

“1- Davının Konusu : Mahkememizin 2024/... esas sayılı dosyasında, davacı vekili dava konusu taşınmazlar olan Bursa İli, Kestel İlçesi, Erdoğan Mahallesi, Alanlar Mevkii ... Ada, ... Parselde bulunan tarla nitelikli, Bursa İli, Kestel İlçesi, Erdoğan Mahallesi, Köyiçi Mevkii, ... Ada, ... Parselde bulunan avlulu ev ve ahır ve samanlık nitelikli, Bursa İli, Kestel İlçesi, Erdoğan Mahallesi, Köyiçi Mevkii, ... Ada, ... Parselde bulunan arsa nitelikli taşınmazlarda dava dışı ... tarafından 08/05/2024 tarihinde üç taşınmaz için toplam 229.000,00 TL bedel ile davalı a satıldığını, davacının söz konusu taşınmazlarda paydaş olduğunu, davacıya herhangi bir bildirimde bulunulmadığını, önalım hakkı nedeniyle davalı adına olan tapu kaydının iptali ile davacı adına tesciline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Dava konusu olayda uygulanacak TMK'nın 732, 733 ve 734. maddeleri şu şekilde düzenlenmiştir.

II. Devir hakkının kısıtlamaları

1. Yasal önalım hakkı

a. Önalım hakkı sahibi

Madde 732- Paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması hâlinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler.

b. Kullanma yasağı, feragat ve hak düşürücü süre

Madde 733- Cebrî artırmayla satışlarda önalım hakkı kullanılamaz.

Önalım hakkından feragatin resmî şekilde yapılması ve tapu kütüğüne şerh verilmesi gerekir. Belirli bir satışta önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme, yazılı şekle tâbidir ve satıştan önce veya sonra yapılabilir.

Yapılan satış, alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirilir.

Önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her hâlde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer.

c. Kullanılması

Madde 734- Önalım hakkı, alıcıya karşı dava açılarak kullanılır.

Önalım hakkı sahibi, adına payın tesciline karar verilmeden önce, satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerini, hâkim tarafından belirlenen süre içinde hâkimin belirleyeceği yere nakden yatırmakla yükümlüdür.

İtiraz konusu kurallardaki önalım hakkı nedeniyle, pay sahibinin payını istediği şahıslara serbestçe piyasa şartlarına göre oluşacak rayiç bedelle satma hakkından mahrum olduğu gibi üçüncü şahısların da paydaşların önalım hakkını kullanma olasılığı nedeniyle taşınmazı rayiç bedel üzerinden satın almaktan kaçınmalarına yol açtığı, bunun taşınmazın satılmasını zorlaştırdığı, bu durumun satıcı paydaşı, diğer paydaşlara bağlı kıldığı, itiraz konusu kurallarda pay satışına getirilen bu sınırlamanın kamu yararına dayanmadığı, 4721 sayılı

Yasa'nın 736. maddesinde alım ve geri alım haklarının kullanılması için dava açmanın zorunlu bulunmamasına rağmen yasal önalım hakkının kullanılabilmesi için dava açmanın zorunlu kılınmasının kamu düzeni kavramıyla açıklanmasının mümkün olmadığı, ayrıca açılması zorunlu dava nedeniyle davalının kanun gereği yargılama giderleriyle sorumlu olmasının hak arama özgürlüğünü de zorlaştırdığı, yasal zorunluluk olmadan dava açılması halinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 312. maddesinin birinci fıkrası gereğince davalının ilk duruşmada davayı kabul etmesi halinde aleyhine dava açılmasına sebebiyet veren kişi konumuna düşeceği için yasal önalım hakkı davasında davalının, davacının yapmış olduğu tüm yargılama giderleri ile vekâlet ücreti ve ilam harcından sorumlu olduğu, bu nedenlerle başvurulara konu kuralların Anayasa'nın Başlangıç Bölümü ile 2., 5., 10., 12., 17., 35., 36. ve 141. maddelerine aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

Ayrıca Anayasa Mahkemesinin önalım hakkına ilişkin yapılan başvurularda verilen kararlarında karşı oy olarak belirtilen hususlar dikkate alındığında, Anayasa'nın 35. maddesinde "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir./Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir./ Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz." denilmektedir. Anayasa'nın anılan maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsamaktadır.

Mülkiyet hakkı; kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve kanunların koyduğu sınırlamalara uymak şartıyla sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, semerelerinden yararlanma ve üzerinde tasarruf etme imkânı veren bir haktır (AYM, E.2017/21, K.2020/77, 24/12/2020, § 137; E.2019/100, K.2020/62, 22/10/2020, § 13).

Anayasa'nın 35. maddesinin ikinci fıkrasında, mülkiyet hakkının ancak kanunla sınırlanabileceği belirtilmek suretiyle mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerin kanunda öngörülmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Öte yandan mülkiyet hakkına sınırlama getirilirken temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesinin de gözönünde bulundurulması gerekmektedir.

Anayasa'nın 13. maddesinde "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." denilmektedir. Buna göre mülkiyet hakkına sınırlama getiren düzenlemelerin kanunla yapılması, Anayasa'da öngörülen sınırlama sebebine uygun olması ve ölçülü olması gerekir.

Anayasa'nın anılan hükümleri uyarınca mülkiyet hakkına yapılan sınırlamalarda dikkate alınacak öncelikli ölçüt, sınırlamanın kanunla yapılmasıdır. Anayasa Mahkemesinin sıkça vurguladığı gibi temel hakları sınırlayan kanunun şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kuralların keyfilğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir düzenlemeler niteliğinde olması gerekir.

Ayrıca önalım hakkına ilişkin dava dosyaları incelendiğinde genellikle dava konusu taşınmaz veya taşınmazlarda birçok paydaşın bulunduğu, payını satmak isteyen hissedarın birçok paydaşa ulaşması ve noter aracılığı ile bildirimde bulunması kendisine ağır külfetler getirdiği ortadadır. Örneğin bir taşınmazda toplam 100 paydaşın bulunması durumunda payını

satmak isteyen paydaşın diğer 99 paydaşa, vefat eden varsa mirasçılarına ulaşması, yurtdışında ikamet eden varsa adresini tespit edip noter aracılığı ile bildirimde bulunması mümkün olmamakla beraber bu işlemleri yapmak istese dahi ağır külfet ve masraf yapması anlamına gelir ki bu durum Anayasa'nın 2. 13. 35. ve 36. maddelerine aykırı olmaktadır.

Öte yandan şu hususu da belirtmekte fayda vardır: Benzer bir düzenlemeyle 30.04.2014 tarihli 6537 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'na eklenen 8/İ maddesinin 2. fıkrasında, "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." düzenlemesi ile komşu parsel maliklerine de yasal önalım hakkı tanınmıştı.

Ancak, aradan geçen sürede sınırdaş arazi sahibinin ön alım hakkı uygulaması tarımsal bütünlüğün korunması amacıyla düzenlenmiş olmasına rağmen, söz konusu hakkın süreç içerisinde kötüye kullanılarak tarım arazilerinin gerçek değerinin altında elde edilebildiği bir usul olarak kullanıldığına tespit edildiği, netice olarak, sınırdaş tarım arazileri için getirilen ön alım hakkının, beklenen faydadan daha çok çiftçilerin mağduriyetlerine neden olduğu gerekçesiyle, 28.10.2020 tarihli ve 7255 sayılı Kanunun 20. maddesi ile 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'na eklenen 8/İ maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen komşu parsel malikinin önalım hakkı, Kanun'un Resmi Gazetede yayımlandığı 04.11.2020 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.

Tüm bu hususlar dikkate alındığında 4721 sayılı Yasanın 732, 733 ve 734. maddelerinin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmak gerekmiştir.

SONUÇ VE İSTEM: Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere;

4721 sayılı Yasanın 732. maddesi ve dolayısıyla 733. ve 734. maddelerinin Anayasa'nın başlangıç hükümlerine, 2. 5. 10. 12. 13. 17. 35. 36. ve 141. maddelerine aykırılığı gerekçesiyle 6216 sayılı Yasanın 40. maddesi uyarınca itiraz yolu ile iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına karar verilmekle gereğinin yapılması arz ve talep olunur."

“Anayasa'nın 48. maddesinde herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahip olduğu vurgulanmıştır. Sözleşme hürriyeti sözleşmenin tarafını seçmeyi de içeren geniş bir kullanım sahası içermektedir. Aynı şekilde mülkiyet hakkı da sahibine hukukun emredici kaidelerine uygun olma şartıyla dilediği şekilde tasarruf etme imkanı sunmaktadır. TMK'nın 732. maddesi söz konusu her iki hak ve hürriyeti kısıtlayıcı nitelikte olup sözleşmenin tarafı olan alıcının davacının iradesi dışında değiştirilmesi sonucunu doğurmaktadır. İnsanlar tapu harcını daha az ödeme iradesi dışında değişik düşüncelerle bir kimseye iyilik yapmak ya da kendisine daha yakın bulduğu kişiye daha düşük bir bedelle hissesini devredebilmektedir. Bu sözleşme hürriyetinin bir gereğidir. Kanun maddesi ise aynı düşük bedel üzerinden istenilmeyen kişiyi bu sözleşmenin tarafı haline getirebilmektedir. Böyle bir durumda alıcı ve satıcı sözleşmeden dönme hürriyetine de ve kanuni geri alım hakkına da sahip değildir. Kanuni düzenlemenin paydaş sayısını azaltarak ve yeni paydaşın girmesini engelleyerek ortaklık yapısının tasfiyesini ve hukuki ihtilafların azaltılmasını amaçladığı anlaşılmış ise de, getirilen düzenlemenin devletin kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme yönündeki pozitif yükümlülüğüne aykırı olarak katı şekilci ve anayasal hakları korumada yetersiz düzenlemeler içerdiği, ayrıca devletin gerçek değer üzerinden satış yapılmasını sağlama konusunda gerekli tedbirleri almadığı ve alt yapıyı sağlamadığı değerlendirilmiştir.

İstanbul gibi büyükşehirlerde taşınmazların çok fazla hissedarı olabildiği ve hissedarların birbirini çoğu zaman tanımadığı, TMK'nın 733. maddesinde tanımadığı ve adresini dahi bilmediği hissedara noter tebligatı zorunluluğunun da bulunduğu, bazen de hissedarın alıcı olmadığını beyan etmesi nedeniyle, güven ilişkisine dayalı söz konusu noter tebligatının yapılmadığı, aradan iki yıla yakın süre geçip taşınmazın piyasa değerindeki artış nedeniyle daha önce şufa hakkını kullanmayan hissedarın aradaki güven ilişkisine aykırı olarak noter tebligatı bulunmadığı için dava açmaya karar verebildiği, ayrıca yüzlerce hissedarı olan bir taşınmazda satıcıya ya da alıcıya tüm hissedarlara noter tebligatı çekme külfeti yüklenmesinin makul bir düzenleme olamayacağı, mülkiyet ve sözleşme hak ve hürriyetlerine ağır bir külfet getirdiği, şufa davası için düzenlenen 3 aylık hak düşürücü sürenin noter tebligatına bağlanmış olmasının mülkiyet hakkı açısından da Anayasa'ya aykırı olacağı, zira satıcının ya da alıcının davacının satıştan daha önce haberi olduğunu ispatlamaları halinde dahi 2 yıl sonra açılan bir davada tapunun iptaliyle karşı karşıya kalacağı ve mülkiyet hakkının ellerinden alınabileceği değerlendirilmiştir. Ayrıca noter aracılığı ile bildirim külfeti özellikle çok fazla hissedarlı ya da hissedarları yurt dışında yaşayan taşınmazlar yönünden davalı açısından hak arama hürriyetini orantısız ve aşırı olarak kısıtlamaktadır. Söz konusu düzenleme bu yönüyle de Anayasaya aykırı olacağı değerlendirilmiştir.

