

T.C.
ANTALYA BİLİM ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

ÖNALIM DAVASINDA BEDELDE MUVAZAA İDDİASININ
TANIKLA İSPATININ ŞARTLARI VE HUKUKİ SONUÇLARI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan

ALİ KUŞ

Antalya

Haziran 2020

T.C.
ANTALYA BİLİM ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

**ÖNALIM DAVASINDA BEDELDE MUVAZAA İDDİASININ TANIKLA
İSPATININ ŞARTLARI VE HUKUKİ SONUÇLARI**

Yüksek Lisans Tezi

Hazırlayan

Ali KUŞ

171102003

Danışman

Dr. Öğr. Üyesi Seyhan SELÇUK

Antalya

Haziran 2020

Antalya Bilim Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü'ne,

Ali Kuş'a ait "Önalım Davasında Bedelde Muvazaa İddiasının Tanıkla İspatının Şartları ve Hukuki Sonuçları" adlı bu tez çalışması Tez Kurulumuz tarafından ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS programı tezi olarak oybirliği / oyçokluğu ile kabul edilmiştir.

Akademik Unvanı, Adı ve Soyadı İmzası

Danışman Üye : Dr. Öğr. Üyesi Seyhan SELÇUK

Üye :

Üye :

Enstitü Müdürü :

Tez Savunma Tarihi :

Tez Teslim Tarihi :

**ANTALYA BİLİM ÜNİVERSİTESİ ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS
PROGRAMI**

DOĞRULUK BEYANI

Yüksek lisans tezi olarak sunduğum, bu çalışmayı, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yol ve yardıma başvurmaksızın yazdığımı, yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu ve bu eserleri her kullanımında alıntı yaparak yararlandığımı belirtir; bunu onurumla doğrularım.

Enstitü tarafından belli bir zamana bağlı olmaksızın, tezimle ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçlara katlanacağımı bildiririm.

.../ / 2020

Adı-Soyadı

Ali KUŞ

ÖZET

ÖNALIM DAVASINDA BEDELDE MUVAZAA İDDİALARININ TANIKLA İSPATININ ŞARTLARI ve HUKUKİ SONUÇLARI

Önalım davalarında bedelde muvazaa, genellikle, hak sahibinin önalım hakkını kullanılmasını engellemek amacıyla, önalım konusu gayrimenkulün satış bedelinin gerçekte taraflar arasındaki anlaşma ve reel ödeme rakamından yüksek gösterilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Çoğunlukla önalım davalarında ileri sürülmekte olan bu yöndeki muvazaa iddiasının, yasanın öngördüğü ve izin verdiği diğer tüm delillerle ispatı mümkün olduğu gibi, belli şartların varlığı halinde tanık dahil her türlü delille ispatı mümkündür.

Çalışmamızda önalım hakkı, önalım davası ve önalım davasında bedelde muvazaa iddialarının tanıkla ispatı, önalım davalarında bedelde muvazaa iddiasının tanıkla ispatındaki güçlükler ve hukuki sonuçları Yargıtay kararları eşliğinde ayrıntılı bir biçimde incelenmiştir.

Anahtar sözcükler : Önalım hakkı, önalım davası, bedelde muvazaa, tanıkla ispat

ABSTRACT

LEGAL CONSEQUENCES and CONDITIONS of DEMONSTRATION WITH WITNESS of CLAIMS of COLLUSION IN THE AMOUNT IN THE PRE – EMPTION CASE

Collusion in the amount in pre-emption cases are usually arises as stating high prices of the sale made in order to prevent the use of pre-emption right of the right holder.

Collusion in the amount claim that mostly alleged in pre-emption cases can be proven by any kind of evidence, even with witness in the presence of certain conditions.

In our study; pre-emption right, pre-emption case and demonstration with witness of claims of collusion in the amount in pre-emption cases are studied in detail accompanied with Turkish Court of Cassation decisions.

Keywords : Right of pre-emption, case of pre-emption, collusion in the amount, demonstration with witness

İÇİNDEKİLER

ÖZET	iii
ABSTRACT	iv
KISALTMALAR LİSTESİ	xi
GİRİŞ	1
BÖLÜM 1. ÖNALIM HAKKI	3
1. ÖNALIM HAKKI	3
1. 1. Önalım Hakkı Kavramı	3
1. 2. Hukuki Niteliği.....	4
1. 2. 1. Ayni Hak Görüşü	5
1. 2. 2. Özel Borç İlişkisinden Kaynaklanan Alacak Hakkı Görüşü	6
1. 2. 3. Yenilik Doğuran Hak Görüşü	7
2. ÖNALIM HAKKININ TÜRLERİ	8
2. 1. Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı	9
2. 1. 1. Genel Olarak Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı	9
2. 1. 2. Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkının Türleri	12
2. 1. 2. 1. Adi Önalım Hakkı	12
2. 1. 2. 2. Vasıflı Önalım Hakkı	12
2. 2. Yasal Önalım Hakkı.....	12
2. 2. 1. TMK Kapsamında Paylı Mülkiyetten Doğan Yasal Önalım Hakkı	13
2. 2. 2. Diğer Kanunlarda Yer Alan Yasal Önalım Hakları	15
2. 2. 2. 1. Tarım Arazilerinde Yasal Önalım Hakkı	15
2. 2. 2. 1. 1. Tanımı ve Amacı	16
2. 2. 2. 1. 2. Kaynağı ve Türü	18
2. 2. 2. 1. 3. Konusu ve Kapsamı	18
2. 2. 2. 1. 4. Devri ve Miras Yoluyla Geçmesi	20
2. 2. 2. 1. 4. 1. Devri	20
2. 2. 2. 1. 4. 2. Miras Yoluyla Geçmesi	20
2. 2. 2. 1. 5. Mirasa Konu Tarım Arazisinin Mülkiyetinin Devri Zorunluluğu..	20
2. 2. 2. 1. 5. 1. Tarım Arazisinin Mirasçıların Anlaşmasına Dayalı Devri	21
2. 2. 2. 1. 5. 2. Tarım Arazisinin Mahkeme Kararı ile Devri	21
2. 2. 2. 1. 5. 2. 1. Tarım Arazisinin Ehil Mirasçıya Devri.....	22

2. 2. 2. 1. 5. 2. 2. Tarım Arazisinin Ehil Olmayan Mirasçıya veya Üçüncü Kişilere Devri.....	23
2. 2. 2. 1. 5. 3. Mirasçıların Tarım Arazisindeki Değer Artışını Talep Etme Hakkı	
3. ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASININ KOŞULLARI.....	24
3.1. Satım ve Ekonomik Anlamda Satım Benzeri Hukuki İşlemin Varlığı	245
3. 2. Önalım Hakkı Sahibine Bildirim Yükümlülüğü	26
3. 3. Hak Sahibinin Önalım Hakkını Kullandığına Dair Beyanın Hak Düşürücü Süre İçerisinde Yapılması	28
3. 4. Önalım Hakkının Dava Yoluyla Kullanılması	29
3. 5. Önalım Hakkının Kullanımı Mümkün Olan ve Olmayan Tasarruflar	31
3. 5. 1. Önalım Hakkının Kullanımı Mümkün Olan Tasarruflar	31
3. 5. 1. 1. Gerçek Satışlar	31
3. 5. 1. 2. İhtiyari Açık Artırma Yolu ile Yapılan Satışlar	31
3. 5. 1. 3. İmar Planının Şuyuu Sureti ile Oluşması	31
3. 5. 1. 4. Dostluk Satışları	32
3. 5. 1. 5. Devlet İhale Kanunu'na Göre Yapılan Satışlar	32
3. 5. 1. 6. Şartlı Satışlar	32
3. 5. 1. 7. Beğenme Yolu ile Yapılan Satışlar	32
3. 5. 1. 8. Taksitli – Veresiye Satışlar	32
3. 5. 1. 9. Kısmi Satışlar	33
3. 5. 1. 10. Toptan Satışlar	33
3. 5. 1. 11. Yan ve Dönemsel Edimli Satışlar	34
3. 5. 2. Önalım Hakkının Kullanımı Mümkün Olmayan Tasarruflar	34
3. 5. 2. 1. Paydaşlar Arası Yapılan Satışlar	34
3. 5. 2. 2. Payın Şirkete Sermaye Olarak Konulması	34
3. 5. 2. 3. Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi	35
3. 5. 2. 4. Cebri Artırmayla Satış	36
3. 5. 2. 5. Miras Yolu ile İntikal ve Ölümüne Bağlı Tasarruflar	36
3. 5. 2. 6. Mirasın Paylaşılması	37
3. 5. 2. 7. Kamulaştırma	37
3. 5. 2. 8. Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi	37
3. 5. 2. 9. Bağışlama	38

3. 5. 2. 10. Trampa.....	38
3. 5. 2. 11. Kat Mülkiyeti Yasasına Tabi Taşınmazlar	39
3. 5. 2. 12. Tapusuz Taşınmazlar	39
3. 5. 2. 13. Geri Alım Sözleşmesi Gereğince Yapılan Satışlar	39
3. 5. 3. Önalım Hakkının Kullanılmasına Engel Olan Tasarruflar	40
3. 5. 3. 1. Feragat	40
3. 5. 3. 1. 1. Mutlak Feragat	40
3. 5. 3. 1. 2. Nisbî Feragat	41
3. 5. 3. 2. Hakkın Kötüye Kullanılması	41
BÖLÜM 2. ÖNALIM DAVASI VE USUL HÜKÜMLERİ	43
1. ÖNALIM DAVASI.....	43
1. 1. Önalım Davasının Tanımı	43
1. 2. Önalım Davasına Başvuru	43
1. 3. Önalım Davasının Amacı	46
1. 4. Önalım Davasının Konusu	46
1. 5. Önalım Davasının Hukuki Niteliği	46
2. ÖNALIM DAVASINA İLİŞKİN USUL HÜKÜMLERİ.....	48
2. 1. Görevli Mahkeme	48
2. 2. Yetkili Mahkeme	49
2. 3. Önalım Davasının Açılma Süresi	50
2. 4. Önalım Bedelinin Depo Edilmesi	50
2. 5. Davanın Tarafları	52
2. 5. 1. Önalım Davasında Davacı	52
2. 5. 1. 1. Yasal Önalım Hakkından Kaynaklanan Davalarda Davacı	53
2. 5. 1. 2. Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkından Kaynaklanan Davalarda	
Davacı	54
2. 5. 2. Önalım Davasında Davalı	54
2. 5. 2. 1. Yasal Önalım Hakkından Kaynaklanan Davalarda Davalı	54
2. 5. 2. 2. Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkından Kaynaklanan Davalarda	
Davalı	55
2. 6. Önalım Davasına Müdahale	55
2. 6. 1. Fer'i Müdahale	56

2. 6. 2. Asli Müdahale	57
2. 7. Önalım Davasında Ön ve Bekletici Sorunlar	58
2. 8. Önalım Davasında Geçerli Usul Hukuku İlkeleri.....	59
2. 8. 1. Tasarruf İlkesi	59
2. 8. 2. Taleple Bağlılık İlkesi	59
2. 8. 3. Taraflarca Getirilme İlkesi	60
2. 8. 4. Silahların Eşitliği İlkesi	61
2. 8. 5. Usul Ekonomisi İlkesi	61
2. 8. 6. Aleniyet İlkesi	61
2. 8. 7. Doğrudanlık İlkesi	62
2. 8. 8. Teksif İlkesi	62

BÖLÜM 3. ÖNALIM DAVASINDA BEDELDE MUVAZAAANIN TANIKLA

İSPATI ve HUKUKİ SONUÇLARI

1. ÖNALIM DAVASINDA BEDELDE MUVAZAA

1. 1. Genel Olarak Muvazaa	64
1. 2. Muvazaanın Türleri	64
1. 2. 1. Mutlak Muvazaa	65
1. 2. 2. Nisbî muvazaa.....	65
1. 2. 2. 1. Sözleşmenin Niteliğinde Muvazaa.....	66
1. 2. 2. 2. Sözleşmenin Konusu ve Şartlarında Muvazaa.....	67
1.3. Önalım Davasında Bedelde Muvazaa	69
1. 3. 1. Genel Olarak	69
1. 3. 2. Bedelde Muvazaa Sayılan Haller	69
1. 3. 2. 1. Satış Bedelinin Yüksek Gösterilmesi.....	69
1. 3. 2. 2. Satış Bedelinin Düşük Gösterilmesi.....	70
1. 3. 2. 3. Gabin (Aşırı Yararlanma).....	70
1. 4. Önalım Davasında Bedelde Muvazaa İddiasının İleri Sürülmesi	73
1. 4. 1. Önalım Davasında Bedelde Muvazaanın Davacı Tarafından İleri Sürülmesi	73
1. 4. 2. Önalım Davasında Bedelde Muvazaanın Davalı Tarafından İleri Sürülmesi	74
2. ÖNALIM DAVASINDA BEDELDE MUVAZAAANIN İSPATI VE SONUÇLARI	79
2. 1. Önalım Davasında İspat ve Deliller	79

2. 1. 1. İspat ve Delil Kavramı	79
2. 1. 1. 1. İspat Yüğü	82
2. 1. 1. 1. 1. Genel Olarak İspat Yüğü	82
2. 1. 1. 1. 1. Önalım Davasında İspat Yüğü	83
2. 1. 1. 1. 1. Önalım Hakkının Doğumu ve Davacının Sıfatının Belirlenmesinde İspat Yüğü	83
2. 1. 1. 1. 1. 2. Bedelde Muvazaa İddiasının İspatlanmasında İspat Yüğü	83
2. 1. 1. 2. Delillerin İleri Sürülmesi	84
2. 1. 1. 2. 1. Genel Olarak	84
2. 1. 1. 2. 2. Önalım Davasında Delillerin İleri Sürülmesi	84
2. 1. 1. 2. 3. Önalım Davasında Bedelde Muvazaanın Tanıkla İspatının Şartları	87
2. 1. 2 Bedelde Muvazaanın Tanıkla İspatının Hukuki Sonuçları	91
2. 1. 3. Önalım Davasında Verilecek Karar	92
2.1.3.1 Bedelde Muvazaa İddiasının Tanıkla İspat Edilememesi Hali ve Davanın Reddi	93
2. 1. 3. 2. Bedelde Muvazaa İddiasının Tanıkla İspat Edilmesi Hali ve Davanın Kabulü	94
SONUÇ	96
KAYNAKÇA	102

KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz	: Bakınız
dn	: Dipnot
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
eBK	: Eski Borçlar Kanunu
eMK	: Eski Medeni Kanun
eTTK	: Eski Ticaret Kanunu
f.	: Fıkra
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İKİD	: İlmî Ve Kazai İçtihatlar Dergisi
İMK	: İsviçre Medeni Kanunu
İNÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	: Karar
KMK	: Kat Mülkiyeti Kanunu
m.	: Madde
MÜHFD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
RG	: Resmi Gazete
Schw. ZPO	: Schweizerische Zivilprozessordnung (İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu)

T.	: Tarih
TAMDİY	: Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
THK	: Türk Hukuk Kurumu
TKAKK	: Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
Vb	: Ve benzeri
vd	: Ve devamı
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZPO	: Zivilprozessordnung (Alman Medeni Usul Kanunu)

GİRİŞ

Mecelle' den bugüne kadar geçen süreçte, Türk hukuk hayatında ve özellikle doktrinde oldukça uzun süreli çalışma ve tartışmalara neden olan önalım hakkı anlamında, doktrinde kabul gören görüşe göre, yazılan en kapsamlı eser Feyzi Necmettin Feyzioğlu'na ait "Şufa Hakkı" adlı eserdir. Yine kanunda bir tanımı bulunmayan önalım hakkına ilişkin genel kabul gören tanım da bu eserde yer alan tanımdır. Maddi değeri menkullere nazaran daha yüksek olan gayrimenkuller üzerinde kurulan önalım hakkı, hem konu olduğu hakkın niteliği ve hem de ekonomik değerinin yüksek olması yanında, toplumda gayrimenkule özgülünen özel anlam ve önem nedeniyle hem uygulamayı hem de doktrini meşgul etmiş ve etmeye devam etmektedir.

Bunun yanında tarım işletmelerinin daha verimli bir şekilde değerlendirilmesi amacıyla 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun ile 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda ve TMK'nda bazı değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin bir sonucu olarak tarım arazilerinde, sınır komşusuna, sınırdaşlık ilişkisine dayalı önalım hakkı tanınmış olup bu durumun doğal bir sonucu olarak da konu ile ilgili doktrinde yeni tartışmalar doğmuştur.

Eski Medeni Kanun döneminde önalım hakkı ile alakalı uygulamada ortaya çıkan ve giderilmesi zaman alan belli bazı eksikliklerin Yargıtay içtihatları yolu ile giderilmeye çalışılması üzerine; 4721 sayılı yeni TMK'nda önalım hakkı konusunda, Yargıtay içtihatları doğrultusunda değişikliklere gidilmiş ve fakat bu değişiklikler de tartışmaların sona ermesini sağlayamamıştır. Nitekim bazı hususlarda halen net bir sonuca da varılamamıştır. Gerek kanun koyucunun bu doğrultudaki yaklaşımı, gerek de esasen uygulamayı ilgilendirmesi nedenleri ile çalışmamızda doktrinin yanı sıra özellikle Yargıtay kararlarına da değinerek önalım hakkının kullanılmasının önlenmesi amacı ile bedelde muvazaa yapılması ve bedelde muvazaanın tanıkla ispatındaki güçlükler ve hukuki sonuçları konusuna değinilmeye çalışılacaktır.

Çalışmamız; 3 bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde, önalım hakkından genel olarak bahsedilmiş; önalım hakkı kavramı, kavramın ortaya çıkışı ve gelişimi, hukuki niteliği, önalım hakkının kullanılmasının koşulları, sözleşmeden doğan önalım hakkı ile yasal önalım hakkı ve

yasal önalım hakkı kapsamında yeni getirilen ve gerek doktrinde gerekse uygulamada güncelliği nedeniyle oldukça tartışılan 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun ile 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda ve TMK'nda yapılan değişiklikle ihdas edilen önalım hakkı incelenmiştir.

İkinci Bölüm'de önalım davasına değinilmiş, hem usul hukuku hem de maddi hukuk yönünden önalım davası incelenmiştir. Bu kapsamda önalım davasına başvuruya, önalım davasının konusuna, önalım davanın hukuki niteliğine, önalım davasında görevli ve yetkili mahkemeye, önalım davasının şartlarına, önalım davasının taraflarına ve önalım davasına müdahaleye, önalım davasında ispat yüküne ve delillerin ileri sürülmesine, önalım bedelinin depo edilmesine, önalım davasındaki hak düşürücü sürelerle, önalım davasındaki bekletici sorunlara ve önalım davasının sonucunda verilen kararlara ilişkin sorunlar irdelenmiştir.

Üçüncü Bölüm'de de önalım davasında uygulamada en çok probleme sebep olan durumlardan biri olan önalım davasında muvazaa ve bu muvazaanın ispatı üzerine bir çalışma yapılmıştır. Uygulamada en çok rastlanılan muvazaa türlerinden biri olan bedelde muvazaa ve yine uygulamada problemlere sebebiyet veren "bedelde muvazaa iddiasının tanıkla ispatı sorunları" üzerinde çalışılmıştır. Bu bölümde açıklanan problemler çoğunlukla uygulamayı ilgilendirdiğinden Yargıtay kararları da incelemeye dahil edilmiş ve Yüksek Mahkeme'nin bu husustaki tutumuna da değinilmek suretiyle irdeleme yapılmıştır.

ÖNALIM HAKKI

1. Önalım Hakkı

1.1. Önalım Hakkı Kavramı

İlkel hukukta, istenmeyen tasarrufları önlemek şeklinde ortaya çıkan¹ bu kavram; Orta Çağ'da, topluluk mallarının bölünmemesini amaçlamış ve söz konusu malların yabancı kişilerin eline geçmesine engel olmuştur². Mecelle'de de bu doğrultuda önalım hakkına büyük bir önem verilmiş ve kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir³. Önalım Mecelle'nin dokuzuncu kitabında, hacr ve ikrahla beraber düzenlenmektedir. İlgili tanımların yer bulduğu, 950–956 arası maddeleri ile üçüncü bab (1008–1044 maddelerinde) bu konuya hasredilmiştir⁴.

Önalım, İslam Hukuku'ndan günümüz modern hukuk sistemine yerleşmiş ve Arapça kökenli bir kelimedir. Önalımın sözlük manası “*önce satın alma, başkalarından önce satın alma hakkı*” iken, eski hukukta zam manasına⁵ gelmektedir⁶.

743 sayılı Medenî Kanun'da (eMK), söz konusu hak ile ilgili şuf'a terimine yer verilmiş ve bu hak yalnızca iki madde halinde düzenlenmişken⁷; 01 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren ve uygulanmaya başlayan, 21 Kasım 2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda ise şuf'a yerine önalım kavramına yer verilmiş ve Şufa (Önalım) dört madde halinde düzenlenmiştir⁸.

Önalım hakkı; önalıma konu olan şeyin, malik tarafından, üçüncü kişiye satılması ya da satış benzeri bir işlem ile bırakılması halinde, hak sahibine yöneltilmesi

¹ Şıpka, Şükran, Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şuf'a) Hakkı, 1.bs., Alfa Yayınları, Ankara 1994, s. 17.

² Feyzioğlu, Necmettin Feyzi, Şuf'a Hakkı, İstanbul, Nazari ve Tatbiki Hukuk Eserleri, 1959, 5-6.

³ Açıkgöz, Osman, Tarım Arazilerinde Yasal Önalım Hakkı (Tarımsal Önalım Hakkı), 1. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s.15.

⁴ Yıldırım, İlyas, *Şuf'a -Önalım Hakkı: Mecelle ve TMK Merkezli Bir Mukayese*, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 31, Nisan 2018, Sayfa: 317-336, s.318.

⁵ Türk Hukuk Kurumu, Türk Hukuk Lügatı, Türk Hukuk Kurumu Yayınları, Ankara 1991, s.143.

⁶ Latince “*ius protumiseos*”, Almanca “*Vorkaufsrecht*”, Fransızca “*droit de preemption*” ve İngilizce “*right of pre-emption*” kavramları önalım teriminin karşılıklarıdır. Türk Hukuk Kurumu, Lügat, s.313.

⁷ Söz konusu düzenlemeler, eMK'un 658. ve 659. maddelerinde yer almaktadır.

⁸ Söz konusu düzenlemeler, 4721 Sayılı Kanun'un 732, 733, 734 ve 735. maddelerinde yer almaktadır.

ve muhatabına varması gereken tek taraflı bir irade beyanı - dava yolu⁹ - ile öncelikli (ilk satış işleminin tarafları arasındaki şartlarda) satın alma hak ve yetkisi veren bir haktır¹⁰.

Doktrindeki en geniş tanımı yapan Prof. Dr. Necmettin Feyzioğlu'na göre; “Şufa hakkı (önalım hakkı), kanun veya akitten doğan ve hak sahibinin tek taraflı bir irade beyanıyla, hükümlerini husule getiren, sübjektif-ayni mahiyette öyle bir inşâ haktır ki, borçlu, hakkın mevzuu olan şeyi, tamamen kendi ihtiyariyle, hissedarlardan gayri şahıslara salim bir bey akdi neticesinde sattığı takdirde, şefie (önalıcı-önalım hakkı sahibi) kararlaştırılan bedeli ödeyerek meşfuun (önalım konusu pay) mülkiyetinin tercihan kendisine geçirilmesini veya şerh verilmemiş akdi şufada vaki zararın tazminini muayyen müddet içinde talep salahiyeti bahşeder.”¹¹.

Türk – İsviçre Hukuku'nda ise üzerinde en çok durulan konulardan birisi olmasına rağmen; önalım hakkı konusundaki tartışmalar ve çelişkili uygulamalar devam etmektedir. Bunun asıl sebebi ise, her iki ülkenin Medeni Kanunu'nda da konuya ilişkin hükümlerin sayısının oldukça az ve kapsamının dar oluşudur¹².

1.2. Hukuki Niteliği

Önalım hakkının hukuki niteliği doktrinde tartışmalı olmakla beraber, bu konu ile ilgili kabul gören başlıca üç farklı görüş bulunmaktadır. Bunlar; ayni hak görüşü,

⁹ Yargıtay HGK. T. 13.4.2005, E. 2005/6-230, K. 2005/244 “Önalım hakkı eskisi gibi karşı tarafa varması gerekli bir irade bildirimini ile değil ancak alıcıya karşı açılacak bir dava yolu ile kullanılabilir. Bu hakkın dava dışında başka bir yolla kullanılması olanaklı değildir. Önalım davası yenilik doğuran bir dava, bu dava sonunda verilen karar da yenilik doğuran bir karardır” <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=29014> (ET. 15/12/2019)

¹⁰ Kizir, Mahmut, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Satış İlişkisi Doğuran Haklar ve Özellikle Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, MÜHFD, 22(3), s.1773-1796, İstanbul 2016, s.1776; Eren, Fikret, “TMKna Göre Yasal Önalım Hakkı”, GÜHFD, 12 (1-2), s. 103- 125, Ankara 2008, s.105. Erkan, Vehbi Umut, “Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 Tarihli E. 2003/34 ve K. 2007/94 Sayılı Kararı Üzerine: TMK'nda Yasal Önalım Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılması”, İNÜHFD, 5 (1), 269 – 294, Malatya, 2016, s.269; Olcay, Avni, Önalım Hakkı ve Davaları, 1. bs., Ege Basım, İstanbul 2013, s.18; Açıköz, Tarımsal Önalım, s.12 ; Oğuzman, Kemal / Seliçi, Özer / Oktay Özdemir, Saibe Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, 2018, s.536; Aybay, Aydın/ Hatemi, Hüseyin, Eşya Hukuku, 4. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s.187; Ertaş, Şeref, Eşya Hukuku, 14. bs., İzmir, Barış Yayıncılık, 2018, s.335; Akıntürk, Turgut, Akipek, Jale, Ateş, Derya, Eşya Hukuku, 2. bs., İstanbul, Beta Basım Yayın, 2018, s.552; Ruhi, Canan / Ruhi, Ahmet Cemal, Önalım Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s.14.

¹¹ Feyzioğlu, Şufa, s.4.

¹² Yıldız, Ekrem, Önalım Davaları, 1. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s.1; Köylüoğlu, Önalım, s.16.

özel borç ilişkisinden kaynaklanan alacak hakkı görüşü ve son olarak Yargıtay tarafından da benimsenen yenilik doğuran hak görüşüdür.

1.2.1. Aynı Hak Görüşü

Aynı hak görüşü, önalım hakkını ve çerçevesini açıklamaya çalışan ilk ve en eski görüş olmakla beraber, bu görüş daha çok yasal önalım hakkının üzerine yoğunlaşmaktadır.

Aynı hak¹³ görüşünü savunanlara göre; yasal önalım hakkı, inhizari haklar¹⁴ grubuna dahil bir aynı haktır. Bu hakkın herkese karşı ileri sürülebilir olması, hak sahibinin doğrudan ve şahsi iradesi ile hakkını kullanabiliyor olması¹⁵, sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesine tabi olması¹⁶ ve süreklilik özellikleri taşıması¹⁷ sebepleri ile yasal önalım hakkı, aynı hak olarak nitelendirilmektedir. Ayrıca hakkın kullanılması sonucunda ortaya çıkacak olan yeni satış sözleşmesine dayanarak, önalım hakkı sahibinin mülkiyetin geçirilmesini talep etme yetkisi de aynı etkili istem şeklinde nitelendirilmekte ve değerlendirilmektedir. Bu görüşün temelinde yatan esas düşünce, aynı hakların iyiniyetli üçüncü kişiler dahil herkese karşı ileri sürülebilme özelliğidir. Burada esas sorun, önalım hakkının muhatabı olacak, alıcı, üçüncü kişinin herkes sayılıp sayılmayacağı yönündedir¹⁸.

Önalım hakkındaki alıcı üçüncü kişi, herkes değil, mülkiyet kendisine devredilen kimsedir.¹⁹ Burada muhatap, aynı haklarda olduğu gibi, mülkiyet hakkını herhangi bir şekilde engelleyen yahut mülkiyet hakkına zarar veren herkes değildir²⁰. Esasen, bu görüşü savunanlarca düşülen yanlış da kendini burada göstermektedir. Nitekim önalım hakkı sahibi, doğrudan hakimiyet sahibi olmadığından, herkese karşı el atmanın

¹³ Aynı haklar konusuna ilişkin bilgi için bkz; Oğuzman / Seliçi / Özdemir, Eşya, s.2 vd.; Tekinay, Selahattin Sulhi, Eşya Hukuku (Cilt I), 5. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, s.6 vd.; Ertas, Eşya, s.3 vd.; Akıntürk / Akipek / Ateş, Eşya, s.3vd.

¹⁴“Beklemece haklar, ileride kazanılacağı umulan haklardır. Örneğin; mirasçuların terekenin açılmasından önceki tereke hakları gibi.”(Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 9. bs., YY, Ankara 2005, s.145).

¹⁵ Kısagün, Adli, ŞuF'a Davaları, Doğuş Ltd. Şti. Matbaası, Ankara 1958, s. 8; Feyzioğlu, ŞuF'a, s.107 ve sayfada yer alan dipnot 147'deki yazarlar.

¹⁶ Şıpka, Önalım, s.21.

¹⁷ Feyzioğlu, ŞuF'a, s.108–109; Şıpka, Önalım, s.21.

¹⁸ Feyzioğlu, ŞuF'a, s.108–109; Şıpka, Önalım, s.21.

¹⁹ Şıpka, Önalım, s.60.

²⁰ Şıpka, Önalım, s.22.

önlenmesi, istihkak davası gibi davalar açarak mülkiyeti koruma hakkına da sahip değildir²¹.

Bunun yanında, aynı haklar süreye bağlı değilken²²; önalım hakkının kullanılması, hak sahibinin mülkiyet devrini öğrendiği tarihten itibaren 3 ay ve herhalde mülkiyet devrinin gerçekleştiği tarihten itibaren 2 yıllık hak düşürücü süreye tabidir.

Yine aynı haklar TMK’nda mülkiyet, irtifak, rehin hakları ve taşınmaz yükü olarak sınırlı sayıda sayılmış ve belirtilmiştir. Kanun’da sayılanların dışında, aynı hak tipi kurulamayacağından²³; aynı haklara hâkim olan süreklilik ilkesi ve sınırlı sayı ilkeleri önalım hakkı açısından geçerli değildir.

1.2.2. Özel Borç İlişkisinden Kaynaklanan Alacak Hakkı Görüşü

Aynı hak görüşünün eksiklerini görenler tarafından, aynı hak görüşüne karşı bu görüş ileri sürülmüştür²⁴. Bu görüşü savunanlara göre; önalım hakkı aslında bir aynı hak değil, hak sahibi ile önalım yükümlüsünün yaptıkları sözleşmeden kaynaklı bir alacak hakkı²⁵, kişisel bir taleptir. Bu görüşlere göre; önalım hakkı sahibi, mülkiyet devrine konu önalım işleminin gerçekleştiği, alıcı üçüncü kişi ile satıcı önalım yükümlüsü arasında yapılan sözleşmeye dahil olmakta ve hakka konu olan şeyin mülkiyetini böylelikle talep edebilmektedir. Burada önalım hakkı sahibinin, yapılan sözleşmeye bir şekilde taraf haline gelmek suretiyle bir alacak hakkına sahip olduğu varsayılmaktadır.

Bu görüş de bilhassa, önalım hakkı sahibinin, hakkını kullanması sonucunda oluşan yeni satım ilişkisini açıklayamadığından bahisle, çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır²⁶.

²¹ Şıpka, Önalım, s.60.

²² Oğuzman / Seliçi / Özdemir, Eşya, s.8; Tekinay, Eşya, s.17; Aybay / Hatemi, Eşya, s.35; Ertaş, Eşya, s.11; Akıntürk / Akipek / Ateş, Eşya, s.16.

²³ Oğuzman / Seliçi / Özdemir, Eşya, s.28; Tekinay, Eşya, s.16; Aybay / Hatemi, Eşya, s.26; Ertaş, Eşya, s.11; Akıntürk / Akipek / Ateş, Eşya, s.13.

²⁴ Feyzioğlu, Şuf’a, s.9–14; Şıpka, Önalım, s.23–24.

²⁵ Alacak hakları konusuna ilişkin detaylı bilgi için bkz; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s.49 vd.; Tekinay, Selahattin Sulhi, Borçlar Hukuku, 7. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s.13vd. Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Cilt 1), 17. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s.14-16.

²⁶ Eleştiriler için bkz; Feyzioğlu, Şuf’a, s. 9–14.

1.2.3. Yenilik Doğuran Hak Görüşü

Günümüzde doktrinde ve uygulamada neredeyse oybirliği ile mutabık kalınan görüş, önalım hakkının yenilik doğuran bir hak²⁷ olduğu görüşüdür. Bu görüşün altında yatan asıl sebep, önalım hakkının, tek taraflı irade beyanı ile üçüncü kişilere karşı ileri sürülerek yeni bir satım sözleşmesi kurulabiliyor olmasıdır²⁸.

Yenilik doğurucu haklar, hak sahibi ile yöneltildikleri muhatap arasındaki hukuki ilişkinin varlığını ve niteliğini etkilerler. Yani bir hukuki ilişki kurabilir, hukuki ilişkiyi değiştirebilir veya kaldırabilirler. Buradan da anlaşılacağı gibi, yenilik doğuran haklar; kurucu, değiştirici ve bozucu yenilik doğuran haklar olmak üzere üç gruba ayrılırlar. Bu hakların en önemli özelliği tek taraflı irade beyanında bulunmak suretiyle kullanılıyor ve yöneltildiği muhatabın hukuk alanında sonuç doğuruyor olmasıdır.

Yenilik doğurucu haklar şarta bağlı olmayan ve hak sahibi tarafından bir kere kullanmakla sona eren haklardır²⁹. Bu hakların kullanıldıktan sonra geri alınması da mümkün değildir³⁰. Ancak, hak kullanılmadan önce haktan feragat edilebileceği gibi dava esnasında da talepten feragat edilebilir. Bunun yanında, söz konusu haklar, kısa hak düşürücü sürelerle tabidir³¹.

Yenilik doğuran haklar, kural olarak, yöneltilmesi ve muhatabına ulaşması gereken tek taraflı irade beyanı ile kullanılır. Kanunda öngörülmesi halinde ise bu hak dava yoluyla kullanılabilir. Açılacak olan bu dava, yenilik doğuran davadır ve davanın kabulü halinde, kurulan hüküm de inşa-i hükümdür³².

²⁷ Yenilik doğuran haklar konusuna ilişkin detaylı bilgi için bkz; Eren, Borçlar, s.62 vd.; Tekinay, Borçlar, s.16.

²⁸ Tunaboğlu, Müslim, Önalım Davaları, 5. bs., YY, Ankara 2013, s.24; Özenli, Soysal, 2. Bs., Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara 1990, s. 3; Şıpka, Önalım, s.31; Erkan, Yasal Önalım, s.278; Oğuzman / Seliçi / Özdemir, Eşya, s.536; Arık, Fikret, Şu'fa Hakkı Üzerinde Bir İnceleme, Ankara 1943, s.7.

²⁹ Buz, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s.256 vd. Oğuzman / Barlas, Medeni Hukuk, 15. Bası, İstanbul 2008, s.146.

³⁰ Şıpka, Önalım, s.30.

³¹ Şıpka, Önalım, s.30; Erkan, Yasal Önalım, s. 278.

³² Kuru, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, 3. Bs. Yetkin Yayınları, İstanbul 2019, s.143; Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder, Medeni Usul Hukuku, 19.bs., YY, Ankara 2013, s.266; Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder / Taşpınar Ayvaz, Sema / Hanağası, Emel, Medeni Usul Hukuku, 5. Bs. Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 308; Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, Alfa Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 1995, s.318; Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku (Cilt I – II), 7. bs., Nesil Matbaacılık, İstanbul 2000, s.335; Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 7. Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 215.

Yenilik doğuran hakların en belirgin özellikleri olan, karşı tarafın rızasına ya da kabulüne gerek olmaksızın tek taraflı hukuki beyan ile yeni bir hukuki ilişki kurabilme, önceki hukuki ilişkiyi değiştirebilme veya kaldırabilme niteliklerini önalım hakkı da bünyesinde taşımaktadır.

Nitekim hak sahibi satım ilişkisinin kurulduğunu öğrendiğinde, alıcıya önalım hakkını kullandığını bildirerek, kurulan satım sözleşmesi ile aynı şartlar altında yeni bir satım sözleşmesi kurar³³. Bunun için karşı tarafın rızası gerekmediği gibi katılımına da gerek yoktur³⁴. Zira burada muhatap pasif konumdadır³⁵. Ayrıca, yenilik doğuran hakların, kısa hak düşürücü sürelerle tabi olması, yalnız bir kere kullanılabilir olması diğer özelliklerini de bünyesinde ihtiva eden önalım hakkı, kurucu yenilik doğuran bir haktır.

2. Önalım Hakkının Türleri

TMK’nda iki tür önalım hakkı düzenlenmiştir. Bunların ilki, Mecelle’de de düzenlenmiş olan, yasal önalım hakkıdır. Yasal önalım hakkı, TMK. m. 732 vd. hükümlerinde düzenlenmektedir³⁶. İkinci önalım hakkı türü ise, TMK m. 735’te³⁷ düzenlenen sözleşmeden doğan – sözleşmesel – önalım hakkıdır.

2.1. Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı

2.1.1. Genel Olarak Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı

Önalım hakkı kanundan doğabileceği gibi taraflar arasında iradi olarak akdedilen bir sözleşme ile de kurulabilir. TMK m. 735’te düzenlenen³⁸ sözleşmeden doğan önalım hakkı ile malik, yapacağı adi yazılı şekle tabi sözleşmeyle bir kişiye

³³ Kırca, Çiğdem, “Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanun’daki Değişiklikler”, Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı Cilt: II, 1179-1203, İstanbul 2002, s.1183. Kizir, Satış İlişkisi, s. 1774. Ayrıca bkz. aşağı; 1.4.

³⁴ Erkan, Yasal Önalım, s.278.

³⁵ Şıpka, Önalım, s.8.

³⁶ Yasal önalım hakkı, eMK. m. 759’da düzenlenmiştir.

³⁷ Sözleşmeden doğan önalım hakkı, eMK, m. 758’de düzenlenmiştir.

³⁸ “Madde 735- Tapu kütüğüne şerh verilen sözleşmeden doğan önalım hakkı, şerhte belirtilen sürede ve belirtilen koşullara göre her malike karşı kullanılabilir. Kütükte koşullar belirtilmemişse taşınmazın üçüncü kişiye satışındaki koşullar esas alınır.

Şerhin etkisi her durumda, şerhin verildiği tarihten itibaren on yıl geçmekle sona erer.

Yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümler sözleşmeden doğan önalım hakkında da uygulanır.”

önalım hakkı tanıyarak, mülkiyet hakkını sözleşmenin diğer tarafı lehine sınırlandırabilmektedir³⁹. Tarafların irade beyanlarını ve özellikle de hangi mala ilişkin önalım hakkı tesis edildiğini içermesi gereken bu sözleşmeler, önalım sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır⁴⁰. Bu sözleşme kaynaklı hak, İsviçre’de⁴¹ ortaya çıkış sürecinde sıklıkla karşılaşıldığı şekli ile kira sözleşmelerine konulan bir şart şeklinde görüldüğünden, önalım sözleşmeleri resmi şekle değil, adi yazılı şekle tabidir⁴².

Sözleşmeden doğan önalım hakkı şahsi bir hak olduğundan⁴³, hak tapuya şerh edilmediği müddetçe, sadece sözleşmenin tarafı olanlar bakımından hüküm ifade eder⁴⁴. Ancak sözleşmeden doğan önalım hakkı, tapuya şerh edilirse; şahsi olan bu hak, kuvvetlendirilmiş şahsi hak vasfı kazanır⁴⁵. Kuvvetlendirilmiş şahsi hak vasfı kazanan sözleşmesel önalım hakkı artık, süresi boyunca, her satış bakımından satışın taraflarına karşı ileri sürülebilir⁴⁶. Aksi takdirde yalnızca ilk satış bakımından hüküm ve sonuç doğurur⁴⁷. Şerh⁴⁸ bu hakkı güçlendirir ve fakat, bu şerh malın satışını engellemez⁴⁹.

³⁹ “Sözleşmeden doğan önalım hakkının doğabilmesi için öncelikle bir önalım sözleşmesinin yapılması gerekir. Bu sözleşmenin yapılması ile mah sahibi, mülkiyet hakkını ileri bir tarihte devir borcu altına girmiş olur. Buna karşın, önalım alacaklısının önalım akdine konu edilen malın mülkiyetinin kendisine devir edilmesini isteme hakkı doğar.” (6. HD. , 17.01.2012 13040/160) (Günay, Önalım Hakkı, s.129.

⁴⁰ Demirbaş, Feride, Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, AÜHFD, 65 (2), 249-278, Ankara 2016, s.255; Olcay, Önalım, s.25; Köylüoğlu, Önalım, s.25; Oğuzman / Seliçi / Özdemir, Eşya, s.541; Ertaş, Eşya, s.398; Akıntürk / Akipek / Ateş, Eşya, s.575.

⁴¹ Sözleşmeden doğan önalım hakkı İsviçre’de İBK 216a – 216e maddeleri arasında düzenlenmiştir.

⁴² Feyzioglu, Şuf’a, s.80; Yargıtay 6.HD., T. 25.2.1985, E. 1985/65, K. 1985/1969 (YKD1985, S. 9, s. 13191)

⁴³ Yargıtay HGK T. 26.02.2014, E. 2013/6-494, K.2014/153; “Sözleşmeden doğan önalım hakkı şahsi bir haktır. Sözleşmenin tarafı olanlar için hüküm ifade eder. Aynı bir hak olmadığı gibi aynı zamanda nispi bir haktır. önalım sözleşmesinin tapuya şerh edilmiş olması şahsi nitelik taşıyan hakka aynı hak vasfını kazandırır. Şerh bu hakkı güçlendirir ve herkese karşı ileri sürülebilir hale getirir. Hakkın tapuya şerh edilmesi mal sahibinin taşınmazını satmasını engellemez. önalım sözleşmesi tapu siciline tescil edildikten sonra mal sahibi taşınmazını üçüncü kişiye satarsa o takdirde alacaklı üçüncü kişi hakkında da önalım hakkını kullanabilir.”

⁴⁴ Erdoğan, Celal, Ortaklığın Giderilmesi ve Şuf’a Davaları, 2. Bs., En-Kay Yayınevi, 1991 Ankara, s.649; Yıldız, Önalım, s.28; Günay, Önalım Hakkı, s.126; Olcay, Önalım, s.25; Oğuzman / Seliçi / Özdemir, Eşya, s.540.

⁴⁵ Tunaboşlu, Önalım, s.26; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.32; Demirbaş, Sözleşmeden Doğan Önalım, s.256; Oğuzman / Seliçi / Özdemir, Eşya, s.543; Ertaş, Eşya, s.398.

⁴⁶ Köylüoğlu, Önalım, s.29.

⁴⁷ Demirbaş, Sözleşmeden Doğan Önalım, s.256.

⁴⁸ 21953 sayılı mülga Tapu Sicil Tüzüğü 55/c maddesi gereğince; önalım hakkının tapuya şerh edilmesi için noterlikçe düzenlenmiş, yani resmi şekilde yapılmış, bir sözleşme olması şartı aranmaktaydı. Ancak, 17.08.2013’te Resmi Gazete’de ilan edilen 28738 sayılı Tapu Sicil Tüzüğü ile bu hüküm kaldırılmış ve Tüzük hem TBK hem de TMK ile uyumlu hale gelmiştir. Zira Tüzük’te; düzenleniş amacının, 4721 sayılı TMK’nın öngördüğü tapu sicillerinin düzenli bir şekilde tutulmasını sağlamak olduğu yer almaktadır.

⁴⁹ Tunaboşlu, Önalım, s.26.

Sözleşmeden doğan önalım hakkı tapuya şerh edilmişse; tapuda malik olarak görünen kişiye; tapuya şerh edilmemişse; satıcıya karşı dava açılarak kullanılabilir⁵⁰. Bununla beraber, TMK. m.735/2 gereği; şerh, taraflarca daha kısa bir süre kararlaştırılmadığı takdirde, verildiği tarihten itibaren 10 yıl geçmekle(hükmünü yitirir) sona erer⁵¹. Bu süre şerhe ilişkin olup önalım hakkı bakımından geçerli değildir. Şöyle ki; taraflar önalım hakkını 10 yıldan uzun süreli olarak kararlaştırabilirler ancak, şerhin etkisi 10 yıl için geçerlidir. Taraflar, önalım hakkı için 10 yıldan daha uzun bir süre kararlaştırmışlarsa; 10 yıl geçmekle şerh düşer dolayısıyla sözleşme üçüncü kişilere karşı hüküm doğurmaz, bununla birlikte; önalım hakkı devam eder. Yani bu durumda 10 yıldan sonraki süreçte, önalım hakkı, kuvvetlendirilmiş bir şahsi hak olarak değil; şahsi bir hak olarak varlığını sürdürür⁵².

