

# 4721 SAYILI MEDENİ KANUN İLE İHDAS EDİLEN YENİ BİR MÜESSESE: AİLE KONUTU MÜESSESİ

*Yrd. Doç. Dr. Ayhan UÇAR\**

## GİRİŞ

Eski kanunda bulunmayan Aile Konutu müessesesi, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile birlikte ilk kez hukuk hayatımıza girmiş bulunan, çağdaş nitelikte yeni bir aile hukuku müessesesidir. Her kanun, uygulandığı toplum yapısındaki ‘insan hakları’, ‘eşitlik, özellikle kadın - erkek eşitliği’ ve ‘demokratikleşme alanındaki ulaşılan gelişmelere ve anlayışa paralel olarak, toplumun ihtiyaçları doğrultusunda değişip, yenilenmek zorundadır.

743 sayılı önceki Medeni Kanun’un temel özellikleri olan çağdaş, laik ve devrimci nitelikleri aynen benimseyen yeni Medeni Kanunda, ihtiyaca uygun olarak birtakım yeni değişiklikler, özellikle kadın - erkek eşitliği<sup>1</sup> ilkesinden hareketle aile hukuku alanında köklü reformlar yapılmıştır. Bu reformlar içerisinde en önemlilerden birisi de ailenin korunması amacına matuf olmak üzere evlilik birliği içerisinde güçlü konumda bulunan eşe karşı zayıf konumda bulunan diğer eşi ve dolayısıyla çocukları korumak amacıyla düzenlenmiş bulunan Aile Konutu müessesesidir.

Yeni Medeni Kanun düzenlemesinde, birey çıkarları ile toplum çıkarlarını dengelendiği kadar, toplumun temelini teşkil eden aile içerisinde eşlerin çıkarları da karşılıklı olarak dengelenmeye çalışılmıştır. Kanun koyucu her ne kadar bireylerin mülkiyet hakkını ve bu hakkı kullanma özgürlüğünü, hukuki ilişkilerde irade özgürlüğünü tanımissa da, bu özgürlükleri dilediği gibi başıboş bir biçimde, diğer kişiler ve toplum zararına olacak şekilde kullanımını engellemek için gerekli düzenlemeler yapmıştır. Zayıf durumda bulunanları korumak amacıyla MK. da hakkaniyet ilkesini benimsemiş bulunan kanun koyucu, aile konutu müessesesinde de aynı amaçla hareket ederek, eşin kötü niyetli tasarruflarına karşı, diğer eşin rızasını aramak ve konutun

\* Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> Kadın-erkek eşitliği konusunda ayrıntılı bilgi için bk., CANSEL, Erol, Medeni Kanunda Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Değerlendirilmesi, AÜHFY., Medeni Kanunun 50. Yılı, Ankara 1977, 23 vd.; ÖZDAMAR, Demet, Türk Hukukunda Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu, Ankara 2002, 51 vd.,

şerhi imkanını sağlamak suretiyle aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan diğer eşi ve dolayısıyla çocukları koruma altına almıştır<sup>2</sup>.

## I. GENEL OLARAK AİLE KONUTUYLA BAĞLANTILI KAVRAMLAR

### A- Konut Kavramı

Sözlük anlamı itibariyle 'içinde oturlan yapı, ev, ikametgah<sup>3</sup>, mesken' olarak tanımlanan konut<sup>4</sup>, 'eşlerin, düzenli olarak yerleşim amacıyla kullandıkları kapalı alanı ifade etmektedir'<sup>5</sup>. Eşlerin oturduğu konut, eşlerin yerleşim yeri ve aile konutu birbirinden farklı kavramlar olup farklı işlevleri yerine getirmektedirler<sup>6</sup>.

Bu kavramların Kanun'da düzenleniş yerleri de farklıdır. Mesela, yerleşim yeri<sup>7</sup>, Türk Medeni Kanunu'nun 19, 20, 21. maddelerinde; eşlerin konutu 186. madde de,<sup>8</sup> aile konutu ise 194. madde de düzenlenmiştir<sup>9</sup>.

<sup>2</sup> Bk., ZEVLİLİLER/HAVUTÇU, Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk, Ankara 2002, 46 vd., 221.

<sup>3</sup> İkametgah ( yerleşim yeri ) MK.m.19 gereğince, 'bir kimsenin sürekli kalmak niyetiyle oturduğu yer' olarak, kişinin yaşamında ağırlık merkezini oluşturan, iş ve aile ilişkilerini topladığı yerdir. Diğer bir ifadeyle, ' bir kimsenin yerleşmek niyetiyle oturduğu ya da yasa gereği öyle kabul edilen yerdir'. Konut kavramı her zaman bu anlamda bir yerleşim olmayabilir. Bk., ZEVLİLİLER/HAVUTÇU, 143 vd. ; ŞİPKA, Şükran, Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, 2. Bası, İstanbul 2004, 72.

<sup>4</sup> Bk., Büyük Larousse sözlük ve ansiklopedisi, C.13, 6958.

<sup>5</sup> KILIÇOĞLU, Ahmet, Medeni Kanun'umuzun Aile, Miras , Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, (Yenilikler), 41.

<sup>6</sup> Konut kavramı bakımından, konutta oturma hakkı bulunan kişilerin sayısı ve evli olup olmadıklarının bir önemi bulunmamaktadır. Kişinin sadece kendisi için kullandığı yer de 'konut' kavramına dahildir. Ancak, 'aile konutu' kavramı bu genel anlamdaki konut kavramından daha nitelikli bir kavramdır. Bk., ŞİPKA, 74.

<sup>7</sup> AYAN' a göre, kural olarak tek bir konut olan aile konutu, aynı zamanda eşlerin yerleşim yeridir. Çünkü, MK.nun 19. maddesinde de belirtildiği gibi yerleşim yeri, bir kimsenin sürekli kalmak niyetiyle oturduğu yerdir. Bu yer, aynı zamanda aile yaşantısının odak noktası olarak da belirlenmişse, aile konutu sayılır. Fakat, birden fazla aile konutunun kabul edilebileceği istisnai durumlarda, eşlerin yerleşim yerleri farklı olabilir. Çünkü, yeni MK. da evli kadın için yasal yerleşim yeri kavramı kaldırılmış ve kadının ayrı bir yerleşim yeri edinebileceği kabul edilmiştir. Buna göre, aile yaşantısının odak noktası olarak belirlenen birden fazla yer, eşlerden her birini yerleşim yeri olabilir. AYAN, Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004, 68.

<sup>8</sup> MK.m.186 ve 197. madde de her ne kadar konut ibaresi kullanılmışsa da burada kastedilenin aile konutu olduğu hususunda Bk., DOĞAN, Murat, Medeni Kanun'un Getirdiği Yeni Bir Müesses: Aile Konutu, AÜEHF' nin 15. Kuruluş Yılına Armağan ( DOĞAN, Aile ), AÜHF, C.VI, S.1-4, 287; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ'e göre, 'çoğu durumda evlilik konutu, aynı zamanda MK.194 anlamında 'aile konutu' niteliğine de sahip olabilir.

Medeni Kanun'un 186. maddesinin metninde, 'eşler oturacakları konutu birlikte seçerler' prensibi yer almaktadır. Burada söz konusu olan konut, müş-terek oturulacak yer olup, bu yerin mutlaka bir ev ya da yapı olması gerekmez. Eşlerin müşterek konutu, bir kiralık daire, oda, otel odası, baraka, karavan hatta gemi vb. yerler olabilir. Bu konut, birden fazla ve farklı yerlerde olabilir<sup>10</sup>. Konutun, birlikte seçilmesine ilişkin yükümlülük söz konusu konutun kiralanması ya da satın alınması esnasında diğer eşin rızasını gerektirmemektedir. Bu anlamda konutun kazanılmasında her bir eş tek başına yetkilidir<sup>11</sup>.

Çoğu somut olayda, MK.m.186 (ZGB. Art.162) de ifade edilen eşlerin birlikte seçmeleri gereken eşlerin konutu (eheliche Wohnung)<sup>12</sup> ile MK.m.194 (ZGB.Art.169) da ki aile konutu (Wohnung der Familie) çoğu zaman aynı yer olmasına karşılık bunlar birbirlerinden farklı kavramlar olup, farklı amaçlara hizmet eden, farklı hükümlere tabi iki ayrı kavramdır<sup>13</sup>.

Aile konutu, aile içinde eşlerin yaşam merkezi olan konut olup, kaybedildiğinde aile birliğini maddi ve manevi yönden sarsacak olan, ailenin ve diğer eşin barınma hakkını kaybedeceği konutlardır. Buna karşılık eşlerin ortak belirledikleri konut her zaman bu özelliğe sahip olmayabilir. Aile konutu kural olarak tek konut olmasına rağmen, eşlerin ortak belirledikleri konut birden fazla olabilir. Her iki konut türü arasındaki bir diğer fark ise, aile konutuna ilişkin işlemlerde diğer eşin 'açık rızası' aranırken, ortak konu-

---

Ancak, 'evlilik konutu' ve 'aile konutu' somut olayların çoğunda birbiriyle örtüşse de, farklı kavramlardır. Zira kural olarak, eşlerin birden fazla aile konutu olamamasına rağmen, eşlerin birden fazla evlilik konutu olabilir. Bu kapsamda evlilik konutunun varlığından bahsedebilmek için aile konutunda olduğu gibi eşlerin konutu ortak yaşamın odağı haline getirmeleri de şart değildir. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku, C.III, İstanbul 2005, 169.

9 ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, 4. Bası, Ankara 2004, 199.

10 Bk., ZGB.Art.162 ( TMK.m.186 ).

11 Bk., ŞİPKA, 79.

12 Evlilik konutu ve ikametgahın eski kanunda, Alman ve İsviçre kanunu ile yeni Türk Medeni Kanunundaki düzenlenişi hususunda ayrıntılı bilgi için bk, ÖZDAMAR, 232-235; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 168 vd.

13 Medeni Kanunun 194. maddesi ile, 'eşlerin oturacakları konutu birlikte seçecekleri' hükmünün yer aldığı 186. madde terk nedenine dayalı olarak açılacak boşanma davalarında büyük önem taşır. Örneğin, aile konutundan tek başına ayrılarak başka bir yerde iş bulup çalışmaya başlayan ve hazırladığı konuta eşini davet eden kocanın bu davetine eski yasamıza göre 'koca birliğin reisidir' evin seçimi ona aittir (m.152) hükmü uyarınca kadının uymak zorunda idi oysa yeni yasamızın 186. maddesindeki 'konutun birlikte seçileceği' hükmü uyarınca kocanın eşini davet etmeden önce hazırladığı yeni evin 'ailenin konutu' olarak tayini için önce mahkemeden karar alması gerekir. ŞİMŞEK, Mustafa, Yeni medeni Yasaya Bakış, YD., C.28, S.1-2, Ocak-Nisan, 2002, 134.

tun belirlenmesinde eşlerin açık rızaları değil, her türlü rıza geçerlidir ve bu rıza ortak konutun oluşmasına yönelik bir rızadır<sup>14</sup>. Oysa aile konutunda, mutlaka eşlerden birinin sahip olduğu aynı ya da şahsi hak üzerindeki tasarruflarda rıza aranmaktadır. Aksine, bu tür konutun edinilmesinde diğer eşin rızası, oluru aranmamaktadır<sup>15</sup>.

### B- Aile Kavramı

Aile kavramı, zamana, yere ve toplumdan topluma göre değişkenlik gösteren, tarihi gelişim süreci içerisinde değişik ilişkileri belirtmek üzere kullanılan bir kavramdır. Bir toplumun temel taşı olan, toplumun dirliğinin, düzenin ve barışın sağlanmasında etkin rol oynayan, toplumun gelişmesinde ve ilerlemesinde en önemli müesseselerden biri olan aile hususunda net bir tanım yapmak güçtür<sup>16</sup>.

Bu kavram, kimi zaman, bir soydan gelenleri, bir sülaleyi, kimi zaman, babaerkil bir yapı içerisinde yaşayan dede, nine, çocuklar, torunlar, torun çocukları, hizmetçiler, işçi ve bakıcılar, aşçı, bahçıvan, bekçi, şöför gibi kişilerin tümünden oluşan birliği<sup>17</sup>, kimi zaman ise, dar manada karı – koca ve çocukları<sup>18</sup> hatta, sadece eşlerden oluşan bir birliği ifade etmek üzere kullanılmıştır<sup>19</sup>. Medeni Kanun'un Aile hukukunu düzenleyen hükümleri göz önünde tutulduğunda, aile kavramının her üç anlamda da kullanıldığı görülmektedir<sup>20</sup>. Çağımızdaki ailenin, Roma Hukukunun baba egemenliğine dayanan 'ev birliği' esasından farklı olarak<sup>21</sup>, geçerli bir kadın - erkek beraberliğinin ve bunlardan doğan çocukların oluşturduğu doğal bir ilişki

14 Bk., DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 169.

15 Bk., ŞİPKA, 80-82.

16 AKINTÜRK, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, Ankara 1996, 4-5.

17 MK.'un 'Ev Düzeni' kenar başlıklı 367.maddesinde bu anlamda yani en geniş anlamda aile düzenlenmiştir. Bu anlamdaki aile, Anayasa'nın 41. maddesinde belirtilen aileyi karşılamaktadır. Çünkü, Anayasa'nın 41. maddesi, sadece dar ve geniş anlamda aileyi değil en geniş anlamda aileyi de koruma altına almaktadır. Bk., AYAN, 19.

18 Doktrinde 'velayet ailesi' olarak tanımlanan bu anlamdaki aile, MK.'un 282 – 363. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Aile kavramının biraz daha modernleşmiş hali 'evlilik birliği' dediğimiz dar anlamda ailedir. Aile konutu'nun nitelendirilmesinde söz konusu olan aile de, bu tanıma uyan ve yasal bir 'evlilik birliği' oluşturan ailedir. ŞİPKA, 75, 77.

19 Çocukların dahil olmadığı bu anlamdaki aile 'Evlilik Hukuku' başlığı altında MK. 118 - 281. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk, FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin, Aile Hukuku, 2.Bası, İstanbul 1979,4 vd.

20 Bk., MK.m.185, 186, 189 - 191, 195, 335, 367 - 370.

21 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk., ŞAHİN, 16 vd.; ÖZDAMAR, 41 vd.

olan kan bağına (hısımlığına) dayandığı söylenebilir<sup>22</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, ailenin öncelikle eşler ve çocuklardan oluştuğunu kabul etmektedir. Mahkemeye göre, bunların dışında, aile kavramı, dede ile torun gibi ailede önemli rol oynayan yakın hısımlar arasındaki ilişkileri de kapsamaktadır. Ayrıca, evli olmayan ana ile çocuk arasındaki ilişki de sözleşmenin 8. maddesi kapsamında aile olarak değerlendirilmiştir<sup>23</sup>.

Aile, kadın ve erkek olmak üzere iki ayrı, karşıt cinsin sürekli bir birlik-telik amacıyla oluşturdukları toplumun temelini teşkil eden toplumsal bir müessesedir<sup>24</sup>. Aile müessesesinin, insanlığın iki ayrı, karşıt cinsinin birlik-teliğinden oluşacağına dair bu temel kural, günümüzde birçok hukuk sisteminin aksine, bazı hukuk sistemlerince aynı cins kişilerin evlenmelerine müsaade edilmek suretiyle bu kuraldan ayrılmıştır<sup>25</sup>.

Kanaatimizce bu kabul, aile müessesinin kutsallığını ve işlevini bertaraf eden<sup>26</sup>, genel ahlak anlayışına aykırı, toplumun ve insanlığın geleceğini son derecede olumsuz yönde etkileyebilecek nitelikte bir anlayış olup, Türk hukuk sisteminde olduğu gibi birçok hukuk sistemince de tasvip görmemiştir.

22 ÖZDAMAR, 41.

23 Bk., AYAN, 19, dn.66.

24 Evlenme iki ayrı cinsin birleşmesini ifade ettiğinden, hukukumuzda göre, aynı cinsten iki kişinin birleşmesiyle evlilik doğmaz. MK.m. 134 de 'birbirleriyle evlenecek erkek ve kadından', daha sonraki maddelerde ise erkek ve kadının evlenmesinden ve yapacakları işlemlerden söz edilir. Bu düzenlemelerden çıkan dolaylı anlam, bu birliğin karşıt iki cins arasında kurulacağını ortaya koymaktadır. Bu nedenle aynı cinsten kişiler arasında yasa-da belirtilen diğer tüm koşullar yerine getirilip yetkili memur önünde nikah kıydırılrsa da-hi ortada yasal bir evlilik bulunmaz. Hukukumuzda göre bu durumda yok bir evlenme söz konusu olur ve bu birleşmeden hiçbir hukuki sonuç doğmaz. (ZEVKLİLER/HAVUTÇU, 266-267). Kanaatimizce, evlilik gibi, aile hukukunun esasını oluşturan evlilik müessesesi-nin diğer müesseselerden farklı olarak kapsamlı bir tanımının yapılp, açıkça unsurlarının belirlenmemiş olması kanun yapma tekniği bakımından bir eksiklik teşkil etmektedir.

25 Almanya da 2001 tarihinde kabul edilen bir kanunla, eşcinsellerin birbirleriyle evlenme-lerine müsaade edilmek suretiyle birliktelikleri yasal hale getirilmiştir. Bu husustaki eleş-tiri için bk, HATEMLİ/SEROZAN, Aile Hukuku, İstanbul 1993, 6.

26 Feyzioğluna göre, ' ailenin üç tür işlevi bulunmaktadır. Birincisi, kadın ile erkeğin yasal birleşmesi ve neslin devamının sağlanması, ikincisi, ekonomik işlevi olup aile bireylerinin geçinme, oturma, yeme-içme, eğitim ve giyim gibi ihtiyaçlarına cevap vermek ve nihayet ahlaki bir işlev olarak yetişen çocukların iyi bir eğitim ve görgü süzgecinden geçirilerek bü-yütülmesini sağlamak amacını taşımaktadır', Bk., FEYZİOĞLU, 2. Kanaatimizce, bu iş-levlere, bir devletin ve toplumun ilelebet yaşayabilmesi için elzem olan, vatanını ve mille-tini sevip, koruyan, erdemli bir geçliğin yetiştirilmesi ve bu ilkeye kazandırılması yönün-deki ailenin toplumsal işlevi de eklemek gerekir. Zira, aile toplumun bir temel taşı olarak, geneliğin söz konusu tarzda yetiştirilmesin de bir okul işlevi görmektedir.

Aile bir toplumun esasını teşkil eder. Feyzioğlu'na göre<sup>27</sup>, 'aile esasına dayanmayan bir toplum, harçsız yapılmış bir bina gibidir; en küçük bir sarsıntıya dayanamaz; öyle bir toplumda yaşayan insanlar, rüzgarın esintisine göre yön değiştiren, sokaklarda sürüklenen yapraklar gibidir. Bu tür kişilerin oluşturduğu toplumlar ise, düzenden, faziletten, ümit ve çalışma azminden yoksun olurlar'<sup>28</sup>.

Çağdaş toplumlar aileye ve kadına her zaman önem vermişler ve bu hususta gerekli düzenlemeleri yapmışlardır. Türk kanun koyucusu da Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 41. maddesinde; 'Aile Türk toplumunun temelidir. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır; teşkilatı kurar' diyerek güçlü bir devletin ve toplumun oluşmasında ailenin önemini ve bunun için Devletin aile ile ilgili sorumluluğu vurgulanmıştır<sup>29</sup>.

### C- Eş Kavramı

Medeni Kanun'un aile konutunu düzenleyen 194. maddesinde, 'eşlerden biri, rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, malik olmayan eş ve sözleşmenin tarafı olmayan eş' tabirleriyle, 'diğer eş' ten bahsedilmektedir.

Medeni Kanun'un 185. maddesi hükmüne göre, evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulacağından, taraflar ancak evlenme işleminin yapılmasından itibaren eş sıfatını kazanırlar<sup>30</sup>. Bu sebeple de, nişanlılar arasında ve evlilik dışı birlikte yaşamalarda, tarafların kanunen eş sıfatı bulunmayacağından, aile konutuna ilişkin hükümler de bu tür birlikteliklerde uygulanmaz<sup>31</sup>.

### D- Yasal Evlilik Birliği Kavramı

Medeni Kanun'un 185. maddesi hükmünce, evlenmenin akdedilmesiyle birlikte eşler arasında bir 'evlilik birliği' kurulur. Bu birlik, eşlere çeşitli haklar tanımakla birlikte bir takım yükümlülükler de yükleyen, tüzel kişiliği bulunmayan buna mukabil çeşitli mülahazalarla hem Anayasa hem de Me-

27 Bk., FEYZİOĞLU, 1.

28 Aile müessesesi, önemi ve tarihi gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için Bk., AKINCI, Şahin, Medeni Kanunda Kadın ve Aile, GÜHFD, Haziran-Aralık 2004, C.VIII, 1-2.; ŞİPKA, 1 vd.; FEYZİOĞLU, 11 vd.

29 AKINCI, 18.

30 Bk., ŞİPKA, 76.

31 Bk., GENÇCAN, Ömer Uğur, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, Bilimsel Açıklama - İçtihatlar - İlgili Mevzuat, Madde 1-351, Ankara 2004 ( GENÇCAN, TMK C.1 ), 1093 ; ŞİPKA, 76; KILIÇOĞLU, (Yenilikler), 41.

deni Kanunda özel olarak korunan bir birlikteliktir<sup>32</sup>.

