

T.C
KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI

147108

Cengiz SARI

AİLENİN KORUNMASI AMACIYLA EŞLERİN HUKUKSAL İŞLEM
VE TASARRUF EHLİYETİNE GETİRİLEN SINIRLANDIRMALAR

Yüksek Lisans Tezi

TEZ YÖNETİCİSİ:

Doç. Dr. Kürşat Nuri TURANBOY

147108

KIRIKKALE 2004

KİŞİSEL KABUL VE AÇIKLAMA

Yüksek Lisans tezi olarak hazırladığım “Ailenin Korunması Amacıyla Eşlerin Hukuksal İşlem ve Tasarruf Ehliyetine Getirilen Sınırlandırmalar” adlı çalışmamı bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazdığımı, faydalandığım eserlerin bibliyografyada gösterdiklerimden ibaret olduğunu, bunlara atıf yaparak yararlanmış olduğumu belirtir ve bunu şeref ve haysiyetimle doğrularım.

21.09.2004

Cengiz SARI

ÖNSÖZ

Medeni Kanunumuzun yürürlüğe giriş tarihi, henüz çok yeni olduğundan, getirilen yenilikler konusunda, yeteri kadar kaynak eser bulunmamaktadır. Tartışmalı pek çok sorun, hala tam olarak açıklığa kavuşturulmamıştır.

Yeni Medeni Kanunumuzla, ailenin korunması amacıyla, eşlerin hukuksal işlem ehliyetlerinin kısıtlanması bilimsel eserlere ve yargı kararlarına yeni yeni konu olmaktadır. Ancak, Medeni Yasamızdaki pek çok düzenleme İsviçre Hukukundan alındığından, bizde henüz şekillenen sorunlar, İsviçre’de yıllar önce tartışılmış ve bu konular hakkında pek çok bilimsel eser yazılmıştır. Ülkemizdeki, Medeni Kanunla ilgili tartışmalarda ve kaynak kitaplarda bu eserlerden yararlanılmıştır. Bu nedenle tez çalışmamızda, Türk Öğretisindeki görüşleri, İsviçre’deki görüşlerle bağlantılı olarak sunmaya çalıştık.

Tezimizde, eşlerin hukuksal işlem ehliyetinin kısıtlanması konusundaki İsviçre’deki görüşler ve bunların ülkemizdeki değerlendirmeleri ile değişikliklerin, Türk Toplumunun aile yapısının korunmasına ne şekilde katkıda bulunacağı araştırılmıştır.

ÖZET

Medeni Kanunumuzun yürürlüğe giriş tarihi, henüz çok yeni olduğundan, getirilen yenilikler konusunda, yeteri kadar kaynak eser bulunmamaktadır. Tartışmalı pek çok sorun, hala tam olarak açıklığa kavuşturulmamıştır.

Yeni Medeni Kanunumuzla, ailenin korunması amacıyla, eşlerin hukuksal işlem ehliyetlerinin kısıtlanması bilimsel eserlere ve yargı kararlarına yeni yeni konu olmaktadır. Ancak, Medeni Kanunumuzdaki pek çok düzenleme İsviçre Hukukundan alındığından, bizde henüz şekillenen sorunlar, İsviçre'de yıllar önce tartışılmış ve bu konular hakkında çok sayıda bilimsel eser yazılmıştır. Ülkemizdeki, Medeni Kanunla ilgili tartışmalarda ve kaynak kitaplarda bu eserlerden yararlanılmıştır. Bu nedenle tez çalışmamızda, Türk öğretisindeki görüşleri, İsviçre'deki görüşlerle bağlantılı olarak sunmaya çalıştık. Tezde, eşlerin hukuksal işlem ehliyetinin kısıtlanması konusundaki İsviçre'deki görüşler ve bunların ülkemizdeki değerlendirmeleri ile değişikliklerin, Türk Toplumunun aile yapısının korunmasına ne şekilde katkıda bulunacağı araştırılmıştır.

Tez üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde aile konutu ve ev eşyasına ilişkin hukuksal işlemler, ikinci bölümde, evlilik birliğinin korunması amacıyla eşin belirli bir taşınmazı üzerindeki tasarruf yetkisinin kısıtlanması, üçüncü bölümde ise pay devri ile ilgili işlemlerde diğer eşin rızası ve hukuksal işlemin geçerliliğini etkilemeyen rıza konusu incelenmiştir.

ABSTRACT

As it has been a very short time since the Turkish Civil Law began valid, there are few sources available about the new issues. Many of these issues are still under debate and haven't been clarified, yet.

Thorgh new Turkish Civil War, the legal disability of the partners in a marriage has recently been a subject matter for the scientific works or jurisdiction. However many issues which hava been newly appearant for us were debated and became the subject for many scientific works in Switzerland. That's of importance as the very part of our Civil Law was taken from the Swiss Civil Law. Many of these sceintific works, written in Switzerland have also been useful for many debates and source books written in our contry. That's why I tried to present the Turkish Doktirine as related to the Swiss Doctirine I tried to clarify the about the legal disability in Switzerland and in our country. Also tried to illustrate in what ways these changes will these changes will affect and support Turkish familiy life.

My thesis involves three parts. In the first part; I studied the legal issues related with the family residence and property. In the second part; I tried to clarify, with the aim of maintainly family unity, the limitation of the legal authority of the partner over the real estate. Finally, in the third and last part; the willigness of the other partner about the share transfer and the that doesn't affect the legal action was studied.

İÇİNDEKİLER

AILENİN KORUNMASI AMACIYLA EŞLERİN HUKUKSAL İŞLEM VE TASARRUF EHLİYETİNE GETİRİLEN SINIRLANDIRMALAR

GİRİŞ	1
-------	---

I.BÖLÜM

Aile Konutu ve Ev Eşyasına İlişkin Hukuksal İşlemler	
I-Genel Olarak Yasa Maddesinin Amacı (TMK m. 194)	5
II-Aile Konutuna İlişkin İşlemlerde Diğer Eşin Rızasının Hukuki Niteliği	8
III-Aile Konutu Kavramı	22
A- Konut	22
B- Aile	24
IV-Aile Konutunun Belirlenmesi Meselesi	24
V-Aile Konutunun Mülkiyet Durumu	27
A- Aile Konutunun Kiralık Olması	27
1-Genel Olarak	27
2-Aile Konutuna İlişkin Olarak Yapılan Kira Sözleşmesinin Feshi	28
a)Aile Konutuna İlişkin Bir Kira Sözleşmesinin Varlığı	28
b)Aile Konutunun Eşlerden Biri Tarafından Kiralanmış Olması	30
c)Kiracı Eşin Kira Sözleşmesini Feshetmek İstemesi	30
d)Kira Sözleşmesinde Yer Almayan Eşin Açık Rızası	31
3-Tek Taraflı Bir Beyanla Kiracı Sıfatını Taşımayan Eşin Sözleşmeye Dahil Olması	34
B- Aile Konutunun Eşlerden Birinin Mülkiyetinde Olması	35
1-Genel Olarak	35
2-Mülkiyeti Devreden İşlemler	36
3-Aile Konutu Üzerindeki Hakları Sınırlandıran İşlemler	40
4-Aile Konutu Şerhi	43
a)Genel Olarak	43
b)Üçüncü Şahısların İyiniyetinin Korunup Korunmayacağı Sorunu	44
c)Şerhin Yapılması	47
C- Eşlerin Aile Konutu Üzerinde Ferdi Mülkiyetten Başka Bir Hakka Sahip Olması	49
VI-Aile Konutunun Korunma Süresi	51
A-Evlilik Birliğinin Devamı Süresince Durum	51
B-Boşanma Davası Sırasında ve Davadan Sonra	54
C-Eşlerden Birisinin Ölmesi Durumu	58
1-Genel Olarak	58
2-Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde	58
3-Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminde	61
4-Mal Ortaklığı Rejiminde	63
5- Terekenin Paylaşılmasında	63
D-Ayrılık veya Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi Halinde Aile Konutunun Durumu	64
VII- Diğer Eşin Rızası ve Şekli	66

II.BÖLÜM

Evlilik Birliğinin Korunması Amacıyla Eşin Belirli Bir Taşınmazı Üzerindeki Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması(TMK m. 199; İMK m.178)	
I- Genel Olarak	67
II- Yasal Düzenleme ve Gerekçesi	72
III- Türk Medeni Kanununun 199.Maddesinin Amacı	75
IV- Hükmün (TMK m. 199) Uygulanma Şartları	79
A-Eşlerden Birinin Diğer Eşin Belirli Bir Malvarlığı Değerine İlişkin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması Konusunda Talebi	79
B- Eşlerden Birisinin Mal veya Hak sahibi Olması	81
C- Eşlerden Birinin Sahip Olduğu Mal veya Haklar Üzerinde Tasarrufta Bulunma Tehlikesinin Varlığı	82
D- Seçimlik Şartlar	83
1- Ailenin Ekonomik Varlığının Korunması	84
2- Eşlerden Birinin Evlilik Birliğinden Doğan Mali Yükümlülüklerini Yerine Getirmemesi	86
V- Medeni Kanununun 199. Maddesine Göre Yapılacak Sınırlamanın Konusu ve Süresi	90
VI- TMK m. 199'da Öngörülen Tasarruf Yetkisi Sınırlamasının Hukuki Niteliği	93
VII- Rızanın Alınmasının Güvencesi ve Hakimin Alacağı Ek Koruma Önlemleri(TMK m. 199 f. II-III)	98
A- Hakimin Gerekli Önlemleri Alması (TMK m. 199/II)	98
B- Tasarruf Yetkisi Sınırlamasının Tapu Kütüğüne Şerh Edilmesi (TMK m. 199 / III)	101
1- İsviçre Uygulamasında Şerhin Etkisi	101
2- Türk Hukukunda Şerhin Etkisi	102
3- Şerhin Yapılması	106
4- Medeni Kanununun 199/III Maddesine Dayalı Şerh İle Medeni Kanununun 1010/I b.1 Maddesine Dayalı Şerhin Yarışabilirliği Meselesi	110
5- Şerhin Üçüncü Kişilere Etkisi	111
a-)Taşınır Malvarlığı Değerleri Üzerinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının İyiniyetli Üçüncü Kişiler Üzerindeki Etkisi	111
b-) Taşınmaz Malvarlığı Değerleri Üzerinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının İyiniyetli Üçüncü Kişiler Üzerindeki Etkisi	114
6- Şerh Kaydının Terkini	119

III.BÖLÜM

Pay Devri İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası ve Hukuksal İşlemin Geçerliliğini Etkilemeyen Rıza

I- Paylı Mülkiyet Konusu Malda Payın Devri İle İlgili Hukuksal İşlemlerde Diğer Eşin Rızası	122
A- Genel Olarak	122
B- Yasal Şartları	127
C- Rızanın Şekli	131
II- Hukuksal İşlemin Geçerliliğini Etkilemeyen Rıza	131
A-Genel Olarak	131
B-Yasal Düzenleme ve Gerekçesi	132
C-Yasa Maddesinin (TMK m. 229) Amacı	134

D-TMK m. 229'un Uygulama Şartları	134
1- Karşılığı Bulunmayan Bir Kazandırma Yapılmış Olmalıdır	134
2-Yapılan Karşılıksız Kazandırmanın Diğer Eşin Rızası Olmaksızın Yapılmış Olması	134
3- Karşılıksız Kazandırmanın Mal Rejiminin Sona Ermesinden Önceki Bir Yıl İçinde Yapılmış Olması Gerekir	135
E- Hüküm ve Sonuçları	135
SONUÇ	138



KISALTMALAR

AK.	: Avukatlık Kanunu
B	: Baskı
BK.	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CK.	: Ceza Kanunu
E.	: Esas
EMK	: Eski Medeni Kanun
f.	: Fıkra
FSEK.	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD.	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK.	: İsviçre Borçlar Kanunu
İİK.	: İcra İflas Kanunu
İİİK.	: İsviçre İcra İflas Kanunu
İMİK.	: İsviçre Medeni Kanunu
K.	: Karar
m.	: Madde
TMK.	: Türk Medeni Kanunu
s.	: Sayfa
Sa.	: Sayı
TK.	: Tebligat Kanunu
TST.	: Tapu Sicil Tüzüğü
Vb.	: Ve benzeri
Vd.	: Ve devamı
YCD.	: Yargıtay Ceza Dairesi
YHD.	: Yargıtay Hukuk Dairesi
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD.	: Yargıtay Kararlar Dergisi

AİLENİN KORUNMASI AMACIYLA EŞLERİN HUKUKSAL İŞLEM VE TASARRUF EHLİYETİNE GETİRİLEN SINIRLANDIRMALAR

GİRİŞ

Kişilerin, mutlu ve huzurlu bir yuva kurmak amacıyla bir araya gelmelerinden doğan evlilik birliğinin kimi zaman sıkıntılarla karşılaşması, boşanma veya ayrılık gibi sorunlarla sona erme tehlikesine maruz kalması her zaman için mümkündür. Toplum, kişilerin ve aile birliklerinin toplamının oluşturduğu bir bütündür. Bu nedenle, aile birliğinin huzur ve mutlulukla sürmesinde, eşlerin ve çocukların olduğu kadar, bütün toplumun da yararı vardır. Evlilik birliği ne kadar huzur ve mutluluk içinde bulunursa, toplumdaki barış ve huzurda o ölçüde artacaktır. İşte bu nedenle kanun koyucular, tüm dünyada, evlilik birliğini koruyucu düzenlemeler getirmişlerdir. Ülkemizde de, diğer çağdaş ülkelerdeki düzenlemelere paralel olarak, evlilik birliğinin korunması amacıyla, evliliğe kamusal müdahale yapılmasına ilişkin hükümler getirilmiştir. Yargıtay uygulamalarında da, evliliğin devamının kamu düzeni ile doğrudan ilişkili olarak görülmesi nedeniyle, özellikle boşanma davalarında, taraflara dava üzerinde serbestçe hareket etme imkanı tanınmamıştır.

Ailenin korunması görevi öncelikle devlete aittir. Günümüzde birçok sahada olduğu gibi, sosyal yapıdaki olağanüstü gelişmeler ve değişim, eşlerin ve çocukların sorunlarının artmasına ve gittikçe daha çok sıkıntılarla karşılaşmalarına neden olmaktadır. Bu sorunların çözümünde, yargı alanına giren konular bakımından, bir takım yenilikler getirilmesi zorunluluğu karşısında, hakimin evliliği koruma amacıyla kimi önlemleri almasını mümkün kılacak hükümler getirilmiştir.

Medeni Kanun kapsamındaki, 169. madde de belirtilen geçici önlemler dışında, evliliği koruyucu düzenlemeleri, hakimin, re'sen uygulama yetkisi bulunmamaktadır. Bu konuda, eşlerden birisinin talebi olması gerekecektir. Eşlerden başka, bir üçüncü kişinin böyle bir talepte bulunması halinde de söz konusu hükümlerin uygulanması mümkün değildir. Ancak 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunda, ailenin re'sen korunmasına ilişkin hükümler

bulunmaktadır. Söz konusu kanunda, kusurlu eş hakkında kamu hukukuna ilişkin yaptırımlar, bu yaptırımlara uyulmaması halinde ise cezai hükümler öngör÷lmüştür.

Yeni Türk Medeni Kanunu, kadının ve özellikle ailenin korunması açısından evrensel ve ileri düzeyde hükümler getirmiştir. Bu şekilde kanun, ülkemizde Medeni Hukuk alanındaki önemli bir boşluğu doldurmuştur. Kanundaki koruyucu hükümlerin etkin bir şekilde uygulanabilmesi için de bazı önlemler getirilmiştir.

Medeni Kanunun, ailenin korunmasına ilişkin hükümlerinin daha doğru ve yerinde uygulanabilmesi için 09.01.2003 tarihinde aile mahkemeleri kurulmuştur. Bu mahkemeler aile uyuşmazlıkları açısından uzmanlık mahkemeleridir. Aile kurumunun öneminin tüm dünyada daha fazla anlaşılması ve ülkemizde de aile birliğinin korunmasının öncelik kazanmasıyla birlikte, bu uzmanlık mahkemeleri hukuk yaşamımıza girmiştir. Aile Mahkemeleri, bünyesindeki uzman bilirkişiler yardımıyla, evliliğe ilişkin sorunları, kadının ve çocuğun içinde bulunduğu durumu, daha bilimsel ve ayrıntılı olarak inceleyecektir. Bu sayede mümkün olduğunca evlilik birliğinin yaşatılmasına, kadın ve çocukların korunmasına ilişkin çözüm yolları üretilmeye çalışılacaktır. Bu yeni uygulama ile daha önceleri söz konusu olan, ailenin sadece boşanma ve nafaka gibi sorunları ile uğraşan yargı anlayışından vazgeçilmiştir.

Eski Türk Medeni Kanunu'nda geçen ve kadını sınırlı ehliyetliler grubuna soktuğu kabul edilen hükümlerin tamamına yakını kadını kocasına karşı korumak amacıyla kabul edilmişti. Bunlardan bir kısmı kadının ekonomik varlığını korumaya yönelik, bir kısmı ise evlilik birliğinin sorumluluklarını ve yüklerini kocaya bırakmaya yönelik düzenlemelerdi. Bu hükümler, evin reisliğini kocaya veren EMK'nun 152/I maddesi ile başlayan ve bu hükümlerle bağlantılı olarak evlilik birliğinde kocayı ön plana çıkaran EMK'nun 152/II maddesi "evin seçimi kocaya aittir", EMK'nun 159. maddesi "kadın kocanın izni olmaksızın herhangi bir iş ve meslekle uğraşamaz", EMK'nun 262. maddesi "velayetin icrasında babanın oyu üstündür", şeklinde devam eden düzenlemelerdi.

Yeni Medeni Kanunumuzla birlikte, eşler arasında eşitsizlik sonucunu doğuran bu hükümlerin tamamı kaldırılmıştır. Eski Medeni Kanunumuzda, kadın eş açısından eşitsizlik sonucu doğuran, ancak onu korumak amacıyla getirilmiş bu düzenlemeler yerine, Yeni Medeni Kanunumuzda, aileyi daha üst değer olarak kabul eden ve öncelikle korunmasını hedefleyen düzenlemeler yer almıştır. Böylece, evlilik birliği ön plana çıkarılmış ve Anayasasının 41. maddesinde ifadesini bulan, devletin, ailenin korunmasına ilişkin alacağı tedbirlerden bir kısmı somut olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerle eski aile anlayışı değiştirilmiş, eşlerin eşit olduğu prensibine dayalı yeni bir evlilik modeli getirilmiştir. Yeni Medeni Kanunun, eşlere eşit hak ve yükümlülükler getiren emredici hükümleri ile öncelikle evlilik birliği korunmaya çalışılmıştır. Bu düzenlemelerin en önemlilerinden birisi aile konutu ile ilgili olarak getirilendir. Aile konutunun kaybedilmesinin evlilik birliğini sarsan en önemli etkenlerden birisi olduğu tartışmasızdır. Yeni Medeni Kanunumuz, eşlerden birinin paylı mülkiyet konusu olan bir maldaki payı üzerinde hukuksal işlemlerde bulunabilmesi için, aksine de bir anlaşma yoksa, diğer eşin rızası şartını getirmiştir. Ailenin ekonomik geleceğinin korunması amacıyla getirilen düzenlemelerden bir diğeri ise, tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasıdır. Buna göre, hakim, eşlerden birinin istemde bulunması üzerine, bir eşin belli malvarlığı değerleriyle ilgili hukuksal işlemlerde bulunmasını diğer eşin rızasına tabi kılabilecektir.

Yeni Medeni Kanunumuzda, ailenin korunması amacıyla getirilen, bazı hukuksal işlemlerin birlikte yapılmasına ilişkin ilke, evlilik birliğinin devamı açısından büyük önem taşımaktadır. Evlilik birliği için yaşamsal önemi olan bir kısım kararların, eşlerden biri tarafından verilmesi, ailenin varolması amacıyla bağdaşmayacaktır. Kanunda bunun aksinin düzenlendiği haller, eşlerden birinin yapacağı bazı hukuksal işlemlerin, diğer eşin rızasına bağlı olması ile sınırlıdır. Bunlar ailenin huzur ve mutluluğu ile ilgilidir ve cinsiyet ayrımı yapılmamaktadır.

Eşler, evlilik birliği devam ettiği sürece, kural olarak diledikleri hukuksal işlemi yapabileceklerdir. Yeni Türk Medeni Kanunu'nun, 193. maddesinde, hukuksal işlemlerde, sözleşme özgürlüğü ilkesi kabul edilmiştir. Kanun koyucu, bunu kabul ederek, eski kanundaki karının kocaya karşı korunması

anlayışından vazgeçtiğini göstermektedir. Bu ilkenin kabul edilmesinde artık kadınların da erkekler kadar kendi haklarını ve çıkarlarını gözeterek hareket edebilecekleri gerçeği hakim olmuştur. Yeni Medeni Kanunu'nun 193. maddesinin gerekçesinde özetle, eşitlik ilkesinin gereği olarak, kadının bazı hukuksal işlemleri için hakimden izin almasına gerek görülmediği, eşler arasında cebri icra yasağı ve istisnalarını muhafaza etmeye gerek olmadığı, eşlerin birbirlerine karşı borçlarını ifa etmeleri, aksi takdirde bunun sonuçlarına katlanmaları gerekeceği belirtilmiştir.

Yeni Medeni Kanunumuzda, eşlerin birbirleriyle yapacakları hukuksal işlemler ile üçüncü kişiler lehine yapılacak hukuksal işlemlerde sulh hakiminin izninin alınmasına ilişkin eski kanunun 169. maddesi yer almamıştır. Eski Medeni Kanundaki bu hükmün kabul edilmesinde kadınların gerek kocalarıyla, gerekse kocaları lehine üçüncü kişilerle yapacakları hukuksal işlemlerde, eşlerinin baskısı altında kalabilecekleri, bu baskı nedeniyle kendi ekonomik geleceklerini tehlikeye sokabilecekleri düşüncesi etkili olmuştur. Oysa ki bu hüküm, kadını korumak bir yana, aile için sadece gereksiz zaman ve para kaybı olmaktan öteye geçememiştir. Alınacak krediye eşin kefil gösterilmesi durumunda, koca tarafından aile ihtiyaçları gibi soyut bir sebep gösterildiğinde hasımsız olan böyle bir davada hakim bunun aksini nasıl ispatlayabilecektir. Kadının da kefil olmayı istediği bu taleple ilgili ret kararına neyi gerekçe yapabilecektir.

Eşler, kural olarak hukuki işlem ehliyeti açısından tam ehliyetlidirler. Kanunda geçen "aksine hüküm bulunmadıkça" sözü, eşlerin sözleşme serbestliklerinin çeşitli kanuni düzenlemelerle sınırlandırılabilirliği anlamına gelmektedir.

Eşlerin hukuksal işlem yapma özgürlüğünü sınırlandıran düzenlemelerin çoğu emredici hüküm niteliindedir. Bu yüzden eşler, özellikle evliliğin genel hükümleri ile ilgili yasal düzenlemelerin aksini sözleşme ile kararlaştıramazlar. Çünkü, bu hükümlerin çoğu kişiye sıkı surette bağlı haklar içerdiğinden ve kamu düzenine ilişkin olduğundan, bunlardan önceden feragat edilemediği gibi, bunlar devir veya üçüncü kişiye temlik de edilemezler.

I. BÖLÜM

Aile Konutu ve Ev Eşyasına İlişkin Hukuksal İşlemler

I-Genel Olarak Kanun Maddesinin (TMK m. 194) Amacı

Aile konutu ve ev eşyalarının, eşlerin yaşamındaki yeri oldukça büyük ve önemlidir. Eş ve çocuklar için ortak yaşamın merkezi haline gelen ev ve içindeki eşya, aile birliğinin sürdürülmesinde vazgeçilmezdir. KILIÇOĞLU'nun deyimiyle, "eşler yıllarca çoğu zaman çok büyük güçlüklerle edindikleri, zevklerine ve gereksinimlerine göre yerleştirdikleri ev eşyasıyla adeta bir bütün olmuşlar, bunları yaşamlarının bir parçası haline getirmişlerdir."¹ Gerçekten müşterek konutun, ailenin tüm fertleri açısından hem maddi hem de manevi olarak değeri çok büyüktür. Ayrıca uzun yıllar eşlerin beraberce yaşadıkları ortak konutları, onların resmi ve özel haberleşme adresleridir.

Bütün hukuk sistemlerinde, kişilerle konutları arasındaki ilişki koruma altına alınmıştır. Ülkemizde de, hem anayasal anlamada hem de ceza yasası anlamında kişinin temel haklarından sayılan konut hakkı (Anayasanın 21. maddesi) koruma altına alınmıştır. Türk Ceza Yasası'nın 193. maddesinde, kişinin konut dokunulmazlığının ihlali suç sayılmıştır. Kişinin konut dokunulmazlığı, sadece üçüncü kişilere karşı değil devlete karşı da korunmuştur. Ancak Yeni Türk Medeni Yasası'nın 194. maddesinde, eşlerden biri ne devlete karşı ne de üçüncü kişilere karşı korunmaktadır. Aksine, bir eş (ve aile konutu) diğer eşin yaptığı hukuksal işlemlere karşı korunmaktadır. Yasa koyucu bu hükümle ailenin varolabilmesi ve yaşamını sürdürebilmesi için en önemli gereksinimini güvence altına almaktadır.

Türk toplumu için aile konutu, diğer toplumlardakinden çok daha önemli bir yere sahiptir. Türkiye'nin sosyal ve ekonomik yapısı içinde ailelerin bir konut edinme çabası küçümsenmeyecek derecede önemli bir sorundur. Ayrıca aile konutu, çoğu kez kadın eşin çocuklarıyla birlikte sığındığı mekandır. "Aile konutunun herhangi bir şekilde kaybedildiği durumlarda onların sokakta kalmasına yol açılabilir. Zira devletimizin bu tür kadın ve çocuklar için (çok istisnai sayıdaki kadın sığınma evleri dışında)

¹ KILIÇOĞLU, Ahmet: Medeni Kanunumuzun Aile Miras Eşya Hukukuna getirdiği yenilikler, s. 39.

sağlayabileceği bakım ve koruma hemen hemen yok gibidir. Anayasanın 41. maddesine rağmen, devlet böyle etkili bir koruma sağlayabilmiş değildir.”²

Aile konutunun belirttiğimiz bu özellikleri, onun ailenin korunmasında ne kadar önemli bir faktör olduğunu ortaya koymaktadır. “İşte, eşler için bu denli önemli ve duygusal bağları bulunan aile konutu ve ev eşyasının, evlilik devam ederken ayrı yaşamaya karar verildiğinde kime verileceği (TMK m. 197/II.) önem taşıdığı gibi, bir eşin konutla ilgili olarak diğerinin rızası olmadan kira sözleşmesinin feshine tek başına karar verebilmesi ya da konut üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan eşin, bunu diğerinin rızasını almadan devretmesi ya da başka bir hakla sınırlandırması ailenin mutluluk ve geleceğini olumsuz yönde etkiler ve rızası alınmayan eş için telafisi güç zararlara yol açabilir.”³ Eşler ve çocukların yaşantısı bakımından büyük önem taşıyan aile konutu üzerinde aynı ya da şahsi hak sahibi olan eşin, buna ilişkin olarak, tek başına hukuksal işlemler yapabilmesi, ailenin geleceği ve mutluluğu ile bağdaştırılamaz.

Kanun koyucu, yakın zamanda kabul edilen 4421 sayılı Ailenin Korunması Kanunuyla, son zamanlarda ailenin korunmasının toplum açısından ne kadar önem kazandığını göstermiştir. Ailenin korunması zorunluluğu, kanun koyucuyu aile konutu ile ilgili koruyucu düzenlemelere yönlendirmiştir. Ailenin korunması amacıyla getirilmiş olan aile konutu ile ilgili hükümler, aynı zamanda kadın erkek eşitliğinin sağlanması konusunda da önemli bir işlev görmektedir. ÖZDAMAR’a göre, bu hükümle yasa koyucu, her iki eşin de menfaatlerini koruma amacı gütmüştür.⁴ GÜMÜŞ’e göre, TMK’nun 194. maddesi, evlilik birliği ve çocukların varlığını ve dolayısıyla kamusal menfaati ve toplumu koruyan bir hükümdür.⁵ Aile toplumun en küçük yapı taşı olduğuna göre bu tespit çok yerindedir.

4721 sayılı Yeni Medeni Kanun’un kabulü ile, hukuksal anlamda, çok önemli bir adım atılmış ise de, kanunun, ailenin korunması ve kadın erkek eşitliğinin sağlanması konusunda, etkili olduğunu söylemek mümkün değildir. Televizyon programları da dahil olmak üzere tüm yayın organları tarafından

² ŞİPKA, Şükran: Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, s. 53.

³ KILIÇOĞLU, s. 40 .

⁴ ÖZDAMAR, Demet: Türk Hukukunda Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu, s. 235.

⁵ GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Medeni Kanununun Götürdüğü Yeni Şerhler, s. 32.

anlatılan ve özendirilen, mal rejimine ve aile konutuna ilişkin, kadının ve özellikle ailenin korunması amacıyla getirilen yeni düzenlemeler, hala toplumun çok büyük bir bölümü tarafından kabul görmemiştir. Kanunkoyucunun, ailenin korunmasına ilişkin tüm gayretlerine rağmen, 4421 sayılı ailenin korunması kanunu, etkin bir şekilde uygulanamamaktadır. Medeni Kanunun kabul edilmesinden bu yana iki yılı aşkın bir zaman geçmesine rağmen getirilen pek çok yenilik toplumsal yaşamın içine çok fazla girebilmiş değildir. Günlerce yayın organlarında tartışılan ve bilimsel görüşlere çok yoğun bir şekilde konu olan mal rejimine ilişkin olarak dahi İstanbul'da sadece iki bin eşin başvurusu olmuştur. Aile konutuna ve tasarruf sınırlamasına ilişkin tapu dairelerine ve mahkemeye başvuru ise yok denilecek kadar azdır. MOROĞLU'na göre, bunların da çok önemli bir bölümü mal ayrılığını benimseyen varlıklı çiftlerdir. Yani, Eski Medeni Kanunumuzdaki sistemi tercih eden ve yeni kanundan yararlanmak istemeyen boşanma sonrası mali durumunu korumak isteyen eşlerdir. MOROĞLU'na göre, "Mal ayrılığını benimseyenler genellikle her birinin adına şirketi olan ailelerdir. Eşler, ekonomik krizin etkisiyle bunu benimsiyor. Edinilmiş mallara katılım rejimin benimseyenlerse entelektüel kesimden çiftler. Yeni kanun çok anlatılamadı ya da anlaşılamadı."⁶ Eşlerin mal ayrılığı sistemini benimsemekteki asıl amaçları, boşanma sonrası mali durumlarını korumak veya alacaklılardan bu yolla mal kaçırmaktır. Bu durumun ise, kanunkoyucunun elde etmek istediği sonuçla hiç bir ilgisi yoktur.

Kanun koyucunun, kadın ve özellikle ailenin korunması amacıyla getirdiği düzenlemelere, toplumumuzun çok fazla ihtiyacı olduğu bir gerçektir. Özellikle, aile konutuna ilişkin düzenlemeler, ailenin birliği için yaşamsal bir öneme sahiptir. Toplumun eğitim düzeyinin artması ve kent yaşamının daha fazla benimsenmeye başlamasıyla yasanın söz konusu hükümlerinin ailenin korunmasında daha etkin bir rol üstleneceği muhakkaktır. Ancak, İsviçre'de, yaklaşık yirmi yıl önce kabul edilen hükümlerin, ülkemize hala uzak olması toplumumuzun düşündürücü bir gerçeğidir.

⁶ MOROĞLU, Nazan: Eşitlik Getiren Kanun, Milliyet Gazetesi, 8 Aralık 2003, s. 24.

II-Aile Konutuna İlişkin İşlemlerde Diğer Eşin Rızasının Hukuki Niteliği

İsviçre ve Türk öğretisinde, bazı hukuksal işlemlerde, diğer eşin rızasının alınmasına ilişkin düzenlemenin, hukuksal niteliği tartışmalıdır. Bugün için İsviçre Öğretisinde savunulan çoğunluk görüşüne göre, İMK m. 169/TMK m. 194 hükmü, eski İMK m. 177/EMK m. 168 anlamında bir fiil ehliyeti sınırlandırmasıdır.⁷ Ancak eşlerin hukuksal işlem yapma ehliyetine getirilen bu sınırlandırmanın borçlandırıcı işleme mi, yoksa tasarruf işlemine mi ilişkin olduğu konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Aile konutunun devrine ilişkin işlemlerde diğer eşin rızasının borçlandırıcı işlem ehliyetine getirilen bir sınırlandırma olduğunu kabul edenler olduğu gibi, sınırlandırmanın ne borçlandırıcı işlem yapabilme ne de tasarruf işlemi yapabilme yetkisine ilişkin olduğunu, burada aile konutu ile ilgili işlemin hüküm doğurabilmesinin, diğer eşin katılımına veya rızasına bağlanmasının söz konusu olduğunu kabul edenler vardır.⁸

Bir kısım yazarlara göre, İMK'nun 169. maddesi, bir emredici hüküm olarak, ailenin korunması amacıyla, hak sahibi eşin, fiil ehliyetini, gerek borçlandırıcı, gerekse tasarruf işlemleri için sınırlamaktadır.⁹ Zaten İsviçre'de, özellikle, 1984 tarihindeki aile hukukuna ilişkin değişikliklerden sonra, yazarlar, eşleri, sınırlı ehliyetliler başlığı altında incelemeye başlamıştır. "Bu görüşlerin çıkış noktası ise; kanunda belirtilen bazı hukuki işlemlerin geçerliliği için diğer eşin rızasının gerektiği durumlarda, bu rızanın alınmaması halinde, işlemin geçerliliğinin İMK'nun 19/I, 410 ve 411. maddeleri ile aynı olduğu ve bu durumda nasıl ki kanuni temsilcinin izin ya da onayı olmadan yapılan işlem geçersiz ise, eşinin onayını almayan kişinin de yaptığı işlemin geçersiz sayılacağı olgusudur.¹⁰ Bu düşüncenin aksi kabul edilerek, madde salt tasarruf yetkisini sınırlandırıyor olarak görülürse, sadece üçüncü kişilerin korunmasına hizmet edecek ve sonuçta yasanın korumak istediği amaç gerçekleşmeyecektir.

⁷ GÜMÜŞ, s. 42.

⁸ ŞİPKA, s. 4.

⁹ HEGNAUER; BREITSCHMID: Grundriss des Eherechts, 4. Aufl., s. 183; GÜMÜŞ, s. 42.

¹⁰ ŞİPKA, s. 39.

Eşleri sınırlı ehliyetli sayan yazarların bu düşüncelerinin bir dayanağı da İsviçre Medeni Kanunu'nun sistematığıdır. Kanunun (IMK) 168. maddesinde, istisnalar saklı tutularak eşlerin fiil ehliyetine ilişkin ana kuralın konulması ve hemen ardından aile konutuna ilişkin sınırlandırmanın getirilmesiyle eşlerin fiil ehliyetinin sınırlandırıldığı düşünülmüştür. Bu düşünceyi savunanlar ayrıca fiil ehliyeti sınırlamasının genel amacının kişiyi kendi düşüncesiz hareketlerinden korumak olduğunu, IMK'nun 169. maddesinin de bir bütün olarak aileyi koruduğu, bunun içine aile konutu üzerinde hak sahibi eşin de dahil olduğu için söz konusu korumanın onu da ilgilendirdiğini söylemektedirler.¹¹ Buna karşılık maddenin getirdiği sınırlamanın tasarruf yetkisi sınırlaması olarak kabul edildiğinde ise, bu sınırlama üçüncü kişilerin menfaatlerini korumayı hedef aldığından 169. maddenin koruma amacı ile bağdaşmayacaktır.¹²

Eşlerin sınırlı ehliyetli sayılması görüşünü savunanlara göre, ehliyetin sınırlandırılmadığının kabulü halinde, diğer eşin borçlandırıcı işlem ehliyeti olduğundan başka bir deyişle, bir eş, geçerli bir şekilde borçlanabileceğinden, her zaman için işlemin karşı tarafı tarafından ifa baskısı altında tutulabilecektir. Bu durum karşısında aile konutunun yasadan kaynaklanan koruması her zaman tehlike altında kalabilecektir. Muvafakatin verilmemesi durumunda üçüncü kişinin tazminat alacağı doğabilecektir. "Tazminat talebi tehditi karşısında izin verecek olan eşin, muvafakati vermekten kaçınması güç olacaktır. İzin verecek eşin karar verme özgürlüğü kısıtlandığı ölçüde, revizyon kanun koyucusunun düşündüğünün aksine, birlikte söz söyleme / katılma hakkının budanması ile karşılaşılır. Bunun dışında izinden bağımsız borçlandırıcı işlem ve izni gerektiren tasarruf işlemi saydam olmayan bir hukuksal durum yaratabilir."¹³ ŞIPKA'ya göre, tazminat alacağının ödenmemesi durumunda, aile konutunun icra yolu ile satımı tehlikesi ile karşılaşılacaktır. Ona göre, bunun önünde hiçbir hukuksal engel bulunmamaktadır.¹⁴

¹¹ BRAEM; HASENBÖHLER: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, s. 391;

ŞIPKA, s. 40.

¹² ŞIPKA, s. 40.

¹³ GÜMÜŞ, s. 45.

¹⁴ ŞIPKA, s. 41.

Bir kısım yazarlara göre, İMK'nun 169. maddesinin öngördüğü sınırlandırma, ki bu TMK'nunda aile konutuna ilişkin 194. maddedir, tasarruf ehliyeti, başka bir deyişle tasarruf yetkisi sınırlandırmasıdır. Sözü geçen kanun maddesi ailenin vazgeçilemez konut ihtiyacını teminat altına almak için tasarruf ehliyeti sınırlandırmasını yeterli görmektedir. Bu durum diğer eşin rızası koşulu gerçekleşmeden aile konutu üzerinde geçerli bir borçlanmaya imkan tanıyacaktır. Onlara göre, İMK'nun 169. maddesi bir eşin, borç altına girmek suretiyle ailenin ekonomik temelini tehlikeye düşürmesini engellemez.¹⁵ Aile konutunun korunması bu kadar kapsamlı olmayınca, aile konutunun henüz tehlikeye düşmediği durumlarda korumayı borç doğurucu taahhüt işlemlerine yaymaya gerek bulunmamaktadır. Bu görüşteki yazarlara göre "tasarruf ehliyeti, hak üzerinde tasarruf etme ehliyetidir. Ancak tasarruf ehliyeti yokluğu, fiil ehliyeti yokluğu ile karıştırılmamalıdır. Tasarruf ehliyetsizliği mutlak olarak belirli bir kişiye ilişkin olarak değil, bilakis belirli bir malvarlığı değerine ilişkin olarak vardır."¹⁶ Onların kanısına göre, yasanın sistematigine dayanılarak bundan sonuç çıkarmak doğru değildir. İMK'nun eşlerin sözleşme özgürlüğüne ilişkin 168. maddesi yasalarındaki 1984 tarihli değişiklikten sonra önemini yitirmiştir.¹⁷ Bunun dışında, eşlerin hukuksal işlemleri ifadesi, kanun koyucunun belirli bir yöndeki iradesinin anlaşılması için çok genel bir ifadedir. "Bu anlamda bir fiil ehliyeti sınırlaması tesisi için, İMK m. 169'un bütünüyle aileyi koruduğu, bununla birlikte aile konutundaki yetkili (hakta tasarruf eden) eşi dahi koruduğu yönünde ileri sürülen görüşler yanıltıcıdır. Gerçi 169. maddenin bütün bir aileyi, muhtaç oldukları konut alanı içerisinde koruduğu görüşü isabetli olsa bile, m. 169'un maddenin menzili bakımından eş borç altına girmeden korunmaz."¹⁸

ŞİPKA'ya göre, söz konusu düzenlemelerle ne fiil ehliyetine, ne de tasarruf ehliyetine bir sınırlandırma getirilmiş değildir. Ona göre, ortada bir tasarruf yetkisi sınırlandırması mı, yoksa bir fiil ehliyeti sınırlandırması mı olduğu yönündeki tartışmalar boştur. Bazı hukuki işlemlerin hüküm ifade edebilmesi için bazı kişilerin katılımı veya onayı gerekebilir. İMK 169. madde

¹⁵ HAUSHEER; REUSSER; GEISER: Das Eherecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuch, s. 392; GÜMÜŞ, s. 43.

¹⁶ GÜMÜŞ s. 43.

¹⁷ HAUSHEER; REUSSER; GEISER, s. 392; GÜMÜŞ, s. 43.

