

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENÎ USUL VE İCRA-İFLÂS HUKUKU)
ANABİLİM DALI

ÖNALIM DAVASI

DOKTORA TEZİ

EGEMEN KÖYLÜOĞLU

ANKARA-2011

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENÎ USUL VE İCRA-İFLÂS HUKUKU)
ANABİLİM DALI

ÖNALIM DAVASI

DOKTORA TEZİ

EGEMEN KÖYLÜOĞLU

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. SÜHA TANRIVER

ANKARA-2011

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENÎ USUL VE İCRA-İFLÂS HUKUKU)
ANABİLİM DALI

ÖNALIM DAVASI

DOKTORA TEZİ

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Süha TANRIVER

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

.....
.....
.....
.....
.....

Tez Sınav Tarihi

İÇİNDEKİLER

Sayfa

İÇİNDEKİLER.....	I
BİBLİYOGRAFYA	XIII
KISALTMALAR CETVELİ	XXX
GİRİŞ	1
§ 1. KONUNUN ÖNEMİ SINIRLARI VE İNCELEME PLANI	1
A. Konunun Önemi ve Sınırları	1
B. Konunun İnceleme Planı	3

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖNALIM HAKKI VE ÖNALIM DAVASI KAVRAMI

§ 2. ÖNALIM HAKKI KAVRAMI	4
A. Hak ve Yenilik Doğuran Hak Kavramı	4
I. Hak	4
II. Yenilik Doğuran Hak	6
B. Önalım Hakkı	13
I. Kanunda Düzenleniş Biçimi	13
II. Önalım Hakkı Terimi	14
III. Kavramın Ortaya Çıkışı ve Gelişimi	15
IV. Hukukî Niteliği	17
1. Aynî Hak Görüşü	17
2. Özel Borç İlişkisinden Kaynaklanan Alacak Hakkı Görüşü	20
3. Yenilik Doğuran (İnşai) Hak Görüşü	21
V. Önalım Hakkının Türleri	23
1. Sözleşmesel Önalım Hakkı	24
a. Tanımı	24

b. Kaynağı.....	24
c. Amacı.....	24
d. Karakteristik Özellikleri.....	25
e. Konusu.....	30
f. Kapsamı.....	35
g. Søjeleri.....	36
aa. Önalım Hakkı Sahibi (Önalımcı-Şef'i).....	36
bb. Önalım Hakkı Yükümlüsü (Satıcı-Bayi).....	36
cc. Üçüncü Şahıs (Alıcı-Müşteri).....	36
2. Yasal Önalım Hakkı.....	37
a. Tanımı.....	37
b. Kaynağı.....	37
c. Amacı.....	38
d. Karakteristik Özellikleri.....	39
e. Konusu.....	39
f. Kapsamı.....	41
g. Søjeleri.....	43
aa. Önalım Hakkı Sahibi (Önalımcı-Şef'i).....	43
bb. Önalım Hakkı Yükümlüsü (Satıcı-Bayi).....	43
cc. Üçüncü Şahıs (Alıcı-Müşteri).....	44
VI. Önalım Hakkının Doğum Şekli ve Zamanı.....	44
VII. Önalım Hakkının Lüzumuna İlişkin Tartışmalar.....	46
VIII. Önalım Hakkının Benzer Haklarla Karşılaştırılması.....	47
1. Önalım Hakkı-Alım ve Geri Alım Hakkı.....	47
2. Önalım Hakkı- Sözleşme Yapma Vaadi (Önakit).....	49

3. Önalım Hakkı-Opsiyon Hakkı	50
IX. Önalım Hakkının Kullanılması	51
1. Önalım Hakkının Kullanılma Koşulları, Kullanılma Biçimi ve Kullanılmasının Sonuçları	51
a. Önalım Hakkının Kullanılması İçin Gereken Koşullar	51
aa. Tam, Doğru ve Geçerli Bir Satış Sözleşmesinin Varlığı	51
bb. Önalıcıya Satışın ve Onun Esaslı Koşullarının Bildirilmesi	52
cc. Hak Sahibinin Hakkını Kullandığına İlişkin Beyanının Zamanında Yapılması	57
aaa. Satışın 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu'ndan Önce Yapılması.....	59
bbb. Satışın 4721 Sayılı Türk Medenî Kanun'undan Sonra Yapılması.....	60
b. Önalım Hakkının Kullanılma Biçimi	61
c. Önalım Hakkının Kullanılmasının Sonuçları	61
aa. Önalım Hakkının Kullanılması ile Yeni Bir Satım İlişkisinin Doğması	61
bb. Nef'i ve Hasarın Geçişi	62
cc. Haksız İşgal Tazminatı	65
2. Önalım Hakkının Kullanılması Mümkün Olan Tasarruflar	67
a. Gerçek Satışlar	68
b. Zorunlu Olmayan Açık Artırma İle Yapılan Satışlar	68
aa. Özel Açık Artırma Yolu İle Yapılan Satışlar	68
bb. Genel Açık Artırma Yolu İle Yapılan Satışlar	69
c. İmar Planının Şuyuu Suretiyle Oluşması	69

d. Dostluk Satışları.....	70
e. İhale Yasasına Göre Yapılan Satışlar	71
f. Şartlı Satışlar	72
g. Tecrübe ve Muayene Şartıyla Yapılan Satışlar	73
h. Taksitli ve Bedeli Müeccel Satışlar	73
ı. Kısmi Satışlar.....	73
i. Toptan Satışlar.....	74
j. Feri veya Dönemsel Edimli Satışlar.....	75
k. Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi.....	76
3. Önalım Hakkının Kullanılması Mümkün Olmayan Tasarruflar.....	76
a. Zorunlu Açık Artırma İle Yapılan Satışlar	77
b. Taşınmaz Satış Vaadi.....	81
c. Trampa	81
d. Miras Yolu ile İntikâl ve Ölüme Bağlı Tasarruflar	82
e. Taşınmaz Bir Malın Ortaklığa Sermaye Olarak Konulması.....	85
f. Bağışlama.....	85
g. Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi.....	86
h. Kat Mülkiyeti Yasası.....	86
ı. Hükümetçe Dağıtılan Topraklar	88
i. Kamulaştırma	88
j. Paydaşlar Arasındaki Satışlar	89
k. Mirasın Paylaşılması	90
l. Feragat.....	90
m. Geri Alım Sözleşmesi Gereğince Yapılan Satışlar	91
n. Tapuda Kayıtlı Olmayan Taşınmazlara İlişkin Satışlar	91

o. Mülkiyeti Muhafaza Kaydı ile Yapılan Satışlar	92
ö. Ortaklığın Taksim Yolu ile Giderilmesi	92
p. İntifa Hakkı Hariç Tutularak Satılan Çıplak Mülkiyet Payının Tekrar İadesi	92
r. Özel Yasalara Göre Yetkili Kurumlarca Yapılan Tahsisler	92
X. Önalım Hakkının Medenî Kanun'un İkinci Maddesindeki Dürüstlük Kuralına Aykırı Olarak Kullanılması	93
1. Medenî Kanun'un İkinci Maddesindeki Dürüstlük Kuralı	93
2. Önalım Hakkının Dürüstlük Kuralına Aykırı Olarak Kullanılması ..	94
a. Paydaşlar Arasında Kullanma Biçiminin Belirlenmiş Olması Yönünden	94
b. Topraktan Satın Alma Yönünden	96
c. Yasal Temsilci Yönünden	96
XI. Önalım Hakkından Yararlanma Oranı	97
XII.Önalım Hakkının Kullanılmasına Engel Olmaya Yönelik Girişimler	98
1. Alıcının Payını Satması	98
2. Alıcı Tarafından Payın Bağışlanması	98
3. Alıcı ile Satıcının Anlaşım Satış Sözleşmesini Bozmaları	98
a. Önalım Hakkının Kullanılmasından Önce	98
b. Önalım Hakkının Kullanılmasından Sonra	99
4. Payın Hacizli Olması Üzerinde İpotek Bulunması	99
5. Önalım Hakkı ve Gabin	99
a. Gabin İddiasının Önalım Hakkının Kullanılmasından Önce İleri Sürülmesi	100

b. Gabin İddiasının Önalım Hakkının Kullanılmasından Sonra İleri Sürülmesi	101
6. Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi Yapılması	102
7. Muvazaalı İşlem Yapılması	103
XIII. Önalım Hakkının Sona Ermesi	103
§. 3. ÖNALIM DAVASI KAVRAMI	105
A. Dava Kavramı ve Dava Çeşitleri	105
I. Dava Kavramı	105
II. Dava Çeşitleri	110
1. Eda Davaları	110
2. Tespit Davaları	114
3. İnşaî Davalar (Yenilik Doğuran Davalar)	122
B. Önalım Davasının Dava Tipolojisindeki Yeri	127
I. Önalım Davasına Başvurulması	127
II. Önalım Davasının Hukukî Niteliği	127
III. Önalım Davasının Konusu	135
IV. Önalım Davasının Alım ve Gerialım Davasından Farkı	135
V. Önalım Davasında Verilen Hükmün Hukukî Niteliği	135
VI. Önalım Davasının Hukukî Sebebi	138
VII. Önalım Davasının Amacı	139

İKİNCİ BÖLÜM

ÖNALIM DAVASINDA USULE İLİŞKİN İŞLEMLER VE SORUNLAR

§ 4. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME	140
A. Önalım Davasında Görevli Mahkeme	140
B. Önalım Davasında Yetkili Mahkeme.....	143
§ 5. DAVANIN AÇILMA ZAMANI	147
A. Satışın 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu'ndan Önce Olması	147
B. Satışın 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu'ndan Sonra Olması	147
§ 6. ÖNALIM DAVASININ TARAFLARI	153
A. Genel Olarak Davanın Tarafları.....	153
B. Önalım Davasının Davacısı	153
I. Önalım Hakkının Yasadan Kaynaklanması Halinde	153
1. Tapu Sicilinde İsmi Yazılı Olanlar	154
2. Tapu Sicilinde İsmi Yazılı Olmayanlar	155
a. Taşınmazdan Haricen Pay Satın Alınması	155
b. Taşınmaz Mülkiyetinin Tescilsiz Kazanılması	155
c. Taşınmazın Kamulaştırılması	156
d. 1757 sayılı Toprak ve Tarım Reformu Yasası	157
e. Kat Mülkiyeti Yasası	157
f. 1164 sayılı Arsa Ofisi Yasası	157
g. Tapu Sicilinde Malik Olan Kişinin Mirasçıları	158
II. Önalım Hakkının Sözleşmeden Kaynaklanması Halinde	158
C. Önalım Davasının Davalısı	158
I. Önalım Hakkının Yasadan Kaynaklanması Halinde	159
1. Tapu Sicilinde İsmi Yazılı Olan Yeni Malik	159

2. Tapu Sicilinde İsmi Yazılı Olmayan Yeni Malik.....	159
a. Taşınmazdan Haricen Pay Satın Alan Yeni Malik.....	160
b. Medenî Kanun'un 705 inci (EMK'nun 633 üncü) Maddesi Uyarınca Malik Olanlar.....	160
c. Taşınmazın Kamulaştırılması	160
3. Daha Önce Açtığı Önalım Davasını Kazanan Paydaş.....	161
II. Önalım Hakkının Sözleşmeden Kaynaklanması Halinde	161
§ 10. TARAFLARIN VEYA DAVA KONUSUNUN DEĞİŞMESİ.....	163
A. Genel Olarak	163
B. Dava Konusunun Davalı Tarafından Devir Edilmesi.....	163
C. Dava Konusunun Davacı Tarafından Devir Edilmesi.....	167
§ 11. MEDENÎ USUL HUKUKU YÖNÜNDEN ÖZEL ÖNEM ARZ EDEN DİĞER KONULAR.....	169
A. Önalım Davasının Süresinde Açılıp Açılmadığı	169
B. Davacının Dava Açma Ehliyeti	169
C. Ölen Tarafın Mirasçılarının Davaya Katılması.....	170
D. Önalım Davalarındaki Bekletici Sorunlar	170
I. Taraflar Yönünden Bekletici Sorunlar	170
1. Miras Şirketine Mümessil Atanması.....	170
2. Paydaşlığın Tespiti	171
II. Taşınmaz Yönünden Bekletici Sorunlar.....	172
E. Önalım Davalarının Ayrılması ve Birleştirilmesi.....	173
I. Önalım Davalarının Ayrılması.....	174
II. Önalım Davalarının Birleştirilmesi.....	174
F. Önalım Davalarında Davaya Müdahale	176
I. Genel Olarak.....	176

II. Fer'î Müdahale.....	176
III. Asfî Müdahale.....	177
G. Önalım Davasının İhbarı.....	178
H. Davaya Son Veren Taraf İşlemleri.....	180
I. Feragat.....	180
II. Kabul.....	181
III. Sulh.....	182
I. Davanın Başvuruya Bırakılmış Olması.....	182
İ. İspat Yükü ve Deliller.....	184
I. İspat ve Delil.....	184
II. İspat Yükü.....	185
1. Genel Olarak.....	185
2. Önalım Davasında İspat Yükü.....	185
a. Hakkın Doğumu ve Davacı Sifatının Belirlenmesinde.....	185
b. Muvazaa İddiasının İspatlanmasında.....	186
III. Delillerin İleri Sürülmesi ve Değerlendirilmesi.....	186
1. Genel Olarak Delillerin İleri Sürülmesi ve Değerlendirilmesi.....	186
2. Önalım Davasında Delillerin İleri Sürülmesi ve Değerlendirilmesi.....	187
J. Satış Bedeli ile Alıcıya Düşen Tapu Giderlerinin Yatırılması (Depo Kararı).....	189
I. Depo Edilmesi Gerekli Para Miktarı.....	189
II. Depo Edilmesi Gerekli Teminatın Türü.....	192
III. Teminatın Depo Edilmesi Zamanı.....	193
IV. Teminatın Depo Edilme Süresi.....	194
V. Deponun Yeri.....	195

VI. Deponun Mâhiyeti	195
VII. Depo Yükümlüsü	195
VIII.Önalım Bedelinin Yatırılmaması veya Eksik Yatırılmasının Sonuçları	196
IX. Önalım Bedelinin Yatırılmaması veya Eksik Yatırılması Halinde Depo Yükümlüsünün Satım Sözleşmesinden Dönme Hakkının Bulunmaması	198
X. Deponun Gerekmemesi	202
XI.Önalım Bedelinin Ekonomik ve Nesnel Nedenlere Göre Belirlenmesi Sorunu	203
XII.Payını Satan Paydaşın Alıcısına Süre Tanımış Olması Halinde Önalım Bedelinin Depo Edilmesi	208
K. Muvazaa İddiaları	209
I. Genel Olarak.....	209
1. Tanımı	210
2. Elverişli Olduğu İşlemler	210
3. Türleri	211
4. Hükmü	211
5. Yaptırımı	212
6. İspatı.....	213
a. Muvazaayı Taraflardan Biri İddia Ediyorsa	213
b. Muvazaayı Üçüncü Bir Şahıs İddia Ediyorsa	214
II. Önalım Davasında Muvazaa.....	214
1. İşlemde Muvazaa	214
a. İşlemde Muvazaa İddiasının Davacı Tarafından İleri Sürülmesi..	216
b. İşlemde Muvazaa İddiasının Davalı Tarafından İleri Sürülmesi..	218

2. Bedelde Muvazaa.....	219
a. Bedelde Muvazaa İddiasının Davacı Tarafından İleri Sürülmesi	220
b. Bedelde Muvazaa İddiasının Davalı Tarafından İleri Sürülmesi	222
L. Paylı Taşınmazın Paydaşlar Arasında Fiilen Paylaşılmış Olması	224
M. Dava Konusu Payın Aynî veya Kişisel Haklarla Kısıtlandırılmış Olması	224
I. Dava Konusu Payın Önalım Hakkının Doğumundan Önce Aynî veya Kişisel Bir Hakla Kısıtlandırılmış Olması	224
II. Dava Konusu Payın Önalım Hakkının Kullanılmasından Sonra Aynî veya Kişisel Bir Hakla Kısıtlandırılmış Olması.....	226
§ 12. ÖNALIM DAVASININ SONUÇLANMASI	227
A. Verilecek Karar	227
I. Davanın Reddi.....	227
II. Davanın Kabulü	227
1. Mülkiyetin Davanın Kabulüne İlişkin Karar ile İntikâl Edip Etmeyeceği	227
2. Kararın Zamanaşımına Uğrayıp Uğramayacağı	229
3. Hükmün Kesinleşmeden İcraya Konulup Konulamayacağı	231
4. Kararda Dikkat Edilmesi Gerekli Konular.....	232
a. Davacılar Yönünden	232
b. Depo Parası Yönünden	233
c. Taşınmaz Yönünden	234
B. Yargılama Giderleri.....	234
I. Davanın Reddi Halinde.....	234

II. Davanın Kabulü Halinde	235
C. Kanun Yolları	237
I. Genel Olarak.....	237
II. Kanun Yollarının Sınıflandırılması	238
1. Bölge Adliye Mahkemelerinin Göreve Başlamasından Önceki Kanun Yolları.....	239
a. Temyiz.....	239
b. Karar Düzeltme	240
c. Yargılamanın Yenilenmesi.....	241
2. Bölge Adliye Mahkemelerinin Göreve Başlamasından Sonraki Kanun Yolları.....	241
SONUÇ	242

BİBLİYOGRAFYA^{1,2}

- Adal, E. : **Hukukun Temel İlkeleri El Kitabı**, 6.Bası, İstanbul 1998.
- Akartepe, A. : **Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi**, İstanbul 2005.
- Akı, E. : **Hukukun Temel Kavramları**, 8.Bası, İzmir 2007.
- Akıntürk, T. : **Satım Akdinde Hasarın İntikâli**, Ankara 1966.
- Akıntürk, T. : **Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış Medenî Hukuk**, 13.Bası, İstanbul 2008 (Medenî Hukuk).
- Akıntürk, T. : **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri**, 13.Bası, İstanbul 2007 (Borçlar Hukuku).
- Akıpek, J.G. : **Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar), Mülkiyet**, C.II, 2.Bası, Ankara 1973.
- Akıpek, J.G./Akıntürk, T. : **Türk Medenî Hukuku**, C.I, 6.Bası, İstanbul 2007.
- Alangoya, Y. : **Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, İstanbul 1979.
- Alangoya, Y./Yıldırım, K. / Deren (Yıldırım), N. : **Medenî Usul Hukuku Esasları**, 4.Bası, İstanbul 2004.
- Albaş, H. : **Paranın Değer Kaybından Doğan Zararın Tazmin Edilebilirliği (BK m.105)**, İzmir 2004.
- Aldemir, H. : **Hukuk Davalarında Yargılama Giderleri**, Ankara 2000.

¹ Bibliyografyada kısaltılmış şekilleri ayrıca belirtilmeyen eserler, metinde yalnız yazarların soyadı ile anılmıştır.

² Yollama yapılırken kullanılan kısaltmalar, parantez içerisinde gösterilmiştir.

- Alyaz, A. : “Hukuk Yargılama Usulünde Davanın İhbarı”, **BBD**, Y.1986, S.27, s.12-14.
- Ansay, S.Ş. : **Hukuk Yargılama Usulleri**, 7.Bası, Ankara 1960.
- Aral, F. : **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 7.Bası, Ankara 2007.
- Arcak, A. : **Değişik ve Yeni Hükümleriyle Kat Mülkiyeti**, Ankara 1983 (Kat Mülkiyeti).
- Arık, F. : “Şuf’a Hakkı Üzerinde Bir İnceleme”, **Adliye Ceridesi**, Y.1943, S.9, s.789-825.
- Arpacı, A. : Eşya Hukukumuzda Yeni Medenî Kanunla Yapılan Değişikliklerden Bazılarına Kısa Bir Bakış (**Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara 2004, s.89-113).
- Arslan, R. : **Medenî Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi**, Ankara 1977 (Yargılamanın Yenilenmesi).
- Arslan, R. : **Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, Ankara 1989 (Dürüstlük Kuralı).
- Aslan, Ç.M. : **Gabinin Unsurları ve Hukukî Sonuçları**, Ankara 2006.
- Ataay, A. : **Medenî Hukukun Genel Teorisi**, 3.Bası, İstanbul 1980.
- Ayan, M. : **Medenî Hukuk**, 2.Bası, Konya 2001 (Medenî Hukuk).
- Ayan, M. : **Medenî Hukuka Giriş**, 4.Bası, Konya 2007 (Medenî Hukuka Giriş).
- Ayan, M. : **Eşya Hukuku, Zilyedlik ve Tapu Sicili**, C.I, 4.Bası, Konya 2004 (Eşya Hukuku I).
- Aybay, A. / Aybay,R. : **Hukuka Giriş**, 3.Bası, İstanbul 2006.

- Aydın, M. : **Avukatlık Ücreti**, 4.Bası, Ankara 2007.
- Ayiter, N. : **Eşya Hukuku**, 3.Bası, Ankara 1987.
- Bagley, C.E. : **Managers and the Legal Environment, Strategies for the 21st Century**, 2.Bası Minneapolis / St.Paul 1995.
- Bahtiyar, M. : “Anonim Ortaklıkta Payların Üçüncü Kişilere Satılması Durumunda Diğer Ortaklara Önalım Hakkı Tanıyan Anasözleşme Hükümleri ve Etkileri”, **Batider**, Y.2001, C.XXI, S.2, s.83-123.
- Balcı, Ş. : **Yeni Medenî Kanuna Göre (Ortak) Mülkiyet Hukuku ve Paylaşma (Ortaklığın Giderilmesi) Davaları**, 2.Bası, İzmir 2004.
- Barlas, N. : **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçları**, İstanbul 1992.
- Başöz, L. /Çakmakçı, R. : **Gerekçeli Atıflı-Karşılaştırma Tablolu Eski ve Yeni Kanun Metinleri Birlikte, Yeni Türk Medenî Kanunu**, Ankara 2001.
- Baykan, V. : **Şuf'a Hakkının İstîmâli ile Açılan Davalar**, Ankara 1947.
- Belgesay, M.R. : **Dava Teorisi**, İstanbul 1943.
- Berkin, N. : **Medenî Usul Hukuku Esasları**, İstanbul 1969.
- Bertan, S. : **Aynî Haklar, Medenî Kanun'un 618-674 üncü Maddelerinin Şerhi**, C.I (MK 618-702), Ankara 1976.
- Bertan, S. : **Aynî Haklar, Medenî Kanun'un 618-674 üncü Maddelerinin Şerhi**, C.II (MK 703-764), Ankara 1976.
- Bilge, N. : **Medenî Yargılama Hukukunda Karar Düzeltme**, Ankara 1973.

- Bilge, N. : **Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavramları ve Kurumları**, 21.Bası, Ankara 2006.
- Bilge, N. / Önen, E. : **Medenî Yargılama Hukuku**, 3.Bası Ankara 1978.
- Bozkurt, E. : **Hukukun Temel Kavramları**, 6.Bası, Ankara 2007.
- Budak, A.C. : **Medenî Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması**, İstanbul 2000.
- Buz, V. : **Medenî Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara 2005.
- Can, H. / Güner, S. : **Hukukun Temel Kavramları**, 3.Bası, Ankara 2006.
- Çelebican (Karadeniz),Ö. : **Roma Hukuku, Tarihî Giriş – Kaynaklar – Genel Kavramlar – Şahsın Hukuku – Hakların Korunması**, 12.Bası, Ankara 2006 (Roma – Tarihi Giriş).
- Çenberci, M. : **Gayrimenkul Satış Vaadi**, Ankara 1966.
- Çernis, V. : “Şuf’a Hakkını Akim Bırakmaya Matuf Bir Teşebbüs Olarak Gabin Davası”, **Ad.Der.**, Y.1957, S.7-8, s.4 vd.
- Çınar, T. : **Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Davaları**, Ankara 2005.
- Deryal, Y. : **Hukukun Temel Kavramları**, Trabzon 1998.
- Domaniç, H. : **Faizle Karşılanmayan Zararların Giderilmesini Sağlayan BK m.105 ve Diğer Hükümler, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Cild IV’den Ayrı Bası**, İstanbul 1990.
- Dural, M. : **Eşya Hukuku Dersleri**, İstanbul 1981.
- Edis, S. : **Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, 6.Bası, Ankara 1997.
- Erdoğan, C. : **Ortaklığın Giderilmesi ve Şuf’a Davaları**, 2.Bası, Ankara 1991.

- Erdoğan, H. : **Şuf'a Davaları**, Ankara 2001.
- Eren, F. : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 9.Bası, İstanbul 2006 (Borçlar Hukuku).
- Eriş, G. : **Türk Ticaret Kanunu (Ticari İşletme ve Şirketler)**, C.II, 3.Bası, Ankara 2004.
- Eriş, G. : **Anonim Şirketler Hukuku**, Ankara 1995.
- Ertaş, S. : **Yeni Türk Medenî Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku**, 7.Bası, Ankara 2006.
- Esener, T. : **Türk Hususî Hukukunda Muvaazalı Muameleler**, İstanbul 1956.
- Esener, T. : **Eşya Hukuku**, Ankara 1985 (Eşya Hukuku).
- Esener, T. : **Hukuk Başlangıcı Dersleri**, İstanbul 1998 (Hukuk Başlangıcı).
- Esener, T. / Güven, K. : **Eşya Hukuku**, 4.Bası, Ankara 2008.
- Esmer, G. : **Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili**, 4.Bası, Ankara 1984.
- Feyzioğlu, N.F. : "Şuf'a Hakkının Doğuşu ve Buna Terettüp Eden Hükümler", **İst.Huk.Fak.Mec.**, Y.1952, C.XVII, S.1-2, s.207-238.
- Feyzioğlu, N.F. : "Şuf'a Hakkının Mevzuu ve Søjeleri", **İst.Huk.Fak.Mec.**, Y.1952, C.XVIII, S.3-4, s.875-902.
- Feyzioğlu, N.F. : "Şuf'a Hakkındaki Müddetler", **İBD**, Y.1952, C.XXVI, S.8, s.480-499.
- Feyzioğlu, N.F. : "Şuf'a Hakkının Kullanılması İçin Gereken Şartlar", **İBD**, Y.1952, S.10, s.569-590.
- Feyzioğlu, N.F. : "Şuf'a Hakkının Kullanılması Mümkün Olan ve Olmayan Tasarruflar", **İst.Huk.Fak.Mec.**, Y.1953, C.XIX, S.1-2, s.222-269 (Tasarruflar).
- Feyzioğlu, N.F. : **Şuf'a Hakkı**, İstanbul 1959.

- Feyzioğlu, N.F. : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.I, İstanbul 1976.
- Feyzioğlu, N.F. : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.II, İstanbul 1977 (Borçlar Hukuku).
- Feyzioğlu, N.F. : **Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri**, C.I, İstanbul 1980 (Akdin Muhtelif Nevileri).
- Gaul, H.F. : Yargılamanın Amacı Güncelliğini Koruyan Bir Konu (K.Yıldırım, **İlkeler Işığı Altında Medenî Yargılama Hukuku**, 5.Bası, İstanbul 2006, s.72-103, Çev.: Nevhis Deren-Yıldırım).
- Goldman, A.J./Sigismond, W.D. : **Business Law, Principles and Practices**, 6.Bası, Boston 2004.
- Göktürk, G. : **İnançlı İşlemler**, Ankara 1998.
- Görgün, Ş. : **Hukukun Temel Kavramları**, 5.Bası, Ankara 1996.
- Gözler, K. : **Hukuka Giriş**, 4.Bası, Bursa 2007.
- Gözler, K. : **Genel Hukuk Bilgisi**, Bursa 2003 (Genel Hukuk Bilgisi).
- Gözübüyük, A.Ş. : **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları**, 26.Bası, Ankara 2007.
- Gücün, A.C. : **Nazarî ve Amelî Hukuk Davaları**, C.I, İstanbul 1945.
- Güler, A.H. : **Hukuk Yargılama Usulüne İlişkin Temel Kanunlar**, Ankara, 2007.
- Gümüş, M.A. : **Türk Medenî Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler**, İstanbul 2007.
- Güriz, A. : **Hukuk Başlangıcı**, 11.Bası, Ankara 2006.
- Gürsoy, K.T./Eren, F. / Cansel, E. : **Türk Eşya Hukuku**, 2.Bası, Ankara 1984.

- Hacıhabiboğlu, N. : “Zararlı Bir Hukuk Müessesesi, Kanunî Şufa”, **ABD**, Y.1955, S.7-9, s.734-741.
- Hatemi, H. : **Medenî Hukuka Giriş**, 3.Bası, İstanbul 2004.
- Hatemi, H. / Serozan, R. / Arpacı, A. : **Eşya Hukuku**, İstanbul 1991.
- Havutçu, A.A. : **Devre Mülk Hakkı**, İzmir 1987.
- Hayta, M.A. : **Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Davaları**, Ankara 2007.
- İnan, A.N. : **Medenî Hukuk**, 2.Bası, Ankara 2005.
- İmre, Z. : **Medenî Hukuka Giriş**, 3.Bası, İstanbul 1980.
- Kaçak, N. : **İcra ve İflâs Kanunu Şerhi**, 2.Bası, Ankara 2004.
- Kalkan, B. : **Türk Hukukunda Gabin**, İstanbul 2004.
- Kalyon, M. : **Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi**, Ankara 2004.
- Kaneti, S. : “Türk Medenî Kanunu Öntasarısının Eşya Hukuku Bölümüne Toplu Bakış, **İBD**, Y.1985, C.LIX, s.880-887.
- Kaplan, İ. : **Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler)**, 3.Bası, Ankara 2003 (Borçlar Hukuku Dersleri).
- Karahacıoğlu, A.H./Altın, M. : **Kat Mülkiyeti Kanunu ve İlgili Kanunlar**, 6.Bası, Ankara 2004.
- Karahasan, M.R. : **Mülkiyet ve Kat Mülkiyeti Hukuku**, C.I, İstanbul 1999.
- Karahasan, M.R. : **Yeni Türk Medenî Kanunu, Eşya Hukuku**, C.I, 2.Bası, İstanbul 2007 (Eşya Hukuku I).
- Karahasan, M.R. : **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.I, 2.Bası, İstanbul 2002.
- Karahasan, M.R. : **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.II, İstanbul 2003.

- Karaman, D. : **Kadastro Davaları Uygulama Kılavuzu**, 2.Bası, Ankara 2007.
- Kaşıkcı, O. : **İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle**, İstanbul 1997.
- Keyman, S. : **Hukuka Giriş**, 3.Bası, Ankara 2005.
- Kılıç, H. : **Kadastro Kanunu**, Ankara 2006 (Kadastro).
- Kılıç, H. : **Gayrimenkul Davaları**, C.I, 4.Bası, Ankara 2007.
- Kılıç, H. : **Gayrimenkul Davaları**, C.IV, 4.Bası, Ankara 2007 (Gayrimenkul Davaları IV).
- Kılıçoğlu, A. : "Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Işığında Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması", **Yargıtay Dergisi**, Y.1989, C.XV, Özel Sayı, s.289-322.
- Kılıçoğlu, A. : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 9.Bası, Ankara 2007 (Borçlar Hukuku).
- Kılıçoğlu, A. : **Medenî Kanun'umuzun Getirdiği Yenilikler**, 2.Bası, Ankara, 2004 (Yenilikler).
- Kılıçoğlu, M. : **Şuf'a Davaları**, Ankara 1997.
- Kırca, Ç. : Önalım Konusunda Medenî Kanundaki Değişiklikler (**Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55.Yaş Günü Armağanı**, C.II, İstanbul 2002, s.1179-1203).
- Kırca, İ. : **Hukukî Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri**, Ankara 2000.
- Kısagün, A. : **Şuf'a Davaları**, Ankara 1958.
- Kocaman, A. : **Temel Hukuk Bilgisi**, 9.Bası, Ankara 2007.
- Kocayusufpaşaoğlu, N. : **Gayrimenkul Satış Vaadi**, İstanbul 1959.

- Konuralp, H. : “Davanın İhbar Edildiği Kimsenin İhbar Edeni Temsil Etmesi”, **Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı**, Ankara 1988.
- Konuralp, H. : **Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, Ankara 1999 (İspat).
- Köprülü, B. : **Medenî Hukuk, Genel Prensipler-Kişinin Hukuku**, 2.Bası, İstanbul 1984.
- Kurtoğlu, S. : “Şuf’a Talebi Karşısında Gabin İddiası”, **ABD**, Y.1957, S.5, s.203-207.
- Kuru, B. : **Nizasız Kaza**, Ankara 1961.
- Kuru, B. : **Tespit Davaları**, Ankara 1963 (Tespit).
- Kuru, B. : Dava Şartları (**Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan**, Ankara 1964, s.104-147).
- Kuru, B. : **İcra ve İflâs Hukuku**, C.I, 3.Bası, İstanbul 1988.
- Kuru, B. : **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C.I, 6.Bası, İstanbul 2001 (Usul I).
- Kuru, B. : **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C.II, 6.Bası, İstanbul 2001 (Usul II).
- Kuru, B. : **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C.III, 6.Bası, İstanbul 2001.
- Kuru, B. : **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C.IV, 6.Bası, İstanbul 2001 (Usul IV).
- Kuru, B. : **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C.V, 6.Bası, İstanbul 2001 (Usul V).
- Kuru, B. : **İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı**, 2.Bası, İstanbul 2006.

- Kuru, B. / Arslan, R. /
Yılmaz, E. : **Medenî Usul Hukuku**, 18.Bası, Ankara 2007
(Usul).
- Kuru, B. / Arslan, R /
Yılmaz, E. : **İcra ve İflâs Hukuku**, 21. Bası, Ankara 2007.
- Küley, M. : **Medenî Kanun'da ve Tatbikatında Şuf'a Hakkı**,
İstanbul 1950.
- Malatyalıoğlu, K. /Ertaş, H. : **Paylaşırma ve Kat Mülkiyeti Kurulması**
Davaları, Ankara 1972.
- Mardin, E. : **Kat Mülkiyeti**, İstanbul 1948.
- Mayoz, A.H. : "Şuf'a Akdi", **İst.Huk.Fak.Mec.**, (Çev.: Ümit
Doğanay), C.XXXIII, S.3-4, s.273-287.
- Metin, Y. : **Medenî Usul Hukukunda Davanın İhbarı**,
Ankara 1992 (YL Tez).
- Moroğlu, E. : Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukukî Niteliği
(**Prof.Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına**
Armağan, İstanbul 2000, s.515 vd.).
- Muşul, T. : **Medenî Usul Hukuku Bilgisi**, İstanbul 2002.
- Nomer, H. : **Vefa Hakkı**, İstanbul 1992.
- Oğuzman, M.K. : "Eşyaya Bağlı Hak ve Borçlar", **İst.Huk.Fak.Mec.**,
Y.1965, C.XXXI, S.1-4, s.209 vd.
- Oğuzman, M.K. : **Medenî Hukuk Dersleri**, 6.Bası, İstanbul 1990.
- Oğuzman, M.K. /Öz, M.T. : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 5.Bası,
İstanbul 2006.
- Oğuzman M.K. / Seliçi, Ö.
/ Özdemir (Oktay), S. : **Eşya Hukuku**, 11.Bası, İstanbul 2006.
- Oğuzman M.K. / Barlas, N. : **Medenî Hukuk**, 14.Bası, İstanbul 2007.

- Okutan Nilsson, G. : **Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri**, İstanbul 2001.
- Olgaç, S. : **Kira Parasını Tespit ve Tahliye Davaları**, İstanbul 1968.
- Olgaç, S. : **Türk Medenî Kanunu Şerhi**, İstanbul 1975.
- Olgaç, S. : **Şuf'a Vefa ve İştira Hakları**, İstanbul 1978.
- Ovacık, M. : **İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü**, 3.Bası, Ankara 2000.
- Ovacık, M. : **Türkçe-İngilizce Hukuk Sözlüğü**, 5.Bası, Ankara 2003.
- Önder, A. : **Hukukun Temel Kavramları**, Muğla 1996.
- Önen, E. : **Medenî Yargılama Hukukunda Sulh**, Ankara 1972.
- Önen, E. : **Medenî Yargılama Hukuku**, Ankara 1979 (Yargılama).
- Önen, E. : **İnşai Dava**, Ankara 1981 (İnşai Dava).
- Özdek, Y. : "Önalımda (Şuf'ada) Vazgeçme ve Bir Yargıtay Kararı", **DÜHFD**, Y.1985, S.3, s.337-368.
- Özekes, M. : **Medenî Usul Hukukunda Aslî Müdahale**, İstanbul 1995.
- Özenli, S. : **Uygulamada Önalım (Şuf'a) Davaları**, 2.Bası, İstanbul 1990.
- Özkan, H. : **Asliye Hukuk Davaları ve Tatbikatı**, C.I, 6.Bası, Ankara 2004.
- Özkan, H. : **Açıklamalı – İçtihatlı Dilekçe Örneği, Sulh Hukuk Davaları ve Tatbikatı**, C.I, İstanbul 2007.
- Özkaya, E. : **Gabin Davaları**, Ankara 2000.
- Özkaya, E. : **İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları**, Ankara 2004 (Muvazaa Davaları).
- Özmen, E.S. : **Devre Mülk Hakkı**, Ankara, 1988.

- Özsunay, E. : **Zarurî Geçit Hakkı**, İstanbul 1968.
- Özsunay, E. : **Bankacılık Yönünden Medenî Hukuk Kuralları**, İstanbul 1978.
- Özsunay, E. : **Medenî Hukuka Giriş**, 5.Bası, İstanbul 1982 (Medenî Hukuka Giriş).
- Öztan, B. : **Medenî Hukuk'un Temel Kavramları**, 26.Bası, Ankara 2008.
- Pekcanitez, H. : "Bekletici Sorun", **EÜHFD**, Y.1980, S.1, s.249-275.
- Pekcanitez, H. : **Medenî Usul Hukukunda Fer'î Müdahale**, Ankara 1992.
- Pekcanitez, H. / Atalay, O. / Özekes, M. : **Medenî Usul Hukuku**, 6.Bası, Ankara 2007.
- Paylı, S.K. : **Kanunî Medenî'de Aynî Haklar-Şu'fa**, İstanbul 1946.
- Pennington, R.R. : **Company Law**, 7.Bası, London 1995.
- Poroy,R/Tekinalp, Ü / Çamoğlu, E. : **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, 10.Bası, İstanbul 2005.
- Postacıoğlu, İ. : **Medenî Usul Hukuku Dersleri**, 6.Bası, İstanbul 1975 (Usul).
- Pulaşlı, H. : **Temel Hukuk**, 5.Bası, Adana 2005.
- Reisoğlu, S. : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 20.Bası, İstanbul 2008 (Borçlar Hukuku).
- Samuels, S. : **Law Politics and Society**, Boston 2006.
- Saymen, F.H. : **Türk Medenî Hukuku, Umumî Prensipler**, C.I, 3.Bası, İstanbul 1960.
- Saymen, F.H. /Elbir, H.K. : **Türk Eşya Hukuku Dersleri**, İstanbul 1963.
- Schubert, F.A. : **Introduction to Law and the Legal System**, 8.Bası, Boston 2004.

- Schwarz, A. : **Medenî Hukuka Giriş** (Çev.: Hıfzı Velvet Veli-dedeoğlu), İstanbul 1942.
- Sebük, M.T. : **Şuf'a, Vefa ve İştira Hakları**, İstanbul 1951.
- Selvi, A.M. : **Anonim Ortaklıkta Payın Devri**, Ankara 2004.
- Serozan, R. : **Medenî Hukuk, Genel Bölüm**, İstanbul 2004 (Medenî Hukuk).
- Sirmen, L. : **Türk Özel Hukukunda Şart**, Ankara 1992.
- Sirmen, L. : **Eşya Hukuku Dersleri**, Ankara 1994.
- Sungurbey, İ. : "Şuf'ada Halefiyet Görüşünün Tenkidi", **MHAD**, İstanbul 1957, s.48-53 (Tenkit).
- Sungurbey, İ. : **Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi**, İstanbul 1963 (Kişisel Haklar).
- Sungurbey, İ. : **Şuf'a Davaları**, İstanbul 1984.
- Sungurbey, İ. : **Medenî Hukuk Eleştirileri**, C.V, İstanbul 1985.
- Sungurbey, İ. : **Medenî Hukukun Temel Sorunları**, Ankara 2003 (Temel Sorunlar).
- Sungurbey, İ / Kaneti, S. : **Medenî Hukuk Sorunları**, C.III, İstanbul 1976.
- Şener, E. : **Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları**, 2.Bası, Ankara 2000.
- Şengül, M. : **Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Kamulaştırılması**, İstanbul 2004.
- Şıpka, Ş.T. : **Türk Hukukunda Kanunî Önalım (Şuf'a) Hakkı**, İstanbul 1994.
- Tandoğan, H. : **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.I, 5.Bası, Ankara 1988.
- Tanrıver, S. : **İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi**, Ankara 1996.

- Taşdelen, N. : **Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sıfatının Kazanılması**, İstanbul 2005.
- Tekinalp, Ü. : “Anonim Ortaklık Payının Alım, Önalım, Geri Alım ve Benzer Haklara Konu Olması Sorunu”, **Medenî Kanun 50.Yıl Sempozyumu, 1.Tebliğler**, İstanbul 1978, s.345-347.
- Tekinay, S.S. : **İştirâ, Vefa ve Şuf’a Hakları**, İstanbul 1987 (İştirâ, Vefa ve Şuf’a).
- Tekinay, S.S. : **Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri**, İstanbul 1988.
- Tekinay, S.S. : **Kat Mülkiyeti**, İstanbul 1991.
- Tekinay, S.S. : **Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, 6.Bası, İstanbul 1992 (Medenî Hukukun Genel Esasları).
- Tekinay, S.S. / Akman, S. / Burcuoğlu, H. / Altop,A. : **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7.Bası, İstanbul 1993 (Borçlar Hukuku).
- Tok, T. : **Devre Mülk ve Devre Tatil Hakkı**, Ankara 2000 (Devre mülk).
- Tunaboşlu, M. : **Şuf’a Davaları**, Ankara 1996 (Şuf’a Davaları).
- Tunaboşlu, M. : **Önalım (Şuf’a) Davaları**, 3.Bası, Ankara 2004.
- Tunaboşlu, M. : **Açıklamalı-İçtihatlı Ortaklığın Giderilmesi ve Paydaşıktan Çıkarılma Davaları**, 4.Bası, Ankara 2007 (Ortaklığın Giderilmesi).
- Tunaboşlu, M. : **Önalım (Şuf’a) Davaları**, 4.Bası, Ankara 2008 (Önalım Davaları).
- Tunçoşmağ, K. : **Borçlar Hukuku**, C.I, 5.Bası, İstanbul 1972.
- Tunçoşmağ, K. : **Borçlar Hukuku**, C.II, 2.Bası, İstanbul 1978 (Borçlar Hukuku II).
- Tutar, M. / Parlar, T.M. : **Eski ve Yeni Kamulaştırma Davaları**, C.I, Ankara 2006.

- Tutar, M. / Parlar, T.M. : **Eski ve Yeni Kamulaştırma Davaları**, C.II, Ankara 2006.
- Tutumlu, M.A. : **Medenî Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi**, 4.Bası, Ankara 2007.
- Tutumlu, M.A. : **Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması**, 4.Bası, Ankara 2008.
- Türk Hukuk Kurumu : **Türk Hukuk Lûgatı**, Ankara 1991.
- Ulukapı, Ö. : **Medenî Usul Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi**, Konya 1997.
- Umar, B. : **Hukuk Başlangıcı**, İzmir 1997.
- Umar, B. / Yılmaz, E. : **İsbat Yüğü**, İstanbul 1980.
- Umur, Z. : **Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumî Mefhumlar-Hakların Himâyesi**, İstanbul 1982.
- Uyar, T. : **İcra Hukukunda İlâmlı Takipler**, 2.Bası, Manisa 1990.
- Uyar, T. : **İcra Hukukunda Şikayet**, 2.Bası, Manisa 1991.
- Uyar, T. : **Uygulamalı İcra ve İflâs Hukuku**, C.I, 2.Bası, İzmir 1993.
- Uyar, T. : **Uygulamalı İcra ve İflâs Hukuku**, C.II, 2.Bası, İzmir 1993.
- Uyar, T. : **Türk Medenî Kanunu**, C.III, Ankara 2003.
- Uyar, T. : **İcra ve İflâs Kanunu Şerhi**, C.I, 2.Bası, Ankara 2004.
- Uyar, T. : **İcra ve İflâs Kanunu Şerhi**, C.II, 2.Bası, Ankara 2004.
- Uygur, T. : **Açıklamalı – İçtihatlı Borçlar Kanunu**, C.I, 2.Bası, Ankara 2003.
- Uygur, T. : **Açıklamalı – İçtihatlı Borçlar Kanunu**, C.III, 2.Bası, Ankara 2003.

- Ünal, M. / Başpınar, V. : **Şeklî Eşya Hukuku**, 3.Bası, Ankara 2007.
- Ünal, O.K. : **Menkul Kıymetler**, Ankara 1988.
- Üstündağ, S. : **Medenî Yargılama Hukuku**, C.I-II, 7.Bası, İstanbul 2000 (Yargılama).
- Velidedeoğlu, H.V. : **Türk Medenî Hukuku Umumî Esaslar**, C.I, 7.Bası, İstanbul 1968 (Umumî Esaslar).
- Velidedeoğlu, H.V. : **Medenî Hukuk**, İstanbul 1969.
- Velidedeoğlu, H.V./
Esmer, G. : **Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı**, 2,Bası, İstanbul 1956.
- Von Tuhr, A. : **Borçlar Hukuku'nun Umumî Kısmı** (Çev.: Cevat Edege), C.I-II, 2.Bası, Ankara 1983.
- Yavuz, C. / Özen, B. /
Acar, F. : **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 7.Bası, İstanbul 2007.
- Yavuz, N. : **Uygulamada Ecrimisil Davaları**, 2.Bası, Ankara 2005.
- Yavuz, N. : **Muvazaa – İnançlı İşlem – Nam-ı Müstear ve Kanuna Karşı Hile Davaları**, Ankara 2008.
- Yıldırım, M.K. : **Medenî Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul 1990.
- Yıldız, E. : **Önalım Davaları**, İstanbul, 2005.
- Yılmaz, E. : **Medenî Yargılama Hukukunda Islah**, Ankara 1982.
- Yılmaz, E. : **İstinaf**, Ankara 2005.
- Yılmaz, E. : **Hukuk Sözlüğü**, 9.Bası, Ankara 2005.

- Yılmaz, Z. : **Hukuk Davalarında Yargılama Harç ve Giderleri ile Vekâlet Ücreti**, 2.Bası, Ankara 2006.
- Yılmaz, Z. : **Medenî Usul Hukukunda Davanın Açılmamış Sayılması**, 2.Bası, Ankara 2008.
- Yüksel, K. : "İmar Planının Şuyuu Sureti ile Yapılmasında Şuf'a (Önalım) Hakkının Doğup Doğmayacağı Hakkında Bir İnceleme", **Ad.Der.**, Y.1988, s.4, s.104-108.
- Zevkliler, A. / Acabey, B. / Gökyayla, E. : **Medenî Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri-Aile Hukuku**, 6.Bası, Ankara 1999.
- Zevkliler, A. / Havutçu, A. : **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 9.Bası, Ankara 2007.

KISALTMALAR CETVELİ

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
Ad.Der.	: Adalet Dergisi
AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
Any.Mah.	: Anayasa Mahkemesi
Art.	: Artikel (madde)
aşa.	: aşağıda
Av.As.Üc.Tar.	: Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi
AY.	: Anayasa
B.	: Bası
b.	: bend
BBD	: Bursa Barosu Dergisi
Bd.	: Band (cilt)
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Dergisi)
BK	: Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
c.	: cümle
Çev.	: Çeviren
dn.	: dipnot
DÖHUMK	: 5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
DÜHFD	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas

EMK	: Yürürlükten Kalkan 743 Sayılı Eski Medenî Kanun
EÜHFD	: Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	: fıkra
HD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İİK	: İcra ve iflâs Kanunu
İKİD	: İlmî ve Kazaî İçtihatlar Dergisi
İkt.Mal.	: İktisat ve Maliye Dergisi
İMK	: İsviçre Medenî Kanunu
İst.Huk.Fak.Mec.	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İsv.Bor.Kan.	: İsviçre Borçlar Kanunu
JdT	: Journal des Tribunaux
K.	: Karar
Kam.K.	: Kamulaştırma Kanunu
Karş.	: Karşılaştırınız
m.	: madde
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MK	: Türk Medenî Kanunu
NK	: Noterlik Kanunu
no	: numara
RG	: Resmî Gazete
RKD	: Resmi Kararlar Dergisi
S.	: Sayı

s.	: sayfa
T.	: Tarih
THD	: Türkiye Hukuk Dergisi
TK	: Tapu Kanunu
TL	: Türk Lirası
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
vs.	: ve saire
Y.	: Yıl
Yasa	: Yasa Hukuk Dergisi
Yg.	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
YL	: Yüksek Lisans
yuk.	: yukarıda
ZGB	: Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)
ZPO	: Zivilprozessordnung (Alman Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu)

GİRİŞ

Ş 1. KONUNUN ÖNEMİ SINIRLARI VE İNCELEME PLANI

A. Konunun Önemi ve Sınırları

Önalım kurumu ile ilgili olan en önemli çalışma Feyzi Necmeddin Feyzioğlu tarafından 1959 yılında yazılmış olan “Şuf’a (Önalım) Hakkı” adlı bir kitaptır. Yapılan bu çalışmada o günün koşulları itibariyle, önalım hakkı kavramı bütünü ile ele alınıp incelenmekte ve esas olarak önalım hakkının tarihi gelişimi ile diğer hukuklardaki düzenleniş biçimi ve maddî hukuk hükümleri açısından önalım davası üzerinde durulmaktadır.

Yine Şükran Taman Şıpka’nın 1994 yılında yayınlanan “Türk Hukukunda Kanunî Önalım Hakkı” isimli yapıtı da önalım konusu ile ilgili bir diğer önemli çalışma olup yapılan bu çalışmanın konusunu yasal önalım hakkının hukukî niteliği ve kullanılma şartları oluşturmaktadır.

Yazılan her iki eserde de önalım hakkının kullanılmasının sonuçlarına kısa olarak değinildiği özellikle önalım hakkının dava yolu ile kullanılması durumunda önalım davasındaki usuli işlemler ve meselelerin incelenmesinin ya konu dışında bırakılmaya çalışıldığı ya da çok kısa bir şekilde belirtilmeye uğraşıldığı görülmektedir.

Önalım davasında usul hukukuna ilişkin işlemler ve sorunları özel olarak irdeleyen herhangi bir çalışmanın olmamasının yanısıra, konunun önemi bilhassa 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı yeni Medenî Kanun ile önalım hakkının kullanılmasına ilişkin iradenin dava yolu ile açıklanması koşulunun getirilmesi ve önalım hakkı ile ilgili yapılan köklü değışiklikler (paylı mülkiyette payın tamamen satılmasında olduğu gibi payın kısmen satılması durumunda da önalım hakkının kullanılmasına imkân verilmesi, cebrî artırmayla satışlarda önalım hakkının kullanılmayacağıının kabul edilmesi, önalım hakkından feragatin kanunda düzenlenmesi, satışın alıcı ya da satıcı tarafından diğer paydaşlara bildirilmesi zorunluluğunun getirilmesi, önalım hakkının kullanılmasına ilişkin süreler konusunda yapılan değışiklikler vs. ...) nedeniyle günümüzde bir hayli artmış olup, yapılacak incelemede tüm bu hususlar göz önünde bulundurulacaktır.

Tezin ağırlıklı konusunu önalım davasında usul hukukuna ilişkin işlemler ve sorunlar oluşturmaktadır. Bunun nedeni önalım kurumunun birden fazla esere konu olabilecek kapasiteye sahip bulunması nedeniyle bir sınırlamaya gidilme zorunluluğunun olması ve seçilen alanda özellikle Türk hukuk öğretisinde ve uygulamada çözümlenmesi gereken problemlerin bulunmasıdır.

Yapılacak incelemede; önalım davasının taşınmazın aynına ilişkin bir dava olduğu bu nedenle önalım davasına HUMK'nun 13 üncü maddesi gereğince taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde bakılması gerektiği görüşünde olan Yargıtay'ın aynı davada görevli mahkemenin resmi senette gösterilen satış bedeli ile alıcının yaptığı giderler toplamına göre belirlenmesi gerektiğine karar vermesinin HUMK m.2 f.2 hükmüne ve görevin kamu düzenine ilişkin olması ilkesine aykırı olup olmadığı,

EMK döneminde önalım davasının bir ifa davası olduğunun kabul edilmesine rağmen dava sonunda verilen hükmün yenilik doğurucu (inşâî) bir etkiye sahip olduğunun ileri sürülmesinin Medenî Usul Hukukundaki dava teorisi ile örtüşüp örtüşmediği,

Yargıtay'ın önalım hakkında nef'i ve hasarın önalım hakkı sahibine geçiş anı olarak, önalım hakkı sahibinin önalım bedelini mahkeme emrine depo ettiği tarihi esas almasının pozitif hukuk açısından yerinde bir uygulama olup olmadığı,

01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı yeni Medenî Kanun ile önalım hakkının kullanılmasına ilişkin iradenin dava yolu ile açıklanması koşulunun getirilmesinin başka bir deyimle önalım hakkının yenilik doğuran bir dava (inşâî dava) yoluyla kullanılmasının, önalım hakkının inşâî niteliği ile bağdaşıp bağdaşmadığı,

Önalım davasının yargılması sonunda davanın kabulüne karar verilmeden önce satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerinin depo ettirilmesi şeklindeki uygulamanın hâkimin ihsâsı reyde bulunması anlamına gelip gelmediği,

Kadastro tutanağı düzenlendiğı tarihte genel mahkemelerde görölmekte olan önalım davalarının kadastro mahkemelerine devredilmesinin gerekli olup olmadığı,

Muvazaa iddiasının önalım davasında incelenmesi yönündeki Yargıtay uygulamasının önalım kurumunun bünyesi ile bağdaşıp bağdaşmadığı,

Önalım bedelinin ekonomik-nesnel nedenlerle değışmesi halinde yeni bedelin saptanması için görölmekte olan dava sırasında keşif icra olunmasının doğru bir yöntem olup olmadığı,

Önalım davasında hükmün kesinleşmesinden önce yargılama giderlerinin icraya konulamaması yönündeki uygulamanın ve önalım davasının hak düşürücü süreye tabi kılınmasını öngören 4721 sayılı yeni Medenî Kanundaki son düzenlemenin olması gereken hukuka uygun bulunup bulunmadığı gibi soruların ayrı ayrı yanıtlanması için çaba sarfedilecektir.

Önalım hakkının tarihi gelişimi ve diğ er hukuklardaki düzenleniş biçimi ile hukukî niteliğı ve kullanılma şartları konumuzu aşacak kapasiteye sahip olduğundan bu konular yapılacak incelemede kısaca belirtilmeye çalışılacaktır.

B. Konunun İnceleme Planı

Tezin planı bir giriş kısmı, iki bölüm ve bir sonuç kısmından oluşmaktadır.

Giriş kısmında konunun önemi, sınırları ve inceleme planı üzerinde durulacaktır. Birinci bölümde önalım hakkı ve önalım davası, konusu, amacı ve hukukî niteliğı de gözönünde bulundurularak genel bir biçimde ortaya konulmaya çalışılacaktır. İkinci bölüm önalım davasında usul hukukuna ilişkin işlemler ve sorunlara ilişkin olup, bu bölümün uygulamada ortaya çıkan sorunlar doğrultusunda şekillendirilerek kaleme alınmasına özen gösterilecektir. Tezimiz önalım davasının genel bir değıerlendirmesinin yapıldığı ve varılan sonuçların özetlendiğı bir sonuç bölümüyle noktalanacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖNALIM HAKKI VE ÖNALIM DAVASI KAVRAMI

§ 2. ÖNALIM HAKKI KAVRAMI

A. Hak ve Yenilik Doğuran Hak Kavramı

I. Hak

Hukuk biliminin üzerinde en çok uğraştığı kavramlardan birisi hak kavramıdır¹. Doktrinde hak kavramını açıklamak için çeşitli teoriler ortaya atılmıştır².

¹ Hak kavramı hakkında bkz. E.Adal, **Hukukun Temel İlkeleri El Kitabı**, B.6, İstanbul 1998, s.208-278; E.Akı, **Hukukun Temel Kavramları**, B.8, İzmir 2007, s.135-163; A.Aybay/R.Aybay, **Hukuka Giriş**, B.3, İstanbul 2006, s.179-190; N.Bilge, **Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları**, B.21, Ankara 2006; s.209-280; Ş.Görgün, **Hukukun Temel Kavramları**, B.5, Ankara 1996, s.220-237; K.Gözler, **Hukuka Giriş**, B.4, Bursa 2007, s.268-279; A.Ş.Gözübüyük, **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları**, B.26, Ankara 2007, s.160-174; B.Öztan, **Medenî Hukuk'un Temel Kavramları**, B.26, Ankara 2008, s.62-80; T.Esener, **Hukuk Başlangıcı Dersleri**, İstanbul 1998, s.152-172; B.Umar, **Hukuk Başlangıcı**, İzmir 1997, s.147-151; E.Bozkurt, **Hukukun Temel Kavramları**, B.6, Ankara 2007, s.207-214; T.Akıntürk, **Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış Medenî Hukuk**, B.13, İstanbul 2008, s.29-39; M.K. Oğuzman/N.Barlas, **Medenî Hukuk**, B.14, İstanbul 2007, s.107-134; H.Can/S.Güner, **Hukukun Temel Kavramları**, B.3, Ankara 2006, s.205-213; A.Zevkililer/B.Acabey/E.Gökyayla, **Medenî Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri-Aile Hukuku**, B.6, Ankara 1999, s.117-127; S.Edis, **Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, B.6, Ankara 1997, s.358-359; S.Keyman, **Hukuka Giriş**, B.3, Ankara 2005, s.137-152; A.Önder, **Hukukun Temel Kavramları**, Muğla 1996, s.125-136; Y.Deryal, **Hukukun Temel Kavramları**, Trabzon 1998, s.115-169; A.Ataay, **Medenî Hukukun Genel Teorisi**, B.3, İstanbul 1980, s.363; S.S.Tekinay, **Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, B.6, İstanbul 1992, s.125; F.H.Saymen, **Türk Medenî Hukuku Umumî Prensipler**, C.I, B.3, İstanbul 1960, s.222 vd.; Z.İmre, **Medenî Hukuka Giriş**, B.3, İstanbul 1980, s.223; B.Köprülü, **Medenî Hukuk, Genel Prensipler-Kişinin Hukuku**, B.2, İstanbul 1984, s.63; A.Güriz, **Hukuk Başlangıcı**, B.11, Ankara 2006, s.49-52; A.N.İnan, **Medenî Hukuk**, B.2, Ankara 2005, s.51-66; A.Kocaman, **Temel Hukuk Bilgisi**, B.9, Ankara 2007, s.19-35; M.Ayan, **Medenî Hukuka Giriş**, B.4, Konya 2007, s.79-103; R.Serozan, **Medenî Hukuk, Genel Bölüm**, İstanbul 2004, s.144-216; M.Ayan, **Medenî Hukuk**, B.2, Konya 2001, s.81-195; H.Pulaşlı, **Temel Hukuk**, B.5, Adana 2005, s.79-197; H.V.Velidedeoğlu, **Türk Medenî Hukuku Umumî Esaslar**, C.I, B.7, İstanbul 1968, s.203-251; H.Hatemi, **Medenî Hukuka Giriş**, B.3, İstanbul 2004, s.110-139; E.Özsunay, **Medenî Hukuka Giriş**, B.5, İstanbul 1982, s.233-244; E.Özsunay, **Bankacılık Yönünden Medenî Hukuk Kuralları**, İstanbul 1978, s.31-114.

² Bu görüşler için bkz. A.Schwarz, **Medenî Hukuka Giriş**, (Çev.:H.V.Velidedeoğlu), İstanbul 1942, s.95 vd.; Saymen s.222 vd.; Tekinay, **Medenî Hukukun Genel Esasları**, s.127; Esener, **Hukuk Başlangıcı** s.153 vd.

İrade teorisine göre, hakkın tanımlanmasında irade ön plana çıkarılmaktadır. Hak, hukuk düzeni tarafından kişilere tanınan irade gücüdür denilmektedir. Bir kişi, diğer bir kişiye kendi iradesini zorla kabul ettirebiliyor veya onu kendi iradesine uygun davranmaya zorlayabiliyorsa hak sahibidir. 19 uncu yüzyıl Alman yazarlarından Savigny tarafından savunulan bu görüş dış görünüşe önem vermekte, olaylara şekilci yaklaşmakta ve hakkın içeriğini açıklamada yetersiz kalmaktadır. Çünkü irade sahibi olmayan küçük çocuklar, akli yönden özürlü bulunanlar ve akıl hastaları salt bu görüş kabul edilirse haklara sahip olamayacaklardır³.

Menfaat teorisine göre hak, hukuk düzeni tarafından korunan menfaattir şeklinde tanımlanmaktadır. Bu teori iradeci görüşe karşı ortaya atılmıştır. Alman hukukçularından Jhering tarafından ortaya atılan bu görüşte menfaat, irade unsurunun yerini almaktadır. Bu teori irade unsuruna önem vermemesi nedeniyle eleştirilmiştir. Ayrıca hukuken korunan her menfaati hak olarak nitelemek mümkün değildir⁴.

İrade ve menfaat teorilerinin eksikliği karşısında, üçüncü bir teori hakkı, “ferdî hukukça korunan menfaat ve varlıklarının gerçekleştirilmesi veya korunmasına ilişkin irade kudreti” olarak tanımlamaktadır. Karma teori olarak nitelendirilen bu hâkim görüşe göre, “Hak, hukukça korunan ve sahibine, isterse bu korunmadan yararlanma yetkisi veren bir menfaattir.”⁵

Hak kavramını açıklamaya çalışan bir başka teori hak kavramı yanında hukukî müessese kavramına da yer vermekte, böylece hak gibi müessesenin

Hak (ius) kavramının Roma Hukukundaki kökeni ve anlamı için bkz. Z.Umur, **Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumî Mefhumlar-Hakların Himâyesi**, İstanbul 1982, s.339.

³ Bozkurt s.208.

⁴ Bozkurt s.208.

⁵ Bkz. Schwarz s.96; Tekinay, Medenî Hukukun Genel Esasları s.129; Saymen s.196; Oğuzman/Barlas s.109, Zevkliler/Acabey/Gökyayla s.119-120; Ataay s.364; Edis s.358; Özsunay, Medenî Hukuka Giriş s.236; Velidedeoğlu, Umumî Esaslar s.241; Akıntürk, Medenî Hukuk s.29.

Aynı sonuca menfaat teorisi ile de ulaşmanın mümkün olduğu yönündeki görüş için bkz. Oğuzman/Barlas s.109.

Karma teorinin hakkın kullanımında toplumsal yarar nedeniyle konulan sınırı göremediği yönündeki eleştirisi için bkz. Can/Güner s.207.

de korunmasını önermektedir. Bu teoriye göre müessese fikri, sahibine yetkiler veren hak yanında bazı yükümlülükler de içermektedir. Toplum içinde yaşayan bireylerin, topluma karşı yükümlülüklerinin bulunması doğaldır. Nitekim Anayasa'nın 12 nci maddesinin 2 nci fıkrası da bu görüşü benimsemekte ve temel hak ve hürriyetlerin kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluk içerdiğini hükme bağlamaktadır⁶.

Daha yeni bir teori hakkı, hukukî ilişki kavramıyla açıklamaktadır. Bu görüşe göre hak, sahibine bu ilişkiye katılan kişi veya kişiler karşısında tanınan bir ayrıcalık veya imtiyazlı durumdur. Hukukî ilişki teorisine göre hak, hukukî ilişkinin bir unsuru olup, sahibi lehine imtiyazlı bir durum yaratırken, diğer kişiler için de sınırlama (takyit, yükümlülük) oluşturmaktadır. Hakkın hak sahibine verdiği imtiyaz, diğer kişilere yüklenen davranış yükümlülüğünden ibarettir. Böylece, üçüncü kişiler, hak sahibinin hakkından tam olarak yararlanabileceği şekilde davranmak zorundadırlar⁷.

II. Yenilik Doğuran Hak

Bir kısım haklar sahibine tek taraflı bir irade açıklaması ile yeni bir hukukî durum yaratmak veya mevcut bir hukukî durumu değiştirmek ya da tamamen ortadan kaldırmak yetkisini verirler ki, bu haklara yenilik doğuran haklar denir⁸.

⁶ F.Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B.9, İstanbul 2006, s.45.

⁷ Eren, **Borçlar Hukuku** s.44-45.

Hakkı doğal hukuktan çıkartan teori için bkz. Keyman s.139.

Hak kavramını reddeden teoriler için bkz. Güriz s.51-52.

⁸ Akıntürk, **Medenî Hukuk** s.38.

“Yenilik doğuran hak kavramını bugünkü anlamıyla ilk kullanan, Alman Hukukçusu Emil Seckel'dir. Seckel, 23 Mayıs 1903'de Berlin Hukuk Cemiyeti'nin bir toplantısında sunduğu “Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Recht” başlıklı tebliğinde kavramı kullanmıştır. Bu tebliğ daha sonra bir ayrı bası halinde Tübingen'de Kaupp matbaasında basılarak Darmstadt'da Wissenschaftliche Buchgemeinschaft tarafından yayınlanmıştır.” (Oğuzman / Barlas s.125 dn.167).

Kavramı ifade için Gestaltungsrecht karşılığı olarak Türkçe'de yenilik doğuran hak deyimini ilk olarak Hıfzı Veldet Velidedeoğlu tarafından A.B. Schwarz'ın **Medenî Hukuka Giriş** kitabının tercümesinde (İstanbul 1942) kullanılmıştır.” (Oğuzman/Barlas s.125 dn.67).

Kavram ve özellikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. A.Von.Tuhr, **Borçlar Hukuku'nun Umumî Kısmı**, (Çev: C.Edege), C.I-II, Ankara 1983, s.22-26; S.S.Tekinay / S.Akman / H.Burcuoğlu / A.Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel**

Başka bir deyişle, yenilik doğuran haklar, tek taraflı bir irade beyanıyla bir başkasının hukukî durumunu, onun katılmasına gerek olmadan, değiştiren yetkililerdir. Böylece yenilik doğuran haklarla tanınmış olan yetki, bir başkasının hukukî durumunun, ancak onun da katılması ile değişebileceği ilkesine bir istisna getirmiş olmaktadır⁹. Bu haklar kural olarak sahibi tarafından tek taraflı bir irade açıklamasıyla kullanılırlar ve bu açıklamanın karşı tarafa ulaşmasıyla sonuç doğururlar¹⁰.

Hak sahibinin elinde bulundurduğu bu güç, kullanıldığı zaman doğrudan doğruya etkiler meydana getiren bir güçtür. Yenilik doğuran hak sahibinin bu hakkını kullanması ile birlikte arzu edilen hukukî yenilik, yani bir hukukî ilişkinin kurulması, değiştirilmesi veya sona erdirilmesi sonucu meydana gelir. Bu noktada yenilik doğuran hakların diğer haklardan farklı bir özelliği de ortaya çıkmaktadır. Diğer haklar bakımından hak sahibinin hakkını kullanması ile, kullanılan hakkın icrası farklı hususlardır. Diğer hakların icrası için, karşı tarafın işbirliğinde bulunması, aksi takdirde hak sahibinin devlet organlarının müdahalesini talep etmesi, örneğin dava açması gerekir. Oysa yenilik doğuran haklar kullanılmaları ile birlikte aynı zamanda icra edilirler¹¹.

Yenilik doğuran hakların doğrudan doğruya hukukî sonuçlar meydana getiren etkisi, hak sahibini mahkemeye başvurma zorunluluğundan kurtarmaktadır. Bir hukukî ilişkiyi kurma, mevcut bir hukukî ilişkinin içeriğini değiştirme veya sona erdirme suretiyle yeni bir hukukî durum meydana getirme yetkisi tek başına hak sahibinin elindedir ve onun bu sonucu elde etmek için

Hükümler, B.7, İstanbul 1993, s.16-17; İ.Kaplan, **Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler)**, B.3, Ankara 2003, s.19-26; V.Buz, **Medenî Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara 2005, s.21-501; Serozan, *Medenî Hukuk* s.170-171; Oğuzman/Barlas s.125-129; Eren, *Borçlar Hukuku* s.58-66; Ataay s.398-400; Özsunay, *Medenî Hukuka Giriş* s.242-243; Velidedeoğlu, *Umumî Esaslar* s.250-251; Zevkliler/Atabey/Gökyayla s.124-126.

⁹ Eren, *Borçlar Hukuku* s.58.

¹⁰ Akıntürk, *Medenî Hukuk* s.38.

¹¹ Buz s.65-66.

devlet organlarını devreye sokma, kesinleşmiş bir mahkeme kararı elde ederek bunu icraya koyma zahmetlerine katlanmasına gerek kalmamaktadır¹².

Hemen belirtmek gerekir ki, yukarıdaki açıklamalardan, yenilik doğuran hakların söz konusu olduğu durumlarda hak sahibinin dava açmak zorunluluğundan tamamen kurtulduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Hak sahibi sadece yeni bir hukukî durum yaratma, yani bir hukukî ilişkiyi kurma, değiştirme veya sona erdirmeye sonucuna ulaşmak için dava açmak zorunda değildir. Eğer hak sahibinin tek taraflı beyanı ile meydana gelen yeni hukukî durumdan onun lehine bazı talep hakları doğmuş ve karşı taraf borcunu yerine getirme niyetinde değil ise, hak sahibinin yapabileceği tek şey devlet organlarının müdahalesini talep etmek olacaktır¹³.

Ayrıca bazı istisnaî durumlarda hak sahibi yeni bir hukukî durum yaratma yani bir hukukî ilişkiyi kurma, değiştirme veya sona erdirmeye sonucuna ulaşmak için dahi dava açmak mecburiyetindedir¹⁴. Özellikle kamu düzeni ile ilgili olan veya hukuk güvenliğinin sağlanması ya da üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması gereken durumlarda, hukukî durum değişikliği için sadece hak sahibinin iradesi yeterli görülmemiş bu iradenin bir de yargı denetiminden geçmesi uygun görülmüştür. Örneğin boşanma için mutlaka boşanma davasının (MK m.167 vd. – EMK m.135 vd.), babalığa hükmedilebilmek için babalık davasının (MK m.301 vd. – EMK m.295 vd.), anonim şirket genel kurul kararlarının iptal edilmesi için iptal davasının (TTK m.381 vd.) açılması zorunludur¹⁵.

Yenilik doğuran haklar, kurucu yenilik doğuran haklar, değiştirici yenilik doğuran haklar ve bozucu yenilik doğuran haklar olmak üzere üçe ayrılır. Kurucu yenilik doğuran haklar, kullanılmaları ile daha önce var olmayan yeni bir

¹² Serozan, Medenî Hukuk s.171; Buz s.66.

¹³ Buz s.67.

¹⁴ Akıntürk, Medenî Hukuk s.38.

¹⁵ Ç.Kırca, Önalım Hakkı Konusunda Medenî Kanundaki Değişiklikler, **Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı**, C.II, İstanbul 2002, s.1201; E.Önen, **İnşai Dava**, Ankara 1981, s.50.

hukukî durum yaratan haklardır. Örneğin önalım (şuf'a)¹⁶, geri alım (vefa) ve alım (iştirâ) hakları bu çeşittendir. Değiştirici yenilik doğuran haklar söz konusu olduğunda, hakkın kullanılması ile, daha önce var olan hukukî durum değişikliğe uğrar. Örneğin birden çok şeyin borcun konusu olması ve bunlardan birinin ödenmesiyle borcun yerine getirilmiş sayılması ve bu birden çok şeylerden birinin seçiminin taraflardan birine bırakılmış olması durumunda bir "seçimlik borç"tan söz edilir (BK m.71). Bu konudaki seçim hakkı, değiştirici yenilik doğuran bir haktır. Bunun gibi Borçlar Kanunu'nun 106 ncı maddesi gereğince, karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde, iki taraftan birinin borcunu ödemedede gecikmesi (temerrüde düşmesi) durumunda diğer tarafın dilerse borç konusu şeyi istemesi dilerse de bundan vazgeçerek tazminat istemesi değiştirici yenilik doğuran haktır. Bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılması ile de, varolan bir hukukî durum, ortadan kalkmaktadır. Örneğin Medenî Kanun'un 161 (EMK'nun 129) ve devamı maddelerinde yer alan nedenlerden birinin bulunması durumunda, eşlerin boşanma davası açabilme hakları da bozucu yenilik doğurucu niteliktedir. Bu hakkın kullanılması ile varolan evlilik ortadan kalkar. Aynı şekilde bir sözleşmenin taraflarca bozulması (feshi) de bozucu yenilik doğuran haklardandır (BK m.106, m.187, m.202, m.358, m.367, m.369)¹⁷.

Yenilik doğuran hak geçerli olarak kullanılmışsa, bu kullanma ile hak sona erer, artık bir daha kullanılması söz konusu değildir. Diğer bir ifade ile yenilik doğuran haklar bir defa kullanılmakla tükenirler¹⁸. Örneğin, kira sözleşmesinin feshinde, seçimlik borçlarda seçim hakkının kullanılmasında, mirasın reddinde, takasta durum böyledir¹⁹.

Bu haklar yukarıda da belirtildiği gibi, bir defa kullanılmakla sona erer, tükenir. Sona ermiş, tükenmiş bir haktan dönmek ise, artık hak mevcut olmadığı

¹⁶ Önalım (şuf'a) hakkının değiştirici yenilik doğuran nitelikte bir hak olduğu yönündeki görüş için bkz. F.H.Saymen/H.K.Elbir, **Türk Eşya Hukuku Dersleri**, İstanbul 1963, s.407; M.Küley, **Medenî Kanun'da ve Tatbikatında Şuf'a Hakkı**, İstanbul 1950, s.12 vd. Bu görüşün eleştirisi için ayrıca bkz. a.ş.a.s.22. dn.78.

¹⁷ Zevkliler/Acabey/Gökyayla s.125.

¹⁸ Zevkliler/Acabey/Gökyayla s.126.

¹⁹ Eren, Borçlar Hukuku s.62-64.

için, söz konusu olamaz²⁰. Tarafların anlaşmaları veya yenilik doğuran hak sahibinin, hakkı kullandıktan sonra bundan feragati durumu değiştiremez²¹. Ancak tarafların aralarında tekrar yeni bir ilişki kurmaları, örneğin boşanmadan sonra tekrar evlenmeleri, işçinin tekrar işe alınması mümkündür²².

Yenilik doğuran haklar kesinlik ve açıklık isteyen bu nedenle de şarta yabancı haklardır²³. Oysa, şart tanımı itibariyle gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan gelecekteki bir olaydır²⁴. Ancak şarta bağlı olarak bir yenilik doğuran hakkın bir işlem ile kullanılmasını mümkün kılan durumlar da vardır; fakat burada şartın yarattığı şüpheli durumun, hakkın yöneltildiği kişiler için zararlı olmaması gerekir. Örneğin işverenin işyerine geç gelen işçisine, “gelecek ay iki defa daha geç gelersen, iş sözleşmen feshedilecektir” demesi halinde, fesih hakkının kullanılmasının bağlandığı şart, işçi için zararlı değildir. Kaldı ki, bu durumda şartın gerçekleşmesi, işçinin işe geç gelme olayı, işçinin iradesine bağlıdır²⁵.

MK m.2'ye göre, her hakkın kullanılması dürüstlük kuralına²⁶ uygun olmalıdır. Yenilik doğuran haklar da, bir hak olduğundan, bunların da bu ilkeye tâbi olması, genel kurala istisna teşkil etmemesi gerekir²⁷.

²⁰ Eren, Borçlar Hukuku s.64.

²¹ Önen, İnşaf Dava s.29.

²² Pulaşlı s.94.

²³ A.Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B.9, Ankara 2007, s.15; Önen, İnşaf Dava s.28; Eren, Borçlar Hukuku s.65.

²⁴ Eren, Borçlar Hukuku s.65.

Şart kavramı hakkında daha fazla bilgi için bkz. L.Sirmen, **Türk Özel Hukukunda Şart**, Ankara 1992, s.1-189.

²⁵ Pulaşlı s.94.

²⁶ “Dürüstlük kuralları, orta zekâlı, normal, mâkul kimselerin toplum içerisinde karşılıklı güvene, ahlâka ve dürüstlüğe dayalı davranışları sonunda meydana gelmiş ve toplum ihtiyaçları ile iş hayatının gereklerine cevap veren, bu nedenle de herkesçe benimsenen kuralların bütünüdür.” (Öztan s.173). Dürüstlük kuralı hakkında geniş açıklamalar için bkz. R.Arslan, **Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, Ankara 1989, s.23-27; İmre s.286 vd.; Köprülü s.135-154; Edis s.290-323; Öztan s.173-184; Zevkliler/Acabey/Gökyayla s.161-186; M.K.Oğuzman, **Medenî Hukuk Dersleri**, B.6, İstanbul 1990, s.164-185; J.G.Akipek/T.Akintürk, **Türk Medenî Hukuku**, C.I, B.6, İstanbul 2007, s.163-176. Ayrıca bkz. aşağıda s.93-94.

²⁷ Eren, Borçlar Hukuku s.65.

Yenilik doğuran hakların bir diğer özelliği de zamanaşımına uğramamalarıdır. Zamanaşımına uğrayan haklar alacak haklarıdır²⁸. Yenilik doğuran haklar, alacak hakkı olmadıkları ve dolayısı ile bir edimi kapsamadıkları için ilke olarak zamanaşımına bağlı olmayıp, hak düşürücü süreye tâbidirler.

Hak düşürücü süreler zamanaşımı sürelerine oranla daha kısadır. Bu süre içinde kullanılmayan yenilik doğuran haklar düşer, bir daha kullanılamaz. Yenilik doğuran hakların kısa bir süreye bağlı olması, her şeyden önce, karşı tarafın hukukî durumunun mümkün olduğu kadar çabuk aydınlığa kavuşması ,sonra da bu hakların sürekli haklardan olmamalarıyla izah olunabilir. Bununla birlikte, hiçbir süreye tâbi olmayan yenilik doğuran haklar da mevcuttur. Nitekim örneğin, MK m.88, m.89'da (EMK m.69, m.71'de) düzenlenmiş olan yenilik doğuran haklarda süre söz konusu değildir. Sürekli borç ilişkileri, önemli sebeple feshedilebilir. Hak sahibi, önemli sebebi öğrenir öğrenmez dürüstlük kuralına göre en kısa süre içinde fesih hakkını kullanmalıdır²⁹.

Yenilik doğuran haklar, ilke olarak içinde bulunduğu hukukî ilişki veya hak ile birlikte, bunların devri mümkün olduğu taktirde, bir başkasına devredilebilir. Bu nedenle BK m.162 ve m.172 hükümleri göz önünde tutularak yenilik doğuran hakların devrine de, alacağın devrine ilişkin hükümler, kurumun özelliği engel olmadıkça veya özel koşullar bulunmadıkça kıyasen uygulanır³⁰.

Yenilik doğuran hakların bir diğer çarpıcı özelliği bu hak grubunun diğer haklardan bir başka farkı da, "hakkın ihlâli" kavramına yabancı olmasıdır. Daha açık bir ifade ile yenilik doğuran hakların ihlâlleri söz konusu olamaz. Örneğin,

²⁸ "Alacak hakkı, dar anlamda borç ilişkisinde alacaklıya borçludan edimi yerine getirmesini isteme yetkisini sağlayan hakkı ifade eder. Alacaklının alacağı isteme yetkisine de talep hakkı veya kısaca talep adı verilmektedir. Alacak hakkı ile talep çok kere eş anlamlı olarak kullanılırsa da talep yalnız alacaklara münhasır değildir. Aynî haklarda da talep söz konusu olur ve aynî hak ihlâl edildiği zaman doğar. Talep mahkeme yolu ile kullanıldığı zaman dava söz konusu olur. Fakat bu ifade ancak eda davaları için geçerlidir. Tespit davaları ve yenilik doğuran davalar bu târifin kapsamına girmez. Mahkemece verilen eda ilâmının veya istisnaen para borçlarında bir ilâm olmadan yapılan taleplerin Devlet zoru ile yerine getirilmesine cebrî icra adı verilir. Böylece cebrî icra talebin bir uzantısını teşkil etmektedir." (M.K. Oğuzman /M.T.Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B.5, İstanbul 2006, s.12-13).

²⁹ Eren, Borçlar Hukuku s.64.

³⁰ Önen, İnşâî Dava s.29; Eren, Borçlar Hukuku s.65.

irade sakatlığına maruz kalan bir şahsın iptal hakkının, borçlu temerrüdünde alacaklının sözleşmeden dönme veya müspet zararının tazminini talep etme hakkının, keza takas hakkının ihlâli mümkün değildir. Karşı taraf sadece bazı durumlarda bu hakların doğması için gerekli olan koşulların oluşmasını engelleme imkânına sahiptir³¹. Örneğin borçlu temerrüde düşmemek veya temerrüde düşmüş olmasına rağmen kendisine tayin edilen ek sürede borcunu ifa etmek suretiyle dönme veya müspet zararın tazminini talep etme haklarının doğmasına engel olabilir. Aynı şekilde kendisine karşı takas hakkının kullanılmasını istemeyen bir şahıs kendi muaccel borcunu ödemek suretiyle bu amacına ulaşabilir. Yine mirastan ıskat edilmek istemeyen kanunî mirasçının ıskata yol açabilecek davranışlardan kaçınması gerekecektir. Ama yenilik doğuran hak bir kez doğmuş ise muhatapın hak sahibinin bu hakkını ihlâl etmesi, örneğin bu hakkın kullanılmasını güçleştirmesi veya tamamen engel olması kural olarak mümkün değildir³².

Yenilik doğuran hakların özellikle talep haklarından ve diğer yetkilerden farkını vurgulamak için, yenilik doğuran hak sahibi ile muhatap arasında bir “tâbiyet ilişkisinin” varlığından söz edilmektedir³³. Talep hakları bakımından taraflar arasında bir ast-üst ilişkisi mevcut değildir. Taraflar eşit konumda olup, hak sahibinin karşısındaki şahıs sadece bir “yükümlü” durumundadır. Talep hakkı sahibinin alacağını elde etmesi borçlunun işbirliğinde bulunmasına, yani borcunu ifa etmesine bağlıdır. Borçlu borcunu ifa etmediği takdirde alacaklının mahkemeye veya icraya başvurması gerekir. Oysa bir yenilik doğuran hakkın söz konusu olduğu durumlarda taraflar arasındaki ilişki artık eşit bir ilişki değil, bir “ast-üst”, bir tâbiyet ilişkisidir. Muhatap, hakkın kullanılması ve arzu edilen sonucun doğması bakımından söz sahibi olmayıp, hak sahibinin iradesine

³¹ Buz s.67.

“Hatta muhatap, kullanılmaları için herhangi bir sebebe ihtiyaç göstermeyen yenilik doğuran haklar bakımından, böyle bir imkâna dahi sahip değildir. Örneğin BK m.369’da iş sahibine tanınan tazminat karşılığında eser sözleşmesini feshetme hakkı bu tür bir haktır. Bu hükme göre, iş sahibi eser tamamlanıncaya kadar, herhangi bir gerekçe göstermeden fesih hakkını kullanabilir.” (Buz s.67 dn.48).

³² Buz s.68.

³³ Serozan, Medenî Hukuk s.170.

tâbidir. Tek ve son söz sahibi yenilik doğuran hak sahibidir. Bu tâbiyet ilişkisinin kaynağını ya bir kanun hükmü ya da bir sözleşme oluşturmaktadır. Değişik bir ifade ile, bazen kanun koyucu taraflardan birini diğerinin iradesine tâbi kılarken, bazen de bir taraf yaptığı bir sözleşme ile karşı tarafın iradesine tâbi olmayı kabul etmektedir³⁴.

Yenilik doğuran hakların sona ermeleri aşağıdaki şekillerde olabilir:

Yenilik doğuran haklar, her şeyden önce kullanılmakla sona erer. Bu sebep, en normal sona erme sebebidir. Yenilik doğuran haklar, ayrıca tâbi oldukları hak düşürücü süre içinde kullanılmamak suretiyle de sona erdirilebilir. Yenilik doğuran haklar, hak sahibinin bunları kullanmaktan feragat etmesiyle de sona erebilir. Ancak bunun için, her şeyden önce hak sahibi hak doğduktan sonra bundan feragat etmeli, ikinci olarak da yenilik doğuran hak, feragat elverişli bir yenilik doğuran hak olmalıdır. Yenilik doğuran hakların kullanılmasının, sonradan imkânsız hale gelmesi de bir diğer sona erme sebebidir³⁵.

B. Önalım Hakkı

I. Kanunda Düzenleniş Biçimi

Önalım hakkı 743 sayılı Medenî Kanun'da sadece iki madde halinde düzenlenmişken³⁶, 4721 sayılı Türk Medenî Kanun'unda dört madde halinde düzenlenmiştir³⁷.

³⁴ Buz s.69-70.

“Bu yönüyle yenilik doğuran haklar ile idari işlemler arasında bir paralelliğin bulunduğu da ifade edilmektedir. Hemen belirtelim ki, kurulan bu paralellik, yenilik doğuran hak sahibine tanınan gücü çarpıcı bir biçimde gözler önüne serme amacına yönelik olarak yapılan bir benzetme olarak kaldığı sürece kabul edilebilir. Çünkü idari işlemler ile yenilik doğuran haklar arasında önemli farklar mevcuttur.” (Buz s.70). Bu farklar hakkında geniş açıklama için bkz. Buz s.70.

³⁵ Eren, Borçlar Hukuku s.66.

³⁶ Bu maddeler 743 sayılı Medenî Kanun'un 658 ve 659 uncu maddeleridir.

³⁷ Bu maddeler 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 732, 733, 734 ve 735 inci maddeleridir.

743 sayılı Medenî Kanun'da, önce 658 inci maddede sözleşmesel önalım hakkı düzenlenmiş,daha sonra 659 uncu maddede yasal önalım hakkı yer almıştır. Yapılan değişiklikle³⁸ 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda öncelik yasal önalım hakkına verilmiş olup (MK m.732, m.733, m.734), sözleşmesel önalım hakkı sonraki maddede (MK m.735'de) düzenlenmiştir. Ayrıca sözleşmesel önalım hakkının kullanılması ve bu haktan vazgeçme konusunda yasal önalım hakkına ilişkin düzenlemelere atıfta bulunulmuştur (MK m.735 f.2)³⁹.

MK m.733 ve m.734 tamamen yeni hükümler içermekte olup, 733 üncü madde İsviçre Medenî Kanunu'ndaki bazı düzenlemeler esas alınarak hazırlanmıştır. MK m.734'e tekabül eden bir hüküm ise, ne İsviçre Medenî Kanunu'nda ne de Borçlar Kanunu'nda bulunmaktadır⁴⁰.

Önalım hakkı Türk Medenî Kanunu'nda düzenlenmiş olmasına karşın başta Borçlar Kanunu olmak üzere HUMK, Kat Mülkiyeti Kanunu, Türk Ticaret Kanunu gibi bir çok başka yasayı da ilgilendirmektedir. Bu nedenle açıklanan her konuda başka yasaların önalım hakkını ilgilendiren hükümlerine de bu çalışmada ayrıca değinilecektir.

II. Önalım Hakkı Terimi

İslam Hukukundan günümüz modern hukuk sistemine yerleşmiş olan şuf'a (önalım) kelimesi kök olarak Arapça'dan gelmektedir⁴¹. Şuf'a (önalım) eski hukukta zam manasındadır⁴².

Sözlük anlamı "önce satın alma, başkalarından önce satın alma hakkı" olarak verilen bu kelimenin sözlük anlamının, önalım (şuf'a) kavramını daha iyi ifade ettiği ileri sürülmektedir⁴³.

³⁸ 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu (RG, 08.12.2001, 24607).

³⁹ Kırca s.1185-1186.

⁴⁰ Kırca s.1186.

⁴¹ S.K.Paylı, **Kanunî Medenî'de Aynî Haklar-Şuf'a**, İstanbul 1946, s.9 vd.; N.F.Feyzioğlu, **Şuf'a Hakkı**, İstanbul 1959, s.3.

⁴² Türk Hukuk Kurumu, **Türk Hukuk Lûgati**, Ankara 1991, s.313.

⁴³ Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı s.3.

Şuf'a (önalım), Almanca "Vorkaufsrecht", Fransızca "droit de preemption" İngilizce "right of pre-emption" ve latince "ius protimiseos" teriminin karşılığıdır⁴⁴.

01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 21.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda, 743 sayılı Medenî Kanun'dan farklı olarak şuf'a deyimini yerine önalım⁴⁵ deyişine yer verilmiştir.

Yapılacak bu çalışmada da şuf'a terimi yerine belki ondan daha uzun, fakat müessesenin niteliğini daha kolayca belirten aynı zamanda Türkçe bir ifade şekli ve kanunî bir tâbir olan önalım terimi tercih edilecektir.

III. Kavramın Ortaya Çıkışı ve Gelişimi⁴⁶

Mülkiyet hakkının gelişme süreci ile ilgili olan önalım hakkı; mülkiyet hakkına tarih boyunca verilen anlam doğrultusunda, hukuk dünyasındaki varlığını, şu veya bu biçimde, sürdürme gelmiştir⁴⁷.

Önalım hakkı mutlak mülkiyet hakkı düşüncesi ile, sosyal nedenlerle önalım hakkını savunan düşüncelerden birinin diğerine zaman içinde değişen egemenliğine göre bazen geniş bazen ise oldukça dar uygulanmıştır⁴⁸.

İlkel hukukta, arzu edilmeyen tasarruf ve devirleri engellemek şeklinde ortaya çıkan bu temel düşünce, zamanla kanundan doğan sınırlamalar ve önalım çeşitlerinin kabulüne neden olmuştur⁴⁹.

⁴⁴ Türk Hukuk Kurumu, **Lûgat** s.313. Ayrıca bkz. M.Ovacık, **İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü**, B.3, Ankara 2000 s.251 ve s.147; M.Ovacık, **Türkçe-İngilizce Hukuk Sözlüğü**, B.5, Ankara 2003, s.240-241.

Amerikan Hukukunda ise önalım hakkını "right of first refusal" terimi karşılamaktadır. Bkz. C.E.Bagley, **Managers and the Legal Environment Strategies for the 21st Century**, B2, Minneapolis/St.Paul 1995, s.543.

⁴⁵ Müesseseyi ifade bakımından şuf'a hakkı karşılığı olarak önalım yerine öncelikle alım ya da öncelikli alım deyiminin kullanılması gerektiği hakkında bkz. Oğuzman/Barlas s.126 dn.168a.

⁴⁶ Bu konu hakkında daha fazla bilgi için bkz. M.T.Sebuk, **Şuf'a, Vefa ve İştira Hakları**, İstanbul 1951 s.7-11; Feyzioğlu, **Şuf'a Hakkı** s.35-72.

⁴⁷ Feyzioğlu, **Şuf'a Hakkı** s.1.

⁴⁸ E.Yıldız, **Önalım Davaları**, İstanbul 2005, s.1.

⁴⁹ K.Schurig, **Das Vorkaufsrecht im Privatrecht**, Berlin 1975, s.18-19 (Naklen, Ş.T.Şipka, **Türk Hukukunda Kanunî Önalım (Şuf'a) Hakkı**, İstanbul 1994, s.17).

Ortaçağ'da önalım hakkı, aile veya diğer birlik (topluluk) mallarının bir arada kalmasını, parçalanmamasını temin etmiş ve bu malların istenmeyen yabancı kişilere geçmesini engellemiştir⁵⁰.

İslam Hukuku sosyal devlet anlayışı yaklaşımıyla önalım hakkına geniş yer ayırmıştır⁵¹.

Mecelle önalım hakkını İslâm Hukukunun esaslı bir müessesesi olarak bulmuş ve ona büyük önem vererek 1008 ilâ 1044 üncü maddelerini bu babdaki hükümleri tespitte hasretmiştir⁵².

İslâm Hukukunda olduğu gibi Batı Hukuklarında da önalım hakkına yer verilmiştir⁵³.

Batı Hukukunda önalım hakkına en büyük önemi veren Alman Medenî Kanunu olmuştur. Bu kanun satış bahsinde (m.504-514), aynî haklarda (m.1094-1104) ve mirasta (m.2034-2035) önalım hakkına ait hükümlere yer ayırmıştır. Avusturya Medenî Kanunu da önalıma sekiz madde tahsis etmiştir (m.1072-1079). Fransız Medenî Kanunu önalım hakkını sadece mirasçılara tanımış ve 841 inci maddesinde buna ilişkin tek hükümle önalım müessesini düzenlemiştir. İtalyan Medenî Kanunu'nda ise böyle bir müessese kabul edilmemiştir⁵⁴.

Türk-İsviçre Hukukunda önalım hakkı üzerinde en çok durulan konulardan birisidir. Üzerinde bu denli durulmasına karşın, ne Türk Hukukunda ne de İsviçre Hukukunda bu konudaki tereddütler ve çelişkili uygulamalar son bulmuş değildir. Bunun nedeni hem Türk Medenî Kanunu'nda hem de İsviçre Medenî Kanunu'nda konu ile ilgili hükümlerin sayısının yok denecek kadar az oluşudur⁵⁵.

⁵⁰ Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı s.5-6.

⁵¹ Şıpka s.17.

⁵² Küley s.6.

⁵³ Yıldız s.1.

⁵⁴ Küley s.7.

⁵⁵ Yıldız s.1.

IV. Hukukî Niteliği

Önalım hakkının hukukî niteliği konusunda doktrinde uzun zamandan beri başlıca üç görüş ileri sürülmektedir. Bunlardan ilki aynî hak görüşü, diğeri özel borç ilişkisinden kaynaklanan alacak hakkı görüşü, üçüncüsü ise Yargıtayca da benimsenen yenilik doğuran hak görüşüdür.

1. Aynî Hak Görüşü

Önalım hakkını açıklamaya çalışan en eski görüşlerden birisidir⁵⁶.

Bu görüşe göre yasal önalım⁵⁷, belirli bir malın gelecekte elde edilmesini temin eden beklemece (intizarî) haklar⁵⁸ grubuna dahil bir aynî haktır. Zira yasal önalım hakkı sahibi, iyiniyetli üçüncü şahıslardan dahi önalım konusu payı geri alabilmektedir⁵⁹.

Özellikle yasal önalımın bir aynî hak olarak kabul edilme nedenlerinin başında, bu hakların en belirgin olan herkese karşı ileri sürülebilme özelliğinin yasal önalımda da var olduğu yanılığı gelmektedir⁶⁰.

Gerçekten, yasal önalım hakkının üçüncü kişilere etkisinin aynî hak niteliğinden kaynaklandığı fikrî şu açıdan bir yanılıdır ki; önalım hakkının muhatabı sayılacak üçüncü kişi, “herkes” değil ancak payı devralan ve mülkiyeti geçerli olarak kazanan kişidir. Yoksa aynî haklardaki gibi; mülkiyet hakkına

⁵⁶ Şıpka s.20.

⁵⁷ Yasal önalım hakkında geniş açıklama için bkz. a.ş.a.s.37-44.

⁵⁸ “Beklemece haklar, ileride kazanılacağı umulan haklardır. Örneğin mirasçılardan terekenin açılmasından önceki tereke hakları gibi.” (E.Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, B.9 Ankara 2005, s.145).

⁵⁹ H.V.Velidedeoğlu, **Medenî Hukuk**, İstanbul 1969, s.342; H.V.Velidedeoğlu/G.Esmer, **Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı**, B2, İstanbul 1956, s.430-431; Paylı s.9 vd.; C.Erdoğan, **Ortaklığın Giderilmesi ve Şuf'a Davaları**, B.2, Ankara 1991 s.649. Feyzioğlu'na göre, “gerek müşterek mülkiyet müessesine olan sıkı bağları, gerek mülkiyet hakkının kanunî bir takyidi olarak üçüncü şahıslara dahi, tapu sicilinde ayrı bir kayda hacet olmaksızın mevcut bulunan dermeyeran imkânı, gerek ilga veya tâdilindeki merâsimler ve mukavele ile başka bir kanunî şuf'a hakkını doğuracak âmil ihdasına imkân bulunmaması sebepleri neticesi olarak kanunî şuf'a hakkını (aynî) hak mânası galip bir inşai hak olarak kabul etmek” daha isabetlidir (bkz. Feyzioğlu, **Şuf'a Hakkı** s.109). Ayrıca bkz. A.Kısagün, **Şuf'a Davaları**, Ankara 1958, s.50.

