

MEDENİ KANUNUN GETİRDİĞİ YENİ BİR MÜESSESE: AİLE KONUTU

*Yrd.Doç.Dr. Murat DOĞAN**

I. GENEL OLARAK

4721 sayılı Medeni Kanun, Türk Hukukuna aile konutu kavramını getirmiş bulunmaktadır. Hukuki bir müessese olarak aile konutu ilk defa bu kanunla ele alınmış ve çeşitli bakımlardan düzenlemeye tabi tutulmuştur. Bu çalışmada Medeni Kanunun bu yeni müesseseye ilişkin düzenlemeleri ele alınacaktır. Öncelikle aile konutu kavramı açıklanarak, seçimi, bununla ilgili bazı işlemler bakımından eşlerin yetkileri ve ayrı yaşama halinde konuttan yararlanma ve onunla ilgili işlemleri yapabilme açısından değişen hukuki duruma ilişkin kanunun düzenlemeleri değerlendirilecektir. Evlenmenin sona ermesi halinde aile konutunun hukuki akıbetinin ne olacağı ise ayrı bir maddede ele alınacaktır.

II. AİLE KONUTU KAVRAMI

Medeni Kanun “aile konutu” terimine evliliğin genel hükümleri kısmında 194. maddede, mal rejimleriyle ilgili olarak 240, 254, 255 ve 279. maddelerde ve mirasın paylaşılmasına ilişkin kısımda 652. maddede yer vermektedir. Bunların dışında evliliğin genel hükümleri kısmında 186 ve 197. maddede sadece konuttan söz edilmekle birlikte bununla kastedilenin aile konutu olduğu anlaşılmaktadır. Bu düzenlemeler, çoğunlukla, İsviçre Medeni Kanununun aynı mahiyetteki hükümlerini karşılamaktadır (İMK m.162, 169, 176, 219, 244, 612a)¹. Bu hükümlerde, İsviçre Medeni Kanununda olduğu gibi aile konutunun tanımı yapılmamıştır. Kanunun gerekçesinde ise, aile konutu, eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alan şeklinde tanımlanmıştır². Doktrin de ise

* Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Öğretim Üyesi.

¹ Aile konutuna ilişkin çeşitli hukuk sistemlerindeki düzenlemeler için bkz., Şipka, Ş., Türk Medeni Kanunu’nda Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK. m. 194), İstanbul, 2002, 54 vd.

² Bkz., Türk Medeni Kanunu Gerekçesi, 382.

kavramın, eşlerin iradesiyle onların barınmasına sürekli olarak tahsis edilen yeri (meskeni) ifade ettiği kabul edilmektedir³.

Bu tanımlardan hareketle aile konutunun, sürekli olarak barınma ihtiyacını karşılayan ve ailenin hayat merkezini oluşturan konut olduğunu söyleyebiliriz. Buradaki aile resmi bir evlilik akdine dayanan birlik olup, fiili birliktelikleri kapsamaz⁴. Bu konut, ailenin maddi ihtiyacını karşılamasına ilaveten, hayatın önemli bir bölümünün birlikte geçirildiği alan olarak aile fertleri bakımından manevi bir değer de taşır⁵. Bu anlamda eşler tüm ailenin oturmasına tahsis edilen tek bir konutu aile konutu olarak belirleyebilirler⁶. Aile fertlerinden birinin veya bazılarının diğerlerinden ayrı olarak oturduğu yazlık ve benzeri ikincil nitelikteki konutlar, ailenin hayat merkezini oluşturmadıkları ve bunların kaybı eş ve çocukların barınma hakkını engellemediğinden, aile konutu olarak kabul edilemez⁷. Eşlerden biri işyeri veya ticari işletmesinin bir bölümünü aile konutu olarak özgülemiş de olabilir. Örneğin, bir dairenin bir bölümünde eşlerden biri kuaför olarak çalışırken, kalan bölümü ailenin barınması amacıyla kullanılıyorsa böyledir. Bu gibi durumlarda söz konusu yer ile ilgili işlemler aile konutuna ilişkin hükümlere tabi olmalıdır⁸.

Aile konutu, aile bakımından böylesine önemli olduğu için, bu konutun seçimi gibi, daha sonra bununla ilgili yapılacak işlemler de önem arz eder. Çünkü, bu işlemlerin eşlerden biri tarafından yapılması halinde, diğer eş bundan zarar görebilir. Örneğin, eşler arasında birtakım sebeplerle anlaşmazlık çıkmışsa, kira halinde, sözleşmeyi yapan eş bunu feshederek eşini zarara uğratabileceği gibi, evin mülkiyet hakkına sahipse, başkasına satarak veya bağışlayarak da bu amacına ulaşabilir. 743 sayılı Medeni Kanunun yürürlükte olduğu dönemde, özellikle ko-

³ Bu tanım için bkz., **Knoepfler, F.**, İsviçre’de Yeni Aile Hukuku Üzerinde Açıklamalar, (3 Eylül 1985 t. Konferans), (çev.: **A. Özer**), Yargıtay Dergisi 1988, C.14, S.1-2, (s.121-128), 124. Krş., **Kılıçoğlu, A. M.**, Türk Medeni Kanunu’nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara, 2002, 8-9. Kavramın esnek olduğu, ama ikinci derecedeki oturma yerlerini kapsamadığı yönünde bkz., **Koçhisarhoğlu, C.**, İsviçre’de Evlilik Birliği Hukukundaki Son Gelişmeler, Jale G. Akipek’e Armağan 1991, (s.431-452), 438. Burada sözü edilen konutun, müşterek oturulacak yer olduğu, bu yerin mutlaka bir ev olması gerektiği, bir kiralık daire, oda, otel odası, baraka, karavan ve geminin de müşterek konut olabileceği yönünde bkz., **Şıpka**, 68, 75.

⁴ **Kılıçoğlu**, 9; **Şıpka**, 73.

⁵ **Şıpka**, 53.

⁶ **Koçhisarhoğlu**, 438, 443; **Şıpka**, 82; **Reisoğlu, Seza**, Yeni Medeni Kanunun Bankaları İlgilendiren Başlıca Farklı Düzenlemeleri, www.tbb.org/turkce/konferans/Seza.doc, 2. Bununla birlikte, **Şıpka**, çok istisnai durumlarda birden fazla konutun aile konutu sayılabileceğini belirtmektedir. Bu konudaki örnekler için bkz., **Şıpka**, 79-80.

⁷ **Şıpka**, 82; **Kılıçoğlu**, 9.

