

## YARGITAY KARARLARI İŞİĞİNDA ŞUF'A HAKKININ KULLANILMASINA İLİŞKİN BAZI SORUNLAR

Hasan PULAŞLI\*

### I. ŞUF'A (ÖNALIM) HAKKININ MAHİYETİ VE AMACI

Önalım hakkı, Medeni Kanunumuzun 658. (akdi önalım) ve 659 (Kanuni Önalım) maddelerinde düzenlenmiş bulunmaktadır<sup>1</sup>. Fakat bu hakkın tanımı ve mahiyetle ilgili herhangi bir yasal hüküm yoktur. Bu bakımdan önalım hakkının tanımı öğretiye bırakılmakta ve burada da çeşitli tanımlara raslanmakta, ancak hepsi de hemen hemen aynı ortak noktayı yansıtmaktadır<sup>2</sup>. Önalım hakkı, mükellefin hakkın konusu olan şeyi (taşınır veya taşınmaz mal) bir üçüncü kişiye satması halinde, hak sahibine (şefie) tek yanlı bir irade beyanıyla satılan şeyin mülkiyetinin öncelikle kendisine naklini talep yetkisini veren, yenilik doğuran kurucu (inşai) bir haktır<sup>3</sup>.

Önalım hakkının hukuki mahiyeti öğretilerde tartışılmaktadır<sup>4</sup>. Ancak baskın gö-

\* Yard.Doç.Dr., Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi.

- 1 Ayrıca 19.7.1973 tarihli 1757 sayılı "Toprak ve Tarım Yasası"nın 123. maddesinde de önalım hakkı düzenlenmiştir. Bu hüküm aynen şöyledir. "Toprak sahibi, kiraya veya ortağa verdiği toprağı kiralık veya ortakçılık sözleşmesi sona ermeden satmak istediğı takdirde, bunu kiracı veya ortakçıya bildirmekle yükümlüdür. Kiracı veya ortakçının işlediğı toprağı öncelikle satınalma hakkı vardır ve bu hakkını ittila tarihinden itibaren bir ay içinde kullanabilir." Burada da görüldüğü gibi, MK, md. 658 ve 659 daki ilgili kimselerden başka ayrıca tarım arazisinin kiracısı veya ortakçısının da önalım hakları bulunmaktadır.
- 2 Öğretilerdeki önalım hakkının tanımı için Bkz. Sebük, T. Şuf'a, Vefa ve İştirah Hakları, İstanbul, 1951, s. 25; Feyzioğlu, F.N. Şuf'a Hakkı, İstanbul, 1959, s. 4, 5; Oğuzman-Seliçi, Eşya Hukuku, İstanbul, 1975, s. 410. Leemann, H. Sachenrecht, 1. Abt. 2. Aufl. Bern, 1920, Art. 681, nr. 1.
- 3 Yargıtay 20.6.1951 tarih, 13/5 sayılı içtihatları Birleştirme Kararındaki (İBK) önalım hakkının "kurucu yenilik doğuran bir hak" olduğunu kabul etmiştir. Bu görüş bugün öğretilerde de baskındır. Bkz. Feyzioğlu, şuf'a s. 18-19; Sebük, age., s. 36, Karahasan, M.R., Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku 2. cilt, 1977, s. 810 vd.
- 4 Önalım hakkının hukuki mahiyetiyle ilgili olarak öğretilerde, "satış vaadi", "icap", "şarh satış" ve "inşai hak" teorilerine yer verilmektedir. Bu teori ve tartışmalar için bkz. özellikle Feyzioğlu, Şuf'a, s. 18-19.

rüş, önalım hakkının kurucu yenilik doğuran bir hak olduğudur<sup>5</sup>. Bilindiği gibi yenilik doğuran hak, hak sahibine tek taraflı irade beyanında bulunarak, yeni bir hukuki ilişki kurmak, mevcut hukuki ilişkiyi değiştirmek veya sona erdirmek yetkisini veren haktr<sup>6</sup>. Buna göre, hak sahibinin, sözkonusu hakkını kullandığına dair tek yanlı irade beyanının mükellefe veya yeni malike ulaşmasıyla, kendisi ile muhatap arasında bir satım ilişkisi meydana gelir. Bu nedenle de sözkonusu irade beyanının muhatabın hakimiyet alanına girmesi yeterli olup, ayrıca bunu öğrenmiş olması şartı aranmaz, ancak öğrenebilmesi olanağının sağlanmış olması yeterlidir<sup>7</sup>. Bu irade beyanının açıklamasından yalnızca haklar değil, aynı zamanda açıklayan için, yükümlülükler doğduğu için, irade açıklamasını yapan kişinin fiil ehliyetine sahip olması gerekir<sup>8</sup>. Ancak bu irade beyanının yapılması herhangi bir şekle bağlı olarak yapılması gerekmezse, önalım hakkının tapu kütüğüne şerh edilebilmesi için bu hususta yazılı bir beyanın olması gerekir<sup>9</sup>.

Öte yandan şerh edilmiş önalım hakkında, mükellefin veya yeni malikin, önalım hak sahibine satışın tam muhtevasını gecikmesiz olarak, hem de satış şartları henüz daha tam olarak tesbit edilmemiş olsa bile, bildirmesi gerekir (MK md.658/2). Aynı bildirim yükümlülüğü taşınmaz resmi senedini re'sen düzenleyen tapu sicil muhafızına da tereddüp etmektedir. Ancak bu husustaki bildiriminde özel bir şekilde yapılması gerekmezse, satış sözleşmesinin kapsamı ve alıcının adı tam olarak önalım hak sahibine bildirilmesi gerekir. Böylece onun önalım hakkını layıkı veçhile kullanılması sağlanmış olsun<sup>10</sup>. Buna göre önalım hakkının tapu kütüğüne şerh edilmiş olması halinde, hakkın sahibi bu hakkını taşınmaza kim malik olursa<sup>11</sup>, ona

- 
- 5 Bkz. dipnot 3'de anılan yazarlar, ayrıca Saymen-Elbir, Eşya Hukuku, 1958, s. 407, Schwarz H. Borçlar Hukuku (Çev. B Davran), s. 270, Tandoğan, H. Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 1. cilt, 1974, s. 203, Yasa 20.6.1951, 13/5 sayılı İBK.
  - 6 Velidedeoğlu, H.V., Umumi Esaslar, 6. baskı, 1959, s. 250; Oğuzman K., Medeni Hukuk Dersleri, 1982, s. 105.
  - 7 Leemann, Art. 681, Nr. 59; Karahasan, a.g.e., s. 811, 841.
  - 8 Leemann, Art. 681, Nr. 60; Karahasan, a.g.e., s. 841; Bu irade açıklamasının dava yoluyla olması şart değildir. Bkz. Yarg. 6 HD, 18.6.1954, 3873E, 3239K.
  - 9 Leemann, Art. 681. Nr. 59 ve 70.
  - 10 Leemann, Art. 681. Nr. 55.
  - 11 Eğer sözkonusu taşınmazı alan birinci alıcı bunu daha sonra başka bir kişiye satar, başışlar, trampa ederse, bu durumda HUMK md. 186 gereği önalıcının ilk satışla doğmuş olan hakkı etkisiz hale gelmez, yargıtayın kararları da bu yönde gelişmiştir. 6. HD. 11.1.1954, 592 E, 116 K, 5. HD. 24.2.1950, 807 E, 585 K, 6. HD, 3.5.1976, 2865 E, 3109 K. (Karahasan a.g.e., s. 883). Ancak buradan çıkacak ikinci sorun, önalıcı HUMK 186 md. uyarınca seçimlik hakkını yeni alıcıya karşı kullanınca, acaba ilk satış parasını mı, yoksa ikinci ve önalım hakkına muhatap olan kişinin ödediği satış parasını mı ödeyecektir? Yargıtay kararlarında bir görüş birliği yoktur. Ancak kararlardaki baskın görüş, son alıcının iyi niyetli olup olmadığına göre, önalıcının ödemesi gereken satış parası giderlerin belirleneceğidir. Bkz. HGK 16.4.1952, 5/52 E, 58 K; 23.1.1954, 6/1 E, 14 K. Yine HGK 1.3.1972, 969/6-625 E, 137 K; HGK 1.10.1975, 973/6-664 E, 1063 K., 6 HD 1.3.1975, 6176 E, 62 K (Karahasan, a.g.e. s. 895).

karşı kullanılabilir<sup>12</sup>. Çünkü MK md. 658 b1'de "mukaveleden mütevellit şuf'a hakkı tapu siciline şerh verildiği... surette herhangi bir malike karşı dermeyan olunabilir". demek suretiyle bunu ifade etmiştir. Bu nedenle de hakkın kullanılmasıyla doğan satış ilişkisi onunla doğar<sup>13</sup>. Ancak burada dikkat edilecek husus, kullanılan önalım hakkının mevsuf (nitelikli) bir önalım, yani tapuda belli bir bedelin gösterilmiş olması halinde, o bedel, aksi halde, adi önalım sözkonusu ise, yani önceden herhangi bir bedel kararlaştırılmamışsa, tapuya yazılan alıcının ödediği bedelin ödenmesi gerekir<sup>14</sup>. Ayrıca bu satış bedeli kavramına, tapu giderlerinin dahil olduğu da unutulmamalıdır<sup>15</sup>.

