

AİLE KONUTUNA SAĞLANAN KORUMA VE AİLE KONUTU ŞERHİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Ar. Gör. Can Yalçın ARMUTCUOĞLU*

Giriş

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (MK.) on yıla yaklaşan uygulaması, en çok tartışılan kurumlardan birinin "Aile Konutu" olduğunu gözler önüne serer.

Aile konutuna ilişkin MK. m. 194 kaynağını İsviçre Medeni Kanunu'nun 169. maddesinde bulur. MK. m. 194 aynen "*Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz (f.1). Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hakim müdahalesini isteyebilir (f.2). Aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebilir (f.3). Aile konutu eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelir ve bildirimde bulunan eş diğeri ile müteselsilen sorumlu olur (f.4).*" şeklindedir. Hüküm, görüleceği üzere aile konutunun tanımını vermez¹. Madde gerekçesinde kanun koyucu aynen "*Aile konutu eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır.*" şeklindeki açıklamaya yer vermiştir. Gerekçede yer alan bu duygusal açıklamanın yargı kararlarında da aynen kullanıldığı gözlemlenir².

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

¹ Mustafa Alper GÜMÜŞ, Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, İstanbul 2007 (2. tıpkı baskı) s. 20.

² Örneğin, YHGK. T. 26.10.2005 E. 2005/12-676 K. 2005/600 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

MK. m. 194'ün, kaynağı olan ZGB. Art. 169 düzenlemesinden esaslı bir farkı vardır. ZGB. Art. 169 bünyesinde bir şerh barındırmaz. Kanun koyucunun, hükümde neden İsviçre aslından farklı olarak bir şerhe yer verildiğini açıklamadığı görülür.

Belirtmek gerekir ki MK. m. 194 üzerine ileri sürülen farklı görüşlerin ve Yargı uygulamasına yöneltilen çoğu eleştirinin merkezinde aile konutu şerhi bulunur.

I. Aile Konutunun Tanımı

Aile konutunun ne İsviçre'de ne de ülkemizde kanuni bir tanımı vardır³. Bununla birlikte öğretiyi, neyin aile konutu olduğu sorusunun cevabının bulunmasına yardımcı olacak şekilde bir takım unsurları sıralar. Bir defa aile konutu nitelendirmesi hukuken geçerli bir evlilik ilişkisi çerçevesinde bir araya gelmiş bireylerin yaşadığı yer için söz konusu olabilir⁴. Aile konutu, sürekli bir şekilde⁵ aile yaşamının merkezi haline getirilmiş⁶, bir diğer deyişle ailenin

³ Verena BRÄM/ Franz HASENBÖHLER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90-251 ZGB) Teilband II 1c, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art.159- 180, Zürich 1988, Art. 169, N. 16.; Heinz HAUSHEER/ Ruth REUSSER/ Thomas GEISER, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Band II, 1. Abteilung, Das Eherecht, 2. Teilband, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Artikel 159- 180 ZGB, Bern 1999, Art. 169, N. 13; Thomas GEISER, Neues Eherecht und Grundbuchführung (Ergänzte Fassung des anlässlich der Generalversammlung des Verbandes Schweizerischer Grundbuchverwalter am 26 September 1986 in La Chaux – de- Fonds gehaltenen Vortrages), ZGBR 68, s. 17.

⁴ GÜMÜŞ, s. 20, Şükran ŞİPKA, Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK. m. 194), İstanbul 2004, s. 77.

⁵ BRÄM/ HASENBÖHLER, Art. 169, N.17; Nami BARLAS, “Yeni Türk Medenî Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları”, Prof. Dr. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU’ na Armağan, İstanbul 2004, s.122. Aynı şekilde Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 2002/7 nolu tebliğinde de aynen “ 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 Kanunu'nun 194' üncü maddesi kapsamına girmediğinden” ibarelerine yer verilmiştir. Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 2002/7 no'lu tebliğinin yürürlüğü Danıştay 10. Dairesinin 13.06.2011 tarih ve 2010/11873 E. sayılı kararı ile durdurulmuştur.

⁶ Cyril HEGNAUER/ Peter BREITSCHMID, Grundriss des Eherechts, Bern 2000, § 17, N. 20; GÜMÜŞ, s. 21; HAUSHEER/ REUSSER/ GEISER, Art. 169, N. 15a, N. 16; GEISER de burada anılan diğer yazarlar gibi bir yerin aile konutu niteliğini kazanması için eşlerin çocukları ile birlikte o yerde oturmasının zorunlu olmadığını belirtir. Ne var

müşterek yaşam merkezi olan⁷, konut olarak kullanılmaya elverişli eşyadır⁸. Bu eşya üzerinde eşlerden birinin kullanıma yönelik bir alacak hakkı veya aynı hakkı bulunmalıdır. Aile konutu niteliği kural olarak tek bir konut için söz konusu olabilir⁹.

Konutun, ailenin yaşam merkezi olmakla birlikte eşlerden birinin işyeri olması aile konutu nitelendirmesine engel olmaz¹⁰. Aile konutu, eşlerin iradesi ile belirlenir ve bu belirlemeden bir diğer deyişle eşlerin konutu aile yaşamının merkezi haline getirmelerinden itibaren fiilen bu durum söz konusu olduğu

ki yazara göre eşlerin müşterek çocukları ile yaşadığı yerin aile konutu sayılması gerekir, bkz. GEISER, s. 17.

⁷ ŞİPKA, s. 86.

⁸ GEISER aile konutunun kural olarak bina için söz konusu bir nitelik olduğunu belirtir, bkz. GEISER s. 17. HAUSHEER/ REUSSER/ GEISER ise bir teknenin, karavanın aile konutu olabileceğini belirtir, HAUSHEER/ REUSSER/ GEISER, Art. 169, N. 15.; Aksi fikir için bkz. Ömer Uğur GENÇCAN, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, Bilimsel Açıklama- İçtihatlar- İlgili Mevzuat, 2. Cilt (Madde 185-530), 2. Baskı, Ankara 2007, s. 1712. Yargıtay, tapuda arsa olarak kayıtlı taşınmazın tapu sayfasına aile konutu şerhinin yapılabileceğini belirtmektedir, Y. 2. HD. E. 2005/ 8403, K. 10552, T. 04.07.2005 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Ayrıca yüksek mahkeme, tapu kaydında arsa olarak görüldüğü halde çok katlı bir yapı barındıran ve bu yapının belli bir kısmında barınan kişilerin kaydettirmiş olduğu aile konutu şerhini taşınmazda sonradan intifa hakkı sahibi olan kimse için etkili kılmış, şerhle getirilen kayıtlamaya dokunulmaksızın intifa hakkının kullanılacağını belirtmiştir, Y. 2. HD. E. 2005/ 13993 K. 2005/ 18004, T. 21.12.2005.

⁹ HAUSHEER/REUSSER/ GEISER, Art. 169, N. 13a, N. 16; GEISER, s. 17; RUOSS, s. 79; GÜMÜŞ, s. 21; Mustafa DURAL/ Tufan ÖĞÜZ, Mustafa Alper GÜMÜŞ, Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2010, s. 161; Sağlık nedenleri ile eşlerin ayrı mekanlarda oturduğu ve her iki konutu da eşit zamanlarda paylaştığı durumları istisna kabul eden, ŞİPKA, s. 84.; BARLAS, s. 122. ; Seza REİSOĞLU, “Yeni Medeni Kanununun Bankaları İlgilendiren Başlıca Farklı Düzenlemeleri”, Türkiye Bankalar Birliği – Medeni Kanun’ da Bankalar İle İlgili Düzenlemeler Sempozyumu, 14.02.2002, s. 2 (sunum metnine şu adresten ulaşılabilir:

www.tbb.org.tr/tr/Arastirma_ve_Yayinlar/Konferans_Sunumlari.aspx?Year=2002+-+2001_01.05.2010). Benzeri örneklere yer vererek istisnaen iki aile konutunun söz konusu olabileceğini söyleyen BRÄM/ HASENBÖHLER, Art. 169, N. 27.

¹⁰ HAUSHEER/ REUSSER/ GEISER, Art. 169, N. 19; GEISER, s. 18; Konut olarak kullanma amacının baskın olması halinde hükmün uygulama alanı bulacağını belirten görüş için bkz. BRÄM/ HASENBÖHLER, Art.169. N. 24. Çok katlı yapıların sadece bir bölümünün aile konutu olarak kullanıldığı durumlarda aile konutuna ilişkin korumanın etkili olabilmesi için yapının tamamının dikkate alınması gerektiği belirtilir, bkz. GEISER, s. 18; BRÄM/ HASENBÖHLER, Art.169. N. 24; GÜMÜŞ, s. 22; ŞİPKA, s. 88.

sürece evliliğin sona ermesine kadar bu nitelik korunur¹¹. Bir konutun aile konutu niteliğini kazanması, eşler arasındaki mal rejiminden bağımsızdır. MK. m. 194' ün uygulamasında eşler arası mal rejimi dikkate alınmaz¹².