Doktrinde sözleşmesel önalım hakkının hem menkul⁵³ hem de gayrimenkuller için tanınabileceği genel olarak kabul edilmiştir⁵⁴. Ancak, uygulamada gayrimenkuller için dahi çok tercih edilen bir kurum değilken menkuller bakımından neredeyse hiç sözleşmesel önalım hakkı kurulmamaktadır.

TMK. m. 735/son gereğince, sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılması (TMK m. 734) ve bu haktan vazgeçilmesi (TMK m.733/2) ile ilgili yasal önalım hakkına ilişkin hükümler uygulanır⁵⁵. Zira TMK. m. 735/3 gereğince; sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılmasında kanunun yasal önalım hakkı için öngördüğü hükümler uygulanacağından, önalım hakkının iki türünün kullanım bakımından bir fark da yoktur.

TBK m. 239'a göre "*Aksine anlaşma olmadıkça, sözleşmeden doğan önalım, alım ve gerialım hakları devredilemez, ancak miras yoluyla geçer. Bu hakların*

⁵⁰ Oğuzman / Seliçi / Özdemir, Eşya, s.540; Günay, Önalım Hakkı, s. 128; Olcay, Önalım, s.25.

⁵¹ Oğuzman / Seliçi / Özdemir, Eşya, s.544; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.30; Günay, Önalım Hakkı, s.125; Ertaş, Eşya, s.398; Erdoğan, Ortaklığın Giderilmesi, s. 652.

⁵² Yıldız, Önalım, s.7; Olcay, Önalım, s.48; Köylüoğlu, Önalım, s.29.

⁵³ Uygulamada Yargıtay'ın, taşınır niteliğinde olan şirket pay senetlerinde sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılabilmesine dair kararları bulunmaktadır. (11.HD T. 06.05.1982, E. 1982/1551, K. 1982/2136; 11.HD. T. 15.10.1984, E. 4638, K. 4740; 11.HD T. 23.02.1995, E. 1994/7138, K. 1995/1522) (Köylüoğlu, Önalım, s.34, dn.132).

⁵⁴ Feyzioğlu, Şu'fa, s.78. Ayrıca bu görüşü savunan yazarlar için bkz; Demirbaş, Sözleşmeden Doğan Önalım, s.125, dn.1, Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.20, dn.59; Aksi yönde bkz; "*Medeni Kanun'un akdi önalımı düzenleyen 735. maddesi ile akdi önalımın da tapuya şerh verilebileceğini öngören 1009. Maddesindeki ifadeler akdi önalımın konusunun da gayrimenkul olması gerekir. Sözü edilen kanun maddelerinin tapu sicilinden söz eder olmaları da bu görüşü teyit eder.*" (Tunaboşlu, Önalım, s. 26), bu yöndeki görüşler için ayrıca bkz; Köylüoğlu, Önalım, s.30, dn.114.

⁵⁵ Günay, Önalım Hakkı, s.127.

devredilebileceği sözleşmeyle kararlaştırılmışsa, devir işlemi hakkın kullanılması için öngörülen şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz". Açık madde metninden de görüldüğü üzere, önalım hakkı, miras yolu ile mirasçılara geçse de kural olarak devredilemez. Ancak madde hükmü emredici olmadığından taraflar aksini kararlaştırabilirler. Devir sözleşmesinin geçerliliği de önalım sözleşmesinin geçerlilik koşuluna, yani, adi yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır⁵⁶.

Sözleşmeden doğan önalım hakkına konu olan taşınmazın mülkiyetinin paylı mülkiyet olması gerekmez. Bu şekilde olduğunda, ileride daha ayrıntılı bir şekilde değinileceği üzere, yasal önalım hakkı zaten var olacaktır. Mala tek başına malik olan kişi de önalım sözleşmesi yapabilir. Ancak elbirliği mülkiyeti halinde, ortakların malı belirli olmadığından ve TMK. m. 702 gereğince de tasarruf işlemleri için kural olarak oybirliği arandığından, bir ortak ya da birkaç ortak – tüm ortaklar bir araya gelmeden – tek başlarına önalım sözleşmesi yapamazlar⁵⁷. Şayet elbirliği şeklindeki mülkiyet kanunda öngörülen bir sözleşme uyarınca kurulmuş ve bu sözleşmede önalım sözleşmesi yapılması için oybirliği şartı aranmıyorsa artık söz konusu sözleşmede öngörülen şekle uygun olarak, oybirliği şartı aranmaksızın önalım sözleşmesi yapılabilir⁵⁸. Sözleşmeden kaynaklanan elbirliği şeklindeki mülkiyet sürdüğü müddetçe, tasarrufta bulunulamayacağı için, bir kısım paya ilişkin önalım sözleşmesi de düzenlenemez⁵⁹. Örneğin; evlilik birliğinde, malların idaresine yönelik olarak eşlerin evlenmeden önce ya da evlilik sırasında yapabilecekleri mal rejimi sözleşmelerinden mal ortaklığı sözleşmesinin yapılması halinde mallar üzerinde eşler bakımından elbirliği mülkiyeti kurulur ve bu durumda da eşler evlilik birliği malları üzerinde tek başlarına tasarruf hakkına sahip olmadıklarından, payları üzerinde önalım sözleşmesi yapamazlar.

2.1.2. Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkının Türleri

Doktrinde, sözleşmesel önalım hakkı alelade (*adi*) ve mevsuf (*vasıflı*) olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir⁶⁰.

⁵⁶ Demirbaş, Sözleşmeden Doğan Önalım, s.264.

⁵⁷ Oğuzman / Seliçi / Özdemir, Eşya, s.343.; Tekinay, Eşya, s.638.

⁵⁸ Yıldız, Önalım, s.6; Köylüoğlu, Önalım, s.26.

⁵⁹ Yıldız, Önalım, s.6.

⁶⁰ Arık, Şu'fa, s. 11; Feyzioğlu, Şu'fa, s.30; Özenli, Şu'fa, s. 23. Kılıç, Halil, Gayrimenkul Davaları (Cilt II), 1.bs., Turhan Kitabevi, Ankara 1997, s.1992.

2.1.2.1. *Adi Önalım Hakkı*

Önalım hakkının kullanılma şartlarının, özellikle bedelin, sözleşmede belirtilmesi zorunlu değildir. Uygulamada çok kullanılmamakla beraber, önalım hakkının kullanılmasının şartları gösterilmemişse adi önalım hakkı vardır⁶¹. Burada sözleşmenin en önemli unsurlarından biri olan bedel gösterilmemiştir. Dolayısıyla, önalım hakkının kullanılmasında esas alınacak bedel, alıcının satıcıya ödediği bedel olacaktır⁶².

2.1.2.2. *Vasıflı Önalım Hakkı*

Vasıflı önalımda satış şartları özellikle de satış bedeli gösterilir. Böyle bir bedel sözleşmede belirlendiğinde; alıcının ödediği miktar ne olursa olsun, hak sahibi, sözleşmede kararlaştırılan bedeli ödeyerek önalım hakkını kullanabilir⁶³. Bu bedel, tapu kütüğüne şerh edilmiş ise alıcının bu bedele itiraz hakkı da bulunmamaktadır⁶⁴.

2.2. **Yasal Önalım Hakkı**

Önalım hakkı, sözleşme ile kurulabildiği gibi doğrudan kanundan da doğabilir. Hukukumuz açısından, kanundan kaynaklanan önalım hakkından anlaşılan esasen TMK'nun 732, 733 ve 734. maddelerinde düzenlenmiş olan ve kaynağını da paylı mülkiyetten alan yasal önalım hakkıdır. İsviçre'de ise yasal önalım hakkı İMK'nun 681,681a,681b ve 682.maddelerinde düzenlenmiştir. Türk Hukuku'nda bulunmayan ancak İsviçre Hukuku'nda düzenlenen bir yasal önalım hakkı türü de üst hakkından doğan yasal önalım hakkıdır. İMK'nun 682. maddesinde; üst hakkı sahibine ve üst hakkı ile yüklü taşınmazın malikine karşılıklı olarak bir yasal önalım hakkı tanınmaktadır. Hakkın düzenlenmesindeki amaç, taşınmaz veya irtifak hakkı sahibinin değişmesi halinde, taşınmazın üst hakkından arındırılmış olarak devredilmesinin sağlanmasıdır.

⁶¹ Tunaboşlu, Önalım, s.27; Kılıç, Gayrimenkul, s.1993.

⁶² Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.25; Tunaboşlu, Önalım, s.27; Günay, Önalım Hakkı, s.126; Olcay, Önalım, s.46.

⁶³ Tunaboşlu, Önalım, s.27; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.26; Olcay, Önalım, s.47; Köylüoğlu, Önalım, s.37; Günay, Önalım Hakkı, s.16; Kılıç, Gayrimenkul, s.1993.

⁶⁴ Olcay, Önalım, s.47.

2.2.1. TMK Kapsamında Paylı Mülkiyetten Doğan Yasal Önalım Hakkı

Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyete konu bir taşınmaza paydaş olan kişinin, gayrimenkul üzerindeki payını tamamen veya kısmen bir üçüncü kişiye satması ya da satış benzeri bir işlemle devretmesi durumunda, açılacak davanın kabulü halinde verilen kararlar diğer paydaş veya paydaşların satıma konu payı aynı şartlar altında öncelikli olarak satın almanın yanında mülkiyetini kazanma hakkı da tanıyan, kanundan kaynaklı ve eşyaya bağlı bir haktır⁶⁵. İMK ile eMK'dan farklı olarak, TMK. m. 734/1'de, yasal önalım hakkının, yenilik doğuran özel bir irade beyanı ile değil, dava açmak sureti ile kullanılacağı öngörülmüştür⁶⁶. Açılacak olan bu dava, inşâi dava⁶⁷ niteliğindedir⁶⁸.

Yasal önalım hakkı, kanundan doğan (TMK. m. 731 vd.) bir mülkiyet kısıtlamasıdır⁶⁹. Gücünü kanundan alan bu hak, tapu siciline kaydı gerekmeksizin etkisini gösterir⁷⁰. Bununla beraber tapu siciline kayıtlı bir sözleşmesel önalım hakkı ile yasal önalım hakkı karşılaştırıldığında, yasal önalım hakkı tercih edilir⁷¹.

Yasal önalım hakkının, önalım hakkının kullanılmasını sağlayan sözleşmenin kurulması ile birlikte doğduğuna dair bir görüş olsa da⁷² genel kabul gören görüşe göre, bu hak paylı mülkiyetin kurulması ile birlikte⁷³ – aynı anda ve kendiliğinden – doğar. Satım ve ekonomik anlamda satım benzeri işlemin gerçekleşmesi, yasal önalım hakkını doğurmaz, bunu kullanma hakkı verir⁷⁴.

⁶⁵ Şıpka, Önalım, s.8; Tunaboşlu, Önalım, s. 28; Kırca, Önalım, s.1179; Köylüoğlu, Önalım, s.37; Eren, Yasal Önalım, s 26; Erkan, Yasal Önalım, s.272.; Ertaş, Eşya, s.395.

⁶⁶ Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul, s.267; Tunaboşlu, Önalım, s.29; Eren, Yasal Önalım, s 27; Günay, Önalım Hakkı, s.19.

⁶⁷ HMK m. 108; “(1) İnşâi dava yoluyla, mahkemeden, yeni bir hukuki durum yaratılması veya mevcut bir hukuki durumun içeriğinin değiştirilmesi yahut onun ortadan kaldırılması talep edilir.

(2) Bir inşâi hakkın, dava yoluyla kullanılmasının zorunlu olduğu hâllerde, inşâi dava açılır.

(3) Kanunlarda aksi belirtilmedikçe, inşâi hükümler, geçmişe etkili değildir”.

⁶⁸ Oğuzman / Seliçi / Özdemir, Eşya, s. 560.

⁶⁹ Feyzioğlu, Şuf'a, s. 97; Erkan, Yasal Önalım, s.272.

⁷⁰ Şıpka, Önalım, s.16.

⁷¹ Feyzioğlu, Şuf'a, s.112.

⁷² Köylüoğlu, Önalım, s.45.

⁷³ Yargıtay 6. HD.; T. 13.10.2003, E. 2003/7166, K. 2003/7123 “Bu hak, paylı mülkiyet ilişkisi kurulduğu anda vücut bulur. Payın satılması ile de kullanılabilir hale gelir.”; Aynı şekilde, aynı dâirenin başka bir kararında, T. 21.03.2005, E.2005/955, K.2005/2510: “Bu hak paylı mülkiyet ilişkisi kurulduğu anda doğar ve payın üçüncü kişiye satılması ile kullanılabilir hale gelir.”

⁷⁴ Feyzioğlu, Şuf'a, s.96; Eren, Yasal Önalım, s 28.

TMK kapsamında yasal önalım hakkı yalnızca taşınmaz üzerinde paylı mülkiyet olması halinde söz konusu olur⁷⁵. Paylı mülkiyette her bir paydaş hem önalım hakkına sahip hem de önalımla yükümlüdür. Taşınırlarda yahut üzerinde paylı mülkiyetten başkaca bir şekilde mülkiyet kurulmuş taşınmazlarda özellikle elbirliği mülkiyeti ile kat mülkiyetinde böyle bir hak söz konusu olmaz⁷⁶. Paylı mülkiyette bir payın mülkiyeti elbirliği şeklinde ise, bu şekildeki payda yasal önalım hakkı gündeme gelebileceği gibi elbirliği ile paya malik olanların da diğer paylar bakımından yasal önalım hakları vardır⁷⁷.

Yasal önalım hakkı, doğrudan paya bağlı, payla ilişkili bir haktır⁷⁸. Bu nedenle de payın mülkiyeti kime geçerse, hak da ona geçer. Aynı şekilde, paydan bağımsız olarak, önalım hakkı devir ya da miras yoluyla da bir başkasına geçmez⁷⁹.

Taşınmazın bütünleyici parçaları da satışın ve dolayısıyla önalım hakkının içeriğine girmektedir. Ancak, alıcının satıştan sonra taşınmaza eklediği mütemmim cüzler; satışa konu olmadığından önalım hakkı kapsamında da yer almamaktadır. Bu durumda, alıcının, önalım hakkı sahibinden yaptıklarının bedelini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edebilmesi gerekir⁸⁰. TMK m. 685'te "*Bir şeyin mâliki onun ürünlerinin de mâliki olur.*" ve "*Doğal ürünler asıl şeyden ayrılıncaya kadar onun bütünleyici parçasıdır.*" hükmü bulunmaktadır. Bunlar doğrultusunda, ürünler esas şeyden ayrılmadıkça asıl şeyin bütünleyici parçası kabul edildiğinden, yukarıda sayılanlar bunlar açısından da geçerlidir ve önalım hakkının kapsamındadır. Bununla beraber, taşınmazın mülkiyeti alıcıdayken – henüz önalım hakkı kullanılmadığında – ürünler de alıcıya aittir⁸¹.

⁷⁵ Köylüoğlu, Önalım, s.39; Eren, Yasal Önalım, s108; Günay, Önalım Hakkı, s.28; Ertaş, Eşya, s.395.

⁷⁶ Yargıtay 6. HD., T. 20.6.2005, E. 4981, K. 6358, "*Dava konusu edilen önalıma konu payın bulunduğu taşınmaz tapuda Kat Mülkiyet Hükümlerine tabi 6/24 arsa paylı bağımsız bölüm olarak kayıtlıdır. Bağımsız bölümün Kat Mülkiyeti Kanunu gereğince paydaşlar arasında fiilen paylaşılıp kullanılması mümkün olmadığı gibi böyle bir paylaşım Kat Mülkiyeti Kanununun ruhuna da aykırıdır.*"

⁷⁷ Yıldız, Önalım, s.4.

⁷⁸ Eren, Yasal Önalım, s109.

⁷⁹ Eren, Yasal Önalım, s109.

⁸⁰ Yıldız, Önalım, s.8; Köylüoğlu, Önalım, s.41; Tekinay, Eşya, s.530.

⁸¹ Yıldız, Önalım, s.8; Oğuzman / Seliçi / Özdemir, Eşya, s.293; Tekinay, Eşya, s.537.

2.2.2. Diğer Kanunlarda Yer Alan Yasal Önalım Hakları

Esasen konumuz olmadığından diğerlerine kısaca değinmekle yetinilip konunun güncel olmasından dolayı 5403 Sayılı Kanun'da yer alan tarım arazilerinde yasal önalım hakkı daha ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

TMK. m.708⁸²'de yeni oluşan yararlanmaya elverişli araziye, arazi kaybına uğrayan kişiye ya da bitişik arazi malikine Hazine'den önce satın alma hakkı düzenlenmiştir.

10.05.1969 tarihli, 1164 sayılı Arsa Ofis Kanunu⁸³, arsa ofisi lehine önalım hakkı tanımıştır. Arsa ofisine önalım hakkı tanınmasının asıl sebebi kamu yararındır. Dolayısıyla, Arsa Ofisi Kanunu'nda tanınan önalım hakkı, TMK. m. 731/3 gereğince kamu yararı için konulan taşınmaz mülkiyet kısıtlamasıdır ve paylı mülkiyette tanınan yasal önalımın aksine hiçbir şekilde değiştirilemez ve haktan feragat mümkün değildir⁸⁴.

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

2.2.2.1. Tarım Arazilerinde Yasal Önalım Hakkı

Tarım işletmelerinin daha verimli bir şekilde değerlendirilmesi amacıyla 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun ile 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda ve TMK'da bazı değişiklikler yapılmıştır. Tarım arazileri⁸⁵ satış ve miras yoluyla

⁸² “Madde 708- Birikme, dolma, toprak kayması veya kamuya ait suların yatağında ya da seviyesinde değişme gibi sebeplerle sahihsiz yerlerde yeniden oluşan yararlanmaya elverişli arazi Devlete ait olur.

Devlet, bu araziye kamusal bir sakınca bulunmadığı takdirde öncelikle arazisi kayba uğrayana veya bitişik arazi malikine devredebilir”

⁸³ Arsa Ofisi Kanunu m.10'da yer alan düzenlemeye göre; “Arsa Ofisi Genel Müdürlüğü; konut, sanayi, eğitim, sağlık ve turizm yatırımları ve kamu tesisleri için planlamayı öngördüğü ve tahdidini yaparak ilgili tapu idarelerine bildirmiş bulunduğu sahalardaki arsa ve arazinin satışlarında şuf'a hakkını haizdir.”

⁸⁴ Şıpka, Önalım, s.9.

⁸⁵ Tarımsal Arazilerin Devrine İlişkin Yönetmelik m.4/f de, tarım arazisi; “ Toprak, topografya ve iklimsel özellikleri tarımsal üretim için uygun olup, hâlihazırda tarımsal üretim yapılan veya yapılmaya uygun olan veya imar, ihya, ıslah edilerek tarımsal üretim yapılmaya uygun hale dönüştürülebilen araziler” olarak tanımlanmıştır.

küçülmesi neticesinde tarımsal üretim ve ekonomik verimlilik buna bağlı olarak düşmüştür, bunun üzerine getirilen bu düzenlemenin asıl amacı da tarım işletmelerinin parçalanmasının önüne geçilmesi ve tarım işletmelerinin korunmasıdır⁸⁶.

Ancak burada 6537 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile tarım arazisinin devri için getirilen koşullar bulunmaktadır. Buna göre; mülkiyeti devredilecek tarım arazileri, asgari tarım arazisi büyüklüğüne ve yeter gelirlili tarım arazisi büyüklüğüne sahip olmak zorundadır. Aksi halde söz konusu araziler devredilemeyecektir⁸⁷. Asgari tarım arazisi büyüklüğüne ilişkin düzenlemeler TKAKK m.8/3'te, yeter gelirlili tarım arazisi büyüklüğüne ilişkin düzenlemeler ise TKAKK m.8/A'da düzenlenmiş ve Kanun'un ekinde her il / ilçe bakımından bu arazi büyüklükleri için öngörülen şartlar değişmektedir.

Maddelerden ilki olan TKAKK m. 8/3 gereğince; örtü altı tarım arazilerinde 3 dönüm, dikili tarım arazilerinde 5 dönüm ve mutlak tarım arazileri ile marjinal tarım arazileri ve özel ürün arazilerinde⁸⁸ 20 dönüm altında hisseler bölünemeyecektir.

Anılan ikinci madde TKAKK m.8/A'ya göre ise; asgari tarımsal işletme büyüklükleri Tarım ve Köyişleri Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelik ile belirlenecek ve tarım arazileri belirlenen bu büyüklüğün altında bölünemeyecektir.

Tarım arazisinin bölünmesi işlemi ister sağlar arası tasarruf, ister ölüme bağlı tasarruf şeklinde yapılsın; her iki asgari büyüklük şartını bünyesinde ihtiva etmek zorunda, her iki şartı birlikte sağlamak zorundadır.

Yasal önalım hakkı konusunda yapılan tüm açıklamalar burada da geçerli olmakla beraber, aşığıda kısaca tarım arazilerinde yasal önalım hakkının özelliklerine değinilecektir.

2.2.2.1.1. Tanımı ve Amacı

6537 sayılı Kanun'da getirilen düzenlemeye göre; *“Tarımsal arazilerin satılması hâlinde sınırdaş tarımsal arazi malikleri de önalım hakkına sahiptir. Tarımsal arazi, sınırdaş maliklerden birine satıldığı takdirde, diğer sınırdaş malikler yasal olarak önalım haklarını kullanamaz. Önalım hakkına sahip birden fazla sınırdaş tarımsal arazi*

⁸⁶ Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.3.

⁸⁷ Detaylı bilgi için bkz; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.77vd.

⁸⁸ Detaylı bilgi için bkz; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.75 vd.

malikinin bulunması hâlinde hâkim, tarımsal bütünlük arz eden sınırdaş arazi malikine önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyetinin devrine karar verir.”⁸⁹. Bu durumda hangi sınırdaş arazi sahibinin önalım hakkına öncelik verileceği ve tescilin kimin talebine uygun yapılacağı konusunda göz önüne alınacak kriter ‘‘tarımsal bütünlük’’ kriteridir.

6537 sayılı Kanun ile eklenen 8/İ maddesinin ikinci fıkrasında ise tarımsal amaçlı arazilerin satışa konu edilmesi durumunda sınırdaş tarımsal arazi malikleri de önalım hakkına sahiptir denilmektedir. Burada satılan taşınmazın paylı mülkiyete tabi olması şartı aranmamaktadır. Gerek paylı mülkiyete, gerekse elbirliği mülkiyetine konu tarımsal arazilerin, sınırdaş tarımsal arazi maliklerine de belli şartlarla önalım hakkı tanınmıştır⁹⁰.

5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nun 8/İ maddesinin gerekçesinde; *“TMK’na göre önalım hakkına sahip ortakların bu hakkını kullanmaması halinde sınırdaş arazi maliklerine de önalım hakkı tanınarak, arazilerin büyümesi hedeflenmiştir.”* ifadesi yer almaktadır. Buna göre; bir veya birkaç payın satımında, TMK gereği önalım hakkına sahip paydaşların, hakkını kullanmaması halinde sınırdaş tarımsal arazi maliklerine de önalım hakkı tanınmıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi’nin 5403 sayılı Kanun’un 8/İ maddesinin iptali için açılan davada verdiği red kararında (30.10.2014 T. 2014/133 Esas ve 2014/165 sayılı Karar); *“5403 sayılı Kanun’un 8/İ maddesinin dava konusu ikinci fıkrasıyla tarımsal arazilerin satılması hâlinde sınırdaş tarımsal arazi maliklerine önalım hakkı tanınmaktadır. Kuralda, tarımsal arazinin satılmasından söz edilmiş olup hisselerin satılması ifadesine yer verilmediğinden, önalım hakkının sadece arazinin (parselin) bütünüyle satılması hâlinde mevcut olduğu, tarım parselinin hisselerinin bir bölümünün satılması durumunda geçerli olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.”* denilmiştir. Kanaatimizce, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Hakkında Kanun ile amaçlanan tarımsal arazilerin büyümesini ve bütünlüğünü sağlamak olduğundan tarım arazisinin tamamı satılmasa dahi, sınırdaş tarımsal arazi maliki, önalım hakkını kullanabilmelidir. Aksi halde Kanun’un amacının dışına çıkmış olacaktır. Bununla beraber, sınırdaş tarımsal arazi maliki ancak, satışa konu tarımsal arazinin paydaşlarının önalım hakkını kullanmaması halinde önalım

⁸⁹ Anılan madde için Anayasa Mahkemesi’ne 2014/133 Esas sayı ile iptal davası açılmış olup, iptal istemi 30.10.2014 tarih ve 2014/165 sayılı karar ile reddedilmiştir.

⁹⁰ Şahin, Turan, *“Paylı Mülkiyette ve 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamında Yasal Önalım Hakkı”*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 24 (2), 906-930, İstanbul 2018, s.909.

hakkını kullanabilir. Kendisi önalım hakkını kullanıp paylı mülkiyet düzenine girdikten sonra artık paydaş olarak her bir pay satışında doğrudan önalım hakkını kullanabilecektir. Bu durumda da tarımsal arazilerin büyümesi sağlanmış olacaktır⁹¹.

2.2.2.1.2. Kaynağı ve Türü

Kanun metninden de anlaşılacağı üzere, buradaki önalım hakkı paydaşlık değil sınırdaşlık olgusuna dayanmaktadır. Dolayısıyla, bir tarım arazisinin satılması durumunda, satılan araziye sınırı bulunan diğer tüm tarım arazilerinin maliklerine önalım hakkı tanıyan esas ilişki sınırdaş tarımsal arazi ilişkisidir⁹². Mülkiyetin sınırlaması niteliğindeki bir aynı hak olan bu önalım hakkı, sınırdaşlık ilişkisinin kurulması ile aynı anda ve kendiliğinden doğmaktadır. Bu hak da, diğer yasal önalım hakları gibi, tapuya şerh edilmeden kullanılabilir. Önalım hakkının varlığı kanundan kaynaklandığı ve sınırdaşlık esasına bağlı olduğu için herkesçe bilindiği kabul edilmektedir⁹³.

2.2.2.1.3. Konusu ve Kapsamı

Sınırdaşlık ilişkisine dayalı yasal önalım hakkının konusunu tarım arazileri oluşturmaktadır. Teamüller ve TMK m. 684⁹⁴ gereği, tarım arazisi bütünleyici parçaları ile birlikte satılacağından, söz konusu mütemmim cüz'ler de önalım hakkına konu olurlar⁹⁵. Bir şeyin tarım arazisinin bütünleyici parçası olup olmadığı hususu, tarım arazisinin temel unsuru olan ve tarım arazisinin yapısını değiştirmeden, tarım arazisi yok edilmeden yahut zarara uğratılmadan araziden ayrılması imkansız olan parçalar ile bu şartların gerçekleşip gerçekleşmemesine bakılmadan tarım arazisinden ayrılan dek onun doğal ürünleri, bitkiler, kaynaklar ve üstündeki yapılarıdır⁹⁶.

Önalım hakkı kullanılmadan ve fakat tarım arazisi satıldıktan sonra, araziye eklenen bütünleyici parçalar önalım hakkına dahil değildir. Bu durumda, tarım arazisini

⁹¹ Şahin, Paylı Mülkiyet, s.909.

⁹² Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.41.

⁹³ Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.42.

⁹⁴ "Madde 684- Bir şeye malik olan kimse, o şeyin bütünleyici parçalarına da malik olur. Bütünleyici parça, yerel âdetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçadır."

⁹⁵ Oğuzman / Seliçi / Özdemir, Eşya, s.290; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.43; Tekinay, Eşya, s.525; Aybay / Hatemi, Eşya, s.124.

⁹⁶ Oğuzman / Seliçi / Özdemir, Eşya, s.291; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.44; Tekinay, Eşya, s.527.

alan ve bütünleyici parçayı araziye ekleyen kişi; önalım hakkını kullanan sınırdış malikten sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre bedelin iadesini talep edebilmelidir⁹⁷.

TMK. m.718 gereğince, tarım arazisi üzerindeki yapılar gibi bitkiler ve kaynaklar da tarım arazisinin mülkiyetine tabidir. Yani tarım arazisinin üzerindeki bitkiler ve kaynaklar tarım arazisinin bütünleyici parçası sayılırlar⁹⁸. Tarım arazilerinin semereleri⁹⁹ de araziden ayrılana kadar tarım arazisinin bütünleyici parçası olarak kabul edilir¹⁰⁰.

Tarım arazisinin ekonomik fonksiyonlarını kolaylaştıran, koruyan, ondan gereğince faydalanılmasını sağlayan unsurlara eklenti denir. Bunların yanı sıra, tarım arazisine özgülünen taşınır, malikin iradesine ve teamüllere göre de eklenti olarak kabul edilmelidir¹⁰¹.

Eklentinin tanımı ve hukuki mahiyeti TMK. m. 686'da düzenlenmiştir. Maddeye göre; *“Eklenti, asıl şey malikinin anlaşılabilen arzusuna veya yerel âdetlere göre, işletilmesi, korunması veya yarar sağlaması için asıl şeye sürekli olarak özgülünen ve kullanılmasında birleştirme, takma veya başka bir biçimde asıl şeye bağlı kılınan taşınır maldır.”* Bunun yanında maddenin 1. fıkrasında, *“Bir şeye ilişkin tasarruflar, aksi belirtilmedikçe onun eklentisini de kapsar.”* ifadesi de yer almaktadır. Yani taraflar arasında aksi yönde bir anlaşma bulunmuyorsa eklentiler de önalım hakkı kapsamına dahildir¹⁰². Ancak, bu şekilde satım sözleşmesine dahil edilmiş bir eklentinin, önalım hakkı sahibinden başka biri tarafından satılması halinde, önalım hakkını kullanan kişi bunlara karşı sebepsiz zenginleşme¹⁰³ nedeniyle tazminat davası açma hakkına sahiptir¹⁰⁴.

⁹⁷ Yıldız, Önalım, s.8; Köylüoğlu, Önalım, s.41.

⁹⁸ Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.47; Aybay / Hatemi, Eşya, s.118.

⁹⁹ TMK, *“Madde 685- Bir şeyin maliki, onun ürünlerinin de maliki olur.*

Ürünler, dönemsel olarak elde edilen doğal veya hukukî ürünler ile bir şeyin özgülendiği amaca göre âdetler gereği ondan elde edilmesi uygun görülen diğer verimlerdir.

Doğal ürünler asıl şeyden ayrılincaya kadar onun bütünleyici parçasıdır.”

¹⁰⁰ Feyzioğlu, Şuf'a, s.152; Oğuzman / Seliçi / Özdemir, Eşya, s.292; Tekinay, Eşya, s.537; Aybay / Hatemi, Eşya, s.118.

¹⁰¹ Oğuzman / Seliçi / Özdemir, Eşya, s.289; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.50.

¹⁰² Yıldız, Önalım, s.22; Feyzioğlu, Şuf'a, s.150; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.51.

¹⁰³ Sebepsiz zenginleşme konusuna ilişkin detaylı bilgi için bkz; Tekinay, Borçlar, s.729 vd.; Eren, Borçlar, s.947 vd.

¹⁰⁴ Köylüoğlu, Önalım, s.41; Yıldız, Önalım, s. 4.; Şıpka, Önalım, s.40.

2.2.2.1.4. Devri ve Miras Yoluyla Geçmesi

2.2.2.1.4.1. Devri

Tarım arazilerindeki yasal önalım hakkı eşyaya bağlı bir hak olduğundan dolayı, eşyadan ayrı ve bağımsız bir şekilde devredilmesi mümkün değildir¹⁰⁵. Zira önalım hakkı mülkiyete bağlı bir haktır. Tarım arazilerindeki önalım hakkı kişinin şahsına değil, tarım arazisindeki mülkiyet hakkı sahipliği sıfatına bağlıdır. Yani sınırdış tarım arazisinin mülkiyetini kazanan kişi aynı anda kanundan doğan önalım hakkının da sahibi olur¹⁰⁶.

2.2.2.1.4.2. Miras Yoluyla Geçmesi

Önalım hakkının miras yolu ile geçmesi mümkündür¹⁰⁷. Bu sebeplerle, Türk – İsviçre Hukuku önalım hakkının miras yoluyla geçişini kural olarak kabul etmiştir. Nitekim öğretide de bu konuda bir görüş birliği mevcuttur. Mirasçı tarım arazisinin kendisine intikali ile beraber, aynı anda önalım hakkını da kazanır¹⁰⁸.

Burada esas sorun, terekenin mirasçısının bulunmadığı ve dolayısıyla devletin mirasçı olduğu durumda; hazineye karşı önalım hakkının ileri sürülüp sürülemediğidir. Önalım hakkı, malikin isteyerek yaptığı satış sözleşmesinin üzerine kullanılabilir, yani tarım arazisinin miras ile hazineye kalmasında bu hak kullanılamaz. Ancak, malik haline gelen hazine tarım arazisini satarsa, sınırdış malikler önalım hakkını kullanabilirler¹⁰⁹.

2.2.2.1.5. Mirasa Konu Tarım Arazisinin Mülkiyetinin Devri Zorunluluğu

6537 sayılı kanunla TKAKK'ya eklenen 8/B ve devamındaki hükümler ile birden fazla mirasçının bulunduğu hallerde, mirasçılar tarım arazisinin mülkiyetini tek bir kişiye veya tüzel kişiliği haiz olmayan bir ortaklığa

¹⁰⁵ Feyzioğlu, Şuf'a, s.174;

¹⁰⁶ Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.55.

¹⁰⁷ Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.56.

¹⁰⁸ Feyzioğlu, Şuf'a, s.179.

¹⁰⁹ Feyzioğlu, Şuf'a, s.480.

devretmeye mecburlardır. Devir mirasçılar arasındaki anlaşma ile veya mahkeme kararı ile gerçekleştirilebilir¹¹⁰.

2.2.2.1.5.1. *Tarım Arazisinin Mirasçılarının Anlaşmasına Dayalı Devri*

TKAKK 8/C-1'e göre; mirasçılar, kendi aralarında anlaşarak, tarım arazisinin mülkiyetini içlerinden birine veya birkaçına devredebilirler. Mirasçılar, tarım arazisinin mülkiyetini, kuracakları ortaklığa, tamamının miras paylarına ve oranlarına uygun oranlarda ortak oldukları bir limited şirkete yahut üçüncü kişilere devredebilirler¹¹¹.

2.2.2.1.5.2. *Tarım Arazisinin Mahkeme Kararı ile Devri*

Tarım arazisinin mülkiyetinin TKAKK 8/C gereğince yukarıda sayılan kişi ya da ortaklıklara devri mirasın açılması tarihinden başlayarak 1 yıl içerisinde gerçekleşmelidir. Aksi takdirde mirasçılardan her biri veya Tarım ve Köyişleri Bakanlığı tarım arazisinin mülkiyetinin ehil mirasçıya, tanıma ve genel kabule uygun ehil mirasçı olmaması durumunda en yüksek teklifi veren istekli mirasçıya devredebilir ya da aksi durumda üçüncü kişilere satılması için ilgili sulh hukuk mahkemesi nezdinde dava açabilir¹¹².

Mahkeme, yapılacak bu yargılamada TKAKK m. 8/D hükmüne göre; “*Sulh hukuk hâkimi, mülkiyetin devrini uygun bulunduğu mirasçıya, diğer mirasçılarının miras paylarının bedelini mahkeme veznesine depo etmek üzere altı aya kadar süre verir. Mirasçı tarafından talep edilmesi hâlinde altı ay ek süre verilebilir. Belirlenen süreler içinde bedelin depo edilmemesi ve devir hususunda istekli başka mirasçı bulunmaması durumunda sulh hukuk hâkimi, tarımsal arazinin veya yeter gelirli tarımsal arazinin açık artırmayla satılmasına karar verir.*

Kendisine yeter gelirli tarımsal arazi mülkiyeti devredilen mirasçılardan, diğer mirasçılarının paylarının karşılığını öz kaynakları ile ödeyemeyecek durumda olanların bu ödemeleri gerçekleştirmek için bankalardan kullanacakları

¹¹⁰ Özçelik, Barış, “5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nda 6537 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi”, GÜHFD. (19), 1-103, Ankara 2015, s.92.

¹¹¹ Özçelik, Toprak Koruma, s.93.

¹¹² Bkz; TKAKK 8/C ve 8/Ç hükümleri.

kredilere Bakanlığın¹¹³ ilgili yıl bütçesine bu amaçla konulacak ödenekten karşılanmak üzere faiz desteği verilebilir. Verilecek kredi miktarı diğer mirasçılarının payları karşılığı tutarın toplamından fazla olamaz. Bu fıkra uyarınca verilecek kredilere ve yapılacak faiz desteğine ilişkin usul ve esaslar Cumhurbaşkanlığı tarafından belirlenir.”.

2.2.2.1.5.3. Tarım Arazisinin Ehil Mirasçuya Devri

Kanun’da tarım arazisinin ehil mirasçuya devrini öngörmek suretiyle mirasçılar arası eşitlik ilkesine bir istisna getirilmiştir. Ehil mirasçı kavramı TKAKK’da tanımlanmamıştır. Kanun’un gerekçesine göre ise; ehil mirasçı, bilinçli tarım yapabilecek, toprağı en iyi ve en verimli bir şekilde kullanabilecek kişidir¹¹⁴. TKAKK’nın 8/C maddesinde; “*Ehil mirasçuya ait nitelikler, Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.*” denmiştir. Buna binaen çıkarılan Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik’te m.10’da¹¹⁵ ehil mirasçının belirlenmesi için bir puan cetveli düzenlenmiş ve 50 puan üzerinde alan mirasçı ehil kabul edilmiştir.

TAMDİY m. 10 gereğince yapılacak değerlendirme sonucunda, mirasçılardan sadece biri belirtilen koşulları taşıyor olursa; hâkim kararında tarım arazisinin mülkiyetinin yasal şartları taşıyan bu mirasçuya devrine ve tesciline karar verir. Şayet ehil mirasçı sayısı birden fazla ise, hâkim burada öncelikle asgari geçimini tarım arazisinden sağlayan mirasçuya tapunun devrini

¹¹³ Tarım ve Köy İşleri Bakanlığı

¹¹⁴ TBMM, Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 4, Sıra Sayısı 564, s. 10.

¹¹⁵ TAMDİY madde 10; “*Ehil mirasçının belirlenmesinde aşağıdaki kıstaslar dikkate alınarak yapılan hesaplama sonucunda elli puan ve yukarısına sahip olan mirasçı veya mirasçılar ehil mirasçı olarak kabul edilir. Mirasçılardan;*

- a) Geçimini mirasa konu tarım arazilerinden sağlayanlara yirmi puan,
- b) Tarım dışı geliri bulunmayanlara on puan,
- c) Eşi fiilen tarımsal faaliyette bulunanlara on puan,
- ç) Tarımsal arazileri işleyebilecek mesleki bilgi ve beceriye sahip olanlara on puan,
- d) Mirasa konu arazilerin bulunduğu ilçe sınırları içinde altı yıla kadar ikamet edenlere beş puan, altı yıl ve daha uzun süre ikamet edenlere on puan,
- e) Herhangi bir sosyal güvencesi olmayanlara on puan,
- f) Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) kapsamında tarım sigortası olanlara beş puan,
- g) Bakanlığın mevcut kayıt sistemlerine kayıtlılık süreleri altı yıla kadar olanlara beş puan, altı yıl ve daha uzun süre olanlara on puan,
- ğ) Tarımsal örgütlere kayıtlılık süreleri altı yıla kadar olanlara iki puan, altı yıl ve daha uzun süre olanlara beş puan,
- h) Tarım alet ve donanımlarına sahip olanlara beş puan,
- ı) Kadın olanlara beş puan verilir.”

sağlayacaktır ve fakat böyle bir mirasçı yoksa, tarım arazisini, ehil mirasçılar içinden en yüksek bedeli teklif eden mirasçıya devredecektir. Birden fazla ehil mirasçı bulunması ve bunların miras dışı tarım arazilerine sahip olması durumunda, bu mirasçıların hâlihazırdaki arazilerini yeterli gelir büyüklüğüne ulaştırmak veya bu arazilerin ekonomik olarak işletilmesine katkı sağlamak amacıyla tarım arazilerinin yeter gelir büyüklüğü aranmaksızın bu mirasçılara devrine karar verilebilir.

Tarım arazisinin mirasçılar arasında bölünmesi halinde dahi, ortaya çıkan yeni parseller yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğünü¹¹⁶ sağlamaya devam eder ise, hâkim mevcut tarım arazisini bölerek, ehil mirasçılar adına ayrı ayrı tesciline hükmedebilir¹¹⁷.

İsviçre Hukuku'nda, kendisine tarımsal arazi mülkiyeti devredilen mirasçının kural olarak, devir tarihinden itibaren 10 yıl süre ile bu mülkiyeti devredemeyeceği öngörülmüştür. Mirasçı, bu 10 yıllık süre içerisinde sadece diğer mirasçılarla onayıyla taşınmazı devredebilmektedir. TKAKK'da ise böyle bir düzenleme yer almamaktadır. Bunun sonucu olarak da Kanun'un kendisine tanıdığı avantajlar ile mülkiyet kendisine verilen mirasçı, istediği gibi ve istediği şartlar altında tarım arazisini devredebilecektir¹¹⁸.

2.2.2.1.5.4. *Tarım Arazisinin Ehil Olmayan Mirasçıya veya Üçüncü Kişilere Devri*

TKAKK'ya göre, bazı durumlarda, tarım arazisinin mülkiyetinin dava yolu ile mirasçılarının hiçbirinin ehil olmaması şartıyla, tarım arazisinin ehil olmayan bir mirasçıya devrine karar verilmesi mümkündür. Böyle bir durumda, hâkim, tarım arazisinin en yüksek bedeli teklif eden mirasçıya devrine karar verir (TKAKK 8/C-II-a).

Mirasa konu yeter gelirli tarım arazisinin, ehil mirasçı olduğu gerekçesi ile kendisine devrini talep eden herhangi bir mirasçı bulunmadığı takdirde,

¹¹⁶ Yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü kavramı hk. detaylı bilgi için bkz; Özçelik, a.g.e.

¹¹⁷ Özçelik, Toprak Koruma, s. 97.

¹¹⁸ Özçelik, Toprak Koruma, s. 98.

hâkim tarım arazisinin satışına karar verir. Bu suretle yapılacak satış sonucu elde edilen gelir, mirasçılara payları oranında paylaşılır (TKAKK 8/C-2-c).

2.2.2.1.5.5. *Mirasçuların Tarım Arazisindeki Değer Artışını Talep Etme Hakkı*

TKAKK m. 8/C-5'te yer alan ifadeye göre; “*Yeter gelirli tarımsal arazi mülkiyetinin mirasçılardan birine devredilmesinden itibaren yirmi yıl içinde bu arazilerden tamamının veya bir kısmının tarım dışı kullanım nedeniyle değerinde artış meydana gelmesi durumunda; devir tarihindeki arazinin parasal değeri tarım dışı kullanım izni verilen tarihe göre yeniden hesaplanır. Bulunan değer ile arazinin yeni değeri arasındaki fark, diğer mirasçılara payları oranında arazinin mülkiyetini devralan mirasçı tarafından ödenir.*”. Tarım arazisinin mülkiyeti 8/C-2'nin a ve b bentleri gereğince, mahkeme kararı yoluyla, mirasçıya devredilmişse; tarım dışı kullanımdan kaynaklanan değer artışı 20 yıl içerisinde diğer mirasçılar tarafından talep edilebilir¹¹⁹. Bu talep hakkı, külli halefiyet ilkesinin bir sonucu olarak, tarım arazisinin mülkiyetini devralan mirasçının ölmesi halinde, onun mirasçılarına karşı da ileri sürülebilir¹²⁰. Ancak, tarım arazisi mirasçuların anlaşması suretiyle ya da açık artırma ile satılarak devredilmişse; mirasçılar, arazideki değer artışını talep edemezler.

Mülkiyet kendisine devredilen mirasçı, arazinin mülkiyetini bir üçüncü kişiye devredebilir ve değer artışı da bu devirden sonra yani tarım arazisinin mülkiyeti üçüncü kişideyken gerçekleşebilir. Kanun'da, mülkiyet üçüncü kişideyken mirasçuların değer artışı talep edebileceğine dair bir hüküm yoktur. TAMDİY'de ise diğer mirasçuların değer artışından hak sahibi olacağı konusunda “*tapu kütüğünün beyanlar hanesine şerh konulacağı*”; “*taşınmazı şerhli olarak satın alan üçüncü kişilerin, aynı süre içinde tarım dışı kullanım nedeniyle oluşacak değer artışlarından diğer mirasçılara karşı sorumlu olduğu*” belirtilmiştir. Kanımızca, TMK'da yer almayan bu kaydın, yönetmelikle düzenlenmesi doğru olmamıştır¹²¹. TMK m. 1009 ve TST. m.46 gereği de

¹¹⁹ Özçelik, Toprak Koruma, s.100.

