FİİLİ TAKSİM HALİNDE YASAL ÖNALIM HAKKININ KULLANILAMAYACAĞI YÖNÜNDEKİ YARGITAY UYGULAMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ

ASSESMENT OF THE JURISPRUDENCE OF TURKISH COURT OF CASSATION REGARDING NON-EXERCISABILITY OF THE RIGHT OF PREEMPTION IN CASE OF DE FACTO DIVISION

Ş. Barış ÖZÇELİK*

ÖZET

Yargıtay'ın istikrar kazanmış içtihadına göre, paylı mülkiyete tâbi olup, fiilen taksim edilmiş taşınmazlarda, paydaşlardan birinin payını üçüncü kişiye devretmesi karşısında, diğer bir paydaşın yasal önalım hakkını ileri sürmesi, hakkın kötüye kullanılması teşkil eder. Bu çalışmada, söz konusu içtihat, yasal önalım hakkının amacı ve mevzuatta meydana gelen bazı değişiklikler çerçevesinde incelenmiştir. Söz konusu inceleme, Yüksek Mahkeme'nin, en azından paylı mülkiyete tâbi tarımsal taşınmazlar bakımından, içtihadını gözden geçirmesi gerektiğini göstermektedir.

Anahtar Kelimeler: Fiili taksim, eylemli paylaşma, yasal önalım kakkı, şuf'a hakkı, paylı mülkiyet, hakkın kötüye kullanılması.

ABSTRACT

According to the settled case law of the Turkish Court of Cassation in co-owned immovables subject to de facto division, where one of the co-owners has transferred his share to a third party, the exercise of the right of preemption by another co-owner amounts to an abuse of right. This article analyses the said jurisprudence considering the aim of the right of preemption as well as recent developments in legislation. The analysis shows that the Court of Cassation should review its jurisprudence at least as regards co-owned agricultural immovables.

Keywords: *De facto division, right of preemption, co-ownership, abuse of rights.*

* Doç. Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı (bozcelik@bilkent.edu.tr), ORCID: 0000-0002-3666-8366.

GİRİŞ

Bilindiği üzere, Türk Medenî Kanunu'nun (TMK) 732 vd. maddelerinde düzenlenen yasal önalım (şuf'a) hakkı, taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamalarından biridir. Söz konusu hak, paylı mülkiyete tâbi taşınmazlarda, paydaşlardan birinin payını kısmen veya tamamen, paydaşlar dışında bir kimseye satması halinde, diğer paydaşlara, aynı şartlarla payın alıcısı olma yetkisi veren, dava youyla kullanılan (TMK 734/I) bir haktır.[1]

Yasal önalım hakkını doğması için payın iradî olarak üçüncü kişiye satılması veya satışa eşdeğer bir işleme konu edilmesi gerekir. Bu nedenle, payın cebrî artırmayla satış (TMK 733/I), bağışlama, trampa, miras, kamulaştırma gibi yollarla el değiştirmesi halinde yasal önalım hakkı doğmaz.[2] Ayrıca 27.3.1957 tarihli ve 1956/12 E., 1957/2 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı[3] uyarınca, ortada şeklen bir satış sözleşmesi bulunsa dahi, payın gerçekte miras hukukuna ilişkin sebeplerle veya bağışlama maksadıyla devredildiği hallerde de yasal önalım hakkı kullanılamamaktadır.

Yargıtay'ın istikrar kazanmış içtihadına göre, önalım hakkının kullanılamayacağı bir diğer durum da paylı mülkiyete tâbi taşınmazın, paydaşlar arasında fiilen taksim edilmiş (bölünmüş) olmasıdır. Uygulamada "fiili taksim" veya "eylemli paylaşma" olarak adlandırılan bu durum, Medenî Kanun'un yasal önalım hakkına ilişkin düzenlemelerinde, anılan hakkın kullanılması bakımından açıkça öngörülmüş bir engel değildir. Bununla birlikte Yargıtay, paydaşlar arasında fiilen taksim edilmiş taşınmazlarda, bir payın üçüncü kişiye devredilmesi karşısında yasal önalım hakkının ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu gerekçesiyle, söz konusu hakkın kullanılamayacağına hükmetmektedir.

Bu çalışmanın konusu, Yargıtay'ın uzun sayılabilecek bir zamandır süregelen bu uygulamasının, özellikle yasal önalım hakkının amacı ve ilgili mevzuatta meydana gelen bazı gelişmeler çerçevesinde değerlendirilmesidir.