II. MK. m. 194'ün Uygulama Alanına Giren İşlemler

A. MK. m. 194' ün Aile Konutuna İlişkin Hukuki İşlemlerde Devreye Girmesi

MK. m. 194 (ZGB. Art. 169) aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin yapacağı hukuki işlemler için getirilmiş bir hükümdür. Bu nedenle hak sahibi eşin maddi fiilleri (örneğin aile konutunu yıkması) hükmün uygulama alanına girmez¹³. Aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin pasif davranışlarla aile konutu üzerindeki kullanım imkanını tehlikeye atması mümkündür. Kira sözleşmesi ile kullanımın söz konusu olduğu durumlarda kira sözleşmesinin tarafı olan eşin sözleşmeye aykırı davranışlarıyla kiraya vereni kira ilişkisini sözleşmesini sona erdirmeye zorlaması MK. m. 194 ile engellenebilecek bir durum değildir. Aynı şekilde aile konutuna ilişkin MK. m. 194 , aile konutunun cebr-i icranın kapsamına girmesini, bir diğer deyişle aile konutunun hak sahibi olan eşe karşı yapılan bir icra takibi çerçevesinde haczedilip paraya çevrilmesini engellemez¹⁴.

B. Eşlerden Birinin Aile Konutu Üzerinde Aynı Hak Sahibi Olması

MK. m. 194' ün aile konutu üzerinde eşlerden birinin sadece mülkiyet hakkına değil sınırlı ayni hakka sahip olduğu durumlarda da uygulama alanı bulunduğu kabul edilir¹⁵.

Eşlerden birinin intifa veya oturma hakkı gibi kullanma yetkisi veren bir sınırlı ayni hakka sahip olduğu haller yanı sıra üst hakkı çerçevesinde konut

¹¹ GÜMÜŞ, s. 22.; Murat DOĞAN, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, Ankara 2004, s. 93.

¹² RUOSS, s. 78.

¹³ HAUSHEER/ REUSSER/ GEISER, Art. 169, N. 34.

¹⁴ HAUSHEER/ REUSSER/ GEISER, Art. 169, N. 37a.

¹⁵ GEISER, s. 18.

üzerinde hak sahibi olduğu durumlarda üst hakkından feragat de maddenin uygulama alanına girer.

C. Birlikte Mülkiyet Görünümleri ve Aile Konutu

Aile konutuna sağlanan korumanın birlikte mülkiyet hallerinde devreye girip girmeyeceği tartışmalı bir konudur. İsviçre öğretisinde GEISER, eşlerden birinin üçüncü kişi ile birlikte mülkiyet ilişkisi çerçevesinde hak sahibi olduğu hallerde herhangi bir ayırım yapmadan aile konutuna ilişkin hükmün (ZGB. Art. 169) uygulama alanı bulacağını söyler¹⁶. Buna karşılık hakim yaklaşım bu kurguda, konuya birlikte mülkiyetin türüne göre bir ayırım yaparak yaklaşmaktadır. Bir defa üzerinde paylı mülkiyet bulunan bir konutun aile konutu sayılması için paydaş eş ile diğer paydaşlar arasında yapılmış bir kullanma yararlanma anlaşması çerçevesinde paydaş eşe kullanma hakkının tanınması gerektiği belirtilir¹⁷. Böylesi bir durumda paydaş eşin payını devredebilmesi veya paylı mülkiyet konusu taşınmazın tamamının devri işlemini gerçekleştirebilmesi için diğer eşin rızasına ihtiyaç duyulur. GÜMÜŞ, aile konutundan yararlanan paydaş eş, eşinin rızasını almaksızın paylaşma davası açamazken diğer paydaşların dava açabileceğini; ancak paydaşların yapmış olduğu anlaşmanın tapu kütüğüne şerh verilmesi durumunda taşınmazın sürekli bir amaca özgülendiği kabul edilerek diğer paydaşların talebinin reddedilebileceğini belirtir¹⁸. Elbirliği mülkiyeti açısından konu ele alındığında ise öğretide ileri sürülen görüşlerin çeşitlendiğini söylemek gerekir. İsviçre öğretisinde SCHMID' e göre, elbirliği ilişkisinin, bu ilişkiye temel olan kanun veya sözleşme hükümleri ile belirlenen amacı ile aile konutuna sağlanan koruma çatışabilir¹⁹. Elbirliği ilişkisindeki amaç ile aile konutuna sağlanan korumadaki menfaatin değerlendirilmesinde yazar, elbirliği ilişkisinin önceliği olduğunu

¹⁶ GEISER, s. 18.

¹⁷ Jürg SCHMID, Neues Eherecht und Grundbuchführung, ZGBR, 68, s. 296; BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 169, N. 40.; Mustafa Alper GÜMÜŞ, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK. m. 185-281), İstanbul 2008, s. 76. Ayrıca SCHMID' e göre, paylı mülkiyet konusu taşınmazdaki konut diğer paydaşlarla yapılmış bir kira sözleşmesi ile paydaş eşe tahsis edilmişse aile konutuna yönelik koruma paydaş olan eşin mülkiyet hakkından değil söz konusu kira sözleşmesinden kaynaklanır, SCHMID, s. 296.

¹⁸ GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 76.

¹⁹ SCHMID, s. 297.

belirtir²⁰. Bu esastan sapıldığında, yani elbirliği ilişkisine konu olan aile konutuna yönelik işlemlerde ZGB. Art. 169 (MK. m. 194) düzenlemesinde belirtilen rıza arandığında elbirliği ilişkisinin amacı değişir. Özellikle eşlerden birinin dahil olduğu miras ortaklığında aile konutunun terekeye dahil olması durumunda Art. 169 (MK. m. 194) hükmü uygulama alanı bulmaz. Aksine bir düşünce miras ortaklığının tasfiyeye yönelik amacına ve ortaklığın geçici bir ilişki yaratan karakterine aykırı olur. Konutu kullanan mirasçının konutun kendisine tahsis edilmesine yönelik bir talebi de söz konusu olamaz. Bu hak yalnızca Art. 612a (MK. m. 657) hükmünde belirtildiği üzere sadece sağ kalan eşe tanınmıştır. Yazara göre miras ortaklığı dışındaki elbirliği ilişkilerinde, elbirliği ilişkisinin temelini oluşturan kanun veya sözleşme hükümlerinde yer verildiği ölçüde konut üzerinde elbirliği halinde hak sahibi olan eşe bir kullanma hakkı tanınması imkânı vardır. Bu tür bir ilişkide konutun ortaklardan birine bırakılması elbirliği ilişkisinin amacı ile bağdaşır. Ancak bu şartla konut üzerindeki kullanım doğrudan, eşin elbirliği ilişkisinden kaynaklı hakkı çerçevesinde koruma görür ve Art. 169 (MK. m. 194) uygulama alanı bulabilir²¹. HAUSHEER/ REUSSER/ GEISER de miras ortaklığında hak sahibi olmayan eşin “katılım hakkı” bulunmadığını bildirir²². Ne var ki yazarlara göre, mirasçı olan eşin paylaşma isteminde bulunması veya kendi miras payını devretmek istemesi halinde eşinin rızasını alması gereklidir²³. Türk öğretisinde DOĞAN, aile konutu üzerinde elbirliği mülkiyeti bulunduğu takdirde konutun kaybı anlamına gelecek olan paylaşım sözleşmesi, ortaklığın giderilmesi gibi işlemlerin diğer eşin rızası ile yapılması gerektiğini bildirmektedir²⁴.

Eşlerden birinin üçüncü kişi ile birlikte aile konutu üzerinde paylı mülkiyet kurallarına göre hak sahibi olması halinde aile konutuna ilişkin MK. m. 194 hükmünün devreye girebilmesi için paydaşlar arasında paydaş eşe konutun kullanımını konu edinen bir kullanma yararlanma anlaşması olması gerekir. Salt paydaş sıfatı, üzerinde paylı mülkiyet ilişkisi bulunan eşyayı konut olarak kullanma hakkını bahşetmez. Kullanma ve yararlanma anlaşması çerçevesinde

²⁰ SCHMID, s. 297.

²¹ SCHMID, s. 297.; Yazarın aynı yönde açıklamaları için bkz. Jürg SCHMID, Ehegüterrecht und grundbuchrechtliche Aspekte, ZGBR 83 (2002), s. 322.

²² HAUSHEER/ REUSSER/ GEISER, Art. 169, N. 31.

²³ HAUSHEER/ REUSSER/ GEISER, Art. 169, N. 31.

