ÖNALIM HAKKINDAN FERAGAT VE HAKKI KULLANMAKTAN VAZGEÇME

WAIVER OF PRE-EMPTION RIGHT AND RENOUNCEMENT OF ITS USE

Doç. Dr. Pınar Altınok Ormancı[1]

ÖZET

TMK md. 733/II hükmüne göre yasal önalım hakkından feragatin resmi şekilde yapılması ve tapu kütüğüne şerh verilmesi gerekir. Belirli bir satışta önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme ise yazılı şekle tâbidir ve satıştan önce veya sonra yapılabilir. TMK md. 735/III hükmü gereği, anılan hüküm sözleşmeden doğan önalım hakkından feragat ve bu haktan vazgeçmede de uygulama alanı bulacaktır. Bu çalışmada, hem yasal hem de sözleşmesel önalım hakkı bakımından feragatin ne şekilde yapılması gerektiği, feragatin şerhinin bir zorunluluk olup olmadığı ve şerh yapıldığı takdirde bunun ne gibi etkiler doğuracağı konuları ele alınmaktadır. Ayrıca önalım hakkı doğuran sözleşmenin, hakkın muhatabı tarafından haklı sebeple feshinin mümkün olup olmadığı hususu da incelenmektedir.

ABSTRACT

Under article 733/II of Turkish Civil Code, waiver of pre-emption right must be done in authentic form and must be annotated in the land register. The beneficiary may renounce exercising his or her statutory right of pre-emption in writing, before or after the occurrence of the pre-emption case. According to article 735/III of Turkish Civil Code, the abovementionned article will also be applied to contractual pre-emption rights. In this study, is discussed the issue of how should be done the waiver of pre-emption right in terms of both statutory and contractual pre-emption rights, and the necessity of its annotation. In addition, the question of the termination of the contract based on justified motives is examined.

Anahtar Kelimeler: önalım hakkından feragat, önalım hakkından vazgeçme, feragatin şekli, feragatin şerhi.

Keywords: waiver of pre-emption right, renounce exercising a pre-emption right, the form of waiver, the annotation of a pre-emption right.

[1] Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Giriş

Önalım hakkı, malikin malını üçüncü bir kişiye satması ya da ekonomik açıdan satışa eşdeğer bir işlem yapması halinde, hak sahibine tek taraflı bir irade açıklamasıyla malın mülkiyetinin kendisine devrini isteme yetkisi veren bir haktır.[2]

Taşınmazları konu edinen önalım hakları, kaynağını sözleşmede veya kanunda bulabilir. Sözleşmesel önalım hakları, TMK md. 735 ve TBK md. 240-242 hükümlerine tâbidir. Önalım sözleşmesiyle kurulan önalım hakkı kişisel bir haktır[3] ve TBK md. 238 gereği tapu siciline şerh edilebilir. Buna karşılık yasal önalım hakkı, TMK md. 732-734 hükümlerine tâbi olup, kanun gereği doğar. Bunların tapu siciline şerhi söz konusu değildir.[4]

Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyete tâbi bir taşınmazın[5] paydaşlarından birinin payını üçüncü bir kişiye satması halinde, diğer paydaşlara aynı koşullarla bu payın alıcısı olma yetkisi veren bir yenilik doğuran haktır.[6] Her ne kadar TMK md. 732'de, "payın tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satılması"ndan bahsedilse de, TBK md. 240'da düzenlenen sözleşmeden doğan önalım hakkı dikkate alınarak, ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemlerin yapılması halinde de yasal önalım hakkının kullanılabileceği kabul edilmektedir.[7]

Yasal önalım hakkı, taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamalarından biridir. Bununla birlikte bunun ne tür bir kısıtlama olduğu konusunda doktrinde görüş birliği yoktur. Bir görüşe göre, yasal önalım hakkı, kanun gereği, özel bir işleme gerek olmaksızın, doğrudan doğruya taşınmazı satma yükümlülüğü doğurduğundan, bir doğrudan mülkiyet kısıtlaması niteliğindedir.[8] Buna karşılılık diğer görüş, yasal önalım hakkının, taşınmaz mülkiyetinin dolaylı bir kısıtlaması olduğunu kabul etmekte ve bunun dayanağı olarak, yasal önalım

---

[2] A. Lâle Sirmen, Eşya Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2017, s. 409; Kemal Oğuzman / Özer Seliçi/ Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2016, s. 536; Şükran Taman Şıpka, Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şufa) Hakkı, İstanbul 1994, s. 2 vd.; Çiğdem Kırca, "Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanundaki Değişiklikler", Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı Cilt: II, İstanbul 2002, s. 1179; Vedat Buz, Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 146.

[3] Sirmen, s. 412; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s. 229.

[4] İsviçre hukukunda da aynı şekilde yasal önalım hakkının tapu siciline şerh edilmediği yönünde bkz. Stephanie Hrubesch-Millauer / Barbara Graham-Siegenthaler, / Vito Roberto, Sachenrecht, Bern 2017, s. 276, n. 06.240.

[5] Taşınırların konu olduğu paylı mülkiyette yasal önalım hakkı söz konusu değildir.

[6] Sirmen, s. 420; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 554; Taman Şıpka, s. 2 vd.; Kırca, s. 1179 vd.; Fikret Eren, Mülkiyet Hukuku, Ankara 2012, s. 402.

[7] Sirmen, s. 420; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 554.

[8] Sirmen, s. 420; Aynı yönde bkz. Mustafa Alper Gümüş, Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, İstanbul 2007, s. 125 ve s. 127; Heinz Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Band I, Bern 2007, n. 1215.

hakkının, bir paydaşın payını devretmesine engel olmadığını (devir serbestisini doğrudan doğruya kısıtlamadığını) belirtmektedirler.[9] Buna göre, sadece paydaş olmayan üçüncü kişiye satış yapılması halinde, diğer paydaşların önalım hakkını kullanma imkânı doğar ve bu hak kullanılmadıkça da, ortada bir kısıtlama yoktur.

Bu hususta hangi görüş kabul edilirse edilsin, taşınmaz mülkiyetinin bir kısıtlaması olan önalım hakkı, malik taşınmazını satmaya karar verdiğinde bazı sorunları da beraberinde getirebilir. Önalım hakkı sahibinin hakkını kullanıp kullanmayacağı, önalım hakkının kullanılabileceği sürenin sonuna kadar beklemenin daha iyi bir çözüm olup olmayacağı veya taşınmazın doğrudan önalım hakkı sahibine satışının mı tercih edilmesi gerektiği gibi meseleler, önalım hakkından feragat ve hakkı kullanmaktan vazgeçmenin önemini ortaya koymaktadır.

I) ÖNALIM HAKKINDAN FERAGAT

Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde hem sözleşmesel önalım hakkından, hem de yasal önalım hakkından feragat etmek mümkündür.[10] Önalım hakkından feragat, hakkın kullanılmasından değil, kendisinden vazgeçmedir.[11] Önalım hakkından feragat ile sadece belirli bir kişiye karşı, ya da belirli bir satış için değil, haktan sürekli bir biçimde vazgeçme anlaşılmaktadır.[12] Böylece feragat, önalım hakkının sürekli olarak ortadan kalkması sonucunu doğurur. Buna karşılık bir diğer görüşe göre, (yasal) önalım hakkından gelecekteki bütün satımlar için vazgeçmede dahi, hakkın kullanılmasından vazgeçmede olduğu gibi bir "sona erdirme" değil, "etkisizleştirme" amacı mevcuttur.[13] Buna göre hakkın tamamen ortadan kalktığı kabul edilecek olursa, vazgeçen paydaşın payını devri halinde, devralanın da yasal önalım hakkından yoksun olması gerekirdi; oysa devralanın da yasal önalım hakkından yoksun olabilmesi, TMK md. 733/II'de öngörülen şerh ile sağlanmaktadır. Kanaatimizce feragatte, bir paydaşın kendi önalım hakkından vazgeçmesi söz konusudur, dolayısıyla kendi payını başkasına devrettiğinde yeni paydaşın yasa gereği önalım hakkına sahip olması son derece

[9] Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 556; Eren, Mülkiyet, s. 401; Arthur Meier-Hayoz, BK ZGB, art. 682, n. 35, 36.
[10] Paul-Henri Steinauer, "La renonciation au droit de préemption ou à son exerice", in: Les droits d'emption, de préemption et de réméré- Questions pratiques et d'actualité, 2017 Helbing Lichtenhahn, Bâle, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel, ss. 101-124, s. 103.
[11] Paul-Henri Steinauer, Les droits réels, Tome II, Berne 2002, s. 170, n. 1793a; Taman Şıpka, s. 162. Yazar önalım hakkından feragati, hakkın kullanımından feragatten ayırmak için "mutlak feragat" olarak nitelendirmektedir. Benzer şekilde bkz. Fikret Eren, "Türk Medeni Kanunu'na Göre Yasal Önalım Hakkı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, Y. 2008, Sa. 1-2, s. 125.
[12] Kırca, , s. 1187 vd.
[13] Gümüş, s. 143.

olağandır; aksi ancak şerh ile mümkündür. Nitekim yeni paydaşın sahip olduğu önalım hakkı, onun ortaklık sıfatına bağlı olarak, doğrudan kanundan doğan bir haktır.[14] Bir başka ifadeyle burada kişinin kendi hakkını sona erdirmesi söz konusudur, bu durumu "etkisizleştirme" olarak ifade etmeye gerek olmadığı düşüncesindeyiz.