Öte yandan bu durum, Alman Hukukunda biraz farklı değerlendirilmektedir. Önce ilke olarak, önalım hakkının kullanılması, alıcı ile satıcı olan mükellef arasındaki satış sözleşmesini etkilemez. Şu kadar ki, üçüncü kişinin önalım hakkının varlığını bilmesi ve satıcı ile de, önalım hakkının kullanılmayacağı zmnî şartı ile satış sözleşmesini yapması halinde, önalım hakkının bu satış sözleşmesinin akibetini tayin etmesi doğaldır. Ancak bu şart, noterde yapılan taşınmaz satış senedine<sup>16</sup> özel bir şekilde olmaksızın da geçerli olarak konulabilir<sup>17</sup>. Bu durumda mükellef üçüncü

- 12 Meier-Hayoz, Art. 681, Nr. 53; Leemann, Art. 681, Nr. 59; Haab, Art. 681/682, Nr. 46; Oğuzman-Selici, a.g.e., s. 413; Feyzioğlu, a.g.e., s. 214; İsviçre Federal Mahkemesi önceleri kararlarında yanlış olarak, üçüncü kişi adına tescil yapılması durumunda da, önalım muhatabının satıcı (eski malik) olduğunu kabul etmişken (BGE 82.II.576) sonraki kararlarında (BGE 92.II.147) doğru olarak, önalım muhatabının yeni malik olduğunu kabul etmiştir. Yargıtayımızın görüşü de bu yöndedir. Yarg. İBK, 21.5.1958 7/3 (RG 25.9.1958 Sayı 10016).
- 13 Oğuzman-Seliçi, a.g.e., s. 413-414; 6 HD, 10.11.1953, 2463 E, 2134 K, (Karahasan, a.g.e. s. 882).
- 14 Tabii payın satış parasındaki muvazaah durum ayrı olup, bu ilerde incelenenektir. Bkz. s. 16 vd.
- 15 Feyzioğlu, Şuf'a, s. 375 vd. Oğuzman-Seliçi, a.g.e., s. 412, dipnot, 755. Ayrıca Yargıtay satış parasından başka, tapu harç ve giderlerinin doğrudan doğruya mahkemece nazara alınacağı fikrini benimsemiştir. HGK 16.2.1949, 5/4E, 8 K ve yine HGK'nun 23.1.1952, 1/227 E, 23 K, sayılı kararı (Bkz. Karahasan a.g.e., s. 890). Bundan başka Yüksek Mahkeme, alıcının (davalının) taşınmazı alırken ödediği komisyon ücretinin de önalım karşılığının kapsamına girdi görüşünü benimsemiştir. Bkz. HGK 13.6.1951, 1/216 E, 106 K; 6 HD. 17.1.1953, 765 E, 315 T; 6 HD. 12.5.1955, 2541 E, 2388 K (Karahasan a.g.e., s. 890). Ancak komisyon ücretinin mahkemece re'sen nazara alınıp alınmayacağı noktasında Yargıtay kararlarında bir birlik yoktur. Bu çelişkili kararlar için Bkz. Karahasan, a.g.e., s. 890. Feyzioğlu, Şuf'a, s. 380 ve Karahasan haklı olarak, önalım karşılığına komisyon ücretinin dahil olmaması gerektiğini ileri sürüyorlar. Doğru olanı da budur bizce.
- 16 Alman Medeni Kanunu 313 uyarınca, Alman Noterleri, taşınmaz resmi satış senedini düzenlemeye yetkili oldukları gibi, Federal Noter Kanunu 20/V, gereğince de "Tapu Sicili Nizamnamesinin 36. ve 37. maddelerine göre de tapu senetlerini vermek dahil, aracılık yapmada yetkilidirler. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Pulaşlı, H. Türk ve Alman Hukuklarında Noterlerin Sorumlulukları. Türkiye Noterler Birliği, Hukuk Dergisi, Yıl. 1983, Sayı 39, s. 10 vd.
- 17 Erman-Weitnauer, Handkommentar zum BGB, 1972, § 504, R dnr, 15, ayrıca arada anılan Alman İmparatorluk Mahkeme Kararı, RG JW 22, 576.

kişiyeye karşı kendisine uygun sözleşme şartları ile — önalım hakkı kullanılmadığında satışın geçerli olacağı — temin etmiş ve önalım hakkının kullanılması durumunda da ancak birini ifa edebileceği eş muhtevalı iki yükümlülüğünden birini yerine getirememekten dolayı (§§ 325, 326, BGB) zararı tazmin yükümlülüğünden kurtulabilir<sup>18</sup>. Eğer mükellef, böyle bir şartı saklı tutmaksızın, önalım hakkının kullanılmasıyla satış sözleşmesinin mevzusunuz kalması nedeniyle üçüncü şahsa tescil giderlerini ödemek zorunda kalırsa, bunu önalıcıdan talep edemez<sup>19</sup>.

Öte yandan önalım hakkının tapu siciline şerh verilmemesi halinde, bu hak sadece önalım sözleşmesini akdeden malike karşı ve onun kullu haleflerine kullanılabilir. Cüz'ü halef durumdaki sonraki maliklere karşı kullanılamaz<sup>20</sup>.

## II. ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASI İLE DOĞAN HUKUKİ BAĞIN NİTELİĞİ

Yukarıda da açıklandığı gibi, önalım hakkının gerek öğretilde gerekse uygulamada, kurucu yenilik doğuran bir hak olduğu baskın olarak benimsenmektedir. Nitekim bu hakkın kullanılmasıyla da, önalım hak sahibi ile muhatap arasında yeni bir hukuki ilişki kurulur ki, bu da satım ilişkisidir<sup>21</sup>. Yargıtay 20.6.1951 tarih 13/5 sayılı içtihadı Birleştirme Kararında, önalım hakkının kullanılmasıyla, şefiın müşteriye halef olacağını belirterek şöyle demektedir: "Gayri menkul mülkiyetinin takyidlerinden olan şuf'a hakkı, gayri menkulde hisse sahibi bulunan kişiyeye, diğer bir hissenin üçüncü bir şahsa satılması halinde, o hisse müşteriye neye mal olmuş ise, o miktar ile ve belli bir süre içinde satınalmak selahiyetini veren aynı bir haktır. Bu hak, meşfu hissenin üçüncü şahsa satılması ve satışa itiladan itibaren bir ay içinde kullanılmış olması gibi muayyen şartlar altında kullanılacak yenilik doğuran kurucu bir haktır ki, şefiın bu hakkını kullandığı yolundaki tek taraflı irade beyanının müşteriye vasıl olması ile yeni bir hukuki vaziyet meydana getirmesine yarar. Bu hakkın kullanılmasıyla şefi yeni bir akit yapmaya hacet kalmaksızın müşteriye halef olur... şefiın şuf'a hakkını kullanmasıyla husule gelen yeni hukuki vaziyet gözönünde tutulursa, şuf'a davasının bir kayıt tashih davasından ibaret olduğu sonucuna varılır"<sup>22</sup>.