⁸ **Şıpka**, 84.

canın bu tür kötüniyetli davranışlarla kadının ve çocukların barınma haklarını ellerinden aldığı görülmekteydi⁹. Bu bakımdan aile konutu özel düzenlemeyi gerektirecek kadar önem taşımaktaydı. Ayrıca, birlikte hayata ara verilmesi halinde de konutta kimin oturmaya devam edeceğinin belirlenmesi gerekmektedir.

III. EVLİLİK BİRLİĞİNİN DEVAMI SÜRESİNCE AİLE KONUTU

Medeni Kanun, evlilik birliğinin devamı süresince aile konutunun seçimi, buna ilişkin bazı işlemlerin yapılması ve birlikte yaşama ara verilmesi halinde konuttan kimin yararlanacağı konularına ilişkin düzenlemeler içermektedir.

A) KONUTUN SEÇİMİ

Medeni Kanun, eşlerin oturacakları konutu birlikte seçeceklerini öngörmektedir (m.186/1). Madde metninde açıkça belirtilmese de, burada sözü edilen konut aile konutudur. Seçilecek konutun eşlerin birlikte oturacakları konut olması, yani evlilik birliğinin merkezini oluşturacak, aile hayatının büyük bölümünün geçirileceği, müşterek hayatın sürdürüleceği alan olması aile konutu olarak nitelendirilmesini gerektirmektedir¹⁰. Bu yüzdendir ki, kanun koyucu konutun seçimini eşlerin birlikte yapmasını gerekli görmektedir.

Önceki düzenlemede oturulacak evin koca tarafından seçileceği öngörülmekteydi (743 s. MK m.152/2). Bununla birlikte, bu yetkinin keyfi bir şekilde kullanılmayacağı, kocanın, bu seçimi yaparken kadının onayını alması, sosyal ve ekonomik durumuna uygun düşecek şekilde ve dürüstlük kuralına uygun davranması gerektiği kabul edilmekteydi¹¹. Yeni kanun “Eşler oturacakları

⁹ Şipka, 1, 53.

¹⁰ İsviçre Hukukundaki İMK m.162 (MK m.186)’deki konut ile İMK m.169 (MK m.194)’deki aile konutunun her zaman aynı anlamda olmadığı, ama çoğu somut olayda birlikte seçilen ortak konut ile aile konutunun aynı yer olduğuna ilişkin görüşler için bkz., Şipka, 75-76.

¹¹ Egger, A., İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Aile Hukuku, (İMK m.90-456/TMK m.82-438), (çev.: T. Çağrı), Ankara, 1943, 290; Zevkiler, A./Acabey, M. B./Gökayla, K. E., Zevkiler Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara, 2000, 746-747; Öztan, B., Aile Hukuku, 3. Bası, Ankara, 2000, 152; Tekinay, S. S., Türk Aile Hukuku, Yedinci Baskı, İstanbul, 1990, 302; Özdamar, D., Türk Hukukunda Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu, Ankara, 2002, 232-233. Y. 2. HD 15.2.1990, E.1989/10540, K.1990/1926, “Davacı kocanın çalıştığı yerde haline uygun bir ev hazırlayıp (MK 152) eşini oraya davet etmesi gerekir. Kocanın, eşini çalıştığı yerin dışındaki bir mahallede hazırladığı eve çağırması ‘aile birliği’ kavramı ile bağdaşmaz. Çünkü, asıl olan eşlerin birlikte yaşamalarıdır. Aksini düşünmek hakimın izni olmadan (MK 162) kocaya eylemli olarak ayrı mesken edinme imkanı tanımak olur. Bu ise hukuken mümkün değildir”, YKD. 1990, C.16, S.7, 984; Y. 2. HD 16.2.1982, E.840, K.1326, Dalamanlı, L./Kazancı, F./Kazancı, M., İlmî ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Türk Medeni Kanunu, C.II (m.82-438), İstanbul, 1991, 409.

konutu birlikte seçerler” diyerek, evin seçiminde kadının da doğrudan söz sahibi olmasını sağlamıştır (MK m.186/1).

Bu hüküm, birliğin fiilen yaşanacağı maddi alanı oluşturan evin seçimini eşlerin ortak iradesine vermiştir. Bu, bir evliliğin temelinden sayılmaktadır¹². Eşler evlilik birliğinin menfaatlerine uygun bir evi birlikte seçerler. Ayrıca, eşler anlaşarak bu yetkiyi içlerinden birinin kullanmasını sağlayabilecekleri gibi, birinin seçtiği evi diğerinin kabul etmesiyle de bu seçim gerçekleştirilebilir. Herhalukarda, ailenin sosyal ve ekonomik durumuna uygun bir konut seçilmeli, eşler ödeme güçleriyle birlikte sağlık durumlarını, işyerine ve okula ulaşım imkanlarını da göz önünde tutmalıdırlar¹³.

Eğer anlaşma olmazsa, bu durumda hakime başvurmadan başka çare görünmemektedir (MK m.195/1)¹⁴. Hakimin, aile ile ilgili diğer anlaşmazlıklarda olduğu gibi, burada yapacağı iş, öncelikle tarafları uzlaştırmaya çalışmaktır. Buna rağmen uzlaşma gerçekleşmezse hakim eşlerin oturacağı konutu belirleyemez¹⁵. Çünkü, Medeni Kanun, evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığı düşülmesi durumunda eşlerin hakimin müdahalesini isteyebileceklerini; hakimin eşleri yükümlülükleri konusunda uyaracağını, onları uzlaştırmaya çalışacağını, eşlerin ortak rızasıyla uzman kişilerin yardımını isteyebileceğini, gerektiği takdirde eşlerden birinin talebi üzerine kanunda öngörülen önlemleri alacağını hükme bağlanmıştır (MK m.195).

Görüldüğü gibi, kanunda hakimin başvurabileceği önlemler ve çözüm yolları sınırlı şekilde sayılmıştır. Bunlar arasında doğrudan ortak konutun seçilemesine yönelik bir önlem ve çözüm bulunmamaktadır. Bu durumda eşler arasında uyuşmazlık olursa, bunun hakimin, bir evin seçildiğine karar vermesiyle çözüleceğini söylemek mümkün görünmemektedir. Bu ise, evlilik birliğinin devamı bakımından tehlike arz etmektedir. Sonuçta, eşler boşanma yoluna baş-

¹² BGE 127 IV 31.

¹³ Akıntürk, T., Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara, 2002, 104.