A) Sözleşmesel önalım hakkından feragat

1) Feragatin hukuki niteliği ve görünüm biçimleri

Sözleşmesel önalım hakkından feragatin hukuki niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bu görüşlerden ilkine göre sözleşmesel önalım hakkından feragat, ancak bir ibra sözleşmesi ile mümkündür.[15] Buna göre, önalım sözleşmesi, şarta bağlı bir satım sözleşmesidir ve önalım hakkı sahibi de şarta bağlı olarak bir yükümlülük altına girdiğinden, tek taraflı vazgeçme mümkün değildir.[16] Buna karşılık diğer görüşe göre[17] ise, önalım hakkı tarafların anlaşmasıyla olduğu kadar, önalım hakkı sahibinin tek taraflı irade açıklamasıyla veya istisnai hallerde önalım hakkı tanıyanın tek taraflı irade açıklamasıyla ortadan kaldırılabilir.

Öncelikle önalım hakkı sahibi ve önalım hakkı tanıyan, karşılıklı anlaşarak önalım hakkını kaldırabilirler. Bu sözleşme, İBK md. 115 (TBK md. 132)'de yer alan ibra sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanması neticesinde herhangi bir şekle bağlı olmaksızın yapılabilir.[18] Ancak önalım hakkı, geciktirici şarta bağlı bir yenilik doğuran hak olduğundan, hak sahibi bu haktan vazgeçmek için bir anlaşma yapmak zorunda değildir. Bir yenilik doğuran haktan vazgeçme, hak sahibinin tek taraflı irade açıklamasıyla mümkündür.[19]

Ayrıca istisnai olarak, önalım hakkı tanıyanın (malikin) irade açıklamasıyla da önalım hakkının ortadan kaldırılabileceği ileri sürülmektedir. Buna göre önalım sözleşmesi sürekli borç ilişkisi niteliğinde olmamasına rağmen, hakkı tanıyanın devamlılık gösteren yükümlülüğü nedeniyle, süreklilik niteliğini haiz bir unsuru barındırmaktadır. Öğretiye ve içtihatlara göre yalnızca sürekli borç ilişkileri değil, sürekli etki doğuran benzer sözleşmelerin de haklı sebeple feshi mümkün olduğundan, önalım hakkı tanıyan malikin önalım sözleşmesini haklı sebeple feshetmesi mümkün olmalıdır.[20]

---

[14] Buz, s. 433.
[15] Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Das Grundeigentum II, art. 680-701 ZGB, Bern 1975, art. 681, n. 324.
[16] Meier-Hayoz, BK ZGB, art. 681, n. 324.
[17] Jonas Rüegg, Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrecht an Grundstücken, Zürich/Bale/Genève 2014, s. 83, n. 237 vd.
[18] Rüegg, s. 83, n. 238.
[19] Rüegg, s. 83, n. 239; Paul-Henri Steinauer, "La renonciation au droit de préemption ou à l'exercice de ce droit", in: Jusletter 12. März 2007, n. 21; Buz, s. 432.
[20] Rüegg, s. 83, n. 244.

İleri sürülen her üç sona erme türü ayrı ayrı değerlendirildiğinde, öncelikle önalım sözleşmesi taraflarının anlaşarak sözleşmeyi ve sözleşmeden doğan hakkı ortadan kaldırmalarının her zaman mümkün olduğu söylenebilir. Burada kanaatimizce bir ikale sözleşmesi mevcuttur. İkale sözleşmesi, tarafların aralarındaki bir hukuki ilişkiye, çoğu zaman sözleşme ilişkisine son verdikleri bir sözleşmedir.[21] Buna karşılık ibra sözleşmesi, alacaklı ve borçlu arasında kurulan ve alacaklının borçludan olan bir alacağını kaldıran veya azaltan sözleşmedir.[22] İbra, alacak haklarına özgü bir tasarruf işlemidir,[23] oysa önalım hakkı bir yenilik doğuran hak niteliğindedir. Bu çerçevede değerlendirildiğinde, önalım sözleşmesi taraflarının anlaşmasıyla önalım hakkının kaldırılması, ibra sözleşmesinden ziyade ikale sözleşmesi olarak değerlendirilmelidir.

İkinci olarak, önalım hakkının bir yenilik doğuran hak olması nedeniyle, hak sahibinin tek taraflı irade açıklamasıyla bu haktan vazgeçmesi mümkün olmalıdır.[24] Alacak haklarından farklı olarak, yenilik doğuran haklarda hakkın kullanılıp kullanılmayacağı hususunda tek yetkili kişi hak sahibidir. Hak sahibi, hakkı kullanırken muhatabın işbirliğine ihtiyaç duymazken, haktan feragat etmek için onun olurunu alması gerekmemelidir. Ayrıca hak sahibinin tek taraflı feragati muhatabın durumunu kötüleştirmeyeceğinden, muhatabın korunması ihtiyacı da yoktur.[25] Nitekim burada önalım hakkı sahibinin şarta bağlı olarak bir yükümlülük altına girdiğinden bahsedilemez. Zira burada söz konusu olan geciktirici şart, malikin taşınmazını satmasıdır. Oysa önalım hakkını tanıyan malik taşınmazını satsa (yani şart gerçekleşse) bile, önalım hakkı sahibi bu hakkını kullanmak zorunda değildir. Önalım hakkı sahibi, ancak bu hakkı kullandığı takdirde önalım bedelini ödemekle yükümlüdür.[26] Bu nedenle önalım hakkı sahibi nasıl hareketsiz kalarak hakkı sona erdirme imkânına sahipse, tek taraflı bir irade açıklamasıyla da bu haktan vazgeçmesi mümkün olmalıdır.

Son olarak, haklı sebeplerin varlığı halinde, önalım hakkı tanıyan malikin tek taraflı irade açıklamasıyla önalım hakkını ortadan kaldırabilmesi mümkün olmalı mıdır? Bu soruya yanıt vermeden önce, önalım hakkı doğuran sözleşmenin sürekli borç ilişkisi doğurup doğurmadığı incelenmelidir. Öğretide savunulan ve özellikle İsviçre Federal Mahkemesi'nce benimsenen

---

[21] Pierre Tercier / Pascal Pichonnaz / Murat Develioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016, s. 455, n. 1467; Kemal Oğuzman / Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2016, s. 537 vd.: Yazarlar, ikale sözleşmesini, tarafların borç ilişkisini sona erdirmek için yaptıkları anlaşma olarak tanımlamaktadırlar. Benzer şekilde bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017, s. 1284.

[22] Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 454, n. 1463; Eren, Borçlar Genel, s. 1296; Oğuzman/Öz, s. 542 vd.

[23] Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 456, N. 1474; Oğuzman/Öz, s. 544 vd.

[24] Buz, s. 422 vd.; Meliha Sermin Paksoy, Zamanaşımından Feragat, İstanbul 2012, s. 12.

[25] Buz, s. 422 vd.