18 Erman-Weitnauer, § 505, Rdnr. 5.

19 Erman-Weitnauer, § 505, Rdns. 5 ve orada anılan Bonn LG Mahkeme Kararı NJW 1965, 1609. Ancak Alman Medeni Kanununun § 506'da; "mükellefle üçüncü şahsın yaptıkları satış sözleşmesinin geçerliliğini, önalım hakkının kullanılmaması şartına tabi kilmaları veya önalım hakkının kullanılması halinde, mükellefin satış sözleşmesinden dönme şartı, önalıcıya karşı hükümsüzdür" diyerek önalıcının hakkının kullanılmasının engellenmesini önlemiş bulunmaktadır. Türk-İsviçre Hukukunda böyle bir hüküm yoktur, ancak Yargıtayın kararları bu yöndedir, bkz. Karahasan, a.g.e., s. 883.

20 Bkz. Oğuzman-Seliçi, a.g.e., s. 413.

21 Erman-Weitnauer, 505, Rdnr. 3. Burada önalım hak sahibi, üçüncü kişinin yerine geçmeyip, hakkını kullanmakla kendisi ile mükellef arasında bizzat yeni bir satış akdi meydana gelir ki, bunun muhtevalı, üçüncü şahsı yapılan akdin muhtevalının aynıdır. RG 121, 139 (Erman-Weitnauer, § 505, Rdnr. 3).

22 Yargıtayın bu İBK'nın eleştirisi için bkz. Oğuzman, K. Medeni Kanunun boşluklarının Yargıtay Kararları ile doldurulduğu bir müessese: Şuf'a Medeni Hukukun 50. Yılı, 1977, s. 19 vd.

Ancak Yargıtay bu kararındaki, önalım hakkının kullanılması ile kurulan hukuki ilişkide, muhatapın payın mülkiyetini şefie nakletmek, şefiinde ona satış parasını ödemek borcu altına gireceğini, ancak muhatap tarafından mülkiyeti nakil borcunun yerine getirilmemesi halinde açılacak davanın bir tapu kaydının düzeltilmesi olacağı yolundaki görüşünü yine 21.5.1958 7/3 sayılı bir içtihatı Birleştirme kararında değiştirerek; "şefiin kanuni şartlara uygun olarak şuf'a hakkını kullandığını diğer tarafa bildirmesiyle, kendisi ile muhatap arasında bir aynı satış akdi meydana gelir... Muhatapın mülkiyeti nakil borcunu yerine getirmemesi halinde de, şefiin açacağı dava, bir tapu kayıt düzeltilmesi davası değil, aksine MK 642. maddesi uyarınca mülkiyetin davalıdan şefie geçirilmesi isteklerini hedef tutan bir davadır". diyerek eski yanlış görüşünü terkedip, açılan önalım davasının MK md. 642 anlamında mülkiyetin devrini amaçlayan bir dava olduğu fikrini benimsemiş ve bu görüşünü daha sonraki bir 11.2.1959, 10/12 sayılı İçtihatı Birleştirme kararında aynen teyit ve tekrar etmiş bulunmaktadır. Buna göre mülkiyet şefie, ancak mahkeme kararının kesinleşmesiyle geçecektir. (MK md. 633, 642)<sup>23</sup>.

Fakat Yargıtayın, önalım hakkının aynı hak ve bunun kullanılmasıyla meydana gelen satış akdinin de aynı bir satış olduğu fikri benimsenemez. Önce satış akdi hiç bir zaman aynı bir hak değildir. Sonra kişisel bir hak olan önalım hakkı, tapu kütüğüne şerh verilmeyle ancak etki alanı kuvvetlendirilebilir, fakat aynı hak niteliğini kazanamaz<sup>24</sup>. Aynı şekilde kanuni önalım hakkıda aynı bir hak değildir. Bu İsviçre ve Alman öğretisindeki "Subjektiv-dinglich" bir hak olarak tanımlanmasının Türkçeye yanlışlıkla "enfusi aynı hak" olarak çevrilmesinden kaynaklanmaktadır<sup>25</sup>. Aslında aynı hak "dingliches Recht" demek olup, bunun başına "Subjektive" kelimesinin eklenmesine gerek duyulmadığı haller, hakkın mevzuu, konusu (objekt) olarak mal nazara alınmakta ve söz konusu hakkın mahiyeti ifade edilmiş olmaktadır. Ancak, "subjektive-dingliche Rechte" sözkonusu olduğunda, artık hakkın konusu değil, aksine hakkın sahibi (subjekt) nazara alınmakta ve böylece hak sahipliği bakımından, hakkın belli bir kişiye değil de, mala bağlı olduğu ifade edilmek istenmektedir. Kanuni önalım hakkı, bir şahsa şahsen değil, müşterek mülkiyet payına sahip olmasından dolayı tanınmış olduğu için aynı hakla da bir ilgisi bulunmamaktadır<sup>26</sup>. Aynı şekilde kişisel önalım hakkının tapuya şerh verilerek aynı et-

23 Bu kararın eleştirisi için Bkz. Sungurbey, İ., Kişisel hakların tapu kütüğüne şerhi, 1963, s. 97 vd., Oğuzman, Şuf'a, s. 21 vd. Yargıtayın kesin, öğretideki baskın görüş bu iken 4 HD, 11.19.1972, 480/7123 sayılı kararında (RKD 1973, II/2), s. 208) mülkiyetin, önalım hakkının kullanılması ile şefie geçeceğinin bilimsel eserlerde kabul edildiğinden, Yargıtay'a göre de, şuf'a bedelinin Mahkeme veznesine yatırılması ile mülkiyetin geçeceğine kabul ettiğini, söylemesi yanlış ve da hayret uyandırmaktadır. Bu kanımızca, Yargıtayın, "mahkemece tapuda gösterilen hisse bedeli ve tapu harç ve giderlerinin tahsilinden sonra meşfu hissenin davacı adına tashihen tesciline karar verilir" yolundaki görüşle karıştırılmış olması gerekir. (Bkz. 6 HD, 23.1.1962, 4679 E, 311 K Karahasan, a.g.e., s. 892).

24 Leemann, Art. 681, Nr. 3.

25 Bkz. Oğuzman, "Şuf'a", s. 20. Ayrıca Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar. İÜHFM. Cilt XXXI, sayı, n-4, s. 209 vd.

26 Bkz. Oğuzman, "Şuf'a", s. 20.

kinliğe (dingliche Wirkung) kavuşturulması, kişisel bir hak olan bu hakkın bizzatihi kendisinin aynı hakka (dingliches Recht) dönüşmesi sonucunu doğurmaz<sup>27</sup>. Bu bakımdan bir hakkın şerhle aynı etkinliğe kavuşması mümkün olup, bu hakkın muhtevasının şerhle aynı hakka dönüşmesi, aynı hakların "Numerus clausus", sınırlı sayıda olmaları niteliğine aykırı düştüğünden kabul edilemez<sup>28</sup>.

Önalım hakkının kullanılması ile şef'i ile muhatap arasında bir satım ilişkisi kurulmuş olur ve taraflar karşılıklı olarak, aynen alım-satım daki gibi, borç altına girerler. Buna göre, muhatabın borcu, o şeyin mülkiyetini önalıcıya nakletmek, önalıcının borcunda, o şeyin bedelinin (satış parası, tapu harç ve giderlerini) alıcıya ödemektir. Ancak hemen belirtelim ki, Yargıtay, yargıcın MK. md. 642 uyarınca önalıcı lehine karar verebilmesi için, önalıcının (şefiini) satış bedelinin ve giderlerin ödenmiş olduğunu tesbit etmesini aramakta ve hatta yine bir İBK'da, yargıcın hükümden evvel re'sen münasip bir mehil vererek hisse bedelinin ve masrafların tevdi veya tediyesine karar verebileceğini kabul etmektedir<sup>30</sup>.

