

¶ FİİLİ TAKSİM HÂLİNİN YASAL ÖNALIM HAKKINA ETKİSİ

(THE EFFECT OF DE FACTO DIVISION SITUATION ON THE LEGAL PRE-EMPTION RIGHT)

Arş. Gör. Ömer Faruk ÇELİK**

ÖZ

Fiili taksim, paylı mülkiyete tabi bir taşınmazın, paydaşlar tarafından kendi aralarında özel olarak taksim edilmesi, paydaşların taksim edilen kısımları kullanması ve bu fiili durumu benimsemesi hâlidir. Yargıtay içtihatları uyarınca taşınmazda fiili taksim söz konusu ise, taksim edilen paylardan birinin paydaşlar dışında birisine satışı hâlinde, fiili taksime rıza gösteren mevcut paydaşlar yasal önalım hakkını kullanamazlar. Yargıtay içtihatlarıyla ortaya çıkan bu durum, yasal önalım hakkının kullanılmasına engel teşkil etmektedir. Bu çalışmada, fiili taksim hâlinin yasal önalım hakkının kullanımına etkisi irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Yasal Önalım Hakkı, Fiili Taksim, Paylı Mülkiyet

ABSTRACT

The de facto division is the case where an immovable property subject to joint ownership is actually divided in proportion to joint owners' shares, used and adopted this de facto divided property by them. In accordance with the case-law of the Court of Cassation, if the immovable property divided de facto, in case of selling a divided part to someone other than the joint owners, the joint owner who consents "de facto division" has no right to exercise the legal pre-emption right. This situation constitutes an obstacle to the exercise of the legal pre-emption right. In this study, the effect of the de facto division situation arising from the case-law of the Court of Cassation on the exercising of the legal pre-emption right will be examined.

Keywords: Legal Pre-emption Right, De Facto Division, Joint Ownership

GİRİŞ

Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyete tabi bir taşınmazdaki payların maliklerine (paydaşlara) tanınmış bir haktır. Paydaşlardan birinin, payını paydaşlar dışında üçüncü bir kişiye satması durumunda diğer paydaşlar, yasanın kendilerine tanınmış olduğu önalım hakkına müracaat edebileceklerdir. Fakat yasal önalım hakkı, bazı hâllerde kullanılamaz. Yargıtay kararlarında, fiili taksim de bu hâllerden birisi olarak kabul edilmektedir. Fiili taksim, paylı

¶ Eserin Dergimize geliş tarihi: 09.01.2020. İlk hakem raporu tarihi: 24.02.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 04.02.2021. Onaylanma tarihi: 04.02.2021.

* Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi.

** Yazarın ORCID Belirleyicisi: 0000-0003-1558-3934.

Esere Atıf Şekli: Ömer Faruk Çelik, "Fiili Taksim Halinin Yasal Önalım Hakkına Etkisi", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.1131-1154.

mülkiyete tabi bir taşınmazın, paydaşlar tarafından kendi aralarında özel olarak taksim edilmesi, paydaşların taksim edilen kısımları kullanması ve bu fiili durumu benimsemesi hâlidir. Yargıtay içtihatlarına göre, taşınmazda fiili taksim söz konusu ise, taksim edilen paylardan birinin satışı hâlinde, bu taksime rıza gösteren diğer paydaşlar, yasal önalım hakkına müracaat edemezler¹.

Bu çalışmada, Yargıtay'ın istikrarlı içtihatları ve doktrindeki görüşler temel alınarak, fiili taksim hâlinin yasal önalım hakkının kullanılmasının önünde bir engel teşkil edip etmeyeceği sorusu üzerinde durulmuştur. Çalışmanın ilk bölümünde, önalım hakkına ve bu hakkın kullanılamayacağı hâllere ilişkin kısa bir izahat yapılmıştır. Sonraki bölüm ise, fiili taksim hâlinin yasal önalım hakkı üzerindeki etkilerine ve bu konudaki kanaatimize özgülmüştür.

I. ÖNALIM HAKKININ KULANILAMAYACAĞI DURUMLARA GENEL BAKIŞ

A. Önalım Hakkına Genel Bakış

Önalım hakkı² (*Vorkaufsrecht*), hem Türk Medeni Kanunu'nda³ hem de Türk Borçlar Kanunu'nda⁴ düzenlenmiş bir hak türüdür⁵. Söz konusu kanunlarda, önalım hakkının tanımı yapılmamıştır. Tanım yapılması işi doktrine bırakılmıştır. Doktrinde önalım hakkı, hak konusu taşınmazın üçüncü kişiye satılması hâlinde başvurulabilen ve kullanılması durumunda hak sahibine o taşınmazın yeni alıcısı olma yetkisini veren bir hak olarak tanımlanmaktadır⁶. Önalım hakkı, TMK sistematüğinde “taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamaları” başlığı altında düzenlenmiştir. TBK'da ise, “taşınmaz satış ilişkisi doğuran haklar” başlığı altında, sözleşmeden doğan önalım hakkına dair düzenlemeler bulunmaktadır. Bu nedenle, önalım hakkının yalnızca taşınmaz mülkiyetinde gündeme gelebileceği ileri sürülmüştür⁷.

¹ Yarg. HGK, 2017/14-1763 E., 2019/129 K., 12.2.2019 T.; Yarg. 14. HD, 2019/510 E., 2019/6235 K., 3.10.2019 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 1.1.2020.

² Önalım hakkı, 743 sayılı mülga Medeni Kanun'un m. 658 ve m. 659 hükümlerinde “Şuf'a Hakkı” adı altında düzenlenmişti. Şuf'a, Arapça kökenli bir kelime olup, sözlük anlamının “ilave etme, birleştirme” olduğu belirtilmektedir. Kelimenin diğer kök anlamları ise “artma, yardım isteme, gözetip ayrıcalık tanıma” olup, etimolojik açıklamalar yapılırken bu kök anlamlar ile de irtibat kurulur. Son olarak hakkın verdiği yetki sayesinde hak sahibinin mevcut eşyasına ikinci bir eşya eklemesi nedeniyle Arapçada çift anlamına gelen “şef” kelimesinden türediği de ileri sürülmektedir, bkz. **İbrahim Kâfi Dönmez**, “Şuf'a, Ön alım hakkı”, İslam Ansiklopedisi, C. 39, Türk Diyanet Vakfı, İstanbul, 2010, s. 248.

³ R.G., 8.2.2001 T., 24607 S.

⁴ R.G., 4.2.2011 T., 27836 S.

⁵ Önalım hakkının bu iki kanun dışında düzenlendiği başka kanuni düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin; 1164 sayılı Arsa Üretimi ve Değerlendirilmesi Hakkında Kanun m. 10/I hükmüyle Arsa Ofisi Genel Müdürlüğü'ne önalım hakkı tanınmıştır. Yine 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu m. 8/İ hükmüyle tarımsal arazilerin satışında sınırdaş arazi maliklerine önalım hakkı tanınmıştır. Kat Mülkiyeti Kanunu m. 8/II hükmünde, bir bağımsız bölümün paydaşlarından birinin, kendi payını paydaş olmayan birisine satması hâlinde, diğer paydaşların öncelikle satın alma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Bu hüküm, yasal önalım hakkının özel bir görünümüdür.

⁶ **M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, 20 Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 536; **Hasan Erman**, Eşya Hukuku Dersleri, Gözden Geçirilmiş 7. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2017, s. 120 vd.; **Selahattin Sulhi Tekinay**, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyidleri, II/1, İstanbul, 1988, s. 16.

⁷ **Soysal Özenli**, Uygulamada Önalım (Şuf'a) Davaları, İkinci Basım, Kazancı, İstanbul, 1990, s. 10; **Adil Kasagün**, Şuf'a Davaları, Doğu Matbaacılık, Ankara, 1958, s. 29.

Yasal önalım hakkı bakımından, bu konuda şüphe yoktur. Lakin sözleşmeden doğan önalım hakkı bakımından, taşınırın da bu hakkın konusu olabileceği ileri sürülmektedir⁸.

Doktrindeki baskın görüş⁹ ve Yargıtay içtihatlarına¹⁰ göre, önalım hakkı, hukuk âleminde yarattığı etki bakımından, kurucu yenilik doğuran bir haktır. Hakkın kullanılma- sıyla birlikte, hak sahibi ile taşınmaz mülkiyetine geçiren üçüncü kişi arasında bir satış ilişkisi doğar. Yenilik doğuran haklar prensip itibarıyla, tek taraflı, varması gereken bir irade beyanıyla kullanılırlar¹¹. Fakat önalım hakkı, bu prensibin bir istisnasını oluşturmaktadır. Önalım hakkı, TMK m. 734/I ve TBK m. 242 hükümleri uyarınca sadece dava yoluyla kullanılabilir. Dava yoluna başvuran hak sahibi, hak konusu şeyin devir bedelini ödemek kaydıyla, taşınmaz mülkiyetinin kendisine tanındığı tasarruf yetkisi (*abusus*) sayesinde taşınmaz üzerindeki hakkını sınırlandırabilmektedir. Önalım hakkı sahibi ise, taşınmazın satışı yahut ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her tür işleme konu olması hâlinde, hakkını ileri sürebilecektir. Sözleşmeden doğan önalım hakkı, TBK m. 238, TMK m. 735/I ve m. 1009 hükümlerine göre, tapu siciline şerh edilebilen nisbi haklardandır. Şerh edilmemesi hâlinde, hak sahibinin bu hakkını, yalnızca malike veya onun küllî haleflerine yöneltilebileceği ileri

Önalım hakkı, iki farklı şekilde ortaya çıkabilir. İlki, sözleşmeden doğan önalım hakkıdır. TMK m. 735 hükmünde sözleşmeden doğan önalım hakkından bahsedilmekle birlikte, bu tür önalım hakkının esasları TBK m. 237-242 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Bu tür önalım hakkında malik, dilediği kişiye sözleşme yoluyla bu hakkı tanyabilmektedir. Malik, mülkiyet hakkının kendisine tanıdığı tasarruf yetkisi (*abusus*) sayesinde taşınmaz üzerindeki hakkını sınırlandırabilmektedir. Önalım hakkı sahibi ise, taşınmazın satışı yahut ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her tür işleme konu olması hâlinde, hakkını ileri sürebilecektir. Sözleşmeden doğan önalım hakkı, TBK m. 238, TMK m. 735/I ve m. 1009 hükümlerine göre, tapu siciline şerh edilebilen nisbi haklardandır. Şerh edilmemesi hâlinde, hak sahibinin bu hakkını, yalnızca malike veya onun küllî haleflerine yöneltilebileceği ileri

⁸ **Kemal T. Gürsoy/Fikret Eren/Erol Cansel**, Türk Eşya Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1984, s. 654; **Gül Okutan Nilsson**, Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2004, s. 215; **Cihan Avcı Braun**, “Satış İlişkisi Doğuran Haklar”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C. 4,5, Ed. Turgut Öz v.d., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 2594, N. 2.

⁹ **Andreas von Tuhr**, Borçlar Hukuku, Umumi Kısım, Çev. Cevat Edege, İstanbul, 1953, s. 23; **Aydın Aybay/Hüseyin Hatemi**, Eşya Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 193; **Vedat Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 154; **Mehmet Ayan**, “Kanuni Şu’a Hakkı”, Prof. Dr. Halil Cin’e Selçuk Üniversitesi’nde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya, 1995, s. 337; **Harun Demirbaş**, Yenilik Doğuran Haklar, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 54; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 614; **Özenli**, s. 11-12. Önalım hakkının hukuki niteliğine ilişkin başkaca görüşler de bulunmaktadır. Bunlar; uzatılmış icap teorisi, satış vaadi teorisi ve çift şartlı satış teorisidir. Görüşlerin detayları ve değerlendirmesi için bkz. **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 207.

¹⁰ Yarg. İBK, 1949/13 E., 1951/5 K., 20.6.1951 T. “*Gayrimenkul mülkiyetinin takyitlerinden olan kanuni şufa hakkı gayrimenkulde hisse sahibi bulunan şahsa diğer bir hissenin üçüncü şahsa satılması halinde o hisse müşteriye neye mal olmuş ise o miktar ile ve belli bir süre içinde satın almak salahiyetini veren aynı bir haktır. Bu hak meşfu hissenin üçüncü şahsa satılması ve satışa itiladan itibaren bir ay içinde kullanılmış olması gibi muayyen şartlar altında kullanılacak yenilik doğuran kurucu bir haktır ki, şefi in bu hakkı kullandığı yolundaki tek taraflı irade beyanının müşteriye vasıl olmasıyla yeni bir hukuki vaziyet meydana getirmesine yarar*”.

Yarg. HGK 2005/6-230 E., 2005/244 K., 13.4.2005 T. “*Önalım hakkı eskisi gibi irade bildirimini ile değil ancak alıcıya karşı dava açılarak kullanılabilir. Bu hakkın dava dışında kullanılması olanaklı değildir. Önalım davası yenilik doğuran bir dava, kararı da yenilik doğuran bir karardır.*” www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 1.1.2020.

¹¹ **Demirbaş**, s. 73 vd.