¹⁸ GÜMÜŞ s. 44.

de bu türden bir durum getirmektedir. Nasıl ki bu tür düzenlemeler fiil ehliyeti sınırlandırması olarak sayılmıyorlarsa, aynı şekilde 169. madde de fiil ehliyeti sınırlandırması sayılamaz.¹⁹

Evliliğe ilişkin yeni düzenlemelerden önce de, diğer eşin rızası koşuluna bağlanmış hukuksal işlemler vardı. İsviçre Hukuku'ndaki taksitli satımlar ve kefalet sözleşmeleri bunun başlıca örneklerindendi. Bu şekilde izin gerekliliği ile diğer eşe bir kısmi bir yetkililik tanınmıştır. Bu durum, geçerlilik şartlarında da görülecektir. Eşlerden birinin rızası olmadan diğerince istenen hukuksal sonuçlar hiçbir şekilde meydana gelmez. Diğer bir söyleyişle, "eylem sahibi eş tarafından planlanan hukuksal işlemin unsurlarına, söz konusu işlemin, bütün hukuksal sonuçlarının doğabilmesi için fazladan bir unsur olarak diğer eşin izni eklenmelidir. Ancak bu izin açıklaması, hiç şüphesiz hukuken var kılıcı bir sonuç olarak (hukuksal işlemi kurucu unsur/olgu) anlaşılmalıdır; daha çok söz konusu izin açıklaması sadece eylem sahibi vasıtasıyla (iradesiyle) gerçekleşen geçerli bir hukuksal yapının şartını (hukuksal işlemdeki tamamlayıcı unsur/olgu) oluşturur."²⁰ Katılım hakkı görüşüne göre, kanun maddesinin amacı, aile konutunu varolan tehlikelerden korumak değil, daha bir tehlike doğmadan aile konutuna bir koruma sağlamaktır. "Bu yasal koruma da temel olarak aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan diğer eşe tanınacak bir katılma - karar verme hakkı ile aile konutunun geleceğini eşlerin birlikte verecekleri karara bağlamış olmaktadır."²¹ Onlara göre, İMK'nun 169. maddesinde getirilen sınırlandırma, tasarruf işlemi kapsadığı gibi aynı zamanda borçlandırıcı işlemi de kapsamalıdır. Aksi takdirde borçlandırıcı işlemi yapan eş (doğacak tazminat borcu karşısında) ifa baskısı altında kalacağından hükmün koruyucu etkisi kalmayacaktır.²²

Özetle İsviçre hukukundaki görüşleri üç ana başlık altında saymamız mümkündür. Bunlardan birincisi eşleri sınırlı ehliyetli olarak kabul eden görüş, ikincisi, evliliğin, eşlerin sadece tasarruf ehliyetini sınırlandırdığına ilişkin görüş ve üçüncüsü daha çok İMK'nun 169. maddesi ve TMK'nun 194.

¹⁹ GÜMÜŞ, s. 41.

²⁰ GÜMÜŞ, s. 45.

²¹ ŞİPKA, s. 42.

²² PIOTET, Paul: La Nature des Regles Protegeant Le Logement Familial Suisse, s.547; ŞİPKA, s. 42.

maddesi açısından, getirilen sınırlamayı, diğer eşin katılma hakkı nedeniyle bir nevi geçerlilik şartı sayan görüştür.

Türk Medeni Kanun'unda yer alan düzenlemelerin tamamına yakını 1984 tarihli İsviçre Medeni Kanunundaki değişikliklerle kabul edilen hükümlerin aynısıdır. Bu nedenle, yeni hükümlerin eşlerin hukuksal işlem özgürlüğünü ne şekilde sınırlandıracağına ilişkin İsviçre'deki tartışmalar, Türkiye'deki bilimsel görüşleri etkilemiştir. Ancak ŞİPKA'nında belirttiği gibi, tartışmalar henüz belirli bir yoğunluk ve olgunluğa ulaşmamıştır. Yazara göre bunun nedeni, Türk Medeni Kanunu'nda yer alan yeni düzenlemelerin, yasanın kabul edilmesinden itibaren (yasanın kabul ediliş tarihi 22 Kasım 2001, yürürlük tarihi ise 1 Ocak 2002 olduğuna göre) yaklaşık 40 gün sonra yürürlüğe girmesidir. Bu nedenle, eşlerin fiil ehliyetinin sınırlandırılıp sınırlandırılmadığına ilişkin meselenin bilimsel tartışmalara ve mahkeme kararlarına henüz konu olmadığını düşünmektedir.²³ İsviçre'de, 1984'de kabul edilen Medeni Kanun'un aile hukukuna ilişkin değişikliklerinin, 1988'de yürürlüğe girmesine kadar geçen süre içinde, bu alanda birçok bilimsel eser ve makale yazılmıştır.²⁴ ŞİPKA, İsviçre öğretisinde eşlerin ehliyetine ilişkin tartışmaların ülkemizde yeteri kadar yer bulamamasının bir nedeni olarak da, yasal mal rejimine ilişkin tartışmaların kamuoyunda, siyasi platformda ve bilimsel alanda yarattığı yoğun tartışmaları göstermiştir.²⁵ Ona göre bu tartışmalar, evliliğin genel hükümlerine ilişkin sınırlandırıcı düzenlemeleri gölgede bırakmıştır.²⁶ Medeni Kanun tasarı aşamasında iken de Meclis Adalet Komisyonu görüşmelerindeki tartışmaların neredeyse tamamına yakını bu konu üzerinde toplanmıştır. Söz konusu görüşmelerde KILIÇOĞLU, tasarının can alıcı noktasının mal rejimleri sorunu olduğunu bu nedenle tartışmaların daha çok bu alanda yapılması gerektiğini belirtmiştir.²⁷

KILIÇOĞLU'na göre, evli kişilerin ya da evli kadının, yapılan gruplandırılarda "sınırlı ehliyetliler" olarak değerlendirilmesi ve buna dayanarak ayırım yapılması isabetli olamaz. Ona göre, Evlilik tam ehliyetli kişiyi sınırlı ehliyetli kişi haline getiren bir değişiklik olarak kabul edilemez.

²³ ŞİPKA, s. 44.

²⁴ ŞİPKA, s. 44.

²⁵ ŞİPKA, s. 44.

²⁶ ŞİPKA, s. 44.

²⁷ Tutanaklarla Türk Medeni Kanunu, Adalet Bakanlığı Yayınları, s. 596.

Evli kadınların sınırlı ehliyetli olduğunun en önemli kanıtı olarak gösterilen EMK'nun 169. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni Medeni Kanununun 193. maddesi açık bir biçimde eşlerin gerek birbirleri ile, gerekse üçüncü kişilerle her türlü hukuksal işlemleri yapabilecekleri konusunda ana kuralı koymuştur. Kanundaki bu kuralın istisnası olan, sınırlı bazı işlemlerin varlığı nedeniyle, eşleri sınırlı ehliyetli olarak kabul etmek doğru değildir.²⁸ Yazar, ayrıca, evli kişilerin ayrı bir ehliyet grubu olarak değerlendirilmesinin yanlış olduğunu, Yeni Türk Medeni Kanununun 194. maddesinde, evli kişilerin ne hukuksal işlem ehliyetine ne de tasarruf ehliyetine getirilen bir sınırlandırma bulunduğunu düşünmektedir. Onun kanısına göre, evli kişilerin, kanunda öngörülen bazı hukuksal işlemlerde tek başına hareket etme özgürlüğü sınırlandırılmıştır. Bunlar, TMK'nun 194. maddesinde, eşler arasındaki mal rejimi ne olursa olsun aile konutu ile ilgili işlemlerde, TMK'nun 223. maddesinde ise, edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerden birinin paylı mülkiyette payı üzerindeki tasarruf işlemlerinde, tek başına hareket özgürlüğünün sınırlandırılmasıdır. Kanunkoyucu 193. maddede, eşlerin her türlü hukuksal işlemleri yapabileceği kuralını koymuş, 194. maddede bu kuralın istisnası olarak, tek başlarına değil, birlikte yapmak zorunda oldukları işlemleri düzenlemiştir. Bu hükme uygun olmayan yapılan hukuksal işlemler, ehliyetsizlik nedeniyle değil, diğer eşin rızasının alınmamış olması nedeniyle geçersizdir.²⁹

KILIÇOĞLU, Yeni Medeni Kanunumuzun, yeni bir sınırlı ehliyetliler grubu yaratmadığına ilişkin bir kanıt daha sunmaktadır. Yazara göre, diğer eşin rızasının aranması sonucunda eşlerin sınırlı ehliyetli hale gelmediği TMK'nun 194. maddesinin 2. fıkrasında açıkça gösterilmektedir. Buna göre, "rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hakim müdahalesini isteyebilir." Anlaşılacağı üzere işlemi yapmak için diğer eşin rızasını alması gereken eş (ve bu rızanın verilmemesi durumunda) mahkemeye başvuracak ve haklı nedenlerini kanıtlaması durumunda, diğer eşin ne işlem den önce rızasını, ne de işlemi yaptıktan sonra muvafakatını almasına gerek kalmayacaktır. KILIÇOĞLU'na göre, evli

²⁸ KILIÇOĞLU, s.36.

²⁹ KILIÇOĞLU, s.36.

kişiler sınırlı ehliyetli hale getirilmiş olsa idi, mahkeme kararıyla, bu işlemi yapmaya ehliyetli sayılan eşin, işlemi yapamaması gerekirdi.³⁰

KILIÇOĞLU, Yeni Medeni Kanununun 199. maddesinin de yeni bir ehliyet sınırlaması getirmediğini ileri sürmekte ancak bunu farklı bir gerekçeye dayandırmaktadır. Kanununun 199. maddesinde, eşlerden birisinin başvurusu üzerine, diğer eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılması düzenlenmektedir. Yazara göre, burada bir kimsenin tasarruf yetkisinin mahkemenin vermiş olduğu bir ihtiyati tedbir kararı (HUMK m. 101 vd.) nedeniyle sınırlandırılmasına benzer bir durum söz konusudur. Mahkemenin tasarruf yetkisini sınırlandıran hükmü, tasarruf yetkisi sınırlandırılan eşi sınırlı ehliyetli bir kişi haline getirmez. Mahkemenin bu kararına rağmen yapılan hukuksal işlem aynen 194. maddede olduğu gibi diğer eşin rızasının bulunmaması nedeniyle geçersiz olacaktır.³¹

ŞİPKA'ya göre, eşlerin hukuksal işlem özgürlüklerinin kısıtlanmasının temelinde yatan düşünce, kısıtlanan eşi değil, evlilik birliğini korumak ve ayakta tutabilmektir.³² Gerçekten kanundan doğan ehliyet sınırlandırmalarının amacı sınırlanan kişinin korunması düşüncesidir. Kısıtlanan kişinin korunması ifadesi Türk Medeni Yasası'nın 429. maddesinde açık bir şekilde ifade edilmiştir. Madde "Kısıtlanması için yeterli sebep bulunmamakla beraber korunması bakımından fiil ehliyetinin sınırlandırılması gerekli görülen ergin bir kişiye..."cümlesine yer vererek sınırlandırmaların amacının kişinin bizzat kendisinin korunması amacını ortaya koymaktadır. Hukukumuzda evliliğin tüzel kişiliği olmasa da yasal bir statüsü vardır. ŞİPKA'nın kanısına göre, "kanundan doğan ve genel (ve emredici) hükümlerle düzenlenmiş olan "evlilik birliğini" oluşturan eşler, bu birliğin kurallarına ilişkin bir takım hak ve yükümlülüklerle sahip olacaklardır. Bu hak ve yükümlülükler, Yeni Medeni Kanunumuzun aile hukuku bölümünde her iki eş için eşit olarak düzenlenmiştir. Hukuki işlemlerde eşlerin serbestliği ilkesi de, genel kural olarak MK 193. madde de belirtilmiş, ancak kanundan doğan sınırlandırmalarla, bu serbestliğin kısıtlanabileceğine de yer verilmiştir. Eşlerin hukuki işlem özgürlüğünü kısıtlayan çeşitli yasal düzenlemelerin

³⁰ KILIÇOĞLU, s. 37.

³¹ KILIÇOĞLU, s. 37.

³² ŞİPKA, s. 47.

amacı, diğer eşi ve kural olarak da aile birliğini korumaktır. Bu birlik yasal bir kurumdur. Bu kuruma katılan eşler, birliğin kurallarına da uymakla yükümlüdürler.³³ Ona göre, kişinin kısıtlanmasının nedeni bizzat kendisinin korunmasıdır. Oysa ki, eşlerin hukuki işlem özgürlüklerinin kısıtlanmasının temelinde yatan düşünce, kısıtlanan eşi değil, evlilik birliğini korumak ve ayakta tutabilmektir.³⁴

Bu açıklama karşısında akla şu soru gelmektedir: İşlem özgürlüğü engellenen eşte, kısıtlanarak kendi düşüncesiz hareketlerinden kendisi korunmuş olmuyor mu? Yazarın bu soruya verdiği yanıt olumsuzdur. ŞİPKA'ya göre, kanun koyucunun esas amacı ailenin herhangi bir üyesini korumak değil; ailenin bir kurum olarak bizzat kendisinin korunmasıdır.³⁵

Yazara göre, her ne kadar tüzel kişiliği olmasa da, evliliğin, Medeni Kanun anlamında tanınmış ve korunan bir ortaklık sayılmasında hiçbir engel bulunmamaktadır. "Zira, evlilik dışı birlikte yaşayan kişilerin mali ilişkilerinde, bu ortaklık türünün olduğu kabul ediliyorsa, yasal evlilik durumunda oluşmadığını kabul etmenin mantıklı bir dayanağı yoktur."³⁶ Evlilik birliği, kendine özgü olan yapısıyla bir ortaklık olarak kabul edildiğinde, bu ortaklığın kanundan doğan kuralları vardır. Bu durum karşısında eşler evlilik kurumuna girmeyi tercih ettiklerinde kanunun düzenlediği emredici kurallara da uymak zorundadırlar. Yazara göre, "Nasıl ki eşya hukukunun genel ilkeleri kapsamında, paylı ya da elbirliği mülkiyetinde ortak olan kişiler, bu malvarlığının tümü üzerinde tek başına tasarruf edemiyorlarsa, aile konutunun kaybedilmesi tehlikesine yönelik belirli tasarruflarda da (kanunun tanıdığı katılım hakkı ya da birlikte hak sahipliği nedeniyle) tek başına hareket edemeyecektir."³⁷ (Yukarıda belirttiğimiz gibi bir kısım İsviçreli yazarlar, katılım hakkının yapılan işlemin kurucu unsuru değil, hüküm doğurucu koşulu olduğunu kabul etmektedir.) Bu durum karşısında nasıl ki paydaşların imarlı bir taşınmazlarını kendi aralarında bölmelerinin geçerli olması, belediye encümeninin onayına tabi olması paydaşları sınırlı ehliyetli haline getirmiyorsa, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin diğer eşin

³³ ŞİPKA, s. 46.

³⁴ ŞİPKA, s. 47.

³⁵ ŞİPKA, s. 47.

³⁶ SEROZAN, Rona: Evlilik Dışı Yaşam Beraberliği, s. 16–17; ŞİPKA, 47.

³⁷ ŞİPKA, s. 48.

katılımı olmadan işlem yapamaması durumunun onu sınırlı ehliyetli hale getirmediği kabul edilmelidir. Aynı şekilde, paylı mülkiyette ve iştirak halindeki mülkiyette ortaklar tek başlarına bazı işlemleri yapamamaktadırlar. Bu durumun ise onları sınırlı ehliyetli haline getirdiği düşünülemez.

ŞİPKA, diğer eşin katılma hakkının, geçerlilik koşulu olarak, hukuki işlemin ilk safhasında, yani borçlandırıcı işlem safhasında aranacağını savunmaktadır.³⁸

AKINTÜRK, yeni kanunun 194. ve 199. maddeleri ile evli kişilerin ehliyetine sınırlandırma getirildiğini ileri sürmüştür.³⁹ AKİPEK/AKINTÜRK, bir eserlerinde evli kişileri sınırlı ehliyetliler başlığı altında incelemişlerdir. Ancak onlar, Yeni Medeni Kanundaki hangi düzenlemelerin eşleri sınırlı ehliyetli haline getirdiğini açıkça göstermemiş, eşlere ilişkin hangi kısıtlamaların tasarruf yetkisi kısıtlaması; hangilerinin ise sınırlı ehliyetlilik yaratacağının tartışmaya açık olduğunu yüzeysel olarak belirtmekle yetinmişlerdir.⁴⁰

ÖZTAN'a göre, evli kişinin ehliyeti, sadece eşin, diğer eşin rızasına bağlı olarak yaptığı işlemle ilgili olarak sınırlandırılmıştır. Bunun haricinde, yazara göre, eşin genel olarak fiil ehliyetinin sınırlandırıldığını düşünmek mümkün değildir.⁴¹

OĞUZMAN/SELİÇİ, Yeni Medeni Yasa'nın kabulünden sonra yayımladıkları eserlerinde, TMK m. 194'de öngörülen düzenlemeyi, tasarruf yetkisine ait kısıtlamalar başlığı altında incelemişlerdir.⁴²

Tıpkı OĞUZMAN/SELİÇİ gibi ERTAŞ da, Yeni Medeni Kanunun aile konutuna ilişkin olarak getirdiği düzenlemeleri, Medeni Kanunda düzenlenmiş tasarruf tahditleri başlığı altında saymış ve söz konusu şerhin eşlerin birbirinden bağımsız olarak aile konutu üzerindeki tasarrufunu engellediğini belirtmiştir.⁴³

³⁸ ŞİPKA, s. 49.

³⁹ AKINTÜRK, Turgut: Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 1. Cilt, s. 352-354.

⁴⁰ AKİPEK, Jale G.; AKINTÜRK, Turgut: Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri / Kişiler Hukuku, s. 352-353.

⁴¹ ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, s. 206.

⁴² OĞUZMAN, M. Kemal; SELİÇİ, Özer: Eşya Hukuku, s.177.

⁴³ ERTAŞ, Şeref: Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, s.172.

GÜMÜŞ, söz konusu kısıtlamayı “tasarruf ehliyeti sınırlaması” olarak değil “tasarruf yetkisi sınırlaması” olarak ifade etmeyi yeğlemiştir.⁴⁴ Onun kanısına göre, kanunun getirdiği sınırlandırmalar, özü itibariyle tasarruf yetkisi sınırlandırmasıdır. Bu nedenle, aile konutu üzerinde hak sahibi eşin, üçüncü bir kişi ile akdedeceği ve eşe aile konutu üzerinde yük/sınırlandırma getirme borcu doğuran işlemleri, (borçlandırıcı işlemleri) geçerli olacak; ancak bu borcun ifasına yönelik olarak yapılacak tasarruf işlemleri, bütün geçerlilik şartlarını taşısa bile, tasarruf yetkisi eksikliği nedeniyle “geçersiz” olacaktır. Buradaki geçersizlik de butlan benzeri bir geçersizlik olacaktır.⁴⁵ Bu durum karşısında, aile konutunun satımına ilişkin yapılan sözleşme, diğer eşin de rızası olmamasına rağmen, geçerli olacak, bunun sonucunda her nasılsa tescil yapılmış olsa bile bu mülkiyeti geçirmeyecektir.

Yazar, Yeni Türk Medeni Kanunu’nun, hem aile konutuna ilişkin 194. maddesinin, hem de tasarruf yetkisi sınırlandırmasına ilişkin 199. maddesinin sınırlı ehliyetliliğe yol açmadığını düşünmektedir. Kanunun, sınırlı ehliyetlilik durumu meydana getirmediğini savunan kimi yazarlar gibi GÜMÜŞ, fiil ehliyeti sınırlaması yoluna ancak bir ehliyetli kişinin korunmasını sağlamak için başvurulabileceğini ve bu anlamda aile konutuna ilişkin doğrudan aile konutu üzerinde tasarrufa yetkili olan eşi değil, bilakis rızası alınan eşin vasıtasıyla evlilik birliğini ve en geniş anlamda ailenin korunduğunu düşünmektedir.⁴⁶

GÜMÜŞ, İsviçre’deki bir kısım görüşlere benzer olarak, yasanın kenar başlıklarını dikkate alarak yapılan sistematik yoruma katılmamaktadır. “Çünkü, TMK m. 193, bir sınırlandırmayı değil, EMK’nun 169. maddesinden farklı olarak artık sadece doğal bir olguyu (işlem özgürlüğü) ifade etmektedir. Bu kapsamda TMK m. 193’de yer alan “hukuksal işlem özgürlüğüne” getirilebilecek, yine maddenin öngördüğü “yasal sınırlamaları”, TMK m. 193, EMK m. 169’un negatifiymiş gibi, salt fiil ehliyeti sınırlamalarına özgülemek, artık pek uygun olmasa gerekir. Hukuksal işlem özgürlüğü sınırlaması bir fiil ehliyeti sınırlaması ile gerçekleşebileceği gibi, bir tasarruf yetkisi sınırlaması

⁴⁴ (“tasarruf ehliyeti ifadesi, daha çok fiil ehliyetinin tasarruf işlemleri üzerindeki görünümü şeklinde algılanabilir ve anlamsal karışıklıklara neden olabilir.”) GÜMÜŞ, s. 47.

⁴⁵ GÜMÜŞ, s. 48.

⁴⁶ GÜMÜŞ, s. 48.

veya belirli bir içerik veya amaçla yapılan işlemlerin geçersiz sayılması yoluyla da gerçekleştirilebilir. Bu nedenle de fiil ehliyeti sınırlaması görüşünün reddedilmesi gerekir.”⁴⁷

Yazar, İsviçre’deki bir kısım yazarlarca savunulan Türk Öğretisinde de ŞİPKA tarafından benimsenen “katılma hakkına” ilişkin görüşlere de katılmamaktadır. Onun kanısına göre, TMK m. 194’deki sınırlamayı, katılma hakkı ile ve özellikle TMK m. 186/1’deki ortak konutu seçme hak ve yükümlülüğü ile birlikte değerlendirmek doğru değildir.⁴⁸ Gerçekten yazarın da belirttiği gibi TMK m. 186/1 ile TMK m. 194’de denk hukuksal kurumların düzenlendiği söylenemez. Şüphesiz ki olayların çoğunda (pek çok evlilik birliğinde) TMK m.186/1 ve TMK m. 194’deki konut çakışacaktır. Ancak, eşlerin mesleki nedenlerle veya başka nedenlerle farklı konutlarda ikamet etmeleri mümkündür. Bu durum karşısında bunların sadece birisi aile konutu olabilecektir. Yazara göre, “katılma hakkı ve yükümü, eşler arasındaki bir yönüyle ahlaki - cinsel bağa dayalı bir konutsal ve ekonomik ortaklık olan evlilik birliğine ilişkin olarak ortaklığının (evlilik birliğinin) yönetimini ve gelişimini sağlamak ve korumak için taraflara tanınan yetki ve yükümlülükleri ifade eden bir çerçeve hak olup; ortak konutu seçme hakkı (TMK m. 186/I), giderlere katılma yükümü (TMK m. 186/II) ve evliliği temsil yetkisi (ve bir anlamda yükümü) söz konusu katılma hak ve yükümünün somutlaştırılmış hallerini oluşturur. Bu nedenle katılma hakkı, somut görünümü ile dahi, ortaklara belirli bir hukuksal işlemin tarafı olma hakkını vermez.”⁴⁹

GÜMÜŞ’e göre, verilecek rıza, tasarruf yetkisindeki eksikliği giderici bir olgu, başka bir deyişle, yasal şart olarak nitelendirilmelidir. Çünkü, izin, izne yetkili eşten izni alınmadan aile konutu üzerinde yapılan tasarruf işleminin geçerliliği için gerekli olan tasarruf yetkisine ilişkin eksikliği gidermektedir. Ona göre, kanunda öngörülen izin zorunluluğunun, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin tasarruf yetkisi için sınırlama / tahdit olma gerçeğini ortadan kaldırmayacaktır. Bu bakımdan Medeni Kanunun 194 ve 199. maddeleri arasında bir farkın bulunmadığını düşünmektedir. Onun kanısına göre, bu iki

⁴⁷ GÜMÜŞ, s. 48.

⁴⁸ GÜMÜŞ, s. 48.

⁴⁹ GÜMÜŞ, s. 49.

ayrı hüküm, aynı kumaştan dokunmuştur.⁵⁰ Yazara göre, birincisinde bir önlem olarak tasarruf yetkisi sınırlamasının konusu olan tasarruf işlemleri, doğrudan kanun tarafından belirlenmiş iken, ikincisinde evlilik birliğini korumaya yönelik önlem olarak sınırlandırma konusu tasarruf işlemleri bizzat hakim tarafından somutlaştırılır.⁵¹ Yazarın bu ifadesi karşısında, Yeni Türk Medeni Yasası'nın 194. ve 199. maddelerinin birinin diğerinin özel görünümü olarak kabul edildiğinde, yasanın 199. maddesi, açık bir şekilde tasarruf yetkisi sınırlamasından söz ettiğinden aynı sınırlamayı (ifade tarzını) aile konutuna ilişkin düzenleme (TMK 194. madde) içinde kabul etmek zorunda kalacağız.

Yazar, Türk Öğretisinde, başta ŞİPKA tarafından savunulan, diğer eşin aile konutuna ilişkin borçlandırıcı işlemi yapabilmesi halinde aile konutunun ifa için tazminat borcuyla baskı altına alınacağı görüşüne katılmamaktadır.⁵² Ona göre, TMK'nun 194. maddesi, aile konutunun korunması için tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasını yeterli görmektedir.⁵³ Bu durum karşısında aile konutuna ilişkin, eşin, diğer eşten rıza almadan yaptığı borçlandırıcı işlemden sonra işlem geçerli olacağından tazminat borcuyla karşılaşılmasına bir engel bulunmamaktadır. Yazara göre bu sonuç yadırganmaması gereken bir durumdur. GÜMÜŞ, borçlandırıcı işlemi geçersiz sayarak aile konutunun korunmasını, tek başına Nasrettin Hoca'nın üç tarafı açık, fakat kapısında kocaman bir kilit olan türbesinin sağladığı korumaya benzetmektedir. Yazar devamla görüşünü şu şekilde savunmaktadır. "İzin eksikliğinin bir an için borçlandırıcı işlemleri de geçersiz kıldığını varsayalım. Bu durumda salt aile konutuna ilişkin borçlandırıcı işlemler geçersiz kılınacak, fakat konusunun aile konutunun oluşturmadığı her türlü borçlandırıcı işlemlerde, borçlu eşin borcunu ifa etmemesi durumunda doğacak tazminat alacağı için aile konutuna el atma olanağı her zaman için varolacaktır."⁵⁴ Gerçekten Medeni Kanun, eşlerin diğer borçları için, aile konutunun cebri icraya maruz kalmasını engellemez. Ailenin herhangi bir nedenle ekonomik durumunun bozulmasıyla, aile konutu üzerine haciz konulmasının hiçbir engeli

⁵⁰ GÜMÜŞ, s. 49.

⁵¹ GÜMÜŞ, s. 49.

⁵² ŞİPKA, s. 41.

⁵³ GÜMÜŞ, s. 50.

⁵⁴ GÜMÜŞ, s. 50.

bulunmamaktadır. Zira, TMK'nun 194. maddesi eşlerin borçlanmalarını engellemez. Ona göre, aile konutunun korunması bu kadar kapsamlı olmayınca, aile konutunun henüz tehlikeye düşmediği durumlarda korumayı borç doğurucu taahhüt işlemlerine yaymaya gerek bulunmamaktadır.⁵⁵

Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü, yayımlayarak taşradaki müdürlüklerine gönderdiği genelgesinde, aile konutu şerhi bulunan taşınmazların eşlerin rızası bulunmadıkça tapu kütüğü üzerinde tasarrufi taleplerin karşılanmamasını duyurmuştur.⁵⁶ Bu genelgeyle Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün sınırlandırmayı sadece tasarruf işlemleriyle sınırlı tuttuğu anlaşılmaktadır.

Özellikle taahhüt işlemlerinin (Borçlandırıcı işlemlerin) yapıldığı yer olan noterlere ilişkin, noterler birliğinin yayımladığı bir genel yazıda ise "Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinde aile konutu düzenlenmiş ve evlilik birliğinin korunması amacıyla aile konutu ile ilgili bazı önemli hukuki işlemler diğer eşin rızasına bağlanmıştır. Bunlar aile konutu ile ilgili kira sözleşmesinin feshi, aile konutunun başkasına devri veya aile konutu üzerindeki hakları başka haklarla sınırlandırıcı işlemlerdir. Buna göre, eşin rızası olmadan bu işlem noterde yapılmış olsa bile geçersiz sayılacağı düşünülmektedir. Bu nedenle, noter bunun aile konutu ile ilgili olduğunu bilmiyorsa sözü geçen işlemleri yapabilir. Ancak bu, sözü edilen işlemin geçerli olduğu sonucunu doğurmaz. Noter tarafından yapılmasına rağmen bu işlem, rızası alınmayan eş için geçerli olmayacaktır. Noterlerin söz konusu işlemin aile konutu ile ilgili olup olmadığını araştırma yükümlülükleri yoktur. Ancak noter, bu işlemin aile konutu ile ilgili olduğunu biliyorsa diğer eşin rızası olmadığı takdirde işlemin geçerli olmayacağını düşünerek bu işlemi yapmamalıdır. Ayrıca, aynı maddenin 3. fıkrasına göre, aile konutu olarak tahsis edilen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini de isteyebilecektir."⁵⁷ Bu yazıya göre, Noterler Birliğinin, borçlandırıcı işlemlerde rızanın aranacağını düşündüğü görülmektedir.

⁵⁵ GÜMÜŞ, s. 50.

⁵⁶ Tapu ve Kadastro Müdürlüğü'nün 01.06.2002 tarih ve 2002/7 numaralı genelgesi

⁵⁷ Türkiye Noterler Birliği'nin 28.01.2002 tarih 1661 sayılı Genel Yazısı, 2002 yılına ilişkin genelgeler, Noterler Birliği Yayını, III numaralı başlık, s. 200.

Görüldüğü üzere, ne öğretide ne de uygulamada eşlerin (özellikle ehliyetlilik durumuna ilişkin olarak) ne şekilde sınırlandırıldığına ilişkin olarak görüş birliği bulunmamaktadır. Ancak yeni bir sınırlı ehliyetlilik mi yaratıldı tartışmaları bir yana bırakılırsa, eşlerin rızasının daha taahhüt işlemi aşamasında aranması gerektiğine ilişkin görüş (gerek katılım hakkı görüşünü savunanlar gerekse sınırlı ehliyetlilik yaratıldı görüşünü savunanlar bu konuda hemfikirdirler) daha ağırlıklı olarak savunulmaktadır. Zaten sınırlı ehliyetlilik yaratılıp yaratılmadığına ilişkin tartışmalar, aslında rızanın hangi aşamada aranması gerektiği sorununu çözmeye yönelik tartışmalardır. Belirttiğimiz gibi bu konuda noterler birliği ve tapu daireleri arasında bile görüş birliği bulunmamaktadır. Uygulamadaki çelişki Yargıtay içtihatlarıyla giderilebilecek türdendir. Ancak yasa henüz çok yeni olduğundan sorun henüz Yargıtay kararlarına konu olmamıştır.

Rızanın borçlandırıcı (taahhüt) işlem aşamasında aranması yolu ile aile konutu üzerinde daha fazla koruma sağlanacağı açıktır. Yasanın amacı ailenin ve aile konutunun korunması olduğuna göre, öğretide de baskın olan iznin borçlandırıcı işlem aşamasında aranması görüşü doğrultusunda uygulama yapılması doğru olacaktır. Başta GÜMÜŞ olmak üzere, bir kısım yazarlar tarafından aile konutunun her zaman tehdit altında olduğuna ilişkin yaklaşımla⁵⁸ borçlandırıcı işlem aşamasında aranan rızanın da aile konutunu korumayacağına ilişkin görüşün doğru olmadığı kanısındayım. Elbette ekonomik durumu kötü olan ailenin konutunu, maddi nedenlerle satımı tehlikesine karşı korumak güçtür. Ancak yasal imkanlar dahilinde en fazla koruma sağlayan düşüncenin benimsenmesi gerekmektedir. Yeni Medeni Yasanın amacı da budur. Rızanın taahhüt işlemi aşamasında aranmasının tasarruf işlemi aşamasında aranmasına göre aile konutu üzerinde (ve işleminden korunacak eş üzerinde) daha fazla koruma sağlayacağı açıktır.

Hemen belirtelim ki, diğer eşin rızası önceden verilecek bir onayla olabileceği gibi sonradan verilecek icazetle de olabilir. Ancak yasa hükmünde öngörüldüğü gibi rıza açık olmalıdır. Rıza için başkaca bir şekil şartı

⁵⁸ GÜMÜŞ, s. 51.

öngörölmüş değildir. KILIÇOĞLU'nun belirttiği gibi zımni ya da delalet edici davranışlardan çıkartılan rıza hukuksal işleme geçerlilik sağlamayacaktır.⁵⁹

III-Aile Konutu Kavramı

Aile konutu kavramı, İsviçre Hukukundan alınarak Türk Hukukuna kazandırılmış olan yeni bir kurumdur. Bu kurum sadece Türk Aile Hukuku alanındaki değil Türk Miras Hukuk alanında da yeni bir kurumdur. (TMK m. 652.)

AKINTÜRK'e göre, bir yerin aile konutu sayılabilmesi için eşlerce beraberce seçilmesi varsa çocuklarla birlikte eylemli olarak kullanılması gerekmektedir.⁶⁰ Aile konutunu düzenleyen TMK 194. maddesinin gerekçesinde aile konutunun tanımı yapılmıştır. Buna göre "Aile konutu eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır."⁶¹ Bu tanımdan anlaşılacağı üzere aile konutu iki unsurdan oluşmaktadır. Bunlardan birincisi konut, ikincisi aile unsurudur.

A- Konut

Konut, sözlük anlamı olarak, ev, içinde oturan bina veya barınak demektir. Bu anlamda konut, sürekli oturmak için kalınan yer anlamında olan ikametgah kavramından farklıdır. Çünkü konut, her zaman sürekli kalma niyetiyle oturan yer olmayabilecektir. "Konut; devamlı veya geçici olarak, kişilerin yerleşmek ve barınmak amacıyla oturmalarına elverişli yerlerdir."⁶² Uygulamada da konutun geçici olarak yerleşilen ve barınılan yerler olabileceği kabul edilmiştir.⁶³ Bununla birlikte AKINTÜRK'ün de belirttiği gibi, bir konutun, aile konutu olması için o yerde düzenli olarak oturulması gerekir. Ancak bu düzenli oturmanın, o yerin ikametgah sayılması derecesinde olmasında zorunluluk bulunmamaktadır. Yazara göre, geçiciliği çok belirgin olan "zaman zaman veya hafta sonlarında ya da yaz tatillerinde oturan dağ

⁵⁹ KILIÇOĞLU, s. 37.

⁶⁰ AKINTÜRK, s. 114.

⁶¹ TMK'nun 194. maddesi gerekçesi Adalet Bakanlığı Yayını, s. 382.

⁶² PARLAR, Ali; HATİPOĞLU, Muzaffer: Uygulamada Sulh Ceza Davaları, s. 282.

⁶³ Yargıtay, 4.CD. 15.04.1999, 573 - 4660 E/K (Yayımlanmamış Karar)

evleri ile yazlıklar ile tarımsal faaliyetlerin yürütüldüğü aylarda kaldıkları bağ, bahçe ve çiftlik evlerini aile konutu olarak nitelendirmek mümkün değildir.”⁶⁴

Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü, 11.06.2002 tarih 7 numaralı genelgesinin 3. maddesinde aile konutunu şu şekilde açıklamıştır. “Aile konutu, eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği ve düzenli yerleşim amacıyla kullandıkları mekanları ifade ettiğinden, zaman zaman ya da hafta sonu kullanmak amacıyla edinilen yazlık konut, dağ evi gibi konutlar Türk Medeni Kanunu’nun 194’üncü maddesi kapsamına girmez”⁶⁵

Yargıtay, İkinci Hukuk Dairesi’nin, bir kararında, yazlık konut, ailenin tatil ihtiyacını karşılamak amacıyla edinildiğinden ve bütün yaşam faaliyetlerinin gerçekleştiği yer olmadığından aile konutu sayılmamıştır.⁶⁶

ŞİPKA’ya göre, konut her zaman bir bina olmayabilir. “kişinin barınmasına elverişli ve sürekli olmasa da yerleşme amacıyla kullandığı çeşitli taşınır ya da taşınmaz bölümler konut olarak nitelenebilir. Örneğin otel odası, kulübe, gemi kamarası, mavna, kayık v.b. yerler de konut olarak kabul edilmektedir.”⁶⁷ Bazı Yargıtay kararlarında kimi durumlarda çadır da konut olarak kabul edilmiştir.⁶⁸

İPEKÇİ, bu konuda ŞİPKA’nın görüşlerine katılmamaktadır. Onun kanısına göre “ŞİPKA’nın görüşü, 7201 ve 4289 sayılı Tebligat Yasası’nın terimlediği ve gözettiği “yerleşim yeri” ilkesine kökünden aykırıdır. Çünkü, yerleşim yeri tespit edilirken devamlılık aranır, karşıtı olsaydı eşlerin son altı aydan beri oturdukları yer mahkemesi yetkili sayılmazdı.”⁶⁹ Yazar bu eleştirisini, otel odası ya da kulübe gibi yerleri geçici oturulan yerler sayması üzerinde temellendirmiştir. Oysa ki ŞİPKA bu türden yerlerin ancak düzenli olarak oturduklarında aile konutu sayılacağını belirtmiştir. Zaten ŞİPKA bir gecelik kalınan bir otel odasını ya da bir kaç gün oturulan barakayı aile konutu saymamaktadır. ŞİPKA, bu konuda KILIÇOĞLU gibi düzenli oturma şartını aramaktadır.

⁶⁴ AKINTÜRK, s.114.

⁶⁵ Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Genelgesi, 2002/7 madde 3.

⁶⁶ Yargıtay 2. HD 27.03.2003 T; 2003/03071 E 2003/04352 K (Yayımlanmamış Karar)

⁶⁷ ŞİPKA, s. 68.

⁶⁸ Yargıtay 4. CD 28.05.1964 T;1964/2327 E 1964/2354 K (Yayımlanmamış Karar)

⁶⁹ İPEKÇİ, Nizam: Mukayeseli Yeni Medeni Kanun ve Değişikliklerin Kapsamı, s. 128.

KILIÇOĞLU konu ile ilgili olarak bir yerin aile konutu sayılabilmesi için sürekli olarak oturulmasını değil, düzenli olarak kullanılmayı yeterli saymıştır. Düzenli olarak kullanılan kapalı mekanları, diğer koşulları da taşıdığında, aile konutu olarak ifade etmiştir.⁷⁰

B-Aile

Geniş anlamda aile, karı, koca ve çocuklardan oluşan topluluktur. Dar anlamda ise, aile, sadece eşlerden oluşan birliktir. Aile kavramı açıklanırken, aileyi oluşturan fertlerin sayısı dikkate alınarak farklı aile tanımları ve türleri ortaya çıkmıştır. Dar ve geniş anlamda aile ile, çekirdek aile tanımları bu unsurdan kaynaklanmaktadır. Sosyolojik açıdan aile, "genişten çekirdek aileye doğru bir tarihi süreç izlemiştir."⁷¹ Aile konutu, dar anlamda aileyi oluşturan bireylerin düzeni olarak oturdukları yerdir. Zira, çocukların ana babadan ayrı konutta yaşamaları mümkün olduğu gibi, çocuksuz aileler de olabilir. Ancak mutlaka eşler arasında yasal şekle uygun bir evlilik yapılmış olması gerekmektedir. Burada hukuk düzenince tanınmış olan evlilikten söz etmekteyiz. Resmi bir birliktelik yok ise aile konutundan söz edilemez.

İsviçre Federal Mahkemesinin bazı kararlarında, evlilik dışı ilişkiler adi ortaklık olarak kabul edilmektedir. Ancak yine de bu tür ilişkilere aile konutunun korunmasına ilişkin hükümler uygulanmamaktadır. Aynı cinsten olan kişilerin evli gibi bir arada yaşamalarının resmi evlilik olarak (sicile kayıt edilerek) kabul edilmesi konusunda, İsviçre Federal Adalet Bakanlığı'nın hazırladığı bir ön tasarı mevcuttur.⁷² Sözü geçen tasarı yasalaşmış bile olsa yine de istisnai bir durum oluşmayacaktır. Çünkü bu tür evlilikler resmen tanınmış olacağından yani ortada hukuk düzenince kabul edilmiş bir evlilik olacağından aile konutunun korunması için gereken resmi evlilik şartına getirilmiş istisnai bir durum söz konusu olmayacaktır.

IV-Aile Konutunun Belirlenmesi Meselesi

Bir yerin aile konutu olabilmesi için yukarıda belirttiğimiz iki unsurun (konut ve aile) zorunlu olarak bulunması gerekecektir.

⁷⁰ KILIÇOĞLU, s. 41.

⁷¹ AKINTÜRK, s. 5; KÖTELİ, s. 13; VELİDEDEOĞLU, s. 6; SAYMEN/ELBİR, s. 120; FEYZİOĞLU, s. 176; ZEVLİLİLER, Aydın; ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 737 v.d; ŞİPKA, s. 71.

⁷² ŞİPKA, s. 68.

Türk Medeni Kanunu'nun aile konutunu düzenleyen hükümünde ve gerekçesinde aile konutunun belirleyici unsurları gösterilmediğinden öğretideki görüşler ve somut olayın özelliklerine göre bir yerin aile konutu sayılıp sayılmayacağına karar verilecektir.

Hemen belirtelim ki, aile konutu "tek bir konut" olmalıdır. Ancak eşler zorunlu nedenlerle ayrı yaşamak zorunda iseler, ortak yaşamın en fazla yoğunlaştığı yer, aile konutu sayılmalıdır. GÜMÜŞ'ün aile konutunu tanımlarken kullandığı ifade bu durumu doğrulamaktadır. Ona göre, aile konutu, ailenin, yaşam merkezi durumuna gelen, konut olarak kullanılmaya elverişli yerdir.⁷³ Ancak bu şekilde iki ayrı konutta oturuluyorsa sadece çocuklarla oturlan yerin aile konutu sayılması için yeterli olduğu da düşünülmektedir.⁷⁴

ŞİPKA'ya göre, çok ayrıcalıklı durumlarda iki ayrı aile konutu olması mümkündür. Bunun için her iki konutun da aile yaşamı için çok önemli bir yeri olması gerektiğini belirtmektedir.⁷⁵ Yazarın bu görüşünün temelinde bazı İsviçreli yazarların görüşleri yatmaktadır. Onlara göre, eşlerden biri birkaç çocuğunun öğrenimi nedeniyle bir şehirde diğeri ise başka çocuklarının sağlık sorunu nedeniyle farklı bir şehirde oturuyorsa bu durumda ortada iki adet aile konutu olacaktır. Mesleki nedenlerle farklı konutlarda oturulması halini de bu kapsamda değerlendirmekte ve iki ayrı aile konutundan söz etmektedirler.⁷⁶

İPEKÇİ'ye göre, birden fazla konutun aile konutu sayılması mevcut hukuk sistemimiz açısından mümkün değildir. Onun kanısına göre bu fikir tebligatta ikileme yol açacaktır.⁷⁷

KAMACI'ya göre, aile konutu tek olmalıdır. Onun kanısına göre bir yerin aile konutu olup olmadığı objektif kriterlere göre belirlenmelidir. Çünkü, bir yerin aile konutu olup olmadığı sorunu üçüncü kişilerin hukukunu etkileyecektir. Yazara göre sadece eşlerin iradesini esas alan subjektif unsur yeterli olamaz. O yerde fiilen oturuluyor olması, oraya taşınmış olması,

⁷³ GÜMÜŞ, s. 34.