Önalım hakkının kullanılmasıyla, yeni hak sahibinin hakkını kullandığına dair beyanın muhataba varmasıyla, o şeyin tehlike (hasar) ve faydası (nefi) BK md. 183/I uyarınca önalıcıya (şefie) geçer. Çünkü önalım hakkı, hak sahibinin tek yanlı irade beyanının muhataba yöneltilmesi ile, kendisi ile muhatap arasında (BK md. 10 gereği) bir satım ilişkisinin kurulmasını sağlayan yenilik doğuran bir haktır. Bu bakımdan sözkonusu irade beyanının muhataba varmasıyla geriye etkili (ex tunc) olarak, gönderme anından itibaren BK md. 10 uyarınca hüküm ifade eder<sup>31</sup>. Ancak Yargıtay'ın kararlarında bu hususta kararsızlık gözlenmektedir. Yüksek Mahkeme bazı kararlarında, önalım hakkının kullanılmasına ilişkin beyanının muhataba ulaşması tarihinden itibaren önalım konusu şeyin fayda ve zararının alıcıya geçeceğini kabul ederken<sup>32</sup>, çoğunluktaki ve de yeni kararlarında bunun aksini, yani fayda ve zararın, önalım hakkının kullanıldığı andan değilde, daha çok satış parasının ve tapu giderlerinin mahkeme vizesine depo delimesinden sonra önalıcıya geçeceğini kabul etmektedir<sup>33</sup>. Yargıtay bu görüşünü yansıtan bir kararında<sup>34</sup> şu gerçekleri

- 
- 27 Leemann, Art. 681, Nr. 3 "Dem Vorkaufsrecht Kann durch die Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch (Art. 959 2GB) dingliche Wirkung verleiht Werden, ohne dass das Recht selbst dadurch zu einem dinglichen wird".
- 28 Bkz. Oğuzman, "Şuf'a", s. 20, Leemann, Art. 681, Nr. 3.
- 30 Yargıtay 11.2.1959, 10/2 sayılı İçtihatı Birleştirme Kararı (RG 29.4.1959, Sayı 10194). Yine İBK 20.6.1951, 13/5. (Karahasan, age., s. 892) ve yine daha yeni ve değişik kararlar için bkz. Karahasan, age., s. 892.
- 31 Bkz. Leemann, Art. 681, Nr. 68; Feyzioğlu, Şuf'a, s. 364; Karahasan, a.g.e. s. 869, Tandoğan, a.g.e., s. 214; Oğuzman-Seliçi, age., s. 412, dipn. 755.
- 32 Bkz. 1 HD 9.4.1951, 878 E, 1183 K; 4 HD, 20.10.1951, 8445 E, 6433 K; 4 HD, 17.10.1957, 187 E, 6163 K; 4 HD, 19.6.1958, 957/5962 E, 4240 K. (Karahasan, a.g.e., s. 867-68).
- 33 Bkz. 4 HD., 7.10.1957, 4197 E, 5887K; 4 HD. 26.10.1963, 962/7758 E., 3007 K, 4 HD., 25.2.1964, 964/247 E, 1305 K; 4HD, 11.9.1972, 480 E., 7123 K; 3 HD, 7.3.1960, 1879 E, 1509 K; 3 HD. 2.9.1959, 2123 E, 2855 K; 6 HD. 6.3.1962, 8148 E, 1938 K; 13 HD. 22.2.1974, 237 E, 420 K. (Karahasan, age., s. 8681).
- 34 4 HD. 26.3.1963, 962/7758 E, 3007 K.

ileri sürmektedir. "Gerçekten şuf'a hakkı, payı satan alana ulaştırılması gereken ve ulaştırıldığında yenilik doğuran bir haktır. Ancak bu hakkın kullanılıp, satın alana ulaştırılması ve pay parası ile masrafların ona verilmek üzere hazır tutulması ile payı satanla satın alan üçüncü kişi arasında yapılmış olan alım-satım sözleşmesinin şartları yönünden benzerinin taraflar arasında meydana geldiğinin kabulü gerekir. Bk. md. 183/1'de gösterildiği üzere satılanın nef'i ve hasarı da ancak bu şartla şuf'a hakkı sahibine düşer... Aksi yönün, pay parasının yatırılmasına yer olmadan yalnız yenilik doğuran bir hakkın ulaştırılması ile nef'i ve hasarın şuf'a hakkı sahibine geçtiğinin kabulü hakkaniyete uymaz". Yargıtayın bu görüşünde tek isabetli olan nokta, ön-alım hakkının ilgili kişiye ulaştırılması gereken ve ulaştırıldığında da, kendisi ile payı satın alan arasında yeni bir hukuki ilişkinin, yani satım aktinin doğmasıdır. Ne var ki, Yüksek Mahkeme böyle olduğunu bilmesine rağmen, yanlış olarak, hakkaniyete uymadığı gerekçesiyle bunu kabul etmemektedir. Ashında ön-alım hakkının gerek noter aracılığı ile (hakkın kullanıldığını bildiren yazının) gerekse dava dilekçesinin (mahkeme kalemince) postaya verildiği günden başlayarak önalıcıya geçmiş olmasından sonra, önalıcı satış parası ve masrafları daha sonra vezneye yatırmış olmasından dolayı arada geçen zaman için önalıcı, satış parası ve masrafların tutarına BK. md. 103 uyarınca temerrüd faizi ödemekle yükümlü tutulması halinde, hakkaniyete aykırı bir yön olmaz, çünkü sözleşme kurulmakla, o şeyin bedelinin alıcıya ifa edilmemesi ve önalıcının nezdinde kalması nedeniyle muhatab bundan yararlanmaktan yoksun bırakılmıştır.

Öte yandan yargıtayın mustakar içtihatlarında benimsenen başka bir görüşe göre de, paylı bir evin veya dükkanın eylemli olarak bir paydaşın elinde iken, onun tarafından payının üçüncü bir kişiye satılması ile birlikte, evin ya da dükkanın alıcıya eylemli teslimi olayında, ön-alım hak sahibi hakkını kullanıp, payı üzerine geçirene kadar bir süre geçtiği için, sonradan alıcıya karşı haksız işgal (ecri misil) tazminatına ilişkin bir dava açmaktadır. İşte bu durumda, satış parası ve giderlerinin alıcının emrine hazır tutulmasından ya da mahkeme veznesine yatırılmasından sonraki dönem için haksız işgal tazminatının ödemesi gerekmektedir<sup>35</sup>.

### III. SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN İPTALİ KABİL VEYA GEÇERSİZ OLMASI HALİNDE ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASININ HUKUKİ SONUÇLARI

Şef'i tarafından ön-alım hakkının kullanılabilmesi için herşeyden önce sözkonusu malın, üçüncü kişiye satılması gerekir. Ancak hemen belirtelim ki, satım sözleşmesinin yapılmış olması yeterli olup, ayrıca sözkonusu mal taşınmaz ise, bunun tapuda alıcı adına tescil edilmiş olması gerekmez. Bu durumda şef'i, ön-alım hakkını tapu malikine karşı kullanır<sup>36</sup>. Ön-alım hakkının kullanılması, satıcı ve alıcıyı geçerli surette bağlayan bir satış sözleşmesinin meydana gelmiş olmasına bağlıdır. Eğer sözkonusu sözleşme, şekil eksikliği, bir tarafın temyiz kudretinden yoksun olması

35 Bkz. 4 HD., 24.3.1964, 5312 E, 1646 K; 6 HD. 6.3.1962, 8148 E, 1968 K (Karahasan, age., s. 870).

36 Bkz. Oğuzman-Seliçi, age. s. 414; Leemann, Art., 681, Nr. 55 ve 59, 6 HD. 30. 6.1966, 2258 E, 3337 K., (Karahasan, age., s. 830).

veya kişilik haklarına aykırı olması ya da Borçlar Kanunu 19.II ve 20.I maddelerindeki nedenlerden biriyle geçersiz ise, kullanılan önalım hakkı da hükümsüz olur. Başka bir ifadeyle önalım olayı gerçekleşmez<sup>37</sup>.

