

EŞLERDEN BİRİNİN MÜLKİYETİNDEKİ TAPUYA KAYITLI AİLE KONUTU ÜZERİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN MÜLKİYET VEYA SINIRLI AYNI HAK İKTİSABI

*Dr. Özcan GÜNERGÖK**

GİRİŞ

1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesi ile hukukumuzda aile konutu kavramı yasal düzenlemeye konu olmuştur. 3 Aralık 2001 tarihli Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 9. maddesi Türk Medeni Kanununun evliliğin genel hükümlerine ilişkin düzenlemelerinin bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olan evlilikler hakkında da uygulanacağını belirtmiştir. Bundan dolayı aile konutu kavramı sadece 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten sonra kurulmuş evlilik birliklerini değil, yürürlük tarihinden önce kurulmuş evlilikleri de ilgilendirmektedir.

TMK.m.194 –aşağıda inceleneceği üzere- tek başına malik de olsa aile konutu üzerinde eşin tasarrufunu kısıtlamıştır. Tapu sicilinde hakkında aile konutu şerhi bulunmayan konutların satımı halinde alıcılar aradan uzunca süre geçmesine rağmen satım işleminin geçersiz olduğu iddiaları ile karşı karşıya kalabilmektedirler.

TMK.m.1023 maddesi tapu kütüğüne güveni düzenlemektedir. Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya başka bir ayni hak kazanan bir üçüncü kişinin bu kazanımı korunur. TMK.m.194 hükmüne aykırı olarak diğer eşin rızası alınmadan aile konutunun satılması ya da üzerinde bir sınırlı ayni hak tesis edilmesi durumunda TMK.m.1023 uygulama alanı bulacak mıdır? Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 04.10.2006 tarihli kararından sonra bu konu özellikle daha bir önem kazanmıştır.

Bu çalışmamızda TMK.m.194'te düzenlenen aile konutu üzerinde üçüncü kişilerin mülkiyet ya da sınırlı ayni hak iktisabı ele alınacaktır. Çalışmamızın başında aile konutu kavramı ve aile konutu şerhi hakkında bilgiler verildikten sonra, TMK.m.194 hükmü ile getirilen sınırlamalar ve bu sınır-

* İstanbul Barosu Avukatı.

lamaların hukuksal niteliği açıklanacaktır. Bilahare aile konutu üzerinde üçüncü kişilere tapuda hak sağlanması ele alınacaktır. Bu kısımda Yargıtay'ın uygulaması hakkında bilgi verildikten sonra, öğretilerdeki görüşler aktarılacak, akabinde görüşümüz belirtilecektir. Sonuç kısmında ise bu çalışmamızda varılan sonuçlar sıralanacaktır.

I. Aile Konutuna İlişkin Olarak Türk Medeni Kanunun Getirdiği Sistem

1- Aile Konutu Kavramı

Kanunda aile konutunun hukuki durumu düzenlenmekle birlikte, aile konutunun ne olduğu hakkında herhangi bir tanıma yer verilmemiştir.

TMK.m.194'ün gerekçesinde “Aile konutu eşlerin bütün yaşam faaliyetini gerçekleştirdiği, yaşantısını buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır” denmektedir.

Öğretilerde aile konutu “eşlerin evlilik birliğinin devamı sırasında ortak yaşamı sürdürmenin gerekli kıldığı, bir yerde ortak yaşama ihtiyacının giderilmesinde kullanmak üzere, sürekli olarak seçtikleri, kısaca aile yaşamının merkezi haline getirdikleri, konut olarak kullanmaya elverişli taşınır veya taşınmaz yer”¹; “aile içinde eşlerin yaşam merkezi olup, kaybedildiğinde aile birliğini maddi ve manevi yönden sarsacak olan, ailenin ve diğer eşin barınma hakkını kaybedeceği konutlar”²; “Eşlerin beraberce seçmiş oldukları ve varsa çocukları ile birlikte eylemli olarak içinde yaşadıkları ortak konut”³; “sürekli barınma ihtiyacını karşılayan ve ailenin merkezi olan konut”⁴; “eşlerin iradeleri ile sürekli olarak oturmak için tahsis ettikleri, bütün yaşam faa-

1 DURAL Mustafa/ ÖĞÜZ Tufan/ GÜMÜŞ Alper, Türk Özel Hukuku, C. III., Aile Hukuku, İstanbul, 2005, s. 204; BAYGIN, Cem, 4721 Sayılı Yeni Medeni Kanunun Evlenme, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul, 2003, s. 437; HAVUTÇU, Ayşe, Evli Kadının Yerleşim Yeri, DEÜHFD, C. 7, S. 1, yıl: 2005, s. 41.

2 UÇAR, Ayhan, 4721 Sayılı Medeni Kanun İle İhdas Edilen Yeni Bir Müessesesi: Aile Konutu Müessesesi. e-akademi.org, Ocak 2006.

3 AKINTÜRK, Turgut, Aile Hukuku, İstanbul, 2002, C. II, Yenilenmiş 8. bası, s. 114; ACAR, Hakan, Türk Medeni Kanunu m.194 Kapsamında Aile Konutu Üzerinde İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Hak Kazanımı, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, No:45-46, Haziran 2008, s. 9.

4 DOĞAN, Murat, Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessesesi: Aile Konutu, AÜEHFD, 2002, C.VI, S. 1-4, s. 286 (“Aile Konutu” olarak kısaltılacaktır).

liyetlerinin ve ailenin merkezi olan konutlar⁵”; “eşlerin sürekli biçimde evlilik ve aile hayatlarının mekan olarak merkezi olan, ortak yaşadıkları ya da yaşamaları gereken konut⁶”; “eşlerin iradelerine göre, sürekli olarak birlikte oturmak için kullanılan ve belirlendiği üzere kullanılması gereken ortak konut⁷” olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımlarda ortak olan nokta, aile konutunun eşlerin aile yaşamını sürekli olarak geçirdikleri yer olmasıdır.

Aile konutu tektir⁸. Tatil amaçlı kullanılan ikinci konutlar; aile yaşamına hizmet etmeyen, aksine bir mesleğin ya da ticari faaliyetin icrası amacıyla kullanılan konutlar aile konutu sayılmazlar⁹ ¹⁰. Hakim görüş aile konutunun tek olduğu yönünde olmakla birlikte, öğretide istisnai durumlarda (eğitim, sağlık vs. amaçlı olarak) birden fazla konutun aile konutu olarak kabul edilebileceği de savunulmaktadır¹¹.

5 BÜYÜKAY, Yusuf, Yeni Türk Medeni Kanunu'nun 194. Maddesinde Yer Alan Aile Konutuna İlişkin Sınırlamanın Hukuki Niteliği, e-akademi.org, Eylül 2006.

6 WEBER, Roger, Der zivilrechtliche Schutz der Familienwohnung, AJP/PJA 2004, s. 30.

7 HAUSHEER, Heinz/ REUSSER, Ruth/ GEISER, Thomas, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band II, 1. Abteilung, Das Eherecht, 2. Teilband, Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen Art. 159-180 ZGB, Bern, 1999, s. 376.

8 BÜYÜKAY, e-akademi.org, Eylül 2006; WEBER, s. 30; DOĞAN, Murat, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, Ankara 2004, s. 87 (“Tasarruf Yetkisi Kısıtlaması” olarak kısaltılacaktır); GÜMÜŞ, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul 2008, s.67, 109; KAMANCI, Mahmut, “Aile Konutu ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla İlgili Tasarruflarına Karşı Diğer Eşin Katılma Hakkı”, Y.D., 2004, S. 1-2, s.117.

9 WEBER, s. 30.

10 “Aile Konutu, eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği ve düzenli yerleşim amacıyla kullandıkları mekanları ifade ettiğinden, zaman zaman ya da hafta sonu kullanmak amacıyla edinilen yazlık konut, dağ evi gibi konutlar Türk Medeni Kanununun 194 üncü maddesi kapsamına girmediğinden, bu yönde gelecek taleplerin karşılanmaması” demek suretiyle TC. Başbakanlık Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 01.06.2002 tarih ve 2002/7 sayılı Genelgesinde de bu esas benimsenmiştir.

11 ŞİPKA, Şükran, Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK.m.194), 2. Bası, İstanbul 2004, s. 83 vd. Yazara göre, ikincil konutlar eğer aileye ya da eşlerden birine meslek, sağlık, okul gibi yaşamsal önem doğuran bir yerleşim yeri sağlıyorsa, istisnai olarak bu konut da, asıl aile konutunun yanında TMK.m.194 hükmünün korumasından yararlanabilecektir (s. 87). Bu görüş eleştirilmekte, istisnai durumlarda, örneğin eğitim ve sağlık gibi, birden fazla konutun aile konutu sayılabilemesinin kabul edilmesinin, özellikle malik eş açısından asla kabul edilemeyecek sonuçlara yol açabileceği ifade edilmektedir (BÜYÜKAY, e-akademi.org, Eylül 2006). Yazar, bu görüşün kabulü halinde eşlerin bizzat yaşamlarını devam ettirdikleri eve ilave olarak, eğitim nedeniyle başka

Ailenin birden fazla konuta sahip olması ve bunlardan hangisinin aile konutu olduğu hususunda belirsizliğin söz konusu olduğu durumlarda, aile konutunun belirlenmesinde, eşlerin sosyal faaliyetlerinin yoğunlaştığı yer, eşlerin ikametgâhı, çocukların eğitim gördükleri yer vb. gibi kriterler esas alınarak bir sonuca varılmalıdır¹².

Bir konutun aile konutu olarak sayılabilmesi için, bunun tapuya kayıtlı olup olmadığına bir önemi yoktur¹³. Karavan örneğinde olduğu gibi aile konutu bir taşınır da olabilir¹⁴.

Bir taşınmazın Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce alınıp alınmadığı, hakkında aile konutu rejiminin uygulanması bakımından önemli değildir. Taşınmazın iktisap tarihine bakılmaksızın aile konutu koşullarını taşıyan her taşınmaz hakkında TMK.m.194 hükmü uygulanacaktır¹⁵.

2- Aile Konutu Şerhi

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile hukukumuza giren yeniliklerden biri de “Aile Konutu Şerhi”dir. TMK.m.194/f.3 hükmüne göre, “Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebilir”. Bu hüküm malik olmayan eş diğer eşin rızasına ihtiyaç olmaksızın tapu kütüğünde taşınmazın aile konutu olduğuna dair şerh konulmasını isteme hakkı sunmaktadır.

Aile konutuna ilişkin TMK.m.194 hükmü, İsviçre Medeni Kanununun 169. maddesi esas alınarak hazırlanmış olmakla birlikte, mehzadan farklı

bir şehirde bulunan çocuklarının oturduğu ev ve aile fertlerinden birinin tedavisi için zaman zaman kullanılan evin de aile konutu sayılabileceğini ve bu istisnai durumların hiç bitmeyeceğini, oysa düzenlemenin amacının, malik olmayan eşin ve çocukların korunması, onların rahatça barınmalarının sağlanması olduğunu, Kanunun amacının, malik olan eşin tasarruf yetkilerinin bütünüyle sınırlandırılması olmadığını, aile konutunda teklik ilkesinin kabul edilmemesi durumunda, konut sayısının sınırlandırılmasında zorluklar ortaya çıkabileceğini, üçüncü veya dördüncü konutların da aile konutu sayılmalarının mümkün olabileceğini görüşüne gerekçe olarak göstermektedir. Biz de, bu gerekçelere katılıyor ve aile konutunun tek olması gerektiğini düşünüyoruz.

¹² BÜYÜKAY, e-akademi.org, Eylül 2006.

¹³ Yarg. 2. HD., 03.05.2005 T., 2005/4553 E.-2005/7237 K. s.lı ilamı (www.kazanci.com.tr).

¹⁴ GÜMÜŞ, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 67.

¹⁵ Yarg. 2. HD. 03.05.2005 T., 2005/2547-2005/7234; Yarg. HGK., 04.10.2006 T., 2006/2-591 E.-2006/624 K. sayılı kararları.

olarak aile konutu şerhi tamamen hukukumuzda has olarak Türk Medeni Kanununa konmuştur.

Aile konutu şerhinin nasıl uygulanacağına ilişkin düzenleme, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesi nedeniyle T.C. Başbakanlık Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü tarafından çıkarılan 01.06.2002 tarih ve 2002/7 sayılı Genelgede yer almaktadır. Bu genelgeye göre; malik olmayan eş evlilik birliğinin resmen devam ettiğini kanıtlayan nüfus kayıt örneği ile, bu konutta birlikte yaşantılarını sürdürdüklerini kanıtlayan muhtarlıktan alınmış belgeyi tapu sicil müdürlüğüne ibraz ettiği takdirde “Aile Konutudur” şerhi tapu kütüğüne işlenecektir. Taşınmaz mal maliki olan eşin ya da eşlerden her ikisinin birlikte talep etmesi halinde, evlilik cüzdanı veya nüfus kayıt örneğinin ibrazı yeterlidir. Bu halde başkaca bir belge aranmaksızın “aile konutudur” şerhi işlenecektir¹⁶.