[26] Bu nedenle doktrinde çeşitli yazarlar önalım hakkı doğuran sözleşmeyi "çift şarta bağlı satış" olarak nitelendirmektedirler: Bkz. Meier-Hayoz, BK ZGB, art. 681, n. 46 vd.; Taman Şıpka, s. 25.

görüşe göre, bir borç ilişkisinde karakteristik edimin ifası zamana yayılmış ve bu edimin kapsamı, ancak ifa süresine bağlı olarak belirlenebiliyorsa, yani ifa süresi arttıkça, karakteristik edimin toplam miktarı da artış gösteriyorsa, bir sürekli borç ilişkisi söz konusudur.[27] Önalım hakkı doğuran sözleşmeyi değerlendirdiğimizde, bunun sürekli borç ilişkisi doğurmadığı açıktır. Zira, önalım hakkı belirli bir süre için tanınmış olmakla birlikte, sürenin geçmesine bağlı olarak karakteristik edimin kapsamında herhangi bir artış meydana gelmemektedir.

Önalım hakkı sözleşmesi, yenilik doğuran bir hakkın doğumuna yol açan sözleşmedir. Kanaatimizce bu sözleşmeyi sürekli borç ilişkisi benzeri bir sözleşme olarak değerlendirmek de mümkün değildir. Sürekli borç ilişkisi benzeri sözleşmelerde, karakteristik edimin ifası bir zaman sürecine yayıldığı halde, edimin kapsamının belirlenmesinde zaman faktörü etkili olmamaktadır.[28] Oysa önalım hakkı sözleşmesinde, herhangi bir edimin ifasının zamana yayıldığından bahsetmek mümkün değildir. Burada söz konusu olan süre, tanınan yenilik doğuran hakkın hangi süre içinde kullanılabileceğinin tespitine yarar. Bu nedenle önalım hakkı tanıyan malikin, sözleşmeyi haklı sebeple feshedebileceği yönündeki görüşe katılmıyoruz. Kanaatimizce önalım hakkı doğuran sözleşme bakımından böyle bir ihtiyaçtan da bahsedilemez. Olsa olsa, sözleşmenin yapıldığı sıradaki şartların sonradan öngörülemeyecek şekilde değişmesi ve bunun neticesinde, önalım hakkının belirlenen şartlar altında kullanılmasına katlanmasını malikten beklemenin mümkün olmadığı hallerde, işlem temelinin çökmesinden bahsedilebilir. Bu durumda malikin TBK md. 138 hükmünden yararlanarak hakimden uyarlama talep etme, bunun mümkün olmaması halinde sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir.

2) Önalım hakkından feragatin şekli ve tapu sicilinde şerhi

Sözleşmesel önalım hakkından feragate ilişkin olarak TMK md. 735/III, yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümlerin sözleşmeden doğan önalım hakkında da uygulanacağını düzenlemektedir.[29] TMK md. 733/II ise, yasal önalım hakkına ilişkin olarak, "Önalım hakkından feragatin resmi şekilde yapılması ve tapu kütüğüne şerh verilmesi gerekir." hükmünü içermektedir.

---

[27] Marie Noëlle Venturi-Zen-Ruffinen, , La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, Zurich-Bâle-Genève 2007, s. 18 vd; Pınar Altınok Ormancı, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, İstanbul 2011, s. 13 vd. Bu yönde İsviçre Federal Mahkemesi'nin ilke kararı için bkz. ATF 128 III 428, JdT 2005 I 284.

[28] Altınok Ormancı, s. 32. Sürekli borç ilişkisi benzeri sözleşmelere verilebilecek en tipik örnek, eser sözleşmesidir. Eser sözleşmesinde yüklenicinin edimini ifası bir zaman sürecine yayılırken, zaman geçtikçe edimin kapsamının artış gösterdiğinden bahsedilemez.

[29] Belirtmek gerekir ki, İsviçre Medeni Kanunu'nda bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır.

Bu hükmün sözleşmesel önalım hakkına uygulanması, pek çok meseleyi de beraberinde getirmektedir. İlk mesele, feragatin resmi şekil şartına tâbi olmasıdır. Sözleşmesel önalım hakkının kurulması için adi yazılı şekil yeterli olduğu halde, bu haktan feragatin TMK md. 735/III atfı gereği resmi şekil şartına bağlanmasının hiçbir gerekliliği yoktur.[30] Kurulması daha hafif şekil şartına bağlanmış olan önalım hakkından feragat etmenin daha sıkı şekil şartına tâbi olması haklı eleştirilere maruz kalmıştır.[31] Özellikle sözleşmesel önalım hakkının taşınmaz mülkiyetine getirilen yasal bir kısıtlama olmaması nedeniyle, feragatin resmi şekilde yapılması gerekliliği (TMK md. 731/II) de ortaya çıkmaz.

İkinci sorunlu mesele ise, feragatin şerh edilmesi hususudur. İMK'da yasal önalım hakkından feragat için şerh bir zorunluluk değil, bir olanak olarak düzenlenmiştir. Oysa TMK md. 733/II hükmünün lafzına göre, yasal önalım hakkından feragatin resmi şekilde yapılması ve tapu kütüğüne şerh verilmesi bir zorunluluk olarak öngörülmektedir.[32] [33] Buna göre önalım hakkından geçerli bir şekilde feragat edebilmek için resmi şekil şartını sağlayan bir sözleşme yeterli olmayacak, aynı zamanda bu sözleşmenin tapu siciline şerhi gerekecektir. Bu hüküm çerçevesinde şerhin, feragatin sonuç doğurması için tamamlayıcı bir olgu olarak öngörüldüğü ifade edilmektedir.[34] Kanaatimizce TMK md. 733/II hükmünde şerhin bir zorunluluk olarak düzenlenmesi, İMK md. 681b'den önce yürürlükte olan İMK md. 682/III'ün yanlış tercümesine dayanmaktadır.[35] İMK'da yasal önalım hakkından feragat için bile bir zorunluluk oluşturmayan şerhin, TMK md. 735/III'ün atfı gereği Türk hukukunda sözleşmesel önalım hakkından feragat için bir zorunluluk teşkil etmesi, hukuki bir temelden yoksundur.

---

[30] Aynı yönde bkz. Barış Demirsatan, "Taşınmazlara İlişkin Olarak Tanınan Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı", Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, Sa. 145-146, 905-946, s. 938.

[31] Buz, s. 432; Demirsatan, s. 938.

[32] Yasal önalım hakkından feragati düzenleyen TMK md. 733/II'nin gerekçesi incelendiğinde, öngörülen düzenlemenin İMK'nın 1991 yılında yapılan değişiklikle yürürlükten kalkan 682/III maddesinden alındığının ifade edildiği görülmektedir. Sözü edilen madde, İMK'da 1991 yılında yapılan değişiklikten sonra 681b maddesi olarak yeniden düzenlenmiştir. İMK md. 681b/I hükmüne göre, "Bir yasal önalım hakkını kaldıran ya da değiştiren anlaşmanın geçerliliği, resmi şekilde yapılmasına bağlıdır. Önalım hakkı bir başka taşınmazın malikine ait olduğunda, yapılan anlaşma tapu kütüğüne şerh verilebilir." Belirtmek gerekir ki, burada önalım hakkının "bir başka taşınmazın malikine ait olması" ifadesiyle, paylı mülkiyet payını da taşınmaz olarak kabul eden İMK md. 655/II b. 4 hükmüne yollama yapılmaktadır. Bkz. Gümüş, Şerhler, s. 148 vd.

[33] Buz, s. 431.

[34] Gümüş, s. 149.

[35] Aynı yönde Gümüş, s. 149. Bu çerçevede yazar, Türk hukukunda yasal önalım hakkından feragatin resmi şekilde yapılması gerektiğini, bununla birlikte feragat anlaşmasının şerhinin sadece taraflarca kararlaştırıldığı takdirde söz konusu olacağını kabul etmek gerektiğini belirtmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bir sözleşmenin geçerli olarak sonuç doğurmasının şerh edilmesi koşuluna bağlanması, hukukumuza yabancı bir durumdur.[36] Kaldı ki sözleşmesel önalım hakkından feragatte, feragat ile hak sona ereceğinden şerhe gerek de yoktur. Bu sonucu açıklamak bakımından sözleşmesel önalım hakkını, yasal önalım hakkı ile karşılaştırarak ele almakta fayda vardır.