¹²⁰ Özçelik, Toprak Koruma, s.101.

¹²¹ Özçelik, Toprak Koruma, s.102.

sadece şerh edilebileceği kanunlarda açıkça düzenlenen haklar tapu kütüğüne şerh edilebilmektedir.

3. Önalım Hakkının Kullanılmasının Koşulları

Önalım hakkının kullanılabilmesi için, bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Söz konusu şartlar oluşmadan, önalım hakkı kullanılamaz. Bu şartlar, satış veya benzeri hukuki işlemin varlığı, satıcı ve alıcının önalım hakkının kullanılmasını gündeme getiren sözleşmeyi hak sahibine bildirmesi, hak sahibinin önalım hakkını kullandığına dair irade beyanını kanunda öngörülen süre içinde yapması ve son olarak da hak sahibinin önalım hakkını dava açarak kullanmasıdır.

3.1. Satım ve Ekonomik Anlamda Satım Benzeri Hukuki İşlemin Varlığı

TMK'nun 732. maddesi uyarınca; *“Paylı mülkiyette¹²² bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması halinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler.”* ifadesi yer almaktadır. Keza aynı Kanun'da 734. maddede yer alan, *“Önalım hakkı, alıcıya karşı dava açılarak kullanılır”* demek suretiyle, kanun koyucu bir alıcıdan bahsederek; önalım hakkının kullanılabilmesi için bir satım sözleşmesinin varlığının gerektiğini yinelemiştir¹²³.

Önalım hakkının kullanılmasını sağlayan sözleşmelerin konusu, önalıma konu malın mülkiyetinin bedel karşılığı nakledilmesi borcunu doğuran işlemlerdir. Diğer bir ifade ile cebri olmayan, iradi, ivazlı ve cüz'i halefiyet yoluyla gerçekleşen devir işlemleriyle, özellikle de satım sözleşmesiyle önalım hakkı kullanılabilir¹²⁴.

Mülkiyet hakkının karşı tarafa geçmesine sebep olmayan sınırlı ayni hakların tanınmasına ilişkin sözleşmelerde önalım hakkı kullanılamayacaktır. Yine karma bağışlama sözleşmeleri gibi bazı sözleşmelerde de, şartların varlığı halinde önalım hakkı kullanılabilir. Nitekim TBK. m.240/1'de yer alan, *“taşınmazın satışı ya da ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her türlü işlem”* ifadesinden de açıkça anlaşıldığı

¹²² Paylı mülkiyet ile ilgili detaylı bilgi için bkz; Oğuzman / Seliçi / Özdemir, Eşya, s.303vd; Tekinay, Eşya, s. 565 vd; Aybay / Hatemi, Eşya, s. 123vd.; Ertaş, Eşya, s.234 vd.; Akıntürk / Akipek / Ateş, Eşya, s.389 vd.

¹²³ Köylüoğlu, Önalım, s. 51; Oğuzman / Seliçi / Özdemir, Eşya, s.557;

¹²⁴ Arık, Şu'fa, s.21; Eren, Yasal Önalım, s110; Erkan, Yasal Önalım, s.273.

üzere; önalım hakkı taşınmaz satışında veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemler yapılması hallerinde kullanılabilir¹²⁵.

Bununla beraber yukarıda bahsettiğimiz, TBK. madde 240'ın 2. fıkrasında ise önalım hakkının kullanılmayacağı bazı haller düzenlenmiştir. Anılan maddede, “*Taşınmazın, mirasın paylaşımında mirasçılardan birine özgülenmesi, cebri artırma yoluyla satışı ve kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi ve bunlara benzer amaçlarla edinilmesi hâllerinde önalım hakkı kullanılamaz.*” ifadesi yer almaktadır¹²⁶. Madde metnindeki “ *buna benzer amaçlarla* “ ibaresinden de anlaşıldığı üzere kanun koyucunun buradaki esas iradesi, mirasın paylaşılmasında, önalıma konu olabilecek gayrimenkulün mirasçılardan birine özellikle hasredilmesi, cebri artırma yoluyla satışı ve kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi durumlarını sınırlı olarak değil örnekleyici olarak sayma yönündedir¹²⁷. Maddede sayılan durumlarda malın mülkiyeti, malikin iradesinden bağımsız şekilde devredilmektedir. Dolayısıyla malın TBK. m. 240/2’de sayılan hukuki işlemlerden birine konu edilmesi durumunda mülkiyetin devri malikin isteği ve iradesi dışında meydana geldiği için, bu durumda da önalım hakkı kullanılamaz¹²⁸.

Ön alım hakkının kullanılabilmesi için üçüncü kişi ile yapılan sözleşmenin, geçerli bir sözleşme olması da şarttır¹²⁹. Türüne ait şartları barındırmayan sözleşmeler neticesinde önalım hakkı kullanılamaz. Bu gibi durumlarda da hukuken geçerli bir sözleşme bulunmadığından, önalım hakkı doğmaz ve doğal olarak da önalım hakkı kullanılamaz¹³⁰.

¹²⁵ Kizir, Satış İlişkisi, s.1783; Erkan, Yasal Önalım, s. 274.

¹²⁶ Yargıtay, T. 27.03.1957, E. 12, K. 2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı; “*Önalım hakkına konu edilen taşınmazın kanuni mirasçılardan birisine miras hissesine mahsuben vâki satışlarda da önalım hakkı kullanılamaz*”(RG. T. 21.08.1957, S. 9687).

Yargıtay, T. 27.03.1957, E. 12, K. 2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı; “*Hissedarın hissesini karı veya kocaya, evlada veya bir akrabaya temlik etmesi halinde şeklen satış akdi bulunsa bile, gerçekte satıştan başka miras hususuna ilişkin amaçlar veya bağışlama bulunan hallerde Medeni Kanunun gerçek satışlarda kabul ettiği şüfa hakkı söz konusu olamaz*” (RG. T. 21.08.1957, S. 9687)

¹²⁷ Kizir, Satış İlişkisi, s.1785.

¹²⁸ Kizir, Satış İlişkisi, s.1774.

¹²⁹ Köylüoğlu, Önalım, s.51; Günay, Erkan, Önalım Hakkı, 2.bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.35.

¹³⁰ Askıda geçersiz satım sözleşmelerinde de önalım hakkının kullanılmayacağı yönündeki görüş için, bkz; Yıldız, Önalım, s.18-19a

3.2. Önalım Hakkı Sahibine Bildirim Yükümlülüğü

TMK, eMK'da bulunmayan 733. maddesi ile alıcı ve satıcıya, satımı diğer paydaşlara bildirme zorunluluğu getirilmiştir. Yine TBK. m. 241/1' e göre de, “*Satıcı veya alıcı, satış sözleşmesinin yapıldığını ve içeriğini önalım hakkı sahibine noter aracılığıyla bildirmek zorundadır*”. TMK'da yer almasa da TBK'na göre, yapılacak bu bildirimle hem satış sözleşmesinin yapıldığının hem de içeriğinin bildirilmesi gerekmektedir¹³¹.

İBK'nun 216. maddesinde bu yükümlülük yalnızca satıcıya yüklenmişken, TBK'nda önalım hakkına konu hukuki işlemin bildirilmesi sorumluluğu hem satıcıya hem de alıcıya yüklenmiştir. İsviçre hukukunda zikredilen maddeye göre, bildirim için bir makam yahut şekil şartı aranmadığı halde TBK m. 241/1'de, önalım hakkı sahibine yapılacak olan bu bildirim noter aracılığıyla yapılması gerektiği düzenlenmiştir¹³².

Her ne kadar doktrinde bazı yazarlar tarafından hak düşürücü sürenin başlaması açısından önalım hakkı sahibinin satım sözleşmesinden haberdar olmasının yeterli olduğu söylene de¹³³ söz konusu sürenin başlaması için hak sahibine bildirim yapılması gerekmektedir. Bu nedenle, alıcı ya da satıcının bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi üç aylık hak düşürücü sürenin başlamasını engeller¹³⁴. Yine kanunda öngörülen üç aylık dava açma süresinin işlemeye başlaması için, bahse konu bildirim, noter aracılığı ile yapılması gerekmektedir^{135 136}.

Yargıtay tarafından da kabul edildiği üzere¹³⁷, vekilin ya da temsilcinin bu konuda özel bir yetkisi olmadıkça¹³⁸, bildirim hak sahibine yapılmalıdır. Özel yetkisi olmayan vekil veya temsilciye durumun bildirilmesi, şekli anlamda hukuken geçerli bir

¹³¹ Kizir, Satış İlişkisi, s.1785; Günay, Önalım Hakkı, s..50.

¹³² Yıldız, Önalım, s. 32; Kizir, Satış İlişkisi, s. 1774; Akıntürk / Akipek / Ateş, Eşya, s.554.

¹³³ Kizir, Satış İlişkisi, s. 1784, dn. 45.

¹³⁴ Kırca, Önalım, s. 1195; Yıldız, Önalım, s. 31; Kizir, Satış İlişkisi, s.1786; Erkan, Yasal Önalım, s.282; Olcay, Önalım, s.87.

¹³⁵ Olcay, Önalım, s.87; Günay, Önalım Hakkı, s. 50.

¹³⁶ Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir; HGK. T. 13.04.2005, E. 2005/ 6- 230, K. 2005/ 244: “...yasal önalım hakkının kullanılması için öngörülen üç aylık hak düşürücü süre, satışın, önalım hakkı sahibine alıcı veya satıcı tarafından noter aracılığıyla bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar.”

Ayrıca Yargıtay'ın; bildirim yapılmaması veya geç yapılmasından dolayı, önalım hakkı düşen, hak sahibinin uğradığı zararın, bildirim yükümlüsü tarafından tazmin edilmesi gerektiği yönündeki kararı için bkz.; Yargıtay 6. HD. T. 13.10.2003 E. 115/ K. 7099 (YKD. C: 29, S. 12, 2003, s. 9) (Erkan, Yasal Önalım, s.282.)

¹³⁷ HGK T. 12.06.2005 E.1983/6-944 K.595 (İKİD, Y.1986, s.3864) – 6.HD T. 30.03.1983 E. 2740 K.3188

¹³⁸ Vekilin özel yetkisi varsa, vekile bildirilmesi yeterlidir. (Yıldız, Önalım, s.32.)

bildirim sayılmaz ve dolayısıyla geçerli bir bildirim hüküm ve sonuçlarını doğurmayacağından, kanunda öngörülen hak düşürücü süreler işlemez.

TMK m. 448 uyarınca; kısıtlı tüm hukuki işlemlerde vasi tarafından temsil edilir. Dolayısıyla, önalım hakkı sahibi kısıtlıysa, yasal olarak bildirim vasiye yapılması gerekmektedir. Şayet hak sahibinin birden çok vasisi varsa, her bir vasiye ayrı ayrı bildirim yapılması gerekmektedir¹³⁹. Bununla beraber, çok sayıda vasi olmasına rağmen, vasilerin görevi ayrı ayrı belirlenmiş ve önalım hakkını kullanma hakkı bir vasiye bırakılmışsa, bildirim özellikle bu vasiye yapılması gerekir¹⁴⁰.

Buna karşın, önalım hakkı sahibi velayet altında ise, TMK m. 366 gereğince, ana ve baba velayeti beraber kullanacaklarından; bildirim ana ve babanın her ikisine de yapılması gerekmektedir. Boşanmada, velayet kime verilmişse bildirim velayet hakkı sahibine; ana ya da babadan birinin ölümü halinde de velayet sağ kalanda olacağından bildirim de ona yapılması gerekir. Evlilik dışı doğan küçüğün velayeti de annede olacağından, bildirim anneye yapılması yeterlidir¹⁴¹.

Yasal önalım hakkında ise, payı satan satıcı paydaş dışındaki tüm paydaşların önalım hakkı olduğundan, her bir paydaşa ayrı ayrı bildirim yapılması gerekmektedir. Burada süre, her bir paydaş açısından, kendisine bildirim yapıldığı ana göre ayrı ayrı işlemeye başlar. Önalım hakkının, elbirliği mülkiyeti¹⁴² ile birden çok kişide olması halinde, elbirliği mülkiyetindeki ortakların tek başına tasarruf yetkisi bulunmadığından, her bir ortağa ayrı ayrı bildirilmesi gerekir. Bu halde, tek bir ortağa bildirim yapılması diğerlerine de yapıldığı anlamına gelmez. Bildirimin ortakların tamamına aynı gün yapılmaması halinde, ortakların içinde en son bildirim yapılana, satım hangi gün bildirilmiş ise, tamamı bakımından süre o günden itibaren işlemeye başlar¹⁴³. Mirasçılarının önalım hakkı olduğu durumlarda da mirasçılar tereke üzerinde elbirliği ile malik olduklarından bu kural aynen geçerlidir¹⁴⁴. Önalıma konu bir pay üzerinde, ayrıca bir paylı mülkiyet varsa, her bir pay sahibinin, kendi payı üzerinde tasarruf yetkisi olduğundan, hepsine ayrı ayrı bildirim yapılması gerekir. Bu durumda, paydaşlar, kendi

¹³⁹ Köylüoğlu, Önalım, s.54.

¹⁴⁰ Yıldız, Önalım, s. 34; Köylüoğlu, Önalım, s.55.

¹⁴¹ Köylüoğlu, Önalım, s.54.

¹⁴² Elbirliği mülkiyeti ile ilgili detaylı bilgi için bkz.; Oğuzman / Seliçi / Özdemir, Eşya, s.343vd.; Tekinay, Eşya, s.631vd.; Ertaş, Eşya, s.259 vd.; Akıntürk / Akipek / Ateş, Eşya, s.408vd.

¹⁴³ Yıldız, Önalım, s. 34.

¹⁴⁴ Tunaboşlu, Önalım, s.157.

payları üzerinde tek başlarına tasarruf yetkisine sahip olduğundan; önalım hakkına sahip her paydaş için süre ayrı ayrı başlayacak ve ayrı ayrı işleyecektir¹⁴⁵.

3.3. Hak Sahibinin Önalım Hakkını Kullanıldığına Dair Beyanın Hak Düşürücü

Süre İçerisinde Yapılması

Hak sahibi, önalım hakkını, şartlar gerçekleştiğinde tek taraflı irade beyanı ile kullanabilir. Hukuki güvenliğin sağlanması amacıyla, bu beyanın, açık, belirli ve geri dönülemez olması gerekir¹⁴⁶. Bu sayede de hem önalım yükümlüsü satıcının hem üçüncü kişi alıcının hem de önalım hakkı sahibinin hukuki durumu kısa bir süre içerisinde herhangi bir tartışmaya mahal vermeksizin netleşir. Bu nedenle, kanun koyucu, önalım hakkı sahibinin bu hakkını kullanmasını belirli sürelerle bağlamıştır¹⁴⁷.

TMK'nın 733. maddesinin 4'üncü fıkrasında; "*Önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve herhâlde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer.*" ifadesi yer almaktadır. Kanun'da yer alan ifadelerden de açıkça anlaşıldığı üzere, bu süreler hak düşürücü niteliktedir¹⁴⁸. Yukarıda da kısaca açıklandığı üzere, 3 aylık yasal hak düşürücü sürenin başlaması için esas olan, öğrenme tarihi değil, hukuka uygun bildirim¹⁴⁹ yapıldığı tarihtir¹⁵⁰. 2 yıllık süre ise satış işleminin yapılması ile işlemeye başlar¹⁵¹. Önalım hakkı, bu süreler içerisinde kullanılmadığı takdirde hak düşer ve hak sahibi bu hakkı artık kullanmaz. Bu süreler yasal önalım hakkı için getirilmiş olsa da TMK m. 735/2 gereğince, sözleşmeden doğan önalım hakkı açısından da geçerlidir¹⁵².

Söz konusu süreler, hak düşürücü süre olduklarından durmaları ya da kesilmeleri söz konusu olmadığı gibi sonuçları kendiliğinden meydana gelir ve hâkim tarafından da re'sen dikkate alınır¹⁵³.

¹⁴⁵ Köylüoğlu, Önalım, s. 55-57.

¹⁴⁶ Kırca, Önalım, s. 1194.

¹⁴⁷ Kırca, Önalım, s. 1194; Köylüoğlu, Önalım, s. 57.

¹⁴⁸ Köylüoğlu, Önalım, s. 58; Yıldız, Önalım, s.36.

¹⁴⁹ Yargıtay'ın gazete ilanı ile yapılan bildirimde üç aylık hak düşürücü sürenin başlamayacağına dair kararı için bkz; 6.HD. T. 08.12.2009 E.7141 K.10701. (Günay, Önalım Hakkı, s.265)

¹⁵⁰ Günay, Önalım Hakkı, s.51.

¹⁵¹ İsviçre Hukuku'nda, sadece yasal önalım hakkı için getirilen azami süre satım sözleşmesinin yapılmasından itibaren değil, alıcının, hakkının tapuya tescil edildiği tarihten itibaren 2 yıldır (İMK m.681-a/f.2), bkz: Kırca, Önalım, s.1197.

¹⁵² Kırca, Önalım, s. 1191; Köylüoğlu, Önalım, s. 58.

¹⁵³ Tunaboylu, Önalım, s.156; Günay, Önalım Hakkı, s.51.

3.4. Önalım Hakkının Dava Yoluyla Kullanılması

TMK ile eMK’da olmayan bir düzenlemeyle önalım hakkının sadece hak sahibi tarafından dava açılarak kullanılabilmesi kuralı getirilmiştir¹⁵⁴. Açılan davanın mahkeme tarafından kabul edilmesi ve davanın davacı lehine sonuçlanması durumunda mevcut hukuki durumda bir değişiklik meydana geleceğinden bu dava bir inşâ davadır¹⁵⁵. Önalım hakkını kullanma yetkisine sahip kişinin, alıcıya karşı önalım hakkını kullanmak amacıyla açtığı davanın kabulüyle sonuçlanması durumunda, hâkimin davalı adına olan payın, davacı adına tapuda mülkiyetinin tesciline karar verdiği yenilik doğuran davaya önalım davası denir¹⁵⁶.

Alım ve geri alım haklarının kullanılması için herhangi bir dava açma zorunluluğu bulunmadığı halde, kanun koyucu TMK m. 734¹⁵⁷ ve TBK. m. 242’de¹⁵⁸ önalım hakkının kullanılabilmesi için hak sahibi tarafından bir dava açılması gerektiğini öngörmüştür¹⁵⁹.

Alım ve geri alım haklarının kullanılması bakımından, hak sahibi tarafından dava açma zorunluluğu olmadığı halde, önalım hakkının kullanılması açısından bu zorunluluğun getirilmesi üzerine TMK m. 734/1’in iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi “*Yasa karşısında eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara tabi tutulacağı anlamına gelmez. Kişilerin durumlarındaki özellikler, kimi kişiler veya topluluklar için değişik kuralları ve farklı uygulamaları gerektirebilir.*

¹⁵⁴ Tunaboylu, Önalım, s.29; Oğuzman / Seliçi / Özdemir, Eşya, s.558; Aybay / Hatemi, Eşya, s.189.

¹⁵⁵ Kuru, İstinaf, s. 142; Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul, s. 265; Kuru, El Kitabı, s.318; Üstündağ, Yargılama, s.336; “*Yargıtay HGK. T. 21.09.2005, E. 2005/8-358, K.2005/470 :“Önalım davası yenilik doğuran bir dava, kararı da yenilik doğuran bir karardır.”* Eren, (2008), s. 117.

¹⁵⁶ Eren, Yasal Önalım, s117; Erkan, Yasal Önalım, s.283.

¹⁵⁷ TMK m. 734/1; “*Önalım hakkı, alıcıya karşı dava açılarak kullanılır.*”

Her ne kadar bu madde yasal önalım hakkına ilişkin olsa da TMK 735/3’te yer alan; “*Yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümler sözleşmeden doğan önalım hakkında da uygulanır.*” hükmü gereğince sözleşmeden doğan önalım hakkı da dava açmak suretiyle kullanılır.

Eski Medeni Kanun’da dava açma zorunluluğu olmamasına rağmen Medeni Kanun değişikliğiyle önalım hakkının dava açarak kullanılması gerektiği hükme bağlamıştır. Bunun sebebi olarak gerekçede; “*uygulamada önalım hakkının gerçekleşmesinin daima bir davayı gerektirmesidir*” denmiştir. (Bkz; TMK. m. 734 gerekçesi).

¹⁵⁸ TBK. m. 242; “*Sözleşmeden doğan önalım hakkını kullanmak isteyen hak sahibi, bu hak şerhedilmiş ve taşınmazın mülkiyeti alıcı adına tescil edilmişse alıcıya; aksi takdirde satıcıya karşı, satışın veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer başka bir işlemin kendisine bildirildiği tarihten başlayarak üç ay ve her hâlde satışın yapılmasından başlayarak iki yıl içinde dava açmak zorundadır.*”

¹⁵⁹ “*Yargıtay 6. HD., T. 10.04.2007, E. 2007/2134, K. 2007/4098: “Medeni Kanun’un 734/1. maddesi hükmü gereği, önalım hakkı dava dışı irade bildirimini ile değil, ancak dava yolu ile kullanılabilirden...”* Eren, (2008), s. 117.

Aynı hukuksal durumlar aynı, farklı hukuksal durumlar ayrı kurallara tabi tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez” gerekçesiyle açılan bu davayı reddetmiştir¹⁶⁰. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi'nin eşitlik ilkesi yönündeki değerlendirmesinde haklılık payı olsa da aşağıda “*Önalım Davası*” başlığı¹⁶¹ altında detaylı bir şekilde açıkladığımız üzere, önalım hakkının her halde dava açılarak kullanılması yönünde bir zorunluluk öngören bu düzenleme, kanaatimizce, alıcının önalım hakkının kullanılmasına muvafakat ettiği hallerin göz ardı edilmesi nedeniyle yerinde olmamıştır.

3.5. Önalım Hakkının Kullanımı Mümkün Olan ve Olmayan Tasarruflar

3.5.1. Önalım Hakkının Kullanımı Mümkün Olan Tasarruflar

Önalım hakkının kullanılmasını sağlayan önalım olgusu; iradi, cebri olmayan, ivazlı ve cüz’i halefiyet yoluyla gerçekleşen devir işlemleridir. Genel kural bu olmakla beraber, yukarıda açıklanan¹⁶², 5403 sayılı TKAKK’da düzenlenen mirasçılarının önalım hakkı cüz’i halefiyet yolu ile gerçekleşme şartının bir çeşit istisnası niteliğindedir.

3.5.1.1. Gerçek Satışlar

Satım sözleşmeleri iradi, ivazlı ve cüz’i halefiyet olmak üzere, önalım olgusunun üç şartını da içinde barındırır. Üzerinde önalım hakkı tanınan payın kısmen satışı halinde satılan kısım bakımından önalım hakkı kullanılabilir¹⁶³. Satım sözleşmesinin önalıma konu olabilmesi için, bu sözleşmenin geçerli bir sözleşme olması gerekmektedir¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Anayasa Mahkemesi, T. 12.12.2007, E. 2003/34, K. 2007/94; RG. T. 28.02.2008, S. 26801.

¹⁶¹ Bkz. Bölüm: 2, 1.1 vd. s.43 vd.

¹⁶² Bkz. Bölüm: 1, 2.2.2.1.4.2., s. 20.

¹⁶³ Erdoğan, Hasan, Şu’fa Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2001, s.8; Erdoğan, Ortaklığın Giderilmesi, s. 656; Eren, Yasal Önalım, s111; Köylüoğlu, Önalım, s.68.

¹⁶⁴ Köylüoğlu, Önalım, s.51; Günay, Önalım Hakkı, s.35; Eren, Yasal Önalım, s111; Olcay, Önalım, s. 94.

3.5.1.2. İhtiyari Açık Artırma Yolu İle Yapılan Satışlar

İhtiyari açık artırmalar özel ya da açık olmasına bakılmaksızın, malikin serbest iradesine dayandığından doktrinde de genel kabul gören görüşe göre; ihtiyari açık artırmalarda, önalım hakkının kullanılması hukuken mümkündür¹⁶⁵.

3.5.1.3. İmar Planının Şuyuu Sureti ile Oluşması

İmar Kanunu doğrultusunda, taşınmaz birden fazla paydaş olacak şekilde paylı mülkiyete dönüştürülmüşse; paydaşlardan biri payını üçüncü kişiye sattığı takdirde, diğer paydaşlar önalım haklarını kullanabilir¹⁶⁶.

3.5.1.4. Dostluk Satışları

Bir malın bazı sebeplerden dolayı, rayiç bedelinden düşük bir fiyatla, akrabaya ya da başka bir kişiye satılmasına dostluk satışı denir. Burada bir bedel mevcut olup gerçek değerden daha az bir bedel ödenmektedir. Yapılan ilk sözleşmedeki bedel tamamen karşı tarafın şahsıyla ilgili olduğundan, önalımda rayiç bedel esas alınmalıdır¹⁶⁷.

3.5.1.5. Devlet İhale Kanunu'na Göre Yapılan Satışlar

2286 sayılı Devlet İhale Kanunu'na göre yapılan satışlar zorunlu satış niteliği taşımazlar. İsteğe bağlı yapılan satışlarda da önalım hakkı kullanılabilirden burada önalım hakkının kullanılması mümkündür¹⁶⁸.

3.5.1.6. Şartlı Satışlar

Hukuki sonuç doğurması ileride gerçekleşme ihtimali bulunan bir olguya bağlanan satım işlemleridir¹⁶⁹. Bu tür satışlarda da önalım hakkı kullanılabilir¹⁷⁰.

¹⁶⁵ Baykan, Vehbi , Şuf'a Hakkının İstimali ile Açılan Davalar, Latif Dinçbaş Matbaası, 1947, s.10; Kizir, Satış İlişkisi, s.1784; Akalp Demirtabak, Didem, Yasal Önalım Hakkı, 1. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s.70; Feyzioğlu, Şuf'a, s.238; Şıpka, Önalım, s.81; Köylüoğlu, Önalım, s.68; Olcay, Önalım, s.133; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.150; Eren, Yasal Önalım, s.113; Ertaş, Eşya, s.408; Özenli, Şuf'a, s.99; Erdoğan, Ortaklığın Giderilmesi, s.656.

¹⁶⁶ Olcay, Önalım, s.116; Köylüoğlu, Önalım, s.69.

¹⁶⁷ Erdoğan, Ortaklığın Giderilmesi, s. 659; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.155; Köylüoğlu, Önalım, s.71; karşıt görüş için; Kısagün, Şuf'a, s.20.

¹⁶⁸ Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.158; Yıldız, Önalım, s.28.

3.5.1.7. *Beğenme Yolu İle Yapılan Satışlar*

Bu tür satışlar, alıcı, alacağı şeyi deneyerek veya gözden geçirerek beğenmesi koşuluna bağlanmıştır¹⁷¹. Alıcı, satıma konu olan şeyi deneyip gözden geçirdikten sonra, malı kabul ettiği zaman bu koşul gerçekleşir. Kanımızca, önalım hakkının doğması için sözleşmenin kurulması yeterli olduğundan; alıcının beğenme beyanını beklemeye gerek kalmaksızın önalım hakkı kullanılabilir¹⁷².

3.5.1.8. *Taksitli - Veresiye Satışlar*

Her iki satışta da satılanın mülkiyeti, bedelinin tamamı ödenmeden, alıcıya devredilmektedir. Önalım hakkının doğumu bakımından, bedelin ödenmesi bir şart değildir. Önalım hakkı ifaya değil sözleşmeye bağlı olarak doğar. Malın taksitle satımı durumunda da önalım hakkı kullanılabilir. Bu durumda, kurulacak yeni sözleşme, ilk sözleşmenin şartlarında kurulacağından; önalım hakkının kullanılması sonucunda doğan yeni sözleşme de taksitli ya da veresiye sözleşme gibi olabilir¹⁷³. Fakat yapılan bu ilk sözleşmenin niteliği, alıcının şahsından kaynaklanmakta ise; doktrinde görüş birliği olmamakla beraber, genel kabul gören görüşe göre, önalım hakkı sahibinin bu şartlarla sözleşme kurabilmek için bir teminat göstermesi gerekmektedir¹⁷⁴.

3.5.1.9. *Kısmi Satışlar*

Bir şeyin tamamı satılmadan, bir bölümünün satıldığı durumlarda kısmi satış söz konusudur. Bir şeyin tamamı ya da belli bir bölümünün parça parça ifa edilmek üzere satımı da mümkündür. TMK madde 732'de “ *payını tamamen veya kısmen... satması halinde*” ifadesi ile kısmi satışlarda da önalım hakkının

¹⁶⁹ Şarta bağlı tasarruflar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz; Feyzioğlu, Necmettin Feyzi, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Cilt I- II-), 2. bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977, s.343 vd.; Tekinay, Borçlar, s. 328 vd.; Eren, Borçlar, s.1161vd.

¹⁷⁰ Feyzioğlu, Şu'fa, s.225; Şıpka, Önalım, s.83; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.156; Erdoğan, Şu'fa, s. 11.

¹⁷¹ Feyzioğlu, Şu'fa, s.228.

¹⁷² Erdoğan, Ortaklığın Giderilmesi, s. 656; Köylüoğlu, Önalım, s.73.

¹⁷³ Erdoğan, Ortaklığın Giderilmesi, s. 656; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.149.

¹⁷⁴ Feyzioğlu, Şu'fa, s. 234, Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.150.

kullanılabileceği öngörülmüştür¹⁷⁵. Bu satışlarda önalım hakkı sadece satılan kısım için kullanılabilir¹⁷⁶.

3.5.1.10. Toptan Satışlar

Toptan, tek bir fiyat ve tek satış sözleşmesi ile birden çok malın satımında önalım hakkının kullanılacağı şekle dair kanunda bir açıklık yoktur. TBK m. 230'un ifadesinin önalım hakkına uygulanması da mümkündür¹⁷⁷. Önalım hakkı sahibi, önalım hakkına konu mala isabet eden bedeli saptayarak önalım hakkını kullanabilir¹⁷⁸. Ancak önalım hakkının bu şekilde kullanılması her zaman mümkün olmamaktadır. Önalım hakkına konu şey, toptan satılmalardan ayrıldığında alıcı zarar görüyorsa, toptan satılmal birbirlərini tamamlayıcı nitelikteyse veya önalıma konu şey olmasa idi ilk sözleşme hiç kurulmayacaktıysa alıcıya Alman Medenî Kanunu (BGB) 508¹⁷⁹ 'deki gibi bir talep hakkı tanımak ve önalım hakkı sahibine bu talebe uygun şekilde toptan satılan her şeyi kapsayacak biçimde önalım hakkını kullanma imkânı verilebilir¹⁸⁰.

3.5.1.11. Yan ve Dönemsel Edimli Satışlar

Bir sözleşmede birden fazla edim olması mümkündür. Bu gibi durumlarda edimlerden biri asli edim diğərleri fer'i edimlerdir. Yine edim tek seferde ifa edilebileceği gibi birden fazla defada da ifa edilebilir, bu tür edimlere de dönemsel edimler denir. Önalım hakkı sahibi tarafından bu dönemsel ya da fer'i edimler gerçekleştirilebiliyorsa; ilk kurulan sözleşmenin hükümleri doğrultusunda yeni bir sözleşme kurulur ve bir sorun ortaya çıkmaz¹⁸¹. Önalım hakkı sahibi tarafından dönemsel edimlerin tek seferde ifası isteniyor ve bu da satıcı tarafından önemli bir fark oluşturmuyorsa, dönemsel edim tek seferde ifa edilerek önalım hakkı kullanılabilirdir.

¹⁷⁵ Kırca, Önalım, s.1187.

¹⁷⁶ Köylüoğlu, Önalım, s.73.

¹⁷⁷ Kısagün, Şuf'a, s.19; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.145; Köylüoğlu, Önalım, s.74.

¹⁷⁸ Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.145; Köylüoğlu, Önalım, s.74.

¹⁷⁹“ Önalım yükümlüsü, önalım hakkının kendisine zarar vermeksizin ayırlamayacak olan tüm satım konusu eşyaya teşmil edilmesini talep edebilir.” (Köylüoğlu, Önalım, s.74)

¹⁸⁰ Köylüoğlu, Önalım, s.74.

¹⁸¹ Köylüoğlu, Önalım, s.75.

3.5.2. Önalım Hakkının Kullanımı Mümkün Olmayan Tasarruflar

Önalım hakkı; cebri, iradi olmayan, ivazsız veya cüz’i halefiyet yoluyla gerçekleşmeyen işlemlerde kullanılamaz. Bununla beraber, yapılan işlem iradi, ivazlı ve cüz’i halefiyet yoluyla yapılırsa da bazı durumlarda önalım hakkı doğmayacaktır.

3.5.2.1. *Paydaşlar Arası Yapılan Satışlar*

Yasal önalım hakkı; paylı mülkiyette, paydaşlardan birinin, payının tamamını veya bir kısmını üçüncü kişiye satması durumunda diğer paydaşlara tanınan bir hak (TMK m.732). Düzenlemenin amacı da paylı mülkiyete yabancı kişilerin dahil olmasını önlemek ve ekonomik verimlilikle bütünlüğü artırmaktır. Paydaşlar arası yapılan satışlarda önalım hakkı kullanılamaz¹⁸². Yargıtay’ın görüşü de bu yönde olup satılan kişinin paydaş olup olmadığının mahkeme tarafından, yargılamanın her aşamasında taraflarca getirilme ilkesinin istisnası olarak re’sen göz önünde bulundurulması gerekir¹⁸³.

3.5.2.2. *Payın Şirkete Sermaye Olarak Konulması*

Türk Ticaret Kanunu madde 139’a göre; her türlü taşınmaz ve taşınmazlardan yararlanma ve kullanma hakları, sermaye olarak, ticari şirkete getirilebilir. Şu kadar ki, taşınmazın ya da intifa hakkının şirkete sermaye olarak getirilmesi işleminin, şirket sözleşmesi ile – resmi şekil aranmaksızın – yapılması mümkündür (TTK m.140/2).

İsviçre Hukuku’nda, taşınmaz payının şirkete sermaye olarak getirilmesi durumunda önalım hakkının doğumu açısından satışa benzer bir durum olup olmadığına bakılarak bir sonuca varılır¹⁸⁴. Türk Hukuku’nda ise böyle bir ayırım yapılmamaktadır. Payın şirkete sermaye olarak konulması hallerinde bu hakkın

¹⁸² Baykan, Şu’fa Hakkında, s. 14; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.169; Günay, Önalım Hakkı, s.20; Şıpka, Önalım, s.97; Akalp Demirtabak, Yasal Önalım, s. 80; Köylüoğlu, Önalım, s.99; Tunaboğlu, Önalım, s. 541; Olcay, Önalım, s.129; Ertaş, Eşya, s.405; Kısagün, Şu’fa, s.19; Özenli, Şu’fa, s.110; Erdoğan, Ortaklığın Giderilmesi, s.660.

¹⁸³ Yargıtay 6. HD. E. 2013/8134 K. 2013/10352 T. 12.6.2013; “Paydaş üçüncü kişi sayılamayacağından paydaşın paydaş aleyhine önalım hakkını kullanması söz konusu olamaz.”

¹⁸⁴ Akalp Demirtabak, Yasal Önalım, s.81.

kullanılmayacağı kabul edilmektedir¹⁸⁵. Yargıtay'ın 27.03.1957 tarihli, 12/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı da payın şirkete sermaye olarak konulmasında önalım hakkının doğmayacağı yönündedir¹⁸⁶.

3.5.2.3. *Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi*

Taraflardan birine ya da her ikisine, satış sözleşmesinin yapılmasını talep hakkı veren, ön sözleşme niteliğindeki sözleşmelere, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi denir¹⁸⁷. TBK m. 22/2 uyarınca, sözleşme yapma vaatleri asıl sözleşmenin bağlı olduğu biçimde ve şekil ve geçerlilik şartlarına uygun olarak yapılmalıdır. Bu satış vaadi sözleşmesi de taşınmaza ilişkin ise geçerlilik şartı olması nedeniyle, resmi şekilde yapılmalıdır.

Bizim de katıldığımız, doktrin ve uygulamada hâkim olan görüşe göre, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, sadece sözleşmenin yapılmış olması ile önalım hakkı doğurmaz¹⁸⁸. Nitekim bu sözleşme gerçek ve tam bir satış sözleşmesi olmadığı gibi devir borcu da doğurmaz. Ayrıca taşınmaz satış vaadi sözleşmesi sonucunda, vaadi alan kişi tapuda malik olmamaktadır ve önalım davası da malik olmayan bir kişiye karşı açılmaz. Sözleşmenin taraflara vaadin gerçekleşmesini talep etme hakkı vermektedir¹⁸⁹. Bununla beraber, taşınmaz satış vaadinin satım sözleşmesine çok yakın olmasından ve uygulamada da satış vaadi sözleşmesinde taşınmazı satacağımı vaat edenin borcunu yerine getirmemesi halinde açılan davada mahkemenin TMK m.716'ya göre taşınmazın tesciline karar vermesinden dolayı burada önalım hakkının kullanılabileceğini savunan başka bir görüş de mevcuttur¹⁹⁰.

¹⁸⁵ Feyzioğlu, Şuf'a, s.260; Kısagün, Şuf'a, s.19; Kizir, Satış İlişkisi, s.1785; Tunaboşlu, Önalım, s.548; Olcay, Önalım, s.143; Demirbaş, Sözleşmeden Doğan Önalım, s.259.

¹⁸⁶ Tunaboşlu, Önalım, s.548; Baykan, Şuf'a Hakkında, s. 16; Özenli, Şuf'a, s.102.

¹⁸⁷ Taşınmaz satış vaadine ilişkin detaylı bilgi için bkz; Albayrak, Hakan, "Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinde Görev ve Yetkiye İlişkin Sorunlar", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, (10), 43-95, Ankara 2017, s.43-95.

¹⁸⁸ Baykan, Şuf'a Hakkında, s. 15; Erdoğan, Ortaklığın Giderilmesi, s. 661; Özenli, Şuf'a, s. 100; Kısagün, Şuf'a, s.19; Karşıt görüş için bkz; Eren, Yasal Önalım, s113.

¹⁸⁹ Köylüoğlu, Önalım, s.81; Akalp Demirtabak, Yasal Önalım, s.73; Günay, Önalım Hakkı, s.27; Feyzioğlu, Şuf'a, s.120; Açıköz, Tarımsal Önalım, s.184; Olcay, Önalım, s. 129.

¹⁹⁰ Eren, Yasal Önalım, s113; Şıpka, Önalım, s.85; Ertaş, Eşya, s.405.

3.5.2.4. *Cebri Artırmayla Satış*

Cebri artırma ile satışta, malikin rızası yoktur ve bu satış resmi makamlar eliyle yapılır¹⁹¹. Dolayısıyla, cebri artırmada satış ifadesi yerleşmiş olsa da teknik anlamda bu bir satım sözleşmesi olmadığı gibi satıcının iradesi dahilinde de gerçekleşmemektedir. TMK'nın 733. maddesinin 1. fıkrasında açıkça yer aldığı üzere; “*Cebri artırmayla satışlarda önalım hakkı kullanılamaz.*”. Cebri artırma yoluyla yapılan satışlarda malikin rızası olmadığından, burada önalım hakkı kullanılamaz¹⁹². Cebri icra yolu ile yapılan satışlarda önalım hakkının kullanılmasına izin verilmemesinin en önemli gerekçelerinden birinin de, cebri icra yolu ile yapılacak satışın herkese açık yapılıyor olmasından kaynaklandığı kanaatindeyiz. Zira önalım hakkı sahibi cebri icraya ve önalım hakkına konu malı almak istediği takdirde açık artırmaya katılabilecek ve yeterli meblağı ödediği takdirde de söz konusu malı satın alabilecektir.

3.5.2.5. *Miras Yolu İle İntikal ve Ölüme Bağlı Tasarruflar*

Miras bırakan kişi, önalım hakkına konu oluşturan bir taşınmazı da içine alacak şekilde ölüme bağlı tasarrufta bulunabilir. Böyle bir durumda önalım hakkının kullanılıp kullanılmayacağı tartışmalıydı. Yargıtay'ın 27.03.1957 tarihli YİBK¹⁹³ ile konuya açıklık getirilmiş ve miras bırakanın asıl iradesi doğrultusunda bir karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Karara göre, önalım hakkına konu olabilecek bir taşınmazın malikinin, payını eşine, evladına ya da yakın akrabalarına temlik etmesi halinde; miras hukukuna ilişkin bir amaç güdülmüşse ya da bağışlama gibi bir gayesi varsa, görünüşteki işlemin ne olduğunun bir önemi olmaz ve önalım hakkı kullanılmaz¹⁹⁴. Doktrindeki hâkim

¹⁹¹ Tunaboğlu, Önalım, s.548.

¹⁹² Özenli, Şu'fa, s. 99; Baykan, Şu'fa Hakkında, s. 15; Kırca, Önalım, s.1187; Kısagün, Şu'fa, s.19; Eren, Yasal Önalım, s.115; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.172; Günay, Önalım Hakkı, s.21; Akalp Demirtabak, Yasal Önalım, s.83; Tunaboğlu, Önalım, s.548; Olcay, Önalım, s.132; Kızır, Satış İlişkisi, s.1785; Oğuzman / Seliçi / Özdemir, Eşya, s.539; Ertaş, Eşya, s.405; Akıntürk / Akipek / Ateş, Eşya, s.554; Yavuz, Cevdet, Acar, Faruk, Özen, Burak, Türk Borçlar Hukuku Dersleri (*Özel Hükümler*) 16. bs., Beta Basım Yayım, İstanbul 2019, s.147.

¹⁹³ “*Müşterek mülkün hissedarı, hissesini kan ve kocaya evlada veyahut akrabaya temlik etmesi halinde şeklen satış akti bulunsa hile hakikatte satıştan gayri miras hukukuna müteferri maksatların veya hibe gibi mülahazaların hakim olduğu ahvalde Medeni Kanunun hakiki satışlarda kabul eylediği şufa hakkının cereyan etmeyeceğine 27/3/1957 tarihinde ittifakla karar verildi.*”

¹⁹⁴ Ertaş, Eşya, s.405; Akıntürk / Akipek / Ateş, Eşya, s.554; Yavuz / Acar / Özen, Borçlar, s.148.

görüŖe göre; söz konusu işlemin akrabalar arasında yapılmıŖ olması miras hukukuna iliŖkin olduğunu göstermek bakımından yeterli değildir, ayrıca ispatı gerekir¹⁹⁵.

3.5.2.6. Mirasın PaylaŖılması

Mirasçıların aralarında payları belirleyip zilyetlikleri devretmeleri ya da miras payları üzerinde sözleşmeyle taksim yapılması halinde ortaklık iliŖkisi ortadan kalkar. Burada artık mirasçı tarafından payı üçüncü kiŖiye satılsa dahi bir önalım hakkından bahsedilemeyecektir. Yani diğer mirasçılar önalım haklarını kullanamayacaklardır¹⁹⁶.

3.5.2.7. KamulaŖtırma

Bir kiŖiye ait taşınmazın, kamu yararı ile belli bazı işlerde kullanılmak için yetkili organlarca verilen kararlarla bedeli de ödenerek cebren mülk edinilmesidir¹⁹⁷. Cebren yapılan bu işlem gerçek anlamda bir satıŖ olmadığından önalım hakkı kullanılamaz¹⁹⁸.

3.5.2.8. Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi

TBK m. 511’de düzenlenen ve taraflardan birinin sözleşmenin diğer tarafına ölünceye kadar bakma ve gözetme borcu altına girdiği, diğerinin ise bazı malların mülkiyetini kendisine bakan kiŖiye devretmeyi taahhüt ettiği sözleşmelerdir¹⁹⁹. Burada da önalım hakkı kullanılamaz²⁰⁰.

¹⁹⁵ Feyzioğlu, Ŗuf’a, s.271; Eren, Yasal Önalım, s.115; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.177-180; Ŗıpka, Önalım, s. 100; Köylüoğlu, Önalım, s.84; Kizir, SatıŖ İliŖkisi, s.1785.

¹⁹⁶ DemirbaŖ, Sözleşmeden Doğan Önalım, s.259; Köylüoğlu, Önalım, s.90; Oğuzman / Seliçi / Özdemir, EŖya, s.539; Erdoğan, Ŗuf’a, s. 14.

¹⁹⁷ Tunaboylu, Önalım, s.546; Yılmaz, Sözlük, s. 631; Olcay, Önalım, s. 151.

¹⁹⁸ Feyzioğlu, Ŗuf’a, s. 273; Tunaboylu, Önalım, s.547; Köylüoğlu, Önalım, s.89; Olcay, Önalım, s.151; Eren, Yasal Önalım, s.115; DemirbaŖ, Sözleşmeden Doğan Önalım, s.259; Özenli, Ŗuf’a, s. 107; Erdoğan, Ortaklığın Giderilmesi, s.663.

¹⁹⁹ Akartepe, Alpaslan, “Türk Hukukuna Göre Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü YayınlanmamıŖ Doktora Tezi, İstanbul 2004, s.1 vd.