---

[1] Önalım hakkına ilişkin çeşitli tanımlar için bkz. Feyzi N. Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı, İstanbul 1959, s. 4 vd.; Şükran Taman Şıpka, Türk Hukukunda Kanunî Önalım (Şuf'a) Hakkı (MK.m.659), İstanbul 1994, s. 2 vd; V. Umut Erkan, Türk Medenî Kanunu'nda Yasal Önalım Hakkı (MK. Md. 732,733,734), (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2006, s. 3 vd.; Fikret Eren, "Türk Medenî Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2008, C. XII, S. 1-2, s. 103; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay- Özdemir, Eşya Hukuku, 19. Bası, İstanbul 2016, s. 554 N. 1956; A. Lâle Sirmen, Eşya Hukuku, 5. Bası, Ankara 2017, s. 420; Yarg. HGK, T. 28.2.2018, E. 2017/14-1761, K. 2018/407 (Karar metni için bkz. Kazancı, E.T.: 31.8.2018).

[2] Bkz. Eren, s. 114 vd.; Sirmen, s. 420- 421; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 538 N. 1919 vd.

[3] RG, 21.8.1957.

A- YARGITAY UYGULAMASINA GÖRE FİİLÎ TAKSİMİN ŞARTLARI VE YASAL ÖNALIM HAKKI BAKIMINDAN ETKİSİ

I. Fiilî Taksimin Şartları

Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarında genellikle benimsenen tanıma göre fiilî taksim, "*yasal ön alım hakkına konu payın ilişkin bulunduğu taşınmazın paydaşlarınca özel olarak kendi aralarında taksim edilmesi ve her bir paydaşın belirli bir kısmı kullanması durumudur."*[4] Bu tanımdan da anlaşılabileceği üzere, Yargıtay, fiilî taksimden söz edebilmek için, üç şartın varlığını aramaktadır:[5]

Her şeyden önce, yasal ön alım hakkına konu payın ilişkin bulunduğu bir taşınmaz var olmalıdır. Şüphesiz, söz konusu taşınmaz, ancak paylı mülkiyete tâbi bir taşınmaz olabilir. Medenî Kanunumuzda, birlikte mülkiyetin diğer türü olarak düzenlenen elbirliği mülkiyetinde (TMK 701 vd.), pay kavramına yer olmadığından, payın devrinden ve dolayısıyla böyle bir devir karşısında önalım hakkının kullanılmasından söz etmek mümkün değildir. Aynı şekilde, Kat Mülkiyeti Kanunu'nun (KMK) 8. maddesinin birinci fıkrası gereğince, üzerinde kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmuş taşınmazlarda da, kat irtifakının bağlandığı arsa payının veya bağımsız bölüm mülkiyetinin devri halinde, diğer kat irtifakı sahiplerinin veya bağımsız bölüm maliklerinin yasal önalım hakkı bulunmamaktadır. Buna karşılık, bizzat bağımsız bölümün paylı mülkiyete tâbi olması ve paydaşlardan birinin payını üçüncü bir kişiye satması halinde diğer paydaşlar, yasal önalım hakkını kullanabilirler (KMK 8/II). Öte yandan, bağımsız ve sürekli hak niteliğinde olup, tapuda ayrı bir sayfaya kaydedilmiş bulunan bir üst hakkı da taşınmaz hükümlerine tâbi olduğundan, paylı olarak birden çok kimseye ait olan bir üst hakkının paydaşlarından birinin payını bir üçüncü kişiye devretmesi halinde, diğer paydaşlar yasal önalım hakkını kullanabilir.[6]

Yargıtay'a göre, fiili taksimin söz konusu olabilmesi için ikinci şart, paylı mülkiyete tâbi taşınmazın, paydaşlarca kendi aralarında taksim edilmiş olmasıdır. Şüphesiz burada taksimle, yalnızca fiilî bir bölünme kastedilmektedir. Zira taşınmazın hukuken de bölünerek parsellere ayrılması durumunda, her bir parsel bir paydaş adına tescil edilmekle paylı mülkiyet sona ermiş olacağından, yasal önalım hakkı söz konusu olamaz. Bu çerçevede, taşınmazın

---

[4] Bkz. yuk. dn. 1'de anılan HGK kararı.

[5] Bkz. yuk. dn. 1'de belirtilen HGK kararı.

[6] Bu yönde bkz. Yarg. 6. HD, T. 21.1.2008 E. 2007/13277 K. 2008/323 (Karar metni için bkz. Kazancı, E.T: 31.8.2018); BasK/Rey/Strebel, Art. 682 N. 8 vd.; OFK/von Fischer Lehmann, Art. 682 N. 2.

fiilen paylaşılması (taksim edilmesi), arazinin yatay olarak bölünmesi şeklinde olabileceği gibi, arazi üzerinde mevcut bir yapının yatay veya dikey olarak kısımlara ayrılması şeklinde de olabilir. Buna karşılık, paydaşlar taşınmazı fiilen bölüşmeksizin hep birlikte bizzat kullanıyorlarsa veya üçüncü kişiye kiraya vermişlerse, fiilî taksimden söz etmek mümkün değildir.