⁶⁰ Şıpka s.20.

başka bir şekilde zarar veren veya bu hakkı herhangi bir şekilde engelleyen “herkese karşı” bu hakkın kullanılması mümkün değildir⁶¹.

Bundan başka aynî haklara hâkim olan ilkelere “numerus clausus (kapalı sayı)” özelliğini bile yasal önalım hakkında bulmanın mümkün olduğu ve aynî haklara özgü süreklilik ilkesinin paylı mülkiyet ilişkisi devam ettikçe yasal önalımda da var olacağı fikri bu görüş taraftarlarınca ileri sürülmektedir⁶².

Ancak önalım hakkı kanunun belirlediği bir süre içinde kullanılabilir. Oysa aynî hakların kullanılması belirli bir süreye bağlı değildir. Hukukî ihtilâf devam ettiği sürece bu hak her zaman kullanılabilir⁶³. Aynı şekilde aynî hakların tipleri Medenî Kanun’da mülkiyet, irtifak, rehin hakları ve taşınmaz yükü olarak belirlenmiştir. Kanunda belirlenen bu tiplerin dışında taraflar kendi arzularına göre yeni aynî hak tipleri ihdas edemeyecekleri için⁶⁴; aynî haklarda hâkim olan “numerus clausus (kapalı sayı)” ve “süreklilik” ilkeleri yasal önalım hakkında geçerli değildir.

Yine yasal önalımda öne sürülen aynî talebi (yani önalım hakkının kullanılması sonucunda oluşan yeni satım sözleşmesine dayanarak önalım hakkı sahibinin payı satın alan üçüncü kişiden payın mülkiyetini talep edebilme yetkisini) diğer önalım türlerinde özellikle şerh verilmiş önalım hakkında açıklamakta (doktrinde şerh verilmiş önalım hakkının üçüncü kişilere etkisinin bir aynîleşme olarak görülmeyip kişisel hakların güçlenmesi şeklinde kabul edilmesi⁶⁵ nedeni ile) bu görüş taraftarlarının zorlandıkları görülmektedir⁶⁶.

Öte yandan her ne kadar 20.06.1951 gün ve 13/5 sayılı Yg.İBK’nda⁶⁷ yasal önalım hakkı “...gayrimenkulde hisse sahibi bulunan şahsa diğer bir

⁶¹ Şıpka s.22.

⁶² Feyzioğlu, Şuf’a Hakkı s.109.

⁶³ M.K.Oğuzman / Ö.Seliçi / S.Özdemir (Oktay), **Eşya Hukuku**, B.11, İstanbul 2006, s.23.

⁶⁴ M.Ünal / V.Başpınar, **Şekî Eşya Hukuku**, B.3, Ankara 2007, s.95.

⁶⁵ Bu konu hakkında geniş açıklama için bkz. İ.Sungurbey, **Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi**, İstanbul 1963, s.102 vd. Aksi görüş için bkz. C.Erdoğan s.648.

⁶⁶ Şıpka s.21-22 ve s.23.

⁶⁷ RG, 7950.

hissenin üçüncü şahsa satılması halinde o hisse müşteriye neye mâl olmuş ise o miktar ile belli bir süre içinde satın almak selâhiyetini veren aynî bir haktır” şeklinde tanımlanmakta ise de; aynı içtihadı birleştirme kararının bir sonraki cümlesinde “Bu hak meşfu hissenin üçüncü şahsa satılması ve satışa ittiladan itibaren bir ay içinde kullanılmış olması gibi muayyen şartlar altında kullanılacak yenilik doğuran kurucu bir haktır ki, şefiin bu hakkı kullandığı yolundaki tek taraflı irade beyanının müşteriye vasıl olmasıyla yeni bir hukukî vaziyet meydana getirmesine yarar” denilmesi ve 26.12.1951 tarih ve 1/6 sayılı İBK'nın alındığı büyük genel kurul toplantısındaki tartışmalarda söz alan Yargıtay üyesi Tahir Sebük'ün “...biz 16.05.1951 tarihli tevhide içtihat kararı ile şuf'anın inşaf hak olduğunu kabul etmiştik. O zaman bu hakkın aynî hak olduğu iddia olunmuştu. 20.06.1951 tarihli tevhide içtihat kararının müzakeresinde de şuf'anın mahiyeti münakaşa olunmamıştı. Buna rağmen kararda şuf'anın aynî hak olduğunun yazılmış bulunması hayretimi mucip oldu. Bir ay evvel inşaf hak denen şuf'a hakkı için bir ay sonra aynî hak denmesi bu kurulun ilmi hüviyetiyle kabili telif olmaz. Evvelki tavsifimiz yanlış da olsa bundan dönemeyiz. Kaldı ki ilk tavsifin yanlışlığı ortaya atılarak münakaşa edilmiş ve bir karar verilmiş değildir. Benim bildiğime göre aynî haklar tahdididir. Muayyen adettedir. Dört tanedir. Mülkiyet, irtifak hakkı, gayrimenkul mükellefiyeti ve rehin hakkından ibarettir. Bunların dışında kanunumuzda bir aynî hak yoktur. İhdas da olunamaz. Şuf'a hakkı, hak sahibi bakımından bir inşaf hak ve mükellef bakımında da gayrimenkul temlik selâhiyetinin kanunî bir takyididir...” şeklinde beyanda bulunması karşısında⁶⁸; yasal önalım hakkının 20.06.1951 gün ve 13/5 sayılı içtihadı birleştirme kararında, yapılan maddî bir hata neticesinde aynî hak olarak nitelendirildiği anlaşılmaktadır. Nitekim Yargıtay'ın daha sonra verdiği 11.02.1959 gün ve 10/12 sayılı içtihadı birleştirme kararında önalım hakkının aynî hak olduğu ileri sürülmeden yenilik doğuran bir hak olarak nitelendirildiği görülmektedir⁶⁹. Ancak buna rağmen önalımın aynî bir hak olduğu görüşü bazı

⁶⁸ M.Tunaboğlu, **Önalım (Şuf'a) Davaları**, B.4, Ankara 2008, s.746-747.

⁶⁹ Bu kararda şöyle deniyor: “Şuf'a hakkı, bir yenilik doğuran (inşaf) hak mahiyetindedir ve bu hakkın sahibi tarafından diğer tarafa ulaştırılmış beyan ile kullanılması sonunda hak sahibi ile hissedarın hissesini satın almış bulunan kimse arasında bir satış akdi münasebeti dolayısıyla hissenin mülkiyeti şefie geçmez. Ve fakat her alıcı

kararlarda⁷⁰ hâlâ tekrarlanmakta doktrinde de sözü edilen (20.06.1951 gün ve 13/5 sayılı) içtihatı birleştirme kararı esas alınmak sureti ile Yargıtay'ın önalım hakkı ile ilgili aynî hak nitelemesi eğiliminde kararlar verdiği ileri sürülmektedir⁷¹.

2. Özel Borç İlişkisinden Kaynaklanan Alacak Hakkı Görüşü

“Aynî hak” görüşüne karşı geliştirilen yeni kuramlara göre önalım, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak görülmekte ve bu anlamda önalım hakkı şahsî talep (alacak) hakkı olarak öne çıkmaktadır⁷². Bu kuramlar ile önalım hakkı sahibi, satıcı ve alıcı üçüncü kişi arasındaki satım sözleşmesine herhangi bir şekilde dahil edilerek, ona şeyin mülkiyetini bir şahsî talep hakkı ile isteyebilme yetkisi bahşedilmektedir. Yani burada önalım hakkı sahibinin sözleşmeye taraf olarak bir alacak hakkına sahip olduğu farz olunmaktadır⁷³.

gibi malın temlikini isteme alacağına sahip olur... Tek bir dava ile neticeye ulaşmış olması, ortada her şeyden önce tek taraflı bir irade beyanı (şuf'a hakkının kullanıldığını diğer tarafa bildiren beyan), bundan sonra bu beyan neticesinde meydana gelen satış akdi münasebeti ve daha sonra da satış münasebetine dayanan şefiin kendisine temlikini istemesi gibi üç safhanın mevcut olduğu ve her safhanın hukukî hükümlerinin ayrı olduğu hakikatını bertaraf edemez.” (RG, 10194). Ayrıca bkz. ve karş. Tekinay s.39-40.

⁷⁰ “...taşınmaz mal mülkiyetinin kanunî takyidlerinden olan şuf'a hakkı, bir taşınmaz malda pay sahibi bulunan kişiye, diğer bir payın üçüncü kişiye satılması halinde, o pay alıcıya neye mal olmuş ise, o miktar ile ve belli süre içinde, aynı şartlarda satın almak yetkisi veren aynî bir haktır. Bu hak, inşaf bir hak olup kullanıldığı yolundaki tek taraflı irade beyanının müşteriye ulaşması ile hukukî sonuç doğurur...” HGK 17.03.1983 T.E:1981/6-299 K:1982/270 (YKD, Y.1983, S.1, s.23-26).

Yine Yg. 6.HD'nin 06.02.1980 T.E:1979/6568 K:1980/924 sayılı kararında şuf'anın hem bir aynî hak hem de yenilik doğuran bir hak olduğundan bahsedilmektedir (YKD, Y.1980, S.6 s.798).

⁷¹ Bkz. Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı s.109; Şıpka s.21; C.Erdoğan s.649; Oğuzman / Seliçi / Özdemir, s.437 dn.1042; S.S.Tekinay, **Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri**, İstanbul 1988, s.39.

⁷² Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı s.8-14; Şıpka s.23.

⁷³ Şıpka s.24.

Bu kuramların bazılarını şu şekilde özetleyebiliriz:

Uzatılmış İcap Kuramı: Bu görüş temsilcilerine göre, önalım hakkı, önalım sözleşmesi ile önalım hakkı sahibine yapılan bir icaptır. Hakkın kullanılma şartı gerçekleştiğinde, hak sahibinin kullanması ile bir kabul meydana gelir ve böylece aralarındaki satım ilişkisi hüküm doğurur.

Satış Vaadi Kuramı: Bu görüşe göre önalım sözleşmesi ile malın mâliki gelecekte kararlaştırılan şartlar dairesinde (üçüncü kişiye satım gerçekleştiğinde) malı hak sahibine satmayı vaatmektedir.

Şartın Gerçekleşmesi Kuramı: Buna göre önalım hakkı sahibi satıcı ve alıcı üçüncü kişi arasındaki satım sözleşmesine tek taraflı irade açıklaması ile katılır.

Ancak bu kuramlar da çeşitli açılardan eleştirilere uğramakta⁷⁴ ve bu görüş özellikle önalım hakkı sahibinin hakkını kullanması ile oluşan yeni hukukî durumu (yeni satım ilişkisini) açıklamakta aciz kalmaktadır⁷⁵.

3. Yenilik Doğuran (İnşâî) Hak Görüşü

Önalım hakkının bir “aynî hak” olmadığı ve üçüncü kişilere etkisi bakımından da “şahsî-nispî” hak olamayacağı kabul edildiğinde bu hakkı, aynî hak özelliklerini taşıyan başka bir kalıba sokmak ihtiyacı doğmaktadır. Böylece onun özellikle üçüncü kişilere karşı ve (tek taraflı bir hukukî işlemle) yeni bir satım sözleşmesi kurabilme etkisi açıklanmaya çalışılabilecektir. Bu da onu ancak yenilik doğuran hak tanımlamasına dahil etmekle mümkün olacaktır⁷⁶.

Nitekim bugün doktrin ve uygulamada oybirliği ile kabul edilen görüş önalım hakkının yenilik doğuran bir hak olduğu şeklindedir⁷⁷. Çünkü bütün

Yetkilendirme Kuramı: Bu teoriye göre, hakkın kullanıldığına ilişkin beyan aslında satım sözleşmesinin kendisini ihtiva etmektedir. Hak sahibi, bir yandan kendi adına icapta bulunurken, diğer taraftan sahip olduğu yetkiye dayanarak muhatap adına bu icabı kabul etmektedir.

Çift Şartlı Satış Kuramı: Sözleşmeden doğan önalım, alım ve geri alım hakları ile onları kuran anlaşmaları açıklamak için ortaya atılmış olan bu kuramın esası, önalım sözleşmesinin, hüküm doğurması iki şarta bağlanmış bir satım sözleşmesi olmasıdır. Bu geciktirici (talikî) şartlardan birincisi; satıcının (önalım yükümlüsünün) sözleşme konusu şeyi bir başka kişiye satmasıdır. Diğer şart ise, bu satışı öğrenen önalım hakkı sahibinin, söz konusu malı öncelikle satın alma yolundaki iradesini bildirmiş (önalım hakkını kullanmış) olmasıdır. Ancak bu şartlar gerçekleşirse, geciktirici-çift bağlı olarak akdedilmiş olan satım sözleşmesi (önalım anlaşması) yükümlü satıcı ve önalım hakkı sahibi arasında bir borç ilişkisi doğurur. Bu anlamda önalım hakkının, kullanılması şarta bağlı bir iştirâ (alım) hakkı olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. aşa.s.24 dn.85.

Bu kuramlar hakkında daha fazla bilgi için bkz. Buz s.151-158; Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı s.9-14; Sebük s.30-35; Küley s.11-12; H.Nomer, **Vefa Hakkı**, İstanbul 1992, s.11-12.

⁷⁴ Bu eleştiriler için bkz. Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı s.9-14; Sungurbey, Kişisel Haklar s.79-116; H.Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.I, B.5, Ankara 1988, s.271-273.

⁷⁵ A.Wiederkehr, Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Miteigentümers, Diss 1936, s.86 (Naklen, Şıpka s.24 dn.27).

⁷⁶ Şıpka s.31.

⁷⁷ Bkz. Tekinay, Takyitler s.17; S.Özenli, **Uygulamada Önalım (Şuf'a) Davaları**, B.2, İstanbul 1990, s.16; M.Kılıçoğlu, **Şuf'a Davaları**, Ankara 1997, s.18; A.Zevkliler/A.Havutçu, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, B.9, Ankara 2007, s.74; Tandoğan s.273; Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı s.19; Sebük s.36; K.T.Gürsoy / F.Eren / E.Cansel, **Türk Eşya Hukuku**, B.2, Ankara 1984, s.614; H.Hatemi / R.Serozan /

yenilik doğuran hakların en belirgin ve onları tanımlamaya yarayan özellikleri olan; “tek taraflı bir hukukî beyanla karşı tarafın rızasına gerek kalmadan (ve hatta onun karşı koymasına rağmen) yeni bir hukukî ilişki yaratma, önceden var olan bir hukukî ilişkiyi değiştirme veya ortadan kaldırabilme etkileri”ni önalım hakkı da taşımaktadır. Şöyle ki, önalım hakkı sahibi, hak doğduğunda (üçüncü kişiye satım gerçekleştiğinde) eğer isterse bu hakkını kullandığını karşı tarafa (önalım yükümlüsü muhataba) bildirerek, önceki satışın aynı şartları ile “yeni bir satış ilişkisi” kurar⁷⁸. Böylece yeni hukukî ilişki karşı tarafın (muhatabın) bir katılımı ya da rızası bulunmasa bile gerçekleşmiş olur. Muhatabın hukukî statüsü, bu iradenin yöneltileceği bir yan olmaktan başka bir anlam taşımaz. Hiçbir aktif katkısı söz konusu olmaz, tamamen pasif durumdadır⁷⁹. Ayrıca

A.Arpacı, **Eşya Hukuku**, İstanbul 1991, s.611; M.Ayan, **Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili**, C.I, B.4, Konya 2004, s.272; M.R.Karahasan, **Yeni Türk Medeni Kanunu, Eşya Hukuku**, C.I, B.2, İstanbul 2007, s.1103-1104; Önen, İnşâî Dava s.21; Tunaboşlu, Önalım Davaları s.20-21; J.G.Akipek, **Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar), Mülkiyet**, C.II, B.2, s.215; T.Esener, **Eşya Hukuku**, Ankara 1985, s.12, Kısagün s.50; S.S.Tekinay, **İştira, Vefa ve Şuf'a Hakları**, İstanbul 1987, s.17; Kırca s.1183; Von Tuhr s.23; Yg.İBK 20.06.1951 T.E: 13 K:5 (RG, 7950); Yg.İBK 16.05.1951 T.E:1949/6-19 K:3 (RG, 7888); Yg.İBK 11.02.1959 T.E:10 K:12 (RG,10194); HGK 05.05.1993 T.E:6-761 K:192 – 6.HD 02.03.1988 T.E:5189 K:3130 – 6.HD 29.11.1988 T.E:12530 K:18352 (H.Erdoğan, **Şuf'a Davaları**, Ankara 2001, s.202-211).

⁷⁸ Medenî Kanun'un ilkelerinin tam anlamıyla yerleşmediği ve kavranmadığı tarihlerde önalım hakkı sahibinin yenilik doğuran hakkını kullanması ve bunun muhatap üçüncü kişi olan alıcıya varması neticesinde hak sahibinin satıcı paydaş ile alıcı üçüncü kişi arasındaki ilk satış sözleşmesinde alıcının yerine geçtiği, bu nedenle önalım hakkının kullanılması ile yeni bir satış sözleşmesinin meydana gelmediği dolayısıyla önalım hakkının kurucu değil değiştirici yenilik doğuran hak niteliğinde olduğu ileri sürülmekte idi. Bkz. Velidedeoğlu/Esmer s.422; Saymen/Elbir s.407; Küley s.12 vd.

Gerçekte halefiyet veya yerine geçme söz konusu olması için kanunda açık bir hüküm bulunmasının gerekmesi ve önalım hakkında, Borçlar Hukuku anlamında halefiyeti gerektirecek bir hukukî durumun söz konusu olmaması nedeniyle eleştirilere uğramış olan bu görüş (bkz. İ.Sungurbey, “Şuf'ada Halefiyet Görüşünün Tenkidi”, **MHAD**, İstanbul 1957, S.1 s.48-53) bugün Türk Hukukunda tamamen terk edilmiş olup, onun yerine, önalım hakkı sahibinin, hak doğduğunda (üçüncü kişiye satım gerçekleştiğinde) eğer isterse bu hakkını kullandığını karşı tarafa (önalım yükümlüsü muhataba) bildirerek, önceki satışın şartları ile yeni bir satış ilişkisi kurabilme selâhiyetine sahip bulunduğunu kabul eden (yani önalım hakkının kurucu inşâî hak niteliğinde olduğunu savunan) yeni bir görüş benimsenmiştir. Bu görüş için bkz. Sebük s.35; Von Tuhr s.23; Tunaboşlu, Önalım Davaları s.20-21; Tekinay, İştira, Vefa ve Şuf'a s.17; Tekinay, Takyitler s.17; Önen, İnşâî Dava s.17; Kırca s.1183; K.Tunçomağ, **Borçlar Hukuku**, C.I, B.5, İstanbul 1972, s.33.

⁷⁹ Önen, İnşâî Dava s.8; Şıpka s.33.

yenilik doğuran hakların diğer ortak özelliklerini de (kısa hak düşümü süresine tâbi olma, tek taraflı bir hukukî işlem ile yalnız bir defa kullanılabilme vs.) önalım haklarının bünyesinde bulmak mümkündür⁸⁰.

Böylece “yenilik doğuran hak kavramı” yasal önalım hakkının olduğu gibi diğer önalım haklarının hatta benzer haklar olarak alım (iştirâ) ve geri alım (vefa) haklarının da hukukî niteliğini açıklayabilmektedir. Ayrıca hukukî yapıları, kaynak ve amaçları birbirinden farklı da olsa birer yenilik doğuran hak olarak kullanma ve sonuçları bakımından yasal önalım hakkı ile birlikte sözleşmesel önalım hakkının da aynı pota içine konulması, kanundaki eksik düzenleme nedeniyle tereddütler doğuran önalım kurumuna ilişkin uygulamada hukukî rahatlık sağlamaktadır⁸¹.

V. Önalım Hakkının Türleri

Önalım hakkı Medenî Kanun’da iki çeşit olarak düzenlenmiştir. Bunlardan birisi, Türk Medenî Kanunu’nun 735 inci maddesinde⁸² yer alan ve 743 sayılı Medenî Kanun ile toplum bünyemize giren sözleşmesel önalım hakkıdır. Diğeri ise 743 sayılı Medenî Kanun’dan önce Mecelle tarafından da düzenlenen, Türk Medenî Kanunu’nun 732, 733 ve 734 üncü maddelerinde⁸³ yer alan yasal önalım hakkıdır.

⁸⁰ Şıpka s.33.

Son yıllarda önalım hakkının eşyaya bağlı bir yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmesine doktrin ve uygulamada sıkça rastlanılmaktadır. Bkz. Gürsoy/Eren/Cansel s.614; Tekinay, İştirâ, Vefa ve Şuf’a s.39; Tekinay, Takyitler s.39; 6.HD 14.04.1984 T.E: 892 K:4875 (YKD, Y.1985, S.1, s.38).

Ancak önalım hakkının eşyaya bağlılık özelliği hakkın esas niteliği ile ilgili değildir. Eşyaya bağlı hak kavramı ile sadece hak sahipliği bakımından hakkın muayyen bir şahsa değil bir mala bağlı olduğu ifade edilmek istenilmektedir. Bundan dolayı bu çalışmada önalım hakkı eşyaya bağlı bir hak olarak nitelendirilmeyecektir. Önalım hakkının eşyaya bağlılık özelliğinin hakkın niteliği ile ilgili olmadığı hakkında bkz. M.K.Oğuzman, "Eşyaya Bağlı Hak ve Borçlar", **İst.Huk.Fak.Mec.**, Y.1965, C.XXXI, S.1-4, s.212-213.

⁸¹ Şıpka s.33. Ayrıca bkz. yuk.s.21 dn.77.

⁸² EMK’nun 758 inci maddesinde

⁸³ EMK’nun 759 uncu maddesinde

1. Sözleşmesel Önalım Hakkı

a. Tanımı

Sözleşmesel önalım hakkı taşınmaz⁸⁴ mâlikinin taşınmazını bir üçüncü kişiye satması halinde önalım hakkı sahibine tek taraflı beyanı ile taşınmazın alıcısı olabilme yetkisini veren yenilik doğurucu bir haktır⁸⁵.

b. Kaynağı

Türk-İsviçre Hukukunda, eski hukuklarda yer almayan⁸⁶ yeni bir hukukî müessese olarak düzenlenmiş bulunan bu önalım hakkının kaynağı Borçlar Hukuku anlamında bir önalım sözleşmesidir⁸⁷.

c. Amacı

Sözleşmesel önalım hakkı, mal sahibi taşınmazı bugün için satmak istemiyorsa ileride satması ihtimali varsa tesis olunur ve çok defa bu hak ile taşınmazın istenilmeyen bir kişinin eline geçmesini önleme amacı güdülür⁸⁸.

⁸⁴ Sözleşme serbestisi uyarınca taşınmazın belirli bir kısmı için de önalım hakkı tanınarak bunun tapu kütüğüne şerh verilmesinin mümkün olduğu hakkında bkz. Oğuzman/Seliçi/Özdemir s.424 dn.980.

⁸⁵ Bkz. Oğuzman/Seliçi/Özdemir s.424; Velidedeoğlu/Esmer s.422; Gürsoy / Eren / Cansel s.635; M.Dural, **Eşya Hukuku Dersleri**, İstanbul 1981, s.99; T.Esener / K.Güven, **Eşya Hukuku**, B.4, Ankara 2008, s.246; Saymen/Elbir s.371.

Sözleşmesel önalım hakkının niteliği itibariyle kullanılması şarta bağlı bir alım hakkı olduğu görüşü için bkz. C.Yavuz/B.Özen/F.Acar, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, B.7, İstanbul 2007, s.205; S.Olgaç, **Türk Medenî Kanunu Şerhi**, İstanbul 1975, s.644; O.K.Ünal, **Menkul Kıymetler**, Ankara 1988, s.91;

⁸⁶ Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı s.77.

⁸⁷ Şıpka s.5.

Ölüme bağlı tasarrufla da (vasiyetname ya da miras sözleşmesi ile de) önalım hakkı kurulabileceği hakkında bkz. F.N.Feyzioğlu, "Şuf'a Hakkının Doğuşu ve Buna Terettüp Eden Hükümler", **İst.Huk.Fak.Mec**, Y.1951, C.XVII, S.1-2 s.212; C.Erdoğan s.651; Şıpka s.7; Tandoğan s.278; S.Bertan, **Aynî Haklar, Medenî Kanun'un 618-674 üncü Maddelerinin Şerhi**, C.I (MK 618-702), Ankara 1976, s. 723; Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı s.82-83. Ancak Yargıtay 27.03.1957 gün ve 12/2 sayılı İBK ile önalım konusu şeyin ölüme bağlı tasarrufla el değiştirmesi halinde önalım hakkının kullanılamayacağı yönünde karar vermiştir. Bu İBK için bkz. E.Şener, **Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları**, B.2, Ankara 2000, s.302-304. Bu konu hakkında ayrıca bkz. aş.a.s.82-85.

⁸⁸ Tandoğan s.277.

d. Karakteristik Özellikleri

Sözleşmesel önalım hakkı mülkiyet hakkına kişinin kendi hür iradesi ile getirdiği bir sınırlamadır⁸⁹. Burada önalım sözleşmesi ile mâlik hakkın konusu olan şeyi üçüncü bir kişiye sattığında, sözleşmenin diğer yanı olan hak sahibine, önalım hakkının konusunu oluşturan şeyin mülkiyetini aynı bedel ile veya bu sözleşme ile kararlaştırılan bedel ile talep etme, yani o şeyin alıcısı olma yetkisini tanır. Mâlikin bu yetkiyi tanımak üzere yaptığı sözleşmeye önalım sözleşmesi denir⁹⁰.

Önalım sözleşmesi tarafların önalım hakkının tanınmasına dair olan irade beyanlarını içermeli ve bu hakkın hangi mala ilişkin olduğunu göstermelidir. Hakkın kullanılma şartları ve özellikle önalım hakkı sahibinin (şefi'in) ödemesi gereken bedel sözleşmede belirtilmese de olur. Zira MK'nun 735 inci maddesinin 1 inci fıkrasına (EMK'nun 658 inci maddesinin 2 nci fıkrasına) göre, başka türlü anlaşma yoksa, malın üçüncü kişiye satılmasındaki şartlar, önalım hakkı kullanıldığı taktirde aynen kabul edilmiş sayılır. İşte taraflarca önalım hakkının, kullanılma şartları ayrıca tayin edilmemiş ve sonuç olarak üçüncü kişiye yapılan satıştaki şartların uygulanmasına rıza gösterilmiş ise niteliksiz (vasıfsız) önalım'dan bahsedilir. Fakat taraflar önalım hakkının kullanılmasına ilişkin bazı şartlar ve özellikle belli bir bedel kararlaştırmış olurlarsa nitelikli (vasıflı) önalım söz konusu olur⁹¹.

Önalım sözleşmesinde önalım hakkı bir kişiye tanınabileceği, herhangi bir taşınmaz mâliki lehine de tanınabilir. Bu hâlde bu hak eşyaya bağlı bir hak

⁸⁹ Mülkiyet hakkına getirilen sınırlamalar hakkında bkz. Oğuzman / Seliçi / Özdemir s.419-464; Tekinay, İştira, Vefa ve Şuf'a s.36-37; Karahasan Eşya Hukuku I s.1094-1098, K.Gözler, **Genel Hukuk Bilgisi**, Bursa 2003, s.105-106.

⁹⁰ Yıldız s.5.

⁹¹ Tekinay, Takyitler s.21.

"Bir örnek verelim: taraflarca özel şartlar kararlaştırılmamış ve mal önalım yükümlüsü tarafından bir milyon liraya satılmıştır. Bu taktirde önalım hakkı sahibi tercihen satın alabilmek hakkını kullanırsa, o da bir milyon lira ödemelidir. Oysa önalım sözleşmesinde, önalım hakkı sahibinin beş yüz bin lira ödeyeceği kararlaştırılmış olsaydı, üçüncü kişiye yapılan satıştaki bedelin miktarı ne olursa olsun önalım hakkı sahibi beş yüz bin lira ödemekle yetinecekti." (Tekinay, Takyitler s.21-22).

haline getirilmiş demektir. Bu durumda lehine önalım hakkı tanınan taşınmazın, önalım hakkının kullanılma anındaki mâliki, bu hakkı kullanabilir⁹².

Önalım sözleşmesi, çoğunlukla mal sahibi ile kiracısı veya iki ortaklaşa mirasçı arasında yapılır. Hatta üçüncü bir şahıs lehine şart edilebileceği gibi, bir kaynak veya üst hakkı sahibi lehine de tesis olunabilir⁹³.

Sözleşmesel önalım hakkına konu olacak taşınmaz mülkiyetinin paylı mülkiyet şeklinde olması gerekmez⁹⁴. Tek başına mâlik olunması önalım sözleşmesi yapmaya yeterlidir. Ancak elbirliği (iştirâk) şeklinde mülkiyet söz konusu ise MK m.701 (EMK m.626) gereğince ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı, ortaklığa konu malın tamamına yaygın olduğundan ve MK. m.702 (EMK m.626) gereğince tasarruf işlemleri için aksine hüküm bulunmadıkça oybirliği gerektiğinden bir paydaş tek başına önalım sözleşmesi yapamaz. Eğer elbirliği (iştirâk) şeklindeki mülkiyet yasada öngörülen sözleşme uyarınca kurulmuş ve bu sözleşmede oybirliği aranmıyorsa, o zaman söz konusu sözleşmede öngörülen şekilde önalım sözleşmesi yapılması mümkündür. Ancak sözleşmeden doğan elbirliği şeklindeki mülkiyet devam ettiği sürece, bir pay üzerinde tasarrufta bulunulamayacağından, bir kısım paya ilişkin önalım sözleşmesi de düzenlenemez (MK m.702 – EMK m.626)⁹⁵.

Önalım sözleşmesi tek taraflı yani ivazsız olarak yapılıyorsa sözleşmenin kurulması sırasında önalım hakkını tanıyan tarafın medenî hakları kullanma ehliyetine sahip olması lâzımdır⁹⁶. Ayırtım gücüne (temyiz kudretine) sahip küçükler yasal temsilcisi olan velilerinin iznini almadan borç altına giremeyeceklerinden önalım hakkı tanıyamazlar. Tanımış iseler yaptıkları işlemle ancak velilerinin onayı ile bağlı hâle gelirler. Ancak sözleşmenin diğer yanı bu izin veya onay alınıncaya kadar bu sözleşme ile bağlıdır. Aynı durum ayırt etme gücüne (temyiz kudretine) sahip vesayet altındaki kimse için de

⁹² Yıldız s.5.

⁹³ A.C.Gücün, **Nazarî ve Amelî Hukuk Davaları**, C.I, İstanbul 1945, s.154-155.

⁹⁴ Zaten bu durumda yasal önalım hakkı söz konusu olacaktır. Bkz. aşağıda s.37-44.

⁹⁵ Yıldız s.6.

⁹⁶ Sebük s.4.

geçerlidir. Yalnız bu durumda vasinin izin veya onayı yanında ayrıca vesayet makamının da izni gerekir. Bu nedenle vasinin bu izni alarak önalım sözleşmesine onay vermesi yerinde ve tedbirli bir davranış olur⁹⁷. Önalım hakkını elde edenin ise ayırtım gücüne sahip (mümeyyiz) olması yeterlidir. Eğer bu hak bir ivaz karşılığında tesis olunuyorsa bu taktirde lehine hak tesis edilenin de medenî hakları kullanma ehliyetine sahip olması lâzımdır⁹⁸.

Önalım sözleşmelerine taraflar, kanunun aradığı oranda istedikleri hükümleri koyabilirler. Diğer bir anlatımla önalım sözleşmesinin kapsamını ve süresini yasalara aykırı olmamak koşulu ile özgürce tayin etme hakkına sahiptirler⁹⁹.

Önalım sözleşmesinin şekli konusunda Türk Medenî Kanunu'nda bir hüküm yoktur. Ancak Borçlar Kanunu'nun 213 üncü maddesinde "...Mukaveleden mütevellit şuf'a hakkı için tahriri şekil kâfidir" hükmü gereğince önalım sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerekir¹⁰⁰. Bu şekil şartı geçerlilik şeklidir¹⁰¹.

Alım ve geri alım sözleşmelerinde resmî şekli zorunlu gören kanun koyucu¹⁰², önalım sözleşmesi hususunda yazılı şekille yetinmektedir¹⁰³. Kanundaki örgü birliğine zıt düşen bu istisna¹⁰⁴ ülkemizin özel koşullarıyla bir

⁹⁷ Yıldız s.16.

⁹⁸ Sebük s.41.

⁹⁹ Yıldız s.6.

¹⁰⁰ Türk gemi siciline kayıtlı gemilerle ilgili yapılan önalım sözleşmelerinin TTK'nun 868 inci maddesine göre resmi bir makam önünde yapılmış olmasının gerekli olmadığı hakkında bkz. S.Olgaç, **Şuf'a Vefa İştirâ Hakları**, İstanbul 1978, s.238.

Yenilik doğuran hak kuramının önalım sözleşmesi için yazılı şeklin yeterli olmasını en iyi açıklayan görüş olduğu yönünde bkz. Tandoğan s.273.

¹⁰¹ Yıldız s.6-7.

¹⁰² Bkz. a.ş.a.s.48.

¹⁰³ Tekinay, Takyitler s.20.

¹⁰⁴ Doktrinde Tekinay tarafından Kanun Koyucu'nun sözü edilen istisnayı, 1972 tarihli ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu ile geniş ölçüde kaldırdığı, zira bu kanunun 89 uncu maddesine göre, tapuda işlem yapılmasını gerekli kılan sözleşmelerin resmî şekle bağlandığı, bu nedenle –hiç değilse – önalım hakkının şerhine ilişkin anlaşmanın adı yazılı şekilde yapılmasına artık imkân kalmadığı görüşü ileri sürülmektedir. Bkz. Tekinay, Takyitler s.20. Aksi görüş için bkz. Gürsoy/Eren/Cansel s.638; G.Esmer,

ilgisi olmayan, İsviçre'ye özgü nedenlere dayanmaktadır¹⁰⁵. Gerçekten İsviçre'de önalım sözleşmeleri, genellikle yazılı şekilde yapılan kira kontratları içinde – kiracılar lehinde olmak üzere yer almaktadır¹⁰⁶.

Önalım sözleşmesini yazılı şekle bağlamak için düzenlenen belgeyi acaba taraflardan her ikisi birden mi imzalamalıdır, yoksa sadece önalım yükümlüsünün imzası yeterli midir? Von Tuhr sadece önalım yükümlüsünün imzasını yeterli görmektedir¹⁰⁷. Doktrinde genellikle kabul edilen ve Federal Mahkemece benimsenen görüş de budur¹⁰⁸.

MK'nun 735 inci maddesinin 1 inci fıkrası (EMK'nun 658 inci maddesi) uyarınca, önalım sözleşmesinden doğan kişisel hakkın tapu siciline şerh edilmesi mümkündür¹⁰⁹. Tapu kütüğüne şerh vermemek adî yazılı şekle uygun olarak düzenlenen sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmaz. Ancak bu kişisel haktan doğan istemin aynî bir tesir meydana getirebilmesi için kütüğe

Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, B.4, Ankara 1984, s.824; N.Ayiter, **Eşya Hukuku**, B.3, Ankara 1987, s.145. 26.11.1980 T. ve 5/3 sayılı içtihadı birleştirme kararında da aksi görüşün benimsendiği hakkında bkz. Tekinay, Takyitler s.20.

26.11.1980 T. ve 5/3 sayılı içtihadı birleştirme kararı için bkz. Şener s.713-715.

¹⁰⁵ Tekinay, Takyitler s.20.

¹⁰⁶ K.Tunçomağ, **Borçlar Hukuku**, C.II, B.2, İstanbul 1978, s.180; Tekinay, Takyitler s.20; Oğuzman / Seliçi / Özdemir s.424; Ayrıca bkz. Bagley s.543-544.

“Eğer İsviçre Kanun Koyucusu önalım anlaşması için resmî şekli zorunlu saysaydı, önalım anlaşmalarının kira kontratları içinde kararlaştırılması bâtil olacaktı.” (Tekinay, Takyitler s.20).

“... Diğer taraftan önalım hakkının kullanılması için taşınmazın bir üçüncü kişiye satılması şarttır. Bu satış yapılırken nasıl olsa resmî şekle uyulmaktadır. O halde önalım aktinin geçerli olabilmesi için yazılı şekil yeterlidir.” (Tunaboğlu, Önalım Davaları s.22-23).

¹⁰⁷ Von Tuhr s.247.

¹⁰⁸ Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı s.82. Federal Mahkemenin bu yoldaki kararı için bkz. BGE 85 II 565 = Jdt 1960 I 527 (Naklen, Tekinay, Takyitler s.21 dn.10).

Her iki tarafın imzasına bütün önalım sözleşmelerinde ihtiyaç olduğu görüşü için bkz. Olgaç, Şuf'a Vefa İştirâ s.196; A.H.Mayoz, “Şuf'a Akdi”, **İst.Huk.Fak.Mec**, C.XXXIII, S.3-4 s.278 (Çev.: Ü.Doğanay); Esmer s.824.

¹⁰⁹ Yıldız s.7.

TTK'nun 879 uncu maddesinin gemi için kurulacak önalım hakkının da sicile işlenmesine imkân verdiği hakkında bkz. Olgaç, Şuf'a Vefa İştirâ s.238.

şerh verilmesi gerekir¹¹⁰. Sözleşmenin tarafları, şerh sayesinde bu sözleşmeden doğan kişisel haklarını sonradan mâlik olan herkese karşı ileri sürme hakkını kazanırlar. Her ne kadar madde metni “...şerhte belirtilen sürede ve belirtilen koşullara göre her mâlike karşı kullanılabilir” şeklinde ise de, aynı maddenin 2 nci fıkrasında şerhin etkisi verildiği tarihin üzerinden on yıl geçmekle düşer denildiğinden, sözleşmesel önalım hakkı, şerhin verildiği tarihten itibaren azami on yıl için üçüncü kişilere etkilidir. Bu sürenin dolmasından itibaren şerh kendiliğinden düşeceğinden, artık sonraki mâliklere karşı ileri sürülemeyecektir. Medenî Kanun’un 735 inci maddesinin 1 inci fıkrasında (EMK’nun 658 inci maddesinin 1 inci fıkrasında) yer alan “şerhte belirtilen sürede” deyimini aynı maddenin 2 nci fıkrasındaki (EMK’nun 658 inci maddesinin 3 üncü fıkrasındaki) hükümlerle birlikte şöyle anlamak gerekir: Bir kere taraflar, önalım hakkı için diledikleri süreyi kararlaştırabilirler. Çünkü bu konuda yasanın öngördüğü herhangi bir süre yoktur. Bu süre on yılın üzerinde de kararlaştırılabilir ve şerh ettirilebilir. Ancak üçüncü kişiler yönünden bu şerhin süresi verildiği tarihten itibaren en çok on yıldır. Bu on yıllık süreden sonra şerhin etkisi kendiliğinden düşeceğinden önalım hakkı kararlaştırılan on yılın üzerindeki süre için (aynî tesiri olmayan) kişisel hak olarak devam edecektir. Eğer sözleşmenin tarafları önalım hakkı ve şerh için on yıldan daha az bir süre öngörmüş ise, şerhin etkisi de bu süre için geçerli olur¹¹¹.

Medenî Kanuna göre taraflar önalım hakkını, kullanılması tamamen sahibine bağlı bir hak olarak kabul edebilecekleri gibi, bu hakkın sahibine hakkı sınırlı veya sınırsız bir şekilde devretmek yetkisini tanımakta da serbesttirler. Bir taşınmaz üzerindeki önalım hakkı sahipliği, başka bir taşınmazın mâliki veya diğer bir aynî hakkın sahibi bulunmaya bağlanmışsa, kişilerin şahsı hedef tutularak kurulan önalım haklarının tersine olarak bu gibi önalım hakları nitelikleri bakımından devri kabil haklardandır¹¹².

Önalım hakkının devri; önalım hakkı sahibinin, bu hakkı devir alan üçüncü şahsın ve önalım borçlusunun aralarında yapacakları sözleşme ile olur. Önalım

¹¹⁰ Olgaç, Şuf’a Vefa İştira s.254.

¹¹¹ Yıldız s.7.

¹¹² Olgaç, Şuf’a Vefa İştira s.217.

hakkı devir sözleşmelerinin yazılı olması gerekir. Bu devir sözleşmesi, önalım hakkının üzerine MK'nun 954 üncü (EMK'nun 868 inci) maddesine göre rehin hakkı kurabilme, haciz edilebilme, iflâs masasına girme gibi hakların da tanınmasını gerektirir¹¹³.

e. Konusu

Sözleşmesel önalım hakkının konusu ile ilgili olarak uzun zamandan beri başlıca iki görüş ileri sürülmektedir.

Birinci görüşe göre sözleşmesel önalım hakkı sadece taşınmaz mallarda söz konusu olabilir¹¹⁴.

Bu görüşe göre 4721 sayılı Medenî Kanun'un¹¹⁵ düzenlemesi karşısında sözleşmesel önalım hakkının taşınırılar yönünden de söz konusu olabileceğini kabul etmek mümkün değildir. Çünkü gerek sözleşmesel gerekse yasal önalım hakkına Medenî Kanun'un taşınmaz mülkiyetine ilişkin bölümünde yer verilmektedir. Aynı şekilde sözleşmesel önalıma ilişkin hükümleri içeren MK'un 735 inci maddesinde¹¹⁶ bu hakkın konusu olarak yalnız taşınmazların esas alındığını gösteren kuvvetli deliller bulunmaktadır. Örneğin MK'un 735 inci maddesinin 1 inci fıkrasında¹¹⁷ "kütükte koşullar belirtilmemişse taşınmazın üçüncü kişiye satışındaki koşullar esas alınır" şeklindeki ibarede özellikle taşınmaz kelimesi geçmektedir. Ayrıca taşınır bir malın sözleşmesel önalım hakkının konusunu oluşturabileceğinin kabul edilmesi durumunda dahi taşınır mallara ilişkin önalım hakkının günümüz uygulama hayatında pek bir değerinin

¹¹³ Olgaç, Şuf'a Vefa İştira s.217.

¹¹⁴ Bu görüş için bkz. Yavuz/Özen/Acar s.205; H.Erdoğan s.6; H.Kılıç, **Gayrimenkul Davaları**, C.IV, B.4, Ankara 2007, s.3733; Oğuzman/Seliçi/Özdemir s.424; S.Ertaş, **Yeni Türk Medenî Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku**, B.7, Ankara 2006, s.371; Özenli s.72; Yıldız s.6; Tunaboşlu, Önalım Davaları s.20; C.Erdoğan s.654; Kısagün s.29; Paylı s.10; Zevkliler/Havutçu s.74.

Sözleşmesel önalım hakkının sadece taşınmaz mallarda söz konusu olduğunun kabul edilmesi halinde bu hakkın kapsamı hakkında bkz. aşa.s.41-43.

¹¹⁵ Eski 743 sayılı Medenî Kanun'un

¹¹⁶ EMK'nun 658 inci maddesinde

¹¹⁷ EMK'nun 658 inci maddesinin 2 nci fıkrasında "sicilde şart gösterilmemiş ise gayrimenkulün müddeaaaleyhe satışındaki şarta itibar olunur" ibaresinde.

olabileceğini söylemek mümkün değildir¹¹⁸. Gerçekten bugünkü mevzuatımızın taşınırın tapu siciline tesciline elverişli olmaması¹¹⁹ bu hakkın işlerliğini bir hayli azaltmaktadır. Hakkı düzenleyen sözleşme hükümlerine uyulmaksızın bir üçüncü kişiye önalım sözleşmesine konu taşınırın satılması ve mülkiyetinin devredilmesi durumunda, hak sahibinin alıcı üçüncü kişiye başvurması ve taşınır malın mülkiyetini talep etmesi olanağı bulunmamaktadır. Onun yapabileceği şey, yükümlü kişiye başvurarak, önalım konusu taşınır malın bu hakka rağmen devrinden dolayı tazminat ve öngörölmüş ise cezaî şart talep etmektir. Oysa hak sahibinin asıl isteği tazminat ve cezaî şart almak değil, satışı yapılan taşınır malın mülkiyetini devralabilmektir.

Doktrinde yer alan ikinci görüşe göre sözleşmesel önalım hakkının konusunu taşınmaz malların yanısıra taşınır mallar da oluşturabilir¹²⁰.

Bu görüşe göre satım sözleşmesine konu olabilen - taşınır ve taşınmaz¹²¹ mal, bir bütün olarak ticarî işletme, bir Türk gemi siciline kayıtlı bulunmayan gemiler (TTK m.867), devrî mümkün olan hak, bir adî senede veya kıymetli evraka bağlanmış olsun ya da olmasın alacak gibi - her şeyin önalım hakkına da konu olabileceği tartışmasız kabul edilir¹²². Senede bağlanmış veya

¹¹⁸ Tekinay, Takyitler s.16.

¹¹⁹ Başka bir ifade ile bugün tapu sicilinin sadece taşınmazların tescil veya şerhi için ihdas olunmuş bir müessese olması.

¹²⁰ Taşınmaz malların yanısıra taşınır malların da sözleşmesel önalım hakkının konusunu oluşturabileceği hakkında bkz. F.Arık, "Şuf'a Hakkı Üzerinde Bir İnceleme", **Adliye Ceridesi**, Y.1943, S.9 s.807; F.N.Feyzioğlu, "Şuf'a Hakkının Mevzuu ve Søjeleri", **İst.Huk.Fak.Mec.**, Y.1952, C XVIII, S.3-4, s.875-902; Ayan, Eşya Hukuku I s.295; Tekinay, Takyitler s.16; Ayiter s.145; Sebük s.44; Küley s.5; Gürsoy/Eren/Cansel s.654; Saymen/Elbir, s.413; Tandoğan s.275; Olgaç, Şuf'a Vefa İştira s.236; Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı s.149; G. Okutan Nilsson, **Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmesi**, İstanbul 2001, s.215.

¹²¹ Taşınmaz tâbirinin, gemi siciline kayıtlı gemilere de şâmil olduğu hakkında bkz. İİK m.23 son fıkra.

¹²² Taşınır mallar, kıymetli evrak ve bir Türk gemi siciline kayıtlı bulunmayan gemiler üzerinde kurulan önalım hakkı hakkında bkz. Olgaç, Şuf'a Vefa İştira s.236-238. Ticarî İşletme üzerinde kurulan önalım hakkı hakkında bkz. Olgaç, Şuf'a Vefa İştira s.218.

bağlanmamış (çıplak) bulunan anonim ortaklık payları üzerinde de, taraflar arasında yapılacak bir sözleşme ile anılan hakların tanınması mümkündür¹²³.

Fakat taşınırlarda önalım hakkının şerhedilmesi mümkün olmadığından, bu hak sadece nispî bir mahiyet alır, yani akdi ihlâl eden mâlikten önalım hakkı sahibi sadece tazminat talep edebilip alıcıya karşı bu hakkını ileri süremez. Bununla beraber tapu kütüğüne şerh vermemek adi yazılı şekle uygun olarak düzenlenen sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmayacağı için¹²⁴, buradan

¹²³ Bkz. Ü.Tekinalp, “Anonim Ortaklık Payının Alım, Önalım, Geri Alım ve Benzer Haklara Konu Olması Sorunu” **Medenî Kanun 50. Yıl Sempozyumu, 1.Tebliğler**, İstanbul 1978, s.350; M.Bahtiyar, “Anonim Ortaklıkta Payların Üçüncü Kişilere Satılması Durumunda Diğer Ortaklara Önalım Hakkı Tanıyan Anasözleşme Hükümleri ve Etkileri”, **Batider**, Y.2001, C.XXI, S.2, s.83; A.M.Selvi, **Anonim Ortaklıkta Payın Devri**, Ankara 2004, s.90-91; R.Poroy/Ü.Tekinalp/E.Çamoğlu, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, B.10, İstanbul 2005, s.487; R.R. Pennington, **Company Law**, B.7, London 1995, s.1002-1007; G.Eriş, **Anonim Şirketler Hukuku**, Ankara 1995, s.658; N.Taşdelen, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sıfatının Kazanılması**, İstanbul 2005, s.300.

“Anasözleşmelere konulan paylar üzerindeki önalım haklarının amacı, payın satışı durumunda hak sahibine öncelik sağlamak, böylece payın üçüncü kişiye geçişini önlemek, arzu edilmeyen kişileri ortaklığa dahil etmemek ve yabancılaşmayı engellemektedir.” (Bahtiyar s.90).

“Anasözleşmede bir ortağın payını üçüncü kişilere satması durumunda diğer ortaklar, yönetim kurulu üyeleri veya belirli kişiler önalım hakkına sahip kılınmış olabilir. Yükümlü paylarını üçüncü kişiye satıp satmamak satışın zamanı ve koşullarını alıcı ile birlikte özgürce müzakere etmek ve belirlemek konularında tamamen serbesttir. Fakat bu satış gerçekleştiği takdirde önalım hakkı sahibini karşısında bulabilecek; hak sahibi, tek taraflı ve yenilik doğurucu bir beyan ile bu hakkını kullandığında, yükümlü ile hak sahibi arasında bir satış ilişkisi meydana gelecektir. Taşınmaz satışlarına ilişkin olarak MK’da düzenlenmiş olan önalım hakkına (MK m.658-660) benzeyen bu tür düzenlemelere gerçek önalım hakkı (statutarische vorkoufsrecht) denilmektedir.” (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu s.487-488).

Anasözleşmede yenilik doğurucu bir hak değil de, yalnızca paylarını satmak isteyen ortağın öncelikle belirli kişilere öneride bulunması zorunluluğu öngörülmüş ise gerçek olmayan önalım hakkı (vorhandsrecht) söz konusudur. Türkçe’ye “öncelik hakkı” olarak çevrilen bu tür düzenlemelerin gerçek önalım hakkından farkı, gerçek önalımda bir unsur olarak “satış” olgusunun varlığı gerekli iken, burada satış olmaksızın, ortağın öneride bulunması üzerine, hakkın ileri sürülebilmesi; dolayısıyla, basit bir pay devri niyetinin varlığının yeterli sayılmasıdır. Ancak ortağın öneride bulunmasının zorunlu olup olmaması, hak sahibinin kabul zorunluluğu bulunup bulunmaması veya hak sahibine yenilik doğuran bir hakkın tanınmış olup olmaması gibi yönlerden çeşitli olasılıklar içerebilen böyle düzenlemelere de, gerçek önalım hakkına ilişkin kurallar örnekseme yolu ile uygulanmaktadır. Bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu s.487-488.

¹²⁴ Bkz. yuk.s.28.

hareketle taşınır malların önalım hakkının konusunu oluşturmayacağı söylenemez.

Aynı şekilde salt sözleşmesel önalım hakkının yasal önalım hakkı gibi taşınmaz mülkiyetine ilişkin kısımda yer almış olması da, taşınırın sözleşmesel önalıma konu olamayacağı yolunda bir sebep olarak kabul edilemez. Çünkü Türk-İsviçre Medenî kanunlarındaki bu yer alış, hükümlerin de her noktada aynı olmasını temin gayesini değil, sadece sözleşmesel önalım hakkının yasal önalım hakkıyla olan sıkı bağlantısının bir sonucudur ve aslında hatalıdır¹²⁵. Kabul etmek gerekir ki hatalı bir tanzim tarzına dayanılarak, sözleşmesel önalım hakkının taşınırlarda oluşmayacağını ispata kalkışmak da bir hatadır¹²⁶.

Ancak belirtmek gerekir ki 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 735 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında yer alan düzenleme karşısında; bugün artık sözleşmesel önalım hakkının taşınırlar yönünden de söz konusu olabileceğini kabul etmek mümkün değildir. Çünkü MK'nun 735 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında "Yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümler¹²⁷ sözleşmeden doğan önalım hakkında da uygulanır" denilmektedir¹²⁸. Yasal önalım hakkının konusunu ise yalnız paylı mülkiyete tâbi taşınmazlar oluşturmaktadır¹²⁹. Paylı mülkiyet konusu olsun ya da olmasın

¹²⁵ "İsviçre Medenî ve Borçlar Kanunundaki 4 Ekim 1991 tarihli değişiklikle sözleşmeden doğan önalım hakkına ilişkin hükümler, Medenî Kanun'dan çıkarılarak Borçlar Kanunu'nun taşınmaz satımına ilişkin hükümleri arasında düzenlenmiştir. (İsviçre Borçlar Kanunu 216-216e). Bunun sebebi, hukukî işlem ile yapılan devir sınırlandırmalarının borçlandırıcı işlem niteliğinde bulunması ve borçlandırıcı işlemlerin düzenleme yerinin Borçlar Kanunu olmasıdır. İsviçre Hukukundaki değişiklik, esas olarak doktrin ve uygulamanın kabul ettiği bazı hususları kanunlaştırmıştır." (Kırca s.1186).

¹²⁶ Feyzioğlu, Şuf'a Hakkının Mevzuu s.881.

¹²⁷ Bkz. MK m.733 f.2 ve MK m.734.

¹²⁸ 743 sayılı Medenî Kanun döneminde ise bugünkünün aksine sözleşmesel önalım hakkını düzenleyen MK m.658'in kıyasen yasal önalım hakkına uygulandığı görülmektedir.

Nitekim 26.12.1951 tarih ve 1/6 sayılı İBK'nda bu ilişki açık bir şekilde belirtilmiş ve 658 inci maddedeki hükümlerin, 659 uncu maddeye tatbiki gereken hükümler olduğu vurgulanmıştır. Bu İBK için bkz. Özenli s.182 vd.

¹²⁹ Bkz. a.ş.a.s.39-40.

taşınırlarda bu tür bir önalım hakkı söz konusu değildir. Yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümlerin MK'un 735 inci maddesinin 3 üncü fıkrası uyarınca sözleşmesel önalım hakkına da uygulanacağı dikkate alındığında; taşınırlarda, yasal önalım hakkı gibi sözleşmesel önalım hakkının da söz konusu olmaması gerekir¹³⁰.

Bununla birlikte uygulamada Yargıtay'ın anasözleşmelerde düzenlenen önalım haklarının geçerli olduğu, dolayısı ile taşınır niteliğinde olan şirket pay senetlerinde¹³¹ sözleşmesel önalım hakkının kullanılabilceği yönünde kararlar verdiği görülmektedir¹³².

Kanımca sözleşmesel önalım hakkının sadece taşınmazlar yönünden kabul edilmesi bir eksiklikler. Olması gereken hukuk açısından taşınırlarda da

¹³⁰ Ayan, Eşya Hukuku I s.274; Saymen / Elbir s.379; Tekinay, Takyitler s.36 ve s.46; Gürsoy / Eren/ Cansel s.614; Ertuş s.377.

¹³¹ Şirket pay senetlerinin taşınır mal niteliğinde olduğu hakkında bkz. Bahtiyar s.113.

¹³² 11.HD 06.05.1982 T. E: 1982/1551 K: 1982/2136 (**İkt. Mal.**, Y.1983, C.XXX, s.30-31) – 11.HD.15.10.1984 T. E: 4638 K: 4740 (G.Eriş, **Türk Ticaret Kanunu (Ticari İşletme ve Şirketler)**, C.II, B.3, Ankara 2004, s.2507-2508) – 11.HD 21.03.2002 T.E:2001/10782 K:2002/2577 (Karar yayınlanmamıştır) – 11.HD 23.02.1995 T. E: 1994/7138 K:1995/1522 (E.Moroğlu, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukukî Niteliği, ((**Prof.Dr. M.Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan**, İstanbul 2000, s.525-529))).

Anasözleşmeye konulmuş önalım hakkının yol açtığı temel sorun, bu tür bir düzenlemenin geçerli olup olmadığıdır. Geçerlilik sorununun olumlu yanıtlanması halinde dahi özellikle hakkın işlerlik kazanması büyük önem taşıyan ve tartışmalar yaratan bir husustur.

Üçüncü kişiye pay satılmış, fakat henüz mülkiyet alıcıya geçirilmemiş ise, önalım hakkı sahibi, yükümlü ortağa karşı hakkını kullanmak suretiyle pay mülkiyetinin kendisine devrini isteyecektir. Önalım hakkı kullanılmasına rağmen veya kullanılmadan önce payların mülkiyeti üçüncü kişiye devredildiği taktirde ise, bu hak üçüncü kişiye karşı ile sürülemez. Ticaret sicilinin etkisi (TTK m.38-39) yoluyla da hakkın üçüncü kişilere karşı işlerliği sağlanamaz. Çünkü sicilin etkisi, kanunun öngördüğü hallerde söz konusu olup, anasözleşmenin tescil ve ilanını emretmemiştir. Bu durumda geriye, hak sahibinin yükümlüden yalnızca tazminat talep edebilmesi (BK m.96 vd.) olanağı kalmaktadır. Bkz. Bahtiyar s.92-93.

Hakkın kullanılmasına ilişkin MK'un 733 üncü maddesinin 4 üncü fıkrasındaki sürenin burada uygulanmasını savunmak da güçtür. Çünkü, açık bir kanun hükmü olmadan bir hak düşürücü süreyi örnekseme ve uyarılama yolu ile uygulanır saymak hukuken kabul edilmesi güç bir sonuçtur. Bkz. Tekinalp s.354.

MK'un 735 inci maddesinin 3 üncü fıkrası karşısında; biz anasözleşmelerde düzenlenen önalım haklarının geçerli olduğu yönündeki görüşe (bkz. yuk.s.34 dn.131 ve dn.132) katılmaya olanak bulamıyor, bu tür bir düzenlemenin bugünkü yasal mevzuat çerçevesinde geçerli olamayacağı görüşünü savunuyoruz.

sözleşmesel önalım hakkının kullanılmasının olanaklı olduğunun kabul edilmesi gerekir¹³³. Fakat bunun için öncelikle hakkın geçerliliğini ve işlerliğini sağlayacak gerekli yasal düzenlemenin yapılması gerekmektedir¹³⁴.

f. Kapsamı

Yukarıda değinildiği üzere¹³⁵, önalım sözleşmesinin nitelikli (vasıflı) olarak yapılması ve önalım hakkının kapsamında nelerin olduğunun bu sözleşmede kararlaştırılması mümkündür. İşte bu şekilde yapılan bir önalım sözleşmesi söz konusu ise ve tapuya da şerh edilmişse, önalım hakkı Medenî Kanun'un 735 inci maddesinin 1 inci fıkrası (EMK'nun 658 inci maddesinin 1 inci fıkrası) gereğince sözleşmede kararlaştırılan koşullara göre kullanılır. Bu durumda sözleşmesel önalım hakkının içeriğinin de sözleşmede belirlenen bu kapsama göre tayin edilmesi gerekir¹³⁶. Buna karşın önalım hakkının kapsamına ilişkin olarak önalım sözleşmesinde herhangi bir hüküm yoksa veya önalım sözleşmesi nitelikli (vasıflı) olarak yapılmamışsa, önalım hakkının kullanılması MK m.735 f.1 son cümle (EMK m.658 f.2 ilk cümle) uyarınca üçüncü kişiye satıştaki koşullara göre olur¹³⁷.

¹³³ İsviçre Kanun Koyucusu'nun 4 Ekim 1991 tarihli değişiklikte de sözleşmesel önalım hakkına ilişkin hükümleri Borçlar Kanunu'nun taşınmaz satımına ilişkin bölümünde düzenlemesi bu açıdan dikkat çekicidir. Ayrıca bkz. yuk.s.33 dn.125.

¹³⁴ Bunun için öncelikle sözleşmesel önalıma ilişkin yasal düzenlemenin taşınır malları da içine alacak ve tereddüde yer bırakmayacak şekilde yeniden kaleme alınması sistemin kuvvetlenmesi için taşınırlarda da önalım hakkına taşınmazlardaki şerh sistemine benzer şekilde güç kazandırılması (bu konudaki öneriler için bkz. Selvi s.92; Tekinalp s.356; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu s.490; Bahtiyar s.115-123) ve MK'un 733 üncü maddesinin 4 üncü fıkrasındaki hak düşürücü sürenin örneksime ve uyarılama yolu ile uygulanması yerine hak sahibinin satışa itilaiden sonra ve mâkul bir süre içinde hakkını kullanmasını sağlayacak şekilde ayrı bir kanunî düzenlemenin yapılması gerekmektedir.

¹³⁵ Bkz. yuk.s.25 dn.91.

¹³⁶ Önalım kapsamındaki eklentinin (teferruatın) önalım yükümlüsü satıcı tarafından önalım konusu taşınmaz hariç tutulmak suretiyle ayrı satılması halinde önalım hakkının kullanılıp kullanılmayacağı hakkında bkz. aşa.s.41-42.

¹³⁷ Yıldız s.10.

g. Sjeleri

aa. Önalım Hakkı Sahibi (nalımcı-Şef'i)

Sözleşmesel nalım hakkında nalım hakkı sahibi, nalım sözleşmesi ile kendisine nalım hakkı tanınan sözleşmenin diğfer yanısıdır. Eğer, BK m.111 gereğince üçüncü bir kişi yararına bir nalım sözleşmesi söz konusu ise, nalım hakkı sahibi nalım sözleşmesini akdedenlerden biri değil, kendisine bu hak tanınan üçüncü bir kiřidir¹³⁸. BK m.111 gereğince üçüncü kişi yararına yapılacak nalım sözleşmesi ile belirleyici unsurlara yer verilmesi yolu ile müstakbel bir kişinin de nalım hakkı sahibi olarak tayin edilmesi mmkndr¹³⁹. Önalım hakkı sahibi gerçek ya da tüzel kişi olabilir. BK'nun 111 inci maddesine göre bir veya birden fazla kişinin nalım hakkı sahibi olarak belirlenmesine yasal bir engel yoktur. Hatta bir gerçek kişi ile bir tüzel kişinin birlikte nalım hakkı sahibi olmaları da mmkndr¹⁴⁰. Önalım hakkı bir taşınmaz lehine tanınmış ise, eşyaya bağlı bir hak haline getirilmif olacağından nalım hakkı sahibi, bu taşınmazın nalım hakkının kullanılma anındaki mâlik veya mâlikleri olacaktır¹⁴¹.

bb. Önalım Hakkı Yükümlüsü (Satıcı-Bayi)

Sözleşmesel nalım hakkında, nalım hakkı yükümlüsü, nalım sözleşmesi ile nalım hakkı tanıyan kimse veya kimselerdir. Önalım hakkı yükümlüsünün gerçek veya tüzel kişi olması mmkndr¹⁴².

cc. çnc Şahıs (Alıcı-Müşteri)

Önalım hakkı sahibinin bu hakkını kullanmasını sağlayan satım szleşmesinin¹⁴³ bir yanını alıcı dediğimiz üçüncü şahıs oluşturmaktadır. Satım

¹³⁸ Yıldız s.11.

¹³⁹ Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı s.11.

¹⁴⁰ Yıldız s.11.

¹⁴¹ Oğuzman/Seliçi/zdemir s.428.

¹⁴² Yıldız s.12.

¹⁴³ Satım sözleşmesinin sözleşmesel nalım hakkının doğumundaki rolü hakkında bkz. aşa.s.44-45.

sözleşmesini önalım hakkı yükümlüsü ile o akdetmektedir. Alıcı gerçek ya da tüzel herhangi bir kişi olabilir¹⁴⁴.

2. Yasal Önalım Hakkı

a. Tanımı

Yasal önalım paylı mülkiyet konusu taşınmazın paydaşlarından birinin payını¹⁴⁵ üçüncü şahsa satması durumunda, diğer paydaşlara satılan bu payı aynı şartlarla, tek taraflı, yönetilmesi ve varması gerekli bir irade açıklamasıyla satın alabilme yetkisi veren yenilik doğurucu haktır¹⁴⁶.

b. Kaynağı

Yasal önalım hakkının hukukî kaynağı kanundur¹⁴⁷. Bu hak MK'nun 731 inci (EMK'nun 657 inci) maddesinden kaynaklanan taşınmaz mülkiyetinin özel

¹⁴⁴ Yıldız s.12.

¹⁴⁵ "EMK'da önalım hakkı sahibinin, bu hakkını paydaşın payını bir üçüncü kişiye satması halinde kullanabileceği öngörülmüş; ancak paydaşın payın tamamını değil bir kısmını üçüncü kişiye satması halinde de önalım hakkını kullanabilip kullanamayacağı hükme bağlanmamıştır. Yeni yasa 732 nci maddesinde bu konuyu aydınlığa kavuşturmuş paylı mülkiyette paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması halinde önalım hakkının kullanılabilirliği öngörülmüştür." (A.Kılıçoğlu, **Medenî Kanun'unumuzun Getirdiği Yenilikler**, B.2, Ankara 2004 s.351).

¹⁴⁶ Dural s.101; Tekinay, Takyitler s.38; Oğuzman/Seliçi/Özdemir s.437; Gürsoy/Eren/Cansel s.614. Ayrıca bkz. HGK 26.09.1990 T. E: 1990/6-321 K:1990/441 (YKD, C.XVI, Y.1990, S.12 , s.1760-1762).

¹⁴⁷ Aşağıdaki önalım hakları; yasal önalım hakkı dışında kaynağı kanun olan diğer önalım haklarına örnek olarak gösterilebilir:

Kaynak İsviçre Medenî Kanunu üst irtifakında, mâlik ve irtifak hakkı sahibine 676 ncı maddede, karşılıklı önalım hakkı tanımaktadır. Buna karşın Türk Hukukunda, Türk Medenî Kanunu'nda yer almayan üst hakkından doğan önalım hakkını, Yargıtay üst hakkının da taşınmaz hükmünde olduğundan bahisle kabul etmektedir. Bkz. 6.HD 21.01.2008 T. E:13277 K:323 (Karar yayınlanmamıştır).

Türk Medenî Kanunu'nun 708 inci maddesinin 2 nci fıkrası da yeni oluşan araziye, arazi kaybına uğrayana veya bitişik arazi mâlikine Hazinesinden öncelikle satın alma hakkı vermektedir.

Türk Hukukunda 1164 sayılı ve 10.05.1969 tarihli Arsa Ofisi Kanunu, Arsa Ofisine bir önalım hakkı tanımaktadır.

4074 sayılı Hazineye Ait Tarım Arazilerinin Satışı Hakkında Kanun, arazinin bulunduğu yerde oturan kişilere, bu arazileri kiralayan topraksız kiracılara, bu arazileri fiilen kullananlara ihalede önalım hakkı tanımaktadır.

Yine, Türk Hukukunda iptal edilen 1727 sayılı ve 19.07.1973 tarihli Toprak ve Tarım Reformu Kanunu'nun 123 üncü maddesi, kiracıya ve ortakçıya işlediği toprağı öncelikle satın alma hakkı tanıyordu.

hukuk nitelikli dolaylı bir sınırlamasıdır¹⁴⁸.

Yasal önalım hakkı, üçüncü kişilere karşı MK m.731 (EMK m.657) anlamında –dolaylı da olsa- mülkiyetin kanunî sınırlamaları olarak, tapu siciline herhangi bir yazıma gerek kalmadan etkili olur. Gücünü ve kaynağını doğrudan doğruya kanundan alır¹⁴⁹.

Yasal önalım hakkı sözleşmesel önalım hakkı ile karşılaştığında MK'un 731 inci (EMK'nun 657 nci) maddesi gereğince, yasal önalım hakkı tercih olunur¹⁵⁰. Sözleşmesel önalım hakkının tapu kütüğüne şerh edilmesi de bu sonucu değiştirmez¹⁵¹.

c. Amacı

Kanun Koyucunun yasal önalım hakkını düzenlerken izlediği amaç; paydaşlar arasına istenmeyen kişilerin girmesini önlemek, payları mümkün olduğu ölçüde bir veya birkaç paydaş elinde toplayarak, ekonomik olmayan ve

TTK m.418 f.4, bağlı nama yazılı pay senetlerinin miras, karı-koca mallarının idaresine ilişkin hükümler veya cebri icra yoluyla edinilmesinde yönetim kurulu üyeleri ile ortaklar yararına bir önalım hakkını düzenlemiştir.

Kaynağı kanun olan önalım hakları hakkında geniş açıklama için bkz. Ertaş s.378; Şıpka s.8-10.

¹⁴⁸ Mülkiyetin dolaylı kanunî sınırlamalarında kanun bir şahsa, mâlike karşı ileri sürebileceği bir talep hakkı tanımakta ve ancak bu hakkın kullanılması ile mâlik o şahıs yararına verme ya da yapma borcu (müspet edim yükümlülüğü) altına girmektedir. Bkz. Erel s.43; Oğuzman/Seliçi/Özdemir s.435 dn.1035, Şıpka s.16.

Bu talep hakkının bir “kanundan doğan yetki-kanunî talep hakkı” olduğunu iddia eden yazarlara (bkz.E.Özsunay, **Zarurî Geçit Hakkı**, İstanbul 1968, s.181; Akipek s.208) karşılık, baskın görüş söz konusu talebin bir “yenilik doğuran hak” olduğu yönündedir (Oğuzman/Seliçi/Özdemir s.435; Tekinay, Takyitler s.37). Şıpka'ya göre bu talep hakkının kullanılması ile oluşan borcun doğumu mâlikin kabulüne bağlı olmadığından, “yenilik doğuran hak” olarak nitelendirilmesi isabetlidir. Bkz. Şıpka s.16.

¹⁴⁹ Şıpka s.16; Özenli s.30.

Gücünü ve kaynağını doğrudan doğruya kanundan alan yasal önalım hakkının tapu siciline tescilinin gerekmediği hakkında ayrıca bkz. Gürsoy / Eren / Cansel s.616. Ayrıca bkz. N.F.Feyzioğlu, “Şuf'a Hakkının Kullanılması Mümkün Olan ve Olmayan Tasarruflar”, **İst.Huk.Fak.Mec.**, Y.1953, C.XIX, S.1-2, s.224.

¹⁵⁰ Ertaş s.378.

¹⁵¹ Gürsoy / Eren / Cansel s.635; Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı s.111-112; Ayan, Eşya Hukuku I s.273.

paydaşlar arasında anlaşmazlıklara neden olan paylı mülkiyet ilişkisini sona erdirmektedir¹⁵².

d. Karakteristik Özellikleri

Mülkiyet hakkı, hak sahibinin iradesi ile sınırlanabileceği gibi kanun koyucu da birtakım düşüncelerle bu hakka sınırlamalar getirebilir. Yasal önalım hakkı da mülkiyet hakkına kanun koyucu tarafından getirilen sınırlamalardan¹⁵³ bir tanesidir. Kaynağını Türk Medenî Kanunu'nun 731 inci (EMK'nun 657 nci) maddesinde bulan yasal önalım hakkı, hak sahibi ile yükümlü arasında hiçbir hukuksal işlem olmadan, paylı mülkiyette sırf paydaşlık ilişkisi nedeni ile tanınmış bir haktır. Yasal önalım hakkı sadece taşınmazlar üzerindeki paylı mülkiyette söz konusudur. Elbirliği (iştirâk) şeklindeki taşınmaz mülkiyetinde (MK m.701- EMK m.629), görünürdeki paydaşların yalnız başlarına pay satması mümkün olmadığından yasal önalım hakkı da söz konusu değildir. Ancak 743 sayılı Medenî Kanundan önceki ölümlerde tereke paylı mülkiyet şeklinde bulunduğu¹⁵⁴ bu durumda yasal önalım hakkının kullanılabilmesi unutulmamalıdır. Paylı mülkiyette bir miktar payın elbirliği şeklinde (MK m.701- EMK m.629) olması durumunda, elbirliği şeklindeki bu pay üzerinde yasal önalım hakkı söz konusu olabileceği gibi elbirlikçiler için de diğer paylar yönünden yasal önalım hakkı vardır¹⁵⁵.

e. Konusu

Yasal önalım hakkının konusunu paylı mülkiyete tâbi taşınmazlar oluşturur. Paylı mülkiyet konusu taşınırlarda paydaşlar için böyle yasal bir önalım hakkı söz konusu değildir¹⁵⁶. Yargıtay 6.Hukuk Dairesi de 21.04.1975

¹⁵² Gürsoy / Eren / Cansel s.614; Akipek s.215.

¹⁵³ Mülkiyet hakkına getirilen sınırlamalar hakkında. bkz. yuk.s.25 dn.89'da adı geçen yazarlar.

¹⁵⁴ Bkz. Ayan, Eşya Hukuku I s.31 dn.141.

¹⁵⁵ Yıldız s.3-4.

¹⁵⁶ Ayan, Eşya Hukuku I s.274.

gün ve 1814/2916 sayılı kararı ile taşınır mallarda yasal önalım hakkının kullanılmayacağını kabul etmiştir¹⁵⁷.

Medenî Kanun'un 704 üncü maddesinde taşınmaz mülkiyetinin konusu; arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler olarak sıralanmıştır¹⁵⁸. Yani yasanın bu maddesinde belirtilenlerin hepsi taşınmaz niteliğindedir. Eski Medenî Kanun'un taşınmaz mülkiyetinin konusunu düzenleyen ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 704 üncü maddesine karşılık gelen 632 nci maddesinde madenler de taşınmaz hükmünde sayılmış ise de, yeni kanun madenleri taşınmaz kavramı içinde görmemiştir¹⁵⁹. Yine tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar MK'nun 704 üncü (EMK'nun 632 nci) maddesine göre taşınmaz mal sayılırlarsa da bunların önalım hakkına konu teşkil etmeleri mümkün değildir¹⁶⁰. Bununla beraber, Yargıtay'ın tapu kütüğünde kayıtlı bağımsız ve sürekli hak niteliğindeki dalyanların yasal önalım hakkına konu olabilecekleri yönünde kararlar verdiği görülmektedir¹⁶¹.

¹⁵⁷ Bu karar için bkz. Tunaboşlu, Önalım Davaları s.94-95.

¹⁵⁸ Tunaboşlu, Önalım Davaları s.20.

¹⁵⁹ Yıldız s.8.

¹⁶⁰ C.Erdoğan s.654.

Kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümlerin önalım hakkına konu teşkil edip etmeyecekleri hakkında bkz. aşa.s.86-88.

¹⁶¹ "Davacı 40/160 hissesine mâlik bulunduğu dalyanın geri kalan 12/160 hissesinin davalı tarafça 4.000 liraya satın alındığını sırf kendisinin şuf'a hakkını kullanmasını güçleştirmek gayesiyle resmî satış senedinde satış bedelinin 50.000 lira olarak gösterildiğini ileri sürerek 40.000 lira karşılığında şuf'a hakkının tanınmasına karar verilmesini istemiştir. Dalyanlar balıkları avlama için kullanılan av yerleridir. Bunlar Medenî Kanun'un yürürlüğe girmesinden çok önceki tarihlerden beri de mutasarrıfları tarafından kullanıla gelmişlerdir. Dalyanların bir çokları da, tapu kütüğünde açılan bir sahifeye müstâkil ve daimî bir hak olarak kayıt olunmuşlardır. Bunlar öteden beri alım satım bağışlama ve kira akitlerine konu teşkil etmişlerdir. Ayrıca dalyanlar üzerindeki haklar hak sahiplerinin ölümleri halinde mirasçılara intikâl etmektedir. Dava konusu dalyan yeri, tapu kütüğünde kayıtlıdır. Bu kayıta Medenî Kanun'un 632 nci maddesinin ikinci bendinde söz konusu edilen müstâkil ve daimî bir hak kaydından başka bir şey değildir. Bu itibarla da bu hak gayrimenkul sayılmak gerekir. Böyle olunca da dalyanda hisse satın alan yabancı şahıs aleyhine dalyanın hissedarlarının Medenî Kanun'un 659 uncu maddesine istinatla şuf'a davası açmaya hakları olduğunun kabulü gerekir. Mahkemenin bunun aksine alan görüşü doğru değildir." 6.HD 26.12.1961 T.E: 7337 K:452 (Naklen, Tunaboşlu, Önalım Davaları s.103).

f. Kapsamı

Daha önce belirtildiği üzere¹⁶² yasal önalım hakkı ancak taşınmaz mülkiyetinde söz konusu olabilir.

Taşınmaz malın bütünleyici parçaları da (mütemmim cüzüleri de) ondan ayıramayacağı için taşınmazla birlikte önalım hakkına konu teşkil edecektir¹⁶³. Satış sırasında var olan bütünleyici parçalar (mütemmim cüzüleri) satımın içinde kendiliğinden yer alır ve dolayısıyla önalım hakkının kapsamına dahildir. Satıştan sonra alıcı tarafından taşınmaza eklenen bütünleyici parçalar (mütemmim cüzüleri) ise satışın içinde yer almadığından önalım hakkının kapsamında kabul edilemez. Ancak o taşınmazdan ayrılması da hukuken mümkün olmadığından, alıcı tarafından alınıp götürülemez. Bu durumda alıcının önalım hakkı sahibinden sebepsiz zenginleşme (haksız iktisap) hükümlerine göre bunların bedelini alabilmesi gerekir¹⁶⁴. Önalım hakkının tesisi anında taşınmaz üzerinde bulunan eklentisi de (teferruatı da) önalım hakkının konusuna dahildir. Çünkü MK'nun 686 ncı maddesinin 1 inci fıkrasında (EMK'nun 621 inci maddesinde) "Bir şeye ilişkin tasarruflar, aksi belirtilmedikçe onun eklentisini de kapsar" hükmünü getirmiştir. "Taşınmaz hariç bırakılarak sadece üzerindeki eklenti (teferruat) satıldığında önalım hakkı doğar mı?" sorusu akla gelebilir¹⁶⁵. Önalım hakkının kapsamındaki eklentinin (teferruatın) önalım yükümlüsü satıcı tarafından önalım konusu taşınmaz hariç tutulmak suretiyle ayrı satılması söz konusu ise, önalım hakkı sahibi, satılan taşınır niteliğindeki eklenti (teferruat) olduğundan ve önalım hakkının asıl konusu satış

¹⁶² Bkz. yuk.s.39-40

Eski Hukukumuzda önalım hakkı devamlı komşuluktan doğması muhtemel zararların önlenmesi amacı ile kabul edildiği için önalım konusu malın yasal önalım hakkında olduğu gibi taşınmaz niteliğinde olması gerekmekte idi. Taşınır mallar bir yerden başka bir yere nakledilebildikleri için bunlarda komşuluk ve dolayısıyla devamlı olarak komşulara zarar verme endişesi söz konusu değildi. Bkz. Şıpka s.17; O.Kaşıkcı, **İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle**, İstanbul 1997, s.228.

Eski Hukukun sadece yasal önalım hakkını düzenlediği yönündeki görüş için bkz. Feyzioğlu, Şuf'a Hakkının Mevzuu s.882.

¹⁶³ C.Erdoğan, s.654.

¹⁶⁴ Yıldız s.8.

¹⁶⁵ C.Erdoğan s.654.

kapsamında bulunmadığından önalım hakkını kullanamaz¹⁶⁶. Ancak bu şekilde satılan eklenti (teferruat) ister önalım yükümlüsü satıcı, isterse de alıcı tarafından önalım davasından önce veya dava sırasında ya da davanın kabulüne karar verildikten sonra satılmış olsun önalım hakkı sahibi bunlara karşı sebepsiz zenginleşme (haksız iktisap) nedeniyle tazminat davası açabilir¹⁶⁷.

Medenî Kanun'un 685 inci maddesinin 1 inci fıkrasında (EMK'nun 620 nci maddesinde) doğal ürünler kenar başlığı altında "Bir şeyin mâliki onun ürünlerinin de mâliki olur." hükmü getirilmiş, aynı maddenin 2 nci fıkrasında¹⁶⁸ ürünün (semerenin) tanımı yapılmıştır. Son fıkrada "Doğal ürünler asıl şeyden ayrılincaya kadar onun bütünleyici parçasıdır." cümlesi yer almıştır. Bu hükümlere göre, ürünler (semereler) asıl şeyden ayrılincaya kadar onun bütünleyici parçası sayıldığından, onun tâbi olduğu prensiplere tâbi olup önalım hakkının kapsamındadır. Fakat ürünler (semereler) taşınmazın

¹⁶⁶ Yıldız s.9; C.Erdoğan s.654.

¹⁶⁷ C.Erdoğan s.654.

Yıldız ise önalım hakkı sahibinin yasal önalım hakkında ve şerh edilmiş niteliksiz (vasıfsız) sözleşmesel önalım hakkında sebepsiz zenginleşme (haksız iktisap) nedeniyle tazminat davası açamayacağı bu süjenin tazminat isteminin ancak şerh edilmiş nitelikli (vasıflı) sözleşmesel önalım hakkında mümkün olacağı görüşündedir. Bkz. Yıldız s.9 dn.11a.

Aynı yazar önalım konusunun satışı sırasında satıştan ayrık tutulmayan ve bu nedenle satışın kapsamında bulunduğu kabulü gereken eklentilerin (teferruatların), alıcı tarafından satıştan hemen sonra veya önalım hakkının kullanılmasından önce veya önalım davası sırasında ya da önalım davasının kabulüne karar verilmesinden sonra ayrı bir satışa konu yapılması halinde, önalım hakkı sahibinin satan alıcıya karşı tazminat davası açabileceği görüşündedir. Hatta Yıldız'a göre önalım hakkı sahibi alıcıya karşı açacağı önalım davasında davalı alıcı tarafından satılan bu eklentilerin (teferruatların) bedelinin depo miktarından indirilmesini dahi isteyebilmelidir. Bkz. Yıldız s.9.

¹⁶⁸ Medenî Kanun'un 685 inci maddesinin 2 nci fıkrasına göre; "ürünler, dönemsel olarak elde edilen doğal veya hukukî ürünler ile bir şeyin özgülendiği amaca göre âdetler gereği ondan elde edilmesi uygun görülen diğer verimlerdir."

Eski Medenî Kanun'un 620 nci maddesine göre ise; "...Bir şeyin muayyen zamanlarda hasıl ettiği ve örfün o şeyden sureti tahsisine göre istihsâlini tecvîz eylediği mahsuller o şeyin tâbii semereleridir..." Bkz. L.Başöz/R.Çakmakçı, **Gereğeli Atrılı-Karşılaştırma Tablolu Eski ve Yeni Kanun Metinleri Birlikte, Yeni Türk Medenî Kanunu**, Ankara 2001, s.508.

mülkiyeti alıcıdayken alıcıya aittir¹⁶⁹. Önalım hakkı sahibi ancak önalım hakkını kullandıktan sonra meydana gelen yeni satım ilişkisinde¹⁷⁰ nefi'i ve hasarın kendisine geçtiği¹⁷¹ andan itibaren önalım konusunun taşınmazdan ayrılan ürünlerine (semerelerine) mâlik olabilir. Bundan önceki ürünlerde (semerelerde) hak iddia edemez.

g. Søjeleri

aa. Önalım Hakkı Sahibi (Önalımcı-Şef'i)

Paylı taşınmaz mülkiyetinde, her paydaşın aslında hem önalım hakkı sahibi, hem de önalım hakkı yükümlüsü olduğu söylenebilir. Paydaşlardan biri; payını veya payından bir bölümünü üçüncü bir kişiye satması halinde önalım hakkı yükümlüsü, diğer paydaşlardan birinin payını satması halinde önalım hakkı sahibi olmaktadır. Paydaşlardan birinin 743 sayılı Medenî Kanun'dan önce ölmüş olması halinde, terekesi mirasçılara paylı mülkiyet şeklinde geçeceğinden¹⁷², her mirasçının yalnız başına önalım hakkı sahibi olması imkânı da bulunmaktadır. Bu durum 743 sayılı Medenî Kanun'dan sonra değişmiş ve mirasçılarının terekede elbirliği mülkiyeti biçiminde hak sahibi olmaları esası getirilmiştir. Aynı esas 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra da devam etmektedir¹⁷³.

bb. Önalım Hakkı Yükümlüsü (Satıcı-Bayi)

Yasal önalım hakkında önalım hakkı yükümlüsü, paylı taşınmaz mülkiyetine konu taşınmazdaki payını üçüncü bir kişiye satan paydaş veya paydaşlardır. Önalım hakkı yükümlüsünün gerçek veya tüzel kişi olması mümkündür¹⁷⁴.

¹⁶⁹ Yıldız s.8.

¹⁷⁰ Bkz. aş.a.s.61.

¹⁷¹ Nef'i ve hasarın hangi andan itibaren önalım hakkı sahibine geçeceği hakkında bkz. aş.a.s.62-65.

¹⁷² Bkz. yuk.s.39 dn.154.

¹⁷³ Yıldız s.10-11.

¹⁷⁴ Yıldız s.12.

cc. Üçüncü Şahıs (Alıcı-Müşteri)

Önalım hakkı sahibinin bu hakkını kullanmasını sağlayan satım sözleşmesinin¹⁷⁵ bir yanını alıcı dediğimiz üçüncü şahıs oluşturmaktadır. Satım sözleşmesini önalım hakkı yükümlüsü ile o akdetmektedir. Hissedarlar arasında önalım hakkı kullanılamayacağından yasal önalım hakkında alıcı hissedarlar dışındaki üçüncü şahıslar olabilir¹⁷⁶. Alıcı olacak üçüncü şahsın gerçek ya da tüzel kişi olması arasında herhangi bir fark yoktur¹⁷⁷.

VI. Önalım Hakkının Doğum Şekli ve Zamanı

Doktrinde önalım hakkının paylı mülkiyet ya da sözleşme ilişkisinin kurulması ile kendiliğinden (ipso iure) hiçbir eylem ya da işleme gerek kalmadan doğduğu ve satımın doğmuş olan bu hakkın kullanılabilmesi için gerekli bir şart olduğu fikri hâkimdir¹⁷⁸.

Ancak diğer yenilik doğuran haklar gibi önalım hakkı da tâli bir haktır¹⁷⁹. Yasal önalım hakkında bu hak paydaşlık ilişkisi ile, sözleşmesel önalım hakkında ise önalım sözleşmesi ile birlikte bulunur. Yenilik doğuran haklar aslî nitelikte haklar¹⁸⁰ olmadıklarına göre, bu temel ilişki ile birlikte hak doğmuş sayılamaz. Sadece hakkın doğması için gerekli ortam hazırlanmış olur¹⁸¹. Başka bir ifade ile önalım hakkının paylı mülkiyet ya da sözleşme ilişkisi kurulduğu anda kendiliğinden doğduğu ve payın üçüncü kişiye satılması ile kullanılabilir hale geldiği yönündeki görüşün kabulü önalım hakkının talî niteliği ile bağdaştırılmaz. Aynı şekilde bu görüş paylı mülkiyette yapılan pay satışında önalım hakkını süresinde kullanmayan paydaşın yasal önalım hakkının

¹⁷⁵ Satım sözleşmesinin yasal önalım hakkının doğumundaki rolü hakkında bkz. aşağıda s.44-45.

¹⁷⁶ Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı s.173.

¹⁷⁷ Yıldız s.12.

¹⁷⁸ Bkz. Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı s.96; Sebük s.141; Esmer s.825; Tekinay, Takyitler s.38; Gürsoy/Eren/Cansel s.614-615; İ.Sungurbey, **Şuf'a Davaları**, İstanbul 1984, s.49-50.

¹⁷⁹ Tâli haklar hakkında daha fazla bilgi için bkz. A.Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku s.14.

¹⁸⁰ Aslî haklar hakkında daha fazla bilgi için bkz. A.Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku s.14.

¹⁸¹ Şıpka s.37.

düşmesinden sonra o pay ile ilgili yapılan ikinci satışta önalım hakkının yeniden paylı mülkiyet ilişkisi kurulmadan nasıl doğduğunu açıklamaktan da uzaktır.

Bu nedenle önalım hakkının paylı mülkiyet ya da sözleşme ilişkisi ile gerçek anlamda doğmayacağı söz konusu ilişkilerle sadece bu hakkın doğum şartlarını yaratan bir ortamın hazırlanmış olacağı ve gerçek anlamda doğumun satım ile meydana geleceği şeklinde ifade edebileceğimiz ikinci görüş¹⁸² bizce doktrinde hâkim olan birinci görüşe göre daha isabetli ve gerçekçidir¹⁸³.

İkinci görüşün birinci görüşten daha isabetli ve gerçekçi olması, bize göre bu görüşün aynı zamanda uygulamada ortaya çıkan sorunların çözümünde daha faydalı olacağına da işaret etmektedir.

Nitekim Yargıtay'ın da ikinci görüşü destekler şekilde – doktrinin tam aksine – önalım hakkının satım¹⁸⁴ ile doğacağı yönünde kararlar verdiği görülmektedir¹⁸⁵.

¹⁸² Önalım hakkının gerçek anlamda doğumunun satım ile meydana geleceği görüşünün savunulmaması için bir engel görmediğini belirten Şıpka'nın doktrinin bugüne kadar ki baskın fikrini (yani önalım hakkının paylı mülkiyet ya da sözleşme ilişkisinin kurulması ile kendiliğinden ((ipso iure)) hiçbir eylem ya da işleme gerek kalmadan doğduğu ve satımın doğmuş olan bu hakkın kullanılabilmesi için gerekli bir şart olduğu düşüncesini) paylı mülkiyetin kurulmasını önalım hakkının hukukî doğumu satımı ise fiilî doğumu olarak kuvveden fiile çıkması şeklinde formüle etmek suretiyle kendi görüşüne yaklaştırmaya çalıştığı görülmektedir. Bkz. Şıpka s.38.

¹⁸³ Önalım hakkının gerçek anlamda doğumunun paylı mülkiyet ya da sözleşme ilişkisi ile değil de satım ile meydana geleceği görüşünde olduğumuzdan, biz bu çalışmada sözleşmeden doğan önalım hakkı yerine sözleşmesel, kanundan doğan önalım hakkı yerine de yasal önalım hakkı terimini kullanacağız.

¹⁸⁴ Önalım hakkının doğumu için satım sözleşmesinin ifa edilmesinin gerekli olup olmadığı hakkında bkz. a.ş.a.s.52.

¹⁸⁵ Önalım hakkının satım ile doğacağı yönünde verilen Yargıtay kararları için bkz. HGK 16.05.1979 T. E:6-672 K: 477 (YKD, Y.1980, S.6, s.7676) – 6.HD 02.06.1980 T. E: 3205 K: 5679 (Özenli s.226) – 6.HD 03.10.1989 T. E: 11199 K: 14147 (YKD, Y.1990, S.1, s.35) – 6.HD 16.11.1993 T. E: 11991 K: 12000 (Tunaboşlu, Önalım Davaları s.75-76).

Ancak Yargıtay'ın, önalım hakkının paylı mülkiyet ya da sözleşme ilişkisinin kurulması ile kendiliğinden (ipso iure) doğduğu ve satımın doğmuş olan bu hakkın kullanılabilmesi için gerekli bir şart olduğu yönündeki görüşü destekler nitelikte kararları da bulunmaktadır. Bkz. 6.HD 07.12.2004 T. E: 9310 K: 8864 (Yıldız s.4 dn.7) – 6.HD 23.06.1994 T. E: 6803 K: 7048 (Tunaboşlu, Önalım Davaları s.73) – 6.HD 23.10.1995 T. E: 10107 K: 10197 (Tunaboşlu, Önalım Davaları s.71) – 6.HD 27.10.1994 T. E: 10634 K: 10923 (Tunaboşlu, Önalım Davaları s. 75).

VII. Önalım Hakkının Lüzumuna İlişkin Tartışmalar

Günümüzde sözleşmesel önalım hakkı dışındaki diğer önalım çeşitlerinin özellikle uygulamada ortaya çıkardığı güçlükler ve farklı içtihatlar nedeni ile yasal önalım hakkının kanundan çıkarılması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁸⁶. Bunda yasal önalım hakkının, pay sahibinin istediği kişiye devir hakkını ve üçüncü kişinin de mala sahip olabilme hakkını engellemesi tehlikesi sonucu, bu tür taşınmazların tedavülünü ve alım – satımını yavaşlatabileceği düşüncesi etkili olmaktadır¹⁸⁷. Gerçekten, pay sahibi payını istediği kişiye devredememektense, hiç elinden çıkarmamayı tercih edecek, üçüncü şahıslar da müşterek bir payı almaktan kaçınacakları için, payın satılabilme şansı azalıp, ekonomik değeri düşecektir¹⁸⁸. Ayrıca yüksek enflasyon şartlarında taşınmaz değerinin yükselmesi, ortakları kâr amacına yönelik olarak önalım hakkını kullanmaya yönelteceğinden, bu durum önalım hakkının spekülasyon aracı olması sonucu doğuracaktır¹⁸⁹.

Ancak yasal önalım hakkının bu mahzur ve sakıncaları yanında önemli birtakım faydalarının da bulunması, onun hukuk hayatımızda kalması yönündeki fikirlerin daha çok yoğunlaşmasına neden olmaktadır¹⁹⁰.

Yasal önalımın en önemli faydalarından biri hiç şüphesiz, paylı mülkiyet ilişkisinin bir elde toplanarak ferdî mülkiyete dönüşmesini sağlamaktır. Bunun yanında bu kurum, istenmeyen kişilerin paydaşlar arasına katılımını engellemekte ve açık artırmalarda (ihtiyarî müzayedelerde) payın çok ucuza

Kanımca benzer olaylar hakkında verilen birbirine aykırı bu Yargıtay kararları arasındaki çelişkinin içtihatların birleştirilmesi yoluna gidilmek sureti ile giderilmesi gerekmektedir.

¹⁸⁶ N.Hacıhabiboğlu, “Zararlı Bir Hukuk Müessesesi, Kanunî Şuf’a”, **ABD**, Y.1955, S.7-9, s.736.

¹⁸⁷ Feyzioğlu, Şuf’a Hakkı s.501.

¹⁸⁸ Şıpka s.18.

¹⁸⁹ Şıpka s.18.

Önalım hakkının spekülasyon aracı olmasının önüne geçilebilmesi için Yargıtay’ın bulunduğu çözüm ve eleştirisi için bkz. aşa.s.203-208.

¹⁹⁰ Bkz. MK Ön Tasarısı (1971) s.698.

ihale edilmesi durumunda (-ki genellikle böyle olmaktadır) başka bir paydaşın aynı şartlarla bu payı satın almasını sağlamaktadır¹⁹¹.

Sonuç olarak, yasal önalım hakkının yukarıda¹⁹² belirttiğimiz sakıncaları bulunmakla birlikte faydalarının daha ağır basması, mülkiyet hakkının tanıdığı yetkilerin hukuk sistemimizde birtakım sosyal amaçlarla ve toplum yararına olmak üzere (AY. m.35, MK m.683 - EMK m.618 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ilişkin 20 Mart 1952 tarihli ek protokolün 1 inci maddesi çerçevesinde) kanun koyucu tarafından çeşitli sınırlamalara konu yapılabilmesinin mümkün olması bizi yasal önalım hakkının Türk Hukuku'nda yer almasının, yaşayan hukuk açısından bir gereksinim olduğu sonucuna ulaştırmaktadır. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda bu kurumdan kaçılmayıp, aksine, 743 sayılı Medenî Kanun'a göre daha geniş bir düzenlemeye gidilmesi de¹⁹³ bu görüşümüzü doğrulamaktadır.

VIII. Önalım Hakkının Benzer Haklarla Karşılaştırılması

Bazı haklar vardır ki, hem hukuk sistemindeki yerleri hem de hüküm ve nitelikleri itibariyle önalım hakkına çok benzemekte, çoğu zaman bu haklar ile önalım hakkı birbirbirine karıştırılmaktadır.

Önalım hakkının kendisi ile benzer özellikleri gösteren alım ve geri alım hakkı ile sözleşme yapma vaadi ve opsiyon hakkı gibi¹⁹⁴ haklardan ayırt edilebilmesi için bu haklarla karşılaştırılması gerekmektedir.

1. Önalım Hakkı-Alım ve Geri Alım Hakkı

Alım ve geri alım hakları önalım hakkı gibi yenilik doğuran haklardandır. Hak sahibinin tek taraflı irade açıklamasının muhataba ulaşmasıyla yeni bir hukukî durum meydana getirirler¹⁹⁵. Alım hakkı, hak sahibine bir taşınmazın

¹⁹¹ Bkz. Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı s.7-8.

¹⁹² Bkz. yuk.s.46.

¹⁹³ Bkz. yuk.s.13.

¹⁹⁴ 1274 tarihli Arazi Kanunumuzdan kalma bir yadigâr olan rüçhan hakkı ile önalım hakkının benzer haklar olarak karşılaştırılması için bkz. Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı s.27-29.

¹⁹⁵ Olgaç, Şuf'a Vefa İştira s.246.

mülkiyetini kendisine devretmesini onun mâlikinden isteme yetkisini sağlarken;¹⁹⁶ geri alım hakkı, taşınmazını başkasına devretmiş olan kişiye, o taşınmazı geri alabilme yetkisini temin eder¹⁹⁷.