Mevcut aile konutu şerhinin terkinine ilişkin olarak 2002/7 sayılı genelgeye göre, şerh malik olmayan eşin talebiyle işlenmiş ise, yine malik olmayan eşin talebiyle terkin edilir. Şerh her iki eşin birlikte talebiyle işlenmiş ise, terkin için her ikisinin de talebi aranır. Eşlerin birlikte malik olduğu paylı taşınmaz mallarda şerh eşlerden birinin talebiyle işlenmiş ise; şerhi işlettiren eşin talebiyle, malik olan eşin talebiyle şerh verilmiş ise malik olmayan eşin de talep ya da muvafakatiyle terkin işlemi gerçekleştirilir. Ancak malik olmayan eşin ya da eşlerin birlikte malik olduğu paylı taşınmaz mal-

¹⁶ Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 2002/7 nolu genelgesiyle, malik olmayan eşin talebi yanında, “taşınmaz mal maliki olan eşin ya da eşlerden her ikisinin birlikte talebiyle de bu şerhin gerçekleştirilebilmesinin mümkün görülmesi eleştirilmiştir (GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler, Birinci Basıdan İkinci Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 55 (Şerhler olarak kısaltılacaktır). Yazara göre, Kanunun lafzından hareket edildiğinde TMK.m.194/f. 3 şerh talep yetkisini malik olmayan eşe tanımıştır. Kanunun bu ifadesi karşısında bir genelge ile aile konutu olarak özgülünen konutun maliki olan eşe de bu olanağı tanımak mümkün olmasa gerektir. Malik olan eşin, işlem tarafı olan üçüncü kişiye yönelik işlem konusu taşınmazın aile konutu olduğuna dair aydınlatma yükümünden kaynaklanan akdi sorumluluğunun giderilmesi kapsamında, malik olan eşe de böyle bir şerh olanağının tanınması, olması gereken hukuk bakımından uygun bir sonuç olabilir. Ancak mevcut hukuk bakımından mülkiyet sahibi eşin böyle bir şerh talebi olanağı bulunmamaktadır (GÜMÜŞ, Şerhler, s. 55). Kanunimizce, TMK.m.194/f.3'ün aile konutu olarak özgülünen taşınmazın maliki olmayan eşin tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebilmesi şeklindeki düzenlemeden, malik olan eşin şerhi talep edemeyeceği sonucuna varılamaz. Lafza göre yapılacak yorumla, sanki sadece malik olmayan eşin şerhin verilmesini isteyebileceği düşünülebilirse de, kanunun amacının malik olmayan eşin, taşınmaz malikinin onayı gerekmeksizin şerh verilmesini isteyebilmesini temin etmek olduğu açıktır. Bu nedenle kanunun amacı dikkate alınarak, malik olmayan eşin de aile konutu şerhi verilmesini isteyebilmesinde bir engel olmadığını düşünmekteyiz.

larda şerh talebinde bulunan eşin ölümü ya da bu konuda alınmış mahkeme kararının ibrazı halinde diğer eşin tek taraflı talebiyle de terkin işlemi gerçekleştirilmelidir.

Aile konutu şerhi eşlerden herhangi birinin tek taraflı talebiyle işlenmiş ise, TMK.m.1019 gereğince malik olan eşe durum tebliğ edilmelidir. TMK.m.1019 hükmüne göre, tapu memuru, ilgililerin bilgisi dışında yapmış olduğu işlemleri onlara tebliğ etmekle yükümlüdür. İlgililerin bu işlemlere karşı itiraz süresi, kendilerine yapılan tebliğ tarihinden itibaren başlar.

Genelgeye göre, üzerinde “aile konutudur” şerhi bulunan taşınmazlarda eşlerin rızaları alınmadıkça tapu kütüğü üzerinde tasarruf işlemleri yapılmayacaktır.

Bir konutun aile konutu olarak sayılması, onun aile konutu olarak şerh edilmiş olmasına bağlı değildir. Yani, aile konutu şerhi kurucu özellikte olmayıp, açıklayıcı mahiyettedir^{17 18}. Bu şerh ile eşler bir taşınmazı fiilen ortak yaşamın merkezi haline getirdiklerini üçüncü kişilere duyurmaktadırlar¹⁹. Bu nedenle, tapuda aile konutu şerhi konulmamış olsa da, fiilen aile konutu olarak tahsis edilmiş konut TMK.m.194 hükmüne tabi olacaktır.

Aile konutu şerhinin gerçek anlamda bir şerh olmadığı, burada bir “beyan” söz konusu olduğu, aile konutu üzerindeki bazı işlemlerin yapılmasına getirilen sınırlamaların doğrudan doğruya kanundan doğduğu da savunulmaktadır²⁰.

3- Aile Konutuna İlişkin Getirilen Sınırlamalar

TMK.m.194/f.1 hükmüne göre, eşlerden biri diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz.

17 GÜMÜŞ, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 91.

18 “Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş tarafından tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesi istenilmemiş olsa bile işlem tarafı iyiniyetli üçüncü kişinin aynı hak kazanımı 4721 sayılı TMK'nın 1023. maddesi hükmü ile korunmuştur. Şerhin etkisi ise eşin rızası alınmadan gerçekleştirilen kazandırıcı işlemlerin üçüncü kişinin iyiniyetine rağmen geçersiz sayılacağına yöneliktir” (Yarg. HGK., 04.10.2006 T., 2006/2-591 E.-2006/624 K. s.lı kararı), (www.kazanci.com.tr).

19 GÜMÜŞ, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 91-92.

20 HATEMİ, Hüseyin, Aile Hukuku I (Evlilik Hukuku), İstanbul 2005, s. 78.

Aile konutuna ilişkin getirilen sınırlamalar hukuksal işlemlere ilişkindir²¹. Kanunun bu formülü fiili veya pasif davranışları kapsam dışı bırakmaktadır²². Örnek vermek gerekirse, hak sahibi eş konutta tadilat yapmak, binayı bağımsız bölümlere ayırmak gibi fiili davranışları için diğer eşin muvafakatini sağlamak zorunda değildir. Bu tarz işlemlerden aile konutu zarar görse dahi, TMK.m.194 hükmü burada uygulama alanı bulamayacaktır²³. Kanunda sayılan hukuksal işlemler tasarruf işlemleridir. Mülkiyeti devretme veya sınırlı ayni hak kurma işlemlerinin tasarruf işlemi olduğunda duraksama yoktur. Kira sözleşmesinin feshi işlemi de sonucu bakımından geniş anlamda tasarruf işlemi olarak görülmelidir²⁴.

Aile konutu olarak özgülünen taşınmazın maliki olan eş, diğer eşin açık rızası olmaksızın kira sözleşmesini feshedemez. Kira sözleşmesinin feshinin yanı sıra, kira sözleşmesinin devri, alt kira sözleşmesi kurulması, tapu kütüğünde kayıtlı kira sözleşmesinin terkinde diğer eşin rızasına bağlıdır²⁵.

TMK.m.194 gereğince, aile konutu olarak özgülünen taşınmazın maliki olan eş, diğer eşin rızası olmaksızın konutu devredemez. Konutu devretmekten kasıt, taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının devredilmesidir. Bu anlamda mülkiyetin devrine yönelmiş olan her türlü hukuki işlem diğer eşin rızasını gerektirir. Satış, bağışlama, trampa, bir ortaklığa sermaye olarak koyma vs. arasında diğer eşin rızasının aranması bakımından herhangi bir fark bulunmamaktadır²⁶.

TMK.m.194 kapsamına giren mülkiyetin devrine yönelik işlemler hak sahibi eşin iradesine dayanan işlemlerdir. Onun iradesi dışında gerçekleşen olaylar kapsam dışıdır. TMK.m.194 hükmü aile konutunun icra yolu ile satılmasına ya da kamulaştırma suretiyle mülkiyetin kaybına engel teşkil etmez²⁷.

21 BRAEM/HASENBOEHLER, N. 47.

22 BRAEM/HASENBOEHLER, N. 46.

23 ŞIPKA, s. 116.

24 HATEMİ, s. 77-78. "Harcama işlemlerini: "Bir hakkı başka bir malvarlığına aktaran, bir hakkı ortadan kaldıran, bir hakkı sınırlı ayni hak ile kayıtlayan işlemler" olarak tanımlıyoruz. Kira sözleşmesinin feshi ve sonuçta konutun tahliyesi ile, zilyetliğin sağlandığı nisbi hak güçlenmesinden feragat edilmiş olmaktadır (Hakka son verme)" (s. 78).

25 BRAEM/HASENBOEHLER, Art. 168, N. 49; Botschaft 217.221.

26 BRAEM/HASENBOEHLER, N. 51.

27 HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169, N. 35.

Hak sahibi olan eşin TMK.m.194 kapsamına giren mülkiyeti devir borcu doğuran işlemleri sağlar arası işlemlerdir. Kanunun bu hükmü malik olan eşin ölüme bağlı tasarruf özgürlüğüne herhangi bir kısıtlama getirmemektedir²⁸.

TMK.m.194/f. 1’de diğer eşin rızası olmaksızın kira sözleşmesinin feshedilemeyeceğini ve aile konutunun devredilemeyeceğini belirttikten sonra, son olarak aile konutu üzerindeki hakların sınırlanamayacağını da düzenlemiştir. Diğer eşin rızası olmaksızın sınırlanamayacak olan aile konutu üzerindeki hakların neler olduğu Kanunda sayma suretiyle gösterilmemiştir. Bu nedenle bunların hangi haklar olduğu incelenmelidir.

Mehaz Kanunda (sadece diğer eşin açık rızasıyla) “başkaca hukuki işlemlerle aile konutu üzerindeki hakları sınırlayabilir” (durch andere Rechtsgeschäfte die Rechte an den Wohnraeumen der Familie beschaenken) ifadesi kullanılmıştır.

Kanun genel kloz tarzında formül getirmiştir. Kanunun bilinçli şekilde açıkça seçtiği bu formül aile konutu korumasının geniş bir temele yayılmasını mümkün kılmaktadır²⁹. Aile konutu üzerindeki hakları sınırlayan işlemlerin ne olduğunun somutlaştırılması normun amacından çıkarılabilecektir. Aile konutunun kullanımına devamı imkansız kılan ya da önemli ölçüde zarar veren hak sahibi eşin tek başına yaptığı her işlemde diğer eşin rızasının aranması gerektiği söylenebilecektir³⁰.

Bir hakkın diğer eşin rızasına bağlı olup olmadığı hususunda belirleyici olan, hak sahibi olan eşin yapmak istediği işlemin aile konutu kullanımını engellemesi ya da önemli ölçüde güçleştirmesidir. Burada bir aynı hak mı yoksa nisbi hak mı söz konusu olduğu hiçbir şekilde rol oynamaz³¹.

Hak sahibi olan eş diğer eşin rızası olmaksızın aile konutu üzerinde oturma hakkı ya da intifa hakkı tesis edemez. Hak sahibi olan eşin diğer eşin rızası olmaksızın aile konutu üzerinde bu tarz hakları tesis edebilmesi halinde, aile konutu ile getirilen koruma düşüncesi temelsiz kalacaktır.

28 HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169, N. 36; BRAEM/HASENBOEHLER, Art. 169, N. 47; ŞIPKA, s. 119.

29 BRAEM/HASENBOEHLER, N. 52.

30 HASENBOEHLER, Franz, Verfügungsbeschaenkungen zum Schutze eines Ehegatten, BJM 1986, s. 71).

31 GROSSEN, Jaques-Michel, Le statut patrimonial de base. Les effets generaux du mariage, in: Le nouveau droit du mariage, Lausanne 1986, s. 23 (BRAEM/HASENBOEHLER, N. 52’den naklen).

Üzerinde aile konutunun bulunduğu arazi veya tesiste üçüncü kişi lehine süreli veya süresiz bir üst hakkı tanınması durumunda da diğer eşin rızası aranması amaca uygun olacaktır³². Üçüncü kişiye tanınacak olan üst hakkı aile konutunun dışındaki bir kısma ilişkin ise ve tesis edilmek istenen hakka rağmen diğer eş aile konutu üzerindeki kullanma imkanını önemli ölçüde koruyabiliyor ise TMK.m.194 uygulama alanı bulmaz, hak sahibi olan eş diğer eşin rızası olmaksızın bu işlemi gerçekleştirebilir³³.

Belçika ve Fransız Hukuklarında aile konutu üzerinde ipotek tesisi açıkça diğer eşin rızasına bağlanmıştır (Belçika MK.m.215; Fransız MK.m.215). Aynı açıklık İsviçre ve Türk Hukukunda mevcut değildir. Bu da beraberinde tartışmaları getirmektedir. İsviçre Hukukunda ve Türk Hukukunda tartışmalıdır³⁴. Belçika ve Fransız Hukuklarındaki düzenleme örnek gösterilerek İsviçre Hukukunda da ipotek işleminin diğer eşin rızasına bağlı olması gerektiği savunulmuştur³⁵. İpotek işleminde aile konutu için tehlike potansiyeli bulunduğu, ancak bu tehlike potansiyelinin her zaman eşit ağırlıkta olmadığı, ipotek işleminin prensip olarak diğer eşin rızasına tabi olduğunu söylemenin orantısız olacağı, ipoteğin diğer eşin açık rızasına tabi olmasının ana kural olmadığı, bunun istisnai durumlarda söz konusu olacağı belirtilerek, istisnai bir durum söz konusu olduğunda ve aile konutu için ciddi bir risk bulunduğu, konutu kaybetme riski bulunan eşin rızasının alınmasının nesnel olarak haklı görülebileceği de İsviçre öğretisinde savunulan görüşler arasındadır³⁶. Bir görüşe göre, tapu memuru aile konutunda diğer eşin oturma hakkının ileride ciddi bir tehlikeye maruz kalıp kalmayacağını değerlendirmelidir. Bu değerlendirme sonucunda tehlikenin varlığına kanaat getirilmesi halinde diğer eşin rızasının aranması gerekir³⁷. İsviçre Federal Mahkemesi bazı istisnai hallerde, somut olayın özellikleri de dikkate alınarak ipotek işlemlerinde diğer eşin rızasının aranabileceği görüşündedir³⁸.

32 ŞİPKA, s. 124.

33 GÜMÜŞ, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 77. Aile konutu üzerinde hak sahibi eşin hakkının sınırlı aynı bir hakka dayanması durumunda, bu haktan feragat etmenin ya da bu hakkı başkasına devretmenin de, diğer eşin rızasına tabi olduğu ifade edilmektedir (ŞİPKA, s. 129).