⁷⁴ ŞİPKA, s. 76.

⁷⁵ ŞİPKA, s. 76.

⁷⁶ ŞİPKA, s. 77.

⁷⁷ İPEKÇİ, s. 128.

orada aile yaşamının sürdürülüyor olması gibi objektif unsurlar olmalıdır.⁷⁸ KAMACI'nın bu belirlemesi karşısında objektif kriterlere göre her iki konuttan hangisinde yaşam faaliyetleri daha fazla ise onun aile konutu sayılması gerekecektir.

Medeni Kanununun 194. maddesinin 3. fıkrasında, taşınmazın aile konutu olduğu hususunun tapuya şerh edilebileceği öngörülmüştür. Acaba iki ayrı taşınmazın tapuya aile konutu olarak tescil edilmesi mümkün müdür? GÜMÜŞ'ün, bir evlilik ilişkisi bakımından sadece tek bir aile konutu olabileceğini düşündüğünden dolayı, bu soruya verdiği cevap olumsuzdur. Eğer birden fazla taşınmaz için aile konutu şerhi konulmuş ise, bu şerhlerden, maddi unsurları içeren, yani eşlerin fiilen aile konutu olarak kullandıkları taşınmaz üzerindeki şerh geçerli olup; yolsuz şerh; tapu kütüğünden terkin olunur.⁷⁹ Ancak belirttiğimiz gibi ŞİPKA çok istisnai durumlarda birden fazla aile konutu şerhini taşıyan taşınmaz olabileceği görüşündedir. Yazar, kimi somut durumlarda, ailenin yaşam merkezinin iki ayrı konutta geçebileceğini düşünmektedir. ŞİPKA, bu durumun nasıl gerçekleşeceğini göstermek için somut örnekler sunmuştur.⁸⁰ Ona göre, eğer böyle birden fazla konutta şerh kaydı varsa, ilgili üçüncü kişilerin (örneğin eşlerden birinin ölümü halinde, onun yasal mirasçıları ile sağ kalan eş arasında; ya MK m. 240 ya da MK m. 652 gereğince aile konutunun paylaşılması meselesinde) bu konutlardan sadece birinin gerçek aile konutu olduğunu ispat etmeleri gerekecektir.⁸¹

İsviçre öğretisinde, MK m.186'da öngörülen birlikte seçilen konut ile aile konutunun her zaman aynı yerler olmayabileceği ileri sürülmektedir. Onların

⁷⁸ KAMACI, Mahmut: Yargıtay Dergisi Ocak – Nisan 2004, s.113-118.

⁷⁹ GÜMÜŞ, s. 67.

⁸⁰ (Örnek 1: Ali Bey, işi gereği Ankara'da ailesi ile birlikte oturabilecekleri bir konut alır ve tüm aile buraya yerleşir. Ancak birkaç yıl sonra büyük çocukları Erkan'ın İstanbul'daki bir üniversitede okuma hakkı elde etmesi üzerine, Ali Bey'in eşi Esin Hanım, İstanbul'da ailesinden kendisine miras yolu ile kalan konutundaki kiracısını çıkarır ve oğlu Erkan ile eve taşınırlar. Bu arada lisede okuyan kızları Ece, Ankara'da babası ile kalır. Aile hafta sonları ya Ankara'da ya da İstanbul'daki konutta bir araya gelmektedirler. Bu arada Ali Bey de, İstanbul'da çalışmak ve oraya yerleşmek için girişimlerde bulunmaktadır.

Örnek 2 : Her ikisi de emekli olan Zafer Bey ve Saadet Hanım, yılın 6 ayını (kışın) İstanbul'daki evlerinde, diğer bölümünü de (bahar ve yaz) Bodrum'daki evlerinde geçirmektedirler. Saadet Hanım'ın kalp hastası olması nedeniyle doktoru, yazın İstanbul'un nemli ve sıcak havasından uzaklaşmasını önermektedir. Ayrıca Bodrum, Zafer Bey'in romatizmal ağrılarına iyi gelmektedir.) ŞİPKA, s. 80.

⁸¹ ŞİPKA, s. 72.

kanısına göre birlikte seçilen konut aile konutu olmada önemli bir kanıt olsa da bu durum aile konutu olmada tek başına yeterli değildir. Çünkü aile konutu ile ilgili işlemlerde diğer eşin açık rızası aranmaktadır. Oysa ki MK m. 186 anlamında bir ortak konutun belirlenmesinde eşlerin bu şekilde açık rızaları değil her türlü rıza yeterli sayılmıştır.⁸²

Hemen belirtelim ki, bir yerin aile konutu sayılabilmesi için, konut üzerindeki hakkın türü, konut üzerinde hangi mal rejiminin bulunduğu ya da konutun nasıl kazanıldığıнын bir önemi bulunmamaktadır. ŞİPKA'nın da belirttiği gibi önemli olan husus, hak sahibi olan eşin o konutta eşini ve ailesini oturtma ve barındırmasının hukuka uygun bir nedene dayanmasıdır. "Yani eşlerden birinin ya da her ikisinin aile konutu olarak kullandıkları yerde üstün bir hakları olmalıdır. Bu nedenle hukuka aykırı olarak kullanılan bir konut, aile konutu olarak 194. madde kapsamında korunmayacaktır."⁸³

Hak sahibi olan eşin mesleki faaliyetlerini sürdürdüğü yerler, konut niteliğinde bile olsalar, aile konutu korumasından yararlanamazlar. Acaba hem aile konutu olan hem de işyeri olarak kullanılan yerler yasanın 194. maddesinde geçen korumadan yararlanabilecekler midir? İsviçre Öğretisinde bu durumda, diğer eşin oturma hakkı engellendiğinden rızanın aranması gerektiği düşünülmektedir. Bu düşünce Türk Öğretisinde ŞİPKA tarafından kabul görmektedir. Ona göre, "öncelikle korunacak olan menfaat diğer eş ve çocuklar olmalıdır. Eğer hak sahibi eş ticari işletmesinin bir bölümünü ailesine tahsis etmiş ve onları orada barındırıyorsa, artık onların bu barınma haklarını herhangi bir şekilde garanti altına almadan, işyerini diğer eşin rızası olmaksızın devredememelidir."⁸⁴

V- Aile Konutunun Mülkiyet Durumu

A- Aile Konutunun Kiralık Olması

1-Genel Olarak

Bir yerin aile konutu sayılabilmesi için, hak sahibi olan eşin, o konutta eşini ve ailesini oturtma ve barındırmasının hukuka uygun bir nedene

⁸² ŞİPKA, s. 77.

⁸³ ŞİPKA, s. 79.

⁸⁴ ŞİPKA, s. 84.

dayanması gerekir. Hukuka aykırı olarak kullanılan bir konut TMK 194. maddenin sağladığı korumadan yararlanamayacaktır.⁸⁵

Aile konutu çoğu kez eşlerden sadece biri tarafından kiralanmaktadır. Yeni Medeni Yasanın kabulünden önce diğer eşin, sözleşmede taraf olarak bulunmadığından, kira sözleşmesi üzerinde hiçbir hakkı bulunmamaktaydı. Bu durum sözleşmenin nisbiliği ilkesinin doğal bir sonucudur. Ancak yukarıda sözünü ettiğimiz gibi, aile birliğinin devamı açısından bu derece önemli olan aile konutu üzerinde, yaşamda kader birliği etmiş eşlerden sadece birinin diğerinin rızasını almadan keyfi tasarrufta bulunması doğru karşılanamaz. İşte bu nedenle yasanın deyişiyle “eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz” (TMK m. 194/1) Bu hüküm sayesinde eşlerin ve diğer aile fertlerinin bir çatı altında güvenle yaşamalarına önemli bir katkıda bulunulmuştur.

2-Aile Konutuna İlişkin Olarak Yapılan Kira Sözleşmesinin Feshi

Eşlerden birisinin, keyfi nedenlerle kira sözleşmesinin feshedilmesine karşı çıkmasına yasa izin vermemektedir. Medeni Yasanın 194/2. maddesine göre, bu durumda rızayı alamayan eş hakim müdahalesini isteyebilecektir. Hem aile konutunu kiralamış olan eşe, hem konutun maliki olan eşe hakim müdahalesini isteme hakkının tanınmış olması, son derece isabetlidir. AKINTÜRK'ün de belirttiği gibi böylece hakime diğer eşin rıza verip vermeme konusunda hakkını kötüye kullanmasını engelleme imkanı sağlanmıştır.⁸⁶

Aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinin diğer eşin rızasıyla feshedilebilmesi için bazı koşullar gerekir bunlar:

a) Aile Konutuna İlişkin Bir Kira Sözleşmesinin Varlığı

Borçlar Yasası'nın 242 vd. ve 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun hükümlerine uygun olarak akdedilmiş bir kira sözleşmesi olmalıdır. Ortada böyle bir sözleşme yok ise diğer eşin rızası aranması koşulu gerekmeyecektir. Eğer, aile konutu herhangi bir kamu kurumu veya bir işveren tarafından, iş sözleşmesi gereğince verilmiş ise belirttiğimiz yasalar

⁸⁵ KAMACI, s. 117.

⁸⁶ AKINTÜRK, s.116.

anlamında bir kira sözleşmesi olmayacağından, TMK 194. maddesinin bir işlevi olmayacaktır. ŞİPKA bu durumun, bir eşin iş bulma ve çalışma özgürlüğünün, bir kişisel hak olarak aile konutunun korunmasından daha öncelikli sayılması zorunluluğundan kaynaklandığını düşünmektedir. Ona göre, "Aksine bir durum, hizmet sözleşmesini feshetmek isteyen eşin bu fesih ile birlikte aile konutu olan lojman hakkını da kaybedecek olması dolayısıyla, bu iş sözleşmesini feshetme hakkının, diğer eşin rızasına bağlı olacağı sonucunu yaratır. Bu durum ise, bir kişinin çalışma özgürlüğüne müdahale anlamına gelir."⁸⁷ Bu konunun en tipik örneği kapıcı konutlarıdır. Konutun aileye tahsisi kapıcılık sözleşmesi gereği olduğundan sözleşmenin feshi halinde kapıcı konutunun tahliyesi gerekecektir. Kapıcı sözleşmesinin feshi için diğer eşin rızası şartının aranması çalışma özgürlüğünün sınırlandırılması demek olacaktır.

ŞİPKA'ya göre, hizmet sözleşmesi sonucunda, işveren tarafından işçiye düşük bir bedel karşılığı kira sözleşmesi ile konut sağlanması söz konusu olduğunda, bu kira sözleşmesinin feshinde yine 194. maddenin uygulanma olasılığı olabilecektir. Eğer kira sözleşmesinin feshi, aynı zamanda iş sözleşmesinin feshi sonucuna bağlı ise; bu takdirde, diğer eşin rızası gerekmemelidir. Buna karşılık eş, iş sözleşmesini feshetmeden, sadece konuttan çıkmak için kira sözleşmesini feshederse, bu durumda diğer eşin rızası aranmalıdır.⁸⁸ Böyle somut olaylarda, kira sözleşmesinin yapılan hizmet sözleşmesinden ne derece bağımsız olduğuna bakmak gerekecektir.

Eşlerden birisi tarafından imzalanan kira sözleşmesinin ne zaman yapıldığının hiçbir önemi yoktur. Önemli olan husus, kira sözleşmesini yapan eşin kiralamaya konu olan konutu aileye tahsis etmesi ve aile konutu haline dönüştürmüş olmasıdır.⁸⁹ Diğer eşin rızası Yeni Medeni Kanunun kabulünden önce akdedilen kira sözleşmelerinin feshinde de aranacaktır. Bu durum Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 3. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Maddeye göre, "içerikleri tarafların istek ve iradeleri gözetilmeksizin doğrudan doğruya kanunla belirlenmiş işlem ve ilişkilere, bunlar Türk Medeni Kanununun yürürlüğe

⁸⁷ ŞİPKA, s.110.

⁸⁸ ŞİPKA, s.110.

⁸⁹ KILIÇOĞLU, s.10.

girmesinden önce kurulmuş olsalar bile, bu kanun hükümleri uygulanır.” Yine aynı kanunun 9/4 maddesine göre “Türk Medeni Kanununun evliliğin genel hükümlerine ilişkin düzenlemeleri, bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olan evlilikler hakkında da geçerlidir”

b)Aile Konutunun Eşlerden Birisi Tarafından Kiralanmış Olması

Medeni Yasanın 194. maddesindeki korumadan aile konutunun yararlanabilmesi için eşlerden sadece birinin kiracılık sıfatını taşıması gerekir. Çünkü, eşlerin her ikisinin de kiracılık sıfatı taşıması durumunda zaten birlikte sorumluluk durumu söz konusu olacaktır. Her iki eşin de kiracılık sıfatını taşıması kira sözleşmesinin eşlerce birlikte imzalanmasıyla oluşabileceği gibi, kiracı olmayan eşin yasanın 194. maddesinin son fıkrası gereği kiracı sıfatı taşımayan eşin kira sözleşmesinin yapılmasından sonra kiralayana yapacağı tek taraflı beyanla da olabilir.

c)Kiracı Eşin Kira Sözleşmesini Feshetmek İstemesi

Kira sözleşmesinin feshinin istenmesi durumunda diğer eşin rızası, ancak kiracı eşin sözleşmenin feshini istemesi durumunda aranacaktır. Kiralayan, kira sözleşmesini yasada belirtilen fesih sebepleri gerçekleştiğinde (temerrüt, yazılı tahliye taahhüdü, ihtiyaç, yeniden imar ve inşa, kiracının aynı şehir ve belediye sınırları içinde oturabileceği konutun bulunması, akde aykırılık vb.) kira sözleşmesini feshedebilir. Kiracı olmayan eşin buna karşı koyması mümkün değildir.⁹⁰ Çünkü, yasanın sözü edilen hükmüyle aile kurumu ve kiracı olmayan eş, kiralayana karşı değil, diğer eşe karşı korunmuştur.

KILIÇOĞLU'na göre, TMK 194. maddesinde geçen fesih sözünü yazılı tahliye taahhüdü verilmesi durumunu da içerir şekilde düşünmek gerekir.⁹¹ Gerçekten yazılı tahliye taahhüdü ile sözleşmenin feshi aynı sonuca yani kiralananın tahliyesi sonucuna yol açacaktır. Çünkü kiralayanın yaptığı yazılı tahliye taahhüdü ile kiralananın belirli bir tarihte tahliye edileceği kabul edilmektedir.

ŞIPKA, İsviçre'deki bilimsel görüşler doğrultusunda, kira sözleşmesini sona erdiren ve tahliye tehlikesi yaratacak olan her türlü hukuksal işlemin

⁹⁰ KILIÇOĞLU, s. 43.

⁹¹ KILIÇOĞLU, s. 44.

diğer eşin rızasına bağlı olmasının kabulünün normun amacına uygun olduğunu düşünmektedir.⁹² Ona göre, kiracı ile ev sahibinin anlaşarak, kira sözleşmelerini sona erdirmeleri, kira sözleşmesi şerhinden feragat edilmesi, açılan tahliye davasını kabul, gibi hukuksal işlemlerde, aile konutunun kaybedilmesi tehlikesini doğuran hukuki işlemler rızaya bağlı sayılmalıdır.⁹³ Kanun koyucunun amacının da bu olduğu açıktır. Çünkü rızanın sadece fesih durumunda aranması hükmün uygulanırlığını daraltacaktır. Kira sözleşmesini, haklı bir nedeni olmadığı halde, feshetmek isteyen eş bu sonucu başka yollarla rahatlıkla sağlayacaktır. Medeni Yasamızın getirdiği yeni hükümlerle aile birliğini korumayı amaçladığı tartışmasız bir gerçek olduğuna göre, TMK'nun 194. maddesi hükmü gibi aileyi korumayı hedefleyen hükümleri yorumlarken mümkün olduğunca geniş düşünölmelidir.

Noterler Birliğinin 2002 tarih 54 sayılı Genel Yazısına göre, noter, kiralanana ilişkin fesih ihbarının aile konutu ile ilgili olduğunu biliyorsa, kiracı olmayan diğer eşin rızası sağlanmadan, bu ihbarı kabul etmemelidir. Buna karşılık noter, ihbarın aile konutu ile ilgili olduğunu bilmiyor veya bilmesine rağmen ihbarı gerçekleştirmiş ise, yapılan ihbar diğer eş i bağlamayacaktır yani geçersizdir. KILIÇOĞLU'nun da belirttiği gibi, yasa ihbarın yapılamamasından değil, kira sözleşmesini feshedememekten söz etmiştir. Buna göre ihbar yapılmış olsa bile hukuksal sonuç doğurmayacak, sözleşmeyi fesih etkisi göstermeyecektir.⁹⁴

d)Kira Sözleşmesinde Yer Almayan Eşin Açık Rızası

Kanun koyucu kiracı sıfatına sahip olan eşin, diğer eşin açık rızasını almadıkça kira sözleşmesini feshedemeyeceğini hükme bağlamıştır. Kiracı eşin diğer eşin açık rızası olmamasına karşın kira sözleşmesinin feshine ilişkin irade açıklaması hiçbir hukuki sonuç doğurmayacaktır.⁹⁵ Hemen belirtelim ki, TMK'nun 194. maddesi hükmünde rızanın açık olması koşulu öngörölmüş ancak herhangi bir şekil koşulu belirtilmemiştir. Bu yüzden rızanın sözlü olarak verilmesinde hiçbir engel bulunmamaktadır.

⁹² ŞIPKA, s.129.

⁹³ ŞIPKA, s.129.

⁹⁴ KILIÇOĞLU, s. 45.

⁹⁵ AKINTÜRK, s.116.

Kira sözleşmesine katılmayan eş, kira sözleşmesinin feshi için gereken rızayı, fesih için gereken işlemten önce, işlem sırasında veya fesih için gereken işlem yapıldıktan sonra verebilecektir. Böylece rızası aranan eş, belirlenmiş hukuki işlem için önceden olur (muvafakat) verebilir veya işleme bizzat katılabilir ya da rızası olmadan yapılan işleme sonradan onay (icazet) verebilir.⁹⁶

Rıza verilmemesi fesih işleminin batıl olması sonucunu doğuracaktır. AKINTÜRK'e göre bu durumda diğer eşin tek yanlı fesih amacına yönelik işlemi sonucunda hiçbir hukuki sonuç doğmayacaktır.⁹⁷

KILIÇOĞLU, bu durumda işlemin batıl olacağını belirtmiştir.⁹⁸

ŞIPKA, ortada kural olarak geçersiz bir işlem bulunduğunu ve bu geçersizliğin de kesin hükümsüzlük olduğunu ileri sürmüştür.⁹⁹

GÜMÜŞ'e göre, ortada tasarruf yetkisi eksikliğinden kaynaklanan geçersizlik, butlan benzeri kendisine özgü bir hükümsüzlük hali söz konusudur. Ancak bu sonuç, gerekli izin alınmadan yapılan tasarruf işleminin askıda olan hükümsüzlüğünün izin verilmeyeceğinin kesinleşmesiyle kesin hükümsüzlüğe dönüşmesinden sonra geçerlidir.¹⁰⁰

Medeni Kanununun 194. maddesinin amacı aile konutunu korumak bu yolla da aile birliğini korumaktır. Bu nedenle sözünü ettiğimiz yasa hükmü gereği kira sözleşmesinde taraf olamayan eşin keyfi olarak sözleşmenin feshine rıza vermekten kaçınması mümkün değildir. Kira sözleşmesini imzalayan eşin çok haklı nedenlerle sözleşmeyi feshetmek istediği durumlarda diğer eşin rıza vermemesi dürüstlük kuralları ile bağdaşmaz. Kanun koyucu bu halde, diğer eşin hiçbir haklı ve inandırıcı sebebi olmamasına karşın rıza vermekten kaçınması durumunda, kiracı eşe hakime başvurma imkanı tanımaktadır. (TMK m. 194/II)¹⁰¹ "Aile konutunu kiralamış olan eşe, hakimin müdahalesini isteme hakkının tanınması, son derece isabetlidir. Zira böylece hakime diğer eşin rıza verip vermeme konusunda hakkını kötüye kullanmasını engelleme imkanı sağlanmış ve sonuçta "bir

⁹⁶ ŞIPKA, s. 137.

⁹⁷ AKINTÜRK, s.116.

⁹⁸ KILIÇOĞLU, s. 44.

⁹⁹ ŞIPKA, s. 140.

¹⁰⁰ GÜMÜŞ, s. 57.

¹⁰¹ AKINTÜRK, s. 116.

hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz” (TMK m. 2/1) ilkesi de uygulanmış olacaktır.¹⁰²

TMK'nun 194 / 2. maddesi hükmü açıkça ailenin menfaatlerinin eşlerden birinin menfaatinden daha üstün tutulduğunu göstermektedir.

ŞIPKA, bu düzenlemenin amacının, diğer eşin rıza verme (işleme katılma) hakkının, aynı zamanda evlilik birliği kuralları çerçevesinde bir yükümlülük olduğu varsayımına dayandığını belirtmiştir.¹⁰³

KILIÇOĞLU'na göre, istisnai hallerde rızanın hiç aranmayacağı durumlar olabilecektir. Ona göre bu durum, rızası alınması gereken eşe ulaşılamaması ya da vaktinde ulaşmanın mümkün olmaması; nerede olduğunun ya da yaşadığının bilinmemesi nedenlerine dayanabilir.¹⁰⁴ Aynı şekilde, rızası aranan eşin kaza geçirmesi, hastalanması gibi nedenlerle de rızası sağlanamıyorsa hakime başvurulması mümkündür.

Eğer eşlerden birisi vesayet altına alınmış ise, ya da kendisine herhangi birinin vasi olarak atanması durumunda yasal temsilcinin rızasının alınması zorunludur. Yasal temsilci rıza vermekten haklı nedenler olmaksızın kaçınıyorsa tıpkı diğer eşin haklı neden olmaksızın rıza vermemesi gibi diğer eş hakime başvurabilecektir.

Hakim, yapılan başvurudan sonra fesih için haklı sebeplerin oluşup oluşmadığını araştıracaktır. Diğer eşin rızasına bağlı olan hukuksal işlemlerde, rızayı sağlayamayan eşin istemini haklı bulan mahkemenin kararı, asla yapılması gereken hukuksal işlemin yapılmasına yönelik değildir. Hakim hukuksal işlemin yapılmış sayılmasına ya da yapılmasına değil, istem sahibi olan eşe bu işlemi yapma yetkisini verecektir.¹⁰⁵

Tespit davası usulüne göre, yapılan işlemin rıza gerektirmeyen bir işlem olduğunun mahkemeden istenmesinin bir engeli bulunmamaktadır. Eğer hak sahibi olan eş, işlemi daha önceden yapmış ve diğer eş de rıza vermeye yanaşmıyor ise, haklı sebeplerin varolması durumunda, hakim kararı, sonradan verilen onay gibi, işlemi baştan itibaren geçerli saymaya yönelik

¹⁰² AKINTÜRK, s. 116.

¹⁰³ ŞIPKA, s. 158.

¹⁰⁴ KILIÇOĞLU, s. 45.

¹⁰⁵ KILIÇOĞLU, s. 45.

olacaktır.¹⁰⁶ ŞİPKA'ya göre, alıcı üçüncü kişinin, diğer eşin onayı için kesin süre vermesi halinde, bu sürenin bitmesi ile işlem artık kesin hükümsüz olacağından, mahkemenin kararı bu işlemi yeniden canlandırmaz. Tarafların yeni bir işlem yapmaları gerekecektir.¹⁰⁷

Kira sözleşmesini feshetmesini gerektiren durumların olduğunu iddia eden (ve diğer eşin rızasını alamayan) eş, bu sebeplerin varlığını ve neler olduğunu kanıtlamak zorundadır. Hakim, karar vermeden önce çocukları ve diğer eşi de dinlemelidir. Ailenin sosyal ve ekonomik durumu araştırılmalıdır. Karar verilirken kira sözleşmesinin aile birliğinin geleceğini ne şekilde etkileyeceği gözetilmelidir. Mesleki zorunluluklar, çocukların eğitimi ve tedavi gibi nedenlerle eşlerden biri başka bir yere taşınmak istiyorsa; diğer eşin rıza vermekten kaçınması haklı bulunamaz. Bunlar gibi somut gereklilik bulunmadan kira sözleşmesinin feshedilmek istenmesine de hakim onay vermeyecektir.

Haklı bir neden olmaksızın rıza verilmemesi durumunda görevli mahkeme Aile Mahkemeleridir. Eğer o yerde bir aile mahkemesi kurulmamış ise davaya asliye hukuk mahkemesi aile mahkemesi sıfatıyla bakacaktır. Yetkili mahkeme ise aile konutunun bulunduğu yer mahkemesidir. (TMK m. 201) Burada açılacak olan dava iki taraflı yani çekişmeli bir davadır. Davacı, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş, davalı ise rıza vermekten kaçınan (veya rıza vermeyen) diğer eştir. Davalı eş kayıp ya da bir adres bırakmadan gitmiş ise, bu durumda kendisine bir yasal temsilci (kayım) atanarak davaya devam edilmelidir.¹⁰⁸

3-Tek Taraflı Bir Beyanla Kiracı Sıfatını Taşımayan Eşin Sözleşmeye Dahil Olması

Türk Medeni Kanununun 194/4 maddesine göre, aile konutu eşlerden biri tarafından kira sözleşmesi ile sağlanmış bulunuyor ise, sözleşmenin tarafı olmayan diğer eş, kiralayana yapacağı bildirimle (ihbarla) kira sözleşmesinin tarafı haline gelecektir. Bu bildirim herhangi bir şekle bağlı olmadığından her türlü vasıta ile yapılabilecektir. Bu bildirim varması gerekli bir irade

¹⁰⁶ ŞİPKA, s. 160.

¹⁰⁷ ŞİPKA, s. 162.

¹⁰⁸ ŞİPKA, s. 161.

açıklamasıdır ve ancak kiralayana herhangi bir yolla ulaştığı anda hüküm doğurur. İspat kolaylığı bakımından bildirim hiç değilse yazılı şekilde yapılması doğru olur.¹⁰⁹ Kiracılık sıfatı taşımayan eşin kiralayana yapacağı ihbar, tek taraflı kurucu yenilik doğurucu bir hakkın kullanılması niteliğindedir. Bu iradenin açıklanmasıyla kiracılık sıfatı olmayan eşle kiralayan arasında aynı sözleşme koşulları altında bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olur.¹¹⁰

Yapılan bu bildirim karşı tarafa ulaşmasından sonra sözleşmenin tarafı haline gelindiğinden kira sözleşmesinden kaynaklanan bütün borçlardan artık her iki eş müteselsilen sorumlu olacaktır. Bu durum yasa maddesinde (TMK m. 194/4) açıkça belirtilmiştir. Burada yasadan doğan bir müteselsil sorumluluk hali söz konusudur.

TMK'nun 254/4. maddesinde, kiracı olmayan eşin sözleşmeye dahil olması ayrıca düzenlenmiştir. Maddeye göre, "eşler konutta kira ile oturuyorlarsa hakim, gerektiğinde konutta kiracı sıfatı taşımayan eşin kalmasına karar verebilir. Bu durumda, kiralayanın sözleşmeden doğan haklarını güvenceye almak için gerekli düzenleme yapılmasına iptal veya boşanma kararıyla birlikte resen karar verilir" Burada kiracılık sıfatı taşımayan eşin kira sözleşmesine taraf olması hakim kararına dayanmaktadır. Oysa ki TMK 194/4. maddesinde bu durum kiracı sıfatı taşımayan eşin tek taraflı irade beyanına dayanmaktaydı.

KILIÇOĞLU'na göre, boşanma ve evliliğin iptalinde kiracı olmayan eşin, kiracı eşle birlikte kira sözleşmesinde taraf haline getirilmesi isabetli olmamıştır. Çünkü, evlilik boşanma veya iptal ile son bulduğunda artık eşler kiracılık olan konutta birlikte yaşamadıkları için, kiracı olmayan eşin mahkeme kararıyla diğer eşle birlikte kira sözleşmesinin tarafı olması anlamsızdır.¹¹¹

B-Aile Konutunun Eşlerden Birinin Mülkiyetinde Olması

1-Genel Olarak

TMK'nun 194/1. maddesine göre, "Eşlerden biri, diğer eşin rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez., aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlandıramaz". Bu

¹⁰⁹ AKINTÜRK, s. 116.

¹¹⁰ KILIÇOĞLU, s. 48.

¹¹¹ KILIÇOĞLU, s. 49.

hükümle aile konutunun devredilmesini önlemek ve üzerinde sınırlı aynı haklar kurularak aile konutu niteliğinin kaybedilmesi tehlikesini yok etmek amacı güdülmüştür. Bu madde, aile birliğinin korunması açısından son derece önemlidir. Ülkemizde bir çok ailenin maddi durumu çok zayıf olduğundan ailenin varlığını sürdürebilmesi ve kendini geliştirebilmesi için aile konutu hayati önem taşımaktadır.

Kanun koyucu sadece mülkiyet hakkının devrini değil, aile konutu üzerinde hakları kısıtlayacak, işlemlerin yapılmasını da diğer eşin rızasına bağlamıştır. Örneğin, konutun üzerinde bir üçüncü kişiye sınırlı aynı haklardan oturma (sükna) veya intifa hakkı tanıyamayacağı gibi, aile konutu üzerinde rehin hakkı da kuramaz. Zira, bu haklardan özellikle ipotek hakkı, ilerde aile konutunun icra yoluyla satılması ve dolayısıyla aile bireylerinin sıcak bir yuvadan yoksun kalmaları tehlikesini doğurabilir.¹¹² Diğer eş tarafından açık olarak verilmesi gereken izin, sadece yeterli derecede somutlaştırılmış hukuksal işlemler için verilebilir. Bu bakımdan işlemin bütün ayrıntıları henüz kararlaştırılmamış olsa da zamansal olarak belirliliğin sağlanması yeterlidir. Bu anlamda önceden verilmiş soyut ve genel bir izin yeterli değildir.¹¹³

2-Mülkiyeti Devreden İşlemler

TMK'nun 194/1. maddesine göre, aile konutunun devredilmesi diğer eşin rızasına bağlı tutulmuştur. Kuşkusuz taşınmazın devrini sadece satım sözleşmesi gerçekleştirmez. Bağışlama ve trampa gibi sözleşmelerle de taşınmazın devri mümkündür. Yasa koyucu aile konutunun devri sonucunu doğuran her türlü işlemi diğer eşin rızasına bağlı tutmuştur. Bu nedenle, mülkiyetin devri sonucunu doğuran trampa ve bağış gibi sözleşmelerden başka, satış vaadi sözleşmesi dahi diğer eşin rızasına bağlı tutulmalıdır. Satış vaadi sözleşmeleri her ne kadar mülkiyeti devreden sözleşmeler olmasa da, bu sözleşmenin tarafı olan kişinin sonradan buna dayanarak mülkiyetin aidiyeti davası açması mümkündür. Zaten, Noterler Birliği 2002/54

¹¹² AKINTÜRK, s. 115.

¹¹³ GÜMÜŞ, s. 52.

sayılı, genel yazısında, işlem yapılacak taşınmazın aile konutu olduğu biliniyorsa işlem yapılmaması gerektiğini tüm noterlere duyurmuştur.¹¹⁴

Satış vaadi gibi, mülkiyetin devri borcunu doğuracak tüm işlemler de diğer eşin rızası şartına bağlı olmalıdır. Aksi takdirde TMK'nun 194/1. maddesinin koruyucu etkisi başka yollarla bertaraf edilebilecektir. Ancak şunu belirtmeliyiz ki, aile konutunun mülkiyetini devir borcunu doğuran işlem sağlar arası bir işlem olmalıdır. Malik eşin vasiyetname ya da başka bir ölüme bağlı tasarrufla aile konutu üzerinde işlemde bulunması diğer eşin rızasına bağlı değildir. Ancak, aile konutunun bir mirasçının gelecekteki miras payına mahsuben devredilmesi (ivazlı feragat), diğer eşin rızasını gerektirir.¹¹⁵

ŞİPKA, eğer hak sahibi olan eş, aile konutunun bir kısmında tasarruf ettiğinde, geri kalan kısımda ailenin barınma ve kullanma hakkı engellenmiyorsa, 194. maddenin uygulanmayacağını düşünmektedir.¹¹⁶ Üzerinde aile konutu bulunan bir arazinin parselasyonu sonucunda aile konutu bağımsız bir parsel üzerinde kalabiliyorsa, diğer parsellerin satışında yine TMK'nun 194. maddesi anlamında eşin rızası gerekmez.¹¹⁷ Zaten diğer eşin bu durumda rıza vermekten kaçınması dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacaktır. Bu durumda rıza gerekmemesine rağmen, malik eş, rızanın gerektiğini düşünerek, (ya da tapu sicil müdürlüğü, gerekmediği halde diğer eşin rızasını aradığında) mahkemeye başvurursa, mahkeme işlemi yapma yetkisi değil sadece rızanın gerekmediğine karar vermelidir.

Her ne kadar diğer eşin rızası için yasa maddesinde belirli bir şekil şartı öngörülmüş olmasa bile Tapu Sicil Tüzüğü'nün 11/1. maddesinde "Kanunlarda ve bu tüzükte yazılı istisnalar dışında yazılı istem olmadıkça tapu sicili üzerinde işlem yapılamaz" denmektedir.

GÜMÜŞ'e göre, TMK'nun 194. maddesinde her ne kadar bir izin için şekil zorunluluğu görmese de bu anlamda kanundan doğan bir istisna hükmü olarak değerlendirilmemeli ve izne yetkili eşin taşınmazlara ilişkin olarak vereceği işlemler bakımından iznin yazılı olması şartı TST'nün 11/1 maddesi uyarınca aranmalıdır.

¹¹⁴ Noterler Birliğinin 2002/54 sayılı Genel Yazısı.

¹¹⁵ ŞİPKA, s. 115.

¹¹⁶ ŞİPKA, s. 114.

¹¹⁷ ŞİPKA, s. 114.

ŞİPKA ve KILIÇOĞLU'da aynı görüştedir.¹¹⁸ İMK'nun 169 maddesi gerekçesi ve İsviçre Tapu Tüzüğü'nün 13. maddesine göre, taşınmazlara ilişkin işlemlerde yazılı rıza aranmaktadır.¹¹⁹ ŞİPKA, bizde de aile konutuna ilişkin tapudaki işlemlerde yazılı rıza aranması gerektiğın düşünmektedir. Ona göre, eşin bizzat tapudaki işlemlere katılması ile, sözlü rızası tutanağa geçirilerek de, rıza koşulu yerine getirilebilir.¹²⁰

Daha önce de belirttiğimiz gibi söz konusu rıza hukuksal işlem yapılmadan önce, yapıldığı esnada veya yapıldıktan sonra verilebilecektir.

Hemen belirtelim ki, diğer eşin rızası sadece iradi işlemlerde aranacaktır. Yoksa kamulaştırma veya cebri satışlarda diğer eşin rızası gerekmez.¹²¹

Kamulaştırmalarda diğer eşin rızasının aranmamasının nedeni bu işlemin malik olan eşin iradesine dayanmamasıdır. İdare tarafından kamu yararı gözetilerek taşınmazın mülkiyeti malik olan kişiden alınmaktadır. Ancak cebri icra durumunda malik olan eşin her zaman bu duruma arzusu dışında katlandığını söylenemez. Çünkü malik olan eş, diğer eşin rızasını almadan taşınmazını devretmek isteyebilir ve uydurma bir senetle üçüncü kişiye borçlanarak, taşınmazının cebri icra yoluyla satımını sağlayıp amacına ulaşabilir. Türk Medeni Kanunu'nda bu durumu engelleyecek bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

İsviçre'de, Medeni Yasanın kabulünden sonra yasadaki bu boşluk görülmüştür. Yasa hükmünün hile ile aşılmasının ne şekilde ortadan kaldırılacağı uzun süre tartışılmıştır. İsviçre İcra İflas Kanunu'nda, 01.01.1997 tarihli değişiklikle aile konutunu bu tehlikeye karşı korumak amacıyla bazı düzenlemeler kabul edilmiştir. Buna göre, borçlunun haczedilen taşınmazları üzerinde aile konutu bulunuyor ise, ödeme emrinin bir nüshası borçlunun eşine de tebliğ edilecek ve icra yolu ile satış şartnamesinde taşınmaz üzerinde aile konutu bulunduğu gösterilecektir. (İİK 151/I, 153/II). Ayrıca, taşınmazlara ilişkin cebri satış yönetmeliğinin 100. maddesi gereğince de, icra takibi sürerken taşınmazın aile konutu olduğu anlaşılırsa, ödeme emri re'sen icra memuru tarafından tamamlanarak diğer eşe gönderilecek ve bu

¹¹⁸ KILIÇOĞLU, s. 6; ŞİPKA, s. 139.

¹¹⁹ ŞİPKA, s. 139.

¹²⁰ ŞİPKA, s. 140.

¹²¹ ŞİPKA, s. 115.

ödeme emri geçerlilik kazandıktan itibaren altı aylık süre geçtikten sonra satış gerçekleştirilebilir.¹²²

Ülkemizde cebri satışlarda, satımın konusunun, bir aile konutu olması durumunda diğer eşe bir ödeme emri gönderilmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Aile konutunun korunması amacıyla İsviçre İcra İflas Kanunundaki hükümlere paralel hükümlerin bizde de kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyim. Aksi takdirde kanuna karşı hile yoluyla aile konutunun diğer eşin rızası olmadan devredilemeyeceği kuralı havada kalacaktır. Zaten İsviçre İcra İflas Yasası'ndaki sözünü ettiğimiz değişiklik sırf bu nedenle kabul edilmiştir.

İcra İflas Kanununun 82. maddesine göre, kural olarak borçlunun haline münasip evi haczedilemez. Eğer haciz yoluna başvurulmuş ise borçlunun meskeniyet iddiası ile karşılaşılır. Ancak evin değeri fazla ise, borçluya haline uygun olacak eve yeter bir miktar bırakılarak, evin satışı yoluna gidilebilecektir. Hemen belirtelim ki, borç, bu konutun kendisinden kaynaklanıyorsa, yine haciz mümkündür. Meskeniyet iddiasına dayanan şikayeti kendisine karşı takip yapılmayan eşte ileri sürebilecektir.

ŞİPKA'ya göre, borçlunun aile konutunun haczedilmesinde, bu madde gereğince, eğer borç konusu, bu aile konutuna ilişkin bir borçtan doğmamış ise ve evin kıymeti alacak miktarından fazla değilse, haciz mümkün olmayacaktır. Yazara göre, icra memurunun haciz kararına karşı, şikayet yoluna (İİK m. 16 vd.) başvurulabilir. Onun kanısına göre, kamu düzenine aykırı olan işlemlere karşı süresiz şikayet yoluna başvurulabileceğinden yedi günlük süreye bakılmaksızın takip bitinceye kadar bu haktan faydalanılabilmelidir. ŞİPKA ayrıca, diğer aile fertlerinin de böyle bir durumda İİK'nun 82. maddesi kapsamında süresiz şikayet yoluna başvurabileceğini belirtmiştir.¹²³ Yazar bu düşüncesini, kamu düzenine aykırı olan işlemlere karşı süresiz şikayet yoluna gidilebileceğine ilişkin görüş üzerine temellendirmektedir.

İPEKÇİ'ye göre, İcra İflas Kanunu sistemine göre, icra takibinin tarafı olmayan kişilerin bu tip bir haczedilemezlik şikayetinde bulunabilmeleri

¹²² ŞİPKA, s. 117.

¹²³ ŞİPKA, s. 116.

mümkün değildir. Bu sebeple, yazara göre, aile konutunda oturan diğer aile fertlerinin cebri icra satışına ve haczine karşı haczedilemezlik şikayeti ve ihalenin feshini isteme yetkileri yoktur. Bu nedenle İPEKÇİ'ye göre, ŞİPKA'nın söz konusu görüşünün yasal bir dayanağı bulunmamaktadır.¹²⁴

Yeni Medeni Kanunun kabulünden önce de varolan bu düzenlemenin aile konutunun korunmasında önemli bir işlev göreceği açıktır. Çünkü borçlunun haline münasip evi büyük olasılıkla aile konutu olacaktır. Bu düzenlemenin varlığı, İcra İflas Kanunumuzdaki boşluğu kısmen dolduracak olsa da, yine de diğer eşin bu icra takibinden ve hacizden haberdar olması ve borçlunun sahip olduğu ya da kendisinin itiraz haklarını kullanabilmesi için, bizde de İcra-İflas Kanununda yapılacak bir değişiklikle, diğer eş için de ödeme emri tebliği zorunluluğunun getirilmesi uygun bir çözüm yolu olacaktır.¹²⁵

3- Aile Konutu Üzerindeki Hakları Sınırlandıran İşlemler

Aile konutunun sahibi olan eş, diğer eşin açık bir rızası olmadıkça konut üzerindeki hakları sınırlandıran işlemlerde bulunamaz; Başkalarına birtakım haklar tanıyamaz.¹²⁶ Ailenin, huzurla barınma hakkını sınırlandıran ya da ortadan kaldıran tüm işlemler diğer eşin rızasına bağlıdır. Hemen belirtelim ki, yalnız aile konutuna ilişkin tasarruf işlemleri değil ileride konutta barınma hakkını olumsuz etkileyecek ya da sınırlandıracak borçlandırıcı işlemler de diğer eşin rızasına tabidir. Üst hakkı, sükna hakkı, intifa hakkı, kira sözleşmesinin başkasına devri, alt kira sözleşmesi ve satış vaadi sözleşmesi ailenin oturma hakkını olumsuz yönde etkileyeceğinden diğer eşin rızasına bağlıdır. KILIÇOĞLU'na göre, bahçeli bir ev ile ilgili olarak kat karşılığı inşaat sözleşmesinin şerh edilmesi diğer eşin rızasına bağlı olmalıdır.¹²⁷ Zira, bu sözleşme gereği aile konutunun (geçici bir süre de olsa) kaybedilme tehlikesi vardır. Ayrıca yeni yapılacak taşınmazda, sözleşme tarafı eşin konut yerine işyeri olarak ayrılan bölümü seçmesi halinde de aile konutu tamamen kaybedilmiş olacaktır.¹²⁸ Aile konutuna malik olan eş aile konutu üzerinde üçüncü kişi ile kira sözleşmesi yaparsa bu durumda aile konutundan

¹²⁴ İPEKÇİ, s. 134.

