

ÖNALIM HAKKI KONUSUNDA MEDENİ KANUNDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

YARD. DOÇ. DR.
ÇİĞDEM KIRCA *

I. ÖNALIM HAKKI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

1. Genel Olarak

Önalım (şufa) hakkı, muhatabın hakkın konusu olan şeyi üçüncü bir kişiye satması halinde, hak sahibinin tek taraflı bir irade beyanı ile satım konusu malın mülkiyetinin öncelikle kendisine devrini talep etme yetkisi veren bir haktır¹.

Önalım hakkı sözleşme veya vasiyetname ile kurulabileceği gibi, kanundan da doğabilir. Kanundan doğan en önemli önalım hakkı, paylı mülkiyette, paydaşlardan birinin payını üçüncü bir kişiye satması halinde, diğer paydaşların sahip olduğu önalım hakkıdır (MK 732-734, eMK 659).

Önalım hakkını kuran sözleşmede, satım bedeli ve diğer şartlar karar-

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Bkz., **Tandoğan, Haluk**: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 3. bası, Ankara 1984, s. 260; **Feyzioğlu, F. Necmeddin**: Şufa Hakkı, İstanbul 1959, s. 5; **Oğuzman, Kemal/Selici, Özer**: Eşya Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2001, s. 410; **Şıpka, Şükran Taman**: Kanuni Önalım (Şufa) Hakkı, İstanbul 1994, s. 2 vd.; **Meier-Hayoz**, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. IV/1/3, Das Grundeigentum II, Art. 680-701, Bern 1975, Art. 681 ZGB, N. 19; **Liver, Peter**: Schweizerisches Privatrecht, V/1, Basel und Stuttgart 1977, Das Eigentum, s. 1 vd., 204; **Rey, Heinz**: Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Bd. I, Bern 1991, s. 262; **Brunner, Robert Max**: Kaufrechte an Grundstücken, Versuch einer einheitlichen rechtlichen Erfassung vertraglich begründeter Kaufs-Rückkaufs- und Vorkaufsrechte, Diss. Zürich 1998, s. 42.

laştırılmış ise sınırlı (mevsuf) önalım hakkı, bu hak üçüncü kişi ile kararlaştırılan bedel ve diğer şartlarla kullanılacaksa sınırsız (adi) önalım hakkından söz edilir².

Sözleşmeden doğan ön alım hakkı, malikin hak sahibi ile yaptığı bir sözleşme ile tanınır. Önalım sözleşmesi olarak nitelendirilen³ bu sözleşmenin adi yazılı şekilde yapılması gerekir (BK 213/II)⁴.

Sözleşmeden doğan önalım hakkı tapu siciline şerh verilmemişse hak sadece, önalım sözleşmesini yapan kişiye karşı kullanılabilirken, tapu siciline şerh verilmişse, şerhte belirtilen sürede ve belirtilen koşullara göre, taşınmaza kim malikse ona karşı kullanılır (MK 735, eMK 658/I)⁵. Burada eşyaya bağlı bir borç ilişkisi söz konusudur⁶. Şerhin etkisi, şerh verildiği tarihten itibaren on yıl geçmekle düşer (MK 735/II, eMK 658/III).

Kanuni önalım hakkı şerh edilmeksizin üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilir. Zira, önalım hakkının mülkiyetin kanuni sınırlamalarından olması dolayısıyla herkesçe bilinmesi gerekmektedir⁷. Bu sebeple kanuni önalım hakkının tapu siciline şerh verilmesi ne gereklidir, ne de caizdir⁸.

Hakkın kullanılması üzerine muhatap mülkiyeti nakil borcunu yerine

² Tandoğan, s. 260; Feyzioğlu, s. 30; Gürsoy/Eren/Cansel, Eşya Hukuku, 2. bası, Ankara 1984, s. 677; Oğuzman/Seliçi, s. 412, 413; Meier-Hayoz, Art. 681, N. 22; Guhl/Koller/Schneider/Druey, Das schweizerische Obligationenrecht, Zürich 2000, s. 344.

³ Bkz., Oğuzman/Seliçi, s. 410.

⁴ Bunun sebebi, ön alım sözleşmesinin genellikle kira sözleşmelerine konulan bir kayıt olması ve kanun koyucunun bu konuda bir kolaylık sağlamak istemesidir (bkz., Feyzioğlu, s. 80; Oğuzman/Seliçi, s. 410).

19.10.1988 tarihli, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu değişikliğinde, bir taşınmaza ilişkin alım ve geri alım hakları gibi önalım hakkının da resmi şekilde yapılacağı (İBK 216/II), ancak, satım bedeli önceden kararlaştırılmamış, yani sınırsız (adi) önalım hakkı söz konusu ise, bu sözleşmesinin yazılı şekilde yapılacağı (İBK 216/III) kabul edilmiştir (BBl 1988 III 1069 vd, 1141 vd., 1145)

⁵ Bkz., Oğuzman/Seliçi, s. 413; Tandoğan, s. 266, 267; Liver, SPR V/1, s. 208.

⁶ Bkz., Rey, s. 265, 266; Guhl/Koller/Schneider/Druey, s. 346

⁷ Tandoğan, s. 267; Şipka, s. 15.

⁸ Bkz., BGE 117 II 544.

getirmezse, önalım hakkı sahibi ona karşı MK 716 (eMK 642) uyarınca açacağı dava ile mülkiyetin kendisine nakline karar verilmesini ister⁹. Mülkiyet hakimın vereceği kararın kesinleşmesi ile önalım hakkı sahibine intikal eder¹⁰.

2. Önalım Hakkının Hukuki Niteliği

Önalım hakkının hukuki niteliği konusunda doktrinde çeşitli teoriler ileri sürülmüştür¹¹. Bu teoriler arasında asıl tartışma çifte şarta bağlı satım teorisi ile yenilik doğurucu hak teorisi arasındadır. Bu sebeple sadece bu iki teoriye değineceğiz.

Çifte Şarta Bağlı Satım Teorisi'ne göre, önalım hakkını kuran sözleşme iki şarta bağlı bir satım sözleşmesidir¹². Şartlardan birisi, yükümlünün malı üçüncü bir şahsa satması, diğeri ise hak sahibinin söz konusu hakları kullanması olan geciktirici iradi şarttır¹³.

Bu teori uyarınca, önalım hakkını kuran sözleşme ile birlikte satım sözleşmesi de kurulmuştur. Ancak bu sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurabilmesi için, hak sahibinin hakkını kullanması ve ayrıca önalım olayının gerçekleşmesi gerekir. Bu görüş kabul edildiği takdirde önalım hakkının sahibi, sadece bir hak elde etmemiş, aynı zamanda şarta bağlı bir yükümlülük altına girmiştir¹⁴. Çünkü önalım hakkı sahibi ile muhatap arasındaki satım sözleşmesi, bu hakları doğuran sözleşme ile

⁹ Oğuzman/Seliçi, s. 413, 414. Y.İBK 11.2.1959 tarih, 10/12 sayı (RG. 29.4.1959, S. 10194); Y.İBK 21.5.1958, 7/3 (RG. 29.5.1958, S. 10016).

¹⁰ Oğuzman/Seliçi, s. 414.

¹¹ Bu konuda ileri sürülen diğer görüşler için bkz., Tandoğan, s. 261 vd.

¹² Bu teoriyi savunanlar: Meier-Hayoz, Art. 681 ZGB, N. 46 vd.; Art. 683 ZGB, N. 33 vd.; Vorkaufsrecht, ZBJV 92 (1956), s. 307; Wieland, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV, Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB, Zürich 1909, Art. 683 ZGB, N. 1; Leemann, H.: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. IV Sachenrecht, Art. 641-729 ZGB, 2. Aufl., Bern 1920, Art. 681 ZGB, N. 1; Fikentscher, Wolfgang: Schuldrecht, 9. Aufl., Berlin 1997, N. 747.

¹³ İradi şart konusunda bkz., Sirmen, Lâle: Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992, s. 67 vd.

¹⁴ Ott, W: Die Abtretung vertraglicher Vorkaufs-, Kaufs und Rückkaufsrechte als Vertragsübernahme, ZBGR 59 (1978), s. 257 vd., 262.

birlikte kurulmuştur. Bu hakkın kullanılması daha önce kurulan satım sözleşmesinin bağlı olduğu iradi şartın gerçekleşmesidir ve sözleşme gereği hak sahibinin satım bedelini ödeme yükümlülüğü vardır.