Alım ve geri alım hakları alıcı ile satıcı arasında resmî şekilde yapılan sözleşmeye dayanır¹⁹⁸. Burada şekil, sözleşmenin geçerlilik koşulu olduğu için, resmî şekle dayanmayan bir sözleşme hukuk açısından herhangi bir sonuç doğurmaz. Öte yandan geri alım hakkına ilişkin söz verme de resmî şekilde yapılmalıdır. Geri alım hakkına dayanak olan sözleşmede bedelin gösterilmesinde zorunluluk bulunmadığı hâlde alım hakkının kurulması sırasında bedelinin tespiti bir şarttır, sözleşmede, alım hakkının konusu satışla ilgili, unsurlar ve karşılıklı edimler de belirtilmelidir¹⁹⁹.

Önalım hakkı gibi alım ve geri alım hakları da kurucu yenilik doğuran haklardandır. Ancak önalım hakkından farklı olarak, alım ve geri alım haklarının içinde yer aldıkları temel ilişkinin meydana gelmesini sağlayan hukukî bağın kurulmasından sonra bu hakların doğmasında artık borçlunun hiçbir yetkisi olamaz. Tek taraflı olarak böyle bir hakkın sahibinin taşınmazı alma arzusunu bildirmesi mülkiyet hakkının alım ve geri alım hakkı sahibine geçmesini sağlayan hukukî durumu meydana getirir²⁰⁰.

¹⁹⁶ Tunaboğlu, Önalım Davaları s.531; C.Erdoğan s.1083; H.Erdoğan s.811; İnan s.330; Kılıç, Gayrimenkul Davaları IV s.3707.

Taşınmazlar kadar taşınırların da bu hakkın konusunu oluşturabileceği görüşü için bkz. Gürsoy/Eren/Cansel s.643; Ayiter, Eşya Hukuku s.143; Tekinay, Takyitler s.3; Zevkliler/Havutçu s.72.

¹⁹⁷ Tunaboğlu, Önalım Davaları s.540; C.Erdoğan s.1038; İnan s.330; Kılıç, Gayrimenkul Davaları IV s.3717.

¹⁹⁸ Eski Medenî Kanun'da ve Türk Medenî Kanun'unda yasal alım ve geri alım haklarına ilişkin hüküm bulunmadığı hakkında bkz. Olgaç, Şuf'a Vefa İştira s.247; Buz s.147.

Türk Medenî Kanunu'nda eşe yasal alım hakkı tanındığı hakkında bkz. Ertaş s.384; A.Kılıçoğlu, Yenilikler s.41 vd ve s.73 vd. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Buz s.148-150.

Önalım hakkının yazılı şekilde yapılan sözleşmeye ya da yasaya dayanabileceği hakkında bkz. yuk.s.24 ve s.37.

¹⁹⁹ Olgaç, Şuf'a Vefa İştira s.246.

²⁰⁰ Olgaç, Şuf'a Vefa İştira s.261.

2. Önalım Hakkı- Sözleşme Yapma Vaadi (Önakit)

BK m.22 f.1'e göre, bir sözleşmenin ileride yapılmasına dair sözleşme geçerlidir. Borçlar Kanunu sözü geçen maddede önakit veya sözleşme yapma vaadini düzenlemektedir. Taraflardan her ikisinin birbirine ya da taraflardan yalnız birinin diğerine karşı ileride üçüncü bir şahısla bir borç sözleşmesi yapmayı taahhüt etmesine önakit veya sözleşme yapma vaadi denir²⁰¹.

Önakit, niteliği itibariyle bir borç sözleşmesidir. Taraflar arasında alacak ve borç ilişkisi kurar. Önakidde ileride yapılması vaadedilen borç sözleşmesine, asıl sözleşme denir. Önakit sadece borç sözleşmeleri hakkında yapılabilir. Tasarruf işlemlerinde (tasarruf sözleşmelerinde) önakit söz konusu olmaz. Tasarruf işlemlerinden önce yapılan borçlandırıcı sözleşmeler asıl borç sözleşmeleridir²⁰².

Önakit, önalım sözleşmesinden ayrılır. Zira sözü geçen sözleşme, her şeyden önce, asıl sözleşme olup, önakit niteliğinde değildir. Diğer taraftan önalım sözleşmesinde, hak sahibi, tek taraflı irade beyanıyla kullanabileceği inşaî bir hakka (yetkiye) sahiptir. Hak sahibi, bu hakkı kullandığı zaman, karşı tarafla kendi arasında daha önce kararlaştırmış oldukları içerikte bir borç ilişkisi kurulur. Şöyle ki önalım hakkı, borçlunun (karşı tarafın) bu hakka konu olan taşınmaz bir malı, üçüncü kişiye satması halinde doğar ve hak sahibi önalım hakkını kullanmakla kendisiyle taşınmazı satın alan şahıs arasında bir satım sözleşmesinin kurulması sonucunu doğurur. Oysa önakidde alacaklı (hak sahibi) tek taraflı irade beyanıyla asıl sözleşmeyi kuramaz; asıl sözleşmenin kurulabilmesi, her iki tarafın birbirine uygun ve karşılıklı irade beyanlarına bağlıdır²⁰³.

²⁰¹ M.Çenberci, **Gayrimenkul Satış Vaadi**, Ankara 1966, s.12; M.Kalyon, **Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi**, Ankara 2004, s.21; N.Kocayusufpaşaoğlu, **Gayrimenkul Satış Vaadi**, İstanbul 1959, s.46; A.Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku** s.187-189; Oğuzman/Öz s.148-149; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Hukuku** s.142-148.

²⁰² Eren, **Borçlar Hukuku** s.277.

²⁰³ A.Von Tuhr/H.Escher, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Bd. II, Zürich 1974, s.277 (Naklen, Eren, **Borçlar Hukuku** s.282).

3. Önalım Hakkı-Opsiyon Hakkı

Taraflar yaptıkları bir sözleşme ile içlerinden birisine bir opsiyon hakkı tanıyabilirler. Taraflardan birine opsiyon hakkı veren sözleşmeye opsiyon sözleşmesi adı verilir²⁰⁴. Opsiyon hakkı, yukarıda²⁰⁵ ele aldığımız alım, geri alım ve önalım haklarını da içine alan geniş bir kavramdır²⁰⁶. Opsiyon hakkıyla hak sahibi tek taraflı irade beyanıyla opsiyon sözleşmesinde kendisine tanınmış olan bir sözleşmeyi kurma veya bazı şartlarını değiştirme imkânını elde eder. Örneğin A, B'ye kira sözleşmesi kurma yetkisi vermişse, B, A'ya yönelttiği irade beyanıyla kira sözleşmesini kurar veya böyle bir sözleşmenin süresini uzatır. Bu niteliği itibariyle opsiyon hakkı inşaî bir haktır²⁰⁷.

Sözcük karşılığı olarak serbestçe seçim (optio, freie wahl) anlamına gelen ve devletler hukuku kökenli olan opsiyon, medenî hukukta da önemli rol oynamaktadır. Opsiyon müessesesi özellikle Fransız, İtalyan ve Anglo-Sakson Hukuklarında önemli bir ihtiyaca cevap vermektedir. Bu Hukuk sistemlerinde icap bağlayıcı değildir ve karşı tarafa ulaştıktan sonra dahi icapta bulunanın bu beyanını geri alması mümkündür. İcabin geri alınmasına engel olmak ve bir sözleşmenin kurulmasını garanti altına almanın yollarından biri de, bir opsiyon sözleşmesi yapılarak taraflardan biri lehine bir opsiyon hakkı tanınmasıdır²⁰⁸.

Opsiyon hakkı, karşı tarafa ulaştıktan sonra icabın artık geri alınamayacağını kabul eden Türk, İsviçre ve Alman Hukuk sistemlerinde de önemli bir ihtiyacı karşılamaktadır. Sözleşmenin müzakereleri esnasında çeşitli nedenlerle henüz sözleşmeyi yapmak ve kesin bir yükümlülük altına girmek istemeyen, ama ileride fikrini değiştirdiği takdirde de sözleşme konusu malı elinden kaçırmak istemeyen taraf, lehine bir opsiyon hakkı tanınması suretiyle bir hakkı iktisap etme veya bir sözleşmeyi yapma imkânını garanti altına almış

²⁰⁴ Eren, Borçlar Hukuku s.282.

²⁰⁵ Bkz. s.47-48.

²⁰⁶ Buz s.161.

²⁰⁷ Eren, Borçlar Hukuku s.282.

²⁰⁸ Buz s.161.

olur²⁰⁹. Bugün uygulamada opsiyon hakkına ağırlıklı olarak kira ve leasing sözleşmelerinde, gayrimenkul ve kıymetli evrakın²¹⁰ devrinde rastlanmaktadır²¹¹.

IX. Önalım Hakkının Kullanılması

1. Önalım Hakkının Kullanılma Koşulları, Kullanılma Biçimi ve Kullanılmasının Sonuçları

a. Önalım Hakkının Kullanılması İçin Gereken Koşullar

Önalım hakkının kullanılabilmesi için birtakım koşulların, önalım hakkının kullanılacağı somut olayda gerçekleşmiş olması gerekir. Aksi hâlde önalım hakkının kullanılması mümkün olmaz. Aşağıda bu koşullar incelenecektir.

aa. Tam, Doğru ve Geçerli Bir Satış Sözleşmesinin Varlığı

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu 732 nci maddesinde “paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması halinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler” ifadesine yer vermek sureti ile önalım hakkının ancak satımlarda kullanılabileceğini kabul etmiştir²¹². Yine aynı yasanın 734 üncü maddesinin 1 inci fıkrasındaki “önalım hakkı, alıcıya karşı dava açılarak kullanılır” hükmü de bunu pekiştirmektedir. Demek ki, önalım hakkının kullanılabilmesi için mutlaka önalım hakkının konusunu oluşturan şeye ilişkin bir satım sözleşmesinin varlığı gerekir. Bu satım sözleşmesinin tam, doğru ve geçerli²¹³ bir şekilde kurulmuş olması da gereklidir.

²⁰⁹ M.Weber, Der Optionsvertrag, Jus 1990, s.259; H.Von Einem, Die Rechtsnotur der Option, Berlin 1974, s.11 vd. (Naklen, Buz s.162).

²¹⁰ Kıymetli evraka ilişkin opsiyon hakları hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. İ.Kırca, **Hukukî Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri**, Ankara 2000, s.36 vd.

²¹¹ Buz s.162.

²¹² Türk Hukukunda 743 sayılı Medenî Kanun döneminde bu koşula ilişkin açık bir hükme rastlamak mümkün değildi. Önceki Medenî Kanunumuzdaki bu eksiklik doktrinde farklı düşüncelerin doğmasına yol açmıştı. Ayrıntılı açıklama için bkz. F.N.Feyzioğlu, “Şuf’a Hakkının Kullanılması İçin Gereken Şartlar”, **İBD**, Y.1952, S.10, s.569-590; Sebük s.71-84.

²¹³ Tekinay’ın Yargıtay HGK’nun “02.11.1964 gün ve 6/3801 sayılı kararname ile Yunan asıllı Yunan uyrukluların Türkiye’deki taşınmazları üzerinde mülkiyete ve mülkiyetten gayri aynî haklara ilişkin ve bu sonuçları doğurabilecek bilcümle temlik tasarrufları durdurulmuş olduğundan şuf’a yoluyla da olsa taşınmaz maldan pay iktisap

Bu koşul her iki tür önalım hakkında da aranır²¹⁴. Satım sözleşmesinin yok ya da b t l olması hallerinde, ortada geçerli bir satım bulunmadığından önalım hakkı kullanılamaz²¹⁵. Önalım hakkının kullanılabilmesi için alıcının satım parasını veya edimini ifa etmiş olmasına da gerek yoktur²¹⁶.

bb. Önalıcıya Satışın ve Onun Esaslı Koşullarının Bildirilmesi

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu eski yasada bulunmayan m.733 f.3 ile satıcı ve alıcıya, satımı diğ r paydaşlara bildirme zorunluluğ  getirmiştir.

Yasa bu hükmüyle, eskiden önalım hakkının kötüye kullanılmasından doğan haksızlıkları gidermek istemiştir. Taşınmazdaki bir payın bir üçüncü kişiye satılması halinde, alıcı ve satıcı açısından diğ r paydaşların önalım

etmelerine olanak yoktur” şeklindeki kararından hareketle satış geçerli de olsa Kamu Hukukundan doğan bir yasak varsa önalım hakkının kullanılamayacağı görüşünde olduğı görülmektedir. Bkz. Tekinay, Takyitler s.26 dn.28a.

Ancak 1062 sayılı kanun uyarınca çıkarılan 6/3801 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile Yunan vatandaşları için getirilen kısıtlama 03.02.1988 gün ve 88/12592 sayılı kararname ile yürürlükten kaldırıldığından (bkz. C.Erdoğ n s.751) Yunan uyrukluların Türkiye’de taşınmaz edinmeleri dolayısıyla önalım davası açmaları bu tarihten itibaren olanaklı hale gelmiştir.

Özel haklardan yararlanma bakımından kural olarak yerli-yabancı ayrımı yapılamayacağından 6/3801 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile Yunan vatandaşları için getirilen kısıtlamanın yürürlükten kaldırılması bizce de isabetli olmuştur.

Ancak Yunan vatandaşları için getirilen kısıtlamanın yürürlükten kaldırılması ile birlikte HGK’nun 01.03.1978 gün ve 6-3482/193 sayılı kararı hukukî dayanaktan yoksun hale gelmiştir.

Buna rağmen doktrinde, Tekinay’ın yanı sıra Oğuzman tarafından da hukukî dayanaktan yoksun hale gelen bu HGK kararına atıfta bulunularak, konunun Yunan vatandaşları için getirilen kısıtlama yürürlükten kaldırılmamış gibi ele alınmaya devam edildiğı görülmektedir. Bkz. Oğuzman / Seliçi /  zdemir s.437 dn.1040.

²¹⁴ Yıldız s.13-14.

²¹⁵ Satım sözleşmesinin hükümsüzlüğünün askıda ya da aksak olması hallerinde de önalım hakkının kullanılamayacağı hakkında bkz. Yıldız s.18-19.

²¹⁶ Yıldız s.20.

“BK m.182’ye göre satım sözleşmesi borçlandırıcı bir sözleşmedir. Bu nedenle tasarruf işlemi olan teslim ve tescil ile satış parasının ödenmesini sözleşmenin doğuşu ile karıştırmamak ve ondan hariç tutmak gerekir. Bir satım sözleşmesinde satılan Şey ve semen belirli olmak ve yasal Şekle uygun yapılmış olmakla satım sözleşmesi kurulmuş olur. Edimlerin ifa edilip edilmemesinin satım sözleşmesinin kurulmasına bir etkisi yoktur.” (Yıldız s.20).

hakkını kullanıp kullanmayacakları konusunun bir an önce aydınlığa kavuşturulması zorunluluğu vardır. Önalım hakkı sahibi, çoğu kez, satıştan haberdar olduğu hâlde, uzun süre beklemekte, yeni haberdar olduğu iddiasıyla bu hakkını kullanarak alıcıya zarar verebilmektedir. İşte bu tür kötüye kullanımları önlemek amacıyla yasa koyucu, satışın diğer paydaşlara bildirilmesi olanağını getirmiştir. Bu bildirim sayesinde, diğer paydaşların önalım haklarını kullanıp kullanmayacaklarının aydınlığa kavuşması sağlanmak istenmiştir²¹⁷.

Bildirim bizzat satıcı veya alıcı tarafından noter aracılığı ile yapılması gerekir. Noter bildirimi, alıcı veya satıcının başvurusu üzerine Noterlik Kanunu ve ilgili tüzüğüne göre yapacaktır. Bildirim noterce Tebligat Kanunu ve Tüzüğüne uygun şekilde yapılması gerekmektedir²¹⁸.

MK'un önceki düzenlemesinde sadece satıcıya durumu bildirme zorunluluğu yüklenmiştir (EMK m.658 f.2 c.2)²¹⁹.

İsviçre Hukukunda ise, satım sözleşmesinin kurulduğunun ve içeriğinin, önalım hakkı sahibine bildirilmesi, satıcı için (İMK m.681 a f.1) ve şerh verilmiş sözleşmesel önalım hakkında ise tapu idaresi için (İsv.Bor.Kan.m.216 d f.1) zorunlu kılınmıştır. Diğer taraftan İsviçre Medenî Kanunu'nun 969 uncu maddesinde düzenlenen tapu memurunun, tapu sicilinde ilgililerin bilgisi dahilinde olmayan tapu siciline ilişkin tasarrufları, onlara bildirme yükümlülüğüne ilişkin 969 uncu maddesine (MK m.1019 – EMK m.927) 1991 değişikliği ile şu cümle eklenmiştir: “Önalım hakkı tapu kütüğüne şerh verilmişse veya kanundan dolayı mevcutsa ve tapu sicilinden anlaşılıyorsa, üçüncü kişilerin mülkiyet hakkını kazandıkları özellikle” bildirilir. Böylece, İsviçre Hukukunda hem kanunî hem de sözleşmesel önalım hakkının tapu memuru tarafından ilgililere bildirilme zorunluluğu özellikle vurgulanmışken, Türk Hukukunda, tapu memurunun bildirim yükümlülüğüne ilişkin önceki

Satışın genel açık artırmada ihale tarihinde, özel açık artırmada ise BK m.225 f.2 uyarınca tapuya tescil tarihinde yapılmış sayılacağı hakkında bkz. C.Erdoğan s.657.

²¹⁷ A.Kılıçoğlu, Yenilikler s.353.

²¹⁸ Yıldız s.32.

²¹⁹ Kırca s.1189.

düzenlemede (EMK m.927) içerik açısından herhangi bir değişiklik yapılmamıştır (MK m.1019)²²⁰.

Önalım hakkını kullanıp kullanmamaya karar vermek yetkisi önalım hakkı sahibine ait olduğuna göre, satımın da bizzat önalım hakkı sahibine bildirilmesi gerekir. Satımın vekil veya mümessile bildirilmesi, bildirim olarak kabul edilemez. Eğer vekilin bu konuda özel yetkisi varsa, satımın vekile bildirilmesi yeterli olduğundan, satım önalıcıya bildirilmiş sayılır²²¹. Bu konuda özel yetki olmadan satımın vekil veya mümessile bildirilmesinin önalım hakkı sahibine bildirilmesi olarak kabul edilemeyeceği Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir²²².

Önalım hakkı sahibi velâyet veya vesayet altında ise, kanunî temsilcisinin satışı öğrenmiş olması, hak düşürücü sürenin işlemesi için yeterlidir²²³. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu eski kanundan farklı olarak, ergin olmayan çocuğun velâyetini ana ve babasına bırakmıştır (MK m.335 f.1). Türk Medenî Kanunu'nun 336 ncı maddesinin 1 inci fıkrası ise, evlilik devam ettiği sürece ana ve babanın velâyeti birlikte kullanacaklarını hükme bağlamıştır. Buna göre velâyetin ana ve baba tarafından birlikte kullanılması gerekeceğinden, satımın da her ikisine birden bildirilmesi gerekir. Yasanın bu düzenlemesi karşısında yalnız birine bildirme yeterli ve geçerli değildir. Ana babadan biri ölmüş ise velâyet sağ kalana ait olacağından (MK m.336 f.3) satımın buna bildirilmesi, boşanmada ise velâyet kime verilmiş (MK m.336 f.3) ise satımın da ona bildirilmesi gerekmektedir. Eğer küçük evlilik dışı doğmuş ise MK m.337 f.1 gereğince velâyet anada olduğundan, satımın anaya bildirilmesi yeterlidir²²⁴.

²²⁰ Kırca s.1190.

“Tapu memuru ilgililerin bilgisi dışında yaptığı işlemleri onlara tebliğ etmekle yükümlüdür.” (MK m.1019 f.1).

Tapu memurunun bildirimini getireceği faydalar hakkında bkz. Şıpka s.139.

²²¹ Yıldız s.32.

²²² Bkz. HGK 12.06.2005 T.E:1983/6-944 K:595 (İKİD, Y.1986, s.3864) – 6.HD 30.03.1983 T.E: 2740 K:3188 (Yıldız s.32 dn.10).

²²³ Tekinay, Takyitler s.34.

²²⁴ “Bu durumdaki küçüğe MK m.337 f.2 ve MK m.404 f.1 gereğince vasî tayin edilmiş ise satımın da vasiye bildirilmesi gerekir.

Kısıtlılara gelince, önalım hakkı sahibinin kısıtlı olması halinde, MK m.448 gereğince vasî kısıtlıyı bütün hukukî işlemlerde temsil edeceğinden satımın da vasiye bildirilmesi gerekir. MK m.419 f.3 gereğince kısıtlanmasına karar verilen ergin çocuklar kural olarak vesayet altına alınmayıp, velâyet altına konulacaklarından, kendilerinin durumu velâyet altındaki ayırt etme gücüne sahip küçüklerin durumu gibidir. Vesayet makamı MK m.413 f.2'ye göre, gerekli durumlarda vasilik görevini birlikte veya vesayet makamınca belirlenen yetkileri uyarınca ayrı ayrı yerine getirmek üzere birden çok vasî atayabilir. Vesayet makamı vasilik görevini birlikte yerine getirmek üzere birden çok vasî atanmış ise, satımın da her bir vasiye ayrı ayrı bildirilmesi gerekir. Aksi hâlde bildirim geçerli olmaz. Birden çok vasî atanmasına rağmen vesayet makamı her bir vasinin yetkilerini ayrı ayrı belirlemiş ise, satımın önalım hakkını kullanma yetkisi olan vasiye bildirilmesi gerekir. Bu yetki verilmemiş diğer vasiye satımın bildirilmesi, yasanın öngördüğü bildirim niteliğinde değildir²²⁵.

Önalım hakkı sahibinin tek bir kişi olması halinde satımın bildirilmesinde bir sorun çıkmaz. Yasal önalım hakkında pay satan satıcı paydaş dışındaki diğer tüm paydaşlar önalım hakkı sahibi olduklarından, satımın her birine ayrı ayrı bildirilmesi gerekeceğinden, her biri yönünden hak düşürücü sürenin başlama anı, satımın kendisine bildirildiği gün olacaktır. Birine yapılan bildirim, diğerleri yönünden geçerli sayılamaz. Yine paylı mülkiyette, belirli bir pay üzerinde de ayrıca paylı mülkiyet söz konusu olabilir. Bu hâlde de her paydaşın bu pay üzerinde, belli bir payı olduğundan ve bu pay üzerinde yalnız başına tasarruf yetkisi bulunduğundan, yine satımın her paydaşa ayrı ayrı bildirilmesi gerekecektir. Yani bu durumda da önalım hakkına ilişkin süre, her paydaş için satımın kendisine bildirildiği günden itibaren başlayacaktır. Önalım hakkı sahibinin birden çok kişi olduğu hallerde, hak sahipliği elbirliği şeklinde ise, yine satımın her birine ayrı ayrı bildirilmesi gerekir. Elbirliği şeklindeki hak sahipliğinde hak sahibi paydaşların tek başına tasarruf yetkisi bulunmadığından, satımın birisine bildirilmiş olması diğerlerine de bildirildiği anlamına gelmez. Satım bunların tümüne aynı gün bildirilmiş ise sorun yoktur. Değişik günlerde

²²⁵ Yıldız s.34.

bildirilmiş ise en son yapılan bildirim günü esas alınarak hak düşürücü süre hesaplanmalıdır. Bu şekilde belirlenen süre, tüm elbirliği paydaşları için geçerli olacaktır²²⁶.

Yasanın bildirim yapılmasındaki amacı, diğer paydaşların satıştan haberdar edilmesi ve önalıma ilişkin haklarını kullanmalarını temin etmektir. Buna göre diğer paydaşların bildirim dışında satıştan haberdar olmalarında da aynı amaç gerçekleşmiş bulunmaktadır. Alıcı bildirim yapılmadığı hâlde, diğer paydaşların satıştan başka yollarla haberdar olduklarını kanıtlarsa, hak düşürücü sürenin bu tarihten itibaren işlemeye başladığını kabul etmek gerekir²²⁷. Ancak Yargıtay bildirim yapılmadan hak düşürücü sürenin işlemeye başlamayacağı görüşündedir²²⁸.

Yasa koyucu, satımın önalıcıya kimler tarafından bildirilmesi gerektiğini belirtmişken, bu bildirmenin hangi süre içinde yapılacağına dair bir hüküm getirmemiştir. Ancak önalım hakkının kullanılma süresinin başlaması için satımın önalıcıya bildirilmesini öngörmekle bildirilme süresini alıcı ve satıcının isteğine bırakmıştır. Bu haktan bir an önce kurtulmak istendiğine göre, zaman

²²⁶ Yıldız s.34.

²²⁷ A.Kılıçoğlu, Yenilikler s.354. Aynı görüşte: Ertaş s.365; M.A.Gümüş, **Türk Medenî Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler**, B.2, İstanbul 2007, s.140. Aksi görüş için bkz. Yıldız s.31; Kırca s.1195 dn.63.

²²⁸ "...Madde metninde bildirilir şeklinde kullanılan ifade kesinlik taşıdığı gibi sürenin bildirimden başlayacağı da devamı fıkrada açıkça ve kesin olarak ifade edilmiştir. Bu açık düzenleme karşısında süre mutlaka bildirimden itibaren başlayacağından bildirim yapılmamışsa hak sahibinin satışı öğrendiği ileri sürülerek hak düşürücü sürenin başlatılması ve hak düşümü sonucunu doğurması olanaklı değildir..." HGK 13.04.2005 T. E:2005/6-230 K:2005/244 (Karar yayınlanmamıştır). Ayrıca bkz. a.ş. s.148 dn.24. Aynı görüş için bkz. Yıldız s.31; Kırca s.1195 dn.63.

Oysa, Sungurbey'in de belirttiği gibi, örneğin bir evde oturan ya da bir tarlayı ekip biçen paydaşın, evin bir bölümüne üçüncü bir kişinin yerleştiğini ya da tarlanın bir bölümünü ekip biçmeye başladığını, halk deyimiyle "kör kör parmağım gözüne" türünden görerek payın satıldığını kesinlikle öğrenmiş olmasına karşın aylarca sustuktan sonra, kendisine bildirim yapılmadığından söz ederek önalım davası açmaya kalkışmasının, MK m.2 f.2'deki hakkın kötüye kullanılması yasağının özel bir durumu olan çelişkili davranış yasağından kaynaklanan "hak düşümü" (Verwirkung) ilkesine açıkça aykırı olduğu meydandadır. Ayrıca, bu türlü biçimci bir düşünüşün, MK'un taşınmaz mülkiyetinin sınırlamalarından olan önalım hakkının kullanılması için olabildiğince kısa bir hakkı düşüren süre koyarak sözü geçen sınırlamayı hafifletmek amacıyla da bağdaşan yanı yoktur. Bkz. Sungurbey, Temel Sorunlar s.207. Bu nedenle Yargıtayın hak düşürücü sürenin mutlaka bildirimden itibaren başlayacağı yönündeki görüşüne katılmak mümkün değildir.

geçirmede yarar yoktur. Ancak yasa satımın bildirilmesinden söz ettiğine göre, satış sözleşmesinin yani satış resmi senedinin düzenlenmesinden itibaren satım önalıcıya bildirilebilir. Tescil işlemi tasarruf için gerekli olduğundan, tescilin de yapılmasının beklenilmesi gerekmez²²⁹. Satımın soyut olarak bildirilmesi yeterli değildir. En azından satımın konusu, satış bedeli, satım tarihi, ödeme koşulları, satıcı ve alıcı ile diğer esaslı sayılabilecek koşul ve unsurların da bildirilmesi gerekir²³⁰.

cc. Hak Sahibinin Hakkını Kullandığına İlişkin Beyanının Zamanında Yapılması

Önalım hakkı sahibi malın satımı gerçekleştiğinde tek taraflı bir irade beyanında bulunarak önalım hakkını kullanabilir. Ancak, hak sahibinin hakkını kullanmama yetkisi de vardır. Hukuk güvenliğinin sağlanması için, hak sahibinin hakkını kullandığına ilişkin beyanının belirli, açık ve geri dönülmez olması yanında, zamanında yapılması da gerekir²³¹. Böylece önalım yükümlüsü, önalım hakkı sahibi ve üçüncü kişinin hukukî durumu kısa bir süre içerisinde açıklığa kavuşabilir. Bu sebeplerle, kullanım hakkı belirli sürelerle tâbi tutulmuştur²³².

Türk Medenî Kanunu'nun 733 üncü maddesinin 4 üncü fıkrası, önalım hakkının kullanılma süresi olarak 3 aylık ve 2 yıllık süreler öngörmüştür. Yasanın öngördüğü 3 aylık süre satımın önalım hakkı sahibine Türk Medenî Kanunu'nun 733 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasında belirtilen şekilde bildirilmesi ile başlar. Buna göre önalım hakkı, satımın önalıcıya bildirilmesinden itibaren 3 ay ve her hâlde satımdan itibaren de 2 yıl içinde kullanılmalıdır²³³.

²²⁹ Yıldız s.35.

²³⁰ HGK 09.12.1987 T.E:626 K:790 (C.Erdoğan s.827-828) – HGK 25.12.1968 T.E:6-1724 K:845 (H. Erdoğan s.383) - 6 HD 02.03.1988 T.E:15189 K:3130 (C.Erdoğan s.839) - 6 HD 22.01.1974 T.E:79 K:140 (C.Erdoğan s.876). Buna karşın sadece Payın satış tarihinin bilinmesinin yeterli olup aynı anda bütün dava unsurlarının öğrenilmesine gerek bulunmadığı yönündeki Yargıtay kararı için bkz. 6.HD 27.12.1994 T.E:11604 K:13223 (Tunaboşlu, Önalım Davaları s.171).

²³¹ H.Giger, Art.216, n:150, 216e, N.4 (Naklen, Kırca s.1194 dn.58).

²³² Kırca s.1194.

²³³ Yıldız s.36.

Yasal önalım hakkının kullanılması için getirilen bu süreler MK'nun 735 inci maddesinin 2 nci fıkrası atfıyla sözleşmesel önalım hakkı için de geçerlidir²³⁴.

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'ndan önce, eski yasada öngörülen önalım hakkının kullanılmasına ilişkin sürelerin hukukî niteliğine ilişkin farklı görüşler vardı²³⁵. Eski Medenî Kanun'da önalım hakkının kullanılması için öngörülen 1 aylık ve 10 yıllık sürelerin hak düşürücü süre olduğu ve yine 1 aylık sürenin, satışı öğrenme tarihinden, 10 yıllık sürenin ise yasal önalım hakkında satış, sözleşmesel önalım hakkında şerhin verilme tarihinden itibaren işlemeye başlayacağı Yargıtay tarafından kabul edilerek sürekli uygulama haline getirilmişti²³⁶.

Bugün yürürlükte olan Türk Medenî Kanunu artık bu tartışmalara son vermiştir. Çünkü Türk Medenî Kanunu'nun 733 üncü maddesinin 4 üncü fıkrasında: "Önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her hâlde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer." demek suretiyle bu sürelerin hak düşürücü süre olduğunu açıkça kabul etmiştir²³⁷.

Acaba satım deyiminden ne anlaşılmalıdır? Sürenin başlayabilmesi için satım sözleşmesinin düzenlenmesi yeterli midir? Yoksa tescil de gerekir mi? Yıldız'a göre satışın maksat, satıma ilişkin resmî senedin tapu memurunca düzenlenmesidir. Satımın tescilli sadece tasarruf için gerekli olduğundan sürenin başlamasına etkili olmamalıdır. Bkz. Yıldız s.37. Bu konuda Yargıtay 1.HD'nin birbiri ile çelişen kararları için ayrıca bkz. Yıldız s.37.

²³⁴ Kırca s.1191.

²³⁵ Feyzioğlu, C.Erdoğan ve H.Erdoğan önalım hakkının kullanılmasında söz konusu olan 10 yıllık sürenin himâye süresi olduğunu savunmuşlardır. Bkz. Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı s.303; C.Erdoğan s.707; H.Erdoğan s.377. Buna karşın Özenli bu sürenin zamanaşımı süresi olduğunu kabul etmiştir. Bkz. Özenli s.45. Bazı yazarlar yasal önalım hakkında 10 yıllık sürenin hiç uygulanmaması gerektiğini savunmuşlardır. Bkz. Tekinay, Takyitler s.60; Tekinay, İştira, Vefa ve Şuf'a s.60; Gürsoy/Eren/Cansel s.619; F.N.Feyzioğlu, "Şuf'a Hakkındaki Müddetler", İBD, Y.1952, C.XXVI, S.8, s.491. Bu sürenin hak düşürücü süre olduğunu savunan yazarlar için bkz. M.Kılıçoğlu s.77; Şıpka s.159; M.Tunaboğlu, **Şuf'a Davaları** Ankara 1996, s.154 ve s.155. Kısagün ise bu sürenin mutlak sukut müddeti olduğu kanaatindedir. Bkz. Kısagün s.67. Mutlak sukut müddetinin hak düşürücü süreden farkı için bkz. Kısagün s.67-69.

²³⁶ Yg.İBK 26.12.1951 T.E:1 K:6 (RG, 8084).

²³⁷ Yıldız s.36.

Bu genel açıklamalardan sonra önalım hakkını kullanma süresi, önalım hakkına konu olan taşınmazın satıldığı zaman yürürlükte olan Medenî Kanun'a göre aşağıda daha ayrıntılı olarak incelenecektir.

aaa. Satışın 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu'ndan Önce Yapılması

Satışın 4721 sayılı Türk Medenî Kanunundan önce yapılması halinde 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medenî Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 1²³⁸ ve 20²³⁹ nci maddeleri uygulamaya girecektir.

Satışın eski Medenî Kanun'un yürürlüğü zamanında yapılmış olması halinde, önalım hakkını kullanma süresi de bu yasaya tâbi olacağından, önalım hakkının satışın öğrenilmesi tarihinden itibaren 1 ay ve her hâlde satıştan (şerh edilmiş sözleşmesel önalım hakkında şerh tarihinden) itibaren 10 yıl içinde kullanılması gerekir. Ancak bu durumda 4722 sayılı yasanın 20 nci maddesi yürürlüğe girecektir. Bu maddede hak ve zamanaşımı sürelerinin uygulanma şekli düzenlenmektedir. 20 nci madde hükmünden de anlaşılacağı gibi Medenî Kanun'un belirlediği önalım hakkının kullanılmasına ilişkin 1 aylık hak düşürücü süre, Türk Medenî Kanun'undakinden daha kısa olduğundan ve bu nedenle uygulanması gerekeceğinden bu sürenin işlemeye başlamış (satışın öğrenilmesi anı) olması koşulu ile önalım hakkı bu bir aylık sürenin dolması ile düşecektir. Ancak satışın önalıcı tarafından öğrenilmemesi nedeni ile bu bir aylık süre henüz işlemeye başlamamış ise, öğrenilme tarihinin 01.01.2002

²³⁸ **Madde 1:** "Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten önceki olayların hukukî sonuçlarına bu olaylar hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse kural olarak o kanun hükümleri uygulanır. Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış hukukî işlemlerin hukuken bağlayıcı olup olmadıkları ve sonuçları, bu tarihten sonra dahi, yapıldıkları sırada yürürlükte bulunan kanun hükümlerine göre belirlenir.

Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten sonra gerçekleşen olaylara, kanunda öngörülmuş ayrı durumlar saklı kalmak kaydıyla Türk Medenî Kanunu hükümleri uygulanır."

²³⁹ **Madde 20:** "Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce işlemeye başlamış hak düşürücü süreler ve zamanaşımı süreleri, Türk Kanunu Medenîsi hükümlerine tâbi olmaya devam ederler. Ancak söz konusu süreler, Türk Medenî Kanunu'nun belirlediği süreden uzun ise, bu kanunun yürürlüğe girmesinden sonra, bu kanunda belirlenen sürenin geçmesiyle dolmuş olur."

tarihinden sonra olması halinde Türk Medenî Kanunu'nun öngördüğü 3 aylık hak düşürücü süre geçerli olacaktır. Fakat Medenî Kanun'un öngördüğü 10 yıllık hak düşürücü süre Türk Medenî Kanun'undakinden daha uzun olduğundan bu hâlde hak düşürücü süre Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girme tarihinden itibaren (01.01.2002), Türk Medenî Kanunu'nun 733 üncü maddesinin 4 üncü fıkrasında belirlediği 2 yıllık sürenin geçmesi ile birlikte dolmuş olacaktır. Başka bir anlatımla, önceki Medenî Kanun'un yürürlüğü zamanında (01.01.2002 tarihinden önce) yapılan bir satıştan dolayı önalım hakkının işlemeye başlayan 10 yıllık olan hak düşürücü süresinin dolmasına daha fazla bir zaman bulunsa bile, 01.01.2002 tarihinden itibaren 2 yıl geçmekle bu süre dolacaktır. Hemen belirtelim ki, işlemeye başlayan bu 10 yıllık hak düşürücü sürenin dolmasına 01.01.2002 tarihine göre, iki yıldan daha az bir süre kalmış ise bu süre uygulanmalıdır. Zira, 4722 sayılı yasanın 20 nci maddesini, tâbi olunan ve işlemeye başlayan hak düşürücü ve zamanaşımı sürelerinin uzamasına yol açacak şekilde yorumlamak mümkün değildir²⁴⁰.

bbb. Satışın 4721 Sayılı Türk Medenî Kanun'undan Sonra Yapılması

Satışın 4721 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği tarih olan 01.01.2002 tarihinden sonra yapılması halinde, önalım hakkının kullanım süresi ve biçimi de 4722 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 1 inci maddesi gereğince, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu hükümlerine tâbi olacaktır. Türk Medenî Kanunu'nun 733 üncü maddesinin 4 üncü fıkrası gereğince önalım hakkı satımın noter aracılığı ile bildirilmesinden itibaren 3 ay ve her hâlde satıştan itibaren 2 yıl²⁴¹ içinde kullanılmak gerekir. Bu süreler hak düşürücü sürelerdir²⁴².

²⁴⁰ Yıldız s.39.

²⁴¹ İsviçre Hukukunda ise, sadece yasal önalım hakkı için getirilen azami süre satım sözleşmesinin yapılmasından itibaren değil, alıcının hakkının tapuya tescil edildiği tarihten itibaren 2 yıldır (İMK m.681 a f.2). Bkz. Kirca s.1197.

²⁴² Yıldız s.40-41.

b. Önalım Hakkının Kullanılma Biçimi

Türk Medenî Kanunu, 734 üncü maddesinin 1 inci fıkrasında "Önalım hakkı, alıcıya karşı dava açılarak kullanılır." hükmünü getirerek, önalım hakkının ancak dava yolu ile kullanılabilceğini öngörmüştür.²⁴³

c. Önalım Hakkının Kullanılmasının Sonuçları

Önalım hakkının kullanılması ile başlıca üç ana sonuç elde edilir. Bu sonuçlar aşağıda sırası ile incelenecektir.

aa. Önalım Hakkının Kullanılması ile Yeni Bir Satım İlişkisinin Doğması

Daha önce de değinildiği gibi²⁴⁴ önalım hakkı, kurucu yenilik doğuran haklardandır. Bütün kurucu yenilik doğuran haklarda olduğu gibi; hakkın kullanıldığına ilişkin beyan alıcıya ulaştırıldığında, yenilik doğuran durum herhangi bir kişinin kabul veya eylemine gerek duyulmaksızın kendiliğinden meydana gelir. Bunun sonucu olarak da önalım hakkı sahibinin yasal koşullara uygun şekilde önalım hakkını kullandığını alıcıya bildirmesi ile beraber, kendisi ile alıcı arasında koşulları alıcının satıcı ile yapmış olduğu sözleşmenin koşulları ile aynı olan yeni bir satış sözleşmesi meydana gelir. Bu sözleşme uyarınca önalım hakkı sahibi, mülkiyetin kendisine devrini diğer taraftan isteme alacağına sahip olur²⁴⁵.

²⁴³ Bu konu hakkında daha fazla bilgi için bkz. aşağıda s.127-133.

²⁴⁴ Bkz. yuk.s.8-9 ve yine bkz. yuk.s.21 dn.77.

²⁴⁵ Bkz. Özenli s.14; Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı s.343; Gürsoy/Eren/Cansel s.615-616; Ayiter s.137-138; Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s.439; Tunçomağ, Borçlar Hukuku II s.308; Tandoğan s.286. 21.05.1958 T. ve 7/3 sayılı İBK'nda bu görüş açıkça ifade edilmiştir. Bkz. Tunaboylu, Önalım Davaları s.758-759. Bununla beraber 4.HD'nin 23.12.1975 T. ve 4215/12688 nolu kararında satış sözleşmesine benzerlikten söz edilmiştir. Bkz. Tekinay, Takyitler s.32 dn.42. Yeni bir satım sözleşmesi yerine satım benzeri hukukî bir ilişki doğacağı fikrî için ayrıca bkz. Tekinay, Takyitler s.30 ve s.56.

Önalım hakkının kullanılmasıyla bir satım ilişkisinin meydana geldiği ve buna satım sözleşmesinin kurallarının uygulanacağı hakkındaki Yargıtay kararları için bkz. 21.05.1958 T. 7/3 sayılı İBK (RG, 10016) - 11.02.1959 T.10/12 sayılı İBK (RG, 10194).

Hâlbuki Yargıtay daha önce önalım hakkının kullanılması ile önalım hakkı sahibinin alıcıya halef olacağını ve mülkiyeti önalım hakkını kullanmakla kazanacağını kabul

bb. Nef'i ve Hasarın Geçişi

BK'nun 183 üncü maddesinin 1 inci fıkrası²⁴⁶ bazı istisnalar dışında nef'i ve hasarın²⁴⁷ satış sözleşmesinin yapıldığı andan itibaren alıcıya geçeceği kuralını koymuştur. O hâlde nef'i ve hasarın şeyi satın alana geçiş zamanı, sözleşmenin kurulmuş sayılacağı an olacaktır. Sözleşmenin kuruluş anını saptamakta esas alınacak kural ise, BK'nun 10 uncu maddesinde²⁴⁸ (önalım davaları yönünden özellikle 10 uncu maddenin 2 nci fıkrasında) yer almaktadır. Çünkü önalım hakkının kullanılması ile kurulacak satış sözleşmesi, aynı yer ve zamanda hazır olmayan iki kişi arasında yapılmaktadır. BK'nun 10 uncu maddesine göre, hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşmeler, kabul haberinin gönderildiği anda sonuç doğurur. Yani sözleşme kurulmuş olur. Eğer yapılan önerinin açıkça kabulü gerekli değilse, sözleşmenin sonuç doğurması, önerinin ulaşması anında gerçekleşir²⁴⁹.

Bu kuralı önalım hakkının kullanılması açısından incelediğimizde, olaya anılan maddenin 2 nci fıkrasının uygulanması gerektiği sonucuna varırız. Çünkü yukarıda da değinildiği gibi²⁵⁰, önalım hakkının kullanılması ile birlikte önalım hakkı sahibi ile alıcı arasında kendiliğinden bir satış sözleşmesi meydana gelir. Sözleşmenin kurulması için, karşı tarafın kabulü bir koşul değildir. Bu nedenle önalım hakkının

etmişti. Yanlış olan bu görüş bugün terk edilmiş bulunmaktadır. Bkz. 20.06.1951 T. 13/5 sayılı İBK (RG, 7950).

²⁴⁶ "BK m.183 f.1:Halın icabından veya hususî şartlardan mütevellit istisnaların maadasında satılan şeyin nef'i ve hasarı akdin in'ikadı anından itibaren alıcıya intikâl eder." (A.H.Güler, **Hukuk Yargılama Usulüne İlişkin Temel Kanunlar**, Ankara 2007, s.207).

²⁴⁷ "Nef'i (yarar) deyiminden BK'nun 183 üncü maddesinde düzenlenmiş olan satılan malın semereleri ve değerinin yükselmesinden ileri gelen fark anlaşılır. Bir başka anlatımla satış akdinin kurulmasından sonra, fakat ifasından önce satılan şeyde, kendiliğinden veya normal olarak her mâlikin icra edeceği faaliyet sonucunda husule gelen fazlalıktır." (Tandoğan s.101).

"Bu kavrama koyunun sütü ve yünü gibi tabiî, faiz ve kira gibi medenî semereler yanında bir yarış atının kazandığı ödül gibi semere niteliğinde olmayan sair gelirler de dahildir." (T.Akıntürk, **Satım Akdinde Hasarın İntikâli**, Ankara 1966,s.188).

²⁴⁸ "BK m.10: Gaipler arasında icra olunan akitler, kabul haberi irsal olunduğu anda hüküm ifade ederler.

Eğer sarih bir kabule ihtiyaç bulunmazsa aktin hükmü, icabın vusulü anından itibaren cereyana başlar." (Güler s.180).

²⁴⁹ Özenli s.16.

²⁵⁰ Bkz. yuk.s.61.

kullanıldığına ilişkin dava dilekçesinin (EMK döneminde dava dilekçesinin ya da bildirim) karşı tarafa ulaştığı anda (BK m.10 f.2) önalım hakkı sahibi ile hakka konu payı satın alan üçüncü kişi arasında yeni bir satış sözleşmesi kurulmuş olur. Hakka konu payın nefi ve hasarı da, bu andan²⁵¹ itibaren BK m.10 f.2 ve BK m.183 f.1 uyarınca önalım hakkı sahibine geçer²⁵². Satım akdinde satılanın nefi ve hasarının önalıcıya geçmesi için akdin ifasına (yani mülkiyetin intikâline) gerek yoktur, akdin tam ve şartsız olarak kurulmuş olması yeterlidir²⁵³.

Durum bu merkezde iken Yargıtay önalım hakkında nefi ve hasarın önalım hakkı sahibine geçiş anı olarak, hakkı kullanma iradesinin karşı tarafa ulaştığı anı değil, önalım hakkı sahibinin önalım bedelini mahkeme emrine depo ettiği tarihi esas almaktadır. Gerekçe olarak da; BK m.183 f.1'deki kuralın mutlak olmadığını, maddede açıklandığı üzere bu hükmün halin icabına veya şartlara göre incelenmesi gerektiğini²⁵⁴ halin icabının ise hakkın kullanılmasıyla birlikte bu borcun yerine getirilmesi yükümlülüğünü de önalım hakkı sahibine yüklediğini, aksinin kabulünün ise hem objektif iyiniyet kurallarına hem de BK'nun 81 inci maddesine aykırı olacağını belirtmektedir²⁵⁵.

Yargıtay'ın bu görüşü 20.06.1951 gün ve 13/5 sayılı Yg.İBK'da²⁵⁶ "...Bu suretle şefiin durumu satış akdinde müşterinin durumu ile kıyaslanmak lazımdır. Herhangi bir satış akdine dayanarak mülkiyet hakkını ihrâz etmeyi talep eden kimse akit ile tescil edilmemiş ise satış bedelini önce ödemek mecburiyetinde

²⁵¹ Nefi ve hasarın önalım hakkının kullanılmasına ilişkin dava dilekçesinin mahkeme kalemince postaya verildiği (EMK döneminde hakkın kullanıldığını açıklayan yazının önalım hakkı sahibince ya da hakkın kullanılmasına ilişkin dava dilekçesinin mahkeme kalemince postaya verildiği) andan başlayarak önalıcıya geçeceği görüşü için bkz. Karahasan, Eşya Hukuku I s.1184.

Kanımca BK'nun 10 uncu maddesinin 2 nci fıkrasının açık hükmü karşısında Karahasan'ın bu görüşüne katılmak mümkün değildir.

²⁵² Bkz. Özenli s.16; Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı s.364; Sebük s.98. Aynı sonuca Karahasan BK'nun 10 uncu maddesi dolayısıyla varmaktadır. Bkz. Karahasan, Eşya Hukuku I s.1184.

²⁵³ N.Yavuz, **Uygulamada Ecrimisil Davaları**, B.2, Ankara 2005, s.806.

²⁵⁴ Bu konu hakkında ayrıca bkz. M.R.Karahasan **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.I, B.2, İstanbul 2002, s.88.

²⁵⁵ N.Yavuz s.806-807.

²⁵⁶ Bkz. Tunaboğlu, **Önalım Davaları** s.729-732.

olduđu ve bu suretle bayiini temerrüt haline koymasý lazým geldiđi gibi řefiin de řuf'a davasını kazanması için en geç hükümden önce řuf'a bedelini ödemesi veya tevdî etmesi ve bu suretle davalýý temerrüt haline sokması lazýmdır. Aksi hâlde řuf'a hakkının kullanılmasıyla řefi, meřfu hissenin menfaatini ihrâz ettiđi gibi ayrıca řuf'a bedelini elinde tutarak müřteriyi paranın nemasından mahrum bırakacaktır. Bu netice řefii ile müřteri arasında menfaat ihtilâfının hâllinde hakkaniyete ve adalete uygun düřmeyeceđi gibi řuf'a hakkının mâhiyeti ile de telif edilemez." řeklinde ifade edilmektedir.

Kanýmca kararın gerekçesinde ifade edildiđinin aksine önalým hakký sahibi önalým davasını kazanmak için önalým bedelini ödemek sureti ile davalýý mütemerrit duruma düřürmek zorunda deđildir. Çünkü karara konu olayda dava açýlana kadar mütemerrit kılınmamıř olan davalý, önalým hakký sahibinin davanın sonunda önalým bedelini yatýrmasýndan çok daha önce, dava açýlması ve dava dilekçesinin tebliđ ile²⁵⁷ zaten mütemerrit duruma düřmüřtür.

Bu nedenle davalý ödemezlik def'inde²⁵⁸ bulunmak sureti ile önalýmli hisselerin menfâatini ihrâz eden önalýcının önalým bedelini elinde tutmasının önüne geçebilir. Buna karřın Yg. İBK'ındaki çözümün benimsenmesi halinde depo edilen paranın davalý tarafından dava sonuçlanmadan alınamamasının kötü sonuçlarının²⁵⁹ önalým hakký sahibine yüklenmesinin önüne geçilmesi mümkün deđildir.

²⁵⁷ Bkz. Kuru, Usul I s.1672; Ansay s.213; Postacioğlu, Usul s.400; Bilge/Önen s.446.

Fakat Yargıtay bařka görüřtedir. Yargıtay'a göre, davalý, dava açýlması ile mütemerrit olur. Bkz. 28.11.1985 T. 15/15 sayılı İBK (RG, 9494) – 24.05.1972 T.5/9 sayılı İBK (RG, 14288).

Yargıtay'ın davalının dava açýlması ile mütemerrit olacağı yönündeki görüşünün eleştirisi için bkz. Kuru, Usul I s.1772.

²⁵⁸ Ödemezlik def'i hakkında daha fazla bilgi için bkz. A.Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku s.16.

²⁵⁹ Önalým hakký sahibi tarafından mahkeme veznesine depo edilen önalým bedelinin davalý tarafından hüküm kesinleřmeden alınması mümkün olmamasına ve bunda önalýcının herhangi bir kusuru bulunmamasına rađmen, bu paranın nemasından mahrum kalan davalının paranın mahkeme veznesine depo edildiđi tarihten itibaren önalým hakký sahibinden haksız iřgal tazminatý talep edebilmesi ya da önalým hakký sahibinin önalým bedelini mahkeme veznesine hükümden önce depo etmesine rađmen hüküm kesinleřmeden dava konusu tařınmazı tapuda kendi adına tescil

Şu hâlde, Yargıtay'ın çelişik uygulamaları²⁶⁰ sonunda vardığı ve artık kararlılık kazanmış olan fakat doktrinde kabul edilen²⁶¹ ve bizim de yukarıda belirttiğimiz nedenlerle²⁶² katıldığımız görüşe ters düşen bu görüş²⁶³ hukukî esaslara ve ileri sürüldüğünün aksine²⁶⁴ hakkaniyete aykırı olduğundan doktrinde hâkim olan anlayış karşısında tercihe şayan bir görüş olarak kabul edilmemelidir.

cc. Haksız İşgal Tazminatı

Daha önce de değinildiği üzere Yargıtay'ın baskın görüşüne göre²⁶⁵ nef'i ve hasar önalım bedelinin mahkeme emrine depo edildiği tarihte önalım hakkı sahibine geçer.

Yine bu görüş paralelindeki Yargıtay uygulamalarına göre²⁶⁶, davalı alıcı, davacı tarafından önalım bedeli mahkeme emrine depo edildikten sonra, taşınmazda, fuzulî şagil sayılır ve bu nedenle de taşınmazın tabî ve medenî semerelerini, önalım hakkı sahibine ödemekle yükümlü hale gelir.

ettirememesi ve kullanamaması hatta davalının kullanmasına engel olamaması gibi...

²⁶⁰ Satım ilişkisinin kurulması ile BK m.183 f.1'e göre nef'i ve hasarın önalım hakkı sahibine geçmesi gerekir. Yargıtay'ın bazı kararları da bu yöndedir. Bkz. 1.HD 09.04.1951 T. E:878 K:8445 - 4.HD 20.10.1951 T. E:8445 K:6433 - 4.HD 17.10.1957 T. E:1825 K:6163 - 4.HD 19.06.1958 T.E:957/5962 K:4220 (Karahasan, Eşya Hukuku I s.1182-1183).

Ancak Yargıtay kararlarındaki diğer bir eğilim nef'i ve hasarın satış bedelinin ve giderlerin (mahkeme veznesine) yatırıldığı andan itibaren önalım hakkı sahibine geçeceği yönündedir. Bkz. 4.HD 07.10.1957 T. E:4197 K:5887 - 4.HD 26.03.1963 T. E:7858 K:3007 - 4.HD 25.02.1964 T. E:247 K:1305 - 4.HD 11.09.1972 T. E:480 K:7123 - 3.HD 07.03.1960 T. E:1879 K:1509 - 3.HD 02.09.1959 T. E:2123 K:2855 - 6.HD 25.02.1965 T. E:4951 K:924 - 6.HD 06.03.1962 T. E:8148 K:1938 - 13.HD 22.02.1974 T. E:237 K:420 (Karahasan, Eşya Hukuku I s. 1183).

²⁶¹ Bkz. yuk.s.63 dn.252 ve dn.253.

²⁶² Bkz. yuk.s.64.

²⁶³ Bkz. yuk.s.63.

²⁶⁴ Yargıtay'ın uygulamada kararlılık kazanmış olan bu görüşünün hukuk tekniğine uymamakla birlikte hakkaniyete uygun olduğu yönünde. Bkz.Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı s.391.

²⁶⁵ Bkz. yuk.s.63 dn.254 ve s.63 dn.255.

²⁶⁶ Bu konudaki istikrarlı Yargıtay uygulamasından örnekler için bkz. Karahasan, Eşya

Ancak hemen belirtelim ki bugünkü uygulamanın aksine nef'i ve hasarın BK m.183 f.1 uyarınca irade açıklamasının alıcıya vardığı andan itibaren önalım hakkı sahibine geçeceği yönünde bir diğer görüş daha hem öğretide²⁶⁷ savunulmakta hem de bazı Yargıtay kararlarında²⁶⁸ kabul görmektedir.

Borçlar Kanunu'nun 183 üncü maddesinin 1 inci fıkrasına göre satım sözleşmesi kurulur kurulmaz nef'i ve hasar alıcıya geçer. Doktrin ve uygulamada önalım hakkının kullanılması üzerine önalım hakkı sahibi ile alıcı arasında bir satım ilişkisi doğduğu fikri benimsendiğine²⁶⁹ göre, kanımca burada da nef'i ve hasarın derhal önalım hakkı sahibine geçmesi gerekir.

Nef'i ve hasarın BK m.183 f.1 uyarınca irade açıklamasının alıcıya vardığı andan itibaren önalım hakkı sahibine geçeceğini savunan bu görüş; doktrinde Tekinay tarafından, "...oysa şefi'in şuf'a hakkını kullanmasından velev bir gün sonra taşınmazın tamamı yansa veya harap olsa, muhataba bedelin tamamını ödemek zorunda kalmasını haklı gösterecek bir sebep yoktur. Bunun gibi, daha şuf'a bedelini bile ödemediği şefi'in taşınmaz kiralalarını toplamaya başlaması isabetli bir çözüm olmasa gerektir." denilmek sureti ile eleştirilmektedir²⁷⁰.

Kanımca Tekinay tarafından yapılan bu eleştiriye katılmak mümkün değildir. Gerçi bugüne kadar BK'nun 183 üncü maddesinin 1 inci fıkrasının isabet derecesi doktrinde çok tartışılmış ve kapsamının daraltılması yolunda ciddi bir akım oluşmuştur²⁷¹. Ancak kanunda yazılı istisnalar ne kadar genişletilirse genişletilsin sözü edilen kuralı büsbütün yok farzetmeye de imkân

Hukuku I s.1184-1185.

²⁶⁷ Bkz. yuk.s.63 dn.252.

²⁶⁸ Bkz. yuk.s.65 dn.260.

Önalım bedelinin eylemli olarak alınabildiği tarihten sonra ecrimisil ile sorumlu olunabileceğine ilişkin bir başka görüş için bkz. 3.HD 29.01.1987 T.E:11197 K:957 (N.Yavuz, s.811-812).

Bu görüşün eleştirisi için karara karşı daire üyeleri Yusuf İlbaşı ve Nihat Yavuz tarafından yazılan karşı oy yazıları için bkz. N.Yavuz s.812-817.

²⁶⁹ Bkz. yuk.s.61 dn.245.

²⁷⁰ Bkz. Tekinay, Takyitler s.56.

²⁷¹ Bu konu hakkında geniş açıklama için bkz. Tekinay, Takyitler, s.32 dn.41.

yoktur²⁷². Bu nedenle önalım hakkı kullanıldıktan bir gün sonra taşınmazın tamamı yansa veya harap olsa dahi, önalım hakkı sahibi davalı-alıcıya önalım bedelinin tamamını ödemelidir. Aksi görüşün kabulü BK'nun 183 üncü maddesinin 1 inci fıkrasının açık hükmüne aykırı olur. Yine dava açılana kadar mütemerit kılınmamış olan davalı, dava açılması ve dava dilekçesinin tebliği ile mütemerit duruma düşeceğinden, davalı önalım hakkı sahibine karşı ödemezlik def'inde bulunmak sureti ile, önalımlı hissenin menfaatini ihraz eden önalıcının önalım bedelini elinde tutmasının önüne geçebilir²⁷³. Bu nedenle önalım hakkı sahibinin önalım bedelini bile ödmeden taşınmaz kiralasını toplamaya başlaması ancak davalının önalım hakkı sahibine karşı ödemezlik def'inde bulunmaması halinde söz konusu olur. Ayrıca Yargıtay'ın savunduğu görüşün benimsenmesi halinde depo edilen paranın davalı tarafından dava sonuçlanmadan alınamamasının kötü sonuçlarının²⁷⁴ önalım hakkı sahibine yüklenmesinin önüne geçilememesi²⁷⁵ bu görüşün hukukî esaslara aykırı olmasının yanısıra hakkaniyete de uygun olmadığı²⁷⁶ açık bir göstergesidir.

2. Önalım Hakkının Kullanılması Mümkün Olan Tasarruflar²⁷⁷

Bu başlık altında ayrıntılı olarak önalım hakkının kullanılabileceği tasarruflara yer verilecektir.

²⁷² Tekinay, Takyitler s.32.

Tekinay'ın sırf bu yüzden "şuf'a hakkı sahibi ile karşı taraf arasında şuf'a hakkının kullanılmasından sonra dahi tam olarak bir satım sözleşmesinin oluştuğunu kabul etmek, nef'i ve hasarın da şuf'a hakkı kullanılır kullanılmaz alıcı durumundaki hak sahibine geçmesini gerektirir (BK m.183). Bu ise aşağıda inceleyeceğimiz gibi sakıncalıdır....Bu sebeple, şuf'a hakkı sahibiyle karşı taraf arasında, satım sözleşmesine benzeyen; fakat türü kendine özgü bir borç ilişkisi kurulduğunu kabul etmek daha doğru olur." demek sureti ile önalım hakkının kullanılması üzerine önalım hakkı sahibiyle davalı (alıcı) arasında yeni bir satım sözleşmesi yerine türü kendine özgü satım benzeri bir borç ilişkisinin kurulduğu fikrini savunduğu görülmektedir. Bkz. Tekinay, Takyitler, s.18-19.

²⁷³ Bkz. yuk.s.64 dn.258.

²⁷⁴ Bkz. yuk.s.64 dn.259.

²⁷⁵ Bkz. yuk.s.64.

²⁷⁶ Bkz. yuk.s.65.

²⁷⁷ Bu konuda bkz. Feyzioğlu, Tasarruflar s.222-247.

a. Gerçek Satışlar

Daha önce de değinildiği üzere²⁷⁸ önalım hakkının kullanılabilmesi için her iki tür önalım hakkında da mutlaka önalım hakkının konusunu oluşturan şeye ilişkin bir satım sözleşmesinin varlığı gerekir. Bu satım sözleşmesinin tam, doğru ve geçerli bir şekilde kurulmuş olması da gereklidir. Satım sözleşmesi muvazalı ise, taraflar sözleşme yapma ehliyetine sahip değillerse veya sözleşmenin hata, hila, ikrah ve gabin gibi nedenlerle geçersizliği ileri sürülebiliyorsa, sözleşme tam, doğru ve geçerli bir şekilde kurulmuş sayılamaz²⁷⁹. Bu gibi durumlarda önalım hakkı kullanılamaz²⁸⁰.

b. Zorunlu Olmayan Açık Artırma İle Yapılan Satışlar

Açık artırma yolu ile yapılan satışlar, satılacak mala istekli olan kişilerden en yüksek fiyatı veren kişiye malın satılmasıyla sonuçlanan satışlardır²⁸¹.

Bu tür satışlar zorunlu olanlar ve olmayanlar olmak üzere ikiye ayrılır.

Önalım hakkı serbest iradeyle yapılan satışlarda söz konusu olur. Bunun içindir ki zorunlu açık artırma ile yapılan satışlarda önalım hakkı kullanılamaz²⁸². Buna karşın zorunlu olmayan açık artırma ile yapılan satışlarda önalım hakkının kullanılması mümkündür. Önalım hakkının kullanılmasının mümkün olduğu zorunlu olmayan açık artırma ile yapılan satışları iki ayrı alt başlık altında incelemek daha yerinde olur.

aa. Özel Açık Artırma Yolu İle Yapılan Satışlar

MK'nun 651 (EMK'nun 591) ve 699 uncu (EMK'nun 628 inci) maddelerinde düzenlenmiş olan mirasçılar veya paydaşlar arasında yapılan satışlardır. Özel açık artırma yolu ile yapılan satışlara Borçlar Kanunu'nun ilgili

²⁷⁸ Bkz. yuk.s.51.

²⁷⁹ Ayrıca bkz. aşı.s.214-223, s.169 ve s.99-102.

²⁸⁰ H.Erdoğan s.8.

²⁸¹ Bkz. Yılmaz, Sözlük s.23.

²⁸² H.Erdoğan s.8-9. Bu konu hakkında geniş açıklama için bkz. aşı.s.77-80.

hükümleri²⁸³ uygulanır. Yani özel açık artırma yolu ile yapılan satışlar gerçek satış özelliği gösterirler. Bu nedenle zorunlu açık artırma yolu ile yapılan satış görünümü verilmiş olsa bile bu tür satışlarda önalım hakkını kullanmak mümkündür²⁸⁴.

bb. Genel Açık Artırma Yolu İle Yapılan Satışlar

Bu tür satışlar çoğunlukla resmi bir makam tarafından yöneltilen satışlardır²⁸⁵. Satışın amacı alacaklıları değil, mal sahibinin yararını korumaktır. Bu nedenle mal sahibi kararlaştırılan fiata malını satıp satmamakta serbesttir. Genel açık artırma yolu ile yapılan satışlar, dış görünümü itibari ile zorunlu açık artırma yolu ile yapılan satışlara benzerlerse de daha çok adi satıma yaklaşan gerçek satış özelliği gösterirler ve haklarında Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri²⁸⁶ uygulanır. Bu nedenle özel açık artırma yolu ile yapılan satışlarda olduğu gibi, genel açık artırma yolu ile yapılan satışlarda da önalım hakkını kullanmak mümkündür²⁸⁷.

c. İmar Planının Şuyuu Suretiyle Oluşması²⁸⁸

İmar Kanunu'nun uygulanması sonucu taşınmaz paylı mülkiyet halinde birden fazla şahsa ait hale getirilmiş ise bu durumda paydaşlardan birinin payını üçüncü bir şahsa satması halinde diğer paydaşlar önalım haklarını kullanabilir²⁸⁹. Nitekim 03.04.1946 gün ve 39/7 sayılı içtihadı birleştirme kararı

²⁸³ Bkz. BK m.225 vd.

²⁸⁴ Özenli s.99.

²⁸⁵ Örneğin 2886 sayılı İhale Yasasına göre yapılan satışlar.

²⁸⁶ Bkz. BK m.225 vd.

²⁸⁷ Özenli s.99.

²⁸⁸ Bu konu hakkında geniş açıklama için bkz. K. Yüksel, "İmar Planının Şuyuu Sureti ile Yapılmasında Şuf'a (Önalım) Hakkının Doğup Doğmayacağı Hakkında Bir İnceleme", **Ad.Der.**, Y.1988, S.4, s.104-108.

²⁸⁹ H.Erdoğan s.19.

da²⁹⁰ bu yöndedir. Sözü edilen içtihadı birleştirme kararı Ankara şehrini esas almakta ise de bu uygulama tüm yurt düzeyinde geçerlidir²⁹¹.

d. Dostluk Satışları

Dostluk satışı, bir taşınmazın çeşitli nedenlerle değerinden az bir bedelle bir akrabaya veya diğer bir şahsa satılmasıdır. Hibe ile bunu karıştırmamak gerekir. Hibe de bedel bahse konu değildir. Hâlbuki dostluk satışında bedel vardır. Ancak bu bedel gerçek bedelin altındadır. Bu gibi satışlarda önalım hakkının kullanılabilmesi kuşkusuzdur. Ancak önalım bedeli ne olacaktır? Yani önalım hakkı sahibi alıcıya ne bedel ödeyecektir? Erdoğan'a göre burada ödenecek bedel önalımlı payın satış tarihi itibarıyla saptanacak gerçek bedeli

²⁹⁰ "... Ankara şehri İmar Müdürlüğü hakkındaki kanuna eklenen 2289 sayılı Kanunun birinci maddesi: "Tasdikli ve kati imar planı mucibince yol açılması ve genişletilmesi ve kapanması ve meydanlık yapılması yüzünden kamulaştırılan bina ve arsaların yola giden parçalarından artan kısımlarla o yerdeki imar planına göre bina yapılması mümkün olmayan arsaları, yanındaki arsa ve binalarla şuyulandırarak birleştirmeye İmar Müdürlüğünü yetkili kıldığı gibi ikinci maddesinde dahi böyle şuyulandırılan yerlerin ya aralarında veya mahkemeye müracaatla altı ay içinde şuyunu izale ettirmelerinin İmar Müdürlüğü tarafından hissedarlara tebliğ olunacağı ve hissedarlar şuyu izale etmedikleri takdirde İmar Müdürlüğü hissedar gibi şuyunun izalesi davasını açabileceği yazılı bulunmaktadır.

Bu suretle ayrı ayrı tasarruf olunan iki gayrimenkul şuyulandırılarak bir gayrimenkul haline girdikten sonra bunların sahipleri arasında da bu kanun hissedarlığın vücut bulacağını emretmektedir.

Kanun emir ve icabı olarak birleştirilen gayrimenkullerin sahipleri arasında bu yerlerin her şayi cüzünde karşılıklı ve yüz ölçüleri nispetinde hasıl olacak iştirâk, Medenî Kanun'un müşterek mülkiyet hükümlerine tâbi bulunur.

Bu hükümler gereğince hissedarlar, bu şuyudan doğan müşterekliği sürdürmeye zorlanamazlar ve Medenî Kanun'un 627 nci maddesindeki hal mevcut olmadıkça şuyunun giderilmesini isteyebilirler. Bahse konu olan şuyuu hususi kanundan doğma olduğundan bu cihetin tapu kütüğüne henüz geçirilip geçirilmemiş olması da şuyunun giderilmesi hakkını kullanmaya tesir etmez.

İmdi böylece hissedarlık hasıl olduktan ve o iki gayrimenkul müşterek bir hale geldikten sonra hissedarlardan biri kendi hissesini üçüncü, yani yabancı bir şahsa sattığı takdirde Medenî Kanun'un 659 uncu maddesi hükmünce diğer hissedar veya hissedarların kanunî şuf'a haklarının da doğmuş olacağına 3.4.1946 tarihinde müzakere nisabının üçte ikisini geçen çoğunluğuyla karar verildi." (C. Erdoğan s.1068 – 1069).

²⁹¹ H.Erdoğan s.19.

olacaktır²⁹². Çünkü önalımda esas olan müşterinin alış bedeli üzerinden önalım hakkı sahibinin önalımlı paya sahip olmasıdır. Buradaki bedel satış tarihinde ödenen veya o bedelin azlığı ileri sürülüyorsa ödenmesi gereken bedeldir. Yoksa geç ittila sebebiyle senelerce sonra önalım hakkının kullanılması halinde enflasyon nedeniyle artan bedel değildir²⁹³. Satışın dostluk satışı niteliğinde bulunup bulunmadığı olayın ve çevrenin özelliklerine bakılarak belli edilmelidir²⁹⁴.

e. İhale Yasasına Göre Yapılan Satışlar

Genel, katma ve özel bütçeli devlet kuruluşlarının mal ve hizmet alım satımlarında uygulanan 2286 sayılı İhale Yasası gereğince yapılan satımlarda önalım hakkı kullanılabilir. Çünkü bu yasa uyarınca yapılan satışlar zorunlu satış niteliğinde değildir²⁹⁵. Yargıtay'ın da 29.11.1939 gün ve 57/17 sayılı içtihadı birleştirme kararı²⁹⁶ ile aynı sonuca vardığı görülmektedir.

²⁹² C.Erdoğan s.659.

Bu bedelin satış tarihi itibariyle değil, önalım hakkının kullanıldığı tarih itibariyle saptanması gerektiğini savunan görüş için bkz. Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı, s.244; Karahasan, Eşya Hukuku I s.1126-1127; H.Erdoğan s.11; Yargıtay'ın aynı yöndeki görüşü ve eleştirisi için ayrıca bkz. aşa.s.203-208.

Kanımcı önalım hakkı sahibinin yasal koşullara uygun şekilde önalım hakkını kullandığını alıcıya bildirmesi ile beraber, kendisi ile alıcı arasında meydana gelen, koşulları alıcının satıcı ile yapmış olduğu sözleşmenin koşulları ile aynı olan yeni satış sözleşmesinde semenin değişmesi mümkün olmadığından buradaki bedel satış tarihinde ödenmesi gerekli gerçek bedel değil, fiilen ödenmiş olan bedel olmalıdır. Ayrıca bkz.aşa. s.203-208.

²⁹³ C.Erdoğan s.659. Bkz. ve karşı. aşağı.s.203-208.

²⁹⁴ Karahasan, Eşya Hukuku I s.1127.

Tapuda harcın az ödenmesi amacı ile bedelin düşük gösterilmesinin dostluk satışı biçiminde nitelendirilemeyeceği hakkında bkz. Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı s.244; Sebük s.81.

²⁹⁵ Yıldız s.28.

²⁹⁶ "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 571 inci maddesi İcra ve İflâs muameleleri hakkındaki mevzûlar haricinde kalan aleni artırmalar için vazolunmuştur. Yoksa para alacağını tahsil için hacedilen yahut iflâs masasına giren malların alacağı tahsil veya iflâs tasfiye için paraya çevrilmesine müteâllik müzayedelerin İcra Kanununa tevkifan yapılması lüzumunu Muhakeme Usulleri Kanununda beyan etmek hasılı tahsil kabilinden olurdu. Çünkü o gibi artırmalar doğrudan doğruya İcra

f. Şartlı Satışlar²⁹⁷

Hukukta şart teknik anlamda, gelecekte gerçekleşmesi muhtemel olan bir olaydır²⁹⁸. Şartlar hukukî işleme olan etkilerine göre çeşitlere ayrılmıştır. BK'nun 149 uncu maddesinin 1 inci fıkrası gereğince sözleşmenin konusunu oluşturan borcun varlığı yani hükümleri bir olayın gerçekleşmesine ertelenmiş ise geciktirici (talikî) şarttan söz edilir. Buna karşın bir sözleşmenin hükümlerinin son bulması geleceğe ait doğumu şüpheli bir olayın gerçekleşmesine ertelenmiş ise burada BK m.152'ye göre bozucu (infisahî) şart söz konusudur²⁹⁹.

Hem geciktirici (talikî) hem de bozucu (infisahî) şartın gerçekleşmesine bağlı tutulan satışta önalım hakkı cereyan eder³⁰⁰.

ve İflâs Kanunlarının mevzuları dahilindedir. Kanunlar abesle iştigâl etmez. Bu maddenin borç için mahcuz yahut iflâs masasına dahil malların müzayedelerini istihdaf etmemiş olduğu bununla da zahirdir.

Mezkûr maddeyi takip eden 572 inci madde ise birincisine bağlı ve ancak onun istihdâf ettiği müzayedelerden gayrimenkul mala taallûk edenlere mahsustur. Bunun hükmü şuf'a hakkında esasen müsait olmayan İcra ve İflâs Kanunu'nun meşgul bulunduğu gayrimenkul satışlarına teşmil edilemez.

Artırma ve Eksiltme Kanununa göre yapılan gayrimenkul satışları sırf ihtiyârî satışlardan olmakla beraber 571 inci maddenin hükmü haricinde cereyan eder. Bunların ihtiyârî satış mahiyetlerinden dolayı Kanunu Medenînin 658 ve 659 uncu maddelerinde yazılı şuf'a hükümlerine tâbi olduğunda şüphe yoktur. Mezkûr maddelerdeki akdî ve kanunî şuf'a hakları satışın öğrenildiği tarihten itibaren bir ay içinde kullanılabilir.

Satıştan önce istîmâl edilmelerine lüzum ve imkân yoktur. İcra Kanununa tevfiik edilmeyen ihtiyârî artırmaların hepsi hakkında şuf'anın umumî hükümleri aynîyle cereyan eder. Bundan dolayı o gibi aleni ve ihtiyârî müzayedelerde zikri geçen Usulün 572 inci maddesi hükmü tatbik olunamaz." (H.Erdoğan s.19-20).

²⁹⁷ Bu konu hakkında bkz. Feyzioğlu, Tasarruflar, s.228-233; Yıldız, s.21-22.

²⁹⁸ Bkz. yuk.s.10 dn.24.

²⁹⁹ F.N.Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, İstanbul 1977, s.347-349.

³⁰⁰ Şipka s.82. Ayrıca bkz. aşa.s.151-152.

g. Tecrübe ve Muayene Şartıyla Yapılan Satışlar

Bu tür satımlarda sözleşme başlangıçtan itibaren geçerli şekilde doğmuştur. Ancak hükümlerini doğurmaya başlaması ve özellikle mülkiyetin alıcıya geçmesi, alıcının satılanı beğenmesi ve beğendiğini bildirmesi şartına bağlı tutulmuştur. Bu nedenle bu tür sözleşmeler geciktirici (talikî) şartlı sözleşmelerdir denilebilir. Dolayısıyla önalım hakkı sahibi alıcının bu beyanda bulunmasını beklemeksizin önalım hakkını kullanabilir³⁰¹.

h. Taksitli ve Bedeli Müeccel Satışlar

Veresiye satımların bir türünü oluşturan taksitle satımda, satıcı edimlerini derhal ve tamamıyla ifa ederken alıcı borcunu yani satış parasını belli taksitlerle ödemeyi taahhüt eder³⁰². Taksitle satımın konusu mutlaka taşınır eşya olmalıdır. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun önalım hakkıyla ilgili düzenlemesi ve BK'nun 222 nci maddesi karşısında taşınmaz satımında taksitten söz etmek mümkün değildir. Bununla beraber fiili olarak taşınmazın taksitle satımı durumunda önalım hakkı kullanılabilir. Fakat bu hâlde satım gerçekte taksitli olmasına rağmen önalımcı satış bedelinin tümünü ödemek durumundadır. Ancak satış vadeli ise, önalımcı için de bu vade geçerlidir³⁰³.

i. Kısmi Satışlar

Kısmi satım, bir şeyin belirli bir bölümünün satışa konu edilmesidir. Bir şeyin tamamı veya belirli bölümünün kısım kısım ifa edilecek şekilde de satılması mümkündür. Türk Medenî Kanunu'nun 732 nci maddesinin 1 inci fıkrasında "... payını tamamen veya kısmen ... satması halinde ..." denilmek sureti ile kısmi satımlarda da önalım hakkının kullanılması kabul edilmiştir. Kısmi satımlarda önalım hakkı sadece satılan kısım için söz konusudur. Yoksa o şeyin tamamı için önalım hakkı kullanılamaz. Kısım kısım ifa edilen satımlarda ise önalımcı satılan şeyi kısım kısım kabul etmek koşulu ile önalım hakkını

³⁰¹ F.N.Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri**, C.I, İstanbul 1980, s.133-143.

³⁰² Feyzioğlu, Akdin Muhtelif Nevileri s.148; Yıldız s.27.

³⁰³ Yıldız s.27.

kullanabilir. Her ifa edilecek kısım için öngörülen ifa zamanları önalımcı için de geçerli olduğundan o şeyin tamamını bir defada istemesi mümkün değildir³⁰⁴.

i. Toptan Satışlar

Önalım hakkına konu şey, bir veya birkaç taşınmaz ile birlikte tek bir sözleşme ile satılabilir. Kanunda bu durumu açıkça düzenleyen bir hüküm yoktur. BK'nun 206 ncı maddesinde "birden ziyade malın satımı halinde fesih" kenar başlığı altında bir düzenleme vardır. Alman Medenî Kanunu (BGB) 508 inci maddesinde "Önalım hakkına konu olan şeyi diğer şeylerle birlikte genel bir bedel ile satın almışsa önalımcı, bu genel bedelin uygun bir miktarını ödemek zorundadır. Önalım yükümlüsü, önalım hakkının kendisine zarar vermeksizin ayrılamayacak olan tüm satım konusu eşyaya teşmil edilmesini talep edebilir." hükmünü getirerek bu konuyu açıkça düzenlemiştir. Gerek Alman Medenî Kanunu gerekse bizim Borçlar Kanunumuzun 20 ve 206 ncı maddesindeki hükümlerden yararlanmak sureti ile bu duruma uygun bir çözüm getirilebilir. Buna göre önalım konusu şey, bu hakka konu olmayan birtakım başka şey ile birlikte toptan satılırken her bir şeyin bedeli ayrı ayrı belirlenmiş olarak toptan satılmış ise, önalım konusu şey için belirlenmiş bedel ödenmek sureti ile önalım hakkı kullanılabilir. Eğer ayrıca bir bedel belirlenmeyip de toptan bir bedel kararlaştırılmış ise, toptan bu bedelden, önalım konusu şeye isabet edecek miktar tespit ettirilerek, bu bedel üzerinden önalım hakkı kullanılabilir. Ancak önalım hakkı konusunu oluşturan şey, toptan satılan şeylerden ayrılacak olduğunda, alıcıya zarar verecek ise, toptan satılan şeyler birbirini tamamlamaktaysa ve daha elverişli hale geliyorsa veya alıcı önalım konusu şey olmaksızın diğer satım konusu şeyleri satın almayacak idi ise (BK m.20'ye kıyasen) alıcıya Alman Medenî Kanunun'daki gibi bir talep hakkı tanımak ve önalımcıya bu talebe uygun olarak toptan satılan tüm şeyleri de kapsayacak şekilde önalım hakkını kullanma imkânı vermek yerinde olur. Bu durumda önalımcı hakkını toptan satıma konu tüm eşya için kullanmak zorunda kalacaktır³⁰⁵.

³⁰⁴ Feyzioğlu, Borçlar Hukuku s.229; Yıldız s.25.

³⁰⁵ Yıldız s.20.

j. Feri veya Dönemsel Edimli Satışlar

Bilindiği gibi her borç ilişkisi üç unsurdan oluşur. Bunlar alacaklı, borçlu ve edimdir. Alacaklının ifasını talep yetkisine sahip olduğu, borçlunun da ifa yükümlülüğü altına girdiği borç konusuna edim adı verilmektedir³⁰⁶. Edim bir sözleşmede tek olabileceği gibi birden fazla da olabilir. Sözleşmede birden fazla edim olduğu takdirde bunlardan biri asıl edim diğerleri ise ferî edimdir. Yine edim bir defada ifa edilebileceği gibi, birden fazla defada da ifa edilebilir. İşte birden fazla defada ifa edilen edimlerin bir türü de dönemsel edim dediğimiz edimlerdir. Bu gibi edimlerin söz konusu olması halinde önalım hakkının nasıl kullanılabilmesi sorusu akla gelmektedir. Medenî Kanun’umuzda önceki Medenî Kanun’da olduğu gibi bu konuda açık bir hüküm mevcut değildir. Önalımcı için de geçerli olan ferî ve dönemsel edimlerin yerine getirilmesi önalımcı yönünden de mümkün olduğu takdirde önalım hakkının bu koşullar gereğince kullanılmasında bir sorun yoktur. Ancak bu nitelikteki edimlerin önalım hakkı sahibi açısından aynen yerine getirilmesi mümkün değilse önalım hakkı kullanılabilir mi? Bu gibi durumlarda ferî edimlerin paraya çevrilmesi mümkün ise ve bu paraya çevrilme satıcı için önemli bir fark teşkil etmiyorsa, bu edimlerin paraya çevrilmesi sureti ile önalım hakkının kullanılmasına imkân verilmelidir. Ancak paraya çevirmenin satıcı yönünden önemli bir fark teşkil edip etmeyeceğinin BK’nun 20 nci maddesine göre kıyasen tespit edilmesi de gereklidir. Bunun yanı sıra bu edimlerin satıcının kabul edebileceği başka bir edime çevrilmesi de mümkün olmalıdır. Yine dönemsel edimlerin bir defada ifası önalımcı tarafından isteniyor ve bu satıcı için önemli bir fark teşkil etmiyorsa, dönemsel edim bir defada ifa ettirmek sureti ile önalım hakkının kullanılabilmesine imkân tanınmalıdır. Ancak bu hâlde edimlerin dönemsel olarak kararlaştırılmış olmasının satıcı yönünden önemli olduğunun karine olarak kabul edilmesi de gereklidir³⁰⁷.

³⁰⁶ A.Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku s.3.

³⁰⁷ Yıldız s.24-25.

k. Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi

Arsa payı karşılığı kat yapımında, inşaatçının yüklendiği kendi gereçleriyle yapı yapma ediminin karşılığını arsa mâliki, arsasının bir bölümünün mülkiyetini geçirerek ödemektedir. İnşaatçının yapı yapma ediminde ağır basan yön gereçlerin tesliminden çok, anlaşmaya uygun olarak bir eserin yaratılması (katların yapılması) dır. Şu hâlde, inşaatçının edimi, eser sözleşmesinin, arsa mâlikinin karşı edimi ise taşınmaz satım sözleşmesinin karakteristik özelliklerini göstermektedir. Bu nedenle, arsa payı karşılığında kat yapımı çift tipli bir karma sözleşmedir³⁰⁸. İlke olarak çift tipli karma sözleşmede her bir edimin alındığı sözleşmenin kuralları doğrudan doğruya uygulanır. Ne var ki, değişik sözleşme tiplerine ilişkin kurallar birbirine ters düşerse, karşılıklı çıkarların tartışılmasına göre, hakkaniyete uygun bir çözüme ulaşılmak gerekir³⁰⁹.

Uygulamada bu tür bir sözleşmenin tarafını oluşturan paydaşlardan birinin diğer bir paydaşa karşı önalım hakkını kullanmasının MK'nun 2 nci maddesi ile bağdaşmayacağı³¹⁰ buna karşın aynı paydaşın yükleniciye ve sözleşmenin konusu olan yerden pay satın alan üçüncü kişiye karşı önalım hakkını kullanabileceği kabul edilmektedir³¹¹.

3. Önalım Hakkının Kullanılması Mümkün Olmayan Tasarruflar³¹²

Bu başlık altında ayrıntılı olarak önalım hakkının kullanılmayacağı tasarruflara yer verilecektir.

³⁰⁸ Aynı yöndeki Yargıtay kararları için bkz. Karahasan, Eşya Hukuku I s.991. Çift tipli karma sözleşme hakkında geniş açıklama için bkz. F. Aral, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, B.7, Ankara 2007 s.52-54.

³⁰⁹ Karahasan, Eşya Hukuku I s.1127.

³¹⁰ Geniş açıklama için bkz. a.ş.a.s.96.

³¹¹ Bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. Karahasan, Eşya Hukuku s.1128-1129.

³¹² Bu konuda bkz. Feyzioğlu, Tasarruflar s.248-269.

a. Zorunlu Açık Artırma İle Yapılan Satışlar

Bu tür satışlarda³¹³ satış, mâlikin (serbest iradesi bir yana) satışa hiç izni olmadığı hâlde gerçekleşir. Satışın nedeni ya yasaların açık hükmü ya da kamu yasaları uyarınca usulüne uygun olarak alınmış kararlardır. Zorunlu açık artırma ile yapılan satışlarda korunan yarar, mal sahibinin yararı olmayıp, mal sahibinden alacaklı olan kişilerin yararındır. Deyim yerinde ise burada satışa karar veren ve gerçekleştiren kişi, mâlik değil, yasal organlardır. Bu tür satışlarda kamu yararı düşüncesi baskındır ve bu satışlar hakkında Borçlar Kanunu değil, işin niteliğine göre ya İcra ve İflâs Kanunu veya 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsiline ilişkin kanun uygulanır. Dolayısıyla bu tür satışlar, gerçek bir satış olarak kabul edilemeyeceğinden, bu yol ile yapılan satışlarda önalım hakkı kullanılamaz³¹⁴. Ayrıca bu gibi satışlarda aleni ve umuma açık olması nedeni ile önalım hakkını kullanacak paydaşın da ihaleye girmesi mümkündür. Yine bu tür satışlarda önalım hakkı tanınırsa ihaleye katılma oranı azalır. Paydaşın önalım hakkını kullanarak satın alacağı payı elinden alacağını bilen üçüncü şahsın parasını bağlayıp ihaleye girmesi düşünülemez. Bu da tabiatıyla satışı etkileyecek ve malın tam değerinde satılmasına engel olacaktır. İşte bu durumu dikkate alan 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu 733 üncü maddesinin 1 inci fıkrasında “cebrî artırma yoluyla yapılan satışlarda önalım kullanılamaz” hükmünü getirmiştir. Bu hükümle birlikte zorunlu açık artırma ile yapılan satımlarda önalım hakkının kullanılamayacağı görüşü yasal dayanak bulmuştur. Bu durum önalım hakkının her iki türü için de geçerlidir³¹⁵.

³¹³ Örneğin hacizli, rehinli malın satışı, vergi borcu nedeniyle 6183 sayılı kanuna göre yapılan satış, ortaklığın genel açık artırma yolu ile giderilmesine ilişkin kararın infazı amacıyla yapılan satış gibi...

³¹⁴ Özenli s.99.

³¹⁵ Yıldız s.29.

Her ne kadar İsviçre’de 23.04.1920 günlü Taşınmazların Cebrî Artırması Tüzüğü (bkz. m.73, bend a) ile sözleşmesel önalım hakkından farklı olarak, paydaşlar arasında paydaşların cebrî bir icra dolayısıyla dahi istenmeyen üçüncü bir kişiyi uzaklaştırılabilmelerini zorunlu kılan sıkı bir bağlılık bulunabileceği gerekçesiyle, paydaşların yasal önalım hakkının cebrî artırmalarda da kullanılabileceği kuralına yer verilmişse de cebrî icra artırması ve ihalesi bir kamu hukuku işlemi olduğundan ve bu kamu hukuku işleminin özel hukuktaki satım sözleşmesi ile bir ilgisi

HUMK'nun 571 ve 572 nci maddeleri açık artırma yolu ile yapılan satışa ilişkindir. 571 inci maddede "menkul ve gayrimenkul malların müzayedesini icra kanununa göre yapılır" hükmü vardır. Bu hüküm zorunlu olmayan genel açık artırma yolu ile yapılan satışlarla ilgilidir. Yoksa İcra ve İflâs Kanunu'nun düzenlediği zorunlu açık artırmalara ait değildir. Çünkü zorunlu açık artırma İcra ve İflâs Yasasında ayrıntılarıyla tanzim edildiği için usul yasasında bundan bahsetmeye gerek yoktur³¹⁶. Yine HUMK'nun 572 nci maddesinde "Kanunî Medenînin 658 ve 659 uncu maddeleri³¹⁷ mucibince sabit olan şufa hakkı nihayet müzayede için yapılmış olan ilk ilan tarihinden itibaren bir ay zarfında kullanılmak lazımdır. Bu müddetin mürurundan sonra kullanılamaz" hükmü yer almaktadır. Bu hükümden hareketle, zorunlu açık artırmalarda önalım hakkının kullanılabilmesi sonucuna varmak mümkündür. Ancak 29.11.1939 gün ve 57/17 sayılı içtihadı birleştirme kararıyla³¹⁸ İcra ve İflâs Kanunu'nun düzenlediği zorunlu açık artırmalarda önalım hakkının kullanılmayacağı, zorunlu olmayan açık artırmaların her iki türünde önalımın genel hükümlerinin aynen uygulanacağı ve yine zorunlu olmayan genel açık artırma yolu ile yapılan satışlarda HUMK'nun 572 nci maddesinin uygulanmayacağı kabul edilmiştir. Zorunlu olmayan açık artırma ile yapılan satışlarda önalım hakkının kullanılabilmesi ayrıca 09.03.1955 gün ve 27/3 sayılı içtihadı birleştirme kararında³¹⁹ da belirtilmiştir. Bu durumda HUMK'nun 572 nci maddesi hiçbir

bulunmadığından kanımca İsviçre Hukukundaki bu düzenlemenin önalım kurumunun bünyesine uygun olduğunu söylemek mümkün değildir.

Cebrî icra ve artırmaları ve ihalesini özel hukuktaki satım sözleşmesi niteliğinde gören görüşün, daha 1900'lü yılların başlarında çürütüldüğü ve bu işlemin bir kamu hukuku işlemi olduğunun oybirliği ile kabul edildiği hakkında bkz. Sungurbey, Temel Sorunlar s.205.

³¹⁶ Bu hususu açıklığa kavuşturmuş olan 29.11.1939 gün ve 57/17 sayılı içtihadı birleştirme kararı için bkz. yuk. s.71 dn.296.

³¹⁷ Türk Medenî Kanunu'nun 732 ile 736 nci maddeleri.

³¹⁸ Bkz. yuk.s.71 dn.296.

³¹⁹ "Birinci Hukuk Dairesi ilâmına nazaran; ihtiyârî müzayede ile satılığa çıkarılan gayrimenkulün şayi hissesine müzayede sırasında diğer hissedarın pey sürmesinin ve bilâhare müzayededen çekilmesinin şufa hakkını iskat etmeyeceği içtihat edilmiş olduğu hâlde Altıncı Hukuk Dairesi'nin ilâmıyla: (Müzayedeye çıkarılan şayi gayrimenkul hissesini satın almak için pey süren hissedar vekilinin 13.700 liradan

artırmaya uygulanamayacağına göre bu maddenin ölü bir madde olarak kabulü gerekmektedir³²⁰.

Ortaklığın satış yolu ile giderilmesine ilişkin ilâmın infazı sonucu vukuu bulan satıştaki artırma acaba zorunlu açık artırma mıdır? Yoksa zorunlu olmayan genel açık artırma mıdır? MK'nun 699 uncu maddesinin 2 ve 3 üncü fıkraları³²¹ uyarınca paylaşma biçiminde uyum sağlanamazsa, paydaşlardan birinin istemi üzerine hâkim, malın aynen bölünerek paylaştırılmasına, bölünen parçaların değerlerinin birbirine denk düşmemesi halinde eksik değerdeki

keyfiyet ettiğini bildirerek müzayede kaimesini imza eylemesinin bu hisseyi satın alan şahsa karşı şuf'a hakkından feragatı tazammun ettiği) içtihat edilmiş olduğundan iki ilâm arasındaki mübâyenet açıktır.

Bir gayrimenkulün şâyi hissesinin alenî müzayede ile satılığa çıkarılması halinde, şâyi hissedarlardan her birinin müzayedeye iştirâk ederek satılığa arzedilen hisseyi satın alma hakkını haiz buldukları gibi bu yola başvurmayarak müzayededen satın alan üçüncü şahsa karşı şuf'a hakkını kullanmak suretiyle de o hisseyi elde etmek selâhiyetini haizdirler. Hissedarın müzayedeye iştirâk etmesi şuf'a hakkını kullanması demek olmayıp bilâkis satılığa arzedilen hisseyi müzayede neticesinde taayyün edecek bedelle satın almak istemesidir. Muayyen bir hâlden sonra hissedarın müzayededen çekilmesi de şuf'a hakkının istîmâlından feragat olmayıp fiatı daha fazla yükseltmemek müzayede neticesini beklemek hususundaki kastı ifade eder. Müzayededen çekilen hissedarın bu yoldaki irade tezâhüründe şuf'a hakkından feragat kastının da mündemiç olduğu mânâsı çıkarılamaz. Diğer cihetten bir haktan feragat bahis mevzuu olunca feragat beyanının veya izhâr edilen zımnî feragat iradesinin hukukî netice husule getirmesi için bu beyan veya zımnî iradenin borçluya, hadisede şuf'a mükellefine (meşfuunaleyhe) tevcîh edilmiş olması şarttır. Çünkü feragat beyanı tekemmülü vusule bağlı beyanlardandır ve bu kabîl beyanlar mâhiyetleri icabı diğer tarafa tevcîh edilmiş olmadıkça hüküm ifade etmezler. Müzayedeye iştirâk eden hissedarın müzayededen el çektiğine dair müzayede kaimesini imza etmesi suretindeki beyan şuf'a mükellefine karşı değil müzayede memuruna karşı tevcîh edilmiş bir beyandır. Bu itibarla feragatın hukukî neticesine husule getirmesi için hukuken vücudu lazım olan şart tahakkuk etmemiştir. Bu sebeple temyiz mahkemesi Altıncı Hukuk Dairesi'nin içtihadı isabetli bulunmamaktadır.

Netice: İhtiyârî müzayede ile satışa çıkarılan bir gayrimenkulün şâyi hissesini satın almak için o gayrimenkulün şâyi hissedarının müzayedeye iştirâk ederek pey sürmesi ve bilâhare müzayededen çekilmesi şuf'a hakkından feragatı tazammun etmeyip bu hissedarın şâyi hisseyi müzayede neticesinde yapılan ile satın alan üçüncü şahsa karşı şuf'a hakkını kullanabileceğine ve birinci hukuk dairesinin bu yoldaki içtihadının isabetli bulunduğuna 9.3.1955 tarihinde yapılan ilk müzakerede reylerin üçte ikiyi geçen ekseriyeti ile karar verildi." (Özenli s.185).

³²⁰ C.Erdoğan s.662.

³²¹ Bkz. ve karş. EMK m.628 f.2.

parçaya para eklenerek denkleştirme sağlanmasına karar verir. Bölünme istemi durum ve koşullara uygun görülmezse ve özellikle paylı malın önemli bir değer kaybına uğramadan bölünmesine olanak yoksa, açık artırmayla satışa hükmolunur. Satışın paydaşlar arasında artırmayla yapılmasına karar verilmesi, bütün paydaşların rızasına bağlıdır. Paydaşlar oybirliği ile satışın kendi aralarında yapılmasını istedikleri taktirde yapılacak satış özel açık artırma yolu ile yapılan satış niteliğinde olacaktır. Satışı paydaşlardan biri idare edecek ve en çok artırana taşınmaz ihale edilecektir. Bu tür satış zorunlu olmayan özel açık artırma yolu ile yapılan satış niteliğinde olduğuna göre yukarıda anılan içtihadı birleştirme kararı³²² uyarınca kural olarak önalım hakkı da kullanılabilir. Ancak bu satışa paydaşlar katılacağına ve önalımlı pay içlerinden birine satılacağına göre yasa hükmü uyarınca paydaşlar arasında önalım hakkı kullanılamayacağından bu gibi durumlarda önalım hakkı bahse konu olmayacaktır³²³. Çünkü MK'nun 732 nci³²⁴ maddesi uyarınca önalım hakkı payın üçüncü şahsa satışında kullanılabilmesine ve paydaş üçüncü şahıs sayılmayacağına göre bu hâlde önalım hakkı doğal olarak doğmayacaktır. Paydaşlar oybirliği ile satışın kendi aralarında yapılmasını istemedikleri taktirde ise satışa İcra ve İflâs Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Burada satış isteyen iradesi söz konusu değildir. Bu satışa ilişkin artırma zorunlu açık artırmadır. Burada yapılan artırmaya isteyen paydaş da üçüncü şahıs da katılabilir. Ancak zorunlu açık artırma yolu ile yapılan satışlarda önalım hakkı kullanılamayacağından³²⁵ bu yolla ortaklığın giderilmesi halinde de önalım hakkı doğmayacaktır.

