

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNUNA GÖRE SATIŞ İLİŞKİSİ DOĞURAN HAKLAR VE ÖZELLİKLE ÖNALIM HAKKINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ*

(Assesment of Provisions Related with the Rights on Sale
Relation and Especially with the Right of Pre Emption in
accordance with Turkish Code of Obligations No. 6098)

Yrd. Doç. Dr. Mahmut KİZİR**

ÖZET

1 Temmuz 2012'de yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu önceki Borçlar Kanununa ek olarak birçok yeni hüküm getirmiş bulunmaktadır. Yapılan değişiklikler, hem mevcut Yargıtay içtihatları ve ilmî tartışmaların kanun maddesi şeklinde devşirilmesi hem de kanunda önceden hiç bulunmayan yeni hükümlerin getirilmesi şeklinde olmuştur.

Satış ilişkisi doğuran haklar ve özellikle önalım hakkına ilişkin hükümler de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 238 ilâ 242. maddeleri arasında ilk defa yer almıştır. Düzenlemeyle bu haklara ilişkin farklı yeniliklere yer verilmiştir. Bunlardan ilki; önalım (şuf'a), geri alım (vefa) ve alım (iştirâ) haklarının en çok 10 yıllık süre için kararlaştırılabileceğine ilişkin düzenlemedir. Böylece bu tür haklar için bir üst süre sınırı getirilmiştir (TBK. m. 238). Bir diğer yenilik, sözleşmeden doğan önalım (şuf'a), geri alım (vefa) ve alım (iştirâ) haklarının aksine bir anlaşma olmadıkça devredilemeyeceği, ancak miras yoluyla geçebileceğine ilişkin düzenlemedir. Şayet sözleşme ile bu hakların devredilebileceği kararlaştırılmış ise devir işleminin hakkın kurulması için öngörülen şekilde yapılması gerektiği ifade edilmiştir (TBK. m. 239/II).

Türk Borçlar Kanunundaki düzenlemeden evvel önalım hakkı sadece satış sözleşmelerinde kullanılabilmekteydi. Yeni getirilen hükümlerle "taşınmazın satışı ya da ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her türlü işlem" ile artık önalım hakkı kullanılabilir (TBK. m. 240/I). Maddenin ikinci fıkrasında ise önalım hakkının

* Bu makale 26-27 Nisan 2013 tarihinde Bakü/ Azerbaycan Kafkas Üniversitesinde düzenlenen "Milli Lider Haydar Aliyev'in Doğumunun 90. Yıldönümü Dolayısıyla Genç Araştırmacıların I. Uluslararası Bilimsel Konferansı" için hazırlanan sunumun düzenlenmiş halidir.

** KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

kullanılamayacağı haller düzenlenmiştir. Buna göre, taşınmazın, mirasın paylaşılması kapsamında mirasçılardan birine özgülenmesi, cebri artırma yoluyla satışı ve kamusal yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacıyla kazanılması hallerinde önalım hakkı kullanılamaz (TBK. m. 240/II).

Türk Borçlar Kanununda satıcının veya alıcının taşınmaz satış sözleşmesinin yapıldığını ve içeriğini, noter aracılığıyla önalım hakkı sahibine bildirmek zorunda olduğu (TBK. m. 241/I); önalım hakkı kullanıldıktan sonra satış sözleşmesi ortadan kaldırılır veya alıcının şahsından kaynaklanan sebeplerle onaylanmazsa bu durumun önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülemeyeceği (TBK. m. 241/II) ve aksi kararlaştırılmadıkça önalım hakkı sahibinin taşınmazı, satıcının üçüncü kişiyle yaptığı satışın koşulları çerçevesinde kazanacağı belirtilmiştir (TBK. m. 241/III). Türk Borçlar Kanununun tek fıkradan oluşan 242. maddesinde ise önalım hakkının kullanılmasına yer verilmiştir. Buna göre önalım hakkı ancak dava açılarak kullanılabilir (TBK. m. 242).

Bu çalışmada 6098 sayılı kanun ile satış ilişkisi doğuran haklar ve özellikle önalım hakkına ilişkin getirilen yenilikler Türk hukuku ve ilmi çalışmalar bakımından incelenip değerlendirilmiştir.

Anahtar kelimeler: Borçlar hukuku, Satış ilişkisi, Önalım, Alım, Geri alım.

Abstract

The Turkish Code of Obligations which entered into force on July 1 2012 has introduced many new provisions additional to the former Code of Obligations. The amendments have been in gathering both the existing Supreme Court decisions and scientific discussions and also bringing new provisions that hasn't existed before.

The provisions related with the rights on sale relation and right of pre-emption have taken place in the Articles 238- 242 of the Turkish Code of Obligations (TCO.) for the first time. Distinctive innovations have been included in the regulation. The first one of these regulations; is that the right of pre-emption, right of repurchase and right of purchase may be binding for a maximum period often (10) years, in any event. Thus a time ceiling has been set (TCO. Art. 238). Unless otherwise provided for under an agreement, a contractual right of pre-emption may not be assigned; however, such rights may be inherited. It is stated that if the assignment of these rights have been agreed by contract, then the transaction of assignment should be made as contemplated for the establishment of the right (TCO. Art. 239).

Before the regulations within the Turkish Code of Obligations, the right of pre-emption could be used only in sales contracts. Together with the new regulation, contractual right of pre-emption may be used "for real estate purchases and transactions that are economically equivalent to sale" (TCO. Art. 240/I). In paragraph 2 of the article; the terms where the usage of the right is not available have been regulated. Hereunder, the right of pre-emption can not be used in; allocation of the real estate to one of the inheritors under partition of the inheritance, sale of the real estate through forced bidding and acquisition of the real estate for the purpose of execution of public liabilities (TCO. Art. 240/II).

It is stated in the Turkish Code of Obligations that; the seller or the buyer of

the real estate is obliged to deliver a notarised notification of sales contract and the content to the holder of the right of pre-emption (TCO. Art. 241/I), if the sales contract is withdrawn after the usage of right of pre-emption or if it is not approved due to reasons generating from the buyer himself, this situation shall not be held over the holder of the right of pre-emption (TCO. Art. 241/II), and unless agreed otherwise the holder of the right of pre-emption shall get the real estate within the framework of the terms of the sale between the seller and the third party (TCO. Art. 241/III).

In this study, the innovations introduced to the rights on sale relation and especially to the right of pre-emption by the Turkish Code of Obligations no. 6098 are examined and assessed in terms of Turkish law and scientific studies.

Keywords: Law of Obligations, Sale relation, Pre-emption, Purchase, Repurchase.

GİRİŞ

Satış ilişkisi doğuran haklar ve özellikle önalım hakkına ilişkin hükümler 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun¹ 238 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Bu hükümler 818 sayılı önceki Borçlar Kanununda yer almayan yeni bir düzenlemedir. Bu düzenlemeler İsviçre Borçlar Kanununun (İBK.) 1991 revizyonu² neticesinde 01.01.1994 tarihinde yürürlüğe giren 216, 216a ilâ 216e maddelerine ilişkin değişiklikler esas alınarak yapılmıştır. Türk Borçlar Kanununda yapılan bu düzenlemelerin aynı zamanda 4721 sayılı Türk Medenî Kanununda yer alan yasal önalıma ilişkin hükümlerle uyumluluk arz etmesi de amaçlanmıştır. Bu çalışmada Türk Borçlar Kanununda yapılan değişiklikler ile Türk Medenî Kanununda önalıma ilişkin hükümler ele alınıp incelenmiştir. Böylece önalıma ilişkin olarak her iki temel kanunda düzenlenen hükümler kıyaslanarak mevcut farklılıklar ve benzerlikler ortaya konulmak suretiyle, uygulama açısından ortaya çıkabilecek problemler üzerinde durulmuştur.

I. Satış İlişkisi Doğuran Haklar

Satış ilişkisi doğuran haklar TBK. m. 237/II' de belirtilmiştir. Bunlar taşınmaz satış vaadi, önalım (şuf'a), alım (iştirâ) ve geri alım (vefa) haklarıdır. Bu tür haklar, hak sahibinin muhataba yönelteceği tek taraflı irade beyanıyla veya muhatap aleyhine açacağı davayla, aralarında bir satış ilişkisinin kurulmasını sağlarlar. Yani kurucu yenilik doğuran haklar kategorisinde değerlendirmek mümkündür. Yenilik doğuran haklar, hak sahibine tek taraflı bir irade beyanıyla içeriği ve şartları önceden tayin ve tespit edilmiş bir sözleşme kurma veya mevcut bir sözleşmenin süresini uzatma yetkisi vermektedir³.

¹ RG. T. 04.02.2011, S. 27836.

² Konuya ilişkin kanun İsviçre' de 04.11.1991 tarihinde kabul edilerek 01.01.1994 tarihinde yürürlüğe girmiştir (AS 1993 1404; BBl 1988 III 953).

³ **BAYGIN**, Cem, Yeni Borçlar Kanununun Satış İlişkisi Doğuran Haklar Konusunda Getirdiği

Önalım hakkı, önalım hakkına konu olan şey, malik tarafından üçüncü bir şahsa satıldığı zaman onu, tek taraflı, yöneltilmesi ve varması gerekli bir irade açıklaması ile (dava yoluyla⁴) öncelikle satın alabilme yetkisi veren yenilik doğurucu bir haktır⁵. Önalımcı (şef'i) adı verilen önalım hakkı sahibi, taşınmaz üçüncü bir şahsa satıldığında, tek taraflı bir irade beyanıyla, aynı satış koşullarıyla taşınmazı öncelikle satın alma hakkına sahiptir⁶.

Alım hakkı, hak sahibine tek taraflı ve varması gerekli bir beyanla bir taşınmazın alıcısı olabilme yetkisi veren yenilik doğurucu bir haktır⁷. Alım hakkı sahibi hakkını kullanınca kendisi ile muhatap arasında önceden kararlaştırılan koşullarda bir taşınmaz satış sözleşmesi kurulur. Türk hukukunda esas olarak alım hakkını düzenleyen iki hüküm vardır. Bunlardan ilki TMK. m. 736, ikincisi de TBK. m. 237' dir. Ayrıca tapuya şerh edilmesi mümkün olan hakları belirleyen Türk Medenî Kanununun 1009. maddesinde de alım hakkından bahsedilmiştir⁸.

Geri alım hakkı ise, satıcıya, daha önce sattığı malı tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanıyla sözleşmede öngörülen şartlar çerçevesinde tekrar geri alabilme

Düzenlemelere Genel Bir Bakış, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Mart- Nisan 2011, S. 79- 80, s. 9; **BUZ**, Vedat, Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 160.

⁴ Y. HGK. T. 13.4.2005, E. 2005/6-230, K. 2005/244 “*Önalım hakkı eskisi gibi irade bildirimini 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*” (Kazancı İçtihat Programı).