Çifte şarta bağlı satım sözleşmesi şu sebeplerle eleştirilmiştir¹⁵: Önalım sözleşmesi, muhataba malı satma konusunda bir yükümlülük yüklediği gibi, malın satımı halinde hak sahibine onu alma konusunda da bir yükümlülük yüklenmez. Önalım hakkı sahibi, şimdilik asıl sözleşme ile bağlanmak istememekte, sadece gelecekteki bir sözleşmenin kurulmasına ilişkin hakkını güvence altına almak istemektedir. Dolayısıyla tarafların bu muamele ile bir satış sözleşmesi kurduklarını ve böylece satma ve alma konusunda bir yükümlülük üstlendikleri söylenemez¹⁶. Diğer taraftan, şarta bağlı satım sözleşmesinde BK 150'ye göre, şart gerçekleşinceye kadar borçlunun, borcun gereği gibi yerine getirilmesine engel olan her çeşit tasarruftan kaçınması gerekirken¹⁷, önalım sözleşmesinin konusu olan şeyin maliki, istediği tasarrufta bulunabilmektedir. Ayrıca, şarta bağlı satım teorisi, kanuni önalım hakkını ve vasiyetname ile kurulan önalım hakkını açıklayamamaktadır¹⁸. Bundan başka şarta bağlı satım sözleşmesinde ikinci şart olan iradi şartın, mutlak iradi şart olduğu ve mutlak iradi şartın kabul edilmediği gerekçesiyle de bu görüş eleştirilmiştir¹⁹.

Günümüzde hakim olan *yenilik doğuran hak teorisine* göre ise, önalım hakkı, sahibine tek taraflı bir irade beyanıyla kendisi ile muhatap arasında bir satım sözleşmesi kurma yetkisi veren bir yenilik doğuran haktır²⁰. Bu görüşü savunanlar, satım sözleşmesinin hakkı doğuran

¹⁵ Tandoğan, s. 262; Feyzioğlu, s. 13, 14.

¹⁶ Feyzioğlu, s. 12,13.

¹⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Sirmen, s. 135 vd.

¹⁸ Tandoğan, s. 262; Feyzioğlu, s. 13, 14.

¹⁹ Bkz., Schurig, K: Das Vorkaufsrecht im Privatrecht, Berlin 1975, s. 80. Mutlak iradi şartın geçerli olup olmadığı tartışmalı olup, günümüzde hakim görüş tarafından geçerli kabul edilmektedir. Bu konuda bkz., Sirmen, s. 68 vd.; Antalya, Gökhan: Türk İsviçre ve Alman Hukuklarında Tecrübe veya Muayene (Alıcının Onaylaması) Şartıyla Satım, İstanbul 1993, s. 49 vd.

²⁰ Bkz., von Tuhr, Andreas/ Peter, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl., Zürich 1979, § 3 II, Zürich 1974, 33 II; Haab, R.: Kommentar zum

sözleşme ile birlikte değil, ilk olarak hak sahibinin hakkını kullanması ile meydana geldiğini kabul etmektedir. Önalım sözleşmesi satım sözleşmesi olmadığı gibi, şarta bağlı bir sözleşme de olmayıp, kendine özgü bir sözleşmedir²¹. Buna karşılık gerek böyle bir sözleşmeden, gerekse kanundan doğan önalım hakkı ise, yenilik doğuran (inşai) bir haktır.

Biz de bu görüşe katılıyoruz. Önalım hakkı sahibi, bu hakkını kullanmakla, hak sahibi tek taraflı irade beyanı ile bir satım sözleşmesinin kurulmasına yol açabilir. Ancak, satım sözleşmesinin kurulmasında söz sahibi olan tek kişi, önalım hakkı sahibi değildir. Başka bir deyişle, önalım hakkı sahibi, bu hakkını kullanarak dilediği zaman yükümlü ile arasında bir satım sözleşmesinin kurulmasını gerçekleştiremez. Bunun için önalım hakkını doğuran olayın, yani muhatabın malı bir üçüncü şahsa satması gerekir. Dolayısıyla önalım hakkının kullanılabilmesi için, hak sahibinin iradesi yanında, sınırlı ölçüde de olsa muhatabın iradesi de önemli bir rol oynamaktadır. Önalım hakkı sahibinin sahip olduğu yetki, yükümlünün yapmaya karar verdiği sözleşmenin karşı tarafını belirleme yetkisi olup, bir satım sözleşmesinin kurulup kurulmamasına karar verme yetkisi değildir.

Hakim görüşün ve Yargıtay'ın da kabul ettiği yenilik doğuran hak teorisi uyarınca, önalım hakkı sahibinin tek taraflı, varması gerekli irade beyanının muhataba ulaştığı anda, muhatabın kabul beyanına gerek olmaksızın hak sahibi ile aralarında bir satım sözleşmesi kurulur, bu-

Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Bd. 1. Teil, Das Sachenrecht, 5. Lieferung, 2. Aufl., Zürich 1927- 1936, Art. 681-682 ZGB, N. 2,4,6, Art. 683, ZGB, N. 1 vd.; Liver, SPR V/I, s. 204 vd, 212 vd.; Larenz, Karl: Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., München 1989, s. 522, 523; Kocayusufpaşaoğlu, Necip: Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959, s. 97 vd.; Tandoğan, s. 262, 263; Oğuzman/Seliçi, s. 410; Serozan/Hatemi/Arpacı, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 425; Feyzioglu, s. 18, 19; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 675; Tekinay, Selahattin S.: Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, II/1, İstanbul 1988, s. 18; Şıpka, s. 31 vd. Y.İBK, 20.6.1951, 13 E., 5 K, RG. 7.11.1951, S. 7950; İBK. 26.12.1951 T., 1 E., 6 K. (Karahasan, M. R.: Eşya Hukuku, C. III, Ankara 1977, s. 1078 vd.); İBK. 11.2.1959 T., 10 E., 12 K. (Karahasan, s. 910); HGK., 5.5.1993 T., 6-761 E., 192 K (YKD 1993, s. 1304); 6. HD., 22.4.1991 T., 5123 E., 5439 K., (YKD 1991, s. 1188, 1189).

²¹ Bkz., von Tuhr/Peter, 3 II, s. 25; Feyzioglu, s. 14, 15; Tekinay, s. 19.

nun için hak sahibinin mutlaka dava açması şart değildir^{22,23}.

Önalım hakkı kurucu yenilik doğuran bir haktır²⁴. Bu hakkın kullanılmasıyla birlikte yeni bir hukuki durum ortaya çıkmakta, satım sözleşmesi kurulmaktadır. Hukuk güvenliğini sağlamak amacıyla, yenilik doğuran haklar, şarta bağlı olarak kullanılamazlar ve bu hakların geçerli bir şekilde kullanıldıktan sonra geri alınması mümkün değildir²⁵.

Önalım hakkı konusu taşınmazın satımına ilişkin sözleşme önalım olayını gerçekleştirir. Ancak bunun yanında, ekonomik açıdan satım sözleşmesi ile eşit olan sözleşmeler de önalım olayının kapsamına girer²⁶. Bir ücret karşılığında taşınmazın mülkiyetinin nakli borcu doğuran sözleşmeler bu kapsamdadır²⁷. Buna karşılık, kamulaştırma, zorunlu arttırma gibi iradi olmayan devirlerde önalım hakkı kullanılamaz²⁸. Nitekim zorunlu arttırmalar konusunda önalım hakkının kullanılamayacağı Medeni Kanundaki değişiklikle hükme bağlanmıştır

22 **von Tuhr/Peter**, § 3, II, s. 25. “Şuf’a hakkında da –bizdeki yanlış itiyada rağmen– kaideten ve bidayeten dava ikamesine, mahkemeden karar ihtisaline lüzum yoktur. Hakkın hükümlerini husule getirebilmesi için, bizatihi şefiin, kullanma iradesini muhataba tevcih etmesi lazım ve vusulü kafidir” (**Feyzioğlu**, s. 16); “Hernekadar doktrinde ve içtihatlarda zaman zaman “şuf’a davası”ndan söz edilmekte ise de, bu dava MK 642/I uyarınca açılan tescili talep davası olup, doğrudan doğruya şuf’a hakkına (doğumuna, kullanılmasına ve sonuç ortaya koymasına) ilişkin olan bir dava değildir” (**Önen, Ergun: İnşai Dava**, Ankara 1981, s. 89).

23 Ancak, Medeni Kanun değişikliği ile (RG, 08.12.2001, S. 24607) hak sahibinin hakkını kullanması için dava açması zorunluluğu getirilmiştir. Bu konuya aşağıda değişiklikler bahsinde ayrıca değineceğiz.

24 **von Tuhr/Peter**, § 3, II, s. 23, 33 II, s. 277; **Feyzioğlu**, s. 17; **Rey**, s. 262.

25 **von Tuhr/Peter**, § 20 III, s. 146, 147; **Merz, Hans**: Schweizerische Privatrecht, Obligationenrecht, VI/1, Basel und Stuttgart 1984, s. 80, 81.

26 Bu husus İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanununda 1991 değişikliğinde Borçlar Kanununa eklenen 216c maddesinde açıkça ifade edilmektedir. Buna göre, satım sözleşmesi veya ekonomik açıdan satım sözleşmesi ile eşit anlama gelecek bir hukuki işlem yapıldığında önalım hakkı kullanılır (İBK 216c/I). Böylece İsviçre hukukunda bu konuda yerleşmiş yargı uygulamaları kanun hükmü haline gelmiştir.