³²² Bkz. yuk.s.78 dn.319.

³²³ Burada kastedilen yasal önalım hakkı olup önalım hakkının sözleşmeden kaynaklanması durumunda, paydaşların kendi aralarında ve paydaşı oldukları taşınmazdaki payları için bir önalım sözleşmesi yapmaları mümkündür. Ayrıca bkz. a.ş.a.s.163. Aksi görüş için bkz. Yıldız s.41; Özenli s.67.

³²⁴ EMK'nun 659 uncu maddesi.

³²⁵ Bkz. yuk.s.77-79.

b. Taşınmaz Satış Vaadi³²⁶

Satış vaadi sözleşmeleri gerçek bir satışın bütün unsurlarını kendisinde toplamaz ve bu nedenle de bir taşınmaz satışı olarak kabul edilemez. Gerçekten Borçlar Kanunu'nda açıkça tanımı yapılmayan, ancak taşınmaz satışını belirleyen BK'nun 213 üncü maddesinde değinilen taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, hukukî niteliği bakımından bir ön akittir. Bu sözleşme ile; taşınmaz mal mülkiyetinin başkasına geçirilmesi ve başkası adına tescili değil, sadece o taşınmaz malın ileride satışına ilişkin bir sözleşme yapılması hususu borçlanılmaktadır. Bu nedenlerle taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinde önalım hakkından ve buna bağlı olarak önalım davasından söz etmek olanaksızdır³²⁷.

c. Trampa

Trampa bir sözleşmedir ki onunla taraflardan her biri diğerine belli bir malın mülkiyetini nakletmeyi taahhüt eder. Böylece taraflar hem alıcı hem de satıcı durumundadır. Önalım hakkı satışlarda bahse konudur. Trampa satış olmadığı için bunda önalım hakkı kullanılmayacaktır³²⁸.

Trampa konusu edilen şeyler daima eşit değerde olmayabilir. Bu şekilde yapılan trampa da geçerli olmakla beraber, malının değeri az olan tarafın kendi malının değerine para ilavesi suretiyle kendi malını diğer malın değerine eşit hale getirmesi de mümkündür. Bu suretle trampa konusu şeylerin değeri eşitlenmektedir. Bu ilave paraya denklik parası denilmektedir. Bu durumda sözleşme karma bir sözleşme halini almaktadır³²⁹.

Bir sözleşmenin trampa olması için karşılıklı edimlerin sadece bir şeyin mülkiyetini nakil borcu olması gerekir. Ancak karşılıklı edimlerden birinde mal edimi yanında bir miktar para edimi de varsa bir ayırım yapmak gerekir. Buna

³²⁶ Bu konuda bkz. Çenberci s.7-260; Kalyon s.21-592; Kocayusufpaşaoğlu s.46 vd.

³²⁷ Özenli s.99-100; C.Erdğan s.661; H.Erdğan s.14.

Satış vadinin de önalım hakkının kullanılması için yeteceği görüşü için bkz. Tekinay, Takyitler s.23; Gürsoy / Eren / Cansel s.656.

³²⁸ C.Erdoğan s.661.

³²⁹ Yıldız s.47.

göre, mal edimi ile ilave para edimi bir değerlendirmeye tâbi tutulmalıdır. Ağırlıklı olan mal edimi ise ve para edimi sadece denklik teşkil etmekte ise, bu bir karma sözleşme olduğundan ve ağırlıklı edimi trampa niteliğinde bulunduğundan bu sözleşmeye trampa hükümlerinin uygulanması gerekir. Eğer ağırlıklı edim para edimi olup da mal edimi denklik edimi teşkil ediyorsa, burada bir karma sözleşme olmakla beraber, bu sözleşme ödeme yerine yapılan bir temlik ile birleşmiş satım sözleşmesi olarak kabul edilmeli ve satım sözleşmesine ait hükümler uygulanmalıdır³³⁰.

Trampada önalım hakkının kullanılmayacağını Yargıtay'ın da 27.03.1957 gün ve 12/2 sayılı içtihadı birleştirme kararı³³¹ ile kabul ettiği görülmektedir.

d. Miras Yolu ile İntikâl ve Ölüme Bağlı Tasarruflar

Önalım hakkına konu bir taşınmaz üzerinde sağlığında hiçbir tasarrufta bulunmadan ölen mâlikin, tüm malvarlığı ile birlikte önalım hakkına konu taşınmazının da miras hükümlerine göre yasal mirasçılara geçeceği bilinmektedir. Ancak miras bırakan, önalım hakkına konu olan taşınmazı da kapsayacak şekilde son arzularını içeren bir ölüme bağlı tasarruf (vasiyetname, miras sözleşmesi gibi) yapabilir. Miras ve ölüme bağlı tasarruf yolu ile edinimlerin söz konusu olması halinde ise önalım hakkının kullanılıp kullanılmayacağı sorunu karşımıza çıkmaktadır.

Yargıtay 27.03.1957 gün ve 12/2 sayılı içtihadı birleştirme kararıyla³³² konuya açıklık getirmiştir.

³³⁰ Yıldız s.47.

³³¹ Bu içtihadı birleştirme kararı için bkz. aş.a.s.82-84 dn.332.

³³² “Müşterek mülkün hissedarı onun şâyi hissesini kendisine mirasçı olacak bir kimseye satması halinde dahi diğer hissedarların şuf'a hakkının tanınması öteden beri altıncı hukuk dairesince tekerrür etmiş içtihat cümlesinden iken sonradan meşfu hissenin müstakbel mirasçıya vâki olacak satışlarında şuf'a cereyan etmeyeceğine dair hilafına bir içtihat tahassül etmiş olduğundan mesele hakkında tevhidî içtihat hukuku kısmı umumi heyetinde yapılan münâkaşa ve müzâkere neticesinde aşağıdaki karar ittihâz edilmiştir:

Şuf'a hakkı mâlikle üçüncü şahıs arasında vâki satış akdinde yer tutmak hakkıdır. Medenî Kanun'un 658 inci maddesi akde müstenit şuf'a münasebetini 659 uncu madde ise bir gayrimenkulün şâyi hissesini satın alan üçüncü şahsa karşı şerîkin doğrudan doğruya kanundan doğan şuf'a hakkını tanzim etmektedir. Vâzı kanunun

bu hükümle iki gaye takip ettiği görülmektedir: 1) Gayrimenkulün parçalanmasını önlemek, yani hisselerin mümkün olduğu kadar hissedar elinde toplanmasını temin etmek. 2) Hissedarlar arasında öteden beri mevcut münâsebeti idame ederek yabancı bir şahsın araya girmesine mani olmak.

Ancak esas hukuk kaidelerine göre mülkiyet serbestisini ve tasarruf muhtâriyetini ana prensip olarak nazara alan vâzı kanun, hissedarın temlik hakkını tahdit ederken de bu esas kaideyi de gözden uzak tutmamış ve bu tahdidî, mücerret satış akti ile mukayyet kılmıştır. Bu itibardır ki, gerek nazariyat ve gerek içtihatlar hibe, trampa, sermaye vaz'ı gibi tasarruflarda şuf'a hakkının cereyan etmeyeceğini kabul etmiş bulunmaktadır. Binnetice gayesinde hibe veya buna mümâsil maksatlar, mündemiç bulunan akitlerde zâhiren satış şekli bulursa bile akidin hakikî maksadı satış olmadığı hâlde satış hakkındaki hükümleri onlara teşmîl ve tatbik etmek hem vâzı kanunun maksadına ve hem de esas hukuk prensiplerine aykırı olur.

Şimdi bugün miras hukukuna müteâllik kaidelere tevîkan veya sair mülâhazalarla kendi evladına veya akrabasına satış yapması halinde de şuf'a cereyan edip etmeyeceği noktası yukarıda izah edilen kaidenin ışığı altında mülâhaza olunmak icap eder. Bu gibi akrabaya satışta ortada satış akdinin bir unsuru olan bedel zikredilmiş olsa bile bunu mücerret bir satış olarak kabul etmeye imkân yoktur. Çünkü burada mümellikin maksadı malının bedelini almak değil, belki akrabalık münâsebeti dolayısıyla onu tesahüp etmek ve kendi yerine geçirmektir. Kaldı ki, bu gibi bir çok hadiselerde bedel tayini bir tenkis davasını önlemeye mâtufl bir tedbir olarak görüldüğü gibi herhangi bir muvazalı muamele karşısında hatta tezâhür etmekte bulunduğu müşahade olmaktadır. Ancak bu konuda mühim bir tespiti zarurî bulunan husus akidin maksadını tayindir. Bunu da akdî muhit olan ahval ve şeriat tayin edebilir. Müşterinin bayii mirasçısı olması, semeni mebiin dün bulunması veya kendisine temlik olunan şahsın ödeme kabiliyeti bulunmaması gibi haller aktin mâhiyetini ve vasfını tayin ve takdire yardım eden âmillerdir. Doktrinde bu mülâhazayı teyit etmektedir. Nitekim İsviçre Medenî Kanunu şârihlerinden Profesör Haap şerhinde bu mütââlâda bulunmaktadır. (Şuf'a hakkının ne zaman kullanılacağı hakkında kanun sâkıttır gerek nazariyet ve gerek tatbikatta hâkim olan telâkkiye göre her el değiştirme şuf'a hakkında istismâline esas olamaz. Şuf'a hakkı, ancak mâlikin meşfu hakkında üçüncü bir şahısla kendi arzusu ile bir hukukî muamelede bulunarak meşfu paraya çevirmesi halinde dermayan olunabilir. Şu şartla ki temlik eden bakımından diğer akîdin bir ehemmiyeti olmamak lâzımdır. Yani temlik edenin esas maksadının ivaz elde etmek bulunması ve akdinde eda edebilecek durumda bulunmasıdır). Yine İsviçre şârihlerinden Wieland (Hakîkatte tenkis ve iadeye tabii tasarruflardan olduğu hâlde satış şeklinde yapılan temliklerde «Mâlikin hemşiresinin çocuğuna gayrimenkulün kıymetinden aşağı bir surette» yaptığı şartlarda olduğu gibi şuf'a hakkı iddia olunamaz. Mevcut içtihat ve doktrinlere göre satış mâhiyetinde olmayan temliklerde şuf'a cereyan etmez. Miras hakkı göz önünde tutularak kanunî mirasçılara temliklerde böyledir) demektedir.

İsviçreli şârih Von Tuhr da Federal Mahkeme kararlarına göre «kanunî mirasçıya miras hissesine mahsuben vâki satışlarda şuf'a hakkı cereyan etmez» mütalaasındadır. Aynı görüşe Rosel de iştirâk ederek (vâzı kanun şefii'e yalnız meşfuun bir başkasına satılması halinde tercih hakkı kabul ettiğine işaret etmek istiyor. Kelimenin kanunî manasında bey olmayan intikâl sebeplerinde şuf'a ihtimali ve binaenaleyh mezkûr hakkın istimâli de hadisenin, nev'i itibarıyla bertaraf edilmiş olur. İntikâl maksadının akdi maksada galip geldiği ahvalde şuf'a cereyan etmez) demektedir. Bundan başka şuf'a mevzuunu tetkik eden eserlerde ve resmi mukerreat dergisinde neşredilmiş olan İsviçre Federal Mahkeme kararlarında bu görüş daha açık bir surette terarüz ettirilmiştir. Schmit eserinde (hâkim telâkkiye göre kanunî mirasçıya ve eşine müstakbel miras hakkı nazara alınarak yapılan temliklerde şuf'a cereyan etmeyeceğini) beyan eylemiştir. Bundan başka son bir

Bu karara göre, müşterek mülkiyetin paydaşı; payını karı ve kocaya, çocuklarına veyahut akrabaya temlik ederse, görünüşte satış sözleşmesi yapılsa bile gerçekte miras hukuku ile ilgili amaçların ya da bağışlama gibi düşüncelerin hâkim olduğu durumlarda önalım hakkı kullanılamaz³³³.

İşlemin akrabalar arasında yapılması onun mutlaka miras hukukuna yönelik olduğunu göstermez. Davalının, bu yoldaki savunmayı her türlü delille ispat etmesi, gerektiğinde keşif yapılarak işlem tarihindeki önalımlı payın değerinin saptanarak tapuda gösterilen bedelle kıyaslanması gerekir³³⁴. Akrabalık derecesinin ne olacağı belirtilmemişse de tarafların birbirine mirasçı olacak ölçüde akraba olmaları gereklidir³³⁵. Davalı, tapuda satış şeklinde işlemi yapan kimsenin anılan içtihadı birleştirme kararında belirtilen akrabalarından biri değilse yine hibe savunmasında bulunabilecek midir? Erdoğan'a göre bu imkânsızdır. Çünkü bir akdin tarafı olan kimse o akdin muvazaalı olduğunu iddia edemez. Böyle bir savunma objektif iyiniyet kurallarıyla bağdaşmaz. İçtihadı birleştirme kararıyla akrabalar arasındaki işlem yönünden buna bir ayrıcalık getirilmiştir. Üçüncü şahıslar içtihadı birleştirme kararı kapsamına alınmadığından, onların bu yolda bir savunmada bulunmaları mümkün değildir³³⁶. Buna rağmen Yargıtay 6.HD'nin 27.03.1957 gün ve 12/2 sayılı

kararında Federal Mahkeme (bir mâlikin kızına sattığı hisse hakkında açılan şuf'a davasında şuf'a hakkı meşfuun her türlü temlikinde bahis mevzuu olmayacağından zâhiren ve müstakilen temlik olunması ve bedelde tesmiye edilmiş bulunmasına rağmen hakîkatte miras hakkı göz önünde tutularak kızına satış yapılmış olduğundan bahisle şuf'a cereyan etmeyeceği içtihadında bulunduğu görülmektedir. Bu mevzuu tetkik eden profesör, şârih ve müelliflerimiz de aynı görüşe iştirâk etmektedirler. Netice:

Müşterek mülkün hissedarı, hissesini karı ve kocaya, evlada veyahut akrabaya temlik etmesi halinde şeklen satış akti bulunsa bile hakîkatte satıştan gayri miras hukukuna müteferri maksatların veya hibe gibi mülâhazaların hâkim olduğu ahvalde Medenî Kanun'un hakîki satışlarda kabul eylediği şuf'a hakkının cereyan etmeyeceğine 27.03.1957 tarihinde ittifakla karar verildi." (Özenli s.186-187).

³³³ Bu içtihadı birleştirme kararı için bkz. yuk.s.82-84 dn.332.

³³⁴ C.Erdoğan s.662-663.

³³⁵ H.Erdoğan s.16; C.Erdoğan s.663. Mirasçı olmayan akrabayı da akraba kavramı içinde gören Yargıtay kararlarının eleştirisi için bkz. H.Erdoğan s.16.

³³⁶ C.Erdoğan s.663.

içtihadı birleştirme kararının kapsamına akrabaların yanı sıra üçüncü şahısları da dahil ettiği görülmektedir³³⁷.

e. Taşınmaz Bir Malın Ortaklığa Sermaye Olarak Konulması

Kurulan bir ortaklık nedeniyle ortaklardan birisinin, sermaye olarak mâlik olduğu taşınmazını³³⁸ ortaya koyması mümkündür. Bu durumda taşınmazın mülkiyet hakkı sahibinden ayrılarak, ortaklığa geçmekte olmasına rağmen, burada gerçek bir satıştan söz etmeye olanak yoktur. Bu nedenle taşınmaz bir malın ortaklığa sermaye olarak konulması durumunda önalım hakkının kullanılması mümkün değildir. Bu husus 27.03.1957 gün ve 12/2 sayılı içtihadı birleştirme kararının gerekçesinde³³⁹ de açıkça belirtilmektedir³⁴⁰.

f. Bağışlama³⁴¹

Bağışlama Borçlar Kanunu'nda yer alan bir sözleşme türüdür. Borçlar Kanunu'na göre bağışlama öyle bir sözleşmedir ki, onunla bir kimse, bağış kasdı ile malının tamamını veya bir kısmını diğerine temlik eder veya temlik taahhüdünde bulunur³⁴². Tanımından da anlaşılacağı gibi bağışlama bir satış işlemi değildir. Her ne kadar iki taraf arasında yapılan bir sözleşme ile bir tarafın mülkiyetinde olan bir taşınmazın mülkiyet hakkı, diğer tarafa geçirilmekte ise de, bu geçirim için herhangi bir bedel alınmamaktadır. Gerçek satışlarda ise bedel, satım işleminin gerçekleşmesi için esaslı bir koşuldur. Bağışlamada mülkiyetin diğer tarafa geçirilmesinin karşılığı, devir edenin taşınmazı karşı tarafa bağışlama kastıdır. Bu nedenle niteliği bağışlama olan sözleşmelerde

³³⁷ Bkz. 6.HD 25.01.1983 T. E: 12649 K: 62 (C.Erdoğan s. 689-690). 27.03.1957 gün ve 12/2 sayılı içtihadı birleştirme kararı sadece akrabaları kapsadığından karardaki görüşe biz de C.Erdoğan (bkz. C.Erdoğan s.690) gibi katılmanın mümkün olmadığını düşünüyoruz.

27.03.1957 gün 12/2 sayılı içtihadı birleştirme kararı için bkz. yuk.s.82-84 dn.332.

³³⁸ veya taşınmazının payını.

³³⁹ Bu kararın gerekçesi için bkz. yuk.s.82-84 dn.332.

³⁴⁰ Özenli s.102.

³⁴¹ Bu konuda bkz. Aral s.187-205; C.Yavuz/Özen/Acar s.139-152; Zevkliler/Havutçu s.143-157.

³⁴² Bkz. BK m.239.

27.03.1957 gün ve 12/2 sayılı Yargıtay içtihadı birleştirme kararı³⁴³ uyarınca önalım hakkından söz etmeye olanak yoktur³⁴⁴.

g. Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi³⁴⁵

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, BK'nun 511 inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu sözleşmede taraflardan birinin edimi, sözleşmenin diğer tarafını ölünceye kadar bakıp gözetmek, buna karşılık diğer tarafın edimi ise bazı mallarının mülkiyetinin sözleşmenin öbür tarafına geçirilmesini temin etmektir. Ölünceye kadar bakma sözleşmesi satım sözleşmesi niteliğinde değildir. Çünkü bu sözleşmede mülkiyetin nakli için öngörülen bir miktar para olmayıp, bakıp gözetmek borcudur. Bu nedenle üzerinde önalım hakkı bulunan bir taşınmazın, ölünceye kadar bakma sözleşmesine konu yapılması durumunda önalım hakkının kullanılmasına imkân bulunmamaktadır³⁴⁶.

h. Kat Mülkiyeti Yasası³⁴⁷

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu ile bir binanın muhtelif katlarının veya bu katları oluşturan daire veya işyerlerinin müstakil bağımsız bölümler haline getirilebileceği kabul edilmiş, bu bölümler üzerinde kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurularak müstakilen her türlü tasarrufta bulunulabileceği esası getirilmiştir. Yasanın 8 inci maddesinde bağımsız bölümlerden biri satıldığında diğer bölüm sahiplerinin önalım hakkının olmayacağı hükme bağlanmıştır. 2814 sayılı yasayla yapılan değişiklikle bağımsız bölümler üzerinde kat irtifakı ve kat mülkiyeti kurulması arasındaki ayrıcalık da kaldırılmış her iki hâlde de önalım

³⁴³ Bkz. yuk.s.82-84 dn.332.

³⁴⁴ Özenli s.102.

³⁴⁵ Bu konuda bkz. Alpaslan Akartepe, **Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi**, İstanbul 2005, s.3-167.

³⁴⁶ Yıldız s.55.

³⁴⁷ Kat Mülkiyeti hakkında daha fazla bilgi için bkz. A.H.Karahacıoğlu/M.Altın, **Kat Mülkiyeti Kanunu ve İlgili Kanunlar**, Ankara 2004, s.1-1169; A.Arcak, **Değişik ve Yeni Hükümleriyle Kat Mülkiyeti**, Ankara 1983, s.112-1097; M.Tunaboşlu, **Açıklamalı-İçtihatlı Ortaklığın Giderilmesi ve Paydaşlıktan Çıkarılma Davaları**, B.4, Ankara 2007, s.17-18; H.Kılıç, **Gayrimenkul Davaları**, C.I, B.4, Ankara 2007, s.351-414; Esmer s.209-279; M.R.Karahasan, **Mülkiyet ve Kat Mülkiyeti Hukuku**, C.I, İstanbul 1999, s.210-216; S.S.Tekinay, **Kat Mülkiyeti**, İstanbul 1991, s.1-132; K.Malatyalıoğlu / H.Ertaş, **Paylaşım ve Kat Mülkiyeti Kurulması Davaları**, Ankara 1972, s.197-216; E.Mardin, **Kat Mülkiyeti**, İstanbul 1948, s.7-40.

hakkının doğmayacağı kabul edilmiştir. Ancak bunun aksi tapuda yapılacak resmi sözleşmeyle kararlaştırılabilir. Yasa buna imkân tanımıştır. Bunun aksi kararlaştırıldığında bağımsız bölümlerden birinin satılması halinde diğer bağımsız bölüm sahipleri önalım hakkını kullanabileceklerdir³⁴⁸. Yine bir bağımsız bölüme birden çok kimse paylı mülkiyetle mâlik ise, bu hâlde her bağımsız bölüm ayrı bir taşınmaz olduğundan paydaşlardan birinin payını üçüncü bir kişiye satması halinde, diğer paydaşlar yasal önalım hakkına sahip olabileceklerdir³⁴⁹.

Devre mülk şeklindeki taşınmaz mülkiyeti de kat mülkiyeti hükümlerine tabidir. Devre mülk, devre mülke konu taşınmazın mülkiyetinin belli süre veya sürelerle elde edilmesidir³⁵⁰. Devre mülk sözleşmelerinin geçerli olabilmesi için resmî şekilde yapılması zorunludur³⁵¹. Devre mülk kat mülkiyeti hükümlerine tâbi olduğundan bağımsız bölümün müşterek mâlikleri, bir bağımsız bölümün satılması halinde diğer kat mâliklerine karşı önalım hakkını kullanamayacaklar, ancak, o bağımsız bölümün müşterek mâlikleri, paydaşlardan birinin payını üçüncü bir kişiye satması halinde, önalım hakkını kullanabileceklerdir³⁵². Bununla birlikte, Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 8 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında resmi sözleşmede yasal önalım hakkı ile ilgili olarak kanunun öngördüğü esasların aksine hüküm konulabileceği ifade edilmektedir. Kat mâlikleri, bu hükme dayanarak, resmî sözleşmede bağımsız bölümün müşterek mâliklerinin de önalım hakkını kullanmayacaklarını kararlaştırabilir. İşte bu durumda, bağımsız bölümde devre mülk hakkı sahibi olan paydaşlar, önalım hakkını kullanamazlar³⁵³. Yine devre mülk sahiplerinin devre mülk sözleşmesi ile hem

³⁴⁸ C.Erdoğan s.664-665.

³⁴⁹ Yıldız s.52.

³⁵⁰ Devre mülk kavramı hakkında geniş açıklama için bkz. T. Tok, **Devre Mülk ve Devre Tatil Hakkı**, Ankara 2000, s.1-110; A.A. Havutçu, **Devre Mülk Hakkı**, İzmir 1987, s.40-127; E.S. Özmen, **Devre Mülk Hakkı**, Ankara 1988 s.100-274.

³⁵¹ Yıldız s.51.

³⁵² Devre mülkte yasal önalım hakkı tanımının devre mülkün yapısına ve felsefesine aykırı olduğunu savunan görüş için bkz. Tok, Devre Mülk s.26.

³⁵³ Havutçu, Devre Mülk s.76-77.

kendileri hem de üçüncü kimseler için sözleşmesel önalım hakkı tanımalarına da yasal bir engel yoktur³⁵⁴.

i. Hükümetçe Dağıtılan Topraklar

Hükümetçe özel yasalarına göre yurttaşlara dağıtılan taşınmazlarda, taşınmazın dağıtılmasına neden olan yasalarda, taşınmazın üçüncü kişilere satılmasını önleyen yasaklamalar var ise, bu yasak süresi içinde bir alım – satım’dan söz edilemeyeceği için, önalım hakkından veya bu konuda açılacak bir önalım davasından söz etmeye olanak bulunmamaktadır. Ancak yasada belirlenen yasak süresi dolmuş ise bu taşınmazlardan satılan taşınmaz payları için bir önalım hakkından ve sonucu itibariyle de önalım davasından söz etmek olanaklı olur³⁵⁵.

i. Kamulaştırma³⁵⁶

Kamulaştırma, kamu tüzel kişileri ile kurumları tarafından kamu yararı için gerekli işlere özgülenmek üzere özel kimselere ait taşınmaz malların ve

³⁵⁴ Yıldız s.52.

Devre mülkte yalnız sözleşmesel önalım hakkının tanınması gerektiği görüşü için bkz. Tok, Devre Mülk s.26.

Önalım hakkının kat mülkiyetinin sona ermesi hallerinde kullanılabileceği buna karşılık kat irtifakının sona ermesi hallerinde kullanılamayacağı hakkında bkz. Yıldız s.52-54.

³⁵⁵ “İdarî ve hususî kanunlara tevfikân gayrimenkullerin devletçe fertlere yapılan tahsis ve tefviz alelâde satış kabilinden olmadığından bunların tescilden evvel mülkiyet hakkı tevliât edip etmeyeceklerinin tâyini yine o hususî mevzuatla hallolunulması lâzım geleceğine ve 1331, 1771 ve 2510 sayılı kanunların zımnî ve sarîh hükümlerine göre usulü dairesinde yapılıp kat’ileşen tahsîs ve tefvîzler tescilden önce de mülkiyet ifade ettiklerine ve bu misillû müfevvaz gayrimenkuller mütefevvizin malı addolunacağına ve onun kablet-tescil vefatıyla mirasçılara intikâl edeceğine kıyasen bir hissei şâyanın tefvîzi henüz tapuya kaydedilmemiş olsa dahi aynı gayrimenkulde satılan diğer bir hisse hakkında mütefevvizin müşteri aleyhine şuf’a davası ikamesine selâhiyeti olacağına 01.11.1994 tarihinde ikinci müzakerede kâfi olan mutlak ekseriyetle karar verildi.” 01.11.1994 gün ve 9/30 sayılı İBK (Özenli s.175).

³⁵⁶ Bu konuda bkz. M.A.Hayta, **Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Davaları**, Ankara 2007, s.1-38; M.Şengül, **Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Kamulaştırılması**, İstanbul 2004, s. 37-88; T.Çınar, **Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Davaları**, Ankara 2005, s.29-897; M.Tutar/T.M.Parlar, **Eski ve Yeni Kamulaştırma Davaları**, C.I, Ankara 2006, s.1-1259; M.Tutar/T.M.Parlar, **Eski ve Yeni Kamulaştırma Davaları**, C.II, Ankara 2006, s.1261-2420.

kaynakların yetkili organlarca verilen karar uyarınca ve parası peşin ödenerek zorla mülk edinilmesidir³⁵⁷.

Tanımından da anlaşılacağı gibi kamulaştırma işleminde mülkiyetin geçirilmesine neden olan olay, tarafların karşılıklı rızalarının birleşmesi değil, mâlikin rızasına bakılmaksızın kamulaştırmayı yapan kurumun tek taraflı bir iradesidir. Bu nedenle her ne kadar kamulaştırma karşılığı para olarak ödenmekte ise de, bu işlemi bir taşınmaz satımı olarak kabule olanak yoktur. Burada güdülen amaç, bir veya birkaç kişinin yararı değil kamu yararadır. Bunun için de tamamen özel alım - satımlarda söz konusu olan önalım hakkından, kamulaştırma yolu ile mülkiyetin geçirildiği işlemlerde söz etmeye olanak yoktur³⁵⁸.

j. Paydaşlar Arasındaki Satışlar

MK'nun 732 nci maddesi³⁵⁹ uyarınca önalım hakkının doğumu için bir paydaşın payını tamamen veya kısmen üçüncü bir şahsa satması gerekir. Bir paydaş payını diğer bir paydaşa satarsa, alan paydaş üçüncü şahıs sayılmayacağından önalım hakkı doğmaz³⁶⁰.

Önalım hakkı kullanıldıktan sonra alıcının aynı taşınmazdan başka bir pay satın almak sureti ile paydaş durumuna gelmesi, kullanılan önalım hakkına hanel getirmez. Çünkü önalım hakkının kullanılması sırasında alıcı ile önalım hakkı sahibi arasında herhangi bir paydaşlık ilişkisi yoktur³⁶¹.

³⁵⁷ Özenli s.107; Yılmaz, Sözlük s.631.

³⁵⁸ Özenli s.107.

Önalım hakkı kullanıldıktan sonra kamulaştırma söz konusu olursa ne olacağı hakkında bkz. a.ş.a.s.156-157.

³⁵⁹ Bkz. ve karşı. EMK m.659.

³⁶⁰ C.Erdoğan s.660.

“Ancak şimdi yerleşmiş ve ihtilâfsız olarak doktrinde ve uygulamada kabul edilen bu görüşe ulaşmak kolay olmamıştır. Başlangıçta satan ve alan dışındaki herkes üçüncü şahıs kabul edilmiş böylece paydaşlar arasında da şuf'a hakkının cereyan edeceği benimsenmiştir. Buna ilişkin Yargıtay kararları mevcuttur. Örneğin 1.HD'nin 12.10.1927 gün ve E: 7922 K: 6338 sayılı kararı ile HGK'nun 6.7.1933 gün ve E: 1 K: 42 sayılı kararı bu doğrultudadır.” (C.Erdoğan s.660).

³⁶¹ Yıldız s.29.

Alıcının aynı gün aynı işlemle iki ayrı paydaştan pay satın alması halinde, her satıma konu pay için önalım hakkı ayrı ayrı söz konusu olacağından ve her pay satışı bağımsız olarak değerlendirileceğinden ve yine paydaşlar arasına bu satışla yabancı bir kimse ilk defa katılacağından, bu satışlardan her biri için ayrı ayrı önalım hakkı kullanılabilir. Bu durumdaki alıcı paydaş olarak kabul edilemez³⁶².

Peki acaba üçüncü şahıs aynı anda bir işlemle bir kısım payı bağışlama suretiyle bir kısım payı da satış yoluyla iktisap etse bağışlamada önalım hakkı doğmayacağına göre üçüncü şahıs bağışlanan paydan dolayı paydaş kabul edilerek satışa konu pay için de önalım hakkı doğmayacak mıdır? Erdoğan'a göre aynı şahsa ait pay önalım hakkını önlemek için muvazaalı olarak böyle ikili bir işleme tâbi tutulmuşsa bu durumda önalım hakkının kullanılabilceğini kabul etmek gerekir³⁶³.

k. Mirasın Paylaşılması

Medenî Kanun'un 676 ncı maddesi³⁶⁴ gereğince mirasçılar arasında paylar belirlenip zilyetlik devredilmişse veya geçerli bir sözleşmeyle taksim yapılmışsa, artık ortaklık ilişkisi ortadan kalkmış demektir. Bu aşamadan sonra (elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesine karar verilmedikçe) bir mirasçı kendisine isabet eden bir payı üçüncü bir kişiye satsa bile diğer mirasçıların yasal önalım haklarını kullanmaları mümkün değildir³⁶⁵.

I. Feragat

Bir hakkı belirli bir zaman içinde belirli kimselere karşı kullanmamak iradesine vazgeçme, hakkın kendisinin bir daha doğmamak üzere sonlandırılma iradesine ise feragat denir³⁶⁶.

MK'nun 733 üncü maddesinin 2 nci fıkrasına göre yasal önalım hakkından feragatın resmi şekilde yapılması ve tapu kütüğüne şerh verilmesi gerekir. Belirli

³⁶² Yıldız s.29-30.

³⁶³ C.Erdoğan s.660. Aynı görüşte bkz. Yıldız s.31.

³⁶⁴ EMK'nun 611 inci maddesi.

³⁶⁵ C.Erdoğan s.665-666.

³⁶⁶ Yıldız s.57.

bir satışta, satıştan önce veya sonra önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme ise yazılı şekilde yapılmalıdır³⁶⁷. Feragat ve vazgeçmeyle ilgili öngörülen bu koşullar geçerlilik koşuludur³⁶⁸.

Önalım hakkından feragat durumunda önalım hakkı tamamen ortadan kalkmakta, buna karşın belli bir satım için vazgeçme söz konusu olduğunda önalım hakkı sadece o satım için kullanılamamaktadır³⁶⁹.

Feragat ve vazgeçme ile ilgili burada yapılan açıklamalar önalım hakkının kullanılmasından önceye ilişkindir. Önalım hakkının kullanılmasından sonraki aşamada ise (Medenî Kanun'un 734 üncü maddesinin 1 inci fıkrasında önalım hakkının dava açılarak kullanılması öngörüldüğünden)³⁷⁰, HUMK'nun 93 ve 151. maddelerine göre işlem yapılması gerekir³⁷¹.

m. Geri Alım Sözleşmesi Gereğince Yapılan Satışlar

Geri alım hakkı bu hakkın sahibine satılan bir taşınmazı bedeli karşılığında tek taraflı irade beyanı ile geri alma imkânı verir³⁷². Geri alım hakkı gerçek bir satış olmadığı için geri alım sözleşmesi gereğince yapılan satışlarda önalım hakkının kullanılması söz konusu değildir³⁷³.

n. Tapuda Kayıtlı Olmayan Taşınmazlara İlişkin Satışlar

Tapusuz taşınmazları elde bulundurmamak zilyetliği ifade eder. Bu tür taşınmazlardaki satışlar mülkiyetin devrini değil zilyetliğin devrini öngören

³⁶⁷ Yargıtay da 16.05.1951 gün ve 6/3 sayılı içtihadı birleştirme kararı ile bu nitelikteki feragatin MK'un 733 üncü (EMK'nun 657 nci) maddesine göre resmî şekilde yapılması ve tescili gerektiğine, bir alıcıya karşı satıştan önce veya sonra önalım hakkından feragat taahhüdünün ise resmi şekle bağlı olmadığına, ancak böyle bir feragatin HUMK m.288 gereğince yazılı olarak ispat edilebileceğine karar vermiştir (Bu içtihadı birleştirme kararı için bkz. C.Erdoğan s.1071-s.1073).

Yasal önalım hakkından vazgeçmeye ilişkin hükümlerin sözleşmesel önalım hakkında da uygulanacağı hakkında bkz. MK m.735 f.3.

³⁶⁸ Yıldız s.59.

³⁶⁹ Yıldız s.59.

³⁷⁰ Bkz. yuk.s.61.

³⁷¹ Yıldız s.59.

³⁷² Ayrıca bkz. yuk.s.47-48.

³⁷³ C.Erdoğan s.666.

satışlar olduğu için bu satışlarda önalım hakkının kullanılması mümkün değildir³⁷⁴.

o. Mülkiyeti Muhafaza Kaydı ile Yapılan Satışlar³⁷⁵

Mülkiyeti muhafaza kaydı ile yapılan satışların konusunu taşınır eşyalar oluşturur. Taşınmazların bu tür satışların konusunu oluşturması söz konusu değildir (bkz. BK m. 214 f. 2). Bu nedenle mülkiyeti muhafaza kaydı ile yapılan satışlarda önalım hakkı kullanılamaz³⁷⁶.

ö. Ortaklığın Taksim Yolu ile Giderilmesi³⁷⁷

Ortaklığın taksim yolu ile giderilmesine ilişkin ilâmın kesinleşmesi halinde ortaklık ilişkisi son bulur. Bu nedenle kararın uygulamaya konulmasından önce bir paydaşın payını üçüncü şahsa satması durumunda diğer bir paydaşın önalım hakkını kullanması mümkün değildir³⁷⁸.

p. İntifa Hakkı Hariç Tutularak Satılan Çıplak Mülkiyet Payının Tekrar İadesi

İntifa (kullanma) hakkının kendi üzerinde bırakılarak çıplak mülkiyete ilişkin payın satılıp tekrar intifa hakkı sahibine iade edilmesi halinde önalım hakkı kullanılamaz. Çünkü bu hâlde satıcı taşınmazla ilgisini kesmemekte aksine taşınmaz üzerinde paydaşlık ilişkisini devam ettirmektedir³⁷⁹.

r. Özel Yasalara Göre Yetkili Kurumlarca Yapılan Tahsisler

Bu tür tahsis işlemlerinde bir bedel alınmış olsa dahi gerçekte bir satış olmadığı için önalım hakkından da bahsedilemez³⁸⁰.

³⁷⁴ H.Erdoğan s.17.

³⁷⁵ Bu konuda bkz. Zevkliler/Havutçu s.87-88.

³⁷⁶ Yıldız s.27. Ayrıca bkz. yuk.s.33-34 ve s.39-40.

³⁷⁷ Bu konuda bkz. Tunaboşlu, Ortaklığın Giderilmesi s.15 vd.

³⁷⁸ C.Erdoğan s.666.

³⁷⁹ H.Erdoğan s.18.

³⁸⁰ H.Erdoğan s.18.

Örneğin 775 sayılı Gecekondu Yasasına göre belediyelerin yapmış oldukları tahsislerde önalım hakkı doğmaz.

X. Önalım Hakkının Medenî Kanun'un İkinci Maddesindeki Dürüstlük Kuralına Aykırı Olarak Kullanılması

1. Medenî Kanun'un İkinci Maddesindeki Dürüstlük Kuralı

Medenî Kanun'un 2 nci maddesi, hak sùjelerinin hukukî davranışlarına ve bu davranışlara uygun olarak hâkimin kararlarına ilişkin olarak düzenlenmiş olan dürüstlük genel kuralını ihtiva eder³⁸¹.

Dürüstlük genel kuralının düzenlendiği MK'nun 2 nci maddesinin kaynağı olan İsviçre Medenî Kanunu'nun 2 nci maddesinin Fransızca ve Almanca metinlerinde kullanılan "bonne foi" ve "Treu und Glaube" deyimleri esas alınarak, bu genel kural (prensip-ilke), "afâki iyiniyet", "objektif hüsnüniyet", "doğruluk ve güven kuralı", "doğruluk ve inanç", "doğruluk kuralı" ve "dürüstlük ve iyiniyet" terimleri ile de ifade olunmaktadır³⁸².

Dürüstlük kuralı, bütün hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde, hukuka, bir toplumda genellikle benimsenen ahlâk anlayışına, örf ve âdet kurallarına ve doğruluk ilkelerine uygun davranma, kullanılan hakla ilgili olan diğer hak sahiplerinde veya borç ilişkisinin diğer tarafında bulunanlarda varlığı olağan olan güven duygusunu zedelememeyi öngören kural olarak nitelendirilebilir³⁸³.

Tarihi çıkış noktası göz önünde tutulduğu zaman, MK'nun 2 nci maddesinde "güven düşüncesi"nin hâkim olduğu görülür³⁸⁴. Bu düşünceye göre, bir hukukî ilişkide bir taraf diğer tarafça güveninde aldatılmamalı, haklı beklentileri boşa çıkarılmamalıdır. Bir taraf diğer tarafın yararlarını da düşünmeli, o tarafın haklı olarak bekleyebileceği hususları göz önünde tutmalıdır³⁸⁵.

Dürüstlük kuralının amacı, kişilerin haklarını kullanırken veya borçlarını yerine getirirken veyahut diğer ilişkilerinde dürüst, namuslu, mâkul ve yaptığı

³⁸¹ Bkz. yuk.s.10 dn.26.

³⁸² Arslan Dürüstlük Kuralı s.23.

³⁸³ Arslan Dürüstlük Kuralı s.23.

³⁸⁴ Edis s.291.

³⁸⁵ Arslan Dürüstlük Kuralı s.24.

eylemin sonucunu bilebilen orta zekalı bir kimsenin benzer olaylardaki davranışı gibi davranmasını sağlamaktır³⁸⁶.

Dürüstlük kuralı, özel hukukun bütün alanlarında uygulanması gereken bir temel ilke niteliğindedir. Bu, her hukukî ilişkide göz önünde bulundurulması gereken bir ilkedir. Hatta çözümsüz kalan, başka bir deyimle, hakkında başkaca özel bir kural bulunmayan çoğu olayda yargıç; dürüstlük kuralına göre olayı çözümler ve boşluğu doldurur. Bu temel ilke, yargıç tarafından kendiliğinden (re'sen) göz önünde tutulması gereken bir ilkedir³⁸⁷. Çünkü bu ilke, kamu düzeni ve genel ahlak yararına konulmuş emredici kural niteliği taşır³⁸⁸.

Dürüstlük kuralı, en başta kişilerin haklarını kullanmaları ve borçlarını yerine getirmelerinde etkili olur. Bundan başka dürüstlük kuralı hukuk kurallarının uygulanmasında ve yorumunda da yargıçlara yol gösterici işleve sahiptir. Aynı zamanda yargıcın önüne gelen bir olayla ilgili hukukî bir işlemin, örneğin bir sözleşmenin yorumu gerekirse eksiklerin tamamlanması konusunda da, dürüstlük kuralı, yargıca yol göstericidir³⁸⁹.

2. Önalım Hakkının Dürüstlük Kuralına Aykırı Olarak Kullanılması

Diğer bütün haklar gibi önalım hakkı kullanılırken de dürüstlük kurallarına uyma zorunluluğu vardır. Aşağıda önalım hakkının dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanıldığı kabul edilen haller sırası ile ele alınacaktır.

a. Paydaşlar Arasında Kullanma Biçiminin Belirlenmiş Olması Yönünden

Paylı taşınmazlarda paydaşların kullanımına sunulan yerlerin fiilen belirlenmiş ve paydaşlarca kullanılıyor olması durumunda, önalım hakkının kullanılıp kullanılmayacağı bir sorundur.

Yargıtay, paylı taşınmazın kullanma biçimi belirlenmiş olup da her paydaş payına ilişkin belli bir yeri kullandığı sırada, paydaşlardan birinin, kendisine

³⁸⁶ İmre s.310.

³⁸⁷ Zevkliler / Acabey / Gökyayla s.161.

³⁸⁸ Egger. Art. z. Nr. 1 (Naklen, Zevkliler / Acabey / Gökyayla s.161).

³⁸⁹ Zevkliler / Acabey / Gökyayla s.162.

ayrılan yeri göstererek, tapuda payını üçüncü bir kişiye satması durumunda, öbür paydaşların alıcıya karşı önalım hakkını ileri sürmesinin MK m.2'ye aykırılık oluşturacağı görüşündedir. Yargıtay'a göre her paydaş belirli bir kesimi uzun süreden beri tasarruf etmekte ise, her paydaşın yeri müstakil bir taşınmaz niteliği almış demektir³⁹⁰.

Ancak Oğuzman ve Şıpka'nın da belirttikleri gibi³⁹¹ böyle bir fiili paylaşım durumunda paydaşın (veya paydaşların) önalım haklarını kullanmaktan vazgeçtikleri anlamını çıkarmak, aslında bir zorlamadır. Zira paydaşlar kullanacakları yerleri fiilen belirlemekle birlikte, paylı mülkiyet ilişkisinin diğer paydaşlarla devam edeceğini düşünmektedirler. Ayrıca bu tür taşınmazlar (özellikle tarım arazileri) genellikle böyle fiili paylaşım tarzı ile paydaşların istifadesine sunulur. Ancak bu durum MK m.676 f.3 (EMK m.611 f.2), m.698-699 (EMK m.627-628) ve m. 706 (EMK m.634) gereği geçerli bir taksim olarak kabul edilemez³⁹². Zira resmî olmayan şekilde fiili bir paylaşmanın kabulü, her şeyden önce Medenî Kanun'un paylı mülkiyet ilişkisine hâkim ilkelerine ters düşmektedir³⁹³. Kaldı ki Yargıtay kararlarına konu olan olaylarda paylı mülkiyet ilişkisi sona ermemiştir, devam etmektedir. Hukukî bir sonuç doğurmaya yönelik paydaşlığın giderilmesi ve taksim söz konusu değildir. Ayrıca paylı mülkiyet ilişkisinde paydaşların taşınmazı fiili olarak paylaşıp ayrı ayrı kullanmalarının olağan olduğu ve bunun paylı mülkiyet ilişkisini ortadan kaldırmayacağı da açıktır³⁹⁴. Öte yandan yabancı bir üçüncü kişinin topluluğa girmesini önlemek her zaman paydaşın menfaatine ve yasal önalım hakkının tanınma amacına uygundur³⁹⁵. Bütün bu nedenlerle Yargıtay'ın yukarıda aktardığımız görüşüne³⁹⁶

³⁹⁰ Bkz. 6.HD 23.01.1986 T. E: 13067 K: 486 (YKD, Y.1986, C.XII, S.6, s.801-802). Ayrıca bkz. Karahasan, Eşya Hukuku I s.1144-1145 ve orada geçen kararlar. Şıpka s.116-117; Özenli s.144-145; Yıldız s.55-56.

³⁹¹ Oğuzman / Seliçi / Özdemir s.437 dn.1043; Şıpka s.116.

³⁹² Şıpka s.116.

³⁹³ Y. Özdek, "Önalımda (Şuf'ada) Vazgeçme ve Bir Yargıtay Kararı", **DÜHFD**, Y.1985, S.3, s.361.

³⁹⁴ Özdek s.361. Ayrıca bkz. Şıpka s.117.

³⁹⁵ Şıpka s.117.

Yasal önalım hakkının tanınma amacı için bkz. yuk.s.38-39.

³⁹⁶ Bkz. yuk.s.94-95.

katılmak (yani paylı taşınmazın paydaşlar arasında fiilen paylaşılmış olması halinde önalım hakkının kullanılmasının MK'nun 2 nci maddesindeki dürüstlük kuralına aykırı olacağını kabul etmek) bizce de mümkün değildir³⁹⁷.

b. Topraktan Satın Alma Yönünden

Uygulamada özellikle inşaat halindeki yapılarda henüz kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmadığı için arsa payı üzerinden topraktan daire satın alma şeklinde yerleşen pay satışı olaylarında, arsa payını önce satın alanların sonraki alıcılara karşı önalım hakkını kullanıp kullanamayacakları meselesi karşımıza çıkmaktadır. Arsa payı üzerinden yapılan satışların, daire değerlerine oranla çok daha düşük gösterilerek yapılması, diğer paydaşların genellikle önalım haklarını kullanma yolunda tahrik edici bir unsur olmaktadır³⁹⁸.

Yargıtay böyle hallerde önalım hakkının kullanılmasını dürüstlük kurallarına aykırı bulmaktadır³⁹⁹. Yargıtay'ın bu görüşü doktrinde de devletin konut edindirme politikası doğrultusunda toplu konut yapımının amaca ulaşmasının engellenmesinin önüne geçtiği gerekçesiyle doğru kabul edilmektedir⁴⁰⁰.

c. Yasal Temsilci Yönünden

Paydaşın payını kanunî temsilci sıfatıyla satan kimsenin, kendi payına dayanarak alıcıya karşı yasal önalım hakkını kullanmak istemesi de dürüstlük kurallarına aykırıdır⁴⁰¹.

³⁹⁷ M.Kılıçoğlu da belirttiğimiz nedenlerle Yargıtay'ın yukarıda aktarmış olduğumuz görüşüne katılmamakta, paylı taşınmazın paydaşlar arasında fiilen paylaşılmış olması halinde önalım hakkının kullanılmasının MK'nun 2 nci maddesindeki dürüstlük kuralına aykırı olacağını kabul etmemektedir. Bkz. M.Kılıçoğlu s.120.

³⁹⁸ Şıpka s.109.

³⁹⁹ HGK 19.03.1980 E: 978 K: 6.1101 – HGK 13.01.1982 E: 6.1099 K: 22 (Karahasan, Eşya Hukuku I s.1147) – 6 HD 07.10.1980 T. E: 9356 K: 8634 (YKD, Y.1982, S.1, s.45).

⁴⁰⁰ Tekinay, Takyitler s.45; Şıpka s.110.

⁴⁰¹ 6.HD 25.04.1985 T. E: 4561 K: 5504 (YKD, Y.1985, S.11, s.1632).

XI. Önalım Hakkından Yararlanma Oranı

Önalım hakkını kullanan paydaşların pay oranları ne olursa olsun önalımlı paydan eşit oranda yararlanırlar. Çünkü 11.06.1947 tarihli içtihadı birleştirme kararı⁴⁰² satılan payın, önalım hakkını kullanan birden fazla paydaş arasında, bunların kendi payları oranında değil, eşit olarak bölüneceğini kabul etmiştir⁴⁰³. Yine önalım davası açıldıktan sonra önalım hakkını kullanan paydaşların bir kısmı davadan feragat ederlerse, önalımlı pay eşit olarak davayı takip eden paydaşlara geçecektir⁴⁰⁴. Bir paydaşın açtığı davaya diğer paydaşlar aslı müdahil olarak katılmışlarsa ve bu istek hak düşürücü süre içinde vâki olmuşsa onlar da davacı sıfatını kazanmış olacaklarından eşit oranda yararlanma ilkesi bu hâlde de geçerlidir⁴⁰⁵. Bir paydaş lehine önalım ilâmı alınırsa, bu ilâm kesinleşse, hatta tapuya tescili dahi yapılsa, satış kendisine yeni bildirilen⁴⁰⁶ paydaş ilk davayı açan paydaş aleyhine hak düşürücü süre içinde dava açtığında önalımlı payı her iki paydaş eşit oranda iktisap edeceklerdir⁴⁰⁷. Birden çok paydaş birlikte dava açıp da bir kısmının davasının süre vb. yönden reddedilmesi halinde de önalımlı payın tamamı eşit olarak davayı kazanan paydaşlara verilecektir⁴⁰⁸. Buna karşın önalım davasının davayı açan bir kısım paydaş tarafından müracaata bırakılması halinde, müracaata bırakma tarihinden itibaren üç ay geçmekle davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiş olsa bile bu paydaşların payı davası kabul edilen paydaşlara geçmeyecektir⁴⁰⁹.

⁴⁰² 11.06.1947 gün ve 18/5 sayılı İBK için bkz. H.Erdoğan s.847-850.

⁴⁰³ Paydaşların önalım hakkından payları oranında yararlanmalarını savunan görüş için bkz. Şipka s.126 ve orada dn.33'de belirtilen yazarlar. Ayrıca bkz. Tekinay, Takyitler s.48.

⁴⁰⁴ 6.HD 25.06.1971 T. E: 2635 K: 3171 (C. Erdoğan s.788-789).

⁴⁰⁵ 6.HD 18.10.1977 T. E: 6643 K: 6694 (C. Erdoğan s.789-790).

⁴⁰⁶ EMK döneminde ise satışı yeni öğrenen.

Bildirim yapılmadan hak düşürücü sürenin işlemeye başlamayacağı hakkında bkz. yuk.s.56 dn.228.

⁴⁰⁷ 1.HD 12.02.195 T. E: 7126 K: 706 (C.Erdoğan s.788).

⁴⁰⁸ C.Erdoğan s.785.

⁴⁰⁹ 6.HD 26.03.1954 T E: 2388 K: 1911 (C.Erdoğan s.788).

XII. Önalım Hakkının Kullanılmasına Engel Olmaya Yönelik Girişimler

1. Alıcının Payını Satması

Birbiri ardından gelen satışlarla alıcı değişse bile, (her satışla önalım hakkı yeniden doğacağından)⁴¹⁰ önalıcı önalım hakkından yoksun bırakılamaz. Bunun doğal sonucu olarak da birden çok satış yapılan hallerde önalım hakkı en son alıcıya yöneltmek suretiyle kullanılabilir⁴¹¹.

2. Alıcı Tarafından Payın Bağışlanması

Yargıtay, önalım davası açıldıktan sonra payın bir başka şahsa bağışlanmasını doğmuş olan ve süresinde açılan önalım davasını bertaraf etmek kastına yönelik kabul ederek iyiniyetli kabul etmemektedir⁴¹².

Hak kullanılmadan payın alıcıya bağışlanması durumunda eğer bağışlama önalım hakkını engellemek amacını taşıyorsa muvazaa ve kötüninietin ispatı ile hukukî işlemin iptali mümkündür⁴¹³. Ancak bağışlama geçerli bir hukukî işlem ise çözüm öğretide tartışmalıdır⁴¹⁴.

3. Alıcı ile Satıcının Anlaşım Satış Sözleşmesini Bozmaları

a. Önalım Hakkının Kullanılmasından Önce

Önalım hakkının kullanılması ve bu beyanın muhatabına ulaşması ile birlikte, önalım hakkı sahibi ile alıcı arasında (daha önce alıcı ile satıcı arasında yapılan satım sözleşmesi ile şartları aynı olan) yeni bir satım ilişkisi doğar⁴¹⁵. Önalım hakkı kullanılmadan önce alıcı ile satıcı aralarındaki satım sözleşmesini

Bu görüşün EMK'nun yürürlükten kalkması ile birlikte hukukî dayanaktan yoksun hale geldiği hakkında bkz. aş.a.s.183.

⁴¹⁰ 6.HD 16.11.1999 T. E: 11991 K: 12000 (Tunaboşlu, Önalım Davaları s.75-76).

⁴¹¹ Karahasan, Eşya Hukuku I s.1153.

⁴¹² 6.HD 28.03.1974 T. E: 1351 K: 1415 (M.Kılıçoğlu s.57).

⁴¹³ M.Kılıçoğlu s.57.

⁴¹⁴ Tekinay muvazaa ve kötüniniet dışında bu hakkın kullanılamayacağı görüşündedir. Bkz. Tekinay, Takyitler s.99. Aynı görüşte: bkz. Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı s.131. Aksi görüş için bkz. Oğuzman / Seliçi / Özdemir s.439; M.Kılıçoğlu s.58.

⁴¹⁵ Bkz. yuk.s.61.

feshederlerse ortada geçerli bir satım sözleşmesi kalmaz. Mâlik değişikliğinden söz edilemeyeceği için de bu hâlde önalım hakkı kullanılamaz⁴¹⁶.

b. Önalım Hakkının Kullanılmasından Sonra

Önalım hakkının kullanılması ve bu beyanın muhatabına ulaşması ile birlikte, önalım hakkı sahibi ile alıcı arasında yeni satım ilişkisi kendiliğinden başka hiçbir işleme gerek kalmadan doğduğuna göre⁴¹⁷, bu aşamadan sonra alıcı ile satıcının aralarındaki satım sözleşmesini iradi olarak ortadan kaldırmaları önalım hakkının kullanılmasını engellemez. Hatta daha önce yapılan ifanın eski hale getirilmiş olması (yani alıcının tapuda aldığı taşınmazı yeniden satıcının üzerine geçirmesi) dahi bu durumu değiştirmez⁴¹⁸.

4. Payın Hacizli Olması Üzerinde İpotek Bulunması

Alıcının borcu nedeni ile önalım hakkının kullanılmasından önce alacaklısı tarafından pay üzerine koydurulan haciz, bu hakkın kullanılmasına engel değildir. Alacaklının hakkı önalım bedeline yansır ve bu bedel üzerinde devam eder. İpotek konulması da, hakkın kullanılmasına engel olmaz. Ne var ki, önalım hakkı sahibi, ya ipotekli alacağı yüklenir ya da alacağı ödeyerek ipoteği kaldırır. Her iki durumda da ipotekli alacak önalım bedelinden indirilir. Eğer ipotek gerçek olmaz, muvazaa yolu ile konulmuş bulunursa, önalım hakkı sahibi bunun çizimini (terkinini) isteyebilir. Haczin muvazaalı olarak konulmasında da durum ipotekte olduğu gibidir⁴¹⁹.

5. Önalım Hakkı ve Gabin

Gabin iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan birinin öteki tarafın müzâyakasından (darda kalmasından) hiffetinden (düşüncesizliğinden)

⁴¹⁶ Yıldız s.20-21.

Yargıtay'ın aksi yöndeki görüşü için bkz. Karahasan, Eşya Hukuku I s.1154-1155.

⁴¹⁷ Bkz. yuk.s.61.

⁴¹⁸ Yıldız s.21.

⁴¹⁹ Karahasan, Eşya Hukuku I s.1155. Ayrıca bkz. 6.HD 25.04.1983 T. E: 354 K: 4471 – 6.HD 26.04.1983 T. E: 3037 K: 4514 (C.Erdoğan s.820-821) – 14.HD 04.02.1975 T. E: 156 K: 751 (Karahasan, Eşya Hukuku I s.1155). Bu konu hakkında geniş açıklama için bkz. a.ş.a.s.224-226.

veya tecrübesizliğinden (toyluğundan) yararlanarak ivazlar arasında açık bir oransızlık yaratıp, onu sömürmesi olarak tanımlanabilir⁴²⁰.

Gabinli olarak kurulan bir satım sözleşmesinde sömürülen taraf ile sömüren taraf bu sözleşme ile bağlıdır. Ancak sömürülen yan BK m.21'deki bir yıllık süre içerisinde sözleşmeyi baştan itibaren hükümsüz hale getirebilir⁴²¹.

Bu müessese ile hâkime MK'nun 2 nci maddesindeki dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil eden haller karşısında kudretini kullanma yetkisi verilmektedir⁴²².

Peki acaba önalım hakkının kullanılmasına esas olan satım sözleşmesinde gabin varsa önalım hakkı kullanılabilecek midir? Bunu gabin iddiasının ileri sürülme zamanına göre değerlendirmek gerekir.

a. Gabin İddiasının Önalım Hakkının Kullanılmasından Önce İleri Sürülmesi

Önalım hakkı konusu taşınmaz satıldıktan sonra, önalım hakkı sahibinin bu hakkı kullanmasından önce satım sözleşmesi sömürülen tarafça feshedilebilir. Sömürüldüğü için sözleşmeyi fesheden taraf alıcı olabileceği gibi satıcı da olabilir. Bu durumda satım sözleşmesi başlangıçtan itibaren hükümsüz hale geleceğinden önalım hakkının kullanılması mümkün değildir⁴²³.

⁴²⁰ Ç.M. Aslan, **Gabinin Unsurları ve Hukukî Sonuçları**, Ankara 2006 s.26; Bu konuda bkz. B.Kalkan, **Türk Hukukunda Gabin**, İstanbul 2004, s.51-135; E. Özkaya, **Gabin Davaları**, Ankara 2000, s.15-34.

⁴²¹ Bkz. Yıldız s.14.

⁴²² Aslan s.24.

⁴²³ Yıldız s.15.

Sebük'e göre, bu hâlde önalım hakkı sahibine sömürmede söz konusu olan ivaz farkını ödemesi koşulu ile önalım hakkını kullanma imkânının tanınması gerekir (bkz. Sebük s.99). Ancak Yıldız'a göre sömüren tarafa tanınmayan bir hakkın sözleşmenin tarafı olmayan bir kişiye tanınması BK m.21'de sömürülen taraf için öngörülen sözleşmeyi fesih hakkının önlenmesi sonucunu doğurur. Bu da Yıldız'a göre Sebük'ün görüşünün kabul edilemez olduğunu göstermektedir (Yıldız s.15).

b. Gabin İddiasının Önalım Hakkının Kullanılmasından Sonra İleri Sürülmesi

Gabin iddiasının önalım hakkının kullanılmasından sonra ileri sürülmesi halinde satım sözleşmesinde sömürülen tarafın alıcı ya da satıcı olmasına göre bir ayırım yapmak gerekir.

Sömürülen tarafın satıcı olması durumunda, alıcı satım sözleşmesini BK m.21 gereğince feshetse bile, önalım hakkı kullanılabilir. Çünkü satıcının, alıcının müzâyaka içinde olması, tecrübesizliği veya hiffetinden yararlanarak elde edebileceği sonucu, önalım hakkı sahibi bu hâlde bilerek ve isteyerek kendi iradesi ile kabul etmektedir⁴²⁴.

Sömürülen tarafın alıcı olması durumunda ise karşımıza üç farklı olasılık çıkmaktadır. Konumuz açısından bu üç farklı olasılığın ayrı ayrı incelenmesi gerekir.

Birinci olasılıkta gabin iddiası, açılan önalım davasında def'i olarak ileri sürülmektedir. Yıldız'a göre gabin iddiası, önalım davasına bakan mahkemede def'i olarak ileri sürüldüğünde, mahkemenin bunu bir ön sorun olarak kabul etmesi ve öncelikle bu iddiayı sonuçlandırması gerekir⁴²⁵. Çünkü satımda sömürme olduğu tespit edildiğinde satım sözleşmesi başlangıçtan itibaren sömüren taraf için geçersiz hale gelmekte⁴²⁶ ve önalım hakkının dayanağı ortadan kalkmaktadır⁴²⁷. Ancak Yargıtay gabinle önalım hakkının ortadan kalkmayacağı görüşündedir⁴²⁸.

İkinci olasılıkta önalım davası devam ederken, gabin davası ayrı bir mahkemede açılmakta ve önalım davası sonuçlanmadan, gabin davası

⁴²⁴ Yıldız s.15.

⁴²⁵ Yine Yıldız'a göre gabin iddiasının önalım davasına bakan mahkemeden başka bir mahkemede bağımsız bir dava şeklinde ileri sürülmesi halinde de önalım davasının sonucu bu gabin davasının sonucuna bağlı bulunduğundan bu mahkemenin vereceği karar beklenmelidir. Bkz. Yıldız s.16.

⁴²⁶ Bkz. yuk.s.100.

⁴²⁷ Yıldız s.16.

⁴²⁸ 1.HD 23.06.1951 T. E: 7973 K: 3408 (V. Çernis, "Şuf'a Hakkını Akim Bırakmaya Matuf Bir Teşebbüs Olarak Gabin Davası", **Ad. Der.**, Y.1957, S.7-8, s.4-10).

sonuçlandırılarak alınan ve kesinleşen ilâm önalım davasına delil olarak sunulmaktadır.

Yargıtay'a göre önalım davasından sonra açılan gabin davası daha önce sonuçlandırılır ve davalı alıcı, buna dayanarak satışın bozulduğunu ileri sürer ise, mahkemenin, önalıcının hakkının bir tarafa itilip itilmediğini yani sömürme iddiasının muvazaalı ve kötünietli olup olmadığını araştırıp varacağı sonuç uyarınca önalım davasını karara bağlaması gerekir⁴²⁹.

Üçüncü ve son olasılıkta gabin davası ile önalım davası sonunda verilen ve kesinleşen kararlar karşı karşıya gelmektedir. Burada her iki davanın açılma, kararın verilme ve kesinleşme tarihlerinin bir önemi yoktur. Kesinleşen önalım ve sömürmenin tespitine ilişkin kararlar tescil için tapu memuruna ibraz edildiğinde, tapu memuru Türk Medenî Kanunu'nun 1026 ncı (EMK'nun 934 üncü) maddesi gereğince mahkemeye başvurarak, bu konuda bir karar verilmesini talep edecektir⁴³⁰. Bu hâlde mahkemece verilecek karar kesinleşen gabin ilâmı nedeni ile önalım hakkına ilişkin ilâmın ortadan kaldırılmasına ve tescilin eski hale iadesine yönelik olacaktır⁴³¹.

6. Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi Yapılması

Yargıtay önalım hakkı kullanıldıktan sonra, alıcının önalım hakkı konusunu oluşturan payı (ya da taşınmazı) ölünceye kadar bakma sözleşmesi uyarınca bakım borçlusuna aktarmasının süresinde kullanılan önalım hakkını etkilemeyeceği görüşündedir⁴³².

⁴²⁹ HGK 06.02.1957 T. E: 1-4 K: 20 (MHAD, Y.1957, S.7-8, s.131-133). Feyzioğlu'nun Yargıtay HGK kararındaki görüşe katıldığı hakkında bkz. Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı s.197-198. Ayrıca bkz. yuk.s.98 dn.414. Sömürme iddiasının muvazaalı ve kötünietli olup olmadığını belirleme işini davaya bakan hâkime bırakmanın en iyi çözüm şekli olacağı yönündeki görüş için bkz. Yıldız s.17.

⁴³⁰ S.Kurtoğlu, "Şuf'a Talebi Karşısında Gabin İddiası", **ABD**, Y.1957, S.5, s.203.

⁴³¹ Yıldız s.18.

⁴³² "Davacı şuf'alı payın ilişkin bulunduğu taşınmazda paydaş olduğunu, paydaşlardan Mehmet Demir Özer'in 512/4608 payını davalı Mustafa Yiğitaslan'a 31.10.1989 tarihinde 500.000 TL bedelle sattığını ileri sürerek şuf'alı payın iptali ve adına tescilini 15.11.1989 tarihli dilekçe ile istemiştir.

Dava devam ederken şuf'alı pay davalı Mustafa Yiğitaslan tarafından 21.11.1989 tarihinde aynı bedelle paydaş Hasan Demirözer'e satılmış, Hasan Demirözer de

7. Muvazaalı İşlem Yapılması

Önalım davası açıldıktan sonra dava konusu payın muvazaalı işlem sonucu dava dışı üçüncü kişilere intikâl ettirildiğinin ileri sürülmesi halinde bu iddianın isbatına imkân verilmesi gerekir⁴³³.

XIII. Önalım Hakkının Sona Ermesi⁴³⁴

Önalım hakkını sona erdiren nedenler birden çoktur.

Öncelikle hiçbir kişi kendisine ait bir hakkı veya yetkiyi kullanmak zorunda değildir. Gerek hak ve yetkisinin doğumundan önce ve gerekse doğumundan sonra, belli kişilere karşı bu hakkı kullanmaktan vazgeçebilir. Bunun doğal

kendi payı ile birlikte şuf'alı payı kızı davalı Nimet Yiğitaslan'a ölünceye kadar bakma vaadiyle devretmiştir. Davacı HUMK'nun 186 ncı maddesi gereğince her iki alıcıya da davayı yöneltmiştir.

Davacı şuf'alı payın iptali ile adına tescilini 1 aylık hak düşürücü süre içerisinde istemiştir. Şuf'alı payın sonradan ölünceye kadar bakma vaadi ile devredilmiş olması doğmuş olan süresinde açılan şuf'a davasını bertaraf etmek kastına yönelik olduğundan davalıları iyiniyetli kabul etmek mümkün değildir. Bu nedenle şuf'a hakkını önlemeye mâtuf bu ölünceye kadar bakma vaadi nedeniyle payın devri işlemi hukukî bir değer taşımamakta ve süresinde açılan davaya etkili bulunmamaktadır. Bu yönler göz önünde tutularak davanın kabulü gerekirken aksi görüş ve düşünce ile red kararı verilmesi usul ve yasaya uygun bulunmadığından hükmün bozulması gerekmiştir." 6.HD 14.01.1991 T. E: 16499 K. 45 (Karahasan, Eşya Hukuku I, s.1159-1160).

⁴³³ "Şuf'alı payın 12.08.1991 tarihinde ilk davalı İnci Baloğlu'na satılışı üzerine 07.10.1991 tarihinde davacı şuf'a hakkının tanınması isteği ile bu davayı açmıştır. Dava devam etmekte iken adı geçen davalının borcu sebebiyle şuf'alı payın icra takibi sırasında haczedilmesi ve icra mârifetiyle cebren satılması üzerine dava HUMK'nun 186 ncı maddesi hükmü uyarınca davalılardan Türkan Söz ve Mansur Sakarya'ya yöneltmiştir. Davacı davayı adı geçenlere yöneltirken payı ilk satın alan ve aleyhine şuf'a talebinde bulunduğu davalı İnci ile ondan alacaklı olduğunu iddia edip icraya başvuran 3 üncü kişinin ve ihaleye katılıp payı iktisap eden kişilerin karşılıklı olarak hareket ettiklerini, amacın şuf'a hakkını bertaraf etmek olduğunu iddia ile bu iddiasını ispat edeceğini bildirmiştir.

Gerçekten şuf'alı payın icra memurluğunca yapılan cebrî ihale ile davaya katılanlara intikâl ettiği uyumsuzluk konusu değildir. Ne var ki bu intikâl öncesinde davalıların muvazaalı işlem yaptıkları ve kötüniyetli buldukları iddia olduğuna göre bu iddianın isbatına imkân verilmesi icap eder. Öncelikle davacıdan bu konuya ilişkin delillerin sorulup istenmesi, usulü dairesinde toplanması ve sonucuna göre davalılara yapılan intikâlin normal bir cebrî satış mı, muvazaalı bir intikâl mi olduğunun saptanması gerekirken hiçbir delil toplanmadan gerekçeye rağmen cebrî ihalenin varlığı esas alınarak davanın reddine karar verilmesi hatalı olmuştur." 6.HD 13.09.1994 T. E: 7204 K: 8259 (Karahasan, Eşya Hukuku I s.1160).

⁴³⁴ Bkz. yuk.s.13.

sonucu olarak da taşınmazda paydaş olan bir kişi, önalım hakkı doğmadan önce doğacak olan bu hakkını kullanmaktan peşinen feragat edebileceği gibi, önalım hakkını kullandıktan sonra da bu hakkından vazgeçebilir⁴³⁵.

Yine yasal önalım hakkı sahibinin önalım davası açtıktan sonra paydaşı olduğu taşınmazdaki payını bir başkasına devretmesi ya da taşınmaz üzerindeki paylı mülkiyet ilişkisinin herhangi bir nedenle sona ermesi de önalım hakkını sona erdiren hallerdendir⁴³⁶.

Bunun dışında önalım hakkının konusunu oluşturan pay veya taşınmazın Türk Medenî Kanunu'nun 717 nci (EMK'nun 643 üncü) maddesi gereğince tapudan terkin edilmesi veya söz konusu pay ya da taşınmazın tamamen yok olması hâllerinde de önalım hakkı kendiliğinden sona ermektedir⁴³⁷.

⁴³⁵ Bkz. yuk.s.90-91.

⁴³⁶ Yıldız s.111.

⁴³⁷ Yıldız s.111.

Ş. 3. ÖNALIM DAVASI KAVRAMI

A. Dava Kavramı ve Dava Çeşitleri

I. Dava Kavramı

Medenî yargılamanın amacı maddî hukuktan kaynaklanan sübjektif hakların korunmasıdır⁴³⁸. Bir yandan hukuk düzeninin maddî hukuk içerisinde kişilere haklar tanınması, diğer yandan da bizzat hak elde edilmesini yasaklaması sonucu, bu konuda gerekli tedbirleri almak devletin görevi olarak ortaya çıkmış ve bu da yargılama yoluyla gerçekleştirilmiştir. Sübjektif hakların korunması, objektif olarak tanınan hakların gerçekleşmesine hizmet edecektir⁴³⁹.

Genel olarak kişiler arasında toplumsal ilişkiler ve bu arada özellikle hukukî ilişkiler hukuk düzenine, hukuk kurallarına uygun biçimde yürütülür. Örneğin alacak ve borç ilişkileri, pek çok ticarî ilişkiler, taşınır ve taşınmaz mallar üzerinde hukuk yönünden değeri olan tüm davranışlar, aile ve miras hukuku alanındaki ilişkiler günlük yaşantımızda kişiler arasında değişik biçimlerde söz konusu olur. Tüm bu ilişkiler hukuk düzenince konulan kurallara aykırı olmadıkça, bunlardan bir sürtüşme doğması ve kişiler arasında bir hukukî

⁴³⁸ Günümüzde hukuk yargılama amacını, genellikle “objektif hukukun korunması”, “sübjektif hukukun yerine getirilmesi ve güvence altına alınması”, “hakkın gerçekleşmesi”, “hukuksal barışın korunması”, “adaletli karar verilmesi”, “verilen karar ile gerçeğe ulaşılması” ve “uyuşmazlıkların çözülmesi” gibi hedefler gösterilmektedir. Bu konuda bkz. E.Yılmaz, **Medenî Yargılama Hukukunda İslah**, Ankara, 1982 s.5-6; Y.Alangoya, **Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, İstanbul 1979 s.82 vd.; H.Konuralp, **Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, Ankara 1999 s.5-8; H.F. Gaul, Yargılamanın Amacı Güncelliğini Koruyan Bir Konu (K.Yıldırım, **İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku**, 5.Bası, İstanbul 2006, s.72-96, Çev.: N. Deren-Yıldırım); İ.Postacıoğlu, **Medenî Usul Hukuku Dersleri**, B.6, İstanbul 1975, s.443-444; S.Üstündağ, **Medenî Yargılama Hukuku**, C.I-II, B.7, İstanbul 2000, s.2 vd.; R.Arslan, **Medenî Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi**, Ankara 1977, s.3-4; Arslan, Dürüstlük Kuralı s.41-42.

Konuralp'e göre hukuk yargılama amacını tek amacı olduğunu benimsetecek güçlü nedenler bulunmamaktadır. Genel olarak yargılama kurallarının, özel olarak ispat kurallarının amaçsal yorumlanması açısından, adalete ve gerçeğe ulaşmayı da, uyuşmazlıkları çözmeyi de amaç olarak görmek, hukukçuya hem güçlü, hem de esnek bir yorum imkânı kazandırır (Bkz. Konuralp, İspat s.6).

⁴³⁹ H.Pekcanitez / O.Atalay / M.Özekes, **Medenî Usul Hukuku**, B.6, Ankara, 2007, s.279-280.

uyuşmazlık meydana gelmesi beklenmez. Ancak bu bütünüyle olanaksız olan bir şeydir. Kişilerin bitip tükenmek bilmeyen hukukî ilişkileri, aynı zamanda çözümlenmesi gereken pek çok hukukî sorunu ve çekişmeyi de beraberinde getirir. Hukukî uyuşmazlığın tarafları bu gibi durumlarda, çoğu kez devlete sığınacaklar ve haklı ile haksızı devletin belirlemesini, yani devletin hukukî koruma yetkisini kullanmasını isteyeceklerdir⁴⁴⁰.

Devletin kendisine yöneltilen bu talebi yerine getirmekten, hakkın dağıtımından kaçınması mümkün değildir. Bu görev Anayasa'nın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti olmanın bir gereği, yine Anayasa'nın 5 inci maddesinde belirtilen devletin temel amaç ve görevlerinin bir sonucudur. Ayrıca Anayasa'nın 36 ncı maddesinde de, herkesin meşru vasıta ve yollardan yararlanarak, yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak yer alarak, iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiş⁴⁴¹, mahkemelerin görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan, kaçınamayacağı vurgulanmıştır⁴⁴².

Devlet, kişiler arasında özel hukuk alanında çıkan uyuşmazlığı, kural olarak onların talebi üzerine, yargı organları aracılığıyla çözer. Özellikle çekişmesiz yargıdaki bazı istisnaî durumlar⁴⁴³ dışında, yargı organlarının özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıklara kendiliğinden el koyması ve çözmesi söz

⁴⁴⁰ E.Önen, **Medenî Yargılama Hukuku**, Ankara 1979, s.53.

“Aslında uyuşmazlıklar türlü şekillerde çözülebilir. Tarafların mahkemeye gitmeden vardıkları bir sulh anlaşması, arabuluculuk veya uzlaştırma yolları sistemimizdeki dava dışı çözüm yollarıdır.” (Konuralp, İspat s.7).

“Ne var ki, Türkiye’de asıl uyuşmazlık çözüm yöntemi dava yolu olup, tahkim dışında, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri 90’lı yılların sonunda ciddi bir uygulama alanı bulamamıştır.” (Konuralp, İspat s.7).

⁴⁴¹ Ayrıca bkz. aş.a.s.109 dn.454.

⁴⁴² Pekcanitez / Atalay / Özekes s.306.

⁴⁴³ “... meselâ boşanmadan sonra meydana gelen yeni bir durum nedeniyle çocuklar hakkında durumun gerektirdiği yeni tedbirlerin alınmasına karar verilmesi (MK m.183 – EMK m.149), çocuklar hakkında koruma tedbirlerinin alınmasına (MK m.346 – EMK m.272) ve çocukların bir aile yanına veya kuruma yerleştirilmesine (MK m.347 – EMK m.273) karar verilmesi işlemi gibi.” (B.Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Hukuku**, C.I, İstanbul 2001, s.29. Ayrıca bkz. B.Kuru, **Nizaz Kaza**, Ankara 1961, s.34.

konusu olmaz (HUMK m.72)⁴⁴⁴. Hukukî korunma ihtiyacı içinde olan kimse, bu konuda talepte bulunmalıdır⁴⁴⁵.

Bu açıklamalardan sonra diyebiliriz ki, dava⁴⁴⁶ “başkaları tarafından hakkı ihlâl edilen veya tehlikeye sokulan kimsenin, yeniden tartışma konusu yapılmayacak şekilde ve geleceğe yönelik olarak, bu ihlâlin ve tehlikenin bertaraf edilmesi için mahkemeden hukukî korunma talep etmesidir.”⁴⁴⁷

⁴⁴⁴ “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 72 ve 75 inci maddeleri gereğince, hâkim iki taraftan birinin talebi olmaksızın dava dışına çıkarak re’sen bir davayı tetkik edemez. Mahkemece bu ilkeler gözardı edilerek ve dava dışına çıkılmak suretiyle yazılı biçimde hüküm kurulması dahi isabetsizdir.” 7.HD 14.09.1990 T. E: 2150 K: 10332, YKD, Y.1990, S.10 ,s.1470-1472 (Naklen, Kuru, Usul I s.884).

⁴⁴⁵ Pekcanitez / Atalay / Özekes s.279.

⁴⁴⁶ Dava kavramı hakkında bkz. M.R.Belgesay, **Dava Teorisi**, İstanbul 1943, s.5-143; Y.Alangoya / K.Yıldırım / N.Deren (Yıldırım), **Medenî Usul Hukuku Esasları**, B.4, İstanbul 2004, s.218-238; N.Bilge / E.Önen, **Medenî Yargılama Hukuku**, Ankara 1978, s.381-402; B.Kuru, **Tespit Davaları**, Ankara 1963, s.3-110; B.Kuru / R.Arslan / E.Yılmaz, **Medenî Usul Hukuku**, B.18, Ankara 2007, s.233-234 ve s.286-302; B.Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Hukuku**, C.II, B.6, İstanbul 2001, s.1405-1568; T.Muşul, **Medenî Usul Hukuku Bilgisi**, İstanbul 2002, s.81-97; Umar s.186-191; Pekcanitez/Atalay/Özekes s.279-303; Önen, Yargılama s.53-58; Kuru, Usul I s.871-884; Üstündağ, Usul s.265-342; Postacioğlu, Usul s.179 vd.; Ö.Çelebican (Karadeniz), **Roma Hukuku, Tarihi Giriş - Kaynaklar - Genel Kavramlar - Şahsın Hukuku - Hakların Korunması**, B.12, Ankara 2006, s.265-268; F.A.Schubert, **Introduction to Law and the Legal System**, B.8, Boston 2004, s.15-17; A.J.Goldman / W.D.Sigismond, **Business Law, Principles and Practices**, B.6, Boston 2004, s.35 ve 94-112; Bagley s.133-137; Gözler, Genel Hukuk Bilgisi s.37-38.

⁴⁴⁷ Pekcanitez / Atalay / Özekes s.279.

“... Romalılar, bugün bizim dava dediğimiz actio’yu şöyle tanımlıyorlardı: Actio (dava) hakkının çiğnendiği kanısında olan kişinin, adaleti sağlamakla görevli makamlara başvurarak, hak sahibi olduğunu, bu hakkı kendisine tanıyan hukuk kuralına aykırı davranıldığını ispat etmek ve dolayısıyla (bu nedenle) öngörülmuş (gerekli) müeyyidelerin uygulanmasını istemek yetkisidir.” (Çelebican, Roma-Tarihi Giriş s.265).

Postacioğlu’na göre, “Fertlerin bir hakkın inkârı ve ihlâli halinde kaza kuvvetine müracaatla hakkın himâyesini istemek hususunda hâiz olduğu imkâna dava hakkı denilmektedir. Bir ferdîn bu himâyeyi kaza kuvvetinden muayyen bir hasma karşı bilfiil talep etmesi davadır.” (Postacioğlu, Usul s.179).

Kuru’ya göre, “Dava, bir başkası (davalı) tarafından sübjektif hakkı ihlâl edilen veya tehlikeye sokulan veya kendisinden haksız yere bir talepte bulunulan kimsenin (davacının), mahkemeden hukukî koruma (himâye) istemesidir.” (Kuru, Usul I s.871).

Hukukumuzda davada iki taraf sistemi kabul edilmiştir. Dava açarak, mahkemeden hukukî koruma isteyen kimseye davacı, kendisine karşı dava açılan kimseye davalı denir⁴⁴⁸.

Bir sübjektif hakkın mahkemeler vasıtasıyla ileri sürülmesi yetkisine ise dava hakkı⁴⁴⁹ denilmektedir⁴⁵⁰.

Dava hakkı, çekişme konusu olan asıl hakkın korunması veya gerçekleşmesi amacını güttüğü için hak ile dava arasında doğal bir ilişki vardır. Hak asıl şeydir, asıl değerdir; dava (dava hakkı) ise asıl hakkın gerçekleşmesine hizmet eden yardımcı bir unsurdur. Dava hakkı, varlığını asıl hakka borçludur. Yoksa asıl haktan soyutlanmış bir dava hakkı düşünülemez, anlamsız olur⁴⁵¹. Bu nedenle dava hakkı, yalnız başına başkasına devredilemez veya haciz edilemez; ancak asıl hak ile birlikte devredilebilir veya haczedilebilir⁴⁵². Bütün bunlar gösteriyor ki, asıl hak bağımsızdır, tek başına bir varlığa sahiptir. Dava hakkı ise bağımsız bir varlığa sahip olamaz ancak

Umar'a göre bunlar (Postacıoğlu ve Kuru'nun tanımları) aslında Roma Hukukundaki Actio'nun tanımlanmasıdır. Yazara göre, "Dava, mahkemede, hasım durumunda bulunan iki yan arasında yapılan ve davacının dava açarken öne sürdüğü istemin mahkemece kabul edilmesi gerekip gerekmediğini hükme bağlamak amacını güden ama bazen o amaca ulaşmadan da sonuçlanabilen (görevsizlik nedeniyle davanın reddi kararı gibi) ve Yargılama Usulü Hukuku kurallarının gösterdiği belli aşamalardan geçen bir işlemler zinciridir (Umar s.186-187).

Davanın Yılmaz tarafından, "Hakkına tecavüz edildiği ileri sürülen kişinin (davacının), mahkemeye başvurarak hakkının mahkeme eliyle (hukuksal) korunmasını istemesidir." şeklinde tanımlandığı görülmektedir (Yılmaz, Sözlük s.247).

Belgesay'a göre ise "Dava, bir kimsenin Devlet makamları vasıtası ile diğer birine hakkını tanıtabilmesi, onu hukuk kaidesine riayete zorlayabilmesidir." (Belgesay, Dava Teorisi s.7).

⁴⁴⁸ Pekcanitez / Atalay / Özkes s.279. İki Taraf Sistemi Hakkında, Ayrıca bkz. S.Samuels, **Law Politics and Society**, Boston 2006, s.160; Akipek / Akıntürk s.208.

⁴⁴⁹ Dava hakkı kavramı hakkında bkz. Zevkliler / Acabey / Gökyayla s.180-181; Edis s.360-361; İmre s.265-266; Akipek / Akıntürk s.195; Velidedeoğlu, Umumi Esaslar s.360-361; Özsunay, Medeni Hukuka Giriş s.340-341; Bilge / Önen s.385-387; Pulaşlı s.151-152; Oğuzman / Barlas s.231-232; Adal s.486.

⁴⁵⁰ Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul s.233.

⁴⁵¹ Önen, Yargılama s.53-54.

⁴⁵² Kuru, Usul I s.872.

hak ile birlikte ve hak olduğu sürece vardır. Şu hâlde hak herhangi bir şekilde yok olursa, son bulursa, dava da sona erer, zira var olmayan bir şey için dava açmaya ve kovuşturmaya olanak yoktur. Ama tersine, dava hakkının sona erdiği bazı olasılıklarda (zamanaşımına uğramış borçlarda olduğu gibi), asıl şey olan hak da (dava hakkından yoksun olmakla beraber) sona ermez devam eder⁴⁵³.

Dava hakkı, Anayasa ile güvence altına alınmıştır. Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri (mahkemeler) önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir (Anayasa m.36 f.1)⁴⁵⁴.

Ancak dava hakkı hukukî yarar (menfaat) ile sınırlıdır. Yani mahkemenin bir davanın esası hakkında yargılama yapabilmesi (davanın esasına girebilmesi) için dava açmakta hukukî yararın bulunması gerekir⁴⁵⁵.

Bundan başka, dava hakkının açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz; yani bu hâlde MK m.2 f.2 hükmü uygulanır⁴⁵⁶.

Dava hakkının kötüye kullanılması, dava açılması halinde söz konusu olur. Bir kimsenin kendi lehine olan bir davayı açmaması hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilemez. Çünkü hiç kimse kendi lehine olan bir davayı açmaya zorlanamaz (HUMK m.79)⁴⁵⁷.

⁴⁵³ Önen, Yargılama s.54.

⁴⁵⁴ Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul s.233.

“Anayasa’nın hak arama hürriyetine ilişkin 36 ncı maddesi, temel hak ve hürriyetler arasında (kişinin hak ve ödevleri) bölümünde yer almaktadır. Böylece, Anayasa kuralları arasındaki kademelenme bakımından, hak arama hürriyetine sosyal ve ekonomik haklar ve şekli anlamdaki Anayasa kurallarına oranla daha üstün (o kuralların yorumunda öncelikle dikkate alınıp uyulması gereken) bir norm değeri verilmiştir.” (A.C.Budak, **Medenî Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması**, İstanbul 2000, s.7-8). Medenî Yargılama Hukukunda Hak Arama Hürriyeti hakkında geniş açıklama için bkz. Budak s.6-10.

⁴⁵⁵ Kuru, Usul I s.874.

⁴⁵⁶ Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul s.234.

Davada dürüstlük kuralının yeri ve önemi hakkında geniş bilgi için bkz. Arslan, Dürüstlük Kuralı s.71 vd.

⁴⁵⁷ Kuru, Usul I s.882.

“Usulün 79 uncu maddesine göre hiç kimse kendi yararına bir dava açmaya zorlanamayacağına göre, dava hakkının kullanılmaması şeklindeki menfi tutum (hakkın kötüye kullanılması) tarzında yorumlanamaz.”2.HD 21.03.1972 T. E: 984 K: 1710, S.Olgaç, Emsal İçtihatlarla Türk Medenî Kanunu, Ankara 1976, s.7. (Naklen, Kuru, Usul I s.882-883).

Davanın amacı⁴⁵⁸, hakkın korunması ve gerçekleşmesi için, bir yaptırımın uygulanmasını sağlamaktır. Yargı organları dava sonunda, haklıyı ve haksızı belirleyerek, haklı olanın korunmasına ve haksız olanın devlet yaptırımıyla cezalandırılmasına karar verir. Yargı organlarınca verilen bu kararlar, yine devlet eliyle yürütülür (yaptırımın uygulanması) ve bu şekilde hukuk düzeni korunmuş olur. Yaptırım uygulamaları, yargı organlarının kararlarına göre, değişik biçimlerde görülür. Örneğin, aynen ödeme, ödence (tazminat), hukukî durumun belirlenmesi, cezalandırma ve benzeri gibi. Ancak yine belirtmek gerekir ki, değişik biçimlerde görülmesine rağmen tüm yaptırımların ve davanın tek bir amacı vardır; bu da haklı ve haksızın belirlenmesi ve hukuk düzeninin korunmasıdır. Kısaca hak nesnel hukukun (Medenî Hukuk, Borçlar Hukuku, Ticaret Hukuku) konusunu oluşturur. Yargılama Hukukunun konusu ise, davadır⁴⁵⁹.

II. Dava Çeşitleri

Davalar türlü bakımlardan sınıflara ayrılabilir. Yargılama hukuku bakımından önemli olan ve özellikle Alman Hukukunda genişliğine incelenmiş bulunan sınıflandırma, mahkemeden istenen hukukî korunmaya (himâyeye) göre yapılan sınıflandırmadır. Bu bakımdan davalar eda davaları, tespit davaları ve inşaî (yenilik doğuran) davalar olmak üzere üç kısımda incelenir⁴⁶⁰.

Bu çalışmada da yargılama hukuku açısından önemli olan mahkemeden istenen hukukî korunmaya (himayeye) göre yapılan sınıflandırma esas alınarak önalım davasının dava tipolojisindeki yeri incelenecektir.

1. Eda Davaları

Eda davası, belirli bir şeyin verilmesi, yapılması ya da yapılmaması için açılan davadır. Bu dava vermeye ya da yapmaya yönelikse buna ifa davası denilir. Örneğin bir borcun ödenmesi, üstlenicinin yapmayı üstlendiği binayı ya

⁴⁵⁸ Davanın amacı hakkında geniş açıklama için bkz. Gaul s.96-103.

⁴⁵⁹ Önen, Yargılama s.54.

⁴⁶⁰ Bilge / Önen s.388.

da eseri yapması amacı ile açılan davalar⁴⁶¹ böyledir. Eda davası bir şeyin yapılmamasına da yönelik olabilir. Bu çeşit eda davasına da yapmama (içtinap) davası denilir. Örneğin taşınmaza tecavüz edilmemesi, kişilik hakkına saldırıda bulunulmaması amacı ile açılan davalar bu çeşittendir⁴⁶².

Davacının eda davası açmakta hukukî yararının bulunması gerekir⁴⁶³. Muaccel alacaklarda hukukî yararın varlığı asıldır⁴⁶⁴. Yani, muaccel alacaklarda, davacı (kural olarak) dava açmakta hukukî yararının varlığını bildirmek ve ispat etmekle yükümlü değildir. Ancak şüphe halinde, hukukî yararın olup olmadığı inceleme konusu yapılır⁴⁶⁵. Müeccel alacaklar için ise, eda davası açılmasında kural olarak hukukî yarar yoktur. Fakat, maddî hukuka göre, özellikle gelecekte tekrarlanacak olan edimler için bazı hallerde (şimdiden) eda davası açılabilir⁴⁶⁶ (MK m.175 - EMK m.144; MK m.182 – EMK m.148; MK m.365 – EMK m.315, m.316; BK m.43 f.2, m.515-517). Eda davası açılmasında hukukî yarar bulunması için, davalının davacının hakkını inkâr etmiş olması şart değildir. Davalı, davacının hakkını ikrar eder (tanır) ve fakat yerine getirmezse, davacı icraya konulabilecek bir hüküm (ilâm) elde etmek için de, davalıya karşı dava açabilir⁴⁶⁷.

Eda davasının konusu, hem şahsî haklar (örneğin satış bedelinin ödenmesi) hem de aynî haklar (örneğin, istihkak davası MK m.683 – EMK m.618) olabilir⁴⁶⁸.

Eda davası ile hakkın tümü dava edilebileceği gibi, bir bölümü de dava edilebilir. Bu ikinci olasılıkta kısmî davadan⁴⁶⁹ söz edilir. Örneğin A, açtığı dava

⁴⁶¹ “ve tazminat davaları” (Üstündağ, Yargılama s.328 dn.89). Bu konuda ayrıca bkz. Muşul s.93.

⁴⁶² Zevkliler / Acabay / Gökyayla s.190. Bu konuda ayrıca bkz. İmre s.266-267.

⁴⁶³ Önen, Yargılama s.55.

⁴⁶⁴ Kuru, Tespit s.7.

⁴⁶⁵ Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul s.286.

⁴⁶⁶ Kuru, Tespit s.7.

⁴⁶⁷ Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul s.286.

⁴⁶⁸ Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul s.286.

⁴⁶⁹ Kısmî dava hakkında geniş açıklama için bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes s.297.300.

ile B'den olan 2.000 lira alacağının tamamını dava edebileceği gibi, bunun yalnız 1.000 lirasını da dava edebilir. Şu kadar ki, kısmî davada, dava edilmeyen bölüm (kalan 1.000 lira) için dava hakkı saklı tutulmalıdır; aksi hâlde A'nın dava etmediği alacak kesiminden vazgeçtiği sanılabilir⁴⁷⁰.

Öte yandan, eda davası hakkın aynen yerine getirilmesi biçiminde açılabilir gibi, asıl edim yerine bir başka edimde bulunması şeklinde de olabilir. Örneğin, A, B'ye karşı, ödünç verdiği 10 ton buğdayın ödenmesi davası açabileceği gibi, eğer B aynı kalitede buğday bulamıyorsa, buğday yerine değerini (örneğin 5.000 lira ödence-tazminat) ödenmesini de dava edebilir⁴⁷¹.

Davalının, davacının istediği edaya mahkûm edilebilmesi için, ilk önce dava konusu hakkın veya hukukî ilişkinin tespit edilmesi gerekir. Mahkeme, incelemesi sonucunda davacının iddia ettiği hakkın veya hukukî ilişkinin mevcut olduğu kanısına varırsa, davalıyı, davacıya belli bir edada bulunmaya mahkûm eder. Buna göre, eda davasının kabulü halinde verilen hüküm iki hususu içerir: 1) Davanın dayandığı hakkın veya hukukî ilişkinin var olduğunun tespiti; 2) Davacının istediği edanın yerine getirilmesi hususunda davalıya yöneltilmiş bir emir⁴⁷².

Eda davalarında önce tespite sonra tespit edilen edime yönelik bu iki bölümlü ayırımın önemi kısmî davalarda hukukî ilişkinin tespitine ilişkin bölümün ikinci davada, eda bölümünün aksine taraflar arasında kesin hüküm teşkil etmesinde görülür⁴⁷³.

Böyle ikili bir ayırma, eda hükümlerinde (her zaman) açıkça yer verilmez. Fakat bu, eda hükümlerine sıkı sıkıya bağlı bir husus olduğundan, her eda hükmü, eda emrinden başka, zorunlu olarak dava konusu hakkın veya hukukî ilişkinin tespitini de kapsar⁴⁷⁴.

⁴⁷⁰ Önen, Yargılama s.55. Karş. Postacioğlu, Usul s.251.

⁴⁷¹ Önen, Yargılama s.55-56.

⁴⁷² Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul s.287.

⁴⁷³ Alangoya / Yıldırım / Deren s.218.

⁴⁷⁴ Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul s.287.

Eda davasının kabulü halinde verilen (olumlu) hükmün tespit bölümü, bundan sonra aynı taraflar arasında aynı hukukî ilişkiye (dava sebebine) dayanarak açılan ikinci davada kesin delil teşkil eder⁴⁷⁵.

Eda davasının reddine ilişkin hüküm, (eda hükmü olmayıp) bir tespit hükmüdür. Çünkü, bununla davacının iddia ettiği hakkın veya hukukî ilişkinin mevcut olmadığı tespit edilir. Bu tespit hükmü de kesin hüküm (HUMK m.237) ve kesin delil teşkil eder⁴⁷⁶.

Davacının haklı olduğunu gösteren ve davalı tarafından edimin yerine getirilmesi emrini kapsayan hüküm yeni bir durum yaratmaz; zaten mevcut olan hakkın varlığını açıklar, haber verir (izhâr, ihbar eder). Bu sebeple eda davaları sonunda verilen hükümler makale şâmil olur yani geçmişe dokunur. Bu kapsamın (şümülün) derecesi duruma göre dava tarihini de aşarak hakkın muaccel olduğu âna kadar gider⁴⁷⁷.

Eda davasının kabulü hakkında verilen hükme rağmen, davalı ilâmın gereğini gönüllü olarak yerine getirmezse, ilâmlı icra yoluyla hükmün icrası mümkündür (İİK m.24 vd.). Bu sebeple, eda hükmünün icraya elverişli, açık ve tereddüde yer vermeyecek şekilde verilmesi gerekir⁴⁷⁸.

Almanya ve İsviçre’de Usul Kanunlarında “Davalı bir irade beyanında bulunmaya mahkûm edilirse, hüküm beyanın yerine geçer...” tarzında bir kaide bulunmasına⁴⁷⁹ karşın Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzda böyle bir hüküm mevcut değildir. Sadece taşınmaz mülkiyetinin nakli ve alacağın temliki bakımından borçlunun beyanına lüzum kalmadan hakkın mahkeme hükmü ile intikâl etmesini sağlayan hükümler vardır (MK m.716-EMK m.642, BK m.164).

⁴⁷⁵ Kuru, Usul II s.1407.

⁴⁷⁶ Kuru, Usul II s.1409.

⁴⁷⁷ Bilge / Önen s.389.

⁴⁷⁸ Pekcanitez / Atalay / Özekes s.289.

Bir şeyin yapılmamasına ilişkin davalarda talebi haklı kılacak hükmün sarih olması ve neyin men edildiğinin açıklıkla hükümden anlaşılması gerektiği hakkında bkz. Üstündağ, Yargılama s.317; Postacioğlu, Usul s.249 dn.25.