¹⁴ Akıntürk, 104. Akyol, eğer ortak konut için uyuşma olmuyorsa eşlerden herhangi birinin, karının da, kendisine bir konut seçebileceğini, ancak bunun eşlerin ayrı konut seçmekte tam özgür olduğunu göstermeyeceğini, eşinin teklif ettiği evlilik birliği için uygun ortak konutu reddeden eşin evlilikten doğan ödevini ihmal etmiş olacağını ifade etmektedir, bkz., Akyol, Ş., İsviçre Medeni Kanunu'nun Evlenmenin Genel Hükümleri'ne Dair Öntasarısı Hükümlerinin Türk Medeni Kanunu Öntasarısı İle Karşılaştırılması, Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, 1. Tebliğler, İstanbul, 1978, (373-398), 381. Eşlerin ortak konut hususunda anlaşamaması halinde ayrı konutlar seçebilmesi Medeni Kanununun 185. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “Eşler birlikte yaşamak... zorundadırlar” hükmü karşısında mümkün olmasa gerekir. Eşlerden birinin teklif ettiği evin uygun olup olmadığını, uygunsu bunu kabul etmeyen eşin evlilikten doğan ödevini ihmal edip etmediğini ise herhalde hakimin tespit etmesi gerekecektir. Krş., Tuor, P./Schnyder, B./Schmid, J., Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Auflage, Zürich, 1995, 200.

¹⁵ Tuor/Schnyder/Schmid, 200.

urma durumunda kalacaklardır¹⁶. Bu yüzden, hakime, uzlaştırmayı başaramazsa ailenin menfaatine en uygun olan konutu seçme yetkisi verilmesi, mevcut düzenlemeye göre, daha yerinde görünmektedir¹⁷.

B) AİLE KONUTUNA İLİŞKİN BAZI İŞLEMLER

1. Birlikte Yaşam Sürerken

a) Genel Olarak

Yeni Medeni Kanun, genel olarak eşlerin birbirleriyle ve başkalarıyla hukuki işlem yapmakta serbest olduklarını kabul ettiği halde (MK m.193), 194. maddedeki hükümle istisna olarak aile konutuyla ilgili bazı işlemler bakımından eşleri birbirinin rızasına muhtaç kılmıştır.

Bu işlemler, eşlerden biri tarafından yapıldığı takdirde, diğer eş bundan zarar görebilir. Kanun koyucu bu hususu göz önünde tutarak “Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz” hükmüne yer vermiştir (MK m.194/1; İMK m.169). Görüldüğü gibi, aile konutu ister kiralanmış olsun isterse mülkiyeti eşlerden birine ait olsun, diğer eşi ve aile fertlerini doğrudan etkileyecek bazı işlemleri eşlerden birinin rızasını almadıkça yapamayacaktır. Bu hükümle özellikle evlilikte gerginlik bulunan durumlarda, aile konutu üzerinde aynı veya şahsi bir hakka sahip olan eşin, bu hakkını kullanarak yapacağı işlemlerle diğer eşi, aile için hayati önem taşıyan konuttan yoksun bırakması önlenmek istenmiştir¹⁸. Böylece diğer eşin ve özellikle evlilik birliğinin hak sahibi eşin düşüncesiz veya kötüniyetli işlemlerine karşı korunması amaçlanmıştır¹⁹.

b) Aile Konutunun Devri ve Üzerindeki Hakların Sınırlanması

Aile konutu niteliği taşıyan konutun mülkiyeti eşlerden birine ait olsa bile, bu eş, diğer eşin rızası olmadıkça aile konutunu başkasına devredemez, yani satamaz, bağışlayamaz veya trampa edemez²⁰. Bunun gibi, eşlerden biri, konut

¹⁶ Tuor/Schnyder/Schmid, 200.

¹⁷ Cansel, evin seçiminde asıl güçlüğü eşlerin anlaşamaması ve hakime başvurarak seçimi ona bırakmaları olduğunu, bunun isabetli bir çözüm olmadığını, çünkü hakimin tercihinin belki de eşlerin asla oturmayacakları bir yerin seçimi anlamına gelebileceğini vurgulamaktadır, bkz., Cansel, E., Medeni Kanunda Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Değerlendirilmesi (Mukayeseli Hukuk), Medeni Kanun'un 50. Yılı (Bilimsel Hafta: 15-17 Nisan 1976), Ankara, 1977, (23-42), 40.

¹⁸ BGE 114 II 399.

¹⁹ Şıpka, 46-47; Akıntürk, 112.

²⁰ Mülkiyetin devri sonucunu doğuran işlemler yanı sıra satış vaadi sözleşmesi gibi tapuda devir borcu doğuracak işlemlerinde bu kapsamda yer aldığı yönünde bkz., Kılıçoğlu, 18; Şıpka, 113-114.

üzerinde intifa, oturma, üst hakkı gibi sınırlı bir ayni hakka sahipse ve buna dayanılarak konutta oturuluyorsa, bu hakkın devri de ancak diğer eşin rızasıyla mümkün olabilir²¹. Aynı şekilde aile konutu üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan eş, intifa, sükna (oturma), üst hakkı veya rehin gibi sınırlı ayni hakları da diğerinin rızası olmadıkça tek başına kuramaz. Çünkü, bu haklar ya kurulduğu andan itibaren ya da daha sonra ailenin konuttan yararlanmasını tamamen veya kısmen engelleyebilecektir. Bu durum, konut üzerindeki hakların sınırlanması manasına geleceğinden Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamına girmektedir.

Aile konutu paylı veya elbirliği mülkiyeti konusu da olabilir. Eğer konuta eşlerin veya üçüncü kişilerle birlikte eşlerden birinin paylı mülkiyetinde ise, eşlerden biri diğerinin rızası olmadıkça payı üzerinde tasarrufta bulunamaz. Ayrıca, eşlerin paylı mülkiyete sahip olduğu hallerde pay satım yoluyla devredilirse, diğer eşin Medeni Kanununun 732. maddesinden doğan yasal önalım hakkını (kanuni şuf'a hakkını) kullanması da mümkündür.

Eşlerin paylı mülkiyetindeki aile konutu bakımından, eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu hallerde, Medeni Kanununun 223. maddesinden yararlanmak da mümkündür. Bu hükme göre, aksine anlaşma olmadıkça, eşlerden biri diğerinin rızası olmadan paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz (MK m.223/2). Ancak, Medeni Kanununun 194. maddesi emredici nitelikte olduğu halde bu hüküm tamamlayıcı niteliktedir, yani aksini öngören anlaşmalar yapılabilir. Buna ilaveten, Medeni Kanununun 194. maddesi eşler arasında hangi mal rejimi geçerli olursa olsun uygulanacak bir hüküm iken, Medeni Kanununun 223. maddesi sadece edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu hallerde uygulanabilir. Bu sebeplerle, Medeni Kanununun 194. maddesinin sağladığı koruma daha elverişli ve etkindir²².