27 Örneğin, ihtiyari arttırmalar (BK 225/II) önalım hakkını doğuran olay niteliğindedir (bkz., Y.İBK 9.3.1955 T., 27 E, 3 K, RG, 18.9.1955, S. 9009).

28 Bkz., **Oğuzman/Seliçi**, s. 411; **Rey**, s. 267; **Guhl/Koller/Druey/Schneider**, s. 345. Y.İBK 4.5.1940 T., 57 E, 17K (RG. 11.5.1940, S. 4506).

(MK 733/T). Diğer taraftan mülkiyetin naklinin bir ücret karşılığı olması gerekir, bu sebeple bağışlama veya miras yoluyla geçişlerde, trampa sözleşmesinde önalım hakkı kullanılamaz²⁹.

II. MEDENİ KANUNDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

1. Biçim ve Sistemik Açısından

Önalım hakkı, Medeni Kanunun sisteminde taşınmaz mülkiyetini sınırlandıran durumlar arasında yer almaktadır.

Mülkiyet hakkının sınırlandırılması kanundan veya sözleşmeden doğabilir. Kanundan doğan en önemli sınırlandırma, müşterek (paylı) mülkiyette, paydaşlardan birinin payını bir üçüncü şahsa satması halinde, diğer paydaşın kanundan doğan önalım hakkı ile payı öncelikle satın almasıdır. Sözleşmeden doğan sınırlandırma ise, malik ile önalım hakkı sahibinin bu konuda yaptıkları sözleşme ile gerçekleşir.

Mülkiyet hakkının kanundan ve sözleşmeden doğan sınırlandırmaları Medeni Kanunda "Taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamaları" başlığı altında 732 vd. maddelerde düzenlenmiştir³⁰.

Medeni Kanunda değişiklikten önce, 658. maddede sözleşmeden doğan önalım hakkı (akdi şuf'a) düzenlenmiş, daha sonra 659. maddede kanundan doğan önalım hakkı (kanuni şuf'a) yer almıştı. Getirilen de-

²⁹ Bkz., Oğuzman/Seliçi, s. 411; Rey, s. 267; Guhl/Koller/Druey/Schneider, s. 345. Yargıtay, 27.3.1957 tarih ve 12/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında (RG, 21.8.1957, S. 9687), karı ve kocaya, evlada veyahut akrabaya yapılan temliklerde "şeklen satış akdi bulunsa bile, hakikatte satıştan gayri miras hukukuna müteferri maksatların veya hibe gibi mülahazaların hakim bulunduğu ahvalde" önalım hakkının kullanılamayacağını kabul etmiştir.

³⁰ Ayrıca sözleşmeden doğan önalım hakkı ile birlikte diğer bazı hakların şerh verilebileceğine ilişkin düzenleme MK 1009 (eMK 919)'da yer almaktadır. Bu düzenlemede önalım hakkı açısından bir değişiklik yoktur. Sadece şerh verilecek haklar arasına arsa payı karşılığı inşaat ve taşınmaz satış vaadi de eklenmiştir (MK 1009). İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunundaki 1991 değişikliği ile bizdeki 1009. maddeyi karşılayan 959. madde, şerh verilecek haklar için genel bir hüküm haline getirilmiş ve bu sebeple önalım hakkının şerh verilebileceği ve şerhin etkisinin verilme tarihinden itibaren 10 yıl süreceğine ilişkin düzenleme kaldırılmıştır. Artık önalım hakkının etkisi doğrudan doğruya İMK 959 tarafından sağlanmaktadır (bkz., Brunner, s. 251, 252).

ğişiklikte³¹ öncelik kanundan doğan önalım hakkına (yasal önalım hakkı) verilmiş olup (MK 732-733-734), sözleşmeden doğan önalım hakkı sonraki 735. maddede düzenlenmiştir. Ayrıca, sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılması ve bu haktan vazgeçme konusunda kanuni önalım hakkına ilişkin düzenlemelere atıfta bulunulmuştur (MK 735/II).

İsviçre Medeni ve Borçlar Kanundaki 4 Ekim 1991 tarihli değişiklikle³², sözleşmeden doğan ön alım hakkına ilişkin hükümler Medeni Kanundan çıkarılarak, Borçlar Kanununun taşınmaz satımına ilişkin hükümleri arasında düzenlenmiştir (İBK 216- 216e). Bunun sebebi, hukuki işlem ile yapılan devir sınırlandırmalarının, borçlandırıcı işlem niteliğinde bulunması ve borçlandırıcı işlemlerin düzenlenme yerinin Borçlar Kanunu olmasıdır³³. İsviçre hukukundaki değişiklik, esas olarak doktrin ve uygulamanın kabul ettiği bazı hususları kanunlaştırmıştır.

Türk hukukunda ise sözleşmeden doğan önalım hakkı, önalım hakkını tanıyan sözleşmenin yazılı şekilde yapılacağına ilişkin düzenleme dışında (BK 213/II), Medeni Kanunda düzenlenmiştir.

MK 733 ve 734, tamamen yeni hükümler içermekte olup, 733. madde İsviçre Medeni Kanunundaki bazı düzenlemeler esas alınarak hazırlanmıştır. MK 734'e tekabül eden bir hüküm ise, ne İsviçre Medeni Kanununda, ne de Borçlar Kanununda bulunmaktadır.

2. İçerik Açısından

Medeni Kanunda önalım hakkının içeriği ile ilgili olarak aşağıdaki değişiklikler yapılmış ve yenilikler getirilmiştir:

³¹ 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (RG, 08.12.2001, S. 24607).

³² BBl 1991 III 1530 vd. Bu değişiklik 1.1. 1994'de yürürlüğe girmiştir (AS 1993, s. 1404 vd., 1410 vd.)

³³ Bkz., **Roberto, Vito**: Teilrevision des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechts, recht 1993, s. 172 vd., 172.

a) Payın kısmen satımı

MK 732'e göre, "Paylı mülkiyette payın kısmen üçüncü kişiye satılması halinde de, yasal önalım hakkı kullanılabilir".

Paylı mülkiyette, paydaşlardan birinin kendi payını tamamen sattığı durumlarda olduğu gibi, payın kısmen satılması durumunda da diğer paydaşların önalım hakkını kullanabileceği belirtilerek, önceki kanunda yer almayan bu husus açıklığa kavuşturulmuştur.

b) Cebri arttırmalarda önalım hakkı

Önalım hakkının paylı mülkiyette, payın pay sahibinin iradi satışlarında kullanılabileceği esas alındığından, onun serbest iradesine dayanmayan cebri arttırmalarda kullanılamayacağı kabul edilmiştir (MK 733/I). Bu hüküm MK 736/II'nin atfı dolayısıyla sözleşmeden doğan önalım hakkına da uygulanacaktır. Böylece uygulamada kabul edilen bu kural, kanun hükmü haline getirilmiştir.

İsviçre hukukunda da sözleşmeden doğan önalım hakkının cebri arttırma halinde kullanılamayacağı kabul edilmektedir (İBK 216c). Buna karşılık kanuni önalım hakkında, önalım hakkı, cebri arttırma halinde sadece ilk ihale edilen kişiye karşı kullanılabilir (İMK 681/I).

c) Önalım hakkından feragat

"Önalım hakkından feragat resmi şekilde yapılmalı ve tapu kütüğüne şerh verilmelidir. Belirli bir satışta önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme, yazılı şekle tabidir ve satıştan önce ve sonra yapılır" (MK 733/II).

Kanundan doğan önalım hakkından feragat, hakkın kendisinden feragat (mutlak feragat) ve kullanılmasından feragat (nisbi feragat) şeklinde ikiye ayrılır:

Önalım hakkından feragat, haktan sadece bir kişiye karşı veya belirli bir satış için değil, herkese karşı ve devamlı olarak vazgeçmedir³⁴.

³⁴ Bkz., Feyzioğlu, s. 434; Tekinay, s. 63. Oğuzman, Kemal: Medeni Kanununun Boşlukla-

Kanundan doğan önalım hakkından feragat, 16.5.1951 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı³⁵ uyarınca, “mülkiyetin kanuni takyitleri kapsamına girer (MK 657³⁶), bunun için resmi şekil ve tapu kütüne tescil arandığına göre; şuf'a hakkından feragat bu şekilde yapılır”³⁷.

Önceden mevcut olmayan MK 733/II hükmü, “önalım hakkının kaldırılması ve değiştirilmesine ilişkin anlaşmaların resmi şekle tabi olduğu ve tapu siciline şerh edilmesi gerektiği” şeklindeki İMK'nun 1991 değişikliğinden önceki 682. maddesinin kaldırılan üçüncü fıkrasından alınmıştır³⁸. Kaldırılan bu hükme göre, önalım haklarının kaldırılması ve değiştirilmesi konusunda sözleşmeler, geçerli olmaları için, resmi şekilde yapılmaları gerekir ve tapu kütüğüne şerh verilebilirler³⁹.