¹² **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 540; **Erman**, s. 121.

sürülmüştür¹³. Lâkin bu durumda, ileri sürülen önalım hakkının gereğinin yerine getirilmesi, bir diğer ifadeyle, taşınmaz mülkiyetinin önalım hakkı sahibine geçirilmesi mümkün olmaz. Zira önalım hakkı şerh edilmediğinden, taşınmazın mülkiyetini iktisap eden üçüncü kişi, tapuda sözleşmeden doğan önalım hakkına ilişkin herhangi bir kayıt görmediği için, mülkiyeti kayıtsız olarak iktisap etmiş olacaktır. Bu durumda, sözleşmeden doğan ve şerh edilmemiş önalım hakkının sahibi, sözleşmenin ihlal edildiğinden bahisle, kendisine önalım hakkı tanyandan yalnızca tazminat talep edebilir¹⁴.

İkinci önalım hakkı çeşidi olan kanundan doğan, yasal önalım hakkı (*gesetzliches Vorkaufsrecht*) ise, çalışmamızın esas konusunu teşkil etmektedir. Bu hak, TMK m. 732 hükmünde şu şekilde düzenlenmiştir; “Paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması hâlinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler”. Bu hakkı kullanma yetkisi, paylı mülkiyet ilişkisindeki paydaşlara tanınmıştır. Görüleceği üzere yasal önalım hakkı, yalnızca paylı mülkiyete tabi taşınmazlarda söz konusu olmaktadır. Paylı mülkiyet ilişkisi, özel hukuk kaynaklı bir ilişkidir. Dolayısıyla, yasal önalım hakkının özel hukuk kaynaklı bir taşınmaz mülkiyeti kısıtlaması olduğu söylenebilir¹⁵.

Paydaşlara yasal önalım hakkı tanınmasının iki amacı vardır. İlk amaç, paylı mülkiyet birliğindeki paydaş sayısını azaltmaktır¹⁶. Bu yolla, taşınmaz üzerindeki mülkiyetin en sonunda tek kişi mülkiyetine dönüşmesi gayesi güdülmüştür. İkinci amaç ise, yabancı bir kişinin paylı mülkiyet birliğine girmesini engellemektir¹⁷. Bu iki amaç da kanaatimizce isabetlidir. Zira paylı mülkiyet ilişkisi, karar alma süreçleri ve yönetim meseleleri düşünüldüğünde, tek kişi mülkiyetine göre daha karmaşıktır. Bununla birlikte, paylı mülkiyet birliğine yeni bir paydaşın dâhil olması, karar alma sürecinde farklı fikirlerin ortaya çıkmasına neden olacaktır. Bu durum ise, muhtemel uyumsuzluklara sebep olabilir.

Yasal önalım hakkı, kişilere değil, pay sahipliği sıfatına tanınmış bir haktır¹⁸. Payın mülkiyeti kime ait ise, o kişi (paydaş) önalım hakkını kullanabilir¹⁹. Önalım hakkı kullanıldığında, satışa konu olan payın mülkiyeti, hakkı kullanan paydaşlara geçer. Önalım hakkının mülkiyeti kısıtlama fonksiyonu da bu noktada karşımıza çıkmaktadır. Pay sahibi, dilediği kişiye payını devretmekte özgürmüş gibi görünmektedir. Lakin pay sahibi, diğer paydaşların yasal önalım hakkını kullanması ve bu yolla satılan payı iktisap etmesi olasılığının

¹³ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 542; **Haluk Tandoğan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 1/1, 6. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 280; **İlhan Helvacı**, “İsviçre Borçlar Kanununun Sözleşmeden Doğan Ön-Alım, Alım ve Geri Alım Haklarına İlişkin Değişiklikleri (İsviçre Borçlar Kanunu madde 216/fıkra 2, fıkra 3, madde 216/a-216-e)”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 19-20, S. 1-2, 1999-2000, Aysel Çelikel’e Armağan, s. 416; **Çiğdem Kırcı**, “Önalım Hakkı Konusundan Medeni Kanundaki Değişiklikler”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002, s. 1180.

¹⁴ **Arthur, Meier-Hayoz**, “Şuf’a Akdi”, Çev. Y. Ümit Doğanay, İÜHFMD, C. 33, S. 1-4, İstanbul, 1968, s. 285; **Tandoğan**, s. 280; **Helvacı**, s. 416.

¹⁵ **A. Lâle Sirmen**, Eşya Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 432; **Nuşin Ayiter**, Eşya Hukuku Kısa Ders Kitabı, İkinci Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 1983, s. 136.

¹⁶ **Didem Akalp-Demirtabak**, Yasal Önalım Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 1.

¹⁷ **Ahmet Cemal Ruhi**, Önalım Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s. 15; **Murat Aydoğdu**, Yasadan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 13.

¹⁸ **Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş**, Eşya Hukuku, İkinci Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 553; **Erman**, s. 120.

¹⁹ **Fikret Eren**, “Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı”, GÜHFD, C. XII, S. 1-2, Y. 2008, s. 109; **Erman**, s. 120.

baskısını da hissetmektedir. Bu baskı, payı satın almak isteyen müstakbel alıcıları da düşünmeye sevk etmektedir.

B. Önalım Hakkının Kullanılamayacağı Hâller

Önalım hakkının kullanılması, kanunun öngördüğü işlemlerin gerçekleşmesi hâlinde mümkün olmaktadır. Bu işlemler, satış veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemlerdir. Sayılanlar dışında kalan işlemler, önalım hakkının kullanılmasına zemin oluşturmaz. Fakat bazı öyle hâller vardır ki, satış veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer bir işlem söz konusu olsa dahi, önalım hakkı kullanılamaz. Bu hâllerin bazıları yasada düzenlenmiş, bazıları ise doktrinde yahut yargı kararlarında kabul görmüştür. Örneğin, TMK m. 732/I hükmünün zıt anlam yorumundan (*argumentum a contrario, mefhumu muhalif*), paydaşlar arasındaki pay satışlarında yasal önalım hakkının kullanılamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. TMK m. 733/I hükmüne göre ise, cebri artırımla satışlarda önalım hakkı kullanılamaz. Kat Mülkiyeti Kanunu m. 8/I hükmünde, kat mülkiyeti kurulmuş bir gayrimenkulün bağımsız bölümlerinden birisinin yahut kat irtifakı tesis edilmiş arsa payının satılması durumunda, diğer kat malikleri veya irtifak hakkı sahiplerinin öncelikle satın alma hakkı (yasal önalım hakkı) bulunmadığı yönünde bir düzenleme yer almaktadır. Doktrinde, tapusuz taşınmazların satışında önalım hakkının kullanılamayacağı görüşü ileri sürülmektedir²⁰. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinden kaynaklanan taşınmaz devirlerinde de önalım hakkının kullanılamayacağı ifade edilmektedir²¹. Diğer yandan, önalım hakkı konusunun trampa yoluyla devredilmesi durumunda, baskın görüşe göre, önalım hakkı kullanılamaz²². Azınlıkta kalan bizim de katıldığımız görüşe göre, trampa karşılığında borçlanılan edim bir misli mal ise²³, bu hâlde önalım hakkı kullanılabilir²⁴. Yargı kararlarında en sık karşılaşılan yasal önalım

²⁰ F. Necmeddin Feyzioglu, “Şufa Hakkının Kullanılması Mümkün Olan ve Olmayan Tasarruflar”, İÜHFM, C. 19, S. 1-2, İstanbul, 1953, s. 266; Tekinay, s. 46; Özenli, s. 73. Aksi görüşü savunan Aydoğdu, tapusuz taşınmazlar bakımından, sözleşmeden doğan önalım hakkının kurulabileceğini savunmaktadır, bkz. Aydoğdu, s. 3.

²¹ Turhan Esener/Kudret Güven, Eşya Hukuku, Genişletilmiş ve 6750 Sayılı Kanun Eklenmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 313; Ekrem Yıldız, Önalım Davaları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 55; Egemen Köylüoğlu, “Önalım Davası”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), AÜSBE, Ankara, 2011, s. 86; Özenli, s. 103.

²² Suad Bertan, Aynı Haklar, Medeni Kanunun 618-764 üncü Maddelerinin Şerhi, C. 1, Ankara, 1976, s. 757; Şeref Ertaş, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 13. Baskı, Barış Yayınları, İzmir, 2017, N. 1763; Jale Akipek, Türk Eşya Hukuku, II. Kitap: Mülkiyet, Ankara, 1971, s. 216; Senai Olgac/Mustafa Reşit Karahasan, Gayrimenkullerin İktisap ve Tescili, Şuf'a-Vefa-İştira Hakları, İstanbul, 1964, s. 375; Mehmet Ayan, Eşya Hukuku II Mülkiyet, Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 390; Erhan Günay, Önalım Hakkı, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 41; Esener/Güven, s. 313; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 616; Eren, s. 114; Erman, s. 120; Helvacı, s. 411.

²³ Burada esas itibarıyla iki durumdan bahsedilmektedir. İlk duruma göre, önalım konusu şey karşılığında üçüncü kişinin misli eşya niteliğini haiz bir şeyi trampa etmesidir. İkinci durumda ise tipik olmayan trampalardan bahsedilmektedir. Bu gibi trampa işlemlerinde denklik parası (*Aufgeld*) sözleşmenin konusunu belirleyecek kadar önemli ve ön planda ise o sözleşme ifa yerine devir ile birleşmiş satış (karma sözleşme) olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla, artık satış niteliği ağır basan ve bu durum önalım hakkının kullanılmasına imkân tanır. Detaylı bilgi için bkz. Şükran Taman Şipka, Türk Hukukunda Kanunî Önalım (Şuf'a) Hakkı (MK.m.659), Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1994, s. 91 vd.

²⁴ Şipka, s. 91; Meier-Hayoz, s. 282; Avci Braun, s. 2613, N. 6; Heinz Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts Band I, Dritte, ergänzte und überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2007, N. 1260.

hakkı engellerinden birisi ise, fiili taksim hâlidir. Yargıtay, fiili taksim durumunda yasal önalım hakkının kullanılmayacağına hükmetmektedir²⁵.

II. FİİLİ TAKSİM HÂLİNİN YASAL ÖNALIM HAKKINA ETKİSİ

A. Fiili Taksim Kavramı

Fiili taksim²⁶, kanunda düzenlenmemiştir. Yargıtay kararları ile ortaya çıkmış bir kurumdur. Bu nedenle, kavramın neyi ifade ettiğini belirlemek için Yargıtay kararlarını incelemek gerekir. Zira doktrinde de Yargıtay kararları doğrultusunda tanımlar yapılmaktadır²⁷. Yargıtay'a göre fiili taksim; paylı mülkiyete tabi bir taşınmazın, paydaşlarca kendi aralarında özel olarak taksim edilmesi, paydaşların taksim edilen kısımları kullanması ve bu fiili durumu benimsemesi hâlidir²⁸. Paylı mülkiyete tabi bir taşınmazda, bir paydaşın kendi payını paydaşlar dışında üçüncü bir kişiye satması hâlinde, diğer paydaşların yasal önalım hakkı doğar. Fakat satıştan evvel fiili taksim varsa, bu duruma rıza gösteren paydaşların, yasal önalım hakkını kullanması mümkün değildir. Zira böyle bir davranış, Yargıtay nazarında TMK m. 2 hükmünde yer alan dürüst davranma kuralına aykırılık teşkil eder²⁹.

B. Fiili Taksim Şartları

Yargıtay, bir kararında³⁰ fiili taksim şartlarını şu şekilde sıralamıştır; “*Yargısal iç-tihatlarda yapılan tanıma göre, paydaşlar arasında fiili taksim bulunduğu takdirde önalım hakkının kullanılmasının dürüstlük kurallarına aykırı olduğunun kabul edilmesi için, yasal önalım hakkına konu payın ilişkin bulunduğu bir taşınmazın varlığı, bu taşınmazın, paydaşlarca kendi aralarında taksim edilmesi ve davacı ve davalıya pay satan paydaş (paydaşların) taşınmazın belirli bir kısmını kullanması gerekli ve yeterlidir*”. Yargısal tanımdan yola çıkarak, fiili taksim için aranan ana şartların üç tane olduğunu söylenebilir: taşınmazın paylı mülkiyete tabi olması, taşınmazın paydaşlar tarafından taksim edilmesi ve payı satan paydaş ile yasal önalım hakkını kullanan davacı paydaşın taşınmazın belirli bir kısmını kullanması. Bunlarla birlikte, taşınmazın nitelik itibarıyla fiili taksime uygun olması da dördüncü şart olarak sayılabilir.

²⁵ Yarg. HGK, 2017/14-1763 E., 2019/129 K., 12.2.2019 T.; Yarg. 14. HD, 2016/9539 E., 2019/6926 K., 22.10.2019 T.; Yarg. 14. HD, 2016/9496 E., 2019/6857 K. 21.10.2019 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 2.1.2020.

²⁶ “*Eylemlî taksim*”, “*eylemlî paylaşma*”, “*rızai taksim*” kavramları da kullanılabilir. bkz. **Hasan Erdoğan**, Şuî’a Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2001, s. 17; Yarg. HGK, 2017/14-2216 E., 2019/254 K., 7.3.2019 T.; Yarg. HGK, 2017/14-1763 E., 2019/129 K., 12.2.2019 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 2.1.2020.

²⁷ Köylüoğlu, s. 93.

²⁸ Yarg. HGK, 2017/14-1747 E., 2018/1617 K., 6.11.2018 T.; Yarg. HGK, 2017/14-1761 E., 2018/407 K., 28.2.2018 T.; Yarg. HGK, 2017/14-1761 E., 2018/407 K., 28.2.2018 T.; Yarg. HGK, 2017/14-1763 E., 2019/129 K., 12.2.2019 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 2.1.2020.