²⁴ Murat DOĞAN, Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessesese: Aile Konutu, AÜEHFD, C. VI, S. 1-4, 2002, s. 290.

konutu aile konutu olarak kullanan eşin, payını devretmesi veya paylaşma isteminde bulunması eşinin rızasını gerektirir. Bununla birlikte hak sahibi olmayan eşin diğer paydaşların paylarını devretmesine veya paylaşma taleplerine müdahale imkânı yoktur. Kullanma ve yararlanma anlaşmasının tapuya şerh edildiği bir ihtimalde dahi diğer paydaşların payları üzerindeki tasarrufları ve paylaşma talepleri diğer eşin müdahalesine açık değildir. Kullanma ve yararlanma anlaşmasının tapuya şerh edildiği ihtimalde taşınmazın sürekli bir amaca özgülendiğini kabul eden yaklaşıma da katılma imkanı göremiyoruz. Kullanma ve yararlanma anlaşmasının tapuya şerhinin fonksiyonu taşınmazda sonradan paydaş olanların mevcut kullanma ve yararlanma anlaşması ile bağlı olmalarını sağlamaktır²⁵. Sürekli amaca özgüleme paydaşlar arasında bir amaç birliğini gerektirir. Öğretide tartışmalı olmakla birlikte amaç birliğinin paylı mülkiyete konu eşyanın mülkiyetinin, paydaşlara ait diğer bir eşyanın mülkiyetine bağlanmış olması ile sağlanacağı belirtilir²⁶. Kullanma ve yararlanma anlaşmasının, bu anlaşmanın tapuya şerhinin böyle bir fonksiyonu sağlamayacağı açıktır. Yargıtay, aile konutu şerhinin söz konusu olduğu bir paylı mülkiyet ilişkisinde taşınmazın sürekli bir amaca özgülendiğini bildirmektedir²⁷. Yargıtay'a göre paylı mülkiyet birliğinin paylaşma yoluyla sona ermesini engelleyen, paydaşlar arasında sürekli bir amaç birliği yaratan aile konutu şerhidir. Bu yaklaşıma da katılmak mümkün değildir. Yargıtay' ın kararına konu olan paylı mülkiyet ilişkisinde taşınmazın aile konutu olarak kullanılmasına yönelik bir anlaşma olup olmadığı anlaşılammamaktadır. Yüksek mahkemenin yaklaşımı dikkat edilirse, paydaşlar arası kullanma ve yararlanma anlaşmasının şerhine bağlı olarak taşınmazın sürekli bir amaca özgülenmiş sayılmasına dayanmamaktadır. Burada eşlerden birinin (özellikle paydaş dahi olmayan eşin) tek taraflı olarak tapu sayfasına işletebileceği şerhle, paydaşların

²⁵ M. Kemal OĞUZMAN/ Özer SELİÇİ/ Saibe OKTAY- ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 261.

²⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 276, ayrıca bkz. s. 276, dn. 177 ; R. HAAB/ A. SIMONIUS/ W. SCHERRER/ D. ZOBL, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht (Das Eigentum), IV1 Band, 2. Auflage, Zürich 1977, Art- 650-651, N. 4.

²⁷ Y. 6. HD. E. 2010/13865 K. 2010/4406 T. 14.4.2010 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Y. 6. HD. E. 2009/3894 K. 2009/7583 T. 29.9.2009 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

aralarında anlaşma ile sağlayamadıkları²⁸ bir hukuki konum gündeme getirilmektedir.

D. Eşlerden Birinin Aile Konutunun Kullanılmasına Yönelik Nispi Hak Sahibi Olması

1. Aile Konutu Üzerinde Hak Sahibi Olan Eşin Taraf Olduğu Sözleşme

a. Kira Sözleşmesi

aa) Hak Sahibi Olmayan Eşin Rızasını Gerektiren İşlemler

Medeni Kanunun aile konutuna sağladığı koruma sadece eşlerden birinin konut üzerinde aynı hak sahibi olduğu ihtimalle sınırlı değildir. Kanun, MK. m. 194' ün özellikle aile konutunun eşlerden birinin taraf olduğu kira sözleşmesi ile kullanıldığı durumlarda da devreye gireceğini belirtir. MK. m. 194' e göre aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinin tarafı olan eş, eşinin açık rızasını almadan kira sözleşmesini feshedemez. Madde metninde açıkça anılmasa da bizce hak sahibi olmayan eşin kira sözleşmesine taraf olup olmadığına bakılmaksızın 6570 sayılı K. m. 7/a kapsamında yazılı tahliye taahhüdünde bulunulması işleminde de MK. m. 194' ün devreye girmesi gerekir²⁹. Kira sözleşmesinin süresini kısaltan tadil sözleşmelerinde de hak sahibi eşin, diğer eşin rızasını alması gerektiği belirtilir³⁰. Aynı şekilde kira sözleşmesine ilişkin tapu sicilinde yer alan şerhin kaldırılmasında da hak sahibi eşin, eşinin rızasını alması gerekir³¹.

bb. Hak Sahibi Olmayan Eşin Kiraya Verene Yapacağı Bildirimle Kira Sözleşmesine Taraf Olması

MK. m. 194' ün aile konutu üzerindeki kullanımın kira sözleşmesi ile sağlandığı durumlar için hak sahibi olmayan eşe ayrı bir imkan tanıdığı görülür. Buna göre hali hazırda aile konutuna ilişkin kira sözleşmesine taraf olmayan eş,

²⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 276.; Jale G. AKİPEK/ Turgut AKINTÜRK, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 405.

²⁹ Mustafa Alper GÜMÜŞ, “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356), İstanbul 2011 (GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi) s. 50.

³⁰ GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 51; AYAN, s. 112.

³¹ GEISER, s. 19.; GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 50. Karşıt görüş için bkz. BARLAS, s. 132.

kiraya verene karşı yapacağı bildirim ile sözleşmeye taraf haline gelir ve diğer eş (taraf olan) ile birlikte müteselsilen sorumlu olur. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu da m. 349 ile benzer bir kural getirir. TBK. m. 349, MK. m. 194' ün kira sözleşmesine ilişkin hükümlerinin büyük ölçüde tekrarı ve OR. 266m ve 266n düzenlemelerinin karması niteliğindedir. Gerçekten de TBK. m. 349, kira sözleşmesinin tarafı olan eşin, eşinin rızasını almadan kira sözleşmesini feshedemeyeceğini bildirir. İkinci fıkrada eşin rızasının sağlanmadığı durumlarda hâkime başvurma imkânı tanınmıştır. Ne var ki TBK. m. 349, sözleşmeye taraf olmayan eşin kiraya verene yapacağı bildirimle sözleşme tarafı haline gelmesi halinde müteselsil sorumluluktan bahsetmemiştir. Bununla beraber, TBK. m. 349, MK. m. 194' e ek olarak, kiraya verenin fesih bildirimini ve fesih ihtarına bağlı ödeme süresine yönelik bildirimleri sonradan sözleşmenin tarafı haline gelen eşe de yöneltmesi gerektiğini belirtmiştir. Belirtmek gerekir ki TBK. m. 349 düzenlemesinin MK. m. 194' e nazaran herhangi bir yeniliği yoktur. Zira eşlerden birinin kiraya verene yapacağı bildirimle kira sözleşmesine tarafı haline gelmesinin en doğal sonucu, fesih bildirimlerinin kendisine de yöneltmesi zorunluluğudur³². Esasen bu düzenlemenin kaynağı sayılabilecek OR. Art. 266n kuralı gibi sözleşmeye taraf olma şartı aranmadan bildirimde bulunma zorunluluğu getirilseydi hükmün bir anlamı olabilirdi.

GÜMÜŞ' e göre hak sahibi olmayan eşin, kiraya verene karşı yapacağı tek taraflı bildirimle sözleşmeye taraf olması, tercih edilebilir bir imkân değildir³³. Yazara göre kira sözleşmesinin feshine ilişkin bildirim diğer eşe sorulmadan yapılamayacağından bu kimsenin bir de müteselsil sorumluluk üstlenmeye istek duymayacağı söylenebilir. Bizce bu hükmün başka bir işlevi olabilir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, kira sözleşmesinin tarafı olan eşin, eşinin rızasını almaksızın tahliye taahhüdünde bulunması, kira sözleşmesinin süresini kısaltan tadil sözleşmesi yapması, kira sözleşmesine ilişkin tapu sicilindeki şerhi terkin ettirmesi mümkün değildir. Saydığımız işlemlerde rızanın aranması, hak sahibi olmayan eşin sözleşme tarafı olmasına bağlı değildir. Bununla birlikte hak sahibi olmayan eş, MK. m. 194' ün sağladığı imkândan yararlanır ve sözleşmenin tarafı haline gelirse sözleşme ilişkisi çerçevesinde gündeme gelebilecek bütün yan anlaşmalara müdahale edebilir. Böyle bir kurguda özellikle yenilenen dönemlerde kira parasının artırılmasına ilişkin sözleşmenin

³² Aynı yönde GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 55.

³³ GÜMÜŞ, s. 25.

diğer eşin katılımı ile yapılması zorunlu hale gelir. Ayrıca, kiralananın zamanında tahliye edilmemesi hali için sonradan yapılacak cezai şart anlaşmalarında da sözleşmeye sonradan taraf olan eşin rızası gerekecektir³⁴. Vurgulanması gereken, kanun koyucunun hak sahibi olmayan eşe sözleşmeye taraf olma imkânı tanıyarak, onu aile konutu üzerindeki hakkı ancak dolaylı olarak etkileyecek işlemlere karışma yetkisi ile donattığıdır. Kira bedelini artıran veya bedelin ödenmemesi halinde doğacak sonuçları ağırlaştırılan anlaşmaların, fesih, tahliye taahhüdünde bulunulması, sözleşme süresinin kısaltılması işlemlerinde olduğu kadar aile konutu üzerindeki kullanım hakkını kısıtladığı söylenemez.