⁵ **YAVUZ**, Cevdet/ **ACAR**, Faruk/ **ÖZEN**, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 13. Baskı, İstanbul 2014, s. 132; **ERZURUMLUOĞLU**, Erzan, Sözleşmeler Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2011, s. 37; **AYAN**, Mehmet, Eşya Hukuku II, Mülkiyet, Genel Esaslar, Taşınmaz Mülkiyeti, Kat Mülkiyeti, Devre Mülk, Taşınır Mülkiyeti, Konya 2014 (AYAN, Mülkiyet), s. 385; **KISAGÜN**, Adli, Şuf'a Davaları, Ankara 1958 (KISAGÜN, Şuf'a), s. 7; **KILIÇOĞLU**, Mustafa, Akdi ve Kanuni Şuf'a Davaları (Önalım), Ankara 1997, s. 15; **OĞUZMAN**, Kemal/ **SELİÇİ**, Özer, Eşya Hukuku, Zilyetlik- Tapu Sicili, Taşınmaz ve Taşınır Mülkiyeti, Kat Mülkiyeti, Sınırlı Aynı Haklar, İstanbul 2002, s. 399; **ÖNDER**, Ali Rıza, Şuf'a- Önalım, ABD, S. 2, Y. 1985, s. 280; **PULAŞLI**, Hasan, Yargıtay Kararları Işığında Şuf'a Hakkının Kullanılmasına İlişkin Bazı Sorunlar, TNBHD, S. 43, 15 Ağustos 1984, s. 35; **KIRCA**, Çiğdem, Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanunda Değişiklikler, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. yaş günü Armağanı, C. II, İstanbul 2002, s. 1179; **ŞİPKA**, Şükran Taman, Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şuf'a) Hakkı, Hukuki Niteliği ve Kullanma Koşulları, İstanbul 1994, s. 2; **KÜLEY**, M. Muin, Medeni Kanunda ve Tatbikatında Şuf'a Hakkı, İstanbul 1950, s. 8; **DEMİRBAŞ**, Harun, Yenilik Doğuran Haklar, İstanbul 2007, s. 54.

⁶ **ERTAŞ**, Şeref, Eşya Hukuku, Zilyetlik, Tapu Sicili, Taşınmaz- Taşınır Mülkiyeti, Kat Mülkiyeti- Devre Mülk (5711 Sayılı Kanun Değişikliğiyle), İrtifak Hakları ve RehİN Hakları, Ankara 2012, s. 378; **YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN**, s. 133; **PULAŞLI**, s. 35.

⁷ **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s. 246 (EREN, Özel Hükümler); **KISAGÜN**, Adli, Vefa ve İştirah Hakları, AD, Y. 1961, S. 1- 12 (KISAGÜN, Vefa), s. 736- 737; **YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN**, s. 129; **OĞUZMAN/ SELİÇİ**, s. 395; **AYAN**, Mülkiyet, s. 429; **OLGAÇ**, s. 245; **ERZURUMLUOĞLU**, s. 37; **DEMİRBAŞ**, s. 46.

⁸ **AYAN**, Mülkiyet, s. 429; **YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN**, s. 129.

yetkisi veren yenilik doğurucu bir haktır⁹. Başka bir ifadeyle, geri alım hakkında, taşınmazını temlik eden malike alım (iştirah) hakkı tanınmaktadır¹⁰.

II. Türk Borçlar Kanununda Satış İlişkisi Doğuran Haklara İlişkin Yeni Düzenlemeler

A. Önalım, Alım ve Geri Alım Sözleşmesinin Şekli

Taşınmazlarla ilgili alım, önalım ve geri alım sözleşmelerinin şekline ilişkin düzenleme TBK. m. 237/II ve III' de "*Taşınmaz satışı vaadi, geri alım ve alım sözleşmeleri, resmî şekilde düzenlenmedikçe geçerli olmaz*", "*Önalım sözleşmesinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır*" şeklinde hüküm altına alınmıştır. Buna göre, alım ve geri alım sözleşmelerinin geçerliliği resmî şekilde, önalım sözleşmesinin geçerliliği ise yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır¹¹. 237. maddenin Türk Borçlar Kanununun taşınmaz satışına ilişkin üçüncü ayırımdaki düzenleme yeri göz önüne alındığında, resmî şekil zorunluluğunun taşınmazlarla ilgili sözleşmeler için geçerli olduğu; buna karşılık taşınırlara ilişkin alım ve geri alım sözleşmelerinde ise bir şekle uyulmasının zorunlu olmadığı söylenebilir¹².

⁹ Y. 6. HD. 24.9.1974 T. ve 3617 E, 3993 sayılı kararında, "...vefa hakkı, satıcıya sattığı şeyi, bedeli karşılığında ve tek taraflı irade ile geri alma hakkı..." olarak tarif edilmektedir. (OLGAÇ, s. 245); ÇETİNKAYA, Mehmet, Vefa Hakkı ve Menkul Hükümünde Sayılan Taşınmazlarda Hakkın Tesisi, AD, Y. 1970, S. 1- 12, s. 35; PAKSÜT, Emin, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun İnceleme ve Kararına Arz Olunan Vefa Hakkı Davası, Dosya No: H. G. K. 1986/ 6- 188, Broşür-Cevap Dilekçesi, s. 3; BERKİ, Şakir, Aynı Haklar, Mülkiyet, Mülkiyetten Gayri Aynı Haklar, Rehlin, Zilyetlik, Tapu Sicili, Ankara 1965, s. 53; ERZURUMLUOĞLU, s. 37; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 131; DEMİRBAŞ, s. 47; ERTAŞ, s. 377; EREN, Özel Hükümler, s. 250.

¹⁰ AYAN, Mülkiyet, s. 433; ÇETİNKAYA, s. 35.

¹¹ Taşınmazlara ilişkin alım ve geri alım sözleşmelerinin geçerlilik arz etmesi için resmî şekilde düzenlenmesi gerektiği ifade edilmekle birlikte, kanunda öngörülen resmî şeklin hangi makamca düzenlenmesi gerektiği tartışmalıdır. Tapu Kanunu m. 26 gereğince resmî senedin tapu sicil memurunca düzenlenmesi gerektiği yolunda görüş bildiren yazarlar (TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/ 1, İstanbul 2008, s. 279; OĞUZMAN/ SELİÇİ, s. 396) olduğu gibi bunun Noterlik Kanunu m. 60/ b.2' den hareketle tapu sicil memurlarının yanı sıra noterlerce düzenlenmesi gerektiğini savunan yazarlar da vardır (TEKİNAY, S. Sulhi, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, II/1, İstanbul 1988, s. 3); ERTAŞ, s. 376.

¹² 1 Ocak 1994 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Borçlar Kanununun 216. maddesinin ilk fıkrası herhangi bir değişikliğe uğramamıştır. Ancak İBK. m. 216/II: "*Gayrimenkulleri konu edinen satış vaatleri, önalım, alım ve geri alım sözleşmeleri ancak resmî şekilde yapılmışlarsa geçerli olur*" şeklinde düzenlenmiştir. Burada "*Gayrimenkulleri konu edinen...*" ibaresinin kullanılmış olması özellikle menkul malları konu edinen önalım, alım ve geri alım sözleşmelerinin düzenlenmeyeceği anlamını taşımamaktadır. Aksine hükmün menkul malları konu edinen bu tür sözleşmeler bakımından da kıyasen uygulanması gerektiği belirtilmiştir (HELVAÇI, İlhan, İsviçre Borçlar Kanununun Sözleşmeden Doğan Ön-Alım, Alım ve Geri Alım Haklarına İlişkin Değişiklikleri (İsviçre Borçlar Kanunu Madde 216/Fıkra 2, Fıkra 3, Madde 216a-216e), Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 19, S. 1-2, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, 1999-2000, s. 400); BAYGIN, s. 10; AYAN, Mülkiyet, s. 420.

Kanun koyucu alım ve geri alım haklarından farklı olarak önalım sözleşmesinin geçerliliğini, adı yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlamıştır (TBK. m. 237/III). Önalım sözleşmelerinde adı yazılı şeklin yeterli sayılmasının sebebi İsviçre hukukunda önalım sözleşmelerinin genelde kira sözleşmelerine konulan bir kayıt şeklinde yapılmasıdır¹³. Oysa Türk hukukunda kira sözleşmelerinde kiracıya önalım hakkı tanınmasına ilişkin bir uygulamanın neredeyse hiç mevcut olmadığı belirtilmektedir¹⁴. TBK. m. 237/III hükmü, İBK. m. 216/III' de bizden farklı olarak “*Satış bedelinin önceden belirlenmediği önalım sözleşmeleri yazılı şekilde dahi geçerlidir*” şeklinde düzenlenmiştir. Hükümde, sadece “*önalım bedelinin önceden belirlenmediği*” önalım sözleşmelerinin adı yazılı şekle bağlı olduğu öngörülmüştür. Dolayısıyla önalım sözleşmelerinin şekli, önalım bedelinin önceden belirlenmiş olup olmamasına göre değişiklik arz edecektir. Buna göre, bedelin önceden belirlenmediği “*Adi önalım sözleşmeleri*” adı yazılı şekle (İBK. m. 216/III); bedelin sözleşmede belirlendiği “*Nitelikli (mevsuf) önalım sözleşmeleri*” ise resmî şekle tabidir (İBK. m. 216/II)¹⁵. İsviçre kanun koyucusunun nitelikli önalım sözleşmesini resmî şekle tabi kılmaktaki amacı, adı önalıma oranla nitelikli önalım sözleşmesinde taşınmazın ekonomik (rayiç) değerinin taşınmaz maliki açısından tehlike arz etmesidir. Zira adı önalım sözleşmesinde hak sahibi bu hakkını; taşınmaz maliki ile üçüncü kişi alıcı arasında kararlaştırılan bedeli ödeyerek kullanacaktır. Bu ise satış sözleşmesinin yapıldığı sırada taşınmazın piyasa koşullarına uygun rayiç bedeli olacaktır. Ancak nitelikli önalım sözleşmesinde taşınmaz maliki daha önalım sözleşmesi kurulurken önalım bedeli belirlenmekte ve kendisini peşinen bu bedelle bağlamaktadır. Dolayısıyla taşınmazın zamanla kıymet kazanması sonucu tarafların başlangıçta belirledikleri önalım bedeli ekonomik hayatta ortaya çıkan çeşitli sebeplerle taşınmazın rayiç değerinin çok altında kalabilmektedir. Bu sebeple nitelikli önalım sözleşmesinde taşınmaz malikini etraflıca düşünmeye sevk etmek, ani bir şekilde karar vermesinin önüne geçmek için resmî şeklin aranması daha isabetli olmuştur¹⁶. Böylece İsviçre hukukunda nitelikli önalım sözleşmesinin geçerliliği için aranan resmî şeklin, Türk hukuku açısından da kabul edilerek resmî şekil şartına tabi kılınması taşınmaz malikinin lehine olarak yerinde bir düzenleme olurdu diyebiliriz.