²⁹ Yarg. HGK, 2018/578 E., 2018/1344 K., 28.2.2018 T.; Yarg. HGK, 2014/14-1343 E., 2016/407 K., 9.11.2016 T.; Yarg. HGK, 2017/14-1748 E., 2018/1329 K., 19.9.2018 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 2.1.2020.

³⁰ Yarg. HGK, 2017/1747 E., 2018/1617 K., 6.11.2018 T. www.karararama.yargitay.gov.tr (Çevrimiçi), E.T.: 3.1.2020.

1. Taşınmazın Paylı Mülkiyete Tabi Olması

Taşınmazın paylı mülkiyete tabi olması, en doğal şarttır. Zira fiili taksim, paydaşların kendi aralarında taşınmazı taksim etmesidir. Paylı mülkiyete tabi olmayan bir taşınmazda paydan söz edilemeyeceği için fiili taksim de söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle, ne tek kişi mülkiyetinde ne de elbirliği ile mülkiyetin söz konusu olduğu durumlarda fiili taksim hâli gündeme gelmez.

2. Taşınmazların Paydaşlar Tarafından Fiili Olarak Taksim Edilmesi

Fiili taksim uygulamasının ikinci şartı, taşınmazın paydaşlar tarafından taksim edilmesidir. Burada kastedilen, fiili bir bölüşmedir. Örneğin, üç kardeşin 1/8, 2/8 ve 5/8 pay sahibi oldukları arsayı, payları oranında bölmeleri ve bölünen kısımları ayırmak için çit çekmeleri durumunda bir fiili taksimden söz edilebilir.

Paydaşlar arasındaki fiili taksimin belli bir şekil şartına uyularak yapılması zorunlu değildir. Esas olan, paydaşların bu konudaki iradeleridir³¹. Taraflar arasında adi yazılı yahut resmi şekle tabi bir sözleşmenin varlığı dahi gerekmez³². Fiili durumun ortaya çıkması ve bu duruma paydaşların açık yahut örtülü rıza göstermesi kâfidir.

3. Satılan Payın Eski Maliki ve Yasal Önalım Hakkına Müracaat Eden Paydaşın Taşınmazın Belirli Bir Kısımını Kullanması

Paydaşlar tarafından yapılacak taksimin taşınmazın tamamına mı ilişkin olacağı ve bütün paydaşların taksime katılmasının zorunlu olup olmadığı soruları gündeme gelmektedir. Doktrindeki bir görüşe göre, taşınmazın yalnızca bir kısmının bölüştürülmesi durumunda fiili taksimden söz edilemez³³. Fakat Yargıtay, tüm paydaşların katılımını aramamış³⁴, davacı paydaş ve davalının payı satın aldığı eski paydaşın taşınmazın belirli yerlerini kullanmasını fiili taksim için yeterli görmüştür³⁵. Bu durumda, taşınmazın bir kısmının bölüştürülmesinin dahi fiili taksim olarak kabul edildiği sonucuna ulaşılabılır.

Yargıtay, önceki tarihli bazı kararlarında, her bir paydaşın taşınmazın belirli bir kısmını kullanmasını şart koşmaktaydı³⁶. Söz konusu şart, bir Hukuk Genel Kurulu kararında

³¹ Burada ayrıca, paydaşların iyiniyetlerinin de önem arz ettiği ileri sürülmüştür, bkz. **Müslim Tuna-boylu**, *Önalım (Şuf'a) Davaları*, Genişletilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 549. Her ne kadar paydaşların iyiniyetlerinin önem arz ettiği görüşü ileri sürülmüşse de kanaatimizce bu hususta teknik bakımdan iyiniyetin varlığı aranmaz. Mühim olan dürüstlük kuralına aykırı bir davranışın bulunup bulunmadığıdır.

³² Yarg. HGK, 2014/14-1343 E., 2016/407 K., 9.11.2016 T.; Yarg. HGK, 2014/14-1306 E., 2016/108 K., 27.1.2016 T.; Yargıtay 14. HD, 2016/4264 E., 2019/1022 K., 7.2.2019 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 28.12.2019.

³³ **Yıldız**, s. 153.

³⁴ Tüm paydaşlar arasında fiili taksime yönelik anlaşmanın yapılması gerektiği yönünde bkz. **Ayan**, *Eşya Hukuku*, s. 398.

³⁵ Yarg. 14. HD, 2014/6552 E., 2014/10138 K., 18.9.2014 T., www.karararama.yargitay.gov.tr (Çevrimiçi), E.T.: 28.12.2019. Benzer yönde; Yargıtay HGK, 2017/14-1748 E., 2018/1329 K., 19.9.2018 T.; Yarg. HGK, 2017/1747 E., 2018/1617 K., 6.11.2018 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 3.1.2020.

³⁶ Yarg. HGK, 2002/6-137 E., 2002/181 K., 13.3.2002 T.; Yarg. 6. HD, 2005/135 E., 2005/1029 K., 15.2.2005 T. (**Yıldız**, s. 154 vd.); Yarg. 14. HD, 2014/6867 E., 2014/12293 K., 4.11.2014 T. (**Zeynep Sayımlar**, "Yasal Önalım Hakkının Kullanılmasını Engelleyen Bir Durum Olarak Fiili Taksim", *İÜHFĐ Özel Sayı*, C. 1, 2015, s. 638, dn. 64); Yarg. HGK, 1998/6-186 E., 1998/214 K.,

şu şekilde ifade edilmişti; “...fiili taksim; yasal önalım hakkına konu payın ilişkin bulunduğu taşınmazın paydaşlarının özel olarak kendi aralarında taksim edilmesi ve her bir paydaşın belirli bir kısmı kullanması durumudur”³⁷. Bu karardan, her bir paydaşın fiili taksime katılmasının zorunlu olduğu, bu nedenle, taşınmazın tamamının bölüşülmesi gerektiği anlamı çıkmaktaydı. Ne var ki Hukuk Genel Kurulu, söz konusu kararını düzeltme ihtiyacı duymuştur. Yeni kararda ilgili kısımdaki düzeltme şu şekilde yapılmıştır; “Yukarıda açıklanan sebeplerle Hukuk Genel Kurulunun 28.02.2018 tarihli ve 2017/14-1761 E., 2018/407 K. sayılı bozma ilamının gerekçesinde yer alan “fiili taksimin söz konusu olabilmesi için, paydaşlarca önalım hakkına konu taşınmazın kendi aralarında taksim edilmesi ve her bir paydaşın belirli bir kısmı kullanmasının gerektiği” yönündeki ifadelerin yerine “önalım davalarında davacının ve davalıya pay satışı yapan önceki paydaşın önalım hakkına konu taşınmazda kullandıkları müstakil bölümlerin bulunması hâlinde önalım hakkının kullanılmasının Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralına aykırı olduğu” ifadesinin yazılmak suretiyle düzeltilmesine...”³⁸. Netice itibarıyla, davacı (yasal önalım hakkını kullanmak isteyen paydaş) ve davalıya pay satışı yapan eski paydaşın, taksim yapıldıktan sonra belirlenen kısımları kullanmış olmaları, fiili taksim için gerekli ve yeterlidir.

Yargıtay, bir kararında bu şarta dair, “Davaya konu taşınmazda davacının kullandığı pay yok ise fiili taksimden söz edilemez” şeklinde hüküm tesis etmiştir³⁹. Yine bir başka kararda “Ana taşınmazda paydaş sayısının fazla olması ve her bir paydaşa bir daire isabet etmemesi mevcut dairelerin kullanılış biçimini etkilemeyeceği gibi eylemler kullanmanın devamını bertaraf edecek bir durum da yaratmaz. Davacının taşınmaz üzerinde kullandığı bir dairenin bulunmasına ve davalının satın aldığı paya isabet eden dairenin de satıcı tarafından davalıya satıldığına bilinmesine göre davacının Medeni Kanununun 2. maddesinde yazılı dürüstlük kuralına uygun hareket ettiği söylenemez” hükmüyle benzer bir yol izlenmiştir⁴⁰. Bir başka kararda ise, bu durum daha açık bir şekilde ortaya konmuştur; “Davacı

11.3.1998 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 28.12.2019. Doktrinindeki benzer yöndeki görüşler için bkz. **Özenli**, s. 77; **Yıldız**, s. 153.

³⁷ Yarg. HGK, 2017/14-1761 E., 2018/407 K., 28.2.2018 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 3.1.2020.

³⁸ Yarg. HGK, 2018/578 E., 2018/1344 K., 25.9.2018 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 3.1.2020. Benzer kararlar için bkz. Yarg. 14. HD, 2014/7327 E., 2014/11379 K., 20.10.2014 T.; Yarg. 14. HD, 2016/4264 E., 2019/1022 K., 7.2.2019 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 3.1.2020.

³⁹ Yarg. 14. HD, 2014/8491 E., 2014/9115 K., 8.7.2014 T. (**Günay**, s. 117). Benzer yöndeki bir başka kararda ise şu şekilde hüküm tesis edilmiştir; “Hükme esas alınan 04.05.2012 günlü bilirkişi raporunun eki krokide (C) ile işaretli bölümü matbaa olarak davacı; (A) ve (D) ile işaretli bölüm kebağcı ve bahçesi olarak dava dışı bir kısım paydaşlar; (B) ile işaretli bölüm işyeri ve ev olarak dava dışı paydaş tarafından kullanılmakta; sarı boyalı olarak gösterilen bölümün ise boş olup davalı tarafından satın alınan kısım olduğu; ayrıca, zeminde kullanımı olmayan paydaşların bulunduğu da belirtilmiştir. Davalıya pay satan dava dışı paydaşların fen bilirkişi raporu eki krokide sarı boyalı olarak gösterilen dava konusu bölümü kullandıklarına ilişkin kanıt bulunmamaktadır. Dolayısıyla, davalıya pay satan paydaşların payına denk gelen zeminde fiilen kullandıkları bir bölüm bulunmadığından, önalım hakkını kullanan davacının kötü niyetli olduğundan söz edilemez. Davacının önalım isteminin bu nedenle reddedilmesi yerinde değildir.” Yarg. HGK, 2017/14-1761 E., 2018/407 K., 28.2.2018 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 28.12.2019.

⁴⁰ Yarg. 6. HD, 2010/9107 E., 2010/2249 K., 2.3.2010 T. (**Ruhi**, s. 380). Benzer yöndeki bir başka kararda ise “Önalım davalarında fiili taksime değer verilmesi için taksimin yazılı olarak yapılması ya da taşınmazın çok sayıda paydaşının bulunması halinde tüm paydaşları tarafından fiilen kullanılan bölümlerin olması gerekmez. Davacının kullandığı veya davalıya pay satan kişilerin kullandığı

ve davalının taşınmazda ayrı ayrı kullandıkları yerler var ise taksim savunması kabul edilir. Dolayısıyla tüm paydaşların katılımı ile yapılmış bir taksim gerekli değildir"⁴¹. Dolayısıyla, hem davacı paydaşın hem de payımı davalıya satan eski paydaşın kullandığı belirli bir bölümün bulunması gerekir. Bu taraflardan sadece bir tanesinin fiili kullanımı yeterli değildir⁴².

Bu şarta dair güncel kararların önceki tarihli kararlar ile uyumlu olmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, Yargıtay'ın fiili taksimin şartları konusunda daha kesin ve kolaylıkla değişmeyen kıstaslar koyması, öngörülebilir bir uygulama bakımından faydalı olacaktır. Özellikle fiili taksim gibi kanunda yer almayan durumlara hukuki sonuç atfedildiği hâllerde, Yargıtay kararlarının istikrarlı olması daha fazla önem arz eder.

4. Taşınmazın Nitelik İtibariyle Fiili Taksime Müsait Olması

Yargıtay, bir kararında fiili taksim yapılabilmesi için taşınmazın fiili taksime müsait olması gerektiğine hükmetmiştir⁴³. Dolayısıyla, taksim edilmesi fiilen mümkün olmayan taşınmazların paylarının devri hâlinde, fiili taksim savunması yapılamayacaktır. Bu sonuç, esas itibariyle mantığa da uygundur. Paydaşlarca bölünüp her bir kısmının ayrı ayrı kullanılması mümkün olmayan taşınmazlar, ne hukuki olarak bölünebilirler ne de bağımsız bir aynı hakkın konusu olabilirler. Uygulamada böyle bir kullanım söz konusu olsa bile, bu durum yargı önünde fiili taksim olarak kabul edilmemelidir. Kanaatimizce bu kabulün altında yatan sebep, fiili taksimin, ortaklığın giderilmesi hâlinde, paydaşların üzerinde bağımsız bir aynı hak kurulabilecek parçalara sahip olabileceği durumlarda mümkün olduğu

ayrı ayrı bölümler var ise satıcı zamanında kullanıma karşı çıkmayan, o yerde hak iddia etmeyen davacının önalım hakkını kullanması Türk Medeni Kanununun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağından mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir..." Yarg. HGK, 2014/14-1343 E., 2016/407 K., 9.11.2016 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 28.12.2019.

⁴¹ Yarg. 14. HD, 2014/6867 E., 2014/12293 K., 4.11.2014 T. (Sayımlar, s. 638, dn. 68). Benzer yönde; Yarg. 14. HD, 2014/6552 E., 2014/10138 K., 18.9.2014 T., www.karararama.yargitay.gov.tr (Çevrimiçi), E.T.: 28.12.2019.