²⁰⁰ Özenli, Ŗuf’a, s. 102; Olcay, Önalım, s.52; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.203; Akalp Demirtabak, Yasal Önalım, s.79; Köylüoğlu, Önalım, s.86; Erdoğan, Ortaklığın Giderilmesi, s.664; Ruhi / Ruhi, Önalım, s.36.

3.5.2.9. *Bağışlama*

Bağışlamanın tanımlandığı TBK m. 285'e göre; “*Bağışlama sözleşmesi, bağışlayanın sağlararası sonuç doğurmak üzere, malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak bir kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşmedir.*”. Bağışlamada bir mülkiyet devri vardır ve fakat bu devir karşılıksız yapılmaktadır²⁰¹. Yargıtay'ın kabul ettiği²⁰² üzere, bağışlama sözleşmelerinde önalım hakkı kullanılamaz. Doktrinde de bağışlama sözleşmelerinde önalım hakkının kullanılamayacağı oy birliği ile kabul edilmiştir²⁰³. Karma bağışlama olan hallerde ise, yapılan sözleşmede bağışlama mı yoksa verilen ivaz mı ağır basmakta bu tespit edilmelidir²⁰⁴. Sözleşmede ağır basan tasarruf bağışlama ise önalım hakkı kullanılamaz, ağır basan tasarruf ivazlı ise önalım hakkı kullanılabilir²⁰⁵.

3.5.2.10. *Trampa*

TBK m. 282'ye göre; trampa sözleşmesi, “*tarafardan birinin diğer tarafa bir veya birden çok şeyin zilyetlik ve mülkiyetini, diğer tarafın da karşı edim olarak başka bir veya birden çok şeyin zilyetlik ve mülkiyetini devretmeyi üstlendiği sözleşmedir.*”. Her ne kadar TBK m. 283'te satış sözleşmesine dair hükümlerin, uygun düştüğü ölçüde, trampa sözleşmelerine de uygulanacağı belirtilse de madde 282'deki tanımdan da anlaşıldığı gibi trampa sözleşmesi, bir satış sözleşmesi türü değildir²⁰⁶. Trampa sözleşmelerinde, taraflar edimlerini

²⁰¹ Şıpka, Önalım, s.87; Köylüoğlu, Önalım, s.85; Akalp Demirtabak, Yasal Önalım, s.77;

²⁰² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2013/6-2268 Esas 2015/1437 Karar sayılı ve 27.5.2015 tarihli ilamında; “*Yapılan açıklamaların ışığı altında; somut uyumsuzluğa dönüldüğünde paylı mülkiyete tabi taşınmazda paydaş olan dava dışı B.'nin, davalının eşinin dedesi olduğu ve davalının yeni doğan erkek bebeği sebebiyle doğum hediyesi olarak temlik işleminin yapıldığı; bu sebeple satış şeklinde yapılan temlik işleminin muvazaalı bulunduğu, tarafların gerçek amacının hibe olduğu ve hibe ile yapılan temlikte önalım hakkının kullanılamayacağı; 20./03/1957 tarihli 1956/12 Esas 1957/2 Karar sayılı İBK'nın uygulanabilmesi için temlik işleminin tarafları arasında akrabalık ilişkisi bulunmasının yeterli olduğu; doğrudan mirasçılık ilişkisinin aranması gerekmediği dikkate alınarak yerel mahkemece davanın reddedilmesi gerekirken kabulüne dair kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırılık oluşturur.*”

²⁰³ Tunaboşlu, Önalım, s.543; Feyzioğlu, Şu'fa, s.256; Kırca, Önalım, s. 1185; Akalp Demirtabak, Yasal Önalım, s.77; Köylüoğlu, Önalım, s.85; Şıpka, Önalım, s.87; Olcay, Önalım, s.144; Günay, Önalım Hakkı, s.21; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.186; Eren, Yasal Önalım, s.114; Kızır, Satış İlişkisi, s.1784, dn.47; Demirbaş, Sözleşmeden Doğan Önalım, s.258; Ertaş, Eşya, s.405; Kısagün, Şu'fa, s.19; Özenli, Şu'fa, s.100.

²⁰⁴ Akalp Demirtabak, Yasal Önalım, s.78; Ertaş, Eşya, s.405; Akıntürk / Akipek / Ateş, Eşya, s.555; Yavuz / Acar / Özen, Borçlar, s. 148.

²⁰⁵ Feyzioğlu, Şu'fa, s.257; Akalp Demirtabak, Yasal Önalım, s.78; Şıpka, Önalım, s.89.

²⁰⁶ Tunaboşlu, Önalım, s.542; Köylüoğlu, Önalım, s.81; Akalp Demirtabak, Yasal Önalım, s.76.

denkleştirmek amacıyla bir miktar paranın ya da misli bir eşyanın ödenmesine karar verebilirler ancak bu asli edim değil, bir yan edim niteliğindedir²⁰⁷. Bu denklik parası sözleşmeyi satış sözleşmesine çevirmez²⁰⁸. Bu sebeplerden dolayı, İsviçre Hukuku'nun aksine; Türk Hukuku'nda genel kabul gören görüşe göre, trampa sözleşmelerinde önalım hakkı kullanılamaz²⁰⁹. Ancak denklik parasının – misli edimin – miktarı artık asli edim olacak seviyeye ulaşmışsa, artık sözleşmenin satım sözleşmesine dönüşüp dönüşmediğini incelemek gerekecektir²¹⁰.

3.5.2.11. *Kat Mülkiyeti Yasasına Tabi Taşınmazlar*

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 8. maddesinde; “*Kat mülkiyeti kurulmuş bir gayrimenkulün bağımsız bölümlerinden birinin veya kat irtifakı bağlanmış arsa payının satılması halinde diğer kat maliklerinin veya irtifak hakkı sahiplerinin öncelikle satın alma hakkı yoktur.*” demek suretiyle üzerinde kat mülkiyeti kurulmuş olan taşınmazdaki bağımsız bölümün satımı durumunda, diğer bağımsız bölümlerin maliklerinin yasal önalım haklarının olmadığı belirtilmiştir²¹¹.

3.5.2.12. *Tapusuz Taşınmazlar*

Taşınmazın mülkiyetinin devri için yapılan sözleşmelerin resmi şekilde yapılması gerekmektedir. Resmi şekil olmadan yapılan sözleşme geçersizdir ve mülkiyetin devri sonucunu doğurmaz. Sonuç olarak, doktrinde de genel kabul gören görüşe göre tapusuz taşınmazlar bakımından yapılan tasarruf işlemlerinde önalım hakkı doğmaz²¹².

²⁰⁷ Feyzioğlu, Şuƒ'a, s. 245; Tunaboyle, Önalım, s.542.

²⁰⁸ Yıldız, Önalım, s. 47.

²⁰⁹ Kısagün, Şuƒ'a, s. 19; Eren, Yasal Önalım, s114; Kizir, Satış İlişkisi, s.1784, dn.46; Günay, Önalım Hakkı, s.21; Kırca, Önalım, s.1185; Köylüoğlu, Önalım, s.81; Feyzioğlu, Şuƒ'a, s. 245; Şıpka, Önalım, s. 90; Olcay, Önalım, s.137; Ertaş, Eşya, s.405; Yavuz / Acar / Özen, Borçlar, s.148; Baykan, Şuƒ'a Hakkında, s.16.

²¹⁰ Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.192; Yıldız, Önalım, s. 47; Feyzioğlu, Şuƒ'a, s.246; Demirbaş, Sözleşmeden Doğan Önalım, s.258; Akıntürk / Akipek / Ateş, Eşya, s.554.

²¹¹ Eren, Yasal Önalım, s114; Köylüoğlu, Önalım, s.86; Şıpka, Önalım, s. 104; Tunaboyle, Önalım, s.545; Olcay, Önalım, s. 176; Ertaş, Eşya, s.405; Özenli, Şuƒ'a, s.103.

²¹² Feyzioğlu, Şuƒ'a, s.282; Eren, Yasal Önalım, s116; Tunaboyle, Önalım, s.545; Şıpka, Önalım, s. 96; Köylüoğlu, Önalım, s. 92; Akalp Demirtabak, Yasal Önalım, s.75; Olcay, Önalım, s.152; Kısagün, Şuƒ'a, s.19.

3.5.2.13. *Geri Alım Sözleşmesi Gereğince Yapılan Satışlar*

Geri alımda, hak sahibi karşı tarafın rızası aranmaksızın tek taraflı bir irade beyanı ile taşınmazı geri alabilmektedir. Dolayısıyla bu halde önalım hakkı kullanılamaz²¹³.

3.5.3. **Önalım Hakkının Kullanılmasına Engel Olan Durumlar**

3.5.3.1. *Feragat*

Feragat, yapılan hukuki işlem ile bir hakkı kullanmaktan tamamen ya da kısmen vazgeçilmesidir. Önalım hakkından da feragat edilmesi mümkündür. Kural olarak bir haktan feragat ile bir hakkın kullanılmasından feragat aynı hukuki sonuçları doğurmaz. Nitekim önalım hakkından feragat edilmişse, önalım hakkı artık tamamen ortadan kalkacak ve şahıs ya da satış işlemi fark etmeksizin daha sonra yapılan hiçbir mülkiyet devrinde kullanılamayacaktır. Önalım hakkının kullanılmasından feragatte ise; bir şahısla yahut bir satış işlemi ile sınırlanacak şekilde – haktan değil hakkın kullanılmasından – edilen feragattir²¹⁴. Doktrinde önalım hakkından feragat, mutlak feragat; hakkın kullanılmasından feragat ise nisbî feragat şeklinde adlandırılmaktadır²¹⁵.

3.5.3.1.1. *Mutlak Feragat*

Mutlak feragat halinde, önalım hakkı sahibi, mutlak ya da kök haktan feragatte belirlenen şahıs veya satış işlemi bakımından değil, sürekli bir biçimde ve herkese karşı olarak, doğrudan hakkın kendisinden vazgeçmektedir²¹⁶.

TMK madde 733'te; “*Önalım hakkından feragatin resmî şekilde yapılması ve tapu kütüğüne şerh verilmesi gerekir. Belirli bir satışta önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme, yazılı şekle tâbidir ve satıştan önce veya sonra yapılabilir.*” ifadesi yer almaktadır. Buna göre; mutlak feragat, hüküm ve sonuç

²¹³ Yıldız, Önalım, s.59; Köylüoğlu, Önalım, s.91.

²¹⁴ Akalp Demirtabak, Yasal Önalım, s.121.

²¹⁵ Feyzioğlu, Şuf'a, s. 433; Şıpka, Önalım, s. 162; Kırca, Önalım, s.1187; Özenli, Şuf'a, s.111.

²¹⁶ Tunaboşlu, Önalım, s.540; Yıldız, Önalım, s.57; Feyzioğlu, Şuf'a, s. 434; Köylüoğlu, Önalım, s.90; Şıpka, Önalım, s. 111; Kırca, Önalım, s.1188; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.204; Olcay, Önalım, s. 182; Aybay / Hatemi, Eşya, s.188; Akıntürk / Akipek / Ateş, Eşya, s.556; Özenli, Şuf'a, s. 114; Erdoğan, Ortaklığın Giderilmesi, s. 974.

doğurabilmesi için resmi şekilde yapılması ve tapu kütüğüne de şerh edilmesi gereken bir sözleşme veya irade beyanı niteliğindedir. Burada feragatin resmi şekilde yapılması bir geçerlilik şartı olarak öngörülmüştür²¹⁷.

Bir kişi tarafından önalım hakkından mutlak şekilde feragat edilmesi durumunda, feragat edenin cüz'i ve külli halefleri de, hakkında feragat iradesi bulunan payın, hakkın kullanılmasına uygun şekilde devri halinde önalım hakkını kullanamazlar. Önalım hakkından feragat edilen payın başka birine satılması durumunda da önalım hakkı sahibi yada bu payın miras yolu ile intikalinde feragat edenin mirasçıları da önalım hakkını artık kullanamayacaktır²¹⁸.

3.5.3.1.2. *Nisbî Feragat*

Nisbî feragat, hakkın kendisinden değil bir şahsa ya da satışa yönelik olarak ve hakkın kullanımına yönelik edilen bir feragat söz konusudur²¹⁹. Yani burada söz konusu olan önalım hakkının bütününden vazgeçilmesi değil; bir alıcıya karşı yahut bir satış işlemine yönelik bir biçimde vazgeçmedir. Diğer bir deyişle; nisbî feragatte, şahsın önalım hakkı halen devam etmekte ve fakat kendisi lehine feragat edilen alıcı ya da şahıs işlemi bakımından son bulmaktadır.

Yukarıda anılan TMK madde 733 gereğince, nisbî feragat yazılı şekle tabidir ve her zaman yapılabilir. Ayrıca kanunda mutlak feragat açısından tapuya şerh düşülmesi öngörülmüştür. Buna karşın, kanunda nisbî feragat için böyle bir şerh koyma zorunluluğu düzenlenmemiştir. Nisbî feragat halinde, önalım hakkı yalnızca vazgeçilen satış ya da şahsa karşı kullanılamaz. Ancak bunun dışında kalan haller için varlığını sürdürür²²⁰.

²¹⁷ Yıldız, Önalım, s.59; Akalp Demirtabak, Yasal Önalım, s.123; Köylüoğlu, Önalım, s.91; Oğuzman / Seliçi / Özdemir, Eşya, s.563; Aybay / Hatemi, Eşya, s.190; Akıntürk / Akipek / Ateş, Eşya, s.556.

²¹⁸ Günay, Önalım Hakkı, s.120; Akalp Demirtabak, Yasal Önalım, s.125.

²¹⁹ Fezyioğlu, Şuf'a, s.440; Akalp Demirtabak, Yasal Önalım, s.125; Şıpka, Önalım, s. 163; Kırca, Önalım, s.1187; Olcay, Önalım, s. 184; Aybay / Hatemi, Eşya, s.190; Özenli, Şuf'a, s.116; Erdoğan, Ortaklığın Giderilmesi, s. 975.

²²⁰ Yıldız, Önalım, s.59; Akalp Demirtabak, Yasal Önalım, s.125; Köylüoğlu, Önalım, s.91.

3.5.3.2. *Hakkın Kötüye Kullanılması*

Hukukun genel prensibi olan ve özel hukukun tüm alanlarında uygulanacak olan TMK m.2’de yer alan düzenlemeler doğrultusunda, diğer tüm haklarda söz konusu olduğu gibi burada da hakkın kötüye kullanılması ve dürüstlük kuralına aykırı hareket edilmesi hukuken korunmaz²²¹.

Önalıma konu taşınmaz, paydaşlar tarafından fiilen paylaşılmış ve her paydaş kendine özgülenen payı kullanmakta ise paydaşlardan biri kendine özgülenen payı üçüncü bir kişiye satmışsa ne olacağı konusu sorun teşkil etmektedir. Doktrinde bu konuda kabul gören görüş, bizce de isabetli olduğu üzere; artık fiili paylaşımı kabul ederek iradeleri ile hareketlerini bu paylaşım doğrultusunda yönlendirmiş olan diğer paydaşların, önalım haklarını kullanamayacakları yönündedir.²²². Fiili paylaşımın kabulü için tüm paydaşların kendi paylarını bilmeleri, istemeleri ve anlaşmaya katılmaları gerekmektedir²²³.

Kanaatimizce önem arz eden bir diğer durum da, paydaşlardan fiilen yapılan eylemli taksime göre kendisine düşmüş olan gayrimenkul parçasını kullanan paydaşın hiçbir şekilde yani diğer paydaşlardan kullanıma katılmayanlar olsa dahi, gayrimenkulden yapılacak pay satışı sonunda önalım hakkını kullanamayacağı, bu yöndeki davranışın hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olacağının kabul edilmesi gerektiğidir. Önalım hakkının kullanılmasını engellemeye yönelik, hukukun etrafını dolaşan girişimler karşısında önalım hakkının kullanılabilmesi kabul edilmektedir²²⁴.

Aksi takdirde, sırf mevzuatta bir boşluk olması ya da söz konusu işlemin açıkça düzenlenmemiş olması nedeniyle hukuka veya hakkaniyete aykırı işlemler yapılabilecek ve kişiler bu yolla zarara uğratılabilecektir. Kaldı ki bahsi edilen bu hal de TMK m. 2’de düzenlenmiş olan iyi niyet kuralları ve dürüstlük kuralları ile taban tabana zıt düşmektedir.

²²¹ Oğuzman / Seliçi / Özdemir, Eşya, s.563; Aybay / Hatemi, Eşya, s.190; Ertaş, Eşya, s.407.

²²² Eren, Yasal Önalım, s116; Tunaboğlu, Önalım, s.549; Günay, Önalım Hakkı, s.122; Olcay, Önalım, s.171; Ertaş, Eşya, s.407; Erdoğan, Ortaklığın Giderilmesi, s. 665.

²²³ Şıpka, Önalım, s.116.

²²⁴ Köylüoğlu, Önalım, s.98.

ÖNALIM DAVASI VE USUL HÜKÜMLERİ

1. Önalım Davası

Eski kanun döneminde önalım hakkının kullanılması bakımından dava açma zorunluluğu olmadığı halde, 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 Sayılı yeni Türk Medeni Kanunu m.734'te getirilen düzenleme ile önalım hakkının kullanılması için dava açılması zorunlu kılınmıştır.

1.1. Önalım Davasının Tanımı

Önalım davası, önalım hakkı sahibinin yasanın öngördüğü sürede önalım hakkını kullanmak için açtığı ve davanın kabulü halinde, kurulan yenilik doğurucu kararlar, önalıma konu taşınmazın, önalım davasının açılmasına neden olan satış ya da satış benzeri devir işlemindeki şartlarla ya da bedelde muvazaa iddiasında bulunulması halinde ispat edilen bedel üzerinden hak sahibi davacıya satışına ve mülkiyetinin tesciline karar verilen yenilik doğuran bir davadır²²⁵.

1.2. Önalım Davasına Başvuru

4721 sayılı TMK m.724'te yer verilen “*Önalım hakkı, alıcıya karşı dava açılarak kullanılır.*” hükmü ile önalım hakkının kullanılmasını dava koşuluna bağlamıştır. Bu nedenle 4721 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği tarih olan 01.01.2002 tarihinden sonra, önalım hakkını kullanmayı amaçlayan her hak sahibi, bu hakkını ancak ve ancak dava yolu ile kullanma imkânına sahiptir²²⁶. Mevcut düzenleme ile önalım hakkının kullanılması bakımından dava açma zorunluluğu getirilmiştir. TMK m. 724 uyarınca, şayet önalım hakkı sahibi kişi bu hakkını kullanmak ister ise artık önalım hakkı sahibinin başvurabileceği tek yol önalım davası açmaktır. Bu düzenleme, öğretilerde haklı olarak pek çok yönden eleştirilmiştir.

Ertaş'a²²⁷ göre TMK'da bu düzenleme ile önalım hakkının kullanılması için dava açma zorunluluğu öngörülmemiş, yalnızca önalım davası açma hakkı, TMK. m. 733/3'te yer alan hak düşürücü sürelerle tabi tutulmuştur. Yasal önalım hakkı dava açmadan da

²²⁵ Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.254.

²²⁶ Ruhi / Ruhi, Önalım, s. 48.

²²⁷ Ertaş, Eşya, s.413.

kullanılabilmekte ve muhatap bu talebe muvafakat göstermediği takdirde, önalım hakkı sahibi hak düşürücü süreye bağlı olarak açacağı önalım davasıyla önalıma konu malın mülkiyetinin kendisine verilmesini talep edebilecektir²²⁸. Her ne kadar ideal hukuk düzeni açısından bu görüşe katılmak mümkün olsa da mevcut yasal düzenlemeler karşısında bu görüşün kabulü kanaatimizce mümkün değildir.

TMK m.734/1'in gerekçesinde de; “*Maddenin birinci fıkrası ile önalım hakkının alıcıya karşı dava açılması suretiyle kullanılması esası getirilmiştir. Yürürlükteki hükümler önalım hakkının dava dışı bir beyanla kullanılabilmesine olanak sağlamaktadır. Ancak buna rağmen bu beyanla istenilen sonucun elde edilmesi sonuçta daima bir dava açılmasını gerektirmektedir. Yeni düzenlemeyle uygulamada önalım hakkının gerçekleşmesinin daima bir davayı gerektirmesi, kanun hükmü haline getirilmiş olmaktadır*” demek suretiyle uygulamada önalım hakkının kullanılması yönündeki beyan neticesinde istenilen sonucun elde edilmesinin daima bir dava açılmasını gerektirdiği ve bu durumun yasal bir düzenleme ile birlikte kanun hükmü haline getirilmiş olduğu belirtilmektedir²²⁹. Fakat eMK döneminde alıcının önalım hakkına muvafakat etmesi gibi hallerde, tarafların iradeleri uyuştuğundan, önalım hakkının kullanılması için dava açma zorunluluğu bulunmamaktaydı.

Maddenin gerekçesinde geçen “*daima bir davayı gerektirmesi*” ifadesinin önalım hakkının kullanılmasından evvel sıklıkla açılan tespit davalarından kaynaklandığı düşüncesindeyiz. Ancak kanımızca maddenin gerekçesi yerinde olmamıştır. Nitekim önalım hakkı yenilik doğurucu bir hak niteliğindedir ve esasen, istisnaları bulunmakla beraber, yenilik doğurucu hakların kullanılması her zaman davayı gerektirir nitelikte de değildir. Taraflara tek taraflı bir biçimde, bir hukuki ilişki kurma, değiştirme ya da sona erdirme yetkisi veren bu hakların kullanılması için dava yoluna muhtaç olmamalarına rağmen, yenilik doğurucu bir hakkın kullanılması neticesinde doğan şahsi nitelikteki alacak haklarının, borçlu tarafından ifa edilmediği durumlarda dava yoluna gidilmesi gerekmektedir²³⁰. Yani diğer bir ifade ile dava yoluna başvurulmasını gerektiren hak yenilik doğurucu haklar değil, bu hakkın kullanılması sonucunda ortaya çıkan alacak haklarıdır.

Kanunda tarafların iradesinin birbirine uyuşup uyuşmadığı hususunda bir ayırım yapılmaksızın, önalım hakkının kullanılması için dava açma zorunluluğu öngörülmüştür. Şu halde de taraflar aralarında anlaşmış olsa ve alıcı önalım hakkının kullanılmasına muvafakat

²²⁸ Ertaş, Eşya, s.413.

²²⁹ Bkz; TMK. m. 734 gerekçesi.

²³⁰ Köylüoğlu, Önalım, s.130.

etse dahi, önalım hakkının kullanılması için dava açılacak ve yargılama giderleri ile vekalet ücreti ödenmesi gibi başkaca sorunlara da sebep olabilecektir.

Söz konusu düzenleme neticesinde alıcının önalım hakkının kullanılmasına muvafakat gösterdiği hallerde dahi, önalım hakkı sahibi dava açarken müddeabih üzerinden yüksek bedellerle harç ve vekalet ücreti ödemek zorunda kalmaktadır. Burada da bir kişinin hakkını kullanabilmek için ek bir külfete tabi tutulması gibi bir durum ortaya çıkmaktadır. Keza aynı şekilde önalım hakkının kullanılmasına onay veren alıcının da davayı kabul ettiği aşamaya göre, yargılama giderlerinden ve vekalet ücretinden sorumlu olması gündeme gelebilecektir.

Taraflar arasında davayı gerektirir nitelikte bir uyuşmazlık bulunmayan ve tarafların irade beyanı neticesinde çözülebilecek olan hallerde dahi dava açma zorunluluğunun bulunması, taraflara ek külfetler getirmektedir. Zira TMK m.734/1 düzenlemesi mevcut değilken de taraflar arasında önalım hakkı ile alakalı bir uyuşmazlık bulunması halinde, maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere; söz konusu uyuşmazlık çoğunlukla tespit davalarıyla olmak üzere yargıya intikal etmekteydi.

Eren de; bu düzenlemeyi “*Kanun koyucunun hakkın kullanılmasını, özel yenilik doğuran hak yerine yenilik doğuran davaya bağlaması isabetli olmamış, sadece yargısal bürokrasinin artmasına yol açmıştır*” şeklinde haklı olarak eleştirmiştir²³¹.

Kırca ise; yenilik doğuran bir hak olan önalım hakkının kullanılmasının kural olarak dava açılmasını gerektirmediğinden bahsederek gerekçede yer alan “*uygulamada daima bir davayı gerektirmesi*” ifadesini eleştirmekte ve önalım hakkını dava yoluna gitmeden kullanmak isteyen hak sahibinin hakkını bu yolla kullanma imkânının elinden alındığını belirtmektedir.²³² Kırca ayrıca, önalım hakkının kullanılması ile meydana gelen sonuca tarafların aralarında anlaşarak da ulaşabileceklerini ve bu konuda devletin yargı tekeline başvurmayı gerektirecek bir durumun söz konusu olmadığını belirterek, TMK m. 734/1 hükmünü eleştirmektedir²³³.

²³¹ Eren, Yasal Önalım, s. 108.

²³² Kırca, Önalım, s. 1200.

²³³ Kırca, Önalım, s. 1202.

1.3. Önalım Davasının Amacı

Doktrinde genel kabul gören görüş davacının, önalım davası ile önalıma konu edilen malın mülkiyetinin kendisine geçirilmesi amacı taşıdığı yönündedir²³⁴. Zira 4721 sayılı TMK'nın kabulü ile doktrindeki bu görüş artık yasal bir zemine oturmuştur²³⁵.

Mevcut yasal düzenleme karşısında önalım davasının amacının önalıma konu malın mülkiyetinin davacıya geçirilmesi amacı taşıdığı kabulü zorunludur.

Fakat yukarıda yaptığımız açıklamalar doğrultusunda, ideal hukuk düzeni bakımından davanın amacı; davaya konu mal üzerinde önalım hakkının kullanılmasına muvafakat etmeyen davalıdan, hak sahibi davacıya geçirilmesi yönündeki bir mahkeme kararının elde edilmesi olmalıdır²³⁶.

1.4. Önalım Davasının Konusu

Her davanın olduğu gibi önalım davasının da bir konusu olmak zorundadır. Davanın konusu aynı zamanda o davanın niteliğini ve görülebilirliğini belirlemektedir²³⁷.

Önalım davasının dayanağı olan hak, yasal önalım hakkı ise davanın konusunu, yalnızca taşınmazlar oluşturabilir. Ancak önalım hakkı sözleşmeden kaynaklanıyorsa her ne kadar uygulamada pek rastlanmasa da taşınırlar üzerinde de önalım hakkı tesisi mümkün olduğundan taşınır mallar da önalım davasının konusunu teşkil edebilir. Yani taşınırların önalım davasının konusunu oluşturması teorik olarak mümkün olmakla beraber, taşınırlar üzerinde önalım hakkı tesisi pratikte pek tercih edilmemektedir.

1.5. Önalım Davasının Hukuki Niteliği

01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı TMK, önalım hakkının ancak dava yolu ile kullanılabileceğini düzenlemiştir. TMK m. 734'te, "*önalım hakkı, alıcıya karşı dava açılarak kullanılır*" denmektedir ve aynı Kanun'un 735. Maddesinde yapılan atıf gereği söz konusu düzenleme sözleşmeden doğan önalım hakkı bakımından da uygulanacaktır. Yani hak sahibinin 01.01.2002 tarihinden sonra²³⁸, yasal ya da sözleşmesel önalım hakkı olmasına

²³⁴ Yıldız, Önalım, s.66; Köylüoğlu, Önalım, s.139.

²³⁵ Köylüoğlu, Önalım, s.139.

²³⁶ Aynı yönde bkz; Köylüoğlu, Önalım, s.139.

²³⁷ Köylüoğlu, Önalım, s.135.

²³⁸ Anayasa Mahkemesi'nin önalım hakkının dava yoluyla kullanılmasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ilişkin kararı için bkz; T. 12.12.2007, E. 2003/34, K. 2007/94; RG. T. 28.02.2008, S. 26801. Ayrıca karar hakkında yapılan detaylı inceleme için bkz; Erkan, Yasal Önalım, s..

bakılmaksızın, önalım hakkını kullanmak istemesi durumunda izleyebileceği yegâne yol, bu hakkının kullanılması amacına yönelik önalım davası açmaktır²³⁹. Doktrinde kabul edilen görüşe göre; davanın konusunu taşınmazlar oluşturmaktadır ve amacı da taşınmaz mülkiyetinin devrini sağlamaktır²⁴⁰.

Eski Medeni Kanun döneminde ise önalım hakkının kullanılması bakımından tek taraflı kullanılan ve muhataba varması gerekli irade beyanında bulunmak yeterli kabul edilmekteydi²⁴¹.

Bu değişikliğin sebebi madde gerekçesinde; “*Maddenin birinci fıkrası ile önalım hakkının alıcıya karşı dava açılması suretiyle kullanılması esası getirilmiştir. Yürürlükteki hükümler önalım hakkının dava dışı bir beyanla kullanılabilmesine olanak sağlamaktadır. Ancak buna rağmen bu beyanla istenilen sonucun elde edilmesi sonuçta daima bir dava açılmasını gerektirmektedir. Yeni düzenlemeyle uygulamada önalım hakkının gerçekleşmesinin daima bir davayı gerektirmesi, kanun hükmü haline getirilmiş olmaktadır*” şeklinde açıklanmaktadır²⁴². Gerekçe metninde yer alan “*Ancak buna rağmen bu beyanla istenilen sonucun elde edilmesi sonuçta daima bir dava açılmasını gerektirmektedir.* “ve “*önalım hakkının gerçekleşmesinin daima bir davayı gerektirmesi*” ifadeleri, yukarıda da²⁴³ açıklandığı üzere; yenilik doğuran hakların kullanılmasının daima bir davayı gerektirmeyeceğinden bahisle eleştirilmiştir²⁴⁴. Yine mahiyeti benzer olmasına karşın, alım ve geri alım hakları bakımından dava açma zorunluluğu Kanun’da öngörülmemektedir ve bu husus da doktrinde çeşitli eleştirilere sebebiyet vermiştir²⁴⁵.

Bununla beraber diğer bir görüşü benimseyen yazarlar bu düzenlemenin, özellikle hakkın kullanıldığı zamanın belirlenmesi bakımından önemli olduğunu ve önalım hakkının dava yolu ile kullanılması gerektiğini ifade etmektedirler²⁴⁶. Ancak, önalım hakkının noter aracılığı ile kullanıldığı durumlarda, zaman tespiti açısından herhangi bir problem ortaya çıkmayacak, hakkın ne zaman kullanıldığı açıkça anlaşılacaktır.

²³⁹ Kırca, Önalım, s. 1199; Tunaboşlu, Önalım, s.29; Köylüoğlu, Önalım, s.127; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.248; Olcay, Önalım, s.229; Oğuzman / Seliçi / Özdemir, Eşya, s.560; Ertaş, Eşya, s.400; Akıntürk / Akipek / Ateş, Eşya, s.555.

²⁴⁰ Yıldız, Önalım, s.66; Köylüoğlu, Önalım, s.135.

²⁴¹ Köylüoğlu, Önalım, s.127.

²⁴² 4721 Sayılı TMK Gerekçesi.

²⁴³ Bkz. Bölüm: 2, 1.5. s.47.

²⁴⁴ Detaylı açıklama için bkz; Köylüoğlu, Önalım, s. 127 vd; Kırca, Önalım, s.1201; Erkan, Yasal Önalım, s. 286.

²⁴⁵ Yıldız, Önalım, s.107; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.248; Kırca, Önalım, s.1199; Tunaboşlu, Önalım, s.29; Köylüoğlu, Önalım, s.132; Günay, Önalım Hakkı, s.15.

²⁴⁶ Tunaboşlu, Önalım, s.29.

Köylüoğlu, önalım hakkının kullanılması ile birlikte hak sahibiyle alıcı arasında kendiliğinden bir satım sözleşmesinin doğduğu ve alıcının kendi iradesi ile malın mülkiyetinin hak sahibine geçirilmesi için tapu memurundan talepte bulunmadığı hallerde önalım hakkı sahibinin bu davayı açacağından bahisle söz konusu davanın olması gereken hukuk açısından yenilik doğurucu bir hak özelliği taşımadığından bahisle doktrinde genel kabul gören görüşü eleştirmiştir²⁴⁷. Her ne kadar ideal hukuk bakımından yazarın görüşüne katılmak mümkün olsa da mevcut kanuni düzenlemeler karşısında önalım davasının, yenilik doğurucu bir dava olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Yenilik doğuran bir hak niteliği taşıyan önalım hakkının kullanımı, 4721 sayılı TMK m.734/1'de yer alan düzenleme doğrultusunda, dava yolu ile kullanılmaya muhtaç olduğundan açılacak olan dava da yenilik doğuran dava niteliği taşımaktadır²⁴⁸. Yenilik doğurucu nitelikteki bu dava sonucu verilen karar da yenilik doğuran, geleceğe etkili²⁴⁹ – inşai – bir karar niteliği taşır²⁵⁰.

2. Önalım Davasına İlişkin Usul Hükümleri

2.1. Görevli Mahkeme

Doğrudan kamu düzeni ile alakalı olan görev ve yetki kuralları, davaya hangi mahkemenin bakacağını düzenlemektedir. Görev ve yetki ile alakalı hususlar 6100 sayılı HMK'nun görev ve yetki ile ilgili hükümleri uyarınca belirlenecektir.

Önalım davasına hangi mahkeme tarafından bakılacağı görev kuralına ilişkindir²⁵¹. Önalım davalarında, görevli mahkemeler, uyuşmazlığın niteliği malvarlığı hakkına dayandığından²⁵², HMK m.2²⁵³ uyarınca; genel mahkemelerden asliye hukuk

²⁴⁷ Köylüoğlu, Önalım, s.135 vd.

²⁴⁸ Feyzioğlu, Şu'fa, s.357; Kuru, İstinaf, s.143; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.250; Şıpka, Önalım, s.203; Olcay, Önalım, s.230; Karşı görüş için bkz; Köylüoğlu, Önalım, s.135 vd.

²⁴⁹ Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayyavaz / Hanağası, Usul, s. 310; Kuru, İstinaf, s.144; Pekcanitez / Atalay / Özekes, Usul, s. 217.

²⁵⁰ Oğuzman / Seliçi / Özdemir, Eşya, s. 560; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.253.

²⁵¹ Kuru, İstinaf, s.41; Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul, s.117; Günay, Önalım Hakkı, s.44; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.256; Kuru, El Kitabı, s.89; Üstündağ, Yargılama, s.139; Pekcanitez / Atalay / Özekes, Usul, s. 60.

²⁵² Feyzioğlu, Şu'fa, s.484; Yıldız, Önalım, s. 191; Köylüoğlu, Önalım, s.140; Günay, Önalım Hakkı, s.45.

²⁵³ HMK madde 2; "(1) Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir.

(2) Bu Kanunda ve diğer kanunlarda aksine düzenleme bulunmadıkça, asliye hukuk mahkemesi diğer dava ve işler bakımından da görevlidir."

mahkemesidir²⁵⁴. Bu görev kuralı kamu düzenine ilişkin olması ve bir dava şartı olması sebepleriyle mahkemenin her aşamasında ileri sürülebilir ve hâkim tarafından re'sen dikkate alınır²⁵⁵. Mahkeme, önüne gelen olayda görevli olmadığı kanısına varırsa herhangi bir itiraz olmasa dahi görevsizlik kararı verecektir²⁵⁶.

2.2. Yetkili Mahkeme

Yetki ise yer bakımından hangi yer mahkemesi tarafından davanın görüleceğine ilişkindir²⁵⁷. Aynı şekilde mahkemelerin yetkileri de coğrafi bölgeler ile sınırlıdır. Önalım davasında yetkili mahkeme, HMK m. 12²⁵⁸ uyarınca; taşınmazın bulunduğu yer mahkemesidir ve mahkemenin bu yetkisi kesin olup aksine sözleşme yapılamaz²⁵⁹ (ZPO §§ 27, 28; Schw. ZPO § 28²⁶⁰). Önalım davası, birden fazla taşınmaza ilişkin ise, taşınmazlardan birinin bulunduğu yerde, diğerleri hakkında da dava açılabilir²⁶¹.

2.3. Önalım Davasının Açılma Süresi

TMK'nun 733. maddesine göre, önalım hakkı, önalım olgusunun önalım hakkı sahibine noter aracılığı ile bildirilmesinden itibaren 3 ay içinde ve her halde önalım olgusunun gerçekleşmesinden sonraki 2 yıl içinde kullanılmalıdır. Nitekim anılan maddede de bu husus; *“Önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her hâlde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer”* demek suretiyle açıkça belirtilmiştir.

²⁵⁴ Ruhi / Ruhi, Önalım, s.55; Kuru, İstinaf, s.54; Tunaboğlu, Önalım, s. 782; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.257; Köylüoğlu, Önalım, s.140; Olcay, Önalım, s.232; Erdoğan, Şuf'a, s. 192. Önalım davalarının kadastro mahkemelerinde de görülebilmesi gerektiğine dair görüş için bkz; Köylüoğlu, Önalım, s.140, dn.1.

²⁵⁵ Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s. 196; Kuru, İstinaf, s. 55; Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul, s.123; Kuru, El Kitabı, s.114; Üstündağ, Yargılama, s.139.

²⁵⁶ Kuru, İstinaf, s.55; Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul, s.125; Kuru, El Kitabı, s.117; Üstündağ, Yargılama, s.184; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s.196; Pekcanitez / Atalay / Özekes, Usul, s.66.

²⁵⁷ Pekcanitez / Atalay / Özekes, Usul, s. 70; Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul, s.129; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.257; Günay, Önalım Hakkı, s.44; Kuru, İstinaf, s.60; Kuru, El Kitabı, s.129; Üstündağ, Yargılama, s.194; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s.209.

²⁵⁸ HMK madde 12; *“Taşınmaz üzerindeki aynı hakka ilişkin veya aynı hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin davalarda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir.”*

²⁵⁹ Özenli, Şuf'a, s. 44; Tunaboğlu, Önalım, s. 783; Yıldız, Önalım, s. 207; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.257; Günay, Önalım Hakkı, s.45; Olcay, Önalım, s.230; Kuru, İstinaf, s.68; Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul, s.145; Kuru, El Kitabı, s.158; Üstündağ, Yargılama, s.203; Ertaş, Eşya, s.400; Baykan, Şuf'a Hakkında, s.8; Erdoğan, Ortaklığın Giderilmesi, s.732; Erdoğan, Şuf'a, s. 194; Ruhi / Ruhi, Önalım, s. 56; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s.218; Pekcanitez / Atalay / Özekes, Usul, s.76.

²⁶⁰ Pekcanitez, Hakan / Taş Korkmaz, Hülya / Meriç, Nedim, HMK Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 9. Bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s.6.

²⁶¹ HMK madde 12/3; *“Bu davalarda, birden fazla taşınmaza ilişkinse, taşınmazlardan birinin bulunduğu yerde, diğerleri hakkında da açılabilir”*.

Kanunda yer alan ‘‘düşer ‘’ ifadesinden ve hak düşürücü süre olan madde başlığından da anlaşıldığı üzere, 3 aylık ve 2 yıllık süreler hak düşürücü süre niteliğindedir²⁶². Bu süreler hesaplanırken TBK’nın süreye ilişkin kuralları esas alınır²⁶³. Yani bu süreler hak düşürücü süre olduğundan durması veya kesilmesi söz konusu değildir ve def’i olarak ileri sürülmesi de gerekmemektedir. Hak düşürücü süre niteliği taşıyan bu süreler hâkim tarafından re’sen göz önünde bulundurulur.

3 aylık süre TMK 733/3²⁶⁴ gereğince, satışı, alıcı ya da satıcı tarafından hak sahibine noter aracılığı ile bildirmesiyle birlikte işlemeye başlar. İki yıllık süre ise satış işleminin gerçekleşmesiyle işlemeye başlar²⁶⁵. Şu halde önalım hakkı sahibi satışı haricen öğrenmiş olsa dahi, 3 aylık süre noter aracılığı ile bildirim şartı aranması sebebiyle işlemeye başlamayacak ve fakat 2 yıllık süre dolduğu takdirde de hak sahibine bildirim yapıp yapılmaması bir önem arz etmeyecektir.

2.4. Önalım Bedelinin Depo Edilmesi

TMK 734/2’ye göre; “*Önalım hakkı sahibi, adına payın tesciline karar verilmeden önce, satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerini, hâkim tarafından belirlenen süre içinde hâkimin belirleyeceği yere nakden yatırmakla yükümlüdür*”. Bu düzenleme gereğince, önalım davasında davacı olan tarafın, hâkim tarafından karar verilmeden önce, satış bedelinin ve alıcı tarafından yapılan tapu giderlerinin belirlenen sürede ve belirlenen yere nakden yatırması zorunludur²⁶⁶.

Burada satış bedeli ile kastedilen tapuda görünen, mütemmim cüzleri de kapsayan resmi satış bedelidir ve zorunlu olmayan – emlakçıya ödenen ücret gibi – bedeller yatırılacak masraf kapsamına dahil değildir²⁶⁷.

Kanımızca, alıcının, taşınmazı satın aldıktan sonra yaptığı zorunlu ve faydalı masrafların da depo bedelinin içinde kabul edilmemesi gerekir²⁶⁸. Zira kanun metninde açıkça

²⁶² Tunaboşlu, Önalım, s.155; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.276; Günay, Önalım Hakkı, s.51; Olcay, Önalım, s.282; Oğuzman / Seliçi / Özdemir, Eşya, s.561; Aybay / Hatemi, Eşya, s. 191; Akıntürk / Akipek / Ateş, Eşya, s.554.

²⁶³ Tunaboşlu, Önalım, s.156; Köylüoğlu, Önalım, s.148.

²⁶⁴ TMK madde 733/3; “*Yapılan satış, alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirilir*”.

²⁶⁵ Şıpka, Önalım, s.153; Yıldız, Önalım, s.70; Tunaboşlu, Önalım, s.156; Köylüoğlu, Önalım, s. 148; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.277; Günay, Önalım Hakkı, s.51; Oğuzman / Seliçi / Özdemir, Eşya, s.561; Aybay / Hatemi, Eşya, s.191; Akıntürk / Akipek / Ateş, Eşya, s.555.

²⁶⁶ Tunaboşlu, Önalım, s.404; Köylüoğlu, Önalım, s.189; Günay, Önalım Hakkı, s.58; Oğuzman / Seliçi / Özdemir, Eşya, s.560; Ertaş, Eşya, s.397; Akıntürk / Akipek / Ateş, Eşya, s.555; Özenli, Şuf’a, s. 118; Erdoğan, Şuf’a, s. 696.

²⁶⁷ Yıldız, Önalım, s.93; Günay, Önalım Hakkı, s.58.

satış bedeli denmektedir ve sonradan yapılan masrafları satış bedeli kapsamına sokmak doğru olmayacaktır. Bununla birlikte, alıcı önalım davasını kaybettiği takdirde, yaptığı bu masraflara ilişkin sebepsiz zenginleşme davası açabilir.

Davacı, tapuda gösterilen bedelin muvazaalı olduğunu ileri sürüyorsa, depo edilecek bedel davacının öne sürdüğü miktar esas alınarak belirlenir. Bunun üzerine, ilk olarak, önalıma konu malın satışına dair bir bedelde muvazaa iddiası var ise, bu bedelde muvazaa iddiası değerlendirilir ve bu konuda bir sonuca varılarak davaya o şekilde devam edilir. Şayet mahkemenin belirlediği bedel, davacının iddia ettiğinin üzerinde çıkarsa, aradaki fark davacıya tamamlattırılır²⁶⁹.

Uygulamada çoğunlukla önalım hakkına konu bir taşınmazın tapuda gösterilen satış bedelinin muvazaalı olduğu yönündeki iddianın, mahkemeler tarafından öncelikle bu bedelde muvazaa iddiasının değerlendirilmesi gerektiğinden, bedelin depo edilmesinin zamana yayılması ile taşınmaz bedelinin depo edilmesi için süre kazanma amacı ile kullanılmakta olduğu görülmektedir.

Önalım hakkının kaynağını, önalım bedeli belirlenmiş ve tapuya da şerh edilmiş bir sözleşme oluşturuyorsa, artık önalım hakkı satış bedelinden değil de bu bedel üzerinden kullanılacağı için depo edilecek miktar da sözleşmede yazan miktar olur²⁷⁰.

Önalım davalarında, önalım bedelinin depo edilmesi dava şartıdır²⁷¹. Bu nedenle, depo edilmesi gereken bedel hiç yatırılmaz ya da eksik yatırılırsa mahkeme tarafından davacıya eksik bedelin tamamlanması için süre verilecektir. TMK m.734/2 uyarınca; “*Önalım hakkı sahibi, adına payın tesciline karar verilmeden önce, satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerini, hâkim tarafından belirlenen süre içinde hâkimin belirleyeceği yere nakden yatırmakla yükümlüdür*” ve hâkim tarafından verilen bu süre içerisinde de önalım bedeli depo edilmez ise dava reddedilecektir²⁷². Davacıya verilen bu sürenin kesin olduğuna da mahkemece karar verilebilir. Kesin süre içerisinde öngörülen işlem yerine getirilmez ise 6100 Sayılı HMK'nin 94. maddesi gereğince işlemi süresinde yapmayan tarafın o işlemi yapma hakkı ortadan kalkar²⁷³.

²⁶⁸ Yıldız, Önalım, s.93; Köylüoğlu, Önalım, s.191; karşı yöndeki görüş için bkz; Feyzioğlu, Şu'fa, s.380.

²⁶⁹ Köylüoğlu, Önalım, s.191.

²⁷⁰ Yıldız, Önalım, s.95; Köylüoğlu, Önalım, s.192.

²⁷¹ Özenli, Şu'fa, s. 123.

²⁷² Köylüoğlu, Önalım, s.196; Özenli, Şu'fa, s.123.

²⁷³ Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 2016/4944 E. 2019/6620 K. sayılı ve 15/10/2019 tarihli ilamında; “*Dava, önalım hakkına dayalı tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir. Önalım davasında dava konusu payın satış bedeli ile ödenmesi zorunlu harç ve masrafların toplamından ibaret olan önalım bedelinin 4721 Sayılı Türk*

2.5. Davanın Tarafları

Önalım davası, çekişmeli bir davadır ve çekişmeli davalarda davacı – davalı olmak üzere iki ayrı taraf bulunmaktadır²⁷⁴. Davanın bu tarafları gerçek kişi olabilecekleri gibi özel ya da kamu tüzel kişisi de olabilirler²⁷⁵.

Önalım davası sonucunda verilen karar yalnızca bu davanın tarafları bakımından bağlayıcıdır. Taraf ehliyeti bir dava şartı olduğundan, mahkemece re'sen davanın taraflarının, taraf ehliyetleri olup olmadığı araştırılır²⁷⁶.

Usul hukukumuzun temelinde davada iki taraf bulunmaktadır, her ne kadar davacı ya da davalı tarafta birden fazla kişinin bulunduğu durumlar söz konusu olsa da bu davada üçüncü bir taraf olduğu anlamına gelmez²⁷⁷. Bu nedenle de davaya taraf olamayan üçüncü kişilerin hukuki durumlarının etkileneceği hallerde bu kişilerin haklarını korumak amacıyla davacı yahut davalı yanında davaya katılma imkanları bulunmaktadır²⁷⁸. Böyle bir durum söz konusu olduğunda da tarafların önalım davasına taraf olmadan asli müdahil veyahut da fer'i müdahil olarak davanın tarafları yanında davaya katılmaları mümkündür²⁷⁹.

2.5.1. Önalım Davasında Davacı

Önalım davasının davacısı, önalım hakkının kaynağına göre farklılık göstermektedir. Örneğin; tarım arazilerindeki sınırdaş malikin önalım hakkı söz konusu ise sınırdaş malik, paylı mülkiyetteki önalım hakkı söz konusu ise paydaş, sözleşmeden doğan önalım hakkı

Medeni Kanununun 734/2. maddesi gereğince hükmünden önce mahkemece belirlenecek uygun bir zaman içinde depo edilmesi için davacıya süre verilmesi gerekir. Davacıya verilen bu sürenin kesin olduğuna da mahkemece karar verilebilir. Kesin süre içerisinde öngörülen işlem yerine getirilmez ise 6100 Sayılı HMK'nin 94. maddesi gereğince işlemi süresinde yapmayan tarafın o işlemi yapma hakkı ortadan kalkar. Ancak anılan bu madde hükmünün uygulanabilmesi için davacının davayı sürüncemede bırakacak davranışta bulunması gerekir.” şeklinde içtihat edilmiştir.

²⁷⁴ Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s. 250; Kuru, İstinaf, s. 103; Köylüoğlu, Önalım, s.153; Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul, s.67; Kuru, El Kitabı, s.43; Üstündağ, Yargılama, s.32; Pekcanitez / Atalay / Özekes, Usul, s.142.

²⁷⁵ Kuru, İstinaf, s. 103; Köylüoğlu, Önalım, s. 153; Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul, s.71; Üstündağ, Yargılama, s.32; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s.251; Pekcanitez / Atalay / Özekes, Usul, s.142.

²⁷⁶ Yıldız, Önalım, s. 224; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.259; Kuru, İstinaf, s.127 vd.; Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul, s.248; Kuru, El Kitabı, s.303; Üstündağ, Yargılama, s.291 Pekcanitez / Atalay / Özekes, Usul, s.;144.

²⁷⁷ Kuru, İstinaf, s.103; Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul, s.247; Kuru, El Kitabı, s.303; Üstündağ, Yargılama, s.291.

²⁷⁸ Kuru, İstinaf, s.377 vd.; Kuru, El Kitabı, s.580 vd.; Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul, s.494 vd.; Üstündağ, Yargılama, s. 375 vd.

²⁷⁹ Asli ve fer'i müdahillik konusuna ilişkin detaylı bilgi için bkz; Pekcanitez / Atalay / Özekes, Usul, s. 166 vd.; Kuru, İstinaf, s.377 vd.; Kuru, El Kitabı, s.580 vd.; Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul, s.494 vd.; Üstündağ, Yargılama, s. 375 vd.

konusu söz konusu ise sözleşme ile kendisine bu hak tanınan kişi davacı olacaktır. Burada yasal önalım hakkı ile sözleşmeden doğan önalım hakkını ayrı ayrı incelemek gerekmektedir.

2.5.1.1. Yasal Önalım Hakkından Kaynaklanan Davalarda Davacı

Önalım davasının kanundan kaynaklandığı durumlarda, davanın davacısı belirlenirken esas alınacak ölçüt, tapu sicilindeki kayıtlardır. Ancak bazı hallerde tapu sicilinde kayıt olmasa dahi kişi önalım hakkını doğuran taşınmaz üzerinde malik olabilir ve bunun doğal bir sonucu olarak da tapu sicilinde kaydı olmasa da malik önalım hakkı sahibi olabilir²⁸⁰.

Tapu sicilinde ismi yazan ve sınırdaşlık, paydaşlık ya da başkaca bir sebepten dolayı yasal önalım hakkına sahip olan kimse, herhangi bir koşula bağlı olmadan diğer hak sahiplerinden bağımsız bir şekilde dava açma hakkını haizdir²⁸¹.

Tapu sicilinde ismi yazılı olmayan ve aslında gerçekten önalım hakkı sahibi olanların kural olarak önalım hakkı yoktur²⁸². Ancak bazı hallerde tapu sicilinde adı yazmayanların da önalım davasının davacısı olması mümkündür. TMK bir taşınmazın tescilsiz kazanılması mümkün kılmaktadır. Taşınmazın miras, işgal, cebri icra ve mahkeme ilamı gibi tescilsiz de mülkiyetin iktisap edilebileceği hallerde, mülkiyeti kazanan kişinin tescil işlemini doğrudan doğruya yaptırabilme hakkı mevcuttur. Bu gibi hallerde de mülkiyet hakkı sahibi tapuda kendi lehine tescil yapılmasa da taşınmazda paydaş olacağından önalım davası açma hakkına da sahiptir²⁸³. Aynı yönde, mirasçılık hakkını belgelemiş olan mirasçılar da külli halefiyet ilkesi gereğince, tapu sicilinde isimleri olmasa dahi taşınmaz maliklerinden kabul edileceği için önalım davası açma hakkına sahiptirler²⁸⁴.

Bununla birlikte, önalım hakkının kaynağı olan taşınmaz üzerinde elbirliği şeklinde bir mülkiyet söz konusu ise tüm ortakların birlikte dava açması gerekmektedir²⁸⁵. Ancak diğer tüm ortakların muvafakat vermesi halinde ortaklardan biri tek başına önalım davasını açabilir²⁸⁶. Verilen bu muvafakat sonucunda önalım hakkı kullanılır ve önalım davası kazanılırsa, tescil muvafakat edilen ortak adına değil, ortaklık adına yapılır²⁸⁷.

²⁸⁰ Erdoğan, Şufo, s. 237; Olcay, Önalım, s.234; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s. 260; Köylüoğlu, Önalım, s.153 Günay, Önalım Hakkı, s.46.

²⁸¹ Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s. 261; Köylüoğlu, Önalım, s.154; Oğuzman / Seliçi / Özdemir, Eşya, s.562; Ruhi / Ruhi, Önalım, s.48.

²⁸² Günay, Önalım Hakkı, s.46; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s. 264 vd.; Köylüoğlu, Önalım, s.155 vd.

²⁸³ Köylüoğlu, Önalım, s.156.

²⁸⁴ Köylüoğlu, Önalım, s.158.

²⁸⁵ Yıldız, Önalım, s.224.

²⁸⁶ Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s. 262; Köylüoğlu, Önalım, s.154.

²⁸⁷ Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s. 263; Köylüoğlu, Önalım, s.154.

2.5.1.2. Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkından Kaynaklanan Davalarda

Davacı

Önalım hakkının kaynağını sözleşmeden aldığı hallerde, davacı, sözleşme ile kendisine önalım hakkı tanınan kimsedir²⁸⁸. Bu kişinin sözleşmenin tarafı olmasına gerek olmayıp üçüncü kişi lehine bir sözleşme sonucunda kendine hak tanınması yeterlidir.

Yapılan sözleşme gereğince; önalım hakkı, bir taşınmazın lehine kurulmuş ise artık önalım hakkı eşyaya bağlı bir hak haline gelecektir. Bunun bir sonucu olarak da davacı tespit edilirken, önalım hakkının kullanıldığı esnada taşınmazın maliki ya da malikleri olan kişiler esas alınacaktır²⁸⁹.

2.5.2. Önalım Davasında Davalı

Önalım davasında davalı belirlenirken de yukarıda davacı için yapıldığı gibi önalım hakkının kaynağına göre bir ayırım yaparak incelemek gerekmektedir.

2.5.2.1. Yasal Önalım Hakkından Kaynaklanan Davalarda Davalı

Yasal önalım hakkında davalı, önalıma konu taşınmazı satın alan, adına önalım hakkına konu gayrimenkul tescil edilen ve önalım olgusunun gerçekleşmesine sebep olan üçüncü kişi durumundaki alıcıdır²⁹⁰. Diğer bir ifade ile önalım hakkına konu teşkil eden taşınmazın mülkiyetini kim kazanmışsa, dava ona karşı açılır²⁹¹. Zira TMK m. 734'te de açık bir şekilde bu husus belirtilmekle; “*Önalım hakkı, alıcıya karşı dava açılarak kullanılır* “ ifadesi yer almaktadır.

Alicının bir ya da daha çok kişi olmasının davalı sıfatı üzerinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Yani alıcı sayısı birden fazla ise de tüm alıcılara karşı dava açılabilmektedir. Bununla beraber, yasal şartların bulunması halinde davacılarda olduğu gibi gerçek ya da tüzel kişiler de davalı olabilir²⁹².

²⁸⁸ Köylüoğlu, Önalım, s.158; Erdoğan, Şuf'a, s.238.

²⁸⁹ Yıldız, Önalım, s.75.

²⁹⁰ Tunaboğlu, Önalım, s. 32; Köylüoğlu, Önalım, s.159; Günay, Önalım Hakkı, s.48; Olcay, Önalım, s.236.

²⁹¹ Erdoğan, Şuf'a, s. 241; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s. 266.

²⁹² Köylüoğlu, Önalım, s.159.

Alıcılar, önalım hakkına konu taşınmaz üzerinde elbirliği ile maliklerse, davanın tüm ortaklara birlikte açılması gerekmektedir²⁹³.

Önalım hakkına sahip birden fazla kişi tarafından aynı kişiye karşı, aynı taşınmaz bakımından dava açılması mümkündür. Bu halde ilk önce sonuçlanan davanın davacısı tarafından taşınmazın kendi adına tescil ettirilmesi ve alınan kararın kesinleşmesi söz konusu olabilir. Böyle bir durumda önalım davasının davalısı olan alıcının, önalım hakkına konu taşınmaz ile herhangi bir bağı kalmayacağından; açılan ve henüz karar verilmemiş diğer davaların tamamının reddi gerekmektedir²⁹⁴. Zira üzerinde önalım hakkının kullanılacağı malın mülkiyeti artık bu davaların davalısında değildir ve bir kişinin, önalım davasında davalı sıfatını taşıması için önalım hakkına konu edilen malın mülkiyetini elinde bulundurması gerekmektedir. Bununla beraber ilk dava sonuçlandıktan sonra diğer hak sahiplerince açılan dava bizim de katıldığımız görüşe göre; bu dava önalım hakkına dayansa da bir önalım davası değil, tapu iptal tescil davasıdır²⁹⁵. Zira artık payın sahibi, alıcı ve üçüncü kişi olmaktan çıkmıştır. Hatta uygulamada sıklıkla paylı mülkiyetten doğan önalım hakkının kullanıldığı varsayılırsa, tapunun yeni sahibi de diğer davaların davacısı olan kişiler gibi bir paydaştır.

2.5.2.2. Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkından Kaynaklanan Davalarda Davalı

Sözleşmeden doğan önalım hakkının davalısı belirlenirken, sözleşme ile tanınan önalım hakkının tapuya tescil edilip edilmediğine göre bir ayırım yapılması gerekmektedir.

Şayet sözleşmeden doğan önalım hakkı tapuya şerh edilmişse; yasal önalım hakkından doğan davalarda olduğu gibi davalı önalıma konu malı satın alan üçüncü kişi alıcı olacaktır²⁹⁶.

Bununla birlikte, sözleşmeden doğan önalım hakkı tapuya şerh edilmemişse; artık önalım hakkının alıcıya karşı kullanılamaması gerektiğinden sözleşme ile hakkı tanıyan yani sözleşmenin diğer tarafı olan kişiye karşı dava açılması gerekmektedir²⁹⁷.

²⁹³ Yıldız, Önalım, s.77.

²⁹⁴ Tunaboşlu, Önalım, s.33.

²⁹⁵ Tunaboşlu, Önalım, s.33. Söz konusu davanın bir çeşit önalım davası olduğu yönünde bkz; Köylüoğlu, Önalım, s.161; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s. 271.

²⁹⁶ Köylüoğlu, Önalım, s.161.

2.6. Önalım Davasına Müdahale

HMK sistematüğinde davanın iki tarafı bulunmaktadır. Ancak bazı durumlarda davanın neticesinde verilecek karar üçüncü kişileri de etkileyebilmektedir. Böyle bir durum bakımından medeni usul hukukumuzda davaya müdahale kurumu öngörölmüştür. Usul hukukumuzda davaya katılmanın fer'i ve asli müdahillik olarak iki türü bulunmaktadır.

2.6.1. Fer'i Müdahale

Önalım davasının sonucunda verilen hüküm yalnızca davanın tarafları bakımından kesin hüküm oluşturmaktadır²⁹⁸. Ancak davanın tarafı olmayan üçüncü kişiler de yargılama sırasında bir tarafın menfaati doğrultusunda davaya müdahil olmuş ise bu durumda, önalım davasının neticesinde verilecek bu hüküm müdahil kişinin de hukuki durumunu etkileyebilir²⁹⁹. Üçüncü kişinin, önalım davası neticesinde verilecek karardan etkilenecek olması halinde davaya müdahale etmek için hukuki yararı bulunmaktadır. Bu şekilde, bir kişinin yanında ve onun yardımcısı olarak davaya katılmaya da fer'i müdahale adı verilmektedir³⁰⁰.

Bir kişinin önalım davasında fer'i müdahalede bulunabilmesi için öncelikle görölmekte olan bir dava olması, tahkikat sona erinceye kadar müdahalede bulunması, üçüncü kişinin bu müdahale talebinde hukuki yararı olması gerekmektedir³⁰¹ (HMKm.66, ZPO § 66; Schw. ZPO § 74³⁰²). Bu üç şartın tamamının sağlanmadığı hallerde önalım davasına fer'i müdahale talebinde bulunan kişinin bu talebi reddedilir.

Müdahale talebinde bulunan kişi, yanında davaya katılmak istediğı tarafı, müdahale sebebini ve bu sebebin dayanaklarını da belirten bir dilekçe ile mahkemeye başvurur³⁰³ (HMK m.67, ZPO §§70,71; Schw. ZPO § 75³⁰⁴).

²⁹⁷ Köylüoğlu, Önalım, s.162.

²⁹⁸ Pekcanitez / Atalay / Özekes, Usul, s. 166; Kuru, İstinaf, s. 377; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s.499.

²⁹⁹ Kuru, İstinaf, s.377; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s.499; Pekcanitez / Atalay / Özekes, Usul, s.166.

³⁰⁰ Özenli, Şu'fa, s. 155; Erdoğan, Şu'fa, s.699; Kuru, İstinaf, s.377; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s.499.

³⁰¹ Kuru, İstinaf, s. 378; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s. 501; Pekcanitez / Atalay / Özekes, Usul, s.167.

³⁰² Pekcanitez / Taş Korkmaz / Meriç, HMK, s. 28.

³⁰³ Pekcanitez / Atalay / Özekes, Usul, s. 169; Kuru, İstinaf, s.378; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s. 500.

³⁰⁴ Pekcanitez / Taş Korkmaz / Meriç, HMK, s. 28.

Fer'i müdahil taraf değil müdahale talep ettiği tarafın yardımcısı konumunda bulunduğundan, müdahaleden evvel yapılmış olan usulî işlemlerin tekrarlanmasını talep edemez. Bununla birlikte, katıldığı tarafın yararına olan iddia ve savunmaları ileri sürebileceği gibi tarafın işlem ve açıklamalarına aykırılık teşkil etmeyen usulî işlemleri de yapabilir³⁰⁵ (HMK m.68, ZPO § 67; Schw. ZPO § 76³⁰⁶).

Önalım davalarında ise bu davaların mahiyetleri itibari ile fer'i müdahale pek mümkün değildir³⁰⁷. Nitekim önalım davası paydaşlık, sınırdışlık gibi çeşitli olgulara bağlı olarak bu şartları bünyesinde barındıran kişilere tanınmış bir hakkın neticesinde ortaya çıkan bir davadır.

2.6.2. Asli Müdahale

Bir kişinin devam etmekte olan bir davaya, kısmen veya tamamen bağımsız bir hak iddia etmek suretiyle katılmasına asli müdahale denir³⁰⁸. Asli müdahalede de müdahil tarafından aynı mahkemede ve aynı dava dosyasında yeni bir dava açılmaktadır. Açılan bu asli müdahale davası ile asıl yargılama birlikte yürütülür ve karara bağlanır (HMK m.65, ZPO §§ 64,65; Schw. ZPO § 73³⁰⁹).

Bir kişinin asli müdahale talebinde bulunabilmesi için derdest bir dava bulunmalı ve asli müdahil olan kişinin dava konusu üzerinde kısmen ya da tamamen bir hak iddia etmesi gerekmektedir³¹⁰.

Asli müdahil olmak isteyen kişinin, ilk davanın görülmekte olduğu aynı mahkemede ve aynı dava dosyasında ayrı bir dava açarak bu talebini ileri sürmesi gerekmektedir. Diğer bir ifade ile asli müdahale talebinde bulunan kişinin, bir dava dilekçesi ile davaya müdahil olması gerekmektedir³¹¹. Nitekim HMK'nın "*Asli Müdahale*" başlıklı 65. maddesinde de asli müdahalede bulunmak isteyen üçüncü kişinin, aynı mahkemede ayrı bir dava açması gerektiği öngörülmüştür³¹².

³⁰⁵ Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s. 502; Kuru, İstinaf, s.379; Pekcanitez / Atalay / Özekes, Usul, s.169.

³⁰⁶ Pekcanitez / Taş Korkmaz / Meriç, HMK, s.28.

³⁰⁷ Özenli, Şu'fa, s.155; Erdoğan, Şu'fa, s.699.

³⁰⁸ Özenli, Şu'fa, s.156; Erdoğan, Şu'fa, s.699; Kuru, İstinaf, s.380; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s. 504; Pekcanitez / Atalay / Özekes, Usul, s. 176.

³⁰⁹ Pekcanitez / Taş Korkmaz / Meriç, HMK, s. 27.

³¹⁰ Kuru, İstinaf, s.381; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s.505; Pekcanitez / Atalay / Özekes, Usul, s.177.

³¹¹ Özenli, Şu'fa, s.156; Erdoğan, Şu'fa, s. 700.

³¹² Pekcanitez / Atalay / Özekes, Usul, s. 176.

Asli müdahale yeni ve ayrı bir dava olduğundan, talepte bulunan kişiden bu talebini içeren katılma dilekçesi ile birlikte başvuru ve dava harcı da alınması gerekmektedir. Yine asli müdahale davası ayrı bir dava olduğundan, dava açılmasının tüm sonuçları burada da doğar. Asli müdahale davası ile asıl dava birlikte görülür ve asıl dava ile birlikte incelenen asli müdahale davası hakkında da ilk dava ile birlikte karar verilir³¹³.

Uygulamada önalım davalarında sıklıkla görülen müdahale şekli de asli müdahaledir³¹⁴. Zira görülmekte olan bir önalım davasına katılmak isteyen diğer hak sahipleri kendi yönlerinden, davacının hakkından bağımsız bir hak iddiasında bulunmaktadır.

2.7. Önalım Davasında Ön ve Bekletici Sorunlar

Mahkemenin, davanın esası hakkında inceleme yapıp karar verebilmesi için önceden çözülmesi gereken sorunlara ön sorun³¹⁵ (HMK m.163, 164, ZPO § 303; Schw. ZPO § 237³¹⁶), bir davada karar verilebilmesi için görülmekte olan başka bir davanın sonucunun beklenilmesi gerekliliği şeklinde ortaya çıkan sorunlara ise bekletici sorun adı verilir³¹⁷ (HMK m. 165, Schw. ZPO § 126³¹⁸).

Diğer davalarda olduğu gibi önalım davasında da davanın görülmeye devam edilebilmesi ve karar verilebilmesi için evleviyetle çözümü gereken ve önalım davasından ayrı bir davada görülmesi gereken sorunlar ortaya çıkabilir³¹⁹. Yani bu sorunlar önalım

³¹³ Kuru, İstinaf, s. 382.; Pekcanitez / Atalay / Özekes, Usul, s. 178; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s.506.

³¹⁴ Özenli, Şu'fa, s.156; Erdoğan, Şu'fa, s.700.

³¹⁵ Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s. 486; Kuru, İstinaf, s. 356; Pekcanitez / Atalay / Özekes, Usul, s.300.

³¹⁶ Pekcanitez / Taş Korkmaz / Meriç, HMK, s.61.

³¹⁷ Kuru, İstinaf, s.357; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s.487; Pekcanitez / Atalay / Özekes, Usul, s.300.

³¹⁸ Pekcanitez / Taş Korkmaz / Meriç, HMK, s.62.

³¹⁹ Özenli, Şu'fa, s. 151. Örnek bir olaya ilişkin olarak verilen Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 2011/9150 E. 2011/9438 K. sayılı ve 22/09/2011 tarihli ilamında; "Dava, önalım hakkının kullanılması nedeniyle davalı adına kayıtlı payın iptali ile davacı adına tescili istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, dava dilekçesinde, 131 ada 9 parsel nolu taşınmazda paydaş olduğunu, davalının 18.5.2009 tarihinde bir kısım paydaşlardan toplam 7/32 pay aldığını belirterek önalım hakkı nedeniyle davalı adına kayıtlı payın iptali ve adına tescilini talep etmiştir. Davalı, davacının önalım hakkı bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddini savunmuştur. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.

Davalı tarafın temyiz dilekçesinde, davacıya karşı dava konusu taşınmazdaki payının iptali yönünde açılmış önalım davalarının bulunduğu, bu davaların sonucunun beklenmesi gerektiğini savunduğu, Dairemizin geri çevirme kararı üzerine, mahkemece davacı aleyhine açılmış önalım davalarının bulunduğu ve davaların halen derdest oldukları bildirilmiştir. Davacı aleyhine açılan önalım davalarının sonucu bu davanın sonucunu da etkileyecektir. Bu nedenle mahkemece davacı aleyhine 131 ada 9 parseldeki payına yönelik açılan önalım davalarının sonucu iş bu dava için bekletici mesele yapılmalı, o davaların sonucu beklenmeli ve hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi doğru değildir." şeklinde hüküm

davasını ilgilendiren ve önalım davasının görülmesi için çözülmesi gereken ancak başka bir mahkemenin görev ve yetkisi dahilinde olan sorunlardır. HMK m.165³²⁰'e göre de önalım davasının görülebilmesi için öncelikle bu ön ve bekletici sorunların çözümü gerekmektedir³²¹. Bu tarz bir sorunla karşılaşıldığında da açılmış bir dava varsa mahkeme onun bitimini bekler, henüz bir dava açılmamışsa da mahkeme tarafından, davacı veya davalıya bu sorunun çözümü için dava açılması hususunda süre verilir ve yine bu durumda da önalım davasına bakan mahkeme, davanın sonuçlanmasının beklenilmesine karar verecektir³²².

2.8. Önalım Davasında Geçerli Olan Usul Hukuku İlkeleri

2.8.1. Tasarruf İlkesi

HMK m.24 uyarınca; taraflardan birinin talebi olmadan, hâkim önalım davasını kendiliğinden inceleyemeyeceği gibi karara da bağlayamaz. Nitekim önalım hakkı tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri haklardan biri olup dava açıldıktan sonra da tarafların bu tasarruf yetkisi devam etmektedir³²³ (Schw. ZPO § 58³²⁴).

2.8.2. Taleple Bağlılık İlkesi

Hâkim önalım davasında tarafların talepleri ile bağlıdır. Hâkim, her ne kadar tarafların talep sonucundan daha azına hükmedebilecek olsa da talebin fazlasına hükmedemez³²⁵ (HMK m.26, ZPO § 308; Schw. ZPO § 58³²⁶). Keza hâkimin talepten başka bir şeye hükmetmesi de mümkün değildir.

kurulmuş ve herhangi bir bekletici mesele olması halinde bunun sonucunun beklenilerek öyle karar verilmesi gerektiği yönünde içtihat edilmiştir.

³²⁰ HMK. m. 165 uyarınca; *“Bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya, idari makamın tespitine yahut dava konusuyla ilgili bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise mahkemece o davanın sonuçlanmasına veya idari makamın kararına kadar yargılama bekletilebilir.*

Bir davanın incelenmesi ve sonuçlandırılması başka bir davanın veya idari makamın çözümüne bağlı ise mahkeme, ilgili tarafa görevli mahkemeye veya idari makama başvurusu için uygun bir süre verir. Bu süre içinde görevli mahkemeye veya idari makama başvurulmadığı takdirde, ilgili taraf bu husustaki iddiasından vazgeçmiş sayılarak esas dava hakkında karar verilir.”

³²¹ Olcay, Önalım, s.296; Köylüoğlu, Önalım, s.170; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.302.

³²² Pekcanitez / Atalay / Özekes, Usul, s. 300; Kuru, İstinaf, s.358; Köylüoğlu, Önalım, s.170; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.302; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s. 488.

³²³ Pekcanitez / Atalay / Özekes, Usul, s. 181; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s. 151; Kuru, İstinaf, s.217.

³²⁴ Pekcanitez / Taş Korkmaz / Meriç, HMK, s. 11.

³²⁵ Kuru, İstinaf, s.348; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s.156.

³²⁶ Pekcanitez / Taş Korkmaz / Meriç, HMK, s.12.

Örneğin, önalım hakkı sahibinin tarım arazisine komşu iki tarım arazisini de satın alan alıcı hakkında yalnızca bunlardan biri için önalım davası açılmışsa; hâkim her iki taşınmaz hakkında tescile karar veremeyeceği gibi, davacının talebine konu tarım arazisi bakımından davayı reddedip dava konusu olmayan tarım arazisi, davaya konu tarım arazisinden daha küçük olsa dahi bu taşınmaz hakkında tescile karar veremez.

2.8.3. Taraflarca Getirilme İlkesi

HMK m. 25 uyarınca; önalım davasında, davanın ve savunmanın dayanağı olan vakıalar ile bunlara ilişkin delillerin taraflarca mahkemeye getirilmesi gerekmektedir³²⁷ (Schw. ZPO § 55³²⁸). Ancak HMK m. 31’de yer alan ve hâkimin davayı aydınlatma ödevi olarak adlandırılan durum gereğince; hâkim, önalım davasının aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda veya hukuki açıdan belirsiz ya da çelişkili gördüğü hususlar hakkında açıklama yaptırabilir, soru sorabilir, delil gösterilmesini isteyebilir³²⁹ (ZPO § 139; Schw. ZPO § 56³³⁰). Fakat hâkim bunu yaparken taraflara yol göstermemeli ya da tarafsızlığını kaybetmemelidir.

Önalım davasının mahiyeti gereği; önalım davasında re’sen araştırma ilkesi uygulanmaz. Ancak davanın açılması için kanunda öngörülen süre hak düşürücü nitelikte olup bir def’i niteliğinde de olmadığından, davanın süresinde açılmış olup olmadığı gibi belli bazı durumları hâkimin re’sen göz önünde bulundurması gerekmektedir. Yine önalım davasında, davaya bakan mahkemenin; davanın esasına girip davayı esastan inceleyebilmesi için var yahut yok olması gereken, HMK m.114³³¹ ve 115’te düzenlenen durumlar dava şartı olarak adlandırılır³³² (Schw. ZPO § 59,60³³³). Önalım davasında dava şartlarının mevcut olup olmadığını, mahkeme, davanın her aşamasında, kendiliğinden araştıracaktır. Dava şartlarının yokluğunun mahkeme tarafından tespiti halinde, eksikliğin giderilmesi mümkünse,

³²⁷ Kuru, İstinaf, s.218; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s.154.

³²⁸ Pekcanitez / Taş Korkmaz / Meriç, HMK, s.12.

³²⁹ Kuru, İstinaf, s.219; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s.154.

³³⁰ Pekcanitez / Taş Korkmaz / Meriç, HMK, s.14.

³³¹ HMK m. 114’e göre; a) Türk mahkemelerinin yargı hakkının bulunması. b) Yargı yolunun caiz olması. c) Mahkemenin görevli olması. ç) Yetkinin kesin olduğu hâllerde, mahkemenin yetkili bulunması. d) Tarafların, taraf ve dava ehliyetine sahip olmaları; kanuni temsilin söz konusu olduğu hâllerde, temsilcinin gerekli niteliğe sahip bulunması. e) Dava takip yetkisine sahip olunması. f) Vekil aracılığıyla takip edilen davalarda, vekilin davaya vekâlet ehliyetine sahip olması ve usulüne uygun düzenlenmiş bir vekâletnamesinin bulunması. 10894 g) Davacının yatırması gereken gider avansının yatırılmış olması. ğ) Teminat gösterilmesine ilişkin kararın gereğinin yerine getirilmesi. h) Davacının, dava açmakta hukuki yararının bulunması. ı) Aynı davanın, daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olmaması. i) Aynı davanın, daha önceden kesin hükme bağlanmamış olması dava şartlarıdır. Bununla birlikte maddenin ikinci fıkrasında da diğer kanunlarda yer alan dava şartlarına ilişkin hükümler saklı tutulmuştur.

³³² Kuru, İstinaf, s.127, Açıkgoz, Tarımsal Önalım, s. 272; Günay, Önalım Hakkı, s.66.

³³³ Pekcanitez / Taş Korkmaz / Meriç, HMK, s.44.

tamamlanması için kesin süre verilir ve sonuç olarak eksiklik giderilemediği takdirde davanın usulden reddine karar verilir³³⁴.

2.8.4. Silahların Eşitliği İlkesi

Önalım davasının tarafları ve müdahiller kendi hakları ile ilgili olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptir (HMK m.27, ZPO §§ 136(3), 139, 1042 (1); Schw. ZPO §53³³⁵)³³⁶. Bu hak yargılama ile ilgili bilgi sahibi olunmasını, açıklama yapma, iddia ve savunmalarını ileri sürme ile bu iddia ve savunmalarını ispat etme hakkını ve kararların gerekçeli olması zarureti de içermektedir. Anayasanın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesinin bir çeşit yansıması niteliğinde olan bu ilke uyarınca; önalım davasının her iki tarafı da bu hakka eşit şekilde sahip olup bu durum silahların eşitliği ilkesi olarak ifade edilmektedir³³⁷.

2.8.5. Usul Ekonomisi İlkesi

Hâkim önalım davasının makul sürede ve düzenli bir biçimde yürütülmesi ile gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür (HMK m.30)³³⁸. Önalım davasında ise gerek makul süre gerek de gider hususlarında en önemli noktayı, yapılan keşifler ile alınan bilirkişi raporları oluşturmaktadır. Nitekim uygulamada bilirkişi raporları oldukça uzun sürelerde tanzim edilmesine karşın bir o kadar da özensiz olarak hazırlanmaktadır. Hal böyle olunca da tarafların itirazları doğrultusunda ek rapor tanzimi gerekliliği ortaya çıkmakta ve hem yargılamanın süreci uzamakta hem de yapılan yargılama giderleri artmaktadır.

HMK'nın yanı sıra Anayasa m.141/4'te de "*davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.*" ifadesi yer almakta olup usul ekonomisi ilkesi

³³⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 24.12.2014 tarihli – 17/1656-1099 sayılı kararında; "*Bilindiği üzere dava şartları, mahkemece davanın esası hakkında yargılama yapılabilmesi için gerekli olan şartlardır. Diğer bir anlatımla; dava şartları, dava açılabilmesi için değil, mahkemenin davanın esasına girebilmesi için aranan "Kamu Düzeni" ile ilgili zorunlu koşullardır. Mahkeme, hem davanın açıldığı günde, hem de yargılamanın her aşamasında dava şartlarının tamam olup olmadığını kendiliğinden araştırıp, incelemek durumunda olup; bu konuda tarafların istem ve beyanları ile bağlı değildir. Dava şartları, dava açılmasından, hüküm verilmesine kadar var olmalıdır. Dava şartlarının davanın açıldığı günde bulunmaması ya da bu şartlardan birinin yargılama aşamasında ortadan kalktığı öğrenilmesi durumunda, mahkemenin davayı mesmu (dinlenebilir) olmadığından reddetmesi gerekir*" denerek bu husus belirtilmiştir. Karar için bkz; Günay, Önalım Hakkı, s.64; Açıköz, Tarımsal Önalım, s. 272.

³³⁵ Pekcanitez / Taş Korkmaz / Meriç, HMK, s.12.

³³⁶ Pekcanitez / Atalay / Özekes, Usul, s. 193; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s.148.

³³⁷ Pekcanitez / Atalay / Özekes, Usul, s. 193; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s.148.

³³⁸ Kuru, İstinaf, s. 222; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s.157; Pekcanitez / Atalay / Özekes, Usul, s.196.

Anayasa ile de güvence altına alınmıştır³³⁹. Zira modern hukukun temelinde “*geciken adalet, adalet değildir*” özdeyişi yer almaktadır.

2.8.6. Aleniyet İlkesi

Önalım davası devam ederken yapılacak olan yargılamalar, aleni olarak yani herkese açık bir biçimde yapılır (HMK m.28, ZPO §§ 128, 137, 357; Schw. ZPO § 54³⁴⁰). Yine Anayasa m. 141/1’de yer alan, “*Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir.*” ifadesiyle de aleniyet ilkesinden bahsedilmektedir³⁴¹.

Her ne kadar bu ilkenin kanundan kaynaklanan genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde geçerli olmak üzer istisnaları mevcut olsa da³⁴², önalım davası kapsamında bu ihtimallerden birinin gerçekleşme olasılığı yok denecek kadar düşük bir ihtimaldir.

2.8.7. Doğrudanlık İlkesi

Delillerin toplanmasına ve değerlendirilmesine ilişkin olan bu ilke uyarınca; önalım davasında hâkim delillerin toplanması ve incelenmesi faaliyetini bizzat yürütmelidir³⁴³. 6102 sayılı HMK’da bu ilkeye ilişkin açık bir düzenleme olmasa da (HMK 149/1 gerekçesi, HMK 197/1 gerekçesi gibi) bazı maddelerin gerekçelerinde bu ilke belirtilmiştir. Bu ilkeye göre kural olarak örneğin, tanığın davaya bakan mahkeme hâkimi tarafından bizzat dinlenmesi gerekmektedir ve fakat tanığın mahkemeye gelmesi ya da başkaca bir delilin mahkemeye getirilmesinin mümkün olmadığı hallerde istinabe yoluna gidilebilir³⁴⁴.

2.8.8 Teksif İlkesi

Her ne kadar teksif ilkesi HMK’da yer almasa da doktrinde bu ilkenin varlığı kabul edilmektedir. Bu kural açıkça ilkeler arasında düzenlenmese de HMK’da “*iddia ve*

³³⁹ Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s. 157; Pekcanitez / Atalay / Özekes, Usul, s. 196; Kuru, İstinaf, s.222.

³⁴⁰ Pekcanitez / Taş Korkmaz / Meriç, HMK, s.13.

³⁴¹ Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s. 147.Kuru, İstinaf, s.41.

³⁴² Kuru, İstinaf, s.41.

³⁴³ Pekcanitez / Atalay / Özekes, Usul, s. 189; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s. 158; Kuru, İstinaf, s.224.

³⁴⁴ Kuru, İstinaf, s.225; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s.159; Pekcanitez / Atalay / Özekes, Usul, s.189.

savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu ilkeye göre; yazılı yargılama usulünün geçerli olduğu önalım davasındaki tarafların, tüm iddia ve savunmalarını kural olarak belirli bir usul çerçevesinde ileri sürmeleri gerekmektedir³⁴⁵. İddia ve savunmaların genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı da davacı bakımından, davalının cevabına karşı verdiği cevap dilekçesi ile davalı bakımından ise, davacının cevabına karşı verdiği ikinci cevap dilekçesi ile başlar. Diğer bir anlatımla taraflar iddia, savunma ve talep sonuçlarını cevap dilekçeleri ile genişletebilir ya da tamamen değiştirebilir. Buna karşın, kanunda sayılan istisnai haller hariç olmak üzere, taraflar ikinci yasal dilekçelerini verdikten sonra iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağına tabidirler³⁴⁶.

İddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı başladıktan sonra artık davacı ıslah ya da davalının açık muvafakati ile iddia ve savunmasında bir genişletme ya da değiştirme yapma hakkına sahiptir. Bununla birlikte ön inceleme duruşmasında da karşı tarafın açık muvafakati ile iddia ve savunma genişletilebilir ya da değiştirilebilir³⁴⁷. Ancak ön inceleme duruşmasına geçerli bir mazereti olmadan katılmayan bir taraf olması halinde, o tarafın yokluğunda, iddia ve savunma muvafakat alınmaksızın değiştirilebileceği gibi genişletile de bilir³⁴⁸.

³⁴⁵ Pekcanitez / Atalay / Özekes, Usul, s. 185; Açıkğöz, Tarımsal Önalım, s.292; Olcay, Önalım, s.89.

³⁴⁶ Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s. 157; Kuru, İstinaf, s.186 vd.; Açıkğöz, Tarımsal Önalım, s.293; Günay, Önalım Hakkı, s.81; Pekcanitez / Atalay / Özekes, Usul, s.270.

³⁴⁷ Konuya ilişkin Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 20.02.1014 tarihli – 20666/3331 sayılı kararında; “*HMK m.141/f.1 uyarınca, taraflar cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe; ön inceleme aşamasında ise ancak karşı tarafın açık muvafakati ile iddia ve savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler. Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra iddia ve savunma genişletilemez yahut değiştirilemez.*” şeklinde hüküm kurmuştur. Karar için bkz; Günay, Önalım Hakkı, s.79.

³⁴⁸ Kuru, İstinaf, s.205 vd.; Açıkğöz, Tarımsal Önalım, s.293.

BÖLÜM 3. ÖNALIM DAVASINDA BEDELDE MUVAZAA NIN TANIKLA İSPATI VE HUKUKİ SONUÇLARI

1. Önalım Davasında Bedelde Muvazaa

1.1. Genel Olarak Muvazaa

Muvazaa, danışıklı olarak tarafların üçüncü kişileri aldatarak gerçek amaçlarını, iradelerini saklamak suretiyle gerçekte dış dünyaya gösterdikleri şekilde sonuç doğurmayacağını, geçerli olmayacağını benimsedikleri anlaşmalardır³⁴⁹.

Üçüncü kişileri aldatma kastı, şartı doktrinde eleştirilmiştir. Her ne kadar üçüncü kişileri aldatma kastı olmaksızın göstermelik sözleşme yapılması nadiren rastlanan bir olay olsa da tarafların örneğin, bağış yapılacak bir taşınmazı, sırf tapuda kolaylık olsun diye, kimseyi aldatma kastı da gütmeyen, satış gibi göstermeleri mümkündür. Üçüncü kişileri aldatma kastının muvazaanın şartı olarak görülmesi, bu kasıtle yapılmayan sözleşme ve tescillerin muvazaa sebebiyle geçersiz olmayacağı şeklinde eleştirilmiştir³⁵⁰.

Özünde muvazaa, tarafların gerçek amaçlarını gizlemeleri, beyan ve iradeleri arasında kasten uyumsuzluk yaratmaları olarak tanımlanabilir³⁵¹.

1.2. Muvazaanın Türleri

Muvazaa türlerinin belirlenmesi söz konusu işlemin hükmünü ve yaptırımlarını belirleyebilmek açısından önem arz etmektedir³⁵². Muvazaalı işlem ile tarafların kendi

³⁴⁹ Özkaya, Eraslan, Açıklamalı – İctihatlı İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, 8. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.177; Sapanoğlu, Süleyman, Muvazaa ve İnançlı İşlem Davaları, 1. bs., Sözkese Matbaacılık, Ankara 2015, s.2 vd.; Atamulu, İsmail, Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, 1. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s.19 vd.; Köylüoğlu, Önalım, s.209 vd.; Özmen, İhsan / Özkaya, Eraslan, Muvazaa Davaları (Tarafların Muvazaası, Muris Muvazaası, İnançlı Sözleşmeler, Nam-ı Müstear, Kanuna Karşı Hile ve İptal Davaları) Doktrin Yargıtay Kararları, Adalet Matbaacılık, Ankara 1993, s.3 vd. Detaylı bilgi için bkz; Eren, Borçlar s.395 vd., Oğuzman / Öz, Borçlar, s.133 vd., Tekinay, Borçlar, s.407 vd.

³⁵⁰ Oğuzman / Öz, Borçlar, s.134.

³⁵¹ Eren, Borçlar, s. 394; Sapanoğlu, Muvazaa, s.2 vd.; Atamulu, Muvazaa, s.19 vd.; Köylüoğlu, Önalım, s.209 vd.; Özmen / Özkaya, Muvazaa, s.3 vd.

³⁵² Sapanoğlu, Muvazaa, s.17 vd.; Atamulu, Muvazaa, s.46 vd.; Köylüoğlu, Önalım, s.211 vd.; Özmen / Özkaya, Muvazaa, s.8 vd.

aralarında yaptıkları bir gizli sözleşme, gizlenen ve sonuç doğurması istenen başka bir işlem olup olmadığı noktasında muvazaa türleri kendini göstermektedir³⁵³.

1.2.1. Mutlak Muvazaa

Mutlak muvazaa, adi, yalın ya da basit muvazaa olarak da ifade edilmektedir³⁵⁴. Mutlak muvazaa tarafların hukuki bir işlem meydana getirme iradesi olmaksızın, üçüncü kişileri aldatmak amacı ile gerçekleştirdikleri işlemlerdir³⁵⁵. Burada taraflar arasında yapılan ve üçüncü kişilerden gizlenen bir işlem söz konusu olmamakla, taraflar sadece muvazaalı bir işlem gerçekleştirirler.

Bu açıdan bu türü mutlak/adi muvazaa adı ile sınıflandırır, sadece yalın bir muvazaa işleminin bulunduğu işlemler olarak kabul edilir. Bu açıdan mutlak muvazaada taraflar söz konusu muvazaalı işlemin sonuç doğurmayacağı konusunda mutabık kalmaktadırlar³⁵⁶. Mutlak muvazaanın mevcut olduğu hallerde, görünürdeki işlem geçersizdir. Bu geçersizliğin türü ise, süreye bağlı olmayan ve her zaman ileri sürülebilir nitelikte olan butlandır³⁵⁷. Örneğin; alacaklısının kendisine karşı başlatmış olduğu icra takibinden kurtulmak amacı ile mallarını başka bir kişiye devretmiş gibi gösteren kişinin yaptığı devir mutlak muvazaalı bir işlemdir.

1.2.2. Nisbî Muvazaa

Nisbî muvazaa, mutlak muvazaanın aksine yalınlık unsuru taşımamakta ve vasıflı bir şekil almaktadır. Tarafların üçüncü kişileri aldatmak için yaptıkları muvazaalı işlem bir diğer gizli işlemi saklama amacı ile gerçekleştirilmektedir³⁵⁸. Tarafların asıl amacı aralarında kararlaştırıp anlaştıkları gerçek işlemin bağlayıcı olması yönünde olup, bu işlem muvazaalı olarak gerçekleştirilen işlemin arkasına saklanmaktadır³⁵⁹.