2. Kira Sözleşmesi Dışında Kullanma ve Yararlanma Hakkı Veren Sözleşme Uyarınca Aile Konutunun Kullanılması

MK. m. 194'ün eşlerden birinin konut üzerinde aynı hakka sahip olmadığı bir kurguda ailenin kira sözleşmesi uyarınca konutta barındığını varsaydığı söylenebilir³⁵. Öğretide ailenin, eşlerden birinin taraf olduğu ariyet sözleşmesinden kaynaklanan bir alacak hakkı sayesinde konutta barınıyor olmasının hükümde ele alınmadığı ve MK. m. 194'ün böyle bir durumda uygulanmayacağı ileri sürülmüştür³⁶.

Biz bu görüşe katılma imkânı bulamıyoruz. Bizim anlayışımızda MK. m. 194, aile konutu üzerinde herhangi bir şekilde kullanma imkânı sağlayacak

³⁴ Burada bir noktanın altını çizmek gerekir. Güncel yargı uygulaması, kira bedelinin zamanında ödenmemesi hali için cezai şart ödeneceğine ilişkin kayıtlara, kira sözleşmesinde muacceliyet kayıtlarına izin vermekte, bu tür kayıtları 6570 sayılı K. m. 16 hükmünün dışında bırakmaktadır. Aynı şekilde kiralananın vaktinden önce tahliye edilmesine ilişkin cezai şart anlaşmaları da bugün için geçerli sayılır, bkz. Y. 4. HD. E. 2007/5476 K. 2008/1505 T. 7.2.2008 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); YHGK. T. 22.3.2006 E. 2006/6-89 K. 2006/89 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). TBK. m. 346 ise kira sözleşmesinde kiracı aleyhine düzenleme yasağı çerçevesinde kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde cezai şart ödeneceğine ilişkin kayıtların ve muacceliyet kayıtlarının geçersiz olduğunu belirtir. TBK. m. 346'nın kiralananın vaktinden önce tahliye edilmesi hali için kararlaştırılan cezai şart anlaşmalarının geçersiz olacağını özel olarak belirtmediğinden hareketle bu tür kayıtların geçerli olacağı ileri sürülebilir. Aynı yönde bakış açısı için bkz. GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 59.

³⁵ BRÂM/ HASENBÖHLER, Art.169, N. 37.

³⁶ ŞİPKA, sorunun İsviçre öğretisinde fazla tartışmaya açılmadığını zira bu tür ilişkilerin ülkemizde daha sık görüldüğünü belirtmekle birlikte net bir tavır almamakta, ŞİPKA, s. 112; GÜMÜŞ ve BARLAS ise ariyet sözleşmesine dayalı kullanım olgusunu MK. m. 194 dışı saymaktadır, GÜMÜŞ, s. 28, dn. 56., BARLAS, s. 123.

derecede hak sahibi konumunda olan eşin, evlilik birliğinin devam ettiği süreçte eşinin, çocuklarının barınma hakkını kısıtlayacak, sona erdirecek şekilde hareket etmesini engellemeyi amaçlar. Bu anlayışta ariyet sözleşmesi kaynaklı kullanım MK. 194' ün kapsamında sayılır ve aile konutuna sağlanan korumadan yararlanır.

MK. m. 194 ve TBK. m. 349 ise, yapı ve esas itibarıyla kira sözleşmesine özgü düzenlemeler olarak görülmelidir. Bu yargıdan hareketle söylenmesi gereken, kira sözleşmesi dışında başkaca bir kullanma hakkı sağlayan sözleşme uyarınca aile konutunun kullanıldığı bir kurguda hak sahibi olmayan eşin sözleşmenin karşı tarafına yapacağı bildirimle sözleşme tarafı haline gelmesinin söz konusu olmayacağıdır.

III. MK. M. 194 Hükümünün Sağladığı Korumanın Hukuki Niteliği

MK. m. 194 hükmünün sağladığı korumanın hukuki niteliğinin belirlenmesi aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşin rızasını gerektiren işlemlerin de belirlenmesini sağlar³⁷.

MK. m. 194 hükmünde getirilen sınırlamanın niteliği ile ilgili olarak öğretide üç temel eğilim olduğu söylenebilir. İlk grup, MK. m. 194 hükmünün diğer eşe bir katılım hakkı sağladığı fikrindedir³⁸. Bu görüş taraftarları, diğer eşin rızasının hem borçlandırıcı işlem hem de tasarruf işlemi için söz konusu olacağını belirtirler³⁹. MK. m. 194 hükmünde getirilen sınırlamanın niteliği ile ilgili ikinci görüş, burada bir fiil ehliyeti sınırlaması olduğu yönündedir⁴⁰.

³⁷ Benzer bir yargı için bkz. HAUSHEER/ RUOSS/ GEISER, Art. 169, N. 37.

³⁸ ŞIPKA, s. 51; BRÄM/ HASENBÖHLER, Art. 169, N. 7. Faruk ACAR, Aile Hukukumuzda Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, Ankara 2008, s. 177.

³⁹ BRÄM/ HASENBÖHLER, Art. 169, N. 15.; Türk Öğretisinde UÇAR, MK. m. 194 hükmündeki rızanın “ işlemin geçerli olarak kurulabilmesi için, taahhüt ve tasarruf işlemlerinde geçerli olan, kurucu nitelikteki *birlikte karar verme hakkının* özel bir görünümünü oluşturduğunu” belirterek, MK. m. 194 hükmünün diğer eşe birlikte karar verme hakkı tanıdığını ve MK. m. 194 hükmündeki rızanın hem borçlandırıcı hem de tasarruf işleminde aranacak bir rıza olduğunu belirtmektedir bkz. Ayhan UÇAR, 4721 Sayılı Medeni Kanun ile İhdas Edilen Yeni Bir Müessesesi: Aile Konutu Müessesesi, e – akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, s. 20.

⁴⁰ TUOR/ SCHNYDER/ RUMO- JUNGO, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, Erste Abteilung: Die Ehe, Dritter Abschnitt: Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, 12. Aufl. 2002, s. 285; HEGNAUER/ BREITSCHMID, § 17. N. 17; MEIER, s. 32; RUOSS s. 85.; KOÇHİSARLIOĞLU, aile hukuku söz konusu olduğunda medeni hukuk kavramlarının değişikliğe uğradığı, aile ilişkilerinin büyük ölçüde hukuktan bağımsız bir

İsviçre öğretisinde baskın olan bu görüş doğrultusunda eşin rızasının aranacağı işlem borçlandırıcı işlemdir⁴¹. Bir diğer deyişle aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş eşinin rızasını sağlayamadığı durumda aile konutunun devrine veya üzerindeki hakların sınırlandırılmasına yönelik geçerli bir borçlandırıcı işlem yapamaz.

Konu ile ilgili bir diğer görüş ise MK. m. 194' ü diğer eşin tasarruf yetkisini kısıtlamaya yönelik bir düzenleme olarak algılar⁴². Bu görüş doğrultusunda hak sahibi olan eşin yapacağı borçlandırıcı işlem MK. m. 194 (ZBG. Art 169) çerçevesinde diğer eşin rızasına ihtiyaç duymaksızın geçerlidir⁴³. Bazı yazarlara göre ise MK. m. 194 hükmü tasarruf yetkisine ilişkin bir sınırlama değildir⁴⁴. Bu konudaki bir diğer görüşe göre, MK. m. 194 hükmü ile aile konutu üzerinde hak sahibi eşin hukuki işlemlerinde diğer eşe bir katılım imkanı tanınmış ve bu halde bir tasarruf yetkisine veya fiil ehliyetine yönelik sınırlama yapılmamıştır⁴⁵. Hükmün getirdiği sınırlama bu anlayışta sözleşme

görünümüne sahip olduğu görüşündedir, Cengiz KOÇHİSARLIOĞLU, *Âile Hukuku Kavramlarının Farklılığı*, AÜHFD, C.53, S.3,2004, s. 19. Yazar bu anlayışından hareketle, aile hukuku bağlamında ele alınan fiil ehliyetinin klasik anlamından daha değişik algılanması yönündeki görüşü göz önünde bulundurulmak suretiyle, MK. m. 194 hükmünün fiil ehliyeti bağlamında aile yararı ölçütünü benimsediğini belirtmektedir, Cengiz KOÇHİSARLIOĞLU, *Aile ve Aile Yararı, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum*, Ankara 2007, s. 72.

⁴¹ TUOR/ SCHNYDER/ RUMO- JUNGO, s. 285; HEGNAUER/ BREITSCHMID, § 17, N. 17; MEIER, s. 32.

⁴² GÜMÜŞ, s. 36; BARLAS, s. 121; Murat DOĞAN, *Türk Medeni Kanununun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler*, AÜHFD, C. 52 S. 4, 2003, s. 106.; DOĞAN, *Aile Konutu*, s. 294.

⁴³ HAUSHEER/ REUSSER/ GEISER, Art. 169, N. 40, GÜMÜŞ, s. 29; GÜMÜŞ, *Mal Rejimleri*, s. 76.

