıt olur.”

şeklindeki halihazırdaki 658. maddesinin me hazını teşkil etmektedir.

İsviçre Medeni Kanununun 683. maddesi de alım ve geri alım haklarına ilişkin bir düzenleme getirmişti³. Bu hüküm de

“Mukaveleden mütevellit iştiraa ve vefa hakları tapu siciline şerh verildiği surette bu şerhte gösterilen müddet içinde gayrimenkulün herhangi malikine karşı dermeyeran olunabilir.

Bu haklar her halde şerh tarihinden itibaren on sene geçmekle sakıt olur.”

şeklindeki Türk Medeni Kanununun hali hazırdaki 660. maddesinin me hazını teşkil etmektedir.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 216. maddesi de anılan haklara ilişkin bir düzenleme içermekte idi. Bu hüküm de Türk Borçlar Kanununun (BK.)

² Hali hazırdaki İsviçre Medeni Kanununun 681. maddesi kanundan doğan ön-alım hakkını düzenlemektedir. Bu yöndeki değişiklik de, bu çalışmada incelemekte olduğumuz değişikliklerle birlikte 1 Ocak 1994 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir: *Recueil Officiel* 1993 1404 1409; *Feuille Fédérale* 1988, Volume III, s: 889 vd.

³ Hali hazırdaki İsviçre Medeni Kanununun 683. maddesi, 4 Ekim 1991 tarihli Federal Kanunun I. bendi ile yürürlükten kaldırılmıştır: *Recueil Officiel* 1993 1404; *Feuille Fédérale* 1988, Volume III, s: 889.

“Gayrimenkul satımı muteber olmak için resmî senede raptedilmek şarttır. Gayrimenkule dair satım vaadi ve bey’i bilvefa ve istimplâk⁴ mukavelesi resmî senede raptedilmedikçe muteber değildir.

Mukaveleden mütevellit şuf’a hakkı için tahrirî şekil kâfidir.”

şeklindeki 213 üncü maddesinin mehzazını teşkil etmektedir.

İsviçre kanun koyucusu, sözleşmeden doğan ön-alım, alım ve geri alım haklarına ilişkin değişiklikleri, İsviçre Borçlar Kanununun 216. maddesinin 2. ve 3. fıkralarını değiştirmek ve 216. maddesinin arkasına madde 216a ila madde 216e’yi eklemek suretiyle gerçekleştirmeyi tercih etmiştir.

Kanun koyucu öncelikle ön-alım, alım ve geri alım sözleşmelerinin şekline ilişkin hükümler getirmiş (CO article (art.) 216 / alinéa (al.) 2 ve al.3), daha sonra bu hakların sürelerini ve şerhini (CO.art.216a), miras yolu ile intikalini ve devrini (CO.art.216b) hüküm altına almıştır. CO.art.216c ila 216e ise sadece ön-alım hakkına ilişkin çeşitli sorunlara ayrılmıştır.

II-Ön-alım, Alım ve Geri Alım Sözleşmelerinin Şekli

Borçlar Kanunumuzun 213. maddesinin mehzazını teşkil eden İsviçre Borçlar Kanunu’nun 216. maddesi şu şekilde kaleme alınmıştı:

“Gayrimenkul satımları ancak resmi şekilde yapıldıkları takdirde geçerli olurlar.

Satış vaatleri, alım ve geri alım sözleşmeleri ancak resmi şekilde yapılmışlarsa geçerli olurlar.

Ön-alım sözleşmeleri için yazılı şekil yeterlidir.”

1 Ocak 1994 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Borçlar Kanunu m.216/fıkra (f.) 2 ve f.3 ise şu şekilde⁵ kaleme alınmıştır:

⁴ Borçlar Kanunumuzun 213. maddesindeki “istimplak mukavelesi” şeklindeki ifadeyi, mehzaz İsviçre Borçlar Kanununun 216. maddesinin 2. fıkrasının eski metninden hareketle “iştirak mukavelesi” olarak anlamak gerekir.

⁵ İsviçre Borçlar Kanununun 216. maddesinin 1. fıkrası herhangi bir değişikliğe uğramamıştır.

“Gayrimenkulleri konu edinen satış vaatleri, ön-alım, alım ve geri alım sözleşmeleri ancak resmi şekilde yapılmışlarsa geçerli olurlar.

Önceden bedel saptamayan, yazılı şekildeki ön-alım sözleşmeleri geçerlidirler.”

Görüldüğü üzere CO.art.216/al.2 eski düzenlemesine paralel olarak gayrimenkulleri konu edinen alım ve geri alım sözleşmelerini yine resmi şekle tabi kılmıştır⁶. Bu noktada İsviçre kanun koyucusunun herhangi bir değişiklik getirmediği açıktır. Bununla birlikte CO.art.216/al.2'nin eski metni ile yeni metni karşılaştırıldığında, yeni metinde eski metinden farklı olarak *“gayrimenkulleri konu edinen...”* ibaresine yer verilmiş olduğu dikkati çekmektedir. Hemen vurgulamak gerekir ki, söz konusu hükmün bu şekilde kaleme alınmış olmasından yola çıkarak, menkul malları (özellikle kıymetli evrakı) konu edinen ön-alım, alım ve geri alım sözleşmelerinin varlığının reddedildiği sonucuna varılmaması gerekir. Nitekim 4 Ekim 1991 tarihli kanunun gerekçesinde, taşınmazları konu edinen ön-alım, alım ve geri alım sözleşmelerine ilişkin bu hükümlerin, taşınırları konu edinen ön-alım, alım ve geri alım sözleşmeleri bakımından da kıyasen uygulama alanı bulacağı belirtilmiştir⁷.

⁶ Bizim hukukumuzda gayrimenkulleri konu edinen alım (iştirah) sözleşmelerine ilişkin resmi senetlerin hangi makam tarafından gerçekleştirileceği meselesi tartışmalıdır. Tapu Kanununun 26. maddesinden hareket eden bir düşünceye göre, alım hakkına ilişkin sözleşmelerin tapu sicil muhafız ve memurlarınca yapılması gerekir. Bu yönde bkz. Kemal OĞUZMAN / Özer SELİÇİ; *Eşya Hukuku*, 7. Bası, İstanbul, 1997, 406; Haluk TANDOĞAN; *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt (C.): I / 1*, 6. Bası, İstanbul, 1990, 279; Noterlik Kanununun 60. maddesinden hareket eden bir diğer düşünceye göre ise, bu konuda noterlerin de yetkili olduğunu kabul etmek gerekir. Bu yönde bkz. Selahattin Sulhi TEKİNAY; *Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, C: II / 1*, İstanbul, 1988, 3-4. Ayrıca bkz. ve karşılaştırınız (krş.) Cevdet YAVUZ; *Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 4. Baskı*, İstanbul, 1996, 191. İsviçre'de Titre Final'in 55. maddesinin 1. fıkrası gereğince hukuki işlemlere resmi şekli verecek makamı saptama yetkisi kantonlara bırakılmıştır.