Ancak taraflar taşınmaz satımını, önalıcının bu hakkını kullandığı anda satımın geçersiz olacağını şart olarak sözleşmede kararlaştırmış olmaları halinde durum farklıdır<sup>38</sup>. Burada önce şu hususu belirtelim. Şarta bağlı borç veya işlem den bahsedilince, hukuki işlemin sonuç doğurması gelecekte gerçekleşmesi kuşkuoluumlu veya olumsuz nitelikteki bir olaya bağlanması anlaşılır<sup>39</sup>. Burada dikkate değer bir nokta, tarafların taşınmaz satımını bir şarta bağlı olarak yapabilmelerine karşın, tescilin, BK. md. 214 ve Tapu Sicili Nizamnamesinin 13. maddesi uyarınca şartsız olması gerekir. Bu da tapu sicilinin açıklık ve kesinlik ilkesine dayanmaktadır<sup>40</sup>. Şimdi taraflar taşınmaz satımın önalıcının bu hakkını kullanması durumunda, geçersiz olacağı şartına bağlı olarak yapmaları halinde, önalıcının hakkını kullanması ve satım sözleşmesinin geçersiz olması, önalım hakkının akibetinin ne olacağıdır. Bu hususta İsviçre St. Gallen yerel mahkemesinin ilginç ve hukuki bir ders niteliğindeki bu kararını aynen alıyoruz<sup>41</sup>.

(K), davalının evinde kiracı olarak oturmakta ve kira sözleşmesinde de kendisine fiyatı sınırsız olan bir adi şuf'a (önalım) hakkı tanınmıştır. Davalı daha sonra evini satmaya karar verir ve bir simsar da alıcı olan evli çift (G) yi bulur. Tarafların üzerinde anlaştıkları satım sözleşmesine göre, satış parası birkaç gün içinde ödenecek ve tapuya tescilde o zaman yapılacaktır. Satım sözleşmesinde (tapuya kayıt düşülmemiş) önalım hakkına değinilmemiştir, ancak her iki tarafta önalım hakkının varlığını bilmekte, fakat bunun kullanılmayacağı düşüncesindedirler. Ancak (K), önalım hakkını kullanır ve bunun üzerine davalı, evli çift (G) ile akdedilen şartlarla, evin mülkiyetini ona devreder. Evli çift (G)'de eski malikten, evin mülkiyetinin kendilerine devrini ve bunun mümkün olmaması halinde satım sözleşmesinin ifa edilmemesi nedeniyle de muhtemel zararının tazminini talep eder. Mahkeme, (K)'nin önalım hakkını geçerli olarak kullandığını ve böylece hakkını geçerli olarak kazandığı gerekçesiyle evli çift (G) nin talep ve davasını reddeder. Kararı gerekçesi de şöyledir:

Her iki tarafında, satım sözleşmesini yaparken, önalım hakkının her halükârda kullanılabileceğini bilmesi gerekirdi. Bu sebepten bunun kullanılmayacağına kesin gözle bakmamaları lazımdı. Buna göre, tarafların önalım hakkını zımnen nazarı iti-

37 Leemann, Art. 681, Nr. 43; Haab, Art. 681/682, Nr. 34; Erman-Weitnauer, 504, Rdnr. 7, Feyzioglu, Şuf'a, s. 187 ud. Oğuzman-Seliçi, age., s. 411, dipn. 747.

38 Alman Hukukunda (BEB 506) bu hususta yasal hüküm vardır. Buna göre, alıcı ile satıcının kararlaştırdıkları bu gibi şartlar, önalım hakkını etkilemez. Bkz. dipnot 19.

39 Bkz. Saymen-Elbir, Borçlar Hukuku, I.2. cilt, İstanbul, 1959, s. 767, Feyzioglu, F.N., Borçlar Hukuku, II. cilt, 1974, s. 343, Tekinay, S.S. Borçlar Hukuku, 1974, s. 282.

40 Serozan, R. Sözleşmeden dönme, İstanbul, 1975, s. 109; V. Tuhr-Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1974, 2.bd. 3 Aufl. 85. V.

41 SJZ 1983, s. 196-197, St. Gallen Bezirksgericht Z. Abtrilung, 17.5.1982.



bare almış oldukları, yani satım sözleşmesinin zımni şartla yapıldığı sonucu çıkmaktadır. Buna göre davalı, taşınmazın mülkiyetini, sadece (K) önalım hakkını kullanmazsa, kazanacaktı, ancak burada önalım hakkının kullanılmasıyla da, satım sözleşmesi geçersiz olacaktı. Davacı da bu düşüncede olduğundan, aksini iddia etmemiştir. Fakat kendisine davalı tarafından 8.10.1980 tarihli satım sözleşmesinin herhalde ifa olunacağı temin edildiği ve böylece de (K)'nin önalım hakkına herhalde davalı riayet etmiyecekti. Bir şartın sözleşmede açık, seçik gösterilmesi gerekmediği, aksine, hal ve şartlardan zımni olarakta kararlaştırılmış olduğu çıkarılabilir (von Tuhr-Escher. OR-II. s. 256). Gerçekten de, (K) nin önalım hakkını kullanmayacağı ümidiyle, taraflar sözleşmeyi şarta bağlı olarak yapmışlar, ancak bu ümit, onlar için yanıtıcı olmuştur.

Davahlar, satımın şarta bağlı olarak yapıldığının kabul edilmesi gerekeceği durumunda, işlemlerin geçersizliği itirazını ileri sürmekte. Önalım hakkının kullanılmayacağı hususundaki anlaşma, satım sözleşmesinin önemli bir unsurunu (parçasını) teşkil etmektedir. Ancak bu anlaşma zımni olarak kararlaştırılmış ve resmi olarak da tasdik edilmemiştir (Art. 216 cümle 1. OR; Art. 657 cümle 1. ZGB). Sözleşmenin bu noktası (unsuru) şekil eksikliği nedeniyle geçersiz olup, varlığı nazari itibare alınmamaktadır (Art. 11 OR). Yani satım sözleşmesi sanki şartsız olarak yapılmış gibidir. Buradan da, davalının, sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle, zararı tazminle yükümlü olmadığı sonucu çıkmaktadır.

Davalı, zımni olarak kararlaştırılan şartta, resmi tasdik şekil zorunluluğunun olmadığını ileri sürmektedir. Şekil zorunluluğu, sadece "essentialia negotii" (önemli noktaları), yani bir hukuki işlemin gerekli unsurları (hususları) nı kapsamaktadır. Ancak davalının bu fikrine itibar edilmesi durumunda, işlemin bütününe geçersiz sayılması gerekecektir. Hükümsüz bir işlemde, herhangi bir tazmin talep hakkı doğmaz. Bu bakımdan, zararın tazminine yönelik talebin, herhalükârda reddi gerekir.

Baskın görüşe göre, şekle uyma gerekliliği, objektif ve subjektif bakımlardan sözleşmenin bütün önemli noktalarını kapsar. Önemli işlemlere ilişkin belirli bir sözleşme tipinin kavramsal zaruri parçaları, objektif önemli noktalardan sayılır. Subjektif önemli nokta olarak da, taraflarca sözleşmenin her noktasının, "essentialia" (önemli) gibi aynı değerde olduğunun, yani taraflardan birinin, bu noktalardan birinin üzerinde anlaşma olmaksızın sözleşmeyi yapmayacağı sonucu çıkarılması halinde kabul edilir. Burada yan (tali) anlaşmalar sözkonusu olup, gerçi belirli bir sözleşme tipinin önemli tip hususiyetlerine ilişkin değildirler, ama her iki tarafın sözleşme yapma iradesi bakımından veya, karşı tarafca bilinmesi şartıyla, bir taraf için bir "conditio sine qua non" (onsuz olmaz şart) teşkil etmektedirler. Bu bakımdan şartlar, taraf iradeleri uyuşmasının bir parçası olarak sözleşme kapsamına dahil olmakta ve yan sözleşmelerin tabi olduğu şekle bağlanmışlardır (BGE 97.II.55; 78.II.439; Schönenberger-Jaeqqi, N. 28, Art. Meier-Hayoz, N. 87-88; Art. 657 ZGB; Paoletto, Die Falschbeurkundung beim Grundstückskauf, Diss, Zürich. 1973, s. 54).

Taşınmaz satımında, taşınmazın tam olarak belirlenmesi, satış bedeli ve hukuki sebep gibileri, önemli (essentialia) noktalardan sayılmaktadırlar. Sözkonusu hukuki işlemde kararlaştırılan şart, satımın lüzumlu şartlarının bir parçası niteliğinde değildir. Çünkü önalım hakkının varlığından hareket edildiğinde, davacı tarafından

bilinen bu şart, herhalde davalı için bir "conditio sine qua non" (onsuz olmaz şart) teşkil etmekte ve şartsız olarak yapılmış bir sözleşmede de, üçüncü alıcıya karşı zararı tazminle yükümlü olabilme tehlikesi ortaya çıkarmaktadır (Meier-Hayoz, N. 199, zu Art, 681, ZGB).