Yargıtay'ın fiilî taksimden söz edebilmek için varlığını aradığı üçüncü ve en önemli şart ise, taşınmazın taksimi sonucunda ortaya çıkan bölümlerin, paydaşlara özgülenmiş olmasıdır. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme'nin kararlarındaki genel eğilim, özellikle çok sayıda paydaşı bulunan taşınmazlarda, her paydaşa özgülenmiş bir bölümün bulunmasının şart olmadığı; payını devreden paydaş ile önalım hakkını kullanan (davacı) paydaşa özgülenmiş birer kısmın olmasının gerekli ve yeterli olduğu yönündedir.[7] Bu doğrultuda Yargıtay, fiilî taksim olgusunun varlığının kabul edilebilmesi için, önalım davasının tarafları dışındaki paydaşların kullandığı belirli bir yerin bulunup bulunmadığının ya da tarafların taşınmazın yüzölçümü bakımından paylarına tam olarak denk gelecek kadar bir kısmı kullanıp kullanmadığının araştırılmasına gerek görmemektedir.[8] Buna karşılık, taşınmaz fiilen taksim edilmiş olmakla birlikte, önalım davasına konu olan paya özgülenmiş bir kısmın bulunmadığı hallerde, salt fiilî taksimin, yasal önalım hakkının kullanılmasına engel teşkil etmeyeceği kabul edilmektedir.[9]

II. Fiilî Taksimin Yasal Önalım Hakkı Bakımından Etkisi

Yargıtay uygulamasına göre, paylı mülkiyete tâbi bir taşınmazda, yukarıda ele alınan şartlar çerçevesinde fiilî taksimin varlığı halinde, yasal önalım hakkı kullanılamaz. Yüksek Mahkeme bu sonucu, belirtilen durumda söz konusu hakkın kullanılmasının, "dürüst davranma kuralına" (TMK 2) aykırı olduğu gerekçesine dayandırmaktadır. Yargıtay'a göre, fiilî taksimin varlığı halinde yasal önalım hakkının kullanılmasını dürüstlük kuralına aykırı kılan husus, devir öncesinde, fiilî taksim anlaşmasına uygun hareket edip, payını devreden paydaşa özgülenen kısımda herhangi bir hak iddia etmeyen bir paydaşın, daha sonra ilgili

[7] Örnek olarak bkz. Yarg. 14. HD, T. 6.2.2018, E. 2016/296, K. 2018/860; Yarg. 14. HD, T. 16.1.2018, E. 2017/2176, K. 2018/316; Yarg. 14. HD, T. 22.12.2016, E. 2015/6177, K. 2016/10816; Yarg. 14. HD, T. 8.2.2016, E. 2014/16744, K. 2016/1508; (Karar metinleri için bkz. Kazancı E.T.: 31.8.2018)

[8] Yarg. 14. HD, T. 6.2.2018, E. 2016/296, K. 2018/860 (Karar metni için bkz. Kazancı, E.T: 31.8.2018).

[9] Yarg. HGK, T. 28.2.2018, E. 2017/14-1761, K. 2018/407 (Karar metni için bkz. Kazancı, E.T: 31.8.2018).

payın devri üzerine önalım hakkını kullanmasıdır.[10] Buradan hareketle, Yargıtay'ın, yukarıda belirtilen şartlar altında, fiilen bölünmüş bir taşınmazda, yasal önalım hakkının ileri sürülmesini çelişkili bir davranış olarak gördüğünü ve böylece bu durumu hakkın kötüye kullanılması (TMK 2/II) olarak değerlendirdiğini söylemek mümkündür.[11]

Yargıtay'ın fiilî taksimi yasal önalım hakkını engelleyen bir olgu olarak kabul eden uygulaması açısından dikkat çekici bir diğer nokta, taşınmazın niteliği, özgüleme amacı gibi açılardan herhangi bir ayrım yapılmamasıdır. Diğer bir ifadeyle Yüksek Mahkeme, paylı taşınmazın bir arsa veya arazi olması ya da üzerinde yapı bulunup bulunmaması arasında herhangi bir fark gözetmemekte, fiilen taksim edilmiş her türlü taşınmazda, paylardan birinin devri karşısında, yasal önalım hakkının kullanılamayacağını kabul etmektedir.

Yargıtay'a göre, dava yoluyla yasal önalım hakkının kullanılması karşısında, taşınmazda fiilî taksim bulunduğu savunmasını ileri süren davalı, bu iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. Davalı söz konusu iddiasını, tanık dâhil her türlü delille kanıtlayabilir.[12]

Yine Yargıtay, fiilî taksim savunmasının, yargılamanın her aşamasında ileri sürülebileceğini[13] ve mahkemenin de bu durumu re'sen dikkate alabileceğini kabul etmektedir.[14]

B- UYGULAMANIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yargıtay, fiilî taksimi yasal önalım hakkının kullanılmasına engel bir olgu olarak gören uygulamasını, uzunca bir zamandır sürdürmektedir. Söz konusu uygulamayı yansıtan ve ulaşılabilen en eski Hukuk Genel Kurulu kararının tarihi 7.2.1988;[15] yine aynı yönde ve

---

[10] Örnek olarak bkz. Yarg. HGK, T. 28.2.2018, E. 2017/14-1761, K. 2018/407; Yarg. HGK, T. 9.11.2016, E. 2014/14-1343, K. 2016/1036 (Karar metinleri için bkz. Kazancı E.T.: 31.8.2018).

[11] Türk Medenî Kanunu'nun 2. maddesi anlamında dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılması ve çelişkili davranış yasağı kavramları ve bu kavramların birbirleriyle ilişkileri konusunda çeşitli yaklaşımlar için bkz. Rona Serozan, Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2015, s. 277 N. 9 vd.; ayrıca bkz. M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 23. Bası, İstanbul 2017, s. 272 N. 872 vd.

[12] Örnek olarak bkz. Yarg.14. HD, T. 19.9.2017, E. 2016/10278, K. 2017/6604; Yarg. 14. HD, T. 13.9.2017, E. 2015/15486 K. 2017/6340; Yarg. 14. HD, T. 30.5.2017, E. 2016/13684, K. 2017/4520 (Karar metinleri için bkz. Kazancı E.T.: 31.8.2018).

[13] İlk derece yargılamasında ileri sürülmeyen fiilî taksim savunmasının temyiz aşamasında ileri sürülebileceği yönünde bkz. Yarg. 14. HD, T. 5.12.2017, E. 2017/518 K. 2017/9099 (Karar metni için bkz. Kazancı E.T.: 31.8.2018).

[14] Örnek olarak bkz. Yarg. HGK, T. 28.2.2018, E. 2017/14-1761, K. 2018/407; Yarg. HGK, T. 9.11.2016, E. 2014/14-1343, K. 2016/1036; Yarg. 14. HD, T. 5.4.2016, E. 2015/17802 K. 2016/4083 (Karar metinleri için bkz. Kazancı E.T.: 31.8.2018).

[15] Yarg. HGK, T. 7.2.1988, E. 1988/6-797, K. 1988/955 (Karar metni için bkz. Kazancı, E.T.: 31.8.2018).

ulaşılabilen en eski özel daire kararının tarihi ise 17.3.1987'dir.[16] Bununla birlikte, somut olayda yasal önalım hakkının kullanılamamasını farklı sebeplere dayandıran 1981 tarihli bir Hukuk Genel Kurulu kararına karşı oy yazısında, Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin uygulamasının 1980 yılından beri fiilî taksimin varlığı halinde yasal önalım hakkının kullanılamayacağı yönünde olduğu ifade edilmiştir.[17] Dolayısıyla, Yargıtay'ın sözü edilen uygulamasının, bu çalışmanın kaleme alındığı an itibariyle en az otuz sekiz yıldır varlığını sürdüren, istikrar kazanmış bir uygulama olduğunu tespit etmek mümkündür.

Doktrinde bir görüş, Yargıtay tarafından dile getirilen gerekçeleri benimseyerek, fiilî taksime ilişkin uygulamayı isabetli bulmaktadır.[18] Buna karşılık bir kısım yazarlar, Yargıtay'ın konuya ilişkin yaklaşımını tereddütle karşılamaktadırlar.[19] Sözü edilen yazarların Yargıtay uygulamasına yönelttiği en temel eleştiri, fiilî taksimin bulunduğu her durumda, yasal önalım hakkının kötüye kullanıldığını kabul etmenin doğru olmadığıdır.[20] Anılan görüşe dayanak olarak, taşınmazın fiilen taksim edilmekle, TMK 698 anlamında paylaşılmış ve paylı mülkiyet ilişkisinin ortadan kalkmış olmadığı; fiili taksim de dahil olmak üzere, her durumda, paylı mülkiyet birliğine yabancı kişilerin girmemesinin paydaşların menfaatine olduğu; paydaşların taşınmazı fiilen bölüşmekle yasal önalım hakkından ve dolayısıyla söz konusu menfaatlerinden vazgeçtikleri anlamını çıkarmanın zorlama olduğu gibi hususlar dile getirilmiştir.[21]

Gerçekten de taşınmazın fiilen taksim edilmiş olduğu her olayda, yasal önalım hakkının kötüye kullanıldığının kabul etmek yerine, bu durumu her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirmek daha isabetlidir. Bununla birlikte, somut olayda yasal önalım hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığı konusunda, belirleyici bir ölçütün de tespit edilmesi gerekir. Kanımca bu belirleyici ölçüt, Medenî Kanun'un paydaşlara yasal önalım hakkı tanımaktaki amacı olmalıdır. Böylece somut olayda, yasal önalım hakkının kullanılmasının bu amaçla örtüştüğü hallerde söz konusu hakkın kullanılabilmeli, aksi halde ise hakkın

---

[16] Yarg. 6. HD, T. 17.3.1987, E. 1987/2460, K. 1987/3083 (Karar metni için bkz. Kazancı, E.T.: 31.8.2018).

[17] Yarg. HGK, T. 1.7.1981, E. 1980/6-3308, K. 1981/558 (Karar metni için bkz. Kazancı, E.T.: 31.8.2018).

[18] Bkz. Selahattin Sulhi Tekinay, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri II/1, İstanbul 1988, s. 45; Soysal Özenli, Uygulamada Önalım Davaları, Ankara 1984, s. 61-62; Yasemin Özdek, "Önalımda (Şuf'ada) Vazgeçme ve Bir Yargıtay Kararı", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 1985, C. III, S. 3, s. 365.

[19] Bu yönde bkz. M. Kemal Oğuzman, "Dürüstlük Kuralına (MK. m. 2) Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi", *Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65 inci Yaş Armağanı*, Ankara 1988, s. 414; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 555 dn. 1206; Taman Şıpka, s. 117-118; Sirmen, s. 422 dn. 631; Zeynep Sayımlar, "Yasal Önalım Hakkının Kullanılmasını Etkileyen Bir Durum Olarak Fiili Taksim", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2015, C.1, Özel Sayı, s. 646.

[20] Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 555 dn. 1206; Sirmen, s. 422 dn. 631; Sayımlar, s. 646.

[21] Bkz. Taman Şıpka, s. 116 vd.; Oğuzman, s. 414.

kullanımı engellenmelidir. Bu nedenle, öncelikle yasal önalım hakkının amaç ve işlevini tespit etmek gerekir:

Doktrinde de ifade edildiği üzere, paylı mülkiyete tâbi taşınmazlarda, payın paydaşlar dışında bir kimseye devri karşısında diğer paydaşlara önalım hakkı tanınmasının amacı, paylı mülkiyet birliğine yabancı kişilerin girmesini engellemek ve payların olabildiğince daha az, hatta mümkünse tek elde toplanmasını sağlamaktır.[22] Kanun koyucunun bu yöneliminin sebebinin, hak sahibi olan kimselerin sayısı arttıkça, taşınmazdan elde edilen verimin azalacağı yönündeki haklı kaygı olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim, İsviçre doktrin ve uygulamasında, yasal önalım hakkının, ekonomik açıdan çok verimli bulunmayan, doğası itibariyle uyuşmazlıklar doğurmaya elverişli olan paylı mülkiyetin, tek kişi mülkiyetine dönüşmesini kolaylaştırma amaç ve işlevine sahip olduğu dile getirilmektedir.[23]

Yargıtay'ın daha önce[24] anılan, 27.3.1957 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da, yasal önalım hakkının amacı şöyle ifade edilmiştir:

"1- Gayrimenkulun parçalanmasını önlemek, yani hisselerin mümkün olduğu kadar hissedar elinde toplanmasını temin eylemek,

2- Hissedarlar arasında öteden beri mevcut münasebeti idame ederek yabancı bir şahsın araya girmesine mani olmak"

Yasal önalım hakkının açıklanan amaç ve işlevi göz önünde bulundurulduğunda, Yargıtay'ın fiilî taksime ilişkin uygulamasının kısmen isabetli olduğu sonucuna varmak gerekir. Şöyle ki:

Taşınmazın fiilen bölünerek kullanıldığı bazı durumlarda, paydaşlar, paylarına karşılık kullandıkları bölümleri, sanki tek kişi mülkiyetine tâbiymişçesine, diğerlerinden bağımsız olarak kullanırlar. Öyle ki; paylı mülkiyet, deyim yerindeyse, "kağıt üzerinde" kalır. Örneğin paylı mülkiyete tâbi bir taşınmaz üzerinde, birbirlerinden bağımsız kullanılabilecek kısımlara sahip, bir veya birden çok yapı inşa edilmiş olup, herhangi bir sebeple kat mülkiyetine geçilmemiş ancak her bir paydaşın hangi kısmı kullanacağı belirlenmişse, durum böyledir. Nitekim Yargıtay'ın fiilî taksim nedeniyle yasal önalım hakkının kullanılamayacağına

---

[22] Taman Şıpka, s. 18; Sirmen, s. 422; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 557 N. 1959; Feyzioğlu, s. 5 vd.