¹²⁵ ŞİPKA, s. 118.

¹²⁶ AKINTÜRK, s. 115.

¹²⁷ KILIÇOĞLU, s. 51.

¹²⁸ ŞİPKA, s. 124.

faydalanmayı olumsuz etkileyeceğinden diğer eşin rızasına bağlı olmalıdır. Buna karşılık mülkiyet sahibi eşin aile konutunun bulunduğu arazi (arsa parsel vb.) üzerinde üçüncü kişiler lehine tanıyacağı kaynak, geçiş, mecra haklarına ilişkin irtifaklar, aile konutunun, konut olarak kullanımını önemli derecede etkilemediklerinden, bu hakların tesisi, TMK'nun 194. maddesi anlamında, diğer eşin rızasına bağlı olamaz.¹²⁹ Malik olan eşin, üçüncü kişi lehine iştirah hakkı tanınması diğer eşin rızasına bağlı olmalıdır. Ancak ŞİPKA'ya göre, eğer aile konutunun satılmasına diğer eşin rıza vermesi ya da, konutun aile konutu olmaktan çıkmış olması koşulu ile iştirah hakkı (alım hakkı) kullanılabilirse, bu halde zaten mevcut bir tehlike olmadığından diğer eşin rızasının aranmasına gerek olmayacaktır.¹³⁰

AKINTÜRK'e göre, ipotek hakkı, ilerde aile konutunun icra yoluyla satılması ve dolayısıyla aile bireylerinin sıcak bir yuvadan yoksun kalmaları tehlikesini doğurabilir. Bu yüzden yazar aile konutu üzerinde diğer eşin rızası olmadıkça rehin hakkı kurulamayacağını düşünmektedir.¹³¹ İsviçre Hukukunda, AKINTÜRK'ün sözünü ettiği bu tehlikenin derecesi, yapılan ipoteğin diğer eşin rızasına bağlı tutulup tutulmayacağını etkilemektedir. Yani yapılan ipoteğin değeri çok yüksek olup da, (diğer eşin ekonomik durumunu zorlayıcı derecede) konutun satılması muhtemel ise, ya da muvazaalı ipotek işlemlerinde, her olayın özelliğine göre diğer eşin rızasının aranıp aranmayacağı tespit edilmelidir¹³² denilmektedir. Bu yüzden tapu memurunun, aile konutunu ilgilendiren ipotek işleminin koşullarını gözden geçirerek, İMK'nun 169. maddesi kapsamında, diğer eşin oturma hakkında gelecekte ciddi bir tehlike doğuracak olması durumu değerlendirilip, buna göre diğer eşin rızasının aranıp aranmayacağına karar verebileceği de ileri sürülmektedir.¹³³ İsviçre'de bu görüşün savunulmasının ve kabul görmesinin ana nedeni ipoteğin, doğrudan aile konutunda oturma hakkını engellemediği düşüncesidir.

Bizim mevzuatımızda, aile konutuna ilişkin yapılacak ipotek işleminde, diğer eşin rızasının aranıp aranmayacağı konusunda açık bir hüküm

¹²⁹ ŞİPKA, s. 120.

¹³⁰ ŞİPKA, s. 124.

¹³¹ AKINTÜRK, s. 115.

¹³² ŞİPKA, s. 121.

¹³³ ŞİPKA, s. 121.

bulunmamaktadır. Sorun, ipotek işleminin, Türk Medeni Kanununun 194. maddesinde sözü geçen “diğer eşin rızası olmaksızın aile konutu üzerindeki hakların sınırlandırılmayacağı” şeklindeki cümlesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Eğer ipotek aile konutu üzerindeki hakları sınırlandırır denilebiliyorsa bu durumda diğer eşin rızası olmaksızın ipotek işlemi yapılamayacaktır. Aksi takdirde diğer eşin rızasına gerek olmayacaktır. Bu konuda henüz, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün, uygulamada birlik sağlayacak ve tapu dairelerini bağlayacak bir genelgesi bulunmamaktadır. Ancak, Bankalar Birliği 10.01.2002 tarih ve 67957 sayılı genel yazısı ile bir yerin aile konutu olması durumunda, malik olmayan eşin noterde rızası alınmadıkça ipotek işleminin yapılmaması tüm banka şubelerine duyurulmuştur.¹³⁴

KILIÇOĞLU, ipotek işlemini, aile konutu üzerindeki hakları sınırlandıran işlemler arasında saymıştır. Onun kanısına göre, aile konutu üzerinde üçüncü kişi lehine ipotek hakkı tesisi için diğer eşin rızası gereklidir. Ancak bu düşüncesinin bilimsel dayanaklarını sunmamıştır.¹³⁵

ŞİPKA'ya göre, İsviçre öğretisinde ileri sürülen görüşler doğru olsa da, bizim ülkemizin özel koşulları gereği her türlü ipotek aile konutu için ciddi bir tehlike olabilecektir. Ona göre, diğer eşin rızasının aranmaması halinde, hak sahibi eşin kötü niyetli ve muvazaalı işlemleri ile, aile konutunun bu yolla elden çıkarılması tehlikesi her zaman vardır. Bu nedenle, her ne kadar ipotek doğrudan doğruya aile konutundan faydalanma ve oturma hakkını engellemiyorsa da, bu tür tehlikeleri dolayısı ile daha işlem yapılırken diğer eşin rızasının aranması, 194. maddenin koruma amacına uygun bir sonuç olacağını belirtmiştir. Yazar, Fransız ve Belçika Medeni Kanunlarında, her türlü ipotek işlemlerinin, diğer eşin rızasına tabi tutulmasını, görüşüne dayanak olarak sunmuştur.¹³⁶ Ancak ŞİPKA, çok istisnai durumlarda, aile konutunun ipotek edilmesinde diğer eşin rızasının aranmayabileceğini düşünmektedir. Örneğin somut bir olayda aile konutunun, sadece onarılmasına yönelik alınacak bir kredi için ipotek edilmesinde eğer alınacak olan miktar, eşin ödeme gücünü aşmayacak miktarda ise rızaya gerek

¹³⁴ Bankalar Birliği, 10.01.2002 / 67957 sayılı genel yazısı.

¹³⁵ KILIÇOĞLU, s. 51.

¹³⁶ ŞİPKA, s. 123.

olmadığını düşünmektedir. Ona göre, böyle bir durumda, rızanın verilmemesi haklı bir nedene dayanmadığı ileri sürülerek 194/II gereğince hakimden bu işlemi yapma yetkisi istenebilir.¹³⁷

Bir taşınmaz üzerine ipotek konulması, borcun ödenmemesi durumunda üzerine ipotek konulan taşınmazın, satılarak borcun karşılanması sonucunu doğurabilir. İsviçre öğretisinde, her ne kadar taşınmazın satılması sonucunu doğurmayacak miktar için ipotek işleminin, diğer eşin rızası olmaksızın yapılabileceği öngörülmüş ise de; bu durum ülkemiz gerçekliğiyle pek fazla örtüşmemektedir. Bir taşınmaz üzerine ipotek konulması önemli sayılacak bir miktar devlete harç ve vergi ödenmesini gerektirir. Bu yüzden ülkemizde düşük miktarda borç için taşınmaz üzerine ipotek konulması istisnadır. Ülkemizde genelde ailelerin ekonomik durumu zayıf olduğundan, oturacakları konut da çok değerli olmayacaktır. Aile konutunun değerine oranla önemli bir maliyet tutacak, ipotek yüzünden aile konutlarının ciddi bir satılma tehdidi altına girmesi her zaman söz konusu olabilecektir.

4-Aile Konutu Şerhi

a- Genel Olarak

Türk Medeni Kanununun 194/III hükmüne göre, “aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebilir” Kanun koyucunun, bu hükmü getirmekle amacının, aile konutunun yasal korumasını daha fazla güvence altına almak olduğu açıktır. Eğer bir taşınmazın, aile konutu olduğuna ilişkin tapuya şerh konulmuş ise, bundan sonra, diğer eşin rızası olmaksızın hiç kimse iyiniyetle aynı ya da şahsi hak kazandığı iddiasında bulunamayacaktır. Zaten, tapuda diğer eşin rızası alınmaksızın böyle bir işlem yapılmayacaktır. Bu durum, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 2002/7 sayılı genelgesinin 9. maddesinde şu şekilde belirtilmiştir. “Aile konutudur şerhi bulunan taşınmazda eşlerin rızası sağlanmadıkça tapu kütüğü üzerinde tasarrufi talepler karşılanamaz”¹³⁸

Bu konuda doktrinde görüş ayrılığı olmadığı gibi, uygulamada çelişki de bulunmamaktadır. Doktrindeki görüş ayrılıkları daha çok aile konutu şerhinin

¹³⁷ ŞİPKA, s. 123.

¹³⁸ Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü, 11.06.2002 tarihli Genelgesi no: 2002/7.

bulunmaması halinde üçüncü kişinin hak kazanıp kazanamayacağı sorunu ile ilgilidir.

b- Üçüncü Şahısların İyiniyetinin Korunup Korunmayacağı Sorunu

Hukuksal işleme konu olan taşınmazın aile konutu olduğunu bilmeyen kişilerin iyiniyetinin korunup korunmayacağı hususu tartışmalıdır.

KILIÇOĞLU'na göre, TMK 194. maddesi, tapuya güven ilkesini saklı tutmuştur. Ona göre, kanun koyucu eğer aksini düşünse idi, TMK'nun 194/III maddesi hükmünü getirmezdi. Zira, III. fıkra, tapuda konutla ilgili gerekli şerhin verilmesi olanağını getirmekle, bu şerhin verilmediği hallerde, aile konutu üzerinde tapu kaydına iyiniyetle güvenerek, aynı hak kazanan kişinin iyiniyetinin korunacağını öngörmüştür. Kanun koyucu, bu tehlikeyi önceden gördüğü için tapuya şerh olanağını getirmiştir. Yazara göre, üçüncü kişinin iyiniyeti sadece tapu kaydına göre tayin edilmeyecek, tapunun dışındaki bir nedenle de taşınmazın aile konutu olduğunu biliniyor ya da bilmesi gerekiyorsa iyiniyet korunmayacaktır.¹³⁹

Türk Medeni Kanununun, 1023'üncü maddesi tapuya güven ilkesini düzenlemektedir. Buna göre, üçüncü kişiler konutla ilgili olarak tapudaki kayda güvenerek bir aynı hak kazanmışlarsa, bu kazanımları koruma

Örnek 1. Koca konutu ipotek göstererek bir kredi almak istediğinde, krediyi verecek olan banka tapu kayıtlarından bunun aile konutu olduğunu öğrenmemişse, diğer eşin rızasını aramadan bu konut üzerinde ipotek kurabilir ve yapılan hukuksal işlem geçerlidir. Ancak tapuda bu konutun aile konutu olduğu hususunda bir şerhin bulunmamasına rağmen, üçüncü kişi üzerinde aynı hak kazanacağı konutun aile konutu olduğunu ve diğer eşin bu aynı hakkın kurulmasına karşı çıktığını biliyorsa, iyiniyet korunmayacaktır.¹³⁹ Bkz. KILIÇOĞLU, s. 53.

GÜMÜŞ, KILIÇOĞLU'nun verdiği bu örneği yanlış bulmaktadır. Yazar, KILIÇOĞLU'nun görüşünün aksine işlem tarafı olan krediyi verecek olan banka tapu kayıtlarından bunun aile konutu olduğunu öğrenmemişse, bankanın iyiniyeti kanun koyucu tarafından özel olarak korunmadığı için, diğer eşin rızası aranmaksızın bu konut üzerinde kurulan ipotek tescilli yolsuz olacaktır. TMK 3/1 maddesi hükmü açıktır. "kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda asıl olan iyiniyetin varlığıdır." TMK m. 194/III'deki şerh de bu anlamda sadece, hak sahibinin yaptığı işlemin tarafı olmayan üçüncü kişilerin iyiniyetlerinin ortadan kaldırılması bakımından bir önem taşır. Sonuçta TMK m. 194'de öngörülen şerhin etkisini, üçüncü kişiler dışında işlem tarafının iyiniyetine de yaymak mümkün değildir. Bkz. GÜMÜŞ, s. 64.

Örnek 2. Kocası A'nın yakın bir tarihte tek varlıkları olan aile konutunu ipotek vererek yüksek faizle X bankasından bir kredi çekeceği duyumunu alan B, bankaya A'nın alacağı krediye karşılık göstereceği ipoteğin aile konutu olduğunu, buna rızası bulunmadığını bir ihtar çekerek ya da resmi kayıtlara giren mektup göndererek bildirmiş ve belgeleriyle bu konutun aile konutu olduğunu kanıtlamışsa banka iyiniyet iddiasında bulunarak A'ya verdiği kredide aile konutu üzerinde aldığı ipoteğin geçerli olduğunu savunamayacaktır.)

bulacaktır. Üçüncü kişiler, tapudaki kayda değil, konutla ilgili işlemler için diğer eşin rızasının verildiğine güvenmişlerse, bu güvenleri korunmayacaktır.¹⁴⁰

REİSOĞLU'na göre, aile konutu ile ilgili düzenlemeler, tapuya güven ilkesini ortadan kaldırmaz. TMK'nun 1023. maddesine göre, "Tapu kütüğündeki kayda dayanarak iyiniyetle mülkiyet ya da başka bir aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu hakkı korunur." Ancak, yazar, durumun gereklerine göre, kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimsenin iyiniyetinin korunmayacağını belirtmiştir.¹⁴¹

DEMİR'e göre, malik olmayan eş, ancak tapuya şerh koydurarak üçüncü kişinin iyiniyetli iktisabını önleyebilecektir. Yazarın bu düşüncesi doğrultusunda, eğer tapuda taşınmazın aile konutu olduğuna ilişkin şerh yok ise, üçüncü kişinin aile konutunu iyiniyetle iktisap edebileceğini düşündüğü sonucuna ulaşılmaktadır.¹⁴²

SELİÇİ'ye göre, aile konutuna ilişkin verilen şerh açıklayıcı bir şerhtir. Ona göre, aile konutuna malik olan eş açısından yasadan kaynaklanan bir kısıtlama getirilmiştir. Yazar, tapudaki kayda aile konutu şerhi konulsun ya da konulmasın yasadan kaynaklanan kısıtlamanın her zaman olacağını düşünmektedir. Bu yüzden, diğer eşin rızası alınmaksızın yapılacak tescilin yolsuz tescil olacağını ve bu yolsuz tescile dayanarak iyiniyetli üçüncü kişilerin aynı hak kazanımlarını engellemek için aile konutu şerhinin verilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁴³

ŞİPKA'ya göre, üçüncü kişinin aile konutu ile ilgili olarak iyiniyetinin korunması, getirilmek istenen düzenlemenin ve korumanın esas amacının gerçekleşmesini engelleyecek bir uygulamaya götürür. Zira, 194. maddenin kapsamında kabul edilen ve bazı hukuki işlemleri diğer eşin rızasına bağlayan düşüncenin temelinde, bu eşe kanundan dolayı tanınmış katılma

Örnek 3. Aile B'nin evli olduklarını, A'nın mülkiyetindeki konutun eşlerin aile konutu olduğunu bilen Ü isimli kişi, bu konutu satın alır ya da konut üzerinde kendi lehine bir ipotek tesis ederken, B'nin bunlara rıza vermiş olduğuna güvenmişse, bu güveni yapılan hukuksal işlemin geçerli olmasını ve hakkı kazanmasını sağlamayacaktır. Zira Ü'nün buradaki güveni, tapuya değil, rızanın verilmesine ilişkindir.¹⁴⁰ Bkz. KILIÇOĞLU, s. 53.

¹⁴¹REİSOĞLU, Safa: Yeni Medeni Kanunun Bankaları İlgilendiren Başlıca Farklı Düzenlemeleri, Bankacılar Dergisi, Sayı 40, 2002, s. 68.

¹⁴²DEMİR, Sevgi: Aile Hukuku Alanında Türk Medeni Kanunun Getirdiği Yenilikler, s. 80.

¹⁴³OĞUZMAN, M.Kemal; SELİÇİ, Özer: Eşya Hukuku, s. 203-205.

hakkı tanıma fikri bulunmaktadır. Ona göre, diğer eşin ve ailenin barınma hakkına yönelik olarak tanınan bu birlikte karar verme hakkı, ailenin ve diğer eşin zorunlu ve üstün bir menfaati dolayısıyla, üçüncü kişinin iyiniyetinin önüne geçebilmelidir. 194. madde ile getirilen korumanın etkili ve seri uygulanabilir olması, bunun kanundan doğan bir sınırlama olduğu ve bu nedenle herkesçe bilinmesi gerektiği için, işlemin karşı tarafı olan üçüncü kişinin iyiniyetinin korunmayacağı kabul edilmelidir. Yazar, kişinin çok yüksek bedeller ödeyerek satın aldığı taşınmazın her türlü özelliğini araştırması gerektiğini düşünmektedir.¹⁴⁴ ŞIPKA'ya göre, 194. maddenin getirdiği kısıtlamanın, hukuki işlemin geçerlilik koşulu olduğu kabul edildiğinde, zaten geçersiz olan bir sözleşmeye dayanan iyiniyetle hak kazanımı söz konusu olmaz. Bu durumda borçlandırıcı ya da tasarruf işleminin geçersizliği, işlemi yapan eş açısından aynı zamanda kanundan doğan bir tasarruf yetkisi eksikliği doğurur.¹⁴⁵ ŞIPKA bu düşüncesine rağmen şerh olanağı ile yasa koyucunun amacının üçüncü kişinin iyiniyetini engellemek olduğunu kabul etmektedir.¹⁴⁶

GÜMÜŞ'e göre, ŞIPKA'nın kanun koyucunun amacının şerh olanağı ile işlemin karşı tarafı olan kişinin iyiniyetini engellemek olduğunu kabul etmesi de dayanaktan yoksundur. Çünkü, hukuk düzeni aile konutuna ilişkin işlemlerde işlem tarafı olan kişinin iyiniyetini açıkça korumamıştır. Yazar, tapuya şerhin üçüncü şahıslara etkisi konusunda KILIÇOĞLU'nun da görüşlerine katılmamaktadır. Ona göre, işlem tarafının iyiniyeti hiçbir şekilde korunmaz. Dolayısıyla aile konutu üzerindeki hak sahibi eşin tasarruf yetkisi eksikliğini hiçbir şekilde kaldırmaz; sadece sonraki müktesip üçüncü kişinin iyiniyeti TMK m. 1023'ün iyiniyete ilişkin özel koruması gereğince işlem tarafının diğer üçüncü kişi ile olan işlemindeki tasarruf yetkisi eksikliğini ortadan kaldırır.¹⁴⁷

GÜMÜŞ'ün belirttiği gibi tapuya güven ilkesi gereğince, işlem tarafının iyiniyeti değil üçüncü kişinin iyiniyeti korunur. Bu durum, ilgili yasa maddesinde açıkça gösterilmiştir. TMK'nun 1023. maddesine göre, "Tapu

¹⁴⁴ ŞIPKA, s. 150.

¹⁴⁵ ŞIPKA, s. 150.

¹⁴⁶ ŞIPKA, s. 150.

¹⁴⁷ GÜMÜŞ, s. 64.

kütüğündeki tescile iyiniyete dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur.” Rızayı sağlayamayan malik eşle sözleşme yapan kişi ise bu madde anlamında üçüncü kişi değildir. Bu yüzden, başka bir düzenleme ile de iyiniyeti korunmadığına göre, tapuya güven ilkesinin varlığından söz edilerek aynı hak kazanması söz konusu olmamalıdır. ESENER’in de belirttiği gibi, Türk Medeni Kanun’unun 931. (EMK m. 1023) maddesiyle düzenlenen tapuya güvenin korunması, ancak iyiniyetli üçüncü kişiler için söz konusu olup, diğer taraf veya onun haleflerine teşmil edilemez. Yolsuz tescile muamelenin tarafı olarak iştirak edenler ve mirasçıları üçüncü şahıs değildirler.¹⁴⁸

c- Şerhin Yapılması

Yerel tapu müdürlükleri, yasanın ilk çıktığında, tek bir eşin aile konutu şerhi koydurmak için yaptıkları başvuruları reddetmekteydiler. Çünkü, tasarruf sınırlamaları şerhleri, genel olarak ya bir mahkeme kararına veya yetkili resmi makamca verilecek bir karara dayalı olarak gerçekleşmekteydi. GÜMÜŞ’e göre, Yasa koyucu, TMK m. 194/III ile bu genel kurala bir istisna getirmiştir. Buna göre, bir tasarruf sınırlaması şerhinin bir resmi karara dayanmaksızın, tasarruf yetkisi belirli bir taşınmaza ilişkin olarak, yasanın öngördüğü bir fiili olguya bağlı kaldırılan veya sınırlandırılan kişi dışındaki bir kişinin tek taraflı bir talebiyle gerçekleşmesini kabul etmiş olmaktadır.¹⁴⁹ Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü yayımladığı bir genelge ile, “Malik olmayan eşin talebiyle: Evlilik birliğinin resmen devam ettiğini kanıtlayan, nüfus kayıt örneği ile bu konutta birlikte yaşantılarını sürdürdüklerini kanıtlayan muhtarlıktan alınmış belgenin ibrazı halinde “Aile konutudur” şerhinin işlenmesi” gerektiğini duyurmuştur.¹⁵⁰

Eşler, oturacakları aile konutunu birlikte seçmeleri ve seçtikleri konut birinin mülkiyetinde ise aile konutu olarak tahsis ettiklerini tapu sicil bilgileriyle birlikte yazılı olarak beyanda bulunmaları ve beyanları altındaki imza ve kimliklerinin noter veya tapu sicil müdürlüklerince tespit edilmesi veya aile konutunu mal rejimi sözleşmesiyle belirlemiş olmaları halinde, birinin talebine

¹⁴⁸ESENER, Turhan: Selahiyete Müstenit Temsil 1961; Bkz. ESMER, Galip: Mevzuatımızdaki Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, s. 1019.

¹⁴⁹GÜMÜŞ, s. 65.

¹⁵⁰ Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Genelgesi, 11.06.2002, sayı: 1559, genelge no: 7.

istinaden taşınmazın kayıtlı olduğu tapu kütük sayfasının şerhler hanesine “aile konutu olarak tahsis edilmiştir” şeklinde belirtme yapılacaktır. Taşınmazın maliki olmayan eş, taşınmazın aile konutu olduğuna ilişkin şerh verilmesini istiyorsa, kayıt maliki ile evli olduklarına ilişkin yeni tarihli nüfus kayıt örneği, kayıt malikini de gösterir şekilde muhtardan alınmış ikametgah belgesi yöneticiden kayıt maliki ile birlikte oturduklarına ilişkin belge ve kat irtifakına konu meskenler için yapı kullanma izin belgesinin ibraz edilmesi halinde tapu kütüğünün şerhler hanesine aile konutu olduğuna ilişkin şerh konulacaktır.¹⁵¹

Şerh İsteminin şekil yönü ile ilgili, yasada açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle konu hakkında farklı yorumlar bulunmaktadır. Tapu dairelerinin, taşınmazların hangisinin aile konutu olduğu yönünde resen bir araştırma yetkisi ve görevi olmadığına göre, malik olmayan eş tarafından yapılan şerh isteminin yerine getirilmesinde, eşler arasında yapılmış kanaat verici yazılı bir sözleşme varsa bu yeterli olacaktır. Böyle bir sözleşme yoksa, aile konutunu belirleyici belgelerin sunulması halinde (muhtardan düzenlenecek konuta ilişkin belge veya ikametgah ilmühaberi varsa yönetici tarafından onaylanmış belge v.b) malik olmayan eşin istemiyle bu yönde tapu kütüğüne şerh verilebilecektir.¹⁵² Daha önce de belirtildiği gibi, aile konutu olarak şerh için, ayrıca nüfus idaresinden alınacak nüfus kayıt örneği ile evliliğin devam ettiği tapu sicil müdürlüğünde belgelenecektir. Ancak bir yerin aile konutu olup olmadığı konusunda eşler arasında ihtilaf var ise tapu memurunun, belirtilen belgelerin sunulmasına rağmen “aile konutu” şerhini koymaması gerekir. Çünkü kişilerin mülkiyet hakkının sınırlandırılması ancak kanunda belirtilen şartlarla olur. (2644 sayılı Tapu Kanunu m. 26) Bir taşınmaz malın aile konutu olup olmadığı yönünde eşler arasında ihtilaf bulunuyor ise, tapu sicil memuru idari işlemle mülkiyet hakkını sınırlayan şerhi tapu siciline yazamaz. Yüksek Mahkemeye göre, bu durum eşlerden birinin talebi halinde hakimin müdahalesini gerektiren bir durumdur.¹⁵³ Yargıtay'ın bu içtihadı karşısında, Tapu Sicil Genel Müdürlüğünün sözü

¹⁵¹ KARAŞAHİN, Halil İbrahim: Tapu ve Kadastro III. Bölge Yardımcısı, Tapu Sicil Mevzuatı ve Kadastro İşlemleri, s. 302.

¹⁵² YEŞİL, Metin: Tapu İşlemleri, Uygulama & Mevzuat, s. 50.

¹⁵³ 2. HD. 06.05.2002 tarih, 2002/5374 E, 2002/5991 K, Yayımlanmamış Karar

geçen genelgesinin uygulanmasında büyük karışıklıklar yaşanacaktır. Çünkü, sözü geçen 1559 sayılı genelgede, eşlerden birisinin tek başına yaptığı başvurusuyla konutun tapu kaydına aile konutu şerhi yapılmasında eşler arasındaki ihtilaf konusuna değinilmemiştir.

KARAŞAHİN, kayıt maliki olmayan eşin taşınmazın aile konutu olduğuna ilişkin mahkemeden almış olduğu karara istinaden de şerh verilmesinin mümkün olduğunu belirtmiştir.¹⁵⁴

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi bir kararında tapuya şerh konulmasının görülmekte olan davada mahkemeden istenebileceğini belirtmiştir.¹⁵⁵

KARAŞAHİN'e göre, mahkemenin kararının kesinleşmesine gerek bulunmamaktadır.¹⁵⁶ Mahkeme bir ara kararla konut üzerine şerh konulmasına karar verebileceği gibi, hüküm özetinin (gerekçeli karardan önce) tapu sicil müdürlüğüne gönderilmesiyle de aile konutu şerhinin konulması gerekecektir.

Aile konutu şerhi konulması için, gerek tapu dairesine yapılan kişisel başvurular, gerekse mahkeme tarafından verilen kararların açıkça şerh istemini içermesi gerekir. Yargıtay II. Hukuk Dairesi, bir kararında, dava sırasında eşlerden birinin gerek talep ettiği tazminatın teminat altına alınması amacıyla, gerekse, dava sonuçlanıncaya kadar, Türk Medeni Kanunu'nun 169. maddesi kapsamında eş ve çocukların barınmalarının güvence altına alınması amacıyla, davalı adına kayıtlı meskenin, tapu kaydına ihtiyati tedbir konulmasının istenmesi üzerine, yerel mahkemenin taraf istemini aşarak aile konutu şerhi oluşturmasını doğru bulmamış ve kararı bozmuştur.¹⁵⁷

¹⁵⁴ KARAŞAHİN, s. 302.

¹⁵⁵ "Davacı, mülkiyeti davalıya ait, özgülendiği anlaşılan Balçova'daki 25 parselde kayıtlı taşınmazdaki 3 nolu meskenin tapu kaydına Türk Medeni kanununun 194. maddesi gereğince konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini talep ettiğine toplanan delillerle de bahse konu taşınmazın aile konutu olduğunun belirlenmiş bulunmasına göre bu yönde tapuya verilen şerhin dava sonu ile sınırlı tutulması yasaya aykırıdır." Yargıtay 2. HD 27.03.2003; 2003/03071 E 2003/04352 K (Yayımlanmamış Karar.)

¹⁵⁶ KARAŞAHİN, s. 302.

¹⁵⁷ Yargıtay II. Hukuk Dairesi 05.11.2003; 2003/13150 E 2003/14945 K (Yayımlanmamış Karar.)

C- Eşlerin Aile Konutu Üzerinde Ferdi Mülkiyetten Başka Bir Hakka Sahip Olması

Eşler, aile konutuna iştirak halinde malik iseler, aile konutu üzerindeki tasarruflarında, TMK'nun 702/2 maddesine göre, zaten birlikte hareket etmek zorunda olduklarından, TMK'nun 194. maddesi anlamında rıza aranmasına gerek kalmayacaktır.

Paylı mülkiyette, paydaşlardan her biri, kendi payı üzerinde kural olarak tek başına tasarrufta bulunabilir. Ancak, TMK 194. maddeye göre, paylı mülkiyet konusu taşınmaz, aile konutu ise eşlerden biri, diğerinin rızası olmaksızın kendi payı üzerinde tasarrufta bulunamayacaktır.

Aile konutu, terekeye dahil mallar arasında ise, mirasın reddedilmesi, aile konutunun kaybı anlamına geleceğinden, mirasın reddi diğer eşin rızasına bağlı olmalıdır. Ancak terekenin borcu aktiflerinden fazla ise diğer eşin mirasın reddedilmesine karşı çıkması düşünülemez. ŞİPKA'ya göre, terekede rızai taksimle, aile konutu kaybedilecekse, taksim diğer eşin onayı olmadan geçerli olmamalıdır. Yazar, ortaklığın giderilmesi davasında (İzale-i şüyu davasında) dahi, eğer dava sonucunda terekeye dahil olan aile konutunun satılması olasılığı varsa mirasçı eşin, diğer eşin rızası olmadan bu davayı açamayacağı görüşündedir. Ona göre paylı mülkiyet ilişkisinde de, aile konutu üzerinde pay sahibi olan eş, payı üzerindeki tasarrufuyla aile konutu içinde oturulmasını olumsuz etkileyecekse, söz konusu tasarrufun yapılmasına diğer eşin rızası gerekecektir.¹⁵⁸

Eşlerden sadece birisi, aile konutu üzerinde üçüncü kişilerle birlikte paydaş ise, onun gerek rızai paylaşma istemi gerekse, aynen ya da satılarak ortaklığın giderilmesini talep edebilmesi diğer eşin rızası şartına bağlı olacaktır.¹⁵⁹

Eşlerden birisinin herhangi bir yakınına ait taşınmaz, ivazsız olarak aile konutu olarak kullanılıyor olabilir. Bu durumda, ortada tipik bir ariyet sözleşmesi bulunmaktadır. TMK 194. maddede kira sözleşmesinin feshine ilişkin hüküm öngörülmekle birlikte, ariyet sözleşmesi konusunda açık bir ifade bulunmamaktadır. KAMACI'ya göre, tıpkı kira sözleşmesinde olduğu

¹⁵⁸ ŞİPKA, s. 126 -127.

¹⁵⁹ KAMACI, s. 125.

gibi, ariyet sözleşmesinin, ariyet alan eş tarafından, süresinden evvel (bir süre öngörülmemiş ise, tahsis maksadından anlaşılan şekilde kullanılmasından önce) sona erdirilmesi, diğer eşin rızasına bağlı olmak gerekir.

Türk Medeni Kanununun 194/2. maddesine göre, tıpkı kira sözleşmesinin feshinde olduğu gibi, malik olmayan eş hakkını kötüye kullanarak rıza vermekten kaçınmaz. Aksi takdirde, aile konutuna malik olan, ya da aile konutu üzerinde başka bir hak sahibi olan eş (örneğin mirasçılık) hakim müdahalesini talep edebilecektir. Diğer eş Medeni Kanununun 2. maddesinde öngörülen dürüst davranma kuralına aykırı davranamaz.

VI- Aile Konutunun Korunma Süresi

A-Evlilik Birliğinin Devamı Süresince Durum

Eşlerin, TMK'nun 186/l. maddesine göre, birlikte seçtikleri konut, istisnai durumlar dışında aile konutudur. İşte, eşlerin, bir konutta bu şekilde tasarruflarının başlamasıyla, konut aile konutu niteliğini kazanacak ve yasanın aile konutuna ilişkin sağladığı korumadan yararlanacaktır.

Daha önce bir yerin aile konutu sayılabilmesi için hangi şartların gerektiğini belirtmiştik. Bunlar kısaca, resmi bir evliliğin olması, eşlerin konutta oturmalarının bir hakka dayanması ve tümünden aileye tahsis edilmiş olan konutun ailenin yaşam merkezi olmasıdır. Bu şartların hepsi bir araya geldiğinde konut, aile konutu niteliğine kavuşacaktır. Bunlardan birisinin bulunmaması durumunda konut, aile konutuna ilişkin düzenlemelerden yararlanılamayacaktır.

Eşlerin anlaşarak devamlı kalınan konutu, aile konutu olmaktan çıkarması mümkündür. Bu durum çoğu kez, eşlerin ortak rızasıyla kira sözleşmesi feshedilerek, eşlerin o konuttan taşınmaları veya her birinin ayrı ayrı konut kiralama, diğer eşin rızasını vermesi ile konutun devredilmesi ya da kiraya verilmesi ile olur. Böylece eşlerin, artık aile konutunda kalmayı sona erdirdikleri açıktır. Bu nedenle ortada 194. maddenin korumasına girecek bir aile konutu kalmamaktadır.¹⁶⁰

¹⁶⁰ ŞİPKA, s. 91.

Kural olarak, evlilik birliği devam ettiği sürece, konutun aile konutu olma niteliği devam eder. Ancak, eşler karşılıklı anlaşmalarıyla bir konutun aile konutu olma niteliğini ortadan kaldıracılabirler. Bununla birlikte nasıl ki, yazlık gibi geçici oturlan yerler, aile konutu sayılmıyorsa, bu şekilde aile konutunun geçici olarak bırakılması da, o yerin aile konutu sayılmasını ortadan kaldırmayacaktır. Çünkü, konutun ailenin yaşam merkezi olması hali kısa süreli ayrılığa rağmen devam etmektedir.

Eşlerden birisi aile konutunu terk ederken çoğu kez aile yaşamını sona erdirmeyi amaçlamaktadır. Bu halde, konutun hala aile yaşamının merkezi olduğunu söylemek mümkün değildir. Yani bir konutun aile konutu sayılması için gerekli olan şartlardan birisi yok olmaktadır. Bu durum karşısında konutun, Medeni Kanunun sağladığı korumadan yararlanabileceğini söylemek güçtür. Çünkü, Medeni Kanunun 194. maddesinin sağlayacağı korumanın bir amacı kalmamıştır.

şIPKA'ya göre, eşlerden birisi, aile konutunu, hak sahibi eşin kötü davranışları sonucu terk etmek zorunda kalmış ise, korumanın amacı hala devam etmektedir. Ona göre, bu tür durumlarda, en azından boşanma davası sonuçlanıncaya kadar, evde kalan ve konut üzerinde hak sahibi olan eşin, konut ile ilgili, TMK'nun 194. maddesinin birinci fıkrasına dahil sayılabilecek işlemlerde diğer eşin (evi terk eden) rızasının aranması gerekir. Aksi takdirde, evi terk etmeye zorlayan ve aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin, bu hukuka aykırı davranışına pirim verilmiş olacaktır.¹⁶¹ Ancak, şIPKA, aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşin, kendi iradesi ile (zorla değil) konutu terk ettiği ve bir daha ortak konuta dönmeyeceğinin açıkça anlaşıldığı durumlarda artık TMK'nun 194. maddesi gereği, rızanın aranmayacağını düşünmektedir. Ona göre, bu durum karşısında diğer eşin geçersizlik iddiası olursa bu hakkın kötüye kullanılmasıdır.¹⁶² Bu şekilde mahkemeye yapılan başvuru TMK'nun 2/II. maddesine göre reddedilmelidir. Çünkü bu halde evlilik birliği fiilen ortadan kalktığından ve aile konutunun korunma amacı kalmadığından ortada bir aile konutu olduğundan söz edilemeyecektir. Aile birliğini kendi iradesiyle sona erdiren eşin, sonradan sırf diğer eşi zor

¹⁶¹ şIPKA, s. 89.

¹⁶² şIPKA, s. 91.

durumda bırakmak için geçersizlik iddiasında bulunmasını hukuk düzeninin korumaması gerekir.

GÜMÜŞ'e göre, aile konutunda hak sahibi olan veya hak sahibi olmayan eşin, aile konutunu sürekli ya da geçici olarak terki, konutun aile konutu niteliğini ortadan kaldırmaz.¹⁶³ Onun kanısına göre, TMK'nun 194. maddesi, TMK'nun 199. maddesinde yer alan koruma önleminin, hakim kararına dayanmayan, ön önlemsel bir özel görünümünü oluşturması nedeniyle, bir konut tarafların serbest ve ortak iradeleriyle aile konutu olmaktan çıkarılmadıkça, TMK'nun 194. maddesi evlilik birliği sona erinceye kadar, bir ön – önlem hükmü olarak uygulama bulmalıdır. TMK'nun 194. madde hükmünün TMK'nun 199. maddesi hükmü ile olan organik bağlantısı yanında, özellikle konut üzerinde hak sahibi olmayan eşin, dolaylı da olsa mal rejiminin tasfiyesine yönelik malvarlıksal taleplerin korunabilmesi açısından da, eşlerin anlaşması olmaksızın terk edilen konutun aile konutu niteliğinin ortadan kalkmaması gerektiğini düşünmektedir.

Yazara göre, ŞİPKA'nın hak sahibi olmayan eşin serbest iradesiyle ve ortak hayatı bir daha kurmamak üzere terkinin, barınma hakkını korumaya değer bir menfaat kalmaması halinde, bir yandan TMK'nun 194. maddesinin korumasını kaldırdığını ileri sürerken; diğer taraftan bu terkin kimi durumlarda hakkın kötüye kullanılması sayılacağını ileri sürmesi çelişkili bir yaklaşımdır. GÜMÜŞ, terke rağmen aile konutu niteliğinin devam ettiğini düşünmektedir. Bu terkin ise sürekli olması durumu değiştirmemektedir. Ancak, aile konutunda, hak sahibi olmayan eşin, kendi iradesi ile (zorla değil) ve süresiz olarak aile konutunu terk etmesi nedeniyle eşlerin ayrı yaşadığı hallerde, hak sahibi olmayan eşin, izin vermemesi bir hakkın kötüye kullanılması oluşturduğu ölçüde (örneğin izne yetkili eşin sevgilisinin evine taşınması) aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş, hakimden TMK m. 194/II'ye göre, tek başına işlemde bulunması için izin verilmesini talep edebilir.¹⁶⁴

ŞİPKA, bir taraftan aile konutu üzerindeki korumanın kalktığını söylerken, öte yandan diğer eşin sanki böyle bir hakkı varmış gibi, rıza

¹⁶³ GÜMÜŞ, s. 36.

¹⁶⁴ GÜMÜŞ, s. 37.

vermekten kaçınmasının hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğini belirtmektedir. GÜMÜŞ'ün de açıkladığı gibi bu çelişkili bir düşüncedir.

GÜMÜŞ, terke rağmen, diğer eşin, işlemin geçerliliği için rıza verme gereğinin ortadan kalkmadığını düşündüğünden, belli durumlarda rıza verilmemesi halinde, hakkın kötüye kullanılması durumunun doğabileceğini ileri sürmekle ŞİPKA'nın çelişkisine düşmemektedir.

KAMACI'ya göre, konut üzerinde hak sahibi olmayan eşin, ortak konutu terk etmesi durumunda, bir daha ortak hayata dönmeyeceği açıkça anlaşılıyorsa artık TMK 194. madde gereğince, aile konutu ile ilgili işlemlerde onun rızası aranmamalıdır. Yazara göre, müşterek evi terk eden eşin, ortak hayata dönüp dönmeyeceği, TMK 164. maddedeki kurallara göre belirlenmelidir. Ona göre, terk eden eşe, ortak konuta dönmesi için usulüne uygun çekilen ihtarda belirtilen iki aylık sürenin bitimi, bu duruma karine oluşturacaktır. İki aylık süre içinde terk eden eşin, TMK'nun 194. maddesinde de öngörülen korumadan yararlanacağı konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Sonrasında ise; söz konusu korumadan yararlanılıp yararlanılamayacağı, ihtarla rağmen birliğe dönmemenin haklı bir sebebe dayanıp dayanmayacağına göre değişecektir. Yazara göre, müşterek konutu terk eden eşin, ihtarla rağmen birliğe dönmemesi haklı bir nedene dayanmıyor ise; bu halde, artık TMK 194. madde gereğince, hak sahibi eşin rızası aranmamalıdır.¹⁶⁵

Terk durumunda, aile konutuna ilişkin işlemlerde, diğer eşin rızası aranması gerektiği düşünülüyorsa, bu durumda aile konutunda, hak sahibi olmayan eşin kalması, malik olan eşin evi terk etmesi halinde de, evde kalan eşin rızasının aranması gerekecektir.