³⁵³ Sapanoğlu, Muvazaa, s.15 vd.; Atamulu, Muvazaa, s.43 vd.; Köylüoğlu, Önalım, s.210 vd.; Özmen / Özkaya, Muvazaa, s.7 vd.

³⁵⁴ Eren, Borçlar, s.397; Eraslan, Muvazaa, s.183.

³⁵⁵ Oğuzman / Öz, Borçlar, s. 134; Eren, Borçlar, s.397; Eraslan, Muvazaa, s. 183.

³⁵⁶ Sapanoğlu, Muvazaa, s.17 vd.; Atamulu, Muvazaa, s.47 vd.; Köylüoğlu, Önalım, s.212 vd.; Özmen / Özkaya, Muvazaa, s.8 vd.

³⁵⁷ Köylüoğlu, Önalım, s.212.

³⁵⁸ Eren, Borçlar, s.398; Eraslan, Muvazaa, s.185.

³⁵⁹ Sapanoğlu, Muvazaa, s.18 vd.; Atamulu, Muvazaa, s.51 vd.; Köylüoğlu, Önalım, s.212 vd.; Özmen / Özkaya, Muvazaa, s.9 vd.

Nisbî muvazaa ile gerçekleştirilen işlemlerde gizli işlem belli hallerde geçerli sayılır iken, kanun koyucunun belirlediği şekle uygun olarak gerçekleştirilmemiş ise gizlenen gerçek işlem geçersiz olacaktır. Ancak bu durum her zaman için belirlenemeyeceğinden üçüncü kişilerin TBK 19. maddesi çerçevesinde muvazaa nedeni ile geçerli bir işlem gerçekleştirilmediğini savunabilirler. Yapılan görünürdeki işlem muvazaa nedeni ile yok hükmündedir ve hiçbir zaman geçerli sayılmayacaktır. Hal böyle olunca da yapılan görünürdeki işlem bakımından, bu işlem esasen baştan itibaren geçersiz olduğundan mahkemenin bu yöndeki kararı açıklayıcı niteliktedir. Tarafların asıl iradesi saklanan gerçek işlem yönünde olduğundan ve esas yapılmak istenen de bu gizli işlem olduğundan; mahkeme tarafından gizli işlemin iptaline karar verilmesi mümkündür³⁶⁰.

1.2.2.1. Sözleşmenin Niteliğinde Muvazaa

Nisbî muvazaanın görünüşlerinden biri sözleşmede muvazaa unsurunun söz konusu olmasıyla meydana gelir. Tarafların muvazaalı olarak üçüncü kişileri aldatmak için gerçekleştirdiği sözleşme ile bu muvazaalı işlemin arkasında gerçekleştirdikleri sözleşme tamamen farklı hukuki sonuçlar doğurur nitelikte ise sözleşmenin niteliğinde muvazaa olduğundan bahsedilecektir³⁶¹.

Burada farklı tipte sözleşmeler söz konusudur³⁶². Bunun en çok gerçekleştirilen ve Yargıtay³⁶³ içtihatlarına da konu olan örneği satış/bağış sözleşmeleridir. Birçok kişi farklı nedenlerle satış işlemini bağış ya da bağış işlemini satış gösterme amacı güderek muvazaalı işlem gerçekleştirmektedir.

³⁶⁰ Sapanoğlu, Muvazaa, s.18 vd.; Atamulu, Muvazaa, s.51 vd.; Köylüoğlu, Önalım, s.212 vd.; Özmen / Özkaya, Muvazaa, s.9 vd.

³⁶¹ Eren, Borçlar, s.398; Eraslan, Muvazaa, s.185.

³⁶² Sapanoğlu, Muvazaa, s.20 vd.; Atamulu, Muvazaa, s.55 vd.; Özmen / Özkaya, Muvazaa, s.10 vd.

³⁶³ Yargıtay HGK, T. 24.02.2010, E. 2010/6-94, K.2010/100; “Olayların gelişiminden, gerek davalı Mehmet’in, gerekse eşi Şefika’nın tarafı buldukları bağış işleminde kötüniyetli oldukları; asıl amaçlarının bağış işlemi yapmak olmayıp, şufa hakkının kullanılmasının önlenmesi olduğu açık bir biçimde anlaşılmaktadır.

Bu şekildeki kötüniyetli temliklerde salt araya bağış işleminin girmesi nedeniyle şufa hakkının kullanılmayacağı kabul edilmesi durumunda, pay satın alanların şufa hakkının kullanılmasını önlemek için kötüniyetli bir şekilde hemen satın aldıkları payı bir yakınlarına bağış yoluyla devrederek şufa hakkının kullanılması olanağını büsbütün ortadan kaldıracakları; bu durumun da kanun koyucunun amacı ile bağdaşmayacağı kuşkusuzdur.

O halde, somut olayda "muvazaalı şekilde yapılan bağış olarak gösterilen işlemin; davacı yönünden geçersiz ve asıl amacın davacının şufa hakkını kullanımının engellenmesi olduğuna, bu nedenle yapılan ilk satış nedeniyle davacının şufa hakkını kullanabileceğine" ilişkin yerel mahkemenin direnme kararı yerindedir. Ancak, diğer temyiz itirazları Özel Daire’ce incelenmemiştir.

Bu nedenle, davacı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile "bozma" yönündeki Hukuk Genel Kurulu’nun 11.11.2009 gün ve 2009/6-427 E. ve 492 K. sayılı kararının kaldırılması ve direnme uygun bulunmakla, diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın Özel Daire’ye gönderilmesi gerekir.”

Muvazaalı işlemde taraflar satış işlemini bağış olarak gösterip yüksek vergilerden kaçınmak ya da önalım hakkının kullanılmasını engellemek amacı ile hareket edebilecekken, bir diğer tarafta bağış işlemini satış işlemi olarak göstererek mirasçılardan mal kaçırma amacı güdebilmektedir. Örneklenen bu durumlar hukuk sistemimizde en yaygın şekilde gerçekleştirilen muvazaalı işlemlerdir.

Bu şekilde gerçekleşen işlemlerde sözleşmenin niteliği hakkında üçüncü kişileri aldatma amacı hâkimdir.

1.2.2.2. Sözleşmenin Konusu ve Şartlarında Muvazaa

Tarafların muvazaalı olarak gerçekleştirdikleri işlem ile gizlenen gerçek işlem aynı tipte olup bunlar arasında 3. kişilerden gizlenen şartların bulunması halinde işlemin/sözleşmenin konusu ve şartlarında muvazaa durumu söz konusu olacaktır³⁶⁴.

Tarafların gerçekleştirdikleri işlem/sözleşme aynı tipte olup taraflar bazı şartları değiştirerek ve gizleyerek bu durumdan yarar sağlama ve 3.kişileri aldatarak söz konusu işlemi mümkün kılma kastı ile hareket etmektedirler. Bu hal muvazaanın görünüm niteliğinin gösterdiği özellik bakımından nispi muvazaa içerisinde aynı zamanda kısmi muvazaa olarak bilinmektedir. Kişiler işlem içerisinde “kısmen” değişiklik gerçekleştirerek muvazaalı işlemi gerçekleştirmektedirler³⁶⁵.

Uygulamada³⁶⁶ bu tip muvazaalı işlemler satış sözleşmelerinde, özellikle taşınmaz satışlarında bedel bakımından yapılmaktadır³⁶⁷. Birçok kişi taşınmaz satışlarında tapuda taşınmazın bedelini olduğundan daha düşük göstererek daha düşük

³⁶⁴ Eren, Borçlar, s.399; Eraslan, Muvazaa, s.185.

³⁶⁵ Sapanoğlu, Muvazaa, s.21 vd.; Atamulu, Muvazaa, s.57 vd.; Özmen / Özkaya, Muvazaa, s.10 vd.

³⁶⁶ Yargıtay HGK, 2014/292 E. , 2015/1544 K.; “Somut olaya gelince; davacı, dava konusu 1393 ada 1 parsel sayılı taşınmazda paydaş olduğunu, dava dışı İ.. 11.05.2011 tarihinde dava konusu taşınmazdaki 1/3 payını davalıya 27.000,00 TL bedelle sattığını, tapudaki satış bedeli üzerinden önalım hakkını kullanmak istediğini belirterek davalı adına kayıtlı 1/3 payın iptali ile adına tescilini istemiştir.

Davalı ise dava konusu payı gerçekte 93.000,00TL bedelle satın aldığını ancak tapuda satış bedelinin 27.000,00TL olarak gösterildiğini sonradan öğrendiğini, şufa hakkının ancak gerçek bedel üzerinden kullanılabileceğini ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

Davalı, dava konusu taşınmazdaki 1/3 payın satışına ilişkin 11.05.2011 tarih 7471 yevmiye numaralı satış akdinin taraflı olduğundan ve hiç kimse kendi muvazaasına dayanamayacağından davalının bedelde muvazaa iddiasında bulunması açıkça hakkın kötüye kullanmasıdır.

Bu itibarla, mahkemece dava konusu payın tapudaki satış bedeli olan 27.000,00 TL ile tapu harç ve masraflardan oluşan önalım bedelini depo etmek üzere davacıya uygun bir önel verilerek oluşacak sonuca göre işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken bu husus gözetilmeksizin yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru değildir.”

³⁶⁷ Sapanoğlu, Muvazaa, s.27 vd.; Atamulu, Muvazaa, s.58 vd.; Köylüoğlu, Önalım, s.219 vd.; Özmen / Özkaya, Muvazaa, s.10 vd.

harç ve vergi ödeme amacı gütmektedirler. Bu şekilde taraflar beyan ettikleri düşük miktarın aksine, gizledikleri gerçek işlemde çok daha yüksek bir bedel üzerinden anlaşma sağlamaktadırlar.

Tam aksi durumda³⁶⁸ ise taraflar özellikle konumuzun da odağını oluşturan, önalım hakkının kullanımını engellemek amacı ile taşınmazın değerini olduğundan çok daha fazla gösterip asıl sözleşmede gösterilenden çok daha düşük bir bedel üzerinden anlaşmaktadırlar.

Taraflar, değeri olduğundan fazla göstermek yoluyla önalım hakkı sahiplerinin maddi olarak taşınmazı almaktan vazgeçeceği bir miktar belirleyerek satış işlemini gerçekleştirmekte ve önalım hakkının kullanılması engellemektedir.

Bu durum önalım hakkı sahipleri tarafından tapu iptali ve tescil davası ile düzeltilmeye çalışılmakta olup sözleşmenin tarafı olmayan bu kişiler yani davacılar tarafından söz konusu muvazaa durumunun her türlü delille ispatı³⁶⁹ mümkündür.³⁷⁰

³⁶⁸ Yargıtay 6. HD., T. 30.11.2011, E.2011/8560, K.2011/13386; “Önalım hakkının kullanılmasıyla bu hakkı kullanan paydaş ile alıcı arasında kapsam ve şartları satıcı ile davalı arasında yapılan sözleşmenin aynı olan bir satım ilişkisi kurulmuş olur. Önalım bedeli tapuda gösterilen satış bedeli ile davalı tarafından ödenen harç ve masrafların toplamından ibarettir. Önalım hakkını kullanan paydaş bu payı satın almak isterken tapuda gösterilen satış bedeli ile davalı tarafından ödenen harç ve masraflar toplamını önalım bedeli olarak depo etmesi gerekir. Ancak davacı tapuda yapılan satış sözleşmesinin tarafı olmadığından bedelde muvazaa iddiasında bulunabilir ve bu iddiasını her türlü delil ile kanıtlayabilir.

Olayımızda; önalım hakkına konu 5 nolu bağımsız bölümün ½ payı 40.000 TL bedelle davalıya satılmıştır. Davacı ise tapuda satış bedelinin muvazaalı olarak yüksek gösterildiğini, bu hususun keşif dahil her türlü delille kanıtlanacağını iddia etmiştir. Davacı bedelde muvazaa iddiasında bulunduğuna göre bu iddiasını kanıtlanması gerekir. Davacı satış sözleşmesinin tarafı olmadığından bu iddianın tanık dahil her türlü delille kanıtlanması mümkündür. Ancak bu konuda dinlenen davacı tanıklarından Osman Herek'in görgüye dayalı bilgisi bulunmamaktadır. Diğer tanık Mustafa Tunçkol ise önalım hakkına konu payın satış bedelini bilmediğini ancak aynı gün davalıya satışı yapılan diğer iki bağımsız bölüm ile birlikte toplam satış bedelinin 115.000 TL olduğunu belirtmiştir. Tanıklar payın davalıya hangi bedel karşılığı satıldığı konusunda açık, kesin ve görgüye dayalı bir beyanda bulunmamıştır. Mahkemece yerinde yapılan keşif sonunda hükme esas alınan bilirkişi raporunda dava konusu edilen payın değeri 17.500 TL olarak bildirilmiş ise de, muvazaa iddiasının kanıtlanması için keşif tek başına yeterli değildir. Sadece davacının diğer delillerini doğrulamak bakımından önem arz eder. Bedelde muvazaa iddiası kanıtlanmadığına göre, mahkemece davacıya, tapuda gösterilen satış bedeli ve satış masraflarından oluşan önalım bedelini depo etmesi için uygun süre tanınması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir.”

³⁶⁹ Yargıtay 6. HD., T. 30.11.2011, E.2011/8560, K.2011/13386; “Önalım hakkının kullanılmasıyla bu hakkı kullanan paydaş ile alıcı arasında kapsam ve şartları satıcı ile davalı arasında yapılan sözleşmenin aynı olan bir satım ilişkisi kurulmuş olur. Önalım bedeli tapuda gösterilen satış bedeli ile davalı tarafından ödenen harç ve masrafların toplamından ibarettir. Önalım hakkını kullanan paydaş bu payı satın almak isterken tapuda gösterilen satış bedeli ile davalı tarafından ödenen harç ve masraflar toplamını önalım bedeli olarak depo etmesi gerekir. Ancak davacı tapuda yapılan satış sözleşmesinin tarafı olmadığından bedelde muvazaa iddiasında bulunabilir ve bu iddiasını her türlü delil ile kanıtlayabilir.”

³⁷⁰ Sapanoğlu, Muvazaa, s.198 vd.; Atamulu, Muvazaa, s.202 vd.; Köylüoğlu, Önalım, s.220 vd.;

1.3. Önalım Davasında Bedelde Muvazaa

1.3.1. Genel Olarak

Önalım davalarında tarafların önalıma konu malın satış bedeline ilişkin olarak muvazaa iddiasında bulunmaları mümkündür. Bununla birlikte, muvazaa iddiası, uygulamada genellikle satış bedelinin yüksek gösterildiği yönünde ve önalım hakkı sahibi davacı tarafından ileri sürülmektedir³⁷¹.

Muvazaanın re'sen nazara alınamayacağı ve muvazaa iddiasının taraflarca ileri sürülmesi gerektiği yönündeki doktrin tarafından da genel kabul gören görüş, Yargıtay tarafından da benimsenmiştir. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi 2001/1887 E., 2001/2067 K. sayılı, 13.03.2001 tarihli içtihadında³⁷² bu hususa değinerek davalı vekilinin savunmalarında müvekkilinin payları satın aldığı değeri belirtilmesine rağmen, davalı tarafından ileri sürülmeyen hususları değerlendirerek muvazaaya hükmeden mahkemenin talep dışına çıkarak karar verdiğini ve bu şekilde verilen kararın hatalı olduğunu belirtmiştir.

1.3.2. Bedelde Muvazaa Sayılan Haller

1.3.2.1. Satış Bedelinin Yüksek Gösterilmesi

Önalım davalarında bedelde muvazaanın sıklıkla görülen hali taşınmaz satışlarında tapudaki bedelin, gerçek bedelin üzerinde gösterilmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır³⁷³. Tapudaki taşınmaz satış bedelinin yüksek gösterildiği hallerde; alıcı ile satıcı önalıma konu taşınmazın bedelini yüksek göstererek, önalım hakkı sahibinin bu hakkını kullanmasının engellenmesini amaçlamaktadır³⁷⁴.

Tapudaki satış bedelinin yüksek gösterilmesi şeklindeki bir iddianın sahibi, işin mahiyeti gereğince, olsa olsa önalım davasının davacısı olacaktır. Zira davalı tarafın böyle bir iddiayı ileri sürmesi hayatın olağan akışı karinesine aykırı olacağı gibi davalının böyle bir iddiada bulunmasında hukuki yararı da yoktur.

³⁷¹ Özenli, Şuf'a, s.141.

³⁷² Yargıtay 6. Hukuk Dairesi 2001/1887 E., 2001/2067 K. sayılı, 13.03.2001 tarihli kararı; “Şufalı paylar davalıya 18.1.2000 tarihinde satılmış iş bu davada 1 aylık yasal süre içerisinde açılmıştır. Davalı vekili savunmalarında müvekkilinin payları satın aldığını belirtmiş hibe savunmasında bulunmamıştır. Davalı tarafından ileri sürülmeyen hususlar nazara alınamayacağından mahkemenin talep dışına çıkarak karar vermesi hatalı olduğundan hükmün bozulması gerekmiştir.”.

³⁷³ Eraslan, Muvazaa, s. 219; Özenli, Şuf'a, s.41.

³⁷⁴ Erdoğan, Ortaklığın Giderilmesi, s.942; Erdoğan, Şuf'a, s.593.

Böyle bir durum söz konusu olduğunda da davacı önalım hakkı sahibi, önalım hakkına sahip olduğunun yanı sıra taşınmazın gerçek satış bedelini ve muvazaa iddialarını da ispat etme külfeti ile karşı karşıya kalmaktadır ki aşağıda da detaylı bir biçimde inceleneceği üzere³⁷⁵; bedelde muvazaa iddiasında bulunan davacının bu iddiasını her türlü delil ile ispat etmesi mümkündür³⁷⁶.

1.3.2.2. Satış Bedelinin Düşük Gösterilmesi

Her ne kadar önalım davalarında satış bedelinin düşük gösterilmesi şeklindeki bir bedelde muvazaa iddiası ile uygulamada çok sık karşılaşılmasa da satıcının veya alıcının genellikle, tapudaki devir masraflarının yüksek olması ve bunlardan kaçınmak istemesi sebebiyle taşınmaz satış bedelinin gerçek satış bedelinden düşük gösterdiği durumlar söz konusu olabilmektedir³⁷⁷. Yukarıda bahsettiğimiz hayatın olağan akışı karinesi ve hukuki yarar da göz önünde bulundurulduğunda satış bedelinin düşük gösterildiği yönündeki bedelde muvazaa iddiası, önalım davasının davalısı olan alıcı ve/veya olsa olsa alıcı yanında davaya müdahil olmuş ise satıcı tarafından ileri sürülebilecektir.

Satış bedelinin tapudaki masraflardan kaçınmak bakımından düşük gösterildiği yönündeki bir iddianın ise dinlenilip dinlenilemeyeceği tartışma konusudur. Aşağıda³⁷⁸ da detaylı bir biçimde açıklayacağımız üzere bizim katıldığımız görüşe göre, kişinin kendi hukuka aykırı davranışından ve kendi muvazaasından faydalanması, kişinin kendi muvazaasını ileri sürmesi hukuken mümkün değildir³⁷⁹. Zira burada alıcı ve/veya satıcı kanunun kendisine yüklediği bir yükümlülük olan tapu harçlarından kaçınmak amacıyla hareket etmektedir. Bu şekilde de bir nevi kanunun etrafı dolanılarak, TMK m.2 ve HMK m.29’da yer alan dürüstlük ve iyi niyet kurallarına aykırı bir biçimde hareket edilmektedir (ZPO § 138; Schw. ZPO § 52³⁸⁰).

1.3.2.3. Gabin (Aşırı Yararlanma)

TBK m. 28’de “aşırı yararlanma” şeklinde düzenlenen ve eBK m.21’de de “gabin” adını alan kurum; bir sözleşmede, bir tarafın edimi ile diğer tarafın edimi

³⁷⁵ Bkz. Bölüm: 3, 2 vd. s.7.

³⁷⁶ Ruhi / Ruhi, Önalım, s.63; Özenli, Şu’fa, s.125; Erdoğan, Şu’fa, s.593.

³⁷⁷ Erdoğan, Ortaklığın Giderilmesi, s.942; Erdoğan, Şu’fa, s.593.

³⁷⁸ Bkz. Bölüm: 3, 1.4.2, s.74.

³⁷⁹ Erdoğan, Ortaklığın Giderilmesi, s.942; Erdoğan, Şu’fa, s.594; Ruhi / Ruhi, Önalım, s. 64.

³⁸⁰ Pekcanitez / Taş Korkmaz / Meriç, HMK, s.13.

arasında açık bir biçimde oransızlık bulunması halidir³⁸¹. Bu oransızlık bir tarafın zor durumda olmasından, düşüncesizliğinden ya da tecrübesizliğinden kaynaklanıyor ise gabin hali sözleşmenin geçerliliğini etkileyecektir.

Tanımından da anlaşıldığı üzere gabin halinin ortaya çıkması yalnızca sözleşmenin taraflara karşılıklı edimler yüklediği sözleşmeler bakımından mümkündür ki önalım hakkının kullanılması için de önalıma konu malın mülkiyetinin devrine ilişkin sözleşmenin ivazlı yapılması gerekmektedir³⁸².

Önalım hakkının ve önalım davasının mahiyeti gereği, gabin iddiasının önalım hakkı sahibi, davacı tarafından ileri sürülmesi mümkün değildir. Nitekim önalım hakkını kullanmak amacıyla dava açan davacının, alıcının tecrübesizliğinden veya düşüncesizliğinden dolayı önalıma konu malın çok yüksek bir bedelle satıldığını iddia etmesinde hukuki yararı yoktur. Zira davacının bu iddiasının kabul edilmesi halinde; gabin nedeniyle önalım hakkının doğumunu sağlayan ilk sözleşme geçersiz hale gelecek ve dolayısıyla önalım hakkı sahibi de bu hakkını artık kullanamayacaktır.

Her ne kadar önalım hakkının doğumunu sağlayan sözleşmenin ivazlı olma zorunluluğu bulunsa da edimlerin arasındaki açık oransızlık sözleşmenin geçerliliğini tek başına etkilemez. Sözleşmenin geçerliliğinin etkilenmesi için; edimler arasında açık oransızlık bulunmalı ve ayrıca edimlerin arasındaki bu açık oransızlığın nedeni bir tarafın zor durumda kalmasından, düşüncesizliğinden veya tecrübesizliğinden karşı tarafın yararlanması neticesinde meydana gelmiş olmalıdır³⁸³. Her iki şartın bir arada gerçekleştiği hallerde ise gabinden zarar gören tarafın, durumun niteliğine göre, sözleşmeyi iptal ettiğini diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini veya edimi henüz ifa etmemiş ise borçtan kurtulduğunu bildirmesi mümkün olduğu gibi zarar gören taraf sözleşmedeki oransızlığın giderilmesini de talep edebilir.

TBK m.28/2 uyarınca; zarar gören tarafın seçimlik haklarından birini kullanma hakkını, düşüncesizliğini veya tecrübesizliğini öğrendiği tarihten itibaren 1 yıl ve her halde 5 yıllık hak düşürücü süreler içerisinde kullanması gerekmektedir³⁸⁴.

Önalım hakkının kullanılmasını sağlayan sözleşme bakımından da taraflarca gabin iddiasında bulunulması mümkündür. Önalım hakkının kullanılmasına sebebiyet

³⁸¹ Eren, Borçlar, s.468; Oğuzman / Öz, Borçlar, s.140; Kuroğlu, Serda, *Şuf'a Talebi Karşısında Gabin İddiası*, Ankara Barosu Dergisi, 1957 Sayı: 5, Sayfa: 204-207, s.205.

³⁸² Eren, Borçlar, s.470 vd.; Oğuzman / Öz, Borçlar, s.141.

³⁸³ Eren, Borçlar, s.469; Oğuzman / Öz, Borçlar, s.140;

³⁸⁴ Eren, Borçlar, s.476; Oğuzman / Öz, Borçlar, s. 144;

veren sözleşme bakımından gabin iddiası mevcut ise, burada iddianın hangi aşamada ileri sürüldüğü önem arz etmektedir. Zira uygulamada, önalım davasının davalısı ve/veya satıcı tarafından dava açıldıktan sonra, davacının önalım hakkını bertaraf etme amacı ile TMK m.2'ye aykırı olarak gabin iddiası ileri sürülebilmektedir.

Uygulamada bu durum özellikle satış bedelinin tapuda düşük gösterildiği hallerde ortaya çıkmaktadır. Tapudaki satış bedelini düşük göstererek, masraftan kaçınma çabası içerisinde olan ilk sözleşmenin tarafları, Yargıtay'ın yerleşik kararları³⁸⁵ doğrultusunda bedelde muvazaa iddiaları dinlenmeyeceğinden, bunun yerine gabin iddiasında bulunmaktadırlar. Yargıtay'ın³⁸⁶ ve doktrinin bu hususta yerleşmiş görüşü ise, önalım davası açıldıktan sonra gabin iddiasında bulunmanın TMK m.2'ye aykırılık teşkil ettiği yönündedir.

Bu şekilde ileri sürülen gabin iddiasının esas nedeni, ilk sözleşmeyi geçersiz kılmak sureti ile önalım hakkı sahibinin önalım hakkını kullanmasına engel olmaktır. Nitekim önalım hakkının doğumu için üzerinde önalım hakkı tanınan malın ivazlı bir biçimde devri zorunludur. Şayet ilk sözleşme iptal edilirse, önalım hakkının kullanılmasını sağlayacak bir sözleşme de ortada olmayacağından, bu hak artık kullanılamayacaktır.

Kanımızca, her durum için gabin iddiasının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Önalım davası açıldıktan sonra gabin iddiasında bulunduğu ve bu iddianın kabul edildiği hallerde, önalım davasının konusuz kalması söz konusu olacaktır. Davanın bu şekilde konusuz kaldığı durumlarda şayet davacı önalım hakkına sahip olduğunu ispat edebilmiş ise, her türlü yargılama giderinin gabin halinden haksız olarak yararlanan alıcıya yükletilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira satıcıdan aşırı yararlanarak sözleşme yapılmasına ve dolayısıyla yargılamaya, yine gabin ile satıcıdan

³⁸⁵ Yargıtay 14. HD. T. 7.4.2014, E. 2014/1703, K. 2014/4542 “*Davalı, önalım bedelinin daha yüksek olduğuna dair bedelde muvazaa iddiasını aktin taraflı olmayan üçüncü kişi konumundaki davacılara karşı ileri süremez. Önalım bedeli tapuda düzenlenen resmi senette gösterilen bedeldir. Mahkemece, davalının sunduğu banka dekontu ve keşifte saptanan değer esas alınıp, bedelde muvazaa savunması kabul edilerek, davalının satın aldığı belirlediği değer 1/2'sinin ödenmesi kaydı ile davacılara davaya konu pay üzerinde 1/2'şer önalım hakkı tanınmış ise de davalının muvazaa savunması dinlenmez. Bu durumda mahkemece, payın tapudaki satış bedeli olan 12.600,00 TL ile tapu harç ve masraflardan oluşan önalım bedelinin yarı yarıya davacılara depo ettirilip payın da 1/2'şer olarak davacılara tescili gerekirken önalıma konu payın tamamının birleşen davanın davacısı H. K. adına tesciline karar verilmesi doğru görülmemiş, bu sebeple hükmün bozulması gerekmiştir.*” Aynı yönde bkz; Yargıtay 6. HD. 04.05.1968 T., 771 E., 2288 K.; Yargıtay 6. HD. 04.07.1967 T., 1119 E., 3294 K.

³⁸⁶ Önalım davası açıldıktan sonra, gabin iddiası ile dava açan davacının kötüniyetli olduğuna dair karine bulunduğu yönündeki Yargıtay kararı için bkz; Yargıtay 1. HD., 03.05.1975 T., 6970E., 6925 K.

aşırı yararlanmak sureti ile sözleşmenin iptaline ve dolayısıyla yargılamanın konusuz kalmasına asıl sebebiyet veren taraf ilk sözleşmede alıcı konumunda bulunan taraftır.

Buradaki bir diğer problem de önalım hakkı sahibinin önalım davasını ve önalım konu malın mülkiyetini kazandıktan sonra gabin iddiasında bulunulması halinde ortaya çıkacak durumda ne olacağına ilişkindir. Zira önalım hakkına ilişkin hak düşürücü süre bildirim tarihinden itibaren 3 ay ve her halde 2 yıl olmasına karşın³⁸⁷, gabin hakkının kullanılması için öngörülen hak düşürücü süre öğrenme tarihinden itibaren 1 yıl ve her halde 5 yıldır³⁸⁸. Kanaatimizce, önalım davası kazanıldıktan sonra gabin iddiasında bulunulduğu ve gabin iddiasının da kabul gördüğü hallerde önalım hakkının kullanılmasını sağlayan ilk sözleşme artık geçersiz bir sözleşme olacağından önalım hakkının kullanılmasının da bir dayanağı kalmayacak ve malın mülkiyetinin iadesi gerekecektir. Yani önalım hakkını kullanmak suretiyle malın mülkiyetini kazanan önalım hakkı sahibinin, önalım davası sonucunda kazandığı bu mülkiyetin yasal dayanağını oluşturan sözleşme geçersiz olacağından, mülkiyetin de yasal bir dayanağı kalmayacaktır. Uygulama açısından da önalım hakkına konu edilen malların taşınmaz olduğu göz önünde bulundurulduğunda artık önalım hakkı sahibi adına yapılan tapudaki tescil yolsuz tescil haline gelecektir.

1.4. Önalım Davasında Bedelde Muvazaa İddiasının İleri Sürülmesi

Önalım davasında muvazaanın ileri sürülmesini ve ispatını davacı – önalım hakkı sahibi – ve davalı açısından ayrı ayrı incelemek gerekmektedir. Zira davacı bu iddiasını her türlü delille ispat edebilirken; davalının bu iddiada bulunması mümkün olmasına karşın, kimsenin kendi hukuka aykırı davranışından faydalanamayacağı ilkesi uyarınca bu iddiası dinlenmeyecektir.

1.4.1. Önalım Davasında Bedelde Muvazaa İddiasının Davacı Tarafından İleri Sürülmesi

Önalım davasının kabulünde, önalım hakkı sahibinin davalı – alıcıya ödediği para miktarına önalım bedeli denir. Ülkemizde uygulamada, çeşitli nedenlerden dolayı, tapuda gösterilen bedelin, tarafların aralarında anlaştıkları bedelden farklı olduğu sıklıkla görülmektedir.

³⁸⁷ Yavuz / Acar / Özen, Borçlar, s.149.

³⁸⁸ Eren, Borçlar, s.476; Oğuzman / Öz, Borçlar, s.144;

Tapudaki bedelin düşük gösterilmesi çoğunlukla, tapuda satış işlemleri için ödenen harç ve masrafların miktarını azaltmak için yapılmaktadır. Önalım hakkının bulunduğu durumlarda ise bu genellikle, önalım hakkı sahibinin bu hakkını bertaraf etmek amacı ile satış bedelinin yüksek gösterilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır³⁸⁹. Bu sebeple önalım davalarında bedelde muvazaa iddiası, çoğunlukla, davacı tarafından ileri sürülmektedir. Çünkü esasen iddiasını ispatlaması halinde, bundan yararlanacak olan kişi önalım davasının davacısıdır³⁹⁰.

Önalım hakkı sahibi de önalım olgusunu oluşturan tasarruf işlemlerine dair bedelde muvazaa iddiasında bulunabilir. Nitekim önalım hakkının kullanılmasını engellemek amacıyla tapuda gösterilen bedel, gerçek satış fiyatının üzerinde olabilmektedir. Davacı, böyle bir iddiada bulunduğu takdirde ispat yükü kendi üzerinde olacaktır³⁹¹. Önalım davasında nakden depo edilmesi gereken miktar davacının iddia ettiği miktara göre belirlenecek ve tapudaki bedel esas alınmayacaktır³⁹².

1.4.2. Önalım Davasında Bedelde Muvazaanın Davalı Tarafından İleri Sürülmesi

Önalım davasının davalısı da tapuda gösterilen satış bedelinin muvazaalı olduğunu, tapudaki miktarın düşük gösterildiğini ve aslında satış bedelinin gösterilen meblağın üzerinde olduğunu ileri sürebilir. Davalının bu iddiası yalnızca fiilen mümkün olmakla beraber ispat hukuku açısından bir sonuç doğurmaz ve bu yöndeki iddianın reddi gerekir. Zira yerleşik Yargıtay uygulamaları³⁹³ ve TMK m.2 ile HMK m.29'da yer alan dürüstlük kuralı gereğince kişinin kendi hileli davranışına dayanması mümkün değildir³⁹⁴.

Davalı, sözleşmenin tarafı olduğundan, kendi hileli davranışından kendi lehine sonuç çıkarması mümkün olmadığından, bu şekildeki muvazaa iddiası dinlenmez³⁹⁵. Bizim de

³⁸⁹ Tunaboylu, Önalım, s.353; Köylüoğlu, Önalım, s. 219; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.124; Olcay, Önalım, s.208; Günay, Önalım Hakkı, s.112; Kılıç, Gayrimenkul, s.2006; Esener, Turhan, Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1956, s.95; Feyzioğlu, Necmettin Feyzi, “Şuf'a Hakkında Muvazaa İddiaları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 16, (1 – 2), 272-288, İstanbul 1950, s.280.

³⁹⁰ Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s. 124; Köylüoğlu, Önalım, s. 219.

³⁹¹ Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.125; Köylüoğlu, Önalım, s.221; Olcay, Önalım, s.208.

³⁹² Feyzioğlu, Şuf'a, s.422; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s. 124; Baykan, Şuf'a Hakkında, s. 34; Köylüoğlu, Önalım, s.219; Günay, Erhan, “Önalımda Muvazaa”, Terazi Hukuk Dergisi, 11 (118), 109- 118, Ankara 2016, s.112.

³⁹³ Yargıtay HGK T. 10.6.2015, E. 2014/14-292, K. 2015/1544; “Davalı, dava konusu taşınmazdaki 1/3 payın satışına ilişkin 11.05.2011 tarih 7471 yevmiye numaralı satış akdinin tarafı olduğundan ve hiç kimse kendi muvazaasına dayanamayacağından davalının bedelde muvazaa iddiasında bulunması açıkça hakkın kötüye kullanmasıdır.”

³⁹⁴ Erdoğan, Ortaklığın Giderilmesi, s.942; Eraslan, Muvazaa, s.206.

³⁹⁵ Köylüoğlu, Önalım, s.223; Şıpka, Önalım, s. 77; Feyzioğlu, Şuf'a, s. 77; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.129; Kılıç, Gayrimenkul, s.2006; Özenli, Şuf'a, s.144.

katıldığımız, doktrin ve uygulamada genel olarak kabul gören görüş de bu yöndedir³⁹⁶. Nitekim Yargıtay'a göre de önalım davasında davalı, satış bedelinin tapuda gösterilenden daha yüksek olduğu iddiasında bulunamaz³⁹⁷. Yargıtay burada önalım davalarının niteliğini, davalının satış işlemine taraf olmasını esas almış ve satış sözleşmesinin tarafı olan kişinin muvazaa iddiasının dinlenmeyeceği ilkesini kabul etmiştir³⁹⁸. Aksinin kabulü ise hakkaniyete ve hem HMK hem de TMK anlamında dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir³⁹⁹. Nitekim bir kimsenin kendi hileli davranışına dayanması ve bu sayede kendine çıkar sağlaması HMK m.29'un gerekçesinde yer alan, *“Doğruyu söyleme ödevi tarafların yargılamadaki yükümlülüklerinden biridir. Hukukun temel ilkelerinden biri olan dürüstlük kuralına yargılama sırasında da riayet edilmelidir. Yükümlülüğün ana noktaları vakıalar ve delillerdir. Yargılamada taraflar bir mücadele içinde olsalar da bu mücadelede her şeyin geçerli sayılacağı kabul edilemez. Muhakeme sürecine ilişkin değişik maddelerde de dürüstlük kuralına aykırı kötüniyetli davranışların önüne geçmek için bazı yaptırımlar öngörülmüştür. Tüm bu hükümlerin temelinde dürüstlük kuralına uygun davranmayı sağlama amacı yatmaktadır.”* ifadesine göre açıkça hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. Bir başka deyişle, kişi kendi hatasından faydalanamaz ve ya kendi muvazaasına dayanamaz⁴⁰⁰.

Ayrıca bedelin tapuda düşük gösterildiği iddiası bir kimsenin kendi hukuka aykırı davranışından – vergi kaçırma – yararlanamayacağı ilkesi ile TMK m. 2 ile HMK m. 29'daki dürüstlük ve iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz⁴⁰¹. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, uyuşmazlığın; davaya konu taşınmazda 3'te 1 payı 14/01/2008 tarihinde tapuda 90000 Türk Lirası satış bedeli göstermek suretiyle satın alan davacının; söz konusu gayrimenkulde 3'te 1 payı 11/05/2011 tarihinde 27000 Türk Lirası satış bedeli göstermek suretiyle davalının satın

³⁹⁶ Tapuda gösterilen bedelin yalnızca harcı az ödemek için olduğu, önalım hakkını engellemeye yönelik olmadığı, davacı tarafından davalıya bu işlem ona neye mal olmuş ise o miktarın ödenmesi gerektiği, hakkaniyetin bunu gerektirdiği şeklindeki karşıt görüş için bkz; Şıpka, Önalım, s.215.

³⁹⁷ Yargıtay 6. HD., T. 20.09.2005, E. 2005/7136, K.2005/8331; *“Davalı, davacının da paydaşı bulunduğu 5 Numaralı parselde önalım hakkına konu edilen 504/1152 payı taşınmazın diğer paydaşlarından Necati Öztaş'tan 12/12/2004 tarihinde 31000000000 Türk Lirası bedelle satın almıştır. Davalı, tapuda dava konusu edilen payın değeri 31000000000 Türk Lirası olarak gösterilmiş ise de; gerçek satış bedelinin 70000000000 Türk Lirası olduğunu ve satış bedelinde muvazaa bulunduğunu savunmuştur. Satış sözleşmesinin tarafı olan davalının, satış bedelinin tapuda gösterilen miktardan fazla olduğu savunması dinlenemez. Davalı yapmış olduğu sözleşme ile bağlı olup, bunun aksini savunma ve kanıtlanma olanağından yoksundur. Davanın açılmasından sonra yapılan şikâyet üzerine davalının vergi dairesine başvurarak satış bedelini artırması ve tapu harcı ve gecikme faizini ödemesi de hukuki sonuç doğurmaz. Bu itibarla önalım bedeli yukarıda açıklandığı tapuda gösterilen 31000000000 Türk Lirası satış bedeli ve tapu harç ve masraflarından ibarettir.”*

³⁹⁸ Yargıtay 6. HD., T. 02.05.1995, E. 2453, K. 4613 (Tunaboylu, Önalım, s.355)

³⁹⁹ Özenli, Şu'fa, s.144; Eraslan, Muvazaa, s. 219.

⁴⁰⁰ Konuyla ilgili ayrıca bkz; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin, 01/02/2005 tarihli, 2004/9999 Esas sayılı, 2005/394 Karar sayılı ilamı; *“Davalı satış sözleşmesinin tarafı olup gerek bedelde gerekse işlemde kendi muvazaasına dayanamaz.”*

⁴⁰¹ Eraslan, Muvazaa, s. 207; Şıpka, Önalım, s.77; Köylüoğlu, Önalım, s.223; Açıkgoz, Tarımsal Önalım, s.127.

alması halinde; davacının tapuda gösterilen 27000 Türk Lirası satış bedeli üzerinden önalım hakkı kullanmak istemesinin hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği olduğu bir kararında⁴⁰²; “ ... 4721 sayılı TMK'nun 'Devir Hakkının Kısıtlamaları' üst başlığı altında “yasal önalım hakkı” kenar başlıklı 732'nci maddesi, “Paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen 3. kişiye satması hâlinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler” hükmünü içermektedir.

Aynı kanununun 734'üncü maddesi, “Önalım hakkı, alıcıya karşı dava açılarak kullanılır. Önalım hakkı sahibi, adına payın tesciline karar verilmeden önce, satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerini, hâkim tarafından belirlenen süre içinde hâkimin belirleyeceği yere nakden yatırmakla yükümlüdür” hükmünü içermektedir.

...818 sayılı BK' madde 18'de; “bir aktin şekil ve şartlarını tayinde, iki tarafın gerek sehven, gerek akitteki hakiki maksatlarını gizlemek için kullandıkları tabirlere ve isimlere bakılmayarak, onların hakiki ve müşterek maksatlarını aramak lazımdır” ifadeleri mevcut olup daha çok sözleşmenin yorumuyla ilgili olduğu için uygulama ve doktrinde muvazaa kapsamlı olarak incelenerek belirli kurallara bağlanmıştır⁴⁰³.

... Davalı, dava konusu taşınmazdaki 3'te 1 payın satışına ilişkin 7471 yevmiye numaralı ve 11/05/2011 tarihli satış aktinin tarafı olduğu için ayrıca kimse kendi muvazaasına dayanamayacağı için davalının bedelde muvazaa iddiasında bulunması, açıkça hakkın kötüye kullanmasıdır” şeklinde içtihat etmiştir. Karara göre; bedelde muvazaa sözleşmenin geçerliliğini etkilememekle beraber tarafların kendileri yaptıklarını sözleşmenin iptalini talep edemezler. Bu şekilde yapılmış bir sözleşmenin iptalinin talep edilmesi Yüksek Mahkeme tarafından, açıkça hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmiştir. Ayrıca kararda, hem yapılan satış sözleşmesinin tarafı olan hem de açılan önalım davasındaki taraflardan biri olan alıcının tapudaki bedelin doğru olmadığını ve muvazaalı olduğunu ileri sürmesinin de hakkın kötüye kullanılmasını oluşturacağı belirtilmiştir. Kararda sonuç olarak, kişinin kendi muvazaasına dayanmasının kabul edilemeyeceği ve bunun açıkça hakkın kötüye kullanılması olduğunu belirtilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu başka bir kararında da taşınmazın gerçek değerinin taraflarca haricen belirlenmiş olmasına karşın tapudaki bedelin düşük gösterilmesi sonucunda önalım davasının gösterilen bu düşük bedel üzerinden kabulü halinde, aradaki fark sebebiyle

⁴⁰² Yargıtay HGK, T. 10.06.2015, E. 201414-292, K.2015/1544.

⁴⁰³ Benzer bir hükme de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 19'da da yer verilmiştir.

zarar gören alıcının, satıcıdan sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak herhangi bir talepte bulunamayacağını belirtmiştir⁴⁰⁴.