⁴⁴ Rona SEROZAN, *Aile Konutunun Şerhine Değişik Bir Yaklaşım*, Prof. Dr. Zahit İmre'ye Armağan, İstanbul 2009, s. 281. Yazar ayrıca, MK. m. 194 hükmünde bir tasarruf yetkisi sınırlamasından bahsedilecekse bunun özel çıkarı koruyan basit bir tasarruf yetkisi sınırlamasından öte kamusal çıkarı korumaya yönelmiş bir tasarruf yetkisi sınırlaması bulunduğunu bildirir. Bu yaklaşım, hak sahibi olmayan eşin aile konutunun devrine veya üzerindeki hakların sınırlandırılmasına yönelik işlem için gereken rızası en geç işlemin yapılması anında sağlanması gerektiğini, eşin işlemin yapılmasından sonra vereceği icazet ile işlem geçerli hale gelmeyeceğini savunur, bkz. SEROZAN, *İmre'ye Armağan* s. 282; Ayrıca bkz. Rona SEROZAN, *Aile Konutunun Şerhine Değişik Bir Yaklaşım*, Prof. Dr. Ali Naim İNAN' a Armağan, Ankara 2009, s. 593.

⁴⁵ Ahmet M. KILIÇOĞLU, *Türk Medeni Kanununda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı*, Ankara 2002, s. 3. H. ACAR' a göre ise, MK. m. 194 hükmünün kapsamına giren işlemin borçlandırıcı veya tasarruf işlemi niteliğine değil,

özgürlüğüne ilişkindir. Aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin ne fiil ehliyetinin ne de tasarruf ehliyetinin sınırlandırılmışı kabul eden bu görüş uyarınca diğer eşin rızasının aranacağı hukukî işlemler sadece tasarruf işlemleri değildir⁴⁶.

Aile konutu kurumuna ilişkin net bir tavır almak, iki noktayı açıklığa kavuşturmayı zorunlu kılar. İlk olarak hükmün amacı belirlilik kazanmalıdır. Daha sonra bu amaç çerçevesinde aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin hangi tür işlemlerine diğer eşin iradesi ile set çekilebileceği, hak sahibi eşin hangi tür işlemlerde eşinin kendisinininkine uygun iradesini de yanında taşımak zorunda olduğu belirlenmelidir. Bize göre hak sahibi olan eş- aile konutu üzerindeki hakkının niteliğine bakılmaksızın- aile yaşamının, ilişkilerinin merkezi haline gelen konutu bu yaşamsal önemini hesaba katmadan işleme konu edemez. Bizce, ailenin bütününe ilgilendiren, daha borçlandırıcı işlemlerde müdahale edilmesi gereken bir çıkar söz konusudur. Kanun koyucu konutun ailesi için önemini (ülkemiz koşullarında çoğu zaman ailenin barınma ihtiyacını) hiçe sayan kimsenin fiil ehliyetine müdahale etmektedir. Bu fikir İsviçre - Türk öğretisinde destek bulduğu gibi eleştirilere de maruz kalmıştır. Bu noktada en esaslı eleştiri fiil ehliyeti sınırlamasının mantığında ehliyeti sınırlanan kişiyi korumanın amaçlandığı⁴⁷; MK. m. 194 hükmünün ise ehliyeti sınırlanan kişiden başkasının menfaati için getirilmiş olduğudur. MK. m. 194 hak sahibi olan eşi değil evlilik birliğini korumak için getirilmiştir⁴⁸. Gözden uzak tutulmaması gereken nokta ise fiil ehliyetinin kısıtlandığı düşünülen kişinin de evlilik birliği içinde yer aldığıdır. Başka bir söyleyişle MK. m. 194 hükmünde fiil ehliyetine müdahale edildiğini düşünmek, ehliyeti sınırlanan kişinin menfaatini tamamen dışlamak anlamına gelmez. Bu anlayışta kişinin kendisinin de dâhil olduğu ailesinin korunması onun menfaatlerini de korumak anlamına gelir.

aile konutu üzerinde yaratacağı olumsuz etkiye bakmak gerekir, bkz. Hakan ACAR, Türk Medeni Kanunu m. 194 Kapsamında Aile Konutu Üzerinde İyi niyetli Üçüncü Kişilerin Hak Kazanımı, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sayı: 47-48, s. 11.

⁴⁶ KILIÇOĞLU, s. 18. Bu noktada yazarın tasarruf işlemlerinin yanı sıra borçlandırıcı işlemleri de MK. m. 194 hükmüne tabi tuttuğunu “gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi” için diğer eşin rızasını aramasından anlıyoruz, bkz. KILIÇOĞLU, s. 18.

⁴⁷ ŞİPKA, s. 49

⁴⁸ ŞİPKA, s. 50.

Kaldı ki fiil ehliyeti kısıtlamalarında ehliyeti kısıtlanan kişiden başkasının menfaatinin gözetilmesi sistemimize tamamen yabancı değildir. Savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşam tarzı, kötü yönetim sebeplerinde kişinin ailesini darlık ve yoksulluğa düşürme tehlikesine sokması ehliyetin sınırlanması sonucunu doğurur.

Bizim anlayışımız açısından MK. m. 194, MK. m. 406 düzenlemesinde görülen davranışları ile ailesini darlık ve yoksulluğa düşüren kişinin ehliyetini sınırlayan yapıya paralel bir bilinç taşır. Ailesinin yaşam merkezini, bir ihtimalde eşinin, çocuklarının barınma ihtiyacını tehlikeye sokacak şekilde işlem yapan kişinin fiil ehliyetine somut bir işlemle sınırlı olarak bir set çekilmekte onun tek başına hareket etmesi engellenmektedir.

İleri sürülen görüşlerin pratik sonuçlarını da ele almak gerekir. MK. m. 194 hükmünün tasarruf işlemi rızaya bağladığı görüşü çerçevesinde bu rızanın alınmadığı kurgusunu irdeleyelim. Aile konutuna ilişkin (örneğin konutun mülkiyetini devir borcu doğuran) borçlandırıcı işlem yapan eş, bu borçlandırıcı işlem çerçevesinde borcunu ifa etmek için tasarruf işlemi gerçekleştirme aşamasında eşinin muhalefeti ile karşılaşmış ve tasarruf işlemi yerine getirememiştir. Bu halde tasarruf işlemi gerçekleştirilemeyen hak sahibi eşin işlemin karşı tarafının ifaya olan çıkarını karşılamak zorunda olduğunu kabul etmek gerekir. Bu noktada, evlilik birliği tasarruf işlemine rıza gösterilmemesi ile daha kötü bir konuma düşürülmüş olur. Bu anlayışta bir cepheden korunan aile konutu diğer bir cepheden saldırıya açık hale gelir⁴⁹. Bu nedenle MK. m. 194 hükmünde aranan rızanın borçlandırıcı işleme sirayet ettiğini kabul etmek aile konutuna daha etkili bir koruma sağlar.

Diğer taraftan MK. m. 194'ün diğer eşe katılım hakkı sağladığına ilişkin yaklaşımın hükmü bir fiil ehliyeti sınırlaması olarak algılayan görüşten farklı sonuçlar vermediğini de belirtmek gerekir⁵⁰.

⁴⁹ GÜMÜŞ, bu noktada aile konutuna yönelik sağlanan korumayı “Nasreddin Hoca'nın üç tarafı açık olmasına rağmen kapısında kocaman bir kilit olan türbesine” benzetir bkz. GÜMÜŞ, s. 39.

⁵⁰ ŞİPKA, s. 41.

IV. Hak Sahibi Olmayan Eşin Aile Konutunu Konu Edinen Hukuki İşlemlere Rıza Göstermesi

MK. m. 194 hükmü hak sahibi olmayan eşin rızaya ilişkin irade beyanının “açık” olmasını şart koşsa da herhangi bir şekil zorunluluğu belirtmez. Bu halde rızanın herhangi bir şekle bağlı olmaksızın ortaya konulması düşünülebilir⁵¹ de TST. m. 11 hükmü uyarınca Tapu Memurunun yazılı izin olmaksızın işlem yapmayacağı da gözden uzak tutulmamalıdır. MK. m. 194 hükmü uyarınca aile konutu üzerindeki hakkı devreden veya sınırlandıran işlemlerin bağlı olduğu rıza söz konusu işlemin yapılmasından önce de sonra da verilebilir⁵². Buna karşılık rıza mutlaka somut, belirli bir işleme ilişkin olmalıdır⁵³.