34 Bu tartışmalar için bkz. ŞİPKA, s. 124 vd.

35 GROSSEN, s. 23 (ŞİPKA, s. 125'ten naklen).

36 BRAEM/HASENBOEHLER, N. 56.

37 HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169, N. 46, 46 a.

38 BGE 118 II 489.

Türk Hukukunda bir görüşe göre, ülkemizin ekonomik şartları nedeniyle her tür ipoteğin aile konutunun kaybedilmesi konusunda ciddi bir tehlike olduğu yadsınamayacağından, ayrıca diğer eşin rızasının aranmaması durumunda hak sahibi eş tarafından kötüniyetli ve muvazaalı işlemler ile aile konutunun bu yolla elden çıkarılması tehlikesinin bulunması nedeniyle, daha işlem yapılırken diğer eşin rızası aranmalıdır³⁹. İpotek hakkının mutlak surette diğer eşin rızasına tabi olduğu da savunulmaktadır⁴⁰.

Üçüncü kişiye koşulsuz bir alım hakkı tanınması halinde diğer eşin rızasının alınması şarttır⁴¹.

4- Aile Konutuna İlişkin Sınırlamaların Hukuksal Niteliği

TMK.m.194 hükmü ile getirilen sınırlamaların hukuksal niteliği tartışmalıdır. Tartışmalarda eşlerin fiil ehliyetinin sınırlandığı, bunun bir katılma hakkı olduğu, kanundan doğan bir sınırlama olduğu ve tasarruf yetkisi sınırlaması olduğu yönünde görüşler mevcuttur.

Hak sahibi olan eşin aile konutu üzerinde işlem özgürlüğünü kısıtlayan Art. 169 ZGB hükmünün eşin fiil ehliyetini sınırladığı görüşü savunulmaktadır⁴². Art 168 ZGB (TMK.m.193) hükmünün kanunda aksi düzenlenmedikçe eşlerden her birinin diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilmesini düzenlemesi, bunun akabinde bir sonraki maddede (Art. 169 ZGB/TMK.m.194) aile konutu sınırlamasına yer verilmesi birlikte değerlendirilerek, aile konutuna ilişkin sınırlamanın eşlerin hukuki işlem yapma özgürlüğünü sınırladığı ifade edilmektedir⁴³. Aile konutuna ilişkin düzenleme-

³⁹ ŞIPKA, s. 127. Yazar, Fransız ve Belçika Medeni Kanunlarındaki düzenlemelerin kendi fikrini destekleyici örnekler olduğunu, ayrıca işlem yapan eşin aile konutu için ciddi bir tehlike doğurmadığı ve diğer eşin haklı bir sebep olmaksızın rızasını açıklamaktan kaçındığını iddia ederek, her zaman TMK.m.194/III kapsamında hakime başvurabileceğini belirtmektedir (. 126-127).

⁴⁰ GÜMÜŞ, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 77. Yazar, aksi görüşün kabulü halinde de, ciddi tehlikeye ilişkin değerlendirmenin tapu memuruna bırakılmaması gerektiğini ifade etmektedir (s. 77).

⁴¹ BRAEM/HASENBOEHLER, N. 52.

⁴² GROSSEN, s. 106 (ŞIPKA, s.39, dn. 131'den naklen); HEGNAUER/BREITSCHMID, Art. 169, N. 17; ZOBL, Dieter, Die Auswirkungen des neuen Eherechts auf das Immobiliarsachenrecht, SJZ, 1988, s. 132, 134.

⁴³ BRAEM/HASENBOEHLER, Art. 169, N. 11. Aile konutuna ilişkin düzenlemenin eşlerin fiil ehliyetine yönelik sınırlama olduğu görüşü İsviçre'de baskın görüştür (N. 11).

nin eşlerin fiil ehliyetini sınırladığı görüşünün kabulü halinde, hem borçlandırıcı işlem, hem de tasarruf işlemi geçersiz sayılacaktır.

Bir görüş yasakoyucunun eşlerin ve onlarla hukuki işlemler kuran üçüncü kişilerin serbest davranış alanını gereğinden fazla sınırlamak istememesinden hareketle, aile konutuna ilişkin düzenlemeyi bir tasarruf sınırlaması olarak görmekte⁴⁴. Aile konutuna ilişkin sınırlama tasarruf yetkisi sınırlaması olarak görüldüğü takdirde, sadece tasarruf işlemi geçersiz sayılırken, tasarruf işleminin dayanağı olan borçlandırıcı işlem hukuken geçerli olarak kurulmuş olacaktır. Tasarruf yetkisindeki geçersizlik butlan benzeri kendine özgü bir hükümsüzlük olarak değerlendirilmektedir⁴⁵.

Başka bir görüşe göre ise, aile konutuna ilişkin düzenlemenin bir tasarruf sınırlaması mı yoksa fiil ehliyeti sınırlaması mı olduğu sorusunun ortaya atılması isabetli değildir. Burada kamusal ya da özel çıkarlardan dolayı hukuki işlemlerin meydana gelmesinin bazı ilgili kişilerin katılımına veya rızasına bağlanması söz konusudur. Bu tarz normlar fiil ehliyetini ya da tasarruf yetkisini sınırlayan normlardan farklı bir düzlemde⁴⁶. Aile konutu yasakoyucu tarafından evlilik birliği için vazgeçilmez bir malvarlığı olarak görülmüştür. Bu nedenle aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşe bir katılım hakkı tanınmakta ve o, konut üzerinde kanundan doğan bir nevi birlikte hak sahibi sayılmaktadır⁴⁷. Bu görüşe göre de, katılma hakkı olan eşin rızasının alınmamış olması hem borçlandırıcı işlemin, hem de tasarruf işleminin geçersizliği sonucunu doğuracaktır⁴⁸. Diğer eşin rızasının alınmamış olması nedeniyle yapılan satış işlemine rağmen intikalin gerçekleşmemesinden dolayı, işlemin karşı tarafı aile konutu hakkında kendisinin bilgilendi-

44 HAUSHEER/REUSSER/GEISSER, Art. 169, N. 37 ve 38; GÜMÜŞ, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 82; DOĞAN, Tasarruf Yetkisi Sınırlaması, s. 109; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2006, s. 215; ERTAŞ, Şeref, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004, s. 193..

45 GÜMÜŞ, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 82. Örneğin aile konutunun satımına ilişkin tapuda yapılan sözleşme geçerli olacak, ancak satıcı eşin tek taraflı tescil talebine bağlı olarak gerçekleştirilecek olan tescil, diğer eşin rızası olmaması nedeniyle tasarruf yetkisi eksikliğinden dolayı mülkiyetin intikalini sağlamayacak, alıcı adına yapılan tescil yolsuz tescil oluşturacaktır (s. 82-83).

46 PIOTET, Paul, La nature des regles protegant le logement familial suisse, in: FS, H. GIGER, Bern 1989, s. 547 vd. (BRAEM/HASENBOEHLER, Art. 169, N. 13'ten naklen); ŞİPKA, s.41

47 ŞİPKA, s. 51.

48 ŞİPKA, s. 53.

rilmemiş olması nedeniyle hak sahibi olan eşin culpa in contrahendo sorumluluğu yoluna gidebilecektir⁴⁹.

Aile konutu hakkında getirilen sınırlamanın sözleşme özgürlüğünün kanundan doğan bir sınırlaması olduğu da savunulmaktadır⁵⁰.

II- Diğer Eşin Rızası Alınmaksızın Aile Konutunun Devri Ya Da Aile Konutu Üzerindeki Hakların Sınırlandırılmasında Üçüncü Kişilerin İyiniyetinin Korunup Korunmayacağı

1- Genel Olarak

Hak sahibi olan eşin, diğer eşin rızasını almaksızın kanunun yasakladığı işlemlerden birini gerçekleştirilmesi durumunda yapılan işlem geçersizdir. Diğer eş rızasını açıklayana kadar işlem askıda hükümsüzdür. Rızanın daha sonra elde edilmesi durumunda askıda hükümsüzlük sona erer ve verilen icazetle işlem geçerlilik kazanır. Aile konutu üzerinde yapılan işlemin konusunun mülkiyetin devri ya da bir sınırlı aynı hak tesisi olması durumunda tapu sicilinin aleniyeti ekseninde bazı tartışmalar söz konusu olabilecektir.

Burada öncelikle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2006 yılında vermiş olduğu karara değinilecek, daha sonra öğretilerdeki görüşler aktarılacak, nihayetinde kanaatimiz açıklanacaktır.

2- Yargıtay'ın Uygulaması

Yargıtay 1. HD. bir boşanma davası sırasında hak sahibi eş tarafından satılan taşınmazın tahliye edilmemesi nedeniyle, malik olmayan eşe karşı açılan el atmanın önlenmesi davasında, aile konutunun iyiniyetle iktisabının mümkün olmayacağı yollu yerel mahkeme kararını gerek davacının mülkiyet hakkına değer verme, gerekse davalının muvazaa iddialarının incelenmesi gerektiği gerekçesiyle bozmuştur⁵¹. Her ne kadar bahsi geçen kararda

⁴⁹ DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005, s. 211.

⁵⁰ KILIÇOĞLU, Ahmet, Medeni Kanunu'muzun Aile-Miras ve Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler, 2. bası, Ankara 2004, s. 40 ("Yenilikler" olarak kısaltılacaktır); KILIÇOĞLU, Ahmet, Türk Medeni Kanununda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002, s. 5 (Diğer Eşin Rızası" olarak kısaltılacaktır).

⁵¹ "Davacı, davalı Mustafa'dan 7.1.2005 tarihinde satın alarak kayden maliki olduğu 206 ada 40 parsel 4.kat 6 nolu dairenin, tahliye taahhüdüne rağmen, halen davalılar tarafından işgal edildiğini ileri sürüp; elatmanın önlenmesi ve ecrimisil isteğinde bulunmuştur.

iyiniyetle iktisap tartışmalarına girilmemiş ise de, bir yandan davacıların mülkiyet hakkına değer verilmesi gerektiğine, öte yandan muvazaalı iddialarının da araştırılmasının zorunlu olduğuna işaret edilmiş olması, Yarg. 1.

Davalı Mustafa, çekişmeli taşınmazı davacıya sattığını, tahliye taahhüdünü süresinin sona ermesinden önce yerine getirdiğini ve evden ayrılmış olduğunu, halen dava konusu dairede, aralarındaki boşanma davası devam eden diğer davalı eşi Meryem'in oturduğunu belirtip, davanın reddini savunmuştur.

Diğer davalı Meryem, davacı ve diğer davalı eşi Mustafa arasında muvazaalı temlik yapıldığını, dava konusu dairenin aile konutu olup, füzuli şağil olmadığını beyan ederek, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, dava konusu dairenin aile konutuna özgü olduğu ve Türk Medeni Kanununun 194/1 maddesi karşısında izinsiz devredilemeyeceği, tapu kaydında şerh bulunmasa dahi Türk Medeni Kanununun 2. maddesi gereğince bu niteliği taşıyan evin davacı tarafından iyiniyetle kazanıldığı sonucuna varılamayacağı; çekişmeli yerde davalı Meryem'in çocuklarıyla birlikte kaldığı, davalı Mustafa'nın ise boşanma davasıyla birlikte evi terk ettiği, ancak infak, işe ve bakım yükümlülüğünün devam ettiği gerekçesiyle; elatmanın önlenmesi davasının her iki davalı yönünden de reddine, ecrimisil bakımından ise, davalı Meryem hakkındaki davanın reddine, davalı Mustafa yönünden kısmen kabule karar verilmiştir.

(...) Toplanan delillerden ve tüm dosya içeriğinden, çekişmeli kat mülkiyeti kurulu 40 parsel sayılı taşınmazdaki 6 numaralı bağımsız bölümü davacının, davalı Mustafa'dan satın alım yolu ile 7.1.2005 tarihinde edindiği, önceki malik Mustafa'nın Kadıköy 2. Noterliğinde düzenlenen belge ile bağımsız bölümü 10.4.2005 tarihinde boşaltmayı taahhüt ettiği, halen bu yerde davalı Meryem'in çocukları ile birlikte oturduğu ve adı geçen davalının, çekişmeli yerin aile konutu niteliği taşıdığı, eşi tarafından davacıya satışının muvazaalı olduğu yolunda savunma getirdiği anlaşılmaktadır.

Bilindiği ve Türk Medeni Yasasının 683. maddesinde düzenlendiği üzere, bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.

Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir.

Öte yandan, Türk Medeni Yasasının 194. maddesinde aile konutu ile ilgili hükümler getirilmiştir. 194. maddesinin gerekçesinde yapılan tanımlamadan da anlaşılacağı üzere aile konutu, eşlerin ve varsa çocuklarının bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır.

Bu durumda, davacının mülkiyet hakkına değer verme yanında, davalının taşınmazın aile konutu olduğu ve davacıya muvazaalı biçimde temlik edildiği savunmasının irdelenmesinde zorunluluk vardır.

Hal böyle olunca, davalı Meryem'e, çekişmeli taşınmaz bakımından aile konutundan kaynaklanan haklarını kullanması ve bu yönde dava açması için önel verilmesi açıldığı taktirde sonucunun belirlenmesi ve varılacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, mülkiyet hakkını bertaraf eder nitelikte yazılı biçimde hüküm kurulması doğru değildir" (Yarg. 1. HD. 09.11.2006 T., 2006/8764 E.-2006/10972 K. -İBD, C. 81, S. 3, Yıl 2007, s. 1153 vd.-).

HD.'nin TMK.m.194 hükmünü diğer eşin rızasının alınmadığı hallerde işlem tarafı olan alıcılara mülkiyet hakkının hiçbir şekilde geçmeyeceği şeklinde algılamadığını açıkça ortaya koymaktadır. Bunun doğal sonucu olarak, işlemin muvazaalı olmadığı hallerde, mülkiyetin devrinin gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit bakımından işlem tarafının iyiniyetli olup olmadığının araştırılması gerekecektir.