Yasal önalım hakkı kanundan doğan bir mülkiyet kısıtlaması teşkil ettiği halde, sözleşmesel önalım hakkında bu durum söz konusu değildir. Yasal önalım hakkından feragatte, şerhin etkileri doktrinde tartışmalı[37] olmakla birlikte, haktan feragat edenin payını devretmesi halinde, şerh neticesinde payı devralan da önalım hakkından yoksun olacaktır. Bir başka ifadeyle, yasal önalım hakkından feragatin şerhi, bu durumun feragat eden paydaşın cüzi haleflerine karşı da ileri sürülebilmesini sağlar.[38] Oysa sözleşmesel önalım hakkından feragatte durum farklıdır. TBK md. 239 gereği, aksine anlaşma olmadıkça, sözleşmeden doğan önalım, alım ve geri alım hakları devredilemez, ancak miras yoluyla geçer. Ancak önalım hakkı sahibi bu hakkından feragat ettiği takdirde, hak kesin olarak sona ereceğinden, ne cüzi haleflerin, ne de külli haleflerin önalım hakkına sahip olması söz konusu olacaktır. Yani sözleşmesel önalım hakkından feragat edilmesiyle hak sona erecek, şerh de yolsuzlaşacaktır. Yolsuz hale gelen şerhin genel hükümler çerçevesinde terkini mümkün iken, feragatin şerh edilmesini aramanın anlamsız olduğu ortadadır. Bu nedenle feragat işleminin şerhinin herhangi bir faydası yoktur.[39] Üstelik tapu siciline şerh edilmemiş olan önalım hakları bakımından, bu anlamsızlık daha da belirgin hale gelmektedir. Önalım hakkının kendisi tapuda şerh edilmemişken, bu haktan feragati şerh koşuluna bağlamak akla uygun değildir. Bu nedenle TMK md. 735/III atfı gereği sözleşmeden doğan önalım hakkında da gündeme gelen "haktan feragatin şerhi", sözleşmesel önalım hakkının niteliğine uygun düşmediği için uygulanmamalıdır.

---

[36] Benzer şekilde finansal kiralama sözleşmeleri bakımından şerhin, bu sözleşmenin geçerliliğine etkisinin olup olmadığı hususu tartışmalara yol açmıştır. Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu md. 22/I, finansal kiralama sözleşmesinin konusunu taşınmaz malların oluşturduğu durumlarda, sözleşmenin, taşınmazın bulunduğu tapu kütüğünün şerhler hanesine şerh edileceğini öngörmektedir. Benzer nitelikte bir hüküm, mülga Finansal Kiralama Kanunu md. 8'de yer alıyordu. Bu çerçevede doktrinde bir görüş, finansal kiralama sözleşmesi tapu kütüğüne şerh edilmedikçe sözleşmenin şekle aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olacağını ileri sürmekte; diğer görüş ise şerhin kurucu bir işlevinin olmadığını, bunun sadece sözleşme konusu mal üzerinde ayni nitelikte hak kazanacak olan üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldıracağını savunmaktadır. Yargıtay da bu hususta şerhin sözleşmenin geçerliliği bakımından değil, sözleşmenin üçüncü kişilere karşı etki doğurabilmesi bakımından gerekli olduğunu kabul eder gözükmektedir. Bu hususta tartışmalar ve ayrıntıları için bkz. Arif Barış Özbilen, Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü, İstanbul 2016, s. 322 vd. Bu hususta Yargıtay kararları ve değerlendirilmeleri için bkz. aynı yazar, s. 323 vd., dipnot 975.

[37] Söz konusu tartışmalar için bkz. aşağıda s. 11 vd.

[38] Buz, s. 435.

[39] Buz, s. 436; Demirsatan, s. 938.

Bu değerlendirmeler çerçevesinde, sözleşmesel önalım hakkından bir sözleşme ile veya hak sahibinin tek taraflı irade açıklaması ile feragat edilebilmeli, feragat sözleşmesinde veya feragat beyanında resmi şekil şartı aranmamalıdır. Zira kurulması bile adi yazılı şekle tâbi olan (TBK md. 237) sözleşmesel önalım hakkından feragatte resmi şeklin aranmasında herhangi bir menfaat yoktur. Bununla birlikte belirli bir satışta yasal önalım hakkından vazgeçmenin yazılı şekilde yapılması gerektiğini öngören TBK md. 733/II, c.2 burada uygulama alanı bulabilir. Gerçekten de adi yazılı şekilde kurulan önalım sözleşmesinden feragatin de aynı şekilde yapılması, feragat edenin menfaati ve ispat kolaylığı açısından uygun olacaktır. Ayrıca çalışmamızın II. kısmında görüleceği üzere, belirli bir satışta sözleşmesel önalım hakkından vazgeçmede de yine TBK 735/III'ün atfı gereği adi yazılı şekil şartı aranacağından, haktan tamamen feragat etmede aynı şekil şartının aranması yerinde olacaktır.

Diğer taraftan, sözleşmeden doğan önalım hakkından feragatin şerhi gereksizdir. Sözleşmesel önalım hakkı şerh edilmiş ise, bu haktan feragat sonucunda şerh de yolsuz hale geleceğinden terkin edilmesi mümkün olacaktır. Şerh edilmemiş önalım hakkı bakımından da feragatin tapuya şerh ettirilmesi gibi anlamsız bir zorunluluk da kalmayacaktır. Kanaatimizce TMK md. 735/III hükmünün amacı, yasal önalım hakkından feragate ilişkin düzenlemeleri niteliğine uygun düştüğü ölçüde sözleşmesel önalım hakkına uygulamaktır. Bu nedenle TMK md. 733/II hükmüne yapılan yollama, hükümde açıkça ifade edilmese de, maddenin kıyasen uygulanmasına yöneliktir. Yasal önalım hakkından feragatte aranan resmi şekil ve şerh şartları, sözleşmesel önalım hakkından feragatin niteliğine uygun düşmediğinden, zorunlu birer unsur olarak aranmamalıdır. Ayrıca kanun koyucunun bu konuya açıklık getirerek TMK md. 735/III hükmünü "… *kıyasen* sözleşmeden doğan önalım hakkında da uygulanır" şeklinde düzenlemesi yerinde olacaktır.

B) Yasal önalım hakkından feragat

Yasal önalım hakkı, özel hukuktan doğan bir hak olması nedeniyle, bu haktan feragat etmek mümkündür. Bu haktan tamamen (tüm paydaşlar için ve tüm paydaşlara karşı) feragat edilebileceği gibi, kısmen (sadece belirli paydaşlara karşı) feragat de söz konusu olabilir.[40]

Yasal önalım hakkından feragati düzenleyen TMK md. 733/II, bu haktan feragatin resmi şekilde yapılması ve tapu kütüğüne şerh verilmesi gerektiğini öngörmektedir. Bu çerçevede

[40] Heinz Rey / Lorenz,Strebel, Basler Kommentar ZGB II, Art. 681b, n.1 ve n. 2, 5. Auflage, Ed.Honsell-Vogt-Geiser, Basel 2015.

öncelikle yasal önalım hakkından feragatin tek taraflı bir irade açıklamasıyla yapılıp yapılamayacağı sorusu cevaplandırılmalıdır. TMK md. 733/II hükmünde bu hususta bir açıklık olmasa da, taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları ile ilgili olarak TMK md. 731/II, "Bu kısıtlamaların ortadan kaldırılması veya değiştirilmesi, buna ilişkin sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmesine ve tapu kütüğüne şerh verilmesine bağlıdır" hükmünü içermektedir. Söz konusu hükümde yer alan sözleşme ifadesi, yasal önalım hakkından feragatin tek taraflı irade açıklamasıyla yapılamayacağını ortaya koymaktadır. Oysa yasal önalım hakkı bir yenilik doğuran hak olduğundan, bu hakkı kullanıp kullanmamak tamamen hak sahibinin takdirinde olmalıdır. Yasal önalım hakkı sahibinin tek taraflı olarak bu haktan feragat edememesi ve diğer paydaşlarla bir sözleşme yapmak zorunda bırakılması, geçerli bir gerekçeden yoksundur[41]. Bununla birlikte TMK md. 733/II ve md. 731/II dikkate alındığında, kanun koyucunun feragat için bir sözleşme yapılmasını aradığı açıktır. Feragat işlemi, *de lege lata* ancak sözleşme ile gerçekleştirilebildiğinden, burada öncelikle feragat sözleşmesinin nasıl yapılması gerektiği ele alınacaktır.