Önalım hakkının kullanılmasından feragat, önalım hakkından feragati kapsamayan, sadece belirli bir satışta önalım hakkını kullanmaya yönelik vazgeçmedir⁴⁰. Bu vazgeçmenin satıştan önce veya sonra olması mümkündür (MK 733/II, c.2). Önceden böyle bir sözleşme herhangi bir geçerlilik şeklinde bağlı değilken⁴¹, değişiklikle yazılı şekil geçer-

rının Yargıtay Kararları İle Doldurulduğu Bir Müessesese: Şuf'a, Medeni Kanun'un 50. Yılı, Bilimsel Hafta: 15-17 Nisan 1976, Ankara 1977, s. 13 vd., 16; **Rey, Heinz**: Die Neuregelung der Vorkausrechte in ihren Grundzügen, ZSR 1994/1, s. 62

³⁵ Y. İBK, 16.5.1951 T., 5/18, RG., N. 7888.

³⁶ eMK 657'e göre “Mülkiyetin kanuni takyitleri tapu siciline kayda hacet olmaksızın mu-teber olur. Bu takyitler, ancak resmi bir senetle ve tapu siciline kayıt ile ilga ve veya tadil olunabilir...”

³⁷ Bkz., **Oğuzman**, Bilimsel Hafta, s. 16. Şerh verilecek sözleşmeler konusunda sınırlı sayı ilkesi geçerli olduğu ve Medeni Kanunda bu konuda herhangi bir hüküm bulunmadığı için, bu İçtihadı Birleştirme Kararı, şerh yerine resmi sözleşme ve tescil yoluna başvurmuştur (bkz., **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 614).

³⁸ Bkz., 733. maddenin gerekçesi (TBMM Tutanak Dergisi, S. Sayısı: 723, s. 221).

³⁹ İsviçre hukukunda şimdiki düzenlemeye göre, kanuni önalım hakkının kaldırılması veya değiştirilmesine ilişkin anlaşmaların geçerli olması için resmi şekle tabi olması gerekir. Diğer bir taşınmaz maliki lehine önalım hakkı söz konusu ise tapu siciline şerh verilebilir (İMK 681b). Böylece önalım hakkından feragatin hukuki işleme doğrudan doğruya katılanlar dışındaki kişilere etki etmesi için şerh verilmesi gerekmektedir (**Rey**, ZSR 1994/1, s. 62).

⁴⁰ Bkz., **Tekinay**, s. 63; **Oğuzman**, Bilimsel Hafta, s. 16.

⁴¹ Bu konuda bkz., **Feyzioğlu**, s. 440 vd., **Şıpka**, s. 163 vd.; **Tekinay**, s. 63, dn. 71.

lilik şekli olarak kabul edilmiştir⁴². İsviçre hukukunda ise, önalım olayından *sonra* kanuni önalım hakkının kullanılmasından vazgeçme yazılı şekle tabidir (İMK 681b/II)⁴³.

Sözleşmeden doğan önalım hakkında da kanuni önalım hakkından vazgeçmeye ilişkin hükümler uygulanır (MK 735/III).

d) Satışın bildirimi

MK 733/III'e göre, "Satışın alıcı veya satıcı tarafından, diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirilmesi gerekir".

Bu hükmü getirmekle kanun koyucunun amacı "... uygulamada en büyük sıkıntıya neden olan, "önalım hakkı sahibinin, satıştan haberdar olmadığı iddiasıyla bu hakkın kullanılabilmesi üst süre olan 10 yılın bitimine kadar" bu hakkını kullanmasının önlenmesidir"⁴⁴.

MK'nun önceki düzenlemesinde sadece satıcıya durumu bildirme zorunluluğu yüklenmişti (eMK 658/II, c.2).

İsviçre hukukunda ise, satım sözleşmesinin kurulduğunun ve içeriğinin, önalım hakkı sahibine bildirilmesi, satıcı için (İMK 681a/I) ve şerh verilmiş sözleşmeden doğan önalım hakkında ise tapu idaresi için (İBK 216d/I) zorunlu kılınmıştır. Diğer taraftan İsviçre Medeni Kanununun 969. maddesinde düzenlenen tapu memurunun, tapu siciline ilgililerin bilgisi dahilinde olmayan tapu siciline ilişkin tasarrufları, onlara bildirme yükümlülüğüne ilişkin 969. maddesine (MK 1019, eMK 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 kanuni hem de sözleşmeden doğan önalım hakkının tapu memuru tarafından ilgililere

⁴² Bkz., 733. maddenin gerekçesi

⁴³ Roberto, recht 1993, s. 174. İsviçre hukukunda, önalım olayının gerçekleşmesinden önceki feragat beyanlarının dikkate alınmayacağı konusunda bkz., Rey, ZSR 1994, s. 65, dn.138.

⁴⁴ Bkz., 733. maddenin gerekçesi.

bildirilme zorunluluğu özellikle vurgulanmışken, Türk hukukunda, tapu memurunun bildirim yükümlülüğüne ilişkin önceki düzenlemede (eMK 927) içerik açısından herhangi bir değişiklik yapılmamıştır (MK 1019)⁴⁵. Uygulamada tapu memurunun, önalım hakkının kullanılmasının söz konusu olduğu tapuda yapılan bir satışı bildirim yükümlülüğünü (MK 1019) yerine getirmediği ve bu nedenle de memurun ya da hazinenin (eMK 917, MK 1007) sorumlu tutulamadığının bir gerçek olduğu gözlemlenmiştir⁴⁶. Oysa, tapu memurunun bildirimini getireceği faydalar, tapu memurlarına bir de bu yönde bir yükümlülük getirilmesinin doğru olmayacağı şeklindeki mahzurlardan çok daha fazladır. Zira böyle bir durumda “mahkemeleri ve Yargıtay’ı çok fazla uğraştıran önalım davalarındaki uyuşmazlık ve tereddütlerin büyük bir kısmı giderilmiş olurdu”⁴⁷.

Satıcı veya alıcının satışı, gecikmeksizin bildirmeleri gerekir⁴⁸. Satışın bildirilmemesi veya geç bildirilmesi durumunda, aşağıda da açıklayacağımız üzere satıştan itibaren iki yıl içerisinde hakkın kullanılmaması dolayısıyla hak ortadan kalkacağından (MK 733/IV), alıcı ve satıcı önalım sahibinin bu yüzden uğradığı zararları tazmin etmelidir⁴⁹.

e) Süreler

MK 733/IV’e göre, “Önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her halde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer”.

Bu düzenleme ile önalım hakkının kullanılmasına ilişkin süreler konusunda önemli iki değişiklik getirilmiştir. Bunlardan biri, malın üçüncü kişiye satışının, yani önalım hakkını doğuran olayın öğrenilmesinden itibaren bir ay içerisinde kullanılmasına ilişkin hükmün, önalım hak-

⁴⁵ “Tapu memuru, ilgililerin bilgisi dışında yaptığı işlemleri onlara tebliğ etmekle yükümlüdür” (MK 1019/I).

⁴⁶ Bkz., Şıpka, s. 139.

⁴⁷ Şıpka, s. 139.

⁴⁸ Bkz., Meier-Hayoz, Art. 681, N. 203; Giger, Art. 216, N. 135, 216d, N. 12.

⁴⁹ Bkz., Giger, Art. 216, N. 135, 216d, N. 3, 14; Rey, ZSR 1994, s. 57, 58.

kının satışın hak sahibine bildirildiği tarihten itibaren üç ay içerisinde kullanılması yönünde değiştirilmesidir. Öğrenmeden değil, bildirimden itibaren başlayan süre, bir ay değil, üç ay ile sınırlandırılmıştır. Üç aylık bu süre, önalım hakkının kullanılmasında asgari (nisbi) süredir.

İkinci önemli değişiklik, önalım hakkının, satışın üzerinden iki yıl geçmesi ile herhalde sona ermesidir. Böylece önalım hakkı, malın üçüncü kişiye satıldığıın hak sahibine bildirilip bildirilmemesinden, hak sahibinin bu satışı öğrenip öğrenmemesinden bağımsız olarak, malın üçüncü kişiye satımından itibaren iki yıl içerisinde kullanılmıyorsa sona erecektir. Bu süre önalım hakkının kullanılmasında azami (mutlak) süredir.

Kanuni önalım hakkının kullanılması için getirilen bu süreler MK 735/II'nin atfıyla sözleşmeden doğan önalım hakkı için de geçerlidir.

Adalet Bakanlığınca hazırlanan ve hükümet tarafından 1.10.1999'da kabul edilen Medeni Kanun tasarısında, 733. maddenin IV. fıkrası, "Önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihten itibaren bir ay ve herhalde satışın üzerinden beş yıl geçmekle düşer" şeklindeydi. Bu metin Adalet Komisyonunda değiştirilerek bugünkü halini almıştır⁵⁰. Adalet komisyonunun gerekçesi ise, bu sürelerin İsviçre Medeni Kanununda da yer aldığı şeklindedir⁵¹.