⁴² "Somut olayda, dava konusu taşınmazda davacının kullandığı yer bulunmasına karşın davalıya pay satan kişi ve davalı tarafından kullanılan bir yer bulunmadığı dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Fiili taksimin kabul edilebilmesi için davalıya pay satan satıcının ve önalım hakkını kullanan davacının ayrı ayrı kullandıkları yerlerin bulunması gerektiğinden davalının ve davalıya pay satan satıcının kullandığı bir yer tespit edilemediğinden dava konusu taşınmazda fiili taksimin bulunmadığı ve ilk derece mahkemesi kararının usul ve yasaya uygun olduğu anlaşılmaktadır." Yarg. 14. HD, 2018/3122 E., 2019/5420 K., 18.9.2019 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 28.12.2019.

⁴³ "Tapu kaydından 1627 No'lu taşınmazda kat irtifakı kurulduğu ve 10 No'lu meskende tarafların 32 / 720'şer oranında paydaş olduğu anlaşılmaktadır. Davalı bu dairenin fiilen taksim edildiğini savunmuş ise de, yerinde yapılan keşif sonrasında düzenlenen 6.4.2004 tarihli raporda bilirkişiler, 10 No'lu meskende çatı piyesine çıkış için olması gereken iç merdivenin yapılmamış olduğunu, her iki dairenin ayrı girişlerinin bulunduğunu, üst katın salon, açık mutfak, yükülük, oda, banyo ve terastan oluşmasına rağmen ruhsat projesine göre burasının bir oda ve banyodan ibaret olduğunu, ortak çatı alanından alını yapılarak büyütüldüğünü, dairenin iki ayrı kapı girişli ve iki bağımsız bölüm olarak kullanılmakla beraber bu durumun tapu kaydına ve ruhsat projesine aykırı olduğunu belirtmişlerdir. Dava konusu pay, tapuda kat irtifaklı bir bağımsız bölüme ait olup bu meskenin tapu kaydına, projeye ve imara aykırı şekilde fiilen iki ayrı bölüm olarak kullanılması taşınmazın taksim edildiği sonucunu doğurmaz. Mevcut durum meskenin yapılış ve kullanım amacına uygun düşmemektedir. Bu durumda bağımsız bölümün taksim edildiğinden söz edilemeyeceğinden..." Yarg. 6. HD, 2005/1433 E., 2005/3138 K., 4.4.2005 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 28.12.2019.

düşüncesidir. Bir başka ifadeyle, kural olarak, ortaklığın aynen taksim yoluyla giderilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, fiili taksim de mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla bu durumlarda, fiili taksim savunmasıyla yasal önalım hakkının kullanılmasının önüne geçilemeyecektir. Örneğin, bir bağımsız bölümdeki paydaşlar mutfak kısmını, salon kısmını veya yatak odası kısmını bölerek kullanamazlar. Kullansalar dahi, bu kullanımın fiili taksim teşkil ettiği savunmasında bulunamazlar.

C. Fiili Taksim Hâlinin Yasal Önalım Hakkına Etkisi

1. Yargıtay Uygulaması

Fiili taksim, esas itibarıyla kanunda düzenlenen bir durum değildir. Yargıtay içtihatlarıyla ortaya çıkmış ve yasal önalım hakkını etkilemiştir. Şöyle ki; Yargıtay, fiili taksimin varlığı hâlinde, bu duruma itiraz etmeyen diğer paydaşların yasal önalım hakkını kullanamayacağına hükmetmektedir⁴⁴.

Kanunda doğrudan düzenlenmeyen bir durumun içtihatlarla gelişmesi, sık karşılaşılan bir hâl değildir. Her ne kadar mevzuatta doğrudan bir düzenleme bulunmasa da, Yargıtay, söz konusu duruma bir yasal dayanak bulmuştur. Bu noktada, dürüst davranma yükümlülüğünü düzenleyen TMK m. 2 hükmü ön plana çıkmıştır. Yargıtay, fiili taksimi bilen, katılan ve buna razı gelen bir paydaşın, daha sonradan yasal önalım hakkına müracaat etmeye çalışmasını, dürüstlük kuralına aykırı bir davranış olarak değerlendirmektedir⁴⁵.

Fiili taksimin varlığı iddiasını, iddia sahibi davalı, bir diğer ifadeyle dava konusu payı satın alan üçüncü kişi ispatlamalıdır⁴⁶. Bu ispat, her türlü delille yapılabilir⁴⁷. Bu konudaki kararlarda, fiili taksimin varlığının araştırılması için keşif yapılması gerektiğine⁴⁸, tanıkların duruşmada dinlenmelerinin yeterli olmadığına ve bu nedenle tanıkların, taşınmazın hangi kısımlarının fiili olarak kullanıldığının tespiti için taşınmazın başında dinlenilmesi gerektiğine hükmedilmektedir⁴⁹. Öyle ki, bir Hukuk Genel Kurulu kararında, keşif esnasında dinlenen tanıkların paydaşların fiilen kullandıkları yerlere ilişkin beyanlarının bulunmaması nedeniyle, tekrar keşif yapılması gerektiğine hükmedilmiştir⁵⁰.

⁴⁴ Yarg. HGK, 2017/1747 E., 2017/1617 K., 6.11.2018 T.; Yarg. 14. HD, 2016/3153 E., 2018/7847 K., 15.11.2018 T. www.karararama.yargitay.gov.tr (Çevrimiçi), E.T.: 28.12.2019.

⁴⁵ Yarg. HGK, 2017/14-1747 E., 2018/1617 K., 6.11.2018 T.; Yarg. HGK, 2014/14-1306 E., 2016/108 K., 27.1.2016 T.; Yarg. HGK, 2006/6-288 E., 2006/304 K., 24.5.2006 T.; Yarg. 14. HD, 2019/473 E., 2019/7555 K., 11.11.2019 T.; Yarg. 14. HD, 2016/9539 E., 2019/6926 K., 22.10.2019 T.; Yarg. 14. HD, 2018/1152 E., 2018/4854 K., 26.6.2018 T. www.karararama.yargitay.gov.tr (Çevrimiçi), E.T.: 28.12.2019.

⁴⁶ Yarg. 6. HD, 2012/5928 E., 2012/9121 K., 18.6.2012 T. (Günay, s. 254-255). **Tunaboğlu**, s. 550.

⁴⁷ Yarg. 14. HD, 2016/16882 E., 2019/3301 K., 10.4.2019 T.; Yarg. 14. HD, 2013/10554 E., 2013/11605 K., 16.9.2013 T. www.karararama.yargitay.gov.tr (Çevrimiçi), E.T.: 28.12.2019. **Tunaboğlu**, s. 550-551.

⁴⁸ Yarg. 14. HD, 2019/510 E., 2019/6235 K., 3.10.2019 T.; Yarg. 14. HD, 2016/7368 E., 2019/5838 K., 25.9.2019 T.; Yarg. 14. HD, 2019/473 E., 2019/7555 K., 11.11.2019 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 29.12.2019.

⁴⁹ Yarg. 14. HD, 2016/16209 E., 2019/2651 K., 25.3.2019 T.; Yarg. 14. HD, 2015/17857 E., 2017/8089 K., 6.11.2017 T. www.karararama.yargitay.gov.tr (Çevrimiçi), E.T.: 28.12.2019. Aynı yönde bkz. **Tunaboğlu**, s. 551.

⁵⁰ Yarg. HGK, 2017/14-1747 E., 2018/1617 K., 6.11.2018 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 28.12.2019. Benzer yöndeki bir başka kararda ise şu şekilde hüküm tesis edilmiştir; “*Somut olayda, taşınmaz mahallinde 14.05.2012 günü yapılan keşif sonrası düzenlenen 23.05.2012 tarihli fen bilirkişi raporunda tanık anlatımı ve yer göstermeleri sonucu (M) harfi ile işaretli bölümü davacının eşi*

Fiili taksim, paydaşların belirli kısımları fiili olarak kullanması esasına dayanmaktadır. Bu nedenle, bölünen kısımların fiili kullanımı olmadan, sadece o taşınmazdan elde edilen gelirin paylaşılması fiili taksimin varlığını ispata yetmez⁵¹. Örneğin, arsanın paydaşlar arasında eylemler bir şekilde kısımlara bölünmediği, ancak, ekiminden elde edilen gelirin paylara göre dağıtıldığı bir durumda, fiili taksim söz konusu olmaz. Zira böyle bir hâlde, hangi paydaşın, taşınmazın hangi kısmını kullandığı anlaşılmamaktadır. Dolayısıyla, paydaşlar tarafından yasal önalım hakkının kullanılması, fiili bölünmeye ilişkin bir rıza söz konusu olmadığından, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmez.

Fiili taksim savunmasının, davanın her aşamasında ileri sürülebileceğine hükmedilmektedir⁵². Davanın her aşamasında ileri sürülebilmesi, savunmanın genişletilmesi yasağına takılmayacağı anlamına gelir⁵³. Zira fiili taksim iddiasının bir “itiraz” niteliğinde olduğu ileri sürülmektedir⁵⁴. Fiili taksim durumunda yasal önalım hakkının kullanılmamasının gerekçesi, böyle bir kullanımın dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesidir. Bu yönüyle fiili taksim iddiası, yasal önalım hakkının doğumuna engel olan bir itiraz niteliğini taşır. Dürüstlük kuralına aykırı bir durumun varlığına dair böyle bir itiraz, yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir. Hâkim, böyle bir durumu kendiliğinden nazara alır. Bu noktada, fiili taksim savunmasının itiraz niteliğini haiz olması ile savunmanın genişletilmesi yasağına takılmamasının farklı hususlar olduğunu belirtmek gerekir. Hâkim, fiili taksim itirazını, iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı başlamadan evvel dosyaya usulüne uygun biçimde girmiş belgeler bakımından kendiliğinden nazara almalıdır. Yasak başladıktan sonra, fiili taksimin bir itiraz olduğu gerekçesiyle bu konuda yeni vakıalar ileri sürülemezdir. Aksi takdirde hâkim, ileri sürülen yeni vakıaların usulüne uygun biçimde bildirilmediğinden hareketle, ileri sürülen bu belgeleri nazara almamalıdır. Hâkim, ileri sürülen bu yeni vakıalara dayanarak hüküm tesis etmemelidir⁵⁵. Nitekim Yargıtay bir kararında “Somut uyumsuzlukta, davacı ve birleştirilen dava davacısının paydaş olduğu çayır niteli-

A. M'nin, (N) harfi ile işaretli bölümü davalılar A.T. ve...'in kullandığı belirtilmiş ise de dinlenen davalı tanıklarının birliktesi raporunda ulaşılan bu sonucu destekler açıklayıcı beyanları bulunmadığı gözetildiğinde, birliktesi raporunun mahkemeyi aydınlatacak, karar verme konusunda hâkime tam kanaat verecek nitelikte bir rapor özelliği taşıdığından söz edilemez. Hâl böyle olunca; doğru sonuca ulaşılabilmesi için, mahkemece mahallinde davanın tüm tanıklarının katılımı ile yeniden keşif yapılmalı; yapılacak keşif sırasında ilk keşifte dinlenen tanıkların yanında davanın dinlenmesini talep ettiği diğer tanıklar da dinlenerek davacı ve davalıların taşınmazda kullandıkları bölüm bulunup bulunmadığı somut ve maddi olaylara dayalı olarak açıklattırılmalı, beyanlar arasındaki çelişkiler gerektiğinde yüzleştirme yapılmak suretiyle giderilmeli, taşınmazda var olan fiili taksime dair mahkeme gözlemi keşif tutanağına yansıtılıp, harita mühendisi birliktesinden keşif izlemeye ve tanık beyanlarını denetlemeye elverişli kroki ve rapor alınarak, tüm deliller birlikte değerlendirildikten sonra sonucuna göre karar verilmesi gerekirken...” Yarg. HGK, 2017/14-1748 E., 2018/1329 K., 19.9.2018 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 28.12.2019.

⁵¹ Yarg. 14. HD, 2016/5883 E., 2019/4446 K., 15.5.2019 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 3.1.2020.

⁵² Yarg. 14. HD, 2016/4781 E., 2019/2036 K., 6.3.2019 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 3.1.2020; İzmir BAM 14. HD, 2017/567 E., 2017/507 K., 13.6.2017 T. (Günay, s. 241-244). **Tuna-boylu**, s. 550.

⁵³ Yarg. 6. HD, 2009/8932 E., 2010/1517 K., 16.2.2010 T. (Ruhi, s. 380-381); Yarg. 6. HD, 2004/10135 E., 2005/186 K., 25.1.2005 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 3.1.2020.

⁵⁴ **Şıpka**, s. 116.

⁵⁵ Savunmanın genişletilmesi yasağından sonra usulüne uygun olmayan şekilde bildirilmiş yeni itiraz sebepleri (vakıaları) hâkim kendiliğinden gözetmez, bu vakıalara dayanarak hüküm veremez, bkz. **Baki Kuru**, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s.177.