¹³ HESS, Urs, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art 1-529 OR, 4. Aufl. (Herausgeber: Heinrich HONSELL/ Nedin Peter VOGT/ Wolfgang WIEGAND), Basel und Frankfurt 2007, Art. 216, N. 15, s. 1179; FEYZİOĞLU, Necmeddin Feyzi, Şufla Hakkı, İstanbul 1959, s. 77, 80; HAYOZ- MEIER, Arthur, (Çev. Y. Ümit DOĞANAY), Şufla Akdi, İÜHF. C. XXXIII, s. 1-2, İstanbul 1967, s. 277; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Akdi Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerinin (TBK. m. 237/ III, 238, 239 ve 240- 242) Değerlendirilmesi, YÜHFD. C. 8, S. 2 (2011), YÜHFD. C. 9, S. 1 (2012), s. 436; BAYGIN, s. 11.

¹⁴ BAYGIN, s. 11.

¹⁵ HELVACI, s. 401; GÜMÜŞ, s. 436; BAYGIN, s. 11; AYAN, Mülkiyet, s. 420-421.

¹⁶ HELVACI, s. 402; BAYGIN, s. 11; GÜMÜŞ, s. 436.

B. Önalım, Alım ve Geri Alım Hakkının Süresi ve Şerhin Etkisi

Önalım, alım ve geri alım hakkının hangi süre içinde kullanılacağı taraflar arasındaki sözleşmede kararlaştırılabilir. Ancak TBK. m. 238’ de düzenlenen “*Önalım, geri alım ve alım hakları en çok on yıllık süre için kararlaştırılabilir ve kanunlarda belirlenen süreyle tapu siciline şerh edilebilir*” hükmü gereğince bu sürenin azamî sınırı en çok 10 yıl olarak belirtilmiştir¹⁷. Düzenlemeden kanun koyucunun açık bir şekilde önalım, alım ve geri alım hakkının süresi ile şerh edilebilirliğin süresini birbirinden ayırmış olduğu da ifade edilir. Buna göre şerh edilmiş önalım, alım ve geri alım hakkı bakımından kanunlarda belirtilen süreler atıfta bulunmaktadır. TMK. m. 735/II’ de ise satış ilişkisi doğuran şerh edilmiş haklardan bahsedilmektedir. Hükme göre: “*Şerhin etkisi her durumda, şerhin verildiği tarihin üzerinden on yıl geçmekle sona erer*”. Böylece önalım, alım ve geri alım hakkının süresi ile şerhin süresi, 10 yıl olarak eşitlenmiştir¹⁸.

Sürelere ilişkin paralel bir düzenleme İsviçre Borçlar Kanununda (İBK.) mevcuttur. İBK. m. 216a hükmü gereğince “*Önalım ve geri alım hakkı en fazla 25 yıl için, alım hakkı ise en çok 10 yıl için kararlaştırılabilir ve tapu kütüğüne şerh edilebilir*”. Böylece İsviçre hukukunda önalım, geri alım hakkının süresi ile şerhin süresi 25 yıl¹⁹, alım hakkı ile şerh süresi 10 yıl olarak eşitlemiştir²⁰.

Önalım, alım ve geri alım hakkının ve şerhin en fazla 10 yıl olabileceğine ilişkin düzenleme emredici niteliktedir. Bunu TBK. m. 238 ‘deki “*en çok*” ve TMK. m. 735/II’ deki “*her durumda*” ifadelerinden çıkarmak mümkündür²¹. Böylece tarafların anlaşmak suretiyle 10 yıllık önalım, alım ve geri alım hakkının süresini ve şerhin sü-

¹⁷ 6098 sayılı kanunla 10 yıllık üst süre sınırı getirilmeden önce bu hakları kuranlar bir yürürlük süresi kararlaştırmamışlarsa, ileri sürülmelerine zaman olarak sadece dürüstlük kuralı ile sınır getirebilirlerdi. **ÖZ**, s. 39; **ERTAŞ**, s. 376-377.

¹⁸ **ÖZ**, Turgut, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 39; **GÜMÜŞ**, s. 437; **HELVACI**, s. 407 vd.; **BAYGIN**, s. 12- 13.

¹⁹ 25 yıllık azamî süre nitelikli önalım hakkı için de geçerlidir (**HELVACI**, s. 408).

²⁰ Alım hakkı ve şerh süresinin diğer haklara oranla daha kısa bir süre ile sınırlandırılması yerinde bir düzenlemedir diyebiliriz. Zira mülkiyet hakkının sınırlandırılması bakımından aralarında önemli bir fark vardır. Alım hakkı, önalım hakkından çok daha kapsamlı bir şekilde malikin tasarruf yetkisini sınırlandırır. Önalım hakkında, mal sahibinin tasarruf yetkisi, şeyi iktisap edecek kişiyi belirleme hususunda sınırlandırılmıştır. Ancak, buna karşılık mal sahibi şeyi satmak veya satmamak veyahut satış zamanını belirlemek hususlarında tamamen serbesttir. Bu sebeple, önalım hakkının kullanılması bakımından önalım mükellefi daha üstün durumdadır. Alım hakkında ise tam tersi bir durum söz konusudur. Burada hakkın kullanılması sadece hak sahibine aittir (**SEBÜK**, M. Tahir, Şu’f’a, Vefa ve İştirâ Hakları, İstanbul 1951, s. 26; **FEYZİOĞLU**, s. 22; **HELVACI**, s. 409).

²¹ TBK. m. 238 ‘de yer alan “*en çok*” ve TMK. m. 735/II’ de belirtilen “*her durumda*” ifadelerinden sanki kanun koyucunun azamî 10 yıllık süreyi tarafların anlaşması ile uzatma imkânını ortadan kaldırmış gibi gözükse de, bu sürenin anlaşma ile her zaman uzatılabileceği görüşüne ilişkin olarak bkz. **GÜMÜŞ**, s. 437.

resini uzatmaları emredici hüküm karşısında mümkün değildir²². Şayet başlangıçta 10 yıldan daha uzun bir süre için bu haklar tanınmışsa, bu halde sözleşmenin tamamı değil, sadece azamî süreyi aşan kısım geçersiz olur²³.

C. Önalım, Alım ve Geri Alım Hakkının Devri ve Miras Yoluyla İntikali

818 sayılı Borçlar Kanununda ve TMK.' da satış ilişkisi doğuran hakların devri ve miras yoluyla intikaline ilişkin bir düzenleme yoktur. Ancak İsviçre Borçlar Kanununda konuya ilişkin düzenleme “*Aksine sözleşme olmadığı müddetçe, sözleşmeden doğan önalım, alım ve geri alım hakları miras yolu ile intikal edebilir, fakat temlik edilemez*” (İBK. m. 216b/ I). “*Eğer sözleşmede temlik'e müsaade edilmişse, bunun devre ilişkin sözleşmenin kurulması için belirlenen şekilde yapılması gerekir*” (İBK. m. 216b/ II) şeklindedir. Hüküm gereğince İsviçre kanun koyucusu sözleşmede aksine bir durum olmadıkça önalım, alım ve geri alım haklarının miras yoluyla intikalini mümkün kılmaktadır. Buna karşılık bu tür hakların temlik edilemeyeceğini öngörmektedir²⁴.

Aynı düzenleme TBK. m. 239' da yer almaktadır. “*Aksine anlaşma olmadıkça, sözleşmeden doğan önalım, alım ve geri alım hakları devredilemez, ancak miras yoluyla geçer*” (TBK. m. 239/I). “*Bu hakların devredilebileceği sözleşmeyle kararlaştırılmışsa, devir işlemi hakkın kurulması için öngörülen şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz*” (TBK. m. 239/II). Buna göre, aksine anlaşma olmadıkça, sözleşmeden doğan önalım, alım ve geri alım hakkının devredilemeyip, ancak miras yoluyla geçebileceği; devredilebileceği sözleşme ile kararlaştırılmışsa, devir işleminin hakkın kurulması için öngörülen şekilde yapılması gerekeceği hükmüne bağlanmıştır²⁵. Böylece bu tür hakların devri ve miras yoluyla intikaline ilişkin olarak İsviçre hukuku ile Türk hukukunun benzer düzenlemeler içerdiğini ifade edebiliriz.

1. Önalım, Alım ve Geri Alım Hakkının Devri

Sözleşmede aksine bir düzenleme yoksa sözleşmeden doğan önalım, alım ve geri alım hakkının devredilemeyeceği kural olarak kabul edilmiştir (TBK. m. 239/I). Bunun istisnası ise, bu hakların tanınması sırasında veya daha sonrasında yapılacak bir sözleşmeyle muhatabın devre rıza göstermiş olmasıdır. Zira TBK. m. 239' un emredici nitelikte bir hüküm olmadığı kanunun “*aksine bir anlaşma olmadıkça... devredilemez...*” şeklindeki lâfzından çıkmaktadır. Kanun koyucunun kural olarak devri yasaklamasının sebebi, taşınmaz malikini, hakkı devralan kişinin ekonomik gücünün

²² BAYGIN, s. 14; ERTAŞ, s. 377.

²³ AYAN, Mülkiyet, s. 421-422; ERTAŞ, s. 377.

²⁴ HESS, Art. 216b, N. 2-3, s. 1223; BAYGIN, s. 15; HELVACI, s. 403; GÜMÜŞ, s. 437; ÖZ, s. 39.

²⁵ ÖZ, s. 39; BAYGIN, s. 15; HELVACI, s. 403; GÜMÜŞ, s. 437.

zayıf olması ve borcunu ödeyememe riskine karşı korumaktır²⁶. Böylece muhatabın hiç istemediği bir üçüncü kişi ile satım ilişkisine girmesi önlenmektedir²⁷. Neticede bu hususlar dikkate alınarak, sayılan hakların devrinde muhatabın rızası olmaksızın devrin mümkün olamayacağı görüşü doktrinde büyük bir çoğunluk tarafından olarak kabul görmüştür²⁸.

TBK. m. 239' da bahsedilen devir, TBK. m. 183²⁹ de düzenlenen "alacağın devri" olarak anlaşılmalıdır³⁰. Çünkü alacağın devri için borçlunun rızasını aramaya gerek yoktur. Buna karşılık önalım, alım ve geri alım hakkının devri için muhatabın rızası şarttır. Bu sebeple bu tür hakların devri, temelde "sözleşmenin devri" niteliğindedir. "Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır" (TBK. m. 205/I).

"Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafta önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tabidir" (TBK. m. 205/II). Hüküm gereğince, önalım, alım ve geri alım hakkı sahibi sözleşmede kalan taşınmaz malikinden önceden aldığı bir izinle veya sonradan onaylanan bir anlaşmaya dayanarak sözleşmenin devri hükümlerine göre hakkını devretmektedir³¹.