Yargıtay 2. HD. önüne gelen bir olayda aile konutunu satın alan alıcıların satıma konu taşınmazın aile konutu olduğunu bildiği gerekçesiyle, davacı eşin açtığı tapu iptali ve tescil davasının kabul edilmesi gerektiğine karar vermiş ve TMK.m.194'te öngörülen aile konutu şerhini tasarruf sınırlaması şerhi olarak gören ve bu şerhin kurucu şerh olduğunu, bu nedenle şerh bulunmayan hallerde üçüncü kişilerin iyiniyetli olup olmadığına da bakılmaksızın devri geçerli görerek davayı reddeden ilk derece mahkemesinin kararını⁵² bozmuştur⁵³. Yargıtay 2. HD.'nin bahse konu kararından, aile konutu

52 Sivas Aile Mahkemesi, 28.10.2004 gün ve 609-1142 sayılı kararı. Davacı, üzerinde aile konutu şerhi bulunmayan dava konusu meskenin, tapuda kayden malik olan eşi tarafından, kendisinin rızası alınmadan davalılara satıldığını, dava konusu meskenin 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 194. maddesinde ifadesini bulan aile konutu olduğunu ileri sürerek; davalılar üzerinde bulunan tapu kaydının iptali ile eşi adına tesciline ve tapu kütüğüne taşınmazın aile konutu olduğuna ilişkin şerh konulmasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalılar; 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun satıştan altı ay sonra yürürlüğe girdiğini, bu itibarla geçmişe etkili olamayacağını savunarak, davanın reddine karar verilmesini cevaben bildirmişlerdir. Mahkemece, "davanın kabulüne" dair verilen ilk karar; Yarg. 2. HD tarafından "hususetin malik eşe de yöneltilmesi gereğine" işaretle bozulmuştur. Bu karar üzerine yerel mahkeme bozma kararına uymuş ve yapılan yargılama sonucunda, davalıların tapu kaydına güvenle, aile konutu olduğunu bilmeden taşınmazı satın aldıkları ve meskenin davacı eşin rızası hilafına satıldığını bilmedikleri gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

53 "4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe girmiş, yeni kanunda 194, 240, 254, 279 ve 652. maddelerde "aile konutu" adı altında yeni bir hukuki kavram getirmiştir. Türk Medeni Kanununun 194/1. maddesi " eşlerden biri diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez; aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki haklarını sınırlandıramayacağını " hükmüne bağlamıştır. Bu düzenleme ile Tapu Sicilinde konutun maliki olarak gözüken eşin, hukuki işlem özgürlüğü diğer eşin katılımına onamına bağlanmıştır. Amaç aile konutunun ve bu konutla ilgili kanuni hakları koruma altına almaktır. Bu koruma evlilik birliği devam ettiğine göre 4721 sayılı kanunun yürürlüğe girişi 1.1.2002'den önceki edinilmiş aile konutları içinde geçerlidir. Toplanan delillerden dava konusu taşınmazın eşler tarafından kendilerine aile konutu olarak özgülendikleri tartışmasızdır. Davalılar Harun ve Hadi'nin taşınmazı satın alırken bu yerin aile konutu olduğunu ve davacının da satışa rızasının bulunmadığını bildikleri sabittir. Türk Medeni Kanununun 1023. maddesi koşulları da gerçekleşmemiştir. Bu açıklamalar karşısında davanın kabulü gerekirken yazılı şekilde reddi uygun görülmemiştir" (Yarg. 2. HD. 03.05.2005 T., 2005/2547-2005/7234), (www.kazanci.com.tr).

şerhi konulmamış bulunan hallerde, alıcıların iyiniyetli olması durumunda aile konutunun devri ile mülkiyetin intikal edeceği görüşünde olduğu anlaşılmaktadır.

Yargıtay 2.HD.'nin bu kararına karşı yerel mahkemenin direnme kararı vermesi üzerine⁵⁴, dava dosyası Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nda görüşülmüş ve direnme kararı gerekçeye ilişkin bir karşı oy ile bozularak, daire kararına uyulması gerektiğine karar verilmiştir⁵⁵. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Yarg. 2. HD. Kararına uyulması gerektiği yönünde görüş bildirmiş ve yerel mahkemenin direnme kararını bozmuştur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu aile konutu şerhinin kurucu şerh olmadığını, TMK.m.194 hükmünün TMK.m.1023 kapsamında tapuya güven ilkesini ortadan kaldırmadığı, iyiniyetli alıcıların taşınmazın mülkiyetini kazanabileceklerini, somut olayda davalıların taşınmazın aile konutu olduğunu bilmeleri nedeniyle iyiniyetli sayılmayacaklarına hükmetmiştir⁵⁶. Karşı oy beyan eden üyeye göre, aile

54 Yerel mahkemenin direnme gerekçesi "Türk Medeni Kanununun 194/1. maddesinde ifadesini bulan aile konutunun devir ve buna ilişkin malikin işlem yasağının, taşınmaza daha önceden aile konutu olduğuna yönelik bir şerh konulması halinde mümkün olacağı ve ancak bu halde, üçüncü kişilerin ve dolayısıyla davalıların taşınmazın devrine ilişkin iyiniyetli olup olmadıklarının değerlendirilebileceği" şeklindedir.

55 Yarg. HGK., 04.10.2006 T., 2006/2-591 E.-2006/624 K. s.lı kararı.

56 Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, aile konutu eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır.

Bu kadar önemli olduğu açık olan bir malvarlığıyla ilgili olarak eşlerin tek başlarına hukuki işlem yapması, diğer eşin önemli yararlarını zedeler. Bu nedenledir ki, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesi hükmü ile bu konutun başkalarına devri diğer eşin rızasına bağlanmıştır. Başka bir anlatımla, aile konutu olarak özgülenen taşınmazın mülkiyetinin devri diğer eşin rızasına bağlı bir hukuki işlem olarak kabul edilmiştir. (Bilge ÖZTAN, Aile Hukuku, Ankara-2004, s. 207; Ahmet M. KILIÇOĞLU, Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara-2002, s. 18)

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesi III. fıkrası hükmü ile rıza alınmadan yapılacak işlemleri önleyebilmek amacıyla tapu kütüğüne şerh verilmesi olanağı getirilmiştir. Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, anılan madde ile tapuya güven ilkesine bir istisna getirilmiş değildir (KILIÇOĞLU, s. 20).

Aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş tarafından tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesi istenilmemiş olsa bile işlem tarafı iyiniyetli üçüncü kişinin aynı hak kazanımı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi hükmü ile korunmuştur.

Şerhin etkisi ise eşin rızası alınmadan gerçekleştirilen kazandırıcı işlemlerin üçüncü kişinin iyiniyetine rağmen geçersiz sayılacağına yöneliktir. Bu sebeple, yerel mahkemenin tasarruf yetkisi sınırlamasının şerh ile doğacağı; eş söyleyişle, şerhin bir "kurucu

konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olan eş, diğer eşin "açık rızası bulunmadan" üzerinde şerh bulunmayan aile konutunu devretmişse, işlem tarafı üçüncü kişinin iyiniyeti hiçbir şekilde korunmaz⁵⁷. Karşı görüşe göre TMK.m.194 ile getirilen sınırlama fiil ehliyetine ilişkin bir sınırlamadır⁵⁸. Gene bu görüşe göre, Kanun eşin rızasından değil, açık rızasından

şerh" olduğuna ve işlem tarafı üçüncü kişinin iyiniyetli olmasının aranmasına gerek kalmaksızın kazanımının korunması gerekeceğine ilişkin belirlemesi yerinde değildir.

Bilindiği üzere 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi, tapuya güven ilkesini öngörmektedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesi III. fıkrası ise, tapuya güven ilkesinin aynen sürdürülmekte olduğunun bir ifadesidir. (KILIÇOĞLU, s. 20)

Bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında; dava konusu taşınmazın eşler tarafından kendilerine aile konutu olarak özgülendiği tartışmasızdır. İşlem tarafı olan davalılar Harun ve Hadi'nin taşınmazı satın alırken bu yerin aile konutu olduğunu ve davacı malik olmayan eşin satışa rızasının bulunmadığını bildikleri de kuşku ve duraksamadan uzaktır.

Şu hale göre, tapuya güven ilkesini esas alan Türk Medeni Kanununun 1023. maddesi koşulları da işlem tarafı olan üçüncü kişiler yönünden gerçekleşmemiştir.

Hal böyle olunca; Yerel mahkemece, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen ve davanın kabulü gereğine işaret eden Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenlerle bozulmalıdır".

57 "Değerli çoğunluk, aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olan eş, diğer eşin "açık rızası bulunmadan" üzerinde aile konutu şerhi bulunmayan taşınmazın devretmişse işlem tarafı üçüncü kişinin varsa "iyiniyeti korunur" düşüncesindedir. Düşüncemize göre aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olan eş, diğer eşin "açık rızası bulunmadan" üzerinde şerh bulunmayan aile konutunu devretmişse hiçbir şekilde işlem tarafı üçüncü kişinin "iyiniyeti korunmaz."

Başka bir anlatımla, değerli çoğunluk, aile konutu olarak özgülenen taşınmazın maliki olmayan eş tarafından, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini istememişse işlem tarafı üçüncü kişinin "kötüniyetini kanıtlamak" (TMK m. 1023) zorundadır. Düşüncemize göre; aile konutu olarak özgülenen taşınmazın maliki olmayan eş tarafından tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesi istenmemiş olsa bile taşınmazın aile konutu olduğu ve malik olmayan eşin rızasının bulunmadığı gerçekleşmişse hiçbir şekilde üçüncü kişinin iyiniyeti korunmaz".

58 "4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 193 hükmüne göre "Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça", eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle "her türlü hukuki işlemi" yapabilir. Başka bir anlatımla "kural olarak" eşlerden her biri diğeri ile her türlü hukuki işlemi yapabileceği gibi eşlerden her biri üçüncü kişilerle de her türlü hukuki işlemi yapabilir. Eş "kural olarak" herhangi bir yetkili makamın onayına bağlı olmadan ve "eşinin rızasını almadan" her türlü hukuki işlemi yapabilir. Bu konularda hakim kararına gereksinim yoktur. (Ömer Uğur GENÇCAN, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, Bilimsel Açıklama-İçtihatlar-İlgili Mevzuat, Yetkin Yayınevi: I. Cilt, (TMK m. 1-351), Ankara 2004 (1614 sayfa), II. Cilt, (TMK m. 352-1030) Ankara 2004 (1628 sayfa). Kısaltma: GENÇCAN-TMK s. 1091)

bahsetmiştir. Bu nedenle rızanın da resmi şekilde alınması gerekmektedir⁵⁹. Karşı görüşe göre, diğer eşin rızası alınmaksızın yapılan işlem kesin hükümsüzdür⁶⁰.

Ne var ki, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 193 hükmünde yer alan "Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça" ifadesine dayanılarak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 194 hükmü ile eşlerden birinin aile konutu ile ilgili sadece aşağıdaki işlemlerle sınırlı olarak "fiil ehliyeti sınırlandırılmıştır";

- Aile konutu ile ilgili kira sözleşmesinin feshedilmesi,
- Aile konutunun devredilmesi,
- Aile konutu üzerindeki hakların sınırlandırılması,

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 194 hükmünde yer alan tapu kütüğünü kitleme "kendiliğinden" gerçekleşmişken 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 199 hükmünde bir "hakim kararı" gereklidir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 194 hükmü ile eşlerin "fiil ehliyetinin sınırlandırılması" gerçeği ve gerekçesi "...Madde eşlerin aile konutlarıyla ilgili hukuki işlemlerde eşlerin serbestliği ilkesine istisna getirmiş ve böylece aile konutu ile ilgili bazı hukuki işlemlerin diğer eşin rızasına bağlı olduğu kabul edilmiştir. Aile konutu eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır. Bu nedenle bu denli önemli bir malvarlığıyla ilgili olarak eşlerin tek başlarına hukuki işlemleri yapması diğer eşin önemli yararlarını etkileyebilir. Bunun sonucu olarak madde, konutla ilgili kira sözleşmesinin feshini, bu konutun başkalarına devrini ya da konut üzerindeki hakları ve buna benzer diğer hukuki işlemlerle tamamen ya da kısmen sınırlandırılmasını diğer eşin rızasına bağlamıştır...." sözleriyle ifade edilmiştir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 194 f. I hükmü ile eşlerin "fiil ehliyetinin sınırlandırılması" ise "Eşlerden biri, 'diğer eşin açık rızası bulunmadıkça,' aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz." sözleriyle biçimlendirilmiştir.

"Fiil ehliyeti sınırlamasına" yönelik düşüncemiz aynı zamanda İsviçre öğretisindeki "çoğunluk görüşü" olduğu gibi Türkiye öğretisinde de kabul gören bir düşüncedir. (TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, S. 205, HEGNAUER/BREİTSCHMID, N. 17.17, s. 183, HAUSHEER/GEISER/KOBEL, N. 08.103. s. 89, ÖZTAN, s. 205-206.) Amaç aileyi bir bütün olarak korumaktır. (HAUSHEER/REUSSER/GEİSER, Art. 169, nr. 37a, HASENBÖHLER, Art.169, nr. 11, AKINTÜRK, s. 352-354, ÖZTAN, s. 205-206.)

Eşlerin "fiil ehliyetinin sınırlandırılması" olgusu 'diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, vurgusu ile seslendirilmiştir. Başka bir anlatımla, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun m. 194 f. I hükmü ile aile konutunun başkalarına devri "diğer eşin açık rızasına" bağlanmıştır. Böylece aile konutu olarak özgülünen taşınmazın mülkiyetinin devri diğer eşin "rızasına bağlı" bir hukuki işlem olarak kabul edilmiştir. (Şükran ŞİPKA, Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK m. 194), Doçentlik başvuru eseri, İstanbul-2004, s. 137, Bilge ÖZTAN, Aile Hukuku, Ankara-2004, s. 207, Ahmet M. KILIÇOĞLU, Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara-2002, s. 18)".