⁵⁰ Bkz., T. 21.6.2001, E. 1/611, 17425, 2/361, 2/680, K. 17, TBMM Adalet Komisyonu Raporu, S. Sayısı 723, s. 310 vd.

⁵¹ "Tasarının 733 üncü maddesinin son fıkrasındaki önalım hakkı için belirlenen "bir ay" ve "beş yıl" olan süreler, İsviçre Medeni Kanununda olduğu gibi, "üç ay" ve "iki yıl" şeklinde değiştirilmiştir" S. Sayısı 723, s. 317. Adalet Bakanlığınca hazırlanan ve hükümetçe kabul edilen 733. maddenin gerekçesinde ise şu ifadeler yer almaktadır: "Maddenin dördüncü fıkrası, önalım hakkının kullanılması ile ilgilidir. Yürürlükteki 658 inci maddenin son fıkrası, satışın öğrenilmesinden itibaren bir ay, satıştan itibaren on yıllık bir süre öngörmüştür. İsviçre Medeni Kanununda 1991 yılında yapılan değişikliklerle, yeni 681a maddesiyle bu süreler üç ay ve iki yıl olarak düzenlenmiştir.

Yürürlükteki metinde önalım hakkının kullanılması için öngörülen on yılın uzun, İsviçre'de yapılan değişiklikle kabul edilen iki yılın ise kısa bir süre olduğu düşünülerek, 1984 tarihli Öntasarının 653 üncü maddesinin altıncı fıkrasında olduğu gibi, bu süre beş yıla indirilmiştir. Yürürlükteki metinde bu konuda on yıllık sürenin başlangıcı olarak öngörülen "herhalde sicile şerh verildiği tarihten itibaren" ifadesi yerine daha anlaşılır ve açık bir anlatım olarak beş yıllık sürenin başlangıcı olarak "her halde satışın üzerinden" ifadesine yer verilmiştir" (bkz., S. Sayısı, s. 221).

Söz konusu bu sürelerin fonksiyonunu ve getirdiği değişikliği değerlendirmek için, ön alım hakkındaki süreler konusuna değinmek gerekir.

Önalım hakkında süreler, hakkın varlığına ve hakkın kullanımına ilişkin olmak üzere ikiye ayrılır:

aa) Hakkın varlığına ilişkin süreler

Kanundan doğan önalım hakkı, kanun tarafından paydaş sıfatını taşıyan kişilere tanınmış olup, bu sıfat devam ettiği sürece, payın üçüncü bir kişiye satılması halinde kullanılmak üzere her zaman mevcuttur⁵². Bu hak kanundan doğduğundan üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi için şerh edilmesi söz konusu değildir.

Sözleşmeden doğan önalım hakkının ne zamana kadar devam edeceğini taraflar bu konuda yapmış oldukları anlaşma ile kararlaştırabilirler⁵³. Ancak, önalım hakkı şerh verilmişse, hakkın üçüncü kişiye karşı ileri sürülmesi, hakkın şerh verildiği tarihten itibaren on yıl ile sınırlandırılmıştır (MK 735/II).

Önceki düzenlemede de şerhin etkisinin on yıl süreceği kabul edilmekte idi. Değişiklikten önceki MK 659/III “Şefin satıma ıtılalı gününden itibaren bir ay ve herhalde sicile şerh verildiği tarihten itibaren on sene geçmekle şuf'a hakkı sona erer” şeklindeydi. Ancak bu on yıllık sürenin geçmesiyle, önalım hakkının kendisinin de sona erip ermeyeceği tartışmalıydı. Söz konusu maddenin lafzından hareket eden bir görüş⁵⁴ sözleşmeyi yapan malike karşı da, şerhten itibaren on yıllık sürenin geçmesi sonucunda hakkın düşeceğini savunurken, diğer görüş⁵⁵ ise, on yıllık sürenin geçmesi ile sadece şerhin etkisinin sona

⁵² Bkz., Gürsoy/Eren/Cansel, s. 615, 619.

⁵³ Bkz., Tandoğan, s. 266; Oğuzman/Seliçi, s. 415; Guhl/Koller/Schneider/Druey, s. 346; Tekinay, s. 33.

⁵⁴ Merz, Hans: Zur Zeitlichen Begrenzung der Kaufs-, Vorkaufs- und Rückkaufsrechte, Festgabe A. Simonius, Basel 1955, s. 235 vd., 240 vd. Liver, SPR, V/1, s. 209; Tekinay, s. 34.

⁵⁵ Meier-Hayoz, Art. 681 ZGB, N. 318; Feyzioglu, s. 290, 306; Tandoğan, s. 269; Şıpka,

ereceğini, buna karşılık önalım hakkının taraflar arasında ve külli halleflere karşı, irade serbestisinin sınırları içerisinde daha uzun bir süre kararlaştırılmışsa devam edeceğini kabul etmekteydi. Bir başka ifadeyle, birinci görüş, önalım sözleşmesinden doğan yükümlülük süresi ile şerhin etki süresi arasında bir ayırım yapmazken, ikinci görüş ayırım yapmaktaydı.

Sözleşmeden doğan önalım hakkında, İsviçre hukukunda yapılan değişiklikle bu hakkın kullanılması yirmi beş yıl ile sınırlandırılmıştır. İBK 216a'ya göre, önalım hakkı en fazla yirmi beş yıl için kararlaştırılabilir ve tapu kütüğüne şerh verilebilir. İster şerh verilsin, ister verilmesin yirmi beş yıldan daha uzun süreli bir önalım hakkı kararlaştırılamaz⁵⁶. Böylece, şerhin etki süresi geçtikten sonra, sözleşmeden doğan hakkın kullanılıp kullanılmayacağı yolundaki tartışmaya İsviçre kanun koyucusu, önalım sözleşmesinden doğan yükümlülük süresi ile şerhin etki süresinin aynı olduğunu kabul ederek son vermiştir.

Türk hukukunda ise kanun koyucu, sözleşmeden doğan önalım hakkını şerh verilmesinden bağımsız olarak belirli bir süre ile sınırlandırmamıştır. Sadece şerhin etki süresinin şerh tarihinden itibaren on yıl olacağını kabul etmiştir. MK 735/II'e göre, "Şerhin etkisi her durumda, şerhin verildiği tarihin üzerinden on yıl geçmekle sona erer". Böylece kanun koyucu on yıllık sürenin geçmesi ile sadece şerhin etkisinin sona ereceği konusunda açık bir ifade kullanmıştır. Şu halde şerh verilmiş önalım hakkı, üçüncü kişilere karşı şerh verildiği tarihten

s. 160. İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüşü kabul etmekteydi. Bkz., BGE 102 II 243 vd., E.3., 247 vd.

⁵⁶ Bkz., **Giger**, Art. 216, N. 179; Art. 216a, N. 1 vd.; **Roberto**, recht 1993, s. 173; **Schöbi, Felix**: Die Bedeutung der Revision der Bestimmungen über vertragliche Kaufs-, Vorkaufs-, und Rückkaufsrechte für die Sachenrechtsdogmatik, recht 1993, s. 177 vd. Bu düzenlemenin nedeni şu şekilde açıklanmaktadır: Önalım hakkı, malikin mülkiyet hakkına önemli bir sınırlandırma getirmektedir. Öyle ki, malik veya şerh verilmişse malı satın alan üçüncü kişi, önalım hakkı sahibinin kararına kadar malı ona devretmekle (devredemiyorsa tazminat ödemekle) yükümlü olup olmayacağı konusunda belirsiz bir durumda kalmaktadır. Önalım hakkının belirli bir süre ile sınırlandırılmaması durumunda, malik her zaman, hakkın kullanılması ve bunun sonuçlarına katlanmak zorunda kalacaktır. Üstelik bedelin önalım sözleşmesinde belirlendiği hallerde, yıllar sonra malın değerinde değişiklik olsa bile bu bedelle malın mülkiyetini nakletmekle yükümlü olacaktır (**Brunner**, s. 129).

itibaren on yıllık bir süre içerisinde kullanılabilir. Tarafların sözleşme özgürlüğünün sınırları içerisinde diledikleri süre için önalım hakkı kararlaştırabilmeleri mümkündür. Ancak bu önalım hakkı, şerh süresi geçtikten sonra sadece şahsi bir hak olup, üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. MK 735/II'nin açık ifadesinden, söz konusu on yıllık sürenin önalım hakkının varlığı için kararlaştırılacak azami süre değil, sadece şerhin etki süresi olduğu anlaşıldığından, bu konuda yukarıda söz ettiğimiz doktrindeki tartışma, önalım hakkından doğan yükümlülük süresi ile şerhin etki süresinin farklı olabileceği şeklindeki görüş doğrultusunda çözüme ulaştırılmış olup, İsviçre hukukundaki bu konudaki çözüm tarzından tamamen farklıdır.

bb) Hakkın kullanımına ilişkin süreler

Önalım hakkının kullanılması için önalım olayının gerçekleşmesi, bir başka ifadeyle muhatabın, önalım konusu malın bir üçüncü kişiye satımı⁵⁷ konusunda bir sözleşme yapması gerekir.

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 gerekir⁵⁸. Böylece önalım yükümlüsü, önalım hakkı sahibi ve üçüncü kişi kazananın hukuki durumu kısa bir süre içerisinde açıklığa kavuşturulabilir. Bu sebeplerle, kullanım hakkı belirli hak düşürücü sürelerle tabii tutulmuştur.

aaa) Asgari (nisbi) süre

Hak sahibi, malın satımının kendisine bildirildiği tarihten itibaren üç ay içerisinde hakkını kullanmadığı takdirde, hakkı düşer. Önceden bir

⁵⁷ Önalım olayını gerçekleştirecek durumların neler olduğu konusunda yukarıda yaptığımız kısa açıklamaya bakınız.

⁵⁸ Giger, Art. 216, N. 150, 216e, N. 4.

aylık olan bu süre, üç aya çıkarılmış, başlangıcı ise, öğrenme değil, bildirim tarihi olmuştur (MK 733/IV).

İsviçre hukukuna göre önalım hakkı, satışın yapılmasının ve içeriğinin hak sahibi tarafından öğrenilmesinden itibaren üç ay içerisinde kullanılmalıdır (İMK 681a/II, İBK 216e)⁵⁹ ⁶⁰. Sürelerin başlaması için önalım olayının gerçekleşmesi ve sınırlı önalım hakkı söz konusu ise içeriği hakkında emin bir bilgi edinilmesi gerekir⁶¹. Yükümlüler satım olayını eksik veya yanlış bildirirse, tam bir bilgi edinildiğinde süre yeniden başlar⁶².

1984 tarihli Medeni Kanun Öntasarısı m. 634/VI'da da asgari süre bildirimden itibaren başlatılmış ve gerekçesi "satışın başka yolla öğrenilip öğrenilmediği uyuşmazlıklarına yer bırakmama" olarak belirtilmiştir. Oysa, sürenin bildirimden itibaren başlatılması, bu durumu öğrendiği açıkça anlaşılan kişilerin, üç aylık süre geçtikten sonra kendisine bildirim yapılmadığını ileri sürerek önalım davası açmaya kalkışmasına sebep olabilir⁶³.

⁵⁹ Sürenin bir aydan üç aya çıkarılmasının nedeni, hak sahibinin önalım olayının gerçekleşmesinde herhangi bir etkisinin bulunmaması ve finansmanı sağlamak için uğraşması dolayısıyla, bir aylık sürenin az olmasıdır (bkz., **Rey**, ZSR 1994/1, s. 64, dn. 128).

⁶⁰ Sürenin bir aydan üç aya çıkarılması, İsviçre hukukunda 1991 değişikliğinin, en çarpıcı değişikliği olarak kabul edilmektedir (bkz., **Rey**, ZSR 1994/I, s. 58). Üç aylık süre, bir görüşe göre hak düşürücü süre değil, zamanaşımı süresidir (**Giger**, Art. 216e, N. 7,8,24, 27).

⁶¹ Bkz., **Meier-Hayoz**, Art. 681, N. 203, 217; **Brunner**, s. 396

⁶² Bkz., **OR-Hess**: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I, Hrsg. Honsel/ Vogt/ Wiegand, 2. Aufl., Basel 1996, Art. 216d, N.2.

⁶³ Bkz., **Sungurbey**, İsmet: Medeni Yasa Öntasarısında Yöntem ve İçeriğe İlişkin Yanılgılar, Yasa Hukuk Dergisi, 1985, s. 1661 vd., 1675. Nitekim sürenin başlamasında öğrenmeyi esas alan önceki düzenlemede Yargıtay, "...köy yerinde ve dar çevrede böyle bir olayın gizli kalması ve hatta davacının duymaması olağan karşılanmayacağından... satışın çok önce öğrenildiği ve süresinde hakkını kullanmadığına" ilişkin kararlar vermektedir (Y.6HD, 12.2.1991, 1430 E, 1823 K., bkz., **Şipka**, s. 245, 246). Değişiklikten sonra, süre mutlaka bildirimden itibaren başlayacağından, bildirim yapılmamışsa hak sahibinin satışı öğrendiği ileri sürülerek bu tip kararlar verilemeyecektir.

bbb) Azami (mutlak) süre

“Önalım hakkı, ... herhalde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer” (MK 733/IV). Böyle bir hüküm, kanuni önalım hakkı açısından daha önceki düzenlemede yer almamaktaydı.

Sözleşmeden doğan önalım hakkında, bu hakkın şerh verilmesinde itibaren on yıl içinde kullanılması gerektiğinden hareketle, hakkın kullanımını konusunda azami sürenin on yıl olduğu şeklinde bir görüş ileri sürülmekteydi⁶⁴. Oysa, söz konusu on yıl, yukarıda da belirttiğimiz üzere, üçüncü kişilere karşı hakkın ileri sürülmesine ilişkin azami şerh süresi olup, burada sözünü ettiğimiz anlamda satım sözleşmesinin kurulmasından itibaren hakkın kullanılması için getirilen bir süre değildi.

Kanuni önalım hakkında ise, hakkın kullanımına ilişkin asgari ve azami süreler bakımından tam bir boşluk bulunuyordu⁶⁵ ve Yargıtay 26.12.1951 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararıyla⁶⁶ sözleşmeden doğan önalım hakkına ilişkin düzenlemenin (eMK 558), kanuni önalım hakkına (eMK 659) kıyasen uygulanacağını kabul etmişti. Bunun anlamı ise, satımın öğrenilmesinden itibaren bir ay, satım sözleşmesinin yapılmasından itibaren ise on yıl geçmekle kanuni önalım hakkının sona ereceği şeklinde belirlenmişti. Ancak bu durum eleştirilmekteydi⁶⁷. Çünkü on yıllık süre şerhin etki süresi olup, kanuni önalım hakkında şerh gerekmediğinden, bu tür önalım hakkına uygulanması söz konusu değildi. Ayrıca, sözleşmeden doğan önalım hakkında, hakkın şerh tarihinden itibaren on yıl için üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi mümkünken, kanuni önalım hakkında her satım olayından itibaren yeniden başlayan on yıllık süre ile payı satın alan malikler bu andan itibaren öğrenme olgusunun gerçekleşmesine bağlı olarak on yıl içinde önalım hakkının kullanılıp, kullanılmayacağı belirsizliği içerisinde

⁶⁴ Merz, Festgabe Simonius, s. 235 vd., 240 vd. Liver, SPR V/1, s. 209; Tekinay, s. 34.

⁶⁵ Bkz., Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 610; Şıpka, s. 154 vd.

⁶⁶ Y.İBK 26.12.1951 T, 1 E, 6 K, RG. S. 8084.

⁶⁷ Bkz., Gürsoy/Eren/Cansel, s. 619; Şıpka, s. 159 vd.; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 610; Oğuzman, Bilimsel Hafta, s. 18.

kalmaktaydılar⁶⁸.

İsviçre hukukunda ise, sadece kanuni önalım hakkı için getirilen azami süre, satım sözleşmesinin yapılmasından itibaren değil, kazananın hakkının tapuya tescil edildiği tarihten itibaren iki yıldır (İMK 681a/II). Sözleşmeden doğan ön alım hakkı için geçerli olmayan⁶⁹ bu sürenin konulmasının nedeni, kanuni önalım hakkının iyiniyetli maliklere karşı da ileri sürülebilmesidir⁷⁰. Sürenin yeni malikin tapu siciline kaydedildiği andan itibaren başlatılmasının nedeni ise, tescil dışı kazanımlar (İMK 656/II)⁷¹ sebebiyle önalım hakkının kaybedilmesini önlemektir⁷².

Medeni Kanun değişikliği ile eleştirilere neden olan ve çözümü bir ih-

⁶⁸ Bkz., Şıpkı, s. 159.

⁶⁹ İsviçre Hukukunda bu konudaki değişiklik tasarısının gerekçesinde böyle bir süreye, hakkın kullanılmasından sonra on yıllık zamanaşımına tabi olacağı gerekçesiyle gerek duyulmamıştır (bkz., Rey, ZSR 1994/I, s. 59). Ancak, yenilik doğuran haklar kural olarak zamanaşımına tabi olamayacağından, on yıllık genel zamanaşımı süresinin yenilik doğurucu haklara uygulanması oldukça kuşkuludur. Genel zamanaşımı süresi, hak sahibinin mülkiyetin sağlanmasına ilişkin talebine uygulanabilir, ki bu talep ancak hakkın kullanımından sonra doğar. Bu süre zamanaşımı süresi olup, hak düşürücü süre değildir; kesilmesi, durması söz konusu olabilir (Rey, ZSR 1994/I, s. 59).

⁷⁰ Bkz., Rey, ZSR 1994/I, s. 64; Giger, Art. 216e, N.16; Roberto, recht 1993, s. 174. BGE 102 II 376 vd.; 101 II 234 vd. İMK'da söz konusu süre geçtikten sonra hakkın kötüniyetli maliklere karşı kullanılıp kullanılmayacağı konusunda bir açıklık olmamakla birlikte, hukuk güvenliği gereği bu sürenin her iki durumda da geçerli olması kabul edilmektedir (bkz., Roberto, recht 1993, s. 174, dn. 33).

⁷¹ Bu hükmün karşılığı olan MK 705/II'ye göre "Miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer hallerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır. Ancak bu hallerde malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır".

⁷² Bkz., Rey, ZSR 1994/I, s. 64; Roberto, recht 1993, s. 174. Örneğin böyle bir mülkiyetin nakli, eşlerin mal ortaklığına ilişkin mal rejimini seçmeleri durumunda gerçekleşir. Sicil dışı bu tip kanuni önalım olayları özellikle İsviçre Kırsal Toprak Kanununda (Bauerliche Bodenrecht (BGBB)) kabul edilen, akrabalar arasında önalım hakkında söz konusu olmaktadır. Bu kanuna göre mal ortaklığında ortaklığa taşınmazların girmesi önalım olayını oluşturmaktadır (Art.43). Belirli akrabaların tarımsal taşınmazı bizzat işletmeyi taahhüt etmeleri durumunda taşınmazı öncelikle alma hakları bulunmaktadır. Bu hak da kanuni bir ön alım hakkı olup, kullanımına ilişkin hükümler İsviçre Medeni Kanununa tabidir. Böylece kanun koyucu, önalım hakkı sahibinin hakkın varlığını öğrenmeden, sonra ermemesi için süreleri, tescilden itibaren başlatmıştır (bkz., Rey, ZSR 1994/I, s. 64, 68).

tiyaç haline gelen kanuni önalım hakkı için değil, şerh verilmiş sözleşmeden doğan önalım hakkı için de yeni maliklere karşı kullanım süresi satım sözleşmesinin yapılmasından itibaren iki yıl ile sınırlandırılmıştır. Ayrıca, her iki önalım türü için de süre mülkiyetin naklinin tapu siciline tescilinden itibaren değil, satım sözleşmesinin kurulmasından itibaren başlatılmıştır.

Bu düzenleme, yeni maliklerin, hak sahibinin önalım olayını öğrenip öğrenmediği ve dolayısıyla hakkının kullanıp kullanmayacağı belirsizliği içerisinde kalmalarını önlemek için getirilmiştir⁷³. Oysa, böyle bir belirsizlik içinde kalmak istemeyen alıcıya, önalım olayını bildirme yükümü getirilerek, hak sahibinin bildirimden itibaren bu hakkını kullanması için 3 aylık süreyi başlatma imkânı tanınmıştır. Yeni malik, noter aracılığıyla yapacağı bildirimle, en fazla üç ay beklemek suretiyle hukuki durumunu belirgin hale getirebilir.

Buna karşılık getirilen düzenleme kötüniyetli malik ve satıcılar karşısında önalım hakkı sahibinin, önalım olayını hiç öğrenememiş, bu sebeple hakkını kullanamamış olduğu durumlarda, hakkını tamamen kaybetmesine neden olacak şekildedir:

Satım sözleşmesi tapu siciline tescil edilmişse, sicilin aleniliği ilkesi gereği, hak sahibinin bu durumu takip etmesi ve öğrenmesi gerekmektedir. Eğer öğrenemezse, hakkın kaybolması sebebiyle meydana gelen zararı için bildirimde bulunmayan alıcı ve satıcıya karşı tazminat talep etmekle yetinecektir.

Önalım olayı niteliğindeki sözleşmeler sonucu mülkiyet geçişinin tapuya tescil edilmediği durumlarda, önalım hakkı sahibinin durumu tapu sicilinden de öğrenememesi ve dolayısıyla hakkını kullanma imkanının önemli ölçüde ortadan kalkması söz konusu olabilir. Örneğin taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, önalım hakkını doğuran olay olarak ka-

⁷³ Adresi bilinmeyen önalım hakkı sahiplerine önalım olayının gerçekleştiğinin bildirilemediği durumlarda, hak sahibinin satım olayı gerçekleştikten çok uzun yıllar sonra bu olayı yeni öğrendiğini ileri sürerek önalım hakkını kullanabilmesi durumunda, yeni malikin hukuki durumu çok uzun yıllar boyunca sürüncemede kalabileceğinden, bu durum eleştirilmektedir (bkz., **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 610).

bul edilirse⁷⁴, taşınmaz satış vaadinin yapıldığı andan itibaren iki yıllık hak düşürücü süre başlayacak, satıcı ve alıcının önalım hakkı sahibine bildirmemesi halinde ve tesadüfen bu sözleşmenin yapıldığını öğrenemeyen hak sahibi zamanında kullanamayacağı için hakkı düşecektir. Taşınmaz satım vaadinin önalım hakkını doğuran olay olarak kabul etmeyen görüş esas alındığında ise, sözleşmeyi ifa etmeyen vaad eden kişiye karşı açılan davada mahkemenin satım sözleşmesinin kurulmasına ilişkin kararının kesinleştiği tarihte önalım hakkını doğuran olay gerçekleşir⁷⁵. Bu durumda da mülkiyetin naklinin tapu kütüğüne yazılmasından önce önalım hakkı sahibinin önalım olayını, ayrıca bildirilmediği sürece öğrenme imkanı bulunmamaktadır.

Böylece kanun koyucu, önalım hakkı sahibinin hukuki durumunu, yeni malik ve önalım yükümlüsü karşısında, önemli ölçüde zayıflatmıştır.

Kanun koyucunun yeni maliklerin durumunu sürüncemede bırakılmaması açısından azami bir hak düşürücü süre getirmeyi tercih ettiği anlaşılmaktadır. Ancak, bu durumda, hiç olmazsa azami sürenin başlangıcını “satıştan itibaren” değil, mülkiyetin naklinin tapu siciline tescilinden itibaren başlatması yerinde olurdu.

f) Önalım hakkının dava açılarak kullanılması

Medeni Kanunun getirdiği önemli bir değişiklik de önalım hakkının alıcıya karşı dava açılarak kullanılması zorunluluğudur (MK 734/I).

Önceki düzenlemede yer almayan bu hüküm, “uygulamada önalım hakkının gerçekleşmesinin *daima* bir davayı gerektirmesi” gerekçesiyle kabul edilmiştir. Kanunun gerekçesinden anlaşıldığı üzere, kanun koyucu önalım hakkına ilişkin beyanla istenilen sonucun elde e-

⁷⁴ Taşınmaz satış vaadinin önalım hakkını doğuran olay olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüş, taşınmaz satış vaadinin önalım hakkını doğuran olay olarak kabul etmemekte iken (Şıpka, s. 55-61 ve ayrıca bkz., s. 55, dn. 66'daki yazarlar ve 67'deki kararlar), diğer görüş kabul etmektedir (Meier-Hayoz, Art. 681 ZGB, N. 179; Liver, s. 207; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 616; Tandoğan, s. 272, dn. 34).

⁷⁵ Bkz., Şıpka, s. 61.

dilebilmesi için daima bir dava açılmasının gerektiği inancındadır.

Oysa, önalım hakkı yukarıda da belirttiğimiz üzere yenilik doğuran bir haktır ve yenilik doğuran hakların kullanılması için kural olarak dava açılması gerekmez⁷⁶. Bir yenilik doğuran hakkın kullanılması ile istenilen sonuç, yani satım sözleşmesinin kurulması, beyanın muhataba ulaştığı andan itibaren gerçekleşir, hüküm ve sonuç doğurur. Dava açma, satım sözleşmesinin kurulması ile mülkiyeti nakletme borcu doğan muhatabın bu borcunu yerine getirmemesi üzerine gerekli olup, bu davada önalım hakkının kullanılmasına ilişkin sonuç, yani hak sahibi ile muhatap arasında satım sözleşmesinin gerçekleştiğine ilişkin hüküm yenilik doğurucu bir karar değil, bir tespit hükmünden başka bir şey değildir⁷⁷. Uygulamada önalım hakkı sahibinin, genellikle bir dava açarak bu yola başvurusu⁷⁸, önalım hakkının “daima” bu yolla

⁷⁶ von Tuhr/Peter, § 3, II, s. 25.

⁷⁷ Nitekim Yargıtay da bir İçtihadı Birleştirme Kararında bu durumu açık bir dille ifade etmiştir: “Şuf’a mevzuundaki müteaddit içtihadı birleştirme kararları ile teyit olduğu üzere Türk Hukukunda şuf’a hakkı, bir yenilik doğuran (inşai) 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 münasebeti doğar. Ve bu satış münasebeti dolayısıyla hissenin mülkiyeti şefie geçmez ve fakat şefi her alıcı gibi, malın temlikini isteme alacağına sahip olur. Hissenin mülkiyeti şefie ancak, kendisinin satış münasebetinden doğan borçlarını yerine getirmesi halinde ve diğer tarafın hisseyi tapuda temlik etmesi yahut şefinin satış münasebetine dayanarak ve Medeni Kanunun 642. maddesi hükmünce açtığı tescil davası sonunda lehine karar alması ile geçer. Tatbikatta şefi, açtığı tek bir dava ile hem şufa hakkını kullandığını diğer tarafa bildirir ve bu hakkın kullanıldığının tespitini ister hem de şuf’a hakkını kullanmış olması sebebiyle meydana gelen satış münasebeti dolayısıyla hissenin kendisine temlikini ister; mahkeme şuf’a hakkının kullanılmasının şartlarının gerçekleşmiş olduğunu ve satış münasebetinden doğan borçlarının (hususiyile satış parasının vadeye bağlı olmadığı hallerde para ödeme borcunu) şefi tarafından yerine getirilmiş bulunduğunu tespit ettikten sonra hissenin mülkiyetinin şefiye geçirilmesine karar verir ve ancak bu karar ile şefi hisseye malik olur” (Y.İBK. 11.2.1959, 10/2 /RG. 29.4.1959, S. 10194).

⁷⁸ “...Üstelik bu uygulama yanıltıcı olup, şuf’a hakkının kullanılması için de mutlaka dava açmanın gerekli bulunduğu izlenimini vermektedir. Ancak gerçekte, şuf’a hakkı sahibinin mülkiyetin kendisine devri amacıyla açtığı dava ile aynı zamanda şuf’a hakkının kullanıldığının davalıya bildirilmesi üzerine, inşai sonuç dava dilekçesinin davalıya tebliği ile gerçekleşmiş olacak, mahkemece bu konuda inşai bir karar verilmesine gerek olmayacak ve hakim kararında bu vakıayı tespit etmekle yetinecektir. Hakimin inşai nitekte kararı sadece gayrimenkul mülkiyetinin şuf’a hakkı sahibine geçişi açısından olacaktır” (Önen, s. 90, 91).

gerçekleşmesini gerekli kılmadığı gibi, hak sahibinin dava açmaksızın hakkını kullanma imkanının elinden alınması için haklı bir gerekçe de oluşturamaz.

Bazı istisnai durumlarda yenilik doğuran haklar, yenilik doğuran bir dava (inşai dava) yoluyla kullanılabilir⁷⁹. Özellikle kamu düzeni ile ilgili olan veya hukuk güvenliğinin sağlanması ya da üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması gereken durumlarda, hukuki durum değişikliği için sadece hak sahibinin iradesi yeterli görülmemiş, bu iradenin bir de yargı denetiminden geçmesi uygun bulunmuştur⁸⁰. Örneğin boşanma için mutlaka boşanma davasının (MK 167 vd.), babalığa hükmedilebilmek için babalık davasının (MK 301 vd.), Anonim Şirket genel kurul kararlarının iptal edilmesi için iptal davası (TTK 381 vd.) açılması zorunludur. Hakim, kararını vermeden önce, hakkın kullanılması için gerekli şartların bulunup bulunmadığını kontrol eder ve arzu edilen değişik, yani bir hakkın kurulması, değiştirilmesi veya sona ermesi ancak hakimin kurucu nitelikteki kararı ile gerçekleşir⁸¹. Buradaki hüküm yenilik doğurucu bir hükümdür.

Ancak yenilik doğuran hakların dava yoluyla kullanılması daha çok, kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği konularda olabilir. Öyle ki taraflar bu tür konularda karşılıklı anlaşmalarıyla yenilik doğuran dava haklarının meydana getirdiği hukuki sonucu sağlayamazlar⁸². Karı kocanın anlaşarak diledikleri şekilde boşanmaları veya çocuklarının evlilik dışı olduğuna serbestçe karar vermeleri mümkün değildir. Oysa önalım hakkının meydana getirdiği sonuç, muhatap ile

⁷⁹ Bkz., **Önen**, s. 11; **von Tuhr/ Peter**, § 3, II, s. 26; **Schlosser, Peter**: Gestaltungsaklagen und Gestaltungsurteile, Bielefeld 1966, s., 30; **Larenz**, AT, s. 221, 222; **Eren, Fikret**: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.I, 6. Bası, İstanbul 1998, s. 63.

⁸⁰ “Kanun koyucunun bir yenilik doğuran hakkın kullanılmasında dava yolunu zorunlu kılmasıdaki ana düşünce, hukuki emniyetin zedelenmesinden duyulan kuşkudan ve bazı pratik düşüncelerden kaynaklanmaktadır. Şu halde genel olarak hukukun işlerliği, özellikle ve öncelikle genel hukuki ilişkilerdeki emniyet, kamu yararı ve tarafların ve keza ilgili üçüncü kişilerin hukuki emniyetlerinin korunması faktörlerinin ağırlıklı olduğu durumlarda, inşai sonuca varmak için mutlaka dava yoluna başvurulması zorunlu görülmüştür.” (**Önen**, s. 50).

⁸¹ Bkz., **Önen**, s. 50; **Schlosser**, s. 30; **Larenz**, AT, s. 221, 222; **Eren**, C.I, s. 63.

⁸² **Steiner, Rolf**: Das Gestaltungsrecht, Zürich 1984, s. 53.

hak sahibi arasında yapılan anlaşma ile sağlanabilir. Bu hususta devletin hak ve adalet dağıtma tekeline başvurmayı gerektirecek bir durum söz konusu değildir. Nitekim, bu söylenenleri doğrular şekilde, yenilik doğuran bir hak olarak kabul edilen önalım hakkının, dava yoluyla kullanılma zorunluluğuna ilişkin karşılaştırmalı hukukta herhangi bir hüküm de bulunmamaktadır⁸³. Bu itibarla getirilen düzenleme önalım hakkının dava yoluyla kullanılmayacağı temel ilkesine aykırı olmuştur⁸⁴.

Medeni Kanundaki bu konudaki 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 edilmektedir⁸⁵.

Oysa, önalım hakkının noter aracılığıyla kullanıldığı durumlarda süresi içinde kullanılmış olup olmadığı kolaylıkla ispatlanabilir⁸⁶. Bu itibarla söz konusu gerekçe, bir taraftan önalım hakkı sahibinin dava açmadan, tek taraflı irade beyanı ile hakkını kullanması imkanının elinden alınması, diğer taraftan, yenilik doğurucu haklar sistemine ters düşen bir düzenlemenin kabulü için haklı bir sebep oluşturmamaktadır.

⁸³ Tarihi açıdan önceleri yenilik doğuran hakların çoğu yenilik doğuran dava hakkı olarak kabul edilirken, zamanla yenilik doğuran haklara doğru bir geçiş olmuştur (**Schlosser**, *Gestaltungsklagen*, s. 30). Günümüzde istisnai durumlarda, örneğin ekonomik bakımdan zayıf olan kiracıların korunması amacıyla kira sözleşmelerinin feshi ve kiracının tahliye edilmesi için dava açılmasına ilişkin yenilik doğurucu davalar kabul edilmektedir (bkz., **Önen**, s. 99 vd.; Alman hukuku bakımından bkz., **Schlosser**, s. 30, dn. 6). Önalım hakkı açısından ise, hak sahibi karşısında satıcının veya alıcının korunmasını gerektiren üstün bir menfaat, kanımızca bulunmamaktadır.

⁸⁴ Ayrıca bkz., **Sungurbey**, Yasa 1985, s. 1676.

⁸⁵ Türk Medeni Kanunu **Öntasarısı** ve Gerekçesi, İstanbul 1984, s. 255, 396.

⁸⁶ Bkz., **Sungurbey**, Yasa 1985, s. 1676.

g) Önalım bedelinin ve alıcıya düşen giderlerin nakden yatırılması

MK 734/II'ye göre, "Önalım hakkı sahibinin, adına payın tesciline karar verilmeden önce, satış bedelini ve alıcıya düşen tapu giderlerini, hakim belirleyeceği süre içinde, belirleyeceği yere nakden yatırma yükümlülüğü vardır".

Önceki düzenlemede ve İMK'da yer almayan bu hüküm, önalım bedelinin depo edilmesine ilişkin uygulamayı kanun hükmü haline getirmiştir.

Ayrıca bu bedelin nakden yatırılması şartı getirilerek, banka teminat mektubu olarak tevdi edilmesi imkanı ortadan kaldırılmıştır. Nakit dışı yapılan tevdiatlar geçerli değildir⁸⁷.

⁸⁷ Bkz. 734. maddenin gerekçesi.