

1756 (2014/4) SAYILI GENELGE KAPSAMINDA AİLE KONUTU ŞERHİ

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.642021>

Dr. Öğr. Üyesi İlknur SERDAR*

Öz

01 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu (TMK) Türk Hukukuna yeni bir kavram olarak aile konutu müessesesini getirmiştir. Aile konutu, konut üzerinde hak sahibi olan eşin bazı işlemlerine karşı korunmaktadır. TMK 194. maddeye göre aile konutu üzerinde hak sahibi eş, sadece diğer eşin açık rızasıyla aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedebilir, aile konutunu devredebilir veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayabilir. Eğer aile konutu taşınmazsa, TMK 194/3 maddeye göre malik olmayan eş, tapu kütüğüne aile konutu şerhi verebilir. Diğer eşin rızası olmamasına rağmen, aile konutunun maliki olan eş, aile konutunu üçüncü bir kişiye devredebilir. Bu durumda özellikle tapuya güven ilkesi kapsamında hukukun kimi koruyacağı önem taşıyan bir noktadır. Bu nedenle, TMK 194/3. madde ile aile konutunda sağlanan koruma aile konutu şerhi yoluyla daha da etkili kılınmıştır. TMK 194/3 maddede değil, fakat 1756 (2014/4) sayılı Genelge ile tapu kütüğüne aile konutu şerhinin nasıl konulacağı düzenlenmiştir. Bu nedenle, bu çalışmada aile konutu şerhi verilmesi 1756 (2014/4) sayılı Genelge kapsamında incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Aile konutu, aile konutunun korunması, aile konutu şerhi, tapu kütüğü, 1756 (2014/04) sayılı Genelge

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: ilknur.serdar@deu.edu.tr) ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2790-677X> (Makalenin Geliş Tarihi: 02.05.2019) (Makale Gönderilme Tarihi: 06.05.2019/ Makale Kabul Tarihi: 13.05.2019)

**THE ANNOTATION OF MATRIMONIAL RESIDENCE
WITHIN THE SCOPE OF THE CIRCULAR LETTER
NUMBERED 1756 (2014/4)**

Abstract

The Turkish Civil Code (TCC), which entered into force on 01 January 2002, introduced the institution of the matrimonial residence as a new concept to Turkish law. The matrimonial residence is protected against some transactions that made by the spouse who has a legal right on the property. According to article 194 of TCC the spouse who has a legal right on the property, may terminate a tenancy agreement, transfer or limit the rights on the property of matrimonial residence only with the express consent of the other spouse. If the matrimonial residence is a real estate, the non-owning spouse may enrol a matrimonial residence annotation in the land registry according to article 194 (3) of TCC. Although the lack of the consent of the other spouse, the spouse who is the owner of the matrimonial residence may transfer the ownership of property to a third party. In this case, it is especially important that who will be protected by the law under the protection of a good faith in the land registry specially. Therefore the protection of matrimonial residence has become more effective with the annotation of matrimonial residence according to article 194 of TCC. The procedure of matrimonial residence's annotation has been regulated by the circular letter numbered 1756 (2014/4) but not with the article 194 (3) of TCC. Therefore in this study, the annotation of the matrimonial residence will be examined within the circular letter numbered 1756 (2014/4).

Keywords

Matrimonial residence, protection of matrimonial residence, annotation of matrimonial residence, land register, 1756 (2014/4) numbered circular letter

GİRİŞ

Aile konutu, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile 01.01.2002 tarihinde hukukumuza giren nispeten yeni bir kavramdır. Türk Medeni Kanununun 194. maddesinde aile konutu; İsviçre Medeni Kanununun 169. maddesindeki aile konutuna ilişkin hüküm temel alınarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte, Türk Medeni Kanununun 194. maddesinin 3. fıkrasında, İsviçre Medeni Kanununda yer almayan, aile konutunun şerhi imkânına yer verilmiştir¹. Türk Medeni Kanununun 194. maddesinin 3. fıkrasına göre “*Aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebilir*”. Bu hüküm ile tanınan şerhin, tapu kütüğüne nasıl verileceğine ilişkin, 194. maddede bir düzenleme yoktur. Esasen, tapuya şerhin verilmesi, eşya hukukuna ilişkin bir konu olması nedeniyle, bu hususu düzenleyen Türk Medeni Kanununun hükümleri, madde 1009 vd yer almaktadır². Fakat bu hükümler içinde de aile konutu şerhinin nasıl verileceğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Türk Medeni Kanununun 194/3 hükmü gereğince, aile konutu şerhinin verilmesi için bir mahkeme kararına gerek olup olmadığı uygulamada tartışmalara neden olmuş, Yargıtay; aile konutu niteliği hususunda ihtilaf varsa, tapu memurunun idari işleme, şerhi tapu siciline yazamayacağını, bunun için mahkeme kararına gerek olduğuna karar vermiştir. Uygulamada yaşanan bu ihtilafları ortadan kaldırmak ve Türk Medeni Kanununun 194/3 hükmüyle getirilen aile konutu şerhinin, nasıl verileceği hususunu açıklığa kavuşturmak amacıyla aile konutu şerhinin verilmesi usulü; 2002 tarihli 2002/7 nolu Genelge³ ile ve

¹ Aile konutu şerhinin kabul edilmesinin eleştirisi için bakınız **Serozan**, Rona: Aile Konutunun Şerhine Değişik Bir Yaklaşım, Prof. Dr. Zahit İmre'ye Armağan, İstanbul 2009, s. 279 vd.

² TC Başbakanlık Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığının 23.06.2015 tarih 1766 (2015/4) nolu Genelgesi ile 2015 tarihinden itibaren şerhler elektronik ortamda tutulmaya başlanmıştır. “... 02/07/2015 tarihinden itibaren tapu kütükleri üzerine tescil edilen/belirtilen tüm şerh ve beyanların salt elektronik ortamda tutulması uygulamasına yine tüm tapu müdürlüklerinde aynı anda geçilecektir. Uygulama değişikliği ile tüm şerh ve beyan işlemlerinde hak sahipliğinin belirlenmesi sürecinde herhangi bir değişikliğe gidilmeksizin, tapu kütüğü üzerinde şerhler sütunu ile beyanlar hanesine yapılan tescillere son verilerek tüm şerh ve beyanların salt elektronik ortamda tutulması sağlanacaktır.” Bununla birlikte, biz çalışmamızda söz konusu düzenleme öncesi mevzuat ve Yargı Kararları kapsamında şerhin tapu kütüğüne verilmesinden bahsedilmesi nedeniyle şerhin verilmesini bu şekilde ifade edeceğiz. 1766 (2015/4) sayılı Genelge için bakınız (<https://www.tkgm.gov.tr/tr/mevzuat/20154-1766-sayili-genelge-haciz-islemleri-serh-ve-beyan-belirtmelerinin-tescili-ile-veri>).

³ TC Başbakanlık Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 01.06.2002 tarih 2002/7 nolu Genelgesi.

buna müteakiben Tapu Sicil Tüzüğü 57. maddesinin d bendine eklenen hükümlerle⁴ düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler ile malik olmayan eşin talebiyle, bir mahkeme kararına ve malik olan eşin rızasına ihtiyaç olmaksızın aile konutu şerhi verilebileceği hüküm altına alınmıştır.

2002 tarihli 2002/7 nolu Genelge ve buna müteakiben çıkarılan Tapu Sicil Tüzüğü'nün 57. maddesinin 1. fıkrasının d bendindeki bu düzenlemenin iptali için Danıştay'a dava açılmıştır. Danıştay 10. Dairesi, 2010/11873 E. sayılı dosyada 13.06.2011 tarihinde, malikin rızası veya mahkeme kararı aranmaksızın, idarece, şerh verilmesini öngören düzenlemeleri yetki unsuru yönüyle hukuka uygun bulmayarak, yürütmenin durdurulmasına karar vermiş; ancak yapılan itiraz sonucu Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 12.11.2012 tarihinde yürütmeyi durdurma kararını kaldırmıştır.

Bu tür uyuşmazlıkların oluşmaması ve durumun açıklığa kavuşması için mevzuatta bir dizi değişiklik yapılmıştır. 17.08.2013 tarihinde, Tapu Sicil Tüzüğü değişmiş, Tüzüğü'nün 17. maddesinin 2. fıkrasında aile konutu olarak özgülenen taşınmazın maliki olmayan eşin, tapu kütüğüne konutun aile konutu olduğuna dair şerhin verilmesini isteyebileceği; 49 maddesinin c bendinde ise aile konutu şerhinin verilebilmesi için, merkezi nüfus idaresi sisteminden veya nüfus müdürlüğünden alınan yerleşim yeri belgesi ile medeni hali gösterir nüfus kayıt örneğinin aranacağı düzenlenmiştir. 6518 sayılı Kanunun⁵ 44. maddesiyle 2014 yılında Türk Medeni Kanununun 194/3 hükmünde değişiklik yapılmış ve fıkra da yer alan '*şerhin verilmesini*' ibaresinden sonra gelmek üzere '*tapu müdürlüğünden*' ibaresi eklenmiştir. Yani 194/3 hükmü gereğince, malik olmayan eş, aile konutu şerhi verilmesini tapu müdürlüğünden isteyebilecektir. Ayrıca mevzuatta yapılan bu değişikliklere uyum sağlamak, uygulamada yaşanan sorunları gidermek ve durumu açıklığa kavuşturmak amacıyla aile konutu şerhine ilişkin usul, 2014 tarihli 1756 (2014/4) sayılı Genelge⁶ ile yeniden düzenlenmiştir.

⁴ TST md 57 d bendine 08.11.2004 tarihinde eklenen hükme göre, aile konutu şerhi için konutun aile konutu olduğunu kanıtlayan muhtarlıktan ve varsa apartman yönetiminden alınmış belge ile birlikte vukuatlı nüfus kayıt örneği veya evlilik cüzdanı aranır.

⁵ 06.02.2014 kabul tarihli 6518 Sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG T 19.02.2014, S 28918).

⁶ TC Başbakanlık Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığının 11.06.2014 tarih 1756 (2014/4) nolu Genelgesi. (<https://www.tkgm.gov.tr/tr/mevzuat/aile-konutu-mal-rejimleri-cocuk-mallari-20144-ile-ilgili-genelge>) (Genelge olarak anılacaktır).

Aile konutuna ilişkin Türk Medeni Kanununun 194. maddesi ile sağlanan koruma, öncelikli olarak, aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eş için olmakla birlikte, tüm aile bireyleri için önem arz etmektedir. Hatta aile konutu kapsamında sağlanan bu koruma, sadece evliliğin devamı sırasında değil, Türk Medeni Kanununun 240, 254, 279 ve 652. maddeleri kapsamında evliliğin sona ermesinden sonra da etkili olmaktadır. Aile konutu hakkında sağlanan koruma için 194. maddede yer alan şartların sağlanması yeterlidir. Bu nedenle, aile konutu üzerine verilecek şerh, kurucu olmayıp, açıklayıcı niteliktedir⁷. Bununla birlikte, şerhin verilmemesi halinde diğer eşin rızası dışında yapılan ve aile konutundan istifade edilmesinin yitirilmesi sonucunu yaratan hukuki işlemlere ilişkin doktrin ve uygulamadaki farklı görüşler⁸

⁷ **Şıpka**, Şükran: Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, İstanbul 2004, s. 160; **Öztan**, Bilge: Aile Hukuku, Ankara 2015, s. 322; **Sirmen**, Lale: Eşya Hukuku, Ankara 2018, s. 218; **Nomer/Ergüne**, Eşya Hukuku, İstanbul 2017, s. 151; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, İstanbul 2013, s. 255; **Gümüş**, M. Alper: Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Ankara 2003, (Şerhler), s. 62; **Genç Arıdemir**, Arzu: Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün 2002/7 Sayılı, 11.06.2002 Tarihli Genelgenin Aile Konutu Şerhine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 137; **İşleten**, Mehtap İpek: Aile Konutu Şerhi ve Şerhin İyiniyetli Üçüncü Kişilere Etkisinin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4.10.2006 Tarihli, E. 2006/2-591, K.2006/624 Sayılı Kararı Çerçevesinde Değerlendirilmesi, GSÜHFD Doç Dr Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan, 2014/2, C.II, s. 948; "dava konusu taşınmaz şerh konulmasa dahi aile konutudur. Eş söyleyişle şerh konulduğu için aile konutu olmamakta aksine aile konutu olduğu için şerh konulabilmektedir. Bu nedenle, aile konutu şerhi konulduğunda, konulan şerh "kurucu" değil "açıklayıcı" şerh özelliğini taşımaktadır". (2. HD E. 2015/7908 K. 2015/21532 T. 18.11.2015 (www.kazanci.com.tr)); "aile konutu şerhi konulmuş olmasa da eşlerin birlikte yaşadıkları aile konutu üzerindeki fiil ehliyetleri sınırlandırılmıştır. Sınırlandırma aile konutu şerhi konulduğu için değil, zaten var olduğu için getirilmiştir." (2. HD E. 2016/19142 K. 2016/16219 T. 20.12.2016 (www.kazanci.com.tr)); şerhin kurucu olduğu yönündeki görüş, **Giray**, Faruk Kerem: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununda Yer Alan "Aile Konutu" Kavramının Kanunlar İhtilafı Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Milletlerarası Özel Hukuku Bülteni, Yıl 23. Sayı 1-2, 2003, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, s. 443.

⁸ Bir görüş; hak sahibi eşin aile konutu taşınmaz üzerinde diğer eşin rızasını almadan yaptığı işlemlerde, şerhin bulunmaması halinde işlemin tarafı olan kişinin, iyiniyetli olması halinde TMK 1023.madde kapsamında korunacağını ve diğer eşin 194 maddeye dayanarak işlemi geçersiz kılamayacağını savunmakta, Kılıçoğlu, Ahmet M.: Aile Hukuku, Ankara 2015, s. 255 vd.; **Nomer/Ergüne**, s. 152; **Yağcıoğlu**, Ali Haydar: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı, Güncel, İzmir 2007, s. 142; **Ayan**, Serkan: Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004, s. 103; **Kamacı**, Mahmut: Tapu Kütüğüne "Aile Konutu Şerhi"nin Konulması, Şerhin İşlevi, Geçerlilik Süresi ve Terkini Sorunu, Y.D. 2010 Temmuz, C.36, S.3, s. 53 (HGK E. 2006/2-591 K. 2006/624 T. 4.10.2006 (www.kazanci.com.tr); HGK E. 2012/2-1567 K. 2013/579 T.

nedeniyle, aile konutuna Türk Medeni Kanunu kapsamında sağlanan korumanın kaybı riski mevcuttur. Bu nedenle, şerhin verilmesi, malik olmayan eşin, bir risk taşımadan, Türk Medeni Kanununun 194. maddesindeki korumadan istifade etmesi noktasında önemlidir. Şerhin bu önemi nedeniyle, malik olmayan eşin, aile konutuna şerh verilmesi talebinde bulunmasını ve şerhin verilmesi usulünün; açık, tereddüde mahal vermeyen, hak kaybına sebebiyet verecek şekilde zorlaştırmayan ve belki de en önemlisi Türk Medeni Kanununda getirilen hak ile bağdaşır ve Kanuna ters düşmeyen şekilde düzenlenmesi gerekir. Bu maksatla çıkarılmış olmasına rağmen, Genelge'deki düzenlemenin bu amaca uymayan, sıkıntı yaratacak hükümleri mevcuttur. Biz çalışmamızda, aile konutunun şerhine ilişkin usulü bu hususu düzenleyen Genelge hükümleri kapsamında incelemeye çalışacağız.

I. AİLE KONUTU ŞERHİNİN VERİLMESİ

Türk Medeni Kanunun 194. maddesinde hak sahibi eşin konut üzerindeki hakkının niteliği açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, maddedeki “eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutuyla ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz” ifadesinden bu hakkın, ayni veya şahsi bir hak olabileceği sonucuna ulaşılmaktadır⁹. Bu nedenle, aile konutu üzerinde eşlerden birinin ayni veya şahsi hakkı olması durumunda eşin bu hakkını kullanması, diğer eşin rızasına bağlı olup, madde 194 kapsamındadır. Bu bakımdan hak sahibi eşin aile konutu üzerindeki hakkının ayni ya da şahsi

24.4.2013 (www.kazanci.com.tr)); diğer görüş ise, işlemin tarafı olan kişinin, iyiniyetinin korunmayacağını burada 1023. maddenin uygulanmayacağını, 194 madde kapsamında işlemin geçersiz olduğunu savunmaktadır (Dural/Öğüz/Gümüş, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2019, s. 178; Aybay/Hatemi; Eşya Hukuku, İstanbul 2012, s. 105-106 (ayrıca bakınız şerh değil, beyan olduğu görüşü); Gümüş, (Şerhler), s.52; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 256; Sirmen, s. 218; Öztan, s. 321; Serozan, s. 281; Şıpka, s. 159-160; Günergök, Özcan: Eşlerden Birinin Mülkiyetindeki Tapuya Kayıtlı Aile Konutu Üzerinde Üçüncü Kişilerin Mülkiyet ve Sınırlı Ayni Hak İktisabı, EHFHD, Cilt XIII, Sayı 1-2, 2009, s. 278 vd.; Genç Arıdemir, s. 137-138; Doğan, Murat: Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Bir Müessese Aile Konutu, AÜEHFD, Cilt VI, Sayı 1-4, s. 295; İşleten, s. 949; HGK E. 2013/2-2306 K. 2015/1356 T. 15.5.2015 (www.kazanci.com.tr); HGK E. 2013/2-2056 K. 2015/1201 T. 15.4.2015 (www.kazanci.com.tr)).

⁹ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 173; **Genç Arıdemir**, s. 131; **Kamacı**, s. 33; **Hüseyin**, İhsan: Aile Konutu: Kavram, Üzerindeki Haklar ve Korunması, AÜHFHD, 67(3) 2018, s. 577; hak sahibi eşin hakkının ariyet sözleşmesine dayanan şahsi hak olması halinde, bunun, 194. madde kapsamında korumadan yararlanamayacağı hususunda **Giray**, s. 428; 2.HD. E. 2010/7465 K. 2010/20502 T. 07.12.2010 (www.kazanci.com.tr)

hak olması arasında farklılık bulunmamasına karşın, aile konutu şerhi verilmesi için aile konutunun tapuda kayıtlı bir taşınmaz ve eşin aile konutu üzerindeki hakkının da mülkiyet hakkı olması aranmaktadır¹⁰. Bu sonuca, hem 194/3 hükmü hem de çalışmamızda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz Genelge hükümleri çerçevesinde varılmaktadır.

Aşağıda ayrıntılı olarak açıklayacağımız gibi şerhin verilmesini talep etmeye yetkili olan kişilerin, gerekli belgeler ile istemde bulunmaları durumunda, tapu siciline ‘*aile konutu*’ şerhi verilecektir. Genelge’nin A/3 maddesinde, şerhin, tapu sicilinin şerhler hanesine¹¹ “*Aile Konutu Şerhi-Tarih-Yevmiye Numarası*” şeklinde yapılacağı düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanununun 194. maddesinde sağlanması amaçlanan korumanın etkinliğini artıran aile konutu şerhi verilmesini temin etmek ve bunu kolaylaştırmak maksadıyla Genelge A/8 maddesinde¹², şerh verilmesinin, talep eden kişiye mali bir külfet yüklenmemesini hükme bağlamıştır. Buna göre, aile konutu şerhinin verilmesini talep eden eşten, bu işlem için herhangi bir harç veya döner sermaye ücreti ödemesi, talep edilmeyecektir.

A. Şerhi Talebe Yetkili Kişiler

Aile konutu şerhinin tapu siciline verilebilmesi için talep şarttır. Aile konutu şerhinin verilmesini talep etmeye ancak *eşler* yetkilidir¹³. Eşlerden anlaşılması gereken; Türk Medeni Kanununun 185. maddesi kapsamında resmi şekilde evli olan ve halen evliliği süren, hukuken sona ermemiş olan kişilerdir. Bu noktada, resmi evlilik akdi yapmamış, fakat ortak bir yaşam birlikteliği içinde yaşayan çiftler, hukuken eş olarak sayılmayacağı için bu kişilerin, aile konutu şerhi verilmesini talep etmeleri söz konusu değildir¹⁴. Bu ortak yaşam birlikteliğinin “imam/dini nikâh”, “fiili birliktelik”, “nişan” ya da başka bir şekilde nitelendirilmesi, önem arz etmeyecektir.

¹⁰ **Genç Arıdemir**, s. 141; **Büyükkay**, Yusuf: Yeni Türk Medeni Kanunu’nun 194. Maddesinde Yer Alan Aile Konutuna İlişkin Sınırlamanın Hukuki Niteliği, E-Akademi.Org, Eylül 2006; Aile konutu taşınmaz üzerinde eşin sınırlı aynı hakkı (intifa, sükna, irtifak) olması durumunda da şerh verilebileceği hususunda bakınız **Kamacı**, s. 46.

¹¹ Bakınız 1766 (2015/4) sayılı Genelge ve dipnot 2’deki açıklamamız.

¹² “A/8-Aile konutu şerhine yönelik 492 sayılı Harçlar Kanunu’nda herhangi bir düzenleme bulunmadığından talebin harç ve döner sermaye ücreti tahsil edilmeksizin karşılanması gerekmektedir.”

¹³ Eşlerden bir veya her ikisi yabancı devlet vatandaşı ise, aile konutu şerh işleminin “lex rei sitae” ilkesi uyarınca taşınmazın bulunduğu yer hukuku olan Türk Hukukuna tabi olduğu yani TMK 194/3 hükmünün uygulanacağına ilişkin bakınız **Giray**, s. 443 vd.

¹⁴ **Şpka**, s. 77; **Genç Arıdemir**, s. 141; **Giray**, s. 427; **Kamacı**, s. 24, dn 1.

Resmi şekilde yapılmış evliliğin, hukuken sona ermemiş, halen sürüyor olması¹⁵ gerektiği için söz konusu olan evlilik, butlanla sakat olsa dahi henüz butlan kararı verilmiş ve bu karar kesinleşmiş değilse, kişiler, eş olma sıfatını taşırlar ve aile konutu şerhini talebe yetkilidirler. Bilindiği gibi, butlanla sakat olan bir evlilik, mahkemece butlanına karar verilmeye kadar geçerli olan bir evliliğe ilişkin tüm sonuçları doğurur (TMK m.156). Evliliğin boşanma ile sona ermesi ise, ancak mahkemece verilen boşanma kararının kesinleşmesi ile olacağı için devam eden bir boşanma davası sırasında da evlilik sürmekte olduğundan, kişiler, eş olma sıfatını taşıyor ve aile konutu şerhini talebe yetkilidir¹⁶. Ayrılık davası sırasında veya ayrılık kararı verilmesi (TMK m.170 vd) ya da birlikte yaşamaya ara verilmesi (TMK m.197) halinde de aynı durum söz konusudur¹⁷. Eşlerden biri hakkında gaiplik kararı

¹⁵ “Türk Medeni Kanunu’nun evliliğin genel hükümlerini düzenleyen 194. maddesi evlilik devam ettiği sürece uygulanabilir. Bu nedenle, evlilik sona erdikten sonra konut, aile konutu özelliğini kaybettiğinden bu hükmün uygulama imkânı bulunmamaktadır.” (2. HD E. 2009/19922 K. 2010/387 T. 13.1.2010 (www.kazanci.com.tr))

¹⁶ “Evlilik herhangi bir sebeple sona ermiş ise; aile konutu koruması da ortadan kalkar. Tarafların davanın açılmasından sonra, kesinleşen ilamı ile boşandıkları anlaşılmaktadır. Bu duruma göre, davanın konusunun kalmadığı dikkate alınmalıdır.” (2. HD E. 2012/6026 K. 2012/9368 T. 12.4.2012 (www.kazanci.com.tr)); “Davacı-davalı (koca)’nın geçimsizlik sonucunda bu konutu terk etmiş olması, taşınmazın aile konutu özelliğini kaldırmaz. Bu durumda, davalı-davacı (kadın)’ın aile konutu şerhi konulmasına ilişkin davasının kabul edilmesi gerekir.” (2. HD E. 2014/25531 K. 2014/24264 T. 1.12.2014 (www.kazanci.com.tr)); “Evliliğin sona ermesiyle konut, aile konutu vasfını kaybeder.” (2. HD E. 2013/1467 K. 2013/21007 T. 16.9.2013 (www.kazanci.com.tr)); “...evlilik birliğinin Aile Mahkemesi tarafından verilen boşanma kararının kesinleşmesi üzerine sona erdiği anlaşılmıştır. MK. nun 194. maddesi gereğince aile konutu şerhi evlilik birliği içinde geçerli olup, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra hüküm ifade etmez.” (6. HD E. 2012/15665 K. 2012/17357 T. 25.12.2012 (www.kazanci.com.tr)); “Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz için şerh verilebilmesi için evlilik birliğinin devam ediyor olması gerekir.” (2. HD E. 2008/10081 K. 2008/13491 T. 16.10.2008 (www.kazanci.com.tr))

¹⁷ “konutta davalı ve çocuklarıyla birlikte oturmaya başladığı, davalının terk etmesinden sonra da çocuklarıyla birlikte kullanımı devam ettirdiği, bu nedenle, boşanma kararı kesinleşinceye kadar bu kullanımın taşınmazın aile konutu olarak kabul edilmesinden kaynaklandığı anlaşılacakla, kira ve ecri misil istenemeyeceğinin kabulü...” (3. HD E. 2006/1745 K. 2006/3747 T. 6.4.2006 (www.kazanci.com.tr)); “Tarafların fiilen ayrı yaşıyor olması, bu konutun, aile konutu olma vasfını kaybettirmez.” (2. HD E. 2010/12332 K. 2010/14942 T. 20.9.2010 (www.kazanci.com.tr)); “Davacı ile davalı eşin davaya konu taşınmazın alt katında bir yıl süre ile birlikte oturdukları, davalı eşin ortak konutu terk ederek başka bir kadınla yaşamaya başladığı, davacı kadının, bu taşınmazın alt katında kalmaya devam ettiği, üst katında ise kiracının bulunduğu, ancak taşınmazın ısınma problemlerinin olması sebebiyle davacının, kış aylarında çocuklarının yanında bulunduğu, yaz aylarında ise davaya konu taşınmaza gelerek kaldığı, davaya konu

verilmiş olması durumunda ise evlilik sona ermeyeceği, evliliğin sona ermesi için evliliğin feshi kararına (TMK m.131) gerek olduğu için sadece gaiplik kararı alınması halinde de, eş, aile konutu şerhi talep etmeye yetkilidir.

Türk Medeni Kanununun dördüncü kitabında (eşya hukuku) şerhlerin verilmesi ve terkini özel olarak düzenlenmiş değildir, tescil ve terkine ilişkin hükümler, şerhlere de uygulanmaktadır¹⁸. Kural olarak, tapu sicilinde hak sahibi olan kişiler, tescili, dolayısıyla şerhi talep edebilirler. Bu genel kural gereğince, aile konutunun maliki olan eş, şerh talebinde bulunabilir¹⁹. Bunun dışında kanuni istisnalarda kuraldan ayrılmak mümkün olup, tapu sicilinde hak sahibi olmayan kişiler de talepte bulunabilmektedir. Bu söz konusu istisnalardan biri 194/3 hükmü olup, hükümde aile konutu şerhinin, malik olmayan eş tarafından talep edilebileceği düzenlenmiştir. Aynı şekilde paralel düzenleme, Tapu Sicili Tüzüğü'nün 17. maddesinin 2. fıkrasında²⁰ yer almaktadır. Genelgenin A/1 maddesinin 2. fıkrasında, her iki eşin birlikte veya ayrı ayrı talepte bulunabileceği düzenlenerek, uygulamada yaşanacak ihtilafların önüne geçilmeye çalışılmış ve aile konutu şerhinin verilmesinin talebi kolaylaştırılmıştır. Hükme göre, aile konutuna konu olan taşınmaza yönelik, malik, malik olmayan eş veya eşlerin her ikisi birlikte, aile konutu şerhi talebinde bulunabilecektir. Hükümde malik ve malik olmayan eşten bahsetmekte ise de aşağıda açıklayacağımız gibi Genelgenin A/4/c hükmünde intifa hakkı üzerine de aile konutu şerhi verilmesi kabul edilmiştir. Bununla birlikte, ilgili hükümde intifa hakkı üzerine şerh verilmesini talep etmeye intifa hakkı lehdarının eşini, yani hak sahibi olmayan eş, yetkili kılmıştır. Tapu Sicili Tüzüğü 17/2, Genelge A/1 hükümlerindeki düzenlemeye uygun olarak kanımızca A/4/c hükmü uyarınca intifa hakkı üzerine aile konutu

taşınmazın bulunduğu ilçede başka bir taşınmazın bulunmadığı anlaşılmaktadır. Davacının, kış aylarında çocuklarının yanına gidip, onlarla kalıyor olması, aile konutu vasfını ortadan kaldırmayacağı gibi, eşyaların halen davaya konu konutta bulunması ve taraflar arasında evlilik birliğinin devam etmesi karşısında taşınmazın aile konutu olduğunun kabulü gerekir.” (2. HD E. 2016/16259 K. 2016/16213 T. 20.12.2016 (www.kazanci.com.tr))

¹⁸ **Kamacı**, s. 45.

¹⁹ Mülkiyet hakkı sahibi olması ve işlemin diğer eşin menfaatine olması nedeniyle, malikin de şerh talebinde bulunma yetkisine sahip olmasının TMK'nun 194. maddesinin amacına uygun olduğu yönünde **Genç Arıdemir**, s. 141; **Günergök**, s. 253 dn.16; Aksi görüş ve Tapu Sicil Tüzüğü ve Genelge'deki düzenlemenin eleştirisi için bakınız **Gümüş**, (Şerhler), s. 55.

²⁰ “Aile konutu olarak özgülünen taşınmazın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutun aile konutu olduğuna dair şerhin verilmesini isteyebilir.”

şerhi verilmesini sadece intifa hakkı sahibi olmayan eş²¹ değil, onun yanında hem intifa hakkı sahibi eş hem de her iki eş birlikte talep etmeye yetkili olmalıdır.

Talepte bulunmaya yetkili olan kişi/kişiler²², doğrudan tapu müdürlüğünden şerhin verilmesini talep edebilecektir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, daha önce şerhin verilmesi hususunda mahkeme kararının gerektiği hususunda yaşanan tartışmalar neticesinde, Türk Medeni Kanununun 194/3 hükmüne eklenen ‘*tapu müdürlüğünden*’ ibaresi ile bu husus açıklığa kavuşturulmuştur. Bu durum, Genelgenin A/1 maddesinin 1. fıkrasında da belirtilmiştir. Sonuç olarak, malik, malik olmayan eş veya eşlerin her ikisinin birlikte, tapu kütüğüne şerh verilmesini talep edeceği merci, tapu müdürlüğüdür. Bunun için bir mahkeme kararına, bir şerh anlaşmasına ve özellikle malik olmayan eşin talepte bulunması halinde malik olan eşin rızasına ihtiyaç bulunmamaktadır²³.

Bunun dışında taşınmazın aile konutu niteliğinin belgelenemediği ya da ihtilafli olan hallerde tapu memuru şerh talebini reddederse²⁴, o zaman şerhin verilmesi için dava açılabilir²⁵. Ayrıca, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun²⁶, un 4. maddesinin c bendi ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği²⁷, nin 12. maddesinin c

²¹ Genelge A/4/c hükmünün ifadesi ile “*intifa hakkı lehdarının eşi*”.

²² Şerh talebi eşin vekili ya da kanuni temsilcisi tarafından da yapılabilir, ancak bu durumda vekilin veya kanuni temsilcinin yetkisini, TST 18. maddesinin 4 ve 6. fıkrasına göre belgelemesi gerekir.

²³ Serozan’a göre, aile konutu şerhi, TMK 1011 md. anlamında geçici tescil şerhi niteliğindedir ve bu nitelikteki aile konutu şerhinin verilmesi ancak devirden sonra ve mahkemeden istenebilir, s. 285; Aile konutu şerhinin geçici tescil şerhi niteliğinde hatta devir öncesi de verilebileceği için öncelenmiş geçici tescil şerhi niteliğinde olduğuna ilişkin görüş için bakınız **Armutcuoğlu**, Can Yalçın: Aile Konutuna Sağlanan Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği, MÜHF-HAD, C. 17, S. 1-2, s. 428 vd.

²⁴ Yargıtay, tapu müdürlüğüne başvurulmadan, şerhin verilmesi için doğrudan dava açılmasını kabul etmemektedir, bakınız 2. HD E. 2016/296 K. 2016/8504 T. 27.04.2016 (www.kazanci.com.tr).

²⁵ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 180; davanın TMK 197 maddeye dayanan nafaka, boşanma veya ayrılık ya da eşin rızası alınmadan tesis edilen ipotegün kaldırılmasına ilişkin davayla birlikte de açılacağı hususunda bakınız **Kamacı**, s. 52; “Eşler arasında taşınmazın aile konutu olduğuna dair ihtilaf bulunduğundan tapu sicil memurunun mülkiyet hakkını sınırlayan şerhi tapu siciline yazamaz. Bu halde hâkimin müdahalesi gerekir.” (2. HD E. 2002/5374 K. 2002/5991 T. 6.5.2002 (www.kazanci.com.tr)).

²⁶ RG T. 20.03.2012, S. 28239.

²⁷ RG T. 18.01.2013, S. 28532.

bendi ve 15. maddesi uyarınca, hâkim tarafından verilecek koruyucu tedbir kararında, korunan kişinin talebi üzerine tapu kütüğüne aile konutu şerhi konulmasına karar verilebilir. Bu karar, hâkim tarafından ivedilikle yerine getirilmek üzere ilgili tapu sicil müdürlüğüne gönderilir ve söz konusu karara dayanılarak tapu memuru tarafından aile konutu şerhi verilir.

B. Şerh Verilmesi Talebinde İstenecek Belgeler²⁸

1. Aile Konutuna İlişkin

Kişiler evli olsalar da oturdukları her konut, aile konutu niteliğinde değildir. Aile konutunun tanımı, Türk Medeni Kanununun 194. maddesinde yapılmamıştır. Genelge, A maddesinde aile konutunu; “*Yargı kararlarına*²⁹ göre, aile konutu, eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdikleri mekândır. Eşler, evlilik birliğini beraberce yürütür ve yönetirler. Oturdukları konutu da birlikte seçerler. Aile konutu tektir.” şeklinde tanımlamıştır³⁰. Türk Medeni Kanununun 194. maddesi ile getirilen koruma ve şerh verilmesi imkânı, aile konutu niteliğindeki konutlar için geçerlidir. Tabiatıyla aile konutu şerhinin verilmesi talebiyle tapu müdürlüğüne başvurulduğunda, şerh verilmesi talep edilen taşınmazın, aile konutu niteliğinin belgelendirilmesi gerekmektedir. Bu husus, Genelgenin A/2 maddesinde ve Tapu Sicil Tüzüğü’nün 49. maddesinin c bendinde hükme bağlanmıştır.

a. Genel Kural

Eş/eşlerin, aile konutu şerhi verilmesini talep ettikleri taşınmazın aile konutu olduğunu belgelendirmeleri gerekmektedir. Tapu Sicil Tüzüğü’nün 49 maddesinin c bendine ve buna paralel olarak Genelgenin A/2 maddesine göre, taşınmazın aile konutu niteliğinde olduğunun ortaya konulması,

²⁸ Hem taşınmazın aile konutu niteliğinin hem de kişilerin evli olduklarının belgelenmesi hususunda istenilen yerleşim yeri ile medeni hali gösterir kaydı, MERNİS’in de Tapu Müdürlüklerinde etkin kullanımı nedeniyle, tapu memurları, sistemde görülebildiğinden, bu belgelerin talep edilmemesi gerektiği, ifade edilmektedir. **Çelik**, Ramazan: Aile Konutu Şerhi, (<http://tapu-kadastro.net/index.php/makaleler/tapu-sicil/511-aile-konutu-serhi>)

²⁹ “Aile konutu; eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdikleri acı, tatlı günlerini yaşadıkları, yaşam faaliyetlerini yoğunlaştırdıkları mekândır. Aile konutu tektir.” (2. HD E. 2005/16473 K. 2006/799 T. 2.2.2006 (www.kazanci.com.tr)).

³⁰ Aile konutu kavramı için bakınız **Şıpka**, s. 81 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 239 vd.; **Genç Arıdemir**, s. 129; **Havutçu**, Ayşe: Evli Kadının Yerleşim Yeri, DEÜHFD, C. VII, S. 1, İzmir 2005, s. 41 vd.; **Yağcıoğlu**, s. 90 vd.; **Nebioğlu Öner**, Şebnem; Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi, Ankara 2014, s. 5 vd.; **Giray**, s. 426.

merkezi nüfus idaresi sisteminden veya nüfus müdürlüğünden alınan yerleşim yeri belgesinin sunulması ile mümkün olacaktır³¹. Ayrıca, Genelgenin A/2 maddesinde “...aile konutu şerhi işlenmesi gereken taşınmazın tapu sicilindeki ada/parsel bilgileri ile MERNİS üzerinden alınan yerleşim yeri verilerinin karşılaştırılması...” gerektiğinden bahsedilmektedir.

Genelge bu hükmüyle, bir anlamda, aslında hem Kanunda hem de doktrin ve uygulamada aile konutu ile yerleşim yerinin aynı olmadığı hususundaki görüşe³² aykırı olarak, aile konutu ile yerleşim yerini aynı görmüş-tür.

Ayrıca, Genelgede, taşınmazın aile konutu niteliğinin belirlenmesinde, sadece yerleşim yeri ile aile konutu aynı anlamda görülmeyle yetinilmemiş, aile konutu niteliği, MERNİS üzerinde yerleşim yeri olarak belirtilen adresteki taşınmaza hasredilmiştir. Yerleşim yeri, Türk Medeni Kanununun 19. maddesi vd düzenlenmiştir. Kişilerin yerleşim yeri adresinin, merkezi kayıt sistemine bildirilmesi, idari bir düzenlemedir³³. MERNİS üzerindeki kayıt, kişinin yerleşim yerinin burası olduğunu hukuken kabul etmeye imkân vermemektedir³⁴. Hukuken yerleşim yeri; kişinin iradesi asıl olmak suretiyle, Türk Medeni Kanununun 19. maddesinde yer alan unsurların oluşması ile belirlenir. Bunlar; yerleşme niyeti ve sürekli oturmadır³⁵. Buna göre, yerleşim yeri; bir kimsenin iş ve aile ilişkilerinin odak noktası olarak seçtiği ve bu amaçla sürekli kalmak niyetiyle yerleştiği yerdir³⁶. Türk Medeni Kanununun 19. maddesi, yerleşim yerinin belirlenmesinde, bir yere kayıt edilme-

³¹ 2002 tarihli 2002/7 nolu Genelgede aile konutu şerhi verilmesini malik olan eş veya her iki eş birlikte talep ediyor ve evli olduklarını belgeliyorsa, ayrıca taşınmazın aile konutu niteliğinin belgelenmesi aranmıyordu. Malik olan eşin talep etmesi durumunda sakınca bulunması mümkündür. Fakat her iki eşin birlikte taşınmaz üzerine aile konutu şerhi verilmesini talep ettikleri durumda, her iki eş de taşınmazın aile konutu olduğunu kabul ettiklerine göre, kanımızca, bu durumda aile konutu niteliğinin ayrıca belgelenmesine ihtiyaç duyulmaması isabetli olurdu.

³² **Vardar Hamamcioğlu**, Gülşah: Türk Medeni Kanunu’na Göre Yerleşim Yeri, İstanbul 2009, s. 16; **Havutçu**, s. 45; **Hüseyin**, s. 581-583; **Nebioğlu Öner**, s. 32; “...yerleşim yerinin unsurları bakımından çakışan noktalar bulunmakta ise de, aynı kavramlar değildirler. ...eşlerden birisinin yerleşim yerinin değişmesine karşın aile konutu değişmemektedir. Eş söyleyişle, yerleşim yeri değişen eş açısından, aile konutunun bu niteliği aynı devam etmektedir” (HGK E. 2013/2-473 K. 2014/92 T. 12.2.2014 (www.kazanci.com.tr))

³³ **Vardar Hamamcioğlu**, s. 29.

³⁴ **Vardar Hamamcioğlu**, s. 29.

³⁵ **Vardar Hamamcioğlu**, s. 58 vd.; **Havutçu**, s. 31.

³⁶ **Vardar Hamamcioğlu**, s. 15; **Havutçu**, s. 45.

sini, bir unsur olarak düzenlemiş değildir. MERNİS üzerinde kayıtlı adres, Türk Medeni Kanunu madde 19 kapsamında, yerleşim yerinin unsurlarını taşıyorsa, hukuken yerleşim yeri kabul edilir, aksi takdirde, hukuken kişinin meskeni olabilir, fakat yerleşim yeri olmaz³⁷. Ayrıca, evli kişilerin yerleşim yerinin, ortak olması da gerekli değildir. Türk Medeni Kanununun 21. maddesinde yasal (bağımlı) yerleşim yeri³⁸ düzenlenmiş olup, bu hükümde evli kişiler yer almamaktadır. Bu nedenle, Türk Medeni Kanununun 19. maddesi gereğince, evli kişiler, kendi istekleriyle ortak bir yerleşim yeri edinebilecekleri gibi, birbirlerinden ayrı yerleşim yeri de edinebilirler³⁹. Taşınmazın aile konutu olma niteliğini belirlemede kullanılan kriterler⁴⁰ ile eşlerin ortak yerleşim yerinin tespiti kriterlerinin benzer olması ve evli kişilerin, kanunen zorunlu olmamasına rağmen, çoğunlukla, ortak yerleşim yerine sahip olmaları nedeniyle aile konutu ile ortak yerleşim yeri, çoğu zaman aynı olacaktır⁴¹. Durum böyle olduğunda da aile konutu şerhinin verilmesi istenen taşınmazın, aile konutu niteliğinin belgelenmesinin, yerleşim yeri kayıtlarıyla yapılmasını istemek doğaldır. Fakat bunun, sadece bu şekilde belgelenmesini⁴² kabul etmek, bizi Kanunun yapmadığı kısıtlamanın Genelgeyle yapıldığı sonucuna ulaştırır ki, bunun, hukuken kabulü mümkün değildir.

Bu nedenle, aile konutu şerhi verilmesi istenen taşınmaz ile MERNİS üzerinde yerleşim yeri olarak kayıtlı olan taşınmaz aynı değilse; Genelgenin deyimi ile “*taşınmazların ada/parsel bilgileri çakıştırılmıyorsa*”, bu, aile konutu şerhi verilmesi talep edilen taşınmazın aile konutu olmadığı anlamına gelmemelidir. Örneğin; seçmenler; seçimlerin yaz aylarına gelmesi nedeniyle tatillerinin sekteye uğramaması için ya da yerel seçimlerde memleketlerinde tanıdıklarına oy verebilmek için MERNİS adreslerini değiştirip,

³⁷ **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 29.

³⁸ **Havutçu**, s. 32.

³⁹ **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 15; **Havutçu**, s. 34.

⁴⁰ Ailenin yaşam merkezi olma, sürekli olarak ailenin barınma ihtiyacına özgülenme, fiilen kullanılma, üçüncü kişilerce de ailenin yaşam merkezi olarak anlaşılma bkz. dn 30'da yer alan yazarlar.

⁴¹ 2. HD E. 2002/5374 K. 2002/5991 T. 6.5.2002 (www.kazanci.com.tr); **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 58, **Havutçu**, s. 45; fakat bunun aksi de mümkündür, örneğin; hak sahibi olan eşten şiddet gören diğer eş, aile konutundan ayrılmak zorunda kalmışsa, taşınmaz aile konutu niteliğini sürdürmesine rağmen, eşler ayrı yerleşim yeri edinmiş olup, ortak yerleşim yerinden bahsedilemeyebilecektir (aile konutu ve ortak yerleşim yeri kavramının örtüşmediği örnekler için bakınız **Havutçu**, s. 47).

⁴² Muhtarlar tarafından “ikametgâh belgesi” adıyla verilen belgenin tek başına TMK md. 19 anlamında yerleşim yerinin delili olmayacağı hususunda bakınız **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 13.

yazlıklarını/yakınlarının evlerini yerleşim yeri olarak kaydettirebilmektedirler. Böyle hallerde, MERNİS üzerinde yerleşim yeri olarak görülen taşınmaz, aslında Kanunda ve doktrin ile uygulamada kabul edilen aile konutu kriterlerine uymadığı için aile konutu niteliğinde değildir. Böyle bir durumda, aile konutu kriterlerine uyan asıl taşınmaz üzerine aile konutu şerhi verilmesi için talepte bulunulduğunda, talep, MERNİS üzerinde yerleşim yeri olarak kayıtlı olan taşınmazla örtüşmediği için reddedilmemeli ya da talepte bulunan kişiler MERNİS üzerinde yerleşim yeri kaydını değiştirmeye mecbur bırakılmamalıdır. Genelgenin A/2. maddesinin devamında yer alan “...gerektiği zaman belediye, muhtarlık, kadastro müdürlüğü, apartman yönetimi, LİHKAB vb. kurumlardan bu konuda durumu kanıtlayıcı nitelikte belge alınması gerekmektedir” şeklindeki düzenlemeye uygun davranılmalıdır. Bu hükümde yer alan “gerektiği zaman”ı aşağıda açıklayacağımız Genelge A/4 hükmünde düzenlenen durumlara hasretmemek gerekir. Aile konutu şerhi verilmesi talep edilen taşınmaz ile MERNİS üzerindeki yerleşim yeri olarak görülen taşınmazın aynı olmaması durumunda da, aile konutu niteliğinin, başka vasıtalarla (belediye, muhtarlık, kadastro müdürlüğü, apartman yönetimi, LİHKAB vb. kurumlardan durumu kanıtlayıcı nitelikte belge) belgelenmesi imkânı tanınmalıdır.

b. Ayrık Durumlar

Genelge A/2 maddesi gereğince “aile konutu şerhi işlenmesi gereken taşınmazın tapu sicilindeki ada/parsel bilgileri ile MERNİS üzerinden alınan yerleşim yeri verilerinin çakıştırılması, gerektiği zaman belediye, muhtarlık, kadastro müdürlüğü, apartman yönetimi, LİHKAB vb. kurumlardan bu konuda durumu kanıtlayıcı nitelikte belge alınması gerekmektedir.” Yukarıda açıkladığımız gibi, aile konutu şerhinin verilmesi istenen taşınmaz ile MERNİS üzerinde yerleşim yeri olarak kayıtlı olan taşınmazın aynı olmaması durumunda talep reddedilmeyecek veya kişiler MERNİS üzerindeki yerleşim yerini değiştirmeye zorlanmadan; taşınmazın aile konutu niteliğinin belgelenmesi; belediye, muhtarlık, kadastro müdürlüğü, apartman yönetimi, LİHKAB vb. kurumlardan alınan bu durumu kanıtlayıcı nitelikte belgelerle sağlanabilecektir.

Aile konutu, ailenin yaşam faaliyetlerinin merkezini oluşturan ve barınma ihtiyacını karşılamaya hizmet eden mekân olması nedeniyle, doktrinde ve uygulamada kural olarak ikincil tali nitelikteki tatil, eğlence boş zaman geçirmek için ailenin ortak kullanımına tahsis edilen yazlık, dağ evi, kır evi

gibi konutlar, aile konutu olarak kabul edilmez⁴³. Bununla birlikte, söz konusu konutlar MERNİS üzerinde yerleşim yeri olarak kayıtlı olup, aile konutu niteliği, yerleşim yeri belgesi ile belgelendirilirse, bu nitelikteki taşınmaz üzerine aile konutu şerhi verilmesi talebi reddedilemeyecektir. Bu durum, Genelgenin A/4/d maddesinde “*Aile konutu, eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği ve düzenli yerleşim amacıyla kullandıkları mekânları ifade ettiğinden, zaman zaman ya da hafta sonu kullanmak amacıyla edinilen yazlık konut, dağ evi gibi konutlar Türk Medeni Kanunu’nun 194’üncü maddesi kapsamına girmemekle birlikte, yerleşim yeri belgesinin ibraz edilmesi durumunda, aile konutu şerhinin işlenmesi gerekmektedir*” şeklinde hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte, bu nitelikte bir taşınmaza, aile konutu şerhi verilmesi, malik olan eş tarafından talep ediliyorsa, dikkatli davranılması gerekmektedir. Şöyle ki; gerçekte ailenin ortak yaşam faaliyetlerinin merkezi olan, yani aile konutu niteliğindeki taşınmaz, başka olmakla birlikte, malik olan eş, bu taşınmaza, aile konutu şerhi konulmasını engellemek için MERNİS üzerindeki yerleşim yeri kaydını, yazlık olan taşınmaz olarak değiştirerek, bu yazlık konut üzerine aile konutu şerhi verilmesini sağlayabilir. Bu durumda, Genelge ile tek bir aile konutu olacağı kabul edilmiş olduğundan, diğer eş, artık aslında gerçekten aile konutu niteliğinde olan taşınmaz üzerine şerh verilmesini tapu müdürlüğüne başvurarak sağlayamayacak, dava açması gerekecektir.

Bunun dışında, yazlık, dağ evi vs nitelikteki taşınmazlar, yerleşim yeri olarak kayıtlı olmamakla birlikte, ailenin yaşam faaliyetinin merkezini oluşturmuş olup, aile konutu niteliğinde ise, bu taşınmaz üzerine aile şerhi konulması talebi de reddedilmemeli, bunun yerine Genelgenin A/2. maddesinin son cümlesindeki hüküm uygulanmalıdır.

Bir taşınmazın aile konutu niteliğinde olması için kural olarak konut niteliğinde bulunması gerekir. Aile konutu ile öncelikle ailenin barınma ihtiyacının karşılanması amaçlandığı için söz konusu taşınmazın, bu barınma ihtiyacını karşılayamayacak nitelikte olması halinde, örneğin; taşınmazın tapudaki sicil kaydında arsa, tarla, bağ, bahçe vs niteliğinde görülmesi durumunda, taşınmazın aile konutu niteliği söz konusu olmaz. Bununla birlikte, taşınmaz, hukuken arsa, tarla, bağ, bahçe vs niteliğinde tapuya kayıtlı olmasına rağmen, tapudaki kayıta yer almasa da fiilen üzerinde bir bina olup, söz konusu ailenin ortak yaşamının merkezi olarak, bu binada barınma ihtiyacı

⁴³ Şıpka, s. 81; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 173; Giray, s. 427; Kılıçoğlu, s. 242; Yağcıoğlu, s. 94; Genç Arıdemir, s. 129; Hüseyin, s. 587.

karşılanıyorsa, aile üyeleri bu binaya birlikte zilyet iseler⁴⁴, bu taşınmaz, aile konutu niteliğindedir ve şerh verilmesi mümkün olmalıdır⁴⁵. Bu nedenle, aile konutu şerhi talep edilen taşınmazın, üzerinde fiilen bina bulunup, aile konutu niteliğini taşımasına rağmen, tapu sicilinde arsa olarak kayıtlı olması halinde, bu talep reddedilmeyecek ya da kişiler taşınmaz için tapuda cins değişikliğine zorlanmayacaktır. Bunun yerine, bu taşınmaz üzerinde bulunan bir binanın/yapının bulunduğu -yani bu fiili durumun- ve bunun aile konutu niteliğinde olduğunun belgelendirilmesi ya da bunun tespitinin raporlanması durumunda, şerh verilmesi talebi kabul edilecektir. Bu ayrık durum, Genelgenin A/4/a maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre “*şerhe konu taşınmazın niteliği aile konutu olarak özgülemeye uygun olmamakla birlikte, eylemli olarak arsa, tarla, bağ, bahçe vb. nitelikli taşınmaz üzerinde aile konutunun bulunduğu belediye veya muhtarlıktan belgelendirilmesi ya da kadastro müdürlüğü/LİHKAB tarafından konutun zeminde tespit edilerek rapora bağlanması durumunda (ilgilileri cins değişikliği işlemine zorlamadan) sicile aile konutu şerhinin*” tescili sağlanacaktır. Burada, taşınmazın, tapu kaydında aile konutu niteliğine uygun olmayan cins kaydı, örnekleyici olarak sayıldığı için taşınmazın tapu sicil kaydında işyeri⁴⁶, dükkân, depo vs vasfında görülmesi hallerinde de, bu hüküm uygulama alanı bulmalıdır.

Genelgede yer alan hüküm öncesinde de Yargıtay, tapuda arsa olarak kaydedilmiş taşınmazın üzerinde bulunan binanın fiilen aile konutu niteli-

⁴⁴ **Acabey**, Mehmet Beşir: Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi, İzmir, 1998, s. 63.

⁴⁵ “Aile konutunun tapuda arsa olarak görünmesi aile konutu şerhi konulmasına engel değildir.” (2. HD E. 2005/8403 K. 2005/10552 T. 4.7.2005 (www.kazanci.com.tr)); “Dava konusu taşınmazın tapuda “arsa” vasfıyla kayıtlı olduğu, taşınmazda aile konutu olarak kullanılan daire dışında başka dairelerin de bulunduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece bilirkişilerden ek rapor alınması veya gerekiyorsa yeniden keşif yapılması, uzman bilirkişilerden “aile konutu” olarak kullanılan bölümlerin kroki ve harita üzerinde işaretlenmesinin istenmesi ve bu bölümlerle sınırlı olacak şekilde “aile konutu şerhi” konulması...” (2. HD E. 2016/2701 K. 2016/9825 T. 12.5.2016 (www.kazanci.com.tr)); “Taşınmazın üzerinde eylemli olarak binanın mevcut olduğu belirlendiğine ve bu binanın aile konutu olarak kullanıldığı tespit edildiğine göre, tapuda cinsinin “arsa” olarak gösterilmiş olması, Türk Medeni Kanununun 194/3. maddesi anlamında aile konutu şerhi verilmesine engel değildir.” (2. HD E. 2005/4553 K. 2005/7237 T. 3.5.2005 (www.kazanci.com.tr)); Nebioğlu Öner, s. 34.

⁴⁶ İşyerinin bir kısmının aileye özgülenmesi halinde, bu yerin, aile konutu olarak TMK 194. madde kapsamında sayılması kabul edilmektedir **Nebioğlu Öner**, s. 32-33; **Şıpka**, s. 87 vd.; **Gümüş**, (Şerhler), s. 22; “Tapuda kargir depo vasfıyla kayıtlı taşınmazın altında depo ve dükkân, üstte 4 katlı konut olan bina niteliğinde olduğu anlaşılmıştır. Taşınmaz üzerinde ipotek bulunması aile konutu şerhinin konulmasına engel değildir.” (2. HD E. 2014/26288 K. 2014/25775 T. 15.12.2014 (www.kazanci.com.tr)).

ğinde olması durumunda, Türk Medeni Kanununun 194. maddesinin uygulama alanında olduğunu ve bu taşınmaz üzerine aile konutu şerhi verilmesini kabul etmekteydi. Bu tür durumlarda, söz konusu bina birden fazla kattan oluşuyorsa ve binanın bir bölümü fiilen aile konutu olarak kullanılıyorsa, Yargıtay uygulaması taşınmazın tamamı üzerine değil, fiilen kullanılan kısımın tespit edilerek sadece bu kısım⁴⁷ üzerine aile konutu şerhi verilmesi yönündedir⁴⁸. Bunun ise tapu sicil sisteminde nasıl tatbik edileceği problem

⁴⁷ Kat irtifakı veya kat mülkiyeti tesis edilmemiş bir bina birden fazla kattan oluşup sadece bir katı aile konutu olarak kullanılıyorsa hak sahibi olan eşin sadece bu kata dair işlemlerinin TMK md 194 kapsamında diğer eşin rızasına bağlı olması, diğer kısımlar için yapılan işlemlerin diğer eşin rızasına bağlı olmaması, ancak, işlemin niteliğinin buna uygun olması halinde mümkündür. Örneğin; binanın aile konutu olarak kullanılan kısımdan/kattan bağımsız, onun kullanılmasını etkilemeyen diğer kısımları/katları üzerinde üçüncü kişi lehine şahsi hak tesis edilmesi, misal kiraya verilmesi, diğer eşin rızasına bağlı olmadan yapılabilir. Fakat aynı hak tesisinde bu durum mümkün olmaz. Bina, arazinin bütünleyici parçası olduğu için örneğin; mülkiyet devrinde böyle bir ayırım yapıp, binanın bir kısmının veya bir katının mülkiyetinin devri söz konusu olamaz. Sınırlı aynı hak olan ipotek tesisi durumunda da böyle bir ayırım yapılamaz, ipotek taşınmazın tümünü takyit eder. Bununla birlikte sınırlı aynı hak olmasına rağmen, sükna hakkı tesisinde bu mümkün olabilir. Çünkü TMK md 823 göre, sükna hakkı, bir binadan veya onun bir bölümünden konut olarak yararlanma yetkisi verir. Bu durumda binanın aile konutu olarak kullanılan kısımdan/kattan bağımsız, onun kullanılmasını etkilemeyen diğer kısımları/katları üzerinde üçüncü kişi lehine sükna hakkı tesis edilmesi, diğer eşin rızasına bağlı olmadan yapılabilir.

⁴⁸ “Davalı 1762 parsel sayılı taşınmazda 2/5 oranında paydaştır. Yapılan keşif sonucu alınan 14.9.2011 tarihli fen bilirkişi raporunda davaya konu 1762 parsel sayılı taşınmaz üzerinde iki adet iki katlı, bir adet tek katlı evin bulunduğu anlaşılmıştır. Mahkemece aile konutu olarak kullanılan yerin tespit edilerek sadece bu bölüm yönünden tapu kaydının beyanlar hanesine aile konutu şerhi konulmasına karar verilmesi gerekirken, taşınmazın tamamını kapsar şekilde aile konutu şerhi konulması doğru olmamıştır.” (2. HD E. 2012/13770 K. 2013/6959 T. 14.3.2013 (www.kazanci.com.tr)); “Dava konusu taşınmazın; tapuda arsa niteliğinde bulunduğu ve davalılardan M’nin taşınmazın tamamını diğer davalıya sattığı anlaşılmaktadır. İptale konu, aile konutu şerhi konulan taşınmaz mal üzerinde herhangi bir kat irtifakı ya da kat mülkiyeti tesis ve tescili olmadığı, tapu kaydında tek bir taşınmaz olarak gözüken bu yerin fiili olarak 4 bağımsız bölümden oluştuğu, birinci katta bulunan dairenin aile konutu olarak kullanıldığı yapılan keşif ve alınan bilirkişi raporu ile tespit edilmiştir. O halde aile konutu olarak belirlenen bölüm ile sınırlı olacak şekilde iptal ve aile konutu şerhi verilmesi gerekirken taşınmazın tamamının aile konutu olarak değerlendirilmesiyle yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.” (2. HD E. 2010/8494 K. 2010/21494 T. 20.12.2010 (www.kazanci.com.tr)); “Dava konusu gayrimenkul 3041 ada 2 parselde kayıtlıdır ve tapu kaydında niteliği arsa olarak belirtilmiştir. Mahkemece yapılan keşifte, taşınmazın bodrum kat, zemin kat ve iki dükkân, ev ile normal kat ve terastan oluşan dört katlı bina olduğu belirlenmiştir. Mahkemece 4 katlı binanın karı-koca (davacı ve davalı) tarafından aile konutu olarak kullanılan bölümü tespit edilerek bu bölüme isabet eden arsa payının bulunup buna göre

oluşturmaktadır. Çünkü üzerinde kat irtifakı veya kat mülkiyeti tesis edilmiş taşınmazda yer alan binanın bir kısmı üzerine şerh verilmesi mümkün bulunmamaktadır. Bu nedenle, söz konusu kararlara ilişkin karşı oy yazılarında sadece binanın veya binanın bir bölümü üzerine değil, taşınmazın tümü üzerine aile konutu şerhi verilmesi gerektiği⁴⁹ ya da taşınmazın paylı mülkiyete çevrilerek binanın bulunduğu arsa payı oranı üzerinde hak sahibi olan eşin payı üzerine aile konutu şerhinin konulması gerektiği⁵⁰ savunulmuştur. Paylı mülkiyet konusu, tapuda arsa niteliğinde kayıtlı olan bir taşınmazın üzerine paydaşlardan birisi bir bina inşa edebilir. Bu bina, Türk Medeni Kanunu 718/2 hükmü gereğince arazinin bütünleyici parçası olarak paylı mülkiyete dâhildir. Söz konusu arsa, tarla vasfında taşınmaz, imar uygulaması kapsamına girerse, imar uygulaması nedeniyle yapılan kadastro tespitlerinde ve bu tespitlere dayanan tapu kayıtlarında Kadastro Kanunu 19/2 hükmü gereğince malikten başka kimseye veya paydaşlardan birine ait muhdesat⁵¹, sahibi, cinsi, ihdas tarihi ve iktisap sebebi belirtilerek tutanağın ve

karar verilmesi...” (2. HD E. 2013/17341 K. 2013/21025 T. 16.9.2013 (www.kazanci.com.tr)); “Dava konusu 101 ada 30 nolu parselin zemin ve 1. kattan oluştuğu, aile konutunun ise 1. kat olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece aile konutu olan kısımla sınırlı olmak üzere tapu iptali ve tescil ile bu bölüm üzerine aile konutu şerhi konulması gerekirken tüm taşınmazı kapsar şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” (2. HD E. 2009/21233 K. 2011/2993 T. 22.2.2011 (www.kazanci.com.tr)).

⁴⁹ “Taşınmaz üzerindeki yapının başlı başına kullanmaya elverişli birden çok bağımsız bölümleri üzerinde kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmamıştır. Bu durumda, hak sahibinin yapının, “aile konutu” olarak kullanılan bölümü üzerinde taşınmazın tamamından ayrı ve bağımsız olarak tasarrufta bulunmasına yasal olanak yoktur”. (KARŞI OY- 2. HD E. 2010/8494 K. 2010/21494 T. 20.12.2010 (www.kazanci.com.tr)); aynı yönde KARŞI OY- 2. HD E. 2013/17341 K. 2013/21025 T. 16.9.2013 (www.kazanci.com.tr)

⁵⁰ “...kat irtifakı/mülkiyeti kurulmamış ana yapının (binanın) eylemli olarak ayrılıp kullanılan birinci katına yöneliktir. Binanın eylemli olarak zemin ve birinci kattan oluşan iki bölüm halinde kullanıldığı, yapılan keşif ve alınan bilirkişi raporuyla anlaşılmaktadır..... Mahkemece gerektiğinde yeniden keşif yapılarak alınacak bilirkişi kroki ve raporuna göre; aile konutu olarak kullanılan birinci katın yeri krokide işaretletilerek; zemin ve birinci katın bedellerine göre taşınmazın paylı mülkiyete dönüştürülerek zemin ve birinci katın paylarının belirlenmesi; birinci katın payı ile krokide yeri ilişkilendirilmek suretiyle birinci kata isabet eden payın tapu kaydının iptaliyle, önceki malik eş adına tescili ve bu pay üzerine aile konutu şerhinin konulmasına karar verilmesinin; hükmün infazını sağlayabilecek nitelikte olacağını düşünüyorum” (KARŞI OY-2. HD E. 2009/21233 K. 2011/2993 T. 22.2.2011 (www.kazanci.com.tr)).

⁵¹ Kadastro tespiti yapılan taşınmaz üzerinde arazi malikinden başkasına veya bir paydaşa ait sürekli nitelikte bina, tesis, dikilmiş ağaç, meydana getirilmiş bağ, bahçe gibi şeyleri ifade eder. Bu muhdesatlar, arazinin mülkiyetinden ayrı bir mülkiyet ya da sınırlı aynı hak konusu olmaz. Muhdesat sahibinin hakkı, aynı değil, şahsi bir haktır. Bu şahsi hak, TMK 722,724 ve 729 maddelerinden kaynaklanan haktır, muhdesatın beyanlar hanesine

kütüğün beyanlar hanesinde gösterilir⁵². Genelgede, muhtesatın beyanlar hanesinde kayıtlı olan kişi, taşınmazın paydaşı ise, bu durumda, bu paydaşın payı üzerine aile konutu şerhi verilebileceği, kabul edilmektedir⁵³. Bu durum, Genelgenin A/4/b maddesinde, “*Tapu siciline muhdesat olarak yansıyan konutun malikinin, mülkiyet hanesinde ismi bulunması durumunda bu hissesi üzerine aile konutu şerhinin işlenmesi, gerekmektedir.*” şeklinde hükme bağlanmıştır

2. Kişilere İlişkin

Aile konutu hakkında Türk Medeni Kanununun 194. maddesi ile sağlanan koruma, resmi olarak evlilik birliği içinde olan eşler için geçerlidir. Bu nedenle, aile konutu şerhinin verilmesini talep eden kişi, bunu talep etmeye yetkili olduğunu belgelemelidir. Genelge, kişinin resmi evlilik birliği içinde olduğunu, yani evli olduğunu belgelemesinin medeni hâli gösterir nüfus kayıt örneği ibrazı ile gerçekleşeceğini düzenlemiştir (Genelge md. A/2).

C. Aile Konutu Taşınmaz Üzerindeki Aynı Hakka İlişkin Özel Durum

Türk Medeni Kanununun 194. maddesi, hak sahibi olan eşin, ailenin tüm bireyleri için yaşamsal öneme sahip aile konutu hakkında tek başına inisiyatif sahibi olmasını önlemek için diğer eş ve dolayısıyla çocukları korumak amacıyla, aile konutu üzerindeki bu hakkın devri ya da kısıtlanmasına ilişkin tasarruflarını, diğer eşin rızasına bağlı tutmuştur. Böylece, evliliğin devamı süresince, hak sahibi eşin düşüncesiz davranışlarıyla veya kötü niyetli işlemleriyle aile konutunun kaybedilmesi önlenmiş, diğer eşin ve çocukların barınma hakları hukuken güvence altına alınmıştır⁵⁴.

Aile konutu üzerinde eşin sahip olduğu aynı hakkın devri ve sınırlandırılmasına ilişkin işlemlerin, diğer eşin rızasına tabi olmasında ilk akla gelen

kayıd ile bu haklar tespit edilmiş ve aleniyet kazanmış olur. (Ertas, Şeref: Eşya Hukuku, İzmir 2014, s. 134-135; Sirmen, s. 161).

⁵² Sirmen, s. 161; Ertas, s. 134; Kamacı, aile konutu niteliğinde ise, muhdesat üzerine aile konutu şerhinin verilmesinin mümkün olacağını ifade etmektedir. Çünkü paydaş, payını ona ait olan muhdesatla devredecektir, Kamacı, Mahmut: Aile Konutu ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla İlgili Tasarruflarına Karşı Diğer Eşin Katılma Hakkı, Y.D. 2004, S. 1-2, s. 136, (Aile Konutu).

⁵³ Paylı mülkiyete tabi arsa niteliğindeki taşınmaza aile konutu şerhinin verilmesinin ancak bu şekilde muhtesat şerhi varsa mümkün olacağını, aksi takdirde, mümkün olmayacağı görüşü için bakınız Kamacı, (Aile Konutu), s. 136.

⁵⁴ Şıpka, s. 46; Giray, s. 433.

aynı hak, mülkiyet hakkı olsa da sınırlı aynı haklar da bu kapsamdadır. Fakat aile konutu niteliğindeki taşınmaz üzerinde eşin mülkiyet hakkına sahip olduğundaki gibi, sınırlı aynı hak sahibi olması durumunda, aile konutu şerhi verilmesi düzenlenmiş değildir.

Aile konutu şerhi verilmesi bakımından, aile konutunun taşınmaz olması ve aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin hakkının mülkiyet hakkı olması gerekir⁵⁵. Genelgede de, aile konutu üzerinde eşin sınırlı aynı hak sahibi olması durumunda, aile konutu şerhi verilmesi hususunda genel bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte, Genelge, A/4/c hükmü ile aile konutu üzerinde eşin mülkiyet hakkı değil de intifa hakkı bulunması, yani sınırlı aynı hak sahibi olması durumunda da aile konutu şerhi verilmesi imkânını özel olarak düzenlemiştir. Hükme göre “*Taşınmaz üzerinde intifa hakkı lehdarı olan kişinin eşinin talep etmesi durumunda, intifa hakkı üzerine aile konutu şerhinin işlenmesi,*” gerekmektedir.

Taşınmaz üzerinde kurulan intifa hakkı, hak sahibine, o taşınmazı, kullanma ve ondan faydalanma imkânı tanır. İntifa hakkı, kişiye bağlı irtifak hakkı niteliğinde olup, aynı zamanda devredilmesi ve miras yoluyla mirasçılara geçmesi de mümkün olmayan bir irtifak hakkıdır. Eşin, intifa hakkı sahibi olduğu taşınmaz, aile konutu niteliğinde ise, intifa hakkının özelliği nedeniyle, intifa hakkı sahibi eş, bu hakkını, bir üçüncü kişiye devredemez. Bu noktada, diğer eşin, Türk Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamında bir korunmaya ihtiyacı olmadığı söylenebilir. Bununla birlikte, intifa hakkı sahibi eşin, intifa hakkından kaynaklanan kullanma hakkını devretmesi ya da intifa hakkından vazgeçmesi ve intifa hakkının terkinini talep etmesi mümkündür. Taşınmaz aile konutu niteliğinde ise, bu işlemler için diğer eşin rızası gerekir. Bu nedenle, intifa hakkı üzerindeki aile konutu şerhi, özellikle tapuda, intifa hakkının terkinini talebinde diğer eşin korunmasına hizmet edecektir. Çünkü şerhi gören tapu memuru diğer eşin rızası olmadan terkinini yapmayacaktır.

Genelgenin A/4/c maddesinde, taşınmaz üzerinde intifa hakkı lehdarı olan kişinin eşinin talep etmesi durumunda, intifa hakkı üzerine aile konutu şerhinin işlenmesi gerekeceği düzenlenmiştir. Yalnız burada aile konutu şerhinin taşınmazın üzerine değil, sadece intifa hakkı üzerine konulacağına dikkat edilmesi gerekir. Taşınmazın mülkiyeti (kuru/çıplak mülkiyeti) bir başkasına ait olup, tabiatıyla, taşınmaz üzerinde malikin yapacağı işlemlerin

⁵⁵ Şıpkı, s. 153; Genç Arıdemir, s. 141; Gümüş, M. Alper: Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul 2008, s. 108; Büyükkay, E-Akademi.Org, Eylül 2006.

geçerliliği, intifa hakkı sahibinin eşinin rızasına bağlı değildir. Kaldı ki, aşağıda açıklayacağımız gibi eşlerin dışında üçüncü kişiye ait olan taşınmaz üzerine aile konutu şerhinin işlenmesi de mümkün değildir.

Aile konutu üzerinde eşlerden birinin aynı veya şahsi hakkı olması durumunda, eşin bu hakkını kullanması, diğer eşin rızasına bağlı olup, madde 194 kapsamındadır. Bununla birlikte, Genelgede ve Türk Medeni Kanununun 194. maddesinde aile konutu niteliğindeki taşınmazın üzerinde, eşin sınırlı aynı hakkı varsa, bu durumda aile konutu şerhi verilmesinin mümkün olup olmadığı konusunda, açık bir düzenleme mevcut değildir. Eşin sahip olduğu her sınırlı aynı hak değil, fakat üst hakkı ve sükna hakkı taşınmazın aile konutu olarak kullanılmasına uygun, sınırlı aynı haklardır. Tartışmalı olmakla birlikte, doktrinde eşin, aile konutu üzerindeki hakkının, bu nitelikteki bir sınırlı aynı hak olması halinde aile konutu şerhi verilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁵⁶. Burada aile konutu niteliğindeki taşınmazın üzerinde eşin, *sükna* ve *üst hakkı* sahibi olması durumunu aile konutu şerhi verilmesi bakımından ayrı ayrı inceleyeceğiz.

Genelge A/4/c hükmü ile yukarıda açıkladığımız gibi, eş, taşınmaz üzerinde intifa hakkı sahibi ise, intifa hakkı üzerine aile konutu şerhinin işlenmesine imkân verilmiştir. Bu nedenle, intifa hakkı ile benzer nitelikte olup (kişiye bağlı irtifak hakkı olması, devredilememesi ve mirasçılara intikal edememesi yönleriyle), özellikle barınma ihtiyacı dikkate alınarak düzenlenmiş ve aile konutu olarak kullanılmaya uygun olan sükna hakkı için de, bu imkânın mevcut olması gerektiği söylenebilir. İntifa hakkından farklı olarak sükna hakkının kullanılmasının dâhi bir üçüncü kişiye devri mümkün değildir. Bu nedenle, aile konutu şerhinin, diğer eşin korunması anlamında bir fonksiyonunun olmadığı söylenebilirse de, hak sahibi olan eşin, bu haktan feragat edip, terkin ettirmesi, diğer eşin rızasına bağlı olup, bu bakımdan şerhin bulunması önem arz edecektir. Bu bakımdan, Genelgede intifa hakkı için getirilmiş olan şerh imkânının, sükna hakkı için de mümkün olması gerekir.

Aile konutu şerhi açısından diğer üzerinde durulması gereken sınırlı aynı hak, üst hakkıdır. Aile konutu niteliğindeki taşınmaz üzerinde, eş, üst hakkı sahibi ise, aile konutu şerhi verilmesi hususunda bir düzenleme mevcut değildir. Eşin üst hakkı sahibi olduğu taşınmaz aile konutu niteliğinde ise, Türk Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamında, eşin, üst hakkını devri veya sınırlamasına ilişkin yapacağı işlemler, diğer eşin rızasına bağlı-

⁵⁶ Şıpkı, s. 153; Gümüş, s. 108-109; Kamacı, s. 46; aksi görüş Genç Arıdemir, s. 141; Büyükkay, E-Akademi.Org, Eylül 2006.

dır. Üst hakkının, aksi kararlaştırılmadıkça devrinin mümkün olması nedeniyle, diğer eşin korunması anlamında aile konutu şerhinin, bir fonksiyonunun olmadığı söylenemez. Hatta burada şerh, intifa hakkına nazaran daha da önem arz etmektedir.

Üst hakkı, sınırlı ayni hak olmasına rağmen, mülkiyet hakkına son derece yakın kabul edilmektedir. Türk Medeni Kanununun 726. maddesinde üst hakkına dayalı olarak inşa edilen yapıların mülkiyetinin üst hakkı sahibine ait olacağı düzenlenmiştir. Ayrıca, üst hakkı, bağımsız ve sürekli nitelikte (en az 30 yıl için kurulmuşsa) ise, üst hakkı sahibinin istemi üzerine tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilebilir, bu durumda, üst hakkı, taşınmaz hükümlerine tabi olur (TMK md. 704/2, md.826/3 ve md.998/1/b.3). Eşin, aile konutu niteliğindeki taşınmaz üzerindeki üst hakkının tapu sicilinde ayrı sayfaya kaydı sağlanmışsa, bir başka deyişle, üst hakkı, taşınmaz hükmünde ise, Türk Medeni Kanununun 726 maddesindeki mülkiyete ilişkin düzenleme de göz önünde tutulduğunda, bu hak, sınırlı bir ayni hak olsa da aile konutu şerhi verilmesi mümkün olmalıdır⁵⁷. Üst hakkı, Türk Medeni Kanununun 826/3. maddesindeki niteliklere sahip olmadığından veya bu niteliklere sahip olmakla birlikte, üst hakkı sahibi talep etmediği için tapuda ayrı bir sayfa kaydedilmemiş olup, taşınmaz hükmünde olmasa da; Türk Medeni Kanununun 726. hükmü ve özellikle Genelge md. A/4/c gereğince intifa hakkı üzerine aile konutu şerhi verilmesi imkânı tanındığı dikkate alınarak, üst hakkı üzerine de aile konutu şerhinin verilmesinin mümkün olduğunun kabulü gerekir⁵⁸.

D. Şerh Talebinin Reddedilmesi

Türk Medeni Kanununun 194. maddesi ile aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin, aile konutuyla ilgili bazı hukuki işlemlerinin geçerliliği, diğer eşin rızasına bağlanarak, hak sahibi olmayan eş ve çocukların barınma hakları hukuken güvenceye alınmıştır. Kanunun getirdiği koruma nedeniyle, eşin hukuki işlem serbestliğinin kısıtlanması, sadece aile konutu ile ilgili hukuki işlemlerde ve eşler arasındadır. Bu nedenle, üçüncü kişiye ait olan bir taşınmaz, eşlerden birinin sınırlı ayni veya şahsi hakkına dayalı olarak aile konutu olarak kullanılıyorsa, bu taşınmazın üzerine aile konutu şerhi konularak, üçüncü kişinin, taşınmaz üzerindeki hukuki işlem serbestisinin kısıtlanması, Türk Medeni Kanununun 194. maddesinin aile konutu ile

⁵⁷ Şipka, s. 168; Gümüş, s. 108-109; Gümüş, (Şerhler), s. 56; Öztan s. 324.

⁵⁸ Kanunda boşluk olduğu, bu boşluğun, üst hakkı ile yüklü taşınmazın düşünceler sütununa yapılacak kayıtla giderileceği görüşü için bakınız Gümüş, s. 108-109.

sağlamak istediği koruma amacıyla bağdaşmaz⁵⁹. Aksi halde, üçüncü kişinin, taşınmaz üzerinde işlem yapmak için, taşınmazda hak sahibi olan ve bu taşınmazı aile konutu olarak kullanan kişinin eşinin rızasını alması gerekir ki, bu son derece isabetsiz bir durum yaratır. Türk Medeni Kanununun 194. maddesinin hükmü, maddenin amacı, uygulama ve doktrinindeki görüşler kapsamında, üçüncü kişiye ait bir taşınmaza, aile konutu olması nedeniyle şerh verilemeyeceği hususu tartışmasız olmakla birlikte, Genelge bu hususu açıkça belirtmek ihtiyacı duymuştur. Genelgenin A/4/e maddesinde, “4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda üçüncü kişilere ait taşınmaz mal üzerine aile konutu şerhi verilmesine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığından, bu tür taşınmaz mallara aile konutu şerhi işlenmemesi” gerektiği düzenlenmiştir. Üçüncü kişinin maliki olduğu taşınmazın üzerine aile konutu şerhi verilmesi, talep edilirse, bu talep, reddedilecektir.

Bununla birlikte, aile konutu niteliğindeki bina, bir üçüncü kişiye - özellikle hazine, kamu tüzel kişiliğine- ait arazi üzerinde bulunuyor ve eş mülga 2981 sayılı Kanunu⁶⁰ kapsamında 10 Kasım 1985 kadar yapılan gecekondu sahiplerine verilen, tapu tahsis belgesi⁶¹ ne sahipse, yani ilerde taşın-

⁵⁹ **Genç Arıdemir**, s. 141; “Türk Medeni Kanunu’nun 194. maddesi gereğince aile konutu olan taşınmazın tapu kaydına, aile konutu ile ilgili şerhin verilebilmesi için, o konutun eşlerden birine ait olması zorunludur. Mülkiyeti üçüncü kişiye ait bir taşınmaz eşlerce aile konutu olarak kullanılıyor olsa bile, hak sahibi olan 3. kişinin bu taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını sınırlayıcı şekilde, tapu kütüğüne aile konutu şerhi verilemez.” (2. HD E. 2008/894 K. 2008/2245 T. 25.2.2008 (www.kazanci.com.tr)); “Mülkiyeti üçüncü kişiye ait bir taşınmaz hakkında, eşler tarafından aile konutu olarak kullanılsa bile, hak sahibi olan üçüncü kişinin bu taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını sınırlayıcı şekilde tapu kütüğüne aile konutu şerhi verilemez.” (2. HD E. 2008/11885 K. 2008/11958 T. 16.9.2008 (www.kazanci.com.tr); aynı yönde 2. HD E. 2011/13509 K. 2011/15381 T. 10.10.2011 (www.kazanci.com.tr)); Bununla birlikte, Kooperatife ait taşınmaz için aile konutu şerhi verilebileceği kabul edilmiştir “Tapuda kooperatif adına kayıtlı ve davalı eş adına tahsis edilen konut üzerine aile konutu şerhi konulması hukuka uygundur” (2. HD E. 2010/2181 K. 2010/4360 T. 8.3.2010 (www.kazanci.com.tr)) aksi yönde görüş için bakınız **Kamacı**, (Aile Konutu), s. 137.

⁶⁰ 2981 sayılı Kanun 16.5.2012 tarih ve 6306 sayılı **Kanun’un** 23. maddesi hükmü gereğince 31.5.2018 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlükten kaldırılmıştır (RG T. 31.05.2012, S 28309)

⁶¹ Mülga 2981 sayılı Kanunun 10. maddesine göre Hazine, belediye, il özel idaresine ait veya Vakıflar Genel Müdürlüğünün idare ettiği arsa veya araziler üzerinde gecekondu sahiplerince yapılmış yapılar kayıt maliki kamu kuruluşunca bu yer hak sahibine tahsis edilir ve taşınmazın beyanlar hanesinde gösterilerek ilgisine tapu tahsis belgesi verilir. Tapu tahsis belgesi, kişiye mülkiyet hakkı verildiğini gösteren bir belge değildir. Tapu tahsis belgesi sahibi kişi imar planı yapılması halinde söz konusu taşınmazın kendisine devrini talep hususunda şahsi hakka sahip olur (**Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 232, s. 495, dn 921); **Akkanat**, Halil: Tapu Tahsis Belgesinden Kaynaklanan Hukuki Sorunlar, s. 233 vd.

mazın devri söz konusu olduğunda veya devrin yapılmasına ilişkin engel kalktığında, mülkiyetin devrinin yapılacağı kişi, eş ise, üçüncü kişinin maliki olduğu bu taşınmazın aile konutu olarak Türk Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamında yer aldığı kabul edilmektedir⁶². Kamacı'ya göre taşınmazın tapu kaydında belirli bir kişi lehine tapu tahsis belgesi verildiğine ilişkin beyanlar hanesinde kayıt bulunuyorsa, bu kaydın üzerine aile konutu şerhi verilebilecektir⁶³.

Bununla birlikte, üçüncü kişinin maliki olduğu taşınmaz üzerinde, eşin intifa hakkı varsa ve bu taşınmazın aile konutu niteliği belgelenmiş ise, bu durumda yukarıda belirttiğimiz gibi, taşınmaz üzerine değil, fakat eşin intifa hakkı üzerine aile konutu şerhi işlenmesi, Genelgenin A/4/c maddesinde kabul edilmiştir.

Genelgenin A/4/f maddesine göre; “*Üzerinde intifa hakkı bulunan taşınmazlarda çıplak mülkiyet malikinin intifa hakkı süresince kullanma ve yararlanma hakkı bulunmadığından, çıplak mülkiyet üzerine aile konutu şerhinin işlenmemesi*”, gerekmektedir. Eş, maliki olduğu bir taşınmaz üzerinde üçüncü kişi lehine bir intifa hakkı tesis ederse; bu taşınmaz, aile konutu niteliğine sahip olamaz. İntifa hakkı, hak sahibine, intifa hakkının konusu üzerinde kullanma ve yararlanma hakkı sağlar. Malikin, intifa hakkı konusunu kullanması ve ondan yararlanması mümkün değildir, o, sadece mülkiyetten kaynaklanan tasarruf etme hakkına sahiptir. Bu nedenle, mülkiyet, kuru (çıplak) mülkiyet olarak isimlendirilir. Taşınmazın, aile konutu olarak kabul edilmesi için eşlerin, fiilen kullandığı, bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantılarına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir mekân olması gerekir. İntifa hakkı sahibi tarafından kullanılıp, yararlanıldığı bir durumda, malik olan eşe ait taşınmazın, aile konutu olarak kabul edilmesi tabiatıyla mümkün olmaz. Taşınmaz üzerine aile konutu şerhinin verilmesi için taşınmazın, eşlerden birinin mülkiyetinde olması gerekli, fakat yeterli değildir. Aynı zamanda söz konusu taşınmazın aile konutu niteliğinde olması da gerekir. Bu nedenle, intifa hakkı sahibi tarafından kullanıldığından, aile konutu niteliğine sahip olmayan eşin mülkiyetindeki taşınmaz üzerine aile konutu şerhi verilmesi mümkün değildir.

Aile konutu şerhi verilmesinin mümkün olmamasının nedeni, kuru (çıplak) mülkiyet malikinin, intifa hakkı süresince, taşınmazı, kullanma ve yararlanma hakkı bulunmamasıdır. Bu durum, Genelgede de belirtilmiştir. Bununla birlikte, çıplak mülkiyet sahibi olan eş, intifa hakkına rağmen,

⁶² Nebioğlu Öner, s. 32; Kamacı, (Aile Konutu), s. 137; Gümüş, s. 68.

⁶³ Kamacı, (Aile Konutu), s. 137.

taşınmazı kullanıp ve ondan faydalanma hakkına sahip olabilir. İntifa hakkı, üçüncü kişilere devredilemez, fakat intifa hakkı sahibi, intifa hakkı konusunu kullanma hakkını devredebilir. İntifa hakkı sahibinin kullanma hakkını, malike devretmesi de mümkündür⁶⁴. Böyle bir durumda malik ile intifa hakkı sahibi arasında kira veya ariyet ilişkisi söz konusu olacaktır. Taşınmaz üzerinde intifa hakkı sahibi olan kişi kullanma hakkını, malik eşe devretmiş, malikte, ailece bu taşınmazda yaşıyorsa, bu taşınmaz, aile konutu niteliğindedir. Bir başka deyişle, hak sahibi olan eş, aile konutu taşınmaz üzerinde hem aynı hem de şahsi hakka sahiptir. Fakat aile konutunu şahsi hakka (kira, ariyet) dayalı olarak kullanmaktadır. Bu durumda, aile konutu, 194. madde kapsamındadır. Fakat Genelgenin A/4/c hükmü nedeniyle, taşınmaz üzerine aile konutu şerhi konulamayacaktır⁶⁵.

Hak sahibi olan eşin, aile konutunu şahsi hakka dayalı olarak kullandığı için intifa hakkı sahibi ile olan ve ona söz konusu şahsi hakkı sağlayan hukuki ilişkiyi sonlandırması veya bir üçüncü kişiye devretmesi için diğer eşin rızası gerekecektir. Taşınmazın mülkiyetini bir üçüncü kişiye devretme veya mülkiyet hakkını kısıtlayıcı bir işlem, örneğin; konutun mülkiyetinin üçüncü kişiye devredilmesi ya da konut üzerinde ipotek tesisi için ise, diğer eşin rızasına ihtiyaç duyulmayacaktır. Çünkü aile konutu mülkiyet hakkına dayalı olarak kullanılmamaktadır. Burada, kanımızca 194. madde ile getirilen korumayı dar yorumlamamak gerekir. Şüphesiz, aile konutunu korumaya ilişkin düzenlenmenin amacı eşlerin malvarlıklarının korunması olmadığı gibi, ailenin her ne pahasına olursa olsun aile konutunda yaşamasını da sağlamak değildir⁶⁶. Bununla birlikte, hak sahibi olan eşin, düşüncesizce veyahut kötüniyetle; ailenin konutta yaşamasını doğrudan engelleyecek sonuçlara yol

⁶⁴ **Özen**, Burak: Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 2008, s. 297.

⁶⁵ Yargıtay da aynı görüştedir “Dava konusu taşınmazın davacı ve kocası davalı İ. H. tarafından ortak konut olarak kullanıldığı sabittir. Konutun kuru mülkiyeti davalı kocaya, intifa hakkı davalı kocanın annesi Elçin’e aittir. Davacı ve davalı kocanın bu taşınmazı aile konutu olarak kullanmaları intifa hakkı sahibi anne Elçin’in tek yanlı rızasına dayalıdır. Diğer bir söyleyişle, davacı ve davalı kocanın taşınmazı aile konutu olarak kullanmaları kocanın kuru mülkiyet hakkına dayalı değildir. Türk Medeni Kanunu’nun 194. maddesinde düzenlenen aile konutu korumasından yararlanabilmek için; bu konutta eşlerden birinin yararlanma hakkı veren bir mülkiyet veya sınırlı aynı hakka (örneğin, intifa, süknâ gibi) sahip olması gerekir. Eşin ortak konutta sadece kuru mülkiyet hakkı sahibi olması, diğer eşin tapuda aile konutu şerhi verdirmesine yeterli değildir.” (2. HD E. 2010/7465 K. 2010/20502 T. 7.12.2010 (www.kazanci.com.tr))

⁶⁶ **Karabağ Bulut**, Nil: Aile Konutu Üzerinde İpotek Tesisi, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, Cilt I Eşya Hukuku (20 Ekim 2016), İstanbul 2017, s. 72.

açabilecek işlemleri yanı sıra aile konutundaki yaşamı kabul edilemez şartlara bağlayan veya ileride bu yaşamın sona erdirilmesi riskini taşıyan işlemleri de madde 194 kapsamındadır. Böyle bir durumda, üçüncü kişinin intifa hakkı sona erdiğinde (örneğin intifa hakkından vazgeçip, intifa hakkını terkin ettirmesi halinde), aile konutunun kullanılmasını mümkün kılan, eşin şahsi hakkı sonlanacak, fakat mülkiyet, bir üçüncü kişiye⁶⁷ değil, eşe ait olduğu için aile konutu, eşin mülkiyet hakkına dayalı olarak kullanılmaya devam edilecektir. Eşin, kuru mülkiyete sahip olduğu taşınmazın, aile konutu niteliğinde olduğu böyle durumlarda, her ne kadar, aile konutu şahsi hakka dayalı olarak kullanılsa da, eşin, kuru mülkiyet üzerindeki tasarruflarını (ileride aile konutundaki yaşamın sona erdirilmesi riskini taşıyan işlem), diğer eşin rızasına bağlı olmaktan çıkararak, aile konutuna ilişkin korumanın sınırlandırılması doğru olmayacaktır. Somut olayın özellikleri⁶⁸ dikkate alınarak, üçüncü kişi lehine intifa hakkı kurulan, fakat buna rağmen, kuru mülkiyet sahibi olan eşin kullanma hakkının mevcut olduğu taşınmaz, aile konutu niteliğinde ise, malik olan eşin, (kuru) mülkiyeti devir ya da kısıtlayıcı işlemlerinin diğer eşin rızasına bağlı olması uygun olacaktır. Buna paralel olarak, eşin, kuru mülkiyete sahip olduğu taşınmazı, kullandığı, bir başka ifade ile taşınmazın aile konutu niteliğinde olduğu belgeleniyorsa, bu durumda şerh imkânının da tanınması isabetli olur.

Taşınmazın, aile konutu olarak kabul edilmesi ve Türk Medeni Kanununun 194. maddesinde sağlanan hukuki korumadan istifade edilmesi, aile konutu şerhinin konulması ile başlayan bir durum değildir. Bir başka deyişle, taşınmazın aile konutu olma niteliğini, verilen aile konutu şerhi sağlamamaktadır. Bu nedenle, şerh, kurucu mahiyette değildir⁶⁹. Taşınmazın, aile konutuna ilişkin unsurları taşıyor olması, aile konutu olarak kabul edilmesi

⁶⁷ Malik üçüncü kişi olsaydı intifa hakkı sona erdiğinde intifa hakkından kaynaklanan yasal borç ilişkisine dayanarak intifa konusunun iadesini isteyebilecektir ayrıntılı bilgi için bakınız **Özen**, s. 299 vd.

⁶⁸ Yargıtay kararına da konu olayda olduğu gibi, taşınmaz üzerinde malik olan eşin (koca), annesi lehine intifa hakkı tesis edip, kuru mülkiyete sahip olan eşin, eşi (diğer eş), çocukları ve intifa hakkı sahibi annesi ile beraberce söz konusu taşınmazda yaşamaları.

⁶⁹ **Şıpka**, s. 160; **Öztaş** s. 322; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 255; **Gümüş**, (Şerhler), s. 52; **Genç Arıdemir**, s. 137; “dava konusu taşınmaz şerh konulmasa dahi aile konutudur. Eş söyleyişle şerh konulduğu için aile konutu olmamakta aksine aile konutu olduğu için şerh konulabilmektedir. Bu nedenle, aile konutu şerhi konulduğunda, konulan şerh “kurucu” değil “açıklayıcı” şerh özelliğini taşımaktadır”. (2. HD E. 2015/7908 K. 2015/21532 T. 18.11.2015 (www.kazanci.com.tr)); “aile konutu şerhi konulmuş olmasa da eşlerin birlikte yaşadıkları aile konutu üzerindeki fiil ehliyetleri sınırlandırılmıştır. Sınırlandırma aile konutu şerhi konulduğu için değil, zaten var olduğu için getirilmiştir.” (2. HD E. 2016/19142 K. 2016/16219 T. 20.12.2016 (www.kazanci.com.tr))

ve Türk Medeni Kanununun 194. maddesinde sağlanan korumanın kapsamına girmesi için yeterlidir. Aile konutu niteliği devam ettiği müddetçe, taşınmaz üzerine şerh verilmesi mümkündür. Şerh verilmesini talep etme, bir süreye ve şarta da bağlanmamıştır. Aile konutunun maliki olan eşin, bu taşınmaz üzerinde aile konutu şerhi olsa da olmasa da taşınmaz üzerinde ipotek kurmak istiyorsa, eşinin rızasını alması gerekir. Taşınmaz üzerinde aile konutu şerhi olmaması nedeniyle, tapu memuru, taşınmazın aile konutu olduğunu bilmediğinden, diğer eşin rızası olmamasına rağmen, ipotek işlemini yapmış olsa da, bu işlemi⁷⁰ daha sonra öğrenen, işleme rızası bulunmayan diğer eş, bu işleme karşı dava açabilir, yeter ki, ipotek kurulduğu sırada taşınmaz, aile konutu niteliğinde olsun.

Ne var ki, Genelgenin A/4/ç maddesinde üzerinde “...ipotek vb. kısıt bulunan taşınmazlarda, aile konutu şerhini talep eden kişinin, taşınmaz üzerindeki şerhlerin/ipteğin varlığını kabul etmesi durumunda, aile konutu şerhinin konulacağı” düzenlenmiştir⁷¹. Bu hükme göre, diğer eş, taşınmaz üzerinde aile konutu şerhi verilmesini talep ettiğinde, taşınmaz üzerinde rızası olmadan kurulan ipoteği kabul edecek, bir anlamda, bu işleme icazet verecek, aksi takdirde, şerh verilmesi talebi kabul edilmeyecektir. Bu düzenleme, son derece isabetsizdir. Çünkü taşınmaz üzerine şerh verilmesini; eşin rızası olmayan bir ipotek işlemini kabul etmesine bağlayarak, bir bakıma, zorla icazet verdirilmesi hukuka uygun değildir. Eş, aile konutu şerhini koydurmak için bu ipoteği kabul etse dâhi, kanımızca, bu, Türk Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamında yapılan işleme icazet verilmiş olduğu anlamına gelmez⁷² ve eş, bu kabule rağmen, ipotek işlemine karşı dava açabilir. İpoteği kabul etmemiş olması nedeniyle, aile konutu şerhi verilmesi talebi reddedilip, şerh konulmazsa; malik olan eşin, aile konutu taşınmaz üzerinde, diğer eşin rızası olmadan işlem yapmaya devam etmesi neticesi, diğer eş, hak kaybına uğrayabilir ki, Kanunun tanıdığı bir koruma imkânının Genelge ile kısıtlanması kabul edilemez. Her ne kadar, diğer eşin,

⁷⁰ Aile konutu üzerinde diğer eşin rızası olmadan yapılan işlemin geçersizliğinin hukuki niteliği hususundaki görüşler için bkz. **Aybay/Hatemi**, s. 105; **Genç Arıdemir**, s. 131; **Kılıçoğlu**, s. 256-257; **Kamacı**, s. 25; **Doğan**, s. 291; **Şıpka**, s. 141; **Serozan**, s. 281; **Öztan**, s. 322; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 177.

⁷¹ “Taşınmaz üzerinde ipotek bulunması aile konutu şerhinin konulmasına engel değildir.” (2. HD E. 2014/26288 K. 2014/25775 T. 15.12.2014 (www.kazanci.com.tr))

⁷² Kaldı ki, diğer eşin rızası olmaksızın yapılan işlemi kesin hükümsüz sayan görüş bakımından, işleme icazet verilmesi, işlemi geçerli kılmayacak, isteniyorsa diğer eşin rızası alınarak, işlem yeniden yapılacaktır. Yani kesin hükümsüzlük görüşü yönünden bu kabulün hukuken hiçbir anlamı yoktur.

aile konutu üzerinde rızası dışında yapılan işlemlere karşı dava açma imkânı varsa da bu hususta Yargıtay'ın farklı görüşleri⁷³ bulunması sebebiyle, kişi,

⁷³ Şerh olmasa da TMK md 1023 göre işlemin karşı tarafının iyiniyetine önem veren kararlar; “Aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş tarafından tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesi istenilmemiş olsa bile işlem tarafı iyiniyetli üçüncü kişinin aynı hak kazanımı 4721 sayılı TMK’nun 1023. maddesi hükmü ile korunmuştur. Şerhin etkisi ise eşin rızası alınmadan gerçekleştirilen kazandırıcı işlemlerin üçüncü kişinin iyiniyetine rağmen geçersiz sayılacağına yöneliktir. Tapu iptali ve tescil ile aile konutu şerhi verilmesi davasında, eşler tarafından kendilerine aile konutu olarak özgülenen dava konusu taşınmazın davalılarca satın alınırken aile konutu olduğunun ve davacının satışa rızasının bulunmadığının bilindiği anlaşıldığından, tapuya güven ilkesini öngören 1023. madde koşulları işlem tarafı üçüncü kişiler bakımından gerçekleşmediğinden, davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, mahkemece, tasarruf yetkisi sınırlamasının şerh ile doğacağı, bir başka deyişle, şerhin bir “kurucu şerh” olduğu ve işlem tarafı üçüncü kişinin iyiniyetli olması aranmaksızın kazanımının korunması gerekeceğinden bahisle davanın reddine karar verilmesi yerinde değildir.” (HGK E. 2006/2-591 K. 2006/624 T. 4.10.2006 (www.kazanci.com.tr)); “tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmemesi halinde, işlem tarafı iyiniyetli üçüncü kişinin aynı hak kazanımı 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu’nun 1023.maddesi hükmü ile korunmuştur. Dosya içerisindeki belgelerden, taşınmaz üzerine, davalı şirket lehine 1.derece ipotek tesis edildiği, bu sırada taşınmazın kaydında aile konutu şerhi bulunmadığı anlaşılmaktadır. Öte yandan, davacı tarafından davalı şirketin kötü niyetli olduğu da ispatlanmış değildir. Şu hale göre, tapuya güven ilkesini esas alan Türk Medeni Kanunu’nun 1023. maddesi koşulları işlem tarafı olan davalı şirket lehine gerçekleşmiştir. Mahkemece kanıtlanmayan ipotegin kaldırılması isteminin reddine karar verilmesi gerekir.” (HGK E. 2012/2-1567 K. 2013/579 T. 24.4.2013 (www.kazanci.com.tr)); “Dava, aile konutu üzerindeki ipotegin kaldırılması ve aile konutu şerhi konulması istemine ilişkindir. Tapuda aile konut şerhi olmasa da bunu bilebilecek durumda olan veya bilen kişinin iyiniyetinin bulunduğu kabul edilmesi mümkün değildir. Dava konusu taşınmazın tapu kaydında ipotek tesis edildiği tarihte aile konutu şerhi bulunmadığı açıktır. Davalı eş dava konusu aile konutu üzerinde diğer davalı banka lehine ipotek tesis etmiş, bu işlem sırasında davalı banka tarafından davacı eşin açık rızası alınmamıştır. Bu durumda, TMK’nın 194/1 maddesi eşin açık rızasını aradığından, yapılan işlemin geçerli olduğunu kabul etmek imkânsızdır. Hal böyle olunca, mahkemece yasal düzenleme ve ilkelere uygun değerlendirmeye yapılarak davanın kabulüne karar verilmesi ve bu kararda direnilmesi usul ve yasaya uygun olup; direnme kararının onanması gerekir.” (HGK E. 2015/2-247 K. 2015/2323 T. 21.10.2015 (www.kazanci.com.tr)); Şerh olmasa da fiil ehliyeti eksikliği nedeniyle işlemin karşı tarafının iyiniyetli olup olmamasına önem vermeyen kararlar; “Aile konutu şerhi konulmuş olmasa da eşlerin birlikte yaşadıkları aile konutu üzerindeki fiil ehliyetleri sınırlandırılmıştır. Sınırlandırma aile konulu şerhi konulduğu için değil, zaten var olduğu için getirilmiştir. Bu sebeple tapuya aile konutu şerhi verilmese bile o konut aile konutu özelliğini taşır. Anılan madde hükmü ile getirilen sınırlandırma, emredici niteliktedir. Dolayısıyla bu haktan önceden feragat edilemeyeceği gibi eşlerin anlaşmasıyla da ortadan kaldırılamaz ve açık rıza ancak “belirli olan” bir işlem için verilebilir. Bu cümleden hareketle, aile konutunun maliki olan eş aile konutundaki yaşantıyı güçlüğe sokacak biçimde, aile konutunun ipotek edilmesi gibi

her zaman müspet bir sonuca ulaşamayacak, bu sebeple hak kaybı yaşayabilecektir. Eğer, Genelgedeki düzenlemede taşınmaz, henüz aile konutu niteliğine sahip olmadan, taşınmaz üzerinde kurulan ipoteklerin kabul edilmesi amaçlanıyorsa, bu da isabetsizdir. Çünkü taşınmaz, aile konutu değilse, Türk Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamında değildir⁷⁴. Bir başka deyişle, yapılan ipotek işlemi, diğer eşin rızasına tabi değildir, bu nedenle, bu ipotegi diğer eşin kabul edip etmemesinin hukuken bir önemi yoktur. Diğer eş, böyle bir ipotegi kabul etmese de hukuken bu işleme karşı yapabileceği bir şey bulunmamaktadır.

Genelge söz konusu hükümde, aile konutu şerhi verilmesi talebini, sadece taşınmaz üzerinde kurulmuş ipotegin kabul edilmesi şartına bağlamış, taşınmaz üzerindeki haciz, tedbir şerhlerinin de kabulüne bağlamıştır. Aile konutu taşınmazın maliki eşin iradesi dışında gerçekleşen, kanundan doğan işlemler, zaten, diğer eşin rızasına bağlı olmaktan varestedir. Bu nedenle, aile konutu şerhi talebinde bulunan diğer eşin, bu işlemleri kabul edip etmemesi, hukuken bir anlam ifade etmeyecektir. Örneğin; malik olan eşin borçları nedeniyle alacaklıları takip yapar ve eşin maliki olduğu aile konutu taşınmaz üzerine haciz koydururlarsa, bu işlem, Türk Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamında diğer eşin rızasına bağlı olmadığı için diğer eşin, bu işleme karşı yapabileceği bir şey yoktur. İcra İflas Kanunumuzda aile

tek başına bir aynı hakla sınırlandıramaz. Bu sınırlandırma ancak diğer eşin açık rızası alınarak yapılabilir.” (HGK E. 2013/2-2306 K. 2015/1356 T. 15.5.2015 (www.kazanci.com.tr)); “Aile konutu şerhi konulmuş olmasa da eşlerin birlikte yaşadıkları aile konutu üzerindeki fiil ehliyetleri sınırlandırılmıştır. Bu haktan önceden feragat edilemeyeceği gibi eşlerin anlaşmasıyla da ortadan kaldırılamaz ve açık rıza ancak “belirli olan” bir işlem için verilebilir. Eşin izni için bir geçerlilik şekli öngörülmemiştir. Söz konusu izin bir şekilde tabi olmadan, sözlü olarak dahi verilebilir. Somut olayda, davalı eş dava konusu aile konutu üzerinde diğer davalı banka lehine ipotek tesis etmiş, bu işlem sırasında davalı banka tarafından davacı eşin açık rızası alınmamıştır. İpotek işleminin, davacı ve davalı eş ile aynı çatı altında oturan müşterek çocukların kullandığı krediye teminat teşkil etmek üzere kurulmuş bulunmasının da önemi bulunmamaktadır. Yapılan işlemin geçerli olduğunu kabul etmek imkânsızdır. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında bir kısım üyelerce; ipotek işleminin kurulmasına neden olan, davacı ve davalı eş ile aynı çatı altında oturan müşterek çocukların kullandığı krediden ve dolayısıyla da ipotek işleminden davacı eşin haberdar olmadığını kabul etmenin hayatın olağan akışına aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu görüş Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir. İpotegin kaldırılması isteminin kabulüne karar verilmesi gerekir.” (HGK E. 2013/2-2056 K. 2015/1201 T. 15.4.2015 (www.kazanci.com.tr))

⁷⁴ “...dava konusu taşınmaz üzerinde ipotek tesis edildiği tarihte taşınmaz, aile konutu vasfında bulunmuyorsa ipotek tesisine ilişkin işlemi geçerli kabul etmiştir...” (2.HD E. 6239 K. 18993 T. 05.11.2009 naklen **Kamacı**, s. 30, dn. 8)

konutu niteliğindeki taşınmazların haczini engelleyen veya borçlu malik dışında diğer eşe itiraz imkânı sağlayan bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle, aile konutu şerhi talebini, taşınmaz üzerindeki haciz şerhinin kabulüne bağlamak isabetli değildir⁷⁵. Kaldı ki, doktrin ve uygulamada hacizli bir taşınmaza da aile konutu şerhi verilebileceği kabul edilmektedir⁷⁶.

Sonuç olarak, aile konutu şerhi verilmesi talep edildiğinde, bu talebi, taşınmaz üzerinde yapılmış ve Türk Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamında diğer eşin rızasına tabi olan işlemlerin -ipotek gibi-, kabul edilmesine bağlamak, Kanun tarafından verilen bir imkânının kısıtlanmasıdır. Ayrıca, bu şekilde yapılan kabul, Türk Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamında işleme diğer eşin icazet vermesi olarak da kabul edilememelidir. Hak sahibi olmayan eşin aile konutu şerhi talebini, Türk Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamında diğer eşin rızasına tabi olmayan nitelikte işlemin -haciz şerhi gibi- kabulüne bağlamak da çoğu zaman anlamlı değildir. Çünkü eşin, bu işlemi kabul edip etmemesinin hukuken bir önemi yoktur⁷⁷. Nitekim -aşağıda açıklayacağımız gibi- Genelgenin A/5 maddesinde de malikin iradesi dışında gerçekleştirilen (hükmen tescil, cebri satış, haciz, tedbir vb.) işlemlerde, diğer eşin rızası aranmaksızın işlem yapılabileceği düzenlenmiştir. Hak sahibi olan eşin, aile konutu şerhi talebinde ise, şerhi sağlamak için hak sahibi eşin, Türk Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamında diğer eşin rızasına tabi olmayan nitelikte -haciz gibi- işlemi kabulü, İcra ve İflas Kanununun kapsamında başvurabileceği şikâyet vs haklarından feragat ettiği şeklinde de değerlendirilmemelidir. Bu sebeplerle, Genelgenin A/4/ç maddesinde “*üzerinde haciz, tedbir, ipotek vb. kısıt bulunan taşınmazlarda, aile konutu şerhini talep eden kişinin, taşınmaz üzerindeki şerhlerin/ipteğin varlığını kabul etmesi durumunda, aile konutu şerhinin işlenmesi (aile konutu*

⁷⁵ Aşağıda açıklayacağımız gibi, İcra ve İflas Kanunu’nda aile konutunun haczini engelleyen bir hüküm bulunmamakla birlikte, İcra ve İflas Kanununun md 82/ b.12 şartları mevcut ise, diğer eşin meskeniyet şikâyetinde bulunmaya yetkili olduğu doktrinde kabul edilmektedir. Borçlu olan malik eş ise, tartışmasız olarak meskeniyet şikâyetinde bulunmaya yetkilidir. Bu bağlamda, aile konutu şerhi verilmesini talep eden eşe, taşınmaz üzerindeki haczin varlığını kabul etmesi durumunda şerhin konulacağı bildirilerek, elde edilen kabul, hukuken kişinin meskeniyet şikâyetinden feragat ettiği anlamına da gelmemelidir.

⁷⁶ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 180; “...taşınmaz üzerinde haciz bulunması da aile konutu şerhi konulmasına engel teşkil etmez”. (2. HD E. 2013/21992 K. 2014/5225 T. 10.3.2014 (www.kazanci.com.tr))

⁷⁷ “Tarafların geçici süreli ayrılık yaşamaları taşınmazın aile konutu niteliğini değiştirmedeği gibi taşınmaz üzerinde haciz bulunması da aile konutu şerhi konulmasına engel teşkil etmez”. (2. HD E. 2013/21992 K. 2014/5225 T. 10.3.2014 (www.kazanci.com.tr))

şerhine yönelik ihtiyati tedbirler hariç) gerektiği” şeklindeki düzenlemenin isabetli olduğu söylenemez.

E. Şerhin Hukuki Sonucu

Genelgenin A/5. maddesinde, aile konutu şerhinin hukuki sonucu başlığı altında yer alan düzenleme “4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 194. maddesi gereğince, eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hâkimin müdahalesini isteyebilir. Madde ile aile konutuna ilişkin bazı hukuki işlemlerin yapılabilmesi diğer eşin rızasına bağlı hale getirildiği için, malik olan eşin iradi olarak yaptırabileceği, aile konutu ile ilgili devir sonucunu doğuran⁷⁸ (satış, bağış vb.) veya konut üzerindeki hakkı sınırlandıran (ipotek, satış vaadi, intifa, süknâ, kira şerhi vb.) işlemler, ancak malik olmayan eşin rızasının alınabilmesi halinde gerçekleştirilebilecek; malikin iradesi dışında gerçekleştirilen (hükmen tescil, cebri satış, haciz, tedbir vb.) işlemlerde ise eş rızası aranmaksızın işlem yapılabilir” şeklindedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, aile konutu taşınmaz üzerindeki hukuki işlemleri, hak sahibi olan eşin, diğer eşin rızasına bağlı olarak yapabilmesi, aile konutu şerhinin verilmesinin hukuki sonucu değil, aile konutu olmanın hukuki sonucudur⁷⁹. Bir başka deyişle, aile konutu taşınmaz üzerinde aile konutu şerhi bulunmasa da, bu hukuki işlemleri, hak sahibi olan eş, diğer eşin rızasıyla yapabilir. Taşınmaz üzerinde aile konutu şerhi bulunması, Türk Medeni Kanununun 194. maddesinde sağlanması amaçlanan korumayı, daha etkin kılmaya yarar. Çünkü malik olan eş, taşınmaz üzerinde işlem yapmak için tapu memuruna başvurduğunda, şerhi gören tapu memuru, diğer eşin rızası sağlanmadan işlemi yapmayacak, işlem yapma talebini reddedecektir. Şerh olmadığı durumda ise, taşınmazın, aile konutu olduğunu bilmeyen tapu memuru, işlemi yapacak, bu durumda rızası alınmayan diğer eş, ancak bu işleme karşı yargı yoluna giderek hakkına kavuşabilecektir.

Türk Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamında diğer eşin rızasına bağlı olan işlemler, malik olan eşin iradesine tabi olan işlemlerdir. Malik olan eşin iradesi dışında gerçekleşen işlemler, doktrin ve uygulamaya göre,

⁷⁸ Satım, bağışlama, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi zilyetlik tesis edilmesini gerektirmeyen borçlandırıcı işlemlerin 194. madde kapsamında eşin rızasını gerektirmediği görüşü için bakınız **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 175; aksi yönde, **Kılıçoğlu**, s. 251; **Şipka**, s. 113; **Öztan**, s. 312; **Günergök**, s. 255.

⁷⁹ Aynı yönde **Genç Arıdemir**, s. 146.

diğer eşin rızasına bağlı değildir⁸⁰. Bir başka ifadeyle, bu işlemler, Türk Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamında yer almamaktadır. Genelgede bu hususa, “malikin iradesi dışında gerçekleştirilen (hükmen tescil, cebri satış, haciz, tedbir vb.) işlemlerde diğer eşin rızası aranmaksızın işlem yapılabileceği” ifade edilerek temas edilmiştir.

Türk Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamında diğer eşin rızasına bağlı olan, malikin iradi olarak yapabileceği işlemler arasında tasarruf işlemlerinin bulunduğu hususunda bir tartışma bulunmamakla birlikte, borçlandırıcı işlemlerin bulunup bulunmadığı doktrinde tartışmalıdır⁸¹. Genelge söz konusu hükmünde, doktrindeki borçlandırıcı işlemlerin de bu kapsamda olduğu görüşü paralelinde bir düzenleme yapmıştır.

Bununla birlikte, aile konutu şerhi bulunmasına ve diğer eşin rızasının bulunmamasına rağmen, hak sahibi eş, TMK 194/2 uyarınca aldığı mahkeme kararını ibraz ederse, tapu memuru, söz konusu işlemleri gerçekleştirebilir.

II. AİLE KONUTUNUN ŞERHİNİN TERKİNİ

Genelgenin A/6 maddesinde, aile konutu şerhinin terkinin düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden terkinin iki şekilde olabileceği anlaşılmaktadır. Bunlardan ilki, aile konutu şerhinin verilmesini talep etmeye yetkili olan

⁸⁰ Kamacı, s. 34; “Dava konusu taşınmaz cebri icra ile satılmıştır. İşlemin diğer eşin rızasına bağlı olmaktan çıktığı ve davanın konusuz kaldığının gözetilmesi gerekir.” (2. HD E. 2013/20421 K. 2013/25230 T. 6.11.2013 (www.kazanci.com.tr)); “Dava tarihi itibarıyla aile konutu olarak kullanıldığı anlaşılan taşınmaz, davanın açılmasından sonra cebri icra yoluyla satılmakla, aile konutu şerhi konulması davasının konusu kalmamıştır.” (2. HD E. 2014/24174 K. 2014/23403 T. 20.11.2014 (www.kazanci.com.tr)); “Cebri icra ile yapılan satışlarda davacı eş, Türk Medeni Kanununun 194. maddesinde yer alan korumadan yararlanamaz.” (2. HD E. 2012/7316 K. 2013/785 T. 16.1.2013 (www.kazanci.com.tr)); “Dava konusu taşınmaz cebri icra ile satılmıştır. İşlemin diğer eşin rızasına bağlı olmaktan çıktığı ve davanın konusuz kaldığının gözetilmesi gerekir.” (2. HD E. 2013/20421 K. 2013/25230 T. 6.11.2013 (www.kazanci.com.tr)); “cebri ihaleye dayanan mülkiyet aktarımları da Türk Medeni Kanununun 194/1. maddesi kapsamında bulunmamaktadır. Bu madde, hak sahibi eşin, aile konutuyla ilgili iradi tasarruflarını diğer eşin açık rızasına bağlamış olup, cebri ihale bu hükmün dışındadır.” (2. HD E. 2014/26938 K. 2015/9974 T. 12.5.2015 (www.kazanci.com.tr)); “Aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin iradi tasarruflarını diğer eşin açık rızasına bağlamışsa da, cebri ihaleye dayanan mülkiyet aktarımı kapsamda değildir. Mülkiyeti nakleden cebri ihalenin, davacı eşin açık rızası alınmadan tesis edilmiş olan ipoteğin paraya çevrilmesi suretiyle yapılan takibe dayanıyor olması da, cebri ihaleden önce ipotek hükümsüz kılınmadıkça sonuca etkisi bulunmamaktadır. (2. HD E. 2015/14523 K. 2015/15481 T. 10.9.2015 (www.kazanci.com.tr))

⁸¹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 173; Kamacı, s. 35; İşleten, s. 947.

eşlerin, terkinin de talep edebilmesidir. İkincisi ise, taşınmazın aile konutu olma niteliğini yitirmesi halinde terkinin talep edilebilmesi durumudur⁸².

A. Terkini Talebe Yetkili Kişiler

Türk Medeni Kanununun 194. maddesi, aile açısından önemi nedeniyle aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin, aile konutu ile ilgili hukuki işlem serbestisini kısıtlamış ve bu işlemleri, diğer eşin rızasına bağlamıştır. Özellikle, aile konutu üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan eş, mülkiyet hakkını bir üçüncü kişiye devretme veya bir ipotek kurarak sınırlama gibi işlemleri, tek başına yapamayacak, bu işlemler için eşinin rızasını alması gerekecektir. Bu yönüyle, Türk Medeni Kanununun 194. maddesinde sağlanması amaçlanan koruma ve buna bağlı olarak getirilen şerh imkânı, aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan diğer eş ve aile bireyleri, özellikle çocuklar lehinedir. Hak sahibi eşin ise, hukuki işlem serbestisine bir kısıtlama getirilmektedir. Türk Medeni Kanununun 1014. maddesine göre, terkin, ancak bu kaydın kendilerine hak sağladığı kimselerin yazılı beyanı üzerine yapılır⁸³. Aile konutu şerhinin verilmesi, diğer eş lehine olması nedeniyle, şerhin verilmesini Genelgenin A/1. maddesine göre, hangi eş talep ederse etsin, kural olarak, şerhin terkinini talep etme yetkisine, diğer eş (malik (hak sahibi) olmayan eş) sahip olmalıdır. Genelgede de şerhin terkinine yetkili olan kişilerin düzenlenmesi bu mantık ile hüküm altına alınmıştır. Genelgenin A/6 maddesine göre; a- Şerh, malik olmayan eşin talebiyle işlenmiş ise, yine malik olmayan eşin talebiyle, b- Şerh, eşlerin birlikte talebiyle işlenmiş ise; her ikisinin veya lehine şerh verilenin talebiyle, c- Eşlerin birlikte malik olduğu hisseli taşınmaz mallarda şerh, eşlerden birinin talebiyle işlenmiş ise; eşlerin ikisinin veya lehine şerh verilenin talebiyle, ç- Malik olan eşin talebiyle şerh verilmiş ise malik olmayan eşin de talep ya da muvafakatiyle, aile konutunun şerhinin terkinin mümkündür.

Şerhi terkine yetkili kişi, malik olmayan eştir. Aile konutu şerhi verilmesinin malik olan eş, malik olmayan eş ya da her iki eş tarafından talep

⁸² Genelgede düzenleme olmadan önce de Karşı oy yazısında “Boşanma kararı ölüm, gaiplik ve hükümsüzlük gibi evliliği sonlandıran sebeplerden olmakla evlilik birliğinin sona ermesi sebebiyle aile konutu şerhinin “kaldırılması” istenebilir. Ancak aile konutu şerhinin kaldırılması istemi “mahkemeye” değil de ilgili “Tapu Sicil Müdürlüğüne” malik olan eş tarafından yapılmalıdır. Tapu Sicil Müdürlüğü malik olan eşin talebi halinde terkin işlemi yapmak “zorunda” iken aile konutu maliki olan eşe terkinin sağlanması için gereksiz yere bir de “dava açma” külfeti yüklenemez.” görüşü savunulmuştur (2. HD E. 2006/9531 K. 2006/17441 T. 12.12.2006 (www.kazanci.com.tr)).

⁸³ TST md. 69 göre “*Tapu sicilinde terkin, tescilin kendisine hak sağladığı kimsenin istemine ya da yetkili makam veya mahkeme kararına istinaden yapılır.*”

edilmesi, bu durumu değiştirmemektedir. Şerhin terkinine yetkili olan, aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşin dışında; her iki eşin şerhi talep etmesi durumunda her iki eş, şerhin verilmesini malik olan eşin talep etmesi durumunda ise, diğer eşin muvafakatiyle, malik olan eş de terkin talebe yetkilidir.

Eşler aile konutu üzerinde her ikisi de hak sahibi ise, yani aile konutu eşlerin paylı mülkiyetine tabi ise, şerh, eşlerden birinin talep etmesi üzerine verilmişse, şerhin terkinine de şerhin verilmesini talep eden eş, yetkilidir. Bunun yanında bu durumda her iki eşin de terkin talebinde bulunması mümkündür.

B. Taşınmaz Aile Konutu Niteliğini Yitirdiğinde Şerhin Terkini

Genelge A/6. maddede⁸⁴ yer alan hükme göre, aile konutu şerhinin verilmesinden sonra, taşınmaz, Türk Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamında aile konutu olma özelliğini kaybederse⁸⁵, yani aile konutu için aranan unsurlar, artık söz konusu taşınmaz için geçerli olmazsa, aile konutu şerhinin terkinini talep edilebilir. Bu durumlarda şerhin dayanağının kalmadığını kanıtlayarak, malik olan eş, tek başına, terkinini, talep etmeye yetkilidir.

Taşınmaz, aile konutu olma niteliği sebebiyle Türk Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamında korunmaya, evlilik birliğinin devamı müddetince⁸⁶

⁸⁴ “A/6 d-Ölüm halinde sağ kalan eşin tek yanlı talebiyle, e-Aile konutu şerhinin terkinine ilişkin mahkeme kararının ibrazı ile f-Kesinleşmiş boşanma veya evliliğin iptali ilamının ibrazı halinde (kararda aile konutu şerhinin devam etmesine yönelik herhangi bir hükmün bulunmaması koşuluyla) malik olan eşin tek taraflı talebiyle, g-Yeni bir aile konutu edinildiğinin ve o taşınmaza aile konutu şerhi işlendiğinin kanıtlanması durumunda malik olan eşin talebiyle, h-Aile konutu şerhi, taşınmaz maliki eşin talebine bağlı işlemlerde, diğer eşin muvafakatını zorunlu kıldığından ve talebe bağlı olmayan mahkeme kararının infazı, cebri satış gibi işlemleri engellemeyeceğinden, ayrıca, aile konutu şerhi talep edilirken diğer şerhler ile ipoteklerin hukuki sonucu kabul edildiğinden, mahkeme ya da icra müdürlüğünün yazısı ile aile konutu şerhinin terkinini mümkündür.”

⁸⁵ “Davalının daha önce açtığı aile konutu şerhi konulmasına yönelik davasından feragat etmesi taşınmazın aile konutu vasfını ortadan kaldırmaz ve sonradan açılacak davalar için kesin hüküm oluşturmaz.” (2. HD E. 2009/19307 K. 2010/8577 T. 29.4.2010 (www.kazanci.com.tr)); “Tarafların fiilen ayrı yaşıyor olması bu konutun aile konutu olma vasfını kaybettirmez.” (2. HD E. 2010/12332 K. 2010/14942 T. 20.9.2010 (www.kazanci.com.tr)).

⁸⁶ Evlilik birliği devam ederken eşlerden birinin ortak yaşama son verme maksadıyla aile konutunu terk etmesinin, taşınmazın aile konutu niteliğini ortadan kaldırıp kaldırmayacağı tartışmalı olup, çoğunlukla hak sahibi eşin aile konutunu terk etmesinin taşınmazın aile konutu niteliğini etkilemeyeceği fakat diğer eşin aile konutunu terk etmesi, bir zorunluluktan kaynaklanmayıp (şiddet gibi), özgür iradesine dayanmakta ise taşınmazın

tabi olur⁸⁷. Evliliğin sona ermesi halinde artık taşınmaz, aile konutu niteliğinde olmadığından, malik olan eşin hukuki işlemleri, diğer eşin rızasına bağlı olmaktan çıkar. Bu nedenle, malik olan eş, evlilik birliğinin sona erdiğini; kesinleşmiş olan boşanma ilamı⁸⁸ veya evlilik butlan yoluyla sona ermişse, evliliğin butlanına ilişkin kesinleşmiş ilam ile belgeleyerek, aile konutu şerhini terkin ettirmeye yetkilidir (Genelge md.A/6/f).

Evlilik birliği, eşlerden birinin ölümü ile sona ermişse⁸⁹, sağ kalan eşin, aile konutu şerhini, terkin ettirmeye yetkili olduğu, Genelgede düzenlenmiştir (Genelge md.A/6/d). Burada sağ kalan eş, malik olmayan eş ise, bu eş, zaten lehine şerh verilen eş olması sebebiyle her zaman terkin yetkisine sahiptir, yani ölümle evlilik birliğinin sona erdiğine dayanmasına gerek yoktur. Bu nedenle, burada, ölümle evlilik birliğinin sona erdiğine dayanarak,

aile konutu niteliğini kaybedeceği, aksi durumda ise taşınmazın aile konutu niteliğinin etkilenmeyeceği kabul edilmektedir. Bakınız **Şıpka**, s. 85 vd.; **Nebiöğlü Öner**, s. 44 vd.

⁸⁷ "...evliliğin sona ermesiyle konutun "aile konutu" vasfını kaybedeceği..." (1. HD E. 2014/20520 K. 2014/18772 T. 2.12.2014 (www.kazanci.com.tr)); "Türk Medeni Kanunu'nun evliliğin genel hükümlerini düzenleyen 194. maddesi evlilik devam ettiği sürece uygulanabilir. Bu nedenle, evlilik sona erdikten sonra konut, aile konutu özelliğini kaybettiğinden bu hükmün uygulama imkânı bulunmamaktadır." (2. HD E. 2009/19922 K. 2010/387 T. 13.1.2010 (www.kazanci.com.tr)); "Evlilik herhangi bir sebeple sona ermiş ise; aile konutu koruması da ortadan kalkar. Tarafların davanın açılmasından sonra, kesinleşen ilamı ile boşandıkları anlaşılmaktadır. Bu duruma göre, davanın konusunun kalmadığı dikkate alınmalıdır." (2. HD E. 2012/6026 K. 2012/9368 T. 12.4.2012 (www.kazanci.com.tr)).

⁸⁸ "Dava konusu bağımsız bölümün tapu kaydına tarafların evlilik birliği devam ederken, aile konutu şerhi konulduğunu, ancak evlilik birliğinin Aile Mahkemesi tarafından verilen boşanma kararının kesinleşmesi üzerine sona erdiği anlaşılmıştır. MK. nun 194. maddesi gereğince aile konutu şerhi evlilik birliği içinde geçerli olup, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra hüküm ifade etmez." (6. HD E. 2012/15665 K. 2012/17357 T. 25.12.2012 (www.kazanci.com.tr)); "Evlilik herhangi bir sebeple sona ermiş ise; aile konutu koruması da ortadan kalkar. Tarafların davanın açılmasından sonra, kesinleşen ilamı ile boşandıkları anlaşılmaktadır." (2. HD E. 2012/6026 K. 2012/9368 T. 12.4.2012 (www.kazanci.com.tr)); "Tarafların boşanmalarına dair yabancı mahkemece verilen kararın tenfizine ilişkin karar kesinleşmiş, evlilik bu tarihte sona ermiştir. Evlilik sona erdiğine göre Türk Medeni Kanunu'nun 194 ve 199. maddesine dayanan isteğin konusunun kalmadığı gözetilmelidir." (2. HD E. 2007/7375 K. 2007/8031 T. 14.5.2007 (www.kazanci.com.tr)).

⁸⁹ "Evlilik birliği ölümle sona erdiğinden, Türk Medeni Kanununun 194. maddesinin uygulanma olanağı kalmamıştır." (2. HD E. 2010/17326 K. 2011/6399 T. 11.4.2011 (www.kazanci.com.tr)); "Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz için şerh verilebilmesi için evlilik birliğinin devam ediyor olması gerekir. Evlilik birliği diğer eşin ölümü nedeniyle sona erdiğinden şerh konulamaz." (2. HD E. 2008/10081 K. 2008/13491 T. 16.10.2008 (www.kazanci.com.tr)).

terkini talep etme imkânına kavuşan sağ kalan eş, taşınmazın maliki olan eştir. Gaiplik durumunda gaiplik kararı ile değil, fakat Türk Medeni Kanununun 131. maddesine göre, mahkemenin vereceği evliliğin feshi kararıyla evlilik sona erer. Genelgede bu durum düzenlenmemiş olsa da, eşin, mahkemeden aldığı evliliğin feshi kararına dayanarak da aile konutu şerhini terkin ettirmeye yetkili olduğunun kabulü gerekir.

Taşınmaz, Türk Medeni Kanununun 194. maddesi ve doktrin ile uygulamada aile konutu niteliği için kabul edilen unsurları taşımamasına rağmen, taşınmaz üzerine aile konutu şerhi konulmuş ise, malik olan eşin, taşınmazın aile konutu niteliğinde bulunmaması nedeniyle mahkemeye başvurma hakkı vardır. Mahkemenin taşınmazın aile konutu niteliğinde olmadığına ilişkin karar vermesi durumunda, malik olan eş, kesinleşmiş bu mahkeme kararı ile aile konutu şerhini terkinde yetkilidir (Genelge md. A/6/e). Bunun dışında, diğer eşin rızasının alınmasını engelleyen imkânsızlık hallerinde malik olan eş, mahkemeye başvurarak, TMK 194/2'ye kıyasen terkin talebinde bulunmaya yetkili kılındığı bir karar alması halinde, bu kararı ibraz ederek de terkinin sağlanabilecektir⁹⁰.

Türk Medeni Kanununun 194. maddesi hükmünde, bu yönde bir düzenleme yer almamasına rağmen, doktrinde ve uygulamada aile konutunun, tek olacağı kabul edilmektedir⁹¹. Bu görüş paralelinde Genelgenin A/2 maddesinde de aile konutunun tek olacağı düzenlenmiştir. Kanunun açıkça getirmedeği sınırlamanın, Genelge ile getirilmesi isabetli değildir⁹². Ayrıca, doktrindeki bir diğer görüş⁹³, istisnai hallerde de olsa, her iki konutun da aile konutu özellikleri taşıdığı durumlarda, birden fazla aile konutu olabileceğini kabul etmektedir.

Taşınmaz üzerine aile konutu şerhi verilmesi sonrasında, eşler, söz konusu taşınmazdan taşınmış ve yaşam faaliyetlerinin merkezi olarak yeni bir

⁹⁰ Şıpka, s. 165; Genç Arıdemir, s. 145.

⁹¹ Vardar Hamamcıoğlu, s. 15; Nebioğlu Öner, s. 23-24; Yağcıoğlu, s. 93; Genç Arıdemir, s. 145; Günergök, s. 251; Gümüş, (Şerhler), s. 21; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 173.

⁹² “4721 sayılı Türk Medeni Kanunu daha tasarı aşamasında iken, oluşturulan alt komisyon tarafından aile konutunun tekliği prensibinin, maddeye ayrı bir fıkra olarak “aileye ancak bir konut özgülenebilir” şeklinde eklenmesi teklif edilmiştir. Ancak, teklif kabul edilmeyerek, Madde şimdiki hali ile yasalaşmıştır. ...aile tarafından birden fazla konutun aile konutu olarak özgülenmesine, eş söyleyişle, ailenin birden fazla konutta yaşam faaliyetlerini yoğunlaştırmasına yasal bir engel de bulunmamaktadır. Gerçekten Yasa’da aile konutu sayı olarak sınırlandırılmamıştır.” (HGK E. 2013/2-473 K. 2014/92 T. 12.2.2014 (www.kazanci.com.tr)).

⁹³ Şıpka, s. 82; Hüseyin, s. 587; Havutçu, s. 41; Öztan s. 325; Giray, s. 427; Ayan, s. 68.

yer seçmişlerse, artık söz konusu taşınmaz, aile konutu niteliğinde değildir⁹⁴. Böyle bir durumda, taşınmaz üzerindeki aile konutu şerhinin terkinin hususunda malik olan eş yetkilidir. Fakat Genelgede bu durumda aile konutu şerhi ile sağlanan korumanın tehlikeye düşmemesi amacıyla; malik olan eşin, terkinin isteyebilmesi için taşınmazın artık aile konutu olmadığı, çünkü yeni bir aile konutu edinildiğini kanıtlaması yeterli görülmemiş, yeni aile konutu olan taşınmaz üzerine aile konutu şerhi konulmuş olması da aranmıştır (Genelge md. A/6/g). Hükümde belirtilmemekle birlikte, yeni aile konutu edinildiğinin kanıtlanması için MERNİS kaydı ya da muhtarlıktan alınacak belgenin sunulması mümkündür.

Malik olan eşin iradesiyle, aile konutu üzerindeki yaptığı işlemler, diğer eşin rızasına bağlanmıştır. Malik olan eşin iradesi dışında gerçekleşen işlemlerde ise, diğer eşin rızasının aranması söz konusu değildir (Genelge md. A/5/2). Bu nedenle, örneğin; malik olan eşin alacaklıları tarafından aile konutu üzerine konulan haciz sonucu taşınmazın cebri icra yoluyla satışı gerçekleşmişse, bu durumda, taşınmaz üzerindeki aile konutu şerhi, icra müdürlüğünün tapuya gönderdiği yazı üzerine terkin edilecektir (Genelge md. A/6/h).

III. YAPILAN ŞERH VE TERKİN İŞLEMLERİNİN BİLDİRİLMESİ

Türk Medeni Kanununun 1019. maddesi gereğince, tapu memuru, ilgililerin bilgisi dışında yaptığı işlemleri, onlara tebliğ etmekle yükümlüdür. Medeni Kanunumuzda düzenlenen bu yükümlülüğün yansımaları, Genelgenin A/7 maddesinde yer alan düzenlemede görmekteyiz. Bu hükme göre, tapu memuru hem yaptığı aile konutu şerhinin işlenmesi işlemi hem de terkin işlemi ilgililere bildirmek zorundadır.

Aile konutu şerhinin verilmesi, malik olmayan eş tarafından talep edilmiş ve taşınmaz üzerine şerh işlenmişse, bu durumun, malik olan eşe bildirilmesi gerekmektedir (Genelge md. A/7/1). Malik olan eşin, aile konutu ile ilgili işlemleri, diğer eşin rızasına bağlanmıştır. Şayet, şerhin konulduğu taşınmaz aile konutu niteliğinde bulunmuyorsa, malik olan eş, diğer eşin rızası olmaksızın taşınmaz üzerinde işlem yapabilir. Fakat malik olan eş, taşınmaz üzerinde işlem yapacağı sırada, taşınmazın üzerinde aile konutu şerhi bulunduğunu öğrenirse, taşınmaz aile konutu niteliğinde olmasa dahi işlemi ancak eşinin rızasıyla yapabilir. Malik olan eşin, taşınmazın aile konutu niteliğinde olmadığını mahkemeye başvurarak kanıtlayıp, aile konutu

⁹⁴ Kamacı, s. 32.

şerhini terkin ettirme imkânı vardır. Fakat bu, zaman alacaktır ve aslında aile konutu olmayan, diğer eşin rızasına da bağlı bulunmayan taşınmaz üzerindeki işlemleri, malik olan eş, diğer eş, izin vermediğinden yapamayacak ve zarara uğrayabilecektir. Örneğin; eş maliki olduğu taşınmazın satışını yapma konusunda anlaşmışsa, bu imkânı kaçırarak veya bu hususta sözleşmeyi ifa edemediği için tazminat ödemek zorunda kalacak ya da taşınmaz üzerinde ipotek tesis ederek kredi almak istiyorsa, bu krediyi alamadığı için zarara uğrayacaktır. Bu nedenle, taşınmaz üzerine şerh konulduğunda yapılacak bildirimle, malik olan eş bundan haberdar olacak ve taşınmaz aile konutu niteliğinde değilse, bu hususta zamanında mahkemeye müracaat edip, aldığı kararlar terkinini sağlayarak, taşınmaz üzerinde yapacağı işlemleri, diğer eşin rızasına bağlı olmaksızın yapabilecektir. Taşınmaz üzerine şerhin işlendiğinin, malik olan eşe bildirilmesi, bu nedenle, önem arz etmektedir.

Aile konutu şerhinin işlenmesi işleminin bildirilmesi gereken ilgili kişi, sadece malik olan eş değildir. Genelge, taşınmaz üzerinde haciz, tedbir ve ipotek alacaklılarını da ilgili olarak kabul etmiş ve şerhin konulduğunun bu kişilere de bildirilmesi gerektiğini düzenlemiştir (Genelge md. A/7/2). Türk Medeni Kanununun 1019. maddesinin tapu memuruna bildirim yükümlülüğü getirmesinin amacı, yapılan bu işlem nedeniyle, menfaatleri etkilenecek ve hak kaybına uğrayabilecek olan ilgili kişilerin, bu işleme karşı kendilerini koruyabilmesi ve işleme itiraz edebilmesini temin etmektir. Bu bakımdan, yapılan işlemin kendilerini etkilemediği kişilere, bu işlemin bildirilmesi bir anlam ifade etmeyecektir; bir başka deyişle, bu işlemin etkilemediği, hak kaybı yaşamayacak kişiler, Türk Medeni Kanununun 1019. maddesi kapsamında bildirimde bulunacak ilgililer içinde yer almaz. Malik olan eşin iradi olarak yapmadığı işlemler, yani Türk Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamında, diğer eşin rızasına bağlı olmayan işlemler de, taşınmazın, aile konutu niteliği, bu işlemler için önem arz etmez. Bu nedenle, aile konutu şerhinin taşınmaz üzerine konulması da bu işlemin tarafları için etkili değildir. Bu bakımdan, bu kişiler, Türk Medeni Kanununun 1019. maddesinde bildirimde bulunacak ilgililer içinde değerlendirilemeyeceğinden, bu kişilere, söz konusu işlemin bildirilmesinin bir anlamı yoktur. Bununla birlikte, Genelgede bu nitelikteki kişilere de şerh işleminin bildirilmesi yükümlülüğü getirilmiştir. Örneğin; malik olan eşin alacaklılarının taşınmaza haciz koymasında taşınmaza konulacak aile konutu şerhinin, haciz alacaklılarına bir etkisi yoktur. Daha önce belirttiğimiz gibi, İcra ve İflas Kanunu'nda aile konutuna haciz konması yasaklanmadığı gibi, hem haciz işlemi hem de sonrasındaki cebri icra ile satış, diğer eşin rızasına bağlı işlemlerden değildir.

Genelgede, şerhin, ipotek alacaklılarına da bildirilmesi yükümlülüğü getirilmiştir (Genelge md. A/7/2). Aile konutu taşınmaz üzerinde ipotek işlemi, diğer eşin rızasına bağlı işlemlerdir. Aile konutu şerhi, kurucu mahiyette olmadığından, şerh olsun olmasın taşınmaz aile konutu ise, yapılacak ipotek işleminde, Türk Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamında diğer eşin rızası gereklidir. Aile konutu şerhinin işlenmesinden önce, ipotek tesis edilirken, taşınmaz, aile konutu niteliğinde ise, diğer eşin rızasının bulunmaması ipotek alacaklısı için önemlidir. Çünkü diğer eşin rızası alınmadan yapılmış olan ipotek işlemi geçerli değildir ve diğer eş tarafından, ipotek alacaklısına karşı dava açılması ihtimal dâhilindedir. Taşınmazın aile konutu niteliğinde olup olmaması ve özellikle ipotek işlemi sırasında taşınmazın aile konutu niteliği taşıyıp taşımadığı, ipotek alacaklısı bakımından etkili olacağı için ipotek alacaklısı, Türk Medeni Kanununun 1019. maddesi anlamında ilgililer için de yer alır, bir başka deyişle, aile konutu şerhinin ipotek alacaklısına bildirilmesinin bir anlamı vardır.

Aile konutu şerhi verilmesi işlemi gibi, aile konutu şerhinin terkinin işleminin de Türk Medeni Kanununun 1019. maddesi kapsamında ilgililere bildirilmesi yükümlülüğü Genelgede⁹⁵ düzenlenmiştir.

Aile konutu şerhinin, eşlerden herhangi birinin tek taraflı talebiyle terkinin, diğer eşe bildirilmesi gerektiği, Genelgede düzenlenmiştir (Genelge md. A/7/5). Daha öncede belirttiğimiz gibi, Genelge, malik olan eşe, tek başına şerhi terkin ettirme yetkisi vermemiştir. Malik olan eş, ya diğer eşin muvafakatiyle ya da Genelge A/6 maddesi uyarınca yukarıda açıkladığımız gibi, taşınmazın aile konutu niteliğinin bulunmadığını kanıtlayarak (örneğin; kesinleşmiş boşanma kararını ibraz ederek, aile konutu niteliğinin bulunmadığına ilişkin mahkeme kararına dayanarak, yeni bir aile konutu kararlaştırıldığını belgeleyerek vs.) terkinin sağlayabilir. İlk durumdaki terkinde, diğer

⁹⁵ “A/7-Aile konutu şerhi, malik olmayan eşin talebi ile işlenmiş ise, malik olan eşe işlemin sonucundan bildirimde bulunulması,

Üzerinde haciz, tedbir, ipotek vb. kısıt bulunan taşınmaza aile konutu şerhinin işlenmesi durumunda, işlem sonucundan haciz, tedbir ve ipotek alacaklılarına bildirimde bulunulması,

Aile konutu şerhinin, mahkeme ya da icra müdürlüğünün yazısına istinaden terkin edilmesi halinde, malik olmayan eşe işlemin sonucundan bildirimde bulunulması,

Aile konutu şerhi bulunan taşınmaza haciz, tedbir vb. işlenmesi durumunda, işlem sonucundan lehine aile konutu şerhi verilen eşe bildirimde bulunulması,

Ayrıca, aile konutu şerhi eşlerden herhangi birinin tek taraflı talebiyle terkin edilmiş ise diğer eşe işlemin sonucundan Türk Medeni Kanunu'nun 1019. maddesi gereğince bildirimde bulunulması, Gerekmetedir.”

eşin muvafakati bulunduğu terkin işleminin diğer eşe bildirilmesi gerekli değildir. İkinci halde ise, malik olan eş, sadece terkine ilişkin tek taraflı iradesi ile değil, taşınmazın aile konutu niteliğinin bulunmadığını Genelge A/6 hükmünde (mahkeme kararı vs) aranan kanıtları sunarak, terkin işlemini gerçekleştirmektedir. Bu durumda yapılan terkin işleminin ise, diğer eşe bildirilmesi, Türk Medeni Kanununun 1019. maddesi ile getirilen bildirim yükümlülüğünün amacına uygundur⁹⁶. Her ne kadar, örneğin; boşanma kararı ibraz edilerek, bu terkin sağlanmışsa, diğer eşin boşanma kararından haberi olması nedeniyle, bu bildirim anlamsız olacağı düşünülebilirse de gerçek olmayan veya henüz kesinleşmemiş bir boşanma kararı, kesinleşmiş olarak gösterilerek, terkinin sağlanması mümkündür. Bu nedenle, terkin işleminin, diğer eşe bildirilmesi anlamsız olarak görülmemelidir. Sonuç olarak, hükümde yer alan *eşlerden herhangi birinin tek taraflı talebiyle terkin edilmiş* ifadesini, malik olan eşin, Genelge A/6 maddeye dayanarak şerhi terkin ettirmesini de kapsayacak şekilde anlamak, bu durumlarda yapılan terkin işleminin diğer eşe bildirilmesi gerektiği sonucuna ulaşmak isabetli olacaktır.