⁷ *Message du Conseil Fédéral à l'appui des projets de loi fédérale sur le droit foncier rural (LDFR) et de la loi fédérale sur la revision partielle du code civil (droits réels immobiliers) et du code des obligations (vente d'immeuble) du*

Hükmün getirdiği asıl değişiklik ise, ancak CO.art.216/al.3 dikkate alındığında ortaya çıkmaktadır. Bu fıkra ön-alım bedelini önceden saptamayan ön-alım sözleşmelerinin adi yazılı şekle bağlı olduğunu öngörmüştür. Dolayısıyla ön-alım sözleşmelerinin şekli, ön-alım bedelini önceden saptamış olup olmadıklarına göre değişiklik arz edecektir. İsviçre ve Türk doktrinde kullanılan deyimlerle⁸ ifade edecek olursak “*adi ön-alım sözleşmeleri*” adi yazılı şekle, “*mevsuf (=nitelikli), (sınırlı) ön-alım sözleşmeleri*” ise resmi şekle tabi olacaktır.

İsviçre kanun koyucusunun bu yönde bir değişikliğe gitmesinin sebebini şu şekilde ele almak gerekir. Bilindiği üzere ön-alım hakkına ilişkin sözleşme, bir taşınmaz maliki ile o taşınmazı öncelikle satın almak isteyen kişi arasında yapılır.

Taraflar bu sözleşmeyi yaparken iki şekilde hareket edebilirler:

-Ya ön-alım bedelini sözleşmede kararlaştırırlar, bu gibi hallerde “*nitelikli ön-alım sözleşmesi*”nden söz edilir.

-Ya da ön-alım bedelini sözleşmede kararlaştırmazlar, bu gibi hallerde de “*adi ön-alım sözleşmesi*”nden söz edilir.

Taraflar arasında bir *nitelikli ön-alım sözleşmesi* yapılmış ve daha sonra taşınmaz üçüncü bir kişiye satılmışsa, ön-alım hakkı sahibi kendisine tanınmış bulunan yenilik doğuran hakkını,⁹ ön-alım sözleşmesinde kararlaştırılan bedeli ödeyerek kullanacaktır.

Taraflar arasında bir *adi ön-alım sözleşmesi* yapılmış ve daha sonra taşınmaz üçüncü bir kişiye satılmış ise, ön-alım bedeli evvelce saptanmadığı için, ön-alım hakkı sahibi kendisine tanınmış bulunan yenilik

19 Octobre 1988: *Feuille Fédérale*, 1988, Volume III, s: 1014. Doktrinde Foëx ise bu değişikliklerle birlikte menkullere ilişkin ön-alım, alım, geri alım haklarının ele alınmamış olmasını eleştirmektedir (FOEX (1), 391-392).

⁸ Bkz. ve krş. Pierre ENGEL; *Contrats de droit suisse*, 2 ème édition, 2000, 102; Paul-Henri STEINAUER; *Les droits réels*, Tome II, 2 ème édition, Berne, 1994, Numara (no.): 1719; Pierre TERCIER; *Les contrats spéciaux*, Deuxième édition revue et complétée avec la collaboration de Silvio Venturi, Zurich, 1995, no: 724; OĞUZMAN / SELİÇİ (6), 412.

⁹ Ön-alım, alım ve geri alım haklarının hukuki niteliği hakkındaki tartışmalar için bkz. STEINAUER (8), no: 1696a; TANDOĞAN (6), 275 vd; Feyzi N. FEYZİOĞLU; *Şufa Hakkı*, İstanbul, 1959, 8-19; Tahir SEBÜK; *Şufa, Vefa ve İştirak Hakları*, İstanbul, 1951, 30-37.

doğuran hakkını, taşınmazın satıcısı ile alıcısı üçüncü kişi arasında yapılan satış sözleşmesinde kararlaştırılan bedeli ödeyerek kullanmak durumunda olacaktır.

İsviçre kanun koyucusu hemen yukarıda da vurguladığımız üzere *adi ön-alım sözleşmelerini* adi yazılı şekle, *nitelikli ön-alım sözleşmelerini* ise resmi yazılı şekle tabi kılmıştır (CO.art.216/al.2 ve al.3). Bunununun anlamak basittir. *Nitelikli ön-alım sözleşmesi* taşınmaz sahibi için, *adi ön-alım sözleşmesine* oranla daha tehlikelidir. Zira *adi ön-alım sözleşmesinde* hak sahibi ön-alım hakkını taşınmaz sahibi ile üçüncü kişi alıcı arasında kararlaştırılan bedeli ödeyerek kullanacaktır. Bu bedel hayatın doğal akışında olayların büyük bir çoğunluğunda satım sözleşmesinin yapıldığı sıradaki piyasa koşullarına uygun bir bedel olacaktır. Bu nedenle taşınmaz sahibini düşünmeye sevk etmek adına *adi ön-alım sözleşmesini* resmi şekle tabi kılmaya gerek yoktur.

Halbuki *nitelikli ön-alım sözleşmesinde* durum farklıdır, taşınmaz sahibi daha başlangıçta ön-alım sözleşmesi kurulurken ön-alım bedelini saptamakta ve kendisini peşinen bu bedel ile bağlamaktadır. Ön-alım hakkının bu sözleşmenin yapılmasından yıllar sonra kullanılması son derece muhtemeldir. Dolayısıyla tarafların başlangıçta saptadıkları ön-alım bedeli, zaman içinde ekonomik hayatta ortaya çıkan çeşitli sebeplerden dolayı anlamını yitirme tehlikesi ile karşı karşıyadır. Bir diğer söyleyişle taşınmaz sahibi taşınmazını satmaya kalkıştığı takdirde, onu değerinin çok altında kalan bir bedelle ön-alım hakkını kullanan kişiye devretme borcu altına girebilecektir. Hal böyle olunca da *nitelikli ön-alım sözleşmelerinde* taşınmaz malikini düşünmeye sevk etmek adına resmi şekle gidilmesi daha isabetli olacaktır¹⁰.

İsviçre kanun koyucusununun *adi ön-alım sözleşmesini* resmi şekle bağlı kılmak yerine, eskiden olduğu gibi adi yazılı şekle tabi kılmakla yetinmiş olmasının bir diğer sebebi de, İsviçre'de bu tarz sözleşmelerin, uygulamada genellikle adi yazılı şekilde yapılan adi kiraya ve hasılat

¹⁰ *Message du conseil fédéral* (7), s: 1014; FOEX (1), 393-394; ENGEL (8), 102-103; TERCIER (8), no: 724; Sözleşmelerin şekle bağlı kılınmasının sebeplerinden biri de akdin taraflarının (birinin ya da her ikisinin) düşünmeye sevk edilmesidir (Kemal OĞUZMAN / Turgut ÖZ; *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası, İstanbul, 2000*, 117). Bu yönde bkz. STEINAUER (8), no: 1544.

kirasına ilişkin sözleşmelerin bir parçası olarak gündeme gelmesinden kaynaklanmaktadır¹¹.

III- Anılan Hakların Miras Yolu İle İntikali ve Devri

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 216b maddesinde "intikal edebilirlik ve temlik edilebilirlik" kenar başlığı altında şu hükme yer verilmiştir:

"Aksine sözleşme olmadığı müddetçe, sözleşmeden doğan ön-alım, alım ve geri alım hakları miras yolu ile intikal edebilir, fakat temlik edilemez.

Eğer sözleşme ile devir caizse, onun..." (devre ilişkin sözleşmenin), "... hakkın kurulması için belirlenen şekilde yapılması gerekir."

1-Devredilebilirlik

a-Genel Olarak

Görüldüğü üzere İsviçre kanun koyucusu aksine sözleşme olmadığı müddetçe sözleşmeden doğan ön-alım, alım ve geri alım haklarının devredilemeyeceği ilkesini benimsemiştir.

Bu değişikliğin sebebini şu şekilde ele almak mümkündür. Bilindiği üzere yenilik doğuran hakların temliki, alacağın temliki hükümlerine tabi değildir. Fikrimizce de ancak yenilik doğuran hakkın kullanılması üzerine ortaya çıkan alacak hakkının (taşınmaz mülkiyetinin nakline ilişkin alacak hakkının) devri, alacağın temlikine ilişkin hükümlere tabidir¹². Mesela alım hakkında, hak sahibi yenilik doğuran hakkını kullandığında, kendisine bu hakkı tanıyan taşınmaz maliki, taşınmazının mülkiyetini ona nakil borcu altına girecektir. Alım hakkı sahibi de bu yöndeki alacak hakkını bir üçüncü kişiye devredebilecektir. Bu tarz bir durumda, alacağı devreden ile alacağı devralan arasında, adi yazılı şekle tabi bir sözleşmenin yapılması gerekli ve yeterli

¹¹ *Message du conseil fédéral* (7), s: 1014; Bu yönde bkz. ve krş. ENGEL (8), 102-103; STEINAUER (8), no: 1721a; Ayrıca bkz. ve krş. OĞUZMAN / SELİÇİ (6), 410; TANDOĞAN (6), 279.

¹² OĞUZMAN / ÖZ (10), 893.

olacak (BK.m.162/f.1), borçlunun (alım hakkının kullanılması üzerine taşınmaz mülkiyetini nakil borcu altına giren taşınmaz malikinin) ayrıca bu duruma rıza göstermesi gerekmeyecektir. Zira onun konumunda (alım bedelini ödeyecek kişi açısından) herhangi bir değişiklik olmayacaktır.

Halbuki bizzat alım hakkının, alacağın temlikine ilişkin hükümler çerçevesinde (yani hakkı tanıyan taşınmaz malikinin rızası aranmaksızın) devredilebileceğinin kabul edilmesi halinde ortaya çıkan tablo farklı olacaktır. Bu tarz bir durumda, taşınmaz sahibi, hiç tanımadığı, ekonomik gücü ve borçlarına sadakati gibi nitelikleri hakkında hiçbir bilgiye sahip olmadığı, bir üçüncü kişi ile karşı karşıya kalacaktır. Halbuki borçlunun (alım bedelini ödeyecek kişinin) kişisel niteliklerinin (ekonomik durumu, borçlarına sadakati gibi niteliklerinin) taşınmaz maliki için ne derece önemli olduğu açıktır¹³.

Nitekim doktrinde de bu hususlar dikkate alınarak, genelde incelemekte bulunduğumuz yenilik doğuran hakların prensip itibariyle devredilemeyeceği, böyle bir devrin, ön-alım, alım ya da geri alım hakkını kuran sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunması ya da daha sonradan ön-alım, alım ya da geri alım hakkı tanıyan kişinin devre muvafakat etmesi halinde mümkün olabileceği sonucuna varılmıştır¹⁴.

İsviçre kanun koyucusu da temelde bu noktaları esas almış, ön-alım, alım ve geri alım haklarının devrinin, ancak taşınmaz malikinin rızası ile mümkün olabileceği ilkesini benimsemiştir.

¹³ Bu yönde bkz. OĞUZMAN / ÖZ (10), 893, dipnot (dn.): 8.

¹⁴ Bu yönde bkz. ve krş. Hugo OSER / Wilhelm SCHÖNENBERGER; *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch V. Band: Das Obligationenrecht, 2. Teil (Halband): Artikel (Art.) 184-418, 2. umgearbeitete Auflage, Zürich, 1936, Art. 216, Randnummer (N.): 21; H. BECKER; *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band VI, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183, Bern, 1941, Art. 164, N: 35; TANDOĞAN (6), 288; Paul-Henri STEINAUER; *Les droits réels, Tome II, Berne, 1990, no: 1714a, 1755a, 1772; Arthur MEIER-HAYOZ; *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Band IV; Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, 3. Teilband; Grundeigentum, II, Bern, 1975, Art. 681, N: 97, Art. 683, N: 53; Haluk NOMER; *Vefa Hakkı, İstanbul, 1992, 49; STEINAUER (8), no: 1715. Ayrıca bkz. ve krş. Philippe REYMOND; *La cession des contrats, Lausanne, 1989, 37 vd.******

b- Devredilebilirliğin Şekli

Hemen yukarıda da vurguladığımız üzere, incelemekte bulunduğumuz hakların devri kural olarak mümkün değildir. Ancak taraflar, aksine sözleşme yaparak bu hakların devredilebileceğini kararlaştırabilirler.

Yukarıda tam metnini verdiğimiz CO.art.216b/al.2 sözleşme ile devri şekle bağlı kılmıştır. Bu şekil için de hakkın kurulması bakımından gerekli şekle uyulmasının zorunlu olduğunu öngörmüştür. Dolayısıyla meselenin şu şekilde ele alınması gerekir¹⁵:

-CO.art.216/al.2 taşınmazları konu edinen alım, *nitelikli ön-alım* ve geri alım sözleşmelerini resmi şekle tabi kılmıştır. Eğer taraflar bu hakların devredilebileceğini kararlaştırmışlarsa, hak sahipleri söz konusu haklarını üçüncü kişilere devredebileceklerdir. Bunun için de, hak sahibi ile hakkı devralacak üçüncü kişi arasında resmi şekilde bir sözleşmenin yapılması gerekecektir.

-CO.art.216/al.3 taşınmazları konu edinen *adi ön-alım sözleşmelerini* adi yazılı şekle tabi kılmıştır. Eğer taraflar adi ön-alım hakkının devredilebileceğini kararlaştırmışlarsa, hak sahibi söz konusu hakkını üçüncü kişilere devredebilecektir. Bunun için de, adi ön-alım hakkı sahibi ile hakkı devralacak üçüncü kişi arasında adi yazılı şekilde bir sözleşmenin yapılması gerekecektir.

2- Miras Yolu İle İntikal Edebilirlik

İsviçre kanun koyucusu, aksine sözleşme olmadığı müddetçe, incelemekte bulunduğumuz yenilik doğuran hakların miras yolu ile intikal edebileceğini öngörmüştür.

Fikrimizce anılan düzenleme olmasaydı dahi bu hakların miras yolu ile intikal edebilmesi gerekirdi¹⁶. Zira İsviçre Medeni Kanununda bu

¹⁵ ENGEL (8), 101, no: 4, 102, no: 3, 103, no: 5; STEINAUER (8), no: 1715a, 1718, 1744; TERCIER (8), no: 707, 717, 725.

¹⁶ Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de incelemekte bulunduğumuz kanun değişikliklerinden yıllar önce verdiği bir kararda ön-alım hakkının miras yolu ile intikal edebileceğini kabul etmiştir: *Journal des Tribunaux (JdT.)* 1923 I 224. Ayrıca bkz. ve krş. MEIER-HAYOZ (14), Art. 681, N: 105, Art. 683, N: 53.

hakların miras yolu ile intikalini engelleyen herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca anılan hakların, miras yolu ile intikal etmesini engelleyecek bir niteliği de yoktur.

Diğer yandan İsviçre kanun koyucusu, tarafların anılan hakların miras yolu ile intikal edemeyeceği yönünde sözleşme yapabileceklerini de hüküm altına almıştır¹⁷. Böylece taşınmaz maliki, sözleşmenin karşı tarafına tanıdığı yenilik doğuran hakkın miras yolu ile intikaline karşı çıkmak istiyorsa, sözleşme yapılırken bu şekilde bir düzenlemeye gidilmesini sağlamak imkanına sahip olmaktadır. Hatta sözleşmenin kurulması aşamasında bu tarz bir düzenlemeye gidilmemiş olsa bile, tarafların daha sonra sözleşmede bu yönde bir değişiklik yapmalarına da herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Fikrimizce anılan düzenleme olmasaydı dahi, sözleşme özgürlüğü, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü ilkelerinden hareket ederek aynı sonuca varmak mümkün olabilirdi.

IV-Anılan Hakların Süreleri ve Şerhleri

İsviçre Borçlar Kanununun “*süre ve şerh*” kenar başlığı altındaki 216a maddesinde şu hükme yer verilmiştir:

“Ön-alım ve geri alım hakkı en fazla 25, alım hakkı en fazla 10 yıllık bir süre için kararlaştırılabilir ve tapu siciline şerh edilebilir.”

Bu hüküm İsviçre Medeni Kanununun 681. (MK.m.658) ve 683. (MK.m.660) maddelerini değiştirmiştir.

İsviçre Medeni Kanununun sözleşmeden doğan ön-alım hakkına ilişkin 681. maddesinin 3. fıkrası şu şekilde idi:

“Onun hakkı, ...” (ön-alım hakkı sahibinin) “... satımı öğrendiği andan itibaren bir ay ve her halükarda şerhten itibaren on yıl sonra sona erer.”

İsviçre Medeni Kanununun sözleşmeden doğan alım ve geri alım haklarına ilişkin 683. maddesinin 2. fıkrası da şu şekilde idi:

¹⁷ Bu yönde bkz. *Message du conseil fédéral* (7), s: 1016; TERCIER (8), no: 725; ENGEL (8), 101, no: 4, 102, no: 3, 103, no: 5; STEINAUER (8), no: 1715, 1718, 1744, özellikle 1723a.

“Alım ve geri alım hakları, her halükarda, şerhten itibaren on yıl sonra sona ererler.”

Görüldüğü üzere her iki hüküm de tartışmalara sebebiyet verecek şekilde kaleme alınmıştı. Anılan hakların şerhten itibaren 10 yıl geçince sona ereceği düşünülebilirdi¹⁸. Nitekim sorun zaman içinde İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da incelenmiş ve Federal Mahkeme 10 yıllık sürenin anılan hakların şerhine ilişkin olduğu sonucuna varmıştır¹⁹.

Fakat bu kararlar da sorunun tamamen ortadan kalkmasını sağlayamamış, bu kez de anılan haklar için herhangi bir üst süre olup olmadığı meselesi gündeme gelmiştir. On yılı aşan ya da süresiz ön-alım, alım ve geri alım haklarının, taşınmaz malikinin ekonomik hürriyetini aşırı ölçüde sınırlayabileceği, dolayısıyla da bu tarz sözleşmelerin, kişilik haklarını koruyan hükümlere ya da dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle geçersiz olacağı meselesi ile karşı karşıya kalınmıştır²⁰.

Diğer yandan İsviçre doktrinde kimi yazarlar şerhin süresi ile anılan hakların süresi arasındaki uyumsuzluğu da eleştirmiştir²¹. Gerçekten de İsviçre’de eski sistemde tarafların mesela 30 yıl süreli bir alım sözleşmesi yapmaları mümkün olabiliyor, ama bu alım hakkı en çok 10 yıl için şerh edilebiliyordu.

İsviçre kanun koyucusu, haklı olarak İsviçre Federal Mahkemesince kabul edilmiş olan çözümleri ve doktrinde ortaya çıkan tartışmaları takip etmiş ve yeni düzenlemesi ile bu tartışmalara son verecek bir metin benimsemiştir. Böylelikle anılan düzenleme ile, ön-alım ve geri alım hakkının en fazla 25 yıl için, alım hakkının ise en fazla 10 yıl için

¹⁸ Bu yönde bkz. ve krş. OĞUZMAN / SELİÇİ (6), 408, 415, dn: 771.

¹⁹ İsviçre Federal Mahkemesinin soruna ilişkin kararlarında vardığı sonuçlar şu şekilde örneklenebilir ve özetlenebilir: Ön-alım, alım ve geri alım hakları şerhlerinden itibaren on yılın sonunda üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilme yeteneklerini yitirirler, ancak anılan hakların tarafları ve onların külli halefleri arasındaki etkisi devam eder: *JdT.* 1928 I 162 özellikle s: 163; On yıllık sınırlama sadece şerhin etkisine ilişkindir, alım hakkının süresine ilişkin değildir: *JdT.* 1946 I 39 özellikle s: 45, considérant (cons.): 3.

²⁰ FOEX (1), 398; TEKİNAY (6), 7; STEINAUER (14), no: 1714d ve no: 1755a. Ayrıca bkz. *JdT.* 1977 I 258; *JdT.* 1972 I 52.

²¹ FOEX (1), 398, dn: 127’de anılan yazarlar.

kararlaştırılabileceği ve şerh edilebileceği sonucuna varılmıştır²².

Ön-alım²³ ile geri alım haklarının ve şerhlerinin azami 25 yıla, alım hakkının ve şerhinin ise azami 10 yıla sınırlandırılmış olmasının sebepleri ise kanunun gerekçesinde şu şekilde ortaya konulmuştur²⁴:

-Ön-alım hakkının süresi ve şerhi azami 25 yıllık bir süre ile sınırlandırılmıştır. Zira ön-alım hakkı ancak bir ön-alım hali ortaya çıktığında kullanılabilir. Bir diğer söyleyişle ön-alım hakkına konu edilen taşınmaz, sahibinin rızası olmaksızın elinden alınamayacaktır. Taşınmaz sahibinin hürriyeti, sadece devredeceği kişiyi seçmek bakımından sınırlandırılmıştır.