Evlenme neticesinde eşler arasında kurulan bu birlikteliliğin hukuki niteliğine ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, evlilik birliğine ilişkin hükümlerden, söz konusu birliğin niteliği çıkarılabılır<sup>33</sup>. Evlenmenin hukuki mahiyeti hakkında doktrinde birbirinden farklı üç görüş ileri sürülmektedir.

Sözleşme (akit) görüşünü savunan yazarlara göre evlenme de, diğer sözleşmelerde olduğu gibi, tarafların birbirine uygun ve karşılıklı iradeleri ile oluştuğuna, bundan da hak ve borçlar doğduğuna göre, onu da sözleşme saymak gerekir. Ancak bu sözleşmede borçlar hukuku nitelikli sözleşmelerde esas olan parasal özellik bu sözleşmede bulunmadığından bu sözleşmeyi 'kendine özgü bir aile hukuku sözleşmesi' olarak kabul etmek gerekir.

Şart - tasarruf adı verilen diğer bir görüşe göre ise, evlenmenin kuruluş koşulları, hukuki sonuçları ve sona ermesini yasa belirlediğinden, eşler sadece iradelerini açıklamakta ve neticesinde isteklerine bağlı olmaksızın yasanın belirlediği statü ve koşullara tabi olmaktadır.

Nihayet bizimde katıldığımız kurum (müessese) görüşüne göre ise, evlenme ile birlikte aile denilen kurum meydana gelmekte ve bu kurumun, aileyi meydana getiren eşlerden bağımsız bir varlığı ve çıkarları bulunmaktadır. Evlenmeyle birlikte eşler, bu birlik içerisinde artık kendi arzu ve isteklerine göre değil, kurumun çıkarları doğrultusunda davranmak zorundadırlar. MK.' un 185 ve devamı madde hükümlerinde bu yükümlülük, her iki eşe birlikte yüklenmiş asli bir yükümlülüktür. Aile hukukuna hakim olan temel ilkeler, özellikle 'ailede birlik, devletin müdahaleciliği ve düzenleme serbestisinin bulunmaması' ilkeleri ile birlikte, evliliğin birlik olma niteliğinin ön plana çıkarıldığı MK.'un 185, 186, 188, 189, 192, 195 - 201. madde hükümleri hep birlikte göz önünde tutulduğunda, bu görüşün, evliliğin hukuki mahiyetinin izahında daha tutarlı bir görüş olduğu söylenilebilir<sup>34</sup>.

Evlilik birliğinin kurulması, çeşitli hukuk sistemlerinde dini nikah, resmi nikah şeklinde farklı şekil şartlarına tabi kılınmıştır. Hatta bazı hukuk sistemleri, şekil şartı armaksızın, 'fiili evlilik, evlilik dışı yaşam birlikliği, serbest birleşme, nikahsız beraberlikler' şeklinde isimlendirilen tarafların bu tür birlikteliklerine de, evlilik birliğine ilişkin hukuki sonuçlar bağlamışlardır<sup>35</sup>. Türk hukuk sistemi, evliliği resmi şekle tabi kıldığından bu tür birlik-

32 Bk., T.C. Anayasası m. 41; TMK.m.118-281.

33 AYAN, 14.

34 Bu hususta Bk., ZEVKLİLER/HAVUTÇU, 220 vd. ; SERKAN, 14 vd.

35 Bk., KÖTELLİ, M. Argun, Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler, İstanbul

telikler, özellikle ülkemizde sıkça karşılaşılan imam nikahı evlilikler, yasal olmayan evlik statüsündedirler. Ancak kanun koyucu, bu tür birlikteliklere de tamamen kayıtsız kalmamıştır. Özellikle fiili beraberlikler neticesinde, evlilik dışı doğan çocukların neseplerinin idari yoldan düzeltilmesine ilişkin yasalar çıkarmak suretiyle, bir bakıma bu tür beraberliklere yasal neticeler bağlamıştır<sup>36</sup>.

## II. AİLE KONUTU

### A- Aile Konutu ve Ev Eşyası Kavramı

Aile konutu ve ev eşyası, eşlerin yaşamlarında oldukça önemli yer tutan mekanlar ve araçlardır. Eşler birlikte yaşamlarını bunlarla birlikte yürütür, tüm anılarını bu alanda ve bu eşyalarla paylaşırlar. Eşler, çoğu zaman yıllarca süren, büyük güçlüklerle edindikleri, zevk ve gereksinimlerine göre yerleştirdikleri ev eşyalarıyla bütünleşir ve bunları yaşamlarının bir parçası haline getirirler<sup>37</sup>.

Evlilik birliğinde, eşlerin aile yaşamında böylesine önemli bir yer tutan, aile konutu, İsviçre Medeni Kanunu'nda olduğu gibi<sup>38</sup> Türk Medeni Kanun'unda da tanımlanmış bir kavram değildir<sup>39</sup>. Medeni Kanunumuzun evli-

---

1991, 99 vd., 134 vd.; Eski Roma Hukukunda evlenme monogram evliliğidir. Evlenme de nişanlanma gibi, şekle bağlı değildir. İsteğe bağlı (rızaî) bir sözleşmedir. Roma hukukunda evlilik genellikle manus'lu ve manus'suz evlilik diye ikiye ayrılmıştır. Ancak Roma Hukukunda evliliğin tek bir yolu vardı, o da tarafların consensus'una ( niyetine, uyuşmasına) dayanan evliliğti. Manus gibi başka bir unsur kendiliğinden evlilik ile ilgili değildi. Kadının başka birisinin – bilhassa malvarlığı bakımından – ailesine girmesiydi. Buna bir nevi adaptio gözü ile bakılabilir. Bk., ÇELEBİCAN, Özcan KARADENİZ, Roma Hukuku, 3.Bası, Ankara 1986, 215 vd. ; ÖZDAMAR, 44-45 ; ŞAHİN, 20-21.

36 Af yasaları olarak ta adlandırılan ve sonuncusu 16.05.1991 tarihinde yürürlüğe giren ve 3716 sayı ile çıkarılan yasada '... karı-koca gibi birlikte yaşama iradelerinin varlığı ve bunun dışı yansması biçimi' esas alınmıştır. Bk., KÖTELİ, 109; ŞİPKA, 77.

37 KILIÇOĞLU, (Yenilikler), 39.

38 Knoepfler'e göre, Aile Konutu (logement familial) kavramı, İsviçre'de yenidir. Buna mukabil, bu kavram Fransız Hukukunda çok iyi bilinmektedir. Haklı olarak, kanunla bir tarifi yapılmamıştır. Eşlerin iradesiyle ailenin barınmasına sürekli olarak tahsis edilen yerleri hedef alan esnek bir kavram bahse konudur. Gayet tabii ikinci derece meskenler bunun dışındadır. KNOEPFLER, İsviçre'de Yeni Aile Hukuku Üzerinde Açıklamalar (1), (Çev. Ahmet Özer ), YD.C.14, S.1-2, Ocak-Nisan 1988, 124.

39 Aile konutu ve konut eşyası kavramı, İMK.'na 1984 yılında yapılan bir değişiklikle girmiş, bununla ilgili oldukça önemli değişiklikler getirilmiştir. Alman Medeni Kanunu'nda (BGB-Bürgerliches Gesetzbuch), buna benzer bir düzenleme mevcut değildir. Evliliğin genel hükümleri arasında, ayrı yaşama halinde, aile konutundan kimin yararlanacağına ilişkin olarak BGB.1361' de; yasal mal rejimi olan kazanç ortaklığı rejimine ilişkin olarak da bir eşin tüm malvarlığını elden çıkarmasını diğer eşin rızasına bağlı tutan BGB.1365' de özel hüküm mevcuttur. Bunlar dışında, 21 Ekim 1944 tarihli 'Aile Konutu



liğin genel hükümleri kısmında yer alan bu kavram, 'eşlerin oturacakları konut' tabiriyle ilk olarak 186. madde de yer almış, 194. madde de ise 'aile konutu' başlığı altında kapsamı açıklanmak suretiyle teknik manada düzenlenmiştir<sup>40</sup>. Her ne kadar kanunda bir tarifi yapılmamış olsa dahi, Kanun'un gerekçesinde bu kavram, 'eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anlarla dolu bir alan olarak tanımlanmıştır'. Aile konutu, eş ve çocukların ortak yaşam alanlarının merkezi olup sürekli bir şekilde, onların birlikte yaşamalarına hizmet eden, konut olarak kullanıma elverişli taşınır veya taşınmaz yerdir. Aile birliği, geçici hevesler için değil temelli kalmak maksadıyla yani süreklilik taşımak üzere kurulması gereken bir birlikteliktir. Bu sebeple de, aile konutunun bu amaca hizmet etmek üzere ortak yaşam alanı olarak seçilip, aile hayatı için merkezleştirilmesi sürekli olmalıdır. Keza, evliliğin mahiyeti de, eşlerin ortak bir konut da birlikte oturmalarını ve masraflarını birlikte yapmalarını gerektirmektedir<sup>41</sup>. Zira eşlerin birlikte oturmadıkları konut, aile konutu olarak kabul edilemez<sup>42</sup>.

Aile konutu hususunda İsviçre - Türk öğretisi ve doktrinindeki görüşler birlikte değerlendirildiğinde, bir konutun aile konutu olarak nitelendirilebilmesi için aşağıdaki özellikleri taşıması gerekir:

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, aile konutu, konut olarak kullanıma elverişli taşınır veya taşınmaz bölümlerdir<sup>43</sup>. Burada önemli olan, konutun

---

ve Konut Eşyası Hakkında Yönetmelik (Vorordnung über die Behandlung der Ehwohnung und des Hausrast) yürürlükte bulunmaktadır. Ancak bu yönetmelik, sadece boşanma halinde aile konutu ve konut eşyasının hangi eşe bırakılacağı sorunuyla ilgili sınırlı bir düzenleme öngörmektedir. KILIÇOĞLU, (Yenilikler), 38-39.

40 Aile konutuna ilişkin MK. maddeleri sırf bunlardan ibaret değildir. Mal rejimine ilişkin olarak 240, 254, 255, 279. maddeleri ile mirasın paylaşılmasına ilişkin olarak 652. maddesinde de bu konuya ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır ( ZGB. Art. 162, 169, 176, 219, 244, 612 a ). Buna karşılık, BGB. de evliliğin genel hükümleri içerisinde aile konutunun korunmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Aile konutunun çeşitli hukuk sistemlerinde korunması hakkında ayrıntılı bilgi için Bk., ŞİPKA, 60 vd.

41 Bk., GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Medeni Kanun'un Getirdiği Yeni Şerhler, Ankara 2003, 34; ÖZTAN, 199.

42 'Taraflar ayrılmadan önce birlikte Ereğli'de oturmuşlardı. Aile konutları da Ereğli'dedir. Davaya konusu edilen ev Konya' da olup, taraflar bu konutta birlikte oturmadıklarına göre, aile konutu olarak kabul edilemez. Türk Medeni Kanun'un 194. maddesi koşullarının oluşmadığı ve davanın reddinin gerektiği nazara alınmadan yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır'. Y.2.HD., 02.06.2003 T, E.7164, K.8034 GENÇCAN, Ömer Uğur, (GENÇCAN, TMK C.1), 1100-1101.

43 Konut her zaman bir 'ev' ya da 'bina - yapı' olmayabilir. Kişinin barınmasına elverişli ve sürekli olmasa da - yerleşme amacıyla kullandığı çeşitli taşınır ya da taşınmaz bölümler konut olarak nitelenebilir. Örneğin, otel odası, kulübe, gemi kamarası, mavna, kayık,

niteliği değil, o yerin eşlerce ortak oturma ihtiyacının karşılanmasına yönelik sürekli olmak üzere seçilmiş, aile yaşamlarının merkezi durumuna getirilmiş bir başka ifadeyle de özgülenmiş bulunmasıdır. Bu bağlamda, yazlık<sup>44</sup>, yayla evi, dağ evi gibi ikincil nitelikli konutlar ile tatilde kullanılan karavan, yazın büyük bir kısmında ailenin içinde yaşadığı yat, kotra, asıl aile konutu yanında misafirler için ayrılan bağımsız konutlar, devre mülkler, ailenin işlettiği tatil köyünde ailenin sadece yazın kaldığı villa veya otel odası gibi konutlar, ailenin yaşam merkezini ve müşterek hayatın önemli bir bölümünü oluşturmadıkları için MK.m.194 anlamında aile konutu sayılmazlar<sup>45</sup>. Çünkü bu tür ikincil nitelikteki konutların yitirilmesi, diğer eş ve çocuklar için barınma hakkını engellemektedir. Bu konutlar daha çok tatil, dinlenme, özel eğlence gibi amaçlarla edinilmiş konutlar olduğundan kaybı durumunda, 'aile konutu' nun değil, her hangi bir konutun kaybı söz konusu olur. Bu durumda şartları varsa MK.m.199 da ki tedbirlerle koruma sağlanabilir<sup>46</sup>.

Buna ek olarak, aile konutunun nitelendirilmesinde kanun koyucu tarafından yasal evlilik birliğini oluşturan aile dikkate alındığından, evli olmayan kişinin başkaları ile birlikte oturduğu ve kullandığı konutlar da, MK.m.194 anlamında 'aile konutu' sayılmazlar. Örneğin, birkaç arkadaşın ya da kardeşin ailelerinden bağımsız olarak oturdukları yer, reşit çocuğun anne ve babası ile birlikte oturduğu veya evlilik dışı fiili beraberliklerde birlikte oturan konutlar aile konutu sayılmazlar<sup>47</sup>.

MK.m.194 hükmü, sadece aile konutunu, diğer eşin ve çocukların barınma haklarını kaybetme tehlikesine karşı korumaktadır. Bu nedenle madde, hak sahibi eşin mesleki ya da ticari özellikli iş yerini bu bir konut olsa bile korumaktadır. Örneğin, eşlerden birinin kendi mülkünde olan bir konutunda, terzi, berber, pansiyonculuk gibi faaliyetlerde bulunuyor ise bu durumda konutun devredilmesinde ya da kiraya verilmesinde, kural olarak 194. madde anlamında

---

kavran v.b. yerler konut olarak kabul edilmektedir. Bk., ŞİPKA, 73.

- 44 - 'Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre yazlık konut ailenin tatil ihtiyacını karşılamak amacıyla edinilmiş olup, üttün yaşam faaliyetlerinin gerçekleşti sürekliliği olan alan niteliğinde değildir. Bu nedenle davacının Uurla' daki yazlık konutla ilgili itirazları yersizdir'. Y.2.HD., 27.03.2003 T., E.3071, K. 4452, KAÇAK, Nazif, Yeni İçtihatlarla, Yeni Türk Medeni Kanunu, Ankara 2004, 479.
- 45 - Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 1.6.2002 tarihli 2002 / 7 No' lu genelgesinde de bu tür konutların MK.'un 194. maddesi kapsamına girmedigi, bu sebeple de bu konuda gelecek taleplerin karşılanmaması gerektiği açıkça vurgulanmıştır.; KNOEPFLER, 124.
- 46 - Bkz. ŞİPKA, 86; Buna karşılık, bir yer aynı anda hem mesleki amaçla hem de konut olarak birlikte kullanılıyorsa, aile konutu sayılır . Bk., GÜMÜŞ, 35, dn. 41; ŞİPKA, 87.
- 47 - ŞİPKA, 78 ; AYAN, 64.

diğer eşin rızası gerekli değildir. Buna karşılık hem işyeri hem de aile konutu olarak kullanılan yerlerin (örneğin, terzi atölyesi, pansiyon, otel gibi) 194. maddede korumasından yararlanıp yararlanmayacağı tartışmalıdır. Şıpka'ya göre<sup>48</sup>, İsviçre de ki bilimsel görüşlere paralel olarak bu tür konutlarda da MK.'un 194. maddesinin koruma amacı kabul edilmelidir. Böyle bir durumda öncelikle korunacak olan menfaat diğer eş ve çocuklar olmalıdır. Bu tür karma nitelikli konutlarda ticari faaliyette bulunan eş, eşinin ve çocuklarının barınma haklarını herhangi bir şekilde garanti altına almadan, diğer eşin rızası olmadan işyerini devredememelidir. Ama, işyeri ve konut olarak kullanılan alanlar birbirinden bağımsızsa eş işyeri olarak faaliyette bulunduğu alanı üçüncü kişilere kiraya verebilmelidir. Çünkü bu durumda eşin oturma hakkı engellenmemektedir. Buna karşılık konut ve işyeri olarak tahsis edilen alan, ayrı ayrı kat mülkiyetine tabi bağımsız bölüm olmadıkça diğer eşin rızası olmadan eş satış işlemi yapamamalıdır. Keza, üzerinde bir veya birden fazla yapı bulunan ve bunlardan biri aile konutu olan arazilerde parselasyon imkanı yoksa, arazinin devri işlemi aile konutunun da kaybı neticesini doğuracağından bu durumda da diğer eşin rızası aranmalıdır.

Aile konutu müessesesi, Medeni Kanunda evliliğin genel hükümleri arasında düzenlenmiş bir müessese olduğundan, bu kanuna göre evlilik olarak nitelendirilmeyen ve yokluk yaptırımına tabi tutulan örneğin, resmi nikaha dayanmayan, uygulamada imam nikahı olarak adlandırılan yasal olmayan birliktelikler neticesinde oturan konutlar, MK.'un 194. maddesi hükmündeki korumadan yararlanamazlar<sup>49</sup>. Buna karşılık, butlan yaptırımına tabi tutulan evliliklerde, bunlar iptal edilinceye kadar, geçerli bir evliliğin hüküm ve neticelerini doğuracakları için bu tür evliliklerde kullanılan konutlar, aile konutu için aranan diğer koşulları da taşımak kaydıyla aile konutuna ilişkin korumadan yararlanırlar.

- Konutu aile konutu olarak nitelendirilebilmesi için, hali hazırda evlilik birliği devam ediyor olmalıdır. Zira, aile konutuna ilişkin koruma, evlilik birliğinin devamı müddetince söz konusu olan bir korumadır. Bu sebeple de, eşlerin fiilen ayrı yaşamaları, mahkemece ayrılık kararı verilmesi, boşanma davası açılması<sup>50</sup> ya da evliliğin mutlak butlanla geçersiz olması hallerinde

48 ŞIPKA, 87-88.

49 Evliliğin genel hükümlerine ilişkin düzenlemeler, 4721 sayılı Medeni Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olan evlilikler hakkında da geçerli olduğundan, aile konutu ile ilgili hükümler Kanun'un yürürlüğünden önce kurulan evliliklerde de uygulanacaktır. Bk., Türk Medeni Kanun'un Yürürlüğü ve Uygulama Şekli hakkında Kanun m.9/4.

50 Aile konutuna ilişkin koruma, eşler arasındaki mal rejimi ne olursa olsun, konutun eşlerin ortak iradesiyle aile konutu olarak özgülennesinden başlayarak, evliliği sona erdiren ka-

aile konutuna ilişkin koruma ortadan kalkmamaktadır.

Buna karşılık, aşağıdaki hallerden birini gerçekleşmesi durumunda, Me-deni Kanun'un 194. maddesindeki koruma sona ermektedir :

- Eşler aralarında anlaşarak, konutu aile konutu olmaktan çıkarmışlarsa,
- Konut üzerinde aynı ya da şahsi hakkı bulunmayan ( malik ya da kiracı olmayan ) eş, aile konutunu kendi iradesiyle süresiz olarak terk etmişse,
- Geçici terk edişler dışında ( örneğin, boşanma davası süresince ) eşler bir daha geri dönmek üzere konutu terk etmişlerse<sup>51</sup>,
- Konut üzerinde hak sahibi olmayan eş, diğer eşle aralarında yaptıkları anlaşma uyarınca konutu nihai olarak diğer eşe bırakmışsa,
- Konut üzerinde hak sahibi olmayan eş, kesin olarak konutu terk etmiş ya da terk etmek zorunda kalmışsa ve eşlerin artık o konutu aile konutu olarak kullanmayacakları açıkça anlaşılıyor ise,
- Eş, uzun yıllardır aile konutunda yaşamıyor ve bu davranışı da bir hak-kın kötüye kullanımı teşkil ediyorsa,

söz konusu tüm bu hallerde MK.'un 194. maddesinde öngörülen koruma amacı<sup>52</sup> ortadan kalktığı için, eşler artık aile konutuna ilişkin korumadan yararlanamazlar<sup>53</sup>.

### B- Aile Konutunun Belirlenmesi

Kanun koyucu, aile konutu bakımından en dar manadaki aileyi - yani sadece eşleri dikkate aldığından, bir konutun aile konutu olarak kabul edilebilmesi için, söz konusu konutun, yasal evlilik birliğini oluşturan eşlerce fiilen kullanılıyor olması gerekir. Bu konuda ayrıca, çocukların veya diğer

---

rarın ( örneğin, boşanma kararı ) kesinleşmesine kadar uygulama alanı bulur. Bu bağ-lamda, eşler arasındaki boşanma davası devam ettiği müddetçe ve birlikte yaşamamaya ara verilmesi halinde MK.m.194 'ün öngördüğü tasarruf yetkisi sınırlaması geçerli olup 194 hükmü uygulanmaya devam eder. Bk., GÜMÜŞ, 35, dn.43 - 44.