Malik olan eşin iradi olarak yapmadığı işlemler, yani Türk Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamında diğer eşin rızasına bağlı olmayan işlemler sonucunda, mahkeme ya da icra müdürlüğünün yazısına dayanılarak, aile konutu şerhinin terkinin, diğer eşe bildirilmesi de Genelgenin A/7/4 hükmü ile düzenlenmiştir. Böyle bir terkin işleminin, diğer eşe bildirilmesinin, bu işlemlerin eşin rızasına bağlı olmaması nedeniyle, nasıl bir yarar sağlayacağı tartışılabilir. Çünkü bu işlemler, diğer eşin rızasına bağlı olmadığından⁹⁷ bu işlemler için aile konutu olup olmadığı önem arz etmediği gibi,

⁹⁶ Aile konutu niteliğinin yitirilmesi evliliğin sona ermesine dayandığı hallerde aksi fikir Karşioy- 2. HD E. 2006/9531 K. 2006/17441 T. 12.12.2006 “4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 1019 hükmü “evlilik birliğinin devamı sırasında” gerçekleşen aile konutu şerhi terkinine ilişkindir. Evlilik birliği “son bulmuşsa” malik olmayan eş ya da mirasçılara tebliğ zorunluluğu olmadığı gibi evlilik birliği son bulmuş eş ya da mirasçılarının itiraz hakkından da söz edilemez. Örnek verelim: Eşler arasındaki evlilik birliği malik olmayan eşin ölümü ile son bulmuşsa dava konusu taşınmaz aile konutu özelliğini “ölüm tarihinde” kaybetmiştir. Başka bir anlatımla aile konutuna ilişkin şerh ölüm tarihinde “yolsuz” hale gelmiştir. Sağ kalan malik eş, malik olmayan eşin ölüm kaydını Tapu Sicil Müdürlüğüne ibraz ettiği an aile konutu şerhi terkin edilir. Bu terkin işleminin malik olmayan eşin mirasçılara tebliğ zorunluluğundan söz edilemez. Zira “resmi bir kayıtla” belgelenmiş olduğu için ölüm sebebiyle gerçekleştirilen terkin işlemine mirasçılarının itiraz hakkı bulunmamaktadır.” (www.kazanci.com.tr).

⁹⁷ “İpotekli taşınmazın tapu kaydında aile konutu şerhinin bulunması, ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile yapılan icra takibi sonucu satışına engel teşkil etmez. Takipte taraf

söz konusu işlemler, İcra ve İflas Kanununun kapsamında olup, özellikle bu aşamada yani satışın gerçekleştiği durumlarda, diğer eşin, bu işlemlere karşı bir müdahale imkânı da bulunmamaktadır⁹⁸.

Bununla birlikte, malik olan eşin iradi olarak yapmadığı işlemler, yani Türk Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamında diğer eşin rızasına bağlı olmayan işlemler sonucu taşınmaz üzerine haciz, tedbir vs konulması halinde, bunların, lehine aile konutu şerhi bulunan malik olmayan eşe bildirilmesi gerektiği hükmü kanımızca anlamlıdır (Genelge md. A/7/5). Örneğin; malik olan eşin alacaklılarının, aile konutu olan taşınmaza haciz koydurmaları durumunda, her ne kadar, İcra ve İflas Kanunu kapsamında aile konutuna haciz konulması yasaklanmamış olsa da, İcra ve İflas Kanunu'nun 82. maddesinin 12. bendindeki şartlar⁹⁹ oluşursa, eve haciz koyma yasağı mevcuttur. Haciz işlemine ilişkin itirazları, kural olarak borçlu-malik olan eş yapabilir. Bununla birlikte, Yargıtay aksi görüşte¹⁰⁰ de olsa, doktrinde mes-

olmayan üçüncü kişinin, aile konutu şerhine dayanarak satışın durdurulması isteminde bulunmasına da yasal imkân bulunmamaktadır.” (12. HD E. 2010/29357 K. 2011/10282 T. 31.5.2011 (www.kazanci.com.tr)); “cebri ihaleye dayanan mülkiyet aktarımları da Türk Medeni Kanununun 194/1. maddesi kapsamında bulunmamaktadır. Bu madde, hak sahibi eşin, aile konutuyla ilgili iradi tasarruflarını diğer eşin açık rızasına bağlamış olup, cebri ihale bu hükmün dışındadır.” (2. HD E. 2014/26938 K. 2015/9974 T. 12.5.2015 (www.kazanci.com.tr)); “Aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin iradi tasarruflarını diğer eşin açık rızasına bağlamışsa da, cebri ihaleye dayanan mülkiyet aktarımı kapsamda değildir. Mülkiyeti nakleden cebri ihalenin, davacı eşin açık rızası alınmadan tesis edilmiş olan ipoteğin paraya çevrilmesi suretiyle yapılan takibe dayanıyor olması da, cebri ihaleden önce ipotek hükümsüz kılınmadıkça sonuca etkisi bulunmamaktadır.” (2. HD E. 2015/14523 K. 2015/15481 T. 10.9.2015 (www.kazanci.com.tr))

⁹⁸ Burada özellikle İcra ve İflas Kanununun 134/7 hükmüne göre (“*Satış ilânı tebliğ edilmiş veya satılan malın esaslı vasıflarındaki hataya veya ihale fesada bilâhara vâkıf olunmuşsa şikâyet müddeti ıtıla tarihinden başlar. Şu kadar ki, bu müddet ihaleden itibaren bir seneyi geçemez*”) İcra ve İflas Kanunu md 134'e göre şikâyet imkânı düşümlü olabilir. Yargıtay taşınmazda aile konutu şerhi bulunması halinde diğer eşin, “tapuda ilgili” olarak, İcra ve İflas Kanunu md 134 kapsamında ihalenin feshi şikâyetinde bulunmaya yetkili olduğunu kabul etmektedir “aile konutu ile ilgili sınırlamanın, 3. kişilere karşı hüküm ifade etmesi için, şerh lehtarından tapuya kaydının sağlanması gerekmektedir. Dolayısıyla, şikâyetçi adına aile konutu şerhi henüz tapu kütüğüne işlenmediğinden ve dolayısıyla şikâyetçi İcra ve İflas Kanunu'nun 134. maddesinde belirlenen “tapudaki ilgili” sıfatını taşımadığından ihalenin feshine ilişkin şikâyetinde bulunamaz.” (12. HD E. 2016/11361 K. 2016/16228 T. 8.6.2016 (www.kazanci.com.tr)).

⁹⁹ “12. Borçlunun haline münasip evi” haczolunamaz.

¹⁰⁰ “Şikâyetçinin lehine taşınmaz üzerine aile konutu şerhi verilmiş bulunması, takipte taraf olmayan şikâyetçinin bu hakka dayanarak haczedilmezlik şikâyetinde bulunmasına imkân tanımamaktadır. Taşınmazın aile konutu olması tapu sicilinde maliki olan borç-

keniyet şikâyetinin (evin borçlunun haline münasip ev olması nedeniyle İcra ve İflas Kanununun 82/b.12 hükmü kapsamında haczi kabil olmadığının) aile konutunun haczedilmesinde, diğer aile üyeleri ve özellikle de diğer eş tarafından da kullanılabilmesi kabul edilmektedir¹⁰¹. Buna göre aile konutunun haczedilmesinde malik-borçlu eş, şikâyet hakkını kullanmasa da diğer eş, şikâyet yoluna başvurabilecektir. Diğer eşin, bunu yapabilmesi için hacizden haberdar olması gerekli ve önemlidir. Çünkü borçlunun haciz işlemine karşı şikâyet yoluna başvurması, kural olarak 7 günlük süreye tabidir (İİK md.16)¹⁰². Diğer eş, borçlu ya da alacaklı sıfatı bulunmadığından İcra ve İflas Kanunu bakımından muhatap kabul edilmez. Bu nedenle, İcra ve İflas Kanunu kapsamında herhangi bir tebligat, diğer eşe yapılmaz¹⁰³. Bu nedenle, aile konutu taşınmaza haciz konulduğunun, diğer eşe bildirilmesi, iki imkânı ona tanıdığı için anlamlıdır. İlki, haczi öğrenen eş, borcu ödeyerek haczi kaldırabilir. İkincisi ise, borçlu-malik olan eş, şikâyet yoluna başvurmaya zorlayabilir ya da yukarıda belirttiğimiz gibi doktrinde kabul edilen görüşe göre, diğer eş, kendisi, hacze karşı şikâyet yoluna başvurabilir.

lunun borcundan dolayı alacaklıların yapacakları icra takibi sonucu satışına engel teşkil etmez. Haczedilmezlik şikâyetinin aktif dava ehliyetsizliği nedeniyle reddi gerekir.” (12. HD E. 2009/21405 K. 2010/3267 T. 16.2.2010 (www.kazanci.com.tr)); “İpotekli taşınmazın tapu kaydında aile konutu şerhinin bulunması, ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile yapılan icra takibi sonucu satışına engel teşkil etmez. Takipte taraf olmayan üçüncü kişinin, aile konutu şerhine dayanarak satışın durdurulması isteminde bulunmasına da yasal imkân bulunmamaktadır.” (12. HD E. 2010/29357 K. 2011/10282 T. 31.5.2011 (www.kazanci.com.tr)); **Kuru**, s. 106, dn 7 ve s. 516, dn 58 deki Kararlar.

¹⁰¹ **Dönmez**, Murat: Aile Konutunun Haczi, TBB Dergisi, 2008 (77), s. 352; **Gümüş**, (Şerhler), s. 41; **Şıpka**, s. 118; **Kuru**, Baki: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara 2013, s. 106; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes**, İcra ve İflas Hukuku, Ders Kitabı, İstanbul 2017, s. 156.

¹⁰² Her ne kadar, doktrinde kamu düzenine aykırı olan işlemlere karşı süresiz şikâyet yoluna başvurulabileceği, bu bakımdan İcra ve İflas Kanununun 82. maddeye göre haczi kabil olmayan şeylerin haczedilmesi halinde borçlu için çok gerekli olan ve borçlu için tahammül edilemez bir sonuç yaratacak haller içine İcra ve İflas Kanunu md 82/12 meskeniyet şikâyetinin de girdiği ve icra takibi bitinceye kadar şikâyet yoluna başvurulabileceği kabul eden bir görüş (**Şıpka**, s. 117; **Gümüş**, (Şerhler), s. 41) mevcut olmakla birlikte, aksi yönde yani süresiz şikâyet kapsamına meskeniyet şikâyetinin girmediğine ilişkin görüş de (**Kuru**, s. 516) mevcuttur.

¹⁰³ İcra ve İflas Kanununun yapılacak değişikliklerle diğer eşe de ödeme emri tebligatı yapılmasının zorunlu kılınması görüşü ve İcra ve İflas Kanununun aile konutu haczi durumuna ilişkin korumanın olmaması eleştirisi için bakınız **Şıpka**, s. 115 vd.; aynı yönde **Gümüş**, (Şerhler), s. 41; Bu görüşün eleştirisi için bakınız **Dönmez**, s. 354 vd.

SONUÇ

Aile konutu, eşlerin, ortak yaşamlarının merkezi haline getirdikleri, çocukları ile birlikte barındıkları, acı, tatlı günlerini geçirdikleri, sosyal yaşam ilişkilerinin oluştuğu, maddi manevi olarak bağları olan mekândır. Her iki eşin de olabileceği gibi, fakat çoğunlukla eşlerden birinin aynı veya şahsi hakkına dayalı olarak aile konutundan yararlanılmaktadır. Aile konutunun önemine binaen kaybı durumu, eşler ve çocuklar için katlanılması kolay olmayan sonuçlara neden olabilecektir. Bu nedenle, hak sahibi eşin düşüncesiz davranışlarıyla veya kötü niyetli işlemleriyle aile konutunun kaybedilmesine sebebiyet vermesinin önlenmesi önemlidir. Türk Medeni Kanununun 194. maddesinde hak sahibi olan eşin aile konutu üzerindeki bu hakkını devri ya da kısıtlanmasına ilişkin işlemlerinin geçerli olması, diğer eşin rızasına bağlı kılınmıştır. Böylece, ailenin tüm bireyleri için yaşamsal öneme sahip aile konutu hakkında tek başına inisiyatif sahibi olması önlenmiş ve diğer eşin ve çocukların barınma hakları hukuken güvence altına alınmıştır.

Türk Medeni Kanununun 194. maddesinin 3.fikrasında, aile konutunun eşin maliki olduğu taşınmaz olması halinde, diğer eşe aile konutu şerhi verilmesini talep etme imkânı sağlanmıştır. Türk Medeni Kanununun 194. maddesinde malik olan eşin, aile konutu taşınmazın üzerindeki mülkiyeti, üçüncü kişilere devri ya da bu hakkı kısıtlayıcı işlemleri, diğer eşin rızasına bağlanmıştır. Malik olan eşin, aile konutu taşınmaz ile ilgili bu işlemlerinin, diğer eşin rızasına bağlı olması, aile konutu şerhi verilmiş olmasına bağlı değildir. Bununla birlikte, malik eş, aile konutu taşınmazla ilgili olarak, bu işlemleri, tapuda yaptığında tapu memuru taşınmazın aile konutu niteliğini bilmediğinde, diğer eşin rızasını aramadan söz konusu işlemleri yapabilmektedir. Diğer eşin, rızası olmadan yapılan işlemlere karşı dava açması ve bu işlemleri geçersiz kılması mümkündür. Bununla birlikte, Uygulamada ve doktrinde malik eşle, söz konusu işlemi yapan işlemin diğer tarafı olan kişinin iyiniyetinin Türk Medeni Kanununun 1023. madde kapsamında korunup korunamayacağı tartışmalıdır. Yargıtay'ın iki yönde de kararları mevcuttur. Bu nedenle, böyle bir işleme karşı, diğer eşin, açtığı davada mahkeme, işlemin diğer tarafının iyiniyetinin Türk Medeni Kanununun 1023. maddesi uyarınca korunacağı yönünde karar verirse; diğer eş aile konutuna ilişkin korumadan faydalanmamış, aile konutunu kaybetmiş olacaktır. Bu nedenle, aile konutu şerhinin verilmesi, Türk Medeni Kanununun TMK 194 madde yer alan korumayı etkili hale getirmektedir. Çünkü şerhi gören tapu memuru, diğer eşin rızasını almadan, malik olan eşin bu tür işlem taleplerini kabul etmeyecektir. Türk Medeni Kanununun 194. maddesi ile getirilen korumanın

daha etkili olması için aile konutu şerhi verilmesi prosedürünün kolaylaştırılması, talepte bulunan kişiye, maddi manevi külfet getirmemesi önemlidir. Kanun koyucunun maksadı da bu yöndedir. Bu amacın gerçekleştirilmesine yönelik olarak aile konutu şerhi prosedürünün ayrıntıları 2014/4 sayılı Genelge ile düzenlenmiştir. Amaç bu olsa da, Genelge, şerh verilmesini zorlaştıran, tereddüde mahal veren, Türk Medeni Kanununda getirilen hak ile bağdaşmayan nitelikte hükümler içermesi nedeniyle, bu amacın gerçekleştirilmesini zorlaştırmaktadır. Örneğin Genelgenin A/4/ç maddesi, aile konutu şerhinin işlenmesi için taşınmaz üzerindeki ipoteğin varlığının kabul edilmesini düzenlemektedir. Bu durumda, diğer eş, aile konutu şerhinin işlenmesi için, rızası olmadan aile konutu taşınmaz üzerine malik olan eş tarafından tesis edilen bir ipoteği kabul etmek zorunda kalacaktır. Türk Medeni Kanununun 194. maddesi ve aile konutunun korunması amacıyla bunun bağdaşması mümkün değildir.

TC Başbakanlık Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığının 23.06.2015 tarih 1766 (2015/4) nolu Genelgesi ile 02/07/2015 tarihinden itibaren şerhler elektronik ortamda tutulmaya başlanmıştır. Şerhin işlenmesi için hazırlanmış olan yazılıma bağlı olarak işlemin yapılma gerekliliği, Genelge hükümlerinin Türk Medeni Kanunu madde 194 ve aile konutunun koruma amacına göre yorumlanması imkânını vermemektedir. Bu da durumu zorlaştıran diğer bir noktadır.

KAYNAKÇA

- Acabey**, Mehmet Beşir: Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi, İzmir, 1998.
- Akkanat**, Halil: Tapu Tahsis Belgesinden Kaynaklanan Hukuki Sorunlar, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Cilt I, İstanbul, 2009, s. 233-250.
- Armutçuoğlu**, Can Yalçın: Aile Konutuna Sağlanan Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği, MÜHF-HAD, C. 17, S. 1-2, s. 413-436.
- Ayan**, Serkan: Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004.
- Aybay/Hatemi**, Eşya Hukuku, İstanbul 2012.
- Büyükay**, Yusuf: Yeni Türk Medeni Kanunu'nun 194. Maddesinde Yer Alan Aile Konutuna İlişkin Sınırlamanın Hukuki Niteliği, E-Akademi.Org, Eylül 2006.
- Doğan**, Murat: Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Bir Müessese Aile Konutu, AÜEHFD, Cilt VI, Sayı 1-4, s. 285-300.
- Dönmez**, Murat: Aile Konutunun Haczi, TBB Dergisi, 2008 (77), s. 349-358.
- Dural/Öğüz/Gümüş**, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2019.
- Ertaş**, Şeref: Eşya Hukuku, İzmir 2014.
- Genç Arıdemir**, Arzu: Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün 2002/7 Sayılı, 11.06.2002 Tarihli Genelgenin Aile Konutu Şerhine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, Sayfa 127-148.
- Giray**, Faruk Kerem: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununda Yer Alan "Aile Konutu" Kavramının Kanunlar İhtilafı Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Milletlerarası Özel Hukuku Bülteni, Yıl 23. Sayı 1-2, 2003, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, s. 424-448.
- Gümüş**, M. Alper: Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Ankara 2003, (Şerhler).
- Gümüş**, M. Alper: Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul 2008.
- Günergök**, Özcan: Eşlerden Birinin Mülkiyetindeki Tapuya Kayıtlı Aile Konutu Üzerinde Üçüncü Kişilerin Mülkiyet ve Sınırlı Ayni Hak İktisabı, EHFD. Cilt XIII, Sayı 1-2, 2009, s. 249-281.

- Havutçu**, Ayşe: Evli Kadının Yerleşim Yeri, DEÜHFD, C.VII, S.1, İzmir 2005, s. 29-50.
- Hüseyin**, İhsan: Aile Konutu: Kavram, Üzerindeki Haklar ve Korunması, AÜHFD, 67(3) 2018, s. 577-604.
- Nebioğlu Öner**, Şebnem: Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi, Ankara 2014.
- Nomer/Ergüne**, Eşya Hukuku, İstanbul 2017.
- Kamacı**, Mahmut: Aile Konutu ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla İlgili Tasarruflarına Karşı Diğer Eşin Katılma Hakkı, Y.D. 2004, S. 1-2, s. 113-138, (Aile Konutu).
- Kamacı**, Mahmut: Tapu Kütüğüne “Aile Konutu Şerhi”nin Konulması, Şerhin İşlevi, Geçerlilik Süresi ve Terkini Sorunu, Y.D. 2010 Temmuz, C. 36, S. 3, s. 23-59.
- Karabağ Bulut**, Nil: Aile Konutu Üzerinde İpotek Tesisi, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, Cilt I Eşya Hukuku (20 Ekim 2016), İstanbul 2017, s. 59-85.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Aile Hukuku, Ankara 2015.
- Kuru**, Baki: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara 2013.
- Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, İstanbul 2013.
- Öztan**, Bilge: Aile Hukuku, Ankara 2015.
- Özen**, Burak: Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 2008.
- Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes**, İcra ve İflas Hukuku, Ders Kitabı, İstanbul 2017.
- Serozan**, Rona: Aile Konutunun Şerhine Değişik Bir Yaklaşım, Prof. Dr. Zahit İmre’ye Armağan, İstanbul 2009, s. 279-288.
- Sirmen**, Lale: Eşya Hukuku, Ankara 2018.
- Şıpka**, Şükran: Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, İstanbul 2004.
- Vardar Hamamcıoğlu**, Gülşah: Türk Medeni Kanunu’na Göre Yerleşim Yeri, İstanbul 2009.
- Yağcıoğlu**, Ali Haydar: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı, Güncel, İzmir 2007.