Böylece sözkonusu akdi anlaşmanın, subjektif önemli nokta olarak kabul edilmesi gerekir. Buna uygun olarak da bu nokta, hem öğretideki baskın görüşe (subjektif teori) hem de Federal Mahkeme içtihatlarına göre resmi tasdik şekil zorunluluğuna tabidir. Böyle subjektif önemli yan anlaşmanın resmi olarak tasdik edilmemesi, sözleşmenin bu noktasını hükümsüz kılar. Çünkü sözkonusu olayda da olduğu gibi, hükümsüz olan bu sözleşme noktası, sözleşmenin yapılması bakımından bir "conditio sine qua non" (onsuz olmaz şart) teşkil ettiğinden, bu hükümsüzlük tek bir anlaşma olarak sözleşmenin tamamını kapsamaktadır (BGE 90.II.38; 68.II.418; Haab, N. 17, zu art. 657 ZGB; Leemann, N. 40, zu art 657 ZGB; Paoletto, age., s. 41, 65 ve anılan yazarlar).

Bu hususta şu noktaya da dikkat etmek gerekir. Geçerli bir önalım hakkının kullanılması, ilke olarak geçerli bir satım sözleşmesinin varlığını şart koşar. Ancak sözkonusu olayda satım sözleşmesinin geçersiz olmasına rağmen, önalım hak sahibi (K)'nın geçerli bir irade açıklaması bulunmaktadır. Bu durumda önalım hak sahibi, eğer hakkının kullanılmasında hukuki sonuca ulaşacaksa, yükümlü olandan sadece kendisinin önalım hakkının kullanılmasının sonuçlanmasına sebebiyet verildiği hususuna güvenebilir (Merz, N. 424, zu Art, 2 ZGB). Davalı, zımni olarak kararlaştırılan şartın, sözleşmeye konulmasını ve resmi olarak tasdik edilmesini ihmal etmiştir. Fakat bunu önalım hak sahibi (K) bilemezdi, yani ona göre, satış senedinden, geçersiz bir satış işleminin varlığının ortaya çıktığı belli değildir. Doğruluk, dürüstlük ve güvenin korunması ilkesine göre (Art. 2 ZGB) (K) taraflar arasında meydana gelen satım sözleşmesinin geçersizliği itirazına katlanmak, karşı koymamak zorunda değildir. Yani hakkını kullanmaya ilişkin irade açıklamasının geçerli olması "satım sözleşmesinin geçersiz olmasından etkilenmez (krş. Meier-Hayoz, N. 152 b, zu Art. 681 ZGB).

Aslında kararda da görüldüğü gibi, taşınmaz satımının sonuç doğurması, önalım hak sahibinin bu hakkını kullanmama şartına bağlanmış olup, sözkonusu bu şart bozucu (in fisa) bir şarttır. Çünkü tarafların geçerli olarak doğmuş olan satış sözleşmesinin hükümsüz hale gelmesini, gelecekte doğumu şüpheli bir olayın gerçekleşmemesine, yani önalım hakkının kullanılmasını olayına bağlı kılmışlardır (BK md. 152). Burada dikkate değer bir nokta, akdin doğumu değil, aksine hükümlerinin son bulması, önalım olayının gerçekleşmesi koşuluna bağlanmış olup, olay gerçekleşince, sözleşmede geçersiz olmaktadır<sup>42</sup>. Yukarıdaki olayda (K) böyle bir şarttan habersiz olarak, yani geçerli bir satım sözleşmesinin yapıldığına güvenerek, önalım hakkını kullanıyor, ancak kullanmakla birlikte, mükellef ile alıcının yaptığı satış sözleşmesi de hükümsüz olmaktadır. Burada Yerel Mahkemeninde isabetle belirttiği gibi, önalıcı (K) MK md. 2 deki doğruluk, dürüstlük ilkesi uyarınca korunma-

42 Bkz. V. Tuhr-Escher, s. 85 V; Feyzioğlu, Borçlar, s. 349-350.

sı ve böylece önalım hakkının böyle bir menfi şarttan etkilenmemesi gerekmektedir<sup>43</sup>. Bu arada üçüncü şahısla yapılan sözleşme geçersiz olduğundan, böyle geçersiz bir sözleşmeden herhangi bir tazminat hakkı da doğmaz. Aynı şekilde önalım hakkı kullanıldıktan sonra, alıcı ile mükellef (satıcı)nın, sözleşmeyi, anlaşarak feshetmeleri veya sözleşmeden dönülmesi hallerinde de önalım hakkı geçerli olarak kalır<sup>44</sup>.

Öte yandan alıcı ile mükellef arasında meydana gelmiş olan satış sözleşmesi rıza fesadı (hata, hile, korkutma) nedenlerinden biri ile iptali kabil (Anfechtbar) ise, bu takdirde kullanılmış olan önalım hakkının hükümleri askıda kalır. Çünkü önalım hakkının varlığı, bir sözleşmenin hükümsüzlüğünü tesbit ettirmeye engel teşkil etmez. Eğer satış sözleşmesi iptal edilirse, bu durumda önalım hakkı da etkisiz hale gelir<sup>45</sup>. Ancak taraflar daha sonra geçerli bir satım sözleşmesi yapmaları halinde, önalıcı bu hakkını tekrar kullanabilir<sup>46</sup>.

#### IV. ÖNALIM HAKKINA İLİŞKİN MUVAZAALAR

Bir sözleşmenin kurulabilmesi için, genel olarak tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunmaları gerekir. Aksi takdirde sözleşme meydana gelmiş sayılmaz. Ancak sözleşme yapılırken taraflarca açıklanan irade beyanlarının uyuşmadığı iki şekilde olur. Biri beyanda bulunanın rızası, isteği dışında olur ki, bunlara irade bozuklukları denilir; bunların önalım hakkının kullanılması bakımından sonuçlarını yukarıda incelemiştik. İkincisinde ise, irade ile irade beyanı (açıklaması) arasındaki uyuşmazlık beyan sahipler tarafından kasten yapılması sözkonusu olup, buna muvazaa denilmektedir. İşte önalım hakkına karşı muvazaa iki şekilde yapılmaktadır. Birincisi, sözleşmenin niteliğinde muvazaa olup, burada, taraflar gerçek isteklerini gizleyerek, taşınmaz satımını tapuda bağışlama veya trampa yapmış gibi gösterip kütüğe tescil etmeleridir. Diğerinde ise, payın satış parasında yapılan muvazaa'dır.

##### 1. Sözleşme Niteliğinde Muvazaa:

Tarafların taşınmaz satımını bağışlamada yada trampa olarak tapu kütüğüne tescil ettirmeleri halinde görünürdeki bu hukuki işlem, tarafların gerçek iradelerine

43 Mükellef ile üçüncü şahsın (alıcının) yaptıkları bu gibi işlemlerin sonuçları İsviçre-Türk Hukukunda düzenlenmemiştir. Fakat aynı durum Alman Hukukunda yasal olarak (BGB § 506) da düzenlenmiş olup, bundan önalıcının hakkı etkilenmez. Bkz. Dpn. 19.

44 Bkz. Yarg. HGK 11.9.1957, 6/50 E, 47 K, "Hisseyi satın alan kişilerin aleyhine önalım davası açıldıktan sonra, bunların akdin hatalı olduğu iddiası ile satıcı ile sulh olmuşlardır. Bu ilamın kullanılan önalım hakkına etkili olmaz" demiştir. Aynı şekilde 6 HD, 3.5.1976, 2865 E, 3109 K, kararında "payın satışın iadesi, davacının doğmuş olan önalım hakkını ortadan kaldırmaz" demiştir. Yine 6 HD, 10.7.1964, 1688 E, 3533 K, ilamında bu fikir tekrar edilmiştir. Bkz. (Karahasan, a.g.e., s. 844-845).

45 Bkz. Olguç, S. Türk Medeni Kanunu Şerhi, 1975, s. 650. Karahasan, a.g.e., s. 839-845.

46 Olguç, S. a.g.e., s. 650 ve arada anılan yazarlar ile İsviçre Federal Mahkeme Kararı (BGE 40, II, 204).

uymaması, yani dayanmaması, gizlenen satış sözleşmesi ise, kanunun öngördüğü biçimde yapılmadığından dolayı geçersiz olur. Ayrıca Medeni Kanunun 2. maddesinde hakkın kötüye kullanılması yasaklanmış olduğundan, önalım hakkının kullanılmasını engelleyen bu gibi işlemlerin varlığının kabul edilmemesi, diğer bir ifadeyle, sözleşmenin niteliğinde yapılan muvazaada, önalım hakkı geçerli olarak kullanılabilir. Hemen şunu belirtelim ki, böyle bir muvazaa olayında, önalıcı sözleşmenin dışında kaldığından, muvazaanın ispatı şekle bağlı değildir. Her türlü delil ile, özellikle tanıkla ispatlanır<sup>47</sup>. Ayrıca Yargıtay, satış sözleşmesi yapıldıktan ve önalım hakkı da kullanıldıktan sonra, önalım hakkını bertaraf etmek için, alıcının, aldığı payı bir başkasına bağışlaması veya trampa etmesi halinde de, davalının, tapu kütüğüne satış olarak geçirilen meşfu hissenin bağışlama yoluyla bedelsiz temlik edildiği iddiasını da, dinlenmeyeceğini haklı ve yerinde olarak benimsemiştir<sup>48</sup>. İşte satıcı ile alıcının bu gibi davranışları iyi niyet kurallarına (MK md. 2) aykırı düşüğünden şefiî önalım hakkını etkilemezler ve önalım hakkı muteber ve geçerli olarak kullanılabilir.

## 2. Payın Satış Parasında Yapılan Muvazaa:

Uygulamada en çok rastlanılan muvazaa biçimi, payın satış parasında yapılan muvazaadır. Bu da çeşitli şekillerde karşımıza çıkmaktadır.

İlk satımda, önalıcıyı zarara uğratmak için satış parasının, tarafların kararlaştırdıklarından çok olarak tapuda fazla göstermeleri. Bu durumda, önalıcı tapuda yazılı olan değeri ödemek zorunda olmayıp, satış parasında muvazaa yapıldığını ileri sürerek, bunu her türlü delille isbatlamak, hatta tanık dahi dinletme hakkına sahiptir<sup>49</sup>. Bu bakımdan, önalıcı, hiçbir zaman tapuda yazılı olan satış parasını ödemeye

47 Yargıtay 6 HD, 15.1.1954, 427 E, 336 K, Kararında, "tapuda trampa olarak görülen muamelenin gerçekte satış olduğunun her türlü delille kanıtlanabilir" Yine 6 HD 9.11.1964, 5775 E, 5241 K, Kararında da, "tapuda hibe olarak gözüken muamelenin satış olduğunun her türlü delille" kanıtlanabileceğini belirtmiştir. (Karahasan, age., s. 872) ayrıca bkz. HGK 28.5.1952, 5/78-53 sayılı karar (Olgaç, age., s. 648).

48 Bkz. Yarg. 5 HD., 30.11.1950, 4910 E, 4284 K; HGK 28.5.1952, 5/78 E, 73 K. Bu son kararda, davalının payı trampa ile aldığı yolunda tanık dinletmeyeceğini de kabul etmiştir. Ayrıca bkz. Leemann, Art. 681, Nr. 51, Bu arada fıkate değer bir noktada, kanuni önalım hakkının kullanıldıktan sonra, alıcı, o taşınmazı başkasına bağışlarsa, burada şerh ve onun aynı etkisi mevcut olmadığından, önalıcı hakkını bağışlanana karşı ileri süremez. Bu bakımdan önalıcı hakkını kullandıktan sonra bu gibi temliki tasarruflara karşı korunmak için mahkemeden MK md. 920/1 uyarınca bir tedbir kararı alıp bunu da tapuya şerh ettirmesi gerekir. Bkz. Tandoğan, age., s. 214. Diğer yandan şerh verilmiş bir önalım için bu gereksiz olup, şerh aynı etkisini MK. md. 919/2 uyarınca diğer maliklere karşı gösterir. Bkz. Oğuzman-Seliçi, age., s. 415. Tandoğan, age., s. 214.

49 Yarg. 1 HD. 10.1.1951, 3617 E, 1125 K, davacı payın gerçek değerinin belirlenmesi için tanık dinletebilir. Ayrıca davalıya da yemin dahi yöneltebilir. (Bkz. Karahasan, age., s. 872.

zorlanamaz<sup>50</sup>. Eğer davacı olan önalıcı, tapudaki satış parasının fazla yazıldığını, yani muvazaalı olduğunu ileri sürüp, bunu ispatladığı takdirde, sadece esas satış parası ile bunun üzerinden tapu harç ve giderlerini ödemek zorundadır<sup>51</sup>. Diğer yandan davacının iddiasının aksi durumunda, yani muvazaanın gerçekleşmediği durumda da, mahkemenin, alıcıya, sözkonusu taşınmazı tapudaki yazılı olan satış parası ve giderle isteyip istemediği sorması gerekir. Eğer alıcı olumlu cevap verirse, arta kalan satış parası ile giderlerin değerini yatırması, aksi halde yani kabul etmemesi halinde, davası reddedilir<sup>52</sup>.

Ayrıca Yargıtay, ilk satış sözleşmesinden sonra, önalım hakkının kullanılması halinde, sözkonusu payın, alıcı tarafından bir başka kişiye çoğa satılmasını da muvazaalı olarak değerlendirmektedir. Ancak hemen belirtelim ki, bazı kararlarında<sup>53</sup>, ikinci alıcıya karşı açılan önalım davasının, birinci davanın devamı olduğunu ve bu nedenle de bu son müşterinin kötü niyetinin isbatına gerek olmadığı vurgulanmakta, başka kararlarında ise, son müşterinin kötü niyetli olduğunun ileri sürülmesi ve de bunun isbatının gerekli olduğu kabul edilmektedir<sup>54</sup>. Bizce bu son görüş hem tarafların menfaatlerine hem de adalete daha uygundur. Ancak önalıcı, önalım davasını açarken, ihtiyati tedbir kararını Mahkemeden talep edip, koydurursa, ilerideki muvazaalı satışlardan korunmuş olur<sup>55</sup>.

Ancak satış parasının tapuda gösterilen değerden daha fazla olduğu iddiası davalı tarafından yapılırsa durum ne olacaktır? Bu durumda Yargıtayın görüşü aynen şöyledir. "Aleyhine şuf'a davası açılan kimsenin, meşfu hissenin tapuda yazılı bedelden daha fazlaya satın alındığına dair müdafaasının dinlenmeyeceği bu hususta davacıya yemin teklifine dahi hakkı yoktur",<sup>56</sup> demek suretiyle ifade edilmiştir.

## V. ÖNALIM HAKKININ KULLANILMA SÜRELERİ

Medeni Kanunumuz 658. maddesinde akdi önalım hakkının kullanılması ile ilgili süreleri belirttiği halde, kanuni önalım bakımından bu konuda herhangi bir hü-

- 50 Yarg. 6 HD, 27.11.1953, 5500 E, 6185 K, Tapuda yazılı olan değer in çekişmeli olduğunu ve tapudaki değer in doğruki kanıtlanmadan, bunun davacı tarafından ödenmesi yolundaki yerel mahkeme kararının bozulması gerektiğini içtihat etmiştir. (bkz. Karahasan, age., s. 896). Bu görüşünü daha sonraki kararlarında da ifade etmiştir. 6 HD., 28.3.1963, 580 E, 1546 K, 6 HD. 21. 10. 1975, 6000 E, 6440 K, 6 HD. 17.4.1975, 2081 E, 28449 K (Bkz. Karahasan, age., s. 896.)
- 51 Yarg. 6 HD 19.1.1975, 6121 E, 7188 K ve diğer kararlar için bkz. Karahasan age., s. 896.
- 52 Yarg. HEK, 4.6.1952, 1/161 E, 98 K, 6 HD, 19.11.1975, 6121 E, 7188 K (bkz. Karahasan, age., s. 873).
- 53 Yarg. 6 HD., 28.1.1953, 2932 E, 2606 K; 10.10.1953, 2473 E, 5077 K (Karahasan, age., s. 873).
- 54 Yarg. HGK. 5.5.1954, 6/1 E, 14 K. (Karahasan, age., s. 873).
- 55 Aynı şekilde Karahasan, age., s. 874.
- 56 Yarg. HGK, 15.10.1952, 3/123 E, 156 K; Aynı şekilde; 6 HD, 4.7.1967, 1119 E, 3294 K. Kararında "davalı satış akdinde taraflardan biri olduğundan, tapu, tapuda gösterilen bedelde muvazaalı bulunduğunu iddia edemez". (Bkz. Karahasan, age., s. 872, 873).

küm yoktur. Medeni Kanununun 658. maddesine gelince, bu da üç süreyi öngörmektedir. Sürelerden birincisi, taraflarca, önalm sözleşmesinde kararlaştırılmış olan süredir. Bu süre, önalm hakkı, ister tapuya şerh edilmiş olsun isterse olmasın, her ikisi içinde geçerlidir<sup>57</sup>. Ancak bu sözkonusu müddet içinde bir satış yapılmaz ve önalm hakkıda kullanılmazsa, önalm hakkı düşer. Ancak önalm hakkına ilişkin şerhin süresi 10 yıldan fazla veya belli olmayan süreli şerh, sicile yazıldığı tarihten itibaren 10 yıl için hüküm ifade eder. Bu süre geçtikten sonra artık önalm hakkı nisbi bir etki gösterir, yani üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyip, yalnızca mükellefe karşı ileri sürülebilir<sup>58</sup>.

Önalm hakkına ilişkin ikinci süre bir aylık süre olup, buda hakkın kullanılmasına ilişkin ve hak düşürücü bir süredir<sup>59</sup>. Ancak Yargıtay, bir satış için süresinde önalm hakkının kullanılmasını, hakkın düşmesinin sadece o satışa ilişkin olduğunu ve bu nedenle de, ikinci bir satışla bu hakkın yeniden doğacağını ve tekrar bir aylık süre içinde geçerli olarak kullanılabileceği fikrini benimsemiştir<sup>60</sup>. Yargıtayın bu görüşü kanımızca benimsenemez, çünkü hâk süresi içinde kullanılmamakla artık düşmekte, yani tamamen ortadan kalkmaktadır. Ortadan kalkmış bir hakkın kendiliğinden tekrar ortaya çıkacağı anlamsız ve de imkânsızdır. Aynı şekilde Yargıtayın, 26.12.1951, 1/6 sayılı İkt. Bir. Kararındaki", önalm hakkının gerek bir aylık gerekse on yıllık süre içinde kullanılmaması, önalm hakkının kendisinin mutlak düşmesi sonucunu doğurmayıp, bunun belirli satış veya satışlara ilişkin bir düşme meydana getireceği" yolundaki görüşüde aynı nedenle benimsenemez<sup>61</sup>. Kaldı ki, sürenin on yıldan fazla olması şahsiyet haklarına da aykırılık teşkil eder.

Öte yandan bu bir aylık süre, MK md. 658/III uyarınca satışın öğrenilmesinden itibaren başlar. Ancak öğrenme, satış sözleşmesi ile onun esash noktalarına ilişkin olmalıdır<sup>62</sup>. Öğrenmenin ilke olarak hak sahibi tarafından olması ve onun temsilcinin veya vekilinin satışı öğrenmesi bu bir aylık sürenin başlaması için yeterli değildir. Ancak önalmcı bunu temsilcisi veya herhangi birinden öğrenmişse, hak düşürücü süre işlemeye başlar<sup>63</sup>. Hak sahibinin küçük veya kısıtlı olması halinde, veli veya vasinin satışı ve onun esash unsurlarını öğrenmesi gerekir. Küçüğün veya kısıtlının öğrenmesi sürenin işlemesini gerektirmez<sup>64</sup>. Nihayet üçüncü süre, Medeni Kanu-

57 Bkz. Oğuzman-Şuf'a, s. 17; Oğuzman-Seliçi, age., s. 416.

58 Bkz. Tandoğan, age., s. 209. Eğer önalm süresi 10 yıldan fazla veya süresiz olarak tanınmış bulunuyorsa, Mahkeme bu süreyi, kişiliğin korunması hakkındaki MK md. 23/II'ye göre azaltabilir veya sınırlandırabilir. Tandoğan, age., 209, ve orada anılan İsviçre Federal Mahkeme kararı BGE 71.II.572; 97.II.53.

59 Bkz. Oğuzman, Şuf'a s. 17; Oğuzman-Seliçi, age. s. 417; Karahasan age., s. 850, Yargıtayında görüşü bu yöndedir. Yarg. HGK, 15.11.1961, 6/15 E, 77 K., 6 HD, 25.10.1968, 313 E, 4440 K, 20.4.1971, 1567 E, 1875 K (Karahasan, age., s. 850).

60 Yarg. HGK, 20.6.1951, 1/58 E, 108 K. Aynı şekilde Wieland, Art. 681, Nr. 3.

61 Önalm hakkının ancak ilk satışta kullanılacağını savunanlar, Ostertag Art. 959, Nr. 33; Homberger Art. 959, Nr. 43; Oğuzman-Seliçi, age., s. 417, Aksi görüş, Leemann, Art. 681, Nr. 89; Haab, Art. 681/682, Nr. 19.

62 Leemann, Art. 681, Nr. 55.

63 Bkz. Oğuzman-Seliçi, age., s. 417; Leemann, Art. 681, Nr. 66; Yarg. 1 HD, 14.2.1949, 387; 6 HD. 1.3.1965, 4491 E, 1121 K, (Karahasan, age., s. 853).

64 Bkz. Yarg. 6 HD. 1.3.1965, 320 E, 1185 K; 6.3.1969, 5047 E, 930 K (Karahasan, age. s. 855).

numuzun 658/3'de belirtildiği üzere on yıllık süredir. Bu süre, sözleşmeye dayanan önalım hakkına ilişkin olduğundan, tapu siciline şerh ile işlemeye başlar. Ancak tapuya şerh verilmekle, kişisel bir hak niteliğinde olan önalım hakkına sadece aynı etkinlik kazandırır, yoksa bu hakka, aynı bir hak niteliği kazandırmaz. Ayrıca şerh süresi sözleşme ile uzatılamaz, fakat on yıl nihayetinde, taraflar yeniden şerhi yenileyebilirler<sup>65</sup>. Buna karşın ilk sözleşmede, on yıllık sürenin sonunda malike tekrar böyle bir süreyi yenilemesine ilişkin yükümlülüğün konulması geçersizdir, çünkü bu kanuna karşı bir dolan hükmündedir<sup>66</sup>. Ayrıca bu on yıllık süre bir zaman aşımı süresi olmayıp, bir korunma süresidir<sup>67</sup>. Bu bakımdan zaman aşımını durduran ve kesen sebepler burada uygulanmazlar.

Öte yandan, Medeni Kanunumuz, kanuni önalım bakımından herhangi bir hüküm öngörmemektedir. Ancak Yargıtay 26.12.1951 tarihli 1/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, MK 658. maddesindeki bir aylık ve on yıllık sürelerin, MK md. 659 tekrar edilmek istenmediğinden sözkonusu edilmediğini, bu bakımdan bu sürelerin kanuni önalımda başlangıcının, meşfu hissenin satışı tarihi olması gerektiğini, hakkın kullanılması ile satış ilişkisi doğduktan sonra mülkiyeti nakil borcunun ise BK md. 125 uyarında on yıllık zaman aşımına tabi olacağını kabul etmiştir<sup>68</sup>.

---

65 Leemann, Art. 681, Nr. 26; Karahasan age., s. 851.

66 Leemann, Art. 681, Nr. 27.

67 Oğuzman-Şuf'a, s. 18, Karahasan, age., s. 851; Leemann Art. 681, Nr. 26, bu sürenin, sözleşme serbestisinin sınırlanmasına ilişkin bir yasal süre olarak değerlendirilmektedir.

68 Oğuzman, Şuf'a, s. 18, On yıllık sürenin fonksiyonu bakımından, bunun kanuni şuf'aya uygulanmasının imkânsız olduğunu, çünkü on yıllık süre şerhin etki süresidir, diyerek kabul etmemektedir.