V. Hak Sahibi Olmayan Eşin Aile Konutunu Konu Edinen Hukuki İşlemlere Rıza Göstermemesinin Sonuçları

Aile konutu üzerinde yapılan ve diğer eşin rızasına ihtiyaç duyulduğu halde bu gereğin yerine getirilemediği ya da diğer eşin rıza göstermediği hukukî işlemin akibeti öğretide MK. m. 194 hükmü ile getirilen sınırlamanın hukuki niteliği hakkındaki görüşlere paralel bir şekilde ortaya konmaktadır. GÜMÜŞ, MK. m. 194 hükmünün bir tasarruf yetkisi sınırlaması niteliğinde olduğunu belirterek işlemin rızanın sağlanamadığı durumlarda butlan benzeri kendine özgü bir hükümsüzlüğe uğrayacağını söylemektedir. Başka bir söyleyişle rıza alınmadan yapılan işlem sözü edilen geçersizlik yaptırımına (butlan benzeri kendine özgü hükümsüzlük) uğrarken, rızanın verilmemesi halinde kesin hükümsüzlük söz konusu olacaktır⁵⁴. Bu anlayışta, diğer eşin rızasının beklendiği evrede işlem tarafları için bağlayıcı değildir⁵⁵. ŞİPKA’ ya göre ise işlem ilk planda noksanlık yaptırımı ile karşı karşıya kalır, diğer eşin rızasının alınmadığı durumda da kesin hükümsüzlüğe uğrar. ŞİPKA, MK. m. 194 uyarınca rıza alınmadan yapılan işlemin noksan olduğunu ve askıda hükümsüz olduğunu bildirmektedir⁵⁶. GEISER, rızanın alınmadığı bir hukuki işlemin

⁵¹ GÜMÜŞ, s. 42. ; GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 83.; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 163; Buna karşılık, GENÇCAN ise MK. m. 194 hükmünün “açık” ibaresinden iznin resmi şekilde olması sonucunu çıkarmaktadır, GENÇCAN, s. 1715.

⁵² GEISER, s. 20; GÜMÜŞ, s. 43; ŞİPKA, s. 141.

⁵³ GEISER, s. 20; HAUSHEER/ REUSSER/ GEISER, Art. 169., N. 47.

⁵⁴ GÜMÜŞ, s. 43.

⁵⁵ GÜMÜŞ, s. 44.

⁵⁶ ŞİPKA, s. 149.

geçersiz olduğunu belirtmektedir⁵⁷. SEROZAN' a göre MK. m. 194 hükmü uyarınca aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşin rızası en geç konut üzerinde hakları kısıtlayacak olan işlemin yapıldığı anda verilebilir⁵⁸. Sonradan alınacak rıza yapılan işlemi geçerli hale getirmez. Bu yaklaşım temellerini, MK. m. 194 hükmündeki sınırlamanın, özel çıkarı korumaktan öte, aileyi korumaya yönelmiş kamu hukuku karakterli bir tasarruf yetkisi olduğu yönündeki anlayışta bulur⁵⁹. Bundan dolayıdır ki rıza alınmadan yapılan işlem kesin hükümsüzdür⁶⁰.

Hak sahibi olmayan eşin aile konutuna ilişkin işleme rıza göstermemesi üzerine gündeme gelen kesin hükümsüzlüğün ileri sürülmesi özellikle taşınmazlar bakımından ayrı bir incelemeyi gerektirir. Öğretide bir görüş, hak sahibi olmayan eşin rıza göstermemesi nedeniyle geçersiz olan tasarruf işlemleri sonucunda üçüncü kişi adına yapılan yolsuz tescilin düzeltilmesini, sadece işlem tarafı olan eşin dava edebileceğini belirtir⁶¹. Bu anlayışta hak sahibi eşten başkasına özellikle rızası alınmayan eşe tapu kütüğünün düzeltilmesi davası açma hakkını tanımak MK. m. 1025'in "ayni hakkı zedelenen" ibaresi karşısında mümkün değildir⁶². MK. m. 194' ün amacı dikkate alınarak sadece işlem tarafı olan eşe dava açma yetkisi tanıyan yaklaşımın reddedilmesi gerekir. Konut üzerinde hak sahibi olmayan eşin rızası olmadan gerçekleşen işlemlere etkili bir şekilde müdahale edebilmek, böylesi bir işlemin olası zararlı sonuçlarını giderebilmek, MK. m. 194' ün sağladığı korumanın bir gereğidir. Bu halde aile konutuna ilişkin tapu kütüğünün düzeltilmesini işlem tarafı olan eşin insafına bırakmak MK. m. 194 hükmünü etkisizleştirir.

Konuya ilişkin başka bir görüş, MK. m. 194'ün konut üzerinde hak sahibi olan eşe ait tapu kütüğünün düzeltilmesi davası açma yetkinliğini diğer eşe taşıdığını belirtir⁶³. Bize göre de yolsuz tescilin düzeltilmesi amacıyla dava açması gündeme gelecek olan kişi - bir ayni hakkı ihlal edilmediği halde- rızası alınmadan işlem yapılan diğer eş olacaktır. Bu noktada yolsuz tescilden hakkı tehlikeye düşen ve tapu kütüğünün düzeltilmesi davasını açan kişinin ayni hak

⁵⁷ GEISER, s. 20.

⁵⁸ SEROZAN, İmre'ye Armağan s. 282.

⁵⁹ SEROZAN, İmre'ye Armağan, s. 282.

⁶⁰ SEROZAN, İmre'ye Armağan s. 282.

⁶¹ Serkan AYAN, Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004, s. 106.

⁶² AYAN, s. 106.

⁶³ SEROZAN, İmre'ye Armağan, s. 287.

sahibi olan kimse olması prensibi bir kırılmaya uğrar. Bu kırılma, MK. m. 194 hükmünün aslında aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşe ait dava açma yetkisini diğer eşe taşıdığı, ona- SEROZAN' ın kullandığı deyimle- bir “dava yetkinliği” tanıdığı ile açıklanabilir. Böyle bir yaklaşım aile konutu şerhini de bir ölçüde tutarlı bir şekilde açıklamaya yardımcı olur. Aile konutu şerhi, MK. m. 194' ün hak sahibi olmayan eşe tapu kütüğünün düzeltilmesi bakımından sağladığı dava yetkinliğinin uzantısı olarak düşünülebilir. Buna göre aile konutu şerhi, hak sahibi olmayan eşin açacağı tapu kütüğünün düzeltilmesi davası sırasında davalının yapacağı olası devir işlemlerinde üçüncü kişilerin iyi niyetini ortadan kaldırır. Bir diğer söyleyişle aile konutu şerhi, tapu kütüğünün düzeltilmesi davası ile bağlantılı bir şekilde gündeme gelen geçici tescil şerhi olarak yorumlanır. Böylesi bir nitelendirmede gözden uzak tutulmaması gereken nokta aile konutu şerhinin hak sahibi eşin üçüncü kişi ile işleme girişmeden tapu siciline düşülebilmesi imkanındır. Üçüncü kişi ile işlem yapılmamış bir diğer deyişle aile konutuna ilişkin tapu kaydı yolsuzlaşmamışken aile konutuna ilişkin şerhin gündeme getirilebilmesi ortada öncelenmiş bir geçici tescil şerhinin söz konusu olduğunu kabul etmeyi zorunlu kılar.

VI- Aile Konutunu Hak Sahibi Olan Eşten Devralan Üçüncü Kişilerin İyiniyetinin Korunması ve MK. m. 194 Hükmü İle Getirilen Şerhin Hukuki Niteliği

A. Öğretide İleri Sürülen Yaklaşımlar

Aile konutu şerhinin hukuki niteliğinin bulunması, MK. bağlamında ne tür bir şerhin söz konusu olduğunun belirlenmesi bir kaç sorunun yanıtlanmasına bağlıdır. Aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşle işlem yapan kimselerin iyiniyeti korunmalı mıdır? Tapu kütüğündeki kayıtlara güveni koruyan MK. m. 1023 hükmü aile konutu bağlamında ne zaman devreye girer? Aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eş MK. m. 194 f.1 hükmünden sağlanan korumadan yararlanabilmek için bu şerhi yaptırmak zorunda mıdır? Bir diğer anlatımla bir konutun aile konutu olarak kabul edilebilmesi ve MK. m. 194 bağlamında korunabilmesi için şerh zorunlu mudur? Önce yukarıdaki sorulara yanıt aranmaya çalışılacak sonrasında ise öğretide şerhi nitelendirmek için ortaya atılan görüşler özetlenecektir.

Aile konutuna ilişkin tapu sayfasında şerhin bulunmadığı bir kurguda tapu kütüğünün yolsuz olduğundan bahsedilemez. Zira gerçek hak durumu ile tapu

kütüğünden kamuya yansıtılan hak durumu arasında herhangi bir uygunsuzluk yoktur. Burada MK. m. 194 hükmünden kaynaklanan ve bir görüşe göre hak sahibi ve sicil yetkilisi eşin tasarruf yetkisini, bir başka görüşe göre ise fiil ehliyetini sınırlandıran tapu dışı bir durum söz konusudur. Hak sahibi eşle işlem yapan kimsenin iyiniyeti de bu noktada tapu dışı bir unsura yani işlemin karşı tarafının tasarruf yetkisinin veya fiil ehliyetinin sınırlanmadığına yöneliktir. Oysaki MK. 1023 hükmü ile koruma altına alınan iyiniyet tapu kütüğünde yer alan unsurlara yöneliktir. Bir diğer deyişle MK. m. 1023 korumasından yararlanacak olan kişi tapu kütüğündeki yolsuz kaydın gerçeği yansıtmadığını bilmeyen ve bilmesi de kendisinden beklenmeyen bir kimse olmalıdır.

Diğer taraftan aile konutuna ilişkin MK. m. 194 hükmünün getirdiği sınırlama (ister tasarruf yetkisi ister fiil ehliyeti kısıtlaması olsun) konutun tapu sayfasına yapılacak şerhten önce doğar. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da şerhin kurucu olmadığını bildirerek bu hususu teyit eder⁶⁴. O halde hak sahibi olan eşle işleme girişen iyiniyetli kimse aile konutuna ilişkin tapu sicil kaydında şerh olsun olmasın tapu dışı unsura güvendiği için MK. 1023 korumasından yararlanamaz ve bu kimse adına yapılan tescil yolsuz olur.

MK. m. 194 hükmü ile ilgili olarak birbirinden farklı görüşler ileri sürülse de eşle işleme girişen kimsenin iyiniyetinin korunmayacağı, bu kimsenin yapılan işlemle hak sahibi olmayacağı İsviçre - Türk öğretisindeki hakim görüştür⁶⁵.

Ülkemiz açısından işlem tarafı üçüncü kişinin iyiniyeti sorununun başka bir boyut kazandığı görülür. Bu başkalık, MK. m. 194' ün, mehzası olan ZGB. Art. 169 düzenlemesinden ayrıldığı, bize özgü “fazlalığından” kaynaklanır. MK. m. 194, mehzadan farklı olarak aile konutu şerhine yer vermiştir. MK. m. 194 hükmünü muğlaklaştıran, uygulama alanının hükmün amaçladığından daha dar bir konuma çekilmesine neden olan olgunun da aile konutu şerhi olduğunu söylemek mümkündür⁶⁶.

⁶⁴ YHGK. 04.10.2006, 2006/2- 591 K. 2006/ 624 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

⁶⁵ Hükmün tasarruf yetkisi sınırlamasına ilişkin olduğunu kabul eden HAUSHEER/ REUSSER/ GEISER, Art. 169. N. 59.; GÜMÜŞ, s. 47; MK. m. 194 (Art. 169)'un diğer eşe katılma hakkı tanıdığını söyleyen, BRÄM/ HASENBÖHLER, Art. 169, N. 73; H. ACAR, s. 178; Hükmün fiil ehliyeti kısıtlaması getirdiği görüşündeki HEGNAUER/ BREITSCHMID, § 17 N. 18.

⁶⁶ H. ACAR da aile konutu şerhinin uygulamada karşılaşılan problemlerin temelinde yer aldığını, hükmüne eklenen şerhin eşya hukukunda yaratacağı etkilerinin kanun koyucu tarafından dikkate alınmadığını belirtmektedir, bkz. H. ACAR, s. 18.

Ülkemize özgü bu şerhin hukukî niteliğine ilişkin görüşler, MK. m. 194 hükmünün sağladığı korumanın neye ilişkin olduğuna yönelik tespitlerle az çok paralellik gösterir. MK. m. 194 hükmünün tasarruf işlemleri için getirildiğini söyleyen yazarlar, şerhin hukuki niteliğini ise tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi olarak belirler⁶⁷. Bu anlayışta MK. m. 194 hükmü uyarınca aile yaşamının merkezi haline getirilen konut üzerinde hak sahibi olan eşin tasarruf yetkisi şerhin varlığına bağlı olmaksızın sınırlanmıştır. Tapu kütüğünde şerh olsun olmasın diğer eşin rızası olmadan hak sahibi eşle işlem yapan kişinin iyiniyeti işlemin geçersizliğini etkilemeyecek, bu kimse adına yapılan tescil yolsuz olacaktır. İşte bu noktada yani hak sahibi eşle işlem yapan kimse adına yapılan ve fakat yolsuz olan tescil işleminden sonra bu kimse ile (işlem tarafı üçüncü kişi ile) işleme girişecek olan üçüncü kişilerin MK. m. 1023 korumasından yararlanmalarını engelleme noktasında MK. m. 194 hükmünde yer verilen şerh devreye girecektir. Bir diğer deyişle şerhin hedefi, işlem tarafı üçüncü kişinin değil bu kimse işleme girişen üçüncü kişinin iyiniyetidir. ŞİPKA' nın da MK. m. 194 ile diğer eş açısından bir "katılma hakkı" getirildiği görüşü ile birlikte şerhin fonksiyonunu, MK. m. 194' ün aile konutunu koruma amacından hareketle benzer şekilde açıkladığı görülür⁶⁸.

Buna karşılık tasarruf yetkisi şerhinin özellikle aynı hak değişikliğine yönelmiş kişisel taleplerin yedeğinde gündeme gelmesi, rızası alınmayan eşin talebinin ise bu nitelikte olmaması şerhi tam anlamıyla bir tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi olarak nitelemeye engel oluşturur. Ayrıca tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhlerinin mahkeme kararına veya yetkili makamın kararına bağlı olarak verilmesi kuralı⁶⁹ da tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi yaklaşımının önündeki engellerdendir⁷⁰. Bu nedenle MK. m. 194 hükmünün tasarruf yetkisi kısıtlaması olduğunu bildiren yazarların aile konutu şerhini de *gerçek olmayan tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi* şeklinde tanımladıkları görülür⁷¹.

MK. m. 194 hükmünün ne fiil ehliyetine ne de tasarruf ehliyetine yönelik bir kısıtlama getirdiğini savunan ve hükmü sözleşme özgürlüğü sınırlaması olarak gören KILIÇOĞLU aile konutu şerhini MK. m. 1009 hükmü kapsamında

⁶⁷ GÜMÜŞ, s. 52.; BARLAS, s. 125.

⁶⁸ ŞİPKA, s. 160.

⁶⁹ GÜMÜŞ, s. 55

⁷⁰ SEROZAN, İmre'ye Armağan, s. 286.

⁷¹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 164.

değerlendirir⁷². KILIÇOĞLU, MK. m. 194 hükmünün MK. m. 1023 hükmünde gözetilen tapu siciline güven ilkesine bir istisna getirmediğini bildirmektedir⁷³. AYAN, REİSOĞLU ve AKINTÜRK, şerhin, hak sahibi eşle işleme girişen üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldıracağını belirtirler⁷⁴. Şerh yapılmadığı takdirde eşle işleme girişen iyiniyetli üçüncü kişi MK. m. 1023 korumasından yararlanarak hak sahibi olacaktır.

Biz bir önceki başlıkta belirttiğimiz üzere aile konutu şerhini geçici tescil şerhi olarak nitelendiriyoruz. Şerhin niteliği bakımından aynı yönde düşündüğümüz SEROZAN, aile konutu şerhinin devir öncesi yapılamayacağını bildirmektedir⁷⁵. Bu yaklaşım, şerhler bakımından tipe bağlılık ilkesinde temellerini bulur. Ne var ki bu yaklaşıma katılmak imkânı yoktur. Kanun koyucunun aile konutu şerhini hak sahibi olmayan eşin devirden önce yapabilmesine imkân tanımak istediği ortadadır. Bu nedenle aile konutu şerhinin olası bir devirden önce gündeme getirilebilmesi karşısında şerhin “öncelenmiş geçici tescil şerhi” olarak düşünülmesini zorunlu kılar.

Aile konutuna ilişkin tapu kütüğüne bu nitelikte (geçici tescil şerhi) bir şerhin konulmasının aile içi ilişkileri olumsuz etkileyeceği savı⁷⁶ ise böyle bir imkân yaratan kanun koyucuya yöneltilmiş bir eleştiri olarak düşünülmelidir.

B. Yargıtay Uygulaması

Yargıtay uygulaması açısından bakıldığında oldukça değişik bir tablo ile karşılaşılır. Bir defa Yargıtay, şerh kaldırılmadıkça veya hukuki dayanağı kalmadıkça konutun aile konutu niteliğini devam ettirdiğini kabul eder. Yüksek mahkeme Aile konutunun eşin rızası alınmaksızın devredildiği bir durumda eşin açacağı tapu kütüğünün düzeltilmesi davasında konutu devreden eşin de davalı tarafta yer alması gerektiğini, davanın ona da yöneltilmesi gerektiğini belirtir⁷⁷. Bu yaklaşım MK. m. 194’ ün işlevini ne fiil ehliyeti sınırlaması ne de tasarruf yetkisi sınırlaması olarak açıklayan görüşlerle bağdaşır. Bu anlayışta rızası

⁷² KILIÇOĞLU, s. 21.

⁷³ KILIÇOĞLU, s. 20.

⁷⁴ AYAN, s. 105; REİSOĞLU, s. 3; Turgut AKINTÜRK, Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku, İstanbul 2003, s. 115.

⁷⁵ SEROZAN, İmre’ ye Armağan, s. 287.

⁷⁶ SEROZAN, İmre’ ye Armağan, s. 287.

⁷⁷ Y. 2. HD. E. 2004/1124 K. 2004/4388 T. 6.4.2004 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

alınmayan eş, hak sahibi olan eşle, onunla işlem yapan kişiye karşı talep ileri sürmektedir. Talebin kökeni, bir diğer anlatımla aile konutuna kanunun sağladığı korumanın niteliği, yüksek mahkeme tarafından net bir şekilde ortaya konmamaktadır. Ne var ki aşağıdaki paragraflarda analiz etmeye çalışacağımız kararında Hukuk Genel Kurulu şerhin fonksiyonunu açıklarken tasarruf yetkisi kısıtlamasından ve tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhinden bahsetmektedir. Oysa rızası alınmayan eşin açtığı tapu kütüğünün düzeltilmesi davasında husumetin işlem yapan hak sahibi eşe de yöneltilmesi, tasarruf yetkisi kısıtlaması görüşü bağlamında da mantıksızdır.

Yargıtay, evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesinden sonra, evlilik birliğinin devam ettiği dönemde yapılmış bir devrin MK. m. 194 çerçevesinde davaya konu edilemeyeceğini belirtmektedir⁷⁸.

Yargıtay, şerhin niteliği ilgili en somut belirlemelerini HGK. nun 04.10.2006 tarihli E. 2006/2- 591 K. 2006/ 624 sayılı kararı ile gündeme getirmiştir⁷⁹. Kararda geliştirilen anlayış yüksek mahkemenin sonraki uygulamasına da yön vermiş ve bu kararda yer alan ibareler sonraki kararlarda da aynen kullanılmıştır.

Hukuk Genel Kurulu, kararında ilk olarak şerhin (MK. m. 194) açıklayıcı olduğunu belirtmiştir. Bundan çıkan doğal sonuç, aile konutu niteliğinin ve buna bağlı olarak aile konutuna sağlanan korumanın şerhten önce etkisini göstermeye başlamasıdır. Ne var ki genel kurul, şerhin muhatabının bir diğer deyişle şerhin varlığının anlam taşıyacağı kişinin eşle yapılan işlemin tarafı olan kişi olduğunu belirtmiştir. İşlem tarafı kişi, tapu sayfasında şerh bulunmadığı bir kurguda iyiniyetli olmak koşulu ile aile konutu üzerinde hak sahibi eşin yapacağı işlemle kazanımda bulunabilir. Bu noktada aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eş, hak sahibi eşle işleme girişen kimsenin kötünietli olduğunu ispat etmekle yükümlüdür. Mahkeme bu yargısını MK. m. 1023 hükmü ile temellendirmiştir. Yargıtay' ın bakış açısına göre MK. m. 194, 1023' ü dışlamaz. Karar, öğretide çeşitli yönlerden eleştiriye uğramıştır. MK. m. 194 hükmünün aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin tasarruf yetkisine getirilmiş bir sınırlama ve hükümde yer verilen şerhin de bir tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi olduğunu savunan GÜMÜŞ, kararı eleştirmektedir. Yazara göre ilk olarak, MK. 1023

⁷⁸ Y. 2. HD. E. 2009/19922 K. 2010/387 T. 13.1.2010 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

⁷⁹ YHGK. 04.10.2006 E. 2006/2- 591 K. 2006/ 624 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, aynı karar için bkz. GENÇCAN, s. 1270-1277.)

hükmü ile güvence altına alınan tapu kütüğüne tescil edilmiş olan kişiye ilişkin yolsuz kayda duyulan güvendir. Bu çerçevede rızası aranan eşin isteğine bağlı olarak yapılan ve temelde bir açıklama işlevi gören şerhin yapılmamış olması aile konutu olan taşınmazın tapu kaydını yolsuz hale getirmez. Hak sahibi eşten konutu devralan kimselerin konutun aile konutu olmadığına yönelik iyiniyeti MK. m. 1023 kapsamında koruma görmez. Yazara göre, mahkemenin bu yaklaşımı bir konutun aile konutu niteliğini kazanması için şerhin yapılması MK. uyarınca zorunlu tutulduğunda bir anlam taşıyabilirdi⁸⁰. Ne var ki aile konutu şerhinin yapılmasına yönelik bir zorunluluk yoktur. SEROZAN' a göre mahkemenin bu anlayışı, kanun koyucunun şerh takıntısının bir sonucudur. Bir diğer deyişle madde metninde şerhe yer verilmiş olmasının sonucunda böyle bir anlayış gelişmiştir⁸¹. H. ACAR ise, karara kısmen katılmaktadır. Yazara göre, MK. m. 1023 hükmü lafzı itibari ile sadece tapu kütüğünde yer alan yolsuz kayda değil, tapu kaydında yer alan her türlü tescillere yönelik iyiniyeti korumaya yönelmiştir. Bu çerçevede yazar, MK. m. 194' ün üçüncü kişinin iyiniyetinin korunmayacağını açıkça belirtmediğini bu nedene de MK. m. 1023' e ilişkin bir istisnanın söz konusu olmadığını belirtir⁸². Bununla birlikte yazar, mahkemenin yaklaşımını, aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşe, karşı tarafın iyiniyetli olmadığını ispat etme külfetini yüklediği için eleştirmekte ve bu noktada hükmün getiriliş amacı ile çelişildiğini bildirmektedir⁸³.

Hukuk Genel Kurulunun kararının MK. m. 194 hükmü ile koruma altına alınan menfaatle örtüşmediği açıktır. Diğer taraftan aile konutu şerhi barındırmayan tapu kütüğünde herhangi bir yolsuzluk olmadığı da açıktır. Başka bir söyleyişle aile konutu üzerinde hak sahibi eşle işlem yapan üçüncü kişinin olası iyiniyeti, güveni tapu dışı bir unsura yöneliktir. Tapu dışı bir unsura güven ise MK. m. 1023 kapsamında koruma görmez⁸⁴. Bu noktada MK. 1023 hükmünün uygulanmasına yönelik şart gündemde değildir. Yargıtay'ın aile konutu şerhinin mevcut olmadığı durumda hak sahibi eşle işleme girişen

⁸⁰ GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 108

⁸¹ SEROZAN, İmre'ye Armağan, s. 280, s.282.

⁸² H. ACAR, s. 17.

⁸³ H. ACAR, s. 17; Yazar, hak sahibi olmayan eşe, hak sahibi eşle işlem yapan kimsenin iyiniyetli olmadığını ispatlama yükü getirilmesi şeklinde beliren sorunun çözümü için mehzaz kanuna paralel bir şekilde tapu memuruna, işlem konusu konutun aile konutu olup olmadığını araştırma yükümlülüğü getirilmesini önermektedir.

⁸⁴ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 207.

kimsenin iyiniyetli olması halinde taşınmaz üzerinde hak sahibi olacağını bildiren yaklaşımı şerhin kurucu olduğu kabul edildiğinde anlam taşıyabilir. Oysa ki Hukuk Genel Kurulu şerhin kuruculuğundan bahisle hüküm kuran ilk derece mahkemesinin yaklaşımını doğru bulmamıştır. Ne var ki Genel Kurul verdiği kararlar hak sahibi olmayan eşe üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığını ispatlama yükü getirerek şerhe fiilen kurucu bir etki tanımıştır.

Sonuç

MK. m. 194 hükmü aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş açısından bir fiil ehliyeti sınırlaması olarak algılanmalıdır. Bu anlayış hükmün sağladığı korumayı etkin bir hukuki konuma kavuşturur. Diğer taraftan hükümde belirtilen ve aile konutu üzerinde hakların sınırlanması olarak belirlenen işlemler öğretide takınılan tutumun aksine geniş bir bakış açısıyla ele alınmalıdır. Aile konutu ile ilgili olarak ülkemiz açısından yaşanan sorun, aile konutuna sağlanan korumayı güçlendirmek amacıyla getirilen şerhin amacına aykırı bir işlev görmesidir. Türk öğretisindeki baskın yaklaşım hükmün tasarruf yetkisi kısıtlaması getirdiğinden bahisle bu şerhi bir tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi olarak nitelendirir. Biz bu noktada hükümde bir tasarruf yetkisi kısıtlamasından öte bir fiil ehliyeti sınırlaması söz konusu olduğunu düşünüyor ve ortada bir tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi bulunduğu fikrine katılmıyoruz. Bu çerçevede aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşe MK. m. 194' ün aslında hak sahibi eşe ait tapu kütüğünün düzeltilmesi davası hakkı verdiği ve söz konusu şerhin de bu bağlamda geçici tescil şerhi olduğunu kabul etmek gerekir.

Şerhin hukuki niteliği tartışmasına girilmeksizin İsviçre- Türk öğretisinin çoğunluğu aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşle işleme girişen kimsenin - iyiniyetine dikkate alınmaksızın- yaptığı işlemle herhangi bir hak kazanamayacağını bildirmesine rağmen Yargıtay aile konutu şerhinin yokluğunda, MK. m. 1023 hükmünü göz önüne alarak hak sahibi eşle işlem yapan kimsenin iyiniyetine sonuç bağlar şekilde karar vermektedir. Bunun yanı sıra Yargıtay aile konutu şerhinin varlığına tartışma götürür şekilde sonuçlar bağlamakta, paylı mülkiyete tabi taşınmazlarda aile konutu şerhinin varlığı ile taşınmazın sürekli amaca özgülendiğini kabul etmektedir. Böyle bir anlayışın arka planında MK. m. 194 /III hükmü ile getirilen şerh yer almaktadır. Bütün bu nedenlerle Türk Medeni Kanununa ilişkin olası bir değişiklikte aile konutu

şerhine ilişkin düzenlemenin madde metninden çıkartılması ve hükmün mehzaz kanunla paralelliğinin sağlanması gerekir.