ğindeki 32.870m² yüzölçümündeki... parsel sayılı taşınmazda satın alma nedeniyle davalının da paydaş olduğu anlaşılmaktadır. Davalı yargılama sırasında fiili paylaşım ilişkin bir savunmada bulunmamış ise de, yanıt ve beyan dilekçelerine ekli olarak fiili paylaşımı gösteren noter senetlerini sunmuş, temyiz aşamasında taşınmazda fiili taksim bulunduğunu ileri sürmüştür. Fiili paylaşım yargılamanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi mahkemece resen dikkate alınması gerekir. Dolayısıyla, dava konusu taşınmazın yüzölçümü ile dosya içerisindeki noter senetleri birlikte değerlendirilerek gerçekten bir fiili taksim bulunup bulunmadığı belirlenmelidir”⁵⁶ şeklinde kurmuştur. Görüleceği üzere, somut vakiada her ne kadar savunmanın genişletilmesi yasağından sonra fiili taksim savunması yapılmamışsa da, yasaktan önce sunulan belgelerden hâkimin fiili taksimin varlığını kendiliğinden nazara alması gerekliliği ifade edilmiştir. Ancak, kendiliğinden nazara alma, savunmanın genişletilmesi yasağından önce dosyaya usulüne uygun şekilde sunulmuş belgelerle sınırlı olmalıdır. Bu belgelerden fiili taksimin varlığı anlaşılabilirse, fiili taksim itirazı, savunmanın genişletilmesi yasağından sonra da yapılabilir.

2. Doktrindeki Görüşler

a. Fiili Taksimin Yasal Önalım Hakkına Engel Olacağı Görüşü

Doktrindeki bir görüşe göre, Yargıtay’ın fiili taksim durumunda diğer paydaşların yasal önalım hakkını kullanamayacağı yönündeki istikrarlı içtihatları⁵⁷ isabetlidir⁵⁸. Sonuç bakımından benzer olan bir görüş ise, fiili taksimin, “çelişkili davranış yasağı” ilkesine aykırılık suretiyle “hakkın kötüye kullanılması” olduğunu ileri sürmektedir⁵⁹. Alıcının, fiili taksim ile yaratılan görünüme güvenerek payı satın almış olmasının da korunmaya değer bir güven olduğu savunulmuştur⁶⁰. Tüm bu görüşlerin ortak noktası, fiili duruma itiraz etmeyen paydaşın, yasal önalım hakkını kullanamayacak olmasıdır.

Fiili taksimin yasal önalım hakkı engeli olduğunu kabul eden bir görüş, daha da ileri giderek, fiilen taksim edilmiş paylı mülkiyete tabi taşınmazın, önalım davaları bakımından paylı mülkiyet hâlinde kullanılan bir taşınmaz olma vasfını yitirdiğinden bahsetmektedir⁶¹. Zira her ne kadar tapu sicilinde paylı bir mülkiyet gözükyorsa da satışa konu olan pay, herhangi bir pay değildir. Satış konusu pay, taşınmaz içindeki sınırlı bir bölgeyi temsil etmektedir. Bu bölge, o payın maliki tarafından kullanılan özel bir kısımdır⁶². Benzer bir

⁵⁶ Yarg. 14. HD, 2014/6867 E., 2014/12293 K., 4.11.2014 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 3.1.2020.

⁵⁷ Yarg. HGK, 2017/1747 E., 2017/1617 K., 6.11.2018 T.; Yarg. 14. HD, 2016/3153 E., 2018/7847 K., 15.11.2018 T.; Yarg. HGK, 2014/14-1306 E., 2016/108 K., 27.1.2016 T.; Yarg. HGK, 2006/6-288 E., 2006/304 K., 24.5.2006 T.; Yarg. 14. HD, 2019/473 E., 2019/7555 K., 11.11.2019 T.; www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 3.1.2020.

⁵⁸ Tekinay, s. 45; Ayiter, s. 137; Ayan, Eşya Hukuku, s. 397; Özenli, s. 144; Tunaboşlu, s. 549; Yasemin Özdek, “Önalımda (Şuif’ada) Vazgeçme ve Bir Yargıtay Kararı”, DÜHFD, S. 3, 1985, s. 365; Aydın Zevkililer/Şeref Ertaş/Ayşe Havutçu/Beşir Acarbay/Damla Gürpınar, Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk, 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 593; Ramazan Arslan, Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, S Yayınları, Ankara, 1989, s. 87. Esener/Güven ise, fiili taksim sözleşmesi ile tüm paydaşlara düşen yer belirlenmişse, bu durumun önalım hakkının kullanılmasından feragat niteliğinde olduğunu, bu ek gerekçenin varlığı hâlinde Yargıtay’ın görüşüne katılmanın mümkün olduğunu savunmuşlardır, bkz. Esener/Güven, s. 313.

⁵⁹ Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991, s. 615; Esener/Güven, s. 313-314.

⁶⁰ Erdoğan, s. 17.

⁶¹ Özenli, s. 76.

⁶² Özenli, s. 76.

kanaate göre ise, fiili taksim, paylı mülkiyet ilişkisinin sona ermesine yönelik bir hazırlık hareketi olarak görülebilir⁶³.

Fiili taksimin her halükarda değil, fakat bazı hâllerde yasal önalım hakkını engelleyici rol oynayabileceği de ileri sürülmektedir⁶⁴. Örneğin, paylı mülkiyete tâbi bir taşınmazda, birbirinden bağımsız kullanım alanlarına sahip bir veya daha çok yapı inşa edilmesine rağmen kat mülkiyetine geçilmemiş olabilir. Buna rağmen, söz konusu yapılar paydaşlara özgülenebilir. Bu durumda, özgülünen bir yapının satışı hâlinde, diğer paydaşların yasal önalım hakkını kullanması isabetli olmaz⁶⁵. Bu duruma bir başka örnek ise, 3194 sayılı İmar Kanunu⁶⁶ m. 18 hükmüdür. Bu hüküm uyarınca birleştirilen, fakat birleştirmeden önceki kullanım şekli devam ettirilen taşınmazlarda, yasal önalım hakkının engellenmesi makuldür⁶⁷.

b. Fiili Taksimin Yasal Önalım Hakkına Engel Olmayacağı Görüşü

Yargıtay kararlarında fiili taksimin yasal önalım hakkı engeli olarak kabul edilmesi, doktrinde eleştirilere konu olmuştur. Bazı yazarlara göre, fiili taksim hâlinde paydaşların yasal önalım hakkından vazgeçtikleri sonucuna varılamaz⁶⁸. Fiili taksime rağmen, paydaşların yasal önalım hakkını kullanmalarında haklı menfaatleri bulunmaktadır⁶⁹. Bunun yanında, paydaşların kullanacakları kısımları belirlemesi, TMK m. 676/III, m. 698-699 ve m. 706 anlamında geçerli bir “taksim” sayılmaz⁷⁰. Kaldı ki, taşınmazdan yararlanma biçimini düzenleyen fiili taksim durumu, bir kullanma anlaşması olarak kabul edilse dahi bu anlaşma, sadece anlaşmanın taraflarını bağlayacaktır⁷¹. Payı devralan üçüncü kişi, böyle bir anlaşma tapuda şerh edilmiş olmadıkça, anlaşmadaki hükümlerle bağlı olmaz.

İlave olarak, paydaşların taşınmazı fiilen bölüşmesi, diğer kısımların mevcut paydaşlarca kullanılacağı inancına da dayanabilir. Özellikle ülkemizdeki tarım arazilerinde, bu gibi fiili taksimler söz konusu olabilmektedir⁷².

Yargıtay’ın kabul ettiği anlamda bir dürüstlük kuralına aykırılık için, bu yönde maksatlı bir kullanım gerekmektedir. Yasal önalım hakkı sahibinin, payını devredecek paydaş ve üçüncü kişi nezdinde bir güven uyandırması yahut çelişkili davranış sergilemesi dahi,

⁶³ Özdek, s. 365.

⁶⁴ Ş. Barış Özçelik, “Fiili Taksim Halinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılmayacağı Yönündeki Yargıtay Uygulamasının Değerlendirilmesi”, TBBD, S. 141, 2019, s. 259 vd.; Sayımlar, s. 644.

⁶⁵ Özçelik, s. 260-261. Bu yöndeki Yargıtay kararları; Yarg. 14. HD, 2016/10278 E., 2017/6604 K., 19.9.2017 T.; Yarg. 14. HD, 2017/799 E., 2018/697 K., 30.1.2018 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 3.1.2020.

⁶⁶ R.G., 9.5.1985 T., 18749 S.

⁶⁷ Özçelik, Fiili Taksim, s. 261; Özenli, s. 61-62.

⁶⁸ M. Kemal Oğuzman, “Dürüstlük Kuralına (MK. m.2) Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi”, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’ın 65. İnci Yaş Armağanı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1988, s. 414; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 555, dn. 1206 ve 563, dn. 1242; Şıpka, s. 116; Köylüoğlu, s. 95; Mustafa Kılıçoğlu, Akdi ve Kanunî Şu’fa Davaları (Önalım), Adil Yayınevi, Ankara, 1997, s. 120. Fiili taksime rağmen önalım hakkına müracaat etmenin, her hâlükârda dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyeceği yönünde, bkz. Sirmen, s. 435, dn. 649; Sayımlar, s. 646.

⁶⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 563, dn. 1242.

⁷⁰ Şıpka, s. 116.

⁷¹ Oğuzman, s. 414.

⁷² Şıpka, s. 116; Köylüoğlu, s. 95.

yasal önalım hakkının kısıtlanmasını gerektirmez⁷³. Böyle bir durum gerçekleşse bile, yasal önalım hakkı sahibi paydaşın, hakkını kullanmaktaki meşru menfaati devam etmektedir. Yabancı bir kişinin paylı mülkiyet topluluğuna girmesini önleme amacı, yeterli bir meşru menfaattir⁷⁴.

Bir diğer husus ise, Yargıtay uygulaması ile 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu⁷⁵ hükümleri arasındaki çelişkidir. TKAKK m. 8/İ hükmünün ikinci fıkrası şu şekildedir; “*Tarımsal arazilerin satılması hâlinde sınırdaş tarımsal arazi malikleri de önalım hakkına sahiptir. Tarımsal arazi, sınırdaş maliklerden birine satıldığı takdirde, diğer sınırdaş malikler önalım haklarını kullanamaz. Önalım hakkına sahip birden fazla sınırdaş tarımsal arazi malikinin bulunması hâlinde hâkim, tarımsal bütünlük arz eden sınırdaş arazi malikine önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyetinin devrine karar verir*”. Bu hüküm ve fiili taksim uygulaması birlikte değerlendirildiğinde şu sonuç ortaya çıkmaktadır; sınırdaş arazinin malikinin yasal önalım hakkı varken, fiili taksim nedeniyle o taşınmazın paydaşının yasal önalım hakkı engellenmektedir⁷⁶. Bu nedenle, tarımsal arazilerde, ayrıca bir dürüstlük kuralına aykırılık bulunmadıkça, fiili taksime rağmen yasal önalım hakkının kullanılabilmesi gerektiği görüşü ileri sürülmüştür⁷⁷.

c. Kanaatimiz

Fiili taksimin yasal önalım hakkını engelleyen bir durum olup olmadığını tahlil etmeden evvel, yasal önalım hakkının amacını incelemek gerekir. Yasal önalım hakkının amacı, paylı mülkiyet birliğine dışarıdan yabancı birisinin girmesini mümkün mertebe önlemek ve mülkiyetin tek elde toplanmasını sağlamaktır⁷⁸. Gerçekten de paylı mülkiyet topluluğuna yeni bir kişinin dâhil olması, özellikle karar alma ve taşınmazın kullanılması konularında muhtemel problemleri de beraberinde getirecektir. Paydaşların her satışta yasal önalım hakkını kullanmaları sayesinde, paydaş sayısı ikiye kadar inecektir. Daha sonraki satışlardan birisinde, satış yapmayan paydaşın önalım hakkını kullanmasıyla mülkiyet tek elde toplanmış olacaktır. Böylece, hem yabancı bir kişi topluluğa dâhil olamayacak hem de paylı maliklerin sayısı azalacak ve nihayetinde tek kişiye kadar inecektir. Yasal önalım hakkının, bu üstün ve meşru menfaatleri koruduğu nazara alındığında, fiili bir durumun bu amaçları bertaraf etmesi için oldukça önemli gerekçelerin sunulması beklenir. Bu menfaatlerin bertaraf edilmesi için dürüstlük kuralı gibi genel bir normun kullanılması yerine en azından açık ve doğrudan bu amaca yönelmiş bir kanuni düzenlemenin bulunması gerektiği kanaatindeyiz.

Fiili taksim, fiili bir durumu yansıtır. Bu gibi bir fiili duruma hukuki sonuç bağlanması, aynı haklara hâkim olan temel prensiplere de aykırılık teşkil eder. Örneğin, belirlilik prensibine aykırılık söz konusudur. Belirlilik prensibine göre, taşınmaz parçalara ayrılmak suretiyle hukuki manada bağımsızlık kazanmadığı sürece, sadece bir parçaya ait bağımsız

⁷³ Şıpka, s. 116.

⁷⁴ Şıpka, s. 116.

⁷⁵ R.G., 3.7.2005 T., 25880 S.

⁷⁶ Özçelik, Fiili Taksim, s. 262-263.

⁷⁷ Özçelik, Fiili Taksim, s. 262-263.

⁷⁸ Ayiter, s. 137; Ayan, Eşya Hukuku, s. 385; Akalp-Demirtabak, s. 1. Bu amaçlar 27.3.1957 gün ve 1956/12 E., 1957/2 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda şu şekilde ifade edilmiştir; “*Gayrimenkulun parçalanmasını önlemek, yani hisselerin mümkün olduğu kadar hissedar elimde toplanmasını temin eylemek ve hissedarlar arasında öteden beri mevcut münasebeti idame ederek yabancı bir şahsın araya girmesine mâni olmak*”.

bir aynı hak kurulamaz⁷⁹. Paylı mülkiyette tüm paydaşlar, mülkiyet konusu şeyin her zerresi üzerinde maliktirler. Fiili taksim, taşınmazı hukuken bağımsız addedilecek parçalara bölmez. Buna rağmen, fiili taksime önem atfedip, diğer paydaşların yasal önalım hakkını kısıtlamak, paydaşları adeta başka bir bağımsız taşınmazın malikiymiş gibi kabul etmek anlamına gelir. Fakat fiili taksime rağmen, hukuken hâlâ tek bir taşınmaz bulunmaktadır. Bu nedenle, fiili taksime hukuki sonuç bağlanmasının belirlilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği kanaatindeyiz.

Diğer yandan, fiili taksime hukuki sonuç bağlanmasının, tapu sicili sistemine hâkim prensiplerden birisi olan, aleniyet prensibine de aykırılık teşkil ettiği kanaatindeyiz. Taşınmazlarda aleniyet fonksiyonu, zilyetlik ile değil⁸⁰, TMK m. 997 hükmü gereğince tapu sicilindeki kayıtlar ile sağlanır. Fiili taksim, fiili bir durum olduğundan tapu sicilindeki kayıtlarda gözükmez. Bu nedenle fiili taksim, aleniyeti sağlayamaz. Bir başka ifadeyle, üçüncü kişiler tapuyu incelediklerinde, taşınmazdaki fiili taksim durumunu öğrenemeyeceklerdir. Aleniyeti sağlamaya elverişli olmayan bir duruma duyulan güvenin, kanundan doğan önalım hakkını engelleyecek nitelikte olmadığı kanaatindeyiz. Dolayısıyla, alıcının fiili durumun yarattığı görünüme duyduğu güven, korunmaya değer bir güven değildir.

Doktrinde yer alan, fiili taksimin bazı hâllerde isabetli olduğu görüşü, çalışmamızın önceki bölümlerinde aktarılmıştır⁸¹. Bu görüşün dayandığı örneklerden birisine göre, paylı mülkiyete tabi bir taşınmaz üzerinde, birbirinden bağımsız kısımları bulunan bir yapı inşa edilmiş ve paydaşların kullanacağı kısımlar belirlenmiş olabilir. Bu durumda fiili taksim söz konusu olur. Bu yapı henüz kat mülkiyetine geçmeden, bağımsız kısımlardan birisinin satılması durumunda, diğer kısımların malikleri (paydaşlar) yasal önalım hakkını kullanamamalıdır. Bu örnek özelinde, fiili taksimin yasal önalım hakkını kısıtlaması isabetli görülmektedir⁸². Biz bu görüşe katılmamaktayız. Şöyle ki, kat mülkiyetinin tesisinden önceki dönemde iki ihtimal söz konusudur. İlk ihtimale göre, kat mülkiyetinin henüz tesis edilmediği dönemde kat irtifakı kurulmuş olabilir. Kat irtifakının kat mülkiyetinden önce kurulması zorunlu değildir⁸³. Fakat kat irtifakı tesis edilmiş ise, Kat Mülkiyeti Kanunu m. 8/I hükmü uyarınca, diğer paydaşların yasal önalım hakkı söz konusu olmaz⁸⁴. Kanun bu ihtimalde önalım hakkının kullanılmasını açıkça yasaklamıştır. Asıl mesele ikinci ihtimal olan kat irtifakının dahi kurulmadığı durumlarda nasıl hareket edileceğinin tespiti noktasındadır. Bu hâlde ne olacaktır? Bu durumda, Kat Mülkiyeti Kanunu m. 8/I hükmünün yorumlanması gerekir. Hükmün mefhumu muhalifinden (*argumentum a contrario*), henüz kat irtifakına geçilmemiş bağımsız bölümlerde, yasal önalım hakkının kullanılabilmesi anlamı çıkmaktadır. Kaldı ki, kat irtifakı kurulmamış ise, paydaşların tüm taşınmazdan yararlanma hakları da devam etmektedir. Paydaşların bu safhada, paylı mülkiyet birliğine yabancı kişileri sokmak istememeleri meşru bir beklentidir. Netice itibarıyla, kat mülkiyetine geçilmemiş, kat irtifakı da tesis edilmemiş taşınmazlarda, bağımsız bölümlerin bulunması durumunda, fiilen taksim söz konusu olsa dahi yasal önalım hakkının mevcut olduğunu düşün-

⁷⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 26; Erman, s. 7. İlkeye dair istisnalar için bkz. Sirmen, s. 33-34.

⁸⁰ Mehmet Ünal/Veysel Başpınar, Şekli Eşya Hukuku, Giriş, Zilyetlik, Tapu Sicili, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2015, s. 65-66.

⁸¹ Bkz. Bölüm II, C, 2, a.

⁸² Özçelik, Fiili Taksim, s. 260-261.

⁸³ Ethem Sabâ Özmen/Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, Kat İrtifakı, Yenilenmiş 2. Bası, On İki Levha Yayınları, 2015, s. 221 vd.

⁸⁴ Kanun hükmünün isabetli olmadığı, kat irtifakının bulunduğu hâllerde dahi yasal önalım hakkının kullanılabilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Özmen/ Vardar Hamamcıoğlu, s. 227 vd.

mekteyiz. Aksinin kabulü, Kat Mülkiyeti Kanunu m. 8/I hükmündeki düzenlemeye aykırılık anlamına gelecektir. Henüz kat irtifakının dahi kurulmadığı taşınmazlarda, kat irtifakı kurulmuş gibi yasal önalım hakkını engellemek, mevzuata aykırı durumlara hukuki bir nitelik ve meşruiyet kazandırmak anlamına gelir. Bu aykırılıklar, bir nevi teşvik edilmiş olunur. Bununla birlikte, kanunun sadece kat irtifakı ve kat mülkiyeti için istisnai olarak öngördüğü bir durumun da genişletilmesi söz konusu olur⁸⁵. Böylesi bir sonucun, hukuk güvenliğini sarsacağı kanaatindeyiz.

Bu konudaki bir diğer problemliliği ise, kanunda önalım hakkı engeli olarak yer alan “feragat” imkânı ile fiili taksim arasındaki ilişkidir. Şöyle ki, kanun koyucu, TMK m. 733/II hükmü ile paydaşlara yasal önalım hakkının kullanılmasından feragat etme imkânı tanımıştır. Bu feragat, tek bir satışa yönelik olabileceği gibi gelecekteki bütün satışlara yönelik de olabilir. Yasal önalım hakkından bütünüyle feragat, resmî şekilde yapılmalı ve bu durum tapu kütüğüne şerh edilmelidir. Belirli bir satıştan feragat ise, yazılı şekle tabi tutulmuştur. Kanun koyucu, böylesine özel bir imkânı kanunda açıkça tanımışken ve sıkı şekil şartlarına bağlamışken, kanunda açıkça yer almayan “fiili taksim” durumuna da feragat gibi sonuç yüklemek isabetli değildir. Bu uygulama, kanunu genişletmek anlamına gelmektedir. Üstelik böylesine ciddi bir durum için Yargıtay kararlarında yeterli gerekçeler de ileri sürülmemektedir. Eğer üçüncü kişi, diğer paydaşların yasal önalım hakkına başvurmayacaklarından emin olmak istiyorsa, paydaşlardan söz konusu satışa ilişkin yasal önalım haklarından feragat etmelerini isteyebilir. Böyle bir imkân mevcuttur. Buna rağmen, fiili taksim hâlini yasal önalım hakkı engeli saymak, feragat için öngörülen şekil şartlarını yok sayarak feragate bağlanan sonuçları kabul etmek anlamına gelir. Bu bakımdan, Yargıtay’ın fiili taksim hâlini kabul etmesi, bize göre sorunludur. Zira herhangi bir şekil şartı dahi aranmadan, paydaşların kanundan doğan önalım hakları ellerinden alınmaktadır.

Yargıtay kararlarında, fiili taksime itiraz edilmemesi ve akabinde yasal önalım hakkına müracaat edilmesi, dürüstlük kuralına aykırı bir davranış olarak kabul edilmektedir⁸⁶. Dürüstlük kuralı; dürüst, makul, namuslu, iyiniyetli ve ortalama zekâ seviyesine sahip kişilerin, herkesçe benimsenen etik kurallara dayalı muhtemel davranışlarının bir bütünüdür⁸⁷. Dürüstlük kuralına aykırı davranışın yaptırımı, aykırı davranışta bulunanın, bu davranışla elde edeceği menfaatten mahrum edilmesidir. Dürüstlük kuralına aykırılığı çalışmamız bakımından değerlendirmeden önce, bu kurala dair kısa bir açıklama yapmak ihtiyacı duyuyorduk. Kanunların her somut uyumsuzluğunun çaresini gösterecek şekilde düzenlenmesi beklenmemektedir. En azından Türk kanun koyucusu, bu şekilde bir kazuistik yöntemi tercih etmemiştir⁸⁸. Bu sebeple, TBK ve TMK’da, meselelerin ana hatları ile düzenlenmesi yoluna başvurulmuştur. Fakat kanun hükümlerinin doğrudan uygulanması, her zaman kanunun özüyle uyumlu, hakkaniyetli sonuçlar doğurmayabilir. Dolayısıyla, dürüstlük kuralı gibi genel normlar ihdas edilerek, kanunun katı bir şekilde uygulanması ile somut vakialarda

⁸⁵ Bu çıkarım, istisnaların geniş yorumlanamayacağı ilkesi (*singularia non sunt extenda*) ile de uyumlu olacaktır.

⁸⁶ Yarg. 14. HD, 2016/12387 E., 2020/65 K., 06.01.2020 T.; Yarg. HGK, 2018/578 E., 2018/1344 K., 25.9.2018 T.; Yarg. 14. HD, 2014/7327 E., 2014/11379 K., 20.10.2014 T.; Yarg. 14. HD, 2016/4264 E., 2019/1022 K., 7.2.2019 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 3.2.2020.

⁸⁷ **Yalçın Kavak**, Medenî Hukukta Dürüstlük Kuralı ve İyiniyetin Korunması, Legal Yayınları, İstanbul, 2019, s. 27; **Seyfullah Edis**, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Altıncı Basım, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 519, Ankara, 1997, s. 291.

⁸⁸ Türkiye Cumhuriyeti kanun koyucusunun, İsviçre Medeni Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu’nu model kanun olarak kabul ettiği, bu kanunların ise kazuistik yöntemle hazırlanmadığı, bilakis çeşitli meseleleri ana hatlarıyla düzenleyip, boşluk doldurma yetkisinin hâkime tanındığı yönünde bkz. **M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas**, Medenî Hukuk, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 25.

ortaya çıkabilecek hakkaniyete aykırı sonuçlar engellenmeye çalışılmıştır. Bu bakımdan genel normlar oldukça faydalıdır. Ancak, dürüstlük kuralı gibi genel normları uygularken dikkatli olmak gerekir. Bu normların uygulanması, bazı riskler taşımaktadır. Zira dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması gibi genel normlar, sınırları kesin çizgilerle belirlenmiş normlar değildir. Bu nedenle, öncelikle mevzuattaki çözümlere başvurmak, bunların yetersiz kaldığı yahut kanunun özüne aykırı sonuçlara yol açtığı durumlarda genel normları uygulamaya sokmak gerekir. Ayrıca bu normlar, her somut olayın özellikleri dikkate alınarak uygulanmalıdır. Bu durum da uygulamayı oldukça zorlaştırmaktadır. Bu nedenlerle, genel normlara sık sık başvurmak daha isabetli olacaktır. Aksi hâlde, kanun hükümlerinin esnetilmesi yahut ikinci planda kalması riski ortaya çıkar⁸⁹. Öte yandan, her olayda yalnızca hakkaniyete aykırılıktan yola çıkarak dürüstlük kuralına aykırılığın bulunduğunu ileri sürmek her zaman isabetli sonuçlar vermez. Böyle bir eğilim, içtihat birliğinin sağlanması önündeki en büyük engellerden olup, kolaycılığa kaçılmasına neden olur⁹⁰ ve hukuk güvenliğini ortadan kaldırır⁹¹. Çalışma konumuz bakımından ise, fiili taksime itiraz etmeyen paydaşın dürüstlük kuralına aykırı hareket ettiğinden bahisle, yasal önalım hakkı engellenmektedir. Yasal önalım hakkının kullanılmasıyla elde edilecek menfaat ise, paylı mülkiyet birliğine yabancı birisinin mümkün mertebe dâhil olmaması ve paylı mülkiyetin nihayetinde tek kişi mülkiyetine dönüşmesidir. Bu meşru menfaatler ile dürüstlük kuralına aykırılık neticesinde öngörülen mahrumiyet yaptırımı arasında bir nimet-külfet dengesi kurulduğunda, yasal önalım hakkıyla ulaşılmak istenen menfaatlerinin daha ağır bastığı kanaatindeyiz. Kaldı ki, fiili taksime rıza göstermenin altında yatan sebep, yasal önalım hakkından vazgeçmek olmayabilir. Bir diğer ifadeyle, bir paydaş, fiili taksime yalnızca kullanım biçimi bakımından rıza göstermiş olabilir. Böyle bir rıza, yasal önalım hakkının kullanılmayacağı yönünde bir görünüm yahut güven yaratmaya yetmeyecektir. Bir davranışın dürüstlük kuralına aykırı olduğunu söyleyebilmek için bu davranış açıkça, şüphe götürmez şekilde aykırılık teşkil etmesi gerekir⁹². Hâlbuki fiili taksime rağmen yasal önalım hakkına başvurma hâlinde, böylesine açık bir ihlâl söz konusu değildir. Bu durumda, paydaşın kesin bir şekilde dürüstlüğü aykırı hareket ettiğinden bahsedilemeyecektir. Fiili taksime rıza gösteren paydaşın, yasal önalım hakkı ile elde etmek istediği menfaatler de ortadan kalkmış değildir. Bu nedenle de, paydaşın yasal önalım hakkına müracaat etmesi, dürüstlüğü aykırı bir davranış olarak kabul edilmemelidir. Sonuç itibarıyla, yasal önalım hakkının meşru menfaatlerinin üstün tutulması, fiili taksime itiraz edilmemesinin tek başına önalım hakkından mahrumiyete neden olmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Fiili taksim için öngörülen yasal önalım hakkından mahrumiyet yaptırımı oldukça ağırdır. Böylesine ağır bir yaptırıma neden olan fiili taksim hâli için ise bir şekil şartı aranmamaktadır. Bir diğer ifadeyle, Yargıtay içtihatlarına göre, paydaşlar arasındaki fiili taksimin geçerliliği yahut ispatı herhangi bir şekil şartına tabi tutulmamıştır⁹³. Fiili taksimin varlığı, tanık beyanlarıyla dahi ispat edilebilmektedir. Yaptırım olarak yasal önalım hakkın-

⁸⁹ **Andreas B. Schwarz**, *Medeni Hukuka Giriş*, Çev. Bülent Davran, İstanbul, 1942, s. 197-198.