[23] BasK/Rey/Strebel, Art. 682 N. 1; OFK/von Fischer Lehmann, Art. 682 N. 2; BGE 101 II 241 vd.; BGer, 2.8.2016, 5A. 1006/2015 (Karar metni için bkz. www.swisslex.com, E.T. 31.8.2018).

[24] Bkz. yuk. dn. 3.

hükmettiği kararlarının büyük çoğunluğunda bu durumun söz konusu olduğu gözlemlenmektedir.[25] Öte yandan, örneğin İmar Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca birleştirilen fakat her paydaşın belirli bir kısmı kullanmaya devam ettiği taşınmazlarda da benzer bir durum söz konusudur. Sözü edilen hallerde, taşınmazın çeşitli kısımları zaten birbirlerinden bağımsız olarak kullanıldığına göre, payın paydaşlardan birine veya paydaşlar dışında bir üçüncü kişiye devri arasında fark bulunmamakta, diğer bir ifadeyle yasal önalım hakkından beklenen fayda ortadan kalkmaktadır. Hayat gerçeği de sözü edilen taşınmaz parçalarının ayrı birer taşınmazmış gibi değerlendirilmelerini haklı gösterir.[26] Buna rağmen yasal önalım hakkının ileri sürülmesi halinde, Yargıtay tarafından, hakkın kötüye kullanılması kurumunun amaçsal indirgeme (teleolojik redüksiyon) etkisinin[27] devreye sokulması ve bu suretle söz konusu hakkın kullanılmasının engellenmesi kanımca isabetlidir. Doktrinde ifade edildiği üzere, buradaki temel düşünce, TMK 2/II'deki hakkın kötüye kullanılması ve dolayısıyla çelişkili tutum yasağına (*venire contra pactum proprium*) dayandırılabilir[28]. Yargıtay uygulamasında da kabul edildiği üzere,[29] bu sonuca varılabilmesi için, her bir paydaşa belli bir kısmın özgülenmiş olması şartını aramaya da gerek bulunmamaktadır. Keza, hakkın kötüye kullanıldığı tespit edildikten sonra, bu hususun hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gerektiğine hükmedilmesi[30] de söz konusu tespitle tutarlıdır.[31]

Buna karşılık, öyle bazı haller vardır ki; fiilî taksime rağmen, kanun koyucu tarafından paydaşlara yasal önalım hakkının tanınmasıyla sağlanmaya çalışılan bireysel ve dolaylı toplumsal menfaat varlığını sürdürür. Bu nedenle, hakkın kötüye kullanıldığından söz edilemez. Bu durumla, özellikle tarım arazisi niteliğindeki taşınmazlarda karşılaşılır. Bu tür taşınmazlar, her ne kadar fiilen bölünmüş olsalar da, payların ve dolayısıyla onlara özgülenmiş arazi parçalarının paylı mülkiyet birliği içinde kalması, söz konusu taşınmazların ekonomik verimliliğini olumlu yönde etkiler. Dolayısıyla bu tür taşınmazlarda, fiilî taksime rağmen yasal önalım hakkının kullanılabilmesi gerekir.

---

[25] Örnek olarak bkz. Yarg. HGK, T. 28.2.2018, E. 2017/14-1761, K. 2018/407; Yarg. 14. HD, T. 19.2.2018, E. 2015/8197, K. 2018/1199; Yarg. 14. HD, T. 6.2.2018, E. 2016/1238, K. 2018/844; Yarg. 14. HD, T. 30.1.2018, E. 2017/799, K. 2018/697; Yarg. 14. HD, T. 13.11.2017, E. 2016/18675, K. 2017/8407; Yarg. 14. HD, T. 19.9.2017, E. 2016/10278, K. 2017/6604; Yarg. 14. HD, T. 30.5.2017, E. 2017/1622, K. 2017/4513. (Karar metinleri için bkz. Kazancı E.T.: 31.8.2018).

[26] Aynı yönde bkz. Özenli, s. 61-62.

[27] Bkz. Serozan, s. 280 N. 10a vd.

[28] Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 615.

[29] Bkz. yuk. dn. 7'deki kararlar.