Eğer aile konutu üzerinde eşlerin elbirliği mülkiyeti varsa, Medeni Kanununun 702. maddesi gereği eşler, kanunda veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça, tasarruf işlemleri için oybirliğiyle karar vermelidirler. Bu yüzden, Medeni Kanununun 194. maddesinin uygulanmasına çoğunlukla gerek kalmaz²³. Ama, eşlerden biri üçüncü kişilerle elbirliği mülkiyetine sahipse, aile konutunun kaybı sonucunu doğuracak paylaşım sözleşmeleri, ortaklığın giderilmesi veya tasfiyesi taleplerinin diğer eşin rızasıyla yapılması gerekir²⁴.

21 Şıpka, 125.

22 Şıpka, 104.

23 Şıpka, 105.

24 Şıpka, 126.

Tapu memuru, bu tür işlemlere konu yapılmak istenen taşınmazın aile konutu olduğunu biliyorsa, söz konusu işlemi yapmayı reddetmelidir²⁵. Rızaya ilişkin hüküm emredici nitelikte olup aksi kararlaştırılamaz²⁶ ve hangi mal rejimi seçilmiş olursa olsun uygulanır²⁷. Ayrıca, bu hükmün, kural olarak, evlilik sona erene kadar uygulanması gerekir. Eşlerin fiilen veya hukuken ayrı yaşamaları bu hükmün uygulanmasına kural olarak engel olmaz.

Evliliğin genel hükümlerine ilişkin düzenlemeler, 4721 sayılı Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olan evlilikler hakkında da geçerli olduğundan (Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m.9/4), aile konutuyla ilgili hükümler Kanunun yürürlüğünden önce kurulan evliliklerde de uygulanacaktır.

Hükmün amacından (ratio legis) anlaşıldığı kadaryla, diğer eşin rızası alınmadan yapılacak bu tür işlemler geçersiz olacaktır²⁸. Burada askıda geçersizlik söz konusudur²⁹. Rızanın şekli konusunda kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Yazılı veya sözlü olabilir. Bununla birlikte tapuda yapılacak işlemler bakımından yazılı olması gerekir³⁰. İşlem yapılmadan önce (izin) veya sonra (icazet) verilebilir. Ancak açık rızanın verilmiş olması aranmış olduğundan, örtülü rıza işlemi geçerli hale getirmez³¹. Eğer diğer eş işlem yapıldıktan sonra rızasını açıklarsa işlem baştan itibaren hüküm ve sonuç doğurur³². Diğer eşin karşı çıkmasına rağmen yapılan işlemler ise hiçbir hüküm ve sonuç doğurmazlar. Buna rağmen, tapu sicilinde tescil yapılmışsa, hak sahibi eş sicilin düzeltilmesini isteyebilir (MK m.1025)³³. Diğer taraftan, rızası alınmayan eşin bir ayni hakkı ihlal edilmediği için, onun Medeni Kanunun 1025. maddesi anlamında tapu sicilinin düzeltilmesi davası açması söz konusu olmaz. Ancak, bu hükümden kıyasen yararlanabilir.

Burada eşlerin tasarruf yetkisi sınırlanmış bulunmaktadır. Aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin tasarruf yetkisi, diğer eşin ve özellikle evlilik birliğinin korunması amacıyla sınırlanmıştır. Bunun sonucu olarak, hak sahibi eş aile konutuyla ilgili borçlandırıcı işlemleri yapabilirken, tasarruf işlemlerini diğer

25 **Reisoğlu**, 2. Buna karşılık, Medeni Kanunun 1011 ve 1016. Maddesi gereği, malikin rızası veya hakimın kararıyla geçici tescil şerhi verilebileceği yönünde, **Şıpka**, 137.

26 BGE 114 II 399.

27 Bkz., **Kılıçoğlu**, 6; **Reisoğlu**, 2.

28 **Tuor/Schnyder/Schmid**, 206; **Kılıçoğlu**, 6.

29 **Şıpka**, 137.

30 **Kılıçoğlu**, 6; **Şıpka**, 139.

31 **Kılıçoğlu**, 6; **Şıpka**, 144.

32 **Reisoğlu**, 3; **Kılıçoğlu**, 22.

33 **Şıpka**, 141.

eşin rızasını almadan gerçekleştiremeyecektir. İşlemin diğer tarafı rıza verilene kadar işlemle bağlıdır. O, Medeni Kanunun 451. maddesinin 2. fıkrası veya Borçlar Kanununun 38. maddesinden kıyasen yararlanarak³⁴, rıza verilip verilmeyeceğinin açıklanması için bir süre tayin edebileceği gibi, bu süreyi hakime de tayin ettirebilir. Tasarruf işlemi yapılamaz veya rıza alınmadığından dolayı geçersiz olursa işlemin diğer tarafı doğan zararını talep edebilir. Bu durumda, tazminat borcunun ödenememesi halinde aile konutunun icra yoluyla satılabileceği, Medeni Kanunun 194. maddesinin sağlamak istediği korumanın tehlikeye düşebileceği ileri sürülebilir³⁵. Ancak, İcra ve İflas Kanununun 82. maddesinin 12. bendinin borçlunun haline münasip evinin haczedilemeyeceğini, ancak, evin kıymeti fazla ise, bedelinden haline münasip bir yer alınabilecek miktarının borçluya bırakılması kaydıyla haczedilerek satılabileceğini öngören hükmü, dolaylı da olsa, bir koruma sağlayabilecektir³⁶.

Bununla birlikte, doktrinde aile konutuna ilişkin hükmün (MK m.196; İMK m.169) fiil ehliyetini sınırladığı ileri sürülmektedir³⁷. *Şıpka*, haklı olarak, fiil ehliyeti sınırlamalarının fiil ehliyeti için öngörülen şartlardan birinin (ayrıt etme gücü, erginlik, kısıtlı olmama) o kişide bulunmamasına dayandığını ve ancak kanunun açık düzenlemelerinden doğduğunu, amacının da ehliyeti sınırlanan kişiyi korumak olduğunu belirterek, bunların aile konutuyla ilgili işlemlerde rıza aranması halinde söz konusu olmadığını, bu yüzden fiil ehliyetinin sınırlanmasından söz edilemeyeceğini belirtmektedir³⁸. Gerçekten, hak sahibi eşin aile konutuyla ilgili işlemlerinde diğer eşin rızasının aranması, onu korumaya yönelik olmayıp, diğer eş ve aileyi korumaya amaçlamaktadır. Bu bakımdan, üçüncü kişileri (diğer eş ve çocukları) koruyucu nitelik taşıyan tasarruf yetkisi sınırlanması işin mahiyetine daha uygundur.