51 Eşlerden birinin evi terk etmesi durumunda, kira sözleşmesine taraf olmayan eş, konutta kalmaya devam etmişse, sözleşmenin feshinde MK.m.194 de ki korumadan yararlanma-ya devam eder. Bu durumda fesih için, sözleşmeye taraf olmayan ancak evde kalmaya devam eden eşin rızası aranır. Buna karşılık evde kalan eşin kira sözleşmesinin tarafı ol-maması durumunda sözleşmeyi tek başına fesh edip edemeyeceği ise tartışmalıdır. Bk., ÖZTAN, 202, dn. 253-254.

52 MK.m.194 de aile konutuna ilişkin emredici nitelikteki hükmün temel amacı, hak sahibi bulunan eşin, konut üzerindeki mevcut hakların kaybına ya da azalmasına neden olacak işlemlerine karşı, konut üzerinde aynı ya da şahsi hakkı bulunmayan diğer eşi ve aileyi korumaktır.

53 BGE 114 II 399; BGE 114 II 402.

hısımların bulunması da zorunlu değildir<sup>54</sup>. Bu sebeple, söz konusu kişilerin bu konuda yaşıyor olup olmamasının, konutun aile konutu olarak nitelendirilmesinde bir önemi bulunmamaktadır<sup>55</sup>. Aile konutunun korunabilmesi için, eşlerden birinin üzerinde hak sahibi olduğu bir konutu aileye özgülemesi ve ailenin buraya taşınması gerekir. Bu nedenle her zaman evliliğin başlangıcı ya da ailenin bir konut edinmesi bu korumadan yararlanmak için yeterli değildir. Zira, öncelikle bir konutun MK.m.194 anlamında bir aile konutu olduğunun belirlenmesi gerekir<sup>56</sup>.

Aile konutunun belirlenmesinde eşlerin subjektif iradelerin tek başına yeterli olup olmayacağı ise tartışmalıdır. Bizimde katıldığımız bir görüşe göre, aile konutunun belirlenmesi, üçüncü kişilerin de hukuki durumlarını etkileyebilecek bir husus olduğundan, bir konutun aile konutu olarak kabul edilebilmesi için, o konutun aile konutu olduğuna dair eşlerin subjektif iradeleri tek başına yeterli olmamalıdır. Konutun gerçekten aile konutu özelliklerini taşıması yanında, eşlerin söz konusu bu içsel iradelerinin üçüncü kişiler tarafından bilinebilir olmasını (fiili kullanımı) ifade eden objektif unsurun da, subjektif unsurla birlikte gerçekleşmiş bulunması gerekir<sup>57</sup>. Bu bilinebilirliğin sağlanabilmesi için ise, eşlerin ortak yaşamı devam ettirmek üzere konuta yerleşmiş bulunmaları, objektif olarak üçüncü kişilerce bilinebilir, anlaşılabilir bir hukuksal durum yaratmaları gerekir<sup>58</sup>.

Birden fazla konutun aile konutu olarak belirlenip belirlenemeyeceği meselesi ise, aile konutuna ilişkin tartışmalı meselelerin başında gelmektedir. Kanun tasarısı hazırlanırken, aile konutunu düzenleyen 194. maddeye, aile konutu olarak ancak tek bir konutun özgüleneceğine ilişkin bir fıkranın

54 KILIÇOĞLU, ( Yenilikler ), 41; AYAN, 64 ; GÜMÜŞ, 34.

55 Doktrinde, eşlerin çeşitli sebeplerle (meslek, sağlık, okul vb.) birden fazla konutta oturmaları durumunda, çocuklarla birlikte kalınan konutun, aile konutu olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde görüşler ileri sürülmektedir. Bk., ÖZTAN, 200, dn.236; ŞIPKA, 81, dn.286. Kanaatimizce, aile konutu bakımından kanun koyucu en dar manada aile kavramını göz önünde tutup, sadece eşlerin irade ve menfaatlerini dikkate aldığından fiili uygulamada bu durum mevzubahis değildir. Buna mukabil olması gereken, böyle bir durumda, ailenin ayrılmaz ve önemli bir parçasını oluşturan çocukların da menfaatleri düşünülerek, çocukların da içinde yaşadığı konutun aile konutu olarak kabul edilmesidir. Doktrinde bazı yazarlar yerinde olarak, aile konutunu, eşlerin ve çocukların, manevi ve duygusal bağlarla bağlandıkları yer olarak tarif etmek suretiyle, bu kavram bakımından çocukların önemine işaret etmektedirler (Bk., KILIÇOĞLU, Ahmet, Diğer Eşin Rızası ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002 (Diğer Eşin Rızası), 7 ; AYAN, 68 ; ŞIPKA, 83.

56 ŞIPKA, 89.

57 Bk., GÜMÜŞ, 34, dn.34 ; ÖZTAN, 200; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 204.

58 Bu husustaki tartışmalar için Bk., ŞIPKA, 81 vd.

eklenmesi önerilmiş olmasına rağmen bu öneri kanun koyucu tarafından kabul edilmemiştir. Bu sebeple de konu doktrinde oldukça tartışmalıdır. Bir kısım yazarlar aile konutunun tek bir konuttan ibaret olabileceğini ileri sürmektedirler. Bu görüşü savunan yazarlardan Knoepfler, Dural, Ögüz ve Gümüş'e göre<sup>59</sup>, aile konutu tek bir konuttur ve belirsizlik halinde mesleki faaliyetler dışındaki sosyal ilişkilerin yoğunlaştığı yer, eşlerin ikametgahı, aile konutunun yerini tespiti esas alınmalıdır. Bizimde katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, 194. maddenin ifadesi ve amacı dikkate alındığında istisnai durumlarda da olsa<sup>60</sup>, yukarıda açıklanan özellikleri de taşımak kaydıyla aile konutu birden fazla konut olarak kararlaştırılabilmelidir<sup>61</sup>. Kaldı ki, kanunda bunu engelleyecek açık bir hükme de rastlanmamaktadır. Keza, kanun tasarısı hazırlanırken bu konunun tartışılmış, aile konutunun tek bir konuttan ibaret olacağına ilişkin 194. maddeye ek bir fıkranın eklenmesi önerilmiş olmasına rağmen, bu önerinin kanun koyucu tarafından kabul edilmemiş bulunması, zımnen de olsa bu görüşü destekler niteliktedir.

Kanaatimizce, aile konutunun belirlenmesinde, diğer unsurların yanında öncelikle eşlerin iradelerine önem verilmeli, buna karşılık, birden fazla konutun aile konutu olarak belirlenmesinin söz konusu olduğu durumlarda ise, eşlerin iradeleri, durumun gerekleri ve çocukların menfaatleri elden geldiğince birlikte dikkate alınmalıdır<sup>62</sup>.

### C- Aile Konutunun Korunma Süresi

Medeni Kanun 186. madde hükmünce eşler oturacakları konutu birlikte seçerler ve genellikle de eşler ortak seçilen bu konuta aile konutu özelliği kazandırırılar. Ancak oturulacak konutun seçilip içerisinde oturulması, konutun aile konutu olarak nitelendirilmesi ve korumanın sağlanabilmesi için tek başına yeterli değildir. Aile konutuna ilişkin korumanın başlangıç anı, konutun, eşlerin ortak iradeleriyle aile konutu özelliğinin kazandırıldığı andır. Bununla birlikte, korumanın başlayabilmesi için, 'yasal evlilik birliği, eşler-

<sup>59</sup> Bk., GÜMÜŞ, 35; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 204-205; KNOEPFLER, 124.

<sup>60</sup> Her ne kadar aile konutu, ailenin yaşam merkezi olan mekan olsa da, öyle somut olaylar olabilir ki (örneğin, aile-eğitim ilişkisi, meslek ve iş yaşamı, sağlık nedenleri vb. sebeplerle), ailenin yaşam merkezi iki ayrı konutta da geçebilir. Kural olarak aile konutu tek bir konut olsa dahi sayılan sebeplerden ötürü birden fazla konut ta, bu anlamda aile konutu olarak kabul edilebilir. Ancak, eşlerin anlaşarak birden fazla konuta aile konutu şerhi düşmeleri halinde, ilgili üçüncü kişilerin örneğin, eşlerden birinin ölümü durumunda, onun yasal mirasçılarının aile konutunun paylaşımında bu konutlardan sadece birinin gerçek aile konutu olduğunu ispat etmeleri gerekir. Söz konusu istisnai durumlar için Bk., ŞİPKA, 86; AYAN, 68;

<sup>61</sup> Bk., AYAN, 68 ; ÖZTAN, 199

<sup>62</sup> Benzer bir görüş için Bk., AYAN, 68.

den birinin konut üzerinde aynı ya da şahsi bir hakkının varlığı, konutun ailenin yaşam merkezi haline getirilmiş bulunması' şeklindeki diğer unsurların da söz konusu unsurla birlikte gerçekleşmiş olması gerekir. Bu andan itibaren başlayan aile konutuna ilişkin koruma, kural olarak evlilik birliğinin son bulması anına kadar devam eder. Söz konusu koruma, aşağıdaki merhalelere göre ayrı ayrı incelenebilir :

### 1) Evlilik Birliğinin Devamı Esnasında

Medeni Kanun'un 185. maddesi hükmü gereğince evlenmenin akdedilmesiyle birlikte eşler arasında, evlilik birliği denilen bir birlik kurulmuş olur. Evlenme ile birlikte kurulup, hükümlerini doğurmaya başlayan bu birlik ancak belirli yollarla ortadan kalkabilir.

Evliliği ortadan kaldıran sebeplerden birisi doğal bir olay olan ölümdür. Bu neticeyi doğuracak bir diğer sebep ise, evlilik birliğinin hakim kararıyla ortadan kaldırılmasıdır. Evliliğin hakim kararıyla ortadan kaldırılması neticesini doğuran ilk sebep, kişiliği karineler yoluyla sona erdiren hallerden birini teşkil eden gaiplikte, gaibin eşinin MK.m. 131 hükmüne dayanarak evliliğin feshini talep etmesidir. Bir diğer sebep ise, MK.'un 161 vd. maddelerinde öngörülen boşanma nedenlerinden birine dayalı olarak açılacak olan bir boşanma davasıdır. Her iki halde de, mevcut evlilik birliği hakim kararıyla birlikte ortadan kalkmaktadır.

Yasal evlilik birliği oluşturulup eşlerce konuta, aile konutu hüviyetinin kazandırılmasıyla beraber başlayan söz konusu koruma, doğal bir olay olan eşin ölümü ya da evliliğin hakim tarafından kaldırılması anına kadar devam eder. Ancak bu arada, eşlerin anlaşarak aile konutundan kesin olarak taşınmaları durumunda, aile konutu özelliğini ortadan kalkacağı için, konuta ilişkin koruma da ortadan kalkar.

Evlilik birliği devam ederken, birliğinin sarılması, eşlerin anlaşmazlığa düşmeleri ya da eşlerden birinin şiddet uygulaması vb. sebeplerden dolayı eşlerden birinin aile konutunu terk etmesi durumunda aile konutu bundan etkilenir. Böyle bir durumda eşler, genellikle birlikte yaşama ara vermek, aile birliğini sonlandırmak bir başka deyişle boşanmak için böyle bir yola başvururlar. Bu yola, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş başvurabileceği gibi hak sahibi olmayan eş de başvurabilir.

İlk olasılıkta, yani konut üzerinde aynı ya da şahsi hak sahibi olan eşin konutu terk etmesi durumunda, diğer eşin konuttaki barınma hakkı bu durumda olumsuz yönde etkilenmemekte ve terke rağmen diğer eş barınma hakkını sürdürmektedir. Ancak konutu terk eden eşin, terk sonrasında konuta ilişkin devir veya kira sözleşmesinin feshi gibi düşüncesizce ve kötü niyetli tasarruflarına karşı diğer eş ve çocukların korunması gerekir. Evi terk eden

eşin, aile konutu ile ilgili sözleşmenin tarafı olması durumunda, onun kötü niyetli olarak ve sırf evde kalan eşini evden tahliye ettirmek amacı ile kira sözleşmesini feshedebileceği ya da ev sahibi ile anlaşıp, yazılı tahliye taahhüdü verebileceği ihtimali göz önünde tutularak, evde kalan eşin MK.m.194/1 gereği bu sözleşmenin feshinde rızası aranmalıdır. Aksi takdirde, yapılan fesih ev sahibine karşı hüküm doğurmayacaktır<sup>63</sup>.

Diğer olasılıkta yani hak sahibi olmayan eşin evi terk etmesi durumunda ise, kural olarak aile konutuna ilişkin koruma ortadan kalkmaz. Ancak bu ihtimalde, olayın koşulları da dikkate alınmalıdır. Hak sahibi olmayan eşin kendi iradesiyle geçici terk edişler dışında, belirsiz süreli ya da kesin olarak konutu terk etmesi, aile konutunun yaşam merkezini oluşturmadığının açıkça ve objektif olarak anlaşılabilirdiği durumlarda ortak konut, artık aile konutu olmaktan çıkar. Keza, her iki eşin anlaşarak o konuttan kesin olarak taşınmaları yanında eşlerin her birinin kendilerine yeni bir konut kiralamaları durumunda da aile konutuna ilişkin koruma ortadan kalkar. Zira söz konusu tüm bu durumlarda, aile konutunun koruma amacı ortadan kalkmakta ve barınma hakkının korunmasına ilişkin bir menfaat de bulunmamaktadır.

## 2) Ayrılık Kararı ya da Birlikte Yaşamaya Ara Verildiği Süre Esnasında

Birlikte yaşamaya ara verilmesi, eşlerden birinin diğer eşle birlikte yaşadıkları ortak konutu terk edip ayrı bir yerde yaşamaya başlamasıyla gerçekleşir. Ayrı yaşama, tedavi, görev, yakınları ziyaret, hürriyeti bağlayıcı bir cezanın çekilmesi gibi değişik nitelikteki nedenlerden kaynaklanabilir. Bu tür haklı nedenlere dayalı olarak gerçekleşen bir ayrılık ise, doğal olarak MK.m.164 anlamında özel bir boşanma sebebi olarak öngörülen terk olarak nitelendirilemez. Buna karşılık, eşlerden birinin evliliğin kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirmemek amacıyla, haklı bir neden olmaksızın, sürekli olmak kaydıyla ortak konutu isteyerek terk etmesi durumunda, MK.m.164 anlamında terk fiili gerçekleşmiş olur ve bu durumda eş, terk eden eşe karşı, terk' den dolayı boşanma davası açma hakkına sahip olur.

Açılacak olan davada, boşanma sebebinin ispatlanması durumunda, hakim dilerse boşanmaya dilerse ayrılığa karar verebilir. Mahkemenin, boşanma veya ayrılık talep edildiği durumlarda eşler, MK.m.169. hükmü uyarınca ayrı yaşama hakkına sahip olurlar. Keza, ortak yaşam dolayısıyla, eşlerden birinin kişiliği, ekonomik güvenliği veya aile huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü hallerde de eşler, hakim kararına ihtiyaç duymaksızın ayrı yaşama hakkına sahiptirler<sup>64</sup>. Gerek MK.m.172 gerekse 197'e göre, evlilik

<sup>63</sup> ŞİPKA, 94.

<sup>64</sup> ZEVLİLER/HAVUTÇU, 276; DOĞAN, (Aile), 298.



birliğinin korunması amacıyla birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde, her iki halde de, ortak yaşam ve dolayısıyla birlikte yaşama yükümlüğü sona ermiş olsa bile, normun koruma amacı çerçevesinde, Medeni Kanun'un 194. maddesi hükmü uygulanmaya devam eder<sup>65</sup>.

Birlikte yaşamaya ara verilmesinin en önemli meselelerinden birisi, bu ara dönemde aile konutunda kimin oturacağını tespit meselesidir. Bir diğer önemli mesele ise, konuta ilişkin olarak işlem yapmak isteyen eşin diğer eşin rızasını yine almak mecburiyetinde olup olmadığıdır ?

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, aile konutunun korunmasına ilişkin, Medeni Kanun'un 194. maddesinde yer alan düzenleme, evliliğin genel hükümlerine ilişkin bir düzenleme olup, eşler arasındaki mal rejiminden bağımsız olarak, evlilik sona erinceye kadar gerek boşanma gerekse evliliğin iptali davası esnasında uygulanması gereken bir hükümdür. Nitekim, Medeni Kanun'un 169. maddesinde, boşanma veya ayrılık davası açılınca hakimin davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re'sen alacağı öngörülmüştür. Bu önlemler arasında yer alan eşlerin barınmasıyla ilgili önlemler ise daha çok aile konutundan ve ev eşyasından yararlanmaya ilişkin önlemler olacaktır. Evlilik birliğini alınacak önlemler marifetiyle korumayı amaçlayan bir diğer düzenleme ise, Medeni Kanun'un 197. maddesinde yer alan düzenlemedir. Bu düzenlemede, 169. maddede yer alan düzenlemeye paralel olarak, "birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı sebebe dayanıyorsa hakim, eşlerden birinin istemi üzerine birinin diğerine yapacağı parasal katkıya, konut ve ev eşyasından yararlanmaya ve eşlerin mallarının yönetimine ilişkin önlemleri alır" denilmektedir.

Evlilik birliğini koruyucu nitelikteki her iki düzenlemede de, hakim tarafından gerekli önlemlerin alınmasından söz edilmektedir. Ancak, her iki düzenlemede alınacak önlemlerin türü ve zamanı birbirinden farklılık arz etmektedir. Şöyle ki; Medeni Kanun'un 169. maddesinde öngörülen önlemler, boşanma davasının devamı esnasında, talep olmaksızın hakim tarafından, re'sen alınabildiği halde, 197. madde de öngörülen önlemler ise ancak, ayrılığın haklı bir sebebe dayandığı durumlarda, ayrılık müddetince ve talep üzerine alınabilmektedir<sup>66</sup>.

Görüldüğü üzere, her iki durumda da konuttan kimin yararlanacağına

<sup>65</sup> Bk., GÜMÜŞ, 35. dn. 44.

<sup>66</sup> Bununla beraber, her iki halde de hakim önlem alırken, ailenin sosyal ve ekonomik durumlarını, eşlerin ve çocukların gereksinimlerini, yaşadıkları çevredeki genel geçim, eğitim ve yaşam standartlarını göz önünde bulundurmak zorundadır. Bk., DOĞAN, (Aile), 299 ; ZEVLİLİLER/HAVUTÇU, 286; AYAN, 246.

hakim, takdir yetkisi çerçevesinde, kendisi karar vermektedir. Ancak, haki-  
min buradaki kararı, Medeni Kanun'un 194. maddesi hükmü ile kıyaslandı-  
ğında, doğrudan doğruya bir koruma değil, yargı kararı ile bir koruma sağ-  
lamaktadır. Bu nedenle de, hakim, aile konutu ile ilgili karar verinceye ka-  
dar, 194. maddenin uygulanabilir olması gerekir ki, bu alınacak önlemlerin-  
de uygulanabilirliği olsun. Aksi takdirde, hüküm verinceye kadar aile konu-  
tunun, üzerinde hak sahibi olan eş tarafından (muvazaalı veya değil) üçüncü  
kişilere devri ya da kira sözleşmesinin feshi söz konusu olabilir<sup>67</sup>.

Birlikte yaşamaya ara verilmesinin bir diğer önemli meselesi ise, genel-  
likle, evliliğin sona ermesinden bir önceki aşamayı oluşturan bu dönemde,  
konuta ilişkin olarak işlem yapmak isteyen eşin, diğer eşin rızasını yine al-  
mak zorunda olup olmadığıdır. İstisnai durumlar bir kenara bırakılırsa<sup>68</sup>, aile  
konutu niteliği, kural olarak evlilik birliği sona erinceye kadar devam eder.  
Dolayısıyla, söz konusu haller dışında, aile konutuna ilişkin işlemlerle ilgili  
olarak MK.m.194' de öngörülen rıza şartı, evlilik birliği devam ederken,  
eşlerin fiilen ya da yargı kararıyla ayrı yaşamaları halinde de geçerli olan,  
eşlerce uyulması gereken bir şarttır<sup>69</sup>.

### 3) Boşanma ( ya da iptal ) Davasının Görülmesi Esnasında

Medeni Kanun'un 194. maddesi hükmü, eşler arasındaki mal rejimi ne  
olursa olsun, bir konutun eşlerin ortak iradesiyle aile konutu olarak özgül-  
lenmesinden başlayarak, evliliği sona erdiren kararın (örneğin, boşanma  
kararının ) kesinleşmesi anına kadar geçerli olan bir hükümdür. Dolayısıyla,  
boşanma davası devam ettiği müddetçe, MK.m.194' ün öngördüğü tasarruf  
sınırlaması geçerli olacağından<sup>70</sup> bu esnada eşin, aile konutundan ayrılması  
olması, kural olarak konutun aile konutu olma özelliği ortadan kaldırmaz<sup>71</sup>.

Aile konutuna ilişkin koruma, özellikle aile içersindeki anlaşmazlıkların  
baş gösterdiği dönemlerde daha da fazla bir önem taşır. Bu dönemlerde açıl-  
acak olan bir boşanma ya da evliliğin iptali davası esnasında, aile konutu-  
nun, diğer eşin kötü niyetli tasarruflarına karşı MK.m.194 çerçevesinde daha

67 ŞİPKA, 97.