1) Feragatin tâbi olduğu şekil

Paylı mülkiyette, bir paydaşın yasal önalım hakkından feragat etmesi, ancak bir sözleşme şeklinde yapılabilir.[42] TMK md. 733/II'de yasal önalım hakkından feragat için resmi şekil şartından bahsedilse de, sözleşme yapılması gerekliliği açıkça yer almamaktadır. Bununla birlikte yukarıda da ifade edildiği gibi TMK md. 731/II, taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamalarının sözleşmeyle ortadan kaldırılabileceğini veya değiştirilebileceğini öngörmektedir. Sözleşme, bu haktan feragat eden paydaş ile diğer paydaşlar arasında yapılır. Feragat sözleşmesi ivazsız olarak yapılabileceği gibi, bir ivaz karşılığında yapılması da mümkündür.[43]

Yasal önalım hakkından feragat için TMK md. 733/II'nin öngördüğü resmi şekil şartı, feragatin geçerli olabilmesi için aranan bir zorunluluktur.[44] Bu sözleşme için resmi şekil zorunluluğu, İMK md. 681b/I'de de yer almaktadır. İsviçre doktrininde bir görüşe göre, İMK

[41] Buz, s. 431 vd. Yazara göre resmi şekle tabi bir feragat sözleşmesi ile feragat edenin düşünmeye sevk edileceği düşüncesi, feragatin sözleşme ile yapılmasının değil, olsa olsa resmi şekil zorunluluğunun gerekçesini oluşturabilir. Aynı amaca, önalım hakkı sahibinin feragat iradesini resmi şekilde açıklamasının öngörülmesi ile ulaşılabilirdi.
[42] Gümüş, Şerhler, s. 144; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 563; Sirmen, s. 424.
[43] Steinauer, Renonciation, s. 107.
[44] Nitekim TMK md. 733/II'nin gerekçesine göre, önalım hakkından feragat ve hakkı kullanmaktan vazgeçme sözleşmeleri için aranan resmi ve adi yazılı şekil şartları, birer geçerlilik şeklidir.

md. 680/II hükmü ile uyum içerisinde olan[45] bu resmi şekil şartı, önalım hakkından feragat etmek isteyen paydaşı düşünmeye sevk etmek ve onu korumak amacıyla getirilmiştir. Resmi şekil şartını yerine getirmekle görevli memur, önalım hakkından feragat etmek isteyen paydaşa, feragatin kesin bir işlem olduğunu ve yakında gerçekleşmesi öngörülen bir önalım olayı varsa bile, bundan bağımsız olarak ileriye etkili tüm satışlarda sonuç doğuracağını açıklamakla yükümlüdür.[46]

Oysa Türk doktrininde, yasal önalım hakkından feragat için TMK md. 733/2'de yer alan resmi şekil şartına bağlı bir sözleşme yapılması zorunluluğu, pek çok eleştiriye maruz kalmıştır. Öncelikle, yukarıda da ifade edildiği üzere, bir yenilik doğuran hak olan yasal önalım hakkından, tek taraflı olarak feragat edilebilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Buna göre, feragat için bir sözleşmenin aranması, ancak karşı tarafın korunması gereken bir menfaati olsaydı gerekli olurdu.[47] Feragatin sözleşme ile yapılması arandığında, feragat edenin tek taraflı irade açıklaması sonuç doğurmayacak, üstelik muhatabın susması da zımni kabul olarak değerlendirilemeyecektir. Zira TMK md. 733/II hükmüne göre, feragat sözleşmesi resmi şekilde yapılmalı, dolayısıyla her iki taraf iradelerini açıkça beyan etmelidir.[48] Türk doktrininde TMK md. 733 hükmünü eleştiren bir başka görüşe göre ise, yasal önalım hakkının kaldırılmasına ilişkin anlaşma sadece taraflar arasında geçerli olmak üzere yapıldığında şekilsiz olarak dahi yapılabilmeli, ancak feragatin üçüncü kişileri bağlaması amaçladığında, yani şerh yapılması gereken hallerde sözleşmede resmi şekil şartına uyulmalıdır.[49]

Kanaatimizce de yasal önalım hakkının bir yenilik doğuran hak olması nedeniyle, tek taraflı irade açıklamasıyla bu haktan feragat mümkün olmalıdır. Ancak *de lege lata,* TMK md. 733/II ve TMK md. 731/II karşısında bunun mümkün olmadığı açıktır.[50] Söz konusu hüküm gereği ancak feragat eden paydaş ve muhatapları arasında resmi şekilde yapılan bir sözleşme ile yasal önalım hakkından feragat edilebilecektir. Yasal önalım hakkından feragat sözleşmesine resmiyeti verecek olan merci noterdir.

---

[45] İMK md. 680/II'ye göre, taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları ancak resmi şekilde yapılan bir sözleşme ve bunun tapu kütüğüne şerh edilmesi ile ortadan kaldırılabilir veya değiştirilebilir.
[46] Steinauer, Renonciation, s. 107, 108.
[47] Buz, s. 434.
[48] Buz, s. 434.
[49] Gümüş, Şerhler, s. 146. Belirtmek gerekir ki yazar, bu görüşünün de lege lata (TMK 733/II karşısında) kabulünün mümkün olmadığını da ifade etmektedir.
[50] Buz'a göre ise, TMK md. 733/II, feragatin tek taraflı beyanla yapılması yolunu kapatmamaktadır. TMK 733/II hükmü, ancak taraflar sözleşme ile yasal önalım hakkından feragat etmeyi tercih ettikleri takdirde uygulama alanı bulur. Bu hususta daha ayrıntılı bilgi için bkz. Buz, s. 435.

Bununla birlikte, resmi şekil şartına uyulmamışsa, önalım hakkından feragat sözleşmesi, önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme sözleşmesine tahvil edilebilir.[51] Bunun için sözleşmenin adi yazılı şekilde yapılmış olması gerekir. Resmi şekil şartına uyulmadığından geçersiz olan önalım hakkından feragat sözleşmesi, tahvil[52] yoluyla, gerçekleşecek en yakın önalım olayı veya taraflarca öngörülen önalım olayı için "hakkı kullanmaktan vazgeçme" olarak ayakta tutulmuş olur.

2) Feragatin şerh edilmesi

Yasal önalım hakkından feragat sözleşmesinin şerhi, bir kişisel hakkın şerhi niteliğindedir.[53] Kişisel hakların şerhinin doğuracağı hüküm ve sonuçlar doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, genellikle şerhin iki etkisinin olduğu kabul edilmektedir. Bunlar şerhin eşyaya bağlı borç etkisi ve munzam etki olarak ifade edilmektedir.[54] Şerhin eşyaya bağlı borç etkisi, şerhten sonra taşınmazın her malikinin kendi mülkiyeti esnasında doğacak borçla yükümlü olması; munzam etkisi ise şerhten sonra taşınmazda hak kazanmış olanlardan, doğmuş borcun ifasında alacaklıya zarar verenlerin haklarının bertaraf edilmesini sağlamasıdır.

Yasal önalım hakkından feragat sözleşmesinin şerhinin, bu iki etkinin her ikisini de doğurup doğurmayacağı hususu tartışmalıdır. İsviçre doktrininde bazı yazarlar, yasal önalım hakkından feragat sözleşmesinin sadece eşyaya bağlı borç etkisi doğurduğunu kabul etmektedirler.[55] Gerçekten de paylı mülkiyete tabi bir taşınmazın paydaşı, yasal önalım hakkından feragat edip bu husus da tapu kütüğünde şerh edilirse, onun mülkiyeti devrettiği her paydaş, yasal önalım hakkından yoksun olacaktır. Böylece şerhin etkisi, "önalım hakkını kullanmama yükümlülüğü" bulunan paydaşların belirlenmesinde kendisini göstermektedir. Bir

---

[51] Denis Piotet, CR CC II, Bale 2016, art. 681b, n. 6; Steinauer, Renonciation, s. 108.

[52] Bilindiği üzere, şekil şartını sağlamadığı için geçersiz olan bir işlemin, bir başka işleme dönüştürülerek ayakta tutulabilmesi için, dönüştürülecek işlemin geçerlilik şartlarını sağlıyor olması, dönüştürülecek işlemin tarafların farazi iradesine uygun olması ve bu işlemin taraflara daha ağır yükümlülükler yüklemiyor olması gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özbilen, s. 200 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm C. I, İstanbul 2008, s. 614 vd.; ayrıca bkz. Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2016, s. 155 vd.; Eren, Fikret, Borçlar Genel, s. 310 vd.; Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 110 vd.