Diğer taraftan doktrinde, kanun koyucunun Medeni Kanununun 194. maddesiyle aile konutunu evlilik birliği için vazgeçilemez bir mal varlığı saydığını, bu nedenle aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan diğer eşe bir katılma hakkı tanıdığını ve onu bu konut üzerinde bir nevi birlikte hak sahibi saydığı da ileri

³⁴ Kılıçoğlu, 22; Şıpka, 137, 144.

³⁵ Bu yönde Şıpka, 41.

³⁶ Krş., Şıpka, 117. Şıpka, esasen Medeni Kanunun 194. maddesindeki düzenlemenin hak sahibi eşin tasarruf yetkisini sınırlamayıp, bir katılma hakkı verdiğini savunmaktadır. Ancak, aile konutunun hak sahibi eşin iradesi dışında, özellikle cebri icra yoluyla mülkiyetinin devrinde İcra ve İflas Kanununun 82. maddesinin dolaylı bir koruma sağlayabileceğini kabul etmektedir, Şıpka, 117.

³⁷ Tuor/Schnyder/Schmid, 205.

³⁸ Şıpka, 45-46.

sürülmektedir³⁹. Buna göre, katılma hakkı borçlandırıcı işlem safhasında da mevcuttur. Yani, borçlandırıcı işlemin yapılabilmesi için de diğer eşin rızası şarttır, aksi halde işlem geçersiz olur.

Medeni Kanunun evliliğin genel hükümlerine ilişkin düzenlemeleri bir bütün olarak göz önünde tutulduğunda, özellikle 199. maddedeki tasarruf yetkisinin sınırlanmasına ilişkin hüküm dikkate alındığında, 194. maddedeki düzenlemenin daha çok tasarruf yetkisini sınırlamaya yönelik olduğu kanaati ağır basmaktadır. Kanun koyucu, esas olarak eşlere hukuki işlem serbestisi sağlamış (MK m.193), ancak diğer eşin ve evlilik birliğinin korunması amacıyla eşlerden birinin bazı mal varlığı değerleriyle ilgili tasarruflarını diğer eşin rızasına bağlamıştır. Aile konutu, diğer mal varlığı değerlerine göre aile için daha önemli olduğundan kanun koyucu da özel hükümle düzenlemeyi ve diğer eşin rızası alınmadan yapılan işlemleri kanun gereği geçersiz saymayı gerekli görmüştür. Buna paralel olarak, aile konutu dışında kalan mal varlığı değerleri bakımından, ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hakimın, belirleyeceği mal varlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebileceği hükmüne bağlanmıştır (MK m.199). Kanaatimizce, bunlar birbirini tamamlayan hükümlerdir ve Medeni Kanunun 194. maddesinde açıkça belirtilmemiş olsa da, 199. maddede olduğu gibi bir tasarruf yetkisi sınırlaması bulunmaktadır.

Kanun koyucu, rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eşe, hakimın müdahalesini isteme hakkı tanımıştır (MK m.194/II; İMK m.169/II). Bununla hakime de, diğer eşin rıza verme konusunda hakkını kötüye kullanmasını önleme imkanı tanınmış olmaktadır⁴⁰. Diğer eşe ulaşılamaması ya da vaktinde ulaşmanın mümkün olmaması, nerede olduğunun veya yaşadığının bilinmemesi rızanın sağlanamamasına; konutun sağlık şartlarına uygun olmaması, işyerine uzak olması, kirasının pahalı olması, konutun satılması halinde aile için daha uygun bir konutun alınabilecek olması ve benzeri sebeplerle sözleşmenin feshedilmesi veya konutun satılması hallerinde diğer eşin buna karşı çıkması haklı bir sebep olmamasına örnek teşkil eder⁴¹.

³⁹ Sıpkı, 47-48. Kılıçoğlu ise, benzer şekilde, eşlerin bazı hukuki işlemlerinin diğerinin iznine bağlı olmasında ne hukuki işlem ehliyetine ne de tasarruf yetkisine getirilmiş olan bir sınırlandırma söz konusu olduğu, burada evli olan her iki eş için bazı hukuki işlemlerde birlikte hareket etme ve karar verme yükümlülüğü getirilmiş olduğu, bu niteliğiyle evli kişilerin bazı hukuki işlemlerde tek başına hareket etme özgürlüğünün sınırlandırıldığı, burada 193. maddede öngörülen sözleşme özgürlüğünün kanundan doğan bir istisnasının söz konusu olduğu kanaatindedir, bkz., Kılıçoğlu, 3.

⁴⁰ Akıntürk, 113.

⁴¹ Krş., Kılıçoğlu, 12-13.

Kanun, hakimden müdahale etmesinin istenebileceğini belirtmekle beraber, bu müdahalenin şekil ve mahiyetini belirlememiştir. Bu durumda hangi sebeple hakimin müdahalesinin istendiğine göre bir ayırım yaparak hakimin müdahalesinin muhtevasının tayini gerekmektedir.

Rıza sağlanamadığı için hakime başvurulmuşsa, hakim, yapılmak istenen işlemin, türünü, aile bakımından fayda ve zararlarını göz önünde tutarak, ailenin menfaatine uygun bir karar verir. İşlemin ailenin yararına olmadığı kanaatine ulaşılmışsa, müdahale talebi reddedilmelidir.

Haklı bir sebep olmaksızın rıza verilmediği iddiasıyla hakimin müdahalesi istenmişse, hakim, hak sahibi eşi, tek başına işlem yapabileceği hususunda yetkili kılan bir karar verir⁴².

Medeni Kanununun 194. maddesinde aile konutuyla ilgili olarak getirilen düzenleme konutun sahibi olan eşin tasarruf yetkisini sınırlandırmaktadır. Böyle olunca, diğer eşin rızası olmaksızın tapu sicilinde yapılacak işlem yolsuz tescil teşkil edecektir⁴³. Burada, konut üzerinde hak sahibi olan eş ile işlem yapan şahsın tapu siciline güven ilkesinden yararlanması söz konusu olamaz⁴⁴. Aksi halde, hükmün koruma amacına ulaşılması son derece güçlük arz edecektir. Ancak, iyiniyetli şahıs zamanaşımıyla iktisap hükümlerinden yararlanabilir (MK m.712).

Bu düzenlemede tasarruf yetkisinin kanundan doğan bir sınırlaması söz konusu olduğundan, tapu sicilinde aile konutu olduğuna dair şerh bulunup bulunmaması önem taşımaz⁴⁵. Ancak, böylece ortaya çıkan yolsuz tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka ayni hak kazanan üçüncü şahsın bu iktisabı korunur (MK m.1023). İşte, kanun koyucu, üçüncü şahısların iyiniyetle iktisaplarının önüne geçilebilmesi için eşlere şerh imkanı tanımıştır⁴⁶. Buna göre, aile konutu olarak kullanılan ev eşlerden birine aitse, diğer eş tapu kütüğüne "aile konutu olduğuna" dair şerhin⁴⁷ verilmesini isteyebilir (MK m.194/3).

⁴² Tuor/Schnyder/Schmid, 206; Akıntürk, 113; Kılıçoğlu, 13, 22-23; Şıpka, 160.

⁴³ Oğuzman, M. K./Seliçi, Ö., Eşya Hukuku, 9. Bası, İstanbul, 2002, 205-206; Şıpka, 141.

⁴⁴ Oğuzman/Seliçi, 205; Şıpka, 150. Aksi yönde, Reisoğlu, 2; Kılıçoğlu, 20; Akıntürk, 113.

⁴⁵ Oğuzman/Seliçi, 205.

⁴⁶ Ancak, şerh verilmemiş olsa da üçüncü şahıs işlem konusu taşınmazın aile konutu olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, iyiniyet ortadan kalkacağı için sicile güven ilkesinden yararlanamaz. Hak sahibi eş ile işlem yapan şahıslar bakımından aynı yönde bkz., Kılıçoğlu, 20.

⁴⁷ Zevkliler, 6. Böyle bir şerh talebi halinde tapu memuru malik olmayan eşten, malik olan eşle halen evli olduklarını gösteren nüfus kayıt örneğini ve ailenin söz konusu konutta oturduğunu gösteren muhtar onaylı belgeyi istemesi gerekir, bkz., Kılıçoğlu, 21.

Bu şerh, Medeni Kanununun 1010. maddesinde düzenlenen tasarruf yetkisi kısıtlamasının şerhidir⁴⁸. Nitekim söz konusu maddenin 3. bendinde “Aile yurdu kurulması, artmırasçı atanması gibi şerh verilmesi kanunen öngörülen işlemler” denilerek, burada sayılanlar dışında da kanunun tasarruf yetkisinin kısıtlanması için şerh verilmesini öngördüğü hallerde, bu işlemlerin şerh edileceği hükmüne bağlanmıştır. Bu maddenin 2. fıkrasında, tasarruf yetkisi kısıtlamalarının, şerh verilmekle taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebileceği belirtilerek bu şerhin hükmü açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre, aile konutu olarak kullanılan ev, eşlerden birine aitse, diğer eşin verdireceği şerh, sonradan o taşınmaz üzerinde mülkiyet veya diğer bir aynı hakkı kazanan kişilerin iyiniyetini bertaraf eder. Şerh, buna rağmen rıza olmaksızın tescil yapan tapu sicili memurunun da sorumluluğunu gerektirir. Şerhe rağmen diğer eşin rızası alınmadan yapılan işlem, ona karşı hüküm ve sonuç doğurmaz.

c) Aile Konutuna İlişkin Kira Sözleşmenin Feshi

Medeni Kanununun 194. maddesi, aile konutunun kiralanmış olabileceğini göz önünde tutarak, bu duruma ilişkin hükümler de öngörmektedir. Buna göre, eşlerden biri, diğerinin açık rızası olmadıkça aile konutuyla ilgili kira sözleşmesini feshedemez (MK m.194/1). Bu hükmün uygulanması, eşlerden sadece birinin kiracı sıfatına sahip olduğu durumlarda söz konusu olur⁴⁹. Örneğin, koca kira sözleşmesini kendisi yapmış olsa da, birlikte oturdukları konutla ilgili kira sözleşmesini tek başına feshedemeyecektir⁵⁰. Eşler kira sözleşmesini başlangıçta birlikte yapmışlarsa veya kiracı olmayan eş sonradan Medeni Kanununun 194. maddesinin 4. fıkrasından yararlanarak kira sözleşmesine taraf olmuşsa, fesih hakkını zaten birlikte kullanmaları gerektiğinden Medeni Kanununun 194. maddesinin uygulanmasına gerek kalmaz⁵¹.

Kılıçoğlu, kamu kurumları tarafından memur ya da işçilere özgülünen lojman, görev ya da hizmet konutlarının kira sözleşmesi konusu olmadıklarından

48 **Oğuzman/Seliçi**, 205-206; **Ertaş, Ş.**, (Serdar, İ./Gürpınar, A. katkılarıyla), *Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku*, 4. Bası, Ankara, 2002, 172. Burada Medeni Kanununun 1009. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar”a ilişkin bir şerhin söz konusu olduğu yönünde bkz., **Kılıçoğlu**, 21; **Şıpka**, 152. Ancak, söz konusu hüküm kişisel hakların şerhini düzenlediğinden, “diğer haklar” ile kastedilende yine kişisel haklar olmalıdır. Oysa burada şerhi istenilen hususun bir kişisel hak olduğu söylenemez. Bu sebeple, tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına ilişkin şerh kapsamında değerlendirilmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

49 **Şıpka**, 109.

50 “...buradaki fesih sözcüğünü ‘yazılı tahliye taahhüdünde bulunmayı’ da kapsayacak şekilde geniş anlamak gerekir. Zira kiracı, kiralayana yazılı taahhüdünde bulunmakla belirli bir tarihte aile konutunu boşaltmayı (tahliye etmeyi) kabul etmektedir ki bu durum da fesihle aynı sonucu doğurmaktadır”, **Kılıçoğlu**, 11-12. Aynı yönde, **Şıpka**, 129.

51 **Şıpka**, 109.

buraya girmeyeceklerini belirtmektedir⁵². Ancak, bu hükmün amacı eşi ve aile fertlerini aile konutunu kiralayan eşin keyfi davranışlarına karşı korumak olduğu göz önünde tutulursa, memur veya işçi olan ve bundan dolayı kendisine lojman tahsis edilen eşin, çalıştığı kurumun talebi veya mevzuattan doğan zorunluluk olmadıkça bu konutu tahliyeye tek başına karar verebileceğini kabul etmek hükmün amacına uygun düşmemektedir. Bu yüzden, hükmün geniş yorumlanarak, kira sözleşmesine dayanmayan lojman türü konutların tahliyesinde de, lojman tahsis edilen eşin iş akdini fesih hakkını engellemedikçe, diğer eşin rızasını aramak daha isabetli görünmektedir⁵³.

Bu rıza alınmadan yapılan fesih sözleşmeyi sona erdirmeyeceği için, kirala-yan buna dayanarak konutun tahliyesini talep edemez⁵⁴. Rızanın şekli, rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendine rıza verilmeyen eşin hakime başvurması gibi hususlarda, yukarıda aile konutunun devrine ilişkin işlemler bakımından söylenenler burada da geçerlidir.

d) Kira Sözleşmesine Taraf Olma

Aile konutu olan ev eşlerden biri tarafından kiralanmışsa, bu kira sözleşme-sine taraf olmayan diğer eş, daha sonra kiralayana yapacağı bildirimle sözleş-menin tarafı olur⁵⁵ ve kira sözleşmesini yapan eşle birlikte müteselsilen so-rumlu hale gelir (MK m.194/IV; İBK m.273a)⁵⁶. Örneğin, evi koca kiralamışsa, kadın ev sahibine bir bildirimde bulunarak kendisi de kira sözleşmesinin tarafı haline gelir. Bu düzenleme, esasen Borçlar Hukukunun ilkelerine aykırılık taşı-makla beraber, evlilik birliğinin ve sözleşmenin tarafı olmayan eşi korumak

52 **Kılıçoğlu**, 10. "...bir eşin iş bulma ve çalışma özgürlüğü, bir kişisel hak olarak, aile konutu-nun korunmasından daha öncelikli sayılmalıdır. Aksine bir durum, hizmet sözleşmesini fes-hetmek isteyen eşin bu fesih ile birlikte aile konutu olan lojman hakkını da kaybedecek ol-ması dolayısıyla, bu iş sözleşmesini feshetme hakkının, diğer eşin rızasına bağlı olacağı so-nucunu yaratır", **Şıpka**, 110.

53 **Şıpka**, 112.

54 **Kılıçoğlu**, 12.

55 "...İMK'nda bu madde boşanmanın hüküm ve sonuçlarıyla ilgili olarak yani sadece boşan-ma hali için öngörülmüştür. Evlilik birliği devam ederken, eşlere bu şekilde tek taraflı irade açıklamasıyla bu tür yetki tanınması isabetli değildir", **Kılıçoğlu**, 15.

56 **Özdamar**, kira sözleşmesinin tarafı olmayan eşin, kiralayana yapacağı bildirimle taraf haline geleceğini, konutun da bu bildirimle aile konutu niteliğini kazanacağını ifade etmekte-dir, bkz., **Özdamar**, 235. Oysa, kira sözleşmesine taraf olmayan eşin taraf olması yapıla-cak bildirimle bağlı olmakla beraber, bir konutun aile konutu niteliği böyle bir bildirimle doğrudan ilişkili değildir. Yukarıda da belirtildiği gibi, aile konutu eşlerin iradesiyle ailenin barınmasına tahsis edilen, bu amaçla kullanılan meskeni ifade eder. Bu amaçla kullanılan konut, ister mülkiyeti eşlerden birine ait olsun ister kiralanmış olsun isterse sadece eşlerden biri tarafından kiralanmış ve diğer eş sözleşmeye taraf olmak için bildirimde bulunmamış olsun, bunlar konutun aile konutu niteliğini değiştirmeyecektir.

amacıyla getirilmiştir⁵⁷. Bu konudaki bildirim, varması gereken bir irade beyanıdır ve kiralayana ulaştığı anda hüküm ve sonuç doğurur⁵⁸. Bildirim için herhangi bir şekil öngörülmemiştir, ama ispat kolaylığı açısından yazılı yapılması yerinde olacaktır⁵⁹.

Bildirimde bulunan eş, böylece kira sözleşmesinden doğan hakları, özellikle sözleşmesinin süresinin uzatılmasına ilişkin hakkı kullanma imkanına kavuşur⁶⁰. Aynı şekilde kira bedeli ve bakım borcu gibi yükümlülüklerden de müteselsilen sorumlu olur. Bu bildirim diğer sonucu da, kiralayanın kira sözleşmesini feshettiğini her iki eşe de bildirmesi zorunluluğudur⁶¹. Bu yüzden, kira sözleşmesinin tarafı olmayan eş bildirimde bulunmaması olsa bile, kiralayanın fesihle ilgili davayı her iki eşe karşı açması gerektiği görüş⁶², Kanunun düzenlemesine uygun görünmemektedir.

Oysa İsviçre'de aynı yönde bir hükme Medeni Kanunda yer verilmiş, ayrıca Borçlar Kanununun kira ile ilgili hükümlerinde de gerekli değişiklik ve ilaveler yapılmıştır (İMK m.169; İBK m.266m, 226n, 273a). Bu hükümlerden İsviçre Borçlar Kanununun 266m maddesinde, aile konutu niteliği taşıyan konuta ilişkin kira sözleşmesinin ancak diğer eşin açık rızasıyla feshedilebileceği öngörülmüş; 266n maddesinde ise, aile konutunun kiralayanının, fesih bildirimini kiracı yanı sıra onun eşine de özel olarak bildirmesi gerektiği açıkça öngörülmüştür. Aynı Kanunun 266o maddesinde ise, buna uygun yapılmayan feshin geçersiz olacağı hükme bağlanmıştır⁶³. Türk Borçlar Kanunu Tasarısında da, kiralayanın fesih bildirimini ve fesih uyarısına (ihtarına) bağlı bir süre belirlenmesini kiracıya ve eşine ayrı ayrı bildirmek zorunda olduğunu öngören bir hükme yer verilmiştir (m.266).

2. Birlikte Yaşama Ara Verilmesi Durumunda

Eşler, evlilik devam ederken çeşitli sebeplerle birlikte yaşama ara vermiş olabilirler. Bir iş, tedavi veya hürriyeti bağlayıcı bir cezanın çekilmesi gibi sebeplerden doğan fiili ayrılığın haklı bir sebebe dayandığı kabul edilir. Eşlerden birinin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla diğerini terk ettiği veya haklı bir sebep olmadan ortak konuta dönmediği hallerde ise, haklı bir sebebe dayanılmadan fiilen birlikte hayata ara verilmiş olur ki,

57 Bu yönde, Zevkliler, 6.

58 Akıntürk, 114.

59 Akıntürk, 114.

60 Koçhisarlıoğlu, 444.

61 Knoepfler, 125; BGE 118 II 44.

62 Ertaş, Ş., Medeni Kanun Değişiklikleri Toplantıları (İzmir Barosu), Kişiler Hukuku, www.izmirbarosu.org.tr/etkinlikler/medeni_yasa_bant_cozumleri_kisiler_hukuku.htm, 2-3 (Medeni Kanun Değişiklikleri).

63 BGE 118 II 44.

eğer diğer şartlar da gerçekleşmişse, bu durum diğer eşe terk sebebine dayanarak boşanma davası açma hakkı verir (MK m.164). Bir boşanma veya ayrılık davası açılması halinde de eşler ayrı yaşama hakkına sahiptirler (MK m.169). Dava sonunda boşanmaya değil de ayrılığa karar verilmişse (MK m.170), hakim kararına dayanan bir ayrı yaşama durumu söz konusu olur.

Eşlerden biri, ortak yaşam sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir (MK m.197/1). Bunun için hakimden izin alınması gerekli değildir⁶⁴. Bununla birlikte, ileride karşılaşılabilecek terk iddialarını önleme ve diğer bazı hususlarda tedbir alınmasını sağlamak için hakim kararıyla birlikte yaşama ara verilmesi daha doğru olacaktır (MK m.197/2)⁶⁵.

Birlikte yaşama ara verilmesi aile konutu bakımından iki hususta önem arz eder. Bunlardan birincisi, birlikte yaşama ara verildiği dönemde aile konutunda kimin oturmaya devam edeceğidir. İkincisi ise, bu dönemde Medeni Kanunun 194. maddesinin uygulanıp uygulanamayacağıdır. Yani, aile konutuyla ilgili bazı işlemler bakımından, işlemi yapmak isteyen eş diğer eşin açık rızasına yine muhtaç olacak mıdır?

a) Aile Konutundan Yararlanma Bakımından

Ayrı yaşamamanın fiili durum oluşturduğu olaylarda, aile konutundan hangi eşin yararlanacağı hususunda eşler arasında çoğunlukla açık veya zımni bir anlaşma bulunur. Boşanma davası sebebiyle veya sonucu olarak ya da evlilik birliğinin korunması amacıyla birlikte yaşama ara verilmesi durumunda ise aile konutundan yararlanacak eş hakim belirler (MK m.169, 197/2).

Nitekim, Medeni Kanun 169. maddesinde boşanma veya ayrılık davası açılınca hakim davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re'sen alacağı öngörülmüştür. Bunlar arasında yer alan eşlerin barınmasıyla ilgili önlemler daha çok aile konutundan ve ev eşyasından yararlanmaya ilişkin olacaktır⁶⁶.

Evlilik birliğinin korunması ile ilgili önlemleri düzenleyen Medeni Kanunun 197. maddesinin 2. fıkrasında, bu durum daha açık ifade edilmiştir. Buna göre, birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa hakim, eşlerden birinin üzerine birinin diğerine yapacağı parasal katkıya, konut ve ev eşyasından yararlanmaya ve eşlerin mallarının yönetimine ilişkin önlemleri alacaktır.

64 Akıntürk, 127.

65 Akıntürk, 127.

66 Kılıçoğlu, 8; Akıntürk, 275.

Bu iki hüküm arasında en önemli fark, birincisinde önlemlerin hakim tarafından talep olup olmadığına bakılmaksızın re'sen alınmasına rağmen, ikincisinde eşlerden birinin talebinin gerekmesidir.

Hakim her iki hükmün uygulanmasında da hakim, eşlerin sosyal ve ekonomik durumlarını, konuta olan ihtiyaçlarını, göz önünde tutarak karar verecektir⁶⁷. Bu bakımdan tahsis yapılmasında konut üzerindeki hak sahipliği değil, tahsisin amaca uygunluğu esas alınır⁶⁸.

b) Aile Konutuyla İlgili İşlemler Bakımından

Kural olarak aile konutu niteliği evlilik birliği sona erene kadar devam eder. Bunun sonucu olarak da Medeni Kanunun 194. maddesinde öngörülen rıza şartı, eşlerin ayrı yaşadığı dönemde de aranmalıdır. Eşlerin fiilen veya hukuken ayrı yaşamaları bu hükmün uygulanmasına engel olmaz. Örneğin, bir boşanma davası açılmış ama henüz sonuçlanmamışsa, eşler bu sebeple ayrı yaşasalar dahi aile konutu varlığını sürdürür⁶⁹. Konut, ister hak sahibi eş, isterse hak sahibi olmayan eş tarafından terkedilmiş olsun sonuç kural olarak aynıdır⁷⁰.

Hakim, Medeni Kanunun 197. maddesi gereği evlilik birliğinin korunması için tedbir olarak birlikte yaşama ara verilmesine ve konutta eşlerden birinin kalmasına karar vermiş olsa da, bu durum aile konutu niteliğini ortadan kaldırmaz. Aynı şekilde, Medeni Kanunun 169. maddesi gereği hakim tarafından geçici tedbir olarak konutun eşlerden birine bırakması da, konutun aile konutu niteliğini kural olarak değiştirmez⁷¹. Hatta, her iki durumda da, aile konutunda kalmasına karar verilen konut üzerinde aynı veya şahsi hakkı olmayan eş ise, bu hükmün sağladığı korumaya özellikle ihtiyaç duyulur.

Ancak, bazı hallerde evlilik devam etmesine rağmen, önceden aile konutu olan konutun bu niteliği daha sonra ortadan kalkabilir. Bu gibi durumlarda artık Medeni Kanunun 194. maddesi uygulanamaz. Örneğin, tarafların anlaşarak aile konutu niteliğine son vermeleri, konut üzerinde aynı veya şahsi bir hakkı olmayan eşin aile konutunu kesin olarak terketmesi veya terketmek zorunda olması ve eşlerin ortak hayatı tekrar önceki aile konutunda kurnaları ihtimalinin bulunmaması gibi durumlarda aile konutundan söz edilemez ve Medeni Kanunun 194. maddesi uygulanamaz⁷². Böyle bir durumda, eğer eşler ayrı yaşıyorlar ve konut üzerinde aynı veya şahsi bir hakkı bulunmayan eş hakim kararına binaen aile ko-

⁶⁷ Boşanma davası çerçevesinde verilecek karar bakımından krş., Akıntürk, 275.

⁶⁸ Tuor/Schnyder/Schmid, 190-191.

⁶⁹ Şıpka, 92.

⁷⁰ Aynı yönde, Şıpka, 89 vd.

⁷¹ Şıpka, 92-93. MK m.169 ile 194 hükümleri arasındaki farklar bakımından bkz., Kılıçoğlu, 8.

⁷² BGE 114 II 399; BGE 114 II 402.

nutunda kalıyorsa, konut üzerinde hak sahibi eş konutla ilgili işlemleri onun rızasını almadan yapabilir. Bunun sonucu olarak da, onun veya konutun devredildiği kişinin talebi üzerine konutta oturan eş burayı boşaltmak zorunda kalır⁷³.

⁷³ BGE 114 II 403.