⁹⁰ **Mustafa Dural/Suat Sarı**, *Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri*, 8. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 248-249.

⁹¹ **Schwarz**, s. 198; **Oğuzman/Barlas**, s. 309. Hukuka güvenin sarsılmasına neden olma ve kanun hükümlerini ihmal etme, dürüstlük kuralının uygulanmasının tehlikeleri arasında sayılmıştır, bkz. **Şener Akyol**, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, İkinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 17-18.

⁹² **Kavak**, s. 97.

⁹³ Yarg. HGK, 2014/14-1343 E., 2016/407 K., 9.11.2016 T.; Yarg. HGK, 2014/14-1306 E., 2016/108 K., 27.1.2016 T.; Yargıtay 14. HD, 2016/4264 E., 2019/1022 K., 7.2.2019 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 28.12.2019.

dan mahrumiyet öngörülmüş iken, buna sebep veren işlemin herhangi bir şekil şartına tabi olmaması kanaatimizce sakıncalıdır. Şekil şartının amaçlarından bir tanesi, tarafları düşünmeye sevk etmektir. Bu haklı amacın, fiili taksim bakımından da geçerli olduğunu düşünmekteyiz. Her ne kadar fiili taksimin yasal önalım hakkı engeli olmadığını savunuyorsak da, aksinin kabulü hâlinde dahi bir şekil şartı aramanın makul olacağını düşünmekteyiz. Zira paylı mülkiyette yararlanma, kullanma ve yönetim konusunda yapılacak anlaşmanın, taşınmaz üzerinde sonradan aynı hak kazananları da bağlaması için TMK 689/son hükmü uyarınca imzaların noterlikçe onaylanması ve tapu kütüğüne şerh verilmesi gerekir. Paylı mülkiyette böylesine ağır şekil şartları düzenlenmişken, kullanma ve yararlanma şartlarını değiştiren ve önalım hakkı mahrumiyetine neden olan fiili taksimin geçerliliği ve ispatı için herhangi bir şekil şartı aranmaması isabetli değildir. Netice itibarıyla, Yargıtay'ın fiili taksimin varlığı yahut ispatı için hiç değilse adi yazılı şekil şartını araması daha isabetli olacaktır. Bu durum, uygulamadaki ispat sorunlarını da çözüme kavuşturacaktır. Kanaatimizce, böyle bir şartın aranması, hem paydaşları hem de hukuk güvenliğini koruyucu etki gösterecektir.

Fiili taksimin içtihatlarla ortaya çıkması, beraberinde bazı sorunları da getirmektedir. Örneğin, fiili taksim ilk ortaya çıktığında tüm paydaşların fiili olarak kullandığı bir kısmın bulunması aranırken⁹⁴, daha sonra sadece davacının (yasal önalım hakkına müracaat eden paydaş) ve davalıya pay satışı yapan eski paydaşın fiili kullanımının yeterli olduğuna hükmedilmeye başlanmıştır⁹⁵. İçtihatlarla gelişen bir kurumun şartlarının yine içtihatlarla değişmesi, hukuki öngörülebilirliği zedelemektedir. Aynı zamanda paydaşlara, kanunu bilmek yanında içtihatları da takip etmek külfeti yüklenmektedir. Bu nedenle, fiili taksim kabul edilecekse dahi, bunun mevzuatta düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Bu konuda, TKAKK m. 8/İ, b.2 düzenlemesine de değinmek gerekir⁹⁶. Söz konusu düzenleme ile tarımsal arazilerin satışında, sınırdaş arazilerin maliklerine yasal önalım hakkı tanınmıştır. Düzenlemenin gerekçesi şu şekilde ifade edilmiştir; “*Türk Medeni Kanununa göre önalım hakkına sahip ortakların bu haklarını kullanmaması halinde sınırdaş arazi maliklerine de önalım hakkı tanınarak arazilerin büyümesi hedeflenmiştir*”⁹⁷. Gerekçeye göre, satılacak tarımsal arazinin paylı mülkiyete tabi olması ve arazinin bir veya birkaç payının satılması da madde hükmünün uygulaması kapsamındadır. Bir diğer ifadeyle, arazinin bir veya birkaç payı satıldığında, sınırdaş arazinin maliki, yasal önalım hakkını kullana-

⁹⁴ “Gerçekten müşterek mülkün paydaşları taşınmazı fiilen pay etmişse, her biri hakkını belirli kesime hasredip ondan yararlanıyorsa bunlardan birinin kendi payını ve buna ilişkin taşınmaz kısmını satması halinde tapuda pay satış şeklinde yapılan bu işlemi fırsat bilerek diğer paydaşların şufa hakkını kullanmaları Medeni Kanununun 2. maddesinde yer alan objektif iyiniyet kuralı ile bağdaşmaz.” Yarg. HGK, 1988/6-797 E., 1998/955 K. 7.2.1988 T.; www.kazanci.com.tr (Çevrimiçi), E.T.: 1.12.2019.

⁹⁵ Yarg. HGK, 2018/578 E., 2018/1344 K., 25.9.2018 T.; Yarg. 14. HD, 2014/6552 E., 2014/10138 K., 18.9.2014 T., www.karararama.yargitay.gov.tr (Çevrimiçi), E.T.: 28.12.2019.

⁹⁶ TKAKK m. 8/İ, b.2 hükmü, işbu makaleyi kaleme aldığımız 09.01.2020 tarihinde yürürlükte iken 7255 sayılı Gıda, Tarım ve Orman Alanında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun m. 20 hükmü ile 28.10.2020 tarihinde ilga edilmiştir. Buna mukabil, ilga edilen hükme ilişkin eserde yer alan kısmın, derdest davalar bakımından önem ihtiva etme ihtimaline binaen ilk yazıldığı haliyle yayımlanmasının isabetli olacağı düşünülmüştür. Eserin değerlendirilmesinde bu hususun nazara alınması talep olunmaktadır.

⁹⁷ Söz konusu hüküm, 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun m. 5 hükmü ile 5403 sayılı TKAKK’ye eklenmiştir. 6537 sayılı Kanun m. 5 hükmü gerekçesi için bkz. <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlararno=131060&pkanunnumarasi=6537> (Çevrimiçi), E.T.: 20.2.2020.

bilecektir. Fakat gerekçeye göre böyle bir durumda, payı satılacak arazideki diğer paydaşların, TMK m. 732 hükmünden doğan yasal önalım hakkı önceliklidir. Bu çıkarım, gerekçedeki “*Türk Medeni Kanununa göre önalım hakkına sahip ortakların bu haklarını kullanmaması halinde*” ifadesine dayanmaktadır. TKAKK m. 8/İ hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesi’ne başvuruda bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi, 2014/133 E., 2014/165 K., 30.10.2014 T. kararında⁹⁸; “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 hissenin satılması ifadesine yer verilmediğinden, önalım hakkının sadece arazinin (parselin) bütünüyle satılması hâlinde mevcut olduğu, tarım parselinin hissesinin bir bölümünün satılması durumunda geçerli olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır” şeklinde hüküm tesis etmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin, kanunun gerekçesiyle taban tabana zıt bir sonuca ulaştığı görülmektedir. Karara göre, tarımsal arazinin tamamı satılmadıkça, sınırdaş tarımsal arazi malikinin TKAKK m. 8/İ anlamında bir yasal önalım hakkı yoktur. Anayasa Mahkemesi’nin kararına rağmen doktrinde, kanun gerekçesine uygun olarak, satılacak arazinin bir payının satılması hâlinde dahi sınırdaş arazilerin maliklerinin önalım hakkına sahip olduğu ileri sürülmektedir⁹⁹. Aksi yöndeki görüşe göre ise, Anayasa Mahkemesi kararı isabetli olup, taşınmazın tamamı satışa konu olmadıkça sınırdaş tarımsal arazi maliklerinin yasal önalım hakkı bulunmaz¹⁰⁰. Kanaatimizce, Anayasa Mahkemesi’nin kararı isabetlidir. Zira 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun¹⁰¹ ile TKAKK’da yapılan değişikliklerin genel amacı, tarımsal arazilerin bölünmelerini ve küçülmelerini önlemek, arazilerin asgari tarımsal arazi büyüklüğüne ulaşmasını sağlamaktır¹⁰². Meseleye bu açıdan yaklaşıldığında, arazinin bir payının satılması hâlinde, sınırdaş arazinin malikine yasal önalım hakkı tanınmasının, bahsedilen amaca hizmet edeceği söylenemez. Zira sınırdaş arazinin maliki payı satın aldığı anda, hem satılan arazinin hem de komşu arazinin mevcut büyüklüğünde bir değişim meydana gelmez. Sadece sınırdaş arazinin maliki, payı satılan taşınmaza paydaş olmuş olur. Buna mukabil, gerekçenin kabulü hâlinde, fiili taksim uygulamasıyla birlikte değerlendirme yapıldığında son derece ilginç ve menfi sonuçlar ortaya çıkacaktır. Şöyle ki, Yargıtay, fiili taksim uygulamasında arazinin niteliğine göre bir ayırım yapmamakta, tarımsal arazilerde de fiili taksimi kabul etmektedir¹⁰³. Buradan hareketle, TKAKK m.8/İ hükmü gerekçesi kabul edilirse, fiili taksimin söz konusu olduğu tarımsal arazilerde, bir paydaşın payını satması durumunda, diğer paydaşlar yasal önalım hakkını kullanamıyorken sınırdaş arazinin maliki yasal önalım hakkını kullanabilecektir. Sınırdaş arazinin malikinin, payı satılan arazinin paydaşlarına tercih edildiği yönünde bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Böyle bir sonuç, yasa koyucunun amaçlarına hizmet etmeyeceği gibi hakkaniyetten de uzaktır. İzah edilen nedenlerle, Anayasa Mahkemesi değerlendirmesinin üstün tutulması ve bu suretle sınırdaş tarımsal arazilerin maliklerine tanınan yasal önalım

⁹⁸ R.G., 10.1.2015 T., 29232 S.

⁹⁹ **Turan Şahin**, “Paylı Mülkiyette ve 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamında Yasal Önalım Hakkı”, MÜHFHAD, C. 24, S. 2, 2018, s. 909.

¹⁰⁰ **Recep Adıgüzel**, “Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Sınırdaş Tarımsal Arazi Malikinin Önalım Hakkı”, İBD, C. 90, S. 3, Y. 2016, s. 127.

¹⁰¹ R.G., 15.5.2014 T., 29001 S.

¹⁰² **Ş. Barış Özcelik**, “5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kanunu’nda 6537 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi”, GÜHFHD, C. XIX, S. 1, Y. 2015, s. 106; **Şahin**, s. 909.

¹⁰³ Yarg. 14. HD, 2015/17174 E., 2017/2116 K., 20.3.2017 T.; Yarg. 14. HD, 2015/17802 E., 2016/4083 K., 5.4.2016 T. www.karararama.yargitay.gov.tr (Çevrimiçi), E.T.: 11.2.2020.

hakkının, yalnızca arazinin tamamının satıldığı hâllerde geçerli olması gerektiği kanaatindeyiz.