⁵⁹ "4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun m. 194 f. I hükmü ile aile konutunun başkalarına

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bu kararından sonraki tarihli bir kararında da Yargıtay 2. HD. aynı yönde karar vermiştir⁶¹. Aile konutunun serh edilmediği hallerde, iyiniyetle iktisabın mümkün görüldüğü hususunun Yargıtay'ın yerleşik görüşü olduğu söylenebilecektir.

3- Öğretideki Görüşler

Diğer eşin rızası alınmaksızın aile konutunun devredilmesi ya da üzerinde bir sınırlı ayni hak tesis edilmesi durumunda yapılan işlemin geçersiz olacağına tereddüt etmemek gerekir. Böylesi bir işlem sonucunda tapudaki tescil yolsuz tescil sayılmalıdır.

Diğer eşin rızasının alınmamış olması nedeniyle oluşan yolsuz tescile dayanarak, -diğer eşin rızasını almaksızın aile konutunu devreden yahut üzerinde sınırlı ayni hak tesis eden- eş ile işlem yaparak tapuda hak sahibi görünen kişiden mülkiyet ya da sınırlı ayni hak elde eden iyiniyetli üçüncü kişinin iktisabı korunur⁶². Bu husus zaten tapuya güven ilkesinin doğal sonucudur.

Burada tartışılması gereken ve özellik arz edebilecek olan şey, bizzat hak sahibi eşle sözleşme ilişkisine giren işlem tarafı kişinin yolsuz tescile rağmen hak sahibi olup olamayacağı hususudur.

devri diğer eşin "rızasına" değil de "açık rızasına" bağlanmıştır. Rızanın sözlü olarak verilmesi yeterli görülse idi "rızasına" deyişi maksadı anlatmaya yeter de artardı bile. Oysa, özellikle "açık rıza" deyişiyle maksadın farklı olduğu gösterilmiştir. Biz, bu sebeple "açık rıza" deyişini rızanın "resmi şekilde" olarak alınması olarak yorumladık. (Ömer Uğur GENÇCAN, Boşanma Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2006, Kısaltma: GENÇCAN-Boşanma-2, s. 564, GENÇCAN-TMK s. 1095) Nitekim, İsviçre Tapu Tüzüğü (GBV) Art. 13a hükmü ile ZGB m. 169 gerekçesinde "yazılı rıza" deyişi varken İsviçre tapu uygulamasında da yazılı şeklin "resmi makam" tarafından onaylanması aranmaktadır. (SCHMID, s. 609, ŞIPKA, s. 143)".

60 "Rıza alınmadan yapılan işlemin ise "kesin hükümsüz" (GENÇCAN-TMK s. 1096, 3036; GENÇCAN-Boşanma-2, s. 565) olduğu hemen hemen bütün bilimsel görüşlerde ve uygulamada kabul edilmektedir. (ŞIPKA, s. 153)".

61 "Toplanan delillerden dava konusu taşınmazın aile konutu olduğu sabittir. Davalılardan Bülent'in taşınmazın aile konutu olduğunu ve davacının da satışa rızasının olmadığını bildiği sabittir. Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi koşulları da gerçekleşmemiştir. Bu açıklamalar karşısında davanın kabulü gerekirken yazılı şekilde reddi uygun görülmemiştir" (Yarg. 2. HD., 12.10.2006 T., 2006/5117 E.-2006/13186 K. sayılı ilamı), (www.kazanci.com.tr).

62 HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169. 60; BRAEM/HASENBOEHLER, Art. 169, N. 72; GÜMÜŞ, Şerhler, s. 48-49.

Hak sahibi eşin sözleşme yaptığı kişinin, devredilen ya da üzerinde sınırlı aynı hak tesis edilen taşınmazın aile konutu olduğunu bilmesi durumunda, onun hiçbir şekilde hak sahibi olamaması gerektiği açıktır.

Hak sahibi eşle sözleşme ilişkisine giren kişinin iyiniyetli olması durumunda, tapuda taşınmazın aile konutu olduğuna dair bir kayıt bulunmaması nedeniyle tapuya güven çerçevesinde iyiniyetin korunup korunmayacağı tartışmalıdır. Konuya olumlu ve olumsuz olarak yaklaşan görüşlerin mevcut olduğu görülmektedir. Şimdi bu konuda beyan edilen görüşleri aktarmaya çalışacağız.

AKINTÜRK, aile konutuna ilişkin olarak, malik olmayan eşin korumasız bırakılmadığını, ona aile konutu şerhi verdirme imkanı tanıdığını belirtilirken, söz konusu eşin tapu kütüğüne gerekli şerhi verdirme suretiyle aile konutuyla ilgili hukuki işlemlere girişmek isteyen üçüncü kişilerin iyiniyet iddialarının da önceden önleneceğini belirtmektedir. Yazar doğrudan tartışmaların detayına girmemiş olmakla birlikte, bu ifadelerinden onun TMK.m.1023 kapsamında iyiniyetin korunacağı görüşünde olduğu anlaşılmaktadır⁶³.

KILIÇOĞLU tapuya güven ilkesi çerçevesinde iyiniyetin korunacağı, TMK.m.194 hükmünün bu ilkeye bir istisna getirmediği görüşündedir. Yazar görüşlerini şu şekilde ifade etmektedir: “Bizim 194. maddenin üçüncü fıkrası karşısında özellikle TMK md. 1023 (TKM.m.931) gereğince tapu kaydına güvenerek aynı bir hakkın kazanılmasında iyiniyetin korunacağı tartışmaya yer vermeyecek biçimde saklı tutulmuştur. Türk Yasa koyucusunun amacı TMK.m.194/ f. I hükmüne dahil olan işlemlerde tapuya güven ilkesine bir istisna getirmek olsaydı, üçüncü fıkra hükmünü getirmeye gerek görmezdi. Bu fıkra hükmü getirilmek suretiyle tapuya güven ilkesinin 194. maddedeki işlemler için aynen devam ettiği kabul edilmiştir. Zira 3. fıkra hükmü, tapuda konutla ilgili gerekli şerhin verilmesi olanağını getirmekle, bu şerhin verilmediği hallerde, aile konutu üzerinde tapu kaydına iyiniyetle güvenerek aynı hak kazanan kişinin iyiniyetinin korunacağını öngörmüştür. Madde, bu tehlikeyi öngördüğü için, tapuya şerh olanağını getirmiştir. Diğer eş üçüncü kişilerin iyiniyetle hak kazanmasını önlemek istiyorsa, bu şerhi verdirme zorundadır. Ancak üçüncü kişinin iyiniyeti sadece tapu kayıtlarına göre tayin edilmez. Üçüncü kişi tapu kayıtları dışında, hukuksal işlem konusu konutun aile konutu olduğunu bilebilir ya da bilmesi gerekebilir. Örneğin: Koca konutu ipotek göstererek bir kredi almak istediğinde, krediyi verecek olan

⁶³ AKINTÜRK, s. 113.

Banka tapu kayıtlarından bunun aile konutu olduğunu öğrenmemişse, diğer eşin rızasını aramadan bu konut üzerinde ipotek kurabilir ve yapılan hukuksal işlem geçerlidir. Ancak tapuda bu konutun aile konutu olduğu hususunda bir şerhin bulunmamasına rağmen, üçüncü kişi, üzerinde aynı hak kazanacağı konutun aile konutu olduğunu ve diğer eşin bu aynı hakkın kurulmasına karşı çıktığını biliyorsa, iyiniyet korunmayacaktır. Örneğin: Kocası “A’nın yakın tarihte tek varlıkları olan aile konutunu ipotek vererek yüksek faizle X bankasından bir kredi çekeceği duyumunu alan B, Bankaya A’nın alacağı krediye karşılık göstereceği konutun aile konutu olduğunu ve buna rızası bulunmadığını” bir ihtar çekerek ya da resmi kayıtlara giren mektup göndererek bildirmiş ve belgeleriyle bu konutun aile konutu olduğunu kanıtlamışsa Banka iyiniyet iddiasında bulunarak A’ya verdiği kredide aile konutu üzerinde aldığı ipoteğin geçerli olduğunu savunamayacaktır”⁶⁴.

Türk Medeni Kanununun Bankaları ilgilendiren hükümler bakımından getirdiği farklılıkları inceleyen REİSOĞLU da, tapuya güven ilkesinin aile konutu bakımından bertaraf edilmediği, işlem konusu taşınmazın aile konutu olduğuna dair bir bilgisi olmayan işlem tarafının iyiniyetinin korunacağı görüşündedir⁶⁵.

AYAN, konuya olumlu yaklaşan yazarlar arasındadır. Yazar, konuyu şerhin hukuki niteliği tartışması dahilinde incelemiş ve işlem tarafı olan karşı tarafın taşınmazın aile konutu olduğunu bilmemesi bakımından, tapu sicilinin doğruluğuna ilişkin olarak iyiniyetin korunacağını, taşınmazın aile konutu olduğunu bilen alıcının diğer eşin rızasının bulunduğu konusundaki

64 KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 58-59.

65 “Aile konutu ile ilgili düzenleme; Tapu sicline itimat prensibini bertaraf etmez. MK 1023 maddesine göre: “Tapu Kütüğü’ndeki sicile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur. Örneğin taşınmazın maliki eş şerh bulunmayan bir aile konutu üzerinde bir banka lehine ipotek tesis ederse, bankanın iyiniyeti korunur ve ipoteği geçerli olur. Bankanın iyiniyeti MK 3 maddesine göre belirlenir. Bu maddeye göre “Kanunun iyiniyete hukuki sonuç bağladığı durumlarda asıl olan iyiniyetin” varlığıdır. Ancak durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz.

Banka, bir gerçek kişinin konut olarak maliki olduğu taşınmazını bankaya devretmesi veya üzerinde ipotek tesis etmesi halinde bu kişinin evli olup olmadığını veya evli olduğunu bilse dahi konutun aile konutu olup olmadığını araştırmak zorunda değildir. Ancak kişinin evli olduğunu bilmesi halinde “iyiniyet” tartışmalarından kaçınmak için diğer eşin yazılı iznini istemesi uygun olur. Keza diğer eşin bankaya başvurup konutun aile konutu olduğunu, satılmasına veya üzerinde ipotek tesisine rızasının olmadığını bildirmesi halinde artık bankanın iyiniyetinden söz edilemez” (REİSOĞLU, Safa, Yeni Medeni Kanun’un Bankaları İlgilendiren Başlıca Farklı Düzenlemeleri, Bankacılar Dergisi, 2002, S. 40, s. 69).

iyiniyetinin ise tapu siciline güven çerçevesinde görülememesi nedeniyle korunmayacağını ifade etmiştir⁶⁶. Yazara göre, bir üçüncü kişinin tapu sicilinde aynı hakkın sahibi olarak görünen kişinin tasarruf yetkisine sahip olduğuna dair iyiniyeti korunmalıdır⁶⁷. Gene yazar, TMK.m.194'ün amacından hareket ederek, bu maddenin TMK.m.1023'e istisna getirmek amaçlı olmadığını, aksi halde Yasakoyucunun ZGB'nin aksine aile konutu şerhi olanağını kabul etmeyeceğini belirtmekte, Türk Yasakoyucusunun İsviçre'dekinden farklı amaç gözettiğini savunmaktadır⁶⁸. AYAN, TMK.m.194 hükmünün hak sahibi eşin aile konutu üzerindeki tasarruf yetkisini sınırladığını, bu nedenle bu maddedeki şerhin de tasarruf sınırlaması şerhi olduğunu, bu nedenle TMK.m.1010 hükmü gereğince şerh ile üçüncü kişilerin iyiniyet iddialarının önlenebileceğini belirtmektedir⁶⁹. AYAN'a göre, TMK.m.194/f. 3 hükmü ile şerh imkanı getirilmesinin amacı, hak sahibi olmayan eşe, taşınmazın aile konutu olduğuna dair şerh verdirilmesi suretiyle üçüncü kişilerin iyiniyet iddialarının önüne geçmektir. Bu madde ile hak sahibi olmayan eşe tanınan bu şerh imkanı bir hukuki külfet niteliğinde olup, o kanunun tanıdığı bu korumadan yararlanmak istiyorsa bu külfeti yerine getirmek zorundadır. Yani tapuda gerekli şerhi sağlamalıdır⁷⁰.

BÜYÜKAY'a göre, TMK. m. 194'de yer alan sınırlama bir tasarruf yetkisi sınırlaması olup, bu sınırlamanın üçüncü kimselere karşı hüküm ifade etmesi için tapu siciline şerh verilmesi gereklidir. Tapu siciline şerh verilmeyen aile konutlarının üçüncü kimselere satılmasından veya sınırlı aynı hak

66 “Medeni Kanun’un 3. maddesinde düzenlenen iyiniyet, bir hakkın doğumuna engel olan bir durumun varlığı veya kazanma için gerekli bir unsurun yokluğu hakkında, hakkı kazanacak olan kişideki hoş görülebilen bilgisizlik veya yanlış bilgidir. Bu tanımdan da anlaşılacağı gibi, 194. maddeye ilişkin iyiniyet, aile konutu olarak kullanılan bir taşınmazın, üçüncü bir kişi tarafından kazanılmasında, farklı şekillerde karşımıza çıkabilir. Mesela, aynı hakkı kazanacak olan kişi tapuda işlem yaptığı taşınmazın bir aile konutu olarak kullanıldığını bilmeyebilir veya taşınmazın aile konutu olduğunu bilmekle birlikte, diğer eşin rızasının bulunduğu konusunda yanılmış olabilir... Bu nedenle konumuz açısından, tapuda aynı hak kazanan üçüncü kişinin, tapu sicili dışındaki bir konuya ilişkin iyiniyeti, mesela diğer eşin rızasının bulunduğuyla ilişkin iyiniyeti Kılıçoğlu'nun da haklı olarak ifade ettiği gibi, hiçbir şekilde korunmaz. Çünkü burada üçüncü kişinin iyiniyeti, tapu siciline değil, rızanın verilmiş olmasına ilişkindir ve 1023. madde, sadece tapu sicilinin doğruluğuna ilişkin iyiniyeti korur” (AYAN, Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004, s. 99-100).

67 AYAN, s. 100.

68 AYAN, s. 101.

69 AYAN, s. 102.

70 AYAN, s. 104 vd.

tesis edilmesinden sonra, kural olarak bu kimselere karşı hiç bir şekilde hak iddia edilmesi mümkün olmamalıdır. Tapu siciline güven ilkesi bu sonucu gerektirmektedir. Kural bu olmakla birlikte, istisnai olarak, konutu satın alan veya üzerinde sınırlı bir ayni hak tesis eden kimsenin işlem konusu taşınmazın aile konutu olduğunu bilmesi, bu kimsenin iyiniyetini bertaraf edeceğinden, bu kimsenin ayni hak kazanmasına engel olacaktır. Yazara göre, tapu siciline şerh verilmeden aynı etkinin sağlanabileceğinin ileri sürülmesi ve şerhin sadece, yolsuz tescile dayalı olarak hak iktisap etmek isteyen kimselere karşı hüküm ifade edeceğinin kabul edilmesi doğru değildir. Aile konutu şerhi verilmesinin son derece basit işlemler üzerine, örneğin muhtardan alınacak belgeye dayanılarak verilecek olması da görüşünü destekler niteliktedir. Tasarruf yetkisi sınırlaması görüşü kabul edilmeyecek ve tapu siciline güven ilkesine sınırlama getirilecek olursa, bir konut satın alacak kimseye, satın almak istediği konutun boş durumda olması, kesinlikle içinde malikinin oturduğu konutları satın almaya yönelmemesi ve şayet konut maliki tarafından boşaltılmış ise, taşınmanın diğer eşin rızası ile yapılıp yapılmadığını araştırması tavsiye edilmek zorunda kalınacağı yazar tarafından ifade edilmektedir. BÜYÜKAY, bunlara ilaveten TMK. m. 194'deki düzenlemenin ZGB Art. 169 ile tamamen aynı olmadığını da dikkate alınması gerektiğini belirterek, şu ifadelerle yer vermektedir: “Şayet TMK. m. 194/3, açıkça, aile konutunun tapuya şerh verilmesinden bahsetmese idi, doktrindeki diğer görüşler (“kanundan doğan sınırlama”, “fiil ehliyeti sınırlaması” ve “katılma hakkı”) haklılık kazanabilirdi. Burada, 194. maddesinin 3. fıkrasının tasarıya sonradan eklendiğinin, ilk haliyle tasarıda bulunmadığının ileri sürülmesi, diğer görüşlere haklılık kazandırmamakta, aksine Kanun Koyucunun iradesini ortaya koyması açısından, açıkça görüşümüzü desteklemektedir”⁷¹.

Konuya olumsuz yaklaşan yazarlardan DOĞAN'a göre, TMK.m.194 ile aile konutuyla ilgili olarak getirilen düzenleme hak sahibi olan eşin tasarruf yetkisini sınırlandırmaktadır. Böyle olunca, diğer eşin rızası alınmaksızın tapu sicilinde yapılacak işlem yolsuz tescil sayılacaktır. Bu halde, konut üzerinde hak sahibi olan eş ile işlem yapan şahıs tapu siciline güven ilkesinden yararlanamayacaktır. Aksinin kabulü halinde, hükmün koruma amacına ulaşılması son derece güçlük arzedecektir. Burada tasarruf yetkisinin kanundan doğan bir sınırlaması söz konusu olduğundan, üçüncü kişilerin iyiniyeti bakımından tapu sicilinde aile konutu olduğuna dair şerh bulunup bulunmaması önem taşımaz. Ancak, bu suretle ortaya çıkan yolsuz tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka ayni hak kazanan üçüncü şahsın bu ikti-

⁷¹ BÜYÜKAY, e-akademi.org, Eylül 2006.

sabı korunur. Kanun koyucu, üçüncü şahısların iyiniyetle iktisaplarının önüne geçilebilmesi için eşlere taşınmazın aile konutu olduğuna dair şerh imkanı tanımıştır⁷².

UÇAR, hak sahibi olan eşin, diğer eşin rızasını almaksızın bir üçüncü bir kişiyle, TMK.m.194'te sayılan türde, aile konutuna ilişkin hukuki bir ilişkiye girmesi durumunda, üçüncü kişinin menfaatleri ile aile bireylerinin; hak sahibi olmayan eş ve çocukların menfaatlerinin çoğunlukla çatışacağını, doğal olarak bu durumda, evlilik birliği içerisinde, eş ve çocukların barınma hakkının, üçüncü kişilere ve devletin müdahalelerine karşı etkin bir şekilde korunmasını amaçlayan, aile konutunun getirilmesindeki özel amacın daha da büyük bir önem kazanacağını, her ne kadar kanun koyucu, eşlere, konut üzerinde tapuya şerh koydurabilme yetkisi tanımış olsa dahi, çeşitli sebeplerden ötürü (örneğin, kocanın tehdit ve baskısından ya da eşin bilgisizliğinden vs.) bu şerhin konulmamış veya konulmasına müsaade edilmemiş olabileceğini, bu esnada da konutun, rıza alınmaksızın, art niyetli eş tarafından devredilmiş olabileceğini belirterek, her halükarda böylesi bir durumda, Kanun'un amacının göz önünde tutulması gerektiğini, eş ve çocukların menfaatlerinin, üçüncü şahsın menfaatlerine tercih edilmesi suretiyle üçüncü şahsın bu husustaki iyiniyet iddialarının dinlenmemesi gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre, burada hak sahibi eşin, rıza almaksızın, düşüncesizce böyle işleme girişmesi sonucunda doğacak olası zararlı neticelere neden üçüncü şahsın katlanması gerektiği tarzında bir düşünce akla gelebilirse de, üçüncü şahsın, sözleşmenin geçersiz olmasından dolayı uğrayacağı her türlü zararlarını, rıza almaksızın işlem yapan eşten tazmin edebileceği dikkate alınmalıdır. Yazar, konutun, hak sahibi eşin düşüncesiz ve art niyetli davranışı sonucu elden çıkması durumunda, diğer eş ve çocukların uğrayacakları zararların telafisinin çok zor hatta işlemi yapan eşin niyetine göre de çoğu zaman imkansız olabileceğini, TMK.m.194'teki temel amacın, aile konutunu korunması olup, işlem hayatını korumak olmadığını belirtmekte, bu gerekçeler doğrultusunda, rıza alınmaksızın yapılan işlemlerde üçüncü şahsın iyiniyet iddialarının dinlenmemesi gerektiğine dair ileri sürülen görüşlerin, aile konutu uygulaması bakımından daha da uygun olduğunu ifade etmektedir⁷³.

Aile konutu şerhini TMK.m.1010 anlamında gerçek olmayan bir tasarruf sınırlaması olarak gören GÜMÜŞ, bu şerhin açıklayıcı şerh olduğunu, bu şerhin etkisinin salt aile konutuna ilişkin olarak hak sahibi eş ile yapılan

⁷² DOĞAN, Tasarruf Yetkisi Sınırlaması, s. 110.

⁷³ UÇAR, e-akademi.org, Ocak 2006.

işlemin tarafı olmayan üçüncü kişinin, hak sahibi eş ile yapılan işlem sonucu oluşan tescilin yolsuzluğuna ilişkin iyiniyetin ortadan kaldırılmasından ibaret olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, işlem tarafı üçüncü kişi bakımından aile konutu şerhi konulmuş olsa da, olmasa da diğer eşin rızası alınmaksızın aile konutuna ilişkin tasarruf işlemi (tescil talebi ve tescil), tasarruf yetkisi eksikliği nedeniyle geçersizdir. Aile konutu şerhinin işlem tarafı üçüncü kişinin taşınmazın aile konutu niteliği veya diğer eşin rızasının varlığına yönelik iyiniyetini ortadan kaldırma işlevinden hiçbir şekilde bahsedilmesi mümkün değildir. Yazara göre, söz konusu hükmün tarihsel arka planı da bu görüşü desteklemektedir⁷⁴. GÜMÜŞ, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararını eleştirmekte ve bir an önce bu karardan dönülmesi gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre, TMK.m.1023'ün temelini oluşturan kamusal güven sadece tapu kütüğünde tescil edilmiş kişiye ilişkin yolsuz kayda yönelik olup, ilgili kişinin fiil ehliyetinin veya tasarruf yetkisinin var olup olmadığına ilişkin değildir. Bu kapsamda bir şerh zorunluluğu bulunmaksızın hak sahibi olmayan eşin isteğine bağlı olarak yapılan ve esasında bir beyan işlevi gören aile konutu şerhinin yapılmamış olması aile konutuna ilişkin tapu kütüğünde yolsuz kayıt teşkil etmez. İşlem tarafı olan kişinin tapu kütüğünde aile konutu maliki olarak hak sahibi görünen kişinin tasarruf yetkisine dair güveni, TMK.m.1023 anlamında tapu kütüğündeki bir yolsuz kayda yönelmiş bir güven olarak görülemeyeceğinden, özel koruma eksikliği nedeniyle (TMK.m.3) iyiniyete dayalı iktisabı sağlamaya yeterli olamaz. “Diğer bir deyişle TMK194, öngördüğü şerh imkanı dışında, işlem tarafı üçüncü kişilerin TMK 1023'ten farklı olarak “tescilin (kaydın) yolsuzluğu” dışında, salt tapu kütüğüne kayıtlı taşınmazın aile konutu niteliğine yönelik iyiniyetini koruyan bir hüküm içermemektedir. Oysa iyiniyet ancak kanunun açıkça öngördüğü hallerde korunur (TMK 3)”. Yazar eleştirisine devamla şu ifadelerle yer vermektedir: “İşlem tarafı üçüncü kişinin taşınmazın aile konutuna yönelik iyiniyetinin korunacağı yönündeki görüş ve buna paralel son Yargıtay kararı sadece, bir konutun aile konutu niteliğinin tapu kütüğüne şerh edilmesi TMK tarafından zorunlu tutulsaydı “ve” yapılacak şerh kurucu nitelik taşıyaydı belki bir anlam taşıyabilir ve tapu kütüğünde yer alması gereken bir kaydın mevcut olmadığı kabul edilerek işlem tarafı üçüncü kişinin iyiniyeti TMK 1023 kapsamında yapılacak genişletici bir yorumla korunabilirdi. Fakat pozitif hukukumuz bakımından ne aile konutu şerhinin tapu

74 GÜMÜŞ, Evliliğin Genel Hükümleri, s.92.

kütüğüne yapılması gibi bir zorunluluk bulunmaktadır, ne de bu şerh taşınmazın aile konutu niteliği kazanması için kurucu bir işlev görmektedir”⁷⁵.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına ilişkin olarak ACAR, bu karar ile ilk bakışta TMK.m.194 hükmünün tamamen etkisiz hale geldiğinin düşünülebileceğini, Yargıtay’ın vermiş olduğu bu karar ile, üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunmasındaki menfaatin, diğer eşin rızası alınmadan yapılan tescil işleminde ailenin kaybedeceği menfaatten daha üstün olduğunu kabul ettiğini, bu kararla TMK.m.1023 hükmüne dayanılarak üçüncü şahısların rahatlıkla aile konutu üzerinde aynı hak kazanmalarının mümkün hale geldiğini belirtmektedir. Yazara göre, TMK.m.1023 hükmünün lafzına bakıldığında Yargıtay’ın daha farklı bir yorumda bulunmasının mümkün olmadığını savunmaktadır. Yazar bu görüşüne gerekçe olarak, TMK.m.1023 hükmündeki “Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur” ibaresini göstermektedir. ACAR, TMK.m.1023 hükmünün sadece yolsuz kayıtlara ilişkin güveni koruma gayesi taşıdığına ilişkin görüşün, kanunun açık hükmü karşısında yerinde olmadığını, kanunun açıkça sadece yolsuz tescillere değil, tapu kütüğündeki her türlü tescile ilişkin olarak iyiniyetin korunacağını belirttiğini, TMK.m.194 hükmünün bu genel kurala istisna teşkil edebilmesi için açıkça böyle bir işlemde üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunmayacağını ifade etmesi gerektiğini, bu şekilde aynı konuda özel bir hüküm niteliğini kazanacak olan TMK.m.194 hükmünün öncelikli olarak uygulanacağını (lex specialis) ve üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunmayacağını, istisna hükümlerinin dar yorumlanmasının genel kabul görmüş bir kural niteliğinde olduğunu, Yargıtay’ın yorum yoluyla TMK.m.194 hükmünü bir istisna hükmü olarak değerlendirmesinin bu genel kurala zıt olacağını savunmaktadır⁷⁶.

HATEMİ, aile konutu şerhinde gerçek anlamda bir şerh değil, bir beyanın söz konusu olduğu görüşündedir. Yazara göre, bu şekilde getirilen kayıtlar da doğrudan doğruya kanundan doğmaktadır. Gene bu hükümle hak sahibi eşin tasarruf yetkisine veya fiil ehliyetine ilişkin herhangi bir sınırlama

⁷⁵ GÜMÜŞ, Evliliğin Genel Hükümleri, s.104.