[53] Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 214; Sirmen, s. 206.

[54] Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 249 vd.; Sirmen, s. 210.

[55] Piotet, Denis, CR CC II, art. 681b, n. 12; Steinauer, Renonciation, s. 109; Deschenaux, Henri, Le registre foncier, in: Traité de droit privé suisse, Vol. 5, T. II/I, Fribourg 1983, s. 561. Rubido da, açıkça ifade etmemekle beraber, bu görüşe katılır gözükmektedir. Bkz: Rubido, José-Miguel, "Le droit de préemption immobilier en droit privé et le Registre foncier: Questions choisies, in: RNRF 96/2015, ss. 1-15, s. 9.

başka ifadeyle payın her yeni maliki, kendi mülkiyeti döneminde bu borçtan sorumlu olmaktadır.

Belirtmek gerekir ki bazı yazarlar, bu etkinin eşyaya bağlı borç etkisi olduğunu reddetmektedirler.[56] Bu görüşe göre feragat sözleşmesi, paydaşlara olumlu bir edim yüklememekte, sadece diğer paydaşlara, yasal önalım hakkından feragat eden paydaşa/paydaşlara karşı süresiz bir def'i hakkı sağlamaktadır.[57] Oysa eşyaya bağlı borçtan bahsedebilmek için, borcun mutlaka olumlu bir edimi ihtiva etmesi gerekliliği, doktrinde tartışmalı bir meseledir.[58] Bir görüşe göre, malike sadece katlanma yükümlülüğü doğuran veya belirli davranışları yasaklayan mülkiyet hakkı kısıtlamaları da eşyaya bağlı borç olarak değerlendirilebilir.[59] Bu görüş, eşyaya bağlı borçların bir kısmının, özel hukuktan doğan mülkiyet kısıtlamaları ile çakıştığını ileri sürmektedir.[60] Kanaatimizce de yasal önalım hakkından feragatin şerhinin, eşyaya bağlı borç etkisi doğurduğu kabul edilmelidir. Yapmama borcu da alacak hakkının konusunu oluşturduğuna göre, bu borcun borçlusunun, eşyanın mülkiyetine bağlanması mümkündür. Ayrıca feragat sözleşmesinin şerhi ile diğer paydaşların, feragat eden paydaşa ve onun cüzi haleflerine karşı süresiz bir def'i hakkına sahip olmaları da, eşyaya bağlı borç niteliğinin reddini gerektirmez; hatta yapmama borcu niteliği gereği süreklilik gösterdiği için, bu şerhin doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla yasal önalım hakkından feragat sözleşmesinin şerhinin eşyaya bağlı borç etkisini doğurduğu kabul edilmelidir.

Şerhin munzam etkisine gelince, yasal önalım hakkından feragat sözleşmesinin şerhinin munzam etkisi kanaatimizce söz konusu değildir. Şerhin munzam etkisi, yukarıda da ifade edildiği gibi, şerhten sonra taşınmazda hak kazanmış olanlardan, alacaklıya zarar verenlerin haklarının bertaraf edilmesini sağlamaktır. Paylı mülkiyet payının devri halinde, devralan yeni malik açısından şerhin eşyaya bağlı borç etkisi açıkça görülmektedir, zira yeni paydaş da yasal önalım hakkından yoksun olacaktır. Ancak diğer sınırlı ayni hakların tesisi halinde, yani –yasal

---

[56] Gümüş, Şerhler, s. 150.
[57] Gümüş, Şerhler, s. 150 vd.
[58] Eşyaya bağlı borçların konusunu olumlu edimlerin oluşturduğu yönünde bkz. Şafak N. Erel, Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982, s. 5 vd.; Sirmen, s. 27. Erel'e göre, ayni hak sahibinin kendi iradesi dışında yüklendiği menfi edimler, yani kaçınma ve katlanma borçları, ya bir genel davranış yükümü olarak hukuki ödev veya başkalarının ayni haklarına uyma yükümünden ibarettir. Bunların eşyaya bağlı borç tarzında düzenlenmelerine imkân olmadığı gibi, gerek de yoktur. Zira ayni hak sahibini yükümlü kılan bir menfi edim, o kişinin eşya üzerindeki hakimiyetini kısıtlayacağından, eşyaya bağlı borç değil, sadece sınırlı ayni hak veya mülkiyet kısıtlaması olabilir. Aksi görüş için bkz. Simonius, Pascal/ Sutter, Thomas, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Basel 1995, s. 83, n.4.
[59] Simonius / Sutter, s. 83, n.4. Yazarlar, Fransız hukukunda da sadece yapma borcu içeren yükümlülüklerin değil, aynı zamanda kaçınma yükümlülüklerinin de, bunlar irtifak hakkı teşkil etmediği sürece, eşyaya bağlı borçlar kapsamında değerlendirilebildiğini ifade etmektedirler. Bkz. aynı yazarlar, s. 83, dipnot 8.
[60] Simonius / Sutter, s. 83, n.5.

önalım hakkından feragat eden- paydaşın payı üzerinde bir irtifak hakkı veya rehin hakkı kurması halinde sınırlı ayni hak sahibinin önalım hakkı bulunmayacağından, bu durum diğer paydaşların payları üzerindeki mülkiyet haklarına etki etmeyecek ve onların menfaatlerine aykırı herhangi bir durum oluşmayacaktır. Bu nedenle feragat sözleşmesinin şerhinin munzam etkisi gündeme gelmeyecektir.

Ayrıca sözleşmesel önalım hakkından feragatte olduğu gibi, yasal önalım hakkından feragatte de şerhin, feragatin sonuç doğurması bakımından zorunlu bir unsur olarak değerlendirilmemesi gerekir. Mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nun 681b maddesinde feragatin şerh edilebileceği düzenlendiğinden, TBK md. 733/II de mehaza uygun yorumlanmalı, şerh olmasa da yasal önalım hakkından feragat, feragat eden paydaş için geçerli sonuç doğurmalıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere, şerhin bir sözleşmenin geçerlilik şekli bakımından aranan bir unsur olması, hukukumuza yabancıdır.[61] Bu hususlar göz önünde bulundurularak, resmi şekil şartına uyularak yapılan bir yasal önalım hakkından feragat sözleşmesinin şerh olmadan da geçerli olacağı, ancak elbette sadece feragat eden paydaşa karşı ileri sürülebileceğini, yani onun cüz'i haleflerini bağlamayacağını kabul etmek kanaatimizce en uygun çözüm yoludur.[62]

II) ÖNALIM HAKKINI KULLANMAKTAN VAZGEÇME

Önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme, sadece belirli bir satış için hakkın kullanılmayacağını taahhüt etmektir. Yasal önalım hakkını düzenleyen TMK md. 733/II'nin 2. cümlesine göre, *"Belirli bir satışta önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme, yazılı şekle tâbidir ve satıştan önce veya sonra yapılabilir."*

A) Sözleşmesel önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme

Öncelikle belirtmek gerekir ki, TMK md. 735/III gereği yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümler sözleşmeden doğan önalım hakkında da uygulanacağından, burada da TMK md. 733/II'yi ele almak gerekmektedir.

Bilindiği üzere, sözleşmesel önalım hakkının geçerli bir şekilde kurulabilmesi için, bu sözleşmenin yazılı bir şekilde yapılması gerekir (TBK md. 237). Bu sözleşmeden doğan önalım

[61] Bu hususta ayrıntılı değerlendirme için bkz. yukarıda s. 6 vd.
[62] Aynı yönde bkz. Gümüş, s. 149 vd.; Buz, s. 433 vd.

hakkını –belirli bir satışta- kullanmaktan vazgeçmek için de, yine yazılı şekil şartına uyulması gerekecektir (TMK 733/II).[63]

TMK md. 733/II hükmü gereği, önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme, satıştan önce veya sonra yapılabilir.[64] Nitekim satışın yapılması önalım hakkını ortadan kaldırmaz; aksine önalım hakkının kullanılmasının şartının gerçekleştiği anlamına gelir. Dolayısıyla önalım olayı gerçekleştikten sonra olduğu gibi, gerçekleşmeden önce de hak sahibi bu hakkını kullanmaktan vazgeçebilir.

1) Önalım olayı gerçekleşmeden önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme

Önalım hakkı sahibinin önalım olayı gerçekleşmeden bu hakkı kullanmaktan vazgeçmesinde, iki olasılık mevcuttur. Önalım hakkı sahibi, ileride gerçekleştirilmesi düşünülen satış hakkında bilgi alarak (örneğin satışın kime yapılacağı, satış bedeli, satış zamanı vs…) hakkından vazgeçebileceği gibi, ileride gerçekleştirilmesi düşünülen satışın özelliklerinden tamamen bağımsız bir şekilde de bu hakkı kullanmaktan vazgeçebilir.

a) Gelecekteki önalım olayı hakkında bilgi sahibi olarak vazgeçme

Bu ihtimalde vazgeçme beyanı ancak, üçüncü kişiyle yapılan satış sözleşmesinin, vazgeçene bildirilen şartlara uygun olması halinde bağlayıcıdır.[65] Gerçekten, önalım hakkı sahibinin, üçüncü kişiyle yapılacak satış sözleşmesinin özelliklerine bağlı olarak hakkını kullanmaktan vazgeçmesinin çeşitli riskleri mevcuttur. Önalım hakkı sahibi, henüz satış gerçekleşmediği için, vazgeçme kararını kesin olmayan bilgilere dayanarak, hatta kasten yanıltılarak verebilir.[66] Örneğin, satış bedeli olarak, alıcının kabul ettiğinin çok üstünde bir bedel ona söylenerek, önalım hakkından vazgeçmesi istenebilir. Bu durum aynı zamanda satıcı ve alıcı için de risk teşkil eder, zira onlar da önalım hakkından vazgeçenin, vazgeçme beyanının

---

[63] İMK md. 681b/II sadece yasal önalım hakkı bakımından uygulama alanı bulduğundan, belirli bir satışta sözleşmesel önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme, herhangi bir şekil şartına tâbi değildir: Steinauer, Renonciation, s. 111, n. 25; Bénédict, Foex, "Comment évier l'exercice du droit de préemption?", in: Not@lex-Revue de droit privé et fiscal du patrimoine, ss. 79-91, s. 80; Rüegg, s. 349, n. 888; Bénédict, Foex, Quelques questions pratiques relatives au droits de préemption du CC/CO, RNRF 2007, ss. 1-20, s. 16.

[64] İsviçre Medeni Kanunu'nda yasal önalım hakkını düzenleyen İMK md. 681b/II'ye göre, belirli bir satışta önalım hakkından vazgeçmek, ancak önalım olayı gerçekleştikten sonra mümkündür. Ancak bu kural sözleşmesel önalım hakkı bakımından uygulama alanı bulmadığından, sözleşme ile önalım hakkı sahibi olan kişinin bu haktan –belirli bir satışta- vazgeçmesi için, önalım olayının gerçekleşmesini beklemesi gerekmez. Bir başka ifadeyle, sözleşmesel önalım hakkından her zaman vazgeçmek mümkündür. Bkz: Steinauer, Renonciation, s. 111, n. 24; Rüegg, s. 350, n. 893; Foex, Quelques questions, s. 16. Buna karşılık aksi görüşte bkz. José-Miguel Rubido, L'exercice du droit de préemption immobilier au regard du droit privé, Genève-Zurich-Bâle 2012, s. 164 vd.

[65] Rüegg, s. 350, n. 893.

[66] Foex, Comment éviter, s. 81; Steinauer, Renonciation, s.113, n. 27.

geçersizliğini veya gerçekleştirilen satışın kendisine beyan edilenden farklı olduğunu ileri sürmesi riskiyle karşı karşıyadırlar.[67]

Bu risklerin önüne geçebilmek için, önalım hakkından vazgeçen kişiye, kendisine bildirilen satışla ilgili olarak meydana gelen her tür değişikliği haber vermek gerekir. Bu değişiklikler satıcı ya da notere önemsiz gözükse dahi, değişiklik bildiriminin yapılması gerekir. Zira önalım hakkından vazgeçen kişinin gözünde önem teşkil eden hususları diğer taraflar doğru değerlendiremeyebilirler. Örneğin satış tarihinde meydana gelen değişiklik, satıcı için önemli olmayan bir değişiklik olsa da, önalım hakkından vazgeçen için büyük önem taşıyabilir: Vazgeçen önalım hakkını kullanmak istemekle birlikte, satış tarihinde yeterli miktarda maddi kaynağa sahip olmayacağı düşüncesiyle bu hakkından vazgeçmiş ve sonradan satış daha ileri bir tarihe ertelenmişse, vazgeçen açısından önemli bir değişiklik mevcuttur.[68] Özetle, satış şartlarındaki tüm değişikliklerin vazgeçene bildirilmesi, vazgeçenin ileride yanılma veya aldatmaya dayalı olarak vazgeçme beyanını geçersiz kılma ihtimalinin önüne geçecektir.

Satıcı ve alıcının kendilerini güvence altına almaları bakımından, vazgeçme beyanının hangi süre için ve hangi şartlar altında verildiğinin çok dikkatli bir şekilde belirtilmesi gerekir. Özellikle hangi satış için önalım hakkından vazgeçildiğini tespit edebilmek bakımından, satış bedeli ve hatta alıcının belirtilmesi büyük önem taşır.[69]

b) Gelecekteki önalım olayının özelliklerinden bağımsız olarak (soyut) vazgeçme

Önalım hakkı sahibi, gelecekteki önalım olayının özelliklerinden bağımsız olarak da hakkını kullanmaktan vazgeçebilir. Bu durumda, üçüncü kişiyle yapılacak satış sözleşmesinin hangi şartlar altında yapıldığının, vazgeçme beyanının geçerliliğine herhangi bir etkisi yoktur.[70] Bununla birlikte vazgeçenin bu beyanının hangi süre için geçerli olacağını tayin etmesinde fayda vardır. Aksi takdirde, önalım hakkı sahibinin hakkından belirli bir satış için değil, ileride gerçekleştirilecek tüm satışlar için vazgeçtiği (yani hakkından feragat ettiği) sonucuna

[67] Foex, Comment éviter, s. 81; Steinauer, Renonciation, s.113, n. 27.
[68] Foex, Comment éviter, s. 81.
[69] Steinauer, Renonciation, s. 113, n. 27.
[70] Rüegg, s. 351, n. 894. Örneğin önalım hakkını kullanmaktan vazgeçenin her halükarda yeterli maddi kaynağı yoksa, üçüncü kişiyle yapılacak satış sözleşmesinin koşullarından tamamen bağımsız olarak hakkı kullanmaktan vazgeçebilir.

varılabilmesi mümkündür.[71] Ancak bu sonuç her zaman için geçerli değildir. Somut olayın özelliklerinden, vazgeçme beyanının ne zamana kadar bağlayıcı olacağı tayin edilebilir.[72]

2) Önalım olayı gerçekleştikten sonra önalım hakkından vazgeçme

Önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme, satıştan sonra da yapılabilir (TMK md. 733/II). Satıştan sonra vazgeçmede de iki olasılık mevcuttur: Hak sahibi, yazılı şekil şartına uyarak, gerçekleşen satışta önalım hakkını kullanmayacağını beyan edebilir. TBK md. 242'ye göre sözleşmeden doğan önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirilmesinden itibaren üç ay, her halde satışın yapılmasından başlayarak iki yıl içinde kullanılabilir. Yazılı bir vazgeçme beyanıyla hak sahibi, bu süreler içinde önalım hakkını kullanmamayı taahhüt etmektedir.

İkinci olasılıkta önalım hakkı sahibi, TBK'da öngörülen süreler içinde hareketsiz kalarak önalım hakkını kullanmamayı tercih edebilir. Bu durumda vazgeçme, zımni bir irade açıklaması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Hak düşürücü süreler sona erdiğinden, önalım hakkı da ortadan kalkar.