[30] Bkz. yuk. dn. 14'teki kararlar

[31] Hakkın kötüye kullanıldığının re'sen dikkate alınması konusunda bkz. Oğuzman/Barlas, s. 287 N. 899.

Yargıtay uygulamasına bakıldığında, burada yapılan türde bir ayrım dikkate alınmaksızın, paylı mülkiyete tâbi olup, fiilen taksim edilmiş her türlü taşınmazda, yasal önalım hakkının kullanılmasının hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğine hükmedildiği görülmektedir. Daha önce de belirtildiği gibi, bu yöndeki kararlara konu olan olaylarda, büyük bir çoğunlukla üzerinde birbirlerinden bağımsız olarak kullanılan yapılar veya yapı kısımları bulunan taşınmazlar söz konusudur. Bununla birlikte Yargıtay, fiilen taksim edilmiş tarımsal taşınmazlarda da yasal önalım hakkının kullanılmayacağına hükmetmektedir[32] ki; kanımca bu yaklaşım isabetli değildir.

Öte yandan, Yargıtay'ın anılan uygulaması, hukuk düzenimiz içinde çelişkili bir duruma da sebebiyet vermektedir: Bilindiği üzere, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'na (TKAKK), 2014 yılında, 6537 sayılı Kanun'la[33] eklenen 8/İ hükmünün ikinci fıkrası, tarım arazisi niteliğindeki bir taşınmazın satılması halinde, o araziyle sınırdaş olan taşınmaz maliklerine önalım hakkı tanımaktadır.[34] Söz konusu hüküm, Yargıtay uygulamasıyla birlikte değerlendirildiğinde, şöyle bir tablo ortaya çıkmaktadır: Örneğin tek kişi mülkiyetine tâbi bir tarım arazisi satıldığında, bu taşınmazla sınırdaş olan bir diğer taşınmazın maliki önalım hakkına sahip iken,[35] paylı mülkiyete tâbi olup fiilen taksim edilmiş bir tarım arazisinde, paydaşlardan birinin payını üçüncü kişiye satması halinde, diğer bir paydaş, kendisine özgülenen kısım satılan paya özgülenen kısımla sınırdaş olsa bile, TMK 732 vd. hükümleri uyarınca sahip olduğu önalım hakkını kullanamamaktadır.[36] Oysa ki; sınırdaş tarım arazileri arasında kanundan doğan bir önalım hakkının kabulünü gerektiren tüm ekonomik sebepler, paylı mülkiyete tâbi tarımsal taşınmazlarda fiilî taksim anlaşması uyarınca paydaşlarca kullanılan arazi parçaları açısından da aynen geçerlidir. Bu nedenle, tarımsal taşınmazlarda, fiilî taksim olsa dahi, hakkın kötüye kullanıldığının kabulünü gerektiren başkaca sebepler bulunmadıkça, payın paydaşlar dışında bir kimseye satışı halinde yasal önalım hakkı kullanılabilmelidir. Böylece değinilen çelişki de ortadan kalkmış olacaktır.

---

[32] Örnek olarak bkz. Yarg. 14. HD, T. 20.3.2017, E. 2015/17174, K. 2017/2116; Yarg. 14. HD, T. 8.2.2016, E. 2014/16744, K. 2016/1508; Yarg. 14. HD, T. 5.4.2016, E. 2015/17802 K. 2016/4083 (Karar metinleri için bkz. Kazancı E.T.: 31.8.2018).

[33] RG, 15.5.2014.

[34] Bu konuyla ilgili olarak bkz. Ş. Barış Özçelik, "5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda 6537 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2015, C. XIX, S. 1, s. 59 vd.; 5403 sayılı TKAKK'nın, sınırdaş arazi maliklerine önalım hakkı tanıyan 8/İ-II hükmünün Anayasa'ya aykırı olmadığı yönünde bkz. AYM, T. 30.10.2014, E. 2014/133 K. 2014/165; AYM, T. 17.5.2012, E. 2011/58 K. 2012/70 (Karar metinleri için bkz. Kazancı E.T.: 31.8.2018).

[35] Yarg. 14. HD, T. 4.4.2016, E. 2015/12473, K. 2016/4024 (Karar metni için bkz. Kazancı E.T.: 31.8.2018).

[36] Aynı yönde bkz. Bülent Nuri Kurdoğlu, "Ön Alım Davalarında Dürüstlük Kuralı ve Sınırları", *http://bnkurdoglu.blogspot.com/2016/09/on-alim-davalarinda-durustluk-kurali-ve.html?m=1*, E.T.: 31.8.2018.