⁷⁶ ACAR, s. 17. Yazar, ayrıca verilmiş olan bu kararla, aile konutu üzerinde hak kazanan kişinin, taşınmazın aile konutu olduğu konusunda bilgisinin olduğunu ispat yükünün de eşe ait olduğunun kabul edildiğini, bunun da hükmün konuluş amacıyla bağdaşmadığını, bu olumsuzluğun giderilmesi için mehz kanunla paralel olarak konutun aile konutu olup olmadığının araştırılması yükünün tapu memurlarına yükletilmesinin sorunu büyük oranda çözeceğini, satış sözleşmesinin yapılması sırasında böyle bir belgenin tapu memuruna ibraz edilme mecburiyetinin genelge ile rahatlıkla yapılabileceğini belirtmektedir (s. 17).

getirilmemiştir. Burada sadece emredici nitelikteki bir kural ile diğer eşin açık rızasını alma yükümü söz konusudur. Diğer eşin açık rızası alınmadığı takdirde işlem batıl olmayıp, askıda hükümsüzdür. Aile konutunu ilk devralan kişi aile konutu şerhi tapu kütüğüne işlenmemiş olsa dahi, iyiniyetli olup olmamasına bakılmaksızın işlemin hukuka aykırılığı nedeniyle malik olamayacaktır. Ancak tapudaki kayda güvenerek aile konutunu elde eden –işlem tarafı olmayan- üçüncü kişiler devir anında taşınmaza malik olacaklardır. Yazar, işlem tarafı olan üçüncü kişinin iyiniyetinin korunmadığı, işlem tarafı olan üçüncü kişiden sonradan devralanların iyiniyetinin korunacağı görüşündedir⁷⁷.

ŞİPKA, kanun koyucunun amacının şerh olanağı ile işlemin karşı tarafı olan üçüncü kişinin iyiniyetini engellemek olduğu ileri sürülse de, bu sonucun getirilmek istenen düzenlemenin ve korumanın esas amacının gerçekleşmesini engelleyecek bir uygulamaya götüreceği görüşündedir. Yazar, TMK.m.194 kapsamında kabul edilen ve bazı hukuki işlemleri diğer eşin rızasına bağlayan düşüncenin temelinde hak sahibi olmayan eşe kanundan dolayı tanınmış katılma hakkı (birlikte hak sahipliği) tanıma fikri bulunduğunu belirtmektedir. Diğer eşin ve ailenin barınma hakkına yönelik olarak yasakoyucu tarafından tanınan bu birlikte karar verme hakkı, ailenin ve diğer eşin zorunlu ve üstün bir menfaati dolayısıyla, üçüncü kişinin iyiniyetinin önüne geçebilmelidir⁷⁸. Yazar, işlemin karşı tarafı olan üçüncü kişinin iyiniyetinin korunacak olursa, karşı tarafın ekseriya tapuda devralacağı konutun ne amaçla kullanıldığı konusunda bilgi sahibi olduğunu, hiç kimsenin görmediği bir konutu yüksek bedeller ödeyerek satın almayacağını, satın

⁷⁷ HATEMİ, s. 78-79.

⁷⁸ ŞİPKA, s. 159. Yazara göre, zaten mehz kanunda ve diğer tüm hukuk düzenlemelerinde bu maddenin böyle anlaşıldığını, konut gereksinimi ve barınma hakkının Anayasa tarafından bile koruma altına alındığı bir ülkede, bu hakka karşılık, işlemin karşı tarafı olan üçüncü kişinin haklarını savunmak hukuk güvenliğini –hakkaniyet sınırları içinde- zedeleyecektir. Bu nedenle bu hüküm ile getirilen korumanın etkili ve seri uygulanabilir olması, bunu kanundan doğan bir sınırlama olduğu ve bu nedenle herkesçe bilinmesi gerektiğinden dolayı, işlemin karşı tarafı olan üçüncü kişinin iyiniyetinin korunmaması kabul edilmelidir. Aksi düşüncenin kabulü, hukuk uygulamamızda, ispat gücünün de dikkate alındığında, bu maddenin uygulanabilirliğine çok zarar verecektir. TMK.m.199 hükmü ile zaten bu yönde bir tasarruf yetkisi kısıtlaması sağlanması mümkündür. O halde ayrıca TMK.m.194 böyle etkili ve çabuk uygulanmayacaksa bu düzenlemeye hiç gerek yoktu. İsviçre’de ZGB 169. maddenin hazırlık çalışmaları sırasında yapılan bu yönlü eleştiriler dikkate alınmamış ve ZGB 169’un ZGB 178 (TMK.m.199) hükmünden çok daha etkili uygulanması gerektiği öne sürülerek, eşlerin hukuki işlem ehliyetine getirilmiş bir sınırlama sayılmıştır. Bunun sonucu olarak da, öğreti ve uygulamada baskın görüş, üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunmayacağı şeklinde belirlemiştir (s. 159-160).

alınan taşınmazı görmediği, bilmediği yollu bir iyiniyet iddiasının çoğu zaman gerçeği yansıtmayacağını, buna karşılık onun gördüğünü, bildiğini diğer eşe ispat ettirmeye çalışmanın da normun koruma amacı ile bağdaşmayacağını, şerh olanağı getirilerek, diğer eşin bundan yararlanmadığı durumlarda ona bu ispat külfetini yüklemenin onu cezalandırmak anlamına geleceğini, ona maddi ve manevi yük yüklenmiş olacağını, iyi giden evliliklerde eşlerden hiç birinin aklına gidip tapuda şerh verdirmek gelmeyeceğini, kaldı ki böyle bir şeyi hak sahibi eşle konuşmayı bile istemeyeceğini, buna karşılık eşler anlaşmazlığa düştüğünde ve özellikle de boşanma aşamasına gelindiğinde bu şerh olanağından yararlanmanın akıllarına geleceğini, bu durumda alıcıya iyiniyetle hak kazanma imkanının tanınması halinde, aile konutunun maliki olmayan diğer eşin aile konutu üzerindeki hakkını korumak isteyen TMK.m.194 hükmünün çöpe atılmış olacağını ifade etmektedir⁷⁹. Yazar, aile konutu şerhinin kanundaki yerini de eleştirmekte ve şu ifadelerle yer vermektedir: “194/III hükmü, kanundaki yer itibari ile, KILIÇOĞLU’nun da belirttiği gibi, bu hüküm olmamalıydı. Ayrıca üçüncü fıkrada getirilen düzenleme ile eşe tanınan ŞERH hakkı, SELİÇİ’nin belirttiği üzere AÇIKLAYICI ŞERH olarak kabul edilmelidir. Zira yukarıda da belirttiğim gibi, zaten 199. madde de aile konutu korumasını içine alabilecek bir tasarruf yetkisi sınırlaması yaratan mahkemenin şerh olanağı, bu sonucu sağlamaya yetiyordu. Böylece uygulamada 194. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenmiş olan şerh olanağının sadece, işlemin karşı tarafından yolsuz tescile güvenerek bir ayni hak kazanan iyiniyetli üçüncü kişilerin bu kazanımlarını (MK.m.1023 gereği) engellemek için getirildiği kabul edilmelidir. Bu sonuç 194. madde-deki “normun koruma amacına” en uygun olan çözümdür”⁸⁰.

4- Görüşümüz

Aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşe getirilen kısıtlamanın hukuki niteliği, açık rızanın alınmaması durumunda işlemin geçerli olup olmadığı, aile konutu şerhinin gerçekleştirilmemesi halinde tapu siciline güven bağlamında, tapuda mevcut olması gerekli bir kaydın var olmaması ve bu mevcut olmayan kayıttan bağımsız olarak kazanımın söz konusu olup olmadığı birbirinden bağımsız olarak görülemeyecek, iç içe geçmiş hususlardır.

Her şeyden önce ŞİPKA’nın da belirttiği gibi TMK.m.194 hükmünde belirtilen sınırlamaların TMK.m.199 ile birlikte tek madde halinde düzenlenmiş olması durumunda hukuksal durum daha belirgin olabilirdi.

⁷⁹ ŞİPKA, s. 160.

⁸⁰ ŞİPKA, s. 160.

Bizce TMK.m.194'te düzenlenen aile konutuna ilişkin sınırlamalar, hak sahibi eşin tasarruf yetkisinin sınırlanmasına ilişkindir. Bu düzenleme hak sahibi eşin fiil ehliyetini sınırlamamaktadır. TMK.m.199'da tasarruf yetkisinin sınırlanmasına ilişkin bir düzenlemenin varlığı aile konutuna ilişkin sınırlamaların tasarruf yetkisi sınırlaması olarak kabulüne engel değildir. TMK.m.194'te aile konutuna has özel bir düzenleme söz konusudur. Bu maddede hak sahibi eşin aile konutuna ilişkin olarak herhangi bir mahkeme kararı alınmasına lüzum olmaksızın tasarruf yetkisinin kanun gereği sınırlanması söz konusudur. TMK.m.199 hükmü ise, hakkında özel düzenleme bulunmayan konularda ailenin korunmasına hizmet eden bir yasa hükmüdür. Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin isteği üzerine hakim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir. Burada aile konutu dışındaki malvarlığı değerleriyle ilgili tasarruflar kısıtlanmaktadır. Oysa aile konutuna ilişkin olarak herhangi bir şekilde mahkemeye başvurulmasına, eşin tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına karar verilmesini talep etmeye gerek yoktur. Bu nedenlerle TMK.m.199'un varlığının aile konutuna ilişkin düzenlemenin tasarruf sınırlaması olarak kabulüne engel olmadığı kanaatindeyiz.

Aile konutuna ilişkin sınırlamalar hak sahibi eşin tasarruf yetkisini sınırlandırdığından, borçlandırıcı işlem geçerli olarak kurulacaktır. Borçlandırıcı işlemi gerçekleştiren hak sahibi eşin, tasarruf yetkisi yasa gereği kısıtlı olduğundan tasarruf işlemi tek başına gerçekleştiremeyecektir. Diğer eşin rızası sağlanana kadar işlem askıda hükümsüz olarak değerlendirilmelidir. Diğer eş tasarruf işlemine rıza göstermeye yanaşmadığı takdirde, işlem tarafı olan üçüncü kişi, kendisi ile işlem tesis eden hak sahibi eşe önel vererek, tanınan bu süre içerisinde diğer eşin rızasının sağlanmasını talep edebilir. Diğer eşin yapılması istenen tasarruf işlemine rıza göstermeyeceğinin netleşmesi durumunda artık işlem askıda hükümsüz olmaktan çıkar ve kesin hükümsüz hale gelir. Bu halde tasarruf işleminin gerçekleşmemesi nedeniyle, üçüncü kişi ile işlem tesis eden hak sahibi eşin culpa in contrahendo sorumluluğuna gidilebilecektir.

TMK.m.194/f.3'te düzenlenen şerhin açıklayıcı şerh olduğu kanaatindeyiz. Yani aile konutuna ilişkin sınırlamaların geçerliliği fiilen ailenin yaşam merkezi olan konutun aile konutu olduğuna dair tapu kütüğüne şerh verilmesi TMK.m.194'te düzenlenen korumanın sağlanması için ön koşul değildir. Diğer eş kendisine yasanın tanıdığı tapuya şerh koydurma hakkından faydalanmış olsun ya da olmasın, TMK.m.194'te düzenlenen koruma kendiliğinden devreye girecektir. Başka bir deyişle, aile konutunun tapuya şerh edil-

memiş olması, eylemli olarak bu amaca tahsis edilmiş bulunan taşınmaz hakkında TMK.m.194 hükmünün uygulanmasına engel değildir.

Hak sahibi olmayan eşin aile konutu şerhi imkanından yararlanması durumunda, artık üçüncü kişilerin TMK.m.1023 hükmüne dayalı iyiniyet iddialarının önüne geçilebilecektir. Bu nedenle aile konutunun üçüncü kişiler tarafından iyiniyetle kazanımının önüne geçilmesi isteniyorsa, hak sahibi eş yasanın kendisine tanıdığı aile konutunun şerhi imkanından mutlaka yararlanmalıdır.

Aile konutu olduğuna dair tapuya şerh verilmemiş bulunan, fiilen aile konutu olarak kullanılan bir taşınmazın tapuda devri sağlandığı ya da üzerinde bir sınırlı ayni hak tesis edildiği durumlarda, hak sahibi olan eş ile işlem yaparak tapuda hak sahibi görünen kişiden bir mülkiyet veya bir sınırlı ayni hak elde eden üçüncü kişinin geçerli şekilde kazanımda bulunması onun iyiniyetli olmasına bağlıdır. Üçüncü kişi iyiniyetli olduğu takdirde onun iyiniyeti korunacaktır.

Diğer eşin rızası alınmaksızın hak sahibi eş ile işlem yaparak, tapuda aile konutu üzerinde mülkiyet veya bir sınırlı ayni hak elde etmiş görünen işlem tarafının iyiniyetli olması durumunda TMK.m.1023'e dayalı olarak kazanımda bulunup bulunmayacağı bu hükmün kapsamının belirlenmesi ile cevaplandırılabilir.

TMK.m.1023 hükmüne göre, "Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka ayni hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur". Buradan da anlaşılacağı üzere, tapu kütüğündeki **tescile iyiniyetle** dayanılması kazanımın korunmasının temel koşuludur.

Yasakoyucu bu hükümlerle hiç kimsenin sahip olduğu haktan daha fazlasını devredemeyeceği kuralını belirli şartlar altında bertaraf etmektedir. Böylesi kuvvetli müdahalenin amacı, özellikle menkul mülkiyetinde ve kıymetli evrak hukuku alanında olduğu gibi özel hukukun değişik branşlarında sağlanan işlem güvenliğinin garanti edilmesidir⁸¹.

Tapu kütüğünde bir tescile iyiniyetle güvenilerek bir hak elde edilmesi durumunda, üçüncü kişinin iyiniyeti korunur. Gerçekte hak sahibi olmayan bir kişi tapu kütüğünde hak sahibi olarak görünüyorsa, bu kişiden iyiniyetle hak elde eden iyiniyetli kişi geçerli olarak kazanımda bulunabilir. Burada iyiniyetli üçüncü kişi tarafından tapu kütüğünün doğru olduğu hususunda güven duyulmaktadır.