Sözleşme ile önalım, alım ve geri alım hakkının devredilebileceğinin kararlaştırılması halinde, devir sözleşmesi, devri istenilen önalım sözleşmesinin şekline tabidir (TBK. m. 239/II). Bu durumda devir sözleşmesinin kurulabilmesi için, adî yazılı şekilde yapılmış olması yeterlidir³². İsviçre hukukunda adî önalım sözleşmesinin kurulması için adî yazılı şekil yeterli iken (İBK. m. 216/III), nitelikli önalım hakkını

²⁶ **NOMER**, Haluk, Vefa Hakkı, İstanbul 1992, s. 49; **HELVACI**, s. 404; **BAYGIN**, s. 15; **GÜMÜŞ**, s. 438.

²⁷ **BAYGIN**, s. 15; **NOMER**, s. 49; **HELVACI**, s. 404.

²⁸ **BECKER**, Hermann, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band VI, 1 Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1- 183, Bern 1941, Art. 164, N. 35; **OSER**, Hugo/ **SCHÖNENBERGER**, Wilhelm, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht 2. Teil, Art. 184- 418, 2. Aufl. Zurich 1936, Art. 216, N. 21; **HELVACI**, s. 404; **NOMER**, s. 49; **BAYGIN**, s. 15; **GÜMÜŞ**, s. 438.

²⁹ TBK. m. 183/I: "Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir".

³⁰ Doktrinde kabul gören diğer görüş ise burada TBK. m. 183 anlamında alacağın devri veya alacağın devri benzeri bir durum söz konusudur ve sadece önalım hakkı devredilmektedir. **GIGER**, Hans, Berner Kommentar, schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band.IV, 2 Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Kauf und Tausch, Der Grundstückskauf, Art. 216-221 OR, Bern 1997, Art. 216b, N. 12, s. 288; **HESS**, Art. 216b, N. 1, s. 1182; Yenilik doğuran hakların devri (temlik), alacağın temlik hükümlerine tabi değildir. **HELVACI**, s. 403.

³¹ **BAYGIN**, s. 16; **GÜMÜŞ**, s. 438.

³² **HELVACI**, s. 405; **BAYGIN**, s. 15- 16; **GÜMÜŞ**, s. 438.

kuran önalım sözleşmesinin kurulması için adı yazılı şekil yeterli olmayıp, resmî şekil şarttır (İBK. m. 216/II). Bu sebeple İsviçre hukukunda, devir sözleşmesinin, devri istenilen önalım sözleşmesinin şekline tabi olması bir anlam ifade etmektedir³³. Oysa Türk hukukunda zaten bir ayırım yapılmaksızın her iki önalım hakkı içinde adı yazılı şekil yeterli kabul edilmektedir. Dolayısıyla TBK. m. 239/II hükmünün gereksiz olduğu veya en azından farklı bir düzenleme yoluna gidilmesi gerektiği mantıken düşünülebilir³⁴. Ancak kanaatimizce TBK. m. 17³⁵ gereğince, taraflar, şekle tabi olmayan bir akdi şekle tabi tutmak hususunda anlaşma yapabilecekleri gibi kanunen şekle tabi tutulmuş bir akdin şekil şartlarını da ağırlaştırabilirler. Yani adı yazılı şekle tabi olan önalım sözleşmesinin resmî şekilde yapılmasını taraflar kararlaştırabilirler. Böyle bir durumda TBK. m. 239/II gereğince devir sözleşmesinin geçerli olabilmesi, resmî şekilde yapılmış olmasına bağlıdır ve İsviçre hukukunda olduğu gibi bir anlam ifade edeceği de aşıkardır.

2. Önalım, Alım ve Geri Alım Hakkının Miras Yoluyla İntikali

İsviçre ve Türk hukukunda aksine anlaşma olmadıkça, sözleşmeden doğan önalım, alım ve geri alım hakkının miras yoluyla geçebileceği aşıkardır (TBK. m. 239/I; İBK. m. 216b/ I). Ancak taraflar, belirtilen hakların miras yoluyla intikal etmeyeceğini kararlaştırabilirler. Böylece taşınmaz maliki, önalım hakkının miras yoluyla intikalini istemiyorsa, sözleşme yapılırken veya daha sonrasında, bu yönde anlaşmaya hüküm koymak suretiyle bu hakkın miras yoluyla intikalini engelleyebilir³⁶.

Sözleşme ile önalım, alım ve geri alım hakkının devredilebileceğinin kararlaştırılması halinde, devir sözleşmesinin sadece devri istenilen önalım sözleşmesinin şekline tabi kılınmış olmasına karşılık (TBK. m. 239/II); kanun, bu hakkın miras yoluyla intikali yasaklayan anlaşmanın geçerliliği için herhangi bir şekil şartı öngörmemiştir³⁷. Ancak anılan hakların devri için TBK. m. 239/II' de aranan şekil şartının, kıyasen hakkın miras yoluyla intikalini yasaklayan anlaşmalar için de geçerli olacağı ifade edilmiştir³⁸. Ancak TMK. m. 599 gereğince, mirasçılar mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar. Dolayısıyla önalım, alım ve geri alım hakkının

³³ GÜMÜŞ, s. 438.

³⁴ Türk hukukunda hem adi önalım hem de nitelikli önalım hakkının geçerliliğinin adi yazılı şekilde yapılmış olması karşılığında TBK. m. 239/II hükmünün “*Bu hakların devredilebileceği sözleşmeyle kararlaştırılacaksa, yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz*” şeklinde düzenlenmesi gerektiğine ilişkin bkz. GÜMÜŞ, s. 438. Ancak burada taraflarca önalım sözleşmesinin resmî şekilde yapılmış olma ihtimali kanaatimizce göz ardı edilmiştir.

³⁵ TBK. m. 17/I: “*Kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz*”.

³⁶ HELVACI, s. 406; BAYGIN, s. 15.

³⁷ GİGER, Art. 216b, N. 12, s. 288; GÜMÜŞ, s. 438.

³⁸ HESS, Art. 216b, N. 4, s. 1182.

miras yoluyla intikali, kanun gereği yani miras hukuku hükümlerine göre gerçekleşir. Bu sebeple mirasın intikalinde TBK. m. 239/II hükmü uygulanmaz.

III. Türk Borçlar Kanununda Önalım Hakkına İlişkin Yeni Düzenlemeler

Türk Borçlar Kanununda özellikle önalım hakkına ilişkin yeni düzenlemelere yer verilmiştir. Kanundaki yeni düzenlemeler, önalım hakkının ileri sürülmesi, koşulları ve kullanılmasına ilişkindir. Buna göre, yeni getirilen hükümlerle “*taşınmazın satışı ya da ekonomik bakımdan satışı eşdeğer her türlü işlem*” ile artık önalım hakkı kullanılabilir (TBK. m. 240/I). Yine Türk Borçlar Kanununda önalım hakkının şartlarına ilişkin olarak, satıcının veya alıcının taşınmaz satış sözleşmesinin yapıldığını ve içeriğini, noter aracılığıyla önalım hakkı sahibine bildirmek zorunda olduğu (TBK. m. 241/I); önalım hakkı kullanıldıktan sonra satış sözleşmesi ortadan kaldırılır veya alıcının şahsından kaynaklanan sebeplerle onaylanmazsa bu durumun önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülemeyeceği (TBK. m. 241/II) ve aksi kararlaştırılmadıkça önalım hakkı sahibinin taşınmazı, satıcının üçüncü kişiyle yaptığı satışın koşulları çerçevesinde kazanacağı belirtilmiştir (TBK. m. 241/III). Aynı şekilde önalım hakkının ancak dava açılarak kullanılabilirliği hükmü de Türk Borçlar Kanunu ile kabul edilen bir diğer yeni düzenlemedir (TBK. m. 242).

A. Önalım Hakkının İleri Sürülmesi

Sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılabilmesi için, taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran herhangi bir işlem değil, teknik anlamda satış sözleşmesinin varlığı gerekir. Yani malın üçüncü bir kişiye satılmış olması lâzımdır.³⁹ Bu sebeple, önalım hakkının kullanılmasının malın satılmasına bağlı bir alım hakkı olduğu söylenir⁴⁰. Aynı esas yasal önalım için de geçerlidir⁴¹.

TBK.’nun iki fıkradan oluşan 240. maddenin birinci fıkrasında kullanılan “*taşınmazın satışı ya da ekonomik bakımdan satışı eşdeğer her türlü işlem*” şeklindeki ibare ile satışın yanı sıra ekonomik bakımdan satışı eşdeğer bütün hukukî işlemlerde önalım hakkının kullanılabilirliği düzenlenmiştir. Böylece, önalım hakkı taşınmaz satışında veya ekonomik bakımdan satışı eşdeğer işlemler yapılması hâlinde kullanılabilir (TBK. m. 240/I; İBK. m. 216c/I).

Önalım hakkının kullanılabilmesi için gerekli olan satım sözleşmesi ile eşdeğer ekonomik sonuç doğuran hukukî işlemlerin neler olduğu açık değildir. Burada

³⁹ EREN, Özel Hükümler, s. 235; OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 400; ŞİPKA, s. 52; AYAN, Mülkiyet, s. 422.

⁴⁰ ERTAŞ, s. 378; AYAN, Mülkiyet, s. 422; OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 400.

⁴¹ AYAN, Mehmet, Kanuni Şufla Hakkı, Prof. Dr. Halil Cin’ e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995 (AYAN, Kanuni Şufla), s. 340.

somut olayın özellikleri dikkate alınarak yorum yoluyla sonuca ulaşılması gerekir⁴². Ancak TBK. m. 240' ın madde gerekçesinde ifade edildiği üzere, anonim ortaklık şeklinde kurulabilen bir gayrimenkul yatırım ortaklığına ait hisselerin bütünüyle devri hâlinde bu işlem, fıkra anlamında ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlem niteliğinde sayılabilecektir. Önalım yükümlüsünün üçüncü kişiye olan para borcunu ödemek amacıyla önalım hakkına konu olan taşınmazı devretmek istemesi halinde (ifa yerini tutan eda), burada da satışa eşdeğer bir işlemin varlığı söz konusudur⁴³. Tapu kütüğüne şerh edilen alım hakkı sahibinin bu hakkını kullanarak önalım yükümlüsü taşınmaz maliki ile arasında bir satış sözleşmesi kurması durumunda da önalım hakkı kullanılabilir⁴⁴. Aynı şekilde tapuya şerh edilmiş geri alım hakkında da bu hakkın kullanılması normal bir satış sözleşmesi gibi sonuç doğurduğundan önalım olayı gerçekleşir⁴⁵. İhtiyarî (isteğe bağlı) açık artırma veya ihtiyari özel artırma yoluyla yapılan satışlar, misli eşya karşılığında yapılan trampa⁴⁶ sözleşmeleri ve satış karakteri ağır basan karma bağışlamalar⁴⁷ önalım hakkının kullanılmasına imkân verir⁴⁸. Doktrinde ve Yargıtay⁴⁹ kararlarında taşınmaz satış vaaadinin önalım hakkının kullanılması için yeterli olmadığı görüşünün aksine satış vaadi sözleşmesinin varlığının önalım hakkının kullanılmasına yol açabileceğini savunan yazarlar da vardır⁵⁰.

TBK. m. 240/ II' de ise taşınmazın, mirasın paylaşılması kapsamında mirasçı-

⁴² AKALP DEMİRTABAK, Didem, Yasal Önalım Hakkı, İstanbul 2010, s. 52; BAYGIN, s. 18.

⁴³ EREN, Özel Hükümler, s. 238; HELVACI, s. 410.

⁴⁴ İsviçre Federal Mahkemesinin de paralel görüşleri vardır. Mahkemede alım hakkının kullanılmasından doğan satış ilişkisini önalım hakkının kullanılması için yeterli görmektedir (BGE 85 II 572).

⁴⁵ BAYGIN, s. 18; EREN, Özel Hükümler, s. 237-238; ŞİPKA, s. 85.

⁴⁶ Önalım hakkı kural olarak trampada kullanılmaz. Ancak satış sözleşmesinde önalım konusuna karşılık verilen şeyin külçe altın, kıymetli evrak gibi değer kaybına uğramadan paraya dönüştürülmesi kolay olan ve önalım hakkı sahibince sunulması mümkün olduğundan, önalım hakkının kullanılacağı kabul edilir. BAYGIN, s. 19; GÜMÜŞ, s. 442; HESS, Art. 216c, N. 10, s. 1185; EREN, Özel Hükümler, s. 238.

⁴⁷ Bağışlamanın önalım hakkının kullanılmasına imkân vermeyeceği ortadadır. Ancak önalım yükümlüsünün üçüncü kişiye kısmen bağış amacıyla indirimli satış yapması halinde karma bağışlama sözleşmesi söz konusu olur. Karma bağışlamalarda, bağışlamadan çok satış ön planda ise önalım olayı vardır; bağışlama ön planda ise önalım olayı yoktur. Ancak taraflar arasında bedelin çok düşük tespit edildiği durumlarda önalım hakkı sahibi malın objektif değerini ödemek suretiyle önalım hakkını kullanabilmelidir. BAYGIN, s. 20; GÜMÜŞ, s. 441; HESS, Art. 216c, N. 9, s. 1185.

⁴⁸ BAYGIN, s. 17; Satış karakterinin değil de bağışlama karakterinin ağır bastığı karma sözleşmeler de ise, önalım hakkının kullanılması mümkün olmaz (EREN, Özel Hükümler, s. 238-239).

⁴⁹ Satış vaaidine dayalı tescil davasının kesinleşmesinden önce açılan önalım davasının reddi gerektiği hususunda bkz. Y. 6. HD. T. 19.10.1967, E. 1817, K. 4174.

⁵⁰ Satış vaadi sözleşmesinin varlığının önalım hakkının kullanılmasına yol açabileceğini savunan yazarlar için bkz. EREN, Fikret, Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S. 1-2, 2008, s. 113 (EREN, Önalım Hakkı); TEKİNAY, 23.

lardan birine özgülenmesi, cebri artırma yoluyla satışı ve kamusal yükümlülüklerin yerine getirilmesi ve bunlara benzer amaçlarla kazanılması hâllerinde, önalım hakkının kullanılamayacağı düzenlenmiştir. Kanun burada önalım oluşturmeyen halleri örnek olarak saymaktadır. Dolayısıyla maddede “*bunlara benzer amaçlarla*” ifadesinden sayılan durumlara benzer hallerde de önalım hakkının kullanılamayacağını ifade edebiliriz. Maddede sayılan durumlarda taşınmazların mülkiyetinin malikin iradesi dışında devredildiğini görmekteyiz. Oysaki önalım hakkının kullanılabilmesi için malikin malını üçüncü bir kişiye isteyerek satması gerekir. Dolayısıyla taşınmazın TBK. m. 240/II’ de sayılan hukuki işlemlere konu edilmesi halinde mülkiyetin devri malikin isteği dışında meydana geldiği için önalım hakkı kullanılamaz⁵¹.

Eşler, ana baba ile çocuklar, kardeşler ve çok yakın akrabalar arasındaki satışlar gerçekte bağışlama veya miras hukukuna⁵² ilişkin amaçlarla yapıldığı için bu hallerde de önalım hakkı kullanılamaz⁵³. Aynı şekilde satış ilişkisini gizlemek maksadıyla, taşınmazın tapuda bağışlama gibi gösterildiği durumlarda da, taraflar arasındaki muvazaa ispat edilirse, önalım hakkı kullanılabilir⁵⁴.

Taşınmazın, ölünceye kadar bakma sözleşmesi gereğince devredilmesi veya anonim veya limited şirkete aynî sermaye olarak konulmasında önalım hakkı kullanılamayacaktır⁵⁵.

B. Önalım Hakkı Sahibine Bildirim Yükümlülüğü

TBK. m. 241/I’ e göre, “*Satıcı veya alıcı, satış sözleşmesinin yapıldığını ve içeriğini önalım hakkı sahibine noter aracılığıyla bildirmek zorundadır*”. Bu düzenleme ile satışı gerçekleştirilen taşınmaz üzerinde önalım hakkı sahibinin bu hakkını kullanması sağlanmaktadır. Hak sahibine yönelik bu bildirim ile hem satış sözleşmesinin yapıldığı hem de bu sözleşmenin içeriği hakkında bilgi verilmesi gerekir. Böylece önalım hakkına sahip kimsenin satış sözleşmesi hakkında detaylı bilgi sahibi olması amaçlanmıştır.

⁵¹ BAYGIN, s. 20-21; EREN, Önalım Hakkı, s. 114- 115.

⁵² Yargıtay, T. 27.03.1957, E. 12, K. 2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı: “*Önalım hakkına konu edilen taşınmazın kanuni mirasçılardan birisine miras hissesine mahsuben vâki satışlarda da önalım hakkı kullanılamaz*” (RG. T. 21.08.1957, S. 9687).

⁵³ Yargıtay, T. 27.03.1957, E. 12, K. 2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında bu hususa değinmiştir. Karara göre: “*Hissedarın hissesini karı veya kocaya, evlada veya bir akrabaya temlik etmesi halinde şeklen satış akdi bulunsa bile, gerçekte satıştan başka miras hususuna ilişkin amaçlar veya bağışlama bulunan hallerde Medeni Kanunun gerçek satışlarda kabul ettiği şüfa hakkı söz konusu olamaz*” (RG. T. 21.08.1957, S. 9687); AYAN, Mülkiyet, s. 422-423.

⁵⁴ HELVACI, s. 411, dn. 35; BAYGIN, s. 21.

⁵⁵ TBK. Madde gerekçesi, m. 240; İsviçre federal mahkemesince verilen bir karar da, taşınmazın bir anonim ortaklığa aynî sermaye olarak konulmasının önalım olayı oluşturmayaacağı belirtilmiştir. Federal mahkeme aynı kararda bir anonim ortaklığın tasfiyesi esnasında bir taşınmazın paydaşlardan birisine devrini de bir önalım olayı olarak kabul etmemiştir. BGE 126 III 189 (GÜMÜŞ, s. 441).

tır⁵⁶. Bildirim yükümlülüğü hem satıcı hem de alıcı tarafından yerine getirilmek zorundadır. Oysa İsviçre hukukunda bu yükümlülük sadece satıcıya yüklenmiştir (İBK. m. 216d/I⁵⁷). Öte yandan TBK. m. 241/I bildirim yükümlülüğünün önalım hakkı sahibine noterden yapılması gerektiğini düzenlemişken, İsviçre hukukunda bildirim için herhangi bir makam veya şekil şartı aranmamıştır (İBK. m. 216d/I).

Türk hukukunda önalım hakkının bildiriyle ilgili olarak diğer bir düzenleme de TMK. m. 733/III⁵⁸ de yer almaktadır. Ancak burada alıcı veya satıcı için sadece “yapılan satış sözleşmesinin bildirilmesi” gerektiği ifade edilmiş, ayrıca “satış sözleşmesinin içeriği” hakkında bilgi verilmesine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁵⁹. TMK. m. 735/III’ de, yasal önalım hakkının kullanılmasına ilişkin hükümlerin sözleşmeden doğan önalım hakkına da uygulanacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla, TMK. m. 735/III atfı gereğince, TMK. m. 733/III hükmünün, bildirim kapsamını genişleten TBK. m. 241/I karşısında önemini yitirdiği veya zımnen ortadan kalktığı kanaatindeyiz. Bu sebeple, TBK. m. 241/I hükmü gereğince, sadece satış sözleşmesinin bildirilmesi yeterli olmayıp, içeriği hakkında da bilgi verilmesi zorunludur.

Bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi, üç aylık hak düşürücü sürenin işlemeye başlaması açısından önemlidir. Dolayısıyla satıcı veya alıcının bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi üç aylık dava açma süresinin işlemeye başlamasına engel olur. Üç aylık dava açma süresinin işlemeye başlaması bakımından bu bildirim mutlak surette noter aracılığıyla yapılması şarttır. Yargıtay da aynı görüştedir⁶⁰. Ancak doktrinde bazı yazarlar kendisine bildirim yapılmayan önalım hakkı sahibinin satışı ve içeriğini herhangi bir şekilde öğrenmiş olmasının sürenin işlemeye başlaması için yeterli olacağı görüşündedirler⁶¹. Burada bildirim noter vasıtasıyla yapılması;

⁵⁶ GÜMÜŞ, s. 442; HESS, Art. 216d, N. 1, s. 1186.

⁵⁷ İBK. M. 216d/I: “Satıcı, satım sözleşmesinin kurulduğunu ve onun içeriğini önalım hakkı sahibine bildirmek zorundadır”.

⁵⁸ TMK. m. 733/III: “Yapılan satış, alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirilir”.

⁵⁹ TMK. m. 735/III: “Yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümler sözleşmeden doğan önalım hakkına da uygulanır”.

⁶⁰ Y. HGK. T. 13.04.2005, E. 2005/ 6- 230, K. 2005/ 244: “...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 satışı kesin olarak başka bir şekilde öğrenmiş olması sürenin işlemesine yol açmaz...yasal önalım hakkı sahibi davacının bizzat kendisi tarafından alıcı ve satıcıya 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. Davacının kendisine yapılan bir bildirim olmadığından, satıştan itibaren iki yıl içinde açtığı dava süresindedir ve davacı dava yoluyla önalım hakkını kullanmıştır. Mahkemenin davayı süresinde kabulü usul ve yasağa uygun olup, önceki kararında direnmesi de yerindedir” (Kazanıcı İçtihat Programı).

⁶¹ BAYGIN, s. 22. Satış sözleşmesinin yapıldığının ihbar dışında herhangi bir yolla öğrenilmesi

önalım hakkı sahibinin satış sözleşmesi ve içeriği hakkında detaylı bilgi sahibi olmasını sağlamakta, kulaktan dolma bilgilerle önalım hakkını kullanmasının önüne geçilmektedir. Noterden bildirim yapılmasını gerekli kılan bir diğer husus da TMK. m. 241/III hükmüdür. Hükme göre, önalım hakkı sahibi, taşınmazı, satıcının üçüncü kişiyle kararlaştırdığı satışa ilişkin koşullarla kazanmaktadır. Böylece, önalım hakkını kullanmak niyetinde olan bir kimse, satıcının üçüncü kişiyle yapmış olduğu satışa ilişkin koşulların (satış sözleşmesinin yapıldığı tarih, satış bedeli ve sözleşmede kararlaştırılan yan yükümler vs. gibi sözleşmenin içeriğiyle ilgili her türlü detay) neler olduğunu bizzat noter vasıtasıyla kesin olarak öğrenecektir. Bu sebeple, üçüncü kişiyle yapılan sözleşme hükümlerinin menfaatine olmadığı kanaatinde ise, bu hakkını kullanmaktan belki de vazgeçecektir. Dolayısıyla bu bildirim noter aracılığıyla yapılmasının zorunluluk arz ettiği kanaatindeyiz. Ayrıca satıcı veya alıcının noter aracılığıyla yapması gereken bildirim, üç aylık asgari sürenin işlemeye başlaması açısından önem arz etmekte olup; önalım hakkının kullanılması bakımından bir önemi yoktur. Dolayısıyla satışın yapıldığını herhangi bir sebeple öğrenen önalım hakkı sahibi, kendisine bir bildirim yapılmamış olsa bile, iki yıl içinde yine önalım hakkını kullanabilir. Bildirimin yapılmaması, üç aylık sürenin işlemesine engel teşkil etmesine karşılık, önalım hakkı sahibinin satışı öğrendiği andan itibaren iki yıl içinde dava açabilmesine mani olmaz. Bu ise, önalım sahibinin lehine bir durumdur. Bildirimin noter vasıtasıyla yapılmış olması, üç aylık sürenin işlemeye başladığı zamanın tespiti bakımından da ayrıca ispat kolaylığı sağlamaktadır.

Önalım hakkı sahibi, alıcı veya satıcı tarafından kendisine yapılacak noter bildiriminden itibaren 3 aylık süre içinde bu hakkını dava yoluyla kullanmazsa, sadece, o payı kazanan kişiye karşı önalım hakkını kaybetmiş olur. Buna karşılık, payın mülkiyetini kazanmış olan alıcının (yeni malîğın), bu payı üçüncü bir kişiye tekrar satması halinde, davacı paydaş veya paydaşlar, yeni alıcıya karşı önalım hakkını kullanabilirler. Dolayısıyla her satış, öncekinden bağımsız olarak paydaşlara yeni bir önalım hakkı kullanma, dolayısıyla önalım davası açma imkânı sağlamaktadır.⁶²

C. Satış Sözleşmesinin Ortadan Kaldırılması veya Alıcıdan Kaynaklanan Sebeplerle Onaylanmamasının Önalıma Etkisi

TBK. m. 241/III' e göre "Önalım hakkı kullanıldıktan sonra satış sözleşmesi or-

halinde 3 aylık sürenin işleyip işlemeceği hususu tartışmalıdır. Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medenî Kanunun konuya ilişkin hükümlerinin lafzı karşısında sürenin işlemeceği düşünülse bile, önalım hakkı sahibinin satıcı veya alıcı tarafından noter vasıtasıyla kendisine bu bildirim yapılmadığı yönündeki iddiası değerlendirilirken dürüstlük ilkesinin göz önünde tutulması gerekmektedir. **AYAN**, Mülkiyet, s. 426.

⁶² **EREN**, Önalım Hakkı, s. 122; Y. HGK. 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 önalım hakkı ise sona ermez" (Kazancı İçtihat Programı).

tadan kaldırılırsa ya da alıcının şahsından kaynaklanan sebeplerle onaylanmazsa, bu durum önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülemez". Buna göre, önalım hakkı kullanıldıktan sonra satış sözleşmesinin ortadan kaldırılması⁶³, önalım hakkı sahibinin hukuki durumunu hiçbir şekilde etkilemez⁶⁴. Yani önalım hakkını kullanılmış olan kişi taşınmazın mülkiyetini kazanır⁶⁵. Böylece kanun koyucu, satıcı ile alıcının aralarında anlaşarak satım sözleşmesini ikale sözleşmesi ile ortadan kaldırarak, önalım hakkına mani olunmasının önüne geçmektedir⁶⁶.

Önalım hakkı kullanıldıktan sonra satış sözleşmesinin alıcının şahsından kaynaklanan sebeplerle onaylanmaması halinde de, bu durum, önalım hakkına sahip olan bir kimseye karşı ileri sürülemez. Bu düzenleme ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlının kendisini borç altına sokan hukuki işlemi kanuni temsilcisinin rızasını almadan yapması halinde uygulanır (TMK. m. 16, 452). Aynı durum vesayet altındaki birisi için de geçerlidir (TMK. m. 462)⁶⁷. Bununla birlikte satıcının kanuni temsilcisinin ve vesayet makamlarının izin vermemesi gibi satıcının şahsından kaynaklanan sebeplerle satış işlemi onaylanmazsa, önalım hakkı kullanılamaz⁶⁸.

D. Önalım Hakkı Sahibinin Üçüncü Kişiyle Aynı Koşullarda Taşınmazı Kazanması

TBK. m. 241/III hükmüne göre "*Önalım hakkını kuran sözleşmede aksi öngörülmemişse, önalım hakkı sahibi taşınmazı, satıcının üçüncü kişiyle kararlaştırdığı satışa ilişkin koşullarla kazanır*". Önalım hakkı sahibi, üçüncü kişinin vereceği bedeli ödeyerek taşınmazı satın alacaksa, adı önalım hakkından bahsedilir. Şayet önceden belirlenen bedeli ödeyecekse, mevsuf önalım söz konusu olur. Şüphe halinde, üçüncü kişiye yapılan satıştaki şartlar dikkate alınır. Yani adı önalım hakkının söz konusu olduğu kabul edilir⁶⁹.

TBK. m. 241/IV' e göre, "Ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemlerde de yukarıdaki hükümler uygulanır". Ancak buna benzer bir düzenlemeyle TBK. m. 240/I' de ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her türlü işlemde önalım hakkının kullanıla-

⁶³ Satış ilişkisini ortadan kaldıran sebepler, bozma (ikale) anlaşması, sözleşmeden dönme ve iptaldir.

⁶⁴ Y. HGK. T. 23.6.2010, E. 2010/6-341, K. 2010/346: "*Önalım hakkı doğduktan sonra şüpheli payın tekrar satana iade edilmesi doğan önalım hakkını ortadan kaldırmaz. Öyle ise, önalım hakkı kullanıldıktan sonra satın alan ile satan arasında taşınmazın iadesine yol açacak kişisel hakka dayalı bir geçersizlik sebebinin doğmuş olan önalım hakkını etkileyeceğinden söz edilemez*" (Kazancı İçtihat Programı).

⁶⁵ HELVACI, s. 413- 414; BAYGIN, s. 25; GÜMÜŞ, s. 446

⁶⁶ HESS, Art. 216d, N. 5, s. 1186- 1187; GÜMÜŞ, s. 446.

⁶⁷ BAYGIN, s. 24- 25.

⁶⁸ AYDOĞDU, Murat/ KAHVECİ, Nalan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013, s. 300.

⁶⁹ HESS, Art. 216d, N. 8, s. 1187; AYDOĞDU/ KAHVECİ, s. 300; GÜMÜŞ, s. 446.

cağı belirtilmiştir. Bu sebeple işin doğası gereği bu sonucun kabul edileceği açıktır. Dolayısıyla aynı ifadenin tekrarından ibaret olan TBK. m. 241/IV hükmüne gerek yoktur⁷⁰.

E. Önalım Hakkının Kullanılması

1. Dava Yoluyla Kullanılması

TBK. m. 242 ve TMK. m. 734/I hükmü, önalım hakkının ancak dava açılarak kullanılabileceğini belirtmiştir. Hak sahibi ölmüş ise, mirasçuları tarafından da bu hak kullanılabilir⁷¹ (TBK. m. 239/I). Ancak, alım ve geri alım haklarının kullanılması için dava açmak zorunlu olmadığı halde yasal önalım hakkının kullanılabilmesi için dava açmanın zorunlu kılındığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine TMK. m. 734/I'in iptali için dava açılmıştır. Mahkeme ise, *“Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen ‘yasa önünde eşitlik ilkesi’ hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez”* gerekçesiyle bu itirazı reddetmiştir⁷². Önalım hakkının sadece dava yoluyla kullanılabilmesi, doktrinde bir hayli eleştiri konusu olmuştur⁷³.

Taraflar gerek Türk Medeni Kanunu gerek Türk Borçlar Kanununda öngörülen dava yolu dışında, bu haklarını yenilik doğuran bir işlemle kullanmaları yönünde anlaşma yapabilirler. Ancak bu anlaşmanın da adı yazılı şekilde yapılması gereklidir⁷⁴.

2. Süresi

TBK. m. 242' ye göre *“Sözleşmeden doğan önalım hakkını kullanmak isteyen hak sahibi, ...satışın veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer başka bir işlemin kendisine bildirildiği tarihten başlayarak üç ay ve her hâlde satışın yapılmasından başlayarak iki*

⁷⁰ AYDOĞDU/ KAHVECİ, s. 300; GÜMÜŞ, s. 447.

⁷¹ AYAN, mülkiyet, s. 426-427.

⁷² Anayasa Mahkemesi, T. 12.12.2007, E. 2003/34, K. 2007/94; RG. T. 28.02.2008, S. 26801.

⁷³ Kanun koyucunun hakkın kullanılmasını, özel yenilik doğuran hak yerine yenilik doğuran davaya bağlaması isabetli olmamış, sadece yargısal bürokrasinin artmasına yol açmıştır (EREN, Önalım Hakkı, s. 108); BUZ, s. 159.

⁷⁴ GÜMÜŞ, s. 450.

yıl içinde dava açmak zorundadır". Hükümde biri 3 ay (nisbî hak düşümü süresi) diğeri 2 yıl (mutlak hak düşümü süresi) olmak üzere iki farklı dava açma süresi düzenlenmiştir. TBK. m. 241/I hükmünde satıcı veya alıcının satış sözleşmesinin yapıldığını ve içeriğini önalım hakkı sahibine noter aracılığıyla bildirme zorunluluğu vardır. Bildirim zorunluluğunun yerine getirilmemesi halinde, dava açma süresinin işlemeceği düşünülse de, TBK. m. 242 hükmü gereğince, satıştan itibaren 2 yılın sonunda dava hakkı sona ermektedir. Dolayısıyla, önalım davasının satış veya buna eşdeğer başka bir işlemin hak sahibine noter aracılığıyla bildirildiği tarihten itibaren 3 ay; her halde satışın üzerinden 2 yıl geçmekle dava hakkı sona ermektedir. Satışı noter aracılığıyla bildirmeyi zorunlu kılan TBK. m. 241/I' deki düzenleme, emredici nitelikte bir hüküm olup, kanun koyucunun bu zorunluluğu yerine getirmeyen satıcı veya alıcı için bir müeyyide uygulamamış olması son derece yanlış olmuştur. Çünkü bu durumda önalım hakkının kullanılamaması hakkın tamamen kaybına sebep olmaktadır. Böylesi bir durumda emredici hükmün hiçbir anlamı olmayacaktır. Kanatımızca satıcı veya alıcı tarafından hak sahibine satışın bildirilmemesi halinde 3 aylık sürenin işlemeceği veya 2 yıllık mutlak hak düşümü süresinin genel zamaşaşımı süresi olan 10 yıl olarak kabul edilmesi daha yerinde olur⁷⁵.