Kanımızca Yargıtay'ın vermiş olduğu bu karar, kişinin kendi hukuka aykırı davranışından yararlanamaması gerektiği açısından isabetlidir. Ancak Yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 30.11.2011 tarihli ve 2011/743 esas, 2011/721 sayılı kararında yer alan; *“Dava, taşınmaz satım bedelinin düşük gösterilmesi sonrasında şufa hakkının kullanılması nedeniyle uğranılan zararın tanzimine ilişkindir. Taşınmazın gerçek değeri tarafların serbest iradeleri ile harici senette gösterilmiş olduğundan ve alıcı davacılar da taşınmazın satım bedelini aldıklarından şufa hakkının kullanılmasından sonra davalılar satım bedelinin geri verilmesine dair bir talepte bulunamaz ve dolayısıyla davacı tarafın sebepsiz zenginleşmesinden söz edilemez ise de; davalılar taşınmazın satım bedelinin düşük gösterilmesine dayalı olarak şufa hakkının kullanılmasıyla aradaki fark kadar zarara uğramışlardır. Harici senette tarafların tapu masraflarının yarı yarıya ödenmesini kararlaştırdıklarından, tapudaki satış bedelinin düşük gösterilmesini her iki taraf istemiş ve zarar da bundan kaynaklanmıştır. Muvazaalı işlemi kendi çıkarları için her iki taraf gerçekleştirmiş olduğundan bundan doğan zarara da tarafların birlikte katlanması gerekir. Bunun oranını da harici senette kararlaştırılan masraflara katılma oranı olan 1/2 olması gerektiği ve menfi tespit isteminin buna göre karara bağlanması gerektiği ve bu nedenle davalı vekilinin bu yöne ilişkin karar düzeltme itirazlarının kabulüyle yerel mahkeme kararının değişik gerekçe ile bozulması gerektiği görüşünde olduğumuzdan sayın çoğunluk kararına karşıyız.”* şeklindeki karşı oyun hakkaniyete daha uygun düştüğü kanısındayız. Bizce de Yargıtay üyesinin belirttiği gibi, taraflar ortak iradeleri ile ve birlikte çıkar sağlamak amacıyla hareket ederek, ortaya çıkan zararın oluşumuna birlikte sebebiyet vermişlerdir. Zira TBK

⁴⁰⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından; 11.05.2011 tarihinde verilen, 173 Esas, 291 Karar sayılı ilamda ; *“Çözümü gereken husus, şufa hakkının kullanılması sonucu olan taşınmaz satımında; tapuda satış bedeli olarak gösterilen bedelin taraflar arasındaki harici sözleşmede kararlaştırılıp fiilen ödenen bedelden düşük olması durumunda alıcının, satıcılara ödediği; ancak tapuda bildirmedeği fark bedelden kaynaklanan zararına, satıcı davacıların neden olup olmadığı ve dolayısıyla da bu bedelin davacı satıcılar yönünden sebepsiz zenginleşme teşkil edip etmeyeceği; sonuçta da davalı alıcının bu hukuksal nedene dayanarak alacağını tahsilini isteme olanağı bulunup bulunmadığıdır.*

Hemen burada, davalının uğradığını iddia ettiği zararın kaynağının tespiti gerekir; dosyada bulunan ve imzası inkâr edilmeyen yazılı belge kapsamına göre taşınmazın gerçek değeri taraflarca 250.000 Amerikan Doları olarak kararlaştırılmıştır. Alıcı davalının satıcı davacılar bu satış bedeli üzerinden ödemede bulunduğu sabit kabul edilmesi halinde dahi; alıcı davalının kararlaştırılan bu bedeli ödeyerek edimini yerine getirmesi karşılığında satıcıların da edimlerini yerine getirerek taşınmazı davalı alıcıya teslim etmeleri ve tapuda tescili ile sözleşme hükmünü bulmuştur. O halde taraflarca kararlaştırılan satış bedelinin taşınmazın kararlaştırılan gerçek değeri olmasına, bu bedeli davalı alıcıdan tahsil eden davacı satıcıların edimlerini yerine getirmek suretiyle taşınmazdaki paylarını davalı alıcıya devir ve teslim etmiş bulunmalarına göre; bu bedeli hukuksal bir nedene dayalı olarak tahsil eden davacıların sebepsiz zenginleştiğinden söz edilemez. Hal böyle olunca, davacılar sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre başvurulması da mümkün değildir. ...”

m.61⁴⁰⁵ gereğince de zarara birlikte sebebiyet veren kişilerin, bu zararı giderme yolunda da birlikte sorumlu olmaları gerekmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu konuda doktrinde alıcının zararını tazmin edebileceği yönünde bir görüş de mevcuttur⁴⁰⁶.

Davalı, satış yapıp dava açıldıktan sonra tapuda gösterilen bedeli güncelleyerek, harcını da yatırırsa bu husus artık davada ileri sürülemez⁴⁰⁷. Yargıtay da bu görüşü benimsemiş ve dava açıldıktan sonra tapudaki harcın tamamlanması yönündeki işlemin herhangi bir hukuki sonuç doğurmayacağı yönünde içtihat etmiştir⁴⁰⁸. Buradaki esas neden de yine kişinin kendi hukuka aykırı davranışından faydalanamayacağı ilkesidir. Bununla beraber, dava açılmadan tapuda bedel artırımına gidilmesi halinde ise; önalım hakkının dava yolu ile kullanılması zorunlu olduğundan ve henüz önalım hakkının kullanımına yönelik bir girişim de bulunmadığından, kanaatimizce, tapuda güncellenen bedelin esas alınması gerekmektedir. Ancak burada tespit edilmesi gereken bir başka husus da alıcı ve satıcının önalım davası açılacağını bilip bilmediğidir. Kanımızca önalım hakkı sahibinin, bu hakkını kullanacağını öğrendikten sonra ve sırf bunu bertaraf etmek amacı ile tapuda yapılan bedel güncellemeleri hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir ve yapılmamış sayılması gerekmektedir.

Davalı, önalım davasında bedelde muvazaa iddiasını kendi ileri sürdüğü takdirde tanıkla ispat edemeyeceği genel olarak kabul edilmekle beraber, davacı muvazaa iddiasında bulunursa; tanık dinletebilir. Buradaki tanığın da yukarıda açıkladığımız, davacının önalım davasında bedelde muvazaa iddiasının ispatı için gereken tanıklık şartlarını taşıması gerekmektedir. Yani tanık görgüye dayalı olarak tanıklık yapması ve yaptığı tanıklığın da başkaca delillerle desteklenmesi gerekmektedir⁴⁰⁹. Bunun dışındaki, davalının kendisinin

⁴⁰⁵ TBK m.61; “Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır”

⁴⁰⁶ Alıcının zararını tazmin edebileceği yönündeki karşıt görüş için bkz; Olcay, Önalım, s.214.

⁴⁰⁷ Yargıtay 6. HD., T. 21.09..1995, E. 8042, K. 8546 (Tunaboşlu, Önalım, s.355); Yargıtay’ın bu yöndeki kararlarını eleştiren görüş için bkz; Eren, Yasal Önalım, s112.

⁴⁰⁸ Yargıtay 6. HD, T. 20.09.2005, E. 2005/7136, K.2005/8331;“Davalı, davacının da paydaşı bulunduğu 5 Numaralı parselde önalım hakkına konu edilen 504/1152 payı taşınmazın diğer paydaşlarından Necati Öztaş’tan 12/12/2004 tarihinde 31000000000 Türk Lirası bedelle satın almıştır. Davalı, tapuda dava konusu edilen payın değeri 31000000000 Türk Lirası olarak gösterilmiş ise de; gerçek satış bedelinin 70000000000 Türk Lirası olduğunu ve satış bedelinde muvazaa bulunduğunu savunmuştur. Satış sözleşmesinin tarafı olan davalının, satış bedelinin tapuda gösterilen miktardan fazla olduğu savunması dinlenemez. Davalı yapmış olduğu sözleşme ile bağlı olup, bunun aksini savunma ve kanıtlanma olanağından yoksundur. Davanın açılmasından sonra yapılan şikâyet üzerine davalının vergi dairesine başvurarak satış bedelini artırması ve tapu harcı ve gecikme faizini ödemesi de hukuki sonuç doğurmaz. Bu itibarla önalım bedeli yukarıda açıklandığı tapuda gösterilen 31000000000 Türk Lirası satış bedeli ve tapu harç ve masraflarından ibarettir.”

⁴⁰⁹ “Olayımızda; davacı bedelde muvazaa yapıldığını ileri sürerek iş bu davayı ikame etmiştir. Satım sözleşmesinin tarafı olmayan davacının bu iddiasını her türlü delille ispat etmesi mümkündür. Nitekim bu konuda mahallinde keşif yapılmış, şüfali payın satış tarihi itibarıyla 30.000.000.000.-TL dava tarihi itibarıyla 31.000.000.000.-TL olduğu bilirkişilerde ifade edilmiş ve davalı tanıkları da dinlenmiş bunlarda tapudaki satış bedelini teyit eder nitelikte beyanda bulunmuşlardır. Bu deliller ve dosya içeriğine göre davacı bedelde muvazaa

muvazaa iddiasında bulunduğu durumlarda, bu iddiasını tanıkla ispat etmesi mümkün değildir⁴¹⁰.

2. Önalım Davasında Bedelde Muvazaanın İspatı ve Sonuçları

2.1. Önalım Davasında İspat ve Deliller

Taraflar önalım davasında ileri sürdükleri iddialarını, iddianın mahiyetine uygun delillerle ispat etmelidir.

2.1.1. İspat ve Delil Kavramı

Bir hukuk normunun uygulanması, o norm ile düzenlenen olumlu ya da olumsuz vakıaların somut olarak gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Yani, soyut hukuk normları, somut vakıa gerçekleşmedikçe uygulanamaz⁴¹¹.

İstisnai haller bulunmakla beraber; usul hukukumuzda genel kabul gören taraflarca getirilme ilkesidir ve hâkim önalım davasında da taraflarca ileri sürülmeyen hiçbir vakıayı re'sen dikkate alarak bir sonuca varamaz⁴¹².

İspat da tarafların istemlerinin konusu ile ilgili hukuksal sonucu öngören hukuk normundaki öge olayların gerçekleştiği hakkında hâkimde kanaat uyandırmak için girişilen ve hâkimi buna inandırma amacı güden işlem olarak adlandırılabilir⁴¹³. Nitekim dava ne kadar haklı olursa olsun, ispat edilemediği takdirde davanın reddine karar verilecektir.

İspat yükünden bağımsız bir hak olan ispat hakkı, AİHS'nin 6. maddesinde, Anayasa'nın 36. maddesinde ve HMK'nın 27. maddesinde de teminat altına alınmıştır⁴¹⁴. İspat hakkının ilgisine, bu delili ibraz veya ona ulaşma hakkının tanınması, ispat hakkının sağlanması bakımından tek başına yeterli olmayıp bu hak, söz konusu delilin, mahkeme tarafından dikkate alınmasını da içermektedir.

iddiasını kanıtlayamamıştır. Şufa bedeli tapuda gösterilen satım bedeli ile davalı tarafından yapılan harç ve masrafın toplamından ibarettir." (Yargıtay 6. HD. E. 2002/6440 K. 2002/6704 T. 21.10.2002)

⁴¹⁰ Köylüoğlu, Önalım, s.223; Şıpka, Önalım, s. 77; Feyzioğlu, Şufa, s. 77; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.129; Kılıç, Gayrimenkul, s.2006.

⁴¹¹ Umar, Bilge, İsbat Yükü, 2. Bs. Kazancı Matbaacılık Sanayii, İstanbul, 1980, s. 1; Pekcanitez / Atalay / Özekes, Usul, s.326.

⁴¹² Umar, İsbat, s. 2; Pekcanitez / Atalay / Özekes, Usul, s.323.

⁴¹³ Umar, İsbat, s. 2; Konuralp, Haluk, Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Tıpkı Basım, Yetkin Basımevi, Ankara, 2009, s.8; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s. 380; Pekcanitez / Atalay / Özekes, Usul, s.322.

⁴¹⁴ Anayasa m. 36; "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir".

Bahsi geçen ispat, tam ispattır⁴¹⁵. Nitekim HMK m.394'ün gerekçesinde de, “*Kanunda açıkça öngörülmemişse ya da işin niteliği gerekli kılmıyorsa, bir davada (normal bir yargılamada) yaklaşık ispat değil, tam ispat aranır. Çünkü, hâkim, mevcut ispat ve delil kuralları çerçevesinde, tarafların iddia ettiği bir vakıa konusunda tam bir kanaate varmadan o vakıayı doğru kabul edemez. Örneğin, bir alacak davasında taraflardan biri bir sözleşmenin varlığına dayanıyorsa, hâkim bu sözleşmenin varlığı konusunda (mevcut ispat yükü ve delil kuralları çerçevesinde) tam bir kanaate sahip olmalıdır. Yani, zayıf veya kuvvetli bir ihtimal, karar vermek için yeterli değildir. Sözleşmenin varlığı konusunda tam kanaat uyanmazsa, o zaman, ispat yükü kendine düşen tarafın aleyhine bir karar verilmesi gerekir*” denilmiştir. Gerekçe metninden de açıkça görüldüğü gibi zayıf veya kuvvetli bir ihtimal karar vermek için yeterli değildir ve yaklaşık değil, tam ispat şartı aranmıştır.

İspatın konusunu ise tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın konusunu teşkil edip bu uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturmaktadır. Çekişmeli olan bu vakıaları ileri süren taraf iddia edebileceği gibi karşı taraf da ileri sürülen bu iddiaların doğru olmadığını ispat edebilir ve tarafın bu uğurda delil sunması da ispat yükünü üzerine aldığı anlamını taşımaz⁴¹⁶. Tarafların bu ispat uğrunda öne sürdükleri araçlar da delil olarak ifade edilmektedir⁴¹⁷.

Önalım davasında da davacı bedelde muvazaa iddiasını ispatladığı takdirde, ispatladığı orandaki miktarı yukarıda açıklandığı gibi depo edecek⁴¹⁸ ve önalım hakkını bu suretle kullanacaktır. Davacının bu iddiasını ispatlayamaması halinde ise, artık davalıya tapuda görünen bedel üzerinden önalım hakkını kullanıp kullanmayacağı sorulacak ve buna göre bir karar verilmesi gerekecektir.

Önalım davalarında bedelde muvazaanın tanıkla ispatının esasen uygulamada karşılaşılan bir sorun olması sebebiyle, çalışmamızın bu kısmında Yargıtay kararlarına ve doktrin görüşlerine ağırlık vermek suretiyle bir inceleme yapılacaktır. Nitekim uygulama da Yargıtay'ın içtihatlarına göre şekillenmekte ve bu yönde devam etmektedir.

Burada önalım hakkı sahibi, taraflar arasında yapılan işlemde taraf olmadığı için bu işlemlere ilişkin elinde yazılı belge ya da senet olması çok olası bir durum değildir. Bu nedenle, alıcı ile satıcı arasında yapılan satış sözleşmesine taraf olmayan önalım hakkı sahibi,

⁴¹⁵ Kuru, İstinaf, s.232.

⁴¹⁶ HMK m. 191; “*Diğer taraf, ispat yükünü taşıyan tarafın iddiasının doğru olmadığı hakkında delil sunabilir. Karşı ispat faaliyeti için delil sunan taraf, ispat yükünü üzerine almış sayılmaz.*”

⁴¹⁷ Umar, İsbat, s. 2.

⁴¹⁸ Bkz. Bölüm: 2, 2.4., s.50.

sözleşmedeki bedelde muvazaa iddiasını her türlü delil (tanık, bilirkişi, yemin vb.)⁴¹⁹ ile ispat edebilir⁴²⁰.

Nitekim HMK m. 203/d'de; hukuki işlemlere ve senetlere karşı üçüncü kişilerin muvazaa iddialarını tanıkla ispat edebileceği açıkça öngörülmektedir. Bunun altında yatan sebep de belirtildiği gibi, kişinin sözleşmenin tarafı olmamasıdır. Bir kimsenin, tarafı olmadığı bir sözleşmenin muvazaalı olduğunu ispat etmesi çok güç olduğundan, doktrin ve uygulamada bu yöndeki iddianın her türlü delille ispat edilebileceği kabul edilmiştir.

Kanımızca da sözleşmenin tarafı olmayan bir kişinin başka bir suretle muvazaa iddiasının ispatı oldukça güç olacağından uygulamanın ve doktrinin bu yöndeki kabulü isabetli olmuştur.

Uygulamada da bu konuda en çok takdiri delil olan tanık ve keşif deliline dayanılmaktadır. Zira yapılan satış sözleşmesi bakımından, üçüncü kişi konumunda olan önalım hakkı sahibinin, elinde bu sözleşme ile alakalı kesin delil niteliği taşıyan bir belge bulunma ihtimali oldukça düşüktür.

Ancak Yargıtay burada keşif ve bilirkişi delillerini yeterli görmemiş ve iddiayı ispat elverişli başkaca deliller de toplanılarak karar verilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir⁴²¹.

⁴¹⁹ Yargıtay 6.HD., T.19.02.2013, E. 2012/17275, K. 2013/2727; “Önalım hakkının kullanılması ile bu hakkı kullanan paydaş ile alıcı arasında kapsam ve şartları satıcı ile davalı arasında yapılan sözleşmenin aynı olan bir satım ilişkisi kurulmuş olur. Önalım hak1950kını kullanan paydaş bu payı satın almak isterken tapuda gösterilen satış bedeli ile davalı tarafından ödenen harç ve masraflar toplamından ibaret önalım bedelini depo etmesi gerekir. Ancak davacı tapuda yapılan satış sözleşmesinin tarafı olmadığından bedelde muvazaa iddiasında bulunabilir ve bu iddiasını her türlü delille kanıtlayabilir.”; Yargıtay 6.HD., T.29.03.2011, E.2011/850, K. 20113/833; “Dava, önalım hakkına konu edilen payın iptali ile davacı adına tesciline ilişkindir. Davacı bedelde muvazaa iddiasında bulunduğu göre bu iddiasını kanıtlaması gerekir. Satış sözleşmesinin tarafı olmadığından bu iddianın tanık dahil her türlü delille kanıtlanması mümkündür. “

⁴²⁰ Feyzioğlu, Şuf'a, s. 422; Günay, Önalımda Muvazaa, s.112; Şıpka, Önalım, s. 76; Tunaboylu, Önalım, s.353; Açıkgoz, Tarımsal Önalım, s.125; Köylüoğlu, Önalım, s.222; Olcay, Önalım, s.208; Günay, Önalım Hakkı, s.113; Esener, Muvazaa, s.95; Feyzioğlu, Şuf'a Hakkında Muvazaa, s.281; Eren, Yasal Önalım, s112; Atamulu, Muvazaa, s.215; Eraslan, Muvazaa, s. 208.

⁴²¹ Yargıtay 6. HD. T. 14.09.1994, E. 1999/5466, K. 1999/6304; “Davacıların bedelde muvazaa iddiası yönünden keşifte bilirkişinin saptadığı değer ile tapuda gösterilen satış bedelinin farklı olması tek başına muvazaa iddiasının sabit olduğunun kabulüne yeterli değildir. Davacıların bedelde muvazaa hususunda gösterdiği tanıklar dinlenilmek ve dosyadaki tüm deliller birlikte değerlendirilmek suretiyle varılacak sonuca göre bir karar vermek gerekirken, eksik inceleme sonucu yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi hatalı olmuştur.”; Yargıtay 6. HD. 21.03.2005, E. 2005/955; K.2005/2510; “Davacı önalıma konu payın davalıya gerçekte 480.000.000.-TL'ye satıldığı halde önalım hakkının engellenmesi için tapuda bedelin fazla gösterildiğini bildirerek bedelde muvazaa iddiasında bulunmuştur. Davacı bu iddiasını kanıtlamak zorundadır. Muvazaa iddiası tanık dahil her türlü delil ile kanıtlanabilir. Mahkemece keşif yapılarak keşifte belirlenen bedel üzerinden önalım hakkının tanınmasına karar verilmiş ise de keşif bedelde muvazaa iddiasının varlığına tek başına yeterli delil teşkil etmez. Yargıtay'ın yerleşen içtihatları da bu yöndedir. Bu nedenle bedelde muvazaaya ilişkin davacının gösterdiği tanıkların dinlenilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, bu hususun göz ardı edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olduğundan hükmün bozulması gerekmiştir.”; Yargıtay 6.HD., T.19.02.2013, E. 2012/17275, K. 2013/2727; “Uyuşmazlık, önalım hakkına konu edilen payın iptali ile davacı adına tesciline ilişkindir. Davada, davacının açıkça bir bedelde muvazaası olmadığı gibi, böyle bir

Yargıtay'a göre keşif bedelde muvazaa iddiasını ispatlamak için tek başına yeterli bir delil olarak kabul edilmemektedir⁴²².

2.1.1.1. İspat Yükü

2.1.1.1.1. Genel Olarak İspat Yükü

Davaya konu hak ve vakıaların gerçekte var olup olmadıkları konusunda mahkemede karar vermeye yeterli kuvvetli kanı uyandırılmasına ispat denir. İspatın gerçekleşmesi amacıyla kullanılan araçlara da delil denir⁴²³. Yasal sınırlar içerisinde ve usulüne uygun bir şekilde elde edilen ve ispat aracı niteliği taşıyan her şey delil olma niteliğine sahip olabilir.

Uyuşmazlığa konu ve ispata muhtaç olayların kim tarafından ispat edileceğine ilişkin külfete ispat yükü denir⁴²⁴. Kural olarak, bir hususu iddia eden kişi, bu iddiasını ispat etmekle yükümlüdür.

TMK m. 6'da, "*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür*" denmektedir. Yine aynı şekilde HMK m.190'da; "*İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir*" ifadesi yer almaktadır. Yani bir taraf öne sürdüğü, hakkını dayandırdığı olguların var olduğunu ispat etmelidir. Bu kural sebebiyle, uygulamada genel olarak, ispat yükü davacı taraf üzerinde kalmaktadır⁴²⁵.

iddianın varlığının kabulü halinde dahi keşif ve bilirkişi raporu, bedelde muvazaa iddiası yönünden tek başına yeterli kanıt oluşturamaz. Raporun davacının diğer delilleri ile de doğrulanması gerekir. Bu itibarla mahkemenin sadece bilirkişi raporuna dayanarak tapuda satış bedelinin yüksek gösterildiğini kabul etmesi yerinde değildir. Açıklanan bu hukuki olgu karşısında mahkemece davacıdan tapuda gösterilen satış bedeli ve masrafları üzerinden önalım hakkını kullanıp kullanılmayacağını sorulması, kullanılacağını beyan edilmesi halinde önalım bedelinin depo edilmesi için süre ve olanak tanınması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir." ; Yargıtay 6. HD., T. 18.10.1994, E. 9941, K. 10316 (Tunaboşlu, Önalım, s.354)

⁴²² Eren, Yasal Önalım, s.112; Yargıtay 6. HD., T. 22.09.1994, E. 8365, K. 8865 (Tunaboşlu, Önalım, s.354)

⁴²³ Köylüoğlu, Önalım, s.184; Umar, İspat, s. 2; Konuralp, İspat Kuralları, s.8; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s.380; Tutumlu, Mehmet Akif, Bilimsel Görüşler ve Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s.27.

⁴²⁴ Kuru, İstinaf, s.234; Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul, s.354; Açıköz, Tarımsal Önalım, s.300; Günay, Önalım Hakkı, s.62; Kuru, El Kitabı, s.415; Üstündağ, Yargılama, s.613; Umar, İspat, s. 2; Pekcanitez / Atalay / Özekes, Usul, s.342; Tutumlu, Delil, s. 30.

⁴²⁵ Kuru, İstinaf, s.235; Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul, s.355; Kuru, El Kitabı, s.417; Üstündağ, Yargılama, s.615; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s.385; Pekcanitez / Atalay / Özekes, Usul, s.343.

Çoğu zaman, davacının davasının haklı olduğunu ispat etmesi gerekir. Ancak ispat yükü her ne kadar çoğunlukla davacı üzerinde olsa da bu kuralın kanun hükmünden yahut karineden dolayı istisnaları doğabilir. Bu şekilde bir istisnai durumun varlığı halinde de ispat yükünün – genel kurala göre yer değiştirerek – davalı üzerinde olması da mümkündür⁴²⁶.

2.1.1.1.2. Önalım Davasında İspat Yükü

2.1.1.1.2.1. Önalım Hakkının Doğumu ve Davacının Sıfatının Belirlenmesinde İspat Yükü

Önalım davalarında hâkim kural olarak kendiliğinden araştırma yapma yetkisini haiz değildir. Usul hukukumuzda bir hususun ispat edilememesi ya da gösterilen delillerin yetersiz olması halinde de karar verilmesi gerektiği öngörülmüştür. Keza ispat da bir hak olmakla beraber yükümlülük değil, yükür⁴²⁷. Böyle bir halde de iddialarını ispat edilemeyen tarafın aleyhine karar verilmesi gerekmektedir.

Bu nedenle de davasının temelini önalım hakkına sahip olduğuna dayandıran davacı tarafın bu hakkın kendisinde var olduğunu ispat etmesi gerekmektedir. Diğer bir ifade ile, önalım davasında davacı, bu sığata sahip olabileceğini; yani, önalım hakkına sahip olduğunu ispat etmelidir⁴²⁸. Sözleşmeden doğan önalım hakkında da yasal önalım hakkında da bu genel kural aynen geçerlidir⁴²⁹. Nitekim burada bir hakka sahip olduğunu ve bunun kullanılması için gerekli koşulların oluştuğunu iddia eden kişi önalım davasının davacısı olan gerçek ya da tüzel kişidir.

Her ne kadar, önalım hakkının varlığını ispat yükü önalım davasında davacı üzerinde olsa da; önalım hakkının varlığı, davalının sunmuş olduğu bir delil ile de ispat edilebilir. Örneğin; sınırdaşlık ilişkisine dayalı olan önalım hakkı ile ilgili bir davada, davalı tarafın sunduğu kadastro tespitlerinde yahut başkaca kayıtlarda, davaya konu tarım arazisinin, davacının tarım arazisine komşu olduğu tespit edilirse, davacının önalım hakkı ispat edilmiş olacaktır.

⁴²⁶ Kuru, İstinaf, s.235; Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul, s.356; Günay, Önalım Hakkı, s.63; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s. 300; Köylüoğlu, Önalım, s.185; Kuru, El Kitabı, s.417; Üstündağ, Yargılama, s.616; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s.385.

⁴²⁷ Umar, İsbat, s. 7; Pekcanitez / Atalay / Özekes, Usul, s.342.

⁴²⁸ Umar, İsbat, s. 86.

⁴²⁹ Köylüoğlu, Önalım, s.186; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.301.

2.1.1.1.2.2 Bedelde Muvazaa İddiasının İspatlanmasında İspat Yüğü

Önalım olgusunu oluşturan işlemin yapıldığı sözleşmenin niteliğinin ya da bedelinin muvazaalı olduğunu ispat etme yükümlülüğü de bu muvazaayı iddia eden taraf üzerindedir⁴³⁰. Fakat bedelde muvazaa iddiası çoğunlukla davacı tarafından ileri sürüldüğünden ve davalı tarafından muvazaa iddiasında bulunulması hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığından⁴³¹ bedelde muvazaa iddiasına ilişkin ispat yükünün de davacının üzerinde olduğu kabul edilebilir⁴³². Önalım davasında muvazaa iddiası her türlü delille ispat edilebileceğinden bu konuda tanık da dinletilebilir⁴³³. İleride detaylı bir biçimde de açıklanacağı üzere; burada her türlü tanıkla ispat mümkün değildir ve tanıklar ile bu kişilerin tanıklığına ilişkin belli bazı şartların oluşması gerekmektedir.

2.1.1.2. Delillerin İleri Sürülmesi

2.1.1.2.1. Genel Olarak

Hukumumuzda delillerin sürülmesi bakımından, temel olarak kendiliğinden araştırma ilkesi ve taraflarca hazırlama ilkesi olmak üzere iki ilke mevcuttur. Kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, hâkim, tüm delillere re'sen başvurur. Bunun yanında taraflar da delil ileri sürülebilirler. Önalım davası gibi, taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalarda ise kural olarak hâkimin re'sen delillere başvurma imkânı yoktur, deliller taraflarca ileri sürülür. Ancak bunun da istisnaları bulunmaktadır. Hâkim; isticvaba, bilirkişiye, keşfe re'sen karar verebileceği gibi taraflarca öne sürülen delillerin sunulmasını da emredebilir⁴³⁴. Sunulan bu delilleri hâkim takdir edecek ve bu doğrultuda bir sonuca varacaktır.

Deliller ise genel olarak kesin delil ve takdiri delil olmak üzere ikiye ayrılır. Yukarıda bahsettiğimiz hâkimin takdir yetkisi, takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu durumlarda geçerlidir⁴³⁵. Aksi halde yani kesin delille ispatın gerektiği

⁴³⁰ Umar, İsbat, s. 150; Özenli, Şu'fa, s.140; Eraslan, Muvazaa, s. 207; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s.385.

⁴³¹ Özenli, Şu'fa, s.144.

⁴³² Özenli, Şu'fa, s.141.

⁴³³ Günay, Önalım Hakkı, s.65; Ertaş, Eşya, s.331; Özenli, Şu'fa, s.143.

⁴³⁴ Tutumlu, Delil, s. 33; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.297; Köylüoğlu, Önalım, s.186.

⁴³⁵ Konuralp, İspat Kuralları, s. 45.

durumlarda hâkimin takdir yetkisinden söz edilemez. Hâkim kesin delillerle bağlıdır⁴³⁶.

2.1.1.2.2. Önalım Davasında Delillerin İleri Sürülmesi

Önalım davasında taraflarca hazırlama ilkesi uygulanır. Bunun bir sonucu olarak da deliller mahkemeye taraflarca sunulur⁴³⁷. Önalım davasında, yazılı belgeye karşı tanık dinletilememesi durumu istisnası olmak üzere, her türlü delile dayanılabilir⁴³⁸. Bunun sınırı ise iddia ve savunmayı genişletme yasağıdır.

Önalım davasında davacı, tanık ve yemin listesi dahil tüm delillerini dava dilekçesinde veya cevaba cevap dilekçesinde bildirmek (HMK m.119/1.f) ve yazılı delillerini bu dilekçelerine eklemek zorundadır (HMK m.121⁴³⁹; Schw. ZPO § 221/2⁴⁴⁰)⁴⁴¹.

Önalım davasında davalı da tanık ve yemin dahil tüm delillerini, cevap dilekçesinde veya ikinci cevap dilekçesinde bildirmek (HMK m.129/1.e; ZPO §277; Schw. ZPO § 221, 222/2⁴⁴²) ve yazılı delillerini dilekçelerine eklemek zorundadır (HMK m.129/2⁴⁴³, m.121)

Böylece dilekçeler aşamasının tamamlanması ile taraflar delillerini hasretmiş olurlar. Çünkü, taraflar HMK’da belirtilen süreden sonra yeni delil gösteremezler. İddia ve savunmalarını genişletemezler. Tarafların delillerini hasretmiş olmaları HMK m.194’teki somutlaştırma yükünden de anlaşılmaktadır⁴⁴⁴ (Schw. ZPO § 221/1-e⁴⁴⁵). Anılan maddeye göre, ” (1) Taraflar, dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdır.

⁴³⁶ Köylüoğlu, Önalım, s.187.

⁴³⁷ Umar, İsbat, s.2; Kuru, İstinaf, s.218; Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul, s.361; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s.390.

⁴³⁸ Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.298; Köylüoğlu, Önalım, s.188.

⁴³⁹ Dava dilekçesinde gösterilen ve davacının elinde bulunan belgelerin asıllarıyla birlikte harç ve vergiye tabi olmaksızın davalı sayısından bir fazla düzenlenmiş örneklerinin veya sadece örneklerinin dilekçeye eklenerek, mahkemeye verilmesi ve başka yerlerden getirtilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayıcı açıklamanın dilekçede yer alması zorunludur.

⁴⁴⁰ Pekcanitez / Taş Korkmaz / Meriç, HMK, s.47.

⁴⁴¹ Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s. 390; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.297; Tutumlu, Delil, s.37.

⁴⁴² Pekcanitez / Taş Korkmaz / Meriç, HMK, s.49.

⁴⁴³ 121 inci madde hükmü cevap dilekçesi hakkında da uygulanır

⁴⁴⁴ Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul, s.363; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s.391.

⁴⁴⁵ Pekcanitez / Taş Korkmaz / Meriç, HMK, s.72.

(2) *Tarafların, dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakianın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmeleri zorunludur.*”.

HMK m. 145, öngörülen yasal süre dışında delil gösterebilmek için süreyi kaçıran tarafa belirli şartlar altında delil gösterme imkânı tanımaktadır. Madde hükmünde geçen bu şartlar esasen dürüstlük kuralına aykırı olarak ve davayı uzatma düşüncesi ile delil gösterilmesini engellemeye yöneliktir. Bu şartlardan birincisi, sonradan delil göstermeye yönelik talebin mevcut yargılamayı geciktirme amacı taşımamasıdır. Diğeri ise yasal sürenin kaçırılmasında sonradan delil göstermek isteyen tarafın kusurunun bulunmamasıdır⁴⁴⁶. Hâkim, taraflardan birinin istemi üzerine ve şartlar da mevcutsa⁴⁴⁷ o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir⁴⁴⁸. Örneğin; önalım davasında bedelde muvazaa iddiasını ispatlayacak nitelikte bir belgenin mevcut olduğunu bilmeyen, dilekçeler aşamasında böyle bir delili ileri sürmeyen ve bu delilin varlığını sonradan öğrenip delili sonradan eline geçiren davacı taraf bu belgeyi hâkimin izni ile mahkemeye sunabilir ve iddiasını bu suretle ispat edebilir.

HMK m.240/2⁴⁴⁹ hükmü ise, HMK m. 145 ve m. 31’in de istisnasıdır (ZPO § 373; Schw. ZPO § 169⁴⁵⁰). Yani; taraf, hâkimin talebi veya izni olsa dahi ikinci bir tanık listesi veremez⁴⁵¹. Örneğin; önalım davasında bedelde muvazaa iddiasının tanıkla ispatının mümkün olduğu hallerde, bu vasfı taşıyan bir tanık olduğu tanık listesi verildikten sonra öğrenildiyse, artık bu kişinin tanıklığına başvurulamayacaktır.

Yine hâkim, taraflarca getirilme ilkesi uygulanan önalım davasında da uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan

⁴⁴⁶ Ulukapı, Ömer / Yardımcı, Taner Emre, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemesi Kanununa Göre Sonradan Delil Gösterilmesi”, DEÜHFD, 16 (Özel Sayı Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), 483-507, İzmir 2014, s.484; Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul, s.363.

⁴⁴⁷Yargıtay 11. HD. E.2014/5534 “*Davacı tarafça, dava dilekçesinde tanık deliline dayanıldığı gibi, her ne kadar kanunda belirtilen süreden sonra delil gösterilmesi mümkün değil ise de bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşımıyorsa veya süresinde ileri sürülememesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa, mahkemece o delilin sonradan gösterilmesine izin verilebilir.*”

⁴⁴⁸ HMK Gereği; “*Uygulamada, davaların uzamasının temel sebeplerinden birinin de gereksiz yere yeni delil sunulması ve bu konuda taraflara verilen sürelerle uyulmaması olduğu bilinmektedir. Maddenin ilk fıkrasıyla, Kanunda belirtilen sürelerden sonra, davada yeni delil sunulmasının yasak olduğu kural olarak benimsenmiştir. Fakat iki istisna kabul edilmiştir. Yeni delil sunulması talebi yargılamayı geciktirme amacı taşımıyorsa veya delilin süresinde sunulmaması ilgili tarafın kusuru dışında bir sebebe dayanıyorsa, hâkim gerekçesini de belirtmek şartıyla, yeni delil sunulmasına izin verebilir. Bu şekilde delil sunma kuralına istisna getirilmesi, hukukî dinlenme hakkının tabii bir sonucudur.*”

⁴⁴⁹ Tanık gösteren taraf, tanık dinletmek istediği vaktayı ve dinlenilmesi istenen tanıkların adı ve soyadı ile tebliğ elverişli adreslerini içeren listeyi mahkemeye sunar. Bu listede gösterilmemiş olan kişiler tanık olarak dinlenemez ve ikinci bir liste verilemez.

⁴⁵⁰ Pekcanitez / Taş Korkmaz / Meriç, HMK, s.88.94

⁴⁵¹ Tutumlu, Delil, s. 596; Pekcanitez / Atalay / Özkes, Usul, s. 398; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s. 444; Kuru, İstinaf, s.301.

belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir (HMK m.31).

Önalım davasında hâkimin, taraflara delil göstermeleri için vereceği sürenin, kesin süre olması gerekir. Bu süre kesin süre değilse, taraflara talebi üzerine ikinci bir süre verilmedikçe, taraf delil göstermediği gerekçesiyle iddiasını ispat edememiş sayılmaz⁴⁵²(HMK m.94/2⁴⁵³; Schw. ZPO § 144⁴⁵⁴).

Önalım davasında bir tarafın yeni delil gösterme talebi kabul edilmezse, o taraf ıslah yoluna başvurarak da yeni delil gösterebilir. Delil gösterilmesi ve delillerin hasrı usuli bir işlemdir ve ıslahla, önceden yapılmış bir usuli işlemde değişiklik yapılabilir. Bu noktadan hareketle, bir tarafın ıslaha başvurarak kanuni süre sonrasında delil göstermesi mümkündür. Yeni delilin bu suretle gösterilebilmesi, HMK m. 145'te geçen şartların sağlanmamış olmasına veya karşı tarafın buna muvafakat göstermesine bağlıdır. Yani ıslahla yeni delil gösterilmesi veya delil değişikliği yalnızca başka bir kanuni imkânın bulunmaması haline mahsustur⁴⁵⁵.

2.1.1.2.3. Önalım Davasında Bedelde Muvazaanın Tanıkla İspatının Şartları

Konunun esas sorun oluşturduğu ve ilgilendirdiği yerin uygulama olması sebebiyle ve uygulamayı şekillendirenin de Yargıtay olması nedeniyle çalışmamızın bu kısmında Yargıtay kararlarına ağırlık verilecek ve bu doğrultuda bir inceleme yapılacaktır.

Burada muvazaanın özel niteliği gereği, resmî belgeye karşı her türlü delille ispat imkânı tanınmıştır⁴⁵⁶. Nitekim kişinin tarafı olmadığı bir sözleşme ile alakalı elinde kesin delil bulunma ihtimali oldukça düşüktür. Bu doğrultuda böyle bir imkân tanınması oldukça isabetli olmuştur. Ancak bilhassa Yargıtay tarafından bu imkana sınırlamalar getirilmiştir. Yukarıda değindiğimiz gibi, Yargıtay, keşif veya bilirkişinin başkaca delillerle desteklenmesi gerektiğini, bunların önalımda bedelde muvazaa

⁴⁵² Kuru, İstinaf, s.329; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, Usul, s.444.

⁴⁵³ Hâkim, tayin ettiği sürenin kesin olduğuna karar verebilir. Aksi hâlde, belirlenen süreyi geçirmiş olan taraf yeniden süre isteyebilir. Bu şekilde verilecek ikinci süre kesindir ve yeniden süre verilemez

⁴⁵⁴ Pekcanitez / Taş Korkmaz / Meriç, HMK, s.36.

⁴⁵⁵ Ulukapı / Yardımcı, Delil Gösterilmesi, s.493.

⁴⁵⁶ Baykan, Şu'fa Hakkında, s. 34; Kısagün, Şu'fa, s.219; Feyzioğlu, Şu'fa, s. 422; Şıpka, Önalım, s. 76; Tunaboğlu, Önalım, s.353; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.125; Köylüoğlu, Önalım, s.222; Olcay, Önalım, s.208; Günay, Önalım Hakkı, s.113; Esener, Muvazaa, s.95.; Feyzioğlu, Şu'fa Hakkında Muvazaa, s.281.

iddiasını kanıtlamaya yeterli olmadığını içtihat etmiştir⁴⁵⁷. Konumuz esasen tanıkla ispat üzerine olduğundan dolayı diğer deliller ayrıntılı bir şekilde incelenmeyecektir.

Önalım davasında, bedelde muvazaa iddiasında bulunan davacıya resmi belgeye karşı tanıkla ispat hakkı verilmiştir. Ancak Yargıtay, diğer takdiri delillerde olduğu gibi bunu da belli bazı şartların varlığı halinde kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme'ye göre; tanık, görgüye dayalı tanıklık yapmalı, duyuma dayalı tanıklık yapmamalı, tanık ifadeleri keşif, bilirkişi raporu gibi delillerle desteklenmeli ve tanıklığı esnasında verdiği beyanlarda takdire ya da tahmine dayanmayan, net olarak bildiği bir bedele ilişkin tanıklık yapmalıdır. Kanımızca da Yargıtay'ın kökleşmiş kararlarının bu yönde olması yerinde olmuştur. Nitekim bedelde muvazaa iddialarında resmi belgeye karşı takdiri delille ispat imkânı verilerek, davacı lehine bir istisna teşkil edilmiştir. Bu istisnanın da suiistimal edilme olasılığı yüksek olduğundan, tanıkla ispata ilişkin belli bazı şartlar öngörülmüştür. Aşağıda da örnek Yargıtay kararları verilecek, bu kararlar üzerinden ve doktrin ışığında bu hususta bir değerlendirme yapılacaktır.

Yüksek Mahkeme, önalım davasında bedelde muvazaa iddiasının tanıkla ispatını mümkün kılmakla beraber⁴⁵⁸ tanıklar açısından belli bazı şartlar öngörmüştür.

⁴⁵⁷ Yargıtay 6. HD. T. 14.09.1994, E. 1999/5466, K. 1999/6304; “Davacıların bedelde muvazaa iddiası yönünden keşifte bilirkişinin saptadığı değer ile tapuda gösterilen satış bedelinin farklı olması tek başına muvazaa iddiasının sabit olduğunun kabulüne yeterli değildir. Davacıların bedelde muvazaa hususunda gösterdiği tanıklar dinlenilmek ve dosyadaki tüm deliller birlikte değerlendirilmek suretiyle varılacak sonuca göre bir karar vermek gerekirken, eksik inceleme sonucu yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi hatalı olmuştur.”;

Yargıtay 6. HD. 21.03.2005, E. 2005/955; K.2005/2510; “Davacı önalıma konu payın davalıya gerçekte 480.000.000.-TL'ye satıldığı halde önalım hakkının engellenmesi için tapuda bedelin fazla gösterildiğini bildirerek bedelde muvazaa iddiasında bulunmuştur. Davacı bu iddiasını kanıtlamak zorundadır. Muvazaa iddiası tanık dahil her türlü delil ile kanıtlanabilir. Mahkemece keşif yapılarak keşifte belirlenen bedel üzerinden önalım hakkının tanınmasına karar verilmiş ise de keşif bedelde muvazaa iddiasının varlığına tek başına yeterli delil teşkil etmez. Yargıtay'ın yerleşen içtihatları da bu yöndedir. Bu nedenle bedelde muvazaaya ilişkin davacının gösterdiği tanıkların dinlenilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, bu hususun göz ardı edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olduğundan hükmün bozulması gerekmektedir.”;

Yargıtay 6.HD., T.19.02.2013, E. 2012/17275, K. 2013/2727; “Uyuşmazlık, önalım hakkına konu edilen payın iptali ile davacı adına tesciline ilişkindir. Davada, davacının açıkça bir bedelde muvazaası olmadığı gibi, böyle bir iddianın varlığının kabulü halinde dahi keşif ve bilirkişi raporu, bedelde muvazaa iddiası yönünden tek başına yeterli kanıt oluşturmaz. Raporun davacının diğer delilleri ile de doğrulanması gerekir. Bu itibarla mahkemenin sadece bilirkişi raporuna dayanarak tapuda satış bedelinin yüksek gösterildiğini kabul etmesi yerinde değildir. Açıklanan bu hukuki olgu karşısında mahkemece davacıdan tapuda gösterilen satış bedeli ve masrafları üzerinden önalım hakkını kullanıp kullanılmayacağını sorulması, kullanılacağını beyan edilmesi halinde önalım bedelinin depo edilmesi için süre ve olanak tanınması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.”;

⁴⁵⁸ Feyzioğlu, Şuf'a, s. 422; Şıpka, Önalım, s. 76; Tunaboşlu, Önalım, s.353; Açıköz, Tarımsal Önalım, s.125; Köylüoğlu, Önalım, s.222; Olcay, Önalım, s.208; Günay, Önalım Hakkı, s.113; Esener, Muvazaa, s.95; Feyzioğlu, Şuf'a Hakkında Muvazaa, s.281.

Bu şartlardan ilki de tanığın görgüye dayalı tanıklık yapması şartıdır⁴⁵⁹. Başka bir ifade ile tanık duyuma dayalı beyanda bulunduğu takdirde; bu beyanlar hükme esas alınmayacaktır. Yargıtay'ın bu konuda aradığı, tanığın görgüye dayalı tanıklık yapması gerektiği şartı uygulamada ispat açısından bazı zorluklar çıkarmaktadır. Nitekim satış sözleşmesi yapıldığı esnada orada bulunan bir kişi çoğunlukla – HMK m. 247⁴⁶⁰ vd. hükümlerine göre – sözleşmenin taraflarından birinin yakını⁴⁶¹ olmakta ve davanın tarafları aleyhine tanıklık yapmak istememekte ve hatta HMK m. 247 vd. hükümlerine göre tanıklıktan çekinme hakkını kullanmakta ya da uygulamada gerçeğe muhalif tanıklık yapmaktadır. Zira hak sahibi de bir kişinin kendi yakını, onun aleyhine tanıklık yapmak yerine yalan söyleyebileceği çekincesi ile tanık göstermekten çoğu zaman kaçınmaktadır. Ancak yukarıda da değindiğimiz üzere; davacı lehine hali hazırda istisnai bir hak öngörülmüşken, bu şartın aranması kanımızca da yerinde olmuştur.

“Davacı bedelde muvazaa iddiasında bulunduğuna göre bu iddiasını kanıtlaması gerekir. Davacı satış sözleşmesinin tarafı olmadığından bu iddiasını tanık dahil her türlü delil ile kanıtlaması mümkündür. Ancak mahkemece bu konuda dinlenen davacı tanıkları bedelde muvazaa iddiası konusunda görgüye dayalı bir beyanda bulunmamışlardır. Yerinde yapılan keşif sonrasında düzenlenen bilirkişi raporunda davaya konu edilen payın satış tarihi itibarıyla değerinin 7800.-TL olduğu bildirilmiş ise de muvazaa iddiasının kanıtlanması için keşif tek başına yeterli delil değildir. Sadece davacının diğer delillerini doğrulamak bakımından önem arz eder. Davacı muvazaa iddiasını tanık beyanları ile kanıtlayamamıştır.” (Yargıtay 6. HD. E. 2010/9079 K. 2010/2251 T. 02.03.2010⁴⁶²)

⁴⁵⁹ Günay, Önalımda Muvazaa, s.113.

⁴⁶⁰ HMK m.247; “Kanunda açıkça belirtilmiş olan hâllerde, tanık olarak çağrılmış bulunan kimse, tanıklık yapmaktan çekinebilir.