68 Bk., yukarıda II- A.

69 Bu hüküm son derecede önemlidir. Çünkü, evlilik birliği ile ilgili olarak bir karar alınma-  
sı söz konusudur. Müsterek konutu birlikte seçen eşlerin bu konuyla ilgili hukuki işlemler-  
lerde de birlikte hareket etmeleri doğru olur. HAVUTÇU, Türk Medeni Kanunu'nda Ka-  
dın - Erkek Eşitliğine Ters Düşen Hükümler ve Reform Çalışmaları, İBD, S.1, Ocak-  
1998, 13.

70 GÜMÜŞ, 35.

71 ÖZTAN, 202.

etkin olarak korunması gerekir. Zira bu dönemde, MK.m.194' ün konuluş amacının ihlal edilmesi olasılığı diğer dönemlere nazaran çok daha büyük bir olasılıktır<sup>72</sup>.

#### 4) Boşanma ( ya da iptal ) Davasından Sonraki Esnada

İsviçre hukukunda, aile konutunun, diğer eş ve çocukların amaca uygun bir şekilde boşanmadan sonraki safhada dahi korunması söz konusu iken<sup>73</sup> Türk hukukunda, aile konutuna ilişkin koruma, evliliğin boşanma veya iptal- le neticelenmesi durumunda sona ermektedir. Her ne kadar Türk kanun koyucusu, İsviçre kanun koyucusundan farklı olarak, 194. maddenin 4. fıkrasında, kiracı olmayan diğer eşe, kiralayana yapacağı tek taraflı bir bildirimle, kira sözleşmesine katılma hakkı tanımış olsa da bu düzenleme<sup>74</sup>, aile konutunu, eş ve çocukları korucu nitelikteki İsviçre Medeni Kanunu'nun 121. maddesi düzenlemesindeki etkiyi göstermekten uzaktır. Keza, TMK. da sözleşmesel rejim olarak yer alan 'paylaşmalı mal ayrılığı' nda kabul edilen MK.m.254/IV. hükmü, İsviçre MK. m.121 (ZGB.Art.121) hükmüne paralel bir düzenleme içerse de, bu düzenleme de ülkemizin aile yapısı içinde olması gerekeni sağlamaktan uzaktır<sup>75</sup>.

Medeni Kanun'un 254. maddesinde, evliliğin iptal veya boşanma kararıyla sona erdirilmesi halinde, ailenin ortak kullanımına özgülenmiş ve eşler arasında eşit olarak paylaşma konusu olan konutta kalmaya ve ev eşyasını kullanmaya hangisinin devam edeceği hususunda eşlerin kendi aralarında anlaşabileceği öngörülmektedir. Bu düzenleme ile eşlerden biri lehine konutta oturmasını sağlayacak bir alacak hakkı kurulmasına imkan sağlanmaktadır.

Eşler arasında bu hususta yapılacak olan sözleşme, şekle tabi değilse de gerek ispat kolaylığı sağlanması gerekse konutta kalma hakkını edinen eşin,

<sup>72</sup> Anlaşmazlık halinde, kocanın , sadece karısına zarar vermek amacıyla apartmanın kira mukavelesini bozduğu veya villanın maliki olarak, mülkiyetini başkasına sattığı çok görülmüştür. Halen uygulanan hukuk buna imkan vermektedir. Yeni kanun bu türden davranışı men etmektedir. Gerçekten de, bir mukavelenin bozulması veya ailenin iskan ettiği evin satılması için, her iki eşin, müştereken karar vermesi gerekmektedir. KNOEPFLER, 124.

<sup>73</sup> 1 Ocak 2000 tarihli ZGB.Art.121 hükmüne göre; kiracı olmayan eşin, aile konutunda kalmasını gerektirecek önemli nedenler varsa, hakim kira sözleşmesindeki hak ve yükümlülüklerin bu eşe devrine karar verebilir. Daha önce kiracı olan eş, iki yıldan fazla olmamak kaydıyla, kira bedeli konusunda müteselsilen sorumlu olup kendisinin kira bedelini ödemesi halinde, bunu nafaka borcu ile takas etme hakkına sahiptir. Konutun mülkiyetinin eşlerden birine ait olması durumunda, mahkeme diğer eşe bir yasal oturma hakkı tanıır. Bunun süresi, oturma bedeli ve şartları mahkemece belirlenir.

<sup>74</sup> Ayrıntılı bilgi için Bk., DOĞAN, (Aile), 296 vd.

<sup>75</sup> Bk., ŞİPKA, 99.

bu hakkını tapu kütüğüne şerh talebinin dayanağını teşkil edebilmesi bakımından yazılı olmasında fayda vardır<sup>76</sup>. Eşlerin bu konuda anlaşamamaları durumunda, hakkaniyetin gerekli kıldığı hallerde, örneğin, tasfiye sonucunda konutun mülkiyetinin kendisine ait olmayacağı tahmin edilen eşin, bu yüzden mağdur olması ihtimalinin söz konusu olduğu hallerde, hakim buna, kendisi re'sen karar verecektir. Hakim, karar verirken eşlerin ekonomik ve sosyal durumları ile ve varsa çocukların menfaatlerini de birlikte göz önünde bulunduracaktır (MK.m.254/2). Kararda, konutta kalma ve ev eşyalarından yararlanma süresi tespit edilmiş olmalı ve bu süre şerh edilmek üzere re'sen tapu müdürlüğüne bildirilmelidir.

Medeni Kanun'un 254. maddesinin 3. fıkrası hükmü gereğince, hakim aksine karar vermiş olmadıkça, konutta kalma ve ev eşyalarından yararlanma hakkı tanınan eşin bu hakkı, kararda belirlenen sürenin sonunda sona erer. Hakim, bu süre sonunda durumun kendisi tarafından yeniden gözden geçirileceğine ilişkin bir karar da verebilir. Keza, söz konusu süre içerisinde mevcut durumda değişiklik yaratan örneğin, mülkiyet hakkı kendisine ait olan eşin, yeni bir evlilik yapması, uzun bir süre başka bir şehre veya yurt dışına gidecek olması ya da konutta oturma hakkı tanınan eşin ekonomik durumun düzelmiş olması gibi hallerde, diğer eşin de hakimden kararını yeniden gözden geçirmesi istemeye hakkı vardır. Böylesi bir talep durumunda hakim, kalma hakkının, sürenin bitiminden önce sona ermesine veya sürenin kısaltılmasına karar verebileceği gibi, söz konusu talebi yerinde görmezse, kalma hakkının devamına da karar verebilir<sup>77</sup>.

Kanun koyucu, paylaşmalı mal ayrılığında, aile konutu ve ev eşyasının geleceğini düzenleyen Medeni Kanun'un 254. maddesinin ilk üç fıkrasında, konutun eşlerden birine ait olması, dördüncü fıkrasında ise, kiralanmış olması ihtimalini göz önünde tutarak düzenleme yapmıştır. MK.m.254/4 hükmüne göre, konutun eşlerden biri tarafından kiralanmış olması halinde, hakim, gerekli görürse kiracı sıfatı taşımayan eşin konutta kalmasına karar verebilir. Bu durumda, kiralayanın sözleşmeden doğan haklarını güvenceye almak için gerekli düzenleme yapılmasına iptal veya boşanma kararıyla birlikte re'sen karar verilir. Söz konusu bu hüküm, İsviçre MK.' un 121. maddesine (ZGB.Art.121) paralel bir düzenleme getirmektedir. Ancak, TMK.254/4

<sup>76</sup> Şerh için yazılı bir bildirimde bulunmanın gerekliliği hakkında ayrıntılı açıklamalar için bk., SÜNGURBEY, İsmet, Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İÜY. No.1008, İHFY. No. 208, İstanbul 1963, 62 vd.

<sup>77</sup> DOĞAN, Mal Rejiminin Tasfiyesinde ve Mirasın Paylaşımında Aile Konutu ve Ev Eşyası, Cumhuriyetimizin 80. Kuruluş Yılına Armağan ( DOĞAN, Mal Rejimi ), AÜHFD, C. VIII, S. 3-4, 674.

hükümü, İsviçre Medeni Kanun'unda ki düzenlemeden bazı noktalarda farklılıklar içermektedir. İsviçre Medeni Kanun'undaki düzenlemede, mahkeme kararı ile kira sözleşmesinin diğer eşe devredilebileceği kararlaştırılırken, bizdeki düzenlemede bu konuda bir açıklık yoktur. Sadece hakim, '...gerekli düzenlemenin yapılmasına...' re'sen karar vereceği belirtilmiştir. Şıpka' ya göre, gerekli düzenlemeden, hakim sözleşme taraflarının değişmesine bir müdahale de bulunacağı anlaşılmamalıdır. Zira, bunun için açık bir yasal düzenlemeye ve emredici kurala ihtiyaç vardır ki, İsviçre MK.'un 121. maddesinin 1. fıkrası böyle bir yasal düzenlemeyi içermektedir<sup>78</sup>.

Bu hüküm hakkında yapılan, bizimde katıldığımız diğer bir eleştiri ise, bu hükmün düzenleme yerinin isabetli seçilmediği hakkındadır. Hükmün amacı göz önünde tutulursa, bu hükmün kiracı sıfatı taşımayan eşi korumaya yönelik bir hüküm olduğu açıkça anlaşılır. Ancak, bu koruma ihtiyacının sadece paylaşmalı mal ayrılığı rejimini kabul etmiş eşler bakımından ortaya çıkacağı söylenemez. Diğer mal rejimlerinin kabul edilmiş olması halinde de, eğer aile konutu eşlerden biri tarafından kiralanmışsa, evliliğin boşanma veya iptal kararıyla sona ermesi halinde, kiracı sıfatı taşımayan eşin konutta kalmasını gerektiren durumlar söz konusu olabilir. Bu yüzden, bu hükmün boşanmanın sonuçları arasında (iptalin sonuçlarına da yollama yapılarak) (MK.m.170 vd.) mal rejimi ne olursa olsun hakim kararına bağlaması gereken bir husus olarak düzenlemesi daha uygun olurdu. Böylece bu konuda boşlukta doldurulmuş olurdu.

Bir diğer önemli husus ise, bu hükmün, konutun eşlerden biri tarafından kiralanmış olması ihtimali göz önünde tutularak düzenlenmiş olmasıdır. Oysa eşler, konutu birlikte kiraladıkları için her ikisi de birlikte kiracı sıfatına haiz olabilirler. Keza, konutun eşlerden biri tarafından kiralanmış olması halinde de, kiracı sıfatı taşımayan eşin Medeni Kanun'un 194. maddesinin sunduğu imkandan yararlanarak kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelmesi mümkündür<sup>79</sup>. Bu imkan, mal rejimi ne olursa olsun mevcuttur. Bu nedenle de, MK.'un 254. maddesinin 4. fıkrası düzenlemesi eksiktir. Kaldı ki, eşlerin her ikisinin de kiracı sıfatı taşıdığı hallerde, aile

<sup>78</sup> Bk., ŞIPKA, 101.

<sup>79</sup> Taraf olmak isteyen eş, kiralayana yapacağı bildirimle taraf olabilecektir. Kanun koyucu, bildirim ne suretle yapılacağı konusunda bir şekil şartı getirmemiştir. Bildirim her türlü vasıta ile yapılabilecek, kiralayana ulaştığı anda da hüküm doğuracaktır. Bildirimde bulunun eş bu sayede taraf olacak ve kiralayana karşı eşle birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır. DEMİR, Sevgi, Türk Medeni Kanunu, Aile Hukuku Alanında 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun getirdiği Yenilikler, Ankara 2004, 69.

konutunda kimin kalacağıının da belirlenmesi gerekirdi<sup>80</sup>.

### 5) Eşlerden Birinin Ölümünden Sonra

Aile konutunun korunmasına ilişkin MK.'un 194. maddesi düzenlemesi, evliliğin genel hükümlerine ait bir düzenleme olduğundan, eşlerden birinin ölümü halinde, evlilik birliği de ortadan kalkacağından, aile konutu, söz konusu bu madde gereğince korunamaz. Zira, bu maddedeki koruma, hak sahibi eşin aile konutu ile ilgili sağlar arası hukuki işlemlerinde diğer eşin rızasını ve işleme katılmasını düzenlemektedir. Ölüm dolayısıyla artık bu tür işlemler yapma olanağı kalmadığından, 194. maddenin uygulanması söz konusu olamayacaktır. Bu sebeple, sağ kalan eşin aile konutu ve ev eşyası üzerindeki hak sahipliği, Medeni Kanun'un mal rejimleri ve miras hukukunun ilgili hükümlerine göre korunacaktır<sup>81</sup>. Aile konutun korunması eşler arasındaki mal rejiminin türüne<sup>82</sup> göre farklılık arz eder. Şöyle ki :

#### a. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde

İsviçre Medeni Kanunu'nun 219. maddesini karşılayan, Türk Medeni Kanunu'nun 240. maddesinde, sağ kalan eşin aile konutu ve ev eşyası üzerindeki hakları düzenlenmektedir. Bu düzenlemeye göre, sağ kalan eş, eski yaşantısını devam ettirebilmesi için, ölen eşine ait olan ve birlikte yaşadıkları konut üzerinde, katılma alacağına mahsup edilmek, yetmez ise bedel eklenmek suretiyle intifa veya oturma hakkı talep edebilir. Sağ kalan eş, aynı koşullar altında ev eşyası üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir. Haklı sebeplerin varlığı halinde, intifa veya oturma hakkı yerine, konut üzerinde mülkiyet hakkı tanınmasını da talep edebilir.

Bu maddenin uygulanabilmesi için öncelikle, evlilik ölüm ile sona ermiş olmalıdır. Bununla birlikte, salt ölüm olayı bu madde hükmünün uygulanabilmesi için tek başına yeterli değildir. Bu şarta ilaveten, aile konutu ya da ev eşyasının ölen eşe ait olması, sağ kalan eşin mal rejiminden dolayı bir katılma hakkı alacağı ile birlikte aile konutu ya da ev eşyasını bizzat kullanma ihtiyacının bulunması, konutun, ölenin alt soyundan birinin aynı meslek ve sanatı icra edeceği konut olmaması ve eşlerin bu konuda aksine anlaşma yapmamış olması şartlarının da birlikte gerçekleşmesi gerekir<sup>83</sup>. Medeni Kanun'un 240. maddesinde yer alan söz konusu düzenleme, emredici nitelikte değil tamamlama

80 DOĞAN, ( Mal Rejimi ), 675. Ayrıca ayrıntılı bilgi için bk., 677 vd.

81 ŞİPKA, 102.

82 Eski ve yeni Medeni Kanunla karşılaştırmalı olarak evlilikteki mal rejimleri hakkında ayrıntılı bilgi için bk., ÖZDAMAR, 289 vd.

83 Ayrıntılı bilgi için bk., DOĞAN, ( Mal Rejimi ), 655 - 661; KILIÇOĞLU, (Diğer Eşin Rızası ), 45-48.

yıcı nitelikte bir düzenleme olduğundan, eşler kendi aralarında yapacakları mal rejimi sözleşmesinde, bu düzenlemenin aksini kararlaştırabilirler.

Yapılacak olan sözleşmede, sağ kalan eşin aile konutu üzerinde intifa, oturma veya mülkiyet şeklinde bir hak talep etmeyeceği, keza ev eşyası üzerinde mülkiyet hakkı tanınmasını istemeyeceği kararlaştırılabilir. Dolayısıyla, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminde (MK.m.202/1), sağ kalan eşin hakları, eşler arasında yapılacak olan bir anlaşma ile ortadan kaldırılabileceği gibi sınırlandırılması da mümkün olacaktır.

### **b. Mal Ortaklığı Rejiminde**

Bu rejimde sağ kalan eş, MK.m.279 hükmü gereğince, eşlerin birlikte yaşadıkları konut veya ev eşyası ortaklık mallarına ait ise, sağ kalan eş, payına mahsuben bunların mülkiyetinin kendisine verilmesini isteyebilir. Sağ kalan eşin böyle bir talepte bulunabilmesi için, mal ortaklığı rejimi eşlerden birinin ölümüyle son bulmalı, ölüm tarihinde eşler arsındaki mal rejimi geçerli olmalı, aile konutu ve ev eşyası ortaklık mallarına dahil olmalı, talep, eşlerin birlikte yaşadıkları aile konutuna ve birliğe ait ev eşyasına ilişkin olmalı ve nihayet sağ kalan eş mülkiyet hakkının kendisine verilmesini talep etmiş olmalıdır. Bu rejimde söz konusu şartların hep birlikte gerçekleşmesi durumunda, sağ kalan eşe öncelikle mülkiyet hakkı tanınmaktadır. Bununla birlikte, maddenin son fıkrası gereğince, bu rejimin ölüm dışındaki bir sebeple, örneğin, evliliğin iptali, boşanma, başka bir mal rejiminin benimsenmesi, eşlerden biri hakkında iflasın açılması ya da mahkemece mal ayrılığı rejimine geçilmesine karar verilmesi gibi nedenlerle son bulması durumunda, eşlerden her biri, üstün yararını ispat etmek kaydıyla yine aynı istemlerde bulunma hakkına sahiptir. Her iki eşin de böyle bir talep de bulunması durumunda ise, hakim, takdir yetkisi çerçevesinde, şartları değerlendirip ona göre karar verecektir.

### **c. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminde**

Bu rejim, eşler arasında sözleşmeyle kararlaştırılabilen, seçimlik bir rejim olup, bu rejimde esas olarak mal ayrılığı geçerli olmakla birlikte rejimin sona ermesi durumunda bazı mal varlığı değerleri eşler arasında eşit paylaşımına tabi olmaktadır. Bu değerler MK.m.250' de ' aileye özgülenen mallar' başlığı altında, 'eşlerden biri tarafından paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin kurulmasından sonra edinilmiş olup ailenin ortak kullanım ve yararlanmasına özgülenen mallar ile ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar veya bunların yerine geçen değerler olarak sınırlı sayıda sayılmıştır.

Bu rejimde eşlerin talep hakkı, edinilmiş mallara katılma rejiminden farklı olarak aynı niteliktedir. Eşler, paylaşımına tabi malları ayın olarak pay-

laşırlar. Aile konutu ve eşyası paylaşımına tabi mallardan olup, mal rejimi hangi sebeple sona ermiş olursa olsun, bu malların mülkiyetine sahip olmayan eş diğer eşten bu malların kendisine özgülenmesini isteyebilir. Bu rejimde aile konutu ve ev eşyası MK.m.254' de önemine binaen özel olarak düzenleme altına alınmıştır. Buna göre, evliliğin iptal veya boşanmayla sona erdirilmesi halinde, ailenin ortak kullanımına özgülenmiş ve eşler arasında eşit paylaşım konusu olacak konutta kalmaya ve ev eşyasını kullanmaya hangisinin devam edeceğine eşler anlaşmak suretiyle kendileri karar verebilirler. Bu hakkı elde eden eş, bu hakkını tapu kütüğüne şerh ettirebilir.

Söz konusu hükümde, eşlerden biri lehine, konutta oturma ve ev eşyasını kullanma hakkını temin edecek nitelikte bir alacak hakkı tanınmaktadır. Eşler bunu öncelikle kendileri kararlaştırma hakkına sahiptirler. Böyle bir kararlaştırmanın olmadığı, eşlerin anlaşmazlığa düştüğü bir durumda ise, hakim, hakkaniyet gerektiriyorsa olayın özelliklerini, eşlerin ekonomik ve sosyal durumlarını ve varsa çocukların da menfaatlerini göz önünde bulundurmak suretiyle takdir yetkisi çerçevesinde konutta kimin, hangi süreyle kalacağına kendisi karar verir. Ayrıca, tapu kütüğüne şerhi için tapu memurluğuna da bildirir. MK.m.254/3 gereğince, hakim aksine bir hüküm vermedikçe, konutta kalma ve ev eşyasından yararlanma hakkı, belirlenen sürenin sonunda sona erer. Ancak, bu süre sona ermeden yararlanan tarafın durumunda değişiklik olması halinde, örneğin, konutta kalan eşin yeni bir evlilik yapması, uzun süre başka bir şehre gidecek olması, ekonomik durumunun iyileşmesi durumunda, diğer taraf hakimden, kararı yeniden gözden geçirmesini isteyebilecektir<sup>84</sup>.

Medeni Kanun'un 254. maddesinin 4. fıkrasında, hakim gerektiğinde, eşlerden biri tarafından kiralanmış konutta kiracı sıfatı taşımayan eşin kalmasına karar verebileceği öngörülmektedir. Hakim, böyle bir karara varırken, eşlerin sosyal - ekonomik durumlarını ve çocukların kimin yanında kalacağını göz önünde tutmalı, konutta kiracı sıfatı taşımayan eşin kalmasını gerektiren bir durum olup olmadığını tespit ederek ona göre karar vermesi gerekir. Bunun sonucu olarak da, kiracı sıfatı taşıyan eş, kira sözleşmesini kendisi yapmış olmasına rağmen artık konutta kalamayacaktır. Bu durum, onun bakımından kira sözleşmesinin hakim kararıyla sona ermesi, diğer eşin kiracı haline gelmesi manasına gelir<sup>85</sup>.

Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde, boşanma ve iptal dışında evliliği sona erdiren doğal bir olay olan ölüm halinde, aile konutu ve ev eşyasının mukadderatı

<sup>84</sup> Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk., GÜMÜŞ, 189-194.