Son olarak, kanun koyucunun iradesi ile Yargıtay uygulamasının uyumlu olmadığı da söylenebilir. Şöyle ki, fiili taksim uygulaması 1980’li yıllarda ortaya çıkmıştır¹⁰⁴. Bu içtihat, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun yasalaşmasına kadar yaklaşık on sekiz yıl sürmüştür. Kanun koyucu, Yargıtay’ın bu yöndeki uygulamasını ve altında yatan sebepleri haklı görmüş olsaydı, Türk Medeni Kanunu’nun yasalaştığı süreçte, bu yönde bir değişiklik ihdas edebilirdi. Fakat kanun koyucunun bu yönde bir düzenleme yapmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, kanun koyucunun Yargıtay ile aynı amacı güttüğünü söylemek güçtür. Zira 743 sayılı mülga Türk Kanuni Medenisi’nde yasal önalım hakkı yalnızca bir maddede¹⁰⁵ düzenlenmişken, gelen eleştiriler ve uygulamadaki sorunlar nazara alınarak, Türk Medeni Kanunu’nda m. 732-734 arasında üç madde hâlinde düzenlenmiş, eklemeler yapılmıştır. Lakin fiili taksim, yapılan eklemelere dâhil edilmemiştir. Mevzuat, uygulamadaki tüm ihtiyaçlara cevap veremeyebilir. Fakat içtihatları şekillendiren ihtiyaçların gerçek bir gereksinim olduğu yönünde kanun koyucuda bir kanaat oluşursa, bu kanaate istinaden mevzuat değişikliği yapılabilir. Mevzuatta yer almayıp içtihatlarla gelişen durumların fazlalaşması, yargı erki ile yasama erki arasındaki sınırın incelenmesine sebebiyet verir. Bu durum, hukuk devletinin temel ilkelerinin aşınması tehlikesini yaratır.

SONUÇ

Bu çalışma kapsamında, fiili taksim hâlinin, yasal önalım hakkının kullanılmasına engel teşkil edip etmediği konusu incelenmiştir. Yargıtay kararları ve doktrindeki görüşler ışığında, aşağıda özet biçimde ifade edilen bulgulara ulaşılmıştır.

Kanunda düzenlenmeyen, içtihatlarla ortaya çıkan fiili taksim hâli, Yargıtay tarafından bir yasal önalım hakkı engeli olarak kabul edilmektedir. Buna göre, bir paydaşın, fiili taksim neticesinde kullandığı kısma denk gelen payını paydaş olmayan üçüncü kişiye satması hâlinde, fiili taksime katılan ve bu duruma itiraz etmeyen diğer paydaşlar, yasal önalım hakkını kullanamazlar. Zira fiili taksime itiraz etmeyen paydaşların daha sonra yasal önalım hakkını kullanmaya çalışmaları, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Fakat Yargıtay’ın bu kabulüne, çalışmamızda izah edilen nedenlerle katılmamaktayız. Şöyle ki, fiili taksim durumuna bağlanan yaptırım, kanunun yasal önalım hakkını ihdas etmesindeki amaçlarla çelişmektedir. Bunun yanı sıra, fiili taksim durumu, aynı haklara hâkim olan belirlilik ve aleniyet prensiplerine de aykırılık teşkil etmektedir. Bir diğer sebep ise, Yargıtay’ın mülga Türk Kanuni Medenisi dönemindeki fiili taksim içtihatlarının yasa koyucu tarafından nazara alınmaması ve Türk Medeni Kanunu’na eklenmemesidir. Yargıtay’ın buna rağmen içtihadına devam etmesi, kanun koyucunun iradesi ile uyumlu gözükmektedir. Ayrıca, kanunda yasal önalım hakkından feragat imkânı açıkça düzenlenmişken, fiili taksimin kabul edilmesi isabetli olmamıştır. Zira fiili taksimin kabulü yoluyla, feragat bağlanan sonuçlara, feragatin şekil şartlarına uyulmadan ulaşılmaktadır. Bu durum, kanunu esnetmek anlamına gelmektedir.

Yargıtay’ın uygulamadaki sorunları, fiili taksim kabulüyle çözmeye çalıştığı anlaşılmaktadır. Ancak, bu sorunların büyük çoğunluğunun kaynağı, kişilerin mevzuata uygun

¹⁰⁴ Yarg. 6. HD, 1983/9973 E., 1983/10158 K., 24.10.1983 T. (YKD, C. 10, S. 4, 1984, s. 574-576); Yarg. HGK, 1988/6-797 E., 1988/955 K. 7.2.1988 T.; Yarg. 6. HD, 1987/2460 E., 1987/3083 K., 17.3.1987 T., www.kazanci.com.tr (Çevrimiçi), E.T.: 1.12.2019.

¹⁰⁵ 743 sayılı mülga Türk Kanuni Medenisi m. 659; “Bir gayrimenkulün hissedarları onun şayi bir hissesini satın alan üçüncü şahsa karşı kanuni şuf’a hakkını haizdir”.

olmayan davranışlarıdır. Yasal önalım hakkından feragat etme imkânı varken söz konusu imkânın kullanılmaması, bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Kişilerin mevzuattaki imkânlardan faydalanmamaları yahut mevzuata aykırı hareketleri nedeniyle ortaya çıkan mağduriyetlerin yargı içtihatlarıyla çözüme kavuşturulması, hukuka uygun olmayan davranışlara meşruiyet kazandırma riskini ortaya çıkarır. Fiili taksim konusunda uygulamada bir ihtiyaç söz konusuysa, bu ihtiyacın mevzuat değişikliği yoluyla giderilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

İzah edilen tüm bu nedenlerden ötürü, Yargıtay'ın fiili taksimi yasal önalım hakkı engeli olarak kabul ettiği içtihatlarının isabetli olmadığı ve gözden geçirilmesi gerektiği kanaatine ulaşmaktayız. Esas itibarıyla, fiili taksime dair bu sorunun, mevzuatta bir düzenleme yapılmak suretiyle çözülebileceğini düşünmekteyiz. Bununla birlikte, eğer fiili taksim hâli bir yasal önalım hakkı engeli olarak kabul edilmeye devam edilecekse, hukuk güvenliği bakımından, geçerlilik yahut ispat şekli olarak en azından adi yazılı şekil şartının aranmasını önermekteyiz.

KISALTMALAR LİSTESİ

AÜSBE	: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
b.	: Bent
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
dn.	: Dipnot
DÜHFD	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
Ed.	: Editör
E.T.	: Erişim tarihi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
m.	: Madde
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.	: Kenar numarası
R.G.	: Resmî Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKAKK	: Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

vd.	: Ve devamı
v.d.	: Ve diğerleri
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

KAYNAKÇA

- Adıgüzel, Recep**, “Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Sınırdış Tarımsal Arazi Malikinin Önalım Hakkı”, İBD, C. 90, S. 3, Y. 2016, s. 121-129.
- Akalp-Demirtabak, Didem**, Yasal Önalım Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Akipek, Jale**, Türk Eşya Hukuku, II. Kitap: Mülkiyet, Ankara, 1971.
- Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya**, Eşya Hukuku, İkinci Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018.
- Akyol, Şener**, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İkinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- Arslan, Ramazan**, Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, S Yayınları, Ankara, 1989.
- Avcı Braun, Cihan**, “Satış İlişkisi Doğuran Haklar”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C. 4,5, Ed. Turgut Öz v.d., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 2591-2603.
- Ayan, Mehmet**, “Kanuni Şuf’a Hakkı”, Prof. Dr. Halil Cin’e Selçuk Üniversitesi’nde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya, 1995, s. 335-368 (*Kanuni Şuf’a Hakkı*).
- Ayan, Mehmet**, Eşya Hukuku II Mülkiyet, Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016 (*Eşya Hukuku*).
- Aybay, Aydın/Hatemi, Hüseyin**, Eşya Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Aydoğdu, Murat**, Yasadan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Ayiter, Nuşin**, Eşya Hukuku Kısa Ders Kitabı, İkinci Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 1983.
- Bertan, Suad**, Aynî Haklar, Medeni Kanunun 618-764 üncü Maddelerinin Şerhi, C. 1, Ankara, 1976.
- Buz, Vedat**, Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- Demirbaş, Harun**, Yenilik Doğuran Haklar, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.
- Dönmez, İbrahim Kâfi**, “Şuf’a, Ön alım hakkı”, İslam Ansiklopedisi, C. 39, Türk Diyanet Vakfı, İstanbul, 2010, s. 248-252.
- Dural, Mustafa/Sarı, Suat**, Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, 8. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013.
- Edis, Seyfullah**, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Altıncı Basım, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 519, Ankara, 1997.
- Erdoğan, Hasan**, Şuf’a Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2001.
- Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018 (*Özel Hükümler*).
- Eren, Fikret**, “Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı”, GÜHFD, C. XII, S. 1-2, Y. 2008, s. 103-126 (*Yasal Önalım Hakkı*).

Erman, Hasan, Eşya Hukuku Dersleri, Gözden Geçirilmiş 7. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2017.

Ertaş, Şeref, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 13. Baskı, Barış Yayınları, İzmir, 2017.

Esener, Turhan/Güven, Kudret, Eşya Hukuku, Genişletilmiş ve 6750 Sayılı Kanun Eklenti 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

Feyzioğlu, F. Necmeddin, “Şüfa Hakkının Kullanılması Mümkün Olan ve Olmayan Tasarruflar”, İÜHFİM, C. 19, S. 1-2, İstanbul, 1953, s. 222-269.

Gürsoy, Kemal T./Eren, Fikret/Cansel, Erol, Türk Eşya Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1984.

Günay, Erhan, Önalım Hakkı, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.

Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdulkadir, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991.

Helvacı, İlhan, “İsviçre Borçlar Kanununun Sözleşmeden Doğan Ön-Alım, Alım ve Geri Alım Haklarına İlişkin Değişiklikleri (İsviçre Borçlar Kanunu madde 216/fıkra 2, fıkra 3, madde 216/a-216-e)”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 19-20, S. 1-2, 1999-2000, Aysel Çelikel’e Armağan, s.397-417.

Kavak, Yalçın, Medenî Hukukta Dürüstlük Kuralı ve İyiniyetin Korunması, Legal Yayınları, İstanbul, 2019.

Kılıçoğlu, Mustafa, Akdî ve Kanunî Şuf’a Davaları (Önalım), Adil Yayınevi, Ankara, 1997.

Kırca, Çiğdem, “Önalım Hakkı Konusundan Medeni Kanundaki Değişiklikler”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002, s. 1179-1203.

Kısagün, Adil, Şuf’a Davaları, Doğuş Matbaacılık, Ankara, 1958.

Köylüoğlu, Egemen, “Önalım Davası”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), AÜSBE, Ankara, 2011.

Kuru, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

Meier-Hayoz, Arthur, “Şuf’a Akdi”, Çev. Y. Ümit Doğanay, İÜHFİM, C. 33, S. 1-4, İstanbul, 1968, s. 273-287.

Olgaç, Senai/ Karahasan, Mustafa Reşit, Gayrimenkullerin İktisap ve Tescili, Şuf’a-Vefa-İştira Hakları, İstanbul, 1964.

Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.

Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami, Medenî Hukuk, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

Oğuzman, M. Kemal, “Dürüstlük Kuralına (MK. m.2) Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi”, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65 inci Yaş Armağanı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1988, s. 407-415.

Okutan Nilsson, Gül, Anonim Ortaklıklarda Payscaleleri Sözleşmeleri, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2004.

Özcelik, Ş. Barış, “Fiili Taksim Halinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılmayacağı Yönündeki Yargıtay Uygulamasının Değerlendirilmesi”, TBBD, S. 141, 2019, s. 253-264 (Fiili Taksim).

Özçelik, Ş. Barış, “5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kanunu’nda 6537 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi”, GÜHFD, C. XIX, S. 1, Y. 2015, s. 87-110 (*Değişiklikler ve Değerlendirilmesi*).

Özdek, Yasemin, “Önalımda (Şuf’ada) Vazgeçme ve Bir Yargıtay Kararı”, DÜHFD, S. 3, 1985, s. 337-369.

Özenli, Soysal, Uygulamada Önalım (Şuf’a) Davaları, İkinci Basım, Kazancı, İstanbul, 1990.

Özmen, Ethem Sabâ/Hamamcıoğlu, Gülşah Vardar, Kat İrtifakı, Yenilenmiş 2. Bası, On İki Levha Yayınları, 2015.

Rey, Heinz, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts Band I, Dritte, ergänzte und überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2007.

Ruhi, Ahmet Cemal, Önalım Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.

Sayımlar, Zeynep, “Yasal Önalım Hakkının Kullanılmasını Engelleyen Bir Durum Olarak Fiili Taksim”, İÜHFD Özel Sayı, C. 1, 2015, s. 627-652.

Schwarz, Andreas B., Medeni Hukuka Giriş, Çev. Bülent Davran, İstanbul, 1942.

Sirmen, A. Lâle, Eşya Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

Şıpka, Şükran Taman, Türk Hukukunda Kanunî Önalım (Şuf’a) Hakkı (MK.m.659), Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1994.

Şahin, Turan, “Paylı Mülkiyette ve 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamında Yasal Önalım Hakkı”, MÜHFHAD, C. 24, S. 2, 2018, s. 906-930.

Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 6. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

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

Tunaboş, Müslim, Önalım (Şuf’a) Davaları, Genişletilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

von Tuhr, Andreas, Borçlar Hukuku, Umumi Kısım, Çev. Cevat Edege, İstanbul, 1953.

Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel, Şekîl Eşya Hukuku, Giriş, Zilyetlik, Tapu Sicili, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2015.

Yıldız, Ekrem, Önalım Davaları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

Zevkliler, Aydın/Ertaş, Şeref/Havutçu, Ayşe/Acarbey, Beşir/Gürpınar, Damla, Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk, 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

www.karararama.yargitay.gov.tr, E.T.: 10.3.2020.

www.kazanci.com, E.T.: 10.3.2020.

<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=131060&pkanunnumarasi=6537>, E.T.: 20.2.2020.