Kişisel nedenlerle tanıklıktan çekinme sebeplerinin varlığı hâlinde, hâkim tanık olarak çağrılmış kimsenin çekinme hakkı bulunduğunu önceden hatırlatır.”

⁴⁶¹ HMK m. 248; “Aşağıdaki kimseler tanıklıktan çekinebilirler:

- a) İki taraftan birinin nişanlısı.
- b) Evlilik bağı ortadan kalkmış olsa dahi iki taraftan birinin eşi.
- c) Kendisi veya eşinin altsoy veya üstsoyu.
- ç) Taraflardan biri ile arasında evlatlık bağı bulunanlar.
- d) Üçüncü derece de dâhil olmak üzere kan veya kendisini oluşturan evlilik bağı ortadan kalkmış olsa dahi kayın hısımları.
- e) Koruyucu aile ve onların çocukları ile koruma altına alınan çocuk”

⁴⁶² Karar için bkz; Tunaboğlu, Önalım, s.361.

“Davacı paydaş satış sözleşmesinde taraf olmadığı için bedelde muvazaa iddiasında bulunabilir ve bu iddiasını her türlü delil ile ispat edebilir. Davacının dinletmiş olduğu tanıklar bedelde muvazaa iddiasını teyit eder nitelikte bir açıklamada bulunmamışlardır. Bilirkişiler marifetiyle yapılan keşif sonucunda düzenlenen bilirkişi raporu, tek başına bedelde muvazaanın varlığını göstermez.” (Yargıtay 6. HD. E. 2004/1976 K. 2004/2338 T. 5.4.2004⁴⁶³)

Ayrıca tanıkların duyuma ya da tahmine dayalı beyanda bulunmaları halinde de bedelde muvazaa iddiası tanık beyanları ile ispat edilemeyecektir. Önalım davasında bedelde muvazaanın tanıkla ispat edilebilmesi için, tanık beyanlarının, açık ve net olması gerekmektedir⁴⁶⁴. Tahminen, takriben gibi ifadelerle verilmiş olan beyanlar da hükme esas alınmayacaktır. Zira bedelde muvazaa iddiasının ortaya çıkardığı uyuşmazlık, bedelin tam ve net bir şekilde belirlenmesi ile birlikte çözüme ulaşacaktır. Hal böyleyken de Yargıtay’ın, yaklaşık ya da tahmini ifadelerin bu uyuşmazlığın çözümünü için elverişli nitelikte olmadığı kabulü isabetli olmuştur.

“Dinlenen tanıklar davalının satın aldığı payın satış bedeli hakkında doğrudan bilgileri olmadığını belirtmişler, yapılan keşifte de satış tarihi itibarıyla tapudaki miktarın normal olduğu saptanmıştır. Bu durumda davacının bedeldeki muvazaa iddiasının sabit olmadığı anlaşılmıştır.” (Yargıtay 6. HD. E. 1996/5378 K. 1996/5512 T. 03.06.1996⁴⁶⁵)

“Davacı şufalı payların satış bedellerinin tapuda yüksek gösterildiğini muvazaalı olan bu satışın gerçek değerinin 150 milyon üzerinde olduğunu iddia etmiştir. Davacı bu satış akdinin tarafı olmadığından bedeldeki muvazaa iddiasını her türlü delille ispatlayabilme olanağı vardır. Ne varki bu konuda dinlettiği tanıklar davalıya yapılan satıştaki gerçek bedelin ne kadar olduğu yolunda görgüye dayalı ve bizzat şahit oldukları bir olayı naklederek bir açıklamada bulunmamışlar duyduklarını nakletmişler veya taksimen değerine ne olacağını bildirmişlerdir. Bu tanık ifadeleri ile bedelde muvazaa iddiasının kanıtlandığı söylenemez. Esasen davacı dahi satış bedelinin ne olduğu yolunda kesin bir iddiada bulunmamış 150 milyon civarında olduğu yolunda tahmini miktardan söz etmiştir.” (Yargıtay 6. HD. E. 1996/1053 K. 1996/1257 T. 12.02.1996⁴⁶⁶)

⁴⁶³ Karar için bkz; Tunaboşlu, Önalım, s.362.

⁴⁶⁴ Günay, Önalımda Muvazaa, s.113.

⁴⁶⁵ Karar için bkz; Tunaboşlu, Önalım, s.375.

⁴⁶⁶ Karar için bkz; Tunaboşlu, Önalım, s.375.

“Davacının bu yolda gösterdiği tanıklar paylı satış bedelinin ne kadar olduğu yolunda hiçbir açıklamada bulunmamışlar sadece taşınmazın metrekare veya dekar değerinin ne kadar olabileceği hakkındaki tahminlerini ifade etmişlerdir. Mahalli bilirkişinin bu konudaki beyanı da aynı niteliktedir. Bu itibarla bedelde muvazaa iddiasının kanıtlanabildiği kabul edilemez. Bilirkişinin ve tanıkların tahmin ve takdire dayanan değere ilişkin ifadelerinin gerçek değeri ifade ettiği söylenemez.” (Yargıtay 6. HD. E. 1995/8377, K. 1995/8621, T. 25.09.1995⁴⁶⁷)

Bunun yanı sıra, tanık beyanlarının keşif ve bilirkişi raporu gibi başkaca delillerle desteklenmesi gerekmektedir. Soyut ve alınan raporlar ile çelişen tanık beyanları, davacının bedelde muvazaa iddiasını kanıtlamaya yeterli olmayacaktır⁴⁶⁸. Yargıtay’ın bu kabulü de tanıklık kavramı ile örtüşmüştür. Nitekim uygulamada tanıkların yalan beyanda bulunması sıklıkla görülen bir durumdur. Bu nedenle de Yargıtay soyut tanık beyanlarının, ek olarak bilirkişi raporu keşif gibi başkaca delillerle desteklenmesi şartı aramıştır.

“Bedelde muvazaa yapıldığını iddia eden davacı, tanık deliline dayanmış ve dinlettiği tanıklardan payını davalıya satan Ahmet Uğurlu, pay karşılığında 12.500.000.000.-TL aldığını belirtmiştir. Diğer tanıkların da görgüye dayalı bilgileri olmayıp, çevreden duyduklarına göre payın 12.500.000.000.-TL’ye satıldığını beyan etmişlerdir. Bu durumda mahkemece, mahallinde bilirkişi marifetiyle inceleme yapılarak, satış tarihindeki pay değerinin tespit edilmesi ve bundan sonra delillerin hep birlikte değerlendirilerek, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, bundan zuhulle eksik inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı görüldüğünden hükmün bozulması gerekmiştir.” (Yargıtay 6. HD. E. 2003/4676 K. 2003/4751 T. 23.06.2003⁴⁶⁹)

Yine Yargıtay’a göre; davacının iddiasını dayandırdığı deliller arasında tanığın yanında keşif de yer alıyorsa ve davacı keşif bedelinin önalım davasına esas alınmasını talep etmişse; muvazaalı olduğu iddia edilen satışa ilişkin – iddiadan farklı da olsa – keşifte belirlenen rakam esas alınır.

“Satış bedelinin tapuda belirlendiği gibi on milyon olmadığı dosyadaki birbirini tamamlayan davacı tanıkları ile sübut bulmuştur. Her ne kadar bu şahitler

⁴⁶⁷ Karar için bkz; Tunaboşlu, Önalım, s. 377.

⁴⁶⁸ Günay, Önalımda Muvazaa, s.113.

⁴⁶⁹ Karar için bkz; Tunaboşlu, Önalım, s. 364.

satış bedelinin 6 milyon olduğunu ifade etmişlerse de davacı kendi beyanı ile bağlı olduğundan satış bedelinin keşifte belirlenen değer olarak kabulü icap etmiştir.” (Yargıtay 6. HD. E. 1987/1980 K. 1987/3967 T. 01.04.1987)

Sonuç olarak, davacının bedelde muvazaa iddiasını tanıkla ispatı mümkündür. Ancak, tanığın belli bazı şartları taşıması gerektiği gibi, tanık ifadeleri başkaca delillerle de desteklenmelidir.

Davacı tanığı; görgüye dayalı tanıklık yapmalı, duyuma dayalı tanıklık yapmamalı ve tanıklığı esnasında verdiği beyanlarda takdire ya da tahmine dayanmayan, net olarak bildiği bir bedele ilişkin tanıklık yapmalıdır. Aksi takdirde, davacı iddiasını tanıkla ispat edemeyecektir. Bunun yanında tanık beyanları keşif ya da bilirkişi gibi ek delillerle desteklenmelidir. Salt, soyut tanık beyanları hükme esas alınmayacaktır.

2.1.2. Bedelde Muvazaanın Tanıkla İspatının Hukuki Sonuçları

Mahkemece muvazaa iddiaları kabul edilirse, ispat edilen tutar üzerinden önalım hakkı kullanılır. Kanımızca bu durumda, davalı tarafından satış sözleşmesinin muvazaa yahut şekil eksikliği sebebi ile geçerli olmadığı iddia edilirse; TMK m.2 gereğince, bu savunma hakkın kötüye kullanılması kabul edilmeli ve reddedilmelidir⁴⁷⁰. Nitekim Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir⁴⁷¹. Buradaki bir diğer tartışma da gerçekte ödenen bedelle satış yapılmış olsaydı, hak sahibi önalım hakkını kullanmayacak olmasına rağmen tapuda gösterilen bedelin taşınmazın rayicinden çok düşük olması sebebiyle kullanmışsa; bunun da TMK m.2 kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği yönündedir. Bir kısım yazarlar, hak sahibinin, burada alıcı ve satıcı arasında yapılan sözleşmeden haksız çıkar sağlamaya yönelik hareket ettiğini ve bu nedenle hakkını kötüye kullandığını ileri sürmektedir. Kanımızca, böyle bir durumda hak sahibinin haksız çıkar sağlamaya çalıştığını ve davalının, hak sahibi, tapuda yazılı olan

⁴⁷⁰ Şipka, Önalım, s.77; Köylüoğlu, Önalım, s.223; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s.127.

⁴⁷¹ Yargıtay 6. HD, T. 02.05.2000, E. 2000/2481, K.2000/4111; “Davacı şüfali payın satış bedelinin tapuda muvazaalı olarak 2.000.000.000.-TL gösterildiğini, gerçek bedelin 720.000.000.-TL olduğunu, bu bedel üzerinden şüfa hakkının tanınmasını istemiştir. Davacı bedelde muvazaa iddiasında bulunduğu göre bu iddiasını kanıtlaması gerekir. Davacı iddiasını kanıtlama yönünde iki tanık dinletmiştir. Dinlenen davacı tanıkları bedelde muvazaa konusunda herhangi bir beyanda bulunmamışlar yalnızca satış tarihinde taşınmazın metrekaresinin 30-35 milyon TL civarında olduğunu bildirmişlerdir. Mahkemece taşınmazda keşif yapılarak bilirkişinin sunduğu rapora göre 850.000.000.-TL üzerinden şüfa hakkının tanınmasına karar verilmiştir. Davacı tanıkları bedelde muvazaa konusunda bilgi vermediklerine göre muvazaa iddiasının kabulü için keşif tek başına yeterli delil sayılamaz. Bu itibarla mahkemece davacıya tapuda gösterilen bedel üzerinden şüfa hakkını kullanarak kullanmayacağını sorulması, kabul ettiği takdirde şüfa bedelinin depo edilmesi için münasip bir mehil verilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken bundan zuhul olunarak yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olmuştur.”

meblağ gerçek satış bedeli olsaydı önalım hakkını kullanmayacaktı iddiasını ispat etmesi şartıyla; bu husus da hakkın kötüye kullanması olarak kabul edilmelidir.

Önalım hakkı sahibi, açtığı önalım davasının dava dilekçesinde, keşifte belirlenecek bedelin esas alınarak önalım hakkının kullanılmasını talep etmiş ise, keşifte belirlenecek bedelin tapuda gösterilen bedel ile aynı çıkması halinde bu talep ile artık bağılıdır⁴⁷². Yargıtay'ın konu ile ilgili görüşü de bu yöndedir. Yargıtay'a göre keşif sonucunda belirlenen bedel üzerinden önalım hakkının tanınması gerekmektedir. Zira bedelde muvazaa iddiasını kanıtlayan önalım hakkı sahibinin vereceği bedel de iddia ve ispat ettiği kadardır⁴⁷³.

Önalım hakkı sahibi muvazaa iddiasını ispat edemez ve tapuda gösterilen bedel ile de taşınmazı almak istemez ise önalım hakkının o bedel üzerinden kullanılması istenilmediğinden, önalım davasının reddedilmesi gerekir. Bizim de katıldığımız görüşe göre; burada esasen yapılması gereken, davacıya tapuda gösterilmiş bulunan ve davacının muvazaa iddiasına konu ettiği bedel üzerinden önalım hakkını kullanmak isteyip istemediğinin özellikle sorulması ve davacının bu konudaki beyanına göre bir karar verilmesidir⁴⁷⁴.

2.1.3. Önalım Davasında Verilecek Karar

Davada – feragat, kabul ve sulh durumları hariç – tarafların iddia ve savunmaları ile deliller değerlendirilerek yapılan yargılama sonucunda bir nihai hüküm kurulur⁴⁷⁵. Bu karar ile de önalım davası sona erer. Önalım davasında davanın niteliği ve talep nedeni ile, hâkim tarafından davanın reddi yahut davanın kabulü olacak biçimde iki çeşit karar verilebilir.

2.1.3.1 Bedelde Muvazaa İddiasının Tanıkla İspat Edilememesi Hali ve Davanın Reddi

Görülen önalım davasında yapılan yargılama sonucunda, önalım hakkı sahibi olduğunu iddia eden davacı, bu hakka sahip olduğu yönündeki iddiasını hukuka uygun ve kabul edilebilir nitelikteki deliller ile ispat edemediği takdirde; davanın reddine karar verilecektir⁴⁷⁶.

⁴⁷² Yargıtay 6. HD., T. 01.04.1987, E. 1980, K. 3967 (Tunaboşlu, Önalım, s.354)

⁴⁷³ Tunaboşlu, Önalım, s.354.

⁴⁷⁴ Feyzioğlu, Şuf'a, s. 422; Açıkğöz, 2011, s.128; Olcay, Önalım, s.208.

⁴⁷⁵ Dava sonunda verilen nihai hükümler ile ilgili detaylı bilgi için bkz; Kuru, İstinaf, s.338 vd.; Kuru / Arslan / Yılmaz, Usul, s.450vd.; Kuru, El Kitabı, s.532 vd.; Üstündağ, Yargılama, s.788vd.

⁴⁷⁶ Özenli, Şuf'a, s.165.

Davacı iddiasını, belirtilen şartları taşımayan tanık beyanları ile ispat etmeye çalıştığı takdirde ispat edemeyecektir. Bunun sonucu olarak da davacıya; tapuda görünen bedel üzerinden önalım hakkını kullanıp kullanmayacağı sorularak bir sonuca varılacaktır.

Davacının bedelde muvazaa iddiasını tanık deliline dayandırması ve tanığın da aranan şartları taşıması halinde, önalım hakkı sahibine, bu hakkını tapudaki bedel üzerinden kullanıp kullanmayacağı sorulacak ve davacı bu hakkı kullanmayacak ise yine davanın reddine karar verilecektir. Verilen red kararının usulüne uygun bir şekilde kesinleşmesi üzerine, taraflar bakımından kesin hüküm teşkil eder⁴⁷⁷.

Şayet önalım hakkı sahibi, tapudaki bedel üzerinden önalım hakkını kullanmak isterse; bedelde muvazaa iddiasını ispat edememiş olmasına rağmen önalım hakkı baki kalacak ve tapuda gösterilmiş olan, depo edilmesi gereken miktara ilişkin olarak aradaki farkı tamamlamak suretiyle önalım hakkını kullanabilecektir. Yani bedelde muvazaa iddiasının mahkeme tarafından kabul edilmemesi önalım hakkının mevcudiyetine hâlel getirmeyecek, davacının önalım hakkı varlığını devam ettirecektir. Nitekim önalım davalarında ileri sürülen her türlü bedelde muvazaa iddiası bir ön mesele olarak, yine aynı önalım davasının içerisinde çözülmektedir.

Davalının ise bedelde muvazaa iddiasını tanıkla ispat etmesinin imkânı bulunmamaktadır. Zira bir kimsenin tarafı olduğu ve resmi şekilde yapmış bulunduğu bir sözleşmenin hilafına olacak şekilde tanık dinletmesi, bunu da tanıkla ispat etmesi hukuken mümkün değildir.

2.1.3.2. Bedelde Muvazaa İddiasının Tanıkla İspat Edilmesi Hali ve Davanın

Kabulü

Görülen önalım davasında yapılan yargılama sonucunda, davacı olan önalım hakkı sahibi bu hakka sahip olduğu yönündeki iddiasını ispat ettiği ve önalıma konu mal bakımından tespit edilen bedeli mahkemeye depo ettiği takdirde; açılan önalım davasının kabulüne karar verilir.

Davacının bedelde muvazaa iddiasını tanık deliline dayandırması ve tanığın da aranan şartları taşıması halinde, davacının iddiaları ile diğer delilleri söz konusu tanığın beyanları ile doğrulandığı takdirde, hâkim tarafından muvazaa iddiasının ispat

⁴⁷⁷ Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s. 373; Köylüoğlu, Önalım, s.227.

edilebildiği ölçüde, ispat edilebilen satış bedeli doğrultusunda davanın kabulüne karar verilecektir.

Davanın kabulü halinde de bedeli depo edilen taşınmazın mülkiyeti artık davacıya geçecektir. Davanın kabulünde, davaya konu taşınmazın önalım hakkı sahibine devir ve tesciline karar verilir⁴⁷⁸. Bu hususta TMK 716/2’de; “*Bir taşınmazın mülkiyetini işgal, miras, kamulaştırma, cebrî icra veya mahkeme kararına dayanarak kazanan kişi tescili doğrudan doğruya yaptırabilir.*” hükmü yer almaktadır. Yani burada mülkiyet tescilden önce kazanılmaktadır ve esasen taşınmaz mülkiyeti tescilden evvel kazanıldığından da taşınmaza ilişkin bu tescil, artık kurucu nitelikte değil aksine bildirici nitelikte bir tescildir⁴⁷⁹.

Önalım davasında verilen davanın kabulü kararı, tespit ve yenilik doğuran kısımlardan oluşur. Tespit kısmında, önalım hakkının kullanılması sonucunda, davacı ile taşınmazın ilk maliki arasında yeni bir satım sözleşmesi kurulduğuna ve bundan doğan haklar ile yükümlülükler yer verilir. Yenilik doğuran bölümde ise, bu hak ve yükümlülüklerin ne şekilde yerine getirileceği ile beraber bunların kime ait olduğuna yer verilir⁴⁸⁰.

TMK madde 706⁴⁸¹ gereğince; taşınmazın mülkiyetini devretmeyi amaçlayan sözleşmelerin resmi şekilde yapılması geçerlilik şartıdır. Aynı şekilde TBK m. 237⁴⁸²’de de taşınmaz satış sözleşmesinin geçerliliği, resmi şekilde yapılması şartına bağlıdır. Resmi şekil şartının unsurlarından birisi de bedeldir. Zira bedel, taşınmaz satış sözleşmesinin esaslı unsurlarından biridir. Bu nedenle, bedelin düşük yahut fazla gösterilmesi; şekle aykırılık oluşturur ve kural olarak, sözleşme kesin hükümsüz – batıl – olur.

Genel olarak, 6098 sayılı TBK m. 19 hükmünde açıklamasını bulan hüküm gereğince; muvazaaya dayalı olarak yapılan temlik, yolsuz bir işlem kabul edilir ve geçersizdir. Tapuda yapılan tescil ve temlik işlemlerinin nedensel işlemler olmasından dolayı, sözleşme geçersiz olduğunda, tapu kaydının da bu doğrultuda TMK’nun 1025.

⁴⁷⁸ Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s. 363; Günay, Önalım Hakkı, s.83.

⁴⁷⁹ Köylüoğlu, Önalım, s.227; Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s. 365; Oğuzman / Seliçi / Özdemir, Eşya, s.545; Aybay / Hatemi, Eşya, s.190.

⁴⁸⁰ Açıkgöz, Tarımsal Önalım, s. 363.

⁴⁸¹ TMK Madde 706; “*Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmî şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır.*”.

⁴⁸² TBK Madde 237; “*Taşınmaz satışının geçerli olabilmesi için, sözleşmenin resmî şekilde düzenlenmesi şarttır.*”.

maddesi gereği, iptal edilmesi gerekmektedir. Yani muvazaa sebebiyle geçersiz bir sözleşmeye dayalı olarak tapuda temlik yapıldığında; tescil, yolsuz bir tescil hükmündedir.

Bu sebeple, davacının bedelde muvazaa iddiası, yukarıda anılan şartları haiz – görgüye dayalı, net bedel belirten ve başkaca delillerle desteklenen – tanıklar vasıtası ile ispatlanırsa; mahkeme tarafından tapudaki tescilin iptaline ve tapuda, önalım hakkı sahibi lehine tescil işlemi gerçekleştirilmesine yönelik olarak karar verilecektir. Bu halde önalım bedeli, davacı tarafından iddia edilen miktar değil; bedelde muvazaa iddiasının ispat edildiği kadar olacaktır. Yani diğer bir deyişle; davacı davası kabul edilse dahi önalım hakkını, iddia ettiği bedel üzerinden değil muvazaa iddiasını ispat edilebildiği bedel üzerinden kullanacaktır. Nitekim mahkeme veznesine depo edilecek olan miktar da ispat edilebilen bedel üzerinden tayin edilmektedir.

Sonuç olarak; davacının bedelde muvazaa iddiası, başkaca delillerle de desteklenen ve görgüye dayalı tanıklık yapmak koşulu ile net bir biçimde satış bedeli belirten tanıklarla ispat edilebilmektedir. Davalı ise dürüstlük ve iyiniyet kuralları ile kimsenin kendi hukuka aykırı davranışından faydalanamayacağı ilkeleri uyarınca; bedelde muvazaa iddiasında bulunamaz, davalının böyle bir iddiada bulunması halinde de bu iddiası dinlenmez.

SONUÇ

Hukukumuzda önalım hakkı, kaynağına göre sözleşmeden doğan önalım hakkı ve yasal önalım hakkı olarak ikiye ayrılmaktadır. Sözleşmeden doğan önalım hakkı TMK m.735'te, yasal önalım hakkı ise TMK m. 732 – 734'te düzenlenmiştir.

Söz konusu maddelerde ve TMK'nın başkaca bir maddesinde önalım hakkının tanımı yapılmadığından bu yöndeki boşluk doktrin tarafından doldurulmuştur. Doktrinde üzerinde mutabık kalınan tanıma göre; önalım hakkı, kanun ya da sözleşmeden doğan ve hak sahibinin tek taraflı bir irade beyanı ile (dava yolu ile kullanılmak kaydı ile) hüküm doğuran, subjektif – aynı mahiyette yenilik doğuran bir haktır.

Hakkın konusu olan şeyin iradi ve ivazlı bir şekilde yasanın öngördüğü şartlarda üçüncü şahsa satılması ya da satış benzeri bir işlemle devredilmesi ile hakkın kullanımına engel bir durumun olmaması halinde önalım hakkı sahibi önalım hakkının kullanılmasına neden olan satım ya da satım benzeri işlemdeki satım bedeli ve fer'ilerini ya da muvazaa iddiası olması halinde tespit edilecek gerçek satım bedelini ve yine fer'ilerini ödeyerek mülkiyetin kendisine geçirilmesini talep edebilir.

Önalım hakkının kullanılabilmesi için önalım olgusu da denilen satış veya buna benzer iradi ve ivazlı bir işlemin gerçekleşmesi gerekmektedir. Temel olarak kişinin iradesi dışında gerçekleşen ya da ivazsız olarak yapılan tasarruflar bakımından önalım hakkı kullanılamayacaktır.

Önalım hakkının kullanılmasına ilişkin bu talep hakkı satıcı ve alıcının hak sahibine yaptığı bildirim üzerinden üç ay ve her halde iki yıl geçmekle birlikte düşer. Bu süreler zamanaşımı süresi değil, hak düşürücü süre niteliğindedirler ve bu nedenle durması ya da kesilmesi de mümkün değildir.

Buradaki süreler hak düşürücü süre olması sebebiyle durması veya kesilmesi söz konusu olmadığı gibi yargılama sırasında taraflarca ileri sürülmediği halde dahi, hâkim tarafından re'sen göz önünde bulundurulur.

Önalım hakkı yalnızca dava açmak sureti ile kullanılabilir. Bu dava 3 aylık ve 2 yıllık hak düşürücü süreler içerisinde açılmalı ve dava esnasında bedelde muvazaa iddiası olmaması halinde tapuda gösterilen satış bedeli ve masrafların (fer'ilerin), bedelde muvazaa iddiası olması halinde bedelde muvazaa iddiası ile ilgili bu ön sorun çözüldükten sonra tespit edilen gerçek satış bedeli ve masraflar hâkimin belirlediği banka hesabına nakden depo edilmelidir. Bedel depo edilmediği takdirde önalım hakkı kullanılamayacak ve davacının davası reddedilecektir.

6537 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle öngörülen sınırdaş arazi sahibine tanınan önalım hakkı kullanımını ise TKAKK'nun tarım arazilerin parçalanmasını önlemek bakımından mevcut eksikliklerinin giderilmesi amacı taşımaktadır.

6537 sayılı Kanun'la TKAKK'da yapılan değişikliklerin, tarım arazilerinin üretim faaliyetlerine katkısının artırılması yolundaki amaca ve yaşanan sorunların bir kısmının çözümüne yönelik katkı sağladığı söylenebilirse de Kanun'un ve önalım hakkı kavramının hukukta yer almasının gerçek amacına ne denli hizmet ettiği, yarar sağladığı tartışmalıdır.

6537 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerde ise TKAKK'nın tarım arazilerin parçalanmasını önlemek bakımından, sınırdaşlık ilişkisine dayalı önalım hakkının doğumu için önalıma konu arazi ile önalım hakkı tanınan arazinin tarım arazisi niteliğinde olması, aralarında sınır bağı bulunması ve yine Yargıtay kararlarında ve uygulamada öngörülen diğer şartların yerine gelmesi halinde, tarım arazilerinde bütünlüğünün sağlanması ve tarımsal faaliyetlerden sağlanan verimin artırılması amacı ile anılan yönde hüküm ihdas edilmiştir.

Söz konusu düzenlemelerin eksiklikleri de bulunduğu tartışmasızdır. TKAKK'nın tarım arazisini devralan mirasçının, mülkiyeti başkasına devretmesini engelleyecek bir hüküm ihtiva etmemesi; mirasçılardan değer artışından doğan haklarının mülkiyeti iktisap eden mirasçıdan başka üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebileceği ya da bu hakkın tapu kütüğüne şerh edilebileceği yönünde bir hükmün bulunmaması, önalım hakkını kullanan sınırdaş arazi sahibinin tarımsal faaliyetlerde bulunup bulunmadığının denetlenmemesi ya da denetlenmesinin öngörülmemiş olması bu eksikliklerin başlıcalarıdır.

Öte yandan tarım sektöründeki asıl sorunun fiili bölünmeler olduğu, buna rağmen hukuki bölünmeyi engelleyen bu hükümlerin, bölünmeleri nedenli engelleyeceği ve kanun koyucunun amacına ne kadar hizmet ettiği de ayrı bir tartışma konusudur.

Mirasçılardan, Kanun'un kendilerine yüklediği birtakım yükümlülüklerden kurtulmak amacı ile taşınmaz mülkiyetini ortaklıklara devrederek, araziyi fiilen bölüşüp kullanmaları

mümkündür. Kanımızca, sorunun çözümü için burada öncelikle yapılması gereken, belirli konularda kültürel altyapı ve bilinçlendirme yapılmaksızın kural ihdas etmek yerine, eğitim ve bilinçlendirme çalışmalarına ağırlık verilmesi olmalıdır.

Önalım hakkının kullanılması sırasında bedelde muvazaa iddiası genellikle önalım davasının içinde ileri sürülmektedir. Önalım davasında, bu iddia bir ön mesele olarak çözülmek zorundadır. Davanın gidişatı bedelde muvazaa iddiasının kabul veya reddine göre şekillenecek ve fakat öz itibari ile önalım hakkına zarar gelmeyecektir. Dava içerisinde öncelikle bedelde muvazaa iddiasının çözülmesi gerektiğinden, uygulamada bazen bu durum davacı tarafından zaman kazanmak amacı ile kullanılmaktadır.

Davacının bedelde muvazaa iddiası; usul hukukunda öngörülen kesin deliller ve belgeler dışında bizzat görgüye dayalı olan, başkaca delillerle desteklenen ve net bir şekilde olaya tanık olunmasından kaynaklı bilgiye göre, bedel belirtmek suretiyle yapılan tanık beyanları ile ispat edilebilir.

Önalım hakkına konu bir alım satım işleminde, önalım hakkını bertaraf etmek isteyen tarafların, olaya hakimiyetleri ve ortak amaçları dikkate alındığında genellikle bedelde muvazaa iddiasının ispatına yarar tanık delili dışında kesin delil bırakmaları beklenmez.

Nihai delil olarak tanık deliline başvurulmasının zorunluluk arz ettiği bu durumlarda, uygulamada imkansız yakın zorluk taşınmasına rağmen, tanıkların bizzat alım satım olayına ve unsurlarına tanık olmaları ve tüm yükümlülükleri bilmeleri ve yine belirttiğimiz üzere bu duruma kendilerinin tanık olması şartı aranmaktadır.

Bu noktada özellikle, önalım davasında bedelde muvazaa iddiasının tanıkla ispatının amaçlanması ve çoğunlukla olayın niteliği gereği, iddiada başkaca delile dayanmanın mümkün olmadığı durumlarda başvuru tanık delilinde, Yargıtay kararları gereğince, aranan niteliklerin sağlanması ne yazık ki mümkün değildir.

Taraflarca yargılama sürecinde bildirilen tanıkların bu nitelikleri sağlayıp sağlamadığı ya da sağlayıp sağlamayacağı daha ilk baştan denetlenebileceği halde, bu yola başvurulmaksızın yargılamanın seyri sırasında, tanıklarda bulunması gerekli niteliklerin denetlenmesi yoluna gidilmesi, hem yargılama sürecinin uzamasına ve hem de ne yazık ki konunun uzmanı olmayan mahkeme hâkimleri tarafından, niteliği yargılamanın seyrine ya da hükme etkili olmayan tanıkların beyanları nedeni ile yargılamada ve hatta hükümde hataya düşülmesine neden olmaktadır.

Usulüne uygun olarak ispat edilen bedelde muvazaa iddiasının sonucu ise; iddianın ispat edilebildiği ölçüdeki bedel üzerinden önalım hakkının kullanılması olacaktır. Burada önalım bedeli, iddia edilen miktar değil; bedelde muvazaa iddiasının ispat edildiği kadar olacak ve yine dava masrafları ve ücreti vekalette bu ispat ve iddia ve ispat durumuna göre belirlenecektir.

Davacı belirtilen şartları taşımayan tanıkların beyanları ile bedelde muvazaa iddiasını ispat edemeyecektir. Davacının bu iddiasını ispat edememesi halinde, tapuda gözüken bedel üzerinden önalım hakkını kullanmak isteyip istemediği sorulacak ve buna göre bir karar verilecektir. Şayet davacı önalım hakkını tapudaki bedel üzerinden kullanmak isterse, önalım hakkına herhangi bir zarar gelmediğinden, önalım hakkını kullanabilecektir.

Uygulamada en çok karşılaşılan ve ne yazık ki usul ekonomisi bir tarafa itilerek çözümünde aylar ve hatta yıllar sarf edilen esas sorun; bedelde muvazaa iddiasında bulunan davacının, iddiası ile ilgili kesin delili olup olmadığının, bunun akabinde tanıklarının bizzat önalım hakkını doğuran olaya ve hukuki işleme tanık olup olmadıkları irdelenmeksizin, tanık dinlenilmesine ve keşif yapılmasına dair karar verilmesi ile nihayeten tüm bu işlemlerin yapılması ve sürecin tamamlanmasından sonra, tanıkların bizzat hukuki ilişkiye dayalı görgülerinin olmaması, keşif delilinin de tek başına muvazaayı ispata yeterli delil olmaması nedenine dayalı olarak muvazaa iddiasının reddi ile tapu bedeli üzerinden hakkın kullanılıp kullanılmayacağı sorulması ve yargılamanın yukarıda da belirttiğimiz üzere yıllar sonra başladığı noktaya geri dönmesidir.

Özellikle yerel mahkemeler tarafından hüküm fıkrasının oluşturulması sırasında hataya düşülen en önemli konulardan birisi de önalım hakkının kullanılması sırasında bedelde muvazaa iddiası olması halinde ve nihayeten davacının muvazaa iddiasını ispat edilemediği durumda masraf ve vekalet ücreti takdirinde yaşanmaktadır. Bu durumda davacının tapuda gösterilen bedel üzerinden önalım hakkını kullanmak istememesi halinde sorun ortaya çıkmayacak, davası red olunacak ve red kararı gereğince hukuka uygun şekilde masraf ve vekalet ücreti takdir edilecektir.

Davacı tarafından, iddia edilen ve ispat edilemeyen satım bedeli değil de tapuda gösterilen bedel üzerinden önalım hakkının kullanılması istendiği halde, davacı lehine sadece dava dilekçesinde gerçek satış bedeli olduğunu iddia ettiği bedel üzerinden ücret ve masraf takdiri yoluna gidilecek, bu bedel ile tapudaki satış bedeli arasındaki fark üzerinden ise davalı lehine ücret ve masraf takdir edilecektir.

Yine uygulamada yargı sistemindeki aksaklıkların taraflarca kötüye kullanılmasının bir neticesi olarak, önalım davalarında ispat mümkün olmasa dahi davacı tarafın bedelde muvazaa iddiasında bulunduğu, mahkemeler tarafından depo kararı verilmesinden önce bu muvazaa iddiasının ön mesele olarak çözümlenmesi gerektiği düşünüldüğünde, davacının kötü niyetle bu süreci kendi lehine kullandığı ve depo edilmiş bir bedel olmadığından nemalandırmanın da mümkün olmaması karşısında davalının süreçten ekonomik olarak zarara uğradığı görülmektedir.

Türkiye Cumhuriyetinin mevcut Anayasası'nın "*Mülkiyet Hakkı*" yan başlığını taşıyan m. 35; "*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.*" hükmünü içermekle gerek mülkiyet hakkı ve gerekse de bu hakkın serbestçe kullanımını anayasal teminat altına alınmıştır. Bu yönde düzenlemelerin bulunduğu bir yasal sistemde, bir takım ticari ya da ekonomik düşüncelerle kişinin mülkiyet hakkına bağlı tasarruf yetkisinin önalım hakkı nedeni ile sınırlandırılması Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın ruhuna aykırıdır düşüncesindeyiz.

Şöyle ki, önalım hakkının amacı, hak sahibinin söz konusu taşınmazda paydaş olmasına bağlı olarak payın üçüncü bir kişiye satılması durumunda öncelikle kendisine bu yerin devredilmesini isteme hakkını tanımaktır. Bu hakkın paydaşa tanınmasındaki yegâne neden ortaklığa yabancı bir kişinin girmesine genel olarak engel olmaktır.

Kanaatimizce kanun koyucunun nihai amacı , özellikle üretime özgülenmiş gayrimenkule dışardan paydaş girmesini ve bu nedenle gayrimenkulün bir bütün olarak değerlendirilmesinin engellenmesinin ve üretime katkısının düşmesinin önüne geçmektir. Ülkemizde gelinen noktada özellikle tarımsal karakterli arazilerde bu hak genellikle, müşterek muristen kalan gayrimenkulün tek parça halinde tutulması dışında bir amaca hizmet etmemekte, bu amacın temelinde de gayrimenkülü üretimde tutmak dışında çoğunlukla, Türk toplumu açısından önem ihtiva eden "*ata yadigarı, aile mülkü*" gibi manevi kavramlar öncelik taşımaktadır.

Ancak belki de paydaşlar dışında bir kişinin gayrimenkulde pay sahibi olması halinde ortaklığın giderilmesi ya da bir başka yolla tüm payın tek kişide toplanması sağlanacak ve gayrimenkulün üretime katkısı artacaktır. Özellikle gayrimenkülü elinde bulunduranların değil de dışardan alım yapmak yolu ile paydaş olanların üretim eğiliminin daha fazla olduğu haller araştırılarak bu konuda objektif kriterler getirilebilir.

Diğer yandan ortaklığın giderilmesi davası uygulamasının bulunduğu bir hukuki yapı içinde önalım hakkı hakkında hüküm bulunması, önalım hakkı konusundaki hükmün ihdas edilme amacına hizmet etmekten uzaklaşmış iken bir de tarım arazilerinde sınırdaş mülk sahibine önalım hakkı tanınması, mevcut uygulama ve kanun koyucunun nihai amacı düşünöldüğünde, temel amaçtan uzaklaşmış gözökmektedir.



KAYNAKÇA

Açıkgöz, O. (2018). *Tarım Arazilerinde Yasal Önalım Hakkı (Tarımsal Önalım Hakkı)* (1.Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Akalp Demirtabak, D. (2010). *Yasal Önalım Hakkı* (1. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Akartepe, A. (2004). *Türk Hukukuna Göre Ölüncüye Kadar Bakma Sözleşmesi. İstanbul : Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi.*

Akıntürk, T., Akipek, J., Ateş, D. (2018). *Eşya Hukuku* (2. Baskı), İstanbul: Beta Basım Yayın.

Albayrak, H. (2017). *Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinde Görev ve Yetkiye İlişkin Sorunlar. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi. (10), 43-95.*

Arık, F. (1943). *Şuf'a Hakkı Üzerinde Bir İnceleme. Ankara.*

Arslan, R., Yılmaz, E., Taşpınar Ayvaz S. Ve Hanağası E. (2019). *Medeni Usul Hukuku* (5. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.

Atamulu, İ. (2011). *Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa* (1. Baskı). Adalet Yayınevi, Ankara.

Aybay, A. Ve Hatemi, H. (2014). *Eşya Hukuku* (4. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Baykan, V (1947) . *Şuf'a Hakkının İstimali İle Açılan Davalar. Latif Dinçbaş Matbaası.*

Buz, V. (2005). *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar. Ankara.*

Demirbaş, F. (2016). *Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 65 (2), 249-278.*

Erdoğan, C. (1991). *Açıklamalı ve İçtihatlı Ortaklığın Giderilmesi (İzaleyi Şuyuu) ve Şuf'a Davaları* (2. Baskı). Ankara : En-Kay Yayınevi.

Erdoğan, H. (2001). *Şuf'a Davaları. Ankara : Adalet Yayınevi.*

Eren, F. (2008). *TMKna Göre Yasal Önalım Hakkı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 12 (1-2), 103 – 126. (Eren, Önalım)*

Eren, F. (2019). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Baskı). Ankara: Yetkin Basım Yayın. (Eren, Borçlar)

Erkan, V.U. (2016). *Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 Tarihli E. 2003/34 ve K. 2007/94 Sayılı Kararı Üzerine: TMK'nda Yasal Önalım Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılması*. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 5 (1), 269-294.

Ertaş, Ş. (2018). *Eşya Hukuku* (14. Baskı). İzmir: Barış Yayıncılık.

Esener, T. (1956). *Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler*, İstanbul: Fakülteler Matbaası.

Feyzioğlu, N.F. (1977). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Cilt I-II)* (2. Baskı). İstanbul: Fakülteler Matbaası. (Feyzioğlu, Borçlar)

Feyzioğlu, N.F. (1959). *Şuf'a Hakkı*, İstanbul: Nazari ve Tatbiki Hukuk Eserleri. (Feyzioğlu, Şuf'a)

Feyzioğlu, N.F. (1950). *Şuf'a Hakkında Muvazaa İddiaları*. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 16 (1-2), 272-288. (Feyzioğlu, Muvazaa)

Günay, E. (2018). *Önalım Hakkı* (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık. (Günay, Önalım Hakkı)

Günay, E. (2016). *Önalımda Muvazaa*. Terazi Hukuk Dergisi. 11 (118), 109– 118. (Günay, Önalımda Muvazaa)

Kılıç, H. (1997). *Gayrimenkul Davaları* (Cilt II). Ankara: Turhan Kitabevi.

Kırca, Ç. (2002). *Önalım Hakkı Konusunda Medenî Kanundaki Değişiklikler*. Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı C.II (ss.1179-1203). İstanbul : Beta Yayınevi.

Kısagün, A. (1958). *Şuf'a Davaları*. Ankara: Doğu Ltd. Şti Matbaası.

Kızır, M. (2016). 6098 Sayılı *Türk Borçlar Kanununa Göre Satış İlişkisi Doğuran Haklar ve Özellikle Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi*. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi. 22 (3), 1773 - 1796.

Konuralp, H. (2009). *Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları* (Tıpkı Basım). Ankara : Yetkin Basımevi.

Köylüoğlu, E. (2011). *Önalım Davası*. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi.

Kurtoğlu, S. (1957). *Şuf'a Talebi Karşısında Gabin İddiası*. Ankara Barosu Dergisi 1957 Sayı 5. 203-207.

Kuru, B. (1995). *Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı*, İstanbul: Alfa Basım Yayın Dağıtım. (Kuru, El Kitabı)

Kuru, B., Arslan, R ve Yılmaz, E. (2013). *Medeni Usul Hukuku* (19. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.

Kuru, B. (2019). *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku*, İstanbul Yetkin Yayınları. (Kuru, İstinaf)

Oğuzman, K. ve Öz T. (2019). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Cilt I)* (17. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Oğuzman, K., Seliçi, Ö. ve Oktay Özdemir S. (2018). *Eşya Hukuku* (21. Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi.

Olçay, A. (2013). *Önalım Hakkı ve Davaları* (1. Baskı). İstanbul: Ege Basım.

Özçelik, B. (2015). *5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda 6537 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi*. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. (19), 1-103.

Özenli, S.. (1990). *Uygulamada Önalım (Şuf'a) Davaları* (2. Baskı). Ankara: Kazancı Hukuk Yayınları.

Özkaya, E., (2020). *Açıklamalı – İçtihatlı İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları* (8. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Özmen, İ. ve Özkaya E. (1993). *Muvazaa Davaları (Taraflar Muvazaası, Muris Muvazaası, İnançlı Sözleşmeler, Nam-ı Müstear, Kanuna Karşı Hile ve İptal Davaları) Doktrin Yargıtay Kararları*. Ankara: Adalet Matbaacılık.

Pekcanitez, H., Taş Korkmaz, H. ve Meriç N. (2019) *HMK Hukuk Muhakemeleri Kanunu* (9. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık

Pekcanitez, H., Atalay, O. ve Özkes M. (2019) *Medeni Usul Hukuku* (7. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık

Ruhi, C. Ve Ruhi A.C. (2017). *Önalım Davaları* (3. Baskı). Ankara : Seçkin Yayıncılık.

Sapanoğlu, S. (2015). *Muvazaa ve İnançlı İşlem Davaları* (1. Baskı). Ankara: Sözkeseu Matbaacılık.

Şahin, T. (2018). *Paylı Mülkiyette ve 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamında Yasal Önalım Hakkı*. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 24 (2), 906-930.

Şıpka, Ş. (1994). *Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şuf'a) Hakkı* (1. Baskı). Ankara: Alfa Yayınları.

Tekinay S.S. (1989). *Eşya Hukuku (Cilt I)* (5. Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi.

Tekinay S.S. (1993). *Borçlar Hukuku* (7. Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi.

Tunaboylu, M. (2013). *Önalım Davaları* (5. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.

Tutumlu, M.A. (2007). *Bilimsel Görüşler ve Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi* (4. Baskı). Ankara : Seçkin Yayıncılık.

Türk Hukuk Kurumu. (1991). *Türk Hukuk Lûgatu*. Ankara: Türk Hukuk Kurumu Yayınları.

Ulukapı, Ö. ve Yardımcı T.E. (2014). *6100 Sayılı Hukuk Muhakemesi Kanununa Göre Sonradan Delil Gösterilmesi*. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16 (Özel Sayı Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan), 483-507.

Umar, B. (1980). *İsbat Yükü* (2. Baskı). İstanbul : Kazancı Matbaacılık Sanayii.

Üstündağ, S. (2000). *Medeni Yargılama Hukuku (Cilt I- II)* (7. Baskı). İstanbul: Nesil Matbaacılık.

Yavuz, C., Acar F. Ve Özen B. (2019). *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)* (16. Baskı). İstanbul : Beta Basım Yayım.

Yıldırım, İ. (2018). *Şuf'a -Önalım Hakkı: Mecelle ve TMK Merkezli Bir Mukayese*. İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, 15 (31), 317-336.

Yıldız, E. (2005). *Önalım Davaları* (1. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Yılmaz, E. (2005). *Hukuk Sözlüğü* (9. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.