⁴⁷⁹ Alman Usul Kanunu § 894; İsviçre Federal Usul Kanunu m.78 (Naklen, Oğuzman / Öz s.334 dn.209).

Bununla beraber bu hükümlerden kıyasen istifade edilerek, diğer hallerde, irade beyanına mahkûm eden mahkeme ilâmının borçlunun beyanının yerine geçeceği savunulmaktadır⁴⁸⁰.

Şayet irade beyanına mahkûmiyet hükmünün beyanın yerine geçeceği kabul edilirse, ilâmın cibrî icrası ihtiyacı ile karşılaşmayacaktır. Aksi hâlde ise, diğer yapma borçlarında olduğu gibi, irade beyanına mahkûmiyet ilâmı da cebren icra edilmek imkânından yoksun bulunduğu için alacaklı tazminat istemekle yetinmek zorunda kalacaktır⁴⁸¹.

Mahkemelerde görülen davaların büyük çoğunluğu eda davasıdır. Esasen HUMK da, kural olarak eda davaları gözönünde bulundurularak hazırlanmıştır⁴⁸².

2. Tespit Davaları⁴⁸³

Tespit davaları, bir hukukî ilişkinin (münasebetin) var olup olmadığının tespitine ilişkin davalardır⁴⁸⁴.

Tespit davaları ile taraflar arasında bir hukukî ilişkinin (münasebetin) veya bir hakkın mevcut olduğunun veya olmadığıнын tespiti amacı güdülür. Bu tür davalarda karşı tarafın bir edimle mahkûmiyeti söz konusu olmadığı gibi, yeni bir hukukî durumun yaratılması da istenmemektedir; sadece bir hukukî ilişkinin (münasebetin) veya bir hakkın mevcut olup olmadığıнын tespiti istenmektedir. Bunun tespitinde de tarafların hukukî yararı (menfaati) bulunabilir. Örneğin, bir kimse, kendisinin belli bir kimsenin mirasçısı olduğunun, belli bir adı taşımaya hakkı olduğunun, belli bir kimseye borçlu olmadığıнын tespitinde fayda

⁴⁸⁰ Bkz. H.Tandoğan, Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961, s.412; Eren, Borçlar Hukuku s.989-990 (Naklen, Oğuzman / Öz s.376).

⁴⁸¹ Oğuzman / Öz s.334.

“Şüphesiz bu hususta en emin yol, yeni Usul Kanununda söz konusu esası açıklayan bir hükme yer verilmesidir.” (Oğuzman / Öz s.334).

⁴⁸² Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul s.287.

Eda davalarının en eski ve bugün dahi en çok rastlanan dava çeşidi olduğu hakkında bkz. Üstündağ, Yargılama s.314.

⁴⁸³ Tespit Davaları hakkında geniş açıklama için bkz. Kuru, Tespit s.12-110.

⁴⁸⁴ Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul s.287.

olduğunu düşünebilir. Keza, senede dayanan bir alacağın tahsili davasında, senedin sahte olduğunu def'i suretiyle ileri sürmektense, borçlu HUMK m.314 gereğince, sahteliğin aslî bir dava ile tespitini menfaatine daha uygun görebilir. Bütün bu hallerde eda davası değil, tespit davası söz konusudur⁴⁸⁵.

Tespit davası, HUMK'nda açıkça düzenlenmiş değildir. Fakat, bazı tespit davalarını düzenleyen özel kanun hükümleri vardır; Örneğin, MK m.27 – EMK m.26; İİK m.69 f.2, İİK m.72, İİK m.89 f.3, HUMK m.519; 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.15 f.2; TTK m.58/a; 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu m.46 gibi⁴⁸⁶.

Tespit davası HUMK'nda açıkça düzenlenmiş olmadığı için bu tür davaların kabulünde Yargıtay başlangıçta çok çekingen davranmış⁴⁸⁷ ancak özellikle son yıllardaki kararları ile, hukukumuzda tespit davalarının caiz olduğunu açık ve kesin bir şekilde kabul etmiştir. Yargıtay'ın kararlarında tespit davasının şartları, tespit davasının niteliğine ve Türk doktrinindeki hâkim görüşe uygun olarak, doğru bir şekilde açıklanmaktadır⁴⁸⁸. Bu nedenle, HUMK'nda tespit davasını düzenleyen açık ve genel bir kanun hükmü bulunmadığı hâlde, uygulama, sanki tespit davalarını düzenleyen genel bir kanun hükmü varmış gibi gelişmiş ve istikrar bulmuştur⁴⁸⁹.

Türk doktrininde de, hukukumuzda tespit davalarının caiz olduğu hakkında tam bir görüş birliği vardır⁴⁹⁰.

Tespit davasının işlevi, bir hukukî ilişkinin (münasebetin) var olup olmadığının tespiti olup, bundan ileri gitmez. Yukarıda görüldüğü gibi⁴⁹¹ bu

⁴⁸⁵ Bilge / Önen s.391-392.

⁴⁸⁶ Kuru, Usul II s.1411.

⁴⁸⁷ Bilge / Önen s.391-392.

⁴⁸⁸ Bkz. HGK 17.03.1965 T. E: 9/656 K: 120 (RKD, Y.1966, S.3 s.20-24); HGK 20.04.1968, T. E: 4/437 K: 272 (İBD Y.1969, S.1-2 s.39-41); 4.HD 07.06.1983 T. E: 5345 K: 5964 (Yasa, Y.1983, S.12 s.1776).

⁴⁸⁹ Kuru, Usul II s.1411.

⁴⁹⁰ S.Ş.Ansay, **Hukuk Yargılama Usulleri**, B.7, Ankara 1960, s.219 vd.; N.Berkin, **Medenî Usul Hukuku Esasları**, İstanbul 1969, s.99 vd.; Kuru, **Tespit** s.59; Postacıoğlu, **Usul** s.252 vd.; Üstündağ, **Yargılama** s.261 vd.; Bilge / Önen s.391-392.

⁴⁹¹ Bkz. yuk.s.112.

tespit işlevi (bölümü) eda davalarında da vardır. Bundan başka, eda davalarının ikinci bir (eda) bölümü vardır ki, bu bölüm tespit davalarında yoktur. Bu nedenle, eda davası aynı konudaki tespit davasını da (talebini de) içeren daha geniş kapsamlı bir davadır. İşte bundan dolayı, tespit davası, eda davasının öncüsüdür⁴⁹².

Eda davasının mümkün olmaması nedeniyle (zorunlu olarak) tespit davası açılmış olması halinde tespit davası görülürken (tespiti istenen hukukî ilişkiye - münasebete- dayanarak) eda davası açma imkânı doğarsa, davacının, tespit davasına devam edilmesinde artık hukukî yararı kalmaz. Bu nedenle (ve tespit davası da eda davasının öncüsü olduğundan), davacının talebi üzerine, tespit davasına eda davası olarak devam edilebilmelidir; bu husus, davalının muvafakatına (HUMK m.185 f.2) bağlı olmamalıdır⁴⁹³. Çünkü, buradaki iddianın genişletilmesi dava açılmasından sonra ortaya çıkan bir duruma (yani davacının iradesine) dayanmaktadır⁴⁹⁴.

Buna karşılık, davacı, başlangıçta eda davası açması mümkün olduğu hâlde, tespit davası açmış ise, davalının muvafakatı olmadan, tespit davasına eda davası olarak devam edilmesini isteyemez; çünkü davacının daha başlangıçta, tespit davası açmakta hukukî yararı yoktur⁴⁹⁵.

Tespit davasının dinlenebilmesi (esasına girilebilmesi) için, diğer genel dava şartlarından⁴⁹⁶ başka, şu iki (ek) şartın da bulunması gerekir: 1) Tespit davasının konusu yalnız hukukî ilişkiler (münasebetler) olabilir. 2) Davacının bir

⁴⁹² Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul s.288.

⁴⁹³ Kuru, Usul II s.1461-1462.

Bununla Kuru'nun Tespit Davaları isimli kitabının 46 ncı sayfasının başında yer alan tespit davasının eda davasına çevrilmesinin talep sonucunun genişletilmesi anlamına geleceği, bununsa Türk Hukuku bakımından mümkün olmadığı bundan dolayı davacının tespit davasına eda davası olarak devam edemeyeceği yönündeki görüşünden dönmek gereği duyduğu anlaşılmaktadır. Bkz. Kuru, Tespit s.46; Kuru, Usul II s.1461 dn.115.

⁴⁹⁴ Postacıoğlu, Usul s.263; Kuru, Usul II s.1412. Karş. Üstündağ, Yargılama s.334; Muşul s.97.

⁴⁹⁵ Kuru, Usul II s.1462 dn.17.

⁴⁹⁶ Dava şartları hakkında geniş açıklama için bkz. B.Kuru, Dava Şartları, **Ord.Prof.Sabri Ansay'ın Hatırasına Armağan** s.104-147.

hukukî ilişkinin var olup olmadığının hemen tespit edilmesinde hukukî yararı (menfaati) bulunmalıdır⁴⁹⁷.

Bu iki şart dava şartı niteliğinde olduğundan, yerine getirilmediğinde, davanın esasa girmeden reddi gerekir⁴⁹⁸.

Tespit davasının konusu yalnız (ancak) hukukî ilişkiler olabilir. Hukukî ilişkiden maksat, bir kişi ile diğer bir kişi veya bir mal (eşya) arasında somut bir olaydan doğan hukukî ilişkidir. Her çeşit hukukî ilişki, tespit davasının konusu olabilir (borç ilişkileri, aynî haklar, zilyetlik, aile hukuku ilişkileri, miras hakkı, mahfuz hisse, fikrî haklar, isim hakkı, firma üzerindeki haklar, üyelik hakları gibi)⁴⁹⁹. Hukukî ilişkinin (münasebetin) şarta veya vadeye bağlı olması tespit davasına konu teşkil etmesine engel olmaz⁵⁰⁰.

Buna karşılık soyut hukukî ilişkiler veya maddî vakıalar tespit davasının konusu olamaz. Örneğin, genel olarak davalının bir yükümlülüğü bulunup bulunmadığı, bir kazanın meydana gelip gelmediği, bir şeyin durumunun tespiti, tespit davasının konusunu oluşturmaz. Özellikle bir davada delil olarak kullanılacak hususların tespiti, tespit davasının konusunu meydana getirmez. Bu konuda deliller hakkında geçici hukukî koruma niteliğinde olan delil tespitinin talep edilmesi gerekir. Örneğin, ileride açılacak eda davası niteliğindeki tazminat davasında kullanılacak delil elde edebilmek için, bir trafik kazası sonucu araçta meydana gelen zararın tespiti, tespit davasının değil, delil tespitinin konusunu oluşturur⁵⁰¹. Gelecekte ortaya çıkabilecek hukukî ilişkilerin (münasebetlerin) tespiti de, tespit davasına konu yapılamaz. Örneğin, yaşayan bir şahsın ileride bırakacağı terekesindeki muhtemel miras payının şimdiden tespiti için dava açılmaz⁵⁰². Ayrıca bazı davalar, tespit davası görülüp o şekilde adlandırılırsalar da tespit davası değildir. Örneğin, kira tespit davaları, esasen bir

⁴⁹⁷ Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul s.289.

⁴⁹⁸ Pekcanitez / Atalay / Özekes s.291.

⁴⁹⁹ Kuru, Usul II s.1428.

⁵⁰⁰ Muşul s.95; Üstündağ, Yargılama s.331.

⁵⁰¹ Pekcanitez / Atalay / Özekes s.292.

⁵⁰² Muşul s.95.

sözleşmenin içeriğinin yeniden düzenlenmesi anlamına geldiğinden inşaî dava niteliğindedir⁵⁰³.

Tespit davasının ikinci şartı, hukukî yarardır. Yani, davacının tespit davasına konu yapılan hukukî ilişkinin hemen tespit edilmesinde hukukî yararının bulunması şarttır⁵⁰⁴. Bu nedenle diğer davalarda aranan hukukî yarar yanında, tespit davası açan davacının, kendisi için söz konusu olan tehlike veya tereddütlü durumun ortaya çıkaracağı zararın ancak tespit davası ile giderilebileceğini ispat etmesi gerekir. Eğer davacı, kendisini tehdit eden tehlikenin, tespit davası ile giderilebileceğini ispat ederse hukukî yararının varlığından söz edilebilir⁵⁰⁵. Örneğin bir hakkın tâbi olduğu zamanaşımı süresinin kesilmesi için, hakkın varlığının tespiti talebiyle tespit davası açılmasında davacının hukukî yararı (menfaati) mevcuttur. Henüz vadesi gelmediğinden kabili talep olmayan bir alacağın varlık ve miktarının tespiti talep edilerek, tespit davası açılabilir⁵⁰⁶. Hukukî ilişkinin (münasebetin) tarafı olmayan kimsenin de tespit davası hukukî yararının (menfaatinin) bulunması şartıyla tespit davası açabileceği kabul edilmektedir⁵⁰⁷.

Buna karşılık tespit davası ile elde edilecek hukukî koruma başka bir yolla veya başka bir davayla sağlanabiliyorsa, bu konuda tespit davası açmakta hukukî yarar bulunmamaktadır. Özellikle eda davası açılabilen durumlarda tespit davası açılmaz⁵⁰⁸. Çünkü eda davası sonunda verilen hüküm aynı zamanda bir tespiti de içermektedir. Bundan başka, eda davası açılması mümkün olan hallerde, tespit davası açılmasına da izin verilirse, dava sayısının iki misline çıkması tehlikesi vardır. Bu ise, yalnız mahkemelerin (zaten çok olan)

⁵⁰³ K.Tunçomağ, **Borçlar Hukuku**, C.II, B.2, İstanbul 1974, s.248; Pekcanitez / Atalay / Özekes s.292-293; Alangoya / Yıldırım / Deren s.220. Aksi görüş için bkz. S.Olgaç, **Kira Parasını Tespit ve Tahliye Davaları**, İstanbul 1968, s.97; Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul s.290; Kuru, Usul II s.1426; Önen, Usul s.56; Postacioğlu, Usul s.256-257; Üstündağ, Yargılama s.328.

⁵⁰⁴ Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul s.289; Kuru, Usul II s.1424.

⁵⁰⁵ Pekcanitez / Atalay / Özekes s.292.

⁵⁰⁶ Muşul s.96.

⁵⁰⁷ Alangoya / Yıldırım / Deren s.220; Kuru, Tespit s.24; Muşul s.95; Üstündağ, Yargılama s.331.

⁵⁰⁸ Pekcanitez / Atalay / Özekes s.292.

işlerini çoğaltmakla kalmayıp, aynı zamanda hak arayanlar içinde zaman ve para kaybına sebep olur ve bu nedenle usul ekonomisine aykırı düşer⁵⁰⁹. Ancak doktrin ve uygulamada, hakkın bütün kapsamı (şümulü) ile belli olmadığı hallerde, belli olan kısmı için bir eda davası ile hukukî ilişkinin (münasebetin) bütününe kapsayan bir tespit davasının birleştirilebileceği görüşü benimsenmektedir⁵¹⁰.

Tespit davasının HUMK'nda genel bir şekilde (açıkça) düzenlenmediği, ancak bazı tespit davalarını düzenleyen özel kanun hükümlerinin bulunduğu yukarıda belirtilmişti⁵¹¹. İşte bir kanun hükmü ile açıkça düzenlenen tespit davalarında, yukarıda incelenen hukukî yarar ve hukukî ilişki şartını aramaya (incelemeye) kural olarak gerek yoktur. İlgili kanun hükmünün öngördüğü biçimde açılan tespit davasının dinlenme şartları varsayılır ve mahkemece davanın esasının incelenmesine geçilir⁵¹².

Tespit davası bakımından kanunlarda bir zamanaşımı süresi öngörülmediğinden, taraflar arasındaki hukukî ilişki (münasebet) devam ettiği sürece her zaman tespit davası açılıp hukukî ilişkinin (münasebetin) tespiti istenebilir⁵¹³. Hatta, Yargıtay'a göre⁵¹⁴, bir hakkın zamanaşımına uğramış olması o hakkın varlığının tespiti için tespit davası açılmasına engel değildir.

⁵⁰⁹ Kuru, Usul II s.1437.

⁵¹⁰ Ansay s.224; Kuru, Tespit s.39 vd.; Bilge / Önen s.393. Ayrıca bkz. 05.02.1962 gün ve 24/2 sayılı İBK (RG 23.03.1962, 11064). "Bu içtihatı birleştirme kararında telefon abonelerinin fazla ödedikleri sabit tesis ücretlerini geri isteyebilecekleri gibi, Genel Müdürlüğün bundan böyle bu ücreti isteme hakkının bulunmadığının tespitini de dava edebilecekleri açıkça belirtilmektedir." (Bilge / Önen s.393 dn.18).

⁵¹¹ Bkz. yuk.s.115.

⁵¹² Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul s.290-291.

Bir kanun hükmü ile açıkça düzenlenen tespit davalarına, "... ismi çekişme konusu olan kişinin, isminin tanınması için tespit davası açması (MK m.26 f.1 – EMK m.25) ya da borçlunun icra takibinden önce veya takip sırasında borçlu bulunmadığının ispatı için menfî tespit davası açması (İİK m.72) ..." örnek olarak gösterilebilir. Bkz. Kuru, Usul II s.1455 ve s.1456. Daha başka örnekler için bkz. Kuru, Usul II s.1455 vd.

⁵¹³ Kuru, Tespit s.106; Ansay s.225; Muşul s.96.

Yargıtay da tespit davalarının zamanaşımına tâbi olmadığı kanaatindedir. Bkz. 4.HD 04.01.1957 T. E: 7803 K: 61 (Jurisdiction, Y.1957, S.9, s.815-816).

⁵¹⁴ HGK 12.02.1958 T. E: 4/19 K: 12 (ABD, Y.1958, S.3, s.153-154).

Zira zamanaşımına uğramış bir hak, ileride eda davasına konu yapıldığı taktirde, davalı ancak o zaman zamanaşımı savunmasında bulunabilecektir⁵¹⁵.

İki çeşit tespit davası vardır.

Bir hukukî ilişkinin varlığının tespitine yönelik açılan davaya müspet (olumlu) tespit davası denir⁵¹⁶. Bu dava, davacının varlığını iddia ettiği hukukî ilişkinin davalı tarafından inkâr edilmesi halinde açılır⁵¹⁷. Örneğin bir sözleşmenin var olduğunun tespitine yönelik açılan dava müspet (olumlu) tespit davasıdır⁵¹⁸.

Müspet (olumlu) tespit davasının kabulü halinde verilen hüküm ile hukukî ilişkinin var olduğu, davayı esastan reddeden hüküm ile de hukukî ilişkinin yok olduğu (mevcut olmadığı) kesin olarak (HUMK m.237) tespit edilmiş olur⁵¹⁹.

Davacı açtığı davayla, davalının var olduğunu iddia ettiği bir hukukî ilişkinin bulunmadığının tespitini istiyorsa, bu tür tespit davasına da menfî (olumsuz) tespit davası denir⁵²⁰. Bir hukukî ilişkinin mevcut olmadığının tespit edilmesi hakkında menfî tespit davası açılabilmesi için, davalının daha önce o hukukî ilişkinin varlığını iddia etmiş olması gerekir⁵²¹. Örneğin, davacının, ileride

⁵¹⁵ Yargıtay'ın bu görüşü doktrinde Üstündağ tarafından "Tespit hükmünün yerine getirilmesi için daha sonra bir eda hükmüne bürünme gerekli olan haller bakımından bu çözüm tarzına katılmakta bir sakınca yoktur. Fakat öyle haller ortaya çıkar ki, bu hallerde, elde edilen tespit hükmü, başka bir işleme gerek kalmaksızın, bütün hukukî sonuçları doğuracaktır. Davacının elde edeceği mücerret tespit hükmü ile amacına ulaşabileceği bu gibi faraziyelerde, pasif süjenin zamanaşımı def'ini nazara almamak onun bir daha bu hakkını kullanabilmesine imkân tanımamak olacaktır. Bu nedenle Yargıtay'ın bu konuda yaptığı genelleme doğru olmasa gerekir." demek sureti ile tenkit edilmektedir. Bkz. Üstündağ, Yargılama s.331. Ayrıca bkz. Üstündağ, Yargılama s.491.

⁵¹⁶ Pekcanitez / Atalay / Özekes s.290.

⁵¹⁷ Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul s.291.

⁵¹⁸ Pekcanitez / Atalay / Özekes s.290.

⁵¹⁹ Kuru, Usul II s.1463.

⁵²⁰ Pekcanitez / Atalay / Özekes s.290.

⁵²¹ Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul s.291.

kendisine karşı icra takibi yapılacağından endişelendiği için, davalıya borcu bulunmadığının tespitine yönelik açtığı dava menfî tespit davasıdır⁵²².

Menfî tespit davasının kabulü halinde verilen hüküm ile hukukî ilişkinin mevcut olmadığı (yok olduğu) davayı esastan reddeden hüküm ile de hukukî ilişkinin var olduğu kesin olarak (HUMK m.237) tespit edilmiş olur⁵²³.

Müspet (olumlu) tespit davasının açılması ile dava konusu hakkın tâbi olduğu zamanaşımı kesileceği hâlde, menfî tespit davasının açılması zamanaşımını kesmez. Zira zamanaşımının kesilmesi için bir hakkın kazaî merciler önünde dava veya def'i olarak ileri sürülmesi gerekir (BK m.133 b.2)⁵²⁴.

Tespit davasında yalnız tespit hükmü verilir, ayrıca eda hükmü de verilmez. Çünkü mahkeme talepten fazlaya hüküm veremez (HUMK m.74)⁵²⁵.

Tespit hükümleri sadece tespit davası sonunda sadır olan hükümler değildir. Bir eda davasını veya inşaî davayı reddeden hükümler de tespit hükmü sayılır⁵²⁶.

Tespit hükmü, kesin hüküm (HUMK m.237) ve kesin delil teşkil eder⁵²⁷.

Tespit davası sonunda verilen hükümler, edaya yönelik emir içermediğinden (yargılama giderlerine hükmedilen bölüm dışında)⁵²⁸ ilâmlı icra yolu ile takip edilemez (İİK m.24 vd.).

Buna karşılık, borçlunun belli bir paranın (kayıtsız şartsız) borçlusu olduğunu gösteren müspet tespit hükümleri, İİK m.68 f.1 anlamında, resmi dairelerin yetkileri dahilinde ve usulüne göre verdikleri belgeler niteliğindedir. Bu nedenle alacaklı, müspet tespit hükmüne dayanarak ilâmsız icra takibi yapabilir

⁵²² Pekcanitez / Atalay / Özkes s.290.

⁵²³ Kuru, Usul II s.1464.

⁵²⁴ Muşul s.95.

⁵²⁵ Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul s.292.

⁵²⁶ Üstündağ, Yargılama s.334.

⁵²⁷ Kuru, Usul II s.1464.

⁵²⁸ Alangoya / Yıldırım / Deren s.228.

ve borçlu ödeme emrine itiraz ederse icra tetkik merciinden itirazın kaldırılmasını isteyebilir⁵²⁹.

3. İnşâî Davalar (Yenilik Doğuran Davalar)

Bir hukukî durumun kurulması, değiştirilmesi veya kaldırılması için (yani yenilik doğuran bir hakkın kullanılması için), davacının tek taraflı iradesinin yeterli olmadığı veya bu konuda tarafların anlaşmasının mümkün bulunmadığı, bunun ancak bir mahkeme kararıyla sağlanabildiği durumlarda açılan davaya inşâî dava veya yenilik doğuran dava denir⁵³⁰.

Türk Hukukunda, inşâî dava doktrinde ve içtihatlarda kavram ve kurum olarak kabul edilmiş olmasına rağmen, kanunlarımızda ayrı ve bağımsız bir hükümle düzenlenmemiştir⁵³¹.

İnşâî davalar kural olarak, kanunun açıkça öngördüğü hallerde açılabilir. Bu haller ise, genellikle maddî hukuk tarafından belirlenir⁵³².

İnşâî davalarda özel olarak hukukî yararın (menfaatin) ispatına gerek yoktur. Bu davaların açılmasına imkân tanınan hallerde, bu konuda hukukî yararın (menfaatin) mevcut olduğu da kabul edilir⁵³³. Esasen inşâî davalar

⁵²⁹ Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul s.292.

⁵³⁰ Pekcanitez / Atalay / Özekes s.293.

⁵³¹ Önen, İnşâî Dava s.36.

HUMK'nda inşâî davaya ilişkin herhangi bir düzenlemenin bulunmadığı hakkında bkz. Muşul s.97; Üstündağ, Yargılama s.336.

⁵³² Kuru, Usul II s.1468.

İnşâî davalara başlıca örnekler: Evlenmenin butlanı davası (MK m.145 vd. – EMK m.112 vd.), Boşanma davası (MK m.161 vd. – EMK m.129 vd.), Babalık davası (MK m.301 – EMK m.295), Soybağının (nesebin) reddi davası (MK m.286 – EMK m.242), Ölüme bağlı tasarrufların iptali davası (MK m.557 vd. – EMK m.499 vd.), Tenkis davası (MK m.560 vd. – EMK m.502 vd.), Anonim şirketlerde ve kooperatiflerde genel kurul kararlarının iptali davası (TTK m.381 vd.; Kooperatifler Kanunu m.53), Cezai şartın tenkisi (BK m.161 f.3) davalarıdır. Bkz. Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul s.292; Kuru, Usul II s.1468.

⁵³³ Pekcanitez / Atalay / Özekes s.293.

Eda davalarında inşâî davalarda olduğu gibi hukukî yararın varlığı asıldır. Yani açık olarak belirtilmemiş olsa bile, bir eda davasında hukukî yararın bulunduğu varsayılır. Tespit davalarında bunun aksi söz konusu olup, hukukî yararın (menfaatin) bulunup bulunmadığının mahkemece daha davanın başında

numerus clausus'a tâbi olduğundan, yani ancak kanunun öngördüğü durumlarda açılabilirliğinden, kanun koyucunun her inşâî dava için hukukî yararın (menfaatin) varlığını ve verilecek hükümlerle davanın taraflarına arzulanı hukukî himâyeyi verebileceğini peşin olarak taahhüt ettiğini kabul etmek gerekir⁵³⁴.

Ancak bu kuralın istisnaları bulunabileceğini de burada belirtmek gerekir. Nitekim öyle durumlar olabilir ki, hukukî yarar (menfaat) hiç veya arızî olarak bulunmayabilir. Örneğin boşanma kararı verildikten sonra evliliğin butlanına karar verilmesinde bir hukukî yarar (menfaat) yoktur. Çok istisnaî hallerde ve arızî olarak hukukî yararın (menfaatin) bulunmayacağı inşâî davalara ise özellikle iptal davaları örnek olarak gösterilebilir⁵³⁵.

İnşâî dava mutlaka bir inşâî hakka dayanır. Başka bir ifade ile inşâî hakka dayanmayan bir dava, inşâî dava olarak değerlendirilemez. İnşâî haklar, kural olarak hak sahibinin tek taraflı olarak hakkını kullanmasıyla sonuç doğururlar. Örneğin sözleşmenin feshi tek taraflı bir irade beyanı ile hukukî sonuç doğurur, bunun için ayrıca mahkeme kararına gerek yoktur. Taraflardan biri sözleşmeyi feshetmesine rağmen, diğer taraf bu konuda aksini iddia ediyor veya gerekli hukukî sonucun doğmadığını ileri sürüyorsa, bu konuda ortaya çıkan uyuşmazlık, inşâî dava yoluyla değil, duruma göre eda veya tespit davası yoluyla giderilebilir. Çünkü taraflardan birinin iradesini kullanmasıyla zaten bir hukukî sonuç meydana gelmiştir; açılacak davayla bunun tespiti veya bu hakkın kullanılmasıyla doğan taleplerin hüküm altına alınması istenmektedir⁵³⁶.

Kanun koyucu değişik sebeplerle, bazı inşâî hakların, tarafların tek taraflı irade beyanlarıyla kullanılmasını sakıncalı görmüş ve ancak mahkeme kararıyla

belirlenmesi gerekir. Bu konu hakkında geniş açıklama için bkz. Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul s.279-281; Kuru, Usul II s.1368-1387.

⁵³⁴ Önen, İnşâî Dava s.55-56.

⁵³⁵ Önen, İnşâî Dava s.56.

⁵³⁶ Pekcanitez / Atalay / Özekes s.293.

gerçekleşmesini istemiştir. Bu sebeple bazı inşâî haklar, ancak inşâî dava açılarak kullanılabilir⁵³⁷.

Özellikle kamu düzeni ile ilgili olan veya hukuk güvenliğinin sağlanması ya da üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması gereken durumlarda, hukukî durum değişikliği için sadece hak sahibinin iradesi yeterli görülmemiş, bu iradenin bir de yargı denetiminden geçmesi uygun bulunmuştur. Örneğin boşanma için mutlaka boşanma davasının (MK m.167 vd. – EMK m.135 vd.), babalığa hükmedilebilmek için babalık davasının (MK m.301 vd. – EMK m.295 vd.), anonim şirket genel kurul kararlarının iptal edilmesi için iptal davasının (TTK m.381 vd.) açılması zorunludur. Hâkim, kararını vermeden önce, hakkın kullanılması için gerekli şartların bulunup bulunmadığını kontrol eder ve arzu edilen değişiklik, yani bir hakkın kurulması, değiştirilmesi veya sona ermesi ancak hâkimin kurucu nitelikteki kararı ile gerçekleşir⁵³⁸.

İnşâî davalar genellikle hak düşürücü süreye bağlanmıştır. Nitelikleri itibarıyla bir inşâî dava olan ölüme bağlı tasarrufların iptali davası ile tenkis davası, bu duruma örnek olarak gösterilebilir⁵³⁹.

İnşâî davaların kabulü halinde verilen mahkeme kararı inşâîdir, yani yeni bir hukukî durum yaratır (bir hukukî durumun değiştirilmesi, kaldırılması veya yaratılması)⁵⁴⁰. Buna karşın bir inşâî davanın reddine dair olan hüküm, inşâî bir hüküm olmayıp, eda ve tespit davalarında olduğu gibi, bir tespit hükmüdür. Zira bu red hükmü ile, iddia edilen inşâî hakkın mevcut olmadığı kesin olarak tespit edilir⁵⁴¹.

İnşâî davalar, meydana getirdikleri inşâî tesir bakımından ikiye ayrılır.

İnşâî davaların kabulü halinde verilen inşâî kararlar, kural olarak geleceğe etkilidir. Yani inşâî tesir, kural olarak gelecek (istikbâl) içindir; geçmişe etkili

⁵³⁷ Pekcanitez / Atalay / Özkes s.293-294.

⁵³⁸ Önen, İnşâî Dava s.50; Eren, Borçlar Hukuku. s.63; Kırca s.1201.

⁵³⁹ Eren, Borçlar Hukuku s.64.

⁵⁴⁰ “Hükmün bu inşâî niteliğine inşâî tesir veya yenilik doğurma etkisi denir.” (Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul s.294).

⁵⁴¹ Kuru, Tespit s.9-11.

değildir. Geleceğe etkili inşâ davalarının kabulü halinde verilen inşâî kararlarda, hukukî durumdaki değişiklik (yeni hukukî durum yaratılması), ancak inşâî kararın (hükmün) kesinleşmesi ile meydana gelir. Örneğin eşler ancak boşanma kararının kesinleştiği tarihte boşanmış olurlar (HUMK m.443 f.4)⁵⁴².

Bazı inşâî davaların kabulü halinde verilen inşâî kararlar (hükümler), (eda ve tespit davalarında verilen hükümlerde olduğu gibi) geçmişe de etkilidir. İnşâî hükümlerin geçmişe etkili olması (geriye yürümesi) istisna olup, ancak özel bir sebep bulunması halinde mümkündür⁵⁴³.

İNşâî hükümlerin icra (infaz) edilmesine gerek yoktur. İnşâî tesir⁵⁴⁴, hükmün verilmesi (ve kesinleşmesi) ile kendiliğinden doğar (meydana gelir)⁵⁴⁵.

Ancak bazı inşâî hükümler sonunda değişen hukukî durumun ve ilişkilerin gerektirdiği bazı edimlerin yapılması ya da önlemlerin yerine getirilmesi zorunlu olabilir. Bu durum inşâî hükmün, asıl inşa yanında, bundan kaynaklanan, buna bağlı ve bunun sonucu ve uzantısı niteliğinde bulunan fer'î bir inşayı da ihtiva etmesi ihtimalinde söz konusu olacaktır. Şu hâlde inşâî hükmün aslî bölümü

⁵⁴² Geleceğe etkili İnşâî davaların başlıcaları şunlardır: Derneklerin feshi davası (MK m.89 – EMK m.71); Vakıfların feshi davası (MK m.116 – EMK m.81/A); Evlenmenin butlanı davası (MK m.146 ve m.156 – EMK m.113 ve m.124); Evlenmenin feshi davası (MK m.148 vd. – EMK m.115); Boşanma (ve ayrılık) davası (MK m.161 vd. – EMK m.129 vd.); Aile malları ortaklığının (şirket emvalinin) feshi davası (MK m.380 f.5 – EMK m.330 f.5); Mirasın taksimi davası (MK m.642 – EMK m.583); Paylaştırma (taksim) ve şüyuun giderilmesi davaları (MK m.699, m.703 – EMK m.628, m.631; HUMK m.561, m.569); Adi şirketin feshi davası (BK m.535 f.7); Kollektif şirketin feshi davası (TTK m.185; BK m.535 f.7; TTK m.19); Komandit şirketin feshi davası (TTK m.435, m.436); Limited şirketin feshi davası (TTK m.549 f.4; HUMK m.551 f.2); Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması için açılan davalar, geleceğe etkili inşâî dava niteliğindedir (MK m.705 – EMK m.633). Daha fazla bilgi için bkz. Kuru, Usul II s.1473-1478.

⁵⁴³ Geçmişe etkili inşâî davaların başlıcaları şunlardır: Nesebin reddi davası (MK m.286 – EMK m.242); Nesebin tashihine itiraz davası (MK m.294 – EMK m.251); Evlatlık ilişkisinin kaldırılması davası (MK m.317, m.318 – EMK m.269, m.269a); Babalık davası (MK m.301 – EMK m.295); Ölüme bağlı tasarrufların iptali davası (MK m.557 vd. – EMK m.449 vd.); Anonim şirket genel kurul kararlarının iptali davası (TTK m.381 vd.); Limited şirket genel kurul kararlarının iptali davası (TTK m.536 f.4); Kooperatif genel kurulu kararlarının iptali (bozulması) davası (Kooperatifler Kanunu m.53); Tenkis davası (MK m.560 vd. – EMK m.502 vd.). Daha fazla bilgi için bkz. Kuru, Usul II s.1478-1482.

⁵⁴⁴ Bkz. yuk.s.124 dn.540.

⁵⁴⁵ Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul s.294.

(asıl inşaî hüküm) için icra gerekli olmadığı hâlde, fer'î bölümü (fer'î inşaî hüküm) için icra sorunu doğacaktır. Yalnız belirtmek gerekir ki, icra aşaması inşayı tamamlayan karaktere sahip olmayacaktır. Çünkü hükmün inşaî oluşumu gerek asıl ve gerekse fer'î inşaî hüküm açısından şekli kesin hüküm ile gerçekleşmiştir; dolayısıyla buradaki icra safhası alelâde usulî bir sorun olmaktan ötede anlam ve değer taşımamaktadır⁵⁴⁶.

Fer'î inşaî hükmün bazı edimlere ilişkin olması nedeniyle bunun gerçek bir eda hükmü olduğunu düşünmek yanlış olur. Çünkü buradaki eda tümüyle inşanın bir sonucudur, onunla ayrılmaz bir bütün teşkil eder ve ondan ayrı olduğunun kabul edilmesine imkân yoktur⁵⁴⁷.

Fakat Yargıtay inşaî davanın niteliğine aykırı bir biçimde inşaî hüküm içinde bir eda hükmünün de yer alabileceğini kabul etmektedir⁵⁴⁸.

Fer'î inşaî hükmün içerdiği ve icrası mümkün ve gerekli olan durumlara örnek olarak yine boşanma hükmü (asıl inşaî hüküm) içinde yer alan nafakayı, velâyetin boşanan eşler arasında taksim ve tahsisine ilişkin kararları, mirasta tenkis davasında tenkise bağlı olarak verilen tahsis kararını, kira sözleşmesinin feshi ve tahliye davasında, feshe (asıl inşaî hüküm) dayanarak verilen tahliye kararını (fer'î inşaî hüküm) ve kira tespit davalarında, yeni kira parasının tespiti sonucunda kira farkı alacağına ödenmesine ilişkin olmak üzere verilecek kararları gösterebiliriz⁵⁴⁹.

Bundan başka, inşaî hükümlerin yargılama giderlerine ilişkin bölümü, bir eda hükmü olup, ilâmların icrası yolu ile (İİK m.32) icraya konabilir⁵⁵⁰.

⁵⁴⁶ Önen, İnşai Dava s.196.

⁵⁴⁷ Önen, İnşai Dava s.196.

⁵⁴⁸ HGK 06.12.1989 T. E: 2/480 K: 644 (YKD, Y.1990, S.4, s.512-515) – HGK 27.11.1991 T. E: 2/428 K: 596 (YKD, Y.1992, S.5, s.672-675) – HGK 18.10.1995 T. E: 1/667 K: 812 (İKİD, Y.1996, S.423, s.11685-11686) – HGK 29.03.2000 T. E: 1/707 K: 236 (YKD, Y.2000, S.9, s.1341-1342) – 2.HD 02.05.1974 T. E: 2221 K: 2692 (YKD, Y.1975, S.5, s.45-47).

Yargıtay'ın bu görüşünün inşaî davanın niteliğine aykırı olduğu hakkında bkz. Postacıoğlu, Usul s.267; Önen, İnşai Dava s.196, dn.10; Kuru, Usul II s.1479-1480.

⁵⁴⁹ Önen, İnşai Dava s.196-197.

⁵⁵⁰ Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul s.294; Kuru, Usul II s.1472; Kuru, Tespit s.11.

B. Önalım Davasının Dava Tipolojisindeki Yeri

I. Önalım Davasına Başvurulması

Önalım hakkının niteliği gereği önalım hakkı sahibinin bu hakkını kullanması halinde iki tür davranışla karşılaşma olasılığı vardır. Ya son alıcı, hak sahibinin kullandığı bu hakkını benimseyecek ve satın aldığı payı, almasındaki koşullarla hak sahibine devredecek ya da hakkın kullanılma süresi, satış bedeli ve satış giderleri gibi nedenler ileri sürerek kullanılan hakka karşı duracaktır. İkinci olasılığın gerçekleşmesi halinde, kullanmış olduğu hakkın olumlu veya olumsuz sonucunu almak isteyecek olan hak sahibinin (4721 sayılı Türk Medenî Kanunu önalım hakkının kullanılmasını dava açma koşuluna bağlamış bulunduğundan bu kanunun yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihinden itibaren hakkını kullanmak isteyen her hak sahibinin) başvurabileceği tek yol önalım davasıdır.

II. Önalım Davasının Hukukî Niteliği

Türk Medenî Kanunu'nun 734 üncü maddesinde, "önalım hakkı, alıcıya karşı dava açılarak kullanılır" hükmü yer almaktadır. 735 inci maddede yapılan yollama nedeniyle bu hüküm sözleşmesel önalım hakkı bakımından da uygulanır⁵⁵¹.

Eski Medenî Kanun'da önalım hakkının kullanılmasına ilişkin iradenin dava yoluyla açıklanması koşuluna yer verilmemişti. Hak sahibinin bu yöndeki irade açıklaması alıcı ile hak sahibi arasında satım ilişkisinin kurulmasına yol açan kurucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması olarak kabul edilmekteydi⁵⁵².

Görüldüğü üzere, Türk Medenî Kanunu'nun 734 üncü maddesi ile birlikte artık önalım hakkının dava dışı yenilik doğuran bir beyanla kullanılması ve satış ilişkisinin bu şekilde kurulması imkânı hukuken ortadan kalkmıştır⁵⁵³.

⁵⁵¹ Buz s.158.

Bu hükmün sözleşmesel önalım hakkına uygulanmamasının daha doğru olacağı görüşü için bkz. Ertaş 383.

⁵⁵² A.Kılıçoğlu, Yenilikler s.356.

⁵⁵³ Gümüş'e göre MK m.743 f.1'in açık lâfzî ve açılacak davanın aşamalarına ilişkin ayrıntılı açıklamaları (MK m.734 f.2) ve tarihsel yakınlık nedeniyle madde gerekçesi esas alınarak yapılacak lâfzî ve sübjektif tarihi yorum, önalım hakkının dava yolu

Neden bu tür bir hüküm değişikliğine gidildiği sorusunun cevabı madde gerekçesinde yer almaktadır: “Maddenin birinci fıkrası ile önalım hakkının alıcıya karşı dava açılması suretiyle kullanılması esası getirilmiştir. Yürürlükteki hükümler önalım hakkının dava dışı bir beyanla kullanılabilmesine olanak sağlamaktadır. Ancak buna rağmen bu beyanla istenilen sonucun elde edilmesi sonuçta daima bir dava açılmasını gerektirmektedir. Yeni düzenlemeyle uygulamada önalım hakkının gerçekleşmesinin daima bir davayı gerektirmesi, kanun hükmü haline getirilmiş olmaktadır.”⁵⁵⁴

dışında kullanılabileceğini ileri sürmeyi olanaksızlaştırmaktadır. Bu durumda gerekçenin ve sübjektif tarihi yorumun tamamen göz ardı edilmesiyle, şöyle bir akıl yürütme ile önalım hakkının dava yoluna başvurmaksızın da kullanılabileceğinin kabulü mümkündür. Nasıl ki satım sözleşmesine ilişkin BK m.193 f.2, m.203 f.1, m.206 f.1'deki “dava edilebilir” ifadeleri, “ileri sürülebilir” şeklinde anlaşılıyorsa, MK m.734 f.1'deki “dava açılarak kullanılır” ifadesi de aynı şekilde yorumlanabilir. Böyle uç bir yorum kabul edilmese bile, en azından tarafların önalım hakkını dava dışı kullanmaları halinde, taraflar hakkın meydana getireceği hukuksal sonuç üzerinde her türlü çekişmeden uzak bir şekilde anlaşmaya vardıkları takdirde, önalım hakkının dava dışı kullanımı dürüstlük kuralı çerçevesinde (MK m.2 f.1) hüküm ve sonuç doğurmalıdır. Bu kapsamda tapu memurları, önalım hakkının dava dışı kullanıldığının ispatlandığı ve önalım hakkı yükümlüsünün hak sahibi lehine tescil talebinde bulunduğu hallerde, önalım hakkının dava yoluyla kullanılmadığından hareketle talebi reddetmemeli ve tescili icra etmelidir. Yine taraflardan birisi tarafından sonradan çıkarılan uyuşmazlıklarda, MK m.2 f.2 venire contra factum proprium (çelişkili davranış yasağı) kapsamında geniş ölçekli bir uygulama alanı bulmalıdır. Bkz. Gümüş s.140 dn.119.

Ertaş'a göre de, önalım hakkının dava dışı kullanımı yasaklanmamış sadece önalım davası açma hakkı MK m.733 f.3'de yer alan hak düşürücü süreye tâbi tutulmuştur. Önalım hakkının dava dışı kullanılmış olması ise MK 733 üncü maddedeki süreleri artık kesmeyecektir. Yasal önalım hakkının bu şekilde dava dışı da kullanılabileceği kabul olunursa, yasal önalım hakkının kullanılması ile payı devir alan veya henüz tescil yapılmamış ise payı satan paydaş, önalım hakkı sahibine önceki satışın şartları ile satış sözleşmesi yapıp, tapuya tescil talebinde bulunma borcu altına girer. Bkz. Ertaş s.383.

Türk Medenî Kanunu'nun 734 üncü maddesinin 1 inci fıkrasına ilişkin gerekçeden (734 üncü maddenin 1 inci fıkrasının gerekçesi için bkz. a.ş.a.s.128) söz konusu değişiklik ile önalım hakkının dava dışı kullanımının engellenmesinin amaçlandığı anlaşıldığından, biz Gümüş ve Ertaş'ın yukarıda yer alan görüşlerindeki uç yorumlara katılmaya imkân göremiyoruz.

⁵⁵⁴ Buz s.158.

Kanunun gerekçesinden anlaşıldığı üzere kanun koyucu önalım hakkına ilişkin beyanla istenilen sonucun elde edilebilmesi için daima bir dava açılmasının gerektiği inancındadır⁵⁵⁵.

Ancak “uygulamada önalım hakkının gerçekleştirilmesinin daima bir davayı gerektirmesi” bu hakkın bir yenilik doğuran dava hakkı olarak düzenlenmesine gerekçe oluşturamaz. Bu iddianın tam olarak bir gerçeği yansıtmadığı bir yana, önalım hakkı bakımından söz konusu olan durum fesih, iptal ve dönme gibi diğer yenilik doğuran haklardan farklı değildir. Bu yenilik doğuran haklar bakımından da arzu edilen sonucun elde edilmesi bazen dava açılmasını gerektirebilir. Madde gerekçesinden hareket edildiği takdirde hemen hemen bütün yenilik doğuran hakların dava açılması suretiyle kullanılması gerektiği sonucuna varılacaktır ki, yenilik doğuran hak kavramını Türk Hukuk Sisteminden dışlayan ve onun yerine yenilik doğuran dava hakkını esas alan bu anlayışın kabul edilmesi mümkün değildir⁵⁵⁶.

Yukarıda aynen aktardığımız madde gerekçesinde “bu beyanla istenilen sonucun elde edilebilmesi sonuçta daima bir dava açılmasını gerektirmektedir” ifadesi yer almaktadır. Bu ifade üzerinde durulması gerekmektedir. “Beyanla istenilen sonuç” ifadesiyle kastedilen bir yenilik doğuran hak olan önalım hakkının kullanılması üzerine meydana gelen hukukî ilişkinin icrasından başka bir şey olamaz. Önalım hakkının kullanılması üzerine taraflar arasında bir satım sözleşmesi meydana gelir. Buna göre alıcının sözleşme konusu şeyi hak sahibine devretme, hak sahibinin ise önalım bedelini ödeme yükümlülüğü

⁵⁵⁵ Önalım hakkının dava yoluyla kullanılmasını öngören MK m.734/735 hükmünü isabetsiz bulan yazarlar için bkz. A.Arpaç, Eşya Hukukumuzda Yeni Medenî Kanunla Yapılan Değişikliklerden Bazılarına Kısa Bir Bakış (**Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara 2004, s.105); Kırca s.1201-1202; Gümüş s.139-140; Sungurbey, Temel Sorunlar s.207-208.

Tunaboşlu ise Şuf'a Davaları isimli kitabının 1996 yılındaki 1 inci baskısında önalım hakkının dava dışı bir irade açıklaması ile kullanılmasının (uzun sürecek dava yoluna gidilmesinin önüne geçeceği için) asıl yol olması gerektiğini savunmakta iken; aynı kitabın 2004 yılındaki 3 üncü baskısında nedenini açıklamaksızın önalım hakkının sadece dava açmak suretiyle kullanılabilmesine ilişkin getirilen yeni düzenlemenin önceki düzenlemeden daha isabetli olduğunu beyan etmektedir. Bkz. Tunaboşlu, Şuf'a Davaları s.36; M.Tunaboşlu, **Önalım Davaları**, B.3, Ankara 2004, s.24. Ayrıca bkz. ve karşı. Tunaboşlu, Önalım Davaları s.24.

⁵⁵⁶ Buz s.158.

doğar. Madde gerekçesi anlamında “istenilen sonuç” tarafların ve özellikle de alıcının bu borcunu yerine getirmesidir. Eğer taraflar bu borçlarını yerine getirmez ve özellikle de alıcı malın mülkiyetini önalım hakkı sahibine devretmez ise, hak sahibi alıcıyı dava edecektir. Fakat gözden kaçırılmaması gereken husus bunların birer alacak niteliği taşımasıdır. Yenilik doğuran hakların kullanılması üzerine çoğu zaman alacak hakkı meydana gelir. Taraflara tek yanlı olarak bir hukukî ilişkiyi kurma, değiştirme veya sona erdirme yetkisi veren yenilik doğuran haklar dava yoluyla kullanılmaya muhtaç olmadıkları hâlde, bu hakların kullanılması ile doğan şahsî nitelikteki alacak haklarının yerine getirilmemesi halinde dava açılması gerekecektir. Görüldüğü gibi sonuçta davaya muhtaç olan hak türü yenilik doğuran hak değil, bu hakkın kullanılması üzerine meydana gelen alacak haklarıdır⁵⁵⁷.

Madde gerekçesinde, önalım hakkının dava dışı bir beyanla kullanılması halinde dahi bu beyanın sonuç doğurması için bir dava açılmasının gerekli olduğu ileri sürülmekte ve bu durum hükmün sevkine sebep olarak gösterilmektedir. Bu gerekçeden hareket edildiğinde günlük yaşamda karşılaşılan her hakkın mutlaka dava açılarak kullanılması gerektiği sonucuna varılacaktır⁵⁵⁸. Bu ise bizi aynı zamanda alacak haklarının da her halükârda dava yoluyla kullanılması gerektiği sonucuna götürülecektir. Özellikle ekonomik kriz dönemlerinde alacak haklarının icrası çoğu zaman dava açılmasını gerektirmektedir. Aynı gerekçeden hareketle alacak haklarını da bir yenilik doğuran dava hakkı olarak kabul etmek gerekecektir ki, böyle bir anlayış bizi, 19 uncu yüzyılın ortalarında Windscheid’in katkılarıyla artık aşılmış olan Roma Hukuku’nun “actio” sistemine geri götürecektir⁵⁵⁹.

Bazı istisnaî durumlarda yenilik doğuran haklar, yenilik doğuran bir dava (inşaî dava) yoluyla kullanılabilir⁵⁶⁰. Ancak yenilik doğuran hakların dava yoluyla kullanılması daha çok kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği

⁵⁵⁷ Buz s.158-159. Ayrıca bkz. yuk.s.8.

⁵⁵⁸ Arpacı s.105.

⁵⁵⁹ Buz s.159. Ayrıca bkz. yuk.s.107 dn.447.

⁵⁶⁰ Önen, İnşaî Dava s.11.

konularda olabilir⁵⁶¹. Öyle ki taraflar bu tür konularda karşılıklı anlaşmalarıyla yenilik doğuran dava haklarının meydana getirdiği hukukî sonucu sağlayamazlar. Karı kocanın anlaşarak diledikleri şekilde boşanmaları veya çocuklarının evlilik dışı olduğuna serbestçe karar vermeleri mümkün değildir⁵⁶². Oysa önalım hakkının meydana getirdiği sonuç, alıcı ile hak sahibi arasında yapılan anlaşma ile sağlanabilir. Bu hususta devletin hak ve adalet dağıtma tekeline başvurmayı gerektirecek bir durum söz konusu değildir⁵⁶³. Bu durum karşısında önalım hakkına ilişkin olarak şu soru akla gelmektedir: Acaba alıcı önalım hakkı sahibinin hakkını kullanmasına itiraz etmiyorsa ne olacaktır? Hak sahibi buna rağmen hakkını kullanmak için mutlaka dava açmak zorunda mıdır? Bu sorunun olumlu cevaplandırılması mümkün değildir⁵⁶⁴. Ayrıca önalıcı kurucu yenilik doğuran bir hak olan önalım hakkını kullanmakla hâkimin hükmüne gerek kalmadan satım ilişkisini doğurabildiğine göre, önalım hakkının kullanılabilmesi için de dava açmanın gerekli görülemeyeceği meydandadır⁵⁶⁵.

4721 sayılı Medenî Kanun dava yoluyla kullanma şartını sadece önalım hakkı bakımından öngörmektedir. Geri alım ve alım hakları bakımından böyle bir şart öngörülmemiştir⁵⁶⁶. Oysa bu yenilik doğuran haklar arasında en tehlikeli olanı alım hakkıdır. Önalım hakkının kullanılması için satıcının sözleşme konusu malı üçüncü bir şahsa satması gerekli olduğu hâlde, alım hakkı bakımından böyle bir şart dahi mevcut değildir⁵⁶⁷. Başka bir deyişle, alım hakkı sahibi,

⁵⁶¹ Bu konuların neler olduğu hakkında bkz. yuk.s.8.

⁵⁶² Bu hallerde bir hakkın kurulması, değiştirilmesi veya sona ermesi ancak hâkimin kurucu nitelikteki kararı ile gerçekleşir. Bkz. Önen, İnşâî Dava s.50. Buradaki hüküm yenilik doğurucu bir hükümdür. Bkz. Kırca s.1201.

⁵⁶³ Kırca s.1202. Aynı görüşte bkz. İ.Sungurbey, **Medenî Hukukun Temel Sorunları**, Ankara 2003,s.208; S.Kaneti, "Türk Medenî Kanunu Öntasarısının Eşya Hukuku Bölümüne Toplu Bakış", **İBD**, Y.1985, C.LIX s.885; Buz s.159.

Nitekim bu söylenenleri doğrular şekilde, yenilik doğuran bir hak olarak kabul edilen önalım hakkının, dava yoluyla kullanma zorunluluğuna ilişkin karşılaştırmalı hukukta herhangi bir hüküm de bulunmamaktadır. Bkz. Kırca s.1202 dn.83.

⁵⁶⁴ Buz s.159-160.

⁵⁶⁵ Sungurbey, Temel Sorunlar s.208.

⁵⁶⁶ Arpacı s.105.

⁵⁶⁷ Bkz. yuk.s.48.

tamamen kendi başına buyruk bir şekilde, dilediği zaman bu hakkını kullanabilir. İlginçtir kanun koyucu alım hakkının kullanılması için dava açma şartı öngörmemiştir. 4721 sayılı Medenî Kanun açısından da geri alım ve alım hakları hâlâ birer yenilik doğuran haklardır⁵⁶⁸.

Medenî Kanundaki bu konuda değişiklik 1984 öntasarısında da bulunmaktadır. Söz konusu tasarının gerekçesinde “uygulamada büyük çoğunlukla önalım hakkının dava yoluyla kullanıldığı hallerde, süresi içinde kullanılmış olup olmadığının uyuşmazlıklara yol açtığı, tasarıdaki çözümün uygulamada benimsenmiş olan çözümü kanun hükmüne bağladığı, böylece hakkın süresi içinde kullanılmış olup olmadığı konusundaki uyuşmazlıklara yer kalmayacağı” ifade edilmektedir⁵⁶⁹.

Oysa, önalım hakkının noter aracılığı kullanıldığı durumlarda süresi içinde kullanılmış olup olmadığı kolaylıkla ispatlanabilir⁵⁷⁰. Bu itibarla söz konusu gerekçe, bir taraftan önalım hakkı sahibinin dava açmadan, tek taraflı irade beyanı ile hakkını kullanma imkânının elinden alınması, diğer taraftan yenilik doğurucu haklar sistemine ters düşen bir düzenlemenin kabulü için haklı bir sebep oluşturmamaktadır⁵⁷¹.

⁵⁶⁸ “O hâlde ortaya çıkan tabloyu bir benzetmeyle tarif etmeye çalışalım: Yeni Medenî Kanun, pompalı tüfeği ruhsata bağladığı hâlde, roketatar taşımayı serbest bırakmıştır. Bunun mantıkla bağdaşır bir yanı yoktur. Daha da vahim olanı, 2005 tarihli Türk Borçlar Kanunu tasarısının 247 nci maddesinde de, önalım hakkının dava açılması suretiyle kullanılacağı öngörülmektedir. Kanun koyucu Medenî Kanun’da yapılan bu vahim hatayı Borçlar Kanununda düzeltmek yerine yanlışta ısrar etme yolunu tercih etmiştir.” (Buz s.160).

⁵⁶⁹ Türk Medenî Kanunu Öntasarısı ve Gerekçesi, İstanbul 1984, s.255 ve s.396 (Naklen, Kırca s.1202).

⁵⁷⁰ Sungurbey, Temel Sorunlar s.208.

⁵⁷¹ Kırca s.1202.

Buz’a göre herhangi bir kabul edilebilir gerekçeye dayanmayan, tuhaf durumların doğmasına yol açan ve doktrinde de eleştirilere hedef olan (bkz. yuk.s.127-128 dn.553) Türk Medenî Kanunu’nun m.734/735 hükümleri karşısında dahi önalım hakkının bir yenilik doğuran hak olduğu noktasında, ısrar etmek gerekir. Bu teorik ve mantıki temelden yoksun düzenlemeleri “tevil” etme çabalarının başarıya ulaşma şansı mevcut değildir. Kanun’un açık hükmüne sadakatsizlik anlamına gelecek bu ısrar, belki söz konusu düzenlemenin bir an önce değiştirilmesine katkıda bulunabilir. Bkz. Buz s.160.

Ayrıca önalım hakkının önalım davası açılarak kullanılması, önalıcıyı pek yüksek dava harçları, gereğinde avukat paraları ödeyip üç ay içinde dava açmak zorunda bırakacak, yoksa önalım hakkı düşecektir ki, böyle bir sonucun hakkaniyete de ne denli aykırı olduğu meydandadır⁵⁷².

Daha önce yukarıda da görüldüğü üzere önalım hakkının niteliği bu yöndeki iradenin bir dava yoluyla açıklanmasını gerektirmemektedir⁵⁷³. Ancak 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu önalım hakkının kullanılmasını dava açma koşuluna bağlamış bulunmaktadır⁵⁷⁴. Böylece önalım hakkının kullanılması kurucu yenilik doğuran bir dava niteliğini almıştır⁵⁷⁵. Önalım hakkının kullanılmasına ilişkin iradenin dava yoluyla açıklanmasının zorunlu olmadığı 743 sayılı EMK döneminde ise açılan davanın bir ifa davası olduğunun kabul edildiği görülmektedir⁵⁷⁶.

Yeni Medenî Kanun'da önalım hakkının yenilik doğuran dava hakkı olarak düzenlenmesinin bu hak grubunun dayandığı temel düşünceyle bağdaşmaması⁵⁷⁷ ve davaya muhtaç olan hak türünün yenilik doğuran hak değil, bu hakların kullanılması üzerine meydana gelen alacak hakları olması⁵⁷⁸ nedeni ile önalım davasının yenilik doğuran dava niteliğini aldığı 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'ndaki son düzenlemeyi isabetli olarak kabul etmek mümkün değildir.

Önalım davasının hukukî niteliğinin doğru bir biçimde ortaya konulabilmesi için öncelikle önalım hakkının kullanılmasıyla birlikte alıcı ile önalım hakkı sahibi arasında kendiliğinden meydana gelen satım sözleşmesinden kaynaklanan bir davanın yenilik doğuran hüküm almayı

⁵⁷² Sungurbey, Temel Sorunlar s.208.

⁵⁷³ Bkz. yuk.s.7-8.

⁵⁷⁴ Bkz. yuk.s.61.

⁵⁷⁵ Bkz. A.Kılıçoğlu, Yenilikler s.36; Oğuzman / Seliçi / Özdemir s.440.

⁵⁷⁶ Bkz. Hatemi / Serozon / Arpacı s.609; Gürsoy / Eren / Cansel s.617-618; Tekinay, Takyitler s.58; Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı s.357 vd., özellikle dn.45'deki açıklamalar; Şıpka s.203.

⁵⁷⁷ Buz s.159.

⁵⁷⁸ Bkz. yuk.s.130. Ayrıca bkz. Buz s.159.

gerektiren bir dava olup olmadığını açıklığa kavuşturmak, bunun için de satım sözleşmesi ile yenilik doğuran (inşai) hakların tanımı ve kapsamı üzerinde kısa bir hatırlatmada bulunmak gerekir. Kural olarak tek taraflı irade beyanı ile yeni bir hukukî durumun yaratılmasını, mevcut hukukî durumun değiştirilmesini veya kaldırılmasını sağlayan haklara yenilik doğuran (inşai) haklar denir⁵⁷⁹. İnşai hak sahibinin bu hakkını tek taraflı olarak kullanmasıyla hukukî sonuç meydana gelir. Bunun için karşı tarafın kabulüne veya mahkeme hükmüne gerek yoktur. Böyle bir hakka dayanılarak mahkemeden hukukî korunma veya yardım istenmesi durumunda yenilik doğuran (inşai) dava söz konusu olur. Yenilik doğuran dava yenilik doğuran bir hakka dayanılarak açılır. Ancak yenilik doğuran hakka dayanılarak açılan her dava yenilik doğuran dava değildir⁵⁸⁰. Satım sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen, karşılıklı ve ani edimleri ihtiva eden, rızaî ve illî bir sözleşmedir⁵⁸¹. Bu sözleşme ile satıcı sözleşme konusu malın mülkiyetini alıcıya geçirmeyi alıcı da malın sözleşmede kararlaştırılmış olan değerini para olarak satıcıya ödemeyi taahhüt eder⁵⁸². Yine sözleşmedeki edimlerin ifasından sonra taraflardan birinin tek taraflı iradesi ile sözleşmenin bozulması mümkün değildir. Edimini sözleşmeye uygun yerine getiren tarafın, karşı taraftan edimini ifa etmesini istemesi, sözleşmeden kaynaklanan bir hakkın kullanılmasından başka bir şey değildir. Bu nedenle bir hakkın ifasını sağlamak amacıyla açılan ve satım sözleşmesinden kaynaklanan önalım davasının, niteliği itibariyle davalının bir iş yapmaya, bir şey vermeye veya bir işi yapmamaya mahkûm edilmesi istemini içeren eda davası niteliğinde olduğunun kabul edilmesi ve MK ile HUMK'nda bu doğrultuda gerekli yasal düzenlemelerin yapılması⁵⁸³ olması gereken hukuk açısından bir ihtiyaçtır.

⁵⁷⁹ Bkz. yuk.s.6-13.

⁵⁸⁰ Kuru, Usul II s.1468.

⁵⁸¹ Aral s.61-63.

⁵⁸² C.Yavuz / Özen / Acar s.42.

⁵⁸³ Bu konuda yapılması gerekli yasal düzenlemeler hakkında bkz. aş.s.136 ve s.138 dn.599.

III. Önalım Davasının Konusu

Her davanın bir konusunun olması zorunludur. Davanın konusu, o davanın nitelik ve görülebilirliğini de belirler. Önalım davasının konusu ise taşınmaz mallardır. Gerçekten Medenî Kanun'da yer alan ve tanımlanan önalım hakkına bakıldığında, bu hakkın taşınmaz mülkiyetinin sınırlamalarından olduğu görülmektedir⁵⁸⁴. Taşınır mallar açısından bugünkü kanunî düzenleme karşısında önalım hak ve davasından söz etmeye olanak bulunmamaktadır⁵⁸⁵.

IV. Önalım Davasının Alım ve Gerialım Davasından Farkı

Türk Medenî Kanunu'nun 734 üncü maddesinde "önalım hakkı alıcıya dava açılarak kullanılır" hükmü yer almaktadır. 735 inci maddede yapılan yollama nedeniyle bu hüküm sözleşmesel önalım hakkı bakımından da uygulanır. Ancak Türk Medenî Kanunu'nda gerialım ve alım hakları bakımından böyle bir şart öngörülmemiştir. Böylece 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda önalım hakkının kullanılması kurucu yenilik doğuran bir dava niteliğini almış olmasına rağmen tuhaftır ki gerialım ve alım hakları hâlâ birer yenilik doğuran hak olarak durmaktadır⁵⁸⁶.

V. Önalım Davasında Verilen Hükümün Hukukî Niteliği

Türk Hukukunda önalım davasının şahsî bir hakka dayanan dava olmasına rağmen dava sonucunda alınacak kararın aynî bir hakkın doğumuna yol açacağı gerekçesiyle, mahkemenin vereceği kararla mülkiyetin alıcıya geçeceği görüşü hâkimdir⁵⁸⁷. Bu görüşe göre mahkemenin kararı yenilik doğurucudur. Hâkim davanın kabulüne karar verince, bu kararın kesinleşmesi ile birlikte önalım hakkı sahibi önalım konusu payın (ya da taşınmazın) mülkiyetini kazanır⁵⁸⁸.

⁵⁸⁴ Bu konuda geniş açıklama için bkz. yuk.s.25 dn.89 ve s.25 ile s.39.

⁵⁸⁵ Sözleşmesel önalım hakkının taşınır mallarda da geçerli olması gerektiğini savunan görüş için bkz. yuk.s.31 dn.120.

⁵⁸⁶ Bkz. Buz s.160. Ayrıca bkz. yuk.s.131-132.

⁵⁸⁷ Bkz. a.ş.a.s.138 dn.597 ve dn.598.

⁵⁸⁸ Bkz. a.ş.a.s.138.

Daha önce de değinildiği üzere⁵⁸⁹, önalım hakkının kullanılmasıyla birlikte alıcı ile önalım hakkı sahibi arasında kendiliğinden bir satım ilişkisi kurulur⁵⁹⁰. Bu ilişki nedeniyle, alıcı, hakka konu teşkil eden taşınmazın mülkiyetini önalım hakkı sahibine geçirmek yani bunun için tapu memurundan tescilin yapılması talebinde bulunmak zorundadır. O bu yükümlülüğünü kendi serbest iradesiyle yerine getirmediği takdirde, önalım hakkı sahibinin açmış olduğu davada hâkimin davanın kabulüne ilişkin vereceği karar olması gereken hukuk açısından borçlunun irade beyanı yerine geçer. Böyle bir hâlde de artık borçlunun mahkûm edilmiş olduğu irade beyanında bulunmasına gerek kalmaz. Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzda Almanya ve İsviçre Usul Kanunlarının aksine irade beyanı yerine geçen mahkeme hükmü düzenlenmemiştir⁵⁹¹. Bu durum EMK döneminde önalım davasının bir ifa davası olduğunun kabul edilmesine rağmen dava sonunda verilen hükmün ifa davasının hukukî niteliğine aykırı bir biçimde yenilik doğurucu (inşaî) bir etkiye sahip olduğunun ileri sürülmesine yol açmıştır⁵⁹². Şüphesiz bu hususta olması gereken hukuka göre izlenecek en emin yol, önalım hakkının kullanılmasına ilişkin iradenin münhasıran dava yolu ile açıklanması koşulu kaldırıldıktan sonra yeni Usul Kanununda söz konusu esası açıklayan bir hükme yer verilmesidir. Kanımca irade beyanına mahkûmiyet hükmünün beyanın yerine geçeceği kabul edildiği takdirde, ilâmın cebren icrasına gerek kalmayacağından ifa davası niteliğindeki önalım davasında verilen hükmün cebrî icrası gerekmediği için inşaî bir etkiye sahip olduğu yanılığına da düşülmeyecektir. Zira önalım davasında verilen hükmün inşaî bir etkiye sahip olduğunun kabulü ifa davasının hukukî niteliğine aykırıdır⁵⁹³. Ayrıca önalım ilâmının bedele ilişkin kısmının gerçek bir eda hükmü

⁵⁸⁹ Bkz. yuk.s.61.

⁵⁹⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. yuk.s.61 dn.245.

⁵⁹¹ Bkz. Oğuzman / Öz s.324; Eren, Borçlar Hukuku s.60-61.

⁵⁹² Hatemi / Serozon / Arpacı s.481; Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı s.458.

Önen'in ise yeni bir hukukî durum ve ilişki kurucu niteliğinden dolayı EMK döneminde de bu davanın inşaî dava olduğu tezini savunduğu görülmektedir. Bkz. Önen, İnşaî Dava s.89.

⁵⁹³ Bkz. yuk.s.110-114.

niteliği taşıması⁵⁹⁴ ve buradaki edanın tümüyle inşanın bir sonucu olmaması (yani boşanma hükmü içinde yer alan nafaka kararı gibi fer'î inşâî hüküm⁵⁹⁵ niteliğinde bulunmaması) da dava sonunda verilen hükmün yenilik doğurucu (inşâî) bir etkisinin olmadığını bize açık bir şekilde göstermektedir⁵⁹⁶.

⁵⁹⁴ Yani söz konusu ilâmın bedele ilişkin kısmının önalım hakkının kullanılması sonucu alıcı ile önalım hakkı sahibi arasında kendiliğinden meydana gelen satım ilişkisinde hakka konu teşkil eden taşınmaz mülkiyetini önalım hakkı sahibine geçirmek borcunun karşılığını teşkil etmesi.

⁵⁹⁵ Bkz. yuk.s.125-126.

⁵⁹⁶ 11.02.1959 T. ve 10/12 sayılı İBK kararı (bkz. Tunaboğlu, Önalım Davaları s.759-760) ışığında önalım davasında verilen hükmü tahlil eden Özenli de; "Bu karar esas olarak iki kısımdır. Birinci kısım; eski paydaşla, pay satın alan üçüncü kişi (davalı) arasında yapılan satış sözleşmesinin aynı koşullarıyla yeni bir sözleşmenin, davacı ile davalı arasında doğduğunu tespit eden açıklayıcı (ihzarî) karar bölümüdür. İkinci kısım ise, bu satış ilişkisi sonucu, davaya konu payın mülkiyetinin davalıdan alınıp davacıya geçirildiğini bildiren yenilik doğuran (inşâî, ihdasî) bölümüdür" demek sureti ile önalım davasında verilen hükmün aslında yapısal olarak eda davasında verilen hükümlerle benzer özellik gösterdiğini ortaya koymaktadır. Bkz. Özenli s.166. Bilge/Önen'in de 3.HD'nin 07.10.1963 T. E:8102 K:8510 sayılı kararı ile 7.HD'nin 07.05.1975 T. E:3341 K:2473 sayılı kararının analizinden aynı sonuca ulaştıkları hakkında bkz. Bilge/Önen s.390 dn.8.

Yargıtay 6.HD'nin 26.01.1956 tarih ve 10/358 sayılı kararında yer alan, "... Hüküm de yalnız tescile muvafakatin yerine kaim olmuştur. Hülâsa, mülkiyeti devretmek vecibesini tahmîl eden hükümleri, yukarıda zikri geçen maddedeki (MK m. 705-EMK m. 633) mahkeme ilâmı meyânına ithal etmemek icap eder." şeklindeki ifadeden ve yine 1.HD'nin 17.03.1950 gün ve 9965-1283 sayılı kararındaki, "HUMK'nun 186 ncı maddesi davanın görüldüğü sırada vukua gelen el değiştirmelere ait olup, hükümden sonraki değişikliklere şâmil olmadığına ve mahkemece evvelce verilmiş olan hükmün şuf'alı hisselerin mülkiyetini nakleden bir hüküm mâhiyetinde bulunmadığına ve bu kabîl ilâmların hukukî mâhiyeti bir satış aktinden ileri geçemeyeceğine..." tarzındaki cümleden de önalım davası sonunda verilen hükmün yenilik doğurucu (inşâî) bir etkiye sahip olmadığı anlaşılmaktadır. 6.HD'nin 26.01.1956 tarih ve 10/358 sayılı kararı için bkz. Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı s.356 – 1. HD'nin 17.03.1950 tarih ve 9965/1283 sayılı kararı için bkz. Velidedeoğlu / Esmer s.429. Velidedeoğlu / Esmer'in 1.HD'nin kararına yönelik eleştirileri için bkz. Velidedeoğlu / Esmer s.430.

Ancak 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda önalım hakkının kullanılmasına ilişkin iradenin dava yolu ile açıklanması koşulunun getirilmesi ile birlikte önalım hakkının kullanılmasının kurucu yenilik doğuran bir dava niteliğini aldığı da bir gerçektir. Bkz. Oğuzman / Seliçi / Özdemir s.440; A.Kılıçoğlu, Yenilikler s.356; Buz s.158.

Yargılama sırasında depo ettirilen dava konusu payın satış bedeli ile tapu harç ve giderlerinin depo edilen paradan davalıya (birden fazla davalı varsa ödedikleri para oranında) verilmesi şeklinde hüküm kurulmasına davanın niteliği gereği gerek bulunup bulunmadığı hususunda bkz. aşa.s.233 dn.323. Ayrıca bkz. ve karş. Kırca s.1200 dn.77.

VI. Önalım Davasının Hukukî Sebebi

Doktrin⁵⁹⁷ ve uygulamada⁵⁹⁸ önalım hakkının kullanılması ile meydana gelen ilişkide alıcı mülkiyeti nakil borcunu yerine getirmediğinde, önalım hakkı sahibinin ona karşı MK m.716 (EMK m.642) uyarınca açacağı dava ile mülkiyetin kendisine aidiyetine karar verilmesini isteyebileceği, hâkimin MK m.716 (EMK m.642) uyarınca karar verince, bu kararın kesinleşmesi ile önalım konusu payın (ya da taşınmazın) mülkiyetinin önalım hakkı sahibine intikâl edeceği ve önalım hakkı sahibinin bu karara dayanarak adına açıklayıcı tescilin yapılmasını talep edebileceği kabul edilmektedir⁵⁹⁹.

Ancak konuya olması gereken hukuk açısından yaklaşıldığında; bir hakkın ifasını sağlamak amacıyla açılan ve önalım hakkının kullanılması sonucu

⁵⁹⁷ Gürsoy / Eren / Cansel s.640; Oğuzman / Seliçi / Özdemir s.440; Tekinay, Takyitler s.2.

⁵⁹⁸ Yargıtay 20.06.1951 tarih ve 13/5 sayılı içtihadı birleştirme kararında önalım hakkının kullanılmasıyla birlikte mülkiyet kazanılacağı için tapu sicilini düzeltme davası açmak gerektiğine karar vermişti (RG, 7950). 11.02.1959 tarih ve 10/12 sayılı içtihadı birleştirme kararıyla bu görüşten dönülmüş ve Medenî Kanun 642 nci (şimdi 716 ncı) maddesine istinâden dava açılması gerektiği ve mülkiyetin de bu dava sonucunda verilen kararın kesinleşmesiyle birlikte kazanılacağı belirtilmiştir. Bkz. Ayan Eşya Hukuku I s.300 dn.970.

⁵⁹⁹ Bu kabulün gerekçesi için bkz. aş.s.228 dn.297.

Fakat Sungurbey'in de belirttiği gibi (bkz. Sungurbey, Tenkit, s.52) Türk-İsviçre Hukukunda tescilsiz iktisap halleri yasa ile (bkz. MK 705 – EMK m.633) belirlenmiş olup, önalım hakkı için kanunda böyle bir kaide bulunmamaktadır. Ayrıca önalım hakkının kullanılması sonucu meydana gelen satım sözleşmesine dayanılarak açılan davanın hukukî sebebinin MK'nun 716 ncı (EMK'nun 642 nci) maddesi olduğunun ileri sürülmesi önalım davasının hukukî niteliğine de uygun düşmemektedir (bkz. yuk.s.127-135 ve s.138-139). Bu da bize önalım davasının hukukî sebebinin MK'un 716 ncı (EMK'nun 642 nci) maddesi olamayacağı yönündeki görüşümüz açısından önemli bir dayanak teşkil etmektedir.

Kanımca MK m.705 f.2 c.1 (EMK m.633 f.1 c.2)'deki mahkeme kararı ile hâkimden yenilik doğurucu hüküm almayı gerektiren mahkeme ilamları kastedilmektedir. Hâlbuki MK m.716 f.1 (EMK m.642 f.1)'e göre açılan davalar yenilik doğuran dava olmayıp ifa davası özelliği göstermektedir. İfa davası sonunda ise yenilik doğurucu hüküm verilmesi mümkün değildir. Bu nedenle "... hâkimden mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir" ibaresine rağmen MK m.716 f.1 (EMK m.642 f.1)'deki hâli bugün için MK m.716 f.2 (EMK m.642 f.2)'de sayılan tescilsiz iktisap hallerinden biri olarak kabul etmemek ve ileride yapılacak bir yasa değişikliği ile MK m.716 f.1 (EMK m.642 f.1) hükmünü kanundan çıkartmak gerekmektedir.

Önalım hakkı sahibinin tescil talebinin hukukî niteliği hakkında bkz. aş.s.229 dn.303.

meydana gelen satım sözleşmesinden kaynaklanan önalım davasının, davalının bir iş yapmaya bir şey vermeye veya bir işi yapmamaya mahkum edilmesi istemini içeren eda davası niteliğinde olduğu açıktır⁶⁰⁰. Davanın sonunda mahkemenin vereceği karar yeni bir hukukî durum yaratmamakta, taşınmazın ferağını tapu sicil müdürü önünde vermeyen tarafın (alıcının) ferağ iradesi yerine geçmektedir⁶⁰¹. Bu nedenle önalım davasında dava dilekçesinde bildirilen vakıaların (olayların) hukukî niteliği yani davanın hukukî sebebi bizce MK'nun 716 ncı (EMK'nun 642 nci) maddesine değil BK'nun 106 ncı maddesine dayanmaktadır⁶⁰².

VII. Önalım Davasının Amacı

Doktrinde önalım davası ile önalım konusu payın (ya da taşınmazın) mülkiyetinin elde edilmesinin amaçlandığı ileri sürülmektedir⁶⁰³.

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda önalım hakkının kullanılmasına ilişkin iradenin dava yolu ile açıklanması koşulunun getirilmesi ile birlikte doktrinde hâkim olan bu düşünce kaynağını kanundan alan yasal bir görüş haline gelerek daha da kuvvetlenmiştir.

Ancak önalım davasının olması gereken hukuk açısından amacı; önalım konusu payın (ya da taşınmazın) mülkiyetinin elde edilmesi değil (bu davanın hukukî niteliğine ve hukukî sebebine ilişkin olarak yaptığımız açıklamalardan anlaşılacağı üzere⁶⁰⁴) dava konusu payın (ya da taşınmazın) ferağını tapu memuru önünde vermeyen tarafın (alıcının) ferağ iradesi yerine geçecek bir ilâm elde etmektir.

⁶⁰⁰ Bkz. yuk.s.133-134.

⁶⁰¹ Bkz. Özenli s.39.

⁶⁰² Ayrıca bkz. yuk.s.138 dn.599.

Taşınmaz mülkiyetinin MK m.716 (ZGB Art.665) hükmüne dayanarak devrine karar verme (inşâî karar) konusunda İsviçre Federal Mahkemesinin fazla uygulaması bulunmadığı hakkında bkz. Guldener, Zivilprozessrecht s.212/26 (Naklen, Önen, İnşâî Dava s.86 dn.17).

⁶⁰³ Bkz. Yıldız s.66; Özenli s.43.

⁶⁰⁴ Bkz. yuk.s.127-134 ve s.138-139.

İKİNCİ BÖLÜM

ÖNALIM DAVASINDA USULE İLİŞKİN İŞLEMLER VE SORUNLAR

Ş 4. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

A. Önalım Davasında Görevli Mahkeme

Önalım hakkına ilişkin davalara bakma görevi uyuşmazlığın niteliği gereği genel hukuk mahkemelerine aittir¹. Genel hukuk mahkemeleri arasındaki görev

¹ **İcra Mahkemeleri:** İcra ve İflâs dairelerinin işlemlerine karşı yapılan şikayet ve itirazları inceleyen mahkemeler olup, dar yetkili olmaları ve dava konuları itibarıyla önalım davalarına bakamayacak olan mahkemelerdir.

Ticaret Mahkemeleri: Bu mahkemeler, Asliye Hukuk Mahkemesi sıfatını taşıyan ve bağımsız olarak Ankara, İstanbul, İzmir, Mersin, Bursa ve Kadıköy gibi belirli yerlerde kurulmuş olan mahkemeler olup, görev alanları Türk Ticaret Kanunu ile belirtilmiş, ticarî davalara bakan mahkemelerdir. Bu nedenle de önalım davalarına bakmak, Ticaret Mahkemelerinin görev alanı dışında kalmaktadır.

İş Mahkemeleri: İşçi sayılan kimselerle işveren arasındaki iş akdi nedeniyle çıkacak uyuşmazlıkları çözümlenmekle görevli olan mahkemelerdir. Bu nedenle önalım davaları, nitelikleri gereği bu mahkemelerin görevi dışında kalmaktadır. Bkz. Özenli s.37-38.

Kadastro Mahkemeleri: Yargıtay 7.HD'ne göre önalım (şuf'a) gibi yenilik doğurucu hüküm almayı gerektiren davalara bakmak görevi Kadastro Mahkemesinin görevi dışındadır. Bu nedenle kadastro tutanağı düzenlendiği tarihte genel mahkemelerde görülmekte olan önalım davaları Kadastro Mahkemelerine devredilmemelidir. Bkz. 7.HD 31.01.1989 T. E:1489 K:820 (D.Karaman, **Kadastro Davaları Uygulama Kılavuzu**, B.2, Ankara 2007, s.16). Aynı yönde bkz. 6.HD 29.11.1988 T. E:12530 K:18352 (H.Erdoğan s.220). 6.HD 25.09.1996 T. E:7456 K:7816 (H.Erdoğan s.226).

Kabul etmek gerekir ki 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda önalım hakkının kullanılmasına ilişkin iradenin dava yolu ile açıklanması koşulunun getirilmesi ile birlikte inceleme konumuzu oluşturan önalım davası yenilik doğurucu hüküm almayı gerektiren bir dava haline gelmiştir. Dolayısıyla Yargıtay 7.HD'nin önalım davalarına bakmak görevinin kadastro mahkemesinin görevi dışında bulunduğu yönündeki içtihadı da EMK döneminde sahip bulunmadığı yasal dayanağa bu kanun döneminde kavuşmuştur.

Ancak olması gereken hukuk açısından önalım davaları yenilik doğurucu hüküm almayı gerektiren davalardan olmadığından (bkz. yuk.s.127-134) bizim görüşümüze göre kadastro tutanağı düzenlendiği tarihte genel mahkemelerde görülmekte olan önalım davalarına Kadastro Mahkemelerinde bakılabilmelidir. (Bu yöndeki 06.07.1955 tarih ve 27/3 sayılı İBK için bkz. Tunaboğlu, **Önalım Davaları**, s.755-756). Yargıtay 7.HD'nin yukarıdaki içtihadının aksine MK'nun 716 ncı maddesi hükmü gereğince satış vaadi sözleşmesine dayanılarak süresinde kadastro mahkemesinde açılan davalara bu mahkemelerin bakmakla görevli olduğu yönündeki 25.10.1971 T. ve 1/2 sayılı İBK için bkz. H.Kılıç, **3402 Sayılı Kadastro Kanunu**, Ankara 2006, s.920-921. Aynı yönde bkz. 3.HD 23.01.1991 T. E: 8961 K:13375 (Kılıç, Kadastro s.917).

paylaşımı ise 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 8 inci maddesi ile iş ve kadastro mahkemeleri gibi özel mahkemelerin kuruluşuna ilişkin diğer bazı kanunların ilgili hükümleri gereğince düzenlenmiştir. Önalım hakkının dava yolu ile kullanılmasını öngören Türk Medenî Kanunu bu konuda görevli bir mahkeme göstermemiştir. Bu nedenle görevli mahkemenin HUMK'nun 8 inci maddesine göre belirlenmesi gerekir. Davanın konusunu oluşturan şeyin değerinin para ile ölçülmesi mümkün ise HUMK'nun 8 inci maddesi gereğince görevin tâyininde bu değer esas alınmalıdır. Önalım davasının konusunun daima para ile ölçülebilir olmasına göre de görev bu değere göre belirlenmelidir. Kural olarak yasal önalım hakkı ile ilgili davada görev, taşınmazın değerine göre değil dava konusu payın veya taşınmazın satış tarihindeki değerine ve tapu giderlerine göre tespit edilir. Daha önce yukarıda da değinildiği üzere² yasal önalım hakkı ile sözleşmesel önalım hakkının niteliksiz (vasıfsız) olan türünde önalım hakkının kullanılması ile, önalım hakkı sahibi ve alıcı arasında satıcı ve alıcı arasındaki satış sözleşmesine uygun ve aynı koşullarla yeni bir satım ilişkisi kendiliğinden meydana gelir. Bu nedenle bu iki halde dava değerinin belirlenmesinde satıcı ile alıcı arasındaki satım sözleşmesindeki satış bedeli ve alıcının yapmak zorunda kaldığı tapu giderlerinin dikkate alınması gerekir. Nitelikli (vasıflı) önalım sözleşmesi yapılmış ve önalım hakkının kullanılmasına ilişkin bir bedel gösterilmiş ise önalım hakkı sahibi önalım hakkını bu bedel üzerinden kullanabileceğinden bu halde görev belirlenen bedele alıcıya düşen tapu giderlerinin de eklenmesi ile tespit edilecek olan toplam değer olmalıdır³.

Dava değerinin yukarıda açıklandığı şekilde belirlenmesinden sonra belirlenen bu değere göre görevli mahkemenin tespit edilmesi gerekir. Değeri 6.330 YTL'den fazla olan önalım davaları Asliye Hukuk Mahkemesinde, değeri 6.330 YTL veya daha az olan önalım davaları ise Sulh Hukuk Mahkemesinde görülür. Ancak bu değer 2008 yılı için geçerlidir. 2009 ve devam edecek sonraki yıllarda uygulanacak parasal değer 26.09.2004 günlü 5236 sayılı Yasa'nın 19 uncu maddesiyle eklenen ek madde 4'e göre her takvim yılı başından geçerli

² Bkz. yuk.s.35 ve s.37.

³ Bkz. 6.HD 14.04.1983 T. E:3799 K:3922 (Özenli s.38). Ayrıca bkz. Yıldız s.62-63.

olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Yasası'nın mükerrer 298 inci maddesi uyarınca Maliye Bakanlığı'nca her yıl tespit ve ilân edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle uygulanacaktır. Ek madde 4'te, bu şekilde belirlenen sınırların on milyon lirayı (ON YTL) aşmayan kısımlarının dikkate alınmayacağı ve bu uygulama nedeniyle mahkemelerce görevsizlik kararı verilemeyeceği hususları da düzenlenmektedir⁴.

Önalım sahibi davacılar arasında mecburî dava arkadaşlığı ilişkisi söz konusu ve önalım hakkı sadece bir satış için kullanılmakta ise davanın değeri, dava konusu satışın bedeli ve tapu giderleri toplamına göre belirlenmelidir. Yine davacılar arasında mecburî dava arkadaşlığı ilişkisi bulunmakta ancak dava birden çok satış kapsamakta ise bu durumda önalım hakkı her bir satış için ayrı ayrı gündeme geleceğinden görevli mahkemenin de her bir satışın satış bedeli ve tapu giderlerinin toplamı üzerinden tespit edilmesi gerekir⁵.

Önalım davasına konu satışın birden fazla taşınmazı veya payı kapsamaması halinde önalım hakkı bu taşınmaz veya paylardan hangisi için kullanılıyorsa, görevin belirlenmesinde, o taşınmaz veya payın satış değeri esas alınmalıdır. Eğer satış sırasında her payın veya taşınmazın satış bedeli ayrı ayrı gösterilmeyip de toptan bir bedel konulmuşsa, o zaman görev dava konusu yapılan pay veya taşınmaza toptan hesap edilmiş satış parasından isabet eden miktar esas alınmak sureti ile belirlenir⁶.

Değişik tarihlerde yapılan iki veya daha fazla satış hakkında, önalım davası tüm alıcıların davalı olarak gösterilmesi suretiyle açıldığı takdirde davacı yönünden objektif dava birleşmesi meydana gelir. Bu hâlde önalım davasında

⁴ H.Özkan, **Açıklamalı – İçtihatlı Dilekçe Örneği, Sulh Hukuk Davaları ve Tatbikatı**, İstanbul 2007, C.I, s.39. Ayrıca bkz. a.ş.a.s.240 dn.353.

⁵ Yıldız s.63.

⁶ Yıldız s.64.

Önalım davasının belli bir satışa konu tüm pay veya taşınmazlar için açılmış olması halinde ise görev toplam satış bedeli üzerinden belirlenmelidir. Bkz. Yıldız s.64.

görev, dava konusu yapılan satışların her birine ilişkin satış bedeli ve tapu giderleri toplamına göre tespit edilmelidir⁷.

B. Önalım Davasında Yetkili Mahkeme

Doktrin ve uygulamada önalım davasının şahsî hakka dayanan bir dava olmasına rağmen dava sonucunda alınacak kararın aynî bir hakkın doğumuna yol açacağı yani önalım davası ile bir aynî hak değişikliğinin amaçlandığı görüşünden hareketle⁸ bu davanın taşınmazın aynına ilişkin bir dava olduğu bu nedenle önalım davasına HUMK'nun 13 üncü maddesi gereğince taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde bakılması gerektiği görüşü hâkimdir⁹.

Bu görüş taraftarlarının savunduğu HUMK'nun 13 üncü maddesindeki yetki kuralı kamu düzenine ilişkin ve kesindir¹⁰. Taşınmazın bulunduğu yer

⁷ “Muhtelif iki tarihte yapılan satış nedeniyle davacı önalım hakkını kullanarak payları satın alan üç davalı hakkında iş bu davayı açmıştır ve davanın kıymeti 6900 TL olarak gösterilmiştir. Davalılar hakkında açılan bu dava tek bir dava niteliğinde olup, kanunen birlikte görülmesinde bir sakınca yoktur. Kaldı ki bunlardan biri hakkında tefrik kararı verilebilmesi için yazılı talep olması gerekir. Davalı vekilinin itirazı görevsizlik kararını içermektedir. Bu nedenle davaya bakılması gerekirken davalılar hakkında tefrik kararı verilerek, her biri hakkında açılan davanın 5000 TL altına düştüğünden bahisle görevsizlik kararı verilmesi usul ve kanuna aykırıdır.” Bkz. 6.HD 13.04.1978 T. E: 2438 K: 2864 (Yıldız s.65 dn.48).

Önalım davasında görevli mahkeme konusunda ayrıca bkz. a.ş.a.s.166 dn.81, s.205 dn.222 ve s.221.

⁸ Ancak şahsî hakka dayanan bir dava sonucunda alınacak kararın, aynî bir hakkın doğumuna yol açacağı yönündeki görüşün hukuken açıklanması mümkün olmadığından ileri sürülen bu görüşe katılmaya olanak göremiyoruz.

⁹ Bkz. Özenli s.43; Yıldız s.66-67; M.Kılıçoğlu s.30; Tunaboylu, Önalım Davaları s.577-578; C.Erdoğan s.732; H.Erdoğan s.695; Karahasan, Eşya Hukuku I s.1209-1210; Kısagün s.82; V.Baykan, **Şuf'a Hakkının İstîmâli ile Açılan Davalar**, Ankara 1947, s.8.; Üstündağ, Yargılama s.205. Ayrıca bkz. 6.HD 31.01.1974 T. E: 303 K: 322 (Kuru, Usul I s.509). Önalım davasında yetkili mahkemenin HUMK m.13 f.2 hükmündeki “gayrimenkul üzerindeki bir hakka” ibaresine verilecek anlama göre değişebileceği görüşü için bkz. Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı s.484.

Önalım davasının taşınmazın aynına ilişkin bir dava olduğu bu nedenle önalım davasına HUMK'nun 13 üncü maddesi gereğince taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde bakılması gerektiği görüşünde olan Yargıtay'ın aynı davada görevli mahkemenin resmî senette gösterilen satış bedeli ile alıcının yaptığı giderler toplamına göre belirlenmesi gerektiğine (bkz. yuk.s.141 dn.3) karar vermesi kanımca HUMK m.2 f.2 hükmüne ve görevin kamu düzenine ilişkin olması ilkesine aykırıdır.

¹⁰ HUMK m.13'deki yetki kamu düzenine ilişkin ve kesin olduğu için, bu konuda yetki sözleşmesi yapılamaz (HUMK m.22); mahkeme yetkisizliğini her zaman kendiliğinden gözetir (HUMK m.23); taraflar da duruşma bitinceye kadar yetki

mahkemesinin yetkisinin kamu düzenine ilişkin ve kesin olmasının nedeni, bu davalara en kolay, en çabuk, en az giderle, en emin bir şekilde taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi tarafından bakılabileceği düşüncesidir. Çünkü tapu kayıtları o ilçededir, keşif orada yapılır ve tanıklar da keşif yerinde dinlenir (HUMK m.259). Hâkim, keşifte taşınmazın durumunu bizzat görüp, tanıkları bizzat dinleyeceği için (bu işleri istinabe ile yaptırmasına oranla) dava hakkında daha iyi (dolaysız) bilgi sahibi olur ve taşınmazın durumunu en iyi bilen hâkim olarak en doğru kararı o verebilir¹¹.

HUMK m.13 f.2 hükmünde, “Gayrimenkul üzerinde bir hakka... mütedair davalar” şeklinde bir deyim kullanılmış ve burada açıkça aynî haktan söz edilmemiş olması nedeniyle taşınmaz üzerindeki şahsî (kişisel) haklara ilişkin davaların da buraya (HUMK m.13’e) dahil olduğu düşünülebilir. Ancak Yargıtay’ın da haklı olarak belirttiği gibi¹², HUMK m.13 f.2’deki bu deyimi, “taşınmaz üzerindeki bir aynî hakka ilişkin davalar” şeklinde anlamak gerekir¹³.

Bizim görüşümüze göre ise önalım davası hâkim olan fikrin aksine taşınmazın aynına ilişkin bir dava olmadığından¹⁴ ve bu dava olması gereken hukuk açısından sözleşmeye dayalı bir alacak davası niteliğinde bulunduğundan burada HUMK’nun 13 üncü maddesinin uygulanması mümkün değildir¹⁵. Önalım davasına bu davanın niteliği gereği HUMK’nun 9 uncu ya da

itirazında bulunabilirler (HUMK m.23); yani bu halde yetki itirazı ilk itirazlardan (HUMK m.187 f.2) değildir. Bkz. Kuru / Arslan / Yılmaz s.169.

¹¹ Kuru / Arslan / Yılmaz s.169.

¹² Bkz. HGK 24.11.1965 T. E: 6/685 K: 428 (RKD, Y.1966, S.5-6, s.96) - HGK 24.11.1965 T. E: 6/1030 K: 437 (ABD, Y.1966, S.1, s.49-52) - 15.HD 27.10.1977 T. E: 1793 K: 1978 (YKD, Y.1978, S.11, s.1865-1866).

¹³ Kuru, Usul I s.499.

¹⁴ Önalım davasının konusu şahsî hak olan bir eda davası olduğu hakkında bkz. yuk. s.133-134.

¹⁵ Asıl satım sözleşmesinin kurulması ve buna dayanılarak mülkiyetin tanınması davalarında yetkili mahkemeyi belirtmek için, usulün 13 üncü maddesi değil genel yetki kuralı olan 9 ya da yerine göre 10 uncu maddenin uygulanması gerektiği görüşü için bkz. M.R.Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.I, B.2, İstanbul 2002, s.605 dn.657.

Önalım davasında HUMK m.13’teki yetki kuralının uygulanmamasının davanın en kolay, en çabuk, en az giderle ve en emin bir şekilde bakılıp görülmesine engel oluşturup oluşturmayacağı hakkında kanaat edinmek için bkz. a.ş.a.s.203-208, s.221 dn.272 ve s.217 dn.259. Ayrıca bkz. yuk.s.94-96.

yerine göre 10 uncu maddelerine göre belirlenecek yetkili mahkemede bakılması gerekir. Bunun tabî bir sonucu olarak da HUMK m.22 gereğince tarafların aralarında yaptıkları yetki sözleşmesi ile tayin edilen yetkili mahkemede de bu dava görülebilmelidir¹⁶.

Kanun Koyucu özel kanunlarla düzenlediği bazı alacak davalarının, taşınmazın aynına ilişkin olmadıkları halde, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılması gerektiğini kabul etmiştir¹⁷. Gene taşınmazın aynına ilişkin olmayan ve bu nedenle HUMK m.13 hükmüne tâbi bulunmayan davalar, başka kanun hükümlerine göre (özellikle HUMK m.10 hükmüne dayanarak) taşınmazın bulunduğu yerde açılabilir¹⁸.

Hâl böyle olunca bugün HUMK m.13 hükmüne tâbi bulunmayan taşınmaz üzerindeki bir şahsî (kişisel) hakka, dayanan önalım davası gibi davaların da taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılacağı hakkında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na genel bir kural konulması yararlı olur. Çünkü, böyle

¹⁶ Ancak bunun için öncelikle önalım hakkının münhasıran dava yolu ile kullanılması yönteminden vazgeçildikten sonra Medenî Kanun'da bu hakkın tek tarafı irade beyanı ile kullanılmasına imkân verecek gerekli yasal düzenlemenin yapılması gerekmektedir.

¹⁷ "634 sayılı Kanunun 33 üncü maddesinde borç ve yükümlerini yerine getirmemesi yüzünden zarar görenlerin ana taşınmazın bulunduğu yer mahkemesine başvuracağı yazılıdır. Buradaki yetki kesin yetki olup, kamu düzeni ile ilgilidir. İtiraz olmasa bile hâkim yetki sorununu kendiliğinden gözönünde tutmak zorundadır."12.HD 15.04.1996 T. E: 5052 K: 5184 (Kuru, Usul s.517).

¹⁸ Örneğin kira sözleşmesine dayanarak açılan, kira alacağı davası, taşınmaz üzerinde bir aynî hakka ilişkin olmadığı için HUMK m.13 hükmüne tâbi değildir. Fakat bu, sözü geçen davanın taşınmazın bulunduğu yerde açılmayacağı anlamına gelmez. Bu dava HUMK m.13 hükmüne tâbi değildir; yani HUMK m.13'e göre taşınmazın bulunduğu yerde açılmaz. Fakat kira sözleşmesine dayanan bu davanın diğer yetki kurallarına (HUMK m.9, 10, 12, 20, 22 hükümlerine) göre taşınmazın bulunduğu yerde açılması mümkündür. Özellikle taşınmazın bulunduğu yer kira sözleşmesinin yerine getirileceği (icra olunacağı) yerdir. Bu nedenle kira sözleşmesine dayanarak açılan kira alacağı davası sözleşmenin icra olunacağı yer olan taşınmazın bulunduğu yerde açılabilir (HUMK m.10). Bundan başka, kira sözleşmesi taşınmazın bulunduğu yerde yapılmış ise, davalı da orada oturduğuna göre, HUMK m.10 gereğince, kira sözleşmesine dayanan kira alacağı davası sözleşmenin yapıldığı yer olan taşınmazın bulunduğu yerde de açılabilir (HUMK m.10). Bkz. Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul s.168.

bir genel kural ile, uygulamadaki tereddütler giderilir, yetki uyuşmazlıklarının sayısı azalır; bu da davaların daha çabuk görülmesini sağlar¹⁹.

¹⁹ Kuru, Usul I s.517.

§ 5. DAVANIN AÇILMA ZAMANI

Davanın açılma zamanı 4722 sayılı yasanın 1 inci maddesi gereğince önalım konusu payın ya da taşınmazın satış tarihine göre farklılık göstereceğinden burada ikili bir ayrıma gitmek gerekir:

A. Satışın 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu'ndan Önce Olması

Önceki Medenî Kanun döneminde önalım hakkı sahibi önalım hakkını kullanma koşullarının gerçekleştiğini öğrendiğinde, bu hakkını hak düşürücü olan 1 ay ve 10 yıllık süreler içinde muhatabına ulaştırdığı bir beyanla ya da doğrudan doğruya açtığı bir dava ile kullanma imkânına sahipti. Eğer hakkını muhatabına ulaştırdığı bir beyan ile kullanmış ise, davasını hakkını kullandığını bildirdiği tarihten itibaren 10 yıllık dava zamanaşımı süresi içinde açabiliyordu²⁰. Doğrudan dava yolu ile hakkını kullanmakta ise, bu kez beyanla kullanılmada olduğu gibi, yasanın öngördüğü kullanma süresi içinde bu davasını açması şarttı. Aksi halde bir daha önalım davası açma imkânı kalmıyordu²¹.

B. Satışın 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu'ndan Sonra Olması

Türk Medenî Kanunu, 734 üncü maddesinin 1 inci fıkrasında "Önalım hakkı, alıcıya karşı dava açılarak kullanılır." demek suretiyle önalım hakkının ancak ve ancak dava yolu ile kullanılmasını öngörmüş bulunmaktadır²².

Önalım davasının, önalım konusunun satıldığı alıcı veya satıcı tarafından önalım hakkı sahibine, Türk Medenî Kanunu'nun 733 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasında belirtildiği şekilde noter aracılığı ile bildirildiği tarihten itibaren üç ay içinde, bildirilmemiş ise, satış tarihinden sonraki iki yıl

²⁰ Bkz. yuk.s.59-60.

Hak düşürücü süre ile zamanaşımı arasındaki farklar hakkında bkz. M.A.Tutumlu, **Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması**, B.4, Ankara 2008, s.35-36; Özenli s.48.

²¹ Ancak 4722 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 1 ve 20 nci maddeleri gereğince, 1.1.2002 tarihinden önce yapılan satışlara ilişkin dava zamanaşımı süresi 1.1.2004 tarihi itibarıyla dolduğundan bu konu üzerinde ayrıntılı olarak durmadan konu ile ilgili önemli kaynaklara atıfta bulunmayı yeterli görüyoruz. Bkz. Karahasan, Eşya Hukuku I s.1160-1179; Özenli s.46-71; C.Erdoğan s.45-51; H.Erdoğan s.373-377; Tunaboğlu, Önalım Davaları s.107-109.

²² Bkz. yuk.s.61.

içinde açılması gerekir. Türk Medenî Kanunu'nun önalım davasının açılması için öngördüğü bu süreler hak düşürücü süredir²³. Önalım hakkı her satışla yeniden doğacağından söz konusu süreler her satım için ayrı ayrı hesap edilmelidir.

Buradaki üç aylık sürenin işlemeye başlayabilmesi için satımın alıcı veya satıcı tarafından önalım hakkı sahibine noter aracılığı ile bildirilmiş olması koşuldur²⁴. Ancak üç aylık sürenin işlemesi için bildirim koşul ise de iki yıllık sürenin işlemesi için bildirim koşul değildir. Çünkü iki yıllık süre satış tarihinden itibaren işlemektedir²⁵.

Önalım hakkının kullanma koşullarının gerçekleştiğini yani önalım konusu taşınmazın satışının yapıldığını önalımcı, kendisine noter aracılığı ile bildirim yapılmaksızın da başka yollardan öğrenmiş olabilir. Bu durumda ayrıca bildirim yapılmasını beklemesine gerek yoktur. Satışın yapıldığını öğrenmesi ile birlikte önalım davasını açabilir. Hatta iki yıllık hak düşürücü süre satıştan itibaren işleyeceğinden bunu da hesaba katması gerekir²⁶.

Paylı mülkiyette satıcı paydaş dışındaki diğer tüm paydaşlar önalım hakkına sahip olduğundan hak düşürücü süre her paydaş için satışın kendisine noter aracılığı ile bildirildiği güne göre hesap edilmelidir. Paylı mülkiyetli bir taşınmazda belirli bir pay üzerindeki hak sahipliğinin paylı mülkiyet şeklinde de olması mümkündür. Bu durumda her paydaş payı üzerinde tek başına tasarrufta bulunma hakkına sahip olduğundan ve sahip olduğu yasal önalım hakkını da tek başına kullanabileceğinden, o payın her paydaşı için

²³ 3 ay ve 2 yıllık hak düşürücü sürelerin eleştirisi için bkz. aşa.s.201 dn.206.

²⁴ "... önalım hakkına konu edilen pay davalıya 08.07.2002 tarihinde satılmış, davacı 27.06.2003 tarihinde açtığı bu dava ile önalım hakkı nedeniyle payın iptali ile adına tescilini istemiştir. Uyuşmazlığın satış tarihine göre 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre çözümlenmesi gerekir. Türk Medenî Kanunu 733 üncü maddesinde yapılan satışın alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığı ile bildirilmesi yükümlülüğünü getirmiştir. Bu yükümlülük yerine getirilmediğinden 27.06.2003 tarihinde açılan dava süresindedir..." 6.HD 22.05.2005 T. E: 10354 K: 1348 (Yıldız s.69 dn.53). Ayrıca bkz. yuk. s.56 dn.228.

²⁵ Bu nedenle Yıldız'a göre önalım hakkının sonuçsuz kalmaması için, önalım hakkı sahibinin zaman zaman tapu kayıtlarını kontrol etmesinde yarar vardır. Çünkü alıcı ve satıcının önalım hakkını sonuçsuz bırakmak için satışı bildirmeme yoluna gitmeleri her zaman için mümkündür. Bkz. Yıldız s.69.

²⁶ Yıldız s.70.

önalım hakkına ilişkin üç aylık hak düşürücü sürenin başlangıcı satışın kendisine noter aracılığı ile bildirildiği tarihtir. Önalım hakkı üzerindeki hak sahipliğinin elbirliği şeklinde olması halinde ise, elbirliğine katılan paydaşların pay oranları belirli olmadığından ve tek başlarına da tasarruf yetkileri bulunmadığından üç aylık hak düşürücü süre elbirliğine dahil her paydaşa satımın bildirilmesi koşulu ile en son bildirim tarihine göre hesap edilmelidir²⁷.

Önalım davası ne zaman açılmış sayılacak ve böylece hak düşürücü süre ne zaman korunmuş olacaktır? Önalım davası belirli değer taşıyan davalardan olduğundan harca tâbidir. Harca tâbi davalarda hâkim havalesi, davanın açılmış sayılması için yeterli değildir. Bu tür davalarda harcın mahkeme veznesine ödenme tarihi davanın açılma tarihidir²⁸. Yıldız'ın da belirttiği gibi²⁹ her ne kadar Yargıtay 6.HD 21.09.1982 gün ve 7609/8106 sayılı kararında³⁰ “peşin harcın hiç yatırılmamış olması veya eksik yatırılması halinde önalım hakkı süresinde kullanılmış sayılır” sonucuna varmış ise de bu karar önalım hakkının dava yolu ile kullanılmasının zorunlu olmadığı 743 sayılı yasanın uygulanması sırasında verilmiş olan eski bir karardır. Bu nedenle 4721 sayılı yasanın uygulanması durumunda hiç harç yatırılmaması halinde geçerli kabul edilebilecek bir karar olarak görülmemelidir. Çünkü hiç harç yatırılmayan dava henüz açılmış sayılmayacağından hak düşürücü süreyi kesmez. Harcın eksik yatırılması halinde Harçlar Kanunu'nun 30 uncu maddesi gereğince eksik harç tamamlanmadıkça davaya devam edilemeyeceğinden, davacıya eksik harcı tamamlaması için süre verilmeli, yatırmaması halinde davaya devam edilmeli aksi halde davanın açılmamış sayılmasına karar verilmelidir. 4721 sayılı yasa ile birlikte alıcıya karşı dava açılarak kullanılması zorunlu hale gelen önalım hakkının kullanılmasına ilişkin beyanın muhatabına ulaşması şarttır. Bunun için beyanın muhatabına yöneltilmiş ve onun hâkimiyet sahasına girmesini sağlayacak imkânların yaratılmış olması gerekir. Aksi halde beyan hukuken geçerli sonuç doğurmaz. Bunun için önalım davası açan davacının, davalıyı

²⁷ Yıldız s.70-71.

²⁸ Kuru / Arslan / Yılmaz Usul s.318.

²⁹ Bkz. Yıldız s.72.

³⁰ Bu karar için bkz. Yıldız s.72.

doğru göstermesi ile birlikte, dava dilekçesinin davalının hâkimiyet sahasına girmesini sağlayacak imkânları da yaratmış olması gerekir. Bu anlamda eğer davacı davetiye giderlerini ödememiş ise dava ile hak süresinde kullanılmış sayılamaz. Buna karşın davetiye giderleri ödenmiş ise, hak düşürücü süre içinde davalıya tebligatın yapıp yapılmamasının bir önemi yoktur³¹.

Üç aylık hak düşürücü süre BK'nun 76 ve HUMK'nun 161 inci maddeleri hükümlerine göre hesap edilir³². Üç aylık süre 90 gün olarak hesaplanmaz. Zira MK'nun 733 üncü maddesinde süre gün olarak değil, ay olarak belirlenmiştir. Buna göre bildirim günü ayın hangi tarihinde ise üç aylık süre, bildirim günü dahil olmak üzere üçüncü ayın tekabül ettiği günün akşamı sona erecektir. Örneğin bildirim tarihi 01.01.2008 ise üç aylık süre 01.04.2008 günü akşamı sona erer³³. Üçüncü ayda tekabül eden gün yoksa o ayın son günü akşamı süre bitmiş sayılır. Örneğin 30.11.2008'de başlayan üç aylık süre 2009 yılının şubat ayının son günü akşamı biter. Gün hesabı esas alınmadığı için ayın 28, 29, 30 veya 31 çekmesi önemli değildir³⁴.

Sürenin son günü resmî tatil gününe rastlarsa bir sonraki günde bu hak kullanılabilir³⁵.

HUMK'nun 177 nci maddesinde, yasada belirtilen süreler adlî tatil içinde biterse bu süreler tatilin bittiği günden başlayarak yedi gün daha uzamış sayılır hükmü yer almaktadır. Ne var ki önalım davalarındaki hak düşürücü süre MK'nun da düzenlendiğinden HUMK'nun 177 nci maddesindeki hükmün burada

³¹ Yıldız s.72.

Ancak Yargıtay 6.HD oy çokluğu ile verdiği 12.11.1987 T. ve 9111/11376 sayılı kararında "Tebligat masrafı verilmemiş olsa bile şuf'a davası süresinde açılmış sayılır ve bu nedenle ret edilemez" demiştir. Bkz. Yıldız s.72. Bu kararın eleştirisi için yine bkz. Yıldız s.72.

³² Önalım davasında sürelerin BK'nun 76 ncı maddesine göre hesaplanması gerektiği yönünde bkz. Özenli s.54 ve karşı. H.Erdoğan s.376; C.Erdoğan s.848.

³³ H.Erdoğan s.376.

³⁴ C.Erdoğan s.848.

³⁵ Tunaboşlu, Önalım Davaları s.108.

uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla önalım davalarında hak düşürücü süre adlî tatilde de işlemektedir³⁶.

Dava süresinde açılmış olup da görev veya yetki yönünden dava dilekçesi reddedilmişse buna ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren 2494 sayılı kanunla değişik usulün 193 üncü maddesi uyarınca on gün içinde görevli veya yetkili mahkemeye başvurulması halinde bu başvuru önceki davanın devamı sayılır. Önceki dava hak düşürücü süre içinde açılmış ise artık süre tartışması gündeme getirilemez³⁷.

Davanın devamı sırasında davalının önalımlı payı bir başkasına temlik etmiş olması halinde önalım hakkı sahibi dilerse davasını tazminata dönüştürerek davaya devam eder. Dilerse de davayı son malike yöneltir. Bu durumda ortada yeni bir dava olmadığından³⁸ davanın son malike üç aylık hak düşürücü süre içerisinde yöneltmesine gerek yoktur. Çünkü önalım hakkı süresinde kullanılmıştır³⁹.

Önalım hakkına konu pay veya taşınmazın koşullu satılması halinde satımdaki koşulun türüne göre hakkın kullanılma zamanı değişecektir. Satımın geciktirici (talikî) koşulla yapılması durumunda, öngörülen koşul gerçekleşmedikçe alıcı satış konusu şey hakkında dava açamayacaktır. Bu koşul önalım için de geçerli olduğundan, aynı şekilde önalımcı da bu koşul gerçekleşmeden önalım hakkını kullanmak için dava dermayen edemeyecektir. Geciktirici koşulun gerçekleşmesi ile birlikte önalım hakkı kullanılabilir hâle geleceğinden Türk Medenî Kanunu'nun 733 üncü maddesinin 3 üncü fıkrası gereğince bu koşulun gerçekleştiği alıcı veya satıcı tarafından önalımcıya noter aracılığı ile bildirilmelidir. Bu bildirim üç aylık hak düşürücü sürenin başlaması

³⁶ C.Erdoğan s.850.

³⁷ H.Erdoğan s.375.

³⁸ 6.HD 28.03.1974 T. E: 1351 K: 1415 (İBD, Y.1975, S. 1-2, s.110).

Tekinay'a göre Yargıtay'ın bu görüşü benimsenirse, Usul Kanununun 26.02.1985 gün ve 3156 sayılı kanunla değiştirilen 409 uncu maddesinde yazılı üç aylık sürenin geçmesi, yalnız davanın açılmamış sayılmasını gerektirmekle kalmayacak yeni malike karşı doğan dava hakkını da ortadan kaldıracaktır. Bkz. Tekinay, Takyitler s.62 dn.68.

³⁹ H.Erdoğan s.375-376.

için gereklidir. Bozucu (infisahî) koşullu satışlarda ise geciktirici (talikî) koşullu satımların aksine mülkiyet alıcıya derhal geçmekte ancak bozucu (infisahî) koşulun gerçekleşmesiyle birlikte alıcının kendisine geçen mülkiyeti satıcıya aynen iade etmek borcu doğmaktadır⁴⁰.

⁴⁰ Yıldız s.73.

§ 6. ÖNALIM DAVASININ TARAFLARI

A. Genel olarak Davanın Tarafları

Uygulamada davalar taraf yönünden, çekişmeli ve çekişmesiz davalar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Önalım davaları çekişmeli dava türlerindedir. Çekişmeli davaların iki yanı vardır.

Önalım davasının taraflarının kimler olabileceğini incelemeyen önce konuya açıklık getirmek için daha önce tanımlanan bazı terimlerle ilgili kısa bir hatırlatmada bulunmak gerekir.

Dava⁴¹, bir başkası (davalı) tarafından subjektif hakkı ihlâl edilen veya tehlikeye sokulan ya da kendisinden haksız bir talepte bulunulan kimsenin (davacı), mahkemeden hukukî koruma istemesidir.

Mahkemeden hukukî koruma isteyen kimseye davacı⁴² denir.

Dava, davacının subjektif hakkını ihlâl eden veya tehlikeye sokan ya da davacıdan haksız bir talepte bulunan kimseye karşı açılır, bu kimseye davalı⁴³ denir.

Tarafları davacı ve davalı olarak incelemeyen önce bir konuyu daha açıklamakta yarar vardır. Önalım davasında gerek davacı ve gerekse davalı olacak kimseler gerçek veya tüzel kişiler olabilir. Tüzel kişilerin kamu veya özel hukuk tüzel kişisi olması arasında ise herhangi bir fark yoktur.

B. Önalım Davasının Davacısı

Önalım davasının davacısını önalım hakkının kaynağına göre değerlendirmek gerekir.

I. Önalım Hakkının Yasadan Kaynaklanması Halinde

Önalım davalarında davacı olacak kişi veya kişilerin her şeyden önce önalım hakkının kullanılacağı taşınmazın maliki olmaları gerekir⁴⁴. Bir

⁴¹ Bkz. yuk.s.107 dn.447.

⁴² Bkz. yuk.s.108.

⁴³ Bkz. yuk.s.108.

⁴⁴ Vatandaşlıktan çıkartılıp Türkiye'deki mallarının tasfiyesi de hüküm altına alınan kimsenin açtığı önalım davasının reddine karar verilmesi gerektiği hakkında bkz. 6.HD 05.03.1980 T.E:9892 K:2029 (C.Erdoğan, s.765).

taşınmazda bir kişinin malik olup olmadığını belirtecek en önemli ve kesin ölçüt ise o taşınmazın üzerinde kayıtlı olduğu tapu sicilidir. Bundan dolayı bu konuda çıkacak çekişmenin çözümlenmesinde esas alınacak kanıtın tapu sicili olması gerekmektedir. Bununla beraber ender de olsa bazı olaylarda, taşınmazın gerçek maliki olan kişinin tapu sicilinde yazılmadığı veya tapu sicilinde yazılı olan kişinin taşınmazın gerçek maliki olmadığı da görülmektedir. Bu nedenle önalım hakkının yasadan kaynaklanması halinde önalım davasının davacısının iki ayrı alt başlık altında incelenmesi gerekmektedir.

1. Tapu Sicilinde İsmi Yazılı Olanlar

Önalım davasının davacısı paylı mülkiyetli taşınmazda pay satan paydaşın payını sattığı tarihte taşınmazda payı alan ve payı satan paydaş dışındaki diğer paydaş veya paydaşlardan herhangi biri olabilir. Satıştan sonra malik olanların önalım hakkı bulunmadığından satıştan sonraki mülkiyet haklarına dayanarak önalım davasında davacı olmaları mümkün değildir. Paydaşlık durumu getirilecek tapu kayıtları ile belirlenmelidir.

Bir taşınmazda paylı mülkiyet şeklinde paydaş olan kimsenin, kendi payı ile ilgili her türlü tasarrufta bulunma yetkisi vardır. Bu yetki kapsamına dava hakkı da dahildir. Bu nedenle taşınmazda paylı mülkiyet şeklinde paydaş olan kişi, önalım davasını herhangi bir koşula bağlı olmaksızın açabilir⁴⁵.

Önalım hakkını sağlayan pay elbirliği mülkiyetinin konusu ise, önalım hakkı, bu payın tüm ortakları tarafından hep birlikte kullanılmalıdır. Bununla beraber ortaklardan biri, diğerlerinin muvafakat etmeleri şartıyla, davayı tek başına açabilir. Ancak bu hususta dikkat edilecek nokta şudur: Diğer ortakların sadece davaya muvafakat etmeleri, önalımlı payın tamamının davacı lehine tesciline razı olmak şeklinde yorumlanamaz. Böyle bir muvafakat üzerine önalımlı payın bütün ortaklar lehine tesciline karar verilmelidir. Ortakların bir kısmı önalım davası açmaya ve ortaklardan birinin bu hakkı kendi adına kullanmasına muvafakat etmeyecek olursa, iştirâk heyetine bir temsilci tayin

⁴⁵ Özenli s.83.

edilir ve davanın bütün ortaklar adına açılıp açılmayacağına bu temsilci karar verir⁴⁶.

2. Tapu Sicilinde İsmi Yazılı Olmayanlar

Tapuda paydaş görülmeyen bir kişinin de davacı olması bazı durumlar için mümkündür. Gerçekten de yurdumuzda taşınmazların çok öncelerden gelen bir alışkanlık sonucu haricen de (tapu dışı da) satışlarının yapıldığı bilinen bir gerçektir. Diğer taraftan MK'nun 633 üncü maddesi uyarınca bir kişinin taşınmaz, taşınmazın tapuya tescilinden önce malik olabilmesi olası olduğu gibi, var olan mülkiyetin, kamulaştırma işlemi ile son bulması da olanaklıdır. Bu nedenlerle ismi tapu sicilinde yazılı olmayan malik paydaşları, içinde bulunacakları özel durumlara göre ayrı ayrı belirtmekte yarar olacaktır.

a. Taşınmazdan Haricen Pay Satın Alınması

Tapu sicilinde yazılı taşınmazların alım ve satımı kamu düzeni nedeni ile bir şekle tâbi tutulmuştur⁴⁷. Bu şekil koşuluna uyulmayarak yapılacak alım ve satımlar geçersiz olduğundan bunun tabîi sonucu olarak taşınmazdan haricen pay satın alan kişi taşınmazda yasaca kabul edilmiş malik sayılmayacak ve bu kişinin önalım davası açmasına da olanak bulunmayacaktır⁴⁸.

b. Taşınmaz Mülkiyetinin Tescilsiz Kazanılması

Medenî Kanun'da taşınmaz mülkiyetinin miras, işgal, kamulaştırma, cebri icra ve mahkeme ilamı yollarıyla tescile gerek olmaksızın kazanılabileceği⁴⁹ ve bu durumlarda taşınmaz mülkiyetini edinen kişinin tescil işlemini (bildirici nitelikte) doğrudan doğruya yaptırabileceği⁵⁰ hükme bağlanmıştır⁵¹. Öte yandan

⁴⁶ Tekinay, Takyitler s.49-50.

⁴⁷ Burada aranan şekil resmî şekildir. Resmî şekilden maksat sözleşmenin taraflarının gerçek iradelerinin tam olarak birbirine uygun bir şekilde yetkili memur huzurunda açıklanmasıdır. Bu konuda bkz. A.Kılıçoğlu, "Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Işığında Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması", **Yargıtay Dergisi**, C. XV, Özel Sayı, s.293-294.

⁴⁸ Özenli s.84.

⁴⁹ Bkz. MK m.705 (EMK m.633).

⁵⁰ Bkz. MK m.716 (EMK m.642).

⁵¹ Önen, İnşai Dava s.86.

kanun koyucu bazı durumlarda tescilin yapılması yönünden güçlüklerle karşılaşan hak sahibine bu konuda dava açarak hakkını elde edebilme imkânı da sağlamıştır. Bu ve benzeri durumlarda lehine karar bulunan kişiler, kararın ilgili olduğu payın tapuya tescili yapılmamış olsa bile taşınmazda paydaş sayılacakları için önalım davası açma hakkına da sahip olacaklardır. Bu nedenle önalım davası alınan kararın tapuya tescilinden önce açıldığı takdirde, mahkemece dava hemen reddedilmemeli, hâkim davacıya lehine almış olduğu kararı tapuya tescil ettirebilmesi için önel vermeli, verilen önelin sonucuna göre de davayı çözümlemelidir⁵².

c. Taşınmazın Kamulaştırılması

Önalım davası açıldıktan sonra⁵³ önalım davasına konu pay veya taşınmazın kamulaştırılmasının kullanılan önalım hakkına etkisi ne olacaktır?

Burada başlıca iki olasılık aklımıza gelmektedir. Birincisi önalım davası sonuçlanmadan kamulaştırma yapılması ihtimalidir. Bu durumda da karşımıza birkaç seçenek çıkmaktadır. Eğer kamulaştırma işlemi kayıt malikleri ile kamulaştırmayı yapan idare arasında sulh olunmak suretiyle gerçekleştirilmiş ise önalımcının davası kamulaştırma bedeline dönüşeceği için, davacı davalı hakkındaki davasını tazminat davasına dönüştürecektir. Kamulaştırma bedelinin tespiti davası açılmış ise önalımcı bu davaya müdahale ederek kamulaştırma bedelinin alıcı yerine kendisine ödenmesini isteyecek, bedelin bankada bloke edilmesini sağlayacak ve önalım davasında davasını bu bedele dönüştürecektir. Bu durumda hâkim tescil yerine kamulaştırma bedeline hükmetmelidir⁵⁴.

Bu konudaki ikinci olasılık kamulaştırma davası ile önalım davasının ayrı ayrı sonuçlanmış olmasıdır. Bu durumda kamulaştırmadan habersiz olan hâkim, önalım davasına konu pay veya taşınmazın davalı alıcı adına olan tapu

⁵² Özenli s.85.

⁵³ Önalım davası açılmadan önce önalım davasına konu pay veya taşınmazın kamulaştırılmasının kullanılan önalım hakkına etkisi hakkında bkz. yuk.s.88-89.

⁵⁴ Yıldız s.107.

Yok eğer böyle yapmamış, kamulaştırma davası sonuçlanmış ve bedel kayıt malikine ödenmiş ise davasını kamulaştırma bedeline yöneltmelidir. Bu durumda hâkim bir önceki kararı verecektir. Bkz. Yıldız s.107.

kaydının iptali ile önalımcı davacı adına tapuya tesciline karar vereceğinden, davacı bu kararı tapuda tescil ettiremeyecektir. Bu durumda davacı önalımcının davalıya, aldığı kamulaştırma bedelinin kendisine ödenmesi için yeni bir dava açması gerekecektir⁵⁵.

d. 1757 sayılı Toprak ve Tarım Reformu Yasası

Anayasa Mahkemesi'nin 19.10.1976 gün ve 973/42-976/48 sayılı kararı ile iptal edilen ve yerine henüz yeni bir yasanın yürürlüğe girmediği 1757 sayılı Toprak ve Tarım Reformu Kanunu'nun 123 üncü maddesi de kiracı veya ortakçıya işlediği toprakta önalım hakkı tanıdı⁵⁶.

e. Kat Mülkiyeti Yasası

2814 sayılı yasa ile değişik 634 sayılı Kat Mülkiyeti Yasası'nın 8 inci maddesinin 1 inci fıkrası bağımsız bölümler için önalım hakkını yasakladıktan sonra 3 üncü fıkrası ile ayrıcalık da olsa kısmen bu hakkı tanıdı. Bu nedenle bağımsız bölüm malikleri arasında önalım hakkının kullanılacağına ilişkin bir sözleşme yapılmış ise bu durumda da satılan bağımsız bölümle ilgili olarak, tapu sicilinde adı yazılı olmamasına rağmen aynı ana yapıdaki bağımsız bölüm malikleri, önalım davası açabileceklerdir⁵⁷.

f. 1164 sayılı Arsa Ofisi Yasası

Türk Hukukunda 1164 sayılı ve 10.05.1969 tarihli Arsa Ofisi Kanunu, Arsa Ofisine bir önalım hakkı tanımaktadır. Arsa Ofisi Kanunu m.10 f.1 gereğince Arsa Ofisi; konut, turizm, sanat ve diğer kamu tesisleri için planlamayı öngördüğü ve tahdidini yaparak ilgili tapu idarelerine bildirmiş olduğu alanlardaki arsa ve arazinin satışlarında önalım hakkını kullanabilecektir⁵⁸.

⁵⁵ Kamulaştırmanın satıştan hemen sonra önalım hakkının kullanılmasına ilişkin davanın açılmasından önce gerçekleşmesi halinde önalım davasından sonra kamulaştırma durumunda olduğu gibi hareket edilmesi gerektiği hakkında bkz. Yıldız s.107.

⁵⁶ RG, 19.07.1973, 14599.

⁵⁷ Özenli s.86.

⁵⁸ Şıpka s.8.

g. Tapu Sicilinde Malik Olan Kişinin Mirasçuları

Tapu sicilinde yazılı olan maliklerden ölen varsa; taşınmaz malikler yönünden tapuda değişiklik görmemiş olsa bile bu kişilerin mirasçuları küllî halef olarak taşınmazın maliklerinden sayılacaklarından önalım davası açabilirler. Tabî ki bu durumda mirasçılık sıfatının belgelenmesi ve elbirliği halindeki mülkiyet kurallarının gözden uzak tutulmaması gerekir⁵⁹.

II. Önalım Hakkının Sözleşmeden Kaynaklanması Halinde

Önalım hakkının sözleşmeden kaynaklanması halinde davacı, önalım sözleşmesi ile kendisine önalım hakkı tanınan kişidir. Bu kişi önalım sözleşmesinin diğer tarafı olabileceği gibi, başka bir kimse de olabilir. BK'nun 111 inci maddesi gereğince üçüncü bir kişi önalım hakkı sahibi olarak tayin edilmiş ise, hak sahibi o kimse olacağından, davacı da aynı kişi olacaktır. Böyle olmayıp da önalım hakkı bir taşınmaz lehine tanınmış ise, hak eşyaya bağlı bir hak haline geleceğinden⁶⁰, davacı da önalım hakkının kullanılması anında o taşınmazın malik veya malikleri olan şahıslara göre belirlenecektir⁶¹.

C. Önalım Davasının Davalısı

Önalım davasının davalısını da önalım hakkının kaynağına göre değerlendirmek gerekir.

“Ancak söz konusu kanunda bu hakkın kullanılması ile ilgili (kullanma şekli, süre, vs.) başkaca bir açıklama bulunmadığından, bu önalım hakkına da uygun olduğu hallerde kıyasen MK m.732 ilâ 736 arasındaki hükümlerin uygulanacağı açıktır.

Burada Arsa Ofisi lehine yasal önalım hakkının kabul edilme nedeni, sosyal amaçlara dayanmakta ve kamu yararı yönü ağır basmaktadır. MK m.657/son (şimdi m.731 f.3) gereğince mülkiyet hakkının kanunî tazyitlerinden olan bu önalım hakkı – kamu yararı için konulan kısıtlamalar kaldırılamaz ve değiştirilemez – hükmü karşısında, paylı mülkiyetteki önalımın aksine hiç bir şekilde değiştirilemez ve bu haktan feragat edilemez. 30.11.1990 tarihli ve 2/6 sayılı İBK – Bu içtihadı birleştirme kararı için bkz. Şener s.832-838 – Arsa Ofisi ile konulan sınırlandırmanın kamu hukukundan doğan kanunî bir sınırlandırma olduğu ve bu tür yasal sınırlamaların hukukî bir işlemle kaldırılamayacakları ve değiştirilemeyecekleri esasını bir kez daha vurgulamıştır.” (Şipka s.9). Ayrıca bkz. yuk.s.37 dn.147.

⁵⁹ Özenli s.86.

⁶⁰ Önalım hakkının eşyaya bağlılık özelliğinin hakkın esas niteliği ile ilgili olmadığı hakkında bkz. yuk.s.23 dn.80.

⁶¹ Yıldız s.75.

I. Önalım Hakkının Yasadan Kaynaklanması Halinde

Önalım hakkının yasadan kaynaklanması halinde davalı olacak kişi, taşınmazla ilgisi olmayan ancak taşınmazın en son payını satın alarak taşınmazda yeni paydaş sıfatını kazanmış olan kişidir⁶². Bundan anlaşılacağı gibi, paylı mülkiyetli bir taşınmazda pay satın alan kim ise, davalı da o kimsedir. Yani alıcıdır. Alıcı bir kimse olabileceği gibi birden çok kimse de olabilir. Alıcının bir veya birden çok pay satın almış olması onun davalı olma sıfatı üzerinde etkili değildir. Davacı gibi davalının da gerçek veya tüzel kişi olması mümkündür⁶³. Önalım konusu şey üzerindeki mülkiyet durumuna göre davalı bir veya birden çok kişi olabilir. Alıcıların önalım konusu şey üzerindeki mülkiyet haklarının paylı mülkiyet şeklinde olması halinde önalım hakkı kimler yönünden kullanılıyorsa açılan davada o paydaşların davalı olarak gösterilmesi gerekir. Ancak bu halde diğer paydaşlar yönünden önalım hakkının kullanılmadığı kabul edilir. Alıcıların önalım hakkı konusu üzerindeki mülkiyet hakları elbirliği şeklinde ise elbirliği içindeki tüm paydaşların davalı olarak gösterilmesi gerekmektedir⁶⁴. Alıcının kim olduğunu yani davanın kime karşı açılacağını tapu kaydına göre belirlemek gerekir. Ancak davalının kim olacağını her zaman tapu kaydına bakarak belirlemek mümkün değildir⁶⁵. Bu nedenle davalının da davacı gibi iki ayrı koşul içerisinde incelenmesi gerekmektedir.

1. Tapu Sicilinde İsmi Yazılı Olan Yeni Malik

Tapu sicilinde ismi yazılı olan yeni malik, yukarıda yazılı koşul ve durumları üzerinde toplayan kişidir. Bu nedenle gerek iç ve gerekse dış görünüş itibari ile önalım davalarında davalı olabilecek tek kişidir.

2. Tapu Sicilinde İsmi Yazılı Olmayan Yeni Malik

Tapu sicilinde ismi yazılı olmayan bir kişinin de davalı olması bazı durumlar için mümkündür. Tapu sicilinde ismi yazılı olmadığı halde malik olan

⁶² Özenli s.86.

⁶³ Bkz. yuk.s.153.

⁶⁴ Bu yapılmadığı takdirde hakkın eksik husumet nedeni ile kullanılmamış sayılacağı hakkında bkz. Yıldız s.77.

⁶⁵ Bkz. Yıldız s.76.

bu nedenle de önalım davasında davalı olabilecek kişileri de çeşitli olasılıklar içerisinde açıklamak yararlı olacaktır.

a. Taşınmazdan Haricen Pay Satın Alan Yeni Malik

Taşınmazdan haricen pay satın alan kişinin bu işlemi yasalar karşısında geçersiz olduğundan önalım hakkı doğmaz ve bu şekilde pay satın alan kişi hakkında önalım davası açılmaz.

b. Medenî Kanun'un 705 inci (EMK'nun 633 üncü) Maddesi Uyarınca

Malik Olanlar

Medenî Kanun'un 705 inci (EMK'nun 633 üncü) maddesi gereğince belli bir taşınmazdan belli bir pay edinen kimseye karşı da önalım davası açılabilir. Ancak bu durumda pay sahibi olan kişi, pay sahibi olmasına imkân sağlayan belge ve dayanağını tapuya tescil ettirmemiş olabilir. Önalım davalarında tapu sicil kaydı, gerek davanın görülebilmesi ve gerekse alınacak kararın yerine getirilmesi açısından esaslı bir unsur olduğu için, bu şekilde taşınmazdan pay alan ve paydaş olan kişinin, ayrıca tapu sicilinde de paydaş olarak görülmesi gerekir. Bu nedenle davalı olarak gösterilen kişi, eğer kendisi doğrudan tapuda gerekli tescil işlemini yaptırmıyorsa, bu işlemi yaptırmak için davacıya yetki ve önel verilip sonucuna göre davaya devam edilmelidir. Aksi durumda davanın görülebilmesine olanak yoktur⁶⁶.

c. Taşınmazın Kamulaştırılması

Önalım davası açıldıktan sonra dava konusu pay ilgili idarece kamulaştırıldığı takdirde dava bedele dayalı alacak davası olarak görülmeye devam edecektir⁶⁷.

⁶⁶ Özenli s.87-88.

Önalım hakkına konu payın mülkiyetinin bir hâkim kararı ile başka bir kişiye geçirildiği hallerde önalım hakkının kullanılamayacağı hakkında bkz. Gürsoy / Eren / Cansel s.656. Aksi görüş için bkz. Özenli s.88.

⁶⁷ Kamulaştırma işlemi yapıldıktan sonra önalım davası açılmasının mümkün olmadığı hakkında bkz. Özenli s.88.

3. Daha Önce Açtığı Önalım Davasını Kazanan Paydaş

Birden çok paydaşın, payı alan alıcı aleyhine ayrı ayrı davalar açmaları ve bunlardan her birinin aynı önalımlı payın kendi adına tescili için ayrı ayrı karar almaları ve bu paydaşlardan birisinin kendisine ait kararı işleme koyup önalımlı payın tamamını kendi adına tescil ettirmesi olanaklı olduğu gibi bir paydaşın dava açıp yararına karar almasından sonra yasal süre içerisinde başka paydaşların da aynı pay için önalım davası açıp kendi yararlarına karar almaları da olanaklıdır. Bu durumda lehlerine sonradan karar alan paydaşların (ilk önce karar alan paydaşın tapu siciline yaptırdığı tescil yüzünden) almış oldukları kararı tapu siciline işletme olanakları bulunmayacaktır. İşte bu durumda kesinleşmiş kararlar saptanan önalım haklarının geçerliliğinin tanınması için yeniden dava açma zorunluluğu doğacaktır⁶⁸.

Açılacak bu dava, önalım hakkından doğan, asıl ve gerçek önalım davasından daha geniş kapsamlı olan başka bir çeşit önalım davasıdır. Paydaşların birlikte dava açmamlarından veya açtıkları ayrı davaların birleştirilmeden görülmesinden doğan bu gibi uyumsuzlukların, bu tür davalarla çözümlenmesi gereklidir. Aksi düşünüldüğü takdirde aynı pay için önalım hakkını kullanan birden çok paydaştan birinin ötekilere üstün tutulması ve bunlardan bir kısmının kullandıkları önalım hakkının karşılıksız kalması, iptal edilmesi gibi yasaya ve önalım hakkının yapı ve niteliğine aykırı haksız ve olumsuz sonuçların doğumuna yol açılmış olacaktır. İşte böyle bir davanın açılması durumunda da, açılan davanın davalı tarafı önalımlı payı, önalım davası ile alan paydaş veya paydaşlardan oluşacaktır⁶⁹.

II. Önalım Hakkının Sözleşmeden Kaynaklanması Halinde

Yasal önalım hakkında olduğu gibi şerh edilmiş sözleşmesel önalım hakkı için açılacak önalım davasında da davalı, önalım konusu taşınmaz veya payı satın alan kimsedir. Yani bu durumda da davalı alıcıdır. Ancak sözleşmesel önalım hakkı tapuya şerh edilmemiş ise bu halde önalım hakkı alıcıya karşı

⁶⁸ Özenli s.88.

⁶⁹ Özenli s.88-89.

kullanılmayacağından davanın önalım sözleşmesinin diğer yanına karşı açılması gerekir⁷⁰.

⁷⁰ Yıldız s.77.

§ 10. TARAFLARIN VEYA DAVA KONUSUNUN DEĞİŞMESİ

A. Genel Olarak

Önalım davası devam ederken davanın ilk açıldığı andaki davacı ve davalısının değişmesi olanaklı bir durumdur. Bu değişiklik gerek davacı gerekse davalı yönünden iki türlü gerçekleşebilir. Bizim burada inceleyeceğimiz HUMK'nun 186 ncı maddesinde yer alan, dava konusunun el değiştirmesi nedeniyle davanın asıl taraflarında olan değişikliklerdir. Yoksa davanın görülmesi sırasında taraflardan herhangi birinin ölümü davanın asıl taraflarında bir değişiklik meydana getirmez.

Ölen kişinin mirasçıları o kişinin küllî halefi olduklarından tüm hak ve borçlarını da devralırlar ve ölen kişinin yerine geçerler. Bu nedenle davanın taraflarından birinin ölmesi durumunda, davaya ölen tarafın mirasçılarına tebligat yapılmak sureti ile devam edilmesi gerekir⁷¹.

B. Dava Konusunun Davalı Tarafından Devir Edilmesi

Uygulamada önalım konusu üzerine ihtiyatî tedbir konulmadığı hallerde dava konusunun davalı tarafından devredilmesi durumu ile sık karşılaşılmaktadır⁷².

Dava görülürken davalının dava konusunu üçüncü bir kişiye devir etmesi durumunda; yasa koyucu davacıya, iki seçimlik hak tanımıştır. Davacı dava konusunu aynen izlemek istiyorsa, devir alan kişiye karşı davasına devam edecek, eğer dava konusunu aynen izlemek istemiyorsa davasını tazminat davasına dönüştürerek devir edene karşı davasına devam edecektir. Yani; davacı, ya hasmını ya da davasının konusunu değiştirecektir. Davacı bu iki seçimlik hakkından birisini kullanmak zorundadır. Bu konu davayı gören mahkemece doğrudan göz önünde bulundurulacaktır. Eğer davacı seçimlik hakkını kendiliğinden kullanma yoluna gitmezse; bu konuda davacıya önel verilecek, verilen önele rağmen davacı, yine de seçimlik hakkını kullanmazsa, dava red edilecektir. Bu kural dava konusunun kısmen devir edilmesinde de

⁷¹ Özenli s.90; Yıldız s.78.

⁷² Yıldız s.79.

uygulanacak bir kuraldır. Çünkü bunu önleyecek bir kanun maddesi, yasanın herhangi bir yerinde yer almamaktadır⁷³.

Davacı seçimlik hakkını, davanın yeni alıcıya yöneltmesi şeklinde kullanırsa bir dilekçeyle bunu belirtecek, yeni alıcı, davalı olarak duruşmaya çağrılacaktır. Bu dilekçe dava dilekçesi niteliğinde olmadığından harç alınmayacak, yeni bir esas numarası verilmeyecek, 3 aylık hak düşürücü süre bahse konu olmayacak, sadece yasal yoldan hasım değişmiş olacaktır. Ancak ilk dava dilekçesinin hak düşürücü süre içinde verilmiş olması zorunluluğu tabiatıyla aranacaktır. Davacı, teşmil yoluna gitmeyerek yeni pay sahibi aleyhine harcını vererek ayrı bir önalım davası açarsa o davayla birinci dava birleştirilerek birarada görülecek, müstakil dava yine teşmil niteliğinde kabul edilerek, hak düşürücü süre yönünden ilk davanın açılış tarihi esas alınacaktır. Yeni pay sahibi davayı kaybederse yargılama giderlerinden bu payı satan önceki davalı da satın alanla birlikte usulün 186 ncı maddesi uyarınca müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaktır. Davacı dilerse ilk davasından vazgeçip – her satışla önalım hakkı yeniden doğduğu için – o davanın devamı sırasında pay alan kimse aleyhine müstakil önalım davası da açabilir. İlk davanın hak düşürücü süre içinde açılıp açılmadığı tartışmalı olan hallerde ve yine ikinci satışın daha düşük bedelli olması durumlarında bu yolu izlemek davacının yararınadır. Bu gibi hallerde sonradan açılan müstakil önalım davasının birinci davayla bir ilgisi bulunmadığından hak düşürücü sürenin ve önalım bedelinin ikinci satıştaki bedel esas alınmak sureti ile hesaplanması gerekmektedir⁷⁴.

Önalım davasının ilk alıcı davalısı, paydaştan satın aldığı önalımlı payı üçüncü kişiye devir ve temlik ederken; payın satış bedelini, kendi aldığı bedel üzerinden devir ederse bir sorun yoktur. Ama payın satış bedelini, kendi aldığı bedelin az veya çok üzerinde bir bedelle devir etmiş ise ne olacaktır? Yani önalım davasının davacısı, hangi bedelle sorumlu olacak; başka bir deyişle ödeyeceği satış bedeli ile tapu harç ve giderleri için dava konusu payın ilk

⁷³ Özenli s.91-92.

⁷⁴ C.Erdoğan s.794-795.

satışındaki değerini mi, yoksa daha sonraki satışlardaki değer ve bedelini mi ödeyecektir? Davacının dava sırasında dava konusu payın ikinci veya daha sonraki el değiştirmelerinde, satış bedeline ilişkin bir itirazı yoksa sorumlu olacağı satış bedeli, en son olarak yapılan satıma ilişkin satış bedeli olacaktır. Ama davacı dava açıldıktan sonra, dava konusu payın el değiştirmelerinde, payın satış bedeline (ve bunun yanısıra satış işlemine) itirazda bulunuyorsa açılan davada davacı tarafların ya bedelde ya da yapılan işlemde muvazalı davrandıklarını, kötünietli olduklarını iddia ediyor demektir. Bu iddia doğrultusunda taraf kanıtları toplanarak gerekli incelemenin yapılması⁷⁵ ve sonucunda davalıların kötünietli davrandıkları ve muvazaa yaptıkları doğrulanırsa ilk davaya neden olan satış bedeli üzerinden; eğer iddia doğrulanmazsa, son satış bedeli üzerinden önalım hakkının tanınması gerekir⁷⁶.

Önalım davası devam ederken davalı önalımlı payı satarsa, davacı istediği taktirde usulün 186 ncı maddesi uyarınca bu davasını tazminata dönüştürerek de davayı davalı aleyhine yürütebilecektir⁷⁷ Tabiatıyla bu durum önalım davasının hak düşürücü süre içinde açıldığının saptanması halinde mümkün olacaktır. Aksi halde dava zaten reddedilecektir. Burada istenecek tazminat birinci satışla ikinci satış arasında fark varsa o fark kadar olacaktır. Dönüştürme dilekçesinde istenilen tazminat miktarı da belirtilecektir. Eğer iki satış arasında bir fark yoksa veya ihtimali zayıf da olsa ikinci satıştaki satım bedeli birincisinden az ise o zaman istenecek bir tazminat bahse konu olmayacağından o dava reddedilecek ancak davalı önalım davasının açılmasına sebep olduğu için yargılama giderlerini ödemeye mahkum edilecektir. Bu nedenle iki satış arasında bir fark yoksa veya ikinci satıştaki satış bedeli birincisinden az ise bu gibi hallerde davacının yapacağı iş önalım davasını yeni malike yöneltmektir⁷⁸.

Davacı önalım davasını yeni malike yöneltmiş ve davanın kabulüyle iyiniyetli olan yeni malike birinci satış bedelinden daha fazla bir bedel ödemek

⁷⁵ Önalım davalarında muvaza konusu hakkında bkz. a.ş.a.s.209-223.

⁷⁶ Özenli s.93-94.

⁷⁷ 6.HD 25.11.1976 T. E: 7023 K: 7579 (Erdoğan s.808).

⁷⁸ C.Erdoğan s.795.

zorunda kalmışsa, bu fark için payı satan birinci davalı aleyhine ayrı bir tazminat davası açabilir⁷⁹. Böylece davacı önalımlı payı neticeten ilk satış bedeli üzerinden iktisap etmiş bulunacağı için, dava sırasındaki pay satışı onu etkilememiş olur⁸⁰.

Önalım davasının tazminat davasına dönüştürülerek davaya devam edilmesi durumunda, bu dava ilk davanın devamı niteliğinde olduğundan istenilen tazminat miktarının, önalım davasının değerinden fazla olması halinde mahkemenin gerçekleşen ilk görevi bundan etkilenmeyecektir⁸¹. Diğer taraftan önalım davası tazminat davasına dönüştürüldüğünde, artık bir önalım davasından söz edilemeyeceği için önalım davasının görülebilme koşullarından birisi olan satış bedeli ile tapu harç ve giderlerinin depo ettirilmesine de gerek kalmayacaktır⁸².

Önalım davası devam ederken davalı önalımlı payın bir kısmını uhdesinde bırakıp bir kısmını başkasına satarsa satılan kısım yönünden usulün 186 ncı maddesi uygulanacak, davalının kendi üzerinde kalan kısım yönünden de dava aynen yürütülecektir⁸³.

Önalım davası devam ederken davalı, önalımlı payı bu payı satana veya diğer bir paydaşa tapuyla temlik ederse, yine anlaşarak açılan dava neticesi satış akti feshedilip önalımlı pay, payı satana avdet ettirilirse veya davalı bu payı birisine hibe, trampa ederse usulün 186 ncı maddesi burada da uygulanacak davacı işlemin kötüniyetle, önalım hakkının kullanılmasını önlemek amacıyla yapıldığını da ispat edecektir⁸⁴. Önalım davası kabulü sonucundan

⁷⁹ 4.HD 26.01.1960 T. E: 9799 K: 1266 (C.Erdoğan s.801-802) - 4.HD 29.05.1965 T. E: 5066 K: 2861 (C.Erdoğan s.804-805).

⁸⁰ C.Erdoğan s.795.

⁸¹ Yargıtay 6.HD'nin 16.09.1975 tarihli ve 4754/5538 sayılı kararında, davanın üçüncü kişiye yöneltilmeyip Usul'ün 186 ncı maddesi gereğince tazminata çevrilmesi halinde de sulh mahkemesinin görevli olacağı kabul edilmiştir (İKİD, Y.1975 s.3855-3856). Bu karara karşı verilen muhalefet şerhinin daha isabetli olduğu hakkında bkz. Tekinay, Takyitler s.47 dn.20.

⁸² Özenli s.95. Ayrıca bkz. aş.a.s.197.

⁸³ C.Erdoğan s.796.

⁸⁴ HGK 01.03.1972 T. E: 625 K: 137 (C.Erdoğan s.797-798).

ve fakat, henüz verilen karar kesinleşmeden önce bu davanın davalısı olan alıcı belirtilen işlemleri yani bayiine iade, hibe veya trampadan birini yapmışsa, usulün 186 ncı maddesi uygulanmayacaktır. Çünkü bu madde davanın devamı süresince vuku bulan temliklere özgüdür. Dava bittiğine göre bu yola gidilemeyecek ancak işlemin kötüniyetle yapıldığından bahisle müstakil önalım davası açılabilir. Önalım davasının kabulüne ilişkin ilâm kesinleştikten sonra bu işlemler yapılmışsa o zaman ne olacaktır? Erdoğan'a göre kesinleşen ilâmla MK'nun 705 inci (EMK'nun 603 üncü) maddesi uyarınca tapuya tescilden önce mülkiyet önalım hakkını kullanan davacıya geçmiştir. Davacı bu hakkına dayanarak isterse tapu iptali davası açmak sureti ile o payı iptal ettirir, isterse müstakil önalım davası açabilir. Bu iki yoldan birisini seçmek davacının hakkıdır. Yeni malik MK'nun 1023 üncü (EMK'nun 931 inci) maddesi uyarınca dava konusunu iyiniyetle iktisap ettiğini savunabilir. Bu taktirde davacı, yeni malikin kötüniyetli olduğunu iddia ve ispat edecektir⁸⁵. Fakat bizim görüşümüze göre tapuya tescilden önce mülkiyet önalım hakkı sahibine geçmeyeceği için⁸⁶ bu ihtimalde davacı yalnız işlemin kötüniyetle yapıldığından bahisle müstakil önalım davası açabilmeli buna karşın ayrı bir tapu iptali davası açma olanağına sahip bulunmamalıdır.

C. Dava Konusunun Davacı Tarafından Devir Edilmesi

Önalım davası açıldıktan sonra önalım hakkı sahibinin payının tamamını diğer bir paydaşa satması halinde, payı satın alan paydaşın önalım davasına davacı olarak devam edebilmesi için davacının kendisine ait payın yanı sıra önalım hakkından doğan mülkiyeti devir alacağını da BK'nun 162 nci maddesi gereğince payı satın alan paydaşa yazılı olarak devretmesi gerekir. Pay satımı kullanılmış olan önalım hakkının da devredildiği anlamına gelmez. Önalım davasının davacısı payını üçüncü kişiye satmış ise, diğer paydaşların da yasal önalım hakkını kullanmaları durumunda, üçüncü kişinin paydaşlığı sona ereceğinden üçüncü kişinin davayı devralmasında herhangi bir yararı

⁸⁵ C.Erdoğan s.796.

⁸⁶ Bkz. a.ş.a.s.227-229.

bulunmaz⁸⁷. Pay satım dışında bir yolla elde edilmiş ise diğer paydaşların önalım haklarını kullanmaları söz konusu olmayacağından ve bunun aksinin kabulü halinde sonradan paydaş olan üçüncü kişiye amaca aykırı bir biçimde önalım hakkı tanınmış bulunacağından, yasadan kaynaklanan önalım davasında, temlikin paydaşa yapılması dışındaki davacı değişikliğini kabul etmemek gerekir⁸⁸. Paydaşa bu hakkın tanınması paydaşın önalım hakkını herhangi bir nedenle kullanmamış olması durumunda söz konusu olup, paydaş hakkını kullanmışsa kendisi ayrı dava açtığı için görülmekte olan davayı devralmasına gerek yoktur. Daha önce de değinildiği gibi⁸⁹ önalım sözleşmesi ile önalım hakkı bir taşınmaz lehine de tanınabilir ve bu durumda hak sahibi taşınmazın hakkın kullanılması anındaki malikidir. İşte lehine önalım hakkı tanınan taşınmazın, hakkın kullanılması anındaki malikin önceki malik tarafından açılmış önalım davasını da devralarak davacı konumuna gelmesi mümkündür. Sözleşmeden kaynaklanan önalım hakkına ilişkin davanın davacısının dava konusunun devri suretiyle değişmesinin mümkün olduğunu da gözden uzak tutmamak gerekir⁹⁰.

⁸⁷ Davacının davaya konu yapılan payı üçüncü kişilere devir etme olanağı bulunmadığı hakkında ayrıca bkz. Özenli s.95.

⁸⁸ Nitekim Yargıtay 6.HD'nin yasal önalım hakkı bulunan paydaşın payını dava açtıktan sonra herhangi bir nedenle yitirmesi veya başkasına temlik etmesi durumunda, önalım hakkını da yitirmiş olacağını belirterek devralan üçüncü kişinin davaya devam etmesini kabul etmediği görülmektedir. 6.HD 16.04.1984 T. E: 2621 K: 4786 (Yıldız s.78-79).

⁸⁹ Bkz. yuk.s.25-26.

⁹⁰ Yıldız s.78.

§ 11. MEDENÎ USUL HUKUKU YÖNÜNDEN ÖZEL ÖNEM ARZ EDEN DİĞER KONULAR

Önalım davasında Medenî Usul Hukuku yönünden özel önem arz eden diğer konular aşağıda ayrı ayrı incelenecektir.

A. Önalım Davasının Süresinde Açılıp Açılmadığı

Önalım davasının satışın bildirilmesinden itibaren üç ay ve her halde satıştan itibaren iki yıl içinde açılması şarttır. Bu süreler zamanaşımı süresi olmayıp birer hak düşürücü süredir⁹¹. Hak düşürücü süreler kamu düzenini ilgilendirdiğinden, bu tür sürelerin sona erdiği davanın tarafları tarafından ileri sürülmesi bile, mahkemece kendiliğinden dikkate alınmak durumundadır. Önalım davasının hak düşürücü süre içinde açılmaması halinde davanın reddine karar verilmesi gerekir. Bu halde başka hususların araştırılmasına gerek bulunmamaktadır⁹².

B. Davacının Dava Açma Ehliyeti

Yasal önalım hakkına dayanarak önalım davası açacak olan paydaş, gerek kendi payı ve gerekse taşınmazın bütünü açısından dava konusu taşınmazda elbirliği halinde malik ise yalnız başına dava açma ehliyeti bulunmayacaktır. Bu durum mahkemece doğrudan göz önünde tutulacağından davacıya, diğer mirasçılarının da açılmış bulunan davaya muvafakatlarını sağlaması için⁹³ önel verilecek ve bu kararın gereği yerine getirilir ise davaya devam edilecektir. Eğer davacı bu konuda herhangi bir önel istemez veya verilen önelere rağmen karar gereğini yerine getirmez ise, açılmış bulunan davanın görülebilme olanağı bulunmadığından dava red edilecektir⁹⁴.

⁹¹ Bkz. yuk.s.147-148.

⁹² Yıldız s.84.

⁹³ Herhangi bir nedenle diğer mirasçılarının tümünün muvafakatının sağlanamamış olması halinde ne yapılması gerektiği hakkında bkz. aş.a.s.170-171.

⁹⁴ Özenli s.129.

C. Ölen Tarafın Mirasçılarının Davaya Katılması

Ölen tarafın mirasçılarının davaya dahil edilmesi de önalım davası içinde çözümlenmesi gereken sorunlardan birisidir.

Önalım davası görülürken taraflardan birisi ölürse diğer taraf davaya devam etmek istediğinde ona, ölen tarafın mirasçılarını davaya dahil etmesi için süre verilip bu yolla davanın tarafları tekrar bir araya getirilmelidir.

D. Önalım Davalarındaki Bekletici Sorunlar

Bu başlık altında incelenecek sorunlar, önalım davasından ayrı bir davaya konu olması gereken sorunlardır. Yani bu sorunlar esas davanın görülmesi sırasında meydana çıkıp, çözümü, o mahkemenin görev ve yetkisi dışında kalan fakat esas davanın çözümüne etkili olacak özellikte olan sorun ve çekişmelerdir. Bu nedenle önalım davasını gören mahkeme bu tür sorunlarla karşılaştığında, davalı veya davacıya, ileri sürülen veya ortaya çıkan sorunu, öncelikle çözümlenmeleri için ayrı bir dava açmaları hususunda süre verdikten sonra, verilen süre içerisinde tarafların davranışlarına göre davayı reddedecek veya yürütecektir⁹⁵.

Bekletici sorunlar olarak tanımladığımız bu ön sorunları da taraf ve taşınmazla ilgisi yönünden iki ayrı alt başlık altında incelemek yararlı olacaktır.

I. Taraflar Yönünden Bekletici Sorunlar

Burada incelenecek bekletici sorunlar davanın tarafları ile ilgili olan sorunlardır.

1. Miras Şirketine Mümessil Atanması

Aynı dava içinde görülüp çözümlenecek olan ön sorunları incelediğimiz esnada, dava açan paydaşın, dava açma zamanında dava konusu taşınmazda elbirliği şeklinde malik olması halinde bu davaya devam edebilmesi için diğer mirasçıların da davaya muvafakatlarını sağlaması gerektiğine değinmiştik⁹⁶.

⁹⁵ Özenli s.151.

⁹⁶ Bkz. yuk.s.169.

İşte davacı, açılmış bulunan davaya diğer mirasçılarının tümünün muvafakatını temin edemezse mahkeme davacıya MK'nun 640 ıncı (EMK'nun 581 inci) maddesi gereğince (önalım davasının, miras şirketine atanacak bir mümessil tarafından yürütülmesi amacı ile) ayrı bir dava açmak üzere süre verecek, böylece miras şirketine mümessil atanması, önalım davasının dışında başka bir davanın konusunu oluşturacaktır. Önalım davasını gören mahkeme, davacı tarafından miras şirketine mümessil atanması amacıyla açılan davanın sonucunu bekleyecek ve ancak açılan dava olumlu sonuçlandıktan sonra davaya, mümessil aracılığıyla devam edecektir. Bu yön mahkemece ve Yargıtayca doğrudan gözetilecektir⁹⁷.

2. Paydaşlığın Tespiti

Önalım davaları belli bir süre içinde açılması gerekli olan davalardır. Bu nedenle önalım davasını açan davacının aslında dava konusu taşınmazda paydaş olmasına rağmen, bu iddiasını önalım davasını açtığı tarihte resmen doğruluyamamış olması mümkündür⁹⁸. Davacının kendisini tapu sicilinde de malik olarak göstermek için mirasçılık belgesinin iptali veya bu istekle birlikte tapu iptali davası açması ve önalım davası açmak için açılan bu davaların sonuçlanıp kesinleşmesini beklemesi durumunda, süresi içerisinde davalıya karşı önalım davası yöneltmesi mümkün değildir. İşte böyle durumlarda önalım hakkı sahibine açmış olduğu davalarını sonuçlandırması için süre verilmesi ve açılan davaların neticesine göre eldeki önalım davasının karara bağlanması gerekmektedir⁹⁹.

⁹⁷ Özenli s.152.

⁹⁸ Bu durum genellikle iki şekilde görülebilir. Ya taşınmaz davacının miras bırakanı üzerine yazılıdır ve henüz mirasçılık belgesi alınıp tapuya tescil ve değişiklik yapılmamıştır; ya da ölen malikin mirasçısı veya mirasçıları, içlerinden bir veya birkaç mirasçıyı saklayarak eksik mirasçılık belgesi alıp, tapu sicilinde bu mirasçılık belgesine göre malik değişikliğini gerçekleştirmişlerdir. Bkz. Özenli s.152.

⁹⁹ Örneğin davacı daha önce alınmış mirasçılık belgesinin iptali ile yeni ve gerçeğe uygun mirasçılık belgesi verilmesi için açmış olduğu davaları kazanırsa, paydaşlığı gerçekleşecek ve önalım hakkına sahip olacak; aksi taktirde taşınmazda paydaş olduğu iddiası doğrulanmadığı için davacının açmış olduğu önalım davası red edilecektir. Bkz. Özenli s.152.

II. Taşınmaz Yönünden Bekletici Sorunlar

Taşınmazın aynı ile ilgili bekletici sorunlar, tapu sicilini ilgilendiren, gerçekleşmesi durumunda mülkiyet ve taşınmazın bütünlüğünü bozan, bu yolla önalım hakkı ile önalım davasından söz etmeye olanak bırakmayan, bünyesinde farklı özellikleri bir arada barındıran ön sorunlardır. Belirtilen özellikleri nedeniyle taşınmaz yönünden bekletici sorunların kesin kurallar konulmaksızın, genel olarak ve karşımıza çıkabilecek olasılıklara göre incelenmesinde fayda bulunmaktadır.

Buna göre önalım davalarında karşımıza çıkabilecek taşınmaz yönünden belli başlı bekletici sorunları aşağıdaki şekilde sıralamak mümkündür:

1) Önalım hakkına konu taşınmaz yönünden kadastro mahkemesinde dava açılmış olması ve bu davanın önalım hakkını bertaraf edici nitelikte bulunması halinde kadastro mahkemesinde açılan davanın sonucu beklenmelidir¹⁰⁰.

2) Önalım davası sırasında, davalının satış vaadine dayalı olarak davacının payı hakkında dava açtığını bildirmiş ve böyle bir dava açmış olması halinde, önalım davasının sonucu bu davanın sonucuna bağlı olacağından, davalı tarafından açıldığı bildirilen satış vaadine dayalı cebri tescil davasının sonucunun beklenmesi gerekmektedir¹⁰¹.

3) Önalım davasını, önalım hakkına konu taşınmaz hakkında tapu iptali ve tescil davası açtığını bildirerek açan davacının, böyle bir hakkının bulunup bulunmadığı açtığı tescil davasının sonucuna bağlı olacağından yine bu halde de açılan tescil davasının sonucu beklenmelidir¹⁰².

4) Önalım hakkının kullanılmasına esas alınan satım sözleşmesinin feshedilmiş olduğunun tespitine ilişkin bir dava açılmış ise, önalım hakkının kullanılmasının mümkün olup olmadığı açılan tespit davasının sonucuna bağlı

¹⁰⁰ 6.HD 25.04.1983 T. E:4456 K:4499 (Tunaboğlu, Önalım Davaları s.605).

¹⁰¹ HGK 06.07.1977 T. E: 6-535 K:701 (C.Erdoğan s.1002).

¹⁰² 6.HD 08.10.1987 T. E:6848 K:9510 (Tunaboğlu, Önalım Davaları s.604).

olacağı için satım sözleşmesinin feshedilmiş olduğunun tespitine ilişkin davanın sonucunun beklenmesi gerekmektedir¹⁰³.

5) Yine 2981 sayılı yasanın uygulanması ile ilgili olarak Yargıtay'ın bir kararında¹⁰⁴; "Davacı, şuf'a hakkını kullanmak istediği taşınmaz üzerine davalının imar ve gecekondü mevzuatına aykırı olarak yapı yaptığını, bu yapının ruhsat ve kullanma izni ile tapu tahsis belgesi verilmesi için belediyeye müracaat ettiğini ileri sürmüştür. Gerçekten imar ve gecekondü mevzuatına aykırı yapılardan doğacak bazı işlemleri düzenleyen ve 6785 sayılı yasanın bir maddesini değiştiren 2981 sayılı yasanın 9 uncu maddesinin (a) bendinde kendi arsası üzerinde imar mevzuatına aykırı olarak yapılmış yapılardan bahsettikten sonra aynı maddenin (b) bendinde Hazine, Belediye, İl Özel İdarelerine ait veya Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün idare ettiği arsa veya araziler üzerine yapılan gecekondulardan bahsedilmiş ve aynı yasanın 10 uncu maddesinde de bu kanun hükümlerine göre hazine, belediye, il özel idaresine ait veya Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün idare ettiği arsa veya araziler üzerinde, gecekondü sahiplerince yapılan yapılar, 12 nci madde hükümlerine göre tespit ettirildikten sonra, kayıt maliki kamu kuruluşunca bu yerlerin hak sahibine tahsis edileceğini ve tahsisin yapıldığı tapu sicili beyanlar hanesinde gösterilerek ilgisine tapu tahsis belgesi verileceğini hükme bağlamıştır. Öbür yandan aynı yasanın 22/6 maddesinde de, bu konu kapsamına giren yapılarla ilgili yargı mercilerinde açılmış davaların durdurulacağı öngörülmüştür. Yasal düzenlemeler böyle olunca davalının 2981 sayılı yasaya göre yaptığı müracaatının sonucunun beklenmesi zorunlu olmaktadır....." denilmek sureti ile önalım davasında 2981 sayılı yasaya göre yapılan müracaatın sonucunun beklenmesi gerektiğine işaret edilmektedir.

E. Önalım Davalarının Ayrılması ve Birleştirilmesi

HUMK'nun 45 ilâ 48 inci maddelerinde düzenlenen davaların ayrılması ve birleştirilmesi kurumunun önalım davaları yönünden ve bu davalarla sınırlı olarak değerlendirilmesini yapacak olursak:

¹⁰³ Yıldız s.90.

¹⁰⁴ 6.HD 06.03.1989 T. E:1215 K:3801 (Özenli s.154 dn.39).

1. Önalım Davalarının Ayrılması

HUMK'nun 43 üncü maddesinde birden fazla kişinin birlikte dava açması veya birden fazla kişi aleyhine dava açılmasının koşulları belirlenmiş bulunmaktadır¹⁰⁵. Anılan maddede sayılan koşulları bünyesinde toplamadan açılan davaların, birbirinden ayrılması gerekmektedir. Önalım davalarına bakıldığında, bu davalarda HUMK'nun 43 üncü maddesinde belirlenen koşulların, tipik bir şekilde bir araya geldiği görülmektedir. Gerçekten önalım davalarında, dava konusu hak veya borca bütün paydaşların ortak olmasının yanı sıra, önalım davası da her paydaş veya davalı için aynı nedenden doğmaktadır¹⁰⁶.

Bu davalarda hak veya borca taraflar ortaktır. Çünkü her paydaşın, satılan payla ilgili olarak önalım hakkı ve pay satın alan alıcı veya alıcıların, eğer iddia gerçekleşirse, satın aldıkları payı davacıya geri verme borçları vardır. Dava taraflar için aynı nedenden doğmuştur, çünkü davanın sebebi davaya konu olacak payın satılmış olmasıdır. Bunun için önalım davalarında, birden fazla paydaşın dava açması veya satılan paylar birden fazla olsa bile satın alan alıcılar aleyhine birlikte dava açılması mümkündür. Bu şekilde açılan dava, yukarıda değinilen nedenlerle tek dava sayılacağından; bu davanın taraflarının birden fazla olması nedeni ile ayrılması, olaya HUMK'nun 45 inci maddesinin uygulanması imkânı yoktur.

2. Önalım Davalarının Birleştirilmesi

HUMK'nun 45 inci maddesi uyarınca ayrı ayrı açılmış olan davalar arasında bağlantı bulunması halinde, bu davaların birleştirilmesi mümkündür. Davaların aynı nedenden doğması veya biri hakkında verilecek kararın diğerini

¹⁰⁵ HUMK m.43: Birden ziyade kimseler aşağıdaki hallerde birlikte dava ikame edebilecekleri gibi birlikte aleyhlerine dava ikame olunabilir.

Müddeiler veya müddeialeyhler arasında müddeabih olan hak veya borcun iştirak halinde bulunması veyahut müşterek bir muamele ile hepsinin lehine bir hak taahhüd edilmiş olması veya kendilerinin bu suretle taahhüd altına girmeleri.

Davanın, her biri hakkında aynı sebepten neşet etmesi.

¹⁰⁶ Özenli s.159.

etkileyecek nitelikte bulunması halinde, davalar arasında bağlantı varsayılır¹⁰⁷. Temyiz mercii ayrı olan davaların da bu madde hükmüne göre birleştirilmesine karar verilebilir. Bu halde temyiz incelemesi, birinci davanın temyiz mercii olan Yargıtay Dairesince yapılır¹⁰⁸.

Yasal önalım davaları, davaların birleştirilmesi kuralı yönünden en tipik örneklerdendir. Çünkü davaya konu olan pay, davacılar yönünden aynı olduğu gibi, bir paydaşın açtığı dava ile ilgili verilecek karar, diğer bir paydaşın açmış olduğu davada verilecek kararı da etkileme özelliğine sahiptir. Çünkü dava açan paydaşlar, davaya konu payda, taşınmazdaki pay oranlarına bakılmaksızın eşit oranda paylarla hak sahibidirler¹⁰⁹. Ayrıca lehine karar almış olan bir paydaşın, bu kararı tapuya tescil ettirmiş olsa bile, aynı payla ilgili olarak diğer paydaşların önalım davaları ile her zaman için karşılaşma olasılığı vardır¹¹⁰. Bu nedenlerle, özellikle aynı payla ilgili olarak; daha önce açılmış olan önalım davasına müdahale etmeksizin ayrı dava açan paydaşlar varsa, dava açan tüm paydaşların açmış oldukları davaların birleştirilerek görülüp, birlikte sonuçlandırılması, önalım davaları yönünden bir zorunluluktur¹¹¹.

¹⁰⁷ HUMK m.45: Aynı mahkemede görülmekte olan davalar, aralarında bağlantı bulunması halinde davanın her safhasında, istek üzerine veya kendiliğinden mahkemece birleştirilebilir.

Davalar ayrı mahkemelerde açılmış ise, bağlantı nedeniyle birleştirme talebi ikinci davanın açıldığı mahkeme önünde ilk itiraz olarak ileri sürülebilir. Birinci davanın açıldığı mahkeme ilk itirazın kabulüne ve davaların birleştirilmesine ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra bununla bağlıdır.

Davaların aynı sebepten doğması veya biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte bulunması halinde bağlantı varsayılır.

¹⁰⁸ Özenli s.160 ve yine bkz. Özenli s.160 dn.2.

¹⁰⁹ Bkz. yuk.s.97 dn.402.

¹¹⁰ Bkz. yuk.s.97 dn.407.

¹¹¹ Özenli s.160.

Davaların aynı mahkemede görülmesi halinde birleştirmede bir zorluk olmaz. Farklı yerlerdeki mahkemelerde görülmesinde ise birleştirme talebinin ilk itiraz olarak ileri sürülmesi gerekir. Bkz. Yıldız s.83.

Yasal önalım davalarında davayı gören mahkemenin yetki ve görevi her dava için aynı olduğundan, davaların birleştirilmesi durumunda davayı görece mahkemenin (yetki ve görev yönünden) belirlenmesinde herhangi bir zorluk yaşanması söz konusu değildir. Bkz. Özenli s.160.

F. Önalım Davalarında Davaya Müdahale

I. Genel Olarak

Medeni Usul Hukuku teorisinde¹¹² dava iki taraf sistemine göre kurulmuştur. Davanın tarafları davacı ve davalıdır. Davacı veya davalı yanında dava arkadaşı olarak birden fazla kişi yer alsa da, üçüncü bir taraf yoktur. Ancak bazı hallerde verilen hüküm üçüncü kişileri de etkileyebilmektedir. Dava sonunda verilecek hükümden etkilenecek olan üçüncü kişiye, kendi yararını koruması için, taraflar yanında davaya katılma imkânı tanınmıştır. İki taraf sistemi, üçüncü kişilerin davanın taraflarından birisi yanında onun yardımcısı olarak davaya katılmasını engellemez. Üçüncü kişinin taraflardan birisinin yanında davaya katılması, fer'î müdahale şeklinde kendiliğinden olabileceği gibi, davanın ihbarı üzerine de olabilir. Davanın tarafı olmayan üçüncü kişi için kanunda öngörülen diğer bir katılma, aslî müdahaledir. Ancak aslî müdahale aslında gerçek anlamda bir yargılamaya müdahale değildir¹¹³.

Önalım davalarına da müdahale yolu ile katılma mümkündür. Bir davaya katılmanın aslî veya fer'î olup olmadığı, müdahale edenin talebine ve dayandığı hakkın niteliğine göre belirlenir. Katılanın ileri sürdüğü hususlar, ayrı bir davanın konusu olabilecek nitelikte ise ve önalım davası içinde çözümlenecek gibi değilse, katılmanın aslî olduğunun kabulü gerekir. Bu nitelikte olmayan katılmalar ise fer'î katılmadır¹¹⁴.

II. Fer'î Müdahale¹¹⁵

Dava sonunda verilen hüküm sadece davanın taraflarını etkilerse de, bazı hallerde üçüncü kişilerin durumu da verilen hükümden etkilenir. Üçüncü kişilerin dava sonunda verilen hükümden etkilenmesi halinde, onların davada bir üçüncü taraf olarak yer alması mümkün değilse de, kendi haklarını korumak için, fer'î müdahil olarak davaya katılmaları kabul edilmiştir. Fer'î müdahale üçüncü

¹¹² Bkz. yuk.s.108 dn.448.

¹¹³ Pekcanitez/Atalay/Özekes s.215.

¹¹⁴ Yıldız s.82.

¹¹⁵ Bu konuda bkz. H.Pekcanitez, **Medenî Usul Hukukunda Fer'î Müdahale**, Ankara 1992 s.1-218.

kişiyeye, görülmekte olan bir davaya, davayı kazanmasında yararı bulunan taraf yanında katılma olanağı veren bir kurumdur. Fer'î müdahale sayesinde üçüncü kişi davaya katılıp yanında katıldığı tarafın davayı kazanmasını sağlayarak hukukî durumunun olumsuz etkilenmesini önlemeye veya olumlu biçimde etkilenmesine çalışır. Müdahil, yanında katıldığı tarafın davayı kazanmasına yardımcı olarak daha sonra kendisine karşı bir dava açılmasına engel olur veya kendisinin dava açma gereğini ortadan kaldırır. Bu yönü ile fer'î müdahale usul ekonomisine uygundur. Bunların yanında, müdahil, tarafın elinde olmayan ve bilmediği delilleri mahkemeye vererek uyuşmazlığın daha iyi açıklanmasını sağlar ve gerçeğe uygun karar verilmesini kolaylaştırır¹¹⁶.

Önalım davalarında fer'î müdahale müessesesine hemen hemen hiç rastlanılmamaktadır. Çünkü önalım davası nedeniyle davanın esası yönünden verilecek hükmün, dava dışında kalan bir paydaşı dolayısıyla etkilemesi söz konusu değildir¹¹⁷.

III. Aslî Müdahale¹¹⁸

Aslî müdahale, görülmekte olan bir davada, üçüncü bir kişinin dava konusu şey veya hak üzerinde kısmen veya tamamen hak sahibi olduğunu iddia ederek, bu davanın taraflarına karşı dava açmasıdır. Aslî müdahale Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzda düzenlenmemiştir. Ancak bu durum, hukukumuzda aslî müdahalenin mümkün olmadığı anlamına gelmez. Çünkü Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda buna engel bir hüküm bulunmadığı gibi, maddî hukukta bir çok dava aslî müdahale davası biçiminde açılabilmektedir¹¹⁹. Aslî müdahale davasının açılması usul ekonomisine de uygundur. Çünkü bu

¹¹⁶ Pekcanitez / Atalay / Özekes s.215-216.

¹¹⁷ Özenli s.155.

¹¹⁸ Bu konuda bkz. M.Özekes, **Medenî Usul Hukukunda Aslî Müdahale**, İstanbul 1995 s.1 vd.

¹¹⁹ Örneğin Türk Medenî Kanunu'nun 713 üncü maddesine göre tescile itiraz davası, bir aslî müdahale davasıdır. Yine 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 26 ncı maddesinde; aslî müdahale davasından söz edilmektedir. Bkz. Pekcanitez / Atalay / Özekes s.226.

sayede çelişik kararların verilmesinin önlenmesi,daha çabuk ve basit olarak davaların sonuçlandırılması mümkün olabilmektedir¹²⁰.

Önalım davalarında yapılacak müdahale, çoğunlukla aslî müdahaledir. Çünkü önalım davalarında davaya müdahale eden kişi ile davanın taraflarının hakları birbiri ile çatışmaktadır¹²¹.

G. Önalım Davasının İhbarı

Görülmekte olan bir davada, taraflardan birisinin, kendisine yardım etmek üzere davaya müdahalesini veya kendisini davada temsil etmesini sağlamak amacıyla üçüncü kişiye davayı duyurmasına davanın ihbarı denir¹²². Davanın ihbarı, tarafın davayı kaybetmesi halinde üçüncü bir kişiye rücu hakkı olduğu veya üçüncü kişinin kendisine rücu edeceği hallerde söz konusu olur (HUMK m.49 f.1). Üçüncü kişinin verilecek hükümlerle kendisinin etkileneceği davadan haberdar olması çoğu kez tesadüfidir. İhbar davanın açıldığı taraf olmayan üçüncü kişiye duyurulması olduğundan, bunun tesadüfi olmasını ortadan kaldırır. Davayı üçüncü kişiye ihbar eden taraf, üçüncü kişinin davaya fer'î

¹²⁰ Pekcanitez / Atalay / Özekes s.226-227.

¹²¹ Nitekim Yargıtay HGK'nun da 25.11.1975 gün ve 1/521-952 sayılı kararında: "Bu uyuşmazlığın çözümlenmesi için olayda müdahilin dayandığı hakkın niteliği üzerinde durulmalıdır. 20.06.1951 gün ve 13/5 sayılı içtihadı birleştirme kararında da (bkz. Tunaboğlu, Önalım Davaları s.729-741) açıklandığı üzere şuf'a hakkını kullanan paydaş, MK m.659 gereğince alıcının kanunî halefi olur. Müdahil sözü geçen hakka dayandığına göre davanın sonucunda hukukî yararı bulunduğu ve tarafların kötüniyetle anlaşmaları halinde bu hukukî yararın onların yararları ile çatıştığı kabulü gerekir. O halde müdahilin işbu davada öne sürdüğü hususlar taraflardan birine katılmak suretiyle çözümlenemeyip aslî müdahale şeklinde birlikte görülmesi gereken ayrı bir davanın konusu olabilir. Bu itibarla mahkemece yapılacak iş, müdahale isteğinin niteliğine göre peşin dava harcını yatırmak ve (bu aslî müdahale davası hakkında) inceleme yaparak sonucu dairesinde bir karar vermektir." demek sureti ile önalım davalarındaki müdahalenin aslî müdahale olduğuna işaret ettiği görülmektedir. Bkz. B.Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C.IV, B.6, İstanbul 2001, s.3503.

Önalım davalarındaki aslî müdahalede, müdahil bağımsız bir davacı gibi hareket ettiğinden, müdahilden dava başvurma ve peşin harcının alınması gerektiğinin de unutulmaması gerekir. Bkz. Özenli s.156; Yıldız s.83. Fer'î müdahalenin herhangi bir harca tâbi olmadığı hakkında ayrıca bkz. Yıldız s.83.

¹²² Bu konuda bkz. Y.Metin, **Medenî Usul Hukukunda Davanın İhbarı**, Ankara 1992 (YL Tez); A.Alyaz, "Hukuk Yargılama Usulünde Yargılamanın İhbarı", **BBD**, Y.1986, S.27, s.12-14; H.Konuralp, "Davanın İhbar Edildiği Kimsenin İhbar Edeni Temsil Etmesi", **Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı**, Ankara 1988, s.533-566.

müdahil olarak katılmasını ya da üçüncü kişinin kendisini davada temsil etmesini isteyebilir. İhbarın amacı, asıl olarak ihbarın etkisini sağlamaktır. Çünkü, kendisine ihbar yapılan kişi, bu ihbardan sonra davaya müdahil olarak katılmasa da, kendisi hakkında ihbarın etkisi olacaktır. İhbarın etkisi müdahalenin etkisine benzemektedir¹²³.

Önalım davalarında Usul Yasasında yer alan bu kurumun işletilmesine kural olarak imkân bulunmamaktadır¹²⁴. Ancak belirtmek gerekir ki, ilk davayı açan paydaşın lehine aldığı karar kesinleştikten sonra, davaya konu olan payla ilgili olarak, diğer paydaşların önalım davası ile karşılaşmaması için, satış işlemini öğrenmelerini sağlamak ve böylece önalım haklarını kullanıp kullanmayacaklarını anlamak yönünden açmış olduğu önalım davasını kendisi dışındaki paydaşlara bildirmesinde büyük fayda bulunmaktadır¹²⁵.

Yine davaya konu payı üçüncü kişiye satan paydaş, herhangi bir nedenle diğer paydaşların bu satım sözleşmesi nedeniyle önalım davası açmayacaklarını alıcısına garanti etmiş ise, önalım davası ile karşılaşan davalının, davayı kaybetme ihtimaline binaen ve gerektiğinde açabileceği tazminat davasından yararlanabilmek için önalım davasını kendi satıcısına bildirmesi gerekmektedir¹²⁶.

Ayrıca dava sırasında davacı tarafından gerek bedelde gerekse işlemde muvazaa iddiası ileri sürülmüş, fakat davalı böyle bir davranış içerisinde değilse, davalının davacının iddiasında herhangi bir nedenle haklı çıkma olasılığına karşı tedbir olarak davayı üçüncü kişiye bildirmesi ve savunmada

¹²³ Pekcanitez / Atalay / Özkes s.221.

¹²⁴ Özenli s.157. Fakat bkz. ve karşı. Yıldız s.81.

¹²⁵ 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'ndaki son düzenleme dikkate alındığında satımın öğrenilmesi ile birlikte hak düşürücü süre işlemeye başlamayacağı için (bkz. yuk. s.57-60) bu halde yapılacak ihbarın bugün artık önemini kaybettiği de açık bir gerçektir. Bu konu hakkında bkz. Yıldız s.82.

Önalım hakkının sözleşme ile BK'nun 11 inci maddesi gereği üçüncü bir kişiye tanınmış ve davanın da onun tarafından açılmış olması halinde, üçüncü kişinin bu hakkı tanıyan önalım sözleşmesinin diğer tarafına davayı bildirmesinde açılmış olan davada aynı zamanda davacı konumunda olması nedeni ile herhangi bir yararının bulunmadığı hakkında bkz. Yıldız s.81-82.

¹²⁶ Özenli s.157.

üçüncü kişiyi yanına çağırması da kendi menfaati açısından gerekli bulunmaktadır¹²⁷.

H. Davaya Son Veren Taraf İşlemleri

Usulüne uygun olarak bir dava açıldığında, davayı görmekle görevli mahkemenin yapacağı iş, HUMK'nun 74 üncü maddesini göz önünde bulundurarak yargılamayı yürütmektir. Yargılamanın yürütülmesi sonunda iddia yasaların aradığı koşullara uygun olarak doğrulanmışsa dava kabul edilecek iddia doğrulanmamışsa dava red edilecektir. Görülmektedir ki, her iki durumda da davayı sona erdiren neden, tarafların kendi istem ve haklarından herhangi bir sebeple vazgeçmeleri değil, karşılıklı iddia ve savunmalar ile taraf kanıtlarının tartışılması sonucu yargı kuvvetinin, taraflardan birisinin iddiasını kabul etmesidir. Ancak öyle durumlar ortaya çıkabilir ki mahkemenin yargı gücünü nispi olarak kullanarak tarafların işin esasını görmeyi önleyen istemlerine göre sonucu belirlemesi gerekebilir. İşte bu başlık altında mahkemenin yargı gücünü nispi olarak kullandığı, davaya son veren taraf işlemleri olan feragat, kabul ve sulh sırası ile incelenecektir.

I. Feragat¹²⁸

HUMK'nun 91 inci maddesinde düzenlenmiş bulunan feragat, iki taraftan birinin netice-i talebinden vazgeçmesidir. Feragat, karşı tarafın kabulüne bağlı değildir. Hâkimin feragat karşısında yapacağı iş, feragat nedeniyle davayı red etmek olacaktır. Tabii ki feragat eden tarafın yargılama giderleri ile sorumlu tutulması da gerekecektir. Feragatin açık ve koşulsuz olarak yapılması gerekir. HUMK'nun 91 inci maddesine göre davadan feragatin hüküm kesinleşinceye kadar yapılması gerekmektedir¹²⁹. Önalım hakkı sahibinin de açtığı önalım

¹²⁷ Özenli s.158.

¹²⁸ Bu konuda bkz. Kuru, Usul IV s.3544-3673.

¹²⁹ Ancak feragatin hükümden önce ve sonra yapılması uygulamada farklı yöntemlere tâbi tutulmaktadır. Özellikle Yargıtay 2.HD hükümden sonra davadan feragat hallerinde, hüküm veren mahkemenin davadan el çekmesi nedeni ile feragat konusunda herhangi bir karar veremeyeceğini, feragat dilekçesinin temyiz dilekçesi olarak kabulü ile Yargıtay'a gönderilmesi gerektiğini, kararın feragat nedeniyle bozulmasından sonra yerel mahkemenin ancak feragat konusunda bir karar verebileceğini belirtmektedir. Bkz. 2.HD 30.06.1992 T. E:6103 K:7522 (Yıldız s.100 dn.60). Bu kararın eleştirisi için bkz. Yıldız s.61.

davasından feragat etmesi mümkündür¹³⁰. Belirli bir satış için açılan önalım davasından feragatin diğer bir satış için kullanılması olanaklı olan önalım hakkını etkilemesi söz konusu değildir¹³¹.

II. Kabul¹³²

Davanın kabulü HUMK'nun 92 nci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre kabul iki taraftan birinin diğerinin talep sonucunu kabul etmesidir¹³³. Davadan feragatten farklı olarak, davayı kabul, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri uyuşmazlıkları konu alan davalarda yapılabilir¹³⁴. Kabul karşısında hâkimin yapacağı iş, kabul uyarınca davayı kabul etmek ve kabul eden tarafı kural olarak yargılama giderlerinden sorumlu tutmaktır¹³⁵. Feragat gibi kabulün de hüküm kesinleşmeden önce açık ve koşulsuz olarak yapılması gerekir. Kabulün geçerliliği için, bunun davacı tarafından kabul edilmesine (davacının kabule rıza göstermesine) gerek yoktur¹³⁶.

¹³⁰ Yıldız'a göre bu halde davadan feragat ile birlikte önalım hakkının kullanılmasından da feragat edildiğinin kabulü gerekmektedir. Bkz. Yıldız s.101.

¹³¹ Yıldız s.100-101.

Mecburî dava arkadaşları hepsi birlikte davadan feragat edebilirler, birinin veya birkaçının davadan feragati geçerli değildir. Bkz. Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul s.512.

İhtiyarî dava arkadaşlığında ise, ihtiyarî dava arkadaşlarından (davacılarından) biri davanın kendisine ilişkin bölümünden feragat edebilir; bu feragat diğer dava arkadaşlarının (davacıların) davasını etkilemez; onların davasına devam edilir. Bunun gibi, davacı, davalılardan (davalı taraftaki ihtiyarî dava arkadaşlarından) biri hakkındaki davasından feragat edebilir. Bu feragat diğer dava arkadaşları (davalılar) hakkındaki davayı etkilemez. Onlara karşı davaya devam edilir. Buna karşın mecburî dava arkadaşlığında davalılardan biri hakkında yapılan feragat geçerli değildir. Bkz. Kuru / Arslan / Yılmaz s.519-520; Yıldız s.100.

¹³² Bu konuda bkz. Kuru, Usul IV s.3674-3741.

¹³³ "Kabul"ü tarif eden (tanımlayan) HUMK m.92 hükmünde, iki taraftan biri denilmekte ise de, bunu davalı olarak anlamak gerekir. Çünkü, davayı kabul etme yetkisi, ancak kendisine karşı dava açılmış olan kişiye davalıya ait olabilir." (Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul s.547).

¹³⁴ S.Tanrıver, **İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi**, Ankara 1996 s.105 ve orada dn.73'de belirtilen yazarlar.

¹³⁵ Ayrıca bkz. a.ş.a.s.235-237.

¹³⁶ Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul s.548.

Mecburî dava arkadaşları hep birlikte davayı kabul edebilirler; dava arkadaşlarından bir tanesi bile davayı kabul etmezse diğerlerinin kabul beyanı hükümsüz (geçersiz kalır). Buna karşın davalı taraftaki ihtiyarî dava arkadaşlarından (davalılardan) biri

III. Sulh¹³⁷

Davada sulh davaya son veren taraf işlemi olmakla beraber, feragat ve kabul gibi, yasamızda açıkça düzenlenmiş değildir¹³⁸. Sulh, taraflar arasında yapılan bir sözleşme olup, sulh ile dava konusu uyuşmazlık son bulur. Bu nedenle sulh, sulh ile dava konusu uyuşmazlık sona erdiği için usulî bir işlem, fakat aynı zamanda bir sözleşme olduğu için de maddî hukuk işlemidir¹³⁹.

Önalım davasında mahkeme huzurunda yapılan sulh davayı kendiliğinden sona erdirir. Mahkemenin, bu sonucun elde edilebilmesi için, sulhten sonra onu esas alarak ayrıca bir hüküm vermesine gerek yoktur. Mahkeme, sadece davanın konusuz kaldığını tespit ve tevsik etmekle yetinecektir.¹⁴⁰

I. Davanın Başvuruya Bırakılmış Olması

Kural olarak hukuk davalarında davacının davayı takip etme zorunluluğu vardır. Davalı tarafın ise davayı takip etme zorunluluğu yoktur¹⁴¹.

Önalım davasının açılmasından sonra, davacı tarafın mazeretsiz olarak gelmemesi ve davalı tarafın da davayı takip etmeyeceğini bildirmesi halinde HUMK'nun 409 uncu maddesi gereğince dosya iki taraftan birisi tarafından yenileninceye kadar işlemde kaldırırlır. Dosyanın işlemde kaldırılmasından itibaren üç ay içinde yenilenmeyen davanın ise açılmamış sayılmasına karar

yalnız başına davayı kabul edebilir. Bu kabul diğer dava arkadaşlarını (davalıları) etkilemez; onlara karşı davaya devam edilir. Bkz. Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul 512 ve 520.

¹³⁷ Bu konuda bkz. E. Önen, **Medenî Yargılama Hukukunda Sulh**, Ankara 1972, s.23 vd.; Kuru, Usul IV s.3742-3802.

¹³⁸ Yıldız s.102.

¹³⁹ Özenli s.162; Kuru, Usul IV s.3744-3745.

¹⁴⁰ Tanrıver s.96. Daha fazla bilgi için bkz. Tanrıver s.96-98.

Taraflar sulh olurken aynı zamanda yargılama giderleri hakkında da bir anlaşmaya varmışlarsa tarafların anlaşmalarına uyulur. Bu konuda anlaşmaları yoksa mahkeme yargılama giderlerini sulh aşamasındaki (kısmî) kabul ve feragat edilen miktarlar oranında taraflar arasında paylaşır. Bkz. Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul s.554.

¹⁴¹ Bu konuda bkz. Ö.Ulukapı, **Medenî Usul Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi**, Konya 1997 s.3-164; Z.Yılmaz, **Medenî Usul Hukukunda Davanın Açılmamış Sayılması**, B.2, Ankara 2008, s.41-899.

verilir. Bu süre içinde dava yenilenirse, yenilenen dosya yeni bir dava olmayıp, eski davanın devamıdır¹⁴².

HUMK'nun 409 uncu maddesi gereğince açılmamış sayılmasına karar verilen davanın önalım hakkı üzerinde de etkisi bulunmaktadır. HUMK'nun 409 uncu maddesi gereğince açılmamış sayılan dava hiç açılmamış sayılır. Bu nedenle önalım hakkı da hiç kullanılmamış kabul edilir. Yeni bir dava açılması halinde de bu dava eski davanın devamı sayılamayacağından ve hak düşürücü süre de geçmiş olacağından açılan dava daima bu nedenle red edilecektir¹⁴³. Her ne kadar Yargıtay 6.HD 2001 yılında verdiği 347/1156 sayılı kararında "Bir paydaş önalım hakkını 1 aylık süre içinde kullanır ve davayı takipsiz bırakırsa bu davayı on yıl içinde yenileyebilir (yeniden açabilir)" demişse de verilen karar önalım hakkının kullanılması ile önalım davasının açılmasının birbirinden ayrı işlemler olduğu 743 sayılı yasa dönemine ait olduğundan ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu ile birlikte önalım hakkının dava yolu ile kullanılması yöntemi zorunlu hâle getirildiğinden bahsi geçen kararın yeni yasa yürürlüğe girdikten sonra görülmeye başlanan davalarda uygulanma imkânı bulunmamaktadır¹⁴⁴.

Davanın taraflarınca takipsiz bırakıldığı için HUMK'nun 409 uncu maddesi gereğince açılmamış sayılmasına karar verilen dava nedeni ile hak düşürücü süre içerisinde kullanılmayan önalım hakkı yalnız dava konusu yapılan satışa ilişkin olan önalım hakkıdır. Dava konusu yapılmayan satışlar için hak düşürücü süre dolmamışsa önalım davası açılabileceği gibi daha sonraki satımlar için de önalım davası açılabilir¹⁴⁵.

¹⁴² Yıldız s.102.

"Davacılar arasında mecburî dava arkadaşlığının bulunması durumunda, davacılardan yalnız birinin davayı takip etmesi yeterlidir. Bu durumda dava dosyası işlemde kaldırılamaz. Davacılar arasında ihtiyarî dava arkadaşlığı olması durumunda, her ihtiyarî dava arkadaşının kendi davasını takip etmesi gerekir. Aksi halde mazaretsiz olarak gelmeyen davacının davası yenileninceye kadar işlemde kaldırılır." (Yıldız s.102).

¹⁴³ Davanın açılmamış sayılmasına HUMK'nun 193 üncü maddesi uyarınca karar verilmesi halinde de aynı şekilde hareket edileceği hakkında bkz. Yıldız s.102.

¹⁴⁴ Yıldız s.102-103.

¹⁴⁵ Yıldız s.103.

Önalım davası yargılama usulü bakımından genel hükümlere yani HUMK'na tâbidir (MK m.732-736 – EMK m.658-659). Sulh Hukuk Mahkemesi'nin görevine giren önalım davalarına basit yargılama usulüne¹⁴⁶, Asliye Hukuk Mahkemesinin görevine giren önalım davalarına ise yazılı yargılama usulüne göre bakılır. Ancak önalım davasına genel hükümler dairesinde bakılacağı için, sulh hukuk mahkemesinin görevine giren önalım davalarına da basit yargılama usulüne ilişkin özellikler dışında, yazılı yargılama usulüne ilişkin kurallar uygulanacaktır¹⁴⁷.

İ. İspat Yükü ve Deliller¹⁴⁸

I. İspat ve Delil

Dava konusu hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı vakıaların var olup olmadıkları hakkında mahkemede kanı uyandırılması eylemine ispat denir. Delil ise dayanılan bu vakıaların ispatlanması için başvurulmuş araçlardır. Bir davada o davanın çözümü için gerekli olan vakıalar

¹⁴⁶ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 507-511 inci maddeleri arasında düzenlenen basit yargılama usulü, kanunlarda sayılan bazı davalar ve işler hakkında uygulanan yazılı yargılama usulünden daha basit olan ve çabuk işleyen bir yargılama usulüdür. Basit yargılama usulünün uygulanacağı dava ve işler için bkz. B.Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C.V, B.6, İstanbul 2001 s.5578-5583; Pekcanitez / Atalay / Özekes, s.658-659; Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul s.803-805.