3. Önalım Hakkının Alıcı veya Satıcıya Karşı Kullanılması

Sözleşmeden doğan önalım hakkını kullanmak isteyen kişi, bu hakkın tapu siciline şerh edilmiş olup olmaması veya taşınmazın mülkiyetinin alıcı adına tescil edilip edilmemesine göre, farklı kişilere dava açabilmektedir⁷⁶. Dava hakkına ilişkin düzenleme TBK. m. 242' de yer almaktadır. Hükme göre, "*Sözleşmeden doğan önalım hakkını kullanmak isteyen hak sahibi, bu hak şerhedilmiş ve taşınmazın mülkiyeti alıcı adına tescil edilmişse alıcıya; aksi takdirde satıcıya karşı, ...dava açmak zorundadır*". TBK. m. 242 hükmünün akdi önalım hakkı için getirdiği dava yoluyla kullanım zorunluluğu kanuni önalım hakkı için de geçerlidir. "*Önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her hâlde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer*" (TMK. m. 734/I).

⁷⁵ Ayrıca şerh edilmiş veya edilmemiş önalım hakkı bakımından, bu hakların kullanımını iki yıllık süreye bağlamak anlamsız ve hatta TBK. m. 238 ve TMK. m. 735/II' deki önalım hakkının 10 yıllık süreye bağlanabileceğini öngören hükümlerle çelişmektedir. Örneğin, A ile Ş arasında yapılan ve Ş' ye 10 yıllık şerh edilmeksizin önalım hakkı tanıyan bir sözleşme sonrası A taşınmazı C' ye satmış ve adına tescil ettirmiş olsun. A ve C bilerek bu durumu Ş' ye bildirmedeği için 2 yılın sonunda Ş, A' ya karşı tazminat davası açamayacaktır. Önalım hakkı şerh edilmediği için C' ye karşı da dava açamaz. Aynı örnek önalım hakkı tanıyan sözleşmenin tapuya şerh edilmiş haliyle düşünülecek olursa, A ve C bilerek satış sözleşmesini Ş' ye bildirmemiş ve üzerinden 2 yıl geçmişse, bu durumda Ş, ne A' ya ne de C' ye dava açamaz. O halde 10 yıllık şerh süresinin ne anlama geldiği izah edilmelidir (AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 302); Yazarın ifadelerinin görüşümüz için bir diğer gerekçe olabileceğini söyleyebiliriz.

⁷⁶ YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 133; AYDOĞDU/ KAHVECİ, s. 301.

İsviçre Borçlar Kanunundaki düzenleme ise, “*Önalım hakkını kullanmak isteyen hak sahibi, bu hakkını 3 ay içinde satıcıya karşı veya hak tapu siciline şerh edilmişse maleke karşı ileri sürmek zorundadır. Süre, hak sahibinin sözleşmenin kurulduğunu ve içeriğini öğrendiği andan itibaren işlemeye başlar*” (İBK. m. 216e) şeklindedir. Bu hüküm Türk hukukundaki karşılığı olan TBK. m. 242 ile kıyaslandığında, bazı farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Her şeyden önce, İsviçre’ de sözleşmeden doğan önalım hakkı için sadece 3 aylık hak düşürücü süre öngörülmüşken, TBK. m. 242 hükmü, 3 aylık hak düşürücü sürenin yanı sıra hem kanuni hem de akdi önalım hakkı için 2 yıllık bir hak düşürücü süre daha öngörmüştür⁷⁷. Oysa İsviçre’ de sadece kanundan doğan önalım hakkının kullanılması bakımından iki yıllık süre öngörülmüş, sözleşmeden doğan önalım hakkı bakımından herhangi bir düzenlemeye yer verilmemekle birlikte 10 yıllık sürenin geçerli olması gerektiği ileri sürülmüştür⁷⁸. İkinci olarak İsviçre’ de alıcı veya satıcıya satışın yapıldığını bildirim zorunluluğu yüklenmiş, ancak bildirim için herhangi bir makam veya şekil şartı aranmamıştır. Türk hukukunda ise noter aracılığıyla bildirim şarttır. Son olarak, Türk hukukunda önalım hakkının ancak dava yoluyla kullanılabilmesine karşılık, İsviçre hukukunda bu hakkın kullanılması mutlak surette davaya bağlanmamış olup, dava haricinde de yenilik doğuran beyanın ulaşmasıyla kullanılmaktadır. Önalım hakkının dava yoluyla kullanılması için söylenebilecek fazlaca bir şey olmasa da, 2 yıllık süre bakımından İsviçre hukukundan ayrılmanın yerinde olmadığı ifade edilmiştir⁷⁹.

SONUÇ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda akdi önalıma ilişkin yeni düzenlemeler yapılmıştır. Konuya ilişkin düzenlemeler yapılırken, İsviçre Borçlar Kanununda 1994 yılında yürürlüğe giren kanunî değişiklikler de göz önüne alınmıştır. Aynı zamanda, Türk Medeni Kanununda yer alan kanunî önalıma ilişkin hükümlere de uyum sağlanması amaçlanmıştır. Bu hükümlerin birçoğu İsviçre ve Türk hukukunda yer alan yargı kararları ile doktrin tarafından benimsenmiş düşünce ve ilkelere dayanmaktadır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda akdi önalıma ilişkin değerlendirmelerin, daha çok TMK. m. 732- 734 hükümleri ile irtibatlı yapıldığı ifade edilir. Ancak zaman zaman önalım hakkına ilişkin düzenlemeler bakımından Türk Borçlar Kanunu ile Türk Medeni Kanununun arasında tam bir uyumun varlığından bahsedemeyiz. Bazı hükümlerde kapsam ve içerik bakımından bazı hükümlerde şekil şartı bakımından uyumsuzluk yaşanmaktadır. Aynı zamanda İsviçre Borçlar Kanunu ile farklılık

⁷⁷ GÜMÜŞ, s. 447; AYAN, mülkiyet, s. 426-427.

⁷⁸ AYDOĞDU/ KAHVECİ, s. 299.

⁷⁹ BAYGIN, s. 28; AYDOĞDU/ KAHVECİ, s. 299.

arz eden hükümlerde söz konusudur. İşte kanunlar arasındaki uyumsuzluk veya farklılıklar bu çalışmada incelenmeye çalışılmıştır.

Bu farklılıklardan ilki önalım sözleşmesinin şekline ilişkindir. Türk Borçlar Kanununda “*önalım sözleşmesinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır*” oysa aynı düzenleme İsviçre Borçlar Kanununun 216. Maddesinin 3. fıkrasında, önalım bedelinin önceden belirlenmediği “adi önalım sözleşmelerinin” adı yazılı şekle; bedelin önceden sözleşmeyle belirlendiği “nitelikli (mevsuf) önalım sözleşmelerinin” ise, resmî şekle tabi olduğu düzenlenmiştir. İsviçre kanun koyucusunun nitelikli önalım sözleşmesini resmî şekle tabi kılmaktaki amacı; taşınmazın zamanla kıymet kazanması sonucu tarafların başlangıçta belirledikleri önalım bedelinin ekonomik hayatta ortaya çıkan çeşitli sebeplerle taşınmazın rayiç değerinin çok altında kalması ve nitelikli önalım sözleşmesinde taşınmaz malikinin daha önalım sözleşmesi kurulurken kendisini peşinen bu bedelle bağlamasıdır. Dolayısıyla nitelikli önalım sözleşmesinde taşınmaz malikini etraflıca düşünmeye sevk etmek, ani bir şekilde karar vermesinin önüne geçmek için resmî şeklin aranması daha isabetli olmuştur diyebiliriz.

İkincisi devir sözleşmesinin şekline ilişkin farklılıktır. Önalım, alım ve geri alım hakkının sözleşme ile devredilebileceğinin kararlaştırılması halinde, devir sözleşmesi, devri istenilen önalım sözleşmesinin şekline tabidir (TBK. m. 239/II). Bu durumda devir sözleşmesinin kurulabilmesi için, adı yazılı şekilde yapılmış olması yeterlidir. Bu sebeple İsviçre hukukunda, devir sözleşmesinin, devri istenilen önalım sözleşmesinin şekline tabi olması bir anlam ifade etmektedir. Oysa Türk hukukunda zaten bir ayırım yapılmaksızın her iki önalım hakkı içinde adı yazılı şekil yeterli kabul edilmektedir. Dolayısıyla TBK. m. 239/II hükmünün gereksiz olduğu veya en azından farklı bir düzenleme yoluna gidilmesi gerektiği doktrinde bazı yazarlarca ifade edilmiştir. Ancak kanaatimizce TBK. m. 17 gereğince, taraflar, şekle tabi olmayan bir akdi şekle tabi tutmak hususunda anlaşma yapabilecekleri gibi kanunen şekle tabi tutulmuş bir akdin şekil şartlarını da ağırlaştırabilirler. Yani adı yazılı şekle tabi olan önalım sözleşmesinin taraflarca resmî şekilde yapılmasını kararlaştırmaları halinde, devir sözleşmesinin de resmî şekilde yapılması gerekecektir (TBK. m. 239/II). Bu sebeple doktrindeki eleştirilere rağmen TBK. m. 239/II hükmü yerinde bir düzenlemedir diyebiliriz.

Bir diğer farklılık ise TBK. m. 241/I' de söz konusudur. Buna göre, satıcı veya alıcı, satış sözleşmesinin yapıldığını ve içeriğini önalım hakkı sahibine noter aracılığıyla bildirmekle yükümlüdür. Böylece satışı gerçekleştirilen taşınmaz üzerinde, önalım hakkı sahibinin, bu hakkını kullanması sağlanmaktadır. Bildirim yükümlülüğü hem satıcı hem de alıcıya yüklenmiştir. Oysa İsviçre hukukunda bu yükümlülük sadece satıcıya yüklenmiştir (İBK. m. 216d/I). Öte yandan TBK. m. 241/I bildirim yükümlülüğünün önalım hakkı sahibine noterden yapılması gerektiğini düzenlemişken, İsviçre hukukunda bildirim için herhangi bir makam veya şekil şartı aranmamıştır (İBK. m. 216d/I).