Ne yazık ki halen toplumun ekonomik geliriyle de bağlantılı olarak taşınmaz satışlarında daha az harç ödemek için belediyenin belirlediği rayiç değerler üzerinden resmi sözleşmeler düzenlenmesi yaygın olarak devam etmektedir. Elbette bu şekilde muvazaalı işlemleri hukukun koruması beklenmez. Fakat şufa hakkını kullanan kişinin gerçek piyasa bedeli ile satış bedeli arasında fahiş fark olması durumunda fırsatçılığı da aynı şekilde hukuk düzeni korumamalı iki durumdan birisine üstünlük tanımamalıdır. Mevcut düzenlemenin amaçladığı meşru amaca mevcut kanun metninin hizmet edemediği, aksine yeni uyumsuzluklar doğurduğu da bir gerçektir. Üstelik şufa hakkının kullanılması ve bedelinin belirlenmesinde Anayasanın 138. maddesine göre vicdani kanaat kullanacak hakime takdir hakkı da bırakılmadığı, bu nedenle düzenlemenin anayasanın 138. maddesi ve genel ruhuna da aykırı olduğu değerlendirilmektedir.

Netice itibarıyla mevcut şufa hakkı veren düzenlemenin aşırı şekilci ve katı olması, sözleşmenin tarafını seçme serbestisine yapılan müdahale ve sözleşmeden dönme imkanı

verilmemesinin sözleşme hürriyetine aykırı olacağı, noter tebligat zorunluluğunun hak arama hürriyeti, mülkiyet ve sözleşme hürriyetine aşırı külfet ve sınırlamalar yüklediği, bu kapsamda daha az müdahale ile meşru amaca ulaşma yollarının dikkate alınmadığı, meşru amacın ortaklık yapısının tasfiyesi ya da daha az kişi ile ortaklığın devamı olduğu dikkate alındığında geri alım hakkı tanınabileceği gibi davacının hisseyi alma konusunda ısrarcı olması durumunda tapudaki bedel ile rayiç değer in aşırı farklı olduğunun bariz olması halinde satış tarihindeki rayiç değer üzerinden yine aradan uzun bir süre geçmiş ise güncel rayiç değer üzerinden bu hakkın verilmesinin meşru amaca hizmet edilebileceği, muvazaalı işlemi korumayan hukuk düzeninin aynı şekilde fırsatçılığı da korumaması gerekeceği, iki hak arasında adalet dağıtırken öncelikle hak ve nesafet kurallarının dikkate alınması gerekeceği, şufa hakkının kullanılmadığı durumda şufa hakkından yararlanan davacının malvarlığında azalma olmadığı halde davalı tarafın ya da ona satış yapan kişinin şufa bedelinden daha fazla bir bedeli davalıya iade etmek durumunda kalarak malvarlığında eksilme ihtimalinin daha ağır basabildiği halde mevcut düzenlemenin hukuk devleti ilkesi içerisinde yer alan adalet duygusuyla da bağdaşmadığı gerekçesiyle TMK 732.,733. ve 734. maddelerin anayasada düzenlenen mülkiyet, hak arama ve sözleşme hürriyeti başta olmak üzere Anayasanın yukarıda belirtilen maddelerine aykırı olduğu değerlendirildiğinden iş bu başvuruyu yapmak gerekmiştir.

TALEP:

4721 Sayılı TMK'nun 732.,733. ve 734. maddelerin Anayasa'nın 2., 5., 35., 36. ve 48. maddelerine aykırılığı gerekçesiyle 6216 sayılı Yasanın 40. maddesi uyarınca itiraz yolu ile iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına karar verilmiştir.”

“Söz konusu düzenleme, Anayasa’nın başlangıç hükmünün 2.paragrafı “milletin maddi ve manevi mutluluğa ulaşması” devletin ödevleri olarak düzenlenmiştir.

Altıncı paragrafı, “her Türk vatandaşının bu anayasadaki temel hak ve hürriyetlerinden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanacağı,. Hukuk düzeni için onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu” düzenlenmiştir.

İkinci maddesinde “Cumhuriyetin adalet anlayışı içinde sosyal bir hukuk devleti olduğu” düzenlenmiştir.

Beşinci maddesinde “Devletin temel amaç ve görevleri başlığı altında;

“Devletin temel amaç ve görevleri, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleri ile bağdaşmayacak surette sınırlayan, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak olduğu” düzenlenmiştir.