¹⁴⁷ Önalım davasının iki farklı yargılama usulüne tâbi kılınması nedeni ile görevine girdiği mahkemenin tâbi olduğu yargılama usulüne göre bu davaya farklı hükümlerin uygulanması gündeme gelebilmektedir. Örneğin sulh hukuk mahkemesinin görevine giren önalım davalarına adli tatilde bakılabilirken asliye hukuk mahkemesinin görevine giren önalım davalarına adli tatilde bakılamamaktadır (bkz. Karahasan, Eşya Hukuku I s.1169-1170). Yine sulh hukuk mahkemesinde görülen önalım davalarında verilen kararlara karşı karar düzeltme yolu kapalı iken asliye hukuk mahkemesinde görülen önalım davalarında verilen kararlara karşı karar düzeltme yolu kapalı değildir (bkz. Özenli s.170). Yani asliye hukuk mahkemesinde görülen önalım davalarında verilen kararların temyiz incelemesi sonunda Yargıtay'ın verdiği kararlara karşı karar düzeltme yoluna başvurulabilmektedir. Kanımca aynı davaya farklı usul hükümlerinin uygulanması sonucunu doğuran önalım davasının iki farklı yargılama usulüne tâbi kılınması şeklindeki bu uygulama yerinde bir uygulama değildir. Uygulamanın yeknesaklaşması için önalım davalarının da değeri ne olursa olsun kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescil davalarında olduğu gibi (bkz. Kam.K. m.37) asliye hukuk mahkemelerinin görevi kapsamında bulunduğu ilişkin yeni bir düzenlemenin yapılması düşünülebilir.

¹⁴⁸ Bu konuda bkz. B.Umar / E.Yılmaz, **İspat Yükü**, İstanbul 1980, B.2, s.1-36; M.K.Yıldırım, **Medenî Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul

hakkında delil gösterilir ve ancak o vakıalar inceleme konusu yapılır. Taraflar arasında anlaşmazlık yaratmayan vakıalar için delil gösterilmesi gerekli değildir¹⁴⁹.

II. İspat Yükü

1. Genel Olarak

Hâkim, davada hangi (çekişmeli) vakıaların ispat edilmesi gerektiğini tespit ettikten sonra, bu vakıaların kimin tarafından ispat edilmesi gerektiği sorusu ile karşılaşır. Buna ispat yükü denir. Kural olarak (yani kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça) taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür (MK m.6). Buna göre, ispat yükü ilk önce, kural olarak davacıya düşer; yani davacı davasını dayandırdığı vakıaları ispat etmelidir. İspat yükünün tarafların rolü ile bir ilgisi yoktur. İspat yükü davacıya düşebileceği gibi, davalıya da düşebilir. Bu konudaki genel kurala (MK m.6) göre, bir vakıadan kendi lehine haklar çıkararak taraf, o vakıayı ispat etmelidir. Bu taraf davacı olabileceği gibi davalı da olabilir¹⁵⁰.

2. Önalım Davasında İspat Yükü

Bir olay veya hukukî ilişkiye dayanarak dava açan kişi davacı taraf olduğundan, uygulamada ispat yükü çoğunlukla davacı tarafa düşmektedir. Ancak bazı olay ve davalarda ispat yükü, gerek yasaların açık kuralları ve gerekse hayatın olağan akışı sonucu meydana gelen, fiili ve kanunî karineler nedeniyle yer değiştirmektedir. İşte ispat yükünün böyle yer değiştirdiği davalardan birisi de önalım davasıdır¹⁵¹.

a. Hakkın Doğumu ve Davacı Sifatının Belirlenmesinde

Davacı satış sözleşmesini, sözleşmesel önalım hakkının varlığını ve yasal önalım hakkına dayanıyorsa, pay satılmış olan taşınmazda paydaş olduğunu ispatlamakla yükümlüdür. Yani bu ihtimalde ispat yükü davacıya düşmektedir.

1990, s.74-81; M.A.Tututumlu, **Medenî Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi**, B.4, Ankara 2007, s.27-29; Konuralp, İspat s.8-12.

¹⁴⁹ Karahasan, Eşya Hukuku I s.1222-1223.

¹⁵⁰ Kuru / Arslan / Yılmaz s.375 ve s.377.

¹⁵¹ Özenli s.68.

Bunun için tapudan dava konusu taşınmaza ilişkin tapu kayıt sureti getirtilir. Pay, miras bırakan üzerinde ise davacı murisine ait veraset belgesini dosya kapsamına sunmak sureti ile davacı sıfatını ispat eder¹⁵².

b. Muvazaa İddiasının İspatlanmasında

Sözleşmenin niteliğinde ya da satış bedelinde muvazaa olduğunu ispatlamak yükü davacıya düşer. Davacı burada her türlü delile başvurabilir ve tanık dinletebilir¹⁵³. Ayrıca davacının davalıya yemin teklif etmeye de hakkı vardır¹⁵⁴. Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatları da bu yöndedir¹⁵⁵.

III. Delillerin İleri Sürülmesi ve Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak Delillerin İleri Sürülmesi ve Değerlendirilmesi

Önalım davasında, tarafların hangi delillere dayanabileceklerine ve delillerin değerlendirilmesine geçmeden önce, genel olarak usul hukukunda delillerin ileri sürülmesi ve değerlendirilmesi konusuna çok kısa da olsa değinmek gerekmektedir.

Kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda hâkim, davanın ispatı için gereken bütün delillere kendiliğinden başvurur; taraflar da duruşma bitinceye kadar delil gösterebilirler.

Taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalarda, deliller kural olarak taraflarca gösterilir, hâkim delillere kendiliğinden başvuramaz.

Fakat hâkim bilirkişi ve keşif delillerine kendiğinden (re'sen) de başvurabilir. (HUMK m.275 ve m.363). Hâkim isticvaba da kendiliğinden karar verebilir. (HUMK m.230 f.1). Bundan başka hâkim, davanın her safhasında, iki tarafın iddiaları sınırı içinde olmak üzere, tarafları dinleyebilir ve gerekli olan delillerin gösterilmesini ve verilmesini emredebilir (HUMK m.75 f.3).

¹⁵² Karahasan, Eşya Hukuku I s.1223.

¹⁵³ Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. aşa.s.216 ve s.222-223.

¹⁵⁴ Karahasan, Eşya Hukuku I s.1224.

¹⁵⁵ Örnek olarak bkz. 6.HD 14.02.1990 T. E:1532 K:1885 – 6.HD 16.04.1996 T. E:3483 K:3803 (Tunaboylu, Önalım Davaları, s.274 ve 216).

Hâkimin delilleri değerlendirmesi ile ilgili temel hüküm Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 240 ıncı maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, "Bu kanunun tayin ettiği haller müstesna olmak üzere hâkim ikame olunan delilleri serbestçe takdir eder". Hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi, yargılama hukukumuzda tam olarak, ancak takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu hallerde geçerlidir. Zira, kesin delillerle ispatın zorunlu olduğu durumlarda, hâkimin serbestçe değerlendirmesinden söz edilemez, hâkim kesin delille bağlıdır. Kesin deliller bakımından, kanunun imkân verdiği ölçüde sınırlı bir değerlendirme söz konusu olacaktır. Bu sebeple Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 240 ıncı maddesinde, kanunda getirilen sınırlamalar saklı tutularak, hakimin delilleri serbestçe değerlendireceği belirtilmiştir¹⁵⁶.

İster takdiri delillerle ispatta olduğu gibi geniş bir yetkiye isterse kesin delillerle ispatta olduğu gibi sınırlı olsun, sonuçta delilleri değerlendirecek olan hâkimdir, hâkim, bu yetkiyi kullanmaktan kaçınamaz ya da bu yetkisini başkasına devredemez. Delillerin bildirilmesi, ibrazı başka yerden getirtilmesi ve sunulması ile değerlendirilmesi de birbirine karıştırılmamalıdır. Zira, özellikle taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalarda, dava malzemesi olan deliller kanunda belirtilen usul ve sürede mahkemeye ibraz edilir, başka yerde bulunan deliller mahkemece getirilir; ancak tüm bunların sonunda delilleri toplu halde değerlendirecek olan hâkimdir, mahkemedir¹⁵⁷.

2. Önalım Davasında Delillerin İleri Sürülmesi ve Değerlendirilmesi

Taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı önalım davalarında önalım davasının yürütülebilmesi için gerekli her türlü delil davacı ve davalı tarafından mahkemeye ayrı ayrı sunulur. Ancak şurası unutulmamalıdır ki mahkeme tarafından doğrudan dikkate alınacak dava şartları gibi konular bu davada hâkim tarafından kendiliğinden göz önünde bulundurulur¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Pekcanitez/ Atalay / Özkes s.252-253.

¹⁵⁷ Pekcanitez/ Atalay / Özkes s.253-254.

¹⁵⁸ Bkz. Özenli s.125.

Önalım davalarında taraflar, yazılı bir belgeye karşı tanık dinlenememesi hâli hariç¹⁵⁹, yemin dahil her türlü delile dayanabilirler. Bunun dışında özellikle muvazaa tartışmalarında keşif ve bilirkişi incelemesi yapılmasını da mahkemeden talep edebilirler.

Davayı (iddiayı) değiştirme ve savunmayı (müdafaayı) genişletme yasağı hem yazılı yargılama usulünde hem de basit yargılama usulünde geçerli olduğundan önalım davası bakımından da uygulanır.¹⁶⁰ Buna göre önalım davacısı, dava açıldıktan sonra davasını genişletemez ve mahiyetini değiştiremez(HUMK m.185 f.2). Yani davacının, dava sebebini (vakıaları) ve talep sonucunu genişletmesi veya değiştirmesi yasak olup, bunu ancak davalının muvafakatı veya ıslah yoluna başvurmak suretiyle yapabilir. Fakat, davayı değiştirmenin yasak sayılmadığı haller ile bunun istisnaları önalım davası bakımından da geçerlidir. Aynı şekilde davalının da savunmasını genişletmesi veya değiştirmesi yasaktır (HUMK m.202 f.2). Davalı bunu ancak davacının muvafakatı ile ya da ıslah yoluna başvurmak suretiyle yapabilir. Ancak, savunmayı genişletme veya değiştirme yasağının istisnaları burada da uygulanır.

Taraflar arasında çıkan çekişme nedeniyle toplanacak delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi hâkime ait olacaktır. MK'nun 4 üncü maddesi uyarınca kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.

Ancak hâkim bu takdir hakkını kullanırken (ki takdirî deliller için geçerlidir) hayatın olağan akışı içinde hemen her hukukî ilişkide geçerli olan MK'nun 2¹⁶¹ ve 3¹⁶² üncü maddelerinde yer alan objektif ve sübjektif iyiniyet kurallarını da

¹⁵⁹ Bkz. aş.s.213 dn.250.

¹⁶⁰ Bkz. yuk.s.184 ve orada dn.147'de yapılan açıklama.

¹⁶¹ MK m.2: Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.

Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.

¹⁶² MK m.3: Kanunun iyiniyetle hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır.

göz önünde tutacaktır. Hâkimin bu takdir hakkının Yargıtay'ın denetimine bağlı olduğunun da unutulmaması gerekir¹⁶³.

J. Satış Bedeli ile Alıcıya Düşen Tapu Giderlerinin Yatırılması (Depo Kararı)

Yeni düzenlemede biçimlendirilen 4721 sayılı Medenî Kanun'un 734 üncü maddesinin 2 nci fıkrasına göre "önalım hakkı sahibi adına payın tesciline karar verilmeden önce satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerini, hâkim tarafından belirlenen süre içinde hâkimin belirleyeceği yere nakden yatırmakla yükümlüdür."

I. Depo Edilmesi Gerekli Para Miktarı

Önalım davasının yargılaması sonunda davanın kabulüne karar verilmeden önce Türk Medenî Kanunu'nun 734 üncü maddesinin 2 nci fıkrası gereğince satış bedeli ile bu satış için alıcı tarafından yapılmak zorunda kalınan tapu giderlerinin hâkim tarafından belirlenen bir yere nakden yatırılması zorunludur. Satış bedelinden maksat alıcının satış konusuna dava sırasında ödediğini bildirdiği ve resmî satış senedinde yazılı olan satış bedelidir. Alıcıya düşen tapu giderlerinden maksat ise, alıcının önalım konusunu satın alırken yapmak zorunda kaldığı tapu giderleridir¹⁶⁴. Bunun dışında alıcının satış sırasında bağış olarak ödediği para ile komisyoncuya ödemek zorunda kaldığı para ve tapuya gidiş – geliş için harcanan yol giderleri gibi giderler zorunlu tapu giderleri niteliğinde olmadığı için mahkemece depo ettirilmesi gerekli para miktarı kapsamında değildir¹⁶⁵.

Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz.

¹⁶³ Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Konuralp, İspat s.46-47.

¹⁶⁴ Yargıtay 6.HD 22.03.2004 gün ve 1880/1744 sayılı kararında "İhtiyarî ihale ile satışta ödenen tellâliye, KDV, harç ve damga pulu gibi masrafların tapu gideri olarak depo ettirilmesi" gerektiğine karar vermiştir. Dikkat edilirse bunlar zorunlu tapu giderleridir. Bkz. Yıldız s.93. Önalım bedeline davalı tarafından ödenen KDV ve karar pulu parasının da ilave edilmesi gerektiği hakkında bkz. 6.HD 05.05.1988 T. E: 1998/3768 K: 1998/3870 (H. Erdoğan s.567-568).

¹⁶⁵ Yıldız s.93. Talep edilmesi halinde komisyon ücretinin de depo edilmesi gerekli para miktarına dahil edilmesi gerektiği hakkında bkz. H.Erdoğan s.481.

Önalım davaları taşınmaz malların satışında geçerli ve olanaklı olan davalardır. Taşınmazdan ne anlaşılması gerektiği MK'nun 704 üncü (EMK'nun 632 nci) maddesinde belirtilmektedir¹⁶⁶. Ayrıca MK'un 684 üncü (EMK'nun 619 uncu) maddesi uyarınca da, kendileri tek başlarına oldukları sürece taşınmaz sayılamayacak olan bütünleyici parçalar da (mütemmim cüzüleri de) taşınmazla birlikte bulunuyorlarsa taşınmaz mal sayılacaklardır. Bu nedenle tapu sicilinde gösterilse dahi, taşınmaz olarak kabulüne olanak bulunmayan doğal ürünler (tabii semereler) (MK m.685 – EMK m.620), eklenti (teferruat) (MK m.686 – EMK m.621) gibi taşınmaza sıkı sıkıya bağlı olmayan başka bir deyişle bir taşınmazın bütünleyici parçası (mütemmim cüzü) olmayan şeyler taşınmaz

Yargıtay Altıncı Hukuk Dairesi'nin 25.05.1953 gün ve 1685 esas 3073 karar sayılı ilâmına göre "muakıba ve şahitlere verilen para tapu masraflarına dahil değildir. Oysa ki aynı daire 17.01.1953 gün ve 765 esas 315 karar sayılı ilâmında, "işî takip eden şahsa ödenen paranın önalım hakkını kullanan davacı tarafından ödenmesi" gerekeceğini belirtmiştir. Bkz. Karahasan, Eşya Hukuku I s.1227.

"Davacı satış bedeli ile birlikte sadece emlak vergisi tutarını yatırmakla yükümlüdür. Başka bir deyimle davacının davalıya ödeyeceği para, şuf'a konusu payın satışı dolayısı ile ödenen bedel ve emlak alım vergisi tutarıdır. Bu itibarla satıcı tarafından ödenen ve ona ait olan malî denge vergisi ile % 3 teminattan davacı sorumlu tutulamaz. Mahkemece bundan zuhul olunması ve bu hususta tapudan cevap alınmadan yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve kanuna aykırıdır" 6.HD 10.02.1977 T. E: 641 K: 975 (C. Erdoğan s.926).

"... Şuf'alı payın ilişkin olduğu taşınmaz üzerindeki, tâviz bedeli ne satış bedeli ne de tapu harç ve masrafıdır. Satıcının vergi borcu gibi, ona ait olması gereken ve onun tarafından ödenmesi icabeden bir mükellefiyettir. Bu itibarla bu bedeli, şuf'a bedeli kapsamı içerisinde mütalaa etmek mümkün değildir. Akit tablosunda satış bedeli açıkça belirtilmiştir. İşte davacıların sorumlu olduğu miktar bu bedel ile satış için davalının ödediği kendisine ait tapu harç ve masraflarıdır. Akit tablosunda ayrıca tâviz bedelinin de alıcı şirket tarafından ödendiği yolundaki açıklama bu bedelin şuf'a bedeli kapsamı içerisine alınmasını gerektirmez. Bu husus alıcı ile satıcı arasındaki ilişkiyi göstermesi bakımından önem taşır. Hâl böyle olunca taşınmaz üzerindeki tâviz bedelinin kalkmış olup olmadığını ve taşınmazın tâviz bedeline tâbi olup olmadığını incelemeye mahal yoktur. Bu hususlar nazara alınarak şuf'a bedelinin buna göre saptanması ve ona göre hüküm tesisi gerekirken yazılı şekilde karar ittihazı usul ve yasaya aykırı olduğundan hükmün bozulması gerekmiştir." 6.HD 23.12.1986 T. E: 13007 K: 14878 (C.Erdoğan s.932-933).

Çıplak mülkiyetten ayrı olarak üçüncü kişiye satılan intifa hakkının satış bedelinin önalım bedeline dahil edilemeyeceği hakkında bkz. 6.HD 28.09.1999 T. E: 1999/6976 K: 1999/7075 (H.Erdoğan s.580-581).

¹⁶⁶ MK'nun 704 üncü maddesini EMK'nun 632 nci maddesi ile karşılaştırmak için bkz. yuk.s.40.

olarak kabul edilemeyecekleri için¹⁶⁷, bunlar taşınmazla birlikte satıma konu olsalar bile, satış bedellerinin, önalım davalarında davacı tarafından yatırılması gereken önalım bedeline dahil edilmesi mümkün değildir¹⁶⁸.

Yine alıcının önalım hakkı konusunu satın aldıktan sonra yaptığı faydalı ve değer artırıcı masraflar da önalım bedeli kapsamı dışındadır¹⁶⁹. Ancak alıcı bu son halde, sebepsiz zenginleşme nedenine dayalı olarak, önalım hakkı sahibi hakkında ayrı bir alacak davası açarak bu masraflardan önalımcının sebepsiz zenginleştiği miktar kadarını isteyebilir¹⁷⁰.

Eğer önalımlı pay üzerinde ipotek varsa, alıcı – davalıya ödenecek önalım bedelinden ipotekli borç miktarı indirilmelidir¹⁷¹. Önalım hakkı kullanılmadan (veya tedbir kararı verilmeden) önce alıcının önalımlı pay üzerine koydurduğu ipotek ise önalım hakkı sahibine karşı etkili değildir¹⁷².

Davacı Tapu Sicil Müdürlüğünce bildirilecek önalım bedelinin muvazalı olduğunu¹⁷³, satış bedelinin Tapu Sicil Müdürlüğünce gösterilen miktar olmayıp, bu miktarın altında bir rakam olduğunu iddia ederse, davacıdan yatırması istenecek bedel, öncelikle davacının bildirdiği miktar olacaktır. Bu sorun yani dava konusu payın satış bedelinin gerçekte ne olduğunun tespiti sorunu, öncelikle çözümlenecek ve ancak bu sorunun çözümlenmesinden sonra belirlenip saptanacak miktar, davacı tarafından iddia edilen miktardan fazla çıkarsa, bu kere aradaki farkı davacı mahkeme emrine depo edecektir¹⁷⁴.

Önalımlı payın üçüncü kişiye bazı menkul eşya ile birlikte satılması halinde, önalım hakkı sahibi bu menkullerin bedellerini ödeyerek onları da

¹⁶⁷ Ayrıca bkz. yuk.s.41-43.

¹⁶⁸ Özenli s.119. Yıldız'ın aksi yöndeki görüşü için bkz. yuk.s.42 dn.167.

¹⁶⁹ Yıldız s.93. Aksi görüş için bkz. Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı s.380.

¹⁷⁰ Yıldız s.93.

¹⁷¹ Yargıtay 6.HD'nin bu yoldaki 26.09.1974 gün ve 3988/4061 sayılı kararı için bkz. İKİD, Y.1974, s.3089 (Naklen, Tekinay, Takyitler s.53 dn.38).

¹⁷² Yargıtay 6.HD'nin bu yoldaki 12.02.1974 gün ve 474/555 sayılı kararı için bkz. İBD, Y.1975 s.524-525 (Naklen, Tekinay, Takyitler, s.53 dn.37).

¹⁷³ Önalım davalarında muvazaa hakkında bkz. aşı.s.209-223.

¹⁷⁴ Özenli s.119.

almak zorunda mıdır? Federal mahkeme payını satan kişinin, pay satışına menkul malları da ekleyerek önalım hakkının kullanılmasını engelleyemeyeceği görüşündedir¹⁷⁵.

Yargıtay'a göre¹⁷⁶ önalımlı pay cebri tescil davası sonucu iktisap edilse dahi önalım hakkı önalım konusu payın dava tarihindeki değeri üzerinden kullanılmalıdır.

Önalım hakkı şerh edilmiş sözleşmeden kaynaklanmakta ve bu sözleşme ile önalım hakkının hangi bedel üzerinden kullanılacağı da ayrıca kararlaştırılmış bulunmakta ise, önalım hakkı bu kararlaştırılan bedel üzerinden kullanılacağından, depo edilecek tutar da bu sözleşmede yazan miktar olmalı, satıştaki bedel mahkemede dikkate alınmamalıdır¹⁷⁷.

Önalım davasında davacıların birden fazla olması durumunda, depo edilecek miktarın tüm davacılar tarafından payları nispetinde ayrı ayrı yatırılması gerekir. Birinin payına düşeni yatırmayıp diğerlerinin yatırmış olması halinde depo eksik yapılmış demektir. Önalım konusu pay veya taşınmazın toptan tek bir bedel tayin edilerek önalım hakkına konu olmayan pay veya taşınmazlar ile birlikte satılması halinde ise dava konusu pay veya taşınmaza, toptan belirlenmiş satış bedelinden isabet eden miktar bilirkişi marifetiyle hesap ettirilip önalım davasına konu pay veya taşınmaz için bu şekilde belirlenen satış bedeli ile bu satış bedeline göre tespit edilen tapu giderleri toplamı önalım bedeli olarak mahkeme veznesine depo ettirilmelidir¹⁷⁸

II. Depo Edilmesi Gerekli Teminatın Türü

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce depo edilmesi gerekli teminatın türü ile ilgili kanunda açık bir hüküm yoktu. Yargıtay

¹⁷⁵ BGE 110 II 447 = jdT 1985 I 633 (Tekinay, Takyitler s.53 dn.39a).

¹⁷⁶ HGK 28.12.1994 T. E: 6-673 K: 898 (H.Erdoğan s.521-524).

Önalım hakkının önalım konusu payın satış vaadi sözleşmesindeki değeri üzerinden kullanılması gerektiği görüşü için bkz. 6.HD 22.03.1994 T. E: 1523 K: 3125 (Tunaboylu, Önalım Davaları s.300-302).

¹⁷⁷ Yıldız s.95.

¹⁷⁸ Yıldız s.96.

6. HD 12.10.1982 gün ve 8725/8692 sayılı kararında¹⁷⁹ “... satış parası ile tapu giderlerinin deposu ifayı teklif niteliğindedir. Bu nedenle de nakit olarak yatırılması gerekmez. Derhal nakde çevrilmesi mümkün olan kesin ve süresiz teminat mektubu da aynı amacı karşılar.” demek sureti ile deponun mutlaka nakit olmasının gerekli olmadığına karar vermişti. Ancak 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu ile bu durum değişti. Türk Medenî Kanunu’nun 734 üncü maddesinin 2 nci fıkrasında “önalım hakkı sahibi, adına payın tesciline karar verilmeden önce, satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerini, hâkim tarafından belirlenen süre içinde hâkimin belirleyeceği yere nakten yatırmakla yükümlüdür.” denilmek sureti ile depo edilecek tutarın şekline açıklık getirildi. Bu hükümlerle depo edilecek tutarın nakit olarak depo yerine yatırılması zorunluluğunun getirilmesi ile birlikte banka teminat mektubunun naktin alternatifini olarak depo yerine yatırılması olanağı da ortadan kalktı¹⁸⁰.

III. Teminatın Depo Edilmesi Zamanı

Dava konusu payın (ya da taşınmazın) satış bedeli ile tapu harç ve giderlerinin karşılığı olacak teminatın, mahkeme emrine ne zaman depo edilmesi gerektiği konusu üzerinde de durmak gerekir¹⁸¹.

Türk Medenî Kanunu’nun 734 üncü maddesinin 2 nci fıkrasında “önalım hakkı sahibi adına payın tesciline karar verilmeden önce...” denilmek suretiyle deponun tescil kararından hemen önce yapılması gerektiği¹⁸² belirtilmektedir.

¹⁷⁹ Bu karar için bkz. C.Erdoğan s.296-297.

¹⁸⁰ Yıldız s.97.

Yıldız’a göre davacının bu yönde bir isteğinin olması, davalının da bu isteği kabul etmesi durumunda, teminat mektubu ve yabancı para ile de depo yapılabilir. Ancak bunun için mutlaka davalı alıcının bu yöndeki davacı talebini açıkça kabul etmiş olması şarttır. Bkz. Yıldız s.98.

¹⁸¹ Bu konuda bkz. Özenli s.122.

¹⁸² Kanımca önalım hakkı sahibi adına payın tesciline karar verilmeden önce, satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerinin hâkim tarafından belirlenen süre içinde hâkimin belirleyeceği yere depo ettirilmesine mahkeme tarafından karar verilmesi hâkimin görülmekte olan davada ihsası reyde bulunmasından yani davaya ilişkin oy ve kanaatini açıklamasından başka bir şey değildir. Ancak önalım davasında da tıpkı iflâs davasındaki depo kararında (bkz. İİK m.158 f.2) olduğu gibi buna kanun tarafından (bkz. MK m.734 f.2) imkân tanındığı hususu dikkate alındığında verilen depo kararının HUMK’nun 29 uncu maddesi kapsamında ele alınmasına olanak bulunmamaktadır.

Bu hükümden de anlaşılacağı üzere depo kararı gereğinin tescil kararı verilmesinden hemen önce¹⁸³ yerine getirtilmesi gerekmektedir. Bu nedenle önalım davasında bekletici veya ön sorun nedeni varsa, bunların çözümüne kadar satış bedeli ve tapu giderlerinin depo ettirilmemesi gerekir¹⁸⁴.

IV. Teminatın Depo Edilme Süresi

Türk Medenî Kanunu'nun 734 üncü maddesinin 2 nci fıkrası "... hâkim tarafından belirlenen süre içinde..." demek sureti ile satış bedeli ile tapu giderlerinin hangi süre içinde depo edileceğini hâkimin takdirine bırakmıştır. Hâkim bu süreyi belirlerken keyfî davranmamalıdır. Hâkimin belirleyeceği bu süre ne işin yapılması için gereken süreden az, ne de fazla olmalıdır. Sürenin az olması halinde hakkın kullanılmaması sonucunun doğacağı, fazla olması durumunda ise alıcının zarara uğrayacağı unutulmamalıdır. Hâkimin belirlediği süre kesin süre değilse talep ve mazeret nedenine göre yeni bir süre verilebilir. Ancak yasada açıklık yoksa da, bu süre kesin süre olmalı ve sonuçları da tereddüt yaratmayacak şekilde açıklanmalıdır¹⁸⁵.

Burada bir konuya daha değinmekte yarar bulunmaktadır.

Genel usul kuralları uyarınca taraflara verilecek sürelerin geçerli olabilmesi için, sürenin başlangıcı ve sonu ile¹⁸⁶ verilen süre içinde yapılacak işlemlerin açık ve kesin bir şekilde bildirilmesi gerekir. Bu nedenle önalım davasının davacısına gerekli parayı depo etmesi için süre verilmeden önce, davaya konu payın satış bedeli ile tapu harç ve giderlerinin ne olduğu, ilgili tapu sicil müdürlüğünden sorularak öğrenilmeli, davacıya para depo etmesi için bu

¹⁸³ Çeşitli olaylarda çekişme ve tartışma yaratan teminatın ne zaman depo edileceği ile ilgili bu sorun, esasen 20.06.1951 gün 13/5 sayılı İBK (bkz. yuk.s.19 dn.67) ile çözümlenmiştir. Bu İBK'nda davaya konu payın satış bedel ve giderlerinin en geç mahkemece verilecek esas karardan önce hâkimin belirleyeceği yere yatırılması gerekeceği sonucuna varılmıştır.

¹⁸⁴ Özenli s.123.

¹⁸⁵ Yıldız s.97.

¹⁸⁶ Yargıtay'a göre depo kararında davacıya verilecek süre belirli olmalı ve son gün ayrıca gösterilmelidir. Yargıtay 6.HD'nin bu yoldaki kararı için bkz. Tekinay, Takyitler s.52.

öğrenmeden sonra süre verilmeli ve depo edilecek miktar önelde kesin olarak belirtilmelidir¹⁸⁷.

V. Deponun Yeri

Türk Medenî Kanunu'nun 734 üncü maddesinin 2 nci fıkrası "... hâkimin belirleyeceği yere..." demek suretiyle depo edilecek tutarın depo edileceği yeri belirlemiştir. Kanun Koyucu depo edilmesi gereken sürenin belirlenmesinde olduğu gibi, depo yerinin belirlenmesini de hâkimin takdirine bırakmıştır. Hâkim bu takdir hakkını kullanırken alıcının yararlarını göz önünde bulundurmalı ve mümkün ise onun isteğine uymalıdır¹⁸⁸.

VI. Deponun Mâhiyeti

Deponun mahiyeti yönünden yasamızda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Uygulamada depo edilecek satış bedeli ve alıcıya düşen tapu giderleri, önalım davasında verilen tescil ve ödeme kararının kesinleşmesi ile birlikte davalı alıcıya ödenecek olan bir para olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü bu para, alıcının satıcıdan aldığı ve önalım davası sonucunda, önalım hakkı sahibine devretmek zorunda kaldığı önalım davasının konusunun bedelidir. Bu nedenle bu paranın nef'i ve hasarı davalı alıcındır¹⁸⁹. Söz konusu paranın mahkeme emrinde olmak üzere davalı alıcı adına yatırılması uygun olur. Daha sonra değinileceği gibi, önalım davasında verilen hüküm temyize tâbidir¹⁹⁰. Hükümün temyizi halinde kesinleşmesi uzun zaman alacağından, depo edilen paranın davalı alıcının da isteği dikkate alınmak suretiyle mahkeme veznesi yerine bir bankada vadeli hesapta tutulması daha yerinde olur. Bu şekilde elde edilen nemanın da davalı alıcıya ait olacağı tabîdir¹⁹¹.

VII. Depo Yükümlüsü

Depo yükümlüsü terimi ile görülmekte olan bir önalım davasında satış bedeli ile tapu giderlerini depo etmesi gereken kişi kastedilmektedir. Türk

¹⁸⁷ Özenli s.123.

¹⁸⁸ Yıldız s.97.

¹⁸⁹ Bkz. yuk.s.62-65.

¹⁹⁰ Bkz. aşı.s.237-239 ve s.239-241.

¹⁹¹ Yıldız s.98.

Medenî Kanunu'nun 734 üncü maddesinin 2 nci fıkrasında "önalım hakkı sahibi, ... yatırmakla yükümlüdür." denilmek sureti ile depo yükümlüsünün kim olduğunun açıklığa kavuşturulduğu görülmektedir. Buna göre depo edilmesi gereken tutarı depo edecek olan, davacı önalım hakkı sahibidir. Davacının bu parayı bizzat kendisinin depo etmesi gerekmemektedir. Söz konusu parayı onun adına üçüncü bir kimsenin depo etmesi de mümkündür. Eğer davacı tarafta birden fazla kimse varsa önalım davasının davacıları arasındaki dava arkadaşlığı ilişkisine göre depo yükümlüsünün kim olduğu belirlenecektir. Davacılar arasında mecburî dava arkadaşlığı ilişkisi mevcutsa, davacılar depo edilecek miktardan hep birlikte sorumlu olacaklarından önalım bedelini pay ayrımı yapılmadan depo edecekler ve davacıların davasının kabulüne karar verilecek aksi halde ise önalım davası red edilecektir. Davacılarından birinin önalım bedelinin belli bir bölümünü depo etmesi de bu sonucu değiştirmeyecektir. Davacılar arasında ihtiyarî dava arkadaşlığı söz konusu ise, depo edilecek miktardan her davacı kendi alabileceği pay oranında sorumlu olacağından bu durumda davacılarından sadece biri önalım bedelini depo etmek zorunda kalırsa yani diğer davacılar depo için paylarını yatırmaktan kaçınırlarsa, depo edilecek miktarın tamamının aynı davacı tarafından yatırılması gerekir. Bu durumda önalım bedelini yatırmayan davacı paydaşların tamamının davası red edilerek dava konusu pay tümü ile önalım bedelini depo eden davacı paydaşa verilmelidir. Bu açıklamadan da anlaşılacağı gibi, önalım hakkının aynı satıma ilişkin dava konusu payın bir kısmına yönelik olarak kullanılması mümkün değildir¹⁹².

VIII.Önalım Bedelinin Yatırılmaması veya Eksik Yatırılmasının

Sonuçları

Davaya konu payın (ya da taşınmazın) üçüncü kişiye satış bedeli ile bu satış nedeniyle alıcının ödediği tapu harç ve giderlerinin davacı tarafından mahkeme emrine yatırılması önalım davaları için, bir dava koşuludur¹⁹³. Bu

¹⁹² Yıldız s.98-99.

Buna karşın paylı mülkiyette payın kısmen üçüncü kişiye satılması halinde MK m. 732'ye göre yasal önalım hakkı kullanılabilir. Bu konuda bkz. yuk.s.37 dn.145.

¹⁹³ Bkz. Özenli s.123; Kısagün s.92.

koşul yerine getirilmeden önalım davasının görülebilme olanağı yoktur. Bu nedenle satıma konu payın¹⁹⁴ satış bedeli ile tapu harç ve giderleri mahkemece verilecek önele rağmen davacı tarafından hâkimin uygun göreceği yere yatırılmaz veya eksik yatırılırsa, mahkeme, önalım davasının görülebilirlik koşulu bulunmadığından açılmış bulunan davanın reddine karar verir¹⁹⁵.

Ancak Sungurbey'in de belirttiği gibi Medenî Kanun'un uygulanmasının acemilik döneminde modern hukuktaki defî kavramından yoksun olan eski hukukumuzun etkisiyle kabul edilmiş olan bu çözüm tarzı açıkça yersiz ve yanlış olmuştur. Gerçekten de modern hukukta önalım hakkının kullanılmasıyla doğan satım ilişkisinde karşı edimin (satış parasının) ödenmesi sorunu da, BK m.81 ve m.182 f.2'deki sözleşmenin ödenmediği savunması (exceptio non adimpleti contractus) uygulanarak çözülmek gerekir. 18 inci yüzyılda Prusya Devletleri için Genel Ülke Yasasında anlamını bulmuş olup 19 uncu yüzyıl Pandekt Hukuku öğretisinde savunulan davanın şartı ya da dava temelini yetmezliği kuramı çoktan reddedilmiş ve gene 19 uncu yüzyılda savunulan gerçek anlamda defî kuramı üstünlük ve egemenlik kazanmış olup modern hukukta sözleşmenin ödenmediği savunmasının gerçek anlamda bir defî niteliğinde bulunduğu tam bir görüş birliği sağlanmıştır. Bundan dolayı, 4721 sayılı Medenî Kanun'da iki yüz yıl önceki davanın şartı ya da dava temelini yetmezliği kuramının benimsenmesi doğru ve isabetli bir çözüm şekli olmamıştır¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Ya da taşınmazın.

¹⁹⁵ Yargıtay 6.HD'ne göre bu konuda mahkemenin vereceği red kararı, çekişmeyi esastan çözümlen bir karar olup, dava konusu payla ilgili olarak davanın tarafları arasında bir kesin hüküm meydana getirecektir. 6.HD 23.09.1986 T. E:7704 K:10183 (Karahasan, Eşya Hukuku I s.1159). Aynı görüş için bkz. Özenli s.123. Aksi görüş için bkz. Karahasan, Eşya Hukuku I s.1169; Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı s.389-390.

¹⁹⁶ Sungurbey, Temel Sorunlar s.214.

Ayrıca önalım bedelinin mahkeme emrine yatırılmasının önalım davaları için bir dava koşulu olmasının, Medenî Kanun'un 716 ncı (EMK'nun 642 nci) maddesine göre açılacak başkaca davalarla, örneğin satım sözleşmesine ya da alım, geri alım haklarına dayanan davalarla önalım davası arasında önalıcı zararına tümüyle gereksiz ve yersiz bir ikilik ve tutarsızlık oluşturduğunu da belirtmek gerekir. Bkz. Sungurbey, Temel Sorunlar s.214.

IX. Önalım Bedelinin Yatırılmaması veya Eksik Yatırılması Halinde Depo Yükümlüsünün Satım Sözleşmesinden Dönme Hakkının Bulunmaması

Önalım hakkının kullanılmasıyla birlikte önalım hakkı sahibi ile önalım yükümlüsü arasında daha önce de belirtildiği üzere bir satım ilişkisi meydana gelir¹⁹⁷. Önalım hakkının kullanılmasıyla meydana gelen bu satım ilişkisine, satım sözleşmesine ilişkin kurallar uygulanır. Önalım hakkının kullanılmasının önalım hakkı sahibiyle önalım yükümlüsü arasında bir satım münasebeti meydana getirmesinin ve bu münasebete satım sözleşmesine ilişkin kuralların uygulanmasının en önemli sonuçlarından biri, Borçlar Kanunu'nun 106 ncı maddesinin hükümlerinden gerek önalım hakkı sahibinin (ki alıcı durumundadır), gerekse önalım yükümlüsünün (ki satıcı durumundadır) yararlanabilmeleridir¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Bkz. yuk.s.61.

¹⁹⁸ İ. Sungurbey / S. Kaneti, **Medenî Hukuk Sorunları**, C.III, İstanbul 1976 s.245.

BK'nun 106 ncı maddesine göre: "Karşılıklı taahhütleri havi olan bir akitte iki taraftan biri mütemerrit olduğu taktirde diğeri borcun ifa edilmesi için münasip bir mehil tâyin veya münasip bir mehlin tâyininini hâkimden isteyebilir.

Bu mehil zarfında borç ifa edilmemiş bulunduğu surette alacaklı her zaman onun ifasını talep ve tehhür sebebiyle zarar ve ziyan talebinden vazgeçtiğini derhal beyan ederek, borcun ifa edilmemesinden mütevellit zarar ve ziyanı talep veya akdi feshedebilir."

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler, diğeri borç ilişkilerine nazaran farklı nitelikler gösterirler. Bunun sonucu olarak, yasa koyucu bu tür sözleşmelerde borçlunun temerrüdünün koşulları gerçekleştiğinde, alacaklıya üç seçimlik hak tanımıştır.

Borçlunun temerrüde düşmesi halinde alacaklı, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün genel sonucu olan gecikmiş ifa ve gecikme tazminatını talep etme dışında iki hakka daha sahiptir.

BK m.106 f.2 karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının borçluya verdiği son süreye rağmen borç ifa edilmediği taktirde, gecikmiş ifa ve gecikme tazminatı veya gecikmiş ifayı red ederek doğan zararının tazmin edilmesini ya da sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olduğunu öngörmüştür.

Alacaklı aynen ifa ve gecikme tazminatı yerine diğeri iki seçimlik haktan birini kullanmak niyetinde ise, borçluya son süre vermelidir. Borçlu, bu süre içinde ifada bulunmadığı taktirde, alacaklı iki seçimlik hakkından birini kullanabilir. Ancak, alacaklının borçluya son süre vermesi aynen ifa ve gecikme tazminatı talep hakkını ortadan kaldırmaz. Borçluya son süre verilmesine rağmen, alacaklının, borçludan yine aynen ifayı ve gecikme tazminatını talep yetkisi vardır.

Satım sözleşmesi, satıcıya satılanı teslim ve mülkiyetini geçirme borcunu, alıcıya da satım parasını ödeme borcunu yüklemesi itibariyle, en tipik karşılıklı akitlerden (karşılıklı taahhütleri hâvî akitlerden) birisidir. Bu nedenle, bir satım münasebeti doğuran ve satım kuralları kendisine uygulanan, önalım hakkının kullanılmasıyla meydana gelen bu hukukî ilişkiye Borçlar Kanunu'nun 106 ncı maddesinin uygulanması gerekir¹⁹⁹. Bundan dolayı önalım yükümlüsü, önalım hakkı sahibine BK m.106'ya göre önalım bedelini ödemesi için bir son süre vererek bu son süre içinde önalım bedeli ödenmezse satım ilişkisinden

Alacaklının aynen ifa ve gecikme tazminatı talep hakkı bir süreyle sınırlandırılmamıştır. Alacaklı bu hakkı her zaman kullanabilir. Ancak borçlunun temerrüdüne rağmen, alacaklının gecikmiş ifa ve gecikme tazminatı talebini "her zaman ileri sürebilme" yetkisini kötüye kullandığı durumlarda, bu durum ortak kusur olarak kabul edilmekte ve alacaklının uğradığı zararın tazmininde bir indirim sebebi sayılmaktadır.

Alacaklının diğer iki seçimlik hakkı konusunda yasada bir süre öngörülmemiş bulunmasına rağmen, bu konuda "derhal" ölçüsü getirilmiştir. Burada "derhal" sözcüğü somut olayın koşullarına, niteliğine ve dürüstlük kurallarına göre gecikmeyi ifade eder.

Alacaklı somut olayın niteliğine göre, dürüstlük kurallarına aykırı olarak bu iki haktan hangisini seçtiğini beyan etmediği takdirde artık bunları kullanamaz. Bu durumda, alacaklı birinci hakkı olan aynen ifa ve gecikme tazminatını talep etmiş sayılır.

Bununla beraber yasada öngörülen "derhal" ölçüsüne uymayarak iki seçimlik hakkı kullanma fırsatını kaybeden alacaklının, yeniden borçluya son süre vermek suretiyle seçim hakkını tekraren canlandırması olanaklıdır. Bkz. A.Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku s.542-545. Temerrüdün karşılıklı edimleri hâvî akitlerdeki sonuçları hakkında ayrıca bkz. Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop s.944-971; Reisoğlu, Borçlar Hukuku s.341-351; Kaplan, Borçlar Hukuku Dersleri s.113-114; Oğuzman / Öz s.401-424; T.Akıntürk, **Borçlar Hukuku - Genel Hükümler - Özel Borç İlişkileri**, B.13, İstanbul 2007 s.127-130; T.Uygur, **Açıklamalı - İctihatlı Borçlar Kanunu**, C.III, B.2, Ankara 2003, s.3470-3754; M.R.Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.II, İstanbul 2003 s.1099-1194.

Ancak 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu ile önalım hakkının dava yolu ile kullanılmasının zorunlu hâle getirilmesi ile birlikte, önalım hakkının kullanılması ile meydana gelen iki tarafa borç yükleyen satım sözleşmesinde, sözleşmenin taraflarının BK'nun 106 ncı maddesi hükümlerinden yararlanma imkânı ortadan kalkmıştır.

Kanımca bu ihtimalde önalım hakkının kullanılması ile meydana gelen satım sözleşmesinde tarafların haklarının zâyi olmaması için önalım hakkının münhasıran dava yolu ile kullanılması yönteminden vazgeçilmesi ve önalım davasının hukuki sebebinin BK'nun 106 ncı maddesi (bkz. yuk.s.138-139) olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

¹⁹⁹ Bkz. yuk.s.198 dn.198.

dönebilmelidir. Yargıtay'ın 20.06.1951 günlü içtihadı birleştirme kararı²⁰⁰ da, önalım yükümlüsünün BK m.106'ya göre son süre vererek satım ilişkisinden dönme hakkını kullanmasına engel değildir²⁰¹. Önalım hakkının kullanılmasıyla meydana gelen borç ilişkisinden BK 106 vd. maddeleri uyarınca dönülebilmesi kesin bir ihtiyaçtır. Önalım davası açılması durumunda dahi bu ihtiyaç gene vardır. Davalıyı temerrüde düşüren davanın açılması değil, dava dilekçesinin kendisine tebliğidir²⁰². Temerrüde düşen borçlu kendi ediminin ifasını teklif etmekle temerrüdden kurtulur²⁰³. İşte bu durumda önalım yükümlüsü BK m.106'ya göre önalım hakkının konusunu oluşturan taşınmazın mülkiyetini geçirmek için gerekli tapu işlemlerini yapmaya hazır olduğunu belirterek, satım bedeli ve giderlerin ödenmesi yönünden, önalıcıya yeterli bir süre belirleyebilmeli, bu önelde gerekli tapu işlemi yapmaya hazır olmasına karşın, satış bedeli ve giderlerin ödenmemesi durumunda, önalım yükümlüsü (yeni malik alıcı) kurulmuş olan önalım ilişkisinden dönerek bu ilişkiyi ortadan

²⁰⁰ Bu İBK için bkz. Tunaboşlu, Önalım Davaları s.729-741.

²⁰¹ “Şu yöne de değinmekte yarar vardır. Yasal önalım davasında satış bedelini ve buna müteallik masrafları hâkimin hükümden önce re'sen nazara alarak tediye ve tevdie karar verebileceği hakkındaki 20.06.1951 gün ve 13/5 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararına konu olan olayda, önalım hakkının kullanılmasıyla meydana gelen ve davanın dayanağı olan satım ilişkisi devam etmektedir. Bu kararda önalım hakkının kullanılmasıyla meydana gelen satım ilişkisine dayanarak, önalım yükümlüsünün BK m.106 hükmünce önalıcıya yeterli bir son süre verip de bu süre sonuçsuz kalırsa, önalım hakkının kullanılmasıyla doğan ilişkiye son vermesi durumuna hiç mi hiç değinilmemiştir. Başka bir söyleyişle, 20.06.1951 günlü içtihadı birleştirme kararı, önalım konusunu oluşturan pay mülkiyetini geçirmeye hazır olan önalım yükümlüsünün BK m.106'nın tanıdığı haklardan yararlanmasına asla engel değildir. Kısacası 20.06.1951 tarihli içtihadı birleştirme kararı, yalnızca önalım hakkının kullanılmasından kaynaklanan satım ilişkisinin devam etmesinde uygulama alanı bulur; bu ilişkinin BK m.106 uyarınca ortadan kalkması durumunda ise uygulama alanı söz konusu olamaz.” (Karahasan, Eşya Hukuku I s.1270-1271).

²⁰² Bkz. yuk.s.64 dn.257.

²⁰³ Sungurbey / Kaneti, Sorunlar s.23.

“Alacaklı, hakkı olandan daha çoğu istemişse, ihtar alacağın gerçek tutarı ölçüsünde borçluyu temerrüde düşürür. Alacaklı henüz ifa hazırlıklarına başlamamış olan borçluya, ifada bulunmasını mümkün kılacak derecede uzun bir süre vermek zorunda değildir. Borçlunun edimini yerine getirmesi için gerekli olan hazırlıklara giriştiği varsayılarak, verilen son sürenin borçlunun yaptığı varsayılan hazırlıkları tamamlayabilmesi için yeterli (uygun) olup olmadığına bakılır. Alacaklının verdiği son süreye borçlu itiraz etmemişse, verilen süre uygun sayılır.” (Sungurbey / Kaneti, Sorunlar s.23).

kaldırabilmelidir. Ayrıca BK m.106 çerçevesinde belirlenecek önelle birlikte, bu sürenin yararsız kalması durumunda sözleşmeden dönülmüş olacağı da önceden bildirilebilir. Eğer verilmiş bulunan yeterli (son) süre sonuçsuz kalırsa, ayrıca bir kez daha dönme bildirimini yapılmasına gerek kalmaksızın sözleşmeden dönülmüş, böylece borç ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalkmış olur. Artık bundan sonra önalıcı önalım davası açamaz. Çünkü önalım yükümlüsü onu temerrüde düşürüp önalım ilişkisini ortadan kaldırmıştır. Eğer dava açarsa, önalım ilişkisinin ortadan kalkmış olmasından ötürü, davanın reddine karar verilir²⁰⁴.

Karahasan ve Sungurbey'in de belirttikleri gibi²⁰⁵ önalım yükümlüsüne BK m.106'dan kaynaklanan önalım ilişkisini ortadan kaldırmak hakkının tanınmaması, onu önalım hakkı sahibinin çıkar hesaplarına ve spekülasyon amaçlarına terk etmek sonucunu doğurur²⁰⁶. Böyle bir çözümün ise tezvîre yol açacağı ve yasa koyucunun amacına uymayacağı açık bir gerçektir.

²⁰⁴ Sungurbey / Kaneti, Sorunlar s.246-248.

²⁰⁵ Karahasan, Eşya Hukuku I s.1269-1272; Sungurbey / Kaneti, Sorunlar s.251-252.

²⁰⁶ Hemen belirtelim ki, hak düşürücü sürele tâbi olma, sadece yenilik doğuran hakkı kullanma imkânıdır. Bu hakların kullanılması ile birlikte ortaya çıkan talepler hak düşürücü süreye değil zamanaşımı süresine tâbidir (bkz. yuk.s.11 dn.28 ve yine bkz. Buz s.265). Bu nedenle önalım hakkının niteliği gereği bu hakkın kullanılmasına ilişkin irade açıklamasının dava yoluyla yapılması gerekli değildir (bkz. yuk.s.7-8). Bu yüzden önalım yükümlüsü örneğin noterden göndereceği ihtarnâme ile tapuda pay (ya da taşınmaz) mülkiyetini geçirmek için gerekli işlemleri yapmaya hazır olduğunu belirterek satış bedeli ile giderlerinin ödenmesi için yeterli bir (son) süre belirleyebilir. Önalıcı bu süreye uyarsa sorun kalmaz. Tersî durumda, önalım yükümlüsü bu ilişkiyi ortadan kaldırarak para değerinin düşmesine karşı kendisini korumuş olur. Önalım yükümlüsü belirlenen bu çerçevede davranmaz ise, önalım hakkını kullanan önalıcı, 10 yıl içinde önalım konusunu oluşturan payın satış bedeli ile giderleri karşılığında kendisine geçirilmesi için dava açabilir. Ancak bu görüşün hayata geçirilebilmesi için öncelikle 4721 sayılı yasa ile getirilen önalım hakkının münhasıran dava yolu ile kullanılması yönteminden vazgeçilmelidir (bkz. yuk.s.128-134). Bu yapıldığı takdirde, önalıcının yanısıra yurt genelinde sürüp giden eflasyon nedeniyle önalım yükümlüsünün de çıkarına uygun düşecek (bkz. Karahasan, Eşya Hukuku I s.1271) aynı zamanda önalım hakkının inşâî niteliğine aykırı olmayan bir çözüm tarzına da ulaşılmış olacaktır. Ayrıca böyle bir uygulama mahkemelerdeki dava sayısının gereksiz artmasının, gereksiz gider yapılmasının ve zaman kaybının da önüne geçeceği için usul ekonomisine de uygun düşecektir.

Ancak bugün doktrin ve uygulamada²⁰⁷ önalım hakkının kullanılması ile meydana gelen ilişkide alıcı mülkiyeti nakil borcunu yerine getirmediğinde, önalım hakkı sahibinin ona karşı MK m.716 (EMK m.642) uyarınca açacağı dava ile, mülkiyetin kendisine aidiyetine karar verilmesini isteyebileceği, hâkimin MK m.716 (EMK m.642) uyarınca karar verince, bu kararın kesinleşmesi ile önalım konusu payın (ya da taşınmazın) mülkiyetinin önalım hakkı sahibine intikâl edeceği görüşü hâkim olduğundan (ve 4721 sayılı TMK ile birlikte önalım hakkının dava yolu ile kullanılması zorunlu hâle getirildiğinden)²⁰⁸, önalım yükümlüsüne, önalım hakkı sahibine BK m.106'ya göre önalım bedelini ödemesi için bir son süre vererek satım ilişkisinden dönme imkânı tanınmamaktadır.

X. Deponun Gerekmemesi

Hak düşürücü sürenin geçirilmiş olması, önalım hakkının hiç ileri sürülmemesi ya da önalım hakkının kullanılmasının hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmesi gibi davanın kabul edilmemesini gerektiren bir nedenin davaya konu olayda bulunduğu tespit edildiğinde mahkemece önalım davasının reddine karar verilmesi gerekir. Onun için bu gibi hallerde satış bedeli ve tapu giderlerinin depo edilmesine gerek yoktur²⁰⁹.

Bu hallerin yanısıra paydaşların ayrı dava açmış olmaları durumunda, paydaşlardan birinin açmış olduğu dava önceden sonuçlanmış ve kesinleşmiş ise, diğer paydaşların önalım bedelini ayrıca depo etmelerine de gerek bulunmamaktadır. Bu son ihtimalde diğer paydaşların, lehine karar alan ve tescil ettiren paydaş hakkında açacakları davada, mükerrer depoya yol açmamak için, kendilerine verilecek paya ilişkin olarak ilk paydaşın ödediği depo miktarından paylarına düşen miktarı, ilk paydaşa ödenmek üzere depo etmeleri gerekmektedir²¹⁰.

²⁰⁷ Bkz. yuk.s.138 dn.597-598.

²⁰⁸ Bkz. yuk.s.61.

²⁰⁹ Yıldız s.99.

²¹⁰ Yıldız s.99.

XI. Önalım Bedelinin Ekonomik ve Nesnel Nedenlere Göre Belirlenmesi Sorunu

Uygulamada özellikle 20.06.1951 gün ve 13/5 sayılı içtihadı birleştirme kararının²¹¹ Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve de yerel mahkemeleri bağlayıcı güçte bulunması nedeniyle yıllar yılı önalım bedelinin tapuda düzenlenen resmî senette gösterilen satış bedeli ile alıcının yaptığı giderler toplamı olduğu görüşü kararlılıkla sürdürülmekte iken, 1990'lı yıllardan itibaren önalım bedelinin ekonomik ve objektif nedenlerle değişebileceği görüşünden hareketle önalım davasının satıştan uzun süre sonra açılmış olması durumunda önalım bedelinin önalım davasına konu pay veya taşınmazın dava tarihindeki değeri olması gerektiği yönünde kararlar²¹² verilmeye başlandığı görülmektedir²¹³.

Bu durum hem yasal önalım hakkı hem de niteliksiz (vasıfsız) sözleşmesel önalım hakkı için söz konusudur. Buna karşın nitelikli (vasıflı) sözleşmesel önalım hakkı, önalım sözleşmesi ile kararlaştırılan koşullarla kullanılacağından, kararlaştırılan koşullar içerisinde bedelin ne olacağına ilişkin bir şart bulunduğu takdirde, önalım hakkı, önalım bedelinin önalım davasına konu pay veya

²¹¹ Bkz. yuk.s.18 dn.67.

²¹² Bkz. HGK 05.05.1993 T. E:6-76 K:192 (H.Erdoğan s.507-517) - HGK 14.12.1994 T.E:6-636 K:841 (H.Erdoğan s.517-521) - HGK 15.02.1995 T. E:859 K:77 (H.Erdoğan s.524-526) - 6.HD 14.01.1991 T. E:16515 K:69 (Tunaboşlu, Önalım Davaları s.360-361) - 6.HD 27.11.1995 T. E:11316 K:11519 (Tunaboşlu, Önalım Davaları s.354-355) - 6.HD 13.04.2004 T. E:2574 K:2706 (Tunaboşlu, Önalım Davaları s.295).

²¹³ "HGK 23.12.1993 gün ve 6-752/745 sayılı kararında bu hususun ancak taraflarca ileri sürülmesi halinde dikkate alınabileceğine karar vermişken, 27.10.1993 gün ve 6-507/605 sayılı sonraki bir kararında böyle bir durumda önalım hakkının tapudaki satış bedeli üzerinden kullanılmasının kötüniyet ve hakkın kötüye kullanılması oluşturduğu ve itiraz olarak taraflarca ileri sürülmesi de hâkimin kendiliğinden dikkate alması gerektiğine karar vermiş ve 23.11.1994 gün ve 6-649/762 sayılı kararında son oturumda ileri sürülen davanın satıştan uzun süre sonra açıldığı ve bedelin dava tarihindeki değer olması gerektiği savunmasını itiraz olarak kabul ederek... sonraki kararlarında da bu uygulamayı sürdürmüştür." (Yıldız s.91).

Uzun süreden maksadın bir yıldan fazla süre olduğu yönünde bkz. 6.HD 07.06.1996 T. E:2247 K:4297 (Tunaboşlu, Önalım Davaları s.347-348).

Ekonomik ve objektif nedenlerden ne kastedildiğinin belirli olmadığı hakkında bkz. Karahasan, Eşya Hukuku I s.1246.

taşınmazın dava tarihindeki değeri üzerinden kullanılamayacaktır. Ancak bedelin ne olacağına ilişkin bir koşul taraflar arasında kararlaştırılmamış ise, önalım davası ile satış tarihi arasında uzun süre geçmiş olması halinde, yine önalım konusunun dava tarihindeki değeri esas alınmak durumundadır²¹⁴.

Türk Medenî Kanunu'nun 733 üncü maddesi satışın, satıcı veya alıcı tarafından noter aracılığı ile önalım hakkı sahibine bildirilmesi yükümlülüğünü getirmiştir²¹⁵. Bu yükümlülüğün hiç yerine getirilmemiş ya da çok geç yerine getirilmiş olması dolayısıyla önalım davası geç açılmış ise ne olacaktır?

Yargıtay 6.HD 22.02.2005 gün ve 10357/1348 sayılı kararında²¹⁶ "... Davalı alıcı satışı noter aracılığı ile davacıya bildirmediğine göre satış tarihi ile dava tarihi arasındaki sürenin geçmesine kendi eylemi ile sebebiyet verdiği için, önalım bedelinin tespitini isteyemez. Önalım hakkının tapudaki satış bedeli ile harç ve masraflar tutarı üzerinden tanınması gerekir." sonucuna ulaşmıştır. Şüphesiz alıcı satışı bildirme yükümlülüğünü yerine getirmemiş veya yerine getirmekle beraber geç yerine getirmiş ise bundan kendisi zarar görecektir. Çünkü alıcı önalım hakkı konusunu değeri artmış olmasına rağmen tapudaki satış bedeli üzerinden devretmek durumunda kalacaktır²¹⁷. Ancak satışın Türk Medenî Kanunu'nun 733 üncü maddesi gereğince önalım hakkı sahibine bildirilmemesinin sorumlusu alıcı değilse, örneğin hak sahibinin adresini değiştirmiş ve yenisini de bildirmemiş olması, adresinin tapuda hiç yazılı olmaması, önalım hakkı sahibinin tapudaki adresine noter aracılığı ile bildirim çıkarılması ancak bildirim önalım hakkı sahibine yüklenebilecek bir engelden dolayı gerçekleşmemiş olması gibi durumlarda alıcıyı sorumlu tutmamak gerekir²¹⁸.

²¹⁴ Yıldız s.91.

²¹⁵ Bkz. yuk.s.57-60.

²¹⁶ Bkz. Yıldız s.92.

²¹⁷ Önalım hakkının, belirlenen üç aylık süre içinde dava açılarak kullanılmasının gerekli olması karşısında, bundan böyle "ekonomik ve objektif" nedenlerin etkisiyle pay değerlerinin artmasının asla gündeme gelmeyeceği görüşü için bkz. Karahasan, Eşya Hukuku I s.1257.

²¹⁸ Yıldız s.92.

Acaba satış bedelinin ve giderlerinin taraflardan kaynaklanan nedenlerle hemen depo ettirilememiş ve bundan dolayı dava tarihi ile karar tarihi arasında uzunca bir süre geçmiş olması halinde ne olacaktır?

Yıldız'a göre davalı alıcı depo parasını geç almaktan dolayı bir zarara uğramış ise, koşulları bulunduğu takdirde önalımcı davacıya bu zararını giderebilmesi için bir tazminat davası açabilmelidir²¹⁹.

Yargıtay Türk ve İsviçre öğretisine uygun olarak, önalım hakkının kullanılmasıyla bir satım ilişkisinin meydana geldiğini ve buna satım sözleşmesinin kurallarının uygulanacağını kabul etmektedir²²⁰. Yargıtay'ın önalım hakkının, önalım bedelinin önalım davasına konu pay veya taşınmazın dava tarihindeki değeri üzerinden kullanılması gerektiği yönündeki görüşünü değerlendirirken, Yüksek Mahkemenin bu kabulü asla göz ardı edilmemelidir.

Önalım hakkının kullanılmasına ilişkin irade açıklamasının alıcıya varmasıyla kurulan satım ilişkisinde, önalıcının satım bedelini alıcıya (önalım yükümlüsüne) ödemesi, alıcının da taşınmazındaki payını önalıcıya aktarması gerekmektedir. Yargıtay'ın yeni görüşüne göre²²¹, aradan uzun bir zaman geçtikten sonra önalıcının hakkını kullanması üzerine bu hakkın kullanıldığı ya da davanın açıldığı tarihteki önalım konusu payın ekonomik ve objektif nedenler ve enflasyon olgusu sonucu değerinde meydana gelen artışın önalım bedeline yansıtılması gerekir²²². Örneğin, alıcı aşırı enflasyonun alım gücüne etkisi

²¹⁹ Yıldız s.92.

²²⁰ Bkz. 21.05.1958 gün ve 7/3 sayılı İBK (Tunaboşlu, Önalım Davaları s.758-759); 11.02.1959 gün ve 10/12 sayılı İBK (Tunaboşlu, Önalım Davaları s.759-760).

²²¹ Bkz. yuk.s.203 dn.212.

²²² Karahasan, Eşya Hukuku I s.1251.

“... bu durumun gerçekleşmesinde Yargıtay hukuksal bir temele dayanmaktan çok, soyut içerikli, adaletin önlenmesi, çıkarlar dengesinin bozulması, davacı önalıcının zenginleşmesi ve davalı alıcının fakirleşmesinden söz etmektedir. Oysa, bu sözler, somut olaylardaki sonuçların deyimidir..... Gelgelelim, Yargıtay bu sonucu gidermek için, hukuksal bir temel bulacak yerde, ortaya çıkan sonuca tutunmak istemektedir. O nedenle de böyle sonuçların oluşmasına kaynak olan ekonomik ve objektif etkenlerle taşınmaz payının değerinin artmasını (enflasyon olgusunu da) gözeterek, önalım konusu payın hakkın kullanıldığı ya da dava açıldığı gündeki sürüm değerini, önalıcının ödemesi gereken önalım bedeli olduğunu belirtmektedir.” (Karahasan, Eşya Hukuku I s.1251).

oranında tutarı belirlenecek parayı önalım bedeli olarak davalıya ödediği taktirde kendi edimini yerine getirmiş olur. Bu sonuç, Yargıtay'a göre önalım hakkının kullanılmasıyla oluşan satım ilişkisine satım sözleşmesinin kurallarının uygulanmasının gerekmesiyle de uyumludur²²³.

Oysa BK m.182 hükmünce "semen" alıcının satın almış olduğu nesne karşılığında yüklendiği para borcudur. Bu nedenle önalım hakkının kullanılmasıyla meydana gelen satım ilişkisinde önalıcının, dava konusunun sürüm değerini davalıya ödemekle yükümlü tutulması alıcı davalının ilk satışta payı kendisine satan paydaşa ödediği satış bedelinin bir yana itilmesi sonucunu doğurur. Bu ise satımın tanımındaki kurucu öge olan semenin hukukî niteliğine aykırıdır²²⁴. Kaldı ki 20.06.1951 gün ve 13/5 sayılı Yargıtay İBK yürürlükte durdukça, Yargıtay'ın altmış yıllık bir uygulamaya ters düşen bu yeni görüşünü sürdürmesinin olanağı da yoktur²²⁵.

Yargıtay'ın yeni görüşünün nitelikli (vasıflı) sözleşmesel önalım hakkında uygulanmasının mümkün olmadığı hakkında bkz. yuk.s.141.

Bu hâlde mahkemenin görevinin de belirlenen yeni satış bedeline göre tâyin edilmesi gerektiği hakkında bkz. HGK 05.05.1993 T. E:6-761 K:192 (Yıldız, s.66).

²²³ Karahasan, Eşya Hukuku I s.1256.

²²⁴ Karahasan, Eşya Hukuku I s.1256.

²²⁵ Yargıtay'ın yeni görüşünü "20.06.1951 gün ve 13/15 sayılı İBK'nın gerekçesiyle sonuç bölümü arasındaki sıkı ilişki nedeniyle, bu kararın tümünün benzer hukuksal konularda Yargıtay Genel Kurullarını, Dairelerini ve de Yerel Mahkemeleri bağlayıcı güçte olduğunda asla duraksanamaz (2797 sayılı Yargıtay Yasası, m.45 f.v). Durum böyle olmasına karşın, Yargıtay'ın yeni görüşünde 20.06.1951 gün ve 13/5 sayılı İBK'nın bağlayıcı gücünü yapay gerekçelerle aşmaya çalışması benimsenecek bir tutum değildir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararlarında (5.5.1993 T. 993/6-761 E. 192 K, 14.12.1994 T. 994/6-663 E 841 K) söz konusu İBK'nın sonuç bölümündeki satış bedelinden söz edilmesini müşteriye malolan satış bedeli olarak anlamak gerektiğini belirtmesinin hiç bir dayanağı yoktur. 20.06.1951 tarihli İBK'nin hem girişinde hem de gerekçe ve sonuç bölümünde kesin bir açıklıkla satış bedeli sözlerine yer verilmiş olup bununla kastedilenin alıcı davalının payı satın alırken ödediği ve tapudaki resmî senette gösterilen satış parası olduğu gün ışığı kadar açık seçiktir ki Yargıtay 6.HD'nin 12.12.1994 gün 12265 Esas 12571 Karar sayılı ilâmında da vurgulandığı gibi, satım sözleşmesinin temel ögesini oluşturan bedelinin değerden ayrılmı olduğu asla tartışılmaz" şeklindeki sözleri ile tenkit eden Karahasan'ın soruna doğruluk ve güven (dürüstlük) kuralları (MK m.2) ve işlem temelinin çökmesi bağlamında bir çözüm bulunması gerektiği görüşünde olduğu görülmektedir. Bkz. Karahasan, Eşya Hukuku I s.1257 ile 1254 ve 1255.

Feyzioğlu önalım hakkının uzun yıllar sonra kullanılması durumunda taşınmazda meydana gelen değer artışının göz ardı edilmesi halinde davalıya "Clausula Rebus Sic Stantibus" kuralından yani "şartlarda önemli değişiklik olmadığı müddetçe

Bize göre de önalım davasının hukukî sebebi olması gereken hukuk açısından MK'nun 716 ncı (EMK'nun 642 nci) maddesine değil BK'nun 106 ncı maddesine dayandığından²²⁶ ve önalım hakkının hukukî niteliğine aykırı olduğu için bu hakkın münhasıran dava yolu ile kullanılması yönteminden vazgeçilmesi gerektiğinden²²⁷ önalım hakkının kullanılmasıyla doğan satım ilişkisinde karşı edimin (satış parasının) ödenmesi sorunu da yukarıda belirtilen ilkeler hayata geçirildiğinde (sorun dava açılmadan önce BK'nun 106 ncı maddesi hükümlerine başvurulmak sureti ile çözümlenmemiş olsa bile dava açıldıktan sonra) BK m.81²²⁸ ve m.182 f.2²²⁹,deki hükümlerle çözümlenebilir²³⁰. Bu yapıldığı takdirde davalı ödemezlik def'inde bulunmak sureti ile önalımlı hissenin menfaatini ihraz eden önalıcının önalım bedelini elinde tutmasının önüne geçebilir. Böylelikle önalım bedelinin ekonomik ve nesnel nedenlere göre belirlenmesi sorunu diye bir sorun ile de karşı karşıya kalınmaz. Buna karşın önalım bedelinin davacı tarafından mahkeme emrine yatırılması önalım davaları için kanunda bir dava koşulu olarak muhafaza edilmeye devam edilirse, hükme karşı kanun yoluna başvurulması halinde kesinleşmesi uzun zaman alacağından (bkz. MK m.734) enflasyon sebebiyle paranın alım gücünün azalması nedeni ile önalım bedelinde ortaya çıkacak zarar istemlerinin kaçınılmaz olarak BK'nun 105 inci maddesi kapsamında yorumlanması gerekir. Buna göre davalının enflasyon nedeniyle uğradığı zarar geçmiş günler faizinden fazla ise, davacı kendisinin hiç bir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe önalım

sözleşmenin geçerli olacağı" esasından yararlanma imkânı tanımak gerektiği fikrindedir. Bkz. Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı s.374-375.

Oğuzman / Öz'ün ise bu konuda "Clausula Rebus Sic Stantibus" (önceden öngörülme haller nedeniyle sözleşmelerin yeniden değerlendirilmesi) kuralı yerine MK m.2 f.1'in uygulanmasının yeterli olduğu fikrinde oldukları görülmektedir. Bkz. Oğuzman / Öz s.156.

²²⁶ Bkz. yuk.s.139.

²²⁷ Bkz. yuk.s.136.

²²⁸ BK m.81: "Mütakabil taahhütleri muhtevî olan bir akdin ifasını talep eden kimse, akdin şartlarına ve mâhiyetine nazaran bir ecelden istifâde hakkını hâiz olmadıkça kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif eylemiş olmak lâzımdır."

²²⁹ BK m.182 f.2: "Hilâfına âdet veya mukavele mevcut değil ise, satıcı ile alıcı borçları aynı zamanda ifa etmekle mükelleftirler."

²³⁰ Bkz. yuk.s.63 ve s.196-197.

bedelinde kendi temerrüdünden ileri gelen bu ek (munzam) zararı tazminle de yükümlü tutulmalıdır²³¹.

XII. Payını Satan Paydaşın Alıcısına Süre Tanımış Olması Halinde Önalım Bedelinin Depo Edilmesi

Satış yapan paydaş, alıcısına satış parasının bir kısmını daha sonra ödemesi için süre tanımış olabilir. Eğer satan paydaş payı satın alana bir süre

²³¹ Borcun kaynağı ne olursa olsun (haksız fiil, sözleşme, sebepsiz zenginleşme) para borcunun ödenmesinde borçlunun temerrüdü nedeniyle alacaklının uğradığı müspet zarar geçmiş günler faizinden fazla ise borçlu, temerrüde düşmede kendisine hiç bir kusurun yüklenemeyeceğini kanıtlamadıkça bu fazla (munzam=aşkın) zararı tazminle de yükümlüdür. Ayrıntılı bilgi için bkz. H.Albaş, **Paranın Değer Kaybından Doğan Zararın Tazmin Edilebilirliği (BK m.105)**, İzmir 2004, s.111-245; N.Barlas, **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçları**, İstanbul 1992, s.187-226; H.Domaniç, **Faizle Karşılanmayan Zararların Giderilmesini Sağlayan BK 105 ve Diğer Hükümler, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Cild IV'den Ayrı Bası**, İstanbul 1990, s.1079-1184.

BK'nun 105 inci maddesindeki düzenleme itibariyle alacaklı, faizi aşan bir zararın bulunduğunu kanıtlamak suretiyle gerçekleşen zararını isteyebilecektir. Bu kural genel nitelik taşıyan MK'nun 6 ncı maddesinin bir gereğidir. Ancak fiili karinenin bulunduğu hallerde artık bunun kanıtlanması gerekmeyecektir. Enflasyon yıllar itibariyle yüksek oranlarda devam ettiği sürece, buna bağlı olarak para değerinin düşmesi, alım gücünün azalması nedeniyle, alacağını geç alan alacaklının zarar gördüğü tartışmasız bir gerçektir. Bu durum zararın varlığı için fiili karine oluşturur. Durum böyle olunca fiili karine karşısında alacaklının ayrıca zararını ispat etmesi de gerekmemektedir. Bu fiili karinenin aksini ancak borçlu kanıtlamalıdır. Çünkü fiili karineye dayanan taraf, o hususu (vakıayı) kanıtlamış olur. Bunun aksini karşı taraf kanıtlayabilir. **Munzam zararın ispatıyla ilgili olarak bu karineden hareket edilip edilemeyeceği konusunda, yargı kararları arasında bir istikrar olmadığı ve resmî makamlarca bile varlığı kabul edilen enflasyonun bulunduğu hallerde, para değerindeki düşmeler nedeniyle alacaklının munzam zararının varlığında çekingenlik göstermenin isabetli olmadığı hakkında bkz. A.Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku s.528.**

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda satışın alıcı ya da satıcı tarafından noter aracılığı ile hak sahiplerine bildirilmesinin, zorunlu olması ve önalım hakkının belirlenen üç aylık süre içinde dava açılarak kullanılmasının gerekli olması karşısında, bundan böyle ekonomik ve objektif nedenlerin etkisiyle pay değerlerinin artmasının asla gündeme gelmeyeceği görüşü için bkz. Karahasan, Eşya Hukuku I s.1257.

Önalım davasının satıştan uzun süre sonra açılmasına alıcı-davalının Türk Medenî Kanunu'nun 733 üncü maddesi gereğince satışı noter aracılığı ile süresinde bildirmemesi ve bu şekilde yükümlülüğünü yerine getirmemiş olmasının sebep olduğu durumlarda, önalım hakkının tapudaki satış bedeli ile tapu giderleri üzerinden depo ettirilmesi gerektiği buna karşın satışın önalım hakkı sahibinden kaynaklanan nedenlerden dolayı kendisine bildirilememiş olması halinde, satıştan uzun süre sonra dava açılmasında olduğu gibi deponun yaptırılması gerektiği görüşü için bkz. Yıldız s.94.

tanımış ise, hâkim ilk önce peşin ödenen para ile harç ve giderlerin mahkeme veznesine yatırılmasına ve ayrıca verilen süre nedeniyle alıcı (davalı) lehine, önalım davası kabul edildiğinde arta kalan satış parası için ipotek kurulması gerektiğinin bildirilmesine karar verir. Sonuçta davanın haklı olduğu anlaşılırsa payın mülkiyetinin önalıcıya geçirilmesine ve aynı anda süreye bağlanmış satış bedeli için alıcı-davalı lehine ipotek kurulmasına bunun yanısıra mahkeme veznesindeki paranın da alıcı davalıya ödenmesine karar verilmek gerekir. Burada BK m.81 uyarınca aynı anda ifa söz konusudur²³².

Önerilen bu çözüm yerine bir başka çözüm olarak önalıcının MK m.893 f.1 b.1 (EMK m.807 f.1 b.1)'e²³³ göre 3 ay içinde ipotek kurmasının gerektiği kabul edilirse, davacı önalıcının payı üzerine geçirir geçirmez satması durumunda, alıcı – davalı zarara uğramış olur. Bu nedenledir ki, süreye bağlanan satış parasının güvencesi (teminatı) olarak yukarıda belirtildiği üzere; aynı anda ipotek kurulmasına karar vermek, yurt gerçeklerine ve de çıkarlar durumuna daha uygun düşer²³⁴.

K. Muvazaa²³⁵ İddiaları

I. Genel Olarak

Muvazaa esasen borçlar hukuku kurumu olup, BK'nun 18 inci maddesinde düzenlenmiştir.

²³² Karahasan, Eşya Hukuku I s.1258.

²³³ MK m.893 f.1 b.1: "Aşağıdaki alacaklılar, kanunî ipotek hakkının tescilini isteyebilirler:

1. satıştan doğan alacağı için satılan taşınmaz üzerinde satıcı, ..."

²³⁴ Karahasan, Eşya Hukuku I s.1259.

"Açıktır ki, önalıcı süreye bağlanmış olan satış parasını, peşin ödenmiş para ile birlikte mahkeme veznesine yatırmayı kabul ederse ayrıca güvence göstermesine gerek yoktur." (Karahasan, Eşya Hukuku I s.1259).

²³⁵ Muvazaa konusunda bkz. T.Esener, **Türk Hususî Hukukunda Muvazaalı Muameleler**, İstanbul 1956 s.7-215; G.Göktürk, **İnançlı İşlemler**, Ankara 1998 s.76-80; T.Uygur, **Açıklamalı – İctihatlı Borçlar Kanunu**, C.I, B.2, Ankara 2003 s.774-914; E.Özkaya, **İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları**, Ankara 2004, B.3 s.165-253; N.Yavuz, **Muvazaa – İnaçlı İşlem – Nam-ı Müstear ve Kanuna Karşı Hile Davaları**, Ankara 2008 s.3-15; S.Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B.20, İstanbul 2008, s.87-99; A.Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku** s.116-122; Akıntürk,

1. Tanımı

Muvazaa, tarafların, üçüncü kişileri aldatmak amacıyla, gerçek iradelerine uymayan bir işlem yapmaları, fakat görünürdeki bu işlemin kendi aralarında geçerli olmayacağı hususunda anlaşmalarıdır²³⁶.

2. Elverişli Olduğu İşlemler

Taşıdıkları önem ve özellikleri nedeniyle kamu hukukunu ilgilendiren hususlar ile usul hukukuna giren konular muvazaa iddiasına imkân vermez. Peki acaba, kamu hukukunu ilgilendiren ilişkiler ile usul hukukuna giren konular dışında kalan ve fakat resmî memur huzurunda yapılan işlemlerde muvazaa olanaklı mıdır? Sorunun cevabı, işleme resmî memurun katılımı sıfatına ve işlemdeki rolüne göre değişecektir. Resmî memurun işleme katılımı (örneğin mirası red beyanının sulh hâkimine yapılması gibi) kurucu nitelik taşıyan hallerde muvazaa mümkün değildir. Eğer resmî memurun işleme katılımı ispat ve tasdik yönünden ise, o işlemin muvazaalı olması mümkündür. Zira muvazaa kanunen yasaklanmamıştır. Resmî memur kendisine tasdik için sunulan muvazaalı bir akdi de tasdik etmek zorundadır²³⁷.

Genel olarak sözleşmelerde görülmekle birlikte, muvazaanın ulaşması (varması) gerekli tek taraflı irade beyanıyla meydana gelen hukukî işlemlerde de söz konusu olması mümkündür. Ulaşması gereken iradeye dayanan tek taraflı hukukî işlemlerde de karşı tarafın muvafakatı şarttır. Örneğin kira sözleşmesinde kiralayanın muvazaalı fesih beyanında durum böyledir²³⁸. Buna karşılık vasiyetname, vakıf kurma, ilân suretiyle vaad gibi ulaşması gerekli olmayan irade beyanına dayanan tek taraflı hukukî işlemlerde muvazaa olmaz²³⁹. Miras mukavelesi, hukukî niteliği itibarıyla bir sözleşme olduğu için

Borçlar Hukuku s.46-48; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop s.407-420; Oğuzman / Öz s.108-113; Eren, Borçlar Hukuku s.315-336.

²³⁶ Reisoğlu, Borçlar Hukuku s.87.

²³⁷ N.F.Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, İstanbul 1976, s.187 vd.

²³⁸ V.Tuhr / H.Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bdl, 3.A, Zürich 1979 (Naklen, Eren, Borçlar Hukuku s.329).

²³⁹ Keza, bazı özel nitelikteki hukukî işlemlerde de muvazaa olmaz. Nitekim, evlenme sözleşmesinde muvazaaya başvurulamaz. Çünkü, evlenme sözleşmesini geçersiz kılan sebepler, MK m.145 vd.nda kesin olarak sayılmış olup, bu sebepler arasında

burada muvazaa mümkündür. Keza geçerlik yönünden şekle bağlı sözleşmelerle kararlarda da muvazaa söz konusu olabilir. Burada muvazaanın sadece borçlandırıcı işlemlerde değil, tasarruf işlemlerinde de olabileceğini belirtmek gerekir²⁴⁰.

3. Türleri

Doktrinde muvazaa, “nispî muvazaa” ve “mutlak muvazaa” olmak üzere ikili bir ayrıma tâbi tutulmaktadır.

Üçüncü kişileri aldatmak için görünürde bir hukukî işlem yapan tarafların gerçek iradelerine uyan gizli bir işlem mevcut değilse (örneğin, A icra takibinden kurtulmak için mallarını muvazaalı olarak B'ye devretmiş, fakat bu devrin hukukî bir sonucu olmayacağı hususunda taraflar anlaşmışlarsa) mutlak muvazaa – âdi muvazaa'dan söz edilir²⁴¹.

Buna karşın üçüncü kişileri aldatmak amacıyla görünürde muvazaalı bir işlem yapan taraflar, bu işlem ile gerçek iradelerine uyan başka bir işlemi gizlemek istemişlerse²⁴² bu ihtimalde mutlak değil, nispî muvazaa söz konusu olur²⁴³.

4. Hükümü

Mutlak muvazaada iki işlem vardır. Bunlardan biri, tarafların başkalarını aldatmak, gerçek iradelerini onlardan saklamak maksadıyla yaptıkları işlemdir ki buna görünürdeki işlem denir. İkincisi ise, tarafların görünürdeki bu işlemin kendi gerçek iradelerine uymadığı bunun sırf dışa karşı başkalarını aldatmak

muvazaa yer almamaktadır. Ayrıca evlenme sözleşmesine resmî memurun katılması, kurucu bir nitelik taşır. Evlâd edinmede de muvazaa söz konusu olmaz. Buna karşılık mal rejimi sözleşmesi ile nişanlanmada muvazaa mümkündür. Bkz. Eren, Borçlar Hukuku s.329.

²⁴⁰ Eren, Borçlar Hukuku s.329.

²⁴¹ Reisoğlu, Borçlar Hukuku s.88.

²⁴² Örneğin gerçekte bağısladığı (gizli sözleşme) taşınmazını satmış gibi (görünürdeki sözleşme) göstermede olduğu gibi...

²⁴³ Reisoğlu, Borçlar Hukuku s.88.

maksadıyla yapıldığı hususunda uyuşmaya varmalarıdır ki, bunu da muvazaanın anlaşılması denir²⁴⁴.

Nispî muvazaada ise, bu iki işleme ek olarak üçüncü bir işlem daha vardır ki o da tarafların görünürdeki işlemin arkasına sakladıkları gerçek işlemdir. Bu işleme gizli işlem denir. Yukarıda verdiğimiz nispî muvazaaya ilişkin örnekte²⁴⁵ satım sözleşmesi görünürdeki bağışlama sözleşmesi ise gizli işlemdir²⁴⁶.

Görünürdeki işlem hükümsüz olup bu hükümsüzlük kural olarak bütün üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilirse de, kanun bazı hâllerde hükümsüzlüğün ileri sürülemeyeceğini belirtmekte, yani bu kurala birtakım istisnalar getirmektedir. Gizli işlem ise, geçerlidir. Ancak bunun için de, gizli işlemin kanunun emrettiği şekle uygun surette, yapılmış olması şarttır²⁴⁷.

5. Yaptırımı

Burada muvazaanın türüne göre bir ayırım yaparak inceleme yapmak gerekir.

Mutlak muvazaada taraflar arasında gizli bir sözleşme mevcut değildir. Ortada sadece görünürde bir sözleşme bulunmaktadır. Görünürdeki bu sözleşme tarafların gerçek iradelerini yansıtmamaktadır. BK m.18 hükmü bir sözleşmede tarafların gerek sehven gerekse gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları tâbirlere ve isimlere bakılmayarak onların gerçek ve ortak amaçlarını ortaya koymak gerektiğini emretmiştir. Bu hükmün bir sonucu olarak, mutlak muvazaada görünürdeki sözleşme geçersizdir. Buradaki geçersizlik butlan türünde bir geçersizlik halidir. Bu nedenle, butlan yaptırımına ilişkin tüm esaslar ve nitelikler burada da aynen geçerlidir. Bu niteliklerin başında butlan yaptırımının süreye bağlı olmaması ve bu geçersizliğin her zaman ileri sürülebilmesi gelmektedir²⁴⁸.

²⁴⁴ Akıntürk, Borçlar Hukuku s.48.

²⁴⁵ Bkz. yuk.s.211 dn.242.

²⁴⁶ Akıntürk, Borçlar Hukuku s.48.

²⁴⁷ Akıntürk, Borçlar Hukuku s.48. Bu konuda ayrıca bkz. Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop s.411-414.

²⁴⁸ A.Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku s.118.

Mutlak muvazaadan farklı olarak nispî muvazaada taraflar arasında gizli bir işlem mevcuttur. Gizli işlem tarafların gerçek iradelerine uygun ve onların arzu ettikleri işlemidir. Bunun sonucu olarak, gizli işlem yasanın aradığı koşullara uygun olarak yapılmışsa geçerlidir. Ancak, gizli işlemde yasanın aradığı koşullar mevcut değilse, bu işlem yasanın aradığı koşulların bulunmaması nedeniyle arzu edilen hüküm ve sonuçlarını doğurmayacaktır. Örneğin; S ile A gerçekte bağışlama konusunda anlaşmışlar taşınmazı, tapuda satış göstermek suretiyle işlem yapmışlardır. Burada gizli işlem bağış sözleşmesidir. Bu sözleşmenin geçerli olabilmesi için yasanın aradığı koşullara uygun yapılması gerekir. Burada gerçekte bir taşınmazın bağışlanması söz konusudur. Bilindiği gibi, taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkının devrine ilişkin sözleşmeler tapuda resmî yazılı geçerlilik koşuluna tâbidir (MK m.706 – EMK m.634). Taraflar bu sözleşmeyi tapuda resmî şekilde yapmadıklarından gizli işlem muvazaa nedeniyle değil, şekle aykırılık nedeniyle bâtil sayılacaktır. Görünürdeki işlem tarafların iradelerine uygun olmayan işlemidir. Bu işlem ise BK m.18 hükmü gereğince bâtildir²⁴⁹

6. İspatı

Sözleşmenin muvazaalı olarak yapıldığı iddiasını bizzat sözleşmenin tarafları ileri sürebilecekleri gibi, ilgili üçüncü kişiler de ileri sürebilirler. Muvazaanın ispatı bu kişilere göre değişir.

a. Muvazaayı Taraflardan Biri İddia Ediyorsa

Sözleşmenin muvazaalı olduğunu, gerçek iradelerine uymadığını ileri süren taraf iddiasını ispat ile yükümlüdür. Muvazaalı olduğu iddia olunan sözleşme bir adi senede veya (noter ya da tapu memuru önünde yapılmış) bir resmî senede bağlanmışsa, tarafların (aynı şekilde miras bırakanın küllî halefi – ardılı – olarak hareket eden mirasçıların) muvazaa iddiası (HUMK m.290 uyarınca) tanık ile ispat olunamaz. Sözleşmeye taraf olup, sözleşmenin muvazaa sebebiyle geçersizliğini ileri süren kimse bu taktirde iddiasını adi veya resmî bir senetle (kesin bir delille) ispat etmek zorundadır²⁵⁰. Sözleşme

²⁴⁹ A.Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku s.119.

²⁵⁰ Reisoğlu, Borçlar Hukuku s.94.

(taşınmaz alım – satım sözleşmesinde olduğu gibi) resmî şekilde yapılmış olsa dahi, taraflar muvazaa iddialarını adi senetle ispat edebilirler²⁵¹

b. Muvazaayı Üçüncü Bir Şahıs İddia Ediyorsa

Sözleşmenin dışında kalan ve iptalini talep yetkisine sahip bulunan üçüncü kişiler, sözleşmenin tarafı olmadıkları için, muvazaa anlaşmasıyla ilgili belge (senet) temin edemezler. Bu nedenle, üçüncü kişiler muvazaayı her türlü delille kanıtlayabilirler. Bunun kanıtlanması için başvuru olan ispat araçları, belge, tanık, sosyal ve ekonomik durum araştırması, yakınlık, bilirkişi incelemesi, değer tespiti gibi araçlar olabilir²⁵²

II. Önalım Davasında Muvazaa

Yasal dayanağı bildirilerek tanımı da yapılan ve görülmekte olan bir davada ileri sürüldüğünde hangi yöntemle kanıtlanacağı yukarıda anlatılan muvazaa olgusunun önalım davaları kapsamında işlemde ve bedelde muvazaa olmak üzere iki ayrı alt başlık altında incelenmesi gerekir.

1. İşlemde Muvazaa

Önalım hakkının kullanılması, ancak ve ancak taşınmazların iradi ve gerçek satışlarında olanaklıdır²⁵³. Bu nedenle gerçek bir satış özelliği göstermeyen trampa, bağışlama, taşınmaz bir malın ortaklığa sermaye olarak konulması veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi gibi işlemlerde önalım hakkının kullanılmasına imkân bulunmamaktadır²⁵⁴.

Bununla birlikte diğer paydaşların önalım haklarını kullanmalarını önlemek amacıyla pay satan paydaş ile pay satın alan üçüncü kişinin birbirleri ile anlaşarak, aslında gerçek bir satış sözleşmesi yapmalarına rağmen, aralarında

Bkz. HGK 25.05.1988 T. E:1-232 K:421 (YKD, Y.1988, S:10, s.1343) – 1.HD 08.06.1984 T. E:7119 K:6921 (YKD, Y.1985, S.5, s.640).

²⁵¹ Reisoğlu, Borçlar Hukuku s.94.

Bkz. 1.HD 14.02.1996 T. K:96/1570 (Naklen, Reisoğlu, Borçlar Hukuku s.94 dn.15).

²⁵² A.Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku s.120.

²⁵³ Bkz. yuk.s.51-52.

²⁵⁴ Bkz. yuk.s.76-92.

yapılan işlemi yukarıda sayılan nitelikte bir işlem örneğın bağış²⁵⁵ gibi göstermeleri ya da bunun tam aksine aralarındaki bağış veya trampa niteliğinde olan bir işlemi satış işlemi gibi göstermeleri mümkündür.

İddianın niteliğı gereğı, işlemde muvazaa iddiasını ileri süreceğ kişinin ilk bakışta önalım davasını açacak kiş olduğu söylenebilir. Bununla birlikte davalının da, herhangi bir nedene dayanarak tapu sicilinde satış olarak gösterilen bir işlemin, gerçekte satış olmayıp, örneğın trampa niteliğinde olduğunu savunması da mümkündür. Her iki durumda da bu iddiayı ileri süren kişinin, iddiasını doğrulamak zorunluluğı bulunmaktadır. Davacı tarafından ileri sürülen iddianın doğrulanması durumunda, tapu sicilinde yapılan işlemin, gerçekte bir satış sözleşmesi olduğu saptanmış olur ve davacı için önalım hakkını

²⁵⁵ Önalım yükümlüsünün önalımlı malı üçüncü kişie bağışlamış gibi görünmesine rağmen, gerçekte satmış olması halinde gerek bağış gerekse gizli satış sözleşmelerini bătıl sayan Yargıtayımız, önalım hakkının kullanılması söz konusu olunca farklı bir yol izlemektedir. Yargıtay'a göre önalım hakkı sahibi, tapudaki bağışın göstermelik olduğunu tarafların gerçekte satım sözleşmesi yapmış bulduklarını ispat ederse önalım hakkını kullanabilir. Oysa Yargıtay, İçtihadı Birleştirme Kararları (bkz. 07.10.1953 T. ve 8/7 sayılı ve 01.04.1974 T. ve 1/2 sayılı İBK – Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, Borçlar Hukuku s.413-414) ile pekiştirdiğı görüşüne bu konuda da sadık kalsa idi böyle hallerde önalım hakkının kullanılmaması gerekirdi. Zira Yargıtay'a göre tapuda yapılan resmî işlem ile taraflar arasında gizlenen işlemde biri bağış diğeri satış olursa bunların her ikisi de geçersiz olur; önalım hakkı ise ancak geçerli satışlarda kullanılabilirdiğinden burada 3 aylık (ve 2 yıllık) süre içerisinde önalım hakkının kullanılabilmesinin kabulü Yargıtay'ın kendi çözümünü ile çelişkiye düşmesinden başka bir şey değildir. Bkz. Tekinay, Takyitler s.27 ve s.61.

Doktrinde Hatemi, Serozan ve Arpacı'nın 07.10.1953 ve 01.04.1974 günlü içtihadı birleştirme kararlarındaki ilkenin bütün sertliğı ile önalım hakkının kullanılması alanında uygulanması halinde önalım hakkının kullanılmasına imkân kalmayacağı bununsa dürüstlük kuralına ve dolayısı ile hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık oluşturacağı yönünde bir görüş ortaya attıkları görülmektedir. Bkz. Hatemi / Serozan / Arpacı s.612.

Kanımca 07.10.1953 ve 01.04.1974 günlü içtihadı birleştirme kararlarındaki ilkenin önalım hakkının kullanılması alanında uygulanması halinde önalım hakkının kullanılması ile elde edilmek istenen sonuca (yani taşınmazın istenilmeyen bir kişinin eline geçmesinin önüne geçilmesine) daha baştan itibaren, yapılan satım sözleşmesinin bătıl sayılmasından dolayı ulaşılmış olduğu dikkate alındığında bu halde önalım hakkının kullanılmasına zaten gerek bulunmadığı ortaya çıkmaktadır.

Bu nedenle 07.10.1953 ve 01.04.1974 günlü içtihadı birleştirme kararlarındaki ilkenin bütün sertliğı ile önalım hakkının kullanılması alanında uygulanması halinde önalım hakkının kullanılmasına imkân kalmayacağı bununsa dürüstlük ilkesine ve dolayısı ile hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık oluşturacağı yönündeki görüşe katılmamız mümkün bulunmamaktadır.

kullanma imkânı doğar. Davacı tarafından ileri sürülen iddia doğrulanmaz ise, tapu sicilinde yapılan işlem, önalım hakkının kullanılmasına uygun olmadığı için, davacı tarafından açılan dava reddedilir. Eğer iddia davalı tarafından ileri sürülmüş ve tapu sicilinde yapılan satış işleminin gerçekte satış olmadığı savunulup bu savunma ispatlanmış ise bu sefer de davacı tarafından açılmış bulunan davanın reddine karar verilir. Buna karşın savunma doğrulanmamış ise, davacı tarafından açılan önalım davası bu yönden kabul edildikten sonra diğer sorunların çözümlenmesine geçilip görülmekte bulunan dava sonuçlandırılır²⁵⁶.

a. İşlemden Muvazaa İddiasının Davacı Tarafından İleri Sürülmesi

İşlemden muvazaa iddiası, genellikle davacı tarafından ileri sürülebilecek bir iddiadır. Çünkü bu iddianın doğrulanması durumunda, bu sonuçtan davacı yararlanacak, örneğin tapu sicilinde ölüncüye kadar bakma sözleşmesi olarak görülen bir işlemin, gerçekte bir satış işlemi olduğunu ortaya koyarak, satıcı ve alıcının, önalım hakkının kullanılmasını önlemeye yönelik davranışlarını sonuçsuz bırakacaktır.

Davacı, muvazaalı olduğunu iddia ettiği işlem veya sözleşmenin tarafı değildir. Bu işlem kendi bilgi ve iradesi dışında oluşup gelişmiştir. Bu nedenle de, tarafların gerçek niyetlerinin ne olduğunu belgelemek veya bu davranışı, oluşumundan önce önlemek olanağından yoksundur. O halde davacı, muvazaa iddiasını usul hukukunun elverdiği tüm kanıtlarla doğrulama olanağına sahiptir. Bunun sonucu olarak da, eğer elde edilebilirse, yazılı kanıtlara başvurulabileceği gibi tanık anlatımlarına da dayanılabilir. Eğer bu konuda hiçbir kanıt elde edilememiş ise, iddianın doğruluğu hakkında karşı tarafa yemin de yöneltilir²⁵⁷.

²⁵⁶ Özenli s.133-134.

²⁵⁷ Nitekim Yargıtay 6.HD 24.01.1989 gün ve 16697/739 sayılı kararında: "Davacı tapuda yapılan işlemin satış olduğunu iddia ettiğine göre bu iddiasını ispat etmesi icap eder. İddiasını ispat yönünden 2 şahit göstermiş, dinlenen şahitlerden (ED) herhangi bir bilgisinin olmadığını, diğer tanık (MD) ise payını davalıya hibe ettiğini bildirmiştir. Bu durumda davacı tapuda yapılan işlemin satış olduğunu ispatlayamamıştır. Ancak yemin teklifine de dayandığına göre davacının davalıya yemin teklif edip etmediği sorularak ettiği taktirde davalıya yemin tevcih edilmek ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken aksi görüş ve düşüncelerle hüküm

Davacı tarafından ileri sürülen iddianın kanıtlanması, yani örneğin tapu sicilinde bağış olarak gösterilen bir işlemin, gerçekte bağış değil de bir satış olduğunun doğrulanması durumunda, depo edilecek önalım bedel ve giderlerinin saptanması, bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu soruna Yargıtay 6.HD'nin 21.01.1986 gün ve 14055/399 sayılı kararında²⁵⁸; "Tapudaki hibe işlemi yapılırken harç yönünden belirtilen değer, şuf'a bedeli olarak kabul edilemez. Keşif yapılarak bilirkişi aracılığıyla işlem tarihi itibarıyla dava konusu payın gerçek değerinin saptanması, saptanan bu değer esas alınarak tapu harcının ne olacağının tapu memurluğundan sorulması ve her ikisi toplamının şuf'a bedeli olarak kabul edilmesi gerekir." demek suretiyle çözüm getirdiği görülmektedir²⁵⁹.

tesisi usul ve yasaya aykırıdır." diyerek bu konuya ışık tutmuş bulunmaktadır. Bu karar için bkz. Özenli s.136.