SONUÇ

Yasal önalım hakkının amacı ve ilgili mevzuatta meydana gelen bazı gelişmeler göz önünde bulundurulduğunda, Yargıtay'ın bu çalışmada ele alınan uygulamasının kısmen isabetli, kısmen de isabetsiz olduğu sonucuna varılmaktadır.

Uygulamanın isabetli olduğu nokta, fiilî taksim sonucunda, yasal önalım hakkından beklenen faydanın ortadan kalktığı durumlardır. Bu durumla özellikle üzerinde birbirlerinden bağımsız olarak kullanılan yapılar veya yapı kısımları bulunan taşınmazlarda karşılaşılır. Zira bu tür taşınmazlarda fiilî taksim, paylı mülkiyetin adeta "kağıt üzerinde" kalmasına yol açmaktadır. Bu nedenle söz konusu taşınmazlarda, yasal önalım hakkının kullanılamaması gerekir.

Buna karşılık, tarımsal taşınmazlar bakımından, incelenen uygulamanın isabetli olmadığını söylemek mümkündür. Çünkü bu tür taşınmazlarda, fiilî taksime rağmen, yasal önalım hakkından beklenen fayda varlığını devam ettirir. Öte yandan, TKAKK 8/İ-II hükmünde, tek kişi mülkiyetine tâbi sınırdaş tarımsal taşınmazların maliklerine dahi yasal önalım hakkı tanınmış iken, paylı mülkiyete tâbi bir tarımsal taşınmazda, salt fiilî taksim nedeniyle yasal önalım hakkının kullanılamaması, izahı güç bir çelişki ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle Yargıtay'ın, en azından tarımsal taşınmazlar açısından, içtihadını gözden geçirmesi gerektiği düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

Eren Fikret, "Türk Medenî Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2008, C. XII, S. 1-2, s. 103-126.

Erkan V. Umut, Türk Medenî Kanunu'nda Yasal Önalım Hakkı (MK. Md. 732,733,734), (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2006.

Feyzioğlu Feyzi N., Şuf'a Hakkı, İstanbul 1959.

Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul 1991.

Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 5. Aufl., Basel 2015 (Kısaltma şekli: BasK/Yazar Adı).

Kostkiewicz Jolanta Kren/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), ZGB Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht (Orell Füssli Kommentar), 3. Aufl., Zürich 2016 (Kısaltma şekli: OFK/Yazar Adı).

Kurdoğlu Bülent Nuri, "Ön Alım Davalarında Dürüstlük Kuralı ve Sınırları", http://bnkurdoglu.blogspot.com/2016/09/on-alim-davalarinda-durustluk-kurali-ve.html?m=1 (E.T.: 31.8.2018).

Oğuzman M. Kemal/Barlas Nami, Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 23. Bası, İstanbul 2017.

Oğuzman M. Kemal/Seliçi Özer/Oktay- Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, 19. Bası, İstanbul 2016.

Oğuzman M. Kemal, "Dürüstlük Kuralına (MK. m. 2) Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi", *Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65 inci Yaş Armağanı,* Ankara 1988, s. 407-415.

Özçelik Ş. Barış, "5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda 6537 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Y. 2015, C. XIX, S. 1, s. 87-110.

Özdek Yasemin, "Önalımda (Şuf'ada) Vazgeçme ve Bir Yargıtay Kararı", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 1985 C. III, S. 3, s. 337-369.

Özenli Soysal, Uygulamada Önalım Davaları, Ankara 1984.

Sayımlar Zeynep, "Yasal Önalım Hakkının Kullanılmasını Etkileyen Bir Durum Olarak Fiili Taksim", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı, Y. 2015, C.1, s. 627-652.

Serozan Rona, Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2015.

Sirmen A. Lâle, Eşya Hukuku, 5. Bası, Ankara 2017.

Taman Şıpka Şükran, Türk Hukukunda Kanunî Önalım (Şuf'a) Hakkı (MK.m.659), İstanbul 1994.

Tekinay Selahattin Sulhi, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri II/1, İstanbul 1988.

KISALTMALAR

Art. : Artikel

Aufl. : Auflage

AYM : Anayasa Mahkemesi

BasK : Basler Kommentar

BGE : Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts

bkz. : bakınız

C. : Cilt

DÜHFD : Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

dn. : dipnot

E. : Esas Numarası

E.T. : Erişim Tarihi

GÜHFD : Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
Hrsg.	: Herausgeber
İÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	: Karar Numarası
Kazancı	: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
KMK	: Kat Mülkiyeti Kanunu
MK	: 743 Sayılı Türk Kanunu Medenîsi
m.	: madde
N.	: Kenar Notu
OFK	: Orell Füssli Kommentar
RG	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TMK	: 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
Yuk.	: Yukarıda
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (İsviçre Medenî Kanunu)