<sup>85</sup> DOĞAN, ( Mal Rejimi ), 676.



ise, Medeni Kanun'un 255. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, 'eşlerden birinin ölümü halinde, paylaşma konusu olan mallar arasında ev eşyası veya eşlerin birlikte yaşadıkları konut varsa; sağ kalan eş, bunlar üzerinde kendisine miras ve paylaşmadan doğan hakkına mahsup edilmek ve yetmezse bir bedel eklemek suretiyle mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir'. Bu hakkın istenebilmesi için: aile konutu ve ev eşyasının paylaşım konusu mallar arasında yer alması, evliliğin ölümle sona ermiş bulunması, paylaşma konu olan konut ve eve eşyasının mülkiyetinin ölen eşe ait olması ve nihayet sağ kalan eşin miras ve paylaşmadan doğan bir hakkının bulunması gerekir<sup>86</sup>.

Sağ kalan eş yukarıdaki şartların gerçekleşmesi durumunda, edinilmiş mallara katılma rejiminin aksine, aile konutu üzerinde öncelikle mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir. Bununla birlikte, MK.m.255/2 hükmünce, haklı sebeplerin varlığı durumunda sağ kalan eşin veya ölenin diğer yasal mirasçılarından birinin talebi üzerine, mülkiyet yerine intifa veya oturma hakkı tanınmasına da karar verilebilir. Buna mukabil ev eşyası üzerinde sadece mülkiyet hakkı tanınması talep edilebilir. Edinilmiş mallara katılma olduğu gibi bu rejimde de 'sağ kalan eş, miras bırakanın bir meslek veya sanatı icra etmesi için gerekli olan bölümlerde bu hakları kullanamaz (MK.m.255/3, 240/4).

Medeni Kanun'un 652. maddesinde, aile konutu ve ev eşyasının sağ kalan eşe özgülenmesi kenar başlığı altında, İsviçre Medeni Kanunu'nun 612a maddesinden esinlenilerek miras hukuku alanında, esasen mirasın paylaşımıyla alakalı yeni bir düzenleme yapılmıştır. Söz konusu maddenin 1. fıkrasına göre, 'eşlerden birinin ölümü halinde, tereke malları arasında ev eşyası veya eşlerin birlikte yaşadıkları konut varsa; sağ kalan eş, bunlar üzerinde miras hakkına mahsuben mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir' denilmektedir. Mirasçılar arasındaki eşitlik ve taksim serbestliği ilkelerine istisna oluşturan bu hüküm, tereke eşyasının aynen paylaşımı yerine mirasçılardan birine tahsisine ilişkin bir düzenlemeyi öngörmektedir.

Şıпка' ya göre<sup>87</sup>, bu hüküm, eşler arasındaki mal rejimi ne olursa olsun, ölüm halinde sağ kalan eşin mirasçılık sıfatına dayalı bir yasal, aynı talep hakkı tanımaktadır. Doğan'a göre ise<sup>88</sup>, burada yasal alım hakkı tanındığı kabul edilemez. Zira, bu hakkın kullanılmasıyla sağ kalan eş ile ölen eşin mirasçıları arasında bir satım ilişkisi kurulmamaktadır. Sağ kalan eş burada miras payının aile konutu ve/veya ev eşyası olarak belirlenmesini istemektedir. Bir paylaşma kuralı

<sup>86</sup> Ayrıntılı bilgi için bk., DOĞAN, ( Mal Rejimi ), 678-681.

<sup>87</sup> Bk., ŞIPKA, 104.

<sup>88</sup> Bk., DOĞAN ( Mal Rejimi ), 694.

olduğu için de, diğer mirasçılar kabul ettiği ve paylaşmaya uygun düştüğü ölçüde uygulanabilecek bir hükümdür. Dolayısıyla, bu hükümle, mirasın paylaşımında sağ kalan eşe seçim hakkı veren, kanundan doğan değiştirici yenilik doğuran bir hak tanınmış olmaktadır. O, miras payının dilerse aile konutu ve/veya ev eşyası üzerinde mülkiyet hakkı kurularak, dilerse diğer tereke değerlerinden verilerek karşılanmasını isteyebilecektir. Böylece sağ kalan eş, seçimlik hakkını kullanarak miras payını belirleyebilecektir.

Sağ kalan eşin, MK.m.652' de belirlenen bu hakkı kullanabilmesi mirasçılık sıfatına bağlı olduğundan, mirastan feragat, yoksunluk, çıkarılma ya da red gibi nedenlerin varlığı durumunda sağ kalan eş, söz konusu haktan yararlanamayacaktır<sup>89</sup>. Söz konusu madde de kapsamı belirlenen bu hak, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olup, sadece sağ kalan eş tarafından kullanılabilir. Bu sebeple de, miras açıldıktan sonra fakat paylaşma yapılmadan önce hakkın sahibi ölürse bu hak mirasçılara geçmez. Medeni Kanunda bu hakkın hangi süre içerisinde kullanılacağı öngörülmuş değildir. Bununla birlikte söz konusu hak, mirasın paylaşımına ilişkin bir hak olduğundan en geç mirasın paylaşılması sırasında kullanılması gerekir.

#### D- Aile Konutu Üzerindeki Haklar ve Konuta İlişkin İşlemler

##### 1) Aile Konutu Üzerindeki Haklar

Aile konutu üzerinde eşin ya da eşlerin hakkı, mülkiyetten kaynaklanan tek başına mülkiyet ve birlikte mülkiyet şeklinde aynı hak olabileceği gibi mülkiyet hakkı dışında, eşlerden birine kullanma hakkı tanıyan intifa, sükna veya üst hakkı gibi sınırlı bir aynı hak da olabilir. Keza bu hakkın, kiracılık sıfatı ile edinilen konutlarda kiracılık hakkına dayalı şahsi bir alacak hakkı olması da mümkündür.

##### a) Tek Başına Mülkiyet

Aile konutu üzerinde hak sahibi eşin hakkı, çoğunlukla tek başına mülkiyet hakkıdır. Bu hak, eşya hukukunun mülkiyetin geçişine ilişkin kurallarına tabi olduğundan, MK.m.705 vd. maddeleri gereğince, tescille ya da tescilsiz (miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma ve MK. ve diğer kanunlarda öngörülen diğer haller, olağan ve olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı) kazanma yolları ile kazanılabilir<sup>90</sup>. Bu yollarla mülkiyetin kazanımı, Kat Mülkiyetine tabi taşınmazlarda bir bağımsız bölümün mülkiye-

<sup>89</sup> ŞİPKA, 104.

<sup>90</sup> Ayrıntılı bilgi için bk., ERTAŞ, Şeref, Eşya Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2002, 275 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, 10.Bası, İstanbul 2004, 239 vd.; AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku, II, Mülkiyet, 2.Bası, Konya 2000, (AYAN, M, Mülkiyet), 26 vd.

tinin kazanılması bakımından da geçerlidir.

Kişinin barınmasına elverişli olan, sürekli olmasa da yerleşme amacıyla kullandığı gemi kamarası, baraka, kulübe, karavan, mavna, kayık vb. taşınırlar da konut olarak kabul edildiğinden, bu tür taşınırların mülkiyetinin kazanılmasında MK.m.763 vd. madde hükümleri uygulanır. Taşınmazların kazanımında geçerli olan kazandırıcı zamanasımı yolu, taşınırlar mülkiyetinin kazanılmasında da geçerli olan bir yoldur. MK.m.777' ye göre, başkasının taşınır bir malını davasız ve aralıksız beş yıl iyiniyetle ve malik olmak sıfatıyla zilyetliğinde bulunduran kimse, zamanasımı yoluyla o taşınırın maliki olmaktadır<sup>91</sup>.

## b) Birlikte Mülkiyet

### aa. Genel Olarak

Hak sahibinin sayısına göre mülkiyet hakkı tek şahıs mülkiyeti (ferdi mülkiyet) ve birlikte mülkiyet olarak ikiye ayrılmaktadır. Birlikte mülkiyette, paylı (müşterek mülkiyet) ve paysız (iştirak halinde – elbirliği ) mülkiyet olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Paylı mülkiyette, birden fazla kimsenin maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla malik olmaları söz konusu iken, birlikte mülkiyetin diğer bir türünü oluşturan iştirak halinde mülkiyette ise, pay söz konusu olmayıp bu tür mülkiyette ortakların her birinin hakkı ortaklığa giren malın tamamına yaygındır. Paylı mülkiyet ilişkisi, hukuki veya idari işlemle veyahut bir kanun hükmü uyarınca tesis edilebilir. Örneğin, malik tek başına sahip olduğu taşınmazın bazı paylarını başkasına temlik etmişse bu durumda paylı mülkiyet hukuki bir işlemle doğmuş olur. Buna karşılık belediye, Kanun'un kendisine verdiği yetkiye dayanarak (örneğin, İmar kanunu m.18), bir taşınmazın mülkiyetini paylı olarak birden fazla kişiye tahsis etmişse, bu durumda idari işlemle paylı mülkiyet ilişkisi doğmuş olur. Keza, 2510 sayılı İskan Kanunu uyarınca bir taşınmazın birden çok kişiye tahsis edilmesi de aynı neticeyi doğurur. Buna karşılık, iştirak halinde mülkiyet özel ortaklık (topluluk) ilişkisi olup, bu ilişki ya miras şirketinde olduğu gibi bir hukuki olaydan ( MK.m.640) ya da yine tipini Kanun'un sınırlı sayıda tayin ettiği bir hukuki işlemde ( karı koca mal ortaklığı - MK.m.256, aile malları ortaklığı - MK.m.373, miras şirketi - MK.m.640, adi şirket - BK.m.520 ) doğmaktadır<sup>92</sup>.

### bb. Eşlerin Birlikte Malik Olmaları

Yukarıda belirtildiği üzere birlikte mülkiyet, ya paylı müşterek ya da

91 Ayrıntılı bilgi için bk., ERTAŞ, 447 vd.; AYAN, M, (Mülkiyet), 431 vd.

92 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk., ERTAŞ, 222 vd.; AYAN, M, (Mülkiyet), 77 vd.

paysız iştirak halinde mülkiyet şeklinde gerçekleşir. Bu tür bir mülkiyet ilişkisi, eşlerin kendi arasında gerçekleşebileceği gibi eşler ile üçüncü şahıslar arasında da gerçekleşebilir. Eşler, aile konutu üzerinde kendi aralarında paylı mülkiyete sahip iseler, bu durumda her paydaş kural olarak, Eşya Hukukunun müşterek mülkiyete ilişkin kurallarına göre hareket etmek zorundadır<sup>93</sup>. Ancak kanun koyucu, aile konutunun hususiyetini göz önünde tutarak, eşlerin birlikte paydaş oldukları aile konutu bakımından, özel olarak uygulanmak üzere istisnai nitelikte kurallarda getirmiş bulunmaktadır.

Bu kurallardan ilki, MK.m.223' de yer alan kuraldır. Kanun koyucu, Medeni Kanun'un 688. maddesinin 2. fıkrası hükmünde, bir müşterek mülkiyet ilişkisinde, her paydaşa, diğer paydaştan bağımsız olarak payını bir başkasına temlik ve rehin edebilme hakkını tanıırken, paylı olarak edinilmiş bir aile konutunda bu kuraldan ayrılmıştır. Yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimini düzenleyen hükümler arasında yer alan, Medeni Kanun'un 223. maddenin 2. fıkrası hükmüne göre; ' aksine anlaşma olmadıkça, eşlerden biri, diğerinin rızası olmadan paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz'. Bu kural öncelikle eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulandığı durumlarda söz konusu olur. Bu kuralda, aile konutu üzerinde paylı mülkiyete sahip bulunan eşlerin payları üzerindeki tasarruf işlemlerinde eşlere birlikte hareket etme ve karar verme yükümlülüğü getirilmek suretiyle sözleşme özgürlüğü, bir başka ifadeyle eşlerin tek başına hareket etme özgürlükleri sınırlandırılmıştır. Kanun koyucu, MK.m.193' de eşlerin her türlü hukuksal işlemleri yapabilecekleri kuralını koyduktan sonra, 194. madde de bu kuralın istinası olarak tek başlarına değil, birlikte yapmak zorunda oldukları işlemleri düzenlemiştir<sup>94</sup>.

Medeni Kanun'un 223. maddesinde söz konusu olan düzenleme 'aksine anlaşma olmadıkça' uygulanma kabiliyetine haiz, emredici nitelikte olmayan bir düzenleme olduğu halde, 194. maddede ki düzenleme, emredici nitelikte bir düzenlemedir. Eşler buradaki düzenlemeyi ortadan kaldıracı nitelikte bir anlaşma yapamayacakları gibi, rızası gereken eşin, bu haktan önceden feragat etmesi de mümkün değildir. Buna karşılık, Medeni Kanun'un 223. mad-

93 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ' e göre, eşler arasında paylı mülkiyet söz konusu ise, eşler arasındaki mal rejiminin türüne göre, MK.m.223/2 ve 263/1 hükümleri, TMK.'un paylı mülkiyete ilişkin hükümlerinde, paylı mülkiyet konusu eşya üzerinde tasarrufa ilişkin olarak yer alan kurallar (MK.691/1, 692/2), MK.m.194' e nazaran öncelikli olarak uygulanma alanı bulurlar ve MK.223/2 hükmü gereğince, MK.194 ancak sınırlı bir koruma sağlar. Bk., DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 207; Müşterek mülkiyetin hükümleri hk.ayrıntılı bilgi için bk., AYAN, M., (Mülkiyet), 32 vd.; ERTAŞ, 224 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 252 vd.

94 KILIÇOĞLU, (Yenilikler), 36.

desindeki düzenleme, eşlerin paylı mülkiyet konusu mallarını göz önünde tutarak düzenlenmiş bir hüküm olup bu düzenlemenin aksi taraflarca kararlaştırılabilmektedir. Medeni Kanun'un 194. maddesi hükmü, konut üzerindeki hakkın türünü dikkate almaksızın, konuta ilişkin yapılacak işlemlerde, diğer eşin rızası aranmak suretiyle doğrudan doğruya aile konutunu korurken, edinilmiş mallara katılma rejimi hükümleri arasında düzenlenen MK.'un 223. maddesi hükmü ise, eşlerden birinin paylı mülkiyet tarzında edindiği mallarını korumaktadır. Şıpk'a' ya göre<sup>95</sup>, eşlerin paylı mülkiyetinde bulunan bir aile konutu üzerinde pay sahibi olan eşlerden biri payını bir üçüncü kişiye devreder ya da üzerinde aynı hak kurarsa, bu işlemin aile konutundan faydalanma ya da aile konutundan çıkma tehlikesi yaratacak bir işlem olduğu durumlarda, 194. maddenin korumasından faydalanmak daha elverişlidir. Buna karşılık, yapılan işlemin, 194. madde anlamında rıza gerektiren bir işlem olarak kabul edilmediği durumlarda da diğer eş, 223. maddenin 2. fıkrası hükmünden faydalanabilecektir.

Medeni Kanun'un 223. maddesi hükmüne aykırı tarzda yapılacak olan bir tasarruf işleminin müeyyidesi ise geçersizliktir. Bu geçersizlik, askıda bir geçersizlik olup, kendisine tanınan süre içerisinde diğer eşin işleme onay vermemesi durumunda, işlem her iki taraf içinde hükümsüz hale gelir. Buna mukabil, sözleşmenin karşı tarafı, söz konusu süre zarfında sözleşme ile bağlı kalmaya devam edecektir<sup>96</sup>.

### cc. Eşlerden Birinin Aile Konutu Üzerinde Üçüncü Kişilerle Birlikte Malik Olması

Aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin mülkiyet hakkı, üçüncü kişilerle miras şirketi, adi şirket, kolektif ya da komandit şirket ilişkisinden ya da paylı bir mülkiyet ilişkisinden doğabilir. Miras şirketinde, şirkete dahil olan eş, diğer ortaklarla birlikte tereke ve konut üzerinde elbirliği ile maliktir. O ancak, diğer maliklerin tümünün oybirliği ile verecekleri bir rıza dahilinde, elbirliği ile malik bulunduğu konutu aile konutu olarak özgüleyebilir. Zira, elbirliği mülkiyetinde maliklerin belli paylarından söz edilemeyeceğinden, bunların hakları, şeyin tamamını kapsar. Medeni Kanun'un 702. maddesinin 2. fıkrası hükmü gereğince de, kanunda veya sözleşmede aksine hüküm olmadıkça malikler, o şey üzerinde ancak oybirliği ile tasarrufi işlemlerde bulunabilirler. Böyle bir hukuki ilişkide kullanım hakkı kendisine bırakılan ve konutu aile konutu olarak özgüleyen eş, diğer maliklerin onayıyla, bu konut üzerinde ailesinin oturma hakkı ile bağdaşmayan hatta konutunun kaybı neticesini doğuran bir takım hukuki işlemler yapabilir. Böyle bir du-

<sup>95</sup> Bu husustaki tartışmalar ve ayrıntılı bilgi için bk., ŞİPKA, 108.

<sup>96</sup> KILIÇOĞLU, (Yenilikler ), 36; (Diğer Eşin Rızası), 25; ŞİPKA, 107.

rumda, mirasçı eşin aile konutuna ilişkin yapacağı işlemlerde ortak malikler dışında diğer eşin de rızasını almak zorunda olup olmadığı tartışmalıdır.

Kanaatimizce, böyle bir durumda konuta elbirliği ile malik bulunan diğer maliklerin çıkarları ile aile konutunda yaşayan diğer eşin çıkarı birbirleriyle çakışmaktadır. El birliği ile malik olunan konut, diğer maliklerin ortak rızaları ile aile konutu olarak tahsis edildiğinden, yine maliklerin ortak rızaları olmadıkça mirasçı eş, konut üzerinde bir başka tasarrufta bulunamaz. Buna mukabil, diğer maliklerin tümünün rızasının olduğu bir durumda, ortak malik olunan konuta ilişkin olarak mirasçı eş tarafından yapılacak olan ve diğer maliklerin, miras şirketinin ortak menfaatine olacak bir tasarruf işlemi aile konutunda yaşayan eşin onayına tabi kılınması haklı görülemez. Böyle bir durumda, eşin çıkarı yerine diğer maliklerin tümünün ortak çıkarlarına üstünlük tanınmalı ve konut Medeni Kanun'un 194. maddesi korumasından yararlanamamalıdır<sup>97</sup>.

Buna karşılık, eşlerden biri, üçüncü kişilerle birlikte aile konutu üzerinde müşterek mülkiyet ilişkisi içerisinde belirli bir payla paydaş olabilir. Müşterek mülkiyette her paydaşın payı belli olup, paydaş, malı tek başına kullanma ve onun ürünlerinden yararlanma hakkına sahiptir. Ancak paydaşın, bu kullanma ve yararlanma hakkı, MK.m.693/1 hükmü gereğince diğer paydaşların aynı nitelikte hakları ile bağdaşır olmak zorundadır. Bir başka ifadeyle, her paydaş, paylı malı diğerlerinin kullanmasına ve faydalanmasına mani olmamak kaydıyla dilediği gibi kullanabilir, ürünlendirebilir. Medeni Kanun 688/2 hükmü gereğince her paydaş, diğer paydaşlardan bağımsız olarak payı üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilir, onu temlik edebilir, rehnedebilir. Keza, maddi kullanmayı gerektirmeyecek şekilde kendi payı üzerinde irtifak hakları da tesis edebilir. Müşterek mülkiyette, malın özgülendiği amacın değiştirilmesi, korumanın veya olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işleri ile malın tamamı üzerinde yapılacak tasarrufi işlemler (örneğin, temlik, rehin, irtifak hakkı tesisi, malın intifa tarzının değişimi) olağanüstü yönetim işlerinden olup, bunların icrası ancak paydaşların oybirliği ile alacakları kararlarla mümkün olur<sup>98</sup>.

Anlaşılabacağı üzere, paylı mülkiyet ilişkisinde, elbirliği ortaklığından farklı olarak, kişisel ilişkilere dayanan bir ortaklık amacı bulunmamaktadır.

<sup>97</sup> Aile konutunu kullanan mirasçı eşin eşi ile diğer ortakların menfaatlerinin çatışması tüm elbirliği ortaklığı hallerinde söz konusu olabilir. İsviçreli hukukçular, elbirliği mülkiyetinin kişisel bir ilişkiye dayanan birlik olduğundan hareketle bu birliğin amacının, bir ortağın aile konutunun korunması karşısında daha da öncelikli olduğunu savunmaktadırlar. Bu husustaki tartışmalar için bk., ŞİPKA, 130 vd.

<sup>98</sup> Bk., ERTAŞ, 224 vd.

Bu sebeple de, paylı mülkiyette paydaşın mülkiyet hakkı, elbirliği mülkiyetinden daha bağımsız bir özellik arz ettiğinden, bir eşin kendi payı ya da tüm paydaşların birlikte taşınmazın tümü üzerinde yapacağı tasarruflarda, aile konutundan yararlanan paydaşın eşinin de rızası aranmalı, eş MK.m.698 - 699 kapsamında paylaşırma istediğinde diğer eşin rızasını almalıdır. Buna karşılık, paylaşırma diğer paydaşların talep etmesi durumunda ise, aile konutundan faydalanan paydaşın eşinin rızasının alınmasına gerek yoktur<sup>99</sup>.