Aynı görüş için bkz. Özkaya, Muvazaa Davaları s.209-210.

²⁵⁸ Bkz. Özenli s.136.

²⁵⁹ Kanımca geçerli bir satış sözleşmesi ile pay temlik yapılmadığı sürece, önalım hakkının kullanılmasından ve önalım davası açılmasından söz edilemeyeceği için önalım davasında muvazaa iddiasının incelenmesi yönündeki uygulamanın doğru olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle önalım hakkı sahibinin muvazaa iddiasında bulunması halinde şuf'a hakkını kullanıp önalım davası açmak yerine satışın muvazaa nedeniyle geçersizliğini ve tapu kaydının satıcı lehine düzeltilmesini dava etmesi, bizim görüşümüze göre önalım kurumunun bünyesine daha uygundur.

Önalım hakkının kullanılabilmesi için ortada geçerli bir sözleşmenin bulunması gerektiği görüşü için ayrıca bkz. S.Bertan, **Aynı Haklar, Medenî Kanun'un 618-674 üncü Maddelerinin Şerhi**, C.II (MK 703-764), Ankara 1976, s.257-258.

Muvazaa iddiasının önalım davasının bünyesi içerisinde hadise şeklinde araştırılarak çözümlenmesi gerektiği görüşü için bkz. Feyzioğlu, Tasarruflar s.255; Velidedeoğlu / Esmer s.428; Esener, Eşya Hukuku s.95; Özkaya, Muvazaa Davaları s.210.

Federal mahkeme kararlarında ve bazı Yargıtay içtihatlarında ayrı bir muvazaa davası açılmasına gerek bulunmadığı görüşünün kabul edildiği hakkında bkz. Özkaya, Muvazaa Davaları s.209 dn.164. Bkz. ve karşı. 1.HD 16.09.1980 T. E:8880 K:10700 (YKD, Y.1981, S.2, s.155) – 1.HD 02.06.1980 T. E:3205 K:5679 (YKD, Y.1980, S.1, s.42).

Yapılan keşifte dava konusunun dava tarihindeki değerinin esas alınması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Yıldız s.86.

Yıldız'a göre bu halde mahkemenin görevi de yapılan keşif sonucu dava tarihindeki gerçek değeri saptanan dava konusunun keşifte belirlenen değerine bu değer esas alınarak tapu memurluğunca hesaplanacak tapu giderlerinin eklenmesi suretiyle

b. İşlemden Muvazaa İddiasının Davalı Tarafından İleri Sürülmesi

İşlemden muvazaa iddiasının davacı tarafından ileri sürülmesi, çok sık görülen ve hayatın olağan akışına uygun bulunan bir davranıştır. Ancak tapu sicilinde yapılan işlemin, muvazaalı olduğu savunularak, bu iddianın davalı tarafından da ileri sürülmesi mümkündür. Bu durumda davalı tapu sicilinde satış olarak görülen işlemin, gerçekte bir satış olmayıp, bağışlama, trampa vs. gibi önalım hakkının kullanılmasına engel olan türde bir işlem olduğu iddiasında bulunur.

Davalının böyle bir savunmada bulunmasını önlemek fiilen mümkün değildir. Ancak fiilen olanaklı görülen bu davranışın ispat hukuku yönünden kabulü olanaksızdır. Çünkü iddia eden tarafından ispat edilemeyen bir iddianın değerlendirmeye alınmasına imkân yoktur²⁶⁰.

Davalı tarafın bu yoldaki iddia ve savunmasını doğrulayabilmesi, hemen hemen olanaksız bir durumdur. Çünkü davalı, tapu sicilinde yapılan ve pay devrini amaçlayan sözleşmenin tarafıdır. Davalının bu sıfatı ile birlikte muvazaa kurumunun hukukî niteliği bir arada düşünülürse davalının bu yolda yapacağı savunmaya değer vermeye olanak yoktur. Çünkü serbest iradesi ile bir sözleşme yapan kişinin, sonradan “ben bu sözleşmeyi yaptım ama, amacım bu şekilde bir sözleşme yapmak değildi” demesi ve bu beyanının kabul edilmesi mantık kurallarını zorlayıcı bir davranış olduğu gibi, yasal dayanaktan da yoksundur. Zira serbest iradesi ile bir sözleşme yapan kişinin, rızayı fesada uğratan nedenlere dayanıp, yasal süre içerisinde dava açarak söz konusu sözleşmeyi fesh ettirme olanağı varken, bu yolu seçmeyip; aradan uzunca bir zaman geçtikten sonra, yapmış olduğu sözleşmenin, amacından başka bir şekilde yapıldığını ileri sürmesi, hem de bu savunmanın önalım davası

tespit edilmelidir. Bu nedenle davacı başlangıçta asliye mahkemesinin görevine giren miktar üzerinden dava açmış ise, sonradan belirlenen satım bedelinin sulh mahkemesinin görevine girmesi halinde asliye mahkemesi görevsizlik kararı vermelidir. Aynı şekilde dava sulh mahkemesinde açılmış fakat sonradan belirlenen satış bedeli bu mahkemenin görevli olduğu miktarı aşırıyorsa sulh mahkemesince de görevsizlik kararı verilmelidir. Bkz. Yıldız s.86.

²⁶⁰ Bkz. MK m.6. Aksi görüş için bkz. Hatemi / Serozan / Arpacı s.612, İ.Sungurbey, **Medenî Hukuk Eleştirileri**, C.V, İstanbul 1985, s.315 vd.

açıldıktan sonra yapılması iyiniyet kurallarına ters düşen bir davranış olup böyle bir davranışın yasal korunmadan yararlandırılması mümkün değildir²⁶¹.

Kaldı ki davalı yukarıda²⁶² da değinildiği gibi, muvazaalı olduğunu iddia ettiği sözleşmenin tarafıdır. BK'nun 18 ve HUMK'nun 290 ıncı maddeleri karşısında bu yolda yapacağı savunmasını da aynı kuvvetle yani yazılı bir belge ile doğrulamak zorunluluğundadır. Çünkü HUMK'nun 290 ıncı maddesi uyarınca senede karşı her çeşit iddiaya karşı def'i olarak ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukukî işlemler değeri 490 YTL'den az olsa bile yine senetle ispat edilmek zorundadır²⁶³. Eğer davalı bu kuvvette bir belge ileri süremiyorsa, o zaman yalnızca "tapuda satış olarak gösterilen işlemin, gerçekte satış olmadığını (örneğin bağış veya trampa olduğunu) bilmediği hakkında davacıya yemin yöneltebilir²⁶⁴.

Bütün bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere önalım davasında, davalının işlemde muvazaa iddiasında bulunması mümkün değildir. Ancak Yargıtay'ın 27.03.1957 gün ve 12/2 sayılı İBK'nda²⁶⁵, görünüşteki satım sözleşmesinin gerçekte miras hukuku ile ilgili veya bağışlama gibi amaçların etkisi ile yakın akrabalar arasında yapılmış olması durumunda önalım hakkının kullanılamayacağı öngörüldüğünden, bu hallerde işlemde muvazaa yapıldığına ilişkin iddianın davalı tarafça ileri sürülmesinin mümkün olduğu ve bu iddianın her türlü delil ile ispat edilebileceğinin unutulmaması gerekir²⁶⁶.

2. Bedelde Muvazaa

Uygulamada diğer paydaşların önalım haklarını kullanmalarını önlemek amacıyla alıcı ve satıcının kendi aralarında anlaşarak, satılan payın satış

²⁶¹ Özenli s.137.

²⁶² Bkz. yuk.s.218.

²⁶³ Bkz. HUMK m.290.

²⁶⁴ Özenli s.137.

İşlemde muvazaa iddiasının davalı tarafından ileri sürülmesinin iyiniyet kuralları ile bağdaştırılamayacağı hakkında ayrıca bkz. Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı s.417 vd.; Sebük s.88.

²⁶⁵ Yargıtay'ın 27.03.1957 gün ve 12/2 sayılı İBK ve konu ile ilgili geniş açıklama için bkz. yuk.s.82-84 dn.332.

²⁶⁶ Yıldız s.87.

bedelini, gerçek değerinin çok üzerinde göstermeleri sıkça rastlanan bir olgudur. Böyle bir olgunun gerçekleşmesi durumunda önalım hakkını kullanan paydaş, bu hakkını kullanırken, tapu sicilinde gösterilen satış bedeline de itiraz etmekte, satıma konu taşınmaz payının gerçek değerinin ne olabileceğini de bildirmektedir. Böyle bir durum ve davranış sonrasında ise, satış bedeli ile ilgili bir muvazaa sorunu önümüze gelmekte ve bu sorun çözümlenmesi gereken bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır²⁶⁷.

Bedelde muvazaa iddiası, genellikle satıcı ile alıcı arasında yapılan işlemde hazır bulunmayan ve bu işlemde habersiz olan davacı tarafından ileri sürülür. Çünkü bu iddianın kanıtlanması durumunda, olaydan maddî yarar sağlayacak olan kişi, davacıdır. Ama bu olgunun, herhangi bir nedenle savunma olarak davalı tarafından ileri sürülmesi de mümkündür. O halde bedelde muvazaa iddiasının da ne şekilde çözümlenebileceğini, işlemde muvazaa iddiasında olduğu gibi bu iddiayı ileri süren kişinin davadaki sıfatına göre incelemek yerinde bir yöntem olur²⁶⁸.

a. Bedelde Muvazaa İddiasının Davacı Tarafından İleri Sürülmesi

Bedelde muvazaa iddiası genellikle davacı tarafından ileri sürülebilecek bir iddiadır. Çünkü bu iddianın doğrulanması durumunda bundan yararlanacak olan kişi davacıdır²⁶⁹.

Muvazaa iddiasının doğrulanması durumunda davacı tapu sicilinde gösterilen satış bedeli ve bu bedel esas alınarak bulunacak tapu harç ve giderlerini depo etmek (ödemek) yükümlüğünden kurtulacak, kendisinin bildirdiği bedelin, gerçek satış bedeli olduğu saptanarak ve bu bedel esas alınarak tapu sicil müdürlüğünden sorularak öğrenilecek tapu harç ve giderlerini depo etmek (ödemek) olanağına kavuşacaktır²⁷⁰.

²⁶⁷ Özenli s.140-141.

²⁶⁸ Özenli s.141.

²⁶⁹ Bu iddianın dava dilekçesinde açık bir şekilde belirtilmesinin gerekli olmadığı hakkında bkz. HGK 03.01.1973 T. E:9726 K:101-83 (Özenli s.141).

²⁷⁰ Özenli s.141.

Davacı iddiasını doğrulayamadığı takdirde ise, davaya neden olan payın tapu sicilinde gösterilen satış bedelini ve bu bedel esas alınarak saptanmış bulunan tapu harç ve giderlerini depo edecektir (ödeyecektir)²⁷¹.

Satış bedelinde muvazaa olduğu ileri sürüldüğünde, davacı satış bedelinin gerçekte olduğundan yüksek gösterildiği iddiasındadır. Davacı davasını tapuda gösterilen değer üzerinden görevli mahkemede açmış ise, sorun yoktur. Çünkü göreve esas değer tapuda gösterilen değerdir. Ancak davacı davasını kendi iddia ettiği değer üzerinden açmış ise, bu kez iddianın ispat edilmiş olup olmamasına göre görevli mahkeme değişecektir²⁷². Bu iddianın ispat edilememiş olması ve tapudaki satış bedelinin de davanın açıldığı mahkemenin görevini aşması halinde mahkeme görevsizlik kararı vermelidir. Çünkü önalım hakkı tapuda gösterilen değer üzerinden kullanılacağından bu miktar mahkemenin görevini aşmaktadır.

Davacı bedelde muvazaa yapıldığını da iddia ederek önalım davası açmışsa, bu iddiasını ispat etmek zorunluluğundadır. Ancak bedelde muvazaa iddiası niteliği gereği diğer iddialardan bir ayrıcalık göstermektedir. Çünkü bedelde muvazaa iddiasında bulunan kişi, taşınmazın gerçek değerinin, tapu sicilinde gösterilen değer olmadığını kesin olarak bilmekte; ancak gerçek satış değerinin ne olduğunu, doğrudan olaya karışmadığı için tahmini olarak bildirmektedir. Gerçekten de bedelde muvazaa söz konusu olduğunda davacı, gerçek satış bedelinin tapu sicilinde gösterilmeyen ve henüz davacı tarafından bilinmesine olanak bulunmayan bir başka bedel olduğu iddiasına dayanmaktadır. Bu iddia, işlemde muvazaa iddiası gibi, tapu sicilinde görülen işlemin karşıtının tek alternatifli, seçeneksiz bir işlem olduğuna ilişkin bir iddia olmayıp, davacı tarafından bildirilen değer ile tapu sicilinde gösterilen değer arasında değişkenlik gösteren, bu değişkenliğin mahkemece tespit ve saptanmasını isteyen bir iddiadır. Bu nedenle mahkemenin yapacağı iş, davalı tarafça kabul edilmeyen davacı iddiası ile (ki bu iddia dava dilekçesinde yazılı

²⁷¹ Özenli s.141.

²⁷² Kanımca muvazaa iddiasının önalım davası yerine bizim savunduğumuz şekilde önalım kurumunun bünyesine uygun olarak müstakil olarak açılacak bir muvazaa

olan değerdir) davacı tarafça kabul edilmeyen davalı iddiasını (ki bu iddia tapu sicilinde gösterilen değerdir) inceledikten sonra bunlardan hangisinin doğru olduğunu tespit etmek, şayet toplanan kanıtlara göre iddiaların ikisi de doğru değilse, dava konusu yapılan taşınmaz payının (ya da taşınmazın) gerçek satış değerinin ne olduğunu saptamak ve tespit edilen ya da saptanan bu bedeli önalım bedeli olarak depo ettirmektir. Burada davacıya düşen külfet tapu sicilinde yazılı olan değer gerçeği yansıtmadığını ispat etmektir²⁷³.

Davacı bedelde muvazaa iddiasını ispat etmek için, usul hukukunun elverdiği her türlü delile başvurma olanağına sahiptir. Çünkü davacı muvazaalı olduğunu iddia ettiği satış sözleşmesinde taraf değildir. Bu nedenle iddiasını doğrulamak için tanık gösterebileceği gibi; gerektiğinde yetkili bilirkişiler yardımı ile taşınmaz başında keşif de yaptırarak dava konusu payın (ya da taşınmazın) satış tarihindeki gerçek değerini tespit ettirebilir. Davacının bu konuda davalıya, yemin yöneltme hakkı da vardır²⁷⁴.

b. Bedelde Muvazaa İddiasının Davalı Tarafından İleri Sürülmesi

Bedelde muvazaa iddiasının davacı tarafından ileri sürülmesi, uygulamada çok sık rastlanan ve hayatın olağan akışına da uygun olan bir olgudur. Ancak tapu sicilinde satış bedeli olarak gösterilen miktarın muvazaalı olduğunun davalı tarafından ileri sürülmesi de mümkündür. Bu durumda davalı, tapu sicilinde satış bedeli olarak gösterilen miktarın, gerçekte yazılı olan miktar değil, bundan çok daha fazla bir miktar olduğunu savunur²⁷⁵.

Davalının böyle bir savunmada bulunmasını önlemek fiilen mümkün değildir. Ancak fiilen mümkün görülen bu savunmanın ispat hukuku yönünden kabulü olanaksızdır. Çünkü davalı, tapu sicilinde yapılan ve pay devrini

davasında incelenmesi halinde (bkz. yuk.s.217 dn.259) böyle bir sorun ile de karşılaşılacaktır.

²⁷³ Özenli s.142-143.

Tapu sicilinde yazılı gerçeği yansıtmayan değer davanın çözümüne esas alınmasının MK'nun 7 nci maddesini tanımamak sonucunu doğuracağı hakkında bkz. Özenli s.143 dn.27.

²⁷⁴ Özenli s.143.

²⁷⁵ Özenli s.143-144.

amaçlayan sözleşmenin tarafıdır. Yargıtay 6.HD'nin 28.03.1985 gün ve 3010/4013 sayılı kararında da değinildiği gibi²⁷⁶, sözleşmenin tarafı durumunda bulunan davalının sözleşmede gösterilen bedelin muvazaalı olduğunu iddia etmesine olanak bulunmamaktadır²⁷⁷. Çünkü böyle bir iddiada bulunan davalı tapu sicilinde gösterilen satış bedelinin muvazaalı olduğu yönündeki savunmasını yazılı bir belge ile doğrulamak zorunluluğundadır. Bu olasılığın gerçekleşmesi ise hemen hemen imkânsızdır²⁷⁸.

Kaldı ki davalının bu yoldaki savunması MK'nun 2 nci maddesi göz önünde bulundurulduğunda iyiniyet kuralları ile de bağdaştırılamaz. Nitekim Yargıtay 6.HD'nin 08.2.1983 gün ve 12390/12435 sayılı kararına göre de²⁷⁹, önalımlı payı daha yüksek bir bedelle satın aldığı halde tapu sicilinde bu payın bedelini daha düşük gösteren davalı iyiniyetli olarak kabul edilemez²⁸⁰.

²⁷⁶ Bu karar için bkz. Tunaboylu, Önalım Davaları s.270.

²⁷⁷ Aksi görüş için bkz. Hatemi / Serozan / Arpacı s.612; Şıpka s.214-215; Sungurbey, Eleştiriler s.315 vd.

²⁷⁸ Özenli s.144.

²⁷⁹ Bu karar için bkz. Özenli s.144.

²⁸⁰ Davalının "tapuda gösterilen satış bedelinin gerçekte daha fazla olduğunu" ileri süremeyeceği yolunda yapılan yorumların bir diğer gerekçesi de 5887 sayılı Harçlar Kanunu'nun 72 nci maddesinde yer alan "tapu idaresine bildirilecek satış bedeli işlem tarihindeki sürüm değerinden aşağı olamaz" kuralıdır; bu kuralın taşınmaz satışlarında bedelde muvazaanın önüne geçmek için konulduğu kabul edilerek, "bu kural ile artık alıcının tapu sicilinde tescil edilmiş bedele dayanan önalım (şuf'a) hakkı sahibine karşı bir iddiası olamayacağı" görüşü savunulmuştur. Bkz. Esener, Eşya Hukuku s.68.

Yargıtay HGK'nun 05.05.1993 T. ve 6-761/192 sayılı kararına göre "... Devlet'in, vergi alacağını böyle bir kurala bağlamış olmasının nedeni, kamu hizmeti ve kamu yararadır; bu düzenlemeyle özel hukuk sorununun çözümlenmesi yasa koyma tekniğiyle bağdaşmaz. Kaldı ki amaç açıktır. Bugün yürürlükte bulunan 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 4 sayılı tarifесinin 20 nci maddesinde getirilen kural, uygulamada idare tarafından yorumlanarak, tapuda yapılan işlemlerde devir ve alım bedeli değil, emlak vergisi için gösterilen (daha düşük bedel) değer esas alınmaktadır." (ABD, Y.1994, S.3, s.501).

Davalının muvazaa savunmasına itibar edilmesinin HUMK'nun taraflar arasındaki yazılı sözleşmenin aksinin yazılı olmayan başka delillerle ispat olunamayacağı kuralının ihlâline yol açacağı ve yine bu durumun 07.10.1953 gün ve 7/8 sayılı İBK'na da aykırılık teşkil edeceği hakkında bkz. T.Uyar, **Türk Medenî Kanunu**, C.III, Ankara 2003, s.2647.

L. Paylı Taşınmazın Paydaşlar Arasında Fiilen Paylaşılmış Olması

Paylı bir taşınmazda taşınmazın paydaşlar arasındaki bir anlaşma ile fiilen paylaşılması ve o şekilde kullanılıyor olması durumunda önalım hakkının kullanılması mümkün değildir²⁸¹. Böyle bir halde, paydaşlar aralarındaki anlaşma ile paylaşmaya konu paylı taşınmazın belli bir kısmını fiilen kullanmaktadırlar. Bu kullanım şekli bir eylemli bölüşmedir²⁸². Bu tür taşınmazlar için önalım davası açılmasına olanak bulunmadığından böyle bir taşınmazın paylaşılması olduğu yönünde bir savunma yapıldığı takdirde, bu iddianın gerçek olup olmadığı niteliği gereği ayrı bir dava konusu yapılmadan görülmekte olan önalım davası içinde araştırılacaktır. Gayet tabiidir ki, bu savunmayı ileri sürebilecek kişi önalım davasının davalısıdır ve bu savunmanın ispatlanması durumunda görülmekte olan davanın reddine karar verilecektir²⁸³.

M. Dava Konusu Payın Aynî veya Kişisel Haklarla Kısıtlandırılmış Olması

Dava konusu payın aynî veya kişisel haklarla kısıtlandırılmasında, bu hakların önalım hakkının doğumundan önce veya sonra tesisi hallerini birbirinden ayırt etmek gerekir.

I. Dava Konusu Payın Önalım Hakkının Doğumundan Önce Aynî veya Kişisel Bir Hakla Kısıtlandırılmış Olması

Yasal önalım hakkı, paylı taşınmazdaki payın satışıyla doğar²⁸⁴. Önalımlı pay üzerinde satıştan önce bir şahıs lehine ipotek²⁸⁵ tesis edilmiş veya o pay

²⁸¹ Bkz. yuk.s.94-95. Aksi görüş için bkz. yuk.s.95-96 dn.397.

²⁸² Yıldız s.55.

²⁸³ Özenli s.144.

²⁸⁴ Bkz. yuk.s.44-45.

²⁸⁵ Taşınmaz rehninin bir türü olan ipotek ile, bir alacaklının herhangi bir kişisel talebi, borçlunun kişisel sorumluluğuna bir etkide bulunmadan, bir taşınmazın değeri veya değer parçası ile teminat altına alınmaktadır. İpoteğin ekonomik görevi kişisel borcun teminat altına alınmasıdır (bkz. Oğuzman / Seliçi / Özdemir s.742). Bu nedenle ipotek kurulurken, malikin muvafakatı aranır, diğer yönden ise ipotek borçlusunun, üzerine ipotek konulan taşınmazın maliki olması da koşul değildir. İpotek kişisel bir borcun, gerek borçlunun ve gerekse borçlu dışında bir kişinin taşınmazı ile tapu sicil müdürlüğü önünde resmî bir senetle garantiye alınmasıdır. Borç, borçlunun kişiliğine değil, taşınmazın aynına bağlıdır ve bunun sonucu, kural

üçüncü şahsın alacağı nedeniyle haczedilmişse²⁸⁶ bu haklara hanel gelmeden önalım hakkı kullanılabilir. Dava konusu payın önalım hakkının doğumundan önce ipotekle kısıtlandırılmış olması halinde, önalım hakkı sahibi ya payı ipotekli olarak iktisap eder veya ipotek bedelini ödeyerek ipoteği kaldırır ve önalımlı payı öylece mal edinir. Her iki durumda da satış bedeli ipotek tutarından mahsup edilir. Yani satış bedeli ipotek tutarından fazla ise ipotek miktarı indirilir. Geri kalan kısmın depo edilmesi ve hükümlerle davalıya ödenmesi yoluna gidilir. Eğer ipotek alacağı satış bedelinden fazla ise depo edilecek ve davalıya ödenecek bir şey yok demektir. İpotek vadesi uzunsa davacı da bu vadeden yararlanıp vade sonunda ödemek hakkını haiz olacağından önalım payı ipotekli olarak iktisapta yararı olacaktır. Satıştan önce sırf önalım hakkının kullanımını önlemek veya zorlaştırmak için pay üzerine ipotek tesis edilmesi ve ondan sonra da payın satışının yapılması mümkündür²⁸⁷. Önalım davasının davacısı bu iddia ile

olarak taşınmazın el değiştirmiş olması ipoteğin ortadan kalkmasına neden olmaz. Bu nedenle bir para alacağı rehinle edilmiş ise alacaklı ilk önce rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte bulunmaya ve bu takibi neticelendirmeye mecburdur. Bu takip neticesinde rehnin konusu şey satılır ve elde edilen para borcu ödemeye yetmezse, alacaklı kalan alacağı için iflâs veya haciz yollarından birine başvurur (bkz. B.Kuru / R.Arslan / E.Yılmaz, **İcra ve İflâs Hukuku**, B.21, Ankara 2007, s.420). Buraya kadar yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere ipotekle garanti altına alınmış borç, taşınmazın maliki değişse bile varlığını devam ettirir ve ipotek alacaklısı eğer gerekirse taşınmazın yeni malikini de takip edebilir. Bkz. Özenli s.148-149.

²⁸⁶ Haciz, kesinleşmiş bir icra takibinin konusu olan muayyen bir para alacağının ödenmesini temin için, bu yolda talepte bulunan alacaklı lehine, söz konusu alacağı karşılayacak miktar ve değerdeki borçluya ait mal ve haklara icra dairesi tarafından hukuken el konulmasıdır (bkz. Kuru / Arslan / Yılmaz, **İcra** s.231; B.Kuru, **İcra ve İflâs Hukuku**, C.1, B.3, İstanbul 1988, s.616; B.Kuru, **İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı**, B.2, İstanbul 2006, s.356-357). Bu nedenle bir mal üzerine haciz konulması sırasında borçlu olan kişinin muvafakatı aranmaz. Ayrıca işlemin niteliği gereği de haciz konulacak malın mutlaka borçluya ait olması gerekir. Diğer taraftan haciz kişisel bir borç olduğu için borçlunun kişiliğine bağlıdır. Yani hacze konu borç nedeniyle takip edilecek kişi sadece ve sadece borçlu, takip edilecek mal ise borçluya ait olan mallardır. Bu nedenle borçlunun veya üzerine haciz konulmuş olan malın yok olması halinde (miras nedeniyle küllî haleflere ilişkin istisna dışında) borç sona erer. Bkz. Özenli s.148.

²⁸⁷ Özenli'ye göre yukarıda yazılı çözümlenmesi gereken sorunlarla karşılaşmamak için, önalım hakkının kullanılması ile birlikte, hakka konu payın üçüncü kişilere devrinin ve üçüncü kişiler yararına aynı ve kişisel haklarla kısıtlanmasının önlenmesi amacı ile ihtiyati tedbir kararı alınması gerekmektedir. Bkz. Özenli s.147. Ayrıca bkz. Yıldız s.79.

ispat yükü kendisine ait olmak üzere ipoteğin terkinini isteyebilir. Hacizde de haciz önalım bedeline dönüşüp onun üzerinde devam eder²⁸⁸.

II. Dava Konusu Payın Önalım Hakkının Kullanılmasından Sonra Aynî veya Kişisel Bir Hakla Kısıtlandırılmış Olması

Önalım hakkı satışla doğar. Ancak satıştan sonra da önalımlı pay hacz edilmiş, üzerinde ipotek, irtifak hakkı ve diğer bir taşınmaz yükü (gayrimenkul mükellefiyeti) kurulmuş olabilir. Önalım hakkı sahibi, açtığı önalım davasında bunların kötüniyetle konulduğunu, muvazaalı olduğunu iddia ile kaldırılması talebinde bulunabilir²⁸⁹. Önalım hakkı sahibi terkin davasını hak sahibi aleyhine müstakilen de açabilir. Bu taktirde önalım davasının terkin davasının sonucunu beklemesi gerekir²⁹⁰. Davacı taraf kötüniyeti ispat ederse önalımlı payı arınmış olarak iktisap eder. Aksi halde bunlar önalım hakkının doğumundan önce tesis edilmiş gibi kabul edilerek o kısımda açıklanan ilkelere²⁹¹ uygun işlem yapılır. Satıştan sonra önalımlı payın satış bedelinin çok üstünde ipotekle yükümlü kılınması kötüniyete delil sayılır²⁹². Bu hakların önalım hakkının kabulüne ilişkin ilâmın kesinleşmesinden sonra da tesisi mümkündür. O taktirde de aynı esaslar uygulanır. Burada aranan husus hak sahibinin iyi veya kötüniyetli oluşudur. Kötüniyetli kişinin MK'nun 1023 üncü (EMK'un 931 inci) maddesinden yararlanması mümkün değildir²⁹³.

²⁸⁸ C. Erdoğan s.816.

“Bu safhada şuf’alı pay üzerinde iştirâ, akti şuf’a ve vefa haklarından biri tesis edilmişse bunlar kanunî şuf’adan önce hüküm ifade edecektir. Yine bu evrede önalımlı payın ilişkin olduğu taşınmazda irtifak hakkı ve diğer bir taşınmaz yükü (gayrimenkul mükellefiyeti) tesis edilmişse önalım hakkı sahibi bu takyitlerle önalımlı payı iktisap edecektir.” (C. Erdoğan s.816).

²⁸⁹ Erdoğan’a göre hak sahibinin bu davaya dahil edilmesi gerektiği düşünülebilirse de buna imkân yoktur. Zira davaya dahil edilmekle hak sahibi davalı sıfatını alamayacağından aleyhine olan ipoteğin fekkine ilişkin kararı temyiz hakkı olmayacaktır. Bkz. C.Erdoğan s.817.

²⁹⁰ En doğru yolun bu olduğu hakkında bkz. C.Erdoğan s.817.

²⁹¹ Bkz. yuk.s.224-226.

²⁹² Feyzioğlu, Şuf’a Hakkı s.130 dn.168. Ayrıca bkz. 6.HD 03.05.1983 T. E:4806 K:4843 (C. Erdoğan s.821).

²⁹³ C.Erdoğan s.817.

§ 12. ÖNALIM DAVASININ SONUÇLANMASI

Görölmekte olan ve takipsiz bırakılmayan bir dava (feragat, kabul ve sulh'un dışında) tarafların iddia ve savunmalarını delilleri ile birlikte mahkemeye bildirmelerinden sonra, Türk Milleti adına yargılama yapan mahkemelerin verecekleri bir kararla son bulur. Bu kural önalım davaları için de geçerlidir.

A. Verilecek Karar

Önalım davası iki şekilde sonuçlanır. 1) Davanın reddi; 2) Davanın kabulü.

I. Davanın Reddi

Yapılan yargılama sonunda, davacı herhangi bir nedenle iddiasını ispat edemez ise, davanın reddine karar verilir. Bu karar kesinleştiğinde taraflar için kesin hüküm meydana getirir.

II. Davanın Kabulü

Davacı iddiasını doğruladığı zaman davanın kabulüne karar verilir. Davanın kabulüne karar veren mahkeme, kararında ayrıca davalıyı yargılama giderleri ile vekalet ücreti ödemeye de mahkûm eder.

1. Mülkiyetin Davanın Kabulüne İlişkin Karar ile İntikâl Edip Etmeyeceği

Medenî Kanun'da taşınmaz mülkiyetinin miras, işgal, kamulaştırma, cebri icra ve mahkeme ilamı yollarıyla tescile gerek olmaksızın kazanılabileceđi²⁹⁴ ve bu durumlarda taşınmaz mülkiyetini edinen kişinin tescil işlemini (bildirici nitelikte) doğrudan doğruya yaptırabileceđi²⁹⁵ hükme bağlanmıştır. Öte yandan kanun koyucu bazı durumlarda tescilin yapılması yönünden güçlüklerle karşılaşan hak sahibine, bu konuda dava açarak hakkını elde edebilme imkânı da sağlamıřtır²⁹⁶.

²⁹⁴ MK m.705 (EMK m.633).

²⁹⁵ MK m.716 f.2 (EMK m.642 f.2).

²⁹⁶ MK m.716 f.1 (EMK m.642 f.1).

Bu hükümlerden hareketle²⁹⁷ bugün doktrin²⁹⁸ ve uygulamada²⁹⁹ önalım hakkının kullanılması ile meydana gelen ilişkide alıcı mülkiyeti nakil borcunu yerine getirmedeğinde, önalım hakkı sahibinin ona karşı MK m.716 (EMK m.642) uyarınca açacağı dava ile mülkiyetin kendisine aidiyetine karar verilmesini isteyebileceği, hâkimin MK m.716 (EMK m.642) uyarınca taşınmazın tesciline karar verince, bu kararın kesinleşmesi ile önalım konusu payın (ya da taşınmazın) mülkiyetinin önalım hakkı sahibine intikâl edeceği ve önalım hakkı sahibinin bu karara dayanarak adına açıklayıcı tescilin yapılmasını talep edebileceği kabul edilmektedir³⁰⁰.

Ancak belirtmek gerekir ki konuya olması gereken hukuk açısından bakıldığında edimini sözleşmeye uygun yerine getiren tarafın karşı taraftan edimini ifa etmesini istemesi, sözleşmeden kaynaklanan bir hakkın kullanılmasından başka bir şey değildir. Bu nedenle bizim görüşümüze göre bir hakkın ifasını sağlamak amacıyla açılan ve önalım hakkının kullanılması sonucu meydana gelen satım sözleşmesinden kaynaklanan önalım davasının, niteliği itibariyle davalının bir iş yapmaya, bir şey vermeye veya bir işi yapmamaya mahkûm edilmesi istemini içeren eda davası niteliğinde olduğu açıktır³⁰¹.

²⁹⁷ Bkz. yuk.s.227 dn.294-295-296.

²⁹⁸ Bkz. yuk.s.138 dn.597.

²⁹⁹ Bkz. yuk.s.138 dn.598.

³⁰⁰ Doktrinde bazı yazarların (bkz. T.Uyar, **Uygulamalı İcra ve İflâs Hukuku**, C.II, B.2, İzmir 1993 s.1111; Kuru, El Kitabı s.802) taşınmazın tesciline ilişkin ilâmın zorunlu olarak taşınmazın teslimini de içerdiği görüşünü savundukları görülmektedir. Buna karşın Yargıtay'ın konu ile ilgili vermiş olduğu kararlarında önalım ilâmına dayanılarak davalıların müdahalesinin men'i ile taşınmazın tesliminin istenemeyeceği yönünde içtihatla bulunduğu görülmektedir. Bkz. 12.HD 30.06.1981 T. E:4711 K:6241 (T.Uyar, **İcra ve İflâs Kanunu Şerhi**, C.I, B.2, Ankara 2004 s.1410) – 12.HD 02.04.1985 T. E:1984/12509 K:2994 (T.Uyar, **İcra Hukukunda İlâmlı Takipler**, B.2, Manisa 1990, s.384).

Kanımca önalım davası sonunda taşınmazın tesciline ilişkin verilen ilâm taşınmazın teslimini de içermemektedir. Çünkü önalım davası sonunda mahkemenin vereceği karar bizim görüşümüze göre (bkz. yuk.s.136-137) yenilik doğurucu nitelikte değildir. Kaldı ki verilen ilâmın yenilik doğurucu nitelikte olduğunun kabul edilmesi durumunda bile inşâî hüküm içinde bir eda hükmünün de yer alabileceğini kabul etmek inşâî davanın hukukî niteliğine aykırı olduğundan bu halde dahi farklı bir sonuca ulaşmak mümkün gözükmemektedir.

³⁰¹ Bkz. yuk.s.133-134 ve s.135-137.

Eda ve tespit davaları sonunda verilen hükümlerin ise karakterleri icabı tescilden önce mülkiyet hakkını davacıya kazandırmaları mümkün değildir³⁰².

Bir hakkın ifasını sağlamak amacıyla açılan ve önalım hakkının kullanılması sonucu meydana gelen satım sözleşmesinden kaynaklanan önalım davasında mahkemenin vereceği karar, olması gereken hukuk açısından yenilik doğurucu nitelikte olmadığından mülkiyet de hükmün kesinleşmesi ile birlikte önalım hakkı sahibine geçmez. Bu nedenle hükmün kesinleşmesinden sonra yapılacak tescil bizce açıklayıcı değil kurucu niteliktedir ve önalım hakkı sahibinin kendisi tarafından talep edilebilecektir. Önalım hakkı sahibi yazılı tescil talebi ile mahkeme ilâmını tapu memuruna tevdi ederek adına tescil yapılmasını sağlayabilecektir³⁰³.

2. Kararın Zamanaşımına Uğrayıp Uğramayacağı

Yargıtay 11.02.1959 gün ve 12/10 sayılı İBK'da³⁰⁴ "..., şuf'a davasında davacının haklı olduğunu bildiren ilâm, Medenî Kanun'un 642 nci maddesi gereğince verilmiş bir hükmü ihtiva etmektedir. Bir gayrimenkul temlik borcunu doğuran akte dayanılarak ve MK'nun 642 nci maddesi hükmünce açılan bir dava sonunda ilâm ile mülkiyet, davalıdan davacıya geçer; zira; Medenî Kanun'un 633 üncü maddesi hükmünce, hak sahibi, mülkiyetin kendisine aidiyetine karar verilmesini istemiş olduğu cihetle, hâkim de mülkiyetin davada haklı çıkan davacıya ait olduğuna karar verir.

Bu izahlardan anlaşılıyor ki, Medenî Kanun'un 642 nci maddesi uyarınca hâkimin verdiği hüküm, hukukî mahiyetçe yenilik doğuran (inşai veya ihdasi) bir hükümdür ve böyle bir hükme dayanan davacı, her zaman tapu kaydının kendi

³⁰² Önen, İnşai Dava s.87.

"Şu halde taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz olarak kazanılmasında mülkiyet hakkını kazandırıcı hükümler ancak inşai dava sonunda verilen inşai hükümlerdir." (Önen, İnşai Dava s.87).

³⁰³ Bkz. yuk.s.138 dn.597 ve dn.598.

³⁰⁴ Bkz. Tunaboğlu, Önalım Davaları s.759-760.

adına düzeltilmesini sağlamak üzere icra memuruna³⁰⁵ veya Medenî Kanun'un 642 nci maddesinin ikinci fıkrası hükmünce, doğrudan doğruya tapu memuruna başvurulabilir. Çünkü aynı haklarda Medenî Kanun'un hükümleri bakımından ıskatı müruruzaman câri olmayıp, ancak iktisabi müruruzaman ile bir kimsenin aynı hakkının sona ermesi mümkün bulunduğundan, Borçlar Kanunu'ndaki ve İcra-İflâs Kanunu'nun 39 uncu maddesindeki ıskatı müruruzaman müddetlerinin geçmiş olması, ilâm ile mülkiyet iktisap etmiş olan kimsenin mülkiyet hakkına herhangi bir şekilde müessir olmaz..." demek sureti ile Medenî Kanun'un 716 ncı (EMK'nun 642 nci) maddesi hükmünce alınmış ilâmların ve bu arada şuf'a ilâmlarının yerine getirilmesinin her zaman istenebileceğine ve bu ilâmlar hakkında hak düşürücü zamanaşımı hükümlerinin uygulanamayacağına karar vermiştir.

Önalım hakkının kullanılmasıyla birlikte alıcı ile önalım hakkı sahibi arasında kendiliğinden meydana gelen satım sözleşmesinden kaynaklanan önalım davası daha önce de ifade ettiğimiz üzere yenilik doğuran hüküm olmayı gerektiren bir dava olmadığı gibi³⁰⁶ taşınmazın aynına ilişkin bir dava da değildir³⁰⁷. Davanın sonunda mahkemenin vereceği karar yeni bir hukukî durum yaratmamakta, taşınmazın ferağını tapu memuru önünde vermeyen tarafın (alıcının) ferağ iradesi yerine geçmektedir³⁰⁸. Bu nedenle önalım davası sonunda taraflara verilen ilâm hakkında bizce zamanaşımı hükümlerinin uygulanması diğer bir ifade ile söz konusu ilâmın on senede zamanaşımına uğrayacağına kabul edilmesi gerekmektedir.

³⁰⁵ Her ne kadar 11.02.1959 gün ve 12/10 sayılı İBK'da tapu kaydının düzeltilmesini sağlamak üzere icra memuruna başvurulmasından bahsedilmişse de yenilik doğuran hükümlerin icra marifetiyle icra edilmeleri söz konusu değildir; ancak bu hükümler gerektiğinde nüfus veya tapu idaresi gibi ilgili mercilere mahkemece bildirilebilir. Buna karşın yenilik doğuran hükümler içinde, nafaka, yargılama giderlerine mahkûmiyet gibi edimle ilgili hüküm fıkraları bulunduğu takdirde, sırf bu kısımlar bakımından icraya müracaat olunabilir. Ayrıca bkz. yuk.s.125-126 ve yine bkz. aşa.s.231 dn.310.

³⁰⁶ Bkz. yuk.s.133-134. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra önalım hakkının kullanılmasının kurucu yenilik doğuran bir dava niteliğini aldığı hakkında bkz. yuk.s.137 dn.596. Bu düzenlemenin eleştirisi için bkz. yuk.s.128-133.

³⁰⁷ Bkz. yuk.s.135.

³⁰⁸ Bkz. yuk.s.136.

3. Hükümün Kesinleşmeden İcraya Konulup Konulamayacağı

İnşâî hükümlerin, ilamların icrası yolu ile icra edilebilmelerine gerek yoktur. Zira, inşâî etki ya da hukukî durumdaki değişiklik, hükümün verilmesi ve şekli anlamda kesinleşmesi ile kendiliğinden (ipso iure) meydana gelir³⁰⁹.

Buna karşın Yargıtay önalım ilamının taşınmazın aynı ile ilgili olması nedeni ile kesinleşmeden icraya³¹⁰ konulamayacağı görüşündedir³¹¹.

Önalım hakkının kullanılmasıyla birlikte alıcı ile önalım hakkı sahibi arasında kendiliğinden meydana gelen satım sözleşmesinden kaynaklanan önalım davası olması gereken hukuk açısından³¹² yenilik doğurucu hüküm

³⁰⁹ Tanrıver s.65 ve orada dn.99'da belirtilen yazarlar.

³¹⁰ Kanımca 11.02.1959 T. ve 12/10 sayılı İBK'nda (bkz. Tunaboşlu, Önalım Davaları s.759-760) önalım davası sonunda verilen hükümün inşâî nitelikte olduğunu kabul eden Yargıtay'ın, bu kabulünden sonra inşâî hükümün icraya konulması şeklinde bir terminoloji kullanmaktan kaçınması gerekir. Çünkü bir hükümün aynı anda hem inşâî hem de icra edilebilir nitelikte olması mümkün değildir. Bkz. yuk.s.125.

Önalım bedelinin ödenmesi için icra takibi yapılamayacağı hakkında bkz. 12.HD 30.03.1981 T. E:794 K:3122 (T.Uyar, **İcra Hukukunda Şikayet**, B.2, Manisa 1991, s.469).

³¹¹ Bkz. 12.HD 15.11.1982 T. E:7631 K:8311 (Uyar, İlâmlı Takip s.57).

Yine Yargıtay'a göre önalım davası taşınmazın aynına ilişkin bir dava olduğundan, önalım ilâmına dayanılarak, ilâmda yazılı yargılama giderlerinin ve vekalet ücretinin tahsili için takip yapılabilmesi için ilâmın kesinleşmesinin beklenilmesi gerekmektedir. Bkz. 12.HD 30.03.1981 T. E:794 K:3122 (T.Uyar, **İcra ve İflâs Kanunu Şerhi**, C.II, B.2, Ankara 2004, s.3020-3021) – 12.HD 20.09.2007 T. E:12773 K:16578 (Karar yayınlanmamıştır).

Ancak önalım davası olması gereken hukuk açısından taşınmazın aynı ile ilgili bir dava olmadığından (bkz. yuk. s.133-134) ve bu dava 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu ile birlikte kurucu yenilik doğuran bir dava niteliğini kazandığından (bkz. yuk.s.137 dn.596), inşâî davada verilen inşâî hükümün yargılama giderlerine ilişkin olan bölümünün ise icrası her zaman mümkün bulunduğundan (bkz. Önen, İnşâî Dava s.198-199) Yargıtay 12.HD'nin yukarıda yer alan görüşüne katılmamız mümkün değildir. Bu nedenle bize göre önalım ilâmına dayanılarak, ilâmda yazılı yargılama giderlerinin tahsili için takip yapılması halinde, ilâmın kesinleşmesinin beklenilmesine gerek bulunmamaktadır.

³¹² Bkz. yuk.s.133-134 ve s.135-137.

almayı gerektiren bir dava olmadığı gibi taşınmazın aynı ile ilgili bir dava da değildir. Bu nedenle önalım davası sonunda verilen hükmün bizce kesinleşmeden yerine getirilebilmesi gerekir³¹³. Ancak hükmün kesinleşmeden yerine getirilmesinin doğurabileceği birtakım adil olmayan sonuçların önüne geçmek için davanın başında tapu kütüğüne ihtiyatî tedbir usulü içinde MK m.1010 f.1 b.1 (EMK m.920 f.1 b.1)'deki şerhin³¹⁴ verdirilmesi³¹⁵, yani bu şerhin verilmesi için hâkimden talepte bulunulması, dava sonuçlanmadan önce de; hüküm ihtiyatî tedbir koydurmuş olan tarafın (davacının) lehine ise, davacının talebi üzerine, mahkemece hükmün icrasını sağlamak için ihtiyati tedbirin, hükmün kesinleşmesine kadar devam etmesine karar verilmesi gerekir.

4. Kararda Dikkat Edilmesi Gerekli Konular

Önalım davasının kabulüne karar verilmesi halinde hükmün kurulması aşamasında aşağıdaki hususlar göz önünde bulundurulmalıdır³¹⁶.

a. Davacılar Yönünden

Davaya konu payın taşınmazdaki pay oranları dikkate alınmaksızın bütün davacılar adına ve eşit paylarla tesciline karar verilmelidir³¹⁷.

³¹³ Kanımca, yine aynı nedenle önalım davalarında hüküm özetinin İİK'nun 28 inci maddesi gereğince mahkeme tarafından davacının talebine hâcet kalmaksızın hüküm tefhimi ile birlikte tapu sicil dairelerine bildirilmesine de gerek bulunmamaktadır.

İİK m.28'in uygulaması hakkında geniş açıklama için bkz. N.Kaçak, **Açıklamalı-İçtihatlı İcra ve İflâs Kanunu Şerhi**, B.2, Ankara 2004, s.237-239.

³¹⁴ "Taşınmaz mülkiyetinin devri konulu bir ifa için, şahsî hakka dayanarak bir ifa davası açılmış veya açılacak ise, bu ifa alacağına da, - tahdidîlik (numerus clausus) ilkesi dolayısı ile – tapu kütüğüne şerh verilme imkânı yok ise, üçüncü kişilere karşı bu şahsî hak ileri sürülemeyeceği için, talep sahibinin hakkını taşınmazı devralan üçüncü kişilere karşı koruma amacı ile, bu şerh kabul edilmiştir. İhtiyatî tedbir usulü içinde, bu şerhin verilmesi hâkimden talep edilebilir." (Hatemi / Serozan / Arpacı s.429).

³¹⁵ Önalım ilâmının kesinleşmeden icraya konulamayacağı görüşünün kabul edilmesi durumunda dahi önalım konusu üzerine davanın başında ihtiyati tedbir konulmadığı taktirde doğabilecek birtakım adil olmayan sonuçların (önalım konusunun bir başkasına devrinin önlenememesi gibi) önüne geçilmesinin mümkün olmadığı hakkında bkz. Yıldız s.79.

³¹⁶ Uygulamada sözleşmesel önalım hakkından doğan uyuşmazlıklarla ilgili davalara rastlanılmadığı hakkında bkz. Tunaboğlu, Önalım Davaları s.19.

³¹⁷ Bkz. 11.06.1947 gün ve 18/5 sayılı İBK (H.Erdoğan s.847-850) – 6.HD 25.01.1983

Önalım davası açıldıktan sonra önalım hakkını kullanan paydaşların bir kısmı açtıkları davadan feragat ederlerse önalımlı pay davayı takip eden davacılar adına eşit olarak tescil edilmelidir³¹⁸.

Davadan kısmî feragatte olduğu gibi, davacıların bir kısmının davasının reddolunması halinde de önalımlı payın davayı kazananlar adına ve eşit oranlarla tesciline karar verilmesi gerekmektedir³¹⁹.

Bir paydaşın açtığı davaya diğer paydaşlar aslî müdahil olarak katılmışlarsa ve bu istek hak düşürücü süre içinde vâki olmuşsa onlar da davacı sıfatını kazanmış olacaklarından eşit oranda yararlanma ilkesi bu halde de geçerlidir³²⁰.

Önalım davasının davacıları, elbirliği halinde malik ve dava miras şirketi adına yürütülüyorsa, bu halde davaya bakan mahkeme tarafından dava konusu payın miras şirketi adına tesciline karar verilmelidir³²¹.

b. Depo Parası Yönünden

Doktrin ve uygulamada önalım davalarında verilen hükmün inşaî nitelikte olduğu kabul edildiğinden³²² bu davalarda dava miktarının davacıdan alınıp davalıya verilmesi şeklinde değil, depo edilen paranın davalıya ödenmesi şeklinde hüküm kurulmaktadır³²³. Ayrıca önalım davalarında davalıya depo

T. E:23 K.113 (C.Erdoğan s.791). Ayrıca bkz. yuk.s.97 dn.402.

³¹⁸ 6.HD 25.06.1971 T. E:2635 K:3171 (C.Erdoğan s.788-789). Ayrıca bkz. yuk.s.97 dn.404.

³¹⁹ Bkz. 11.06.1947 gün ve 18/5 sayılı İBK (H.Erdoğan s.789-790). Ayrıca bkz. yuk.s.97 dn.408.

³²⁰ 6.HD 18.10.1977 T. E:6643 K:6694 (C.Erdoğan s.789-790). Ayrıca bkz. yuk.s.97 dn.405.

³²¹ 6.HD 16.10.1986 T. E:9528 K:11450 (C.Erdoğan s.775-776).

³²² Bkz. yuk.s.138 dn.597 ve s.138 dn.598.

³²³ Uygulamadan örnekler için bkz. Yıldız s.129-131.

Ancak olması gereken hukuka göre önalım davasının hukukî sebebi bizce MK'nun 716 ncı (EMK'nun 642 nci) maddesine değil BK'nun 106 ncı maddesine dayandığından (bkz. yuk.s.139), ifa davasında inşaî hüküm verilmesi mümkün olmadığından (fakat bkz. yuk.s.136 dn.592) ve önalım hakkının hukukî niteliğine aykırı olduğu için bu hakkın münhasıran dava yolu ile kullanılması yönteminden vazgeçilmesi gerektiğinden (bkz. yuk.s.136) önalım hakkının kullanılmasıyla doğan satım ilişkisinde karşı edimin (satış parasının) ödenmesi sorunu da bu ilkeler hayata

edilen paradan ödenecek miktar (yani dava konusu payın satış bedeli ile tapu harç ve giderleri) hükümde açık olarak belirtilmekte, bu miktarın koşulsuz olarak davalıya ödenmesine karar verilmektedir³²⁴.

c. Taşınmaz Yönünden

Davaya konu olan payın; tapu tarih ve numarası ile pay miktarı, kararda açıkça belirtilerek sadece o payla ilgili iptal ve tescil kararı verilmelidir³²⁵.

Birden fazla davacı varsa ve bu davacılar adına tescil kararı veriliyorsa, her davacı yararına tescil edilecek pay oranı kararda açıkça belirtilmelidir³²⁶.

Dava konusu payın davalı adına yapılan tescilinin iptaline ve davacı (veya davacılar adına) adına tesciline karar verilirken, ayrıca dava konusu pay ile davacının eski payı birleştirilerek tescil kararı verilmemelidir³²⁷.

Dava konusu pay üzerinde bulunan aynî ve kişisel kısıtlamalar şartlar elverdiği ölçüde kaldırılıp dava konusu payın kararda taşınmaz yönünden, kısıtlamasız olarak tesciline hükmedilmelidir³²⁸.

B. Yargılama Giderleri³²⁹

Önalım davalarında hükmedilmesi gerekli olan yargılama giderlerinin davanın kabul veya redle sonuçlanmasına göre iki ayrı alt başlık altında incelenmesi gerekir.

geçirildiğinde (dava açılmadan önce BK'nun 106 ncı maddesi hükümlerine başvurulmak sureti ile sorun çözümlenmemiş olsa bile dava açıldıktan sonra) BK m.81 ve m.182 f.2'deki hükümlerle çözümlenebilir (ayrıca bkz. yuk.s.207). Böylelikle önalım hakkı sahibinin önalım davasını kazanmak için önalım bedelini mahkeme vezasına ya da bankaya depo etmesine gerek kalmaz ve yine bu yolla önalım bedelinin hükümde yer almasının hükmün analizinde yol açtığı önalım ilâmının bedele ilişkin kısmının gerçek bir eda hükmü niteliği taşıyıp taşımadığı (bkz. yuk.s.136-137) hususundaki zihin bulanıklığının da (bedele ilişkin kısım hükümde yer almayacağı için) önüne geçilmiş olur.

³²⁴ Özenli s.168.

³²⁵ Özenli s.168.

³²⁶ 6.HD 08.02.1983 T. E:276 K:744 (Özenli s.168).

³²⁷ Özenli s.168.

³²⁸ Özenli s.168.

³²⁹ Bu konuda bkz. M.Aydın, **Avukatlık Ücreti**, B.4, Ankara 2007, s.361; H.Aldemir, **Hukuk Davalarında Yargılama Giderleri**, Ankara 2000, s.347 ve s.534-535

I. Davanın Reddi Halinde

Önalım davasının reddi durumunda davacının yaptığı giderler kendi üzerinde bırakılır. Davalının yapmak zorunda kaldığı giderler ise davacı taraftan alınır. Davanın reddi nedeni ile davacı aleyhine hükmedilecek vekalet ücreti, hüküm tarihindeki avukatlık asgari ücret tarifesine göre belirlenir³³⁰. 25.11.1958 gün ve 3/7 sayılı Yargıtay İBK'na göre önalım davalarında vekalet ücretine nispî olarak hükmedilir³³¹. Davanın reddi halinde karar ve ilâm harcı maktu alınır.³³²

II. Davanın Kabulü Halinde

Davanın esastan kabulü hallerinde, yargılama giderleri davalı tarafa yüklenmelidir. Davacı taraf lehine, davalı tarafa yüklenecek yargılama gideri niteliğindeki vekalet ücreti dava değeri (depo ettirilen satış parası ve tapu giderleri toplamı) üzerinden nispî olarak tarifenin üçüncü kısmına göre hesap edilmelidir. Uyuşmazlık depo edilecek miktarın tamamında değil de sadece bir bölümü üzerinde ise vekalet ücretinin hesabında yalnız üzerinde uyuşmazlık olan bu kısım dikkate alınmalıdır³³³.

Z.Yılmaz, **Hukuk Davalarında Yargılama Harç ve Giderleri ile Vekâlet Ücreti**, B.2, Ankara 2006, s.555.

³³⁰ “Ancak yürürlükteki avukatlık ücret tarifesinin davanın ret nedenine ve aşamasına göre koyduğu diğer sınırlamalara da – feragat, kabul, sulh gibi... bkz. Av.As.Üc.Tar. m.6 – uymak gerekir.” (Yıldız s.108).

³³¹ Önalım davalarında taraflar yararına verilecek vekalet ücretinin nasıl ve neye göre hesaplanması gerektiği uygulamada farklılıklara neden olmuş ve bu uygulama farklılıkları Yargıtay tarafından 21.05.1958 gün ve 7/3 sayılı içtihadı birleştirme kararı ile giderilmiştir. Bu içtihadı birleştirme kararına göre, önalım davalarında vekalet ücretine nispî olarak ve dava tarihindeki avukatlık asgari ücret tarifesine göre hükmedilmelidir. Ancak yeni avukatlık ücret tarifeleri hüküm tarihinde yürürlükte olan avukatlık ücret tarifesinin esas alınmasını gerektirdiğinden bahsi geçen içtihadı birleştirme kararının bu kısmının uygulanma olanağının kalmadığı da unutulmamalıdır. Bkz. Yıldız s.108 dn.67. 25.11.1958 gün ve 3/7 sayılı İBK için bkz. H.Erdoğan s.868-871.

Davanın reddine karar verildiğinde; davalı lehine hükmedilecek ücret, taşınmazın tapu kaydındaki değere göre değil, davacının dava dilekçesinde belirttiği değere göre hesaplanır. Bkz. Aydın s.361.

³³² Aldemir s.207.

³³³ Yıldız s.109.

Sulh durumunda tarafların anlaşmalarına uyulmalı, bu konuda tarafların anlaşmaları yoksa, davalının davayı kabul etmesindeki gibi hüküm kurulmalıdır³³⁴.

Davanın davalı tarafça kabulü söz konusu ise, kabulün gerçekleştiği dava aşamasına bakılmalı (HUMK m.94 f.2), eğer dava, davalı tarafça ilk oturumda kabul edilmiş ve davalı taraf hâl ve vaziyeti ile dava açılmasına neden olmamışsa, yargılama giderleri davacı tarafa yüklenmelidir³³⁵. Davanın davalı tarafça diğer aşamalarda kabulü halinde ise, davanın tarafları yargılama giderlerinden davanın esastan kabulü hallerindeki ilkelere göre sorumlu tutulmalıdır³³⁶.

Davanın kabulü halinde dava değeri (depo ettirilen miktar) üzerinden nispî karar ve ilâm harcı alınmalıdır³³⁷. Ancak davalı tarafın kabulü nedeni ile kabul kararı verilmiş ise, kabulün gerçekleştiği dava aşamasına göre harçlar kanunu'nun 22 nci maddesinin uygulanmasının gerektiği gözden uzak tutulmamalıdır³³⁸.

³³⁴ Yıldız s.108.

³³⁵ Yıldız'a göre Türk Medenî Kanunu'nun 734 üncü maddesi uyarınca önalım hakkı ancak dava açılmak suretiyle kullanılabileceğinden, satışın alıcı ya da satıcı tarafından önalım hakkı sahibine bildirilmesine karşın, alıcı tarafa cevap verilmemesi durumunda, alıcı – davalı hakkında dava açılmasına neden olmuş sayılmamalı ve bu halde yargılama giderleri davacı tarafa yüklenmelidir. Vekalet ücreti de yargılama gideri niteliğinde olduğundan aynı hükme tâbi olmalıdır. Yine Yıldız'a göre davanın kabulü halinde, davacı taraf davayı kazanmış sayılacağından, bu halde davacı taraf üzerine de vekalet ücreti yüklenmemelidir.

Yani HUMK m.94 f.2'nin uygulanmasının gerektiği durumlarda Yıldız'a göre her iki taraf lehine de vekalet ücretine hükmedilmemesi gerekmektedir. Bkz. Yıldız s.108.

Ancak Yargıtay 6.HD 26.01.2004 gün ve 119/279 sayılı kararında "Dava konusu pay 06.05.2003 tarihinde satılmıştır. Türk Medenî Kanunu'nun 734 üncü maddesine göre önalım hakkı ancak dava yolu ile kullanılabilir. Davalı davayı kabul ettiğine göre davacı vekili lehine vekalet ücreti verilmeli ve masraflar davalıya yüklenmelidir." demek sureti ile aksi düşüncüyü kabul etmiştir. Bkz. Yıldız s.108.

³³⁶ Davalının ilk oturumda değil de daha sonraki bir oturumda (veya iki oturum arasındaki bir zamanda) davayı kabul etmesi halinde HUMK m.94 f.2 hükmünden faydalanamayacağı hakkında bkz. Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul s.549.

³³⁷ Aldemir s.347.

³³⁸ Harçlar Kanunu'nun 22 nci maddesinde feragat ve kabul hallerinde alınacak karar harcı, bunların gerçekleştiği karar aşamasına göre ayrı ayrı belirlenmiş olup bu

Davanın konusuz kalması durumunda dava açma anındaki haklılığa göre karar verilmelidir. Nitekim Yargıtay 6.HD de 20.04.2004 tarihli kararında “Davacı, önalım hakkına konu taşınmazın paydaşlarından A'nın payını F'ye satması nedeniyle önalım davası açmıştır. Önalım davasına konu bu satış işlemi dava sırasında mahkemece vekaletin kötüye kullanılması nedeniyle iptal edilmiş ve bu durumda önalım hakkı kullanılamayacağından böylece dava konusuz kalmıştır. Davacı aleyhine vekalet ücretine hükmedilemez” demek suretiyle dava açma tarihindeki haklılığı esas almıştır³³⁹.

C. Kanun Yolları

I. Genel Olarak

Mahkeme kararları hatalı ve noksan olabilir. Çünkü her insan gibi hâkimler de hata yapabilir ya da yanılabilir. Bunun gibi, karar doğru olmakla beraber, taraflar kararın bir üst mahkeme tarafından incelenmesini ve hukuka uygunluğunun denetlenmesini de isteyebilirler. Kanun yolu, mahkeme kararlarının hukuka uygunluğunun denetlenerek varsa eksik ve hataların giderilmesine hizmet eder. Mahkeme kararlarındaki hataların en aza indirilebilmesi için kararların kesinleşmeden önce bir üst mahkeme tarafından denetlenmesi ve bu hataların en aza indirilmesi için kanun yolu düzenlenmiştir. Böylelikle kanun yoluna başvuru sonunda yapılan incelemede bir hata tespit edilirse, ilk derece mahkemesi kararı bozularak, bu hatanın giderilmesi sağlanır³⁴⁰.

Medenî Usul Hukukundaki kanun yolları nihaî kararlar için kabul edilmiştir. Mahkemelerin nihaî olmayan kararları (ara kararları) için kabul edilmiş genel bir kanun yolu yoktur³⁴¹.

hallerin gerçekleştiği dava aşamasına göre 1/3 ve 2/3 oranları öngörülmüş bulunmaktadır. Bkz. Yıldız s.108 dn.68.

³³⁹ Yıldız s.109.

Yargıtay 6.HD'nin 20.04.2004 tarihli kararı için bkz. Yıldız s.109.

³⁴⁰ Pekcanitez / Atalay / Özekes s.565-567.

³⁴¹ Kuru / Arslan / Yılmaz s.631.

II. Kanun Yollarının Sınıflandırılması

Kanun yolları, olağan ve olağanüstü kanun yolu olarak ayırımı tâbi tutulur. Henüz kesinleşmemiş kararlara karşı olağan ya da normal kanun yoluna başvurulur. Buna karşılık maddî anlamda kesinleşmiş kararlara karşı olağanüstü kanun yoluna başvurulmaktadır. Medenî Usul Hukukunda olağan kanun yolu temyiz ve karar düzeltmedir. Olağanüstü kanun yolu olarak ise yargılamanın yenilenmesi yolu düzenlenmiştir.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkındaki Kanun ile Bölge Adliye Mahkemeleri kurulmuştur. 5235 sayılı Kanun 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girdiği halde (5235 sayılı Kanun m.55) Bölge Adliye Mahkemeleri hemen kurulup göreve başlamamıştır. Aynı Kanunun geçici 2 nci maddesine göre Adalet Bakanlığı, bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç iki yıl içinde Bölge Adliye Mahkemelerini kuracaktır³⁴².

Bölge Adliye Mahkemeleri (istinaf yolu)³⁴³ ile ilgili düzenlemelerin yürürlüğe girmesi, Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Resmî Gazete'de ilan edilecek göreve başlama tarihine kadar ertelenmiştir³⁴⁴.

Adalet Bakanlığı tarafından 05.06.2007 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Bölge Adliye Mahkemelerinin kurulmasına ilişkin karar'la³⁴⁵ bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluklarına göre; İstanbul, Bursa, İzmir, Ankara, Konya, Samsun, Adana, Erzurum ve Diyarbakır'da Bölge Adliye Mahkemeleri kurulmuştur. Adalet Bakanlığı'nın web sitesinde yayımlanan duyuruda³⁴⁶, Bölge Adliye Mahkemelerinin tüm yurttaki göreve başlayacakları

³⁴² Hayta s.175.

³⁴³ İstinaf konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. E.Yılmaz, **İstinaf**, Ankara 2005, s.15-90.

³⁴⁴ Hayta s.175.

³⁴⁵ Bkz. RG, 05.06.2007, S.26543.

³⁴⁶ Adalet Bakanlığınca yayımlanan duyuruda, "Türkiye genelinde görev yapan hâkim, cumhuriyet savcısı ve yardımcı personel sayısının, hem ilk derece adliye mahkemelerinin hem de bölge adliye mahkemelerinin ihtiyacına cevap veremeyeceğinin anlaşılması ve 5235 sayılı Kanunun Geçici 3 üncü maddesinin birinci fıkrasında öngörülen ve bu kanun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak en geç iki yıl içinde bölge adliye mahkemeleri için tamamlanması zorunlu olan bina, araç ve

tarihin belirlenmesi hususunun, 5235 sayılı Kanun'un geçici 3 üncü maddesinde öngörülen koşulların tamamlanmasından sonra değerlendirilmesine karar verildiği belirtilmiştir. Ancak bugüne kadar Bölge Adliye Mahkemelerinin göreve başlaması ile ilgili bir ilân henüz Resmî Gazete'de yayımlanmamıştır. Bu nedenle kanun yollarını ikili ayırimda incelemek gerekecektir³⁴⁷.

1. Bölge Adliye Mahkemelerinin Göreve Başlamasından Önceki Kanun Yolları

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun geçici 2 ve 3 üncü maddelerinde, Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Resmî Gazete'de ilân edilecek göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 5236 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önceki 427 ilâ 454 üncü madde (temyiz ve karar düzeltme) hükümlerinin uygulanmasına devam olunacaktır denildiğinden, Bölge Adliye Mahkemelerinin Resmî Gazete'de ilan edilecek, göreve başlama tarihine kadar mevcut uygulamaya (temyiz ve karar düzeltme yoluna) devam edilecektir³⁴⁸.

a. Temyiz³⁴⁹

Önalım davasının kabul veya reddine (ya da konusuz kaldığına) ilişkin yerel mahkeme kararına karşı temyiz yoluna başvurulabilir. Temyiz yoluna önalım davasının kabulü halinde davalı, reddi halinde ise davacı taraf başvurulabilir. Ancak süresinde temyiz yoluna başvurmamış olan taraf, diğer tarafın temyiz dilekçesinin kendisine tebliğ edilmesi halinde buna karşı on gün içinde vereceği cevap dilekçesi ile temyiz talebinde bulunabilir; yani hükmü

gereçlerin halen daha sağlanamamış olması nedeniyle, bölge adliye mahkemelerinin tüm yurttta göreve başlayacakları tarihin belirlenmesi hususunun 5235 sayılı Kanununun Geçici 3 üncü maddesinde öngörülen koşulların tamamlanmasından sonra değerlendirilmesine karar verilmiştir. Bu itibarla; anılan maddede yer alan eksiklikler giderildiğinde Bölge Adliye Mahkemelerinin faaliyete geçirilmesi hususu... yeniden değerlendirilerek ileride ayrıca duyurulacaktır” denilmektedir. Adalet Bakanlığı web sitesi.

³⁴⁷ Hayta s.176.

³⁴⁸ Hayta s.176.

³⁴⁹ Bu konuda bkz. Kuru, Usul V s.4483-4850.

katılma yolu ile temyiz edebilir (DÖHUMK m.433 f.2). Ayrıca, aslî müdahil de kendisi hakkında verilen hükmü yalnız başına temyiz edebilir. Fakat fer'î müdahil yalnız başına hükmü temyiz edemez³⁵⁰. Temyiz süresi asliye mahkemesi kararlarına karşı onbeş, sulh mahkemesi kararlarına karşı sekiz gündür. Bu süre ilâmın (kararın) usulen taraflardan her birine tebliğ tarihinden itibaren işlemeye başlar (DÖHUMK m.432 f.1 ve DÖHUMK m.437 f.1)³⁵¹. 5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 438 inci maddesindeki şartların varlığı halinde duruşma talebinde bulunulmuşsa, temyiz incelemesi duruşmalı olarak yapılır. Duruşma talebi nazara alınmadan dosya üzerinden inceleme yapılmış olması bir karar düzeltme sebebidir.

b. Karar Düzeltme³⁵²

Temyizi mümkün olan mahkeme kararlarının, Yargıtay'ca onanması veya bozulmasına ilişkin kararlara karşı (Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 440 inci maddesinde tahdidî olarak sayılan sebeplerin varlığı halinde) Yargıtay kararının tebliğ edildiği tarihten itibaren on beş gün içinde karar düzeltme yoluna başvurulabilir³⁵³.

³⁵⁰ Bkz. Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul s.532.

³⁵¹ Sulh hukuk mahkemelerinde görülen önalım davaları basit yargılama usulüne tâbi olduğundan bu mahkemelerde görülen davalarla ilgili süreler adli tatilde de işlemeye devam eder (HUMK m.176). Ayrıca bkz. ve karşı. yuk.s.150-151.

³⁵² Bu konuda bkz. N.Bilge, **Medenî Yargılama Hukukunda Karar Düzeltme**, Ankara 1973 s.1-34; Kuru, Usul V s.4851-4941.

³⁵³ Miktar veya değeri 7.600.-YTL'den az olan davalara ait hükümlerin onanmasına veya bozulmasına ilişkin Yargıtay kararlarına karşı karar düzeltme yoluna gidilemeyeceği hakkında bkz. DÖHUMK m.440.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda değişiklik yapılmasına ilişkin 5236 sayılı Kanun'un 19 uncu maddesi ile HUMK'na Ek madde 4 eklenmiştir. Bu maddenin 1 inci fıkrasına göre, "Görev, kesin hüküm, istinaf, temyiz, Yargıtay'da duruşma, senetle ispata ve sulh mahkemelerindeki taksim davalarına, muhakeme usulünün belirlenmesine ilişkin maddelerdeki parasal sınırlar, her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların, o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilân edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle uygulanır. Bu şekilde belirlenen sınırların on milyon lirayı aşmayan kısımları dikkate alınmaz. Bu uygulama nedeniyle mahkemelerce görevsizlik kararı verilemez." (Hayta s.178 dn.160) Ayrıca bkz. yuk.s.141-142 dn.4.

c. Yargılamanın Yenilenmesi³⁵⁴

Önalım davaları sonunda verilen kararlara karşı, şartları varsa yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilir. Çünkü önalım davası sonunda verilen kararlar, maddî anlamda kesin hüküm teşkil eder. Zira önalım davasına genel hükümler dairesinde bakılır ve davaya bakan mahkeme bu davada her türlü delili serbestçe takdir ettikten sonra kararını verir.

2. Bölge Adliye Mahkemelerinin Göreve Başlamasından Sonraki Kanun Yolları

Bölge Adliye Mahkemelerinin göreve başlamasından sonra temyiz, ilk derece mahkeme kararlarına karşı başvurulmuş kanun yolu olmaktan çıkacaktır. İlk derece mahkemelerinin kararlarına karşı ilk önce Bölge Adliye Mahkemelerine başvurulacak, buradaki istinaf incelemeleri üzerine verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulacaktır. Bölge Adliye Mahkemelerinin göreve başlaması ile birlikte olağan kanun yolu olan karar düzeltme yolu da kalkacaktır (5236 sayılı Kanun m.20)³⁵⁵.

Bölge Adliye Mahkemelerinin göreve başlamasından sonra ilk derece mahkemesinin kararının taraflara tebliğinden itibaren onbeş gün içinde taraflarca istinaf yoluna başvurulabilecek, istinaf mahkemesi kararına karşı da taraflar yine tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde temyiz yoluna başvurabileceklerdir. Ancak bugün itibariyle miktar veya değeri 1.250.-YTL'yi³⁵⁶ aşmayan ilk derece mahkemesi kararları için istinaf yoluna, miktar veya değeri 6.330.-YTL'yi³⁵⁷ aşmayan istinaf mahkemesi kararları için de temyiz yoluna başvurulamayacaktır³⁵⁸.

³⁵⁴ Bu konuda bkz. Arslan, Yargılamanın Yenilenmesi, s.1-178.

³⁵⁵ Hayta s.177.

³⁵⁶ Bkz. yuk.s.240 dn.353.

³⁵⁷ Bkz. yuk.s.240 dn.353.

³⁵⁸ Hayta s.177-178.

SONUÇ

Yenilik doğuran (inşaf) haklardan olan önalım hakkı Medenî Kanun'da iki çeşit olarak düzenlenmiştir. Bunlardan birisi, Türk Medenî Kanunu'nun 735 inci maddesinde yer alan ve 743 sayılı Medenî Kanun ile toplum bünyemize giren sözleşmesel önalım hakkıdır. Diğeri ise 743 sayılı Medenî Kanun'dan önce Mecelle tarafından da düzenlenen, Türk Medenî Kanunu'nun 732, 733 ve 734 üncü maddelerinde yer alan yasal önalım hakkıdır.

Sözleşmesel önalım hakkı taşınmaz malikinin taşınmazını bir üçüncü kişiye satması halinde önalım hakkı sahibine tek taraflı beyanı ile taşınmazın alıcısı olabilme yetkisini veren yenilik doğurucu bir haktır. Türk-İsviçre Hukukunda, eski hukuklarda yer almayan yeni bir hukukî müessse olarak düzenlenmiş bulunan bu önalım hakkının kaynağı Borçlar Hukuku anlamında bir önalım sözleşmesidir. Sözleşmesel önalım hakkı, mal sahibi taşınmazı bugün için satmak istemiyorsa ileride satması ihtimali varsa tesis olunur ve çok defa bu hak ile taşınmazın istenilmeyen bir kişinin eline geçmesini önleme amacı güdülür.

Yasal önalım hakkı ise paylı mülkiyet konusu taşınmazın paydaşlarından birinin payını üçüncü bir şahsa satması halinde, diğer paydaşlara satılan bu payı, aynı şartlarla, tek taraflı yönetilmesi ve varması gerekli bir irade açıklamasıyla satın alabilme yetkisi veren yenilik doğurucu bir haktır. Yasal önalım hakkının hukukî kaynağı kanundur. Bu hak Medenî Kanun'un 731 inci (EMK'nun 657 nci) maddesinden kaynaklanan taşınmaz mülkiyetinin özel hukuk nitelikli dolaylı bir sınırlamasıdır. Kanun Koyucu'nun yasal önalım hakkını düzenlerken izlediği amaç; paydaşlar arasına istenmeyen kişilerin girmesini önlemek, payları mümkün olduğu ölçüde birkaç paydaş elinde toplayarak, ekonomik olmayan ve paydaşlar arasında anlaşmazlıklara neden olan paylı mülkiyet ilişkisini sona erdirmektir.

Taşınır mallar açısından bugünkü kanunî düzenleme karşısında önalım hak ve davasından söz etmeye olanak bulunmamaktadır.

Özellikle sözleşmesel önalım hakkının sadece taşınmazlar yönünden kabul edilmesi bir eksikliklerdir. Olması gereken hukuk açısından taşınırlarda da

sözleşmesel önalım hakkının kullanılmasının olanaklı olduğunun kabul edilmesi gerekir. Fakat bunun için öncelikle hakkın geçerliliğini ve işlerliğini sağlayacak gerekli yasal düzenlemenin yapılması gerekmektedir.

Diğer yenilik doğuran haklar gibi önalım hakkı da tâli bir haktır. Yasal önalım hakkında bu hak paydaşlık ilişkisi ile, sözleşmesel önalım hakkında ise önalım sözleşmesi ile birlikte bulunur. Yenilik doğuran haklar aslî nitelikte haklar olmadıklarına göre, bu temel ilişki ile birlikte hak doğmuş sayılamaz. Sadece hakkın doğması için gerekli ortam hazırlanmış olur. Bu nedenle önalım hakkının gerçek anlamda doğumunun satım ile meydana geleceğini kabul etmek gerekir.

Günümüzde sözleşmesel önalım hakkı dışındaki diğer önalım çeşitlerinin özellikle uygulamada ortaya çıkardığı güçlükler ve farklı içtihatlar nedeni ile yasal önalım hakkının kanundan çıkarılması gerektiği ileri sürülmektedir.

Ancak mülkiyet hakkının tanıdığı yetkilerin hukuk sistemimizde birtakım sosyal amaçlarla ve toplum yararına olmak üzere (AY. m.35, MK m.683 – EMK m.618 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ilişkin 20 Mart 1952 tarihli ek protokolün 1 inci maddesi çerçevesinde) kanun koyucu tarafından çeşitli sınırlamalara konu yapılabilmesinin mümkün olması bizi yasal önalım hakkının Türk Hukuku'nda yer almasının, yaşayan hukuk açısından bir gereksinim olduğu sonucuna ulaştırmaktadır.

Önalım hakkının kullanılması ile birlikte önalım hakkı sahibi ile alıcı arasında kendiğilinden bir satış sözleşmesi meydana gelir. Sözleşmenin kurulması için, karşı tarafın kabulü bir koşul değildir. Bu nedenle önalım hakkının kullanıldığına ilişkin dava dilekçesinin (EMK döneminde dava dilekçesinin ya da bildirim) karşı tarafa ulaştığı anda (BK m.10 f.2) önalım hakkı sahibi ile hakka konu payı satın alan üçüncü kişi arasında yeni bir satış sözleşmesi kurulmuş olur. Hakka konu payın nef'i ve hasarı da, bu andan itibaren BK m.10 f.2 ve BK m.183 f.1 uyarınca önalım hakkı sahibine geçer. Satım akdinde satılanın nef'i ve hasarının önalıcıya geçmesi için akdin ifasına (yani mülkiyetin intikâline) gerek yoktur, akdin tam ve şartsız olarak kurulmuş olması yeterlidir. Buna karşın, Yargıtay önalım hakkında nef'i ve hasarın önalım hakkı sahibine geçişini hakkı kullanma iradesinin karşı tarafa ulaştığı ana göre

değil, önalım hakkı sahibinin önalım bedelini mahkeme emrine depo ettiği tarihe göre belirlemektedir.

Paylı taşınmazın kullanma biçimi belirlenmiş olup da her paydaş payına ilişkin bir yeri kullandığı sırada, paydaşlardan birinin, kendisine ayrılan yeri göstererek, tapuda payını üçüncü bir kişiye satması durumunda, bundan öbür paydaşların önalım haklarını kullanmaktan vazgeçtikleri anlamını çıkarmak aslında bir zorlamadır. Zira paydaşlar kullanacakları yerleri fiilen belirlemekle birlikte, paylı mülkiyet ilişkisinin diğer paydaşlarla devam edeceğini düşünmektedir. Ayrıca paylı mülkiyet ilişkisinde paydaşların taşınmazı fiili olarak paylaşıp ayrı ayrı kullanmalarının olağan olduğu ve bunun paylı mülkiyet ilişkisini ortadan kaldırmayacağı da açıktır. Öte yandan yabancı bir üçüncü kişinin topluluğa girmesini önlemek her zaman paydaşın menfaatine ve yasal önalım hakkının tanınma amacına uygundur.

Önalım hakkının kullanılabilmesi için mutlaka önalım hakkının konusunu oluşturan şeye ilişkin bir satım sözleşmesinin varlığı gerekir. Bu satım sözleşmesinin tam, doğru ve geçerli bir şekilde kurulmuş olması da gereklidir. Bu koşul her iki tür önalım hakkında da aranır. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu eski yasada bulunmayan m.733 f.3 ile satıcı ve alıcıya satımı ayrıca diğer paydaşlara bildirme zorunluluğunu getirmiştir.

Türk Medenî Kanunu'nun 733 üncü maddesinin 4 üncü fıkrası, önalım hakkının kullanılma süresi olarak 3 aylık ve 2 yıllık hak düşürücü süreler öngörmüştür. Yasanın öngördüğü 3 aylık süre satımın önalım hakkı sahibine Türk Medenî Kanunu'nun 733 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasında belirtilen şekilde bildirilmesi ile başlar. Buna göre önalım hakkı, satımın önalıcıya bildirilmesinden itibaren 3 ay ve her hâlde satımdan itibaren de 2 yıl içinde kullanılmalıdır.

Yasal önalım hakkının kullanılması için getirilen bu süreler MK'nun 735 inci maddesinin 2 nci fıkrası atfıyla sözleşmesel önalım hakkı için de geçerlidir.

Türk Medenî Kanunu'nun 734 üncü maddesinde, "önalım hakkı, alıcıya karşı dava açılarak kullanılır" hükmü yer almaktadır. 735 inci maddede yapılan yollama nedeniyle bu hüküm sözleşmesel önalım hakkı bakımından da uygulanır.

Görüldüğü üzere, Türk Medenî Kanunu'nun 734 üncü maddesi ile birlikte artık önalım hakkının dava dışı yenilik doğuran bir beyanla kullanılması ve satış ilişkisinin bu şekilde kurulması imkânı hukuken ortadan kalkmıştır.

Bazı istisnaî durumlarda yenilik doğuran haklar, yenilik doğuran bir dava (inşâî dava) yoluyla kullanılabilir. Ancak yenilik doğuran hakların dava yoluyla kullanılması daha çok kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği konularda olabilir. Oysa önalım hakkının meydana getirdiği sonuç, alıcı ile hak sahibi arasında yapılan anlaşma ile sağlanabilir. Bu hususta devletin hak ve adalet dağıtma tekeline başvurmayı gerektirecek bir durum söz konusu değildir. Ayrıca önalıcı kurucu yenilik doğuran bir hak olan önalım hakkını kullanmakla hâkimin hükmüne gerek kalmadan satım ilişkisini doğurabildiğine göre, önalım hakkının kullanılabilmesi için de dava açmanın gerekli görülmeyeceği meydandadır.

Önalım hakkının kullanılması üzerine taraflar arasında meydana gelen satım sözleşmesi uyarınca alıcının sözleşme konusu şeyi hak sahibine devretme, hak sahibinin ise önalım bedelini ödeme yükümlülüğü doğar. Eğer taraflar bu borçlarını yerine getirmez ve özellikle de alıcı malın mülkiyetini önalım hakkı sahibine devretmez ise, hak sahibi alıcıyı dava edecektir. Fakat gözden kaçırılmaması gereken husus bunların birer alacak niteliği taşımasıdır. Yenilik doğuran hakların kullanılması üzerine çoğu zaman alacak hakkı meydana gelir. Taraflara tek yanlı olarak bir hukuki ilişkiyi kurma, değiştirme veya sona erdirme yetkisi veren yenilik doğuran haklar, dava yoluyla kullanılmaya muhtaç olmadıkları halde, bu hakların kullanılması ile doğan şahsî nitelikteki alacak haklarının yerine getirilmemesi halinde dava açılması gerekecektir. Görüldüğü gibi sonuçta davaya muhtaç olan hak türü yenilik doğuran hak değil, bu hakkın kullanılması üzerine meydana gelen alacak haklarıdır. İşte bu nedenle olması gereken hukuk açısından bir hakkın ifasını sağlamak amacıyla açılan ve satım sözleşmesinden kaynaklanan önalım davasının, niteliği itibarıyla davalının bir iş yapmaya, bir şey vermeye veya bir işi yapmamaya mahkûm edilmesi istemini içeren eda davası niteliğinde olduğu açıktır. Önalım davasında dava dilekçesinde bildirilen vakıaların (olayların) hukukî niteliği yani davanın hukukî sebebi MK'nun 716 ncı (EMK'nun 642 nci)

maddesine değil BK'nun 106 ncı maddesine dayanmaktadır. Davanın sonunda mahkemenin vereceği karar yeni bir hukukî durum yaratmamakta, taşınmazın ferağını tapu memuru önünde vermeyen tarafın (alıcının) ferağ iradesi yerine geçmektedir. Sadece, bir irade beyanında bulunma borcu şeklindeki yapma borçlarında, hâkimin borçlunun irade beyanı yerine geçecek bir karar vermekle aynen ifayı sağlaması mümkündür. Almanya ve İsviçre'de Usul Kanunlarında "davalı bir irade beyanında bulunmaya mahkûm edilirse, hüküm beyanın yerine geçer..." tarzında bir kaide bulunmasına karşın Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzda böyle bir hüküm mevcut değildir. Şüphesiz bu hususta en emin yol, yeni Usul Kanununda söz konusu esası açıklayan bir hükme yer verilmesidir.

Önalım hakkının dava yolu ile kullanılmasını öngören Türk Medenî Kanunu bu konuda görevli bir mahkeme göstermemiştir. Bu nedenle görevli mahkemenin HUMK'nun 8 inci maddesine göre belirlenmesi gerekir. Davanın konusunu oluşturan şeyin değerinin para ile ölçülmesi mümkün ise HUMK'nun 8 inci maddesi gereğince görevin tayininde bu değer esas alınmalıdır. Önalım davasının konusunun daima para ile ölçülebilir olmasına göre de görev bu değere göre belirlenmelidir.

Kural olarak yasal önalım hakkı ile ilgili davada görev, taşınmazın değerine göre değil dava konusu payın veya taşınmazın satış tarihindeki değerine ve tapu giderlerine göre tespit edilir. Yasal önalım hakkı ile sözleşmesel önalım hakkının niteliksiz (vasıfsız) olan türünde önalım hakkının kullanılması ile, önalım hakkı sahibi ve alıcı arasında satıcı ve alıcı arasındaki satış sözleşmesine uygun ve aynı koşullarla yeni bir satım ilişkisi kendiliğinden meydana gelir. Bu nedenle bu iki halde dava değerinin belirlenmesinde satıcı ile alıcı arasındaki satım sözleşmesindeki satış bedeli ve alıcının yapmak zorunda kaldığı tapu giderlerinin dikkate alınması gerekir. Nitelikli (vasıflı) önalım sözleşmesi yapılmış ve önalım hakkının kullanılmasına ilişkin bir bedel gösterilmiş ise önalım hakkı sahibi önalım hakkını bu bedel üzerinden kullanabileceğinden bu halde görev belirlenen bedele alıcıya düşen tapu giderlerinin de eklenmesi ile tespit edilecek olan toplam değer olmalıdır.

Önalım davasının taşınmazın aynına ilişkin bir dava olduğu bu nedenle önalım davasına HUMK'nun 13 üncü maddesi gereğince taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde bakılması gerektiği görüşünde olan Yargıtay'ın aynı davada görevli mahkemenin resmî senette gösterilen satış bedeli ile alıcının yaptığı giderler toplamına göre belirlenmesi gerektiğine karar vermesi HUMK m.2 f.2 hükmüne ve görevin kamu düzenine ilişkin olması ilkesine aykırıdır.

Önalım davası olması gereken hukuk açısından taşınmazın aynına ilişkin bir dava olmadığından, bu dava sözleşmeye dayalı bir alacak davası niteliğinde olduğundan burada HUMK'nun 13 üncü maddesinin uygulanması mümkün değildir. Önalım davasına bu davanın niteliği gereği HUMK'nun 9 uncu ya da yerine göre 10 uncu maddelerine göre belirlenecek yetkili mahkemede bakılması gerekir. Bunun tabii bir sonucu olarak da HUMK m.22 gereğince tarafların aralarında yaptıkları yetki sözleşmesi ile tayin edilen yetkili mahkemede de bu dava görülebilmelidir.

Kanun koyucu özel kanunlarla düzenlediği bazı alacak davalarının, taşınmazın aynına ilişkin olmadıkları halde taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılması gerektiğini kabul etmiştir. Gene taşınmazın aynına ilişkin olmayan ve bu nedenle HUMK m.13 hükmüne tâbi bulunmayan davalar (özellikle HUMK m.10 hükmüne dayanarak) taşınmazın bulunduğu yerde açılabilir.

Hâl böyle olunca bugün HUMK m.13 hükmüne tâbi bulunmayan taşınmaz üzerindeki bir şahsî (kişisel) hakka dayanan önalım davası gibi davaların da taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılabileceği hakkında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa genel bir kural konulması yararlı olur. Çünkü, böyle bir genel kural ile, uygulamadaki tereddütler giderilir, yetki uyuşmazlıklarının sayısı azalır, bu da davaların daha çabuk görülmesini sağlar.

Geçerli bir satış sözleşmesi ile pay temlik yapılmadığı sürece, önalım hakkının kullanılmasından ve önalım davası açılmasından söz edilemeyeceği için önalım davasında muvazaa iddiasının incelenmesi yönündeki uygulamanın doğru olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle önalım hakkı sahibinin muvazaa iddiasında bulunması halinde şuf'a hakkını kullanıp önalım

davası açmak yerine satışın muvazaa nedeniyle geçersizliğini ve tapu kaydının satıcı lehine düzeltilmesini dava etmesi önalım kurumunun bünyesine daha uygundur.

Önalım hakkının münhasıran dava yolu ile kullanılması yönteminden vazgeçilmesi ve önalım davasının hukukî sebebinin BK'nun 106 ncı maddesi olduğunun kabul edilmesi halinde önalım hakkının kullanılmasıyla doğan satım ilişkisinde karşı edimin (satış parasının) ödenmesi sorunu da (sorun dava açılmadan önce BK'nun 106 ncı maddesi hükümlerine başvurulmak sureti ile çözümlenmemiş bile olsa dava açıldıktan sonra) BK m.81 ve m.182 f.2'deki hükümlerle çözümlenebilir. Böylelikle önalım hakkı sahibinin önalım davasını kazanmak için önalım bedelini mahkeme veznesine ya da bankaya depo etmesine gerek kalmaz ve yine bu yolla önalım bedelinin hükümde yer almasının hükmün analizinde yol açtığı önalım ilâmının bedele ilişkin kısmının gerçek bir eda hükmü niteliği taşıyıp taşımadığı hususundaki zihin bulanıklığının da (bedele ilişkin kısım hükümde yer almayacağı için) önüne geçilmiş olur.

Hiç şüphesiz MK m.705 f.2 c.1 (EMK m.633 f.1 c.2)'deki mahkeme kararı ile hâkimden yenilik doğurucu hüküm almayı gerektiren mahkeme ilâmları kastedilmektedir. Hâlbuki MK m.716 f.1 (EMK m.642 f.1)'e göre açılan davalar yukarıda açıklandığı üzere yenilik doğuran dava olmayıp ifa davası özelliği göstermektedir. İfa davası sonunda ise yenilik doğurucu hüküm verilmesi mümkün değildir. Bu nedenle "... hâkimden mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir" ibaresine rağmen MK m.716 f.1 (EMK m.642 f.1)'deki hâli bugün için MK m.716 f.2 (EMK m.642 f.2)'de sayılan tescilsiz iktisap hallerinden biri olarak kabul etmemek ve ileride yapılacak bir yasa değişikliği ile MK m.716 f.1 (EMK m.642 f.1) hükmünü kanundan çıkartmak gerekmektedir.

Önalım davası sonunda mahkemenin vereceği karar pozitif hukuktaki düzenlemenin aksine yenilik doğurucu nitelikte olmadığından mülkiyet de hükmün kesinleşmesi ile birlikte önalım hakkı sahibine geçmez. Bu nedenle hükmün kesinleşmesinden sonra yapılacak tescil açıklayıcı değil kurucu niteliktedir.

Önalım davası olması gereken hukuk açısından yenilik doğurucu hüküm almayı gerektiren bir dava olmadığı gibi taşınmazın aynı ile ilgili bir dava da

değildir. Bu nedenle önalım davası sonunda verilen hükmün kesinleşmeden yerine getirilebilmesi gerekir. Ancak hükmün kesinleşmeden yerine getirilmesinin doğurabileceği birtakım âdil olmayan sonuçların önüne geçmek için davanın başında tapu kütüğüne ihtiyatî tedbir usulü içinde BK m.1010 f.1 b.1 (EMK m.920 f.1 b.1)'deki şerhin verdirilmesi, yani bu şerhin verilmesi için hâkimden talepte bulunulması, dava sonuçlanmadan önce de; hüküm ihtiyatî tedbir koydurmuş olan tarafın (davacının) lehine ise, davacının talebi üzerine, mahkemece hükmün icrasını sağlamak için ihtiyatî tedbirin, hükmün kesinleşmesine kadar devam etmesine karar verilmesi gerekir.

Önalım hakkının münhasıran dava yolu ile kullanılması yönteminden vazgeçildiği taktirde, yenilik doğuran hakların kullanılması ile ortaya çıkan taleplerin zamanaşımı süresine tâbi olacağı hususu dikkate alınarak Türk Medenî Kanunu'nda önalım hakkının kullanılma süresi ile ilgili yeni bir yasal düzenlemenin yapılması düşünülmelidir.

Olmaması gereken hukuka göre; dava sonunda mahkemenin vereceği taşınmazın aynına ilişkin olmayan karar yeni bir hukukî durum yaratmamakta, taşınmazın ferağını tapu memuru önünde vermeyen tarafın (alıcının) ferağ iradesi yerine geçmektedir. Bundan dolayı önalım davası sonunda taraflara verilen ilâm hakkında zamanaşımı hükümlerinin uygulanması, başka bir ifade ile, dava sonunda verilen ilâmın on senede zamanaşımına uğrayacağına kabul edilmesi gerekmektedir.

Pozitif hukuktaki düzenlemenin aksine önalım davaları yenilik doğurucu hüküm almayı gerektiren davalardan olmadığından bizim görüşümüze göre kadastro tutanağı düzenlendiği tarihte genel mahkemelerde görülmekte olan önalım davalarına kadastro mahkemelerinde bakılabilmelidir.

Son olarak, önalım davası olması gereken hukuk açısından taşınmazın aynı ile ilgili bir dava olmadığından ve bu dava 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu ile birlikte kurucu yenilik doğuran bir dava niteliğini kazandığından, inşâî davada verilen inşâî hükmün yargılama giderlerine ilişkin olan bölümünün ise icrası her zaman mümkün bulunduğundan önalım ilâmına dayanılarak ilâmda yazılı yargılama giderlerinin tahsili için takip yapılması halinde, ilâmın kesinleşmesinin

beklenilmesi yönündeki uygulamanın doğru olduğunun kabul edilmesinin mümkün olmadığını da belirtmek gerekir.

ÖZET

İki bölümden meydana gelen önalım davası isimli bu çalışmanın birinci bölümünde, önalım hakkı ve önalım davası, konusu, amacı ve hukukî niteliği de göz önünde bulundurularak genel bir biçimde ortaya konulmaya çalışılmıştır. Önalım davasında usul hukukuna ilişkin işlemler ve sorunlara ilişkin olan ikinci bölümün ise uygulamada ortaya çıkan sorunlar doğrultusunda şekillendirilerek kaleme alınmasına özen gösterilmiştir.

22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı yeni Medenî Kanun ile önalım hakkının kullanılmasına ilişkin iradenin dava yolu ile açıklanması koşulunun getirilmesi ve önalım hakkı ile ilgili yapılan köklü değişiklikler (paylı mülkiyette payın tamamen satılmasında olduğu gibi payın kısmen satılması durumunda da önalım hakkının kullanılmasına imkân verilmesi, cebri artırılmayla satışlarda önalım hakkının kullanılmayacağına kabul edilmesi, önalım hakkından feragatin kanunda düzenlenmesi, satışın alıcı ya da satıcı tarafından diğer paydaşlara bildirilmesi zorunluluğunun getirilmesi, önalım hakkının kullanılmasına ilişkin süreler konusunda yapılan değişiklikler vs. ...) nedeniyle konunun öneminin günümüzde bir hayli artmış olduğu hususu dikkate alınarak, yapılan incelemede tüm bu değişiklikler göz önünde bulundurulmuş ayrıca önalım konusu ile ilgili Türk hukuk öğretisinde ve uygulamada çözümlenmesi gereken problemlere ayrı ayrı yanıt aranmıştır.

Önalım hakkının tarihi gelişimi ve diğer hukuklardaki düzenleniş biçimi ile hukukî niteliği ve kullanılma şartları konumuzu açacak kapasiteye sahip olduğundan bu konular yapılan incelemede kısaca belirtmeye çalışılmıştır.

ABSTRACT

In the first part of this paper which is named as preemption court case and is consisted from two parts, preemption right and preemption court case have been tried to introduced in generally form from the perspective of subject, object and juridical attribution. In the second part about problems and transactions of procedural law at preemption case has been written out and taken pain over in accordance with the problems arising in implementation.

Because at the new Civil Law of 22.11.2001 and no 4721 to bring explanation condition of decision about using of preemption right and the radical alterations about preemption right (permission about using preemption right and for position of selling the share partly as well as wholly in the divided estate, acceptance of no usage of preemption for the selling by means of compulsory, composement of renouncement from preemption light in the law, compulsory of declaration for selling by seller or buyer to other shareholders and modifications in periods about usage of preemption right) considering the severity of topic has been improved all these alterations have been taken into account and besides the answers for the problems which need to be resolved related to preemption subject in Turkish Juridical teaching and application have been searched separately.

For the historical development of preemption right and its composement in the other jurisprudences and its juridical attribution and conditions of its usage has a capacity beyond out topic these subjects have been shortly defined in this paper.