Oysa anılan madde, kişilerin Anayasa tarafından korunması gereken bu haklarına aykırıdır, Şöyle ki;

Çok hisseli taşınmazlarda hissedarların kimlik ve adres bilgilerine ulaşmak pay satın alan kişi bakımından KVKK hükümleri karşısında neredeyse imkansız olup (örneğin dosyamızda olduğu gibi, zira dosyamızda davalı vekili pay satın almadan sonra hissedarların kimlik ve adres bilgilerine ulaşmak için resmi kurumlar nezdinde girişimlerde bulunmuş olup talepleri KVKK kapsamında reddedilmiştir) kişiyi bu angarya ya zorlamak ve kişisel gayretlerle temin edebilse bile bazen tebliğ masrafı nerede ise bir pay bedeline ulaşabilmekte olup pay satın alan kişiyi fazladan bu bedeli ödemek zorunda bırakmakta ve ayrıca TMK. 732. maddesi gereği açılan ön alım davalarında depo edilecek bedel yargı yerlerince tebligat yapılmamış ise devir tarihine göre depo ettirildiğinden imkansızlık sebebiyle tebligatı yapamayan yeni malik ülkedeki ekonomik şartlar ve gayrimenkul değerlerindeki yüksek değişkenlikler karşısında ön alım hakkını kullanan paydaş düşük değerden bedel depo ederek yeni malikin zararına haksız olarak zenginleşirken yeni malik ise fakirleşmektedir. Bu da Anayasanın başlangıç hükümlerindeki devletin kişilerin maddi mutluluğunu sağlanması görevine ve adalet anlayışına ve ayrıca 5. maddedeki kişilerin refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak amacıyla ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak görevine aykırıdır.

Ayrıca bu zorunluluk

Anayasanın 17. maddesine göre herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir düzenlemesine yukarıdaki gerekçelerde açıklandığı üzere kişinin maddi varlığını koruma ve geliştirme hakkına engel bir durum yaratmaktadır.

35. maddesine göre Herkes mülkiyet hakkına sahiptir.

2. fıkrasına göre bu haklar ancak kamu yararı amacıyla kanunla kısıtlanabilir.

İptali istenen hüküm bu hakkı kısıtlayan bir hüküm olup, kişiyi neredeyse imkansız bir görevle zorlamada kamu yararı olduğundan söz edilemez.

Yerleşik yargısal uygulamada paylı mülkiyette pay satın alan kişinin bu zorunluluğa katlanması gerektiği düşüncesi öne çıkmış olup bu anlayış hem çok hisseli yerde mülkiyet hakkını kullanamayan ve bu yüzden bu ortaklıktan kurtulmak isteyen paydaşa diğer hissedarların alıcı olmayabileceği veya hakkı kötüye kullanarak düşük değerden almak istemesi bakımından, ve hem de uygun bulunduğu yerde mülk edinmek isteyen alıcı yönünden de anayasaya aykırı bir kısıtlama oluşturmaktadır.

SONUÇ :Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere;

1-Anayasanın 152. maddesi uyarınca davada uygulanacak kural olan;

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 733/3 maddesinin “yapılan satış, alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirilir” yönündeki düzenlemesinin Anayasanın Anayasa'nın başlangıç hükmünün 2. Paragrafı, 6. paragrafı, 2. maddesine, 5. maddesinin “.....kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini , sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleri ile bağdaşmayacak surette sınırlayan,....., ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak”, 17. maddesi 1. Cümlesine, 35. maddesi 1. cümlesine göre “Herkes mülkiyet hakkına sahiptir” cümlesine, 2. fıkrası “bu haklar ancak kamu yararı amacıyla kanunla kısıtlanabilir” şeklindeki cümlesine, aykırı olması nedeni ile, Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, Anayasa Mahkemesinin kararına kadar Anayasa'nın 152. maddesindeki sürede gözetilerek anılan madde uyarınca davanın geri bırakılmasına,

2-4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 733/3 maddesinin “yapılan satış, alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirilir” hükmünün Anayasaya açıkça aykırılığı ve diğer şartları da gözetilerek söz konusu düzenlemenin iptal edilmesi,

3-İnceleme sonuçlanıncaya kadar bu kuralın yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi yönünde talep içerir dosyamız üzerinde verilen karardır.”