81 ZOBL, D., Grundbuchrecht, 2. Auflage, 2004, s. 76.

Tapuya güven ilkesi sadece mevcut bir tescile dayalı olarak hak elde edilmesine ilişkin değildir. Olması gereken bir kaydın tapuda bulunmaması durumunda da, tapuya güven ilkesi devreye girebilir. Bu özellikle nisbi tescil prensibinin geçerli olduğu tapu kütüğü dışında meydana gelen haklarda ya da haksız olarak gerçekleşen terkinlerde durum böyledir. Üçüncü kişi tapu kütüğünün bütünlüğüne güvenebilir ve böylesi durumlarda taşınmazı yükten ari olarak kazanır⁸².

Konu tapu kütüğüne güven ilkesi bakımından değerlendirildiğinde, aile konutunun tapu kütüğüne şerh edilmediği hallerde, tapu kütüğünde bulunması gerekli bir kaydın bulunmadığı, bu nedenle tapu kütüğünün gerçek durumu yansıtmadığı, bu nedenle tapuya güven ilkesi gereğince, işlem tarafı olan kişinin iyiniyetinin korunacağı söylenebilecek midir? Kanaatimizce, bu soruya olumlu cevap verilebilmesi, ancak şerhin kurucu etkiye sahip olduğunun kabulü halinde mümkündür. Şerhe kurucu etkinin tanınması halinde, bir hakkın kazanılmasını engelleyen önkoşul (aile konutu şerhi) tapu sicilinde mevcut olmayacağından, tapu kütüğü işlem tarafı olan iyiniyetli üçüncü kişinin iyiniyetle hak kazanımını engelleyen bir içeriğe sahip olmayacak ve üçüncü kişilere bu yönde bir güven vermiş olacaktır. Ancak biz aile konutu şerhinin açıklayıcı mahiyette olduğunu ve bu tasarruf sınırlamasının şerhe bağlı olmaksızın yasa gereği kendiliğinden devreye gireceğini kabul ettiğimiz için, tapu kütüğünde aile konutu şerhinin bulunmamasının tapuya güven ilkesi bakımından –sadece işlem tarafı olan üçüncü kişiye ilişkin olarak- bir önemi olmadığına inanıyoruz.

Aile konutu şerhinin bulunmadığı hallerde, işlem tarafı olan üçüncü kişinin iyiniyetinin korunup korunmayacağı hususu, aslında Yasakoyucunun tercihinin ne olduğu meselesidir. Burada diğer eş ve aile mi korunacaktır yoksa işlem güvenliği mi tercih edilecektir? TMK.m.194 ile getirilmek istenen düzenleme, ailenin korunmasını amaçlamaktadır. Türk Medeni Kanunu aile müessesesini farklı bir anlayışla ele almıştır. Bu yeni anlayışta evlilik birliğinin korunması için mülkiyet hakkı belli açılardan kısıtlanmıştır. Mülkiyete konu olan bir şeyin maliki o şey üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilir. Bir taşınmazın maliki onu kiraya verebilir, mülkiyetini devredebilir veya onun üzerinde sınırlı aynı hak tesis edebilir. Ama mülkiyetin konusu taşınmaz mal, aile konutu olarak özgülenmiş ise, bu durumda kısıtlamalar devreye girer. Aile konutu üzerinde diğer eşin rızası olmaksızın yasada sayılan tasarrufların gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Bu düzenlemeyi artık yeni

82 BGE 109 II 102; ZOBL, Grundbuchrecht, s. 77.

bir rejim olarak görmek ve bu özel rejimin Yasakoyucunun önceliği olduğunu kabul etmek gerekir.

İşlem güvenliği bakımından da aslında çok ciddi riskler bulunduğu kanaatinde değiliz. Öncelikle belirtmek gerekir ki, içinde daha önce hiç kimsenin oturmadığı taşınmazı, konut inşa edip satmakla iştigal eden bir kişiden alan kişinin hiçbir riski bulunmamaktadır. Böylesi bir risk sadece ikinci el taşınmaz alımında söz konusu olabilir. Bu durumda da alıcının taşınmazı bizzat kendisi tarafından ya da yetkili kıldığı kişi tarafından görülmeksizin satın alması hayatın olağan akışına aykırı olarak görülebilecektir. Taşınmazın hali hazır durumunu inceleyen alıcının konutun içinde aile bulunduğunu görmesi durumunda, taşınmazın aile konutu olduğunu bilmediği hususunda inandırıcı olması güçtür. Herhalde büyük bedeller ödeyerek taşınmaz satın alan alıcının, satın almak istediği konutun aile konutu olup olmadığını araştırması ve buna göre karar vermesini ondan beklenebilir. Bu araştırmayı yapmaksızın taşınmaz satın alan ya da başkaca aynı hak elde etmek isteyen kişi, inceleme yapılmaması riskine katlanmak zorundadır.

Kanaatimizce bu konunun problem teşkil etmesinde en önemli sebep, toplumda bu hususta bilgisizliğin söz konusu olmasıdır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile artık aile konutu kavramının hukuk dünyamıza girdiği ve aile konutu üzerinde yasada sayılan işlemler bakımından diğer eşin rızasının sağlanması gerektiği bilincinin yerleşmesi durumunda bu konu sorun olmaksızın çıkacaktır.

İşlem güvenliğinin sağlanması bakımından İsviçre'deki tapu uygulamasından yararlanarak Tapu Tüzüğü'nün ilgili maddelerinde değişiklik yapılması ve tapu memuruna aile konutu konusunda araştırma yetkisi ve görevi getirilmesi de faydalı olabilecektir⁸³.

SONUÇ

TMK.m.194'te düzenlenen aile konutuna ilişkin sınırlamalar, eşlerin fiil ehliyetine ilişkin olmayıp, aile konutu üzerinde hak sahibi eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkindir.

83 İsviçre'de tapu uygulamasında tapu memurunun araştırma yükümlülüğü bulunmaktadır. Tapu memuru önüne gelen satış işlemi tarafların evli olup olmadığına, ilgilinin evli olması durumunda konutun aile konutu olup olmadığına ilişkin belge sunması gerekmektedir. Sunulan belgelerden satım konusu taşınmazın aile konutu olduğu anlaşıldığı takdirde, diğer eşin rızası alınmaksızın tapuda işlem yapılmamakta ya da bir süre verilerek geçici tescil yapılmaktadır (ŞİPKA, s. 161).

TMK.m.199'da tasarruf yetkisinin sınırlanmasına ilişkin bir düzenlemenin varlığı aile konutuna ilişkin sınırlamaların tasarruf yetkisi sınırlaması olarak kabulüne engel değildir. TMK.m.194'te aile konutuna has özel bir düzenleme söz konusudur. TMK.m.199 hükmü ise, hakkında özel düzenleme bulunmayan konularda ailenin korunmasına hizmet eden bir yasa hükmüdür.

Aile konutuna ilişkin sınırlamalar hak sahibi eşin tasarruf yetkisini sınırladığından, borçlandırıcı işlem geçerli olarak kurulacaktır. Borçlandırıcı işlemi gerçekleştiren hak sahibi eşin, tasarruf yetkisi yasa gereği kısıtlı olduğundan tasarruf işlemini tek başına gerçekleştiremeyecektir. Diğer eşin rızası sağlanana kadar işlem askıda hükümsüzdür. Diğer eşin yapılması istenen tasarruf işlemine rıza göstermeyeceğinin netleşmesi durumunda artık işlem askıda hükümsüz olmaktan çıkar ve kesin hükümsüz hale gelir. Bu halde tasarruf işleminin gerçekleşmemesi nedeniyle, üçüncü kişi ile işlem tesis eden hak sahibi eşin culpa in contrahendo sorumluluğuna gidilebilir.

TMK.m.193/f.3'te düzenlenen şerh açıklayıcı şerhtir. Aile konutuna ilişkin sınırlamaların geçerliliği fiilen ailenin yaşam merkezi olan konutun aile konutu olduğuna dair tapu kütüğüne şerh verilmesi TMK.m.194'te düzenlenen korumanın sağlanması için ön koşul değildir. Diğer eş kendisine yasanın tanıdığı tapuya şerh koydurma hakkından faydalanmış olsun ya da olmasın, TMK.m.194'te düzenlenen koruma kendiliğinden devreye girecektir.

Hak sahibi olmayan eş aile konutunu tapuya şerh ettirmiş ise, artık üçüncü kişiler TMK.m.1023 hükmüne dayalı iyiniyet iddiasında bulunamazlar.

Aile konutu şerhi bulunmayan hallerde, hak sahibi eş ile tapuda işlem yapan kişiden hak kazanan işlem tarafı olmayan üçüncü kişilerin iyiniyetli olmaları durumunda TMK.m.1023 hükmü çerçevesinde kazanımları korunur.

Şerhin kurucu etkiye sahip olmamasından dolayı, işlem tarafı olan üçüncü kişinin aile konutunun tapuya şerh edilmemiş olmasına duyulan güven nedeniyle hak kazandığı söylenemez. Çünkü ancak şerhe kurucu etkinin tanınması halinde, bir hakkın kazanılmasını engelleyen önkoşulun (aile konutu şerhinin) tapu sicilinde bulunmaması ve tapu kütüğünün işlem tarafı olan iyiniyetli üçüncü kişinin iyiniyetle hak kazanımını engelleyen bir içeriğe sahip olmaması sebebiyle, üçüncü kişilerde bu yönde bir güven doğmuş olacağından bahsedilebilir.

Aile konutu şerhinin bulunmadığı hallerde, işlem tarafı olan üçüncü kişinin iyiniyetinin korunup korunmayacağı hususu, aslında Yasakoyucunun tercihinin ailenin mi yoksa işlem güvenliğinin mi korunması olduğu mesele-

sidir. TMK.m.194 ile getirilmek istenen düzenleme, ailenin korunmasını amaçlamaktadır. Türk Medeni Kanunu aile müessesesini farklı bir anlayışla ele almıştır. Bu yeni anlayışta evlilik birliğinin korunması için mülkiyet hakkı belli açılardan kısıtlanmıştır. Mülkiyete konu olan bir şeyin maliki o şey üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilir. Ama mülkiyetin konusu taşınmaz mal, aile konutu olarak özgülennmiş ise, bu halde yasal kısıtlamalar devreye girer. Aile konutu üzerinde diğer eşin rızası olmaksızın yasada anılan tasarruflar gerçekleştirilemez. Bu düzenleme artık yeni bir rejim olarak görülmeli ve bu özel rejimin Yasakoyucunun önceliği olduğunun dikkate alınması gereklidir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile artık aile konutu kavramının hukuk dünyamıza girdiği ve aile konutu üzerinde yasada sayılan işlemler bakımından diğer eşin rızasının sağlanması gerektiği bilincinin yerleşmesi durumunda bu konunun sorun olmaktan çıkacağını düşünmekteyiz.

BİBLİYOGRAFYA

ACAR, Hakan, Türk Medeni Kanunu m.194 Kapsamında Aile Konutu Üzerinde İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Hak Kazanımı, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, No:45-46, Haziran 2008, s. 9.

AKINTÜRK, Turgut, Aile Hukuku, C. II, Yenilenmiş 8. bası, İstanbul, 2002.

AYAN, Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004.

BAYGIN, Cem, 4721 Sayılı Yeni Medeni Kanunun Evlenme, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul, 2003, s. 437.

ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, Ankara-2004.

BÜYÜKAY, Yusuf, Yeni Türk Medeni Kanunu'nun 194. Maddesinde Yer Alan Aile Konutuna İlişkin Sınırlamanın Hukuki Niteliği, e-akademi.org, Eylül 2006.

DOĞAN, Murat, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, Ankara 2004 (Tasarruf Yetkisi Sınırlaması).

DOĞAN, Murat, Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu, AÜEHFD, 2002, C.VI, S. 1-4, s. 286 (Aile Konutu).

DURAL Mustafa/ ÖĞÜZ Tufan/ GÜMÜŞ Alper, Türk Özel Hukuku, C. III., Aile Hukuku, İstanbul, 2005.

ERTAŞ, Şeref, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 5. bası, Ankara 2004.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler, Birinci Basıdan İkinci Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007 (Şerhler).

GÜMÜŞ, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008 (Evliliğin Genel Hükümleri).

HASENBOEHLER, Franz, Verfügungsbeschränkungen zum Schutze eines Ehegatten, BJM 1986, s. 71.

HATEMİ, Hüseyin, Aile hukuku I (Evlilik Hukuku), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.

HAUSHEER, Heinz/ REUSSER, Ruth/ GEISER, Thomas, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerischen

Zivilgesetzbuch, Band II, 1. Abteilung, Das Eherecht, 2. Teilband, Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen Art. 159-180 ZGB, Bern, 1999.

HAVUTÇU, Ayşe, Evli Kadının Yerleşim Yeri, DEÜHFD, C. 7, S. 1, yıl: 2005, s. 41.

HEGNAUER/BREITSCHMID, Art. 169, N. 17; ZOBL, Dieter, Die Auswirkungen des neuen Eherechts auf das Immobiliarsachenrecht, SJZ, 1988, s. 132.

KAMANCI, Mahmut, “Aile Konutu ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla ilgili Tasarruflarına Karşı Diğer Eşin Katılma Hakkı”, Y.D., 2004, S. 1-2, s.117.

KILIÇOĞLU, Ahmet, Medeni Kanunu'muzun Aile-Miras ve Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler, 2. bası, Ankara 2004 (Yenilikler).

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara-2002 (Diğer Eşin Rızası).

OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, 11. bası, İstanbul 2006.

ŞIPKA, Şükran, Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK.m.194), 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2004.

UÇAR, Ayhan, 4721 Sayılı Medeni Kanun İle İhdas Edilen Yeni Bir Müessesesi: Aile Konutu Müessesesi. e-akademi.org, Ocak 2006.

WEBER, Roger, Der zivilrechtliche Schutz der Familienwohnung, AJP/PJA 2004, s. 30.

ZOBL, D., Grundbuchrecht, 2. Auflage, 2004.