### c. Kiracılık Hakkı

Medeni Kanun'un 194. maddesi hükmü, kira yoluyla edinilen aile konutları bakımından da geçerlidir<sup>100</sup>. Ekonomik şartlara bağlı olarak konut edinmede yaşanan sıkıntı dolayısıyla, aile konutlarının bir çoğu günümüzde kira sözleşmesi yapılarak edinilen konutlardır. Aile konutu olarak özgülen konut eşlerden biri yahut her iki eş tarafından birlikte kiralanmış olabilir. Medeni Kanun'un 194. maddesinin 1. fıkrası hükmünde kira sözleşmesinin eşlerden biri tarafından yapılmış olması ihtimali göz önünde tutularak, bu şekilde edinilen konutlarda, diğer eşin açık rızası olmaksızın, aile konutuyla ilgili kira sözleşmesinin feshedilemeyeceği ifade edilmektedir<sup>101</sup>. Dolayısıyla, 194. maddede öngörülen korumanın söz konusu olabilmesi için, öncelikle konutun eşlerden biri tarafından kiralanmış olması ve kiralanan konutun da aile konutu olarak özgülenmiş bulunması gerekir.

Medeni Kanun'un 194. maddesi hükmünün amacı, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin, diğer eş ve çocukları zor durumda bırakacak, onların barınma haklarını olumsuz yönde etkileyecek işlemlerine karşı onları korumak olduğundan, kira sözleşmesinin her iki eş tarafından kiracı sıfatıyla birlikte imzalanması ya da eşin yaptığı sözleşmeye diğer eşin 194. maddenin son fıkrasının kendisine tanıdığı hakkı kullanarak, kiralayana yönelteceği tek taraflı bir kurucu yenilik doğuran beyanla sözleşmeye katılması durumunda,

<sup>99</sup> ŞİPKA, 131.

<sup>100</sup> Eşlerin aile konutu, bir kamu kurumu ya da işveren tarafından, iş sözleşmesi çerçevesinde ir eşe oturması için verilirse, bu durumda 194/1 anlamında bir kira sözleşmesinden bahsedilemeyeceğinden, bu tür aile konutlarının korunması söz konusu madde ile sağlanamayacaktır. ŞİPKA, 114.

<sup>101</sup> Eşin rızasının alınmasının zorunlu olduğu durum sadece kiralanan aile konutuna ilişkin sözleşmenin feshedilmesi ile sınırlı değildir. Kanun koyucunun amacı, eşlerin birlikte oturdukları bu konutta, oturmalarını engelleyecek bir işlemi kiracı eşin tek başına yaparak diğer eşin mağdur olmasını önlemektir. Bu nedenle, örneğin, kira sözleşmesinde alt kiraya verme olanağı tanınmış olsa dahi, kiracı eşin buna dayanarak aile konutunu alt kira yoluyla üçüncü bir kişiye kiralaması da diğer eşin rızasına bağlı olmalıdır. UÇAR, Ayhan, 4721 Sayılı Medeni Kanun ile Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler, AÜEHFD, C.VI, S.1-4, 324.

194. maddenin amacını ihlal edecek bir tehlike mevzubahis olmaz. Bu durumda, kiralayana karşı her iki eş de birlikte sorumlu olacağından ve sözleşmenin feshi beyanın sonuç doğurabilmesi için de her iki eşin birlikte fesih beyanında bulunması gerektiğinden, böylesi bir durumda 194. maddenin öngördüğü diğer eşin rızasını almayı gerektiren bir işlem söz konusu olmayacaktır.

## 2) Aile Konutuna İlişkin İşlemler ve Rıza Şartı

### a. Konuta İlişkin İşlemler

Medeni Kanun'un 194. maddesinin 1. fıkrasında yer alan 'eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki haklarla sınırlayamaz' ibaresi ile kanun koyucu, eşlerin tek başına yapamayacakları tasarrufi ve borçlandırıcı işlemleri saymıştır<sup>102</sup>. Bu düzenleme ile aile konutunun devri ve devir tehlikesi yaratan haklarla sınırlandırılması durumunda, diğer eş ve çocuklar bakımından doğacak muhtemel sakıncaların önlenmesi ve aile konutunun bu tür hukuki işlemlere karşı korunması amaçlanmıştır<sup>103</sup>. Bu sakıncalar, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesi, konutun devri veya konut üzerindeki hakları sınırlamaya yönelik sağlararası tasarrufi, borçlandırıcı hukuksal işlemlerde<sup>104</sup>, hak sahibi olmayan eşin açık rızası aranmak suretiyle bertaraf edilmeye çalışılmıştır<sup>105</sup>. Burada, hak sahibi eşin, sadece fiili ya da pasif davranışlarına karşı bir koruma imkanı getirilmemektedir. Örneğin, hak sahibi eş, kendi fiili davranışları ile konutta yaptığı tadilat, konutu işye-

<sup>102</sup> Şipka' ya göre, bu madde hukuki işlemlere karşı koruma getirmekte olup madde metninde sayılan söz konusu işlemler sınırlı olarak sayılmamış, aksine '...aile konutu üzerindeki hakları kısıtlamaz...' tabiriyle geniş bir hukuki işlem çerçevesi çizilmiştir. Bk., ŞIPKA, 116.

<sup>103</sup> KILIÇOĞLU, (Yenilikler), 49; ŞIPKA, 116, 169.

<sup>104</sup> Rıza şartı, MK.m.652' nin emredici nitelikteki hükmü karşısında aile konutunun bir ölüme bağlı tasarrufa konu olması halinde, mirasın açılmasına bağlı olarak aile konutunun vasiyet alacaklısına devri bakımından da geçerlidir. DURAL/ÖÇÜZ/GÜMÜŞ, 207; Şipka' ya göre, 'hak sahibi eşin devir borcu doğuran işlemleri, sağlararası işlemler olmalıdır. 194. madde, hak sahibi eşin ölüme bağlı tasarruf özgürlüğünü kısıtlamamaktadır'. Aksi yöndeki düşünceler ve tartışmalar için bk., ŞIPKA, 119.

<sup>105</sup> Bazı durumlarda işlem aile konutuna ilişkin olsa dahi durun özelliklerine göre eşin rızası alınmadan yapılan işlemler geçerli olabilir. Bu işlemler, 'oturma hakkının bulunduğu işlemler, hukuki işlemin yapıldığı ya da geçersizlik henüz ileri sürülmediği durumlarda eşlerin evliliğinin sona ermesi, konutun aile konutu özelliğini kaybetmesi, diğer eşin rızasının alınmadığı hallerde, işlemin aciliyeti gereği, tek başına işlem yapılmasının haklı görüldüğü hallerde' yapılan konuta ilişkin işlemlerdir. Ayrıntılı bilgi için bk., ŞIPKA, 169-173.



rine çevirme, bir binayı bağımsız bölümlere ayırma gibi; bir hukuki işlem ya da idari makamlardan izin ya da onay gerektirmeyen işlemleri tek başına yapabilecektir. 194. madde bu işlemlerden aile konutu zarar görse bile bunu korumamaktadır.<sup>106</sup>

Madde metninde, aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinin feshi, konutun devri ve bir diğeri de konutu haklarla sınırlayan işlemler olmak üzere üç tür farklı işlemden bahsedilmiştir. Bu işlemler aşağıdaki şekilde ele alınabilir :

### aa. Kira Sözleşmesinin Feshi

Bu hukuki işlem İsviçre Medeni Kanun'un 169. maddesi hükümünü karşılayan Türk Medeni Kanun'un 194. maddesinde açıkça yer almıştır. Bu düzenleme uyarınca, kira sözleşmesini sona erdiren ve tahliye tehlikesi doğuracak her türlü hukuki işlem<sup>107</sup> hak sahibi olmayan diğer eşin rızasına tabi tutulmuştur<sup>108</sup>. Buna mukabil, kiracı eşin, kira sözleşmesinin sona ermesine yol açabilecek pasif davranışları MK.m.194 anlamında yasal korumaya girmez. Ancak bu tür davranışlar, örneğin kiracı eşin kira parasını ödememesi, konuttan tahliyeye yol açacak sonuçlar doğurabilir. Bu tür davranışlara karşı aile konutunun ve diğer eşin korunması 194. madde kapsamında değildir<sup>109</sup>. İsviçre Borçlar Kanunu'nda kira ile ilgili hükümlerde 15 Aralık 1989 tarihinde yapılan ve 1 Temmuz 1990 tarihinde yürürlüğe giren önemli değişiklikler gerçekleştirilmiştir. İMK.m.169' da ki değişikliklerle uyumu sağlamak üzere İBK.'un yeni 266/m maddesinde 'kiranın konusunun aile konutu olduğu hallerde, eşlerden biri kira sözleşmesini ancak diğerinin açık rızasıyla feshedebilir'<sup>110</sup>. Bu rızayı sağlayamayan veya haklı sebep olmadan kendisine bu rıza verilmeyen eş yargıca başvurabilir' hükümleri getirilmiş, 266/o maddesinde ise, diğer eşin rızası alınmadan yapılan feshin batıl olduğu hükmü

<sup>106</sup> ŞİPKA, 116.

<sup>107</sup> Bu anlamda yazılı tahliye taahhüdü, kiracı ile ev sahibinin anlaşarak, kira sözleşmelerini sona erdirmeleri, kira sözleşmesi çerhinden feragat edilmesi, açılan tahliye davasını kabul gibi hukuki işlemlerde, aile konutunun kaybedilmesi tehlikesi doğuran hukuki işlemlerin tümü rızaya bağlı sayılmalıdır. ŞİPKA, 134.

<sup>108</sup> Kira sözleşmesinin feshi için, 'bir aile konutunun bulunması, aile konutuna ilişkin bir kira sözleşmesinin olması, konutun eşlerden biri tarafından kiralanmış olması, kiracı eşin kira sözleşmesini feshetmek istemesi, ve kiracı olamayan eşin açık bir rızasının bulunması şartlarının tümünün birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk, KILIÇOĞLU, (Yenilikler), 41-49; ADIGÜZEL, Recep, Yeni Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu Düzenlemesi, ABD., 2002-2, 130 vd.

<sup>109</sup> ŞİPKA, 134.

<sup>110</sup> Mal sahibi kira mukavelesi bozarsa, bu durumda bozduğunu ilhiren tebligatı, ayrı ayrı hem kiracıya hem de eşine yapmak zorundadır. KNOEPFLER, 125.

bağlanmıştır<sup>111</sup>. Şipka' ya göre<sup>112</sup>, MK.m.194/1 de yer alan düzenleme, kiracının eşini, kira sözleşmesinin feshi dışında sona erdirilmesi olasılığından koruyamamaktadır. Oysa burada kanun koyucun amacının, kiracının eşini fesih ve fesih ile aynı sonucu doğuran hukuki işlemlerden, hatta eşin pasif davranışlarından dahi korumak olduğu kabul edilmelidir. Borçlar Kanunu Tasarısı, yasalasınca kadar 194. maddenin kabul ediliş amacına uygun ve ayrıca kaynak kanundaki düzenlemeler de bu yönde olduğu için, uygulamada kiracı eşin, fesih beyanı dışında, fesih ile aynı sonucu doğurabilecek yazılı tahliye taahhüdü, açılan tahliye davasının kabulü, kira sözleşmesi şerhinin silinmesi vb. hukuki sonuç doğuran işlemleri de dikkate alınmalıdır.

Kanaatimizce kanun koyucu burada, aile konutuna ilişkin sınırlı sayıdaki hukuksal işlemde diğer eşin rızası aramakta ve Borçlar Hukukuna egemen temel bir ilke olan irade muhtariyeti ilkesi zorlayacak tarzda fazlaca bir müdahalede bulunmak istememektedir. Her ne kadar fesih ile aynı sonucu doğursa dahi, kanun koyucu, 194. madde metninde kira sözleşmesi bakımından sadece sözleşmenin feshi hukuksal işlemde rızayı aramakta diğer durumlarda sözleşme özgürlüğüne fazlaca bir müdahale de bulunmak istememektedir.

#### bb. Aile Konutunun Devri

Aile konutunun devri neticesini doğuran işlemler satım, bağışlama, trampa, bir şirkete aynı sermaye olarak özgülleme, satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerh verilmesi gibi mülkiyeti devir ya da devir borcu doğuran hukuksal işlemlerdir. Bir görüşe göre<sup>113</sup>, mülkiyet devri veya sınırlı aynı hak tesisine yönelik tasarrufi hukuksal işlemlerin dayanağı olan satım, bağışlama, arsa payı karşılığı yapı sözleşmesi gibi borç sözleşmeleri, MK. 194 kapsamı dışında olup diğer eşin izni gerekmeksizin akdedilebilir. Diğer bir görüşe göre ise<sup>114</sup>, hak sahibi eş aile konutunun bir kısmında tasarruf ediyor ve geri kalan kısımda ailenin barınma ve kullanma hakkını engellemiyorsa bu durumda 194. madde hükmü uygulanmaz. Örneğin, bağımsız kat mülkiyetine sahip bir taşınmazın devrinde, eğer bağımsız bölümlerden biri (oturmaya elverişli olan) aile konutu olarak kalıyorsa, bu durumda artık diğer eşin rızası aranmamalıdır. Ancak bu durumda eşin, koşulları varsa, MK.m.199 gereği hakimden tedbir niteliğinde tasarruf sınırlaması talebinde bulunabilir.

Taşınmaz mülkiyetinin devir işleminin mutlaka tapuda yapılan bir devir

<sup>111</sup> KILIÇOĞLU, (Yenilikler), 33, 42: Değişiklikler hususunda ayrıntılı bilgi için bk., ŞIPKA, 134 vd.

<sup>112</sup> ŞIPKA, 136.

<sup>113</sup> Bk.,DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 207.

<sup>114</sup> Bk., ŞIPKA, 118 vd.; GÜMÜŞ, 41.

şeklinde olması gerekmez. Tapuda devir borcu doğuracak işlemlerde buraya girer. Örneğin, satış vaadi sözleşmesi aile konutunun tapudan alıcıya devredilmesi sonucunu doğurmaz ancak devredilmesi borcunu doğurur. Böyle bir vaade bulunan eş, vaadini yerine getirmediği takdirde, alıcı sözleşmenin ifası için dava açarak yargı marifetiyle ifayı sağlayıp, konutun tapudan kendi adına devri olanağını elde edebilir. Satış vaadi sözleşmesiyle tapuda yapılacak olan bir 'satış vaadi şerhi'<sup>115</sup> aile konutu üzerindeki hakları sınırlandıran bir işlem olması nedeniyle de diğer eşin rızası olmadan geçerli olmaz<sup>116</sup>.

### cc.Aile Konutu Üzerindeki Hakları Sınırlandıran Diğer İşlemler

Medeni Kanun 194. madde ile, eşin rızasına tabi tutulan diğer işlemler ; hak sahibi eşin aile konutu üzerinde hakları sınırlayan işlemlerdir. İsviçre Medeni Kanun'un 169. maddesinin 1. fıkrasında, 'eşlerden biri...aile konutu üzerindeki hakları diğer hukuksal işlemle sınırlandıramaz' ibaresiyle yer alan bu yasaklama, TMK.'un 194. maddesinin 1. fıkrasında 'eşlerden biri, aile konutu üzerindeki hakları sınırlandıramaz şeklinde ifade edilmiştir'<sup>117</sup>.

Konut üzerinde hakları sınırlandıran işlemler, sınırlı ayni hakların tesisi şeklinde işlemler olabileceği gibi, konut üzerinde tasarruf yetkisini sınırlandıran, mevcut bir ayni ya da şahsi hakkı ortadan kaldıran, üçüncü kişiler lehine kişisel haklar tanıyan işlemler şeklinde de olabilir. Aile konutu üzerindeki hakları sınırlayan işlemlerin başında, hak sahibi eşin, konut üzerinde üçüncü bir kişi lehine bir intifa, oturma (sükna) ya da bir üst hakkı tanınması işlemi gelmektedir. Söz konusu haklar, sınırlı ayni haklar olup, herkese karşı ileri sürülebilir nitelikte haklar olduklarından, bu haklar, diğer eş ve ailenin

<sup>115</sup> Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi resmi şekilde akdedilebilen, belirli bir satım sözleşmesinin yapılmasına yönelik 'bir ön sözleşme' olup, bu sözleşme şerh edilebilir kişisel bir hak olarak, 6.1.1954 tarihli 6217 sayılı kanunla değişik Tapu Kanunu m. 26/VI' da yer almaktadır. Maddeye göre, 'noterlik Kanun'un 44. maddesinin B bendi mucibince noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri de taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilir. Şerhten itibaren beş yıl içinde satış yapılmaz veya irtifak hakkı tesis ve tapuya tescil edilmezse iş bu şerh tapu sicil muhafızı veya memuru tarafından re'sen terkin olunur'. Yeni TMK. m. 1009/A' de, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkı da açıkça şerh edilebilecek kişisel haklar arasında saymaktadır. Bk., GÜMÜŞ, 114 vd.

<sup>116</sup> KILIÇOĞLU, (Yenilikler), 50-51.

<sup>117</sup> KILIÇOĞLU' na göre, kaynak Kanun'un ifadesi, bizim 194. maddedeki ifadeye nazaran daha da açık bir ifadedir. Zira bizim 194. maddenin ifadesinde 'aile konutu üzerindeki hakları sınırlandıran' işlemlerin sadece tasarruf işlemleri olduğu kanısı uyanabilmektedir. Halbuki kaynak kanun 'aile konutu üzerindeki hakları' sınırlandıran diğer bir hukuksal işlemin de diğer eşin rızasına bağlı olduğunu açıkça vurgulayarak, bu işlemin tasarruf ya da aile konutu üzerindeki hakları sınırlandıran tasarruf işlemi niteliğinde olmayan herhangi bir işlem olabileceğini ortaya koymaktadır. Bk., KILIÇOĞLU, (Yenilikler), 51.

konuttan yararlanma haklarını fiilen engellerler<sup>118</sup>. Bu sebeple de söz konusu haklara ilişkin işlemler, konut üzerindeki hakları sınırlayan işlemlerden olduklarından, diğer eşin açık rızası olmadıkça yapılamazlar.

Hak sahibi eş, aile konutu üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olmayıp, o da bir sınırlı ayni hakka dayanarak oturma hakkı elde etmiş ise, bu hakkını başkalarına devretmesi halinde de bu rıza aranacaktır. Buna karşılık, mülkiyet hakkı sahibi eşin aile konutunun bulunduğu arazi (arsa, parsel vb.) üzerinde üçüncü kişiler lehine tanyacağı kaynak, geçiş, mecra haklarına ilişkin irtifaklar<sup>119</sup>, aile konutunun, konut olarak kullanımını önemli derecede etkilemediklerinden, bu hakların tesisi, 194. madde anlamında diğer eşin rızasına bağlı olmazlar<sup>120</sup>.

Aile konutunun ipotek edilmesi aile konutu üzerinde hakları sınırlayan bir işlem olup olmadığı tartışmalıdır. Belçika (BMK.m.215/1) ve Fransız Medeni Kanunlarında (FMK.m.215/3) ipotek işleminde diğer eşin mutlaka rızasının aranacağı açıkça ifade edilmiş, buradan hareketle İsviçre Hukukunda da ipotek işleminin ZGB Art. 169 çerçevesinde, istisnasız diğer eşin rızasına bağlı olacağı ileri sürülmüştür. Bu görüş, Türk öğretisinde de genel kabul görmüş bir görüştür<sup>121</sup>.

Kanaatimizce, ipotek işlemi tek başına konutta oturmayı engellemekle, sadece ekonomik bir yük getirmektedir. MK.' un 194. maddesi hükmü, diğer eşin ve ailenin barınma hakkının korunmasına, konutun elen çıkmasının önlenmesine hizmet etmektedir. İpoteğin, eşlerin ekonomik güçlerinin çok üzerindeki bir rakam için verilmiş olması durumunda, taşınmazın elden çıkma ihtimali yüksek olduğundan, bu tür durumlarda, diğer eşin rızası mutlaka aranmalıdır. Bunun takdirinde, ipotek edilen taşınmazın belli değerine kadar olan kısmı (örneğin, ipotek edilecek taşınmazın değerinin ¼ kadar) ile eşlerin ekonomik varlıkları birlikte dikkate alınmalı (örneğin, eşlerin birden fazla evinin olup olmaması kıstası gibi) buna göre diğer eşin rızasının aranmayacağına karar verilmelidir. Tapu memuru, her halükarda önüne gelen böyle bir talepten diğer eşi haberdar etmesi 194. maddenin düzenleniş

<sup>118</sup> Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk., OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 626-665.; AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku, III, Sınırlı Ayni Haklar, Konya 2000, (Sınırlı Ayni Haklar), 43-86; ERTAŞ, 467-491; AKİPEK, Jale G. Üst Hakkı Kavramı ve Bu Hakkın Muh-tevası, AÜHFY., Medeni Kanununun 50. Yılı, Ankara 1977, 229 vd.

<sup>119</sup> Yasal irtifaklar ile MK.194 hükmü karşı karşıya geldiğinde MK.194 hükmü uygulanma bulmaz.. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 208.

<sup>120</sup> Bk., ŞİPKA, 124, dn.420.

<sup>121</sup> Bk., DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 208; KILIÇOĞLU, (Yenilikler), 51; AYAN, 87; GÜMÜŞ, 39, dn.54.

amacına uygun duser.

Aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş, konut üzerinde üçüncü kişiler lehine, 'alım, ön alım, kat karşılığı inŝaat sözleşmesi, eşin konut üzerinde sahip olduğu sınırlı aynı haktan feragat etmesi gibi kişisel haklar tanınması da mümkündür. Bu işlemlerden alım (iŝtira) hakkı, konutun satılmasına diğer eşin rıza vermesi ya da konutun aile konutu olmaktan çıkmıŝ olması şartı ile kullanılacaksa, bu halde mevcut bir tehlike olmadığından diğer eşin rızasına gerek yoktur. Buna karşılık, bu hak, evlilik devam ederken koŝulsuz olarak herhangi bir zamanda kullanılabilir ise, bu takdirde diğer eşin rızası aranmalıdır. Üçüncü kişi için önalım hakkı tanınmasında da, eşin rızasının alınmasına gerek yoktur. Buna karşılık, aile konutunun bulunduğu arazide yeni bir bina inŝasına yol açacak olan kat karşılığı inŝaat sözleşmesinde, diğer eşin rızası mutlaka alınmalıdır. Zira bu durumda, geçici süre içinde olsa, aile konutunun kaybedilmesi tehlikesi mevzubahistir. Eşin, aile konutu üzerinde oturma, kullanma şeklinde sınırlı aynı haklara sahip olduğu durumlarda, bu hakkı engelleyen ya da sınırlandıran işlemlerde bulunması örneğin, intifa, oturma, üst hakkı gibi haklarından feragat etmesi ya da bu hakkın kendisine tanıdığı devir yetkisini kullanarak, hakkını üçüncü bir kişiye devretmesi durumunda, diğer eşin konuttaki barınma hakkını bu işlemlerden olumsuz yönde etkileneceği için bu durumlarda hak sahibi olmayan eşin rızasının alınması gerekir<sup>122</sup>.

## b. Rıza Şartı

### aa. Hukuki Niteliği

Aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin yasal haklarını geçerli bir şekilde kullanabilmesi için 194. maddede sayılan işlemlerde eşinin rızasını almak zorundadır. Bu bir geçerlilik koŝuludur. MK.m.194' deki düzenleme ile MK.m.193' de yer alan 'kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemleri yapabilir' kuralına kanuni bir sınırlama getirilmiştir. Ancak buradaki sınırlama eşlerin birbirleriyle değil, üçüncü ŝahıslarla aile konutuna ilişkin yapacağı işlemler bakımından getirilmiş olan bir sınırlamadır.

Medeni Kanun'un 194. maddesinde öngörülen sınırlandırmamanın hukuki niteliği gerek İsviçre gerekse Türk hukukunda oldukça tartışmalıdır. Bu gün için İsviçre öğretisinde savunulan çoğunluk görüşüne göre, İMK.m.169 (TMK.m.194) hükümü, eski İMK.m.177 (eski TMK.m.168) anlamında bir fiil ehliyeti sınırlamasıdır<sup>123</sup>. Türk hukukunda konu hakkındaki tartışmalar yeni

<sup>122</sup> Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk, ŞİPKA, 128 vd.

<sup>123</sup> Bu hususta ileri sürülen görüşler ve tartışmalar hakkında bk., GÜMÜŞ, 42 vd.; Öztan,

yeni oluşmaktadır. Kimi yazarlar burada ne hukuksal işlem ehliyetine ne de tasarruf yetkisine getirilmiş bir kısıtlama olmadığını, burada 193.madde de öngörülen sözleşme özgürlüğünün kanundan doğan bir istisnasının söz konusu olduğunu, kimi yazarlar, hak sahibi eşin tasarruf yetkisine getirilmiş bir sınırlamanın, kimileri ise, burada katılma hakkının bir görünümünün olduğunu savunmaktadırlar. Doğan, Ayan ve Gümüş'e göre<sup>124</sup>, TMK.m.194 öngörülen sınırlama özü itibarıyla bir tasarruf yetkisi sınırlamasıdır. Şipka'ya göre<sup>125</sup>, konutu birlikte seçen eşlerin belirledikleri aile konutunu sona erdirmeleri de 194.madde ile de' birlikte hak sahipliği' esas alınmıştır. Madde de aranan diğer eşin rızası, işte bu birlikte hak sahipliğinden doğan bir katılma hakkıdır. Öztan'a göre ise<sup>126</sup>, burada, eşlerden birinin yaptığı işlemin, diğer eşin onayına bağlı olması sonucunu yaratan, işlemi yapan eşin, o işlemle sınırlı olmak üzere, fiil ehliyetini sınırlamasının söz konusudur. Kanaatimizce burada işlemden etkilenen olan eşin rıza açıklaması, işlemin geçerli olarak kurulabilmesi için, taahhüt ve tasarruf işlemlerinde geçerli olan, kurucu nitelikteki 'birlikte karar verme hakkının' özel bir görünümünü oluşturmaktadır.

#### bb. Şekli

Kanunda verilecek olan rıza bakımından herhangi bir şekil kuralı öngörülmemekle birlikte hak sahibi olmayan diğer eşin açık rızasından bahsedilmektedir. Bu sebeple de rızanın, sözlü ya da yazılı olarak verilmesi mümkündür. Ancak tapuda yapılacak işlemlerde rızanın yazılı olarak verilmesi gerekir<sup>127</sup>. Aksi halde tapu memuru tescil işlemini yapmayacaktır. Buna karşılık, yazılı rızanın mevcut olmadığı hallerde tapu memuru, belgelerin eksikliği nedeniyle ancak geçici şerh işlemi yapabilir (MK.m.1011, 1016, İMK.m.966)<sup>128</sup>.

Hukuki işlemi yapanın eşi kısıtlanmışsa, onun yasal temsilcisi rıza açıklamasında bulunurken, ayırt etme gücüne sahip kısıtlının da görüşü alınmalı-

205 vd.:KILIÇOĞLU, (Yenilikler), 34 vd.; AYAN, 73 vd., 83.

124 Bk.,GÜMÜŞ, 47; DOĞAN, (Aile), 293.

125 Bk.,ŞIPKA, 138.

126 Bk., 206.

127 ZGB.169. madde gerekçesi ve İsviçre Tapu Tüzüğü (GBV Art.13a)'ne göre, taşınmazlara ilişkin işlemlerde yazılı rıza aranmaktadır. Hatta bu yazılı şeklin İsviçre Tapu Uygulamasında resmi makam tarafından onaylanmış olarak, diğer belgelerle birlikte, tapu memuruna verilmesi gerekir. ŞIPKA, 143.

128 KILIÇOĞLU, 38; Bu hususta ayrıntılı bilgi için, bk., 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, Bilimsel Açıklama - İhtihatlar - İlgili Mevzuat, Madde 352-1030, Ankara 2004 ( GENÇCAN, TMK C.II ), 3018 vd.; KAÇAK, 1254 vd.

dır (MK.m.450)<sup>129</sup>.

### cc. Verilme Zamanı

Medeni Kanun 194 kapsamında diğer eşin rızasının alınması için, en azından yapılacak hukuki işlemin belirlenmiş olması gerekir. İşlemin gerektirdiği tüm aşamalarının yapılması ya da yapılma aşamasına gelinmesini beklenmez. Ancak rıza, henüz daha bir hukuki işlemin yapılması söz konusu olamadan önce verilemez<sup>130</sup>. Önceden verilen bir yetki, bir vekaletname, fiil ehliyetinin sınırlanması anlamına gelir; zira böyle bir vazgeçme ise, emredici bir kural olan MK.'un 23. maddesine ters düşer<sup>131</sup>.

Rıza önceden onay veya icazet (sonradan onay) şeklinde verilebilir. Ancak verilecek olan icazetin açık olması şarttır. Bu nedenle de zımni ya da delalet edici davranışlardan çıkartılan rıza, hukuksal işleme geçerlilik kazandırmaz<sup>132</sup>. Zira yasa, hukuki işlemin geçerliği bakımından rızanın, tereddüte mahal vermeyecek tarzda açık olmasını şart koşmaktadır. Rıza, 'somut' ve 'süresi belli' her işlem için ve tek tek verilmelidir. Rıza açıklaması, ancak böyle somut ve süresi belli bir hukuki işlemde önce (olur-muvafakat), hukuki işlem sırasında ve nihayet hukuki işlem sonrasında (onay-icazet) verilebilir<sup>133</sup>. Sonradan verilen rıza geriye yürütür (ex tunc) ve işlemi geçerli hale getirir<sup>134</sup>.

## dd. Rızanın Alınmaması ya da Verilmemesinin Hukuki Sonuçları

### aaa. Rıza Alınmamasının Sonuçları

Yasada, malik olmayan eşin rızası alınmadan yapılan hukuksal işlemin müeyyidesinin ne olacağı düzenlenmemiştir. 194. maddenin 1. fıkrasında eşin sadece tek başına yapamayacağı işlemlerden bahsedilmiştir. Öğretide, MK.m.194' de sayılan hukuki işlemlerin, aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşin rızası alınmaksızın yapılması durumunda, yapılan hukuki işlemin rızası alınmayan eş bakımında geçersiz ve bu geçersizliğin de kesin

<sup>129</sup> ÖZTAN, 208.

<sup>130</sup> ŞIPKA, 141; ÖZTAN, 207.

<sup>131</sup> ÖZTAN, 207.

<sup>132</sup> KILIÇOĞLU, (Yenilikler), 37-38; ÖZTAN, 207.

<sup>133</sup> Rızaya bağlı hukuki işlem rıza alınmadan yapılmışsa, diğer eş bu işleme sonradan onay verebilir. Eşle hukuksal işlem yapan üçüncü kişi, uzun süren belirsizlikten kurtulmak için rızası alınması gereken eşe, aynen yetkisiz temsilcinin yaptığı hukuksal işleme icazet vermeyen temsil olunan kişiye verildiği gibi bir süre vermek, bu süre içerisinde icazet verilmezse, işlemin kendisi içinde geçersiz hale geleceğini bildirmek hakkına sahip sayılmaktadır. KILIÇOĞLU, (Yenilikler), 38, 55.

<sup>134</sup> ÖZTAN, 207; ŞIPKA, 141; GÜMÜŞ, 55; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 213.

hükümsüzlük derecesinde olduğu kabul edilmektedir<sup>135</sup>. Kılıçoğlu'na göre<sup>136</sup>, işlem geçersiz olduğundan, rızası alınmayan eş, aile konutuyla ilgili olarak tapuda bir işlem yapılmışsa bunun iptalini talep ve dava edebilecektir. İşlemi geçersiz hale getirme, rızası alınmayan eş için kendisine tanınmış olan bir haktır. Eş, isterse sonradan bu işleme icazet vererek geçerli hale getirebilir<sup>137</sup>. Böyle bir durumda işlem başlangıçtan itibaren geçerli hale gelir. Yasa da, bu geçersizliğin ileri sürülmesi konusunda herhangi bir süre öngörülmediğinden, işlemin geçersizliği her ilgili, her zaman ileri sürülebilir. Kesin hükümsüzlüğün diğer bir neticesi de hakim in bu hükümsüzlüğü resen dikkate alması gereğidir<sup>138</sup>. Yapılan hukuki işlem geçersiz sayılınca, edimlerini ifa etmiş olan taraflar verdiklerini 'sebepsiz zenginleşme' ve 'menkul davası' hükümlerine göre iadesini talep edebileceklerdir<sup>139</sup>. Şayet, devir neticesinde, mülkiyetin geçirilmesiyle birlikte tescil işlemi de yapılmışsa, işlemin tarafı olan aynı hak sahibi eş, MK.m.1025/1 gereği kaydın düzeltilmesi davası açarak, bu yolsuz tescili yine kendi lehine düzeltirebilecektir<sup>140</sup>.

### bbb. Rıza Verilmemesinin Sonuçları

Medeni Kanun'un 194. maddesinin 2. fıkrasında, 'rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hakim in müdahalesini isteyebilir' hükmü yer almaktadır<sup>141</sup>. Burada hakim in müdahalesinin istenebileceği iki farklı hal öngörülmüştür;

Bunlardan birincisi, izne yetkili eş in izninin elde edilememesidir. İznin elde edilememesi ise, eşlerden birine ilişkin sebeplerden kaynaklanabilir. Örneğin, izne yetkili olan eş in hastalığı, nerede olduğunun bilinmemesi, kısıtlanması, uğradığı kaza veya zihinsel özürlü gibi sebeplerle iznin elde edi-

<sup>135</sup> Bk., KILIÇOĞLU, (Yenilikler), 55; (Diğer Eş in Rızası), 6; GENÇCAN, TMK C.I, 1096.

<sup>136</sup> KILIÇOĞLU, 54-55.

<sup>137</sup> Diğer eş in rızasıyla yapılması gereken bir işlem, bu rıza sağlanmadan yapılmışsa, diğer eş in rıza verdi ana kadar askıda hükümsüz (eksik) bir işlemdir. AYAN, 70-71; DOĞAN (I), 291; ŞİPKA, 149.

<sup>138</sup> KILIÇOĞLU, (Yenilikler), 37; ŞİPKA, 145.

<sup>139</sup> İşlemin rıza eksikliği nedeniyle geçersiz sayılması üzerine, alıcı taraf, işlemin tarafı olan eş in, kendisini yanıltıcı ve kusurlu davranışlarından dolayı (örneğin, rızanın sonradan alınacağına ilişkin güvence verme gibi) culpa in contrahendo sorumluluğu nedeniyle tazminat talebinde bulunabilir. ŞİPKA, 147.

<sup>140</sup> Bk. ŞİPKA, 145 vd.

<sup>141</sup> Bu düzenlemenin amacı, diğer eş in rıza verme (işleme katılma) hakkının aynı zamanda evlilik birliği kuralları çerçevesinde bir yükümlülük olduğu varsayımına dayanmaktadır. ŞİPKA, 173.



lemediği durumlarda, hak sahibi eş, hakime başvurabilir<sup>142</sup>. Ancak eşin yasal temsilcisi varsa, örneğin, eşin temyiz kudretini kaybetmesi nedeniyle kısıtlanmış olması halinde, söz konusu iznin yasal temsilciden (vasiden) alınması zorunludur. Yasal temsilcinin izin vermemesi durumunda ise, yine MK.m.194/2' ye dayanılarak, hakimden izin talebinde bulunulabilecektir<sup>143</sup>. Hukuki işlemin yapılmasının çok acil olduğu (örneğin, kiracı eşin süresi içinde fesih bildiriminde bulunmasını gerektiren bir halde, hakimden izin almak için yeterli zamanın olmadığı ve diğer eşin menfaatinin de böyle bir sonucu gerektirdiği hallerde) konut üzerinde hak sahibi olan eşin, hakime başvurmadan da, hukuki işlemi tek başına yapmaya yetkisi vardır<sup>144</sup>.

Hakimin müdahalesini istenebileceği ikinci hal ise, izne yetkili eşin haklı bir sebep olmaksızın izin vermekten kaçınması halidir. İzin vermekten kaçınmanın haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığı sonucuna, izin talebinde bulunan eşin, amaçlanan işlemin icrasındaki menfaatinin, ailenin finansman durumunun, diğer eşin ve genel olarak ailenin menfaatlerinin bir arada tartılıp, değerlendirilmesiyle ulaşılır<sup>145</sup>.

Kanaatimizce, işleme taraf olmayan eşin, izin vermekten kaçınmasının haklı olup olmadığının takdiri ve tespitinde hakim, tüm bu hususları dikkate alması gerekir. Ancak, hak sahibi eşin aile konutuna ilişkin yapacağı bir hukuksal işlemde, işlemi yapan eş ile diğer eşin, varsa çocuklarının ve nihayet ailenin genel - ortak menfaatleri birbirinden farklı olabilir. Duruma göre de aynı hukuksal işlemde bu menfaatler birbirleriyle çakışabilir. Böyle bir durumda, MK.m.194'ün düzenlenişindeki temel amaç olan, konut üzerinde hak sahibi olan eşin, haksız çoğu zaman da sırf eşini zor durumda bırakmak amacıyla, aile konutuna ilişkin yapacağı hukuksal işlemlere karşı, aile birliğini, dolayısıyla hem diğer eşi hem de çocukları koruma amacı göz önünde tutulduğunda, ailenin ortak - genel menfaatlerinin, aile bireylerinin ferdi menfaatlerine nazaran daha da üstün tutulması gerekir. Eş ve çocukların, nihayet işlemi yapan eşin menfaatleri, ailenin ortak menfaatlerinden sonra değerlendirilmeli bu kritere göre de, rızanın verilmesinin haksız olup olmadığı hususunda karar verilmelidir.

Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eşin, aile konutuna ilişki yapacağı hukuki işlem ya da işlemlerde

<sup>142</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 213; ÖZTAN, 208; ŞİPKA, 173.

<sup>143</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 213.

<sup>144</sup> Bk., ŞİPKA, 172, 174.

<sup>145</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 214.

kendisinin yetkili kılınması için, rıza vermeyen eş aleyhine<sup>146</sup> yetkili ve görevli mahkemeye<sup>147</sup> başvurusu durumunda hakim, öncelikle şartların var olup olmadığını, istenen yetkinin gerçekten aile ile ilgili olup olmadığını, verilecek olan yetkinin, eşlerin ve çocukların menfaatine uygun düşüp düşmediğini araştırarak, sonucuna göre başvuruda bulunan eşi, yetkili kılar veya kılmaz<sup>148</sup>. Haklı sebeplerle hakime başvuran hak sahibi eş, sebeplerin varlığını ve ciddiyetini ispat etmek zorundadır. Hakim yapacağı inceleme sonucunda, diğer eşi de dinleyerek-davacı ve davalının menfaatini ve ailenin ekonomik durumunu da dikkate alarak, diğer eşin rıza vermemesini haklı gösteren bir sebep bulunmadığına karar verirse, hak sahibi eşi söz konusu hukuki işlemi (ya da tasarrufu) tek başına yapmaya yetkili kılabilir<sup>149</sup>. Hakim burada, eşin yerine izin vermez, bilakis o, hak sahibi eşi tek başına hareket etme konusunda yetkili kılar<sup>150</sup>. Hakimin verdiği karar, dava konusu işlem "MK.m.194" ün kapsamına girdiği ölçüde, hak sahibi eşin tasarruf yetkisi eksikliğinin" münferit bir hukuksal işlem için, geçici olarak giderilmesi anlamını taşır ve bu yönü itibarıyla da yenilik doğuran bir karardır. Ancak bu karar, hiçbir zaman için yetkili eşin izni alınmadan yapılan hukuksal işlemlerdeki tasarruf yetkisi eksikliğini gidererek, işlemi geçmişe etkili olarak geçerli hale getirmez<sup>151</sup>. Hakim, karar vermeden önce diğer eşin

- 
- 146 Bu dava, çekişmeli bir dava olup, davada davacı, konut üzerinde hak sahibi olan eş, davalı ise, rıza vermektan kaçınan eştir. Davalı eşin bulunmaması durumunda ise davalı, ona atanacak yasal temsilci, kayyımdır. Bu dava, işlemin karşı tarafına yöneltilemez, o, olsa olsa davada müdahil olarak davacının yanında yer alabilir.
- 147 MK.m.201 gereğince, başvurulacak yetkili mahkeme, eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesi olup, görevli mahkeme ise, aile mahkemesini kurulduğu yerlerde aile mahkemesi, yoksa Asliye Hukuk Mahkemesidir.
- 148 ÖZTAN, 209; İşleme taraf olmayan eşin rızasını açıklamaması, hakim de, diğer eşi işlemi yapmaya yetkili kılmaması, hak sahibi eşin üçüncü kişiyle aile konutuna ilişkin yaptığı işlemi geçersiz hale getirir (BK.m.20). İşlemin geçersiz olması ise, duruma göre işlemi yapan eş aleyhine sebepsiz zenginleşme veya mülkiyet davaları açılmasına neden olur.
- 149 ŞIPKA, 175.
- 150 Yapılan tasarrufa diğer eşin rızası yoksa ve bu davranışı haklı bir nedene dayanıyorsa, bu durumda diğer eş, hakim mütahalesini isteyebilir. Örneğin, aile konutunun maliki olan eş, çocuğun tedavisi için bankadan ipotek karşılığı kredi almak zorunda ise, diğer eşin bu tasarrufa rıza göstermemesi durumunda, hakim mütahalesini talep edebilir, hakim mütahalesi ise, ipotek tesisine izin şeklinde olacaktır. REİSOĞLU, Seza, Yeni Medeni Kanun'un Bankaları İlgilendiren Başlıca Farklı Düzenlemeleri, TBB. 14.2.2002 tarihinde düzenlenen 'Medeni Kanun'da Bankalar İle İlgili Düzenlemeler', konulu konferansa ilişkin sunum metni, s. 3.
- 151 DURAL/ÖGÜZ/GÜMÜŞ, 214; ŞIPKA, 176; ŞIPKA' ya göre, eğer hak sahibi eş, zaten işlemi yapmış ve diğer eş de rıza vermektan kaçınmış ise, bu durumda hakim karar,

rızasını açıklamasında aile birliğinin yararı bulunup bulunmadığını araştırır. Rızasını açıklamayan eş, diğer eşin sözleşme yapma hürriyetini kısıtladığı için, rızasını açıklamayışının haklı bir nedene dayandığını ispatlamak zorundadır<sup>152</sup>.