B) Yasal önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme

Türk hukukuna göre yasal önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme yazılı şekle tâbidir ve satıştan önce veya sonra yapılabilir (TMK md. 733/II). Buna karşılık mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nun 681b maddesinin 2. fıkrasına göre, yasal önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme önalım olayı gerçekleştikten sonra mümkündür ve yazılı şekle tâbidir. İMK md. 681b/II'deki bu hükmün emredici olduğu kabul edilmektedir.[73] O halde İsviçre hukukuna göre ancak önalım olayı gerçekleştikten sonra yapılan vazgeçme beyanı sonuç doğuracaktır.[74] Dolayısıyla üçüncü kişiyle satış işleminin gerçekleştirilmesi ve böylece satış koşullarının kesin bir şekilde belirlenmiş olması gerekir.[75] Türk hukukunda ise, henüz önalım olayı gerçekleşmeden, yani satış koşulları kesin bir şekilde belirlenmeden yasal önalım hakkından vazgeçmek mümkün

---

[71] Rüegg, s. 351, n. 894; Steinauer, Renonciation, s. 112, n. 27.
[72] Rüegg, s. 351, n. 894. Yazarın bu hususta verdiği örnek, üçüncü kişiyle satış sözleşmesinin müzakereleri esnasında önalım hakkı sahibinin hakkını kullanmaktan vazgeçmesidir. Böyle bir durumda, vazgeçme beyanı, satış sözleşmesi ancak bu üçüncü kişiyle ve "makul bir müzakere süresi" içinde kurulursa sonuç doğuracaktır.
[73] Foex, Comment éviter, s. 80; Foex, Quelques questions, s. 15; Steinauer, Renonciation, s. 116, n. 32; Rubido, L'exercice, s. 162.
[74] Rey/ Strebel, Basler Kommentar ZGB II, art. 681b, n. 6; Jörg Schmid / Bettina Hurlimann-Kaup, Sachenrecht, 5. Auflage, Zürich 2017, s. 259, n. 944.
[75] Steinauer, Renonciation, s. 116 vd, n. 33.

olduğundan, vazgeçme beyanının hangi şartlar altında yapılacak bir satış için geçerli olacağını çok iyi belirtmekte fayda olacaktır.

Diğer taraftan, yasal önalım hakkı sahibi, süresi içinde hakkını kullanmayarak hakkın sona ermesine de yol açabilir.

Önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme sadece belirli bir satış bakımından geçerli olduğundan, hak sahibi, bir sonraki satış işleminde yeniden önalım hakkını kullanma imkânına sahip olacaktır.[76]

SONUÇ

Türk Medeni Kanunu, yasal önalım hakkından feragatin ancak resmi şekilde yapılacak bir sözleşme ve tapu kütüğüne şerh ile yapılabileceğini öngörmektedir. Oysa resmi şekil şartına uyularak yapılan önalım hakkından feragat sözleşmesi geçerli olmalı, hatta *de lege ferenda* tek taraflı irade açıklaması ile de yasal önalım hakkından feragat edilebilmelidir. Şerh ise, mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nda olduğu gibi, feragatin sonuç doğurması için aranan zorunlu bir unsur olarak kabul edilmemelidir. TMK md. 733/II hükmü, "… tapu kütüğüne şerh verilebilir" şeklinde anlaşılmalıdır. Yasal önalım hakkından feragat sözleşmesinin şerhi, eşyaya bağlı borç etkisi doğurarak, yasal önalım hakkını kullanmamakla yükümlü olan paydaşların belirlenmesinde etkilidir.

TMK md. 735/III atfı nedeniyle, yasal önalım hakkından feragate ilişkin bu düzenlemenin sözleşmeden doğan önalım hakkına uygulanması daha da akla uymayan sonuçlar doğurmaktadır. Sözleşmesel önalım hakkından da sözleşme ile olduğu kadar, tek taraflı irade açıklaması ile feragat edilebilmelidir. Kurulması için adi yazılı şekil yeterli iken, sözleşmesel önalım hakkından feragatin resmi şekle tâbi olmasının geçerli bir gerekçesi yoktur. Ayrıca feragat ile sözleşmesel önalım hakkı sona ereceğinden, feragatin şerhi gerekmez.

Diğer taraftan, önalım hakkı doğuran sözleşmenin haklı sebeple feshi mümkün olmamalıdır. Zira bu sözleşme sürekli bir borç ilişkisi doğurmadığı gibi, sürekli borç ilişkisi benzeri de değildir. Ancak şartları gerçekleştiği takdirde, önalım hakkı doğuran sözleşmenin uyarlanması mümkün olmalıdır.

[76] Steinauer, Renonciation, s. 118, n. 37.

Kaynakça

Altınok Ormancı Pınar, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, İstanbul 2011.

Buz Vedat, Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.

Demirsatan Barış, "Taşınmazlara İlişkin Olarak Tanınan Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı", Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, Sa. 145-146, Ss. 905-946.

Deschenaux Henri, Le Registre Foncier, in: Traité De Droit Privé Suisse, Vol. 5, T. II/I, Fribourg 1983.

Erel Şafak N., Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982.

Eren Fikret, "Türk Medeni Kanunu'na Göre Yasal Önalım Hakkı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, Y. 2008, S. 1-2.

Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017. (Eren, Borçlar Genel)

Eren Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014.

Eren Fikret, Mülkiyet Hukuku, Ankara 2012. (Eren, Mülkiyet)

Foex Bénédict, "Comment Évier L'exercice Du Droit De Préemption?", İn: Not@Lex- Revue De Droit Privé Et Fiscal Du Patrimoine, Ss. 79-91. (Foex, Comment Éviter)

Foex Bénédict, Quelques Questions Pratiques Relatives Aux Droits de Préemption du Cc/Co, Rnrf 2007, ss. 1-20. (Foex, Quelques Questions)

Gümüş Mustafa Alper, Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, İstanbul 2007.

Hrubesch-Mıllauer Stephanie/ Graham-Sıegenthaler Barbara/ Roberto Vito, Sachenrecht, Bern 2017.

Kırca, Çiğdem :"Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanundaki Değişiklikler", Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı Cilt: II, İstanbul 2002, ss. 1179-1203.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm C. I, İstanbul 2008.

Meier-Hayoz Arthur, Berner Kommentar, Das Grundeigentum II, Art. 680-701 ZGB, Bern 1975, Art. 681 ve Art. 682.

Oğuzman Kemal/ Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2016.

Oğuzman Kemal/ Seliçi Özer/ Oktay Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2016.

Özbilen Arif Barış, Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü, İstanbul 2016.

Paksoy Meliha Sermin, Zamanaşımından Feragat, İstanbul 2012.

Piotet Denis, Commentaire Romand (Editeurs: Pascal Pichonnaz/ Bénédict Foëx/ Denis Piotet), Code Civil II, Art. 681b, Bâle 2016.

Rey Heinz, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Band I, Bern 2007.

Rey Heinz/ Strebel Lorenz, Basler Kommentar ZGB II, (Ed. Honsell, Heinrich/ Vogt, Nedim Peter/ Geiser, Thomas), Art. 681b, 5. Auflage, Basel 2015.

Rubido José-Miguel, "Le Droit de Préemption İmmobilier en Droit Privé et le Registre Foncier: Questions Choisies", in: RNRF 96/2015, ss. 1-15.

Rubido José-Miguel, L'exercice Du Droit De Préemption İmmobilier Au Regard du Droit Privé, Geneve-Zurich-Bâle 2012.

Rüegg Jonas, Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrecht An Grundstücken, Zurich/Bâle/Genève 2014.

Schmid Jörg/ Hurlimann-Kaup Bettina, Sachenrecht, 5. Auflage, Zürich 2017.

Simonius Pascal/ Sutter Thomas, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Basel 1995.

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

Steinauer Paul-Henri, "La Renonciation Au Droit De Préemption Ou À L'exercice De Ce Droit", İn: Jusletter 12. März 2007.

Steinauer Paul-Henri, "La Renonciation Au Droit De Préemption Ou À Son Exerice", in: Les Droits D'emption, De Préemption et De Réméré- Questions Pratiques Et D'actualité, 2017 Helbing Lichtenhahn, Bâle, Faculté De Droit De L'université De Neuchâtel, Neuchâtel, Ss. 101-124. (Steınauer, Renonciation)

Steinauer Paul-Henri, Les Droits Réels, Tome II, Berne 2002.

Taman Şıpka Şükran, Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şufa) Hakkı, İstanbul 1994.

Tekinay Selahattin Sulhi/ Akman Sermet/ Burcuoğlu Haluk/ Altop Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.

Tercier Pierre/ Pichonnaz Pascal/ Develioğlu Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016.

Venturi-Zen-Ruffinen, Marie Noëlle, La Résiliation Pour Justes Motifs Des Contrats De Durée, Zurich/Bâle/Genève 2007.