-Geri alım hakkının ve şerhinin de 25 yıla sınırlandırılmasında bir sakınca yoktur. Zira taşınmazın geri alım hakkı ile satılmasında, genellikle taşınmazın belirli amaçlar doğrultusunda kullanılmasını sağlamak amacı söz konusudur. Satıcı, taşınmazı alıcıya belirli amaçlarla kullanması için satmaktadır. Geri alım hakkı bu amaçların yerine getirilmesi için adeta bir tür teminat teşkil etmektedir.

-Alım hakkının ve şerhinin ise, diğer haklara oranla daha kısa bir süre ile sınırlandırılması gerekir. Zira alım hakkı, genellikle taşınmazın kullanılmasına yabancı bazı edimlerin garanti altına alınmasına hizmet etmektedir. Diğer yandan alım hakkı, ön-alım ve geri alım haklarından farklı olarak, taşınmazın malikini, taşınmazını devretme anını serbestçe belirleme hürriyetinden de mahrum bırakmaktadır. Bu nedenle alım hakkının ve şerhinin azami 10 yıllık bir süre ile sınırlandırılması yoluna gidilmiştir.

²² ENGEL (8), 101, no: 3, 103, no: 4; TERCIER (8), no: 710, 717, 741; STEINAUER (8), no: 1703, 1718b, 1728. 1998 tarihli TMKT.m.736'da ise şu hükme yer verilmiştir: "Tapu kütüğüne şerh verilen alım ve geri alım hakları şerhte belirtilen süre içinde her malike karşı kullanılabilir. Şerhin etkisi her durumda, şerhin verildiği tarihin üzerinden on yıl geçmekle sona erer." Görüldüğü üzere tasarıda İsviçre değişiklikleri takip edilmemiş sadece hali hazırdaki MK.m.660'ın dilinin sadeleştirilmesi ile yetinilmiştir. Bu değişiklik MK.m.660/f.2'nin yanlış anlaşılabilir metninin düzeltilmiş olması itibarıyla isabetlidir.

²³ 25 yıllık azami süre nitelikli ön-alım hakkı için de geçerlidir: *Message du conseil fédéral* (7), s: 1015.

²⁴ *Message du Conseil Fédéral* (7), s: 1015-1016.

Fikrimizce İsviçre kanun koyucusunun bu hakları ve şerh edilebilecekleri süreyi bu şekilde sınırlamış olması isabetlidir. Zira incelemekte olduğumuz haklar malikin ve şerh edildiklerinde²⁵ de daha sonraki müktesiplerin mülkiyet hakkına çok ciddi sınırlamalar getirmektedir²⁶. Diğer yandan alım hakkı ile şerhinin süresinin, diğer hakların ve şerhlerinin sürelerine oranla daha kısa tutulmuş olması da isabetlidir²⁷.

V- Ön-alım Hakkına İlişkin Değişiklikler

İsviçre Borçlar Kanununun 216c ila 216e maddeleri tamamen ön-alım hakkına ilişkin düzenlemelere²⁸ ayrılmıştır. Bu düzenlemeleri üç ana başlık altında toplamak mümkündür: Ön-alım hali, ön-alım halinin etkileri ve ön-alım hakkının kullanılması.

1- Ön-alım Haline Açıklık Getirilmesi

İsviçre Borçlar Kanununun “ön-alım hakkı, ön-alım hali” kenar başlığını taşıyan 216c maddesinde şu hükme yer verilmiştir:

“Ön-alım hakkı taşınmazın satılması halinde kullanılabilceği gibi, ekonomik olarak satıma benzer diğer bütün hukuki işlemler dolayısıyla da kullanılabilir (ön-alım hali).”

²⁵ Foëx'e göre kanun koyucunun anılan haklar bakımından da bir üst süre öngörmüş olması yerinde değildir. Yazar, anılan hakların sadece tapu siciline şerh edildikleri takdirde gayrimenkul malikin ekonomik özgürlüğünü kısıtlayabileceğini dolayısıyla da eski sistemde olduğu gibi sadece şerh için sınırlama getirilmesinin daha isabetli olacağını ileri sürmektedir. Yazara göre, söz konusu haklara ilişkin sözleşmeler için (adi ön-alım sözleşmesi dışında) getirilen resmi şekil şartı, taşınmaz malikini düşünmeye sevk edecek ve onu yeterince koruyacaktır (FOEX (1), 400-401).

²⁶ Nitekim doktrin bu hakları gayrimenkul mülkiyetinin sözleşmeden (gayrimenkul malikin hukuki işleminden) doğan takyitleri başlığı altında ele almaktadır (OĞUZMAN / SELİÇİ (6), 405 vd; TEKİNAY (6), 1 vd; Kemal T. GÜRSOY / Fikret EREN / Erol CANSEL; *Türk Eşya Hukuku*, Ankara, 1978, 674 vd; Bkz. ve krş. Hüseyin HATEMİ / Rona SEROZAN / Abdülkadir ARPAÇI; *Eşya Hukuku*, İstanbul, 1991, 608 vd).

²⁷ Bkz. ve krş. FOEX (1), 399 vd.

²⁸ TMKT.'nin konuya ilişkin düzenlemeleri için bkz. ileride dn: 47.

Özellikle taşınmazın mirasın taksimi esnasında mirasçılardan birine tahsisi, cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi ve kamusal bir amacın yerine getirilmesi için iktisap edilmesi ön-alım hali meydana getirmez.”

İsviçre kanun koyucusu bu hükümlerle ön-alım hakkı üzerine doktrinde evvelce tartışılmış ve İsviçre Federal Mahkemesince benimsenmiş olan çözümleri açık bir hükümlerle düzenleme yoluna gitmiştir²⁹.

Bilindiği üzere ön-alım hakkının kullanılabilmesi için malikin taşınmazını bir üçüncü kişiye satması gerekir³⁰. Başlıca ön-alım hali taşınmazın satımıdır. Ama doktrinde haklı olarak ön-alım hakkının, taşınmazın satımının yanı sıra, ekonomik olarak satıma benzer başka bazı hukuki işlemlerde de kullanılabileceği sonucuna varılmıştır. Satıma benzer hukuki işlemlere de ihtiyari (özel veya aleni) arttırma, alım veya geri alım hakkının kullanılması üzerine doğan satım ilişkisi, taşınmazın ifa yerini tutan eda yoluyla bir üçüncü kişiye devri örnek olarak gösterilmiştir³¹.

Dikkat edilecek olursa İsviçre kanun koyucusu, hangi hukuki işlemlerin ekonomik açıdan satıma benzer nitelikte olduğunu saptamamış, bilakis hangi hukuki işlemlerin satıma benzetilemeyeceği hususunda bazı örneklerle yer vermiştir. Gerçekten de, kanun koyucu bu halleri CO.art.216c/al.2’de “özellikle...” ifadesine yer vererek sınırlı sayıda saymamış, bu hallere taşınmazın, cebri icra yoluyla satımını, mirasın paylaşılmasında mirasçılardan birine tahsis edilmesini, kamulaştırma ve benzeri³² hukuki işlemlere konu edilmesini örnek olarak gös-

²⁹ FOEX (1), 406.

³⁰ OĞUZMAN / SELİÇİ (6), 747; HATEMİ / SEROZAN / ARPACI (26), 611; TANDOĞAN (6), 279; TEKİNAY (6), 22; ENGEL (8), 103, no: 6; TERCIER (8), no: 726; STEINAUER (8), no: 1731.

³¹ FOEX (1), 406; STEINAUER (8), no: 1731a; TERCIER (8), no: 728. Ayrıca bkz. TEKİNAY (6), 22.

³² Dikkat edilecek olursa CO.art.216c/al.2, taşınmazın kamusal amaçların yerine getirilmesine konu edilmesi halinde, ön-alım hakkının kullanılmayacağını öngörmüştür. Bu ifade taşınmazın, kamulaştırılmasının yanı sıra, başka benzeri hukuki işlemlere konu edilmesi halini de kapsamaktadır. Buna CCS.art.703’deki durum örnek gösterilebilir (FOEX (1), 406, dn: 172; *Message du conseil fédéral* (7), s: 1017).

termiştir³³.

CO.art.216c/al.2'nin getirdiği düzenlemenin de İsviçre Federal Mahkemesi kararları³⁴ ile evvelce benimsenmiş olduğu dikkate alındığında hükmün ön-alım halinin saptanması ile bağlantılı olarak³⁵ çok önemli bir değişiklik yaratmadığı ileri sürülebilir³⁶.

2- Ön-alım Halinin Etkileri

İsviçre Borçlar Kanununun 216d. maddesinde ön-alım halinin etkileri ve şartları kenar başlığı altında üç fıkraya yer verilmiştir. Biz bu üç

³³ FOEX (1), 406.

³⁴ Ön-alım hakkının tapu siciline şerhedilmiş olsa bile cebri icra yoluyla satımlarda kullanılamayacağı yönünde *bkz. JdT.* 1920 I 34; Ön-alım hakkına konu edilen taşınmazın miras hissesine mahsuben kanuni mirasçılardan birine tahsisi halinde ön-alım hakkının kullanılamayacağı yönünde *bkz. JdT.* 1945 I 37. Ayrıca *bkz. OĞUZMAN / SELİÇİ* (6), 411, *dn:* 754'de anılan kararlar.

³⁵ Kanun koyucu, bir hukuki işlemin ön-alım hali meydana getirip getirmediğini tespit ederken, temelde iki kriterden hareket etmiştir. Bunlardan biri, taşınmazı iktisap edenin kişiliğinin ön planda olup olmaması, diğeri ise taşınmazın mülkiyetinin naklinin karşılığını teşkil eden edimin parasal nitelikte olup olmamasıdır. Taşınmazı iktisap edenin kişiliğinin ön planda olduğu hukuki işlemler ön-alım hali olarak değerlendirilemeyecektir. Bu gibi işlemlere bağışlama, karma bağışlama, miras hukukuna ilişkin amaçlarla temlik örnek olarak gösterilebilir. Yine devredenin, devir karşılığında parasal bir karşı edim elde etmediği haller de ön-alım hali olarak nitelendirilemeyecektir. Bu gibi işlemlere de trampa, mal rejimleri ile ilgili devirler örnek olarak gösterilebilir (*Message du conseil fédéral* (7), s: 1017). Ayrıca *bkz. ve krş. TERCIER* (8), *no:* 728 *vd.*

³⁶ Esasen yukarıda ortaya koyduğumuz prensiplerden bazıları Yargıtay tarafından da benimsenmiştir Mesela Yargıtay'ın 15.3.1940 tarihli ve Esas (E.): 17, Karar (K.): 57 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında ön-alım hakkının cebri icra yolu ile satımlarda kullanılamayacağı sonucuna varılmıştır (Resmi Gazete (RG.) 11.5.1940; Sayı (S.) 4506). Aynı kararda ön-alım hakkının ihtiyari açık arttırmalarda kullanılabileceği çözümü benimsenmiştir. Yargıtay'ın 27.3.1957 tarihli ve E: 12, K: 2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da şu sonuca varılmıştır: "Hissedarın hissesini karı veya kocaya, evlada veya bir akrabaya temlik etmesi halinde şeklen satış akdi bulunsa bile, gerçekte satıştan başka miras hukukuna ilişkin amaçlar veya bağışlama bulunan hallerde MK.nun gerçek satışlarda kabul ettiği şufa hakkı söz konusu olamaz." (RG. 21.8.1957; S. 9687).

fıkranın getirdiği değişikliklerin ayrı başlıklar altında ele alınmasının isabetli olacağı inancındayız.

a-İsviçre Borçlar Kanunu m.216d/f.1

Anılan hüküm şu şekilde kaleme alınmıştır.

“Satıcı, satım sözleşmesinin kurulduğunu ve onun içeriğini ön-alım hakkı sahiplerine³⁷ bildirmek zorundadır.”

Görüldüğü üzere CO.art.216d/al.1 satıcıya satım sözleşmesini ve içeriğini ön-alım hakkı sahibine bildirme mükellefiyeti getirmiştir³⁸. Sözleşmeden doğan ön-alım hakkına ilişkin eski düzenlemede de satıcıya böyle bir bildirim mükellefiyeti yüklenmekte idi³⁹. Fakat anılan hüküm bu kadar açık bir biçimde kaleme alınmamıştı ve satıcının satımın içeriğini de bildirim mükellefiyeti altında olup olmadığı tartışmaya açıktı. Böylelikle kanun koyucu satım sözleşmesinin içeriğinin de bildirilmesinin gerekip gerekmediğine ilişkin tartışmaları⁴⁰ bertaraf etmiştir⁴¹.

Satım sözleşmesinin içeriği temelde *adi ön-alım hakkı* sahibi için önem taşımaktadır. Zira o, taşınmazı, satıcı ile üçüncü kişi arasında yapılan satım sözleşmesindeki şartlara uygun olarak iktisap edecektir. *Nitelikli ön-alım hakkı* sahibi için taraflar arasındaki satım sözleşmesinin özellikle satış bedeline ilişkin içeriği o kadar büyük bir

³⁷ Bkz. ileride *dn*: 41.

³⁸ ENGEL (8), 105, *no*: 7; STEINAUER (8), *no*: 1734.

³⁹ Doktrinde Foëx, CCS.art.681/al.1'in "*Ön-alım hakkı tapu siciline şerh verildiği takdirde...*" şeklindeki eski düzenleme tarzından yola çıkarak eskiden, satıcının durumu sadece şerh edilmiş ön-alım hakkı sahibine ihbar etmek yükümlülüğü altında bulunduğunu, halbuki yeni düzenlemenin satıcıyı her halükarda (ön-alım hakkı tapu siciline şerh edilmiş olsun ya da olmasın) böyle bir ihbar mükellefiyeti altına soktuğunu ileri sürmüştür (FOEX (1), 406 ve *dn*: 173).

⁴⁰ Bu konuda *bkz.* STEINAUER (14), *no*: 1729b ve 1729c.

⁴¹ FOEX (1), 407. Diğer yandan anılan maddenin CCS.art.681/al.2'nin eski metni açısından getirdiği bir diğer yenilik de ön-alım hakkının birden çok kişiye ait olabileceği hususunun vurgulanmış olmasıdır. CCS.art. 681/al.2'deki hüküm şu şekilde kaleme alınmıştı: "*Ön-alım hakkı sahibi, satım halinde, satıcı tarafından haberdar edilmelidir.*" Ayrıca *bkz.* *JdT.* 1967 I 174.

önem arz etmeyecektir. Zira o taşınmazı *nitelikli ön-alım sözleşmesinde* evvelce kararlaştırılmış olan bedeli ödeyerek iktisap edecektir. Ancak İsviçre kanun koyucusu, bu iki tip sözleşme arasında bir ayırım yapmamış ve her iki halde de satım sözleşmesinin içeriğinin ön-alım hakkı sahibine bildirilmesi gerektiğini benimsemiş görünmektedir.

Bu düzenleme karşısında ön-alım hakkı sahibinin hakkını kullanabilmesi için satım sözleşmesinden ve içeriğinden haberdar edilmesi gerekir. Aksi takdirde hemen aşağıda inceleyeceğimiz ön-alım hakkının kullanılabilceği üç aylık sürenin işlenmesi mümkün olmayacaktır.

b-İsviçre Borçlar Kanunu m.216d/f.2

Anılan hüküm şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Ön-alım hakkı evvelce kullanıldığı halde, satım sözleşmesi feshedilir veya” (sözleşmenin geçerli olması için) “gerekli izin alıcının şahsı dikkate alınarak reddedilir ise, feshin veya iznin reddinin ön-alım hakkı sahibi bakımından bir etkisi olmaz.”

Görüldüğü üzere kanun koyucu bu hükümle satım sözleşmesinin geçerliliği ile ilgili iki meseleyi çözüme kavuşturmak istemiştir⁴². Bunlardan biri satım sözleşmesinin feshidir. Bir satım sözleşmesi yapılmış ve bu satım sözleşmesine dayanarak ön-alım hakkı sahibi yenilik doğuran hakkını kullanmış ise daha sonra satım sözleşmesinin feshedilmesi, ön-alım hakkını kullanan kişinin hukuki durumunu hiçbir şekilde etkilemeyecektir. Kullanılmış bulunan ön-alım hakkı etkileri-

⁴² Satım sözleşmesinin geçerliliği ile ilgili diğer sorunlar İsviçre Federal Mahkemesinin kararları ile aydınlatılmıştır. Satım sözleşmesi irade sakatlıkları (CO.art.23 *vd*) sebebiyle taraflardan birini bağlamıyorsa ön-alım hakkının kullanılması askıdadır, satım sözleşmesi anılan nedenlerle iptal edilirse ön-alım hakkının kullanılması da etkisiz kalacaktır: *JdT.* 1957 I 470-476 özellikle s: 473, *cons:* 3; Satış sözleşmesi kurulup ön-alım hakkı kullanılmış ancak satış sözleşmesinden dönülmüş ise bu durum ön-alım hakkını etkilemez: *JdT.* 1916 I 405; Taraflar satım sözleşmesini anlaşarak feshettikleri takdirde kullanılmış bulunan ön-alım hakkı hükümlerini sürdürür: *JdT.* 1948 I 209-216, özellikle s: 216, *cons:* 6. Bu sorunlar hakkında ayrıca bkz. OĞUZMAN / SELİÇİ (6), 411, *dn:* 747; FEYZİOĞLU (9), 187 *vd*; Şükran TAMAN ŞİPKA; *Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şufa) Hakkı (MK.m.659) Hukuki Niteliği ve Kullanma Koşulları, İstanbul 1994, 61 vd.*

ni sürdürecektir bir diğer söyleşiyle ön-alım hakkını kullanan kişi taşınmazın mülkiyetini iktisap edebilecektir⁴³.

Hükmün çözüme kavuşturmak istediği ikinci mesele ise şudur: Bir satım sözleşmesi alıcının ehliyetsizliği nedeniyle kanuni temsilcisinin veya vesayet makamının iznine tabi olup (noksanlıkla sakatsa) ⁴⁴ daha sonra bu iznin verilmeyeceği anlaşılmış ise, bu durum da ön-alım hakkını kullanan kişiyi hiçbir şekilde etkilemeyecektir. Kullanılmış bulunan ön-alım hakkı etkilerini sürdürecektir bir diğer söyleyişle ön-alım hakkını kullanan kişi taşınmazın mülkiyetini iktisap edebilecektir⁴⁵.

c-İsviçre Borçlar Kanunu m.216d/f.3

Anılan hüküm şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Ön-alım sözleşmesinde aksine bir hüküm bulunmadığı sürece ön-alım hakkı sahibi taşınmazı, satıcının üçüncü kişi ile anlaştığı şartlara göre iktisap edebilir.”

Bu hüküm adi ön-alım hakkına ilişkin bir hükümdür. İsviçre kanun koyucusu, bu tarz bir durumda ön-alım hakkı sahibinin taşınmazı, satıcı ile üçüncü kişi arasındaki şartlara uygun olarak, özellikle de satım sözleşmesinin tarafları arasında kararlaştırılan bedeli ödeyerek iktisap edebileceğini vurgulamıştır. İsviçre kanun koyucusu, böylece doktrinde yıllardan beri benimsenmiş olan bir ilkeyi kanun hükmü haline getirme yoluna gitmiştir.

3- Ön-alım Hakkının Kullanılabileceği Süre ve Hakkın Şerhi

İsviçre Borçlar Kanununun 216e maddesinde şu hükme yer verilmiştir:

“Eğer ön-alım hakkı sahibi hakkını kullanmak niyetinde ise, hak-

⁴³ Bu yönde bkz. ENGEL (8), 104; STEINAUER (8), no: 1732; TERCIER (8), no: 730; Ayrıca bkz. ve krş. FOEX (1), 408-409 özellikle 409.

⁴⁴ Kemal OĞUZMAN / Nami BARLAS; *Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, Tümüyle Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 8. Bası, İstanbul, 2000, 150.*

⁴⁵ STEINAUER (8), no: 1731d.

kını, üç ay içinde satıcıya veya eğer hak tapu siciline şerh edilmiş ise malike karşı ileri sürmek zorundadır. Süre hak sahibinin sözleşmenin kurulduğunu ve içeriğini öğrendiği andan itibaren işlemeye başlar.”

Bu hüküm iki ayrı sorunu düzenlemektedir. Bunlardan biri ön-alım hakkının kullanılabilceği süre, diğeri ise şerhin etkisidir. Dolayısıyla aşağıdaki başlıklar altında incelenmesi isabetli olacaktır.

a- Süre

İsviçre Medeni Kanununun konuya ilişkin 681. maddesinin 3. fıkrası (MK.m.658/f.3) çok kötü bir şekilde kaleme alınmıştı ve temelde ön-alım hakkının kullanılabilceği süreyi bir ay olarak saptamıştı. Yeni düzenleme hem madde metnini daha anlaşılır hale getirmiş hem de ön-alım hakkının kullanımı için gerekli süreyi üç aya çıkarmıştır⁴⁶. Eski düzenleme ile karşılaştırıldığında dikkati çeken bir diğeri husus da sürenin satım sözleşmesinin ve içeriğinin öğrenilmesi ile başlayacağına vurgulanmış olmasıdır.

b- Şerh

İsviçre Medeni Kanununun 681. maddesinin 1. fıkrası (MK.m.658/f.1)⁴⁷

⁴⁶ Anılan sürenin İsviçre’de bir çok yazar tarafından uzun bulunduğu belirtilmektedir (FOEX (1), 407, dn: 180’de anılan yazarlar).

⁴⁷ 1998 tarihli TMKT.m.735 şu şekilde kaleme alınmıştır: “ Tapu kütüğüne şerh verilen sözleşmeden doğan ön-alım hakkı, şerhte belirtilen sürede ve belirtilen koşullara göre her malike karşı kullanılabilir. Kütükte koşullar belirtilmemişse taşınmazın üçüncü kişiye satışındaki koşullar esas alınır. Şerhin etkisi her durumda, şerhin verildiği tarihten itibaren on yıl geçmekle sona erer. Yasal ön-alım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümler sözleşmeden doğan ön-alım hakkına da uygulanır.” Görüldüğü üzere tasarıda MK.m.658/f.1 ve f.2’nin dilinin sadeleştirilmesi ile yetinilmiştir. TMKT.m.735’in son fıkrası ile kanundan doğan ön-alım hakkının kullanılmasına ilişkin hükümlerin sözleşmeden doğan ön-alım hakkı bakımından da uygulanacağı belirtilmiştir. Böylelikle cebri icra yolu ile satımlarda ön-alım hakkı kullanılamayacaktır (TMKT.m.733/f.1). Taşınmazın satımı, alıcı veya satıcı tarafından ön-alım hakkı sahibine noter aracılığı ile bildirilecektir (TMKT.m.733/f.3). Ön-alım hakkı sahibi hakkını bu bildirimden itibaren bir ay içinde herhalükarda satışın üzerinden beş yıl içinde kullanmak zorunda

çok kötü bir şekilde kaleme alınmıştı. Özellikle şerhin etkisi bakımından kanun koyucunun nasıl bir çözüm benimsendiğini anlamak oldukça güçtü. İsviçre Federal Mahkemesi başlangıçta taşınmaz üçüncü kişi adına tescil edilmiş olsa bile ön-alım hakkının muhatabının satıcı olduğunu benimsemişti⁴⁸. Ancak daha sonra görüşünü değiştirmiş ve ön-alım hakkının muhatabının taşınmazın hakkın kullanıldığı sıradaki maliki olduğu sonucuna varmıştır⁴⁹. İsviçre kanun koyucusu bu hükümle aynı çözümü kanun maddesi ile teyit etme yoluna gitmiştir.

Gerçekten de ön-alım hali ve içeriği taşınmazın satıcısı tarafından ön-alım hakkı sahibine bildirilecektir. Ön-alım hakkı sahibi satışı ve içeriğini öğrendiği tarihten itibaren üç ay içinde hakkını kullanmak zorunda olacaktır. Taşınmazın satıcısı ön-alım hakkı sahibinin kararını *bekleyebilir*. Bu sırada sicilde malik olarak zaten o görünmektedir. Dolayısıyla ön-alım hakkı sahibi bu tarz bir durumda ön-alım hakkını satıcıya karşı ileri sürecektir. Fakat taşınmazın maliki ön-alım hakkı sahibinin kararını *beklemeyebilir* ve taşınmazın mülkiyetini alıcıya nakletme yoluna da gidebilir. Bu tarz bir durumda eğer ön alım hakkı evvelce tapu siciline şerh edilmişse alıcıya karşı ileri sürülebilecektir. Eğer ön-alım hakkı evvelce tapu siciline şerh edilmemişse ön-alım hakkı sahibinin yapabileceği tek şey CO.art.97'ye (BK.m.96) dayanmak olacaktır⁵⁰.

VI-Sonuç

İsviçre Borçlar Kanununda 1994 yılında yürürlüğe giren, sözleşmeden doğan ön-alım, alım ve geri alım haklarına ilişkin değişikliklerin bir çoğu İsviçre ve Türk doktrininde ve yargı kararlarında benimsenmiş olan hakim düşünce ve ilkelere dayanmaktadır. Dolayısıyla anılan değişikliklerin bizim hukukumuz bakımından da dikkate alınması isabetli olacaktır.

olacak aksi takdirde ön-alım hakkı düşecektir (TMKT.m.733/f.4). Ön-alım hakkı dava açılarak kullanılacaktır (TMKT.m.734/f.1).

⁴⁸ *JdT.* 1957 I 470-476, özellikle s: 472, *cons:* 1.

⁴⁹ *JdT.* 1967 I 174-186, özellikle s: 181 *vd. cons:* 4. Ayrıca *bkz.* OĞUZMAN / SELİÇİ (6), 413 ve *dn:* 761'de anılan yazarlar.

⁵⁰ FOEX (1), 408, *dn:* 188; ENGEL (8), 105; STEINAUER (8), *no:* 1742, 1743; TERCIER (8) *no:* 737, 743; *Message du conseil fédéral* (7), s: 1020.

1998 tarihli Türk Medeni Kanunu Tasarısı, İsviçre Borçlar Kanununun sözleşmeden doğan ön-alım, alım ve geri alım haklarına ilişkin değişikliklerinin hemen hemen hiçbirini takip etmemiştir. Tasarının sadece ön-alım hakkının cebri icra yolu ile satımlarda kullanılamayacağına ilişkin hükmü, İsviçre Borçlar Kanununun bu husustaki hükmüne paraleldir (TMKT.m.735/f.3'ün atfı ile TMKT.m.733/f.1, CO.art.216c/al.2).

Bu durum, anılan haklara ilişkin düzenlemelerin İsviçre'de olduğu gibi, Borçlar Kanununda yapılacak değişikliklerle gerçekleştirilmek istenmiş olmasından kaynaklanmış olabilir.

Tekrar vurgulamak gerekirse, İsviçre Borçlar Kanununun konuya ilişkin değişikliklerinin birçoğu her iki ülkenin doktrininde ve yargı kararlarında ortaklaşa benimsenmiş ana ilkelere dayanmaktadır. Bu durumun hiç değilse Borçlar Kanunu tasarısı hazırlanırken göz ardı edilmemesi isabetli olacaktır.