Rıza alınmaksızın yapılan işlem kesin hükümsüz olup, bu hükümsüzlük diğer eş ve ilgili herkes tarafından süreye bağlı olmaksızın her zaman ileri sürülebilir ve hakim tarafından da re'sen dikkate alınır. Bu derecede etkili olan bir hükümsüzlük, eşin rızasını almaksızın işlem yapan eşle, hukuki ilişkiye giren üçüncü kişilerin hukuki durumlarını da yakından etkiler. Böyle bir durumda, hak sahibi eşle hukuki işlem yapan, üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunup, MK.m.3 anlamında geçerli bir hak edip edemeyecekleri tartışmalıdır<sup>153</sup>. Öncelikle ifade etmek gerekirse gerek İsviçre Medeni Kanunu gerekse Türk Medeni Kanun'un aile konutu düzenleyen hükümlerinde bu hususta açık bir hüküm bulunmamaktadır (İMK.m.169-TMK.m.194). Bununla birlikte gerek İsviçre gerekse Türk öğretinde ve yargı kararlarında baskın görüş üçüncü kişinin iyiniyetinin korunmaması gerektiği yönündedir<sup>154</sup>.

Üçüncü kişinin iyiniyetinin korunup korunmayacağı meselesi, özellikle konutun aile konutu olduğu bilinmeden hak sahibi eşten tapu kaydına güvenilecek elde edilen iktisaplarda önem taşır.

Gümüş'e göre<sup>155</sup>, aile konutu üzerindeki hakta tasarrufa yetkili olan eşin karşısındaki işlem tarafı olan üçüncü kişinin iyiniyeti hiç şekilde korumaz. Çünkü bir üçüncü kişinin işlem konusu konutun bir aile konutu olduğuna ilişkin mazur görülebilir bilgisizliği olarak iyiniyetin korunabilmesi, Kanun'un somut olayda böyle bir korumayı kabul etmiş olmasına bağlıdır. Kanun koyucu, İMK.m.169 - TMK.m.194' de izne yetkili eşin izni olmadan yapılan işlemin tarafı üçüncü kişinin (karşı tarafın) (tasarruf yetkisine yönelik) iyiniyetini korumadığı için (genel koruma yasağı, MK.m.3), mevcut iyiniyet eksikliği, işlem tarafının tasarruf yetkisi eksikliğini ortadan kaldırmayacaktır.

---

sonradan verilen onay gibi, işlemi baştan itibaren geçerli saymaya yönelik olur. Hak sahibi eşin rıza alamadan üçüncü kişi ile yaptığı ve askıda hükümsüz sayılan işlemi, hakim kararından sonra, geriye etkili olarak (extunc) baştan itibaren geçerli hale gelir. Bk., ŞİPKA, 175.

<sup>152</sup> ÖZTAN, 209.

<sup>153</sup> Bu hususta bk., GÜMÜŞ, 58-64; ŞİPKA, 150-154.

<sup>154</sup> Bk., ŞİPKA, 150 vd; GÜMÜŞ, 58 vd.

<sup>155</sup> Bk., GÜMÜŞ, 58, 62-64; DOĞAN, (Aile), 294, 295.

Kılıçoğlu'na göre<sup>156</sup>, bizim 194.maddenin üçüncü fıkrası karşısında özellikle, MK.m.1023 (Eski MK.m.931) gereğince, tapu kaydına güvenerek bir aynı hakkın kazanılmasında iyiniyetin korunacağı tartışmaya yer vermeyecek biçimde saklı tutulmuştur. Türk yasa koyucusunun amacı, MK.m.194 f.1 hükmüne dahil olan işlemlerde tapuya güven ilkesine bir istisna getirmek olsaydı, üçüncü fıkra hükmünü getirmeye gerek görmezdi. Bu fıkra hükmü getirilmek suretiyle, tapuya güven ilkesinin 194. madde ki işlemler için de aynen devam ettiği kabul edilmiştir. Zira, üçüncü fıkra hükmü ile, tapuda konutla ilgili gerekli şerhin verilmesi olanağı getirilmiştir. Öğretide, bu şerhin verilmediği hallerde ise, aile konutu üzerindeki tapu kaydına iyiniyetle güvenerek aynı hak kazanan kişinin iyiniyetinin korunacağı öngörülmüştür.

Kanaatimizce, hak sahibi olan eşin, eşinin rızasını almaksızın üçüncü bir kişiyle, 194. madde de sayılan türde, aile konutuna ilişkin bir hukuki bir ilişkiye girmesi durumunda, üçüncü kişinin menfaatleri ile aile bireylerinin; hak sahibi olmayan eş ve çocukların menfaatleri çoğunlukla çatışacaktır. Doğal olarak bu durumda, evlilik birliği içerisinde, eş ve çocukların barınma hakkının, üçüncü kişilere ve devletin müdahalelerine karşı etkin bir şekilde korunmasını amaçlayan, aile konutunun ihdas edilmişindeki özel amaç daha da büyük bir önem kazanır. Her ne kadar kanun koyucu, eşlere, konut üzerinde tapuya şerh koydurabilme yetkisi tanımış olsa dahi, çeşitli sebeplerden ötürü (örneğin, kocanın tehdit ve baskısından ya da eşin bilgisizliğinden vs.) bu şerh, koyulmamış veya koydurulmamış olabilir. Bu esnada da konut, rıza alınmaksızın, art niyetli eş tarafından devredilmiş olabilir. Her halükarda böylesi bir durumda, Kanun'un amacı göz önünde tutulmalı, eş ve çocukların menfaatleri, üçüncü şahsın menfaatlerine tercih edilmek suretiyle üçüncü şahsın bu husustaki iyiniyet iddiaları dinlenmemelidir. Burada hak sahibi eşin, rıza almaksızın, düşüncesizce böyle işleme girişmesi sonucunda doğacak muhtemel zararlı neticelere neden üçüncü şahıs katlansın diye bir düşünce akla gelebilir de, üçüncü şahsın, sözleşmenin geçersiz olmasından dolayı uğrayacağı her türlü zararlarını, rıza almaksızın işlem yapan eşten tazmin edebileceği dikkate alınmalıdır. Oysa konutun, mülkiyet hakkına sahip eşin düşüncesiz ve art niyetli davranışı neticesinde elden çıkması durumunda, diğer eş ve çocukların uğrayacakları zararların telafisi çok zor hatta işlemi yapan eşin niyetine göre de çoğu zaman imkansız olabilir. MK.m.194 de ki temel amaç, aile konutunu korunması olup, işlem hayatını korumak değildir. Bu gerekçeler doğrultusunda, rıza alınmaksızın yapılan işlemlerde üçüncü şahsın iyiniyet iddialarının dinlenmemesi gerektiğine dair ileri sürülen görüşlerin, aile konutu uygulaması bakımından daha da uygun olduğu kanaatini taşımaktayız.

<sup>156</sup> Bk., KILIÇOĞLU, (Yenilikler), 52 vd.

## SONUÇ

Aile, zamana, yere ve toplumdan topluma göre değişkenlik gösteren, toplumun temelini teşkil eden toplumsal bir müessesedir. Ülkelerin bekalanı, bu kurumun her açıdan sağlıklı bir şekilde işleyip, gelişmesine bağlıdır. Meşru aile esasına dayanmayan her topluluk zamanla yok olmaya mahkumdur. Bu sebeple, aile müessesesi, bir devletin temelini teşkil eden kutsal bir müesseseye olup, kadın ve erkek olmak üzere iki ayrı, karşıt cinsin, sürekli bir birliktelik oluşturmak yasal yollarla birbirleriyle evlenmelerinden oluşur. Bu tip aile tipi, Kanun'un tanıdığı olduğu en dar manadaki aile tipidir. Bir üst aile tipi ise, eş ve çocuklardan oluşan aile tipidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, ailenin öncelikle eşler ve çocuklardan oluştuğunu kabul etmektedir.

Aile kurumunun sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi için bu kurum içerisinde yer alan bireylerin, kişisel hak ve yükümlülükleri ile ailenin ortak menfaatlerin çağdaş nitelikte düzenlenmiş kanunlarla etkin bir şekilde korunması gerekir. Her devlet, kendi bekası için, karşılıklı sevgi, saygı ve fedakarlık esaslarına göre yürütülmesi gereken bu kurumu, sosyal devlet ilkesinin bir gereği korunup, geliştirilmesini sağlayıcı tedbirler almak zorundadır. Bu doğrultuda, Türk kanun koyucusu, yaşanan çağın gereklerine uyarak, İsviçre, Fransa, Almanya ve diğer bazı Avrupa ülkelerinin Medeni Kanunlarını da gözden geçirmek suretiyle, çağdaş, laik ve devrimci nitelikteki yeni 4721 sayılı Türk Medeni Kanun'unu, 22.11.2001 tarihinde kabul edip, 1 Ocak 2002 tarihinde de yürürlüğe koymuştur. Bu kanunda, ailede kadın erkek eşitliğinin sağlanmasına yönelik olmak üzere özellikle evliliğin genel hükümleri alanında köklü reformlar yapılmıştır. Yapılan reformlardan en önemlilerinden birisi de daha önce hukuk düzenlememizde bulunmayan aileyi koruyucu nitelikteki Aile Konutu müessesesidir. Aile konutu müessesesi, bir barınma hakkının korunmasına yönelik olarak Avrupa ülkelerinin bir çoğunda uzun zamandan uygulanmakta olup, bu konuda bir de 1981 tarihli Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Tavsiye kararı bulunmaktadır.

Kanun koyucu, aile konutu bakımından en dar manadaki aileyi - yani sadece eşleri dikkate aldığından, bir konutun aile konutu olarak kabul edilip korunabilmesi için eşlerden birinin üzerinde hak sahibi olduğu bir konutu aileye özgülemesi ve ortak yaşamı devam ettirmek üzere bu konutta fiilen eşyle birlikte yaşamaları gerekir. Evlilik birliği içerisinde eşler ve çocuklar için son derecede önem taşıyan aile konutunun belirlenmesinde eşlerin sübjektif iradeleri tek başına yeterli olmamalıdır. Aile konutunun belirlenmesi, üçüncü kişilerin de hukuki durumlarını etkileyebilecek bir husus olduğundan, bir konutun aile konutu olarak belirlenmesinde, konutun gerçekten aile konutu özelliklerini taşıması yanında, eşlerin söz konusu bu içsel iradelerinin üçüncü kişiler tarafından bilinebilir olmasını (fiili kullanımı) ifade eden objektif unsurun da, sübjektif unsurla birlikte gerçekleşmiş bulunması gerekir.

Birden fazla konutun aile konutu olarak belirlenip belirlenemeyeceği meselesi ise, aile konutuna ilişkin tartışmalı meselelerin başında gelmektedir. Kanun tasarıları hazır-

lanırken, aile konutunu düzenleyen 194. maddeye, aile konutu olarak ancak tek bir konutun özümleneceğine ilişkin bir fıkranın eklenmesi önerilmiş olmasına rağmen bu öneri kanun koyucu tarafından kabul edilmemiştir.

Kanaatimizce, kanun koyucunun bu tutumu bilinçlidir. Medeni Kanun'un 194. maddesinin ifadesi ve amacı dikkate alındığında istisnai durumlarda da olsa örneğin, sağlık iş, eğitim, mesleki nedenler gibi ailenin yaşam merkezi iki ayrı konutta geçebilir. Bu sebeple de, aile konutu için elzem koşulları taşımak kaydıyla eşler, birden fazla (en fazla iki) konutu aile konutu olarak kararlaştırılabilmelidirler. Aile konutu uygulaması, konutun serhi imkanıyla birlikte, eşlerin barınma hakkını teminat altına alan bir uygulamadır. Birden fazla konutun aile konutu olarak belirlenip, bu teminatın daha da güçlendirilmesinde ne taraflar için ne de üçüncü şahıslar için bir sakınca bulunmamaktadır. Aksine, bu tür bir uygulama amacı sağlamaya daha da çok hizmet edecektir. Kaldı ki, kanunda bunu engelleyecek açık bir hükme de rastlanmamaktadır. Keza, kanun tasarıları hazırlanırken bu konunun tartışılmış, aile konutunun tek bir konuttan ibaret olacağına ilişkin 194. maddeye ek bir fıkranın eklenmesi önerilmiş olmasına rağmen, kanun koyucu tarafından bu önerinin kabul edilmemiş bulunması, zımnen de olsa bu görüşü destekler niteliktedir. Söz konusu maddeye eklenecek bir fıkra ile bu konunun çözüme kavuşturulması uygulamadaki tereddütleri ortadan kaldıracaktır. Aile konutunun belirlenmesinde, diğer unsurların yanında öncelikle eşlerin iradelerine üstünlük tanınmalı, ancak istisnai hallerde de olsa, birden fazla konutun aile konutu olarak belirlenmesinin mevzu bahis olduğu durumlarda, eşlerin iradelerinin yanında, durumun gerekleri ve varsa çocukların menfaatleri elden geldiğince birlikte dikkate alınmalıdır.

Aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin mülkiyet hakkının, üçüncü kişilerle miras şirketi, adi şirket, kolektif ya da komandit şirket ilişkisinden ya da paylı bir mülkiyet ilişkisinden doğması mümkündür. Miras şirketinde, kullanım hakkı kendisine bırakılan ve konutu aile konutu olarak özümlleyen eş, diğer maliklerin onayıyla, bu konut üzerinde ailesinin oturma hakkı ile bağdaşmayan hatta konutunun kaybı neticesini doğuran bir takım hukuki işlemlere girişebilir. Böyle bir durumda, konuta elbirliği ile malik bulunan diğer maliklerin çıkarları ile aile konutunda yaşayan diğer eş ve çocukların çıkarları birbirleriyle çatışabilir. El birliği ile malik olunan konut, diğer maliklerin ortak rızaları ile aile konutu olarak tahsis edildiğinden, yine maliklerin ortak rızaları olmadıkça mirasçı eş, konut üzerinde bir başka tasarrufta bulunamayacaktır. Buna mukabil, diğer maliklerin tümünün rızasının olduğu bir durumda, ortak malik olunan konuta ilişkin olarak diğer maliklerin, miras şirketinin ortak menfaatine olacak ve mirasçı eş tarafından gerçekleştirilecek bir tasarruf işlemi, aile konutunda yaşayan diğer eşin rızasına tabi kılınamaz. Böyle bir durumda, eşin çıkarı yerine diğer maliklerin tümünün ortak çıkarlarına üstünlük tanınmalı ve konut mirasçı eşin işlemleri karşısında Medeni Kanun'un 194. maddesi korunmasından yararlanamamalıdır.

Medeni Kanun'un 194. maddesinin 1. fıkrasında yer alan 'eşlerden biri, diğer eşin

açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki haklarla sınırlayamaz' ibaresi ile kanun koyucu, eşlerin tek başına yapamayacakları tasarrufi ve borçlandırıcı işlemleri saymıştır. Bu işlemlerden birisi de kira sözleşmesinin feshidir. Bu işlem, Medeni Kanun'un 194. maddesinde açıkça yer almıştır. Bu düzenleme uyarınca, kira sözleşmesini sona erdiren hallerden biri olan fesih işlemi diğer eşin rızasına tabi tutulmuştur. Bu hüküm, kiracının eşini, kira sözleşmesinin feshi dışında, sona erdirilmesi olasılığından koruyamamaktadır. Her ne kadar burada kanun koyucunun amacının, kiracının eşini fesih ve fesih ile aynı sonucu doğuran hukuki işlemlerden, hatta eşin pasif davranışlarından dahi korumak olduğu kabul ileri sürülmüş olsa da bizce, kanun koyucu burada, aile konutuna ilişkin sınırlı sayıdaki hukuksal işlemde diğer eşin rızası aramakta ve Borçlar Hukukuna egemen temel bir ilke olan irade muhtariyeti ilkesi zorlayacak tarzda fazlaca bir müdahalede bulunmak istememektedir. Her ne kadar fesih ile aynı sonucu doğursa dahi, kanun koyucu, 194. madde metninde kira sözleşmesi bakımından sadece sözleşmenin feshi hukuksal işleminde rızayı aramakta diğer durumlarda sözleşme özgürlüğüne fazlaca bir müdahale de bulunmak istememektedir.

Medeni Kanun 194. madde ile, eşin rızasına tabi tutulan bir diğer işlemler ise; hak sahibi eşin aile konutu üzerinde hakları sınırlayan işlemlerdir. Bu yasaklama, MK.'un 194. maddesinin 1. fıkrasında 'eşlerden biri, aile konutu üzerindeki hakları sınırlandıramaz şeklinde ifade edilmiştir.

Aile konutunun ipotek edilmesi aile konutu üzerinde hakları sınırlayan bir işlem olup olmadığı tartışmalıdır. eşin rızasına bağlı olacağı ileri sürülmüştür. Türk öğretisinde bu işlemin diğer eşin rızasına bağlı olduğu genel kabul görmüş bir görüş olsa da, kanaatimizce, ipotek işlemi tek başına konutta oturmayı engellemekte, sadece ekonomik bir yük getirmektedir. MK.' un 194. maddesi hükmü, diğer eşin ve ailenin barınma hakkının korunmasına, konutun elen çıkmasının önlenmesine hizmet etmektedir. Bu amaç dikkate alındığında, her ipotek işleminde değil, ipotegin, eşlerin ekonomik güçlerinin çok üzerindeki bir rakam için verilmiş olması durumunda ancak taşınmazın elden çıkması ihtimali söz konusu olacağından, bu önemdeki ipotekler için, diğer eşin rızası aranmalıdır. Bunun takdirinde, ipotek edilen taşınmazın belli değerine kadar olan kısmı (örneğin, ipotek edilecek taşınmazın değerinin ¼ kadar) ile eşlerin ekonomik varlıkları birlikte dikkate alınmalı (örneğin, eşlerin birden fazla evinin olup olmaması kıstası gibi) buna göre diğer eşin rızasının aranıp aranmayacağına karar verilmelidir. Tapu memurunun, her halükarda öntüne gelen böyle bir talepten diğer eş haberdar etmesi 194. maddenin düzenleniş amacına uygun düşecektir.

Aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin yasal haklarını geçerli bir şekilde kullanabilmesi için 194. maddede sayılan işlemlerde eşinin rızasını almak zorundadır. Burada, işleminden etkilenecek olan eşin rıza açıklaması, işlemi geçerli olarak kurulabilmesi için, taahhüt ve tasarruf işlemlerinde geçerli olan, kurucu nitelikteki 'birlikte karar verme hakkının' özel bir görünümünü oluşturmaktadır.

Medeni Kanun'un 194. maddesinin 2. fıkrasında, 'rıza'yı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hakim'in müdahalesini isteyebilir' hükmü ile burada hakim'in müdahalesinin istenebileceği iki farklı hal öngörülmüştür; Bunlardan birincisi, izne yetkili eşin izninin elde edilememesi bir diğeri ise, izne yetkili eşin haklı bir sebep olmaksızın izin vermekten kaçınması halidir. İzin vermekten kaçınmanın haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığının takdiri ve tespitinde hakim, izin talebinde bulunan eşin, amaçlanan işlemin icrasındaki menfaatini, ailenin finansman durumunu, diğer eşin ve genel olarak ailenin menfaatlerini dikkate alması gerekir. Ancak, hak sahibi eşin aile konutuna ilişkin yapacağı bir hukuksal işlemde, işlemi yapan eş ile diğer eşin, varsa çocuklarının ve nihayet ailenin genel - ortak menfaatleri tamamen birbirinden farklı olması mümkündür. Duruma göre de, aynı hukuksal işlemde bu menfaatler birbirleriyle çakışabilir. Böyle bir durumda, MK.m.194'ün düzenlenişindeki temel amaç olan, konut üzerinde hak sahibi olan eşin, haksız çoğu zaman da sırf eşini zor durumda bırakmak amacıyla, konutuna ilişkin yapacağı hukuksal işlemlerde, aile birliğini, dolayısıyla, hem diğer eşini hem de çocukları koruma amacı göz önünde tutulduğunda, ailenin ortak - genel menfaatlerinin, aile bireylerinin ferdî menfaatlerinin üzerinde tutulması gerekir. Eş ve çocukların, nihayet işlemi yapan eşin menfaatleri, ailenin ortak menfaatlerinden sonra değerlendirilmeli bu kritere göre de, rızanın verilmesinin haksız olup olmadığı hususunda karar verilmelidir.

Aile konutu üzerinde hak sahibi olan bir eşin, eşinin rızasını almaksızın üçüncü bir kişiyle, aile konutuna ilişkin olarak 194. madde de sayılan türde, bir hukuki bir ilişkiye girmesi durumunda, üçüncü kişinin menfaatleri ile aile bireylerinin; hak sahibi olmayan eş ve çocukların menfaatleri çoğunlukla birbiriyle çatışır. Doğal olarak bu durumda, evlilik birliği içerisinde, eş ve çocukların barınma hakkının, üçüncü kişiler ve devletin müdahalelerine karşı etkin bir şekilde korunmasını amaçlayan, aile konutunun ihdas edilmişindeki özel amaç daha da büyük bir önem kazanır. Her ne kadar kanun koyucu, eşlere konut üzerinde tapuya şerh koydurabilme yetkisini tanımış olsa dahi, çeşitli sebeplerden ötürü (örneğin, kocanın tehdit ve baskısından ya da eşin bilgisizliğinden vs.) bu şerhin, koyulmamış veya koydurulmamış olması mümkündür. Bu esnada da konut, rıza alınmaksızın, art niyetli eş tarafından devredilmiş olabilir. Her halükarda böylesi bir durumda, Kanun'un amacı göz önünde tutulmalı, eş ve çocukların menfaatleri, üçüncü şahsın menfaatlerine tercih edilmek suretiyle üçüncü şahsın bu husustaki iyiniyet iddiaları dinlenmemelidir. Zira, MK.m.194 de ki temel amaç, aile konutunun korunması olup, işlem hayatının korunması değildir.