Türk Borçlar Kanunu ile Türk Medenî Kanununun önalıma ilişkin hükümleri arasında da uyumsuzluk söz konusudur. TBK. m. 241/I' e göre, önalım hakkının bildirimi hususunda hem satış sözleşmesinin yapıldığı hem de sözleşmenin içeriği önalım hakkı sahibine bildirilmelidir. TMK. m. 733/III' de ise, sadece *“yapılan satış sözleşmesinin bildirilmesi”* gerektiği ifade edilmiş, ayrıca *“satış sözleşmesinin içeriğinin”* bildirilmesi hakkında herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. TMK. m. 735/III' de, yasal önalım hakkının kullanılmasına ilişkin hükümlerin sözleşmeden doğan önalım hakkına da uygulanacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla TBK. m. 241/I hükmünün TMK. m. 733/III hükmünü de kapsamaktadır. Bu sebeple, TMK. m. 735/III atfı gereğince, TMK. m. 733/III hükmünün, bildirim kapsamını genişleten TBK. m. 241/I karşısında önemini yitirdiğini veya zımnen ortadan kalktığını ifade edebiliriz.

Bildirim yükümlülüğüne ilişkin bir diğer hususta bildirim mutlaka noter aracılığıyla yapılmasının doktrinde eleştirilmesidir. TBK. m. 241/I hükmünden bildirim noter aracılığıyla yapılması gerektiğini ifade edebiliriz. Yargıtay da aynı görüştedir. Ancak doktrinde bazı yazarlar kendisine bildirim yapılmayan önalım hakkı sahibinin satışı ve içeriğini herhangi bir şekilde öğrenmiş olmasının sürenin işlemeye başlaması için yeterli olacağı görüşündedirler. Burada önalım hakkına sahip bir kimse, satış işlemi herhangi bir şekilde öğrenebilir. Ancak içeriği hakkında detaylı bilgi sahibi olamaz. Böylece, önalım hakkını kullanmak niyetinde olan bir kimse, satıcının üçüncü kişiyle yapmış olduğu satışa ilişkin koşulların neler olduğu hakkında kesin bilgi sahibi olamaz. Bu bilgileri ancak noter vasıtasıyla kesin olarak öğrenecektir. Öğrenmiş olduğu bilgiler neticesinde, üçüncü kişiyle yapılan sözleşme hükümlerinin menfaatine olmadığı kanaatine de varabilir. Bu sebeple önalım hakkını kullanmaktan belki de vazgeçecektir. Dolayısıyla bu bildirim noter aracılığıyla yapılmasının zorunluluk arz ettiği kanaatindeyiz. Ayrıca satıcı veya alıcının noter aracılığıyla yapması gereken bildirim, üç aylık asgari sürenin işlemeye başlaması açısından önem arz etmekte olup; önalım hakkının kullanılması bakımından bir önemi yoktur. Dolayısıyla satışın yapıldığını herhangi bir sebeple öğrenen önalım hakkı sahibi, kendisine bir bildirim yapılmamış olsa bile, iki yıl içinde yine önalım hakkını kullanabilir. Bildirimin yapılmaması, üç aylık sürenin işlemesine engel teşkil etmesine karşılık, önalım hakkı sahibinin satışı öğrendiği andan itibaren iki yıl içinde dava açabilmesine mani olmaz. Bu ise, önalım sahibinin lehine bir durumdur. Bildirim noter vasıtasıyla yapılmış olması, üç aylık sürenin işlemeye başladığı zamanın tespiti bakımından da ayrıca ispat kolaylığı sağlamaktadır.

Bildirim yükümlülüğüne ilişkin önem arz eden diğer bir husus TBK. m. 242' de düzenlenen üç ay ve iki yıllık dava açma süreleridir. Hükme göre, *“Sözleşmeden doğan önalım hakkını kullanmak isteyen hak sahibi, ... satışın veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer başka bir işlemin kendisine bildirildiği tarihten başlayarak üç ay ve her hâlde satışın yapılmasından başlayarak iki yıl içinde dava açmak zorundadır”*. Dava

açma süresiyle ilgili olarak biri üç ay (nisbî hak düşümü süresi) diğeri iki yıl (mutlak hak düşümü süresi) olmak üzere iki farklı süre düzenlenmiştir. Dolayısıyla, önalım davasının satış veya buna eşdeğer başka bir işlemin hak sahibine noter aracılığıyla bildirildiği tarihten itibaren 3 ay; her halde satışın üzerinden 2 yıl geçmekle dava hakkı sona ermektedir. Satışı noter aracılığıyla bildirmeyi zorunlu kılan TBK. m. 241/İ' deki düzenleme, emredici nitelikte bir hüküm olup, kanun koyucunun bu zorunluluğu yerine getirmeyen satıcı veya alıcı için bir müeyyide uygulamamış olması son derece yanlış olmuştur. Çünkü bu durumda önalım hakkının kullanılamaması hakkın tamamen kaybına sebep olmaktadır. Böylesi bir durumda emredici hükmün hiçbir anlamı olmayacaktır. Kanaatimizce satıcı veya alıcı tarafından hak sahibine satışın bildirilmemesi halinde 3 aylık sürenin işlemeyeceği veya 2 yıllık mutlak hak düşümü süresinin genel zaman aşımı süresi olan 10 yıl olarak kabul edilmesi daha yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKALP DEMİRTABAK**, Didem, Yasal Önalım Hakkı, İstanbul 2010.
- AYAN**, Mehmet, Eşya Hukuku II, Mülkiyet, Genel Esaslar, Taşınmaz Mülkiyeti, Kat Mülkiyeti, Devre Mülk, Taşınır Mülkiyeti, Konya 2014 (AYAN, Mülkiyet).
- AYAN**, Mehmet, Kanuni Şuf'a Hakkı, Prof. Dr. Halil Cin' e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995 (AYAN, Kanuni Şuf'a).
- AYDOĞDU**, Murat/ **KAHVECİ**, Nalan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013.
- BAYGİN**, Cem, Yeni Borçlar Kanununun Satış İlişkisi Doğuran Haklar Konusunda Getirdiği Düzenlemelere Genel Bir Bakış, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Mart- Nisan 2011, S. 79- 80, s. 7- 30.
- BECKER**, Hermann, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band VI, 1 Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1- 183, Bern 1941.
- BERKİ**, Şakir, Aynî Haklar, Mülkiyet, Mülkiyetten Gayri Aynî Haklar, Rehin, Zilyetlik, Tapu Sicili, Ankara 1965.
- BUZ**, Vedat, Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.
- ÇETİNKAYA**, Mehmet, Vefa Hakkı ve Menkul Hükmünde Sayılan Taşınmazlarda Hakkın Tesisi, AD, Y. 1970, S. 1- 12.
- DEMİRBAŞ**, Harun, Yenilik Doğuran Haklar, İstanbul 2007.
- EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014 (EREN, Özel Hükümler).
- EREN**, Fikret, Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S. 1-2, 2008, s. 103- 126 (EREN, Önalım Hakkı).

- ERTAŞ**, Şeref, Eşya Hukuku, Zilyetlik, Tapu Sicili, Taşınmaz- Taşınır Mülkiyeti, Kat Mülkiyeti- Devre Mülk (5711 Sayılı Kanun Değişikliğiyle), İrtifak Hakları ve Rehin Hakları, Ankara 2012.
- ERZURUMLUOĞLU**, Erzan, Sözleşmeler Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2011.
- FEYZİOĞLU**, Necmeddin Feyzi, Şuf'a Hakkı, İstanbul 1959.
- GIGER**, Hans, Berner Kommentar, schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band.IV, 2 Abteilung, Die einzelnenVertragsverhältnisse, Kauf und Tausch, Der Grundstückkauf, Art. 216- 221 OR, Bern 1997.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Akdi Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerinin (TBK. m. 237/III, 238, 239 ve 240- 242) Değerlendirilmesi, YÜHFD. C. 8, S. 2 (2011), YÜHFD. C. 9, S. 1 (2012), s. 435- 453.
- HAYOZ- MEİER**, Arthur, (Çev. Y. Ümit DOĞANAY), Şuf'a Akdi, İÜHFM. C. XXXIII, s. 1-2, İstanbul 1967.
- HELVACI**, İlhan, İsviçre Borçlar Kanununun Sözleşmeden Doğan Ön-Alım, Alım ve Geri Alım Haklarına İlişkin Değişiklikleri (İsviçre Borçlar Kanunu Madde 216/Fıkra 2, Fıkra 3, Madde 216a-216e), Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 19, S. 1-2, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, 1999- 2000, s. 397- 417.
- HESS**, Urs, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art 1- 529 OR, 4. Aufl. (Herausgeber: Heinrich HONSELL/ Nedim Peter VOGT/ Wolfgang WİEGAND), Basel und Frankfurt 2007.
- KILIÇOĞLU**, Mustafa, Akdi ve Kanuni Şuf'a Davaları (Önalım), Ankara 1997.
- KIRCA**, Çiğdem, Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanunda Değişiklikler, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. yaş günü Armağanı, C. II, İstanbul 2002.
- KISAGÜN**, Adli, Şuf'a Davaları, Ankara 1958 (KISAGÜN, Şuf'a).
- KISAGÜN**, Adli, Vefa ve İştirah Hakları, AD, Y. 1961, S. 1- 12 (KISAGÜN, Vefa).
- KÜLEY**, M. Muin, Medeni Kanunda ve Tatbikatında Şuf'a Hakkı, İstanbul 1950.
- NOMER**, Haluk, Vefa Hakkı, İstanbul 1992.
- OĞUZMAN**, Kemal/ **SELİÇİ**, Özer, Eşya Hukuku, Zilyetlik- Tapu Sicili, Taşınmaz ve Taşınır Mülkiyeti, Kat Mülkiyeti, Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul 2002.
- OSER**, Hugo/ **SCHÖNENBERGER**, Wilhelm, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht 2. Teil, Art. 184- 418, 2. Aufl. Zurich 1936.
- ÖNDER**, Ali Rıza, Şuf'a- Önalım, ABD, S. 2, Y. 1985.
- ÖZ**, Turgut, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, 2. Baskı, İstanbul 2012.

- PAKSÜT**, Emin, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun İnceleme ve Kararına Arz Olunan Vefa Hakkı Davası, Dosya No: H. G. K. 1986/ 6- 188, Broşür- Cevap Dilekçesi, s. 3
- PULAŞLI**, Hasan, Yargıtay Kararları Işığında Şuf'a Hakkının Kullanılmasına İlişkin Bazı Sorunlar, TNBHD, S. 43, 15 Ağustos 1984.
- SEBÜK**, M. Tahir, Şuf'a, Vefa ve İştira Hakları, İstanbul 1951.
- ŞIPKA**, Şükran Taman, Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şuf'a) Hakkı, Hukuki Niteliği ve Kullanma Koşulları, İstanbul 1994.
- TANDOĞAN**, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/ 1, İstanbul 2008.
- TEKİNAY**, S. Sulhi, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, II/1, İstanbul 1988.
- YAVUZ**, Cevdet/ **ACAR**, Faruk/ **ÖZEN**, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 13. Baskı, İstanbul 2014.