B- Boşanma Davası Sırasında ve Davadan Sonra Durum

Boşanma davası sırasında da, aile konutu, Medeni Yasanın sağladığı korumadan yararlanacaktır. Çünkü, zaten bu düzenleme (TMK m. 194) daha çok eşlerin anlaşamaması durumlarında işlev görecektir. Evlilik birliğinde, eşler uyumlu ve mutlu ise bu korumaya çok fazla ihtiyaç duyulmayacaktır. Kısacası ailenin bu kötü günleri aile konutunun korunmaya en fazla ihtiyaç

¹⁶⁵ KAMACI, s. 122.

duyduğu zamanlardır. Ailenin içinde, çocuklarında bulunduğu, aile konutunun varlığına en çok onların ihtiyacı olacağını unutmamak gerekir.

Aile konutunun korunmasında, aile üyelerinin bir menfaati kalmadığı hallerde ise diğer eşin, aile konutuna ilişkin yapılan işlemlerde geçersizlik iddiasına bulunması hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilmelidir. Ancak aile konutunun korunmasında aile üyelerinin bir yararının kalmadığının açık bir şekilde görülmesi gerekir. Bu ise, özellikle çocukların bulunmadığı, istisnai hallerde söz konusu olabilecektir.

Bir konutun aile konutu olabilmesi için başlıca unsurlardan birisinin aile olduğunu belirtmiştik. Boşanma kararının kesinleşmesi ile birlikte, evlilik kurumu ortadan kalkacağından, Medeni Yasanın aile konutuna sağladığı koruma da sona erecektir.

İsviçre Medeni Kanunu, boşanma sonrasında da, kiracı olmayan eşin, aile konutunda oturmasında, üstün hakkı olması durumunda konutta kalmasını sağlayacak düzenlemelere yer vermiştir.¹⁶⁶

İMK'nun 121. maddesi, getirdiği yeni bir düzenleme ile kiracılık sıfatı taşımayan eşin, aile konutunda kalmasını gerektirecek önemli nedenleri varsa, hakim kira sözleşmesindeki hak ve yükümlülüklerin bu eşe devrine karar verebilecektir. Bu durumda, aynı maddenin II. fıkrasıyla da daha önce kiracı olan eşin, iki yıldan fazla olmamak kaydıyla, kira bedeli konusunda müteselsilen sorumlu olacağı, kendisinin kira bedelini ödemesi halinde, bunu, nafaka borcu ile takas etme hakkına sahip olduğu da belirtilmiştir. Üçüncü fıkrada ise, aile konutunun mülkiyetinin eşlerden birine ait olması halinde, mahkeme diğer eşe yasadan kaynaklanan bir oturma hakkı tanımaktadır. Bunun süresi ve oturma şartları somut olayda mahkeme tarafından belirlenecektir.¹⁶⁷

Bu düzenlemeler, İsviçre Hukukunda, aile birliği sona ermesine rağmen, aile konutunun yine de korunması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. Çünkü, evlilik sona ermesine rağmen eşlerden birinin barınma hakkı elinden alınmamalıdır. Diğer eş gibi çocuklarında boşanmadan sonra barınma hakları korunmalıdır. Çocukların alışageldikleri

¹⁶⁶ ŞİPKA, s. 94.

¹⁶⁷ ŞİPKA, s. 94.

düzenlerini koruyabilmeleri, okullarını ve kurslarını devam ettirebilmeleri ve boşanmadan en az etkilenecek şekilde psikolojik durumlarının korunması için boşanmadan sonra da, aile konutunun korunması gereklidir.

Türk Medeni Kanunu'nun 254. maddesinde İMK'nun 121. maddesine benzer bir düzenleme getirilmiştir. Ancak bu madde, paylaşımlı mal ayrılığı rejiminde geçerlidir.

Türk Medeni Kanununun 254/İ. maddesinin uygulanabilmesi için evliliğin iptal veya boşanma kararıyla son bulması gerekir. Evliliğin ölüm veya gaiplik kararıyla son bulması halinde ise Türk Medeni Kanunu'nun 255. maddesi uygulama bulacaktır.

Türk Medeni Kanunu'nun 254. maddesine göre, evliliğin iptal veya boşanma kararıyla sona erdirilmesi durumunda, ailenin ortak kullanımına özgülenmiş ve eşler arasında eşit olarak paylaşma konusu olan konutta kalmaya ve ev eşyasını kullanmaya hangisinin devam edeceği konusunda, eşler, anlaşarak içlerinden birisine bir şahsi talep niteliğinde, diğer eşe karşı ileri sürebileceği konutta kalma veya kullanma hakkı tanıyabilirler.¹⁶⁸

ŞİPKA'ya göre, Türk Medeni Kanunu'nun 254. maddesi, İsviçre Medeni Kanunu'nun 121. maddesinin bire bir karşılığı olamaz. Ona göre, İsviçre Medeni Kanununun 121. maddesinde mahkeme kararı ile kira sözleşmesinin diğer eşe devredileceği kararlaştırılırken, bizdeki düzenlemede bu konuda bir açıklık bulunmamaktadır. Onun kanısına göre, "gerekli düzenlemeden" hakimın sözleşme taraflarını değiştirmek konusuna bir müdahalesi olabileceği anlaşılamaz. Çünkü bunun için açık bir yasal düzenlemeye ve emredici kurallara ihtiyaç vardır. Sonuç olarak ŞİPKA, seçimlik rejim olan paylaşımlı mal ayrılığı rejiminde, boşanmadan sonrası için aile konutunun özel paylaşımı düzenlenmiş ise de, bu düzenlemenin, ülkemizin aile yapısı içinde olması gerekeni sağlamaktan uzak olduğunu düşünmektedir.¹⁶⁹

Hemen belirtelim ki, yasal mal rejimi olarak kabul edilmiş olan edinilmiş mallara katılma rejiminde boşanmadan sonra aile konutundan kimin faydalanacağı konusunda özel bir düzenleme getirilmiş değildir.

¹⁶⁸ GÜMÜŞ, s. 190.

¹⁶⁹ ŞİPKA, s. 96.

Evliliklerin % 99'unu oluşturan yasal mal rejimine (Edinilmiş mallara katılma rejimi) ilişkin olarak boşanmadan sonra aile konutunun geleceğini düzenleyen bir hüküm olmaması büyük bir eksiklikler.¹⁷⁰

Her ne kadar İsviçre'deki sözünü ettiğimiz düzenlemeye bizim Medeni Yasamızda yer verilmemiş ise de, bu boşluğu doldurmak amacıyla bizde de İsviçre Medeni Yasası'ndan farklı olarak TMK'nun 194. maddesine dördüncü bir fıkra eklenmiştir. Buna göre, kiracılık sıfatı taşımayan eşe, kiralayana yapacağı tek taraflı bir bildirimle, kira sözleşmesinin tarafı olma hakkı tanınmıştır. Böylece eğer evlilik devam ederken, hatta boşanma davası sırasında dahi kiracı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle kiracı olacak ve diğer eşle birlikte artık kira sözleşmesinin tarafı olarak kiralayana karşı müteselsilen sorumlu olacaktır. Bu şekilde bildirimde bulunmuş eşin boşanma davasından sonra sokağa atılması tehlikesi ortadan kalkacaktır.

ŞİPKA'ya göre, bu düzenleme, boşanmanın sonuçlarına ilişkin İMK 121. madde düzenlemesi ile aynı etkiyi ve korumayı sağlayamaz. Zira İMK 121/I gereği hakim, boşanmadan sonra kiracı olmayan eşin tek başına kiracılık sıfatı kazanacağına ilişkin karar verecektir. Bu nedenle TMK 194. maddeye, taslak çalışmaları sırasında, bu yönde bir düşünce ile eklenen dördüncü fıkranın, aynı amacı sağlayabileceği şüphelidir. Yazara göre, bizdeki bu düzenleme ile (TMK m. 194/IV) eşler, müteselsil sorumlu olduklarından kira sözleşmesinden doğan tüm borçlardan sorumludurlar. Borçlar hukuku genel hükümleri gereği kısmi sorumluluk değil, kanundan doğan bir müteselsil sorumluluk oluşmaktadır. (BK m. 141/II) Yazar, bu durumun korunmak istenen eşi daha güç bir duruma düşürebileceğini düşünmektedir.¹⁷¹

TMK'nun 254/I. maddesi, ailenin ortak kullanımına özgülenmiş konuttan söz etmektedir. Yasa metninin bu ifadesinden aile konutunun anlaşılması gerekir. Aksi takdirde, eşlerin ortak kullandığı fakat aile konutu niteliğinde olmayan taşınmazlar (örneğin yazlıklar) da TMK'nun 254. maddesi kapsamında değerlendirilebilecektir.¹⁷²

¹⁷⁰ ŞİPKA, s. 97.

¹⁷¹ ŞİPKA, s. 195.

¹⁷² GÜMÜŞ, s. 192.

Türk Medeni Kanununun 254. maddesinin uygulanabilmesi için aile konutunun, paylaşmalı mal ayrılığı rejimi kurulduktan sonra kazanılması gerekir. Aile konutu eğer hibe gibi karşılıksız sağlar arası kazandırma veya miras yoluyla kazanılmış ise bu hüküm uygulanmaz.

C- Eşlerden Birisinin Ölmesi Durumu

1- Genel Olarak

Eşlerden herhangi birinin ölmesi halinde evlilik birliği sona ereceğinden aile konutunun Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesine göre, korunması söz konusu olamaz.

Yargıtay II. Hukuk dairesinin bir kararında, Medeni Kanununun 194. maddesinin, evlilik devam ettiği sürece aktif olan bir hüküm olduğu belirtilmiştir. Karara göre, evliliğın boşanma veya iptal kararıyla sona ermesi halinde TMK m. 194 etkisiz hale gelir.¹⁷³

Daha önceden de belirttiğimiz gibi, TMK 194. maddesi, eşlerin üçüncü kişilerden ziyade birinin diğerine karşı korunması amacıyla getirilmiştir. Bu durum karşısında eşlerden birinin ölümüyle zaten bu maddeye bir ihtiyaç kalmayacaktır.¹⁷⁴ Ancak, Yeni Medeni Yasanın bazı hükümleri ile, sağ kalan eşin aile konutu üzerindeki hakları korunmuştur.

2-Edinilmiş Mallara Katılma Mal Rejiminde

Türk Medeni Kanunu'nun 240. maddesine göre, "sağ kalan eş, ölen eşine ait olup birlikte yaşadıkları konut üzerinde, kendisine katılma alacağına mahsup edilmek, yetmez ise bedel eklenmek suretiyle intifa veya oturma hakkı tanınmasını isteyebilir." Ayrıca maddenin III. fıkrasına göre, "haklı sebeplerin varlığı halinde, sağ kalan eşin veya ölen eşin yasal mirasçılarının istemiyle intifa ya da oturma hakkı yerine, konut üzerinde mülkiyet hakkı tanınabilir."

Eşlerden birinin ölümüyle birlikte, evlilik birliği sona erse de, sağ kalan eş ve çocukların aile yaşamını devam ettirecekleri bir gerçektir. Yasa sözü geçen hüküm ile, sağ kala eşin o ana kadarki düzeninin korunmasını

¹⁷³ II. Hukuk Dairesi 05.11.2003, 2003/13150 E – 2003/14945 K, (Yayımlanmamış Karar.)

¹⁷⁴ TMK m. 194 aile konutu üzerindeki tasarruflarıyla eşlerden birinin diğerinin işlemlerine karşı korunmasını öngörmektedir. Bu koruma sağlar arası işlemlere ilişkindir. Aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin ölümünden sonra artık onun bu tür bir işlem yapma imkanı kalmayacağından TMK 194. maddenin uygulamasına gerek kalmayacaktır.

amaçlamıştır. Aksi takdirde mirasın tasfiyesiyle aile konutunun, başka bir mirasçıya geçmesi ya da satılması söz konusu olabilecektir. Ölüm halinde, konut ve ev eşyasının maliki olan eşin, mülkiyet hakkı son bulmakta; bu hak mirasçılara intikal etmektedir. Aynı konutu ve ev eşyasını paylaşan ve kullanan eş dururken, bunlar üzerinde mirasçılara mülkiyet hakkı tanınması doğru değildir. Ölen eşle birlikte bütün anılarını ve yaşamını paylaştığı konutta, yaşantısının kalan kısmını rahatsız edilmeden geçirmekte, ev eşyasını kullanmakta en tabii hak sahibi sağ kalan eştir.¹⁷⁵

Aile konutunun sağ kala eşe bırakılması için bazı şartlar bulunmalıdır. Her şeyden önce eşlerden birisinin ölmüş olması gerekir. Aile konutu ölen eşe ait olmalıdır. Sağ kalan eşin mal rejiminden dolayı katılma alacak hakkı bulunmalıdır. Sağ kalan eşin aile konutu ve ev eşyasını kullanma ihtiyacı olmalıdır. Türk Medeni Kanunu'nun 240/son maddesine göre, aile konutu, ölenin alt soyundan birinin aynı meslek ve sanatı icra edeceği konut olmamalıdır. Eşlerden birisinin ölmesinden önce diğeriyle aksine bir anlaşması bulunmaması gerekir.¹⁷⁶ Bu şart, katılma rejimine tabi eşlerin, mal rejimi ya da miras sözleşmesiyle birinin ölümü halinde aile konutu ve ev eşyasında sağ kalan eşin yasal alım hakkının ortadan kaldırılabilecek olmasından kaynaklanmaktadır.

Yasa koyucu, bir şart olarak da, sağ kalan eşin amacının eski yaşantısını devam ettirmek olmasını aramıştır. Bu durum TMK 240/I. madde de açıkça belirtilmiştir. Zira konut ve ev eşyasında yasal alım hakkının tanınmasının nedeni, sağ kalan eşin, herhangi bir rahatsızlık duymadan ölen eşle tüm anılarını paylaştığı konutta kalan ömrünü yaşaması ve evdeki eşyalardan yararlanmaya devam etmesidir. Burada hiç şüphesiz, aile konutu veya ev eşyasını sağ kalan eşin bizzat kullanma ihtiyacı göz önünde tutulacaktır. Sağ kalan eş bizzat yaşantısını bu konutta devam ettirmeyecek ise bu amaç gerçekleşmeyecektir. Örneğin: Kocasının ölümü üzerine, hiçbir yakını ve akrabasının bulunmadığı, çocuklarının yaşamadığı büyük ve yaşaması oldukça zor olan şehri terk edip, küçük yerleşim yerindeki ailesi

¹⁷⁵ KILIÇOĞLU, s. 77.

¹⁷⁶ ŞIPKA, s. 98.

yakınlarının bulunduğu yere gidip yerleşeceği açıkça belli olan sağ kalan eşin, yasal alım hakkı talebi reddedilecektir.¹⁷⁷

Yukarıda belirttiğimiz gibi, katılma rejiminde konut ve ev eşyasındaki yasal alım hakkı, bu rejimin sadece ölüm nedeniyle son bulması ile sınırlı olarak kabul edilmiştir. Ölümden başka bir nedenle örneğin boşanma, evliliğin iptali veya eşlerin mal rejimlerini sözleşmeyle değiştirmeleri halinde eşlere bu hak tanınmamıştır.

Sağ kalan eşin mirasçılık sıfatından yoksun olması halinde acaba yasal alım hakkı yine olacak mıdır? KILIÇOĞLU'na göre, TMK'nun 240. maddesi gereğince, aile konutu ve ev eşyasında sağ kalan eşin yasal alım hakkını kullanması mirasçılık sıfatıyla ilgili değildir. Bu nedenle sağ kalan eşin mirasçı olmadığı hallerde de (miras dışı bırakılmış, mirastan yoksun kalmış, mirası reddetmiş olması gibi) bu hak kullanılabilir. Bu nokta TMK'nun 240. maddesi hükmüne dayanan yasal alım hakkı ile TMK'nun 652. maddesi hükmüne dayanan yasal alım hakkı arasındaki önemli farklardan birisidir. TMK'nun 240. maddesi hükmü mirasçılık sıfatını şart koşmayan bir yasal alım hakkı öngördüğü halde, TMK'nun 652. maddesi mirasçı olma koşuluna bağlı olarak yasal alım hakkını kabul etmiştir.¹⁷⁸

Sağ eşe tanınan intifa hakkı, miras hakkı olmayıp sağ olan eş tarafından, diğer mirasçılara karşı kullanılabilen yasal bir alım hakkıdır. Mirasçılık belgesi düzenlenmiş olsa da olmasa da sağ kalan eş, konut üzerindeki intifa hakkını mirasçılara yönelik olarak kullandığı anda kendisiyle mirasçılar arasında alım ilişkisi doğacaktır. Bu durum karşısında mirasçılar tapuda eş lehine intifa hakkı tesis etmeye mecburdurlar. Aksi takdirde sağ eş mahkeme yoluyla bunu sağlayacaktır.

Türk Medeni Kanun'un 240. maddesinde, sağ olan eşe, konut üzerinde tanınan intifa hakkı, seçimlik bir hak değildir. Kanun maddesinde (TMK m. 240/III) sağ eşin, haklı sebepleri ispatlamak şartıyla, intifa hakkı yerine mülkiyet hakkı tanınmasını talep edebileceği belirtilmiştir. Hemen belirtelim ki, bu yetki diğer yasal mirasçılara da tanınmıştır. Buna göre, yasal mirasçılar da sağ kalan eşe intifa veya oturma hakkı yerine, mülkiyet hakkını teklif

¹⁷⁷ KILIÇOĞLU, s. 79.

¹⁷⁸ KILIÇOĞLU, s. 79.

edebileceklerdir. Sağ eşin intifa hakkı yerine mülkiyet hakkını seçmesi gerektiğini talep edebilme yetkisi her mirasçıya değil, sadece yasal mirasçılara tanınmıştır. Bu durum karşısında ölen eşin ölüme bağlı tasarrufla atadığı mirasçılar yasal mirasçı değil iradi mirasçılar olduklarından bu yetkiye sahip değildirler.

Yasal mirasçıların sağ eşin intifa hakkı yerine mülkiyet hakkını seçmesinde menfaati olabilecektir. Örneğin: Sağ kalan eş oldukça genç ise, ona intifa veya oturma hakkı tanınması, mirasçıların aynı hakkını uzun yıllar sınırlandırmış olacaktır. Mirasçılar uzun yıllar çıplak mülkiyet sahibi olarak konuttan yararlanma ve tasarruf etmeden mahrum kalacaklardır. Uzun yıllar bekleme yerine, sağ kalan eşin, mülkiyet hakkını kullanmak suretiyle konutun bedelini ödemesini tercih edebilirler.¹⁷⁹

Medeni Yasanın 240/II maddesinde, ev eşyası açısından konuttan farklı bir durum öngörülmüştür. Buna göre sağ kalan eş, ev eşyası üzerinde sadece mülkiyet hakkı talep edebilecek intifa hakkı talep edemeyecektir. Yasanın ev eşyası açısından farklı düzenleme getirmesinin nedeni ev eşyasının kullanım ömrünün konuta göre daha kısa olmasıdır.

3- Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminde

Ölüm halinde, aile konutunun mülkiyet durumunun ne olacağına ilişkin bir düzenleme de Medeni Kanunun 255. maddesinde yer almıştır. Paylaşmalı mal ayrılığı rejimine ilişkin olan bu hükme göre, "eşlerden birinin ölümü halinde, paylaşma konusu olan mallar arasında ev eşyası veya eşlerin birlikte yaşadıkları konut varsa; sağ kalan eş, bunlar üzerinde kendisine miras ve paylaşmadan doğan hakkına mahsup edilmek ve yetmezse bir bedel eklenmek suretiyle mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir." Görüldüğü gibi bu hüküm TMK 240. maddesine benzer bir hükümdür. Bu durum hükmün gerekçesinde de açık bir şekilde dile getirilmiştir.¹⁸⁰ Maddenin II. fıkrasında yine TMK 240. maddeye paralel olarak, haklı sebeplerin varlığı halinde sağ kalan eşin veya ölenin diğer yasal mirasçılarından birinin istemi üzerine,

¹⁷⁹ KILIÇOĞLU, s. 81.

¹⁸⁰ TMK'nun 255. maddesi gerekçesi : "Bu madde İsviçre Medeni Kanununun yeni 612 a maddesine paralel olarak kaleme alınmıştır. Aynı hükmün paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde de tekrar edilmesinde yarar görülmüştür."

mülkiyet yerine intifa veya oturma hakkı tanınmasına karar verilebileceği belirtilmiştir.

Sağ kalan eşin, diğer mirasçılarının ortak konut ve ev eşyası üzerindeki miras hisselerini ödeyebilecek durumda olmaması ya da bunların mülkiyet hakkını istemesinin kendisi ya da diğer yasal mirasçılar için elverişli olmaması mümkündür. Bu durumda bu fıkra uyarınca sağ kalan eş mülkiyet yerine intifa veya oturma hakkı tanınmasını isteyebilecektir. Ölenin diğer kanuni mirasçıları da eş için aynı yönde istemde bulunabilecektir.

TMK'nun 240. maddesi, evliliğin ölümle son bulması haline ilişkin sınırlı düzenleme getirmektedir. Bu durumda diğer mirasçılarının taksim isteminde bulunmaları sonucunda sağ kalan eşin ortak konuttan çıkmak zorunda kalması veya ev eşyasının elinden alınması suretiyle mağdur edilmesini önlemek üzere eşe bir tür yasal önalım hakkı tanınmış, sağ kalan eşin bunlar üzerinde kendisine miras veya paylaşmadan doğan hakkına mahsup edilmek suretiyle mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebileceği öngörülmüştür. Bunlar da yetmezse eksik kalan kısmı tamamlayacaktır.¹⁸¹ Ancak paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde TMK'nun 240. maddesinden farklı olarak, evliliğin iptal veya boşanma nedeniyle son bulması halinde de mülkiyet hakkına sahip olmayan eşe oturma hakkı tanınmaktadır.

KILIÇOĞLU'na göre, evlilik, boşanma veya iptal kararıyla son bulmasına rağmen, konut ve ev eşyasında mülkiyet hakkına sahip olmayan eşe kullanım hakkı tanınması doğru değildir. Ona göre, evlilik son bulduğuna göre, konut ve ev eşyasında hak sahibi olmayan eşin karşılıksız olarak bundan yararlanmaya devam etmesi haksızlıktır ve böyle bir hakkın tanınması suretiyle geçinemedikleri için ayrılan eşleri devamlı olarak karşı karşıya getirmek sosyal gerçeklere uygun düşmez.

Tıpkı edinilmiş mallara ilişkin TMK 240. maddesi gibi TMK 255. madde de TMK 652. maddeden farklı bir durum öngörmektedir. Medeni Kanunun 652. maddesi ölüm halinde sağ kalan eşin tereke malları arasındaki konut ve ev eşyasında miras hakkına mahsuben aynı hak tanınmasını düzenlemektedir. Tereke malı ile mal rejiminde tasfiyeye tabi tutulan mallar birbirinden farklıdır. Tereke mallarında yasal alım hakkı miras hissesine

¹⁸¹ TMK m. 255 gerekçesi, Adalet Bakanlığı Yayınları, s. 405.

mahsuben yapılabilir. Buna karşı paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde tasfiyeye tabi mallarda yasal alım hakkı ancak paylaşmadan doğan hakka mahsuben yapılabilir.¹⁸²

Yukarıda da belirttiğimiz gibi edinilmiş mallara katılma rejiminde sağ eş konut üzerinde intifa veya oturma hakkı şartları varsa mülkiyet hakkı tanınmasına rağmen ev eşyası üzerinde sadece mülkiyet hakkı tanınmaktadır. Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde ise ev eşyası üzerinde sağ kalan eşe intifa hakkı tanınması da mümkündür.

4- Mal Ortaklığı Rejiminde

Edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin olan TMK'nun 240. maddesine benzer bir hüküm, mal ortaklığı rejimine ilişkin olarak da kanunun (TMK) 279. maddesinde öngörülmüştür. Bu benzerlikle birlikte, edinilmiş mallara katılma rejiminde yer alan hükümden farklı olarak bu maddede, sağ kalan eşin, öncelikle mülkiyet hakkı isteyebileceği öngörülmüştür. Buna göre, ölüm nedeniyle mal ortaklığının son bulmasında, sağ kalan eş, eşlerin birlikte yaşadıkları konut veya ev eşyasının ortaklık mallarına dahil olduğu durumda, kendi tasfiye payına mahsuben bunların mülkiyetini isteyebilecektir. Böylece bu mallar terekeye dahil olmaktan çıkartılıp, diğer mirasçılarının bunlar üzerindeki mülkiyet haklarının, sağ kalan eş tarafından tasfiye payına mahsuben satın alınması sağlanacaktır.

TMK'nun 279. maddesinin II. fıkrasında, edinilmiş mallara katılma ve paylaşmalı mal ayrılığı rejimindeki düzenlemelere paralel olarak, haklı sebeplerin varlığı halinde, sağ kalan eş veya ölenin diğer yasal mirasçılarının istemi üzerine bunlar üzerinde mülkiyet yerine intifa veya oturma hakkı tanınmasını isteyebileceği öngörülmüştür.

5- Terekenin Paylaşılmasında

TMK'nun mirasa ilişkin 652. maddesi TMK'nun 240, 255 ve 279. maddelerinin bir nevi genel tekrarı niteliğindedir. Bu hüküm, eşler arasındaki mal rejimi ne olursa olsun, ölüm halinde sağ kalan eşin mirasçılık sıfatına dayalı bir yasal ayni talep hakkı tanımaktadır. Sağ kalan eşin bu hakkını kullanabilmesi mirasçılık sıfatına bağlı olacağından, mirasçılığına engel bir

¹⁸² KILIÇOĞLU, s. 83.

durumun varlığı halinde bu haktan yararlanamayacaktır. Mirastan ıskat, feragat veya mahrumiyet halleri mirasçılığa engel teşkil edebilecektir.¹⁸³

Sağ eşin sözü geçen talep hakkını kullanması kurucu yenilik doğurucu bir hakkın kullanılması niteliğindedir.

Medeni Kanununun 652. maddesi, mirasın taksiminde sağ kalan eşe konut ve ev eşyası üzerinde bir önceliklik tanımaktadır. Sağ eş bu malların diğer mirasçılara geçmesini önleyip paylaşmada kendisine tahsis edilmesini sağlayabilecektir. Bu hak yasal bir alım hakkı olup karşılıksız değildir. Sağ kalan eş bu hakkını konut ve ev eşyasında kullanmak istediği aynı hakkın bedeli karşılığında elde edecektir. Hemen belirtelim ki burada diğer mirasçılara bir bedel ödenerek yapılan bir satış söz konusu olmayıp, bu hakların karşılığı sağ kalan eşin, mirasçılara karşı diğer mallardaki miras payından vazgeçmesi suretiyle karşılanmaktadır. Sağ eş, aynı zamanda ölenin bir mirasçısı olacağından yasal alım hakkını kullandığı konut ve ev eşyasında zaten kendisinin de bir mülkiyet hakkı vardır. Bu durumda sağ kalan eşin, vazgeçmesi gerekli diğer miras hissesi, konut ve konut eşyasında kendi mülkiyet hakkı dışında kalan orandaki mülkiyet bedelidir.¹⁸⁴

D- Ayrılık veya Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi Halinde Aile Konutunun Durumu

Boşanma davası açma hakkı olan eş, isterse ayrılığa hükmedilmesini talep edebilir. (TMK m. 167) Aynı şekilde, hakim de evlilik ilişkisinin yeniden kurulması ihtimali var ise, boşanma kararı vermek yerine ayrılık kararı verebilecektir. Çünkü TMK'nun 170/III maddesinde hakime bu konuda bir takdir yetkisi tanınmıştır. Ancak, ayrılığa karar verebilmek için eşlerin barışmaları, yani ortak hayatın yeniden kurulması kuvvetle muhtemel olmalıdır.¹⁸⁵

Birlikte yaşamaya ara verilmesi, Türk Medeni Kanunu'nun 197. maddesinde, "Eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir." şeklinde belirtilmiştir. Bir eşin haklı sebepleri olmaksızın

¹⁸³ KILIÇOĞLU, s. 53-55.

¹⁸⁴ KILIÇOĞLU, s. 86.

¹⁸⁵ AKINTÜRK, s. 273.

birlikte yaşamaktan kaçınması ya da başka bir sebeple ortak hayatın olanaksız hale gelmesi üzerine de, diğer eş birlikte yaşamaya ara verilmesini talep edebilecektir.

Türk Medeni Kanununun 197. maddesine göre, birlikte yaşamaya ara verilmesine karar verilebilmesi için, TMK'nun 167. maddesi anlamında ayrılık kararı verilmesi için gerekli olan, boşanma sebeplerinin gerçekleşmesi şartı aranmaz.

TMK'nun 197.maddesi gereğince, birlikte yaşamaya ara verilmesi için açılan dava sonunda da hakim, ayrılık süresince konut ve ev eşyasından yararlanmaya ilişkin önlemleri alacaktır.

Daha önceden de belirttiğimiz gibi, TMK m.194 hükmü, aile konutu üzerinde yargı kararına gerek olmaksızın bir koruma sağlamakta idi. Oysa ki, burada konutun korunması için yargı kararına ihtiyaç vardır. Bu yüzden, hakim, aile konutu ile ilgili bir karar verinceye kadar, 194. maddenin uygulanabilir olması gerekir. Bu sayede alınabilecek önlemlerin bir anlamı olacak ve aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin, konutu muvazaalı yollarla başkalarına devredebilmesinin önüne geçilebilecektir. ŞİPKA'ya göre, ayrılık kararına rağmen evlilik devam ettiğinden, TMK'nun 194. maddesi ayrılık esnasında da uygulama bulmalıdır.¹⁸⁶ Birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde de söz konusu durum, geçici olduğundan taşınmazın aile konutu olma niteliği ortadan kalkmamalıdır.

Türk Medeni Kanununun 194. maddesinde öngörülen, aile konutuna ilişkin koruyucu hüküm, evliliğin genel hükümleri içinde yer almaktadır. Bu nedenle TMK'nun 169. maddesi anlamında, aile konutundan eşlerden birinin yararlanmasına ilişkin tedbir kararına rağmen, hak sahibinin tasarruflarına karşı diğer eşin rızası aranacaktır. Çünkü ayrılık kararına rağmen evlilik devam etmektedir.

TMK'nun 197. maddesi gereğince birlikte yaşamaya ara verilmesine karar verilmesi halinde, bu madde uyarınca, hakim tarafından talep halinde, “.. konuttan yararlanmaya..” ilişkin tedbir kararı alınmış ya da alınmamış olsa dahi, bu dönemde de evlilik birliği devam ettiğine göre, aile konutuyla ilgili

¹⁸⁶ ŞİPKA, s. 93.

hak sahibi eşin, konutun kaybedilmesi sonucunu doğuran tasarruflarının geçerliliği, diğer eşin rızasına bağlı kalmaya devam edecektir.¹⁸⁷

VII- Diğer Eşin Rızası ve Şekli

Diğer eşin yapılan işleme vereceği rıza açık olmalıdır. Zimni rıza yapılan işleme geçerlilik kazandırmayacaktır. Ortada henüz belirli bir işlem yokken önceden rıza verilmesi mümkün değildir. Bunun gibi daha ortada bir işlem yokken önceden rızadan feragat da mümkün değildir. Rıza beyanı şahsa bağlı bir hak olduğundan, bizzat rızası gereken eş tarafından veya onun yasal temsilcisi tarafından kullanılacaktır.

Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinde, rızanın açık olarak yapılması gerektiği belirtilmiş, ancak rıza için belirli bir şekil şartı getirilmemiştir.

Rızası gereken eş, vesayet altında ise vasinin izni gerekecektir. Eğer vasi, haklı bir neden yok iken rıza vermekten kaçınırsa diğer eş mahkemeye başvurarak TMK 194/II gereğince rızaya gerek olmadığına dair karar alabilir.

Yapılan işleme verilen açık rızadan sonra bundan dönülmesi mümkün değildir.

Rıza alınmadan yapılan işlem geçersiz olduğundan, bu geçersizlik durumu her zaman ileri sürülebilecektir. Aile konutuna ilişkin işlemin, diğer eşin rızası eksikliği nedeniyle iptali her zaman istenebilecektir.

KAMACI'ya göre, yapılan işleme rızası gereken eşin, onay verinceye kadar konutun aile konutu niteliğini kaybetmesi durumunda, örneğin varolan boşanma davasının kesinleşmesi durumunda, yapılan işlem baştan itibaren geçerli hale gelecektir.¹⁸⁸

¹⁸⁷ KAMACI, s. 123.

¹⁸⁸ KAMACI, s. 132.

II. BÖLÜM

Evlilik Birliğinin Korunması Amacıyla Eşlerden Birinin Belirli Bir Taşınmazı Üzerindeki Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması (TMK m. 199; İMK m. 178)

I-Genel Olarak

Türk Medeni Kanununun 195 ve devamı maddelerinde evlilik birliğinin korunmasına ilişkin düzenlemeler yer almıştır. Bu madde eski kanununun 161. maddesinin karşılığıdır.

Madde, İsviçre Medeni Kanununun 172. maddesindeki yeni hükme uygun olarak kaleme alınmıştır. Eşler ayrı ayrı ya da birlikte hakime başvurmak suretiyle, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliği ile ilgili önemli bir uyuşmazlığın doğması halinde gerekli müdahalenin yapılmasına karar verilmesinin isteyebilecektir.

Müdahalesi istenen hakim, bu konuda eşleri uyarma, onları uzlaştırma ya da eşlerin birlikte rıza göstermesi halinde, onların huzur ve mutlulukları için uzman bilirkişilerin önerilerini dikkate alarak karar verme yetkisine sahiptir.

Maddenin üçüncü fıkrası hakime, eşlerden birinin istemi üzerine kanunlarda öngörülen önlemleri alma yetkisini de tanımaktadır. Bu hükümle hakime, istem üzerine eşlerin ayrı yaşamalarına, eşlerin meslek ve işine, eşlerin çocuklarla ilişkilerine, evlilik birliğine ilişkin katkılara yönelik önlem hükmünde kararlar verme yetkisini tanımıştır.

Maddenin ikinci fıkrasındaki “uzman kişilerin yardımını” isteme, İsviçre Medeni Kanununun 172. maddesinde “Evlilik veya Aile Danışma Bürolarının” yardımını isteme şeklinde kaleme alınmıştır. Ülkemizde ise bu tür bürolar bulunmadığından, maddede “uzman kişilerin yardımını isteme” şeklinde genel bir hükme yer verilmiştir.¹⁸⁹

Birbirlerine karşı yardım ve sadakat yükümlülüğü olan eşler, evlilik birliği içinde birbirlerinin kişilik haklarına saygı göstermek zorundadırlar. Medeni Kanununun 23 ve devamı maddeleri ile birlikte diğer evlilik birliğinin

¹⁸⁹ TMK'nun 195. maddesi gerekçesi.

korunmasına ilişkin hükümler, eşlerin kişilik haklarının korunmasını sağlayacaktır. GÜMÜŞ'e göre, eşlerin münferiden kişilik haklarının korunması, evlilik birliğinin temeli olarak göz önünde tutulmak zorundadır. Bu bireysel korumanın ötesinde TMK'nun 195. maddesi ve devamı hükümlerin, bir tür hayat ortaklığı niteliğindeki evlilik birliğinde, eşler arasındaki çatışmaları ve anlaşmazlıkları çözüp, eşlerin ayrılmalarını veya boşanmalarını engellemek suretiyle, Anayasanın, devlete yüklediği, evlilik birliğinin korunmasına ve geliştirilmesine hizmet edeceği açıktır. Bu durum sosyal devlet olmanın da bir gereğidir. İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında, evliliği koruyucu önlemlerin, eşlerin barışmasını, gelecekte ortaya çıkabilecek zorlukları önlemeyi ya da varolan sorunların ortadan kalkmasını sağlayacağı ve eşlerin birbirlerine karşı yabancılaşmalarına sebep olan eşler arası anlaşmazlıkları önleyeceği belirtilmiştir.¹⁹⁰

Türk Medeni Kanununun 195/II maddesine göre, "Hakim gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri alır." Buna göre hakimin, yasada belirtilen önlemlerden başka bir önlemi uygulama imkanı bulunmamaktadır. 4787 sayılı Aile Mahkemeleri Kanununun 6. maddesinin b bendinde, aile mahkemeleri, "Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerin yerine getirilmesine ilişkin gerekli önlemleri almaya" yetkili sayılmıştır. Burada sözü geçen gerekli önlemler, özellikle, ailenin korunması amacıyla, Medeni Kanunda belirtilmiş önlemlerdir. Aile mahkemelerinin, eşlerden birisinin talebi olmaksızın, bu önlemleri re'sen alması mümkün değildir.

Hakim, dar anlamda evliliği koruyan TMK'nun 195 – 201. maddelerinden başka aile hukuku kitabının diğer maddelerinde yer alan önlemleri de uygulayacaktır. Örneğin, evlilik birliğinin temsili konusunda hakime başvurma yetkisi (TMK 188/II maddesi), mal rejimleri çerçevesinde öngörülen hakim kararına dayalı ödeme ertelemeleri (TMK 239/II maddesi), mal ortaklığında kabul edilen mirasın reddi için mahkemeye başvurma olanağı, bu önlemlerin bazılarıdır. (TMK 265 maddesi)¹⁹¹

¹⁹⁰ GÜMÜŞ, s. 68.

¹⁹¹ GÜMÜŞ, s. 69.

Hakim, Medeni Kanundan başka kanunlarla öngörülen aileyi koruma hükümlerini de TMK'nun 195/III maddesi kapsamında uygulayacaktır. Ailenin korunması amacıyla hazırlanan 14.01.1998 tarih ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un 1. maddesine göre; Medeni Kanunda öngörülen tedbirlerden ayrı olarak, eşlerden birinin veya çocukların veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden birinin aile içi şiddete maruz kaldığını kendilerinin veya Cumhuriyet Başsavcılığının bildirmesi halinde, Sulh Hukuk Hakimi resen meselenin mahiyetini göz önünde bulundurarak yasada açıkça gösterilen önlemlerden birini veya birkaçını birden alacaktır.¹⁹²

4320 sayılı Ailenin Korunması'na Dair Kanun, aile konutunun eşlerden birine ve varsa çocuklara tahsisine ilişkin bir hüküm getirmiştir. Buna göre hakim, kusurlu eşi, müşterek evden uzaklaştırarak (ki bu çoğu kez aile konutu olacaktır) bu evin diğer eşe ve varsa çocuklara tahsisi ile diğer eş ve çocukların oturmakta olduğu eve veya işyerine yaklaşmamasına karar verebilecektir.¹⁹³

Her ne kadar ailenin korunmasına ilişkin olarak sadece yasal hükümlerin uygulanacağı belirtilmiş ise de, kanun koyucunun eşler arası çatışmaların bir örneklikten uzak olmaları nedeniyle somut olayda evlilik birliğinin korunmasına yönelik en uygun müdahalenin sağlanması amacıyla, varolan önlemler de (soyut ifadeli ve hakime geniş takdir yetkisi tanıyan hükümlere dayalı) yoğun bir çeşitlilik getirdiği açıktır.¹⁹⁴

Medeni Kanunun 199. maddesi, bu türden bir hüküm olup, somut olayın özelliğine göre, eşlerden birisinin, belirli bir malvarlığı değerine ilişkin olarak tasarruf yetkisinin kısıtlanmasını öngörmektedir.

Eşler, aralarında anlaşmazlıklar ve sorunlar yaşandığında, çoğu kez evlenme ile yüklendikleri mali yükümlülükleri yerine getirmekten kaçınma eğilimine girmektedirler. Bu durumda eşlerin aile birliğini ve ailenin geleceğini düşünmeyerek veya önemsemeyerek harcamalar yapması mümkündür. Bu durum karşısında gerek evlilik birliği devam ederken gerekse malvarlığı tasfiyesi sırasında eşlerin menfaatlerinin zarar göreceği açıktır. İşte bu halde, bir eşin, diğer eşin ekonomik menfaatlerine, zarar verici harcamaları

¹⁹² ÖZDAMAR, s. 78.

¹⁹³ 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, 1/b maddesi.

¹⁹⁴ GÜMÜŞ, s. 69.

karşısında ekonomik menfaatleri etkilenen eşi salt boşanma davası sırasında hakim tarafından alınacak önlemler ile (TMK m. 169) korumak yeterli olmayacaktır. İşte bu noktada eşin ekonomik yönden korunması evlilik birliği devam ederken “yargısal tasarruf sınırlaması hükmü” olan Medeni Kanunun 199. maddesi hükmü ile sağlanacaktır.¹⁹⁵

Bir düşünceye göre, eşlerden birisi evlilik birliğinin getirdiği yükümlülöklere aykırı davranıyorsa, öncelikle evlilik birliğini ve aileyi korumaya yönelik olan diğer hükümler uygulanmalıdır. Buna göre, Medeni Kanunun 199. maddesi (İMK m.178) hükmü ikincil olarak uygulanması gereken bir hükümdür. Eğer diğer, ailenin veya evlilik birliğinin korunmasına ilişkin, hükümler olayda uygulanamıyorsa ancak bu durumda Medeni Kanunun 199. maddesi (İMK m.178) uygulanmalıdır. GÜMÜŞ, bu düşünceye katılmamaktadır. Ona göre, TMK’nun 199. maddesi ikincil bir hüküm değildir. Olayın niteliğine göre diğer hükümlerle beraber veya öncelikli olarak uygulanması mümkündür. Yazar, eğer eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminden başka bir mal rejim benimsenmiş ise veya tarafların anlaşarak TMK m. 223/II hükmünü uygulama dışı bıraktıkları hallerde TMK m. 199’un öncelikle uygulanacağını belirtmiştir. Yazar ayrıca edinilmiş mallara katılma rejiminde TMK m. 199’un TMK m. 223/II’ye göre daha etkili olarak uygulanacağı durumlar olursa öncelikle uygulanabileceğini düşünmektedir.¹⁹⁶ KILIÇOĞLU, kimi durumlarda, özellikle şerh imkanı olduğundan, TMK m. 199’un edinilmiş mallara katılma rejiminde TMK m. 223’den daha etkin koruma sağlayacağını düşünmektedir.¹⁹⁷

Türk Medeni Kanunu’nun 194. maddesine göre, Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutunu devredemez, aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. Daha önce bir yerin aile konutu olarak kabul edilmesi için o yerde ailenin, düzenli olarak oturması gerektiğini belirtmiştik. Bu bağlamda, yazlık gibi geçici olarak oturlan yerlerin aile konutu sayılmayacağını açıklamıştık. Aile konutu niteliği taşımayan yazlık, dağ evi ya da ailenin barınmasında diğer ikincil nitelikli konutlar TMK’nun 194. maddesinin korumasından yararlanamayacaklardır. Malik eşin bunlar

¹⁹⁵ GÜMÜŞ, s. 69.

¹⁹⁶ GÜMÜŞ, s. 76.

¹⁹⁷ KILIÇOĞLU, s. 62.

üzerindeki hesapsız tasarrufları diğer eşin başvurusuyla TMK'nun 199. maddesine göre kısıtlanacaktır. Çoğu kez bu tür konutların ailenin ekonomik varlığında önemli bir yer tutacağı açıktır.

Kanun koyucu aile konutu niteliği kazanmış olan taşınmazı salt bu niteliğinden dolayı hiçbir başvuruya gerek duymaksızın güvence altına almıştır. Oysa ki, aile konutu dışındaki her hangi bir taşınmaz üzerindeki, malik eşin tasarrufları, TMK 199. maddesine göre, ancak diğer eşin başvurusu üzerine, hakim tarafından kısıtlanacaktır.

Eşlerin ortak yaşamlarının sürdüğü aile konutunun Medeni Kanunun 194. madde anlamında korunabildiği sürece bu alanda TMK 199. maddesi uygulanmayacaktır. Eşlerden birisinin TMK 194. maddesi gereğince güvencesi varken, aile konutuna ilişkin olarak diğer eşin tasarruf yetkisinin sınırlanmasını istemesinde hukuki yararı bulunmamaktadır. Ancak, öğretide hakim olan görüşe göre, ortak yaşam, korunan eşin iradesi ile kesin ve süresiz olarak sona erdikten sonra TMK m. 194'ün korumasının sona erdiği kabul edilirse, eşin artık aile konutu niteliğini kaybeden taşınmazın devri, ailenin ekonomik temeline yönelik ciddi ve güncel bir tehlike oluşturduğu ölçüde, TMK m. 199'daki tasarruf sınırlaması önlemine, doğrudan başvurulabilecektir. Buna karşılık, evlilik birliğinden doğan malvarlıksal yüküm ihlalinin söz konusu olduğu hallerde, eşler bakımından, Medeni Kanunun 199. maddesi hükmünün doğrudan uygulanabilirliği söz konusu olabilecektir.¹⁹⁸

Bir kısım yazarlara göre, Medeni Kanunun 199. maddesinin Medeni Kanunun 194. maddesini tamamlayıcı bir işlevi bulunmaktadır. Ancak, onlara göre, Medeni Kanunun 199. maddesi sadece ailenin ekonomik varlığını korumayı amaçlarken Medeni Kanunun 194. maddesi ailenin hem maddi hem de manevi varlığını korumaktadır.¹⁹⁹ Aynı düşüncede olan KILIÇOĞLU'na göre, söz konusu madde eşler arasındaki her aile uyuşmazlığında değil, ancak bir eşin malvarlıksal yararlarının ağır ve ciddi biçimde tehdit altında bulunduğu hallerde uygulanabilen bir maddedir.²⁰⁰

¹⁹⁸ GÜMÜŞ, s. 71.

¹⁹⁹ GÜMÜŞ, s. 71.

²⁰⁰ KILIÇOĞLU, s. 66.

KILIÇOĞLU, Türk Medeni Kanununun 199. maddesinin evlilik birliğinin korunmasına ilişkin genel bir hüküm niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Ona göre, yasa, eşlerin ekonomik geleceği ve mali yükümlülükleri ile ilgili özel hükmün bulunduğu hallerde 199. madde hükmüne gerek bulunmamaktadır. Yazar, buna örnek olarak aile konutuna ilişkin TMK'nun 194. maddesi hükmünü göstermiştir. Bu hükme göre, eşlerden birisi, aile konutu ile ilgili olarak devir ve hak sınırlandırması işlemlerini diğer eşin rızası olmaksızın yapamayacaktır. Bu hüküm, aile konutuyla ilgili yeterli bir güvence sağladığından Medeni Kanununun 199. maddesine dayanılarak aile konutu ile ilgili işlemlerin diğer eşin rızasına bağlı tutulması yönünde mahkemeden bir karar vermesi talep edilemeyecektir.²⁰¹ ŞİPKA bu konuda KILIÇOĞLU'nun görüşlerine katılmamaktadır.

İstanbul'da konutların çoğu imar durumuna aykırı olduğundan, bağımsız konut (kat mülkiyeti) tapusu bulunmamaktadır. Bu nedenle sadece arsa olarak görünmektedirler. Bu arsa tapusuna ise "aile konutudur" şerhinin verilmesi mümkün olmamaktadır. ŞİPKA'ya göre, bu eksiklik TMK'nun 199. madde hükmünden yararlanılarak aşılacaktır. Onun kanısına göre, uygulamacılar, şerh talebini TMK 194. madde hükmündeki "aile konutu" şerhi olarak değil de, Medeni Kanununun 199. madde hükmündeki tasarruf yetkisi sınırlandırması olarak hakimden talep edebileceklerdir. Burada arsa üzerinde konut bulunduğu ama bunun resmîyette tapuda gözükmediği dikkate alınarak, arsanın mülkiyetinin devri TMK m. 199 hükmündeki önlem ile ve tedbir niteliğindeki şerh ile diğer eşin rızasına bağlanabilir. ŞİPKA'ya göre, buna hiçbir engel bulunmamaktadır. Yeter ki TMK m. 199 hükmünün aradığı, ailenin ekonomik varlığının korunmasının bir gereği bulunsun.²⁰²

II-Yasal Düzenleme ve Gereği

Tasarruf yetkisinin sınırlandırılması kenar başlığını taşıyan Medeni Kanununun 199. maddesi İsviçre Medeni Kanununun 178. maddesinden alınmıştır. Bu maddeyle hakim, özel bir önlem olarak eşlerden birinin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına karar verebilmektedir. Bu hükme bizim ülkemizde İsviçre'den daha fazla ihtiyaç bulunmaktadır. Çoğu olayda ayrılmaya veya boşanmaya

²⁰¹ KILIÇOĞLU, s. 61.

²⁰² İzmir Barosu Dergisi, 2003, 3. sayı, s. 1.

kararlı olan koca, sırf kadına nafaka ya da tazminat ödememek için mevcut mallarını başkalarına devretme yoluna gitmekte, nafaka ya da tazminata hak kazanan kadın, kocadan icra yoluyla herhangi bir tahsilat yapamamaktadır. Bu hüküm sayesinde hakim, eşlerin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına yönelik önlem niteliğinde olmak üzere, bu tür tasarrufların diğer eşin rızasına bağlı olduğuna karar verebilecektir. Ancak bu kararın verilmesi yeterli olmadığından, maddenin ikinci fıkrasında bu durumda hakime gerekli diğer önlemleri de kararlaştırma yetkisi tanınmıştır.

Maddenin üçüncü fıkrasında hakimin, eşlerden birinin taşınmazlarıyla ilgili olarak tasarruf yetkisini sınırlandırması halinde, daha özel nitelikte bir önlem alabileceği de hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre, hakimin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin önlemin tapuya şerh edilmesine re'sen karar vermesi mümkün olmaktadır. Böylece eşlerden birinin mal kaçırma yolu da kapatılmıştır.²⁰³

Türk Medeni Kanununun 199. maddesinin karşılığı olan İsviçre Medeni Kanununun 178. maddesi şu şekildedir:

“Ailenin ekonomik temelini korumasını ya da evlilik birliğinden doğan malvarlıksal yükümlülüklerin ifasının gerektirdiği ölçüde hakim, eşlerden birisinin istemi üzerine belirli bir malvarlığı değeri üzerinde tasarrufu diğer eşin rızasına bağlayabilir.

Hakim gerekli koruyucu önlemleri alır.

Hakim eşlerden birinin bir taşınmaz üzerindeki tasarrufunu yasaklarsa, bu durumu kendiliğinden tapu kütüğüne beyan ettirir.”

Açıkça görüleceği üzere TMK 199. maddesinin I ve II. fıkralarıyla İMK 178. maddesinin I ve II. fıkraları arasında bir fark bulunmamaktadır. Ancak her iki yasa maddesinin III. fıkraları arasında fark bulunmaktadır. TMK'nun 199. maddesinin III. fıkrasına göre “Hakim, eşlerden birinin taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisini kaldırırca, re'sen durumun tapu kütüğüne şerh edilmesine karar verir.” Bu fıkraya göre, eşlerden biri için bir taşınmaza ilişkin getirilen tasarruf sınırlandırmasının, hakim tarafından kendiliğinden şerhinin

²⁰³ TMK'nun 199. maddesinin gerekçesi.

sağlanması öngörülürken İMK'nun 178. maddesi III. fıkrasında hakimın görevi sınırlamanın beyanlar hanesinde açıklamasını sağlamaktır.²⁰⁴

Türk Medeni Kanunu'nun 199. maddesinin III. fıkrası, taşınmazlar bakımından alınacak ek önlemler bakımından hakime bir takdir hakkı tanımamış "özel bir koruma önlemi olarak" kararıyla doğan tasarruf yetkisi sınırlamasının, sınırlama konusu taşınmazın tapu kütüğündeki sayfasına, kendiliğinden (re'sen) şerh ettirmek görevini yüklemiştir. Oysa İsviçre Kanun Koyucusunun eğilimi, hakim tarafından tapu kütüğüne bir şerh değil beyanın yaptırılması yönündedir. GÜMÜŞ'e göre iki eğilim arasında fark söz konusudur. Bilindiği üzere beyanlar, tapu kütüğüne yapılan geniş anlamda tescillerden birisi olarak, bir taşınmaza ilişkin, kural olarak ilgili kayıt olmaksızın da varolan özel hukuk veya kamu hukuku kaynaklı ilişkileri bildiren veya bu ilişkileri açıklayan kayıtlardır. Bayanın amacı, bir taşınmazla ilgili kolaylıkla anlaşılabilen hukuksal ilişkilere dair bilgi vermektir. Bu iki hukuk sistemi bakımından yapılacak kaydın türüne ilişkin bu farklı seçimler, her şeyden önce yapılacak kaydın etkisi bakımından Türk Hukukunda tereddütlere yol açabilecek türdendir.²⁰⁵ Bu konudaki, kaydın etkisine ilişkin, İsviçre ve Türk öğretisindeki tartışmaları, ayrıntılı olarak ileride ele alacağız.

Medeni Kanunun 199. maddesi, Eski Medeni Kanunun 169. maddesinden farklı bir hüküm getirmiştir. Eski Medeni Kanununun 169. maddesi, karının bazı hukuksal işlemlerinin geçerli olmasını sulh hukuk mahkemesi hakiminin iznine bağlı tutmuştu. Oysa ki, TMK m. 199 sadece karı açısından değil; her iki eş (karı ya da koca) açısından söz konusu olabilecektir. Ayrıca Medeni Kanunun 199. maddesi Eski Medeni Kanununun 199. maddesinden farklı olarak, eşlerden birinin yaptığı tasarruf işleminin geçerliliğini hakimın iznine tabi tutmamaktadır. Hakimın vereceği karar, yapılan tasarruf işleminin, geçerli olmasının diğer eşin rızasına tabi olması ya da olmaması yönünde olacaktır.

Türk Medeni Kanununun 199. maddesinin I. fıkrası hükmü diğer eşin rızasına bağlanan hukuksal işlemde aranan rıza için aile konutu ile ilgili TMK m. 194/I. fıkradan farklı olarak açık olması şartını aramamıştır.

²⁰⁴ GÜMÜŞ, s. 70.

²⁰⁵ GÜMÜŞ, s. 85.

KILIÇOĞLU'na göre, TMK'nun 194. maddesi diğer eşin rızasının "açık" olması şartını aradığı halde TMK'nun 199. maddesinin I. fıkrası hükmü bu koşula yer vermemek suretiyle, diğer eşin vereceği rızanın açık veya örtülü olabilmesine olanak tanımıştır.²⁰⁶ Ancak tapuda yapılacak işlemlerinde tapu dairesi söz konusu rızanın yazılı olarak verilmesi şartını arayacaktır. Üçüncü kişiler açısından da ispat yönünden rızanın yazılı olarak alınması doğru olacaktır.

Sınırlandırmaya karar vermeye görevli mahkeme de Eski Medeni Kanundaki gibi sulh hukuk mahkemesi değil aile mahkemesi veya aile mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemesidir.

III-Türk Medeni Kanununun 199. Maddesinin Amacı

Medeni Kanunun 193. maddesine göre, "Aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilir." Medeni Kanunun 199. maddesi, bu hükümde sözü geçen "aksine hüküm" niteliğindedir.

Medeni Kanunda, mal rejimlerine ilişkin ayrı ayrı hükümler öngörülmüştür. Ancak TMK m. 199 evliliğin genel hükümleri arasında yer almıştır. Bu yüzden yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin olarak uygulanacağı gibi diğer mal rejimlerine ilişkin olarak da uygulama bulacaktır.

TMK'nun 199. maddesinin I. fıkrasına göre, "Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hakim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir." Görüldüğü üzere, maddenin bu fıkrasında hükmün konuluş amacı açıklanmaktadır. Maddeye göre hükmün amacı, ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüğün yerine getirilmesidir.

Hiç şüphesiz ailenin ekonomik varlığı, evlilik birliğinin huzur ve mutluluğu açısından çok önemlidir. Ülkemizde bir çok boşanma ve ayrılık davasının temelinde aslında ekonomik nedenler yatmaktadır. Ülke ekonomisindeki kriz

²⁰⁶ KILIÇOĞLU, s. 65.

dönemlerinde bu tür dava sayısındaki belirgin artışlar bunun en önemli göstergesidir.

Adalet Bakanlığı İstatistik Genel Müdürlüğü'nün 1998 - 2002 yılları arasında açılan boşanma davalarıyla ilgili bir istatistiğine göre, krizin patlak verdiği 2001 yılından sonra boşanma davası sayısı önemli ölçüde artmıştır.²⁰⁷ İşte bu yüzden ailenin ekonomik varlığının korunması, toplumun çekirdeği olan ailenin parçalanmaması için çok önemlidir. Ailenin malvarlığı, eşlerden herhangi birinin yerinde olmayan tasarrufları, hesapsız harcamaları nedeniyle yok olabilir. Mallarını ve gelirlerini kaybedecek riskli yatırımlara aktaran, akıllıca olmayan hesaplarla yersiz mal satışı yapan eşin, bu tasarrufları ailenin ekonomik varlığını dolayısıyla huzur ve mutluluğunu tehlikeye koyabilir. İşte bu yüzden Medeni Kanununun 199. maddesiyle eşlerden birinin hesapsız tasarrufları önlenmek istenmiştir. Bu ise bir eşin bazı hukuksal tasarrufları yapabilmesinin diğer eşin rızasının sağlanması şartına bağlanarak gerçekleştirilmiştir. Tasarruf sınırlanması kararı, eşlerden birinin talebi üzerine, hakim tarafından verilecektir.

Medeni Kanununun 199. maddesi ile, kanun koyucu, evlilik birliğinin ekonomik geleceğinde eşlerin birlikte karar vermeleri gerektiğini ve her ikisinin de söz sahibi olduğunu kabul etmiş; ailenin ekonomik geleceğinin tehlikeye gireceği hallerde, eşlerin bu tür tasarruflara birlikte karar verebilmeleri olanağını getirmiştir. Hakimin diğer eşin rızasına bağlı tuttuğu işleme rıza gösterip göstermeme konusunda en iyi kararı eşlerin düşünüp tartışarak verebilecekleri öngörülmüştür.²⁰⁸

Geçici önlemler başlığını taşıyan Medeni Kanununun 169. maddesine göre, "Boşanma veya ayrılık davası açılınca hakim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re'sen alır." Bu maddeye göre, eşlerden birisi ayrılık ya da boşanma davası

²⁰⁷ Söz konusu istatistiğe göre, yıllara göre boşanma davası sayısı şu şekildedir:
1998 yılı açılan dava sayısı 115.265,
1999 yılı açılan dava sayısı 123.271,
2000 yılı açılan dava sayısı 131.814,
2001 yılı açılan dava sayısı 150.110,
2002 yılı açılan dava sayısı 153.409, adli-sicil.gov.tr./İSTATİST.HTM, 2906.2004.

²⁰⁸ KILIÇOĞLU, s. 61.

açtığına hakime gereken tüm önlemleri alma yetkisi verilmiştir. Oysa ki, Medeni Kanunun 199. maddesinin uygulanabilmesi için açılmış bir boşanma veya ayrılık davası olmasına gerek bulunmamaktadır. Zaten TMK'nun 199. maddesinin amacı, eşlerin, ekonomik zorluklara düşerek boşanma veya ayrılmasını engelleyerek aile birliğini temindir. Yani bu hüküm, hem boşanma davası sırasında hem de davadan önce işlev görecektir.

İsviçre Öğretisine hakim olan düşünce, her şeyden önce eşlerden birinin ağır ekonomik krizlerde mali bakımdan zarar görmesine engel olmak ve evliliğin gelecekteki sona erme ihtimali bakımından malvarlığı kayması tehlikesini önlemek olarak ortaya konulmaktadır. Bu anlamda ise Medeni Kanunun 199. maddesi, sahip olduğu önleyici işlevi ile, Medeni Hukuk Mevzuatındaki evlilik birliğinde eşlerin malvarlıksal konumlarını korumaya yönelik diğer hükümlerle birlikte evlilik birliğinin korunmasına ilişkin sistemin bir parçasıdır.²⁰⁹

Medeni Kanunun 199. maddesi hükmü, boşanma davalarında alınacak geçici önlemler kapsamında kıyasen uygulama yeri bulabilecektir. Örneğin, TMK'nun 334. maddesine göre, "Ana ve baba nafaka yükümlülüklerini sürekli olarak ve ısrarla yerine getirmezlerse ya da kaçma hazırlığı içinde buldukları, mallarını gelişigüzel harcadıkları veya heba ettikleri kabul edilebilirse hakim, gelecekteki nafaka yükümlülüklerine ilişkin olarak uygun bir güvencenin sağlanmasına veya gerektiğinde diğer önlemlerin alınmasına karar verebilir." Medeni Kanunun 199. maddesi yasa maddesinde geçen "diğer önlemler" arasında yer almaktadır. Eşlerden birisinin gelecekte doğacak nafaka ya da tazminat borcunu ödememek için girişeceği tasarruflar, TMK'nun 199. maddesiyle önlenecektir.

Eşlerden birisi, evlilik birliğinden doğan herhangi bir ekonomik yükümlülüğünü ortadan kaldırmak amacıyla hesapsız harcamalarda, devir ve temliklerde bulunabilir. İşte bu normal olmayan tasarruflara engel olunmaz ise, tasarrufta bulunan eşin yükümlülüğünü yerine getirebilmesi imkansız ya da çok zor bir hale gelebilir. Eşine veya çocuklarına karşı nafaka yükümlülüğünden, eşine karşı tazminat yükümlülüğünden, edinilmiş mallara katılma rejiminde, eşine karşı katılma alacağından doğan borcundan

²⁰⁹ GÜMÜŞ, s. 70.

kurtulmak amacıyla hak sahibi olan eş, mal ya da haklarını ölçüsüz bir şekilde elden çıkarmaya, muvazaalı ve hileli işlemler yapmaya başlayabilir. Medeni Kanunun 199. maddesi bu tür tasarrufların önlenmesi amacıyla bunların geçerliliklerini diğer eşin rızası şartına bağlayabilme imkanı getirmiştir. TMK m. 199 hükmü, eşlerin tazminat veya nafaka yükümlülükleri ile özellikle katılma rejiminde, hak sahibi eşin katılma alacağını güvence altına alabilme açısından oldukça büyük önem taşımaktadır. Katılma rejiminde borçlu eşin karşılıksız temlikler ve muvazaalı devirlerle mallarını elden çıkarmasına karşı TMK m. 229'da yürürlükten kalkan EMK'nun 507. maddesine paralel bir hüküm getirilmiştir. Ancak söz konusu bu hüküm elden çıkarılan mal ve hakların değerlerinin mal rejimi tasfiyesi sırasında hesaba katılabilmesine olanak tanımaktadır. Oysa ki, Medeni Kanunun 199. maddesine göre, malların elden çıkartılması sonucu, tasfiyedeki hak sahibi olan eşin borçlu eş hakkında icra takibi yaparak hakkını tahsil edememesinin güvencesini oluşturmaktadır.²¹⁰ Gerçekten, eşlerden birisinin evlilikten sonrası için mali yükümlülüklerini aşmak amacıyla yaptığı hileli tasarruflarıyla malların ve hakların başkasına geçmesi halinde diğer eşin hakkına kavuşabilmesi çok güç olacaktır. Yeni Medeni Kanun'dan önce, 199. maddenin karşılığı bulunmadığından boşanma öncesi hileli mal devirleri çok sık rastlanılan bir durumdu. Diğer eş bu durumlarda çoğu kez haklarına tam olarak sahip olamamakta idi. Mal ve hak sahibi eşin, boşanmadan önce yaptığı muvazaalı tasarrufların iptal edilmesi için, hak sahibi eşin uğraşması, dava açması, zaman, emek ve para kaybetmesi söz konusu idi. Ayrıca hak sahibi eşin açacağı davalardan sonuç alamaması ise her zaman mümkündür. İşte Yeni Medeni Kanunun 199. maddesi diğer eşin bu mağduriyetlerinin daha doğmadan ortadan kaldırılmasını sağlayarak önemli bir işlev görecektir.

TMK'nun 169. maddesinin kenar başlığı "Geçici önlemler"dir. Oysa ki, TMK m. 199 bu anlamda geçici tedbir değildir. Özellikle, aile birliğini koruma amaçlı, eşlerden birinin tasarruf yetkisini sınırlandırmaya yönelik genel bir hüküm niteliğindedir.

Medeni Kanunun 199. maddesi evliliğin genel hükümleri arasında yer aldığından eşler arasındaki mal rejimi her ne olursa olsun uygulama

²¹⁰ KILIÇOĞLU, s. 61.

bulacaktır. Maddenin tasarruf yetkisi kısıtlaması önleminin uygulanabilmesi için aranan şartlar incelendiğinde, ailenin ve belli durularda eşlerden birinin ekonomik çıkarlarının korunması temelinde yapılandırıldığı görülmektedir. Daha önce TMK'nun 194. maddesinin ailenin hem maddi hem manevi varlığını koruduğunu, ancak TMK'nun 199. maddesinin sadece ailenin ekonomik varlığını korumayı amaçladığını belirtmiştik. Ancak hemen belirtelim ki, Medeni Kanununun 199. maddesinin koruyacağı eşlere ait olan tehlike altındaki menfaatleri evliliğe ilişkin olmalıdır. Ancak bunlar her aile uyumsuzluğu değil ailenin malvarlığına ilişkin uyumsuzluklardır. Bu kapsamda TMK m. 199 hükmü, hem eşler ortak yaşam sürdürürken hem de eşler ayrı yaşarken uygulama bulabilecektir.²¹¹

IV-Hükmün (TMK m. 199) Uygulanma Şartları

A- Eşlerden Birinin Diğer Eşin Belirli Bir Malvarlığı Değerine İlişkin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması Konusunda Talebi

Maddeye göre (TMK m. 199), hakimin, eşlerden birisinin tasarruf yetkisini, yapılacak tasarruf işleminin geçerliliğini diğer eşin rızasına bağlayarak, kısıtlaması ancak eşlerden birisinin istemi halinde olacaktır. Bu konuda kanun hükmü açıktır. Eşlerden birisinin dışında aile fertlerinden birinin tasarrufta bulunmak isteyen eşin kısıtlanmasını istemeye hakkı yoktur. Örneğin, çocuk, babasının aileye karşı mali yükümlülüğünü yerine getirmesini engelleyecek tasarrufta bulunması halinde dahi mahkemeye başvurarak babasının TMK m. 199 anlamında tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasını isteyemeyecektir.

İstem olmadan, re'sen eşlerden birinin TMK m. 199 anlamında kısıtlanması mümkün değildir. Eşlerden birisinin sarhoşluğu, akıl hastalığı veya aşırı israfı onun re'sen kısıtlanmasına neden olabilir. Bu durum vesayeti gerektiren hallerin kamusal niteliğinden kaynaklanır. Eğer eşlerden birisi, savurganlığı, alkol ya da uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı veya malvarlığını kötü yönetmesi sebebiyle kendisini veya ailesini darlık veya yoksulluğa düşürme tehlikesine düşüren davranışlarda ve hukuksal tasarruflarda bulunursa MK'nun 406. maddesine göre kısıtlanacaktır. MK'nun

²¹¹ GÜMÜŞ, s. 72.

404. maddesine göre, "Görevlerini yaparlarken vesayeti gerektiren böyle bir halin varlığını öğrenen nüfus memurları, idari makamlar, noterler ve mahkemeler, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar."

Eşlerden birinin, aşırı savurganlığı nedeniyle ailenin ekonomik varlığını tehlikeye düşürmesi halinde diğer eş, mahkemeye başvurarak, TMK m. 199'a göre, eşinin belirli bir malvarlığı değerine ilişkin tasarruf yetkisinin kısıtlanmasının istediğinde, mahkeme, tasarrufta bulunmak isteyen eşin kısıtlanmasını gerektirir bir durum görürse, talebi aşarak vesayet altına alınmasına karar verebilecektir.

Vasinin, kısıtlının malvarlığı üzerindeki tasarrufları, kısıtlının eşinin başvurusu halinde onun rızası şartına bağlanabilecek midir? Hemen belirtelim ki, vasinin, kısıtlının malları üzerinde, her zaman vesayet makamının gözetimi altında tasarrufu söz konusu olabilecektir. Bu yüzden vesayet makamı, vasinin, kısıtlının ekonomik geleceğini tehlikeye düşürecek tasarruflarına izin vermeyecektir. Vesayete ilişkin hükümlerin gayesi çoğu kez kısıtlanan eşin bizzat kendisinin korunmasıdır. Oysa ki, TMK m. 199'un amacı evlilik birliğinin ve diğer eşin ekonomik geleceğinin korunmasıdır. Öyle ise vasinin, kısıtlının malvarlığı üzerindeki bir tasarrufu, onun (kısıtlı eşin) lehine olabilecekken ailenin ve diğer eşin, önemli ölçüde ekonomik çıkarlarına aykırı olabilecektir. Bu nedenle vesayet altına alınan bir eşin, vasinin temsiliyle yapacağı, hatta vesayet makamının onamasını gerektiren işlemlerde bulunabilmesi, diğer eşin rızasına bağlı olmalıdır.

Uygulamada çoğu kez kısıtlanacak kişinin anne veya babası olmaması halinde eşlerden birisi diğerine vasi olarak atanmaktadır. Kanımca bu halde TMK m. 199'un bir işlevi kalmayacaktır. Eşlerden birisi diğerinin hukuksal işlemlerini yapacak ailenin ve kendisinin ekonomik menfaatlerine aykırı hukuki işlem yapmayacaktır. Bu nedenle diğer eşin kendi yapacağı işlemlere kendisinin rıza vermesi anlamsız olacaktır.

Medeni Kanununun 335. maddesi, ergin olmayan çocuğun velayet hakkının ana ve babaya ait olduğunu, yasal sebep olmadıkça velayetin ana ve babadan alınamayacağını ve hakim başka birini vasi atanmasına gerek görmedikçe, kısıtlanan ergin çocukların bile ana ve babanın velayeti altında

olacağını düzenlemektedir. Buna göre, eşlerden birisinin örneğin aşırı savurganlık nedeniyle, kısıtlanması gerekiyor ise, öncelikle TMK m. 335'e göre, velayet altına alınması araştırılacak eğer bu mümkün değil ise (örneğin ana ve baba ölmüş ise ya da kısıtlanacak olanın bunlarla menfaat uyuşmazlığı varsa) vesayet altına alınacaktır.

Kısıtlanacak kişinin, ergin olmasının velayet altına alınmasına bir engeli yoktur. Kişinin yaşının 18'i aşması halinde dahi şartları gerçekleştiğinde velayet altına alınması mümkündür. Velayet altına alınması gereken kişinin başka bir üçüncü kişinin vesayeti altına alınmasına ilişkin pek çok mahkeme kararı yazılı emir yolu ile bozulmuştur.²¹² Velinin kısıtlının malları üzerindeki tasarrufları, vasinin tasarrufları gibi sıkı bir denetim altında tutulmuş değildir. Kısıtlının ana ve babasının, kısıtlının eşi ile tıpkı kısıtlı gibi menfaat uyuşmazlığına düşmesi mümkündür. Veliler kendi çocuklarının mallarını kaçırap diğer eşin ekonomik geleceğini tehlikeye koyabilirler. Bunda veli olan ana ve babanın doğrudan menfaati de söz konusu olabilir. Çünkü kısıtlının çocuğu bulunmaması halinde ana ve babanın mirasçılık hakları söz konusudur. Bu olmasa bile veli ana ve babanın kısıtlı çocuklarının ekonomik durumunu mümkün olduğunca korumak isteyeceği açıktır. Bu nedenle velinin kısıtlının malları üzerindeki tasarrufları mutlak surette diğer eşin rızasına bağlı olmalıdır.

B-Eşlerden Birisinin Mal veya Hak Sahibi Olması

Medeni Kanununun 199. maddesinin uygulanabilirliği için eşlerden birinin taşınır ya da taşınmaz bir malı veya bir hakkı olması gerekir. Ortada bir mal veya hak yok ise bunun sınırlandırılmasından da söz edilemez. Zaten yasa metninde tasarruf yetkisinin belirli bir malvarlığı değeriyle ilgili olarak sınırlandırılacağı belirtilmiştir.

²¹² "... velayet hakkı yalnızca ana ve babaya tanınmış olduğundan reşit olan kişilerin hacedilmesi halinde, öncelikle anne ve babasının velayeti altında bırakılması hususunun değerlendirilmesi, bunun mümkün bulunmadığının mahkemece kabulü halinde, başka birisinin vesayeti altına konulması gerekecektir.

Bu itibarla, mahkemece, hükümlü Ahmet'in ana ve babasının sağ olup olmadığı, sağ iseler öncelikle onların velayeti altına alınmasının uygun olup olmadığı hususu araştırılmadan, "Metin isimli şahsın vasi atanmasına karar verilmesi, ayrıca aynı şahısla ilgili olarak bir de "Medeni Kanununun 369. maddesi gereğince velayet altına alınmasına" şeklinde hüküm oluşturulması usul ve yasaya aykırı görülmüştür." 2.HD 2000/1395 E. ve 2000/3258 (Yayımlanmamış Karar.)

Yasa maddesinde diğler eşin rızasına bağı tutulan malvarlığı değeri her türlü mal ve hakkı kapsamına alır. Örneğın, bankadaki, eşlerden birisine ait para, evde bulunan eşyalar, herhangi birisine karşı alacak hakkı, taşınmazlar veya hisse senetleri bu kapsamda değeriendirilir.

Aile konutunun ise bu kapsamda korunacak malvarlığı sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır. Daha önce belirttiğimiz gibi ŞİPKA'ya göre, kimi durumlarda aile konutunun TMK m. 199'a göre korunabileceğini belirtilirken, KILIÇOĞLU'na göre, aile konutu TMK m. 199'a göre, korunabilecek taşınmazlardan değildir.²¹³

C-Eşlerden Birinin Sahip Olduğı Mal veya Haklar Üzerinde Tasarrufta Bulunma Tehlikesinin Varlığı

Medeni Kanun'un 199.maddesi önleyici nitelikte bir hükümdür. Eğer bir tasarruf işlemi yapılmış ise TMK m. 199'dan etkilenmeyecektir. Ancak hemen belirtelim ki yapılmış olan bir tasarruf işlemi muvazaanın şartlarını taşıyorsa Borçlar Kanununun 18. maddesine göre, iptal edilebilecektir.

Mal veya hak sahibi olan eş, bunlar üzerinde tasarruf edebilmesi mahkeme kararıyla diğler eşin rızasına bağlanmamışsa, bunlar üzerinde TMK m. 193'e göre, edinilmiş mallara katılma rejiminde ise TMK m. 223/1 gereğince dilediği gibi tasarrufta bulunma hakkına sahiptir.²¹⁴ TMK m. 199 eşlerden birinin, bu maddelere göre, keyfi tasarruf yapmalarının diğler eş veya aile yararına engelini oluşturmaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nun 199. maddesi, tasarruf tehlikesine karşı uygulanabilen bir hükümdür. Örneğın: Koca B, karısı A'dan ayrı yaşamaya karar vermiş ve yakın bir tarihte boşanacağını düşünerek, kıymetli bir arazisini yakın bir arkadaşı C'ye satma girişiminde ya da satış vaadinde bulunmuştur, ya da B, bankadaki vadeli hesabını vadesi yakın olduğu halde bozarak paralarını kaçıırıp gizlemeyi planlamıştır. A, mahkemeye başvurarak arsa ile ilgili satışın ya da bankadaki vadeli hesabın bozulup paranın çekilmesinin rızası koşuluna bağlanmasına karar verilmesini talep edebilir.²¹⁵

²¹³ KILIÇOĞLU, s. 63.

²¹⁴ KILIÇOĞLU, s. 62.

²¹⁵ KILIÇOĞLU, s. 63.

Görüleceği üzere TMK m. 199 çok geniş bir alanda uygulanma imkanı taşımaktadır.

D- Seçimlik Şartlar

Medeni Kanununun 199. maddesinde öngörülen ailenin ve eşlerin her birinin malvarlığının korunması açısından önlem niteliğindeki hükmün uygulanması için seçimlik iki şart getirilmiştir. Maddede, ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün getirilmesinden söz edilmiştir.

Ailenin ekonomik varlığını tehdit eden tasarruflar, aynı zamanda eşlerden birisinin mali yükümlülüğünü yerine getirmesini de tehlikeye sokacaktır. Bu yüzden ailenin ekonomik varlığının tehlikeye sokulduğunun kanıtlandığı hallerde aynı zamanda eşin mali yükümlülüğünü yerine getirmesinin tehlikeye konulduğu kabul edilir.

İsviçre'deki bir kısım yazarlara göre, Medeni Kanununun 199. maddesinin "uygulama olgusuna" alternatifli olarak dayanılması zorunlu olsa bile, ailenin ekonomik temeline yönelik ciddi ve ani tehlikenin varlığı kabul ediliyorsa, kural olarak evlilik birliğinden doğan malvarlıksal yükümlülüklerin ifası da tehlikededir.²¹⁶ Buna karşılık, KILIÇOĞLU'na göre, ailenin ekonomik varlığını tehlikeye sokmayan bir olayın eşin mali yükümlülüğünü yerine getirmesini tehlikeye sokması mümkündür. Bir eşin değerine karşı olan mali yükümlülüğünü yerine getirmesini tehlikeye sokan tasarrufları evlilik birliğinin devamı süresince mevcut mali yükümlülüklerle ilişkin olabileceği gibi, evlilik birliğinin sona ermesi halinde mal rejimleri nedeniyle doğacak mali yükümlülükleri ile ilgili de olabilecektir. Bu durum özellikle edinilmiş mallara katılma rejiminde önem taşır. Diğer eşin katılma alacağını ihlal etmek üzere gelişigüzel tasarruflarda bulunan eşin tasarruf yetkisi, bu nedenle, diğer eşin rızasına bağlanarak kısıtlanabilir.²¹⁷

Eğer ailenin ekonomik varlığı veya eşin mali yükümlülüğünü yerine getirmesi tehlikede değilse TMK m. 199'daki önleyici işleve başvurulmasında hukuki yarar bulunmamaktadır. KILIÇOĞLU'na göre, Medeni Kanununun 193. maddesinde sözleşme özgürlüğüne ilişkin ana kural konmuştur. TMK m. 199

²¹⁶ GÜMÜŞ, s. 73.

²¹⁷ KILIÇOĞLU, s. 64.

anlamında bir tehlike olmadığı sürece ana kuraldan sapılmamalıdır. Yazara göre, TMK m. 199 hükmü bir kural değil istisnadır. İstisnalar ancak sıkı koşullar içinde ve dar yorumlanabilir. İstisnaların genişletilmesi kuralı istisna haline dönüştürecektir.²¹⁸

Yazarın bu düşüncesinin temelinde aslında, TMK m. 194 ve TMK m. 199 ile yeni bir sınırlı ehliyetlilik mi yaratıldı, tartışmaları yatmaktadır. Daha önce açıkladığımız gibi KILIÇOĞLU, Yeni Medeni Kanun ile bir ehliyet sınırlaması getirilmediğini düşünmektedir. Yazar, asıl olanın sözleşme özgürlüğü olduğunu, sınırlamaların ise istisnai durumlarda uygulanacağını düşünmektedir.

Sayıdığımız şartlarla birlikte seçimlik şartlardan birisi birleşirse eşlerden birisinin tasarruf yetkisinin kısıtlanması mümkün olabilecektir.

1- Ailenin Ekonomik Varlığının Korunması

Yasa koyucunun buradaki amacı, herhangi bir malvarlığı menfaatini korumak değildir; bilakis tasarruf yetkisi kısıtlaması sınırlaması önlemine başvurabilmek için evliliğe özgü ve buna ek olarak evlilik birliğinin ekonomik varlığına ve güvenliğine yönelik ciddi ve yakın bir tehlikenin ortadan kaldırılmasıdır. Ancak evlilik birliğinin ekonomik varlığına yönelik bu ciddi tehlike, dış şartların zorlaması ile değil; eşlerin bilinçli ve kasıtlı davranışları ile gerçekleştirilmelidir.²¹⁹

Diğer eşin tasarruf yetkisinin kısıtlanarak onun malvarlığı değerleriyle ilgili tasarruflarının kendi rızasına bağlanmasını isteyen eş, diğer eşin ailenin ekonomik varlığını tehlikeye soktuğunu ispatlamalıdır.

GÜMÜŞ'e göre, bu tehlikenin ciddi ve yakın olması gerekir.²²⁰ Ona göre, hükmün koruma amacı göz önüne alındığında, zarar verici tasarruf ile ciddi ve aktüel (yakın gelecekte beklenen) bir tehlikenin yaratıldığıının inandırıcı kılınması yeterli olacaktır. Buna göre hakim, ilk bakıştaki inceleme ve araştırması sonucunda, evlilik birliğinin ekonomik temelini yönelik bir tehlikenin varlığını sağlam bir olasılık olarak görmesi durumunda önleyici nitelikli kararı vermelidir. Bu anlamda tehlikenin gerçekleşmesi yakın bir

²¹⁸ KILIÇOĞLU, s. 63.

²¹⁹ GÜMÜŞ, s. 72.

²²⁰ GÜMÜŞ s. 72.

zaman içerisinde objektif olarak olası görülmelidir. Çünkü yazara göre, yakın ve ciddi tehlikenin, genel hayat tecrübesi ve olayların olağan akışı çerçevesinde beklenebilir olduğunun ortaya konulmasının ispat için yeterli olması, özellikle eşler arasında güven temelinin sarsılması durumunda koruma isteyecek eşin, diğer eşin tasarrufları bakımından bilgi edinmesi ve dolayısıyla ailenin ekonomik temeline yönelik yakın tehlikenin varlığına ilişkin belgelere ulaşabilmesinin çok zor veya olanaksız olması nedeniyle bir zorunluluktur. Yazar, eğer diğer eş yeterli teminat gösterirse, somut ve aktüel tehlikenin ortadan kalkacağını düşünmektedir.²²¹

KILIÇOĞLU'na göre, diğer eşin tasarruf yetkisinin kısıtlanması için başvuran eşten yakın ve ciddi bir tehlikeyi kanıtlaması beklenemez. Ona göre, başvuruda bulunan eşin inandırıcı kanıtları getirmesi yeterli sayılmalıdır. Eşler arasında güven unsurunun zedelendiği hallerde, malvarlığı değerlerinde tasarruf işlemleri genellikle gizlice yapılacaktır. Yazara göre, bu durumda başvuruda bulunan eşten güven unsurunun zedelendiğini, diğer eşin kendisinden gizlice ve habersizce işlemler yapmaya başladığını kanıtlaması ile yetinilmelidir. Buna göre, hak sahibi eşin, bir malını diğer eşten alması; gazetelere taşınmazları ile ilgili satış ilanları vermesi; alacaklıya bir malvarlığını borcun teminatı olarak vermeyi teklif etmesi; bir üçüncü kişiye işyerini ucuz satmayı teklif etmesi; yurt dışına kaçma hazırlıklarında bulunması gibi hallerde böyle bir tehlikenin varlığı söz konusu olabilecektir.²²²

Eşlerden birinin, malvarlığına ilişkin olarak diğer eşe bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınması ya da yanlış bilgi vermesi de tehlike olgusunun varlığı için yeterlidir. Söz konusu tehlikenin sadece ciddi olması yetmez; aynı zamanda yakın olması da gerekir.²²³

GÜMÜŞ'e göre, eşlerin birbirlerine mali durumları hakkında bilgi verme yükümlülüğü vardır. Ona göre, bu yükümlülük Medeni kanunun 206/1 b. 4'den kaynaklanmaktadır. Yazar; TMK m. 206/4'de yasal dayanağını bulan, eşlerin ekonomik durumlarına ilişkin diğer eşe bilgi verme yükümü çerçevesinde, eşe tanınan hakim aracılığıyla bilgi sağlama hakkı kullanılarak yeterli bilginin elde

²²¹ GÜMÜŞ, s. 72.

²²² KILIÇOĞLU, s. 63.

²²³ GÜMÜŞ, s. 73.

edilememesi halinde Medeni Kanununun 199. maddesinin uygulanabileceğini düşünmektedir.

Türk Medeni Kanunu'nun 199. maddesinde ne miktar tasarrufların ailenin ekonomik varlığını tehlikeye koyacağı belirtilmemiştir. Şüphesiz ki her somut olayda ailenin yaşam standartları, gelir ve sosyal durumu dikkate alınarak, eşin tasarruf yetkisinin sınırlanıp sınırlanmayacağına karar verilecektir. Aynı miktar harcama kimi aileler için normal sayılacakken kimisi için ekonomik geleceği sarsacak ağırlıkta olabilecektir.

Tasarrufta bulunmak isteyen eş, yapacağı tasarrufa rağmen ailenin asgari yaşam düzeyini koruyacağını ileri sürerse, acaba yapılmak istenen tasarrufa diğer eşin rıza verme şartı getirilmeyecek midir?

GÜMÜŞ'e göre, bu tasarrufların özellikle ailenin asgari geçim düzeyini korumasını tehlikeye koyması zorunlu değildir; bilakis, Medeni Kanunun 199. maddesinin uygulanabilmesini haklı gösteren bir tehlikenin varlığı için, ailenin bu tasarruflar nedeniyle artık halihazırdaki hayat standartlarını dahi koruyamaması yeterlidir.²²⁴ Buna göre aile ekonomik refah içinde yaşıyorsa bu refahın kaybedilmesi tehlikesini doğuracak tasarruflar dahi diğer eşin rızasına tabi tutulacaktır.

ŞİPKA'ya göre, yapılacak tasarruflarla tehlikeye konulan menfaatten daha üstün bir menfaat elde edilecekse söz konusu tasarruf diğer eşin rızasına bağlı olmamalıdır.²²⁵

2- Eşlerden Birinin Evlilik Birliğinden Doğan Mali Yükümlülüklerini Yerine Getirmemesi

Medeni Kanunun 199. maddesinde, eşlerden biri tarafından, evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde tasarruf yetkisinin kısıtlanacağı öngörülmüştür. Burada evlenmenin genel hükümlerinde yer alan bütün yükümlülükler değil; evlilik birliğinden doğan, sadece malvarlığına ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde tasarruf yetkisinin kısıtlanacağı düzenlenmiştir. Hemen belirtelim ki, mal rejiminden doğan yükümlülükler de mali yükümlülükler kapsamında değerlendirilmektedir. Bu kapsamda, örneğin mal rejiminin değişmesine ya

²²⁴ GÜMÜŞ, s. 73.

²²⁵ ŞİPKA, s. 4.

da boşanma davası açılmasına bağlı olarak, mal rejiminin tasfiye edilmesi hallerinde TMK m. 199'un uygulanmasını gerektiren durumlara karşılaşılması mümkündür.

GÜMÜŞ'e göre, Edinilmiş mallara katılma rejiminde değer artışı payı alacağı (TMK m. 227) ve denkleştirme alacağına ilişkin talepler (TMK m. 230) de, Türk Medeni Kanununun 199. maddesinin uygulanmasını gerektirebilir.²²⁶

Evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerin başında, eşlerin evlilik birliğinin giderlerine katılması zorunluluğuna ilişkin Medeni Kanunun 188/III maddesi yer alır.

Medeni Kanunun 186/III maddesinde, eşlerin evlilik birliğinin giderlerine katılma konusunda da eşitlik ilkesi benimsenmiştir. Kadın ve çocukların infak ve iâşesinin kocaya ait olduğuna ilişkin hüküm, İsviçre Medeni Kanununun 163. maddesine paralel bir şekilde değiştirilmiş, her iki eşin de bu giderlere katılmak zorunda olduğu belirtilmiştir. Giderlere katılmada ise ölçü olarak eşlerin ekonomik güçleri esas alınmıştır. Bu katılma eşlerin emeklerini ya da malvarlıklarını ortaya koyması şeklinde öngörülmüştür. Böylece bir meslek ya da sanat sahibi olmamasına rağmen, kendi emeğini evlilik birliğine harcayan eşin de katkısı, maddi katkı şeklinde değerlendirilmiştir.²²⁷

Buna göre artık sadece koca değil; karı da evlilik birliğine karşı mali yükümlülük altındadır. Eşlerden birisinin evlilik birliğine karşı mali yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde diğer eş, onun belli malvarlığı değerlerine ilişkin olarak tasarruf yetkisinin kısıtlanmasını (tasarrufta bulunmasının kendi rızasına bağlanmasını) mahkemeden talep edebilecektir. Ancak eşlerden birisinin evlilik birliği giderlerine katılmamış olması halinde, ailenin ekonomik varlığı tehlikeye konmuyorsa, doğrudan TMK 199. maddesine göre tasarruf yetkisi sınırlanamayacaktır.

Medeni Kanunun 196/I maddesine göre, "Eşlerden birinin istemi üzerine hakim, ailenin geçimi için her birinin yapacağı parasal katkıyı belirler" denmektedir. Buna göre eşlerden birisinin evlilik birliği giderlerine katılmamasından dolayı tasarruf yetkisinin sınırlanması için öncelikle hakim

²²⁶ GÜMÜŞ, s. 75.

²²⁷ Maddenin gerekçesi. (TMK 186/III)

tarafından giderlere katılmayan eşin evlilik birliğine yapacağı katkı payı belirlenmiş olmalıdır. Tasarruf yetkisi kısıtlanması istenen eş, hakim tarafından belirlendiği giderlere katılmada katkı payını zaten karşılamaktaysa istem reddedilecektir.

Medeni Kanununun 197/II maddesine göre, mahkeme kararıyla ayrı yaşamakta olan eşe, diğer eş tarafından yapılacak parasal katkı çerçevesindeki mali yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, yine TMK m. 199'a göre tasarruf yetkisi kısıtlanmasını gerektirebilir. Ancak ayrı yaşayan eşin ailenin ekonomik temelini tehlike altında olması dışında, doğrudan malvarlıksal yükümlülük sebebiyle TMK m. 199 korumasını talep edebilmesi Medeni Kanununun 197/II maddesine göre mahkeme tarafından tespit edilen parasal katkı payının diğer eş tarafından ödenmemesini ön şart olarak gerekli kılar.²²⁸ Diğer eşin katkı payı belirlenmediği sürece mali yükümlülüğünü yerine getirmediğinden söz edilemez.

Hakim tarafından, eşlerin yapacakları parasal katkının belirlenmesi de bir anlamda evlilik birliğinin korunması önlemlerindedir. Gerçekten, eşler birlikte yaşamaya devam ederlerken aralarında birliğin giderlerine katılma konusunda uyuşmazlık çıkabilir. Eşlerden her birisi katkısının ne miktar veya ne oranda olacağı konusunda farklı düşünebilir veya diğer eş yeterli mali katkıda bulunmamakla suçlayabilir. İşte böyle bir durumda eşler arasında baş göstermiş olan uyuşmazlığın hakim tarafından müdahalesi ile çözümlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmış olur. Bu durumda hakim, eşlerden birinin istemi üzerine duruma müdahale ederek, ailenin geçimi bağlamında her bir eşin yapacağı parasal katkıyı saptayacaktır.²²⁹

Medeni Kanunda, katkı payının ne miktarda olacağı konusunda bazı ölçütler öngörülmüştür. Medeni Kanununun 196/II maddesine göre, hakim, katkı miktarının belirlenmesinde eşlerden birinin ev işlerini görmesi, çocukları bakıp büyütmesi, diğer eşin işyerinde karşılık almaksızın çalışması gibi hususları dikkate almak zorundadır. Kanunun koyucu bu hükümlerle, eşlerden birisinin emeğini değerlendirmektedir. Bir eşin, ki bu genelde kadın olacaktır, hiçbir maddi karşılığı almaksızın kocasının işyerinde çalışıyor olması,

²²⁸ GÜMÜŞ, s. 74.

²²⁹ AKINTÜRK, s. 133.

yardımcı kadın kullanmayarak evin bütün işlerini bizzat kendi emeğiyle yerine getirmesi; işini kaybetmiş ve eşi de çalışmakta olan kocanın evin iç işlerini yürütmesi veya çocukların okula getirilip götürülmesiyle meşgul olması bu konuya örnek olarak gösterilebilir.²³⁰

Eşlerin yerine getirmek zorunda oldukları mali yükümlülükler evlilik birliğine ilişkin ya da yasa maddesinin deyişiyle evlilik birliğinden doğmuş olması gerekir. Eşlerin başkalarına karşı da ileri sürebileceği eş olmaya dayalı olmayan mali yükümlülükler bu kapsamda değildir. Eşler arasında evlilik birliğine ilişkin olmayan bir sözleşme yapılmış ise eşlerden birisi sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde diğer eş, onun belirli bir mal varlığına ilişkin olarak tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasını talep edemeyecektir. Örneğin, ailenin ekonomik varlığı tehlikeye düşmediği sürece eşlerden birisinin diğerinden aldığı borcu zamanında ödememesi nedeniyle TMK m. 199'un uygulanması istenemeyecektir.

Evliliğe ilişkin her mali yükümlülüğün TMK m. 199'a göre güvence altına alınması düşünülemez. Şunu belirtmek gerekir ki, TMK m. 199 gereğince tasarruf yetkisinin kısıtlanması için yapılacak sınırlamanın evlilik birliğini korumayı hedeflemesi gerekir. Bu yüzden TMK m. 199'a dayalı önlem evlilik sonrası talepler olarak (maddi ya da manevi) tazminat ve nafaka yükümlülükleri için, artık evliliğin korunması söz konusu olmadığından uygulama bulmayacaktır.²³¹

Medeni Kanununun 215. maddesine göre, "Eşlerden birinin açık veya örtülü olarak mallarının yönetimini diğer eşe bırakması halinde, aksi kararlaştırılmış olmadıkça vekalet hükümleri uygulanır". TMK'nun 215. maddesi uyarınca, açık veya örtülü olarak bir eşin mallarının yönetimini diğer eşe bırakması halinde, aksi kararlaştırılmadıkça, uygulanacak adi vekalet sözleşmesi hükümleri kapsamında doğacak yükümlülükler bakımından, mali nitelikte de olsa, Medeni Kanununun 199. maddesi uygulama bulamayacaktır. Zira, madde açıkça vekalet sözleşmesine atıf yapmakta,

²³⁰ AKINTÜRK, s. 133.

²³¹ GÜMÜŞ, s. 76.

yükümün kaynağını evlilik birliği olarak değil; vekalet hükümleri olarak göstermektedir.²³²

Eşler arasındaki paylı mülkiyet ilişkisinde içlerinden birisinin payını devretmek istemesi halinde Medeni Kanununun 223/II maddesine göre diğer eşin rıza vermesi gerektiğini belirtmiştik. Bu madde ailenin ekonomik varlığının korunması açısından yeterli güvence oluşturacağından TMK m. 199'un uygulanmasına gerek kalmayacaktır. Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi KILIÇOĞLU bu düşünceye katılmamaktadır.

GÜMÜŞ'e göre, eşin, TMK m. 229'da iki bent halinde sayılan ve edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin katılma payının belirlenmesine yönelik yapılacak artık değer hesabında eşlerin aktiflerine eklenen diğer eşin rızası olmadan yapılan sağlar arası ivazsız kazandırmalardan birini yapması TMK m. 199'u uygulanabilir kılan bir yüküm ihlali oluşturmayacaktır. Çünkü, yazara göre, Kanunun Koyucu TMK m. 229 (ve TMK m. 241) de söz konusu olan kazandırmaların yapılmasını engelleyici bir etki öngörmemiştir. Ona göre, TMK m. 229 ve TMK m. 241'e dayalı koruma da, doğal olarak yapılan kazandırmaların üçüncü kişilerce tüketilmediği (kazandırmanın ortadan kalkmadığı) ölçüde, kazandırma sonrası için geçerlidir.²³³ Ancak şunu belirtmeliyiz ki yapılan bu tür karşılıksız kazandırmalar eşlerden birinin mali yükümlülüklerini ihlal etmesine neden olarsa veya ailenin ekonomik varlığını tehlikeye sokacak tutarda ise TMK m. 199'a göre, diğer eşin talebiyle önlem uygulanacaktır. GÜMÜŞ, bu duruma değinirse de ailenin mali dengesini bozacak tasarruflar açısından TMK m. 199'un uygulanmayacağını düşünmek imkansızdır. Yazarın, TMK m. 229 uygulaması açısından aktardığımız düşüncesi, ailenin ekonomik varlığını tehlikeye sokmayan tasfiyeden bir yıl öncesine ait tasarruflar olarak anlaşılmalıdır:

V- Medeni Kanununun 199. Maddesine Göre Yapılacak Sınırlamanın Konusu ve Süresi

Medeni Kanunun 199. maddesine göre yapılacak olan sınırlama kişinin şahsına yönelik değil belirli bir malvarlığı değerine ilişkin olacaktır. Malvarlığı

²³² GÜMÜŞ, s. 76.

²³³ GÜMÜŞ, s. 76.

üzerinde ise genel bir sınırlandırma yapılamayacaktır. Bu anlamda genel bir sınırlandırma, eşin fiil ehliyetinin sınırlandırılmasına benzer bir etki doğuracak ve böyle bir genel kısıtlama, ayrıca eşin kişilik haklarına yönelik ağır bir yargısal kaynaklı ihlal doğuracaktır.²³⁴

Tasarruf yetkisine ilişkin getirilen bu sınırlama tamamen belirli bir malvarlığı değerine ilişkin olmalıdır. Bunlar parasal bir değeri olan hak veya eşyalardır veya bizzat paranın kendisidir. Hemen belirtelim ki alacak hakkı da sınırlamanın konusunu oluşturabilecektir. Hakim tarafından verilecek olan kararda hangi malvarlığı değerine ilişkin yapılacak tasarruf işleminde diğer eşin rızasının aranacağı tereddüde mahal bırakmayacak şekilde açıkça gösterilecektir.

GÜMÜŞ'e göre, sınırlama konusu malvarlığı değeri bir taşınır, taşınmaz, para, ev eşyası, kıymetli evrak ve alacak hakkı olabilir.²³⁵ Ancak ev eşyasının, TMK m. 194'de açıkça belirtilmese de, aile konutuna dahil olduğu ve bu kapsamda korunacağı düşünülmektedir.²³⁶ Bu nedenle Medeni Kanununun 194. maddesi aile konutuna ilişkin ev eşyası üzerinde yeterli koruma sağlayacağından, aile konutunun ev eşyası TMK m. 199'daki sınırlamanın konusunu oluşturmayacaktır. Yine GÜMÜŞ'ün sözünü ettiği taşınmaz, aile konutu dışındaki taşınmazlardır.

Eşlerden birisinin sadece kişisel ihtiyaçlarını temin için kullandığı bir kısım malvarlığı değerleri sınırlamaya konu olamaz. Eşlerden birisinin kişisel koleksiyonu veya spor eşyaları bu kapsamda sınırlamaya konu olamayacak eşyalar olarak değerlendirilir.

BREAM/HASENBÖHLER'e göre, üzerinde yapılacak tasarrufların sınırlandırılacağı malvarlığı değerleri, ki eşlerin malvarlığının belirli bir bölümü olarak da belirlenebilir, evlilik birliğinin en azından ekonomik düzeyini korumasını sağlayıcı, önlemin amaca uygunluğuna ve kısıtlama konusu malın her iki eşi de ilgilendirdiğine göre seçilen, özel malvarlığı konuları olmalıdır. Ancak onlara göre, bir tasarruf sınırlaması her zaman için yasal olarak öngörülen amacın gerçekleşmesine yetecek ölçüde mümkün olup, sınırlamanın sınırlanan eş için eylemsel olarak vesayet sonucu doğurmaması

²³⁴ GÜMÜŞ, s. 77.

²³⁵ GÜMÜŞ, s. 78.

²³⁶ KILIÇOĞLU, s. 38.

zorunludur.²³⁷ Aile birliğinin korunması için gerekenden fazla malvarlığı değerlerine ilişkin sınırlandırma doğru değildir. Çünkü daha önce de belirttiğimiz gibi asıl olan eşlerin işlem özgürlüğüdür. Sadece istisnai durumlarda evlilik birliğinin korunması amacıyla tasarruf yetkisi sınırlandırılabilir. Bu nedenle tasarruf yetkisinin kısıtlanmasında orantılılık ilkesine dikkat edilmelidir. Kısaca belirtmek gerekirse, amacı sağlamaya yetecek asgari sınırlamadan fazlasının hükme konu olmaması gerekir.

Hakim istem üzerine vereceği kararda, belirli malvarlığı değerine ilişkin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasının hangi süre için geçerli olduğunu belirtebilir. Ancak burada bir süre sınırlamasının yapılması zorunlu değildir. Hakim işin niteliğine göre, süresiz olarak da eşin, belirli bir malvarlığı değeri üzerinde tasarrufta bulunabilmesini diğer eşin rızası şartına bağlayabilir.

Medeni Kanununun 200. maddesine göre, "Koşullar değiştiğinde hakim, eşlerden birinin istemi üzerine kararında gerekli değişikliği yapar veya sebebi sona ermişse alınan önlemi kaldırır." Bu yüzden tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına karar verilirken süre ngrlmese dahi bu maddeye göre, sınırlandırılan eş, ailenin malvarlığına ilişkin tehlikenin ortadan kalktığı ya da evliliğe ilişkin mali yükümlülüklerin yerine getirildiği veya artık bunun bir önemi kalmadığını ileri sürerek sınırlamanın kaldırılmasını hakimden talep edebilir. Bunu sadece sınırlandırılan eş değil diğer eşte talep edebilecektir. Ancak her iki eş arasında ispat hukuku açısından bir fark olmalıdır. Diğer eşin yapacağı tasarruf işlemlerinin kendi rızasına bağlı olmasını sağlayan eşin, daha sonra TMK'nun 200. maddesine göre, sınırlamanın kaldırılmasını istemesi halinde artık bu eşin, diğer eşin mali yükümlülüklerini yerine getirdiğini veya ailenin ekonomik varlığının tehlikeden kurtulduğunu ispatlamasına gerek yoktur. Buna göre, süren kısıtlılık hali bir nevi görülmekte olan dava gibi dşnlmeli, talepte bulunan eşte davacı gibi düşünülerek, sınırlandırmanın kaldırılmasını istemesi halinde davadan feragat edilmiş gibi, başkaca bir husus hakim tarafından araştırılmadan istem kabul edilmelidir. Ancak, davalı saydığımız, hakkında tasarruf yetkisi kısıtlanması kararı verilen eşin, sadece istemi, TMK'nun 200. maddesine göre, tasarruf yetkisindeki sınırlandırmayı kaldırmayı gerektirmez. Tasarruf yetkisi

²³⁷ BREAM/HASENBÖHLER, s. 682; GüMüş, s. 78.

bu şekilde sınırlanan eşin TMK m. 200'e göre yaptığı başvuru diğer eşe de duyurulmadan ve onun görüşü alınmadan bu konuda karar verilemez. Diğer eşin, tasarruf yetkisinin sınırlanmasının kaldırılmasına rızası yok ise, mal veya hak sahibi olan, tasarruf yetkisi kısıtlanmış eş, TMK m. 199'a ilişkin şartların ortadan kalktığını ispat etmelidir.

Hakim kararında sınırlamaya konu olan malvarlığı açıkça göstereceği gibi aynı zamanda eşin, o malvarlığı değeri üzerinde hangi tasarruflarının diğer eşin rızasına bağlı olduğunu gösterecektir. Mal veya hak sahibi eşin bu malvarlığı değerleri üzerindeki tüm tasarrufları diğer eşin rızasına bağlanabileceği gibi sadece belirli tasarrufları da diğer eşin rızasına bağlanabilir. Örneğin mal sahibi eşin sadece malını rehin etmesi veya satması diğer eşin rızasına bağlanabilir. Hemen belirtelim ki, hakim burada da taleple bağlıdır. Diğer eş, sadece belirli malvarlığı değerinin satımının kendi rızası şartına bağlı olmasını istiyorsa, talep aşılarak malvarlığı değeri üzerindeki tüm tasarrufların diğer eşin rızası şartına bağlanması mümkün değildir. Ancak genel yargılamada olduğu gibi hakimin talepten azına hükmetmesi mümkündür. Bu durum orantılılık ilkesinin de doğal sonucudur. Hakim, aile birliğinin korunması açısından yeterli oluyorsa, üzerindeki tasarruflar diğer eşin rızasına bağlanmak istenen malvarlığı değerinin, bir kısmı üzerindeki tasarrufların, diğer eşin rızası şartına bağlanabileceği gibi, hak sahibi eşin malvarlığı değeri üzerindeki tüm tasarruflarının, diğer eşin rızası şartına bağlanması istendiğinde, işin niteliğine göre, malvarlığı değeri üzerindeki belli tasarrufların diğer eşin rızası şartına bağlanmasına karar verebilir.

VI-TMK m. 199'da Öngörülen Tasarruf Yetkisi Sınırlamasının Hukuki Niteliği

Türk Medeni Kanununun evlilik birliğinin korunması amacıyla eşlerin hukuki tasarruflarının kısıtlanmasına ilişkin olarak getirilen hükümlerin eşlerin fiil ehliyeti üzerindeki etkisi konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bu tartışmalar daha çok, önceden değindiğimiz gibi aile konutuna ilişkin düzenlemelere ilgili olarak yapılmıştır. Özellikle yapılacak işlemde diğer eşin rızasının tasarruf işlemi aşamasında mı yoksa taahhüt işlemi aşamasında mı aranacağı meselesinde doktrinde görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Zaten

tartışmaların daha çok aile konutuna ilişkin madde üzerinde toplanmasının nedeni de budur. Medeni Kanunun 199. maddesi kenar başlığının açıkça tasarruf yetkisi sınırlaması olması ve madde içeriğinin de açıkça tasarruf yetkisi kısıtlamasını öngörmesi nedeniyle, rızanın hangi aşamada aranacağına dair tartışmaya mahal bırakılmamıştır. Ancak belirttiğimiz gibi Medeni Kanunun 194. maddesinde böyle bir belirginlik bulunmamaktadır. Bu nedenle doktrinde aile konutuna ilişkin yapılacak hukuki işlemlerde diğer eşin rızasının daha taahhüt işlemi aşamasında aranması gerektiğini savunan yazarlar bulunmaktadır. Bu yazarların görüşlerini destekleyen önemli gerekçeleri de bulunmaktadır.

TMK'nun 194. maddesinin bir ehliyet sınırlaması durumu doğurduğunu savunanlar aynı zamanda diğer eşin rızasının borçlandırıcı işlem aşamasında bulunması gerektiğini düşünmektedirler. Katılım hakkı görüşünü savunanlar da başta ŞİPKA olmak üzere, diğer eşin rızasının borçlandırıcı işlemde aranacağını düşünmektedirler. Medeni Kanunun 199. maddesinde açıkça tasarruf yetkisi sınırlamasından söz edildiğinden bu maddenin bir fiil ehliyeti sınırlaması doğurduğu düşünülmemektedir.

ŞİPKA'ya göre, Medeni Kanunu'nun 199. maddesinde yer alan diğer eşin rızası gerekliliği, işlemi yapacak eşin fiil ehliyetini değil sadece tasarruf yetkisini kısıtlamaktadır.²³⁸

Medeni Kanunun 194. maddesinin diğer eşin fiil ehliyetine etkisine ilişkin olarak doktrinde başlıca üç görüş bulunmaktadır. Bunlar: (1) Eşleri sınırlı ehliyetliler grubuna sokan görüş, (2) Sadece tasarruf ehliyetlerinin sınırlandırıldığını ileri süren görüş ve (3) Katılım hakkı görüşleridir. Katılım hakkı görüşünü savunanlar, rızanın taahhüt aşamasında aranması gerektiği konusunda, sınırlı ehliyetlilik görüşünü savunanlarla aynı şekilde düşünmektedirler. ŞİPKA'da katılım hakkı görüşünün önemli savunucularından olsa da TMK m. 199'a ilişkin olarak maddenin açık niteliğinden dolayı bu görüşünü, söz konusu madde için savunmamaktadır.

Yeni Medeni Kanunu'nun 199. maddesi, aile konutuna ilişkin olan 194. maddeden farklı olarak, eşlerden birinin başvurusu üzerine, mahkeme kararıyla tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasını düzenlemektedir.

²³⁸ ŞİPKA, s. 50.

KILIÇOĞLU'na göre, burada bir kimsenin tasarruf yetkisinin mahkemenin vermiş olduğu bir ihtiyati tedbir kararı (HUMK m. 101 vd.) nedeniyle sınırlandırılmasına benzer bir durum söz konusudur. Mahkemenin tasarruf yetkisini sınırlandıran hükmü tasarruf yetkisi sınırlandırılan eş sınırlı ehliyetli bir kişi haline getirmez. Mahkemenin bu kararına rağmen yapılan hukuksal işlem aynen TMK m. 194'de olduğu gibi diğer eşin rızasının bulunmaması nedeniyle geçersiz olacaktır.²³⁹ Yazara göre, Medeni Kanununun 193. maddesi açık bir şekilde eşlerin gerek birbirleri gerekse üçüncü kişilerle her türlü hukuksal işlemleri yapabilecekleri konusunda ana kuralı koymuştur. Medeni Kanunda bu kurala istisna olarak öngörülen bazı sınırlı işlemler nedeniyle eşlerin sınırlı ehliyetli olduğunu kabul etmek mümkün değildir.

YEŞİL'e göre, taşınmaz üzerinde tasarrufu kısıtlanan eşin, vesayeti gerektiren bir kısıtlılık hali söz konusu olmayıp, sadece bazı hallerde, malik eşin mahkemece belirlenecek malları ile sınırlı bir kısıtlama söz konusudur. Bu kısıtlama ile, taşınmaz tasarrufu diğer eşin rızasına bağlı kılınmaktadır. Yazar, tasarrufu kısıtlanan eşin, mahkemece belirlenen ve kütüğe şerh edilen taşınmazları dışındaki taşınmazlarının tasarrufunda bu nedenle bir kısıtlılık söz konusu olmayacağını belirtmiştir.²⁴⁰

Bugün için İsviçre Öğretisinde hakim olan görüş, Medeni Kanununun 199. maddesinde yer alan sınırlamanın bir fiil ehliyeti sınırlaması değil, bir tasarruf yetkisi sınırlaması olduğu yönündedir. Dolayısıyla TMK m. 199/1, geniş anlamda bir tasarruf sınırlamasını, öncelikle mahkeme kararına dayanan, bir tasarruf yetkisi sınırlaması ile sağlamaktadır.²⁴¹

TMK m. 199 sadece tasarruf işlemlerine ilişkin olacağından, eşlerden birisinin belirli bir malvarlığı değerine ilişkin olarak tasarruf yetkisi sınırlandırılmış ise sınırlanan eş buna rağmen söz konusu malvarlığı değerine ilişkin olarak her türlü taahhüt işlemi yapabilecektir. Örneğin kendisine ait bir taşınmazı varsa ve bu taşınmazına ilişkin tasarruflarının geçerliliği diğer eşin rızası şartına bağlanmışsa, rızanın bulunmamasına rağmen sınırlanan eş noterde satım vaadi sözleşmesi yapması mümkündür.

²³⁹ KILIÇOĞLU, s. 37.

²⁴⁰ YEŞİL, s. 51.

²⁴¹ GÜMÜŞ, s. 79.

Medeni Kanunun 199. maddesinin açık lafzı ve maddenin tasarruf yetkisi sınırlaması olarak kabulü, hakim tarafından kararlaştırılacak sınırlamaların salt tasarruf işlemlerine yönelik olacağını gösterir. Bu kapsamda bir taşınmazın mülkiyetinin devri, alacak hakkının temliki, üçüncü bir kişi yararına sınırlı aynı haktan feragat, üçüncü bir kişi lehine eşya üzerinde bir sınırlı aynı hak tesisi veya eşya bir taşınmaz ise üçüncü kişinin kişisel hakkının şerhi bu tasarruf işlemleri arasında sayılabilecektir.²⁴²

HEGNAUER/BREITSCHMID, İMK m. 178'in (TMK m. 199) borçlandırıcı işlem safhasında da aranması gerektiğini düşünmektedirler.²⁴³ Bu yazarların, aile konutuna ilişkin diğer eşin rızası konusunda olduğu gibi, kanunu bu şekilde yorumlamalarının nedeni, aile birliğinin menfaatlerinin korunması açısından bu yorumun daha etkili olacağını düşünmeleridir. Onlara göre, eğer borçlandırıcı işlem aşamasında rıza aranmaz ise sözleşmenin gereğini yerine getiremeyen eş sırf bu nedenle tazminat davasıyla karşılaşacaktır. Söz konusu tazminat davasının sonucunda ise sınırlanan eş bütün malvarlığı ile sorumlu olacaktır. Eşin, üzerinde, aile birliğinin korunması açısından, tasarruf yetkisi sınırlanan malvarlığı değerinin bile icra takibine konu olması söz konusu olabilecektir. İşte bu nedenle Medeni Kanunun 199. maddesinde benimsenen korumanın hiçbir anlamı kalmayacaktır. Ancak yasanın açık hükmü karşısında tasarruf yetkisi sınırlamasının borçlandırıcı işlemi de kapsayacağını düşünmek yasa yorumlamayı aşan bir faaliyet olduğu açıktır. Bu düşüncedeki yazarlar aileyi koruma kaygısıyla kanun metninin açık lafzını bir kenara bırakmaktadırlar.

4721 sayılı Medeni Kanununun, aile birliğini korumayı öncelikli amaç olarak gördüğü ve dünyadaki bu konuya ilişkin gelişmelerin Medeni Kanunun kabul edilmesinde etkili olduğu muhakkaktır. Ancak, kanunun 199. maddesi, sınırlama konusunun yapılacak işlemin sadece tasarruf aşaması olduğunu açıkça göstermiştir. Söz konusu maddenin bu açıdan yoruma açık bir düzenleme şekli bulunmamaktadır. Zaten bu durum maddenin gerekçesinde de açıkça belirtilmiştir. Buna rağmen hala borçlandırıcı işlem aşamasında da diğer eşin rızasının aranacağını düşünmek mümkün değildir.

²⁴² GÜMÜŞ, s. 79.

²⁴³ HEGNAUER/BREITSCHMID: Grundriss des Eherechts. s. 81; GÜMÜŞ, s. 79.

İsviçre'deki pek çok yazar, İMK m. 178 (TMK: 199) hükmünün açık lafzı karşısında, söz konusu hükmün borçlandırıcı işlemler için uygulanamayacağı, bilakis sadece tasarruf işlemleri için geçerli olacağı görüşündedir. Onlar, sınırlamanın münferit konusu ve tasarruf sınırlaması kavramından hareketle böyle bir sonuca varmaktadır. BREAM/HASENBÖHLER'e, göre, Borçlandırıcı işlemlere ilişkin genel bir izin zorunluluğu İMK m. 178/TMK m. 199'dan çıkarılamaz. Yazar bu düşüncesine rağmen somut, istisnai ve özel durumlarda, bir borçlandırıcı işlemin diğer eşin rızasına bağlı olmasının haklı görülebileceğini düşünmektedir. Yazar özellikle taşınmaz satımlarında bunun mümkün olacağını düşünmektedir. Ona göre, hukuksal güvenliğin menfaati gereğince hakim, bir borçlandırıcı işlemi kapsayacak şekilde diğer eşin izni gerekliliği konusunu genişlettiğinde, bu durumu kararında açıkça belirtmelidir. BREAM/HASENBÖHLER'e göre, tasarruf yetkisi kısıtlaması bir taşınmaz ve otomobilin devrine yönelik olduğunda borçlandırıcı işlemleri de kapsamalıdır.²⁴⁴

GÜMÜŞ'e göre, TMK m. 199'un açık hükmü karşısında madde sadece tasarruf işlemlerine ilişkin uygulanmalıdır. Ancak yazara göre, geniş anlamda tasarrufi işlemler kapsamında değerlendirilen, zilyetlik devrine dayalı kullanma ve saklama borcu doğuran bir kısım borçlandırıcı işlemler bakımından, TMK m. 199 hükmü uygulama bulabilmelidir. Onun kanısına göre, bu nedenle örneğin bir eşin yatırım hesabından izinsiz para çekmesi yasaklanabileceği gibi; hakimin bir eşin, diğerinin rızası olmaksızın bankada yatırım hesabı açmasını veya mevcut bir taşınmazı kiraya vermesini dahi yasaklayabilir.²⁴⁵

Aile konutuna ilişkin diğer eşin rızası konusunda, verilecek rızanın hukuksal işlemin yapılmasından sonra da icazet şeklinde olabileceğini bunun ise işlemi baştan itibaren geçerli hale getireceğini belirtmiştik. Sonradan verilecek olan rızanın işlemi baştan itibaren geçerli hale getireceği konusunda doktrinde tartışma bulunmamaktadır. Aynı şekilde Medeni Kanununun 199. maddesine göre hak veya mal sahibi olmayan eşin yapılan

²⁴⁴ BREAM/HASENBÖHLER, s. 688; GÜMÜŞ, s. 79.

²⁴⁵ GÜMÜŞ, s. 81.

tasarruf işlemine sonradan icazet vermesi mümkündür. Bu durumda yapılan işlem baştan itibaren geçerli sayılacaktır.

VII-Rızanın Alınmasının Güvencesi ve Hakimin Alacağı Ek Koruma Önlemleri (TMK m. 199 f. II-III)

Eşlerden birisinin diğer eşin tasarruf yetkisinin sınırlanması için hakime başvurusu halinde yapılacak olan yargılamanın uzun sürme ihtimali bulunmaktadır. İşte bu durumda kötü niyetli mal veya hak sahibi olan eşin bunları kaçırmaması mümkündür. Bu sakıncalı durumun önüne geçilmesi için yasanın (TMK m. 199) II ve III. fıkralarında, HUMK m. 101 ve devamında düzenlenen ihtiyati tedbire, benzer hükümler öngörülmüştür. Hakim tasarruf yetkisi sınırlanması talebine ilişkin yargılamada talebin türüne göre ihtiyati tedbirin özel bir uygulaması olan TMK m. 199/II ve III'deki önlemlere karar verebilecektir.²⁴⁶

A- Hakimin Gerekli Önlemleri Alması (TMK m. 199/II)

Medeni Kanununun 199. maddesinin II. fıkrasında "Hakim bu konuda gerekli önlemleri alır" ifadesiyle hakime eşlerden birinin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin olarak her türlü önlemi alabilme imkanı tanınmıştır.

Görüldüğü gibi, maddenin II. fıkrası, genel bir torba hüküm niteliğinde olup, somut olayın gerekli kıldığı ek önlemleri alma konusunda hakime bir takdir hakkı tanımaktadır. Ancak, söz konusu hakimin takdir hakkı sadece önlemin türünü ve ağırlığını belirlemeye yönelik olup, hakim gerekli önlemleri almaya hem yetkili hem de bu önlemi almakla sorumludur.²⁴⁷

Tapuya kayıtlı bulunan taşınmazlar hakkında III. fıkrada yer alan şerhe ilişkin önlem, taşınmaz açısından yeterli bir önlem olacağından bu konuda ayrıca II. fıkranın uygulanmasını gerektirecek bir durum söz konusu olmayacaktır. Ancak tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar açısından tapuya şerh söz konusu olmadığından, bu durumdaki taşınmazların II. fıkraya göre korunması söz konusu olabilecektir. ŞİPKA'ya göre, eşlerden birisine ait olan arsa üzerindeki aile konutu niteliğindeki ev tapuya kayıtlı değil ise bu evin korunması II. fıkraya göre yapılacaktır.²⁴⁸

²⁴⁶ KILIÇOĞLU, s. 64.

²⁴⁷ GÜMÜŞ, s. 84.

²⁴⁸ ŞİPKA, s. 14.

Ailenin mali ve ekonomik yapısı, diğer yasal düzenlemelerle korunmadığı ölçüde, torba hüküm niteliğinde olan TMK m. 199'un II. fıkrasındaki önlemlerle korunacaktır. Söz konusu önlemler maddede belirtilen tasarruf yetkisi sınırlamasının etkili bir şekilde uygulanmasına hizmet edecektir. Gerçekten bu önlemler olmasa idi TMK m. 199 eşlerin ekonomik ve mali durumlarının korunmasında çok fazla fonksiyonel olamayacaktı.

Hakimin, belirli malvarlığı değerlerine ilişkin alacağı önlemler, hukukun imkan tanıdığı kadar, yeterli korumayı sağlayıcı nitelikte olmalıdır. Söz konusu önlemler, tasarruf yetkisinin sınırlanmasının amacını sağlayacak elverişlilikte olmalıdır. Ancak şunu belirtmeliyiz ki bu önlemler, amaca uygunluk ve orantılılık ilkesine de aykırı olmamalıdır.

Tasarruf yetkisi sınırlandırmalarının hak ve mal sahibi olan eş açısından gerekenin ötesinde aşırı bir sınırlandırmayı içermemesi gerekir. Yapılacak olan sınırlandırmaya konu olan mal varlığı değerinin, ailenin geçimi üzerinde önemi konusu mutlaka yapılacak sınırlandırma açısından araştırılmalıdır. Unutulmamak gerekir ki, kural eşlerin işlem özgürlüğüdür. Fiil ehliyeti sınırlaması yaratacak türden ağır önlemlere başvurulamaz. Ayrıca yapılacak sınırlama ile ailenin ekonomik yaşamının sürdürülmesine engel olunmamalıdır. Örneğin, oto alım ve satımı ile uğraşan ve bu yolla aile geçimini sağlayan A'nın elindeki araçların satımı konusunda sınırlandırılması, satımlarının diğer eşin rızasına bağlanması A'nın mesleki faaliyetlerini sürdürmesine engel olabilir.

Hakimin TMK m. 199'un II. fıkrası anlamında alabileceği önlemler şunlar olabilecektir: Üçüncü kişilerin hak sahibi olan eşe ödemede bulunmasına yasak getirilmesi, borsadaki hisse senetleri veya bankadaki parasının bloke edilmesi ve bu konuda gerekli yazışmaların yapılması, eşin borç altına girmesinin yasaklanması, üçüncü kişilerin mal veya hak sahibi olan eşle hukuksal işlem yapmasının diğer eşin rızası ile geçerli olacağına bildirilmesi;²⁴⁹ Banka, trafik gibi kayıtlara diğer eşin rızasının gerekliliğine ilişkin şerhler, kıymetli bir mal varlığı değerinin banka veya üçüncü bir kişi üzerinde saklanması, sınırlanan eş üçüncü kişilerden alacaklı ise söz konusu bu üçüncü kişilere yazı yazılarak ancak mahkeme veznesine veya eşlerin

²⁴⁹ KILIÇOĞLU, s. 64.

bankadaki bir ortak hesaplarına bedeli yatırdıklarında borçtan kurtulacaklarının ihtarı.

İsviçre’de, Medeni Kanunu’ndan başka kanunlarda da evlilik birliğinin ekonomik ve mali varlığının korunmasına ilişkin hükümler getirilmiştir. Örneğin İsviçre Borçlar Kanununda yapılan bir değişiklikle, bir eşin üçüncü kişiye kefil olması diğerinin rızasına bağlandığından (İBK m. 494) bizim TMK m. 199’un kaynağı olan İMK m. 178 gereğince hakimin eşin üçüncü kişilerin borcu için kefil olmasını yasaklamasına gerek yoktur.²⁵⁰ Çünkü İsviçre Borçlar Kanununun söz konusu bu maddesi yeterli korumayı sağlamaktadır. Ancak, bizim Borçlar Kanunumuzda, İsviçre Borçlar Kanununa paralel bir düzenleme yapılmadığından, bir eşin üçüncü kişilerin borçlarına kefil olabilmesi için diğerinin rızasını almasına gerek bulunmamaktadır. İşte bu nedenle, Medeni Kanunumuzun 199. maddesine göre, hakim, eşlerden birinin üçüncü kişiye kefil olmasını diğer eşin rızası şartına bağlayabilecektir.

Medeni Kanunda, yapılacak işlemlerde diğer eşin rızasının aranmasının nedeni açıkça gösterilmiştir. Bu durumda, diğer eşin sırf kendi kişisel çıkarları (ailenin çıkarlarına aykırı olarak) veya kaprisleri ile rızaya bağlanan işleme rıza vermekten kaçınması düşünülemez.

Medeni Kanunun 194. maddesine göre, “Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hakimin müdahalesini isteyebilir”. Ancak Medeni Kanunun 199. maddesinde bu şekilde bir hüküm öngörülmemiştir. Buna rağmen, diğer eşin yasa maddesinin amacına aykırı olarak rıza vermektan kaçınması söz konusu genel hükümlere göre hakkın kötüye kullanılması (TMK m. 2/II) kapsamında değerlendirilebilecektir. Bu durumda belirli bir malvarlığı değerine ilişkin olarak tasarruf yetkisi sınırlanan eş, kısıtlama kararı veren mahkemeye başvurarak yapmak istediği işleme rıza verilmesini sağlayabilmelidir. Bu başvuru diğer eşe tebliğ edilecek onun da rıza vermeme nedeni değerlendirilecektir.

Sonuçta tasarruf yetkisi kısıtlanan eş haklılığını ispatlarsa mahkeme tarafından yapacağı işleme izin verilecektir. Bunun sonucunda daha önceden tapuya şerh konulmuş ise şerhin tümden kaldırılması söz konusu olabileceği

²⁵⁰ KILIÇOĞLU, s. 64.

gibi, hangi hususa izin verildiği tapu dairesine yazılacak bir müzekkere ile de bildirilebilecektir.

B- Tasarruf Yetkisi Sınırlamasının Tapu Kütüğüne Şerh Edilmesi (TMK m. 199/III)

Diğer eşin rızasına bağlı tutulacak olan hukuksal işlem bir taşınmaza ilişkin olabilir. Bu durumda, taşınmaz tapuya kayıtlı olmak şartıyla, TMK m. 199/III'e göre, taşınmazın tapu kütüğüne diğer eşin rızası gerekliliği konusunda şerh düşülecektir. Kanun koyucu tapusuz taşınmazlar ve menkul mallar için genel nitelikli önlemler öngörmüşken tapulu taşınmazlar açısından özel nitelikli söz konusu şerh hükmünü getirmiştir.

1- İsviçre Uygulamasında Şerhin Etkisi

İsviçre Medeni Kanununda, şerh değil beyanın yaptırılması öngörülmüştür.²⁵¹ Şerh ve beyan kavramları esas olarak farklı kavramlar da olsalar, tapu kütüğüne yapılacak kayıt ister şerh, isterse beyan olsun mal veya hak sahibi eşin tasarruf yetkisi sınırlamasını kurucu bir sonuç doğurmayacağı, bilakis açıklayıcı nitelikte olacağı açıktır. Bu yüzden hakim mal veya hak sahibi olan eşin tasarruf yetkisini sınırlamasına yönelik kararı yenilik doğurucu bir karardır. Buna rağmen TMK m. 199/III'e göre, hakim alacağı bu yönlü kararı re'sen tapuya şerh ettirmelidir.²⁵²

İsviçre öğretisinde hakim olan görüşe göre, İMK m. 178/III (TMK m. 199/III) uyarınca yapılacak olan beyanın açıklayıcı niteliği gereği, hakim alacağı önlem tasarruf yetkisi sınırlaması kararı tapu dairesinin bilgisine ulaştığı anda söz konusu taşınmazın tapu kütüğü sayfası işlemlere kapatılır. Beyandan sonra, malikin, eşinin izni olmaksızın tapu kütüğünde bir aynı hak tesis etmesi mümkün değildir. Ancak hemen belirtelim ki, tapu kütüğü sayfası sadece mal sahibi olan eşin sınırlanan işlemlerine yönelik olacaktır.²⁵³ Öyle ise, malik eşin, sadece taşınmazını satması hakim kararı ile diğer eşin rızası şartına bağlanmış ise yapılacak şerh buna ilişkin olacaktır. Bu durumda malik

²⁵¹ Türk Hukukunda Beyanlar: Tapu kütüğünün beyanlar hanesine mevzuatın yazılmasını öngördüğü belirtmeler genellikle bilgi verici nitelikte olup sınırlandırıcı nitelikte olanlar azdır. Taşınmaz mülkiyetine ilişkin olarak kamu hukuku kısıtlamalarının beyanlar sütununa yazılması ve bu sütuna yazılabilecek diğer hususlar tüzükle belirlenecektir.

²⁵² GÜMÜŞ, s. 86.

²⁵³ GÜMÜŞ, s. 86.

eş taşınmazı üzerinde tasarruf yetkisi sınırlanmış olsa da taşınmazı üzerinde satım dışındaki aynı hak doğurucu işlemleri yapması mümkün olacaktır. Örneğin taşınmazı üzerinde üçüncü kişi lehine intifa hakkı ya da rehin hakkı tesis edebilecektir. Bunun dışında malik eşin iradesine dayanmayan kayıtlara da tapu kütüğü sayfası kapalı olmayacaktır. Örneğin, malik eşe karşı bir icra takibi yapılmış ise taşınmazın tapu kaydına haciz kaydı konulması mümkündür. Aynı şekilde malik eş bir alacak davasının, davalısı ise, dava sırasında davacı, söz konusu tapu kaydı üzerine ihtiyati tedbir konulmasını isteyebilecek ve bu istem mahkeme tarafından yerine getirilerek tapu kaydına tedbir konulabilecektir.

İsviçre Hukukunda tapu kütüğünün kilitlemesi sonucu, 18 Kasım 1987 tarihli değişiklikten sonra açıkça İsviçre Tapu Sicil Tüzüğü'nün 80/VI maddesinde kabul edilmiş bulunmaktadır. Madde açıkça, hakimin İMK m. 178'e göre, evlilik birliğini korumak için alacağı kararların tapu kütüğünü kilitlemek üzere beyan edileceğini öngörmektedir. Bu nedenle tapu memuruna salt mahkeme ilamının sunulması, hukuki sebebin belgelendirilmesi anlamında yeterli değildir.²⁵⁴

YEŞİL'e göre, taşınmazın dava konusu olması durumlarında, dava nedeniyle taşınmazda tasarruf engellenmek isteniyorsa, taşınmazın beyanlar hanesine kayıt düşülmesi yeterli olmaz, HUMK 101 ve devamı maddelerince ihtiyati tedbir konulması gerekir.²⁵⁵

TEKİNAY'a göre de, beyanın böyle kurucu bir fonksiyonu bulunmamaktadır. Ona göre, kütüğün beyanlar hanesine işlenen bir kayıt kural olarak ne aynı bir hak ihdas eder; ne de şahsi bir hakkı kuvvetlendirmeye yarar. Yazara göre, beyanların fonksiyonu, gayrimenkulle ilgili bazı fiili veya hukuki durumlara ya da zaten mevcut bulunan bazı haklara aleniyet sağlamaktan ibarettir.²⁵⁶

2- Türk Hukukunda Şerhin Etkisi

KILIÇOĞLU'na göre, TMK m. 199/III'de, TMK m. 1009 hükmünde yer alan "kanunlarda açıkça öngörülen diğer hakların şerhi"nin bir örneği söz

²⁵⁴ GÜMÜŞ, s. 86.

²⁵⁵ YEŞİL, s. 423.

²⁵⁶ TEKİNAY;AKMAN; BURCUOĞLU;ALTOP: Eşya Hukuku, s. 404.

konusudur. Maddenin III. fıkrasında getirilen hüküm sadece taşınmazlara ilişkindir. Davacı eş, davalının yapacağı işlemlerin kendi rızasına bağlı tutulmasını bir taşınmazla ilgili olarak talep etmişse bu hüküm gereğince mahkeme taşınmazın tapu kaydına tasarruf yetkisini sınırlandıran şerh verecektir. Ancak yazara göre, maddede de belirtildiği gibi taşınmazın tapu kütüğüne bu şerhin verilmesi tasarruf yetkisini kaldırma yönünde karar verilmesi şartına bağlanmıştır. O halde yasa maddesinin III. fıkrası bir tedbir hükmü değildir. Yazara göre, davanın açılması üzerine taşınmazın tapu kaydına bir tedbir konulacaksa bu konuda HUMK m. 101 ve devamındaki genel tedbir hükümleri uygulanacağı gibi, boşanma veya ayrılık davasının söz konusu olduğu hallerde TMK m. 176'daki özel tedbir hükümleri de uygulanabilir. Taşınmaz, eşlerin paylı mülkiyetinde ise katılma rejiminde mahkemenin böyle bir tedbire ya da TMK m. 199/III hükmü gereğince tapu kaydına şerh verilmesine karar vermesi gerekmez. Zira eşlerin paylı mülkiyetindeki taşınmazda bir eşin diğerinin rızası olmadan payı üzerinde tasarrufta bulunması zaten TMK m. 223/II gereğince geçersiz olacaktır. Ancak, eşler arasında katılma rejiminin değil, seçimlik olan diğer mal rejimlerinin bulunduğu, ya da edinilmiş mallara katılma rejiminin bulunmasına rağmen eşlerin TMK m. 223/II deki hükmün aksine anlaşma yapmış bulunduğu hallerde TMK m. 199/III hükmü uygulama bulabilecektir.²⁵⁷

REİSOĞLU'na göre, Medeni Kanununun 199. maddesinin son fıkrasında, hakimin, eşin taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisini kaldırabileceği ve bu durumu Tapu Kütüğü'ne şerh ettireceği yazılıdır. Burada eşin tasarruf yetkisinin tümüyle kaldırılması söz konusu değildir. Hakim eşin tasarruf yetkisini diğer eşin rızasına bağlı kılabilir ve bunu tapuya şerh ettirebilir.²⁵⁸

OĞUZMAN/SELİÇİ'ye göre, şerh, üzerine konulduğu taşınmazı tasarruf yetkisi sınırlanan eşten satın alan kimseden aynı hak kazanacak üçüncü kişilerin iyiniyetlerini ortadan kaldırır.²⁵⁹

KARAŞAHİN'e göre, söz konusu şerh ihtiyati tedbir gibi hüküm ifade etmelidir. Ancak yazar bu görüşünün bilimsel dayanaklarını sunmamıştır.²⁶⁰

²⁵⁷ KILIÇOĞLU, s. 68.

²⁵⁸ REİSOĞLU, s. 70.

²⁵⁹ OĞUZMAN; SELİÇİ, s. 206.

²⁶⁰ KARAŞAHİN, s. 303.

YEŞİL'e göre, mahkemenin şerhe ilişkin kararı tedbir niteliği taşımaktadır. Onun kanısına göre, bu kararın kesinleşmesine de gerek yoktur. Yazar, zaten ihtiyati tedbir kararları gecikmenin doğuracağı sakıncalı durumu engellemek için öngörüldüğünden, şerhe ilişkin kararın da kesinleşmesi şartını aramamaktadır.²⁶¹ Yazar tıpkı KARAŞAHİN gibi görüşünün bilimsel dayanaklarını sunmamıştır.

GÜMÜŞ'e göre, TMK m. 199/III'de öngörülen şerh aslında kilitleyici tasarruf sınırlaması şerhidir. Ona göre, bu noktada kanun koyucunun beyan yerine şerhten bahsetmesi bizi yanıltmamalıdır. Aslında burada TMK 1010/I maddesinde düzenlenen aile yurdu kurulması için aranan şerhe benzer bir durum söz konusudur.²⁶² Gerçekten aile yurdu²⁶³ kurulması için kanun bir tasarruf sınırlandırması şerhinden bahsetse de öğretide, aile yurdu tesisinde şeklen şerh görünümüne rağmen, maddi hukuk anlamında şerh değil bir tapu kütüğü kilitlemesi hali söz konusudur.²⁶⁴ Yazara göre, bu anlamda kanunda yer alan şerh, bir anlamda beyan görevi görmektedir. Ancak, TMK m. 199/III'deki şerh, TMK m. 1010/I'deki şerhten farklıdır. TMK m. 1010/I'de aile yurdu tesisi için öngörülen şerh, gerek aile yurdu üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlaması için gerekse tapu kütüğünün kilitlemesi sonucu bakımından kurucu bir etkiye sahipken; TMK m. 199/III'deki şerh tasarruf yetkisi sınırlaması bakımından kurucu değil açıklayıcı etki taşımaktadır.²⁶⁵

Kısaca Türk Hukukunda şerhin etkisine ilişkin olarak iki ayrı görüş bulunmaktadır. Birinci görüş, TMK m. 199'un sadece üçüncü kişilerin

²⁶¹ YEŞİL, s. 51.

²⁶² GÜMÜŞ, s. 90.

²⁶³ Aile yurdu haline getirilen taşınmazlar devrolunmaz, rehnedilemez ve kiraya verilemez. Aile yurdu ve eklentileri hakkında, mahkeme eliyle yönetim hali saklı kalmak kaydıyla, cebri icra yoluna başvurulamaz.

²⁶⁴ HATEMİ, s. 430, 450.

²⁶⁵ Tapu kütüğünün kilitlemesi kavramı, bir mahkeme veya diğer bir makam tarafından, temel bir yetkilendirme hükmüne dayalı olarak doğrudan tapu memuruna yöneltilmiş, başta tapu kütüğü olmak üzere belirli ana sicillerde, bir sonraki emre veya belirli bir süreye ya da belirli bir vakia gerçekleşinceye kadar fiilen hiçbir kaydın icra edilmemesi ya da belirli bir talep veya belirli bir türdeki taleplerin, ana sicillere yapılacak kayıtlarla yerine getirilmesi emrini ifade eder. Bu anlamda tapu kütüğünün kapatılması, temelde hakime (veya yetkili makama) tanınan belirli önlemleri alma yetkisi çerçevesinde gerçekleşir ve hakim tarafından alınan önlem kapsamında tapu kütüğü kilitletlenir. Tapu memuru kapatmanın kapsamına göre, kendisine yönelik talepleri bir tasarruf oluşturduğu ölçüde hiçbir şekilde kabul etmez. Bu şekildeki işlemler, caiz olmayıp, hiçbir şekilde yevmiye defterine geçilmez. Bu nedenle tapu kütüğünün kilitletlenmesi, bir tescil veya beyan gibi bir tapu kütüğünün tutulması işlemi değildir. Teknik anlamda tapu kütüğünün kilitletlenmesi, tapu memurunun tapu kütüğündeki işlemlerden el çekmesidir. GÜMÜŞ, s. 90.

iyiniyetlerini bertaraf etmeye yönelik bir tasarruf sınırlaması şerhi olduğuna ilişkindir. Bu düşünceye göre taşınmaz üzerine şerh konulmasına rağmen taşınmaza ait olan sayfa tasarruf işlemlerine açık olacaktır. Ancak şerhe rağmen taşınmaz üzerinde aynı hak kazanan üçüncü kişilere karşı diğer eş dava açarak söz konusu kişilerin iyiniyet iddialarını ortadan kaldıracaktır.

Doktrinde başta GÜMÜŞ tarafından savunulan ikinci görüşe göre ise, İsviçre Hukukunda beyan zorunluluğunda olduğu gibi, hakim tapu kütüğüne yaptıracığı şerh ile birlikte, tapu kütüğünün, korunan eşin izni ile taşınmaz malikin tasarruf yetkisindeki eksikliğin tamamlanmadığı tüm veya hakim takdirine göre belirli tasarrufi taleplere dayalı kayıtlara kapatılacaktır. Bu takdirde diğer eşin izni olmadığı sürece, tapu memuru, tasarruf yetkisi sınırlaması konusu taşınmaza ilişkin istemleri reddetmek zorundadır. GÜMÜŞ'e göre, KILIÇOĞLU'nun bir taraftan tasarruf sınırlaması şerhinin varlığından bahsederken aynı zamanda tapu kütüğünün kilitlemesine ilişkin sonuçları kabul etmesi bir çelişki teşkil etmektedir.²⁶⁶

KARAŞAHİN'de, açıkça belirtmemiş olsa da taşınmaz üzerine konulacak şerhin sonuçları bakımından söz konusu sayfanın kilitletmesinin doğuracağı sonuçları kabul ettiği anlaşılmaktadır. Yazara göre, taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisinin kaldırılmasına ilişkin şerhin terkinin için mahkemece bir karar verilmedikçe veya müzekkere yazılmadıkça taşınmaz üzerinde tasarruf (temlik, rehin, irtifak hakkı, kira v.b) aynı veya şahsi hak tesisi ve diğer değişikliklerin yapılması mümkün değildir. Onun kanısına göre, bu durum söz konusu maddenin ihtiyati tedbir gibi hüküm ifade etmesinin doğal sonucudur.²⁶⁷ Yazar farklı bir gerekçeye dayanarak GÜMÜŞ'le aynı sonuca ulaşmaktadır.

GÜMÜŞ'e göre, kapatma emri, Tapu Sicil Müdürlüğü'ne ulaştığı andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur. Ancak bazen, kanun hükmü gereği kilitlemenin etkisini gösterebilmesi tapu kütüğüne yapılacak bir beyan veya şerhi gerektirebilir. Yazara göre, Türk Medeni Kanununda yer alan tapu kütüğünün kapatılması olanağına örnek olarak yapı alacaklısı ipoteğine ilişkin TMK m. 897/III hükmü gösterilebilir. Kapsamı bakımından kilitleme, geniş

²⁶⁶ GÜMÜŞ, s. 89.

²⁶⁷ KARAŞAHİN, s. 303.

veya dar; genel veya sadece belirli bir kayıtla sınırlı olabilecektir. Aynı şekilde kilitleme sonucu, kimi zaman tapu kütüğü sayfası işlemlere tamamen kapatılırken, kimi zaman da ancak korunan kişi veya yetkili makamın iznine bağlı olarak işlem yapılabilmesi olanaklı olur. Yine kilitleme belirli bir süre için veya süresiz olabilecektir. Ancak, yazara göre, tarafların anlaşarak tapu kütüğünün kapatılmasını sağlamaları mümkün değildir.²⁶⁸

Görüldüğü üzere, tapu kütüğünün kilitlenmesi bir tasarruf sınırlaması oluşturmakla beraber, şerh kurumundan tamamen farklıdır. GÜMÜŞ'e göre, kilitlemenin etkisi olumsuz bir etki olup, kilitleme çoğu zaman korumadan yararlanan açısından doğrudan değil, dolaylı bir koruma sağlar. Oysa ki yazara göre, şerhin etkisi olumlu olup, bu şerh ile bir ayni ya da kişisel talebin ya da icra hukukuna ilişkin taleplerin güçlendirilmesi yeterli korumayı sağlar.²⁶⁹

3- Şerhin Yapılması

Eşlerden birinin taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisini kaldıran mahkeme kararına veya müzekkeresine istinaden kararda veya müzekkerde belirtilen taşınmazın kayıtlı olduğu tapu kütük sayfasının şerhler hanesine tasarruf yetkisi kaldırılmıştır. Tarih ve yevmiye numarası şeklinde belirtme yapılacaktır. Her ne kadar mahkemeden bu şekilde bir yazının gönderilmesi gerekse de İsviçre'de, Aile Koruma Kurumları'nın gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bunu tapu dairelerine çağdaş iletişim araçlarıyla da (telefon, telefaks gibi) bildirebileceği kabul edilmektedir.²⁷⁰ Bu uygulamanın ardından İsviçre Hukukundaki hakim görüş, tapu kütüğünün kapatılmasının (kilitlenmesinin) beyanın, açıklayıcı doğası gereği tapu kütüğüne fiilen yapılması ile değil; bilakis daha öncesinde, tapu memurunun hakim beyan emrinin bilgisine sahip olduğu andan itibaren hüküm ve sonuç doğuracağı şeklindedir.²⁷¹

İsviçre uygulamasında mahkeme kararı tapu dairesine ulaşmadan da tapuda gerekli işlemler yapılabilecekse de bizim hukukumuzda buna imkan tanıyan bir düzenleme bulunmamaktadır. 07.06.1994 tarihinde yürürlüğe

²⁶⁸ GÜMÜŞ, s. 89.

²⁶⁹ GÜMÜŞ, s. 89.

²⁷⁰ KILIÇOĞLU, s. 68.

²⁷¹ GÜMÜŞ, s. 91.

giren Tapu Sicili Tüzüğünde bu şekilde bir düzenleme getirilmemiştir. Halen tapu daireleri kendilerine TMK m. 199/III anlamında mahkeme kararı ulaşmadan şerh işlemi yapmamaktadırlar. Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün yayınlanmış genelgelerinde de faks ya da telefon vasıtasıyla bir kayıt yapılmasına imkan tanıyacak hükümler bulunmamaktadır. Oysa ki İsviçre Öğretisi ve İsviçre Tapu Sicil Tüzüğü bu kabule uygun görüş ve hükümler içermektedir. Gerçekten İsviçre Tapu Sicil Tüzüğü'nün 13/IV maddesine göre, "Resmi daireler ve mahkemeler ivedi hallerde, tasarruf sınırlaması veya geçici tescil şerhini (İMK m. 960 f. 1 b. 1 ve 2, m. 961 f. 1 b.1) hem de tapu kütüğünü kilitleyen beyanları (m. 80 f. 6) ve m. 80 f. 9 da belirtilen önlemleri, telefonla veya elektronik ortamda istemek zorundadır. Yazılı istem, derhal verilmelidir. Telefonla veya elektronik ortamda yapılan istem, tarih ve saat gösterilerek yevmiye defterine kaydedilir."²⁷² İsviçre Hukukunda çağın gereği olarak kabul edilen bu düzenlemeler bazı teknolojik aletlerin acil durumlarda tapu dairesinde yapılacak kimi işlemlerde uygulanabilmesine imkan tanımaktadır. Bizim tapu tüzüğümüzde ise, mahkeme tarafından diğer eşin sınırlandırılmasına ilişkin verilen kararın, faks yoluyla veya telefon yoluyla ulaşmasını tapu dairesinde geçerli kılacak olan hükümler bulunmamaktadır. Aksine, tasarruf yetkisini sınırlayan şerhler açısından aranacak olan belgeler Tapu Sicili Tüzüğü'nün 56. maddesinin b bendinde, "Aile yurdu tesisi halinde mahkemece onanmış senet, d bendinde ise "kanunların kısıtlayıcı şerh verilmesini öngördüğü hallerde kanunda belirtilen belgeler, aranır" denilmektedir. Yaklaşık on yıl önce kabul edilen bu tüzüğün şerhin etkisini ivedi olarak göstermesi yönünden yeterli olmadığı açıktır.

16 Ocak 2004 tarihinde, ülkemizde 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu kabul edilmiştir. Ancak bu kanun hükümlerinin tapu dairelerinde henüz ne şekilde uygulanacağı bilinmemektedir. Söz konusu kanunun 25. maddesine göre, kanun yayımı tarihinden altı ay sonra yürürlüğe girecektir. Bu altı aylık süre içerisinde gerekli kurumsal alt yapının ve mevzuat düzenlemelerinin yapılacağı düşünülmektedir. Kanunun tapu dairelerinde ne şekilde uygulanacağına ilişkin açık hükümler bulunmamaktadır. 5070 sayılı yasa

²⁷² GÜMÜŞ, s. 90.

çağdaş iletişim araçlarına ilişkin genel düzenlemeler getirmektedir. Buna göre ilgili kamu kurumları gerekli yönetmelik değişikliklerini ve alt yapılarını hazırlamaları gerekmektedir. Özellikle tapu daireleri açısından Tapu Sicil Tüzüğü'nün söz konusu yasaya göre yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

5070 sayılı Elektronik İmza Kanununun 20. maddesine göre, "Bu kanunun 6,7,8,10,11,14 üncü maddelerinin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, kanunun yürürlük tarihinden itibaren altı ay içinde ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri alınarak kurum tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle düzenlenir."denilmektedir. Elektronik İmza Kanununda, kanunun kurumlar tarafından ne şekilde uygulanacağı kararlaştırılmadığından, kanun, kurum ve kuruluşların kendi iç düzenlemeleri ile şekillenecektir. Yasanın amacı daha çok devlet dairelerindeki bürokrasinin önlenmesidir. Ancak şunu belirtmeliyiz ki özellikle tapu dairelerinin gerekli elektronik alt yapıyı oluşturmaları açısından altı ay yeterli bir süre değildir.

Adalet Bakanlığı tarafından başlatılan Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) çerçevesinde tüm mahkemelerin nüfus ve tapu dairelerinin bir ağla birbirine bağlanması bu yolla yargılamanın hızlandırılması amaçlanmaktadır. Bu amaçla tüm adliyelerde gerekli elektronik alt yapı oluşturulmaktadır. Tapu dairelerine ilişkin olarak gerekli tüzük ve yönetmelik değişiklikleri yapıldıktan sonra gerekli alt yapının da kurulmasıyla mahkeme kararlarının elektronik yolla tapu dairelerine ulaştırılması ve elektronik ortamda tutulacak kayıtlara bu şekilde ivedi olarak tedbir veya şerh konması mümkün olacaktır.

Hakim tarafından TMK m. 199'a göre, bir taşınmaza ilişkin alınacak sınırlama kararı ile malik olan eşin tasarruf yetkisi kararda gösterildiği kadar ortadan kalkacaktır. GÜMÜŞ'e göre, sınırlama kararının ötesinde, önlem konusu taşınmaza ait tapu kütüğü sayfasının kilitlenmesi sonucunun doğabilmesi için, tapu kütüğüne TMK m. 199/III uyarınca şerh yapılması zorunludur. Yazara göre, şerhe yönelik olarak, önlem kararının Tapu Sicil Müdürlüğü'ne yazılacak bir yazı ile bildirilmesi zorunludur. Şerh, önleme ilişkin ilama dayanarak yapılacak olup; yevmiye defterine şerh isteminin kaydedildiği andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. (TMK m.

1022/II) GÜMÜŞ'e göre, buradaki şerh, artık tasarruf yetkisi sınırlaması için açıklayıcı, tapu kütüğünün kilitlenmesi için kurucu etki taşıyacaktır.²⁷³

Hukuki sebebin belgelendirilmesi bakımından sadece mahkeme ilamının tapu dairesine sunulması yeterli değildir. Öncelikle tapu memuru kararı veren mahkemenin görevli ve yetkili olup olmadığını araştıracaktır.²⁷⁴ Tapu memuru mahkemece verilen önlemin malik olan kişiye karşı olup olmadığı hususunu kontrol edecektir. Ayrıca tapu dairesi bir mahkeme kararında zorunlu olarak bulunması gereken unsurların varlığını araştırmak zorundadır. Kararın kesinleştiğine ilişkin şerh, hüküm kısmı, şerh hususu, işleme konu taşınmazın açıkça belirtilmesi konularının söz konusu kararda anlaşılabilir olması gerekir. Bu hususlarda açıklık olmaması halinde tapu dairesi kararı veren mahkemeden tavzih kararı almadıkça söz konusu kararı tatbik edemez. Ayrıca tapu dairesi mahkeme kararında imza ve mühür gibi noksanlıkların olmamasına da dikkat etmelidir. Bu anlamda onaysız mahkeme kararı fotokopisi üzerine işlem yapmak mümkün değildir.

GÜMÜŞ'e göre mahkeme kararının kesinleşmesi gerekir.²⁷⁵ Ancak YEŞİL'e göre, mahkemenin şerhe ilişkin kararının bir nevi ihtiyati tedbir hükmünde olduğunu düşündüğünden, kararın kesinleşmesine gerek bulunmamaktadır.²⁷⁶ Uygulamada tapu dairelerine bu konuda yol gösterici bir genelge yayınlanmış değildir. Ancak Türkiye'deki tüm tapu dairelerine, yapılacak işlemlerde yararlanmak üzere gönderilen Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü ve Bölge Müdürlüklerince yayımlanan eserlerde söz konusu hükmün ihtiyati tedbir gibi uygulanması gerektiği bu yüzden kesinleşmesine gerek bulunmadığı bildirilmektedir.

²⁷³ GÜMÜŞ, s. 92.

²⁷⁴ "Kural olarak gayrimenkule mütealik davalar gayrimenkulun bulunduğu yer mahkemesinde açılır. Ancak; dava birden fazla gayrimenkule ait ise, gayrimenkullerden birinin bulunduğu yer mahkemesinde açılır." 1. HD. 03.03.1999 E 1999/1787, K 1999/1954 Yayımlanmamış Karar.

²⁷⁵ GÜMÜŞ, s. 92.

²⁷⁶ YEŞİL, s. 51.

4- Medeni Kanunun 199/III Maddesine Dayalı Şerh İle Medeni Kanunun 1010/I b.1 Maddesine Dayalı Şerhin Yarışabilirliği Meselesi

TMK m. 1010/I b.1'e göre, çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararları tapu kütüğüne şerh verilebilir. Söz konusu madde, Eski Medeni Kanununun 920. maddesinin sadeleştirilerek benimsenen karşılığıdır.²⁷⁷ TEKİNAY'a göre, kanunda beyan edilen çekişmeli (münazaalı) haklar deyiminden aynı haklar anlaşılmalıdır. Çünkü, aynı hak iddialarından doğan çekişmeler (münazaalar) için TMK m. 1011. (EMK m.921/1) maddesinde ayrı bir hüküm zaten vardır. İşte bu nedenle Medeni Kanunun 1010 maddesinin 1. bendinde (EMK m.920 I b.1) yazılı çekişme (Münazaa) deyiminden aynı mahiyette olmayan bir hakka dayanan ve gayrimenkul sicil kaydının hükümsüz bırakılmasını hedef tutan bir iddianın sebebiyet verdiği çekişme anlaşılmalıdır. Yazara göre, Münazaalı bir talebin emniyet altına alınması için verilecek şerh kararları mahiyetleri itibariyle ihtiyati tedbirden sayılırlar.²⁷⁸

Söz konusu TMK 1010/I b.1 maddedeki şerh olanağı ile TMK m. 199/III'de belirtilen şerh olanağının yarışıp yarışamayacağı sorunu doktrinde tartışmalıdır.

Bu sorun sonuçları itibari ile çok önemlidir. Zira, Medeni Kanunun 1010/I b.1 maddesine dayalı şerh çekişmeli olan kişisel hakkın sonraki hak sahiplerine karşı etkili olmasını sağlarken, bu koruma TMK m. 199/III'deki tapu kütüğünün kilitlemesi sonucu doğuran şerhten farklı olarak, cebri icra takiplerine karşı da koruma sağlayacaktır.²⁷⁹

İsviçre öğretisindeki hakim görüş TMK m. 1010/I b.1'in, TMK m. 199 önlemini uygulanabilir kılan aile hukuku talepleri bakımından uygulama bulmayacağını belirtmektedir. Çünkü, TMK m. 1010/I b. 1'e dayalı tasarruf kısıtlaması şerhi sadece belirli bir taşınmazla ilgili Borçlar Hukukuna ilişkin kişisel taleplerin korunmasına hizmet eder ve aile hukuku talepleri için uygulama bulmaz. Öte yandan söz konusu aile hukukuna ilişkin borçlandırıcı

²⁷⁷ EMK m. 920/I b.1 "Münazaalı hakların muhafazası veya icrai iddia zımında müttehaz resmi kararlar"

²⁷⁸ TEKİNAY;AKMAN; BURCUOĞLU;ALTOP, s. 390.

²⁷⁹ GÜMÜŞ, s. 99.

talepler, çekişmeli olsalar bile somut olarak belirli bir taşınmaza ilişkin tapu kütüğü üzerinde bir kaydın yapılmasına yönelik olmamalarından dolayı da, TMK m. 1010/I b. 1 maddesini uygulanabilir kılamazlar.²⁸⁰

TMK m.1010/I b. 1 maddesindeki şerhin etkisinin, tapu kütüğünün kilitlenmesine göre taşıdığı farklılık şu şekilde özetlenebilir. TMK m. 1010/I b.1, şerh sonrasında taşınmaz üzerinde gerçekleşecek hak iktisaplarını engellemez. Bilakis, şerh sonrası hak iktisapları geçerlidir. Ancak, taşınmaz üzerinde sonradan iktisap edilen haklar, şerhten yararlanan hak sahibine karşı ileri sürülemez.²⁸¹ (TMK m. 1010/II) Oysa, TMK m. 199/III maddesinde olduğu gibi tapuda yapılacak tüm tasarrufların geçerli olması diğer eşin rızasına bağlanarak doğrudan doğruya bundan sonrası için taşınmaz üzerinde diğer eşin iznine dayanmayan hak iktisaplarını önlemektir.

5- Şerhin Üçüncü Kişilere Etkisi

a-) Taşınır Malvarlığı Değerleri Üzerinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının İyiniyetli Üçüncü Kişiler Üzerindeki Etkisi

Tasarruf yetkisi sınırlanan eşin, üzerinde tasarruf yetkisi sınırlanan taşınır malvarlığı değeri ile ilgili yaptığı hukuksal işlemlerde iyiniyetli üçüncü kişinin söz konusu iyiniyetinin korumayacağına ilişkin mevzuatımızda bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Medeni Kanunun 199/II. maddesindeki önlemler alınarak (örneğin taşınır mal bir yedi emine teslim edilerek veya malı kazanacak kimseye taahhüt işlemi yapıldığında bir ihtarat yapılarak) bunun önüne geçilebilir.

Medeni Kanunun 988. maddesine göre, “Bir taşınırın emin sıfatıyla zilyedinden o şey üzerinde iyiniyetle mülkiyet veya sınırlı ayni hak edinen kimsenin edinimi, zilyedin bu tür tasarruflarda bulunma yetkisi olmasa bile korunur.” Öğretide hakim olan düşünce, bu maddenin tasarruf yetkisi sınırlanan eşten taşınır mal veya alacak hakkı elde eden kişiler açısından da geçerli olacaktır.

KILIÇOĞLU'na göre, bir hukuksal işlemin diğer eşin rızasına bağlandığından haberdar olmayan üçüncü kişiler iyiniyetin korunmasına ilişkin hükümlerden yararlanmaya devam ederler. Yazara göre, TMK m.

²⁸⁰ GÜMÜŞ, s. 100.

²⁸¹ GÜMÜŞ, s. 100.

199/II'deki gerekli diğer önlemler alınmamış ya da üçüncü kişiler bu önlemden iyiniyetle haberdar olmamış iseler işlemi yapacak üçüncü kişi korunacak, yapılan hukuksal işlem geçerli olacaktır.²⁸²

Burada belirtilmesi gereken bir husus da üçüncü kişinin değil de tasarruf yetkisi sınırlanan eşle doğrudan hukuksal işlem yapan işlem tarafının durumudur. GÜMÜŞ'e göre işlem tarafının iyiniyeti, üçüncü kişinin iyiniyeti gibi korunmalıdır.²⁸³

Medeni Kanununun 988. maddesine göre, üzerinde tasarruf yetkisi kısıtlı malvarlığı değerinin iktisap edilebilmesi için malın devralındığı kişinin taşınırın emin sıfatıyla zilyedi olması gerekir. Her ne kadar İsviçre öğretisinde ve uygulamasında bu durumda İMK m. 933 / TMK m. 988'in kıyas yoluyla işlem tarafı lehine de uygulanabilirliği ileri sürülse de, GÜMÜŞ 'e göre, Medeni Kanunun iyiniyete ilişkin 3'üncü maddesinin uygulama alanı yorum veya kıyas yoluyla genişletilemez. Yazara göre, TMK m. 988, işlem tarafı olan üçüncü kişi için de uygulama bulacaktır ancak farklı bir teorik temellendirme ile: Bilindiği gibi TMK m. 199/II, tasarruf yetkisi sınırlandırılmasına bağlı olarak hakimin bu konuda gerekli olan diğer önlemleri de alacağını belirtmektedir. Bu fıkranın amacı, temelde üzerinde tasarruf yetkisi sınırlandırılmış malvarlığı değeri üzerinde iyiniyetli üçüncü kişilerin hak iktisabı olanağını ortadan kaldırmaktır. Bu anlamda bir taşınır söz konusu olduğunda hakim taşınırın korunması için mahkeme kasasına, bankaya veya bir üçüncü kişiye tevdi kararı verebilir.²⁸⁴ Yazara göre, Bu hüküm karşısında, TMK m. 199/II'ye göre, hakimin söz konusu gerekli önlemleri almaması halinde, tasarruf yetkisi sınırlanan eşin zilyetliğindeki eşyaya, artık bir başka kişi gibi, bir alter ego olarak emin sıfatıyla zilyetliği söz konusudur. Bu durumda artık, taşınırın maliki eş ile işlem yapan tarafın TMK m. 988'in doğrudan uygulaması ile korunacaktır.²⁸⁵

TEKİNAY' a göre, bir kimsenin zilyetliği malikin rızasına dayanıyorsa, o kimse "emin sıfatıyla zilyet" kabul olur. Her biri bir öncekinin rızası ile, diğer

²⁸² KILIÇOĞLU, s. 66.

²⁸³ GÜMÜŞ, s. 93.

²⁸⁴ GÜMÜŞ'e göre, maddenin lafzının desteklediği üzere bu kararı hakim vermek zorundadır. Zaten yazar, söz konusu görüşünü bu zorunluluk üzerinde temellendirmektedir. GÜMÜŞ, s. 95.

²⁸⁵ GÜMÜŞ s.95

bir söyleyişle rızalar zincirinde bir kopukluk olmadan zilyed olan kimselerden sonuncusunu, yine emin sıfatıyla zilyed addedilmek gerekir.²⁸⁶

Eş, taşınır malın sahibi ve zilyedi iken, sadece mahkemenin TMK m. 199/II'ye göre taşınırı gerekli önlemleri almak anlamında, birisine teslim etmesi gerekirken, etmemiş olması nedeniyle nasıl emin sıfatı ile zilyet haline gelmektedir? Ayrıca, Yazar, İsviçre Öğretisinde hakim olan, TMK'nun 988. maddesinin yorum ve kıyas yoluyla işlem tarafı üçüncü kişi içinde uygulanabileceğine ilişkin görüşü, bir taraftan iyiniyet kurumunun yorum ve kıyas yoluyla genişletilemeyeceğinden söz ederek eleştirirken diğer taraftan, kendisinin malik eşi, üçüncü kişinin iyiniyetinin korunması açısından, zilyetlik devri bile söz konusu değilken, emin sıfatıyla zilyet sayması ve bu şekilde yorum yapması çelişkidir.

Yazar, malik eşin emin sıfatıyla zilyet sayılmasına ilişkin görüşünü, hakimin, TMK m. 199/II'de sözü geçen gerekli önlemleri alacağına belirtilmesi üzerinde temellendirmektedir. Yazara göre hakim taşınırı zilyetten (malik eşten) alarak başkasına vermediği için taşınır maliki eş, emin sıfatıyla zilyet haline dönüşmektedir. GÜMÜŞ'e göre, bu madde açısından, hakim, taşınırı başkasına tevdi etmeye mecburdur. Oysa ki, hakim, ancak gerekli ise önlem alacaktır ve söz konusu önlem sadece taşınırı üçüncü kişiye tevdi etmek değildir. Hakimin bunun dışında da bir önlem alması mümkündür. Zaten söz konusu maddede üçüncü kişiye tevdi hakkında hiçbir şey belirtilmemektedir. Kanun koyucu böyle somut ve zorunlu bir önlem alınmasını öngörmek istemiş olsaydı taşınmazlara ilişkin III. fıkradaki gibi alınması gereken somut önlemi açıkça gösterirdi.²⁸⁷ Oysa ki, yasal düzenleme bu şekilde olmayıp; TMK'nun 199/II maddesine göre, hakim somut olayın gerektirdiği her türlü hukuksal önlemi alabilecektir. Üçüncü kişinin iyiniyetini bertaraf etmenin tek yolu taşınırı malikin elinden almak değildir. Bu karar, kişinin Anayasal mülkiyet hakkına²⁸⁸ zarar verebileceğinden en son düşünülmesi gereken bir çözüm yolu olmalıdır.

²⁸⁶ TEKİNAY;AKMAN;BURCUOĞLU;ALTOP, s. 166.

²⁸⁷ TMK m. 199/II "Hakim, eşlerden birinin taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisini kaldırırca, re'sen durumun tapu kütüğüne şerhedilmesine karar verir."

²⁸⁸ Anayasanın Mülkiyet Hakkı başlığı taşıyan 35. maddesine göre "Herkes, mülkiyet ve miras hakkına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

Mahkemece öncelikle başka yollarla üçüncü kişinin iyiniyetinin kaldırılması yolu denenmelidir. Tüm bunların aksi düşünülse dahi mahkeme taşınırı üçüncü bir kişiye tevdi etmedi diye (Tevdi etmesinin zorunlu olduğu düşünülerek) malik eşi emin sıfatıyla zilyet saymanın hiçbir hukuki dayanağı bulunmamaktadır.

Medeni Kanununun 990. maddesine göre, “Zilyet, iradesi dışında elinden çıkmış olsa bile, para ve hamile yazılı senetleri iyiniyetle edinmiş olan kimseye karşı taşınır davası açamaz.” Buna göre, tasarruf yetkisi sınırlanan eşin, söz konusu üzerinde tasarruf yetkisi kısıtlandığı para ve hamiline yazılı senetleri iradesi dışında dahi elinden çıkmış olması durumunda da üçüncü kişilerin iyiniyetleri korunacaktır.

Burada TMK m. 1023 anlamında aranacak olan iyiniyet kendisiyle işlem yapılacak olan üçüncü kişinin iyiniyetidir. Tasarruf yetkisi sınırlanan malik eşin iyiniyetli olup olmaması üçüncü kişinin iyiniyetinin korunup korunmamasını etkilemeyecektir.

b-) Taşınmaz Malvarlığı Değerleri Üzerinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının İyiniyetli Üçüncü Kişiler Üzerindeki Etkisi

Medeni Kanununun 1023. maddesine göre, “Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur.” denilmektedir. Türk Hukukunda şerhin en önemli işlevi üçüncü kişinin söz konusu bu iyiniyetini ortadan kaldırmaktır.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, İMK m. 178 ile TMK m. 199’un ilk iki fıkrası arasında hiçbir fark bulunmamaktaydı. Ancak, her iki maddenin üçüncü fıkraları arasında bir fark bulunmaktadır. TMK 199/III, İMK m. 178/III’den farklı olarak eşlerden biri için bir taşınmaza ilişkin getirilen tasarruf sınırlamasının, hakim tarafından kendiliğinden şerhinin sağlanması öngörülürken; İMK m. 178/III’de, hakimin görevi, sınırlamanın beyanlar hanesinde açıklanmasını sağlamaktır. Bugün için İsviçre Hukukundaki hakim görüş şu şekilde belirtilebilir. Hakim tarafından yaptırılan beyan, taşınmazlar için tasarruf yetkisi sınırlamasına ilişkin bir ek önlem niteliğinde olup; ilgili beyan tapu kütüğüne işlenmedikçe / yapılmadıkça, tasarruf yetkisi sınırlanan

eşle işlem yapan üçüncü kişi, İMK m. 973 / TMK m. 1023 uyarınca iyiniyetle taşınmaz üzerindeki hakkı iktisap eder.²⁸⁹

BREAM/HASENBÖHLER'e göre, tapu kütüğündeki beyan, malik eşin taşınmaz üzerindeki hukuksal işleme dayalı tasarruflarını engelleyecektir. Borçlu eşin, sözleşme tarafı, tapu kütüğüne güvenmek zorundadır. Yazara göre, esas olan tapu kütüğündeki kayıttır. Tapu kütüğüne tasarruf sınırlaması beyan edilmemişse, ilgili eşin sözleşme tarafına karşı tasarruf yasağı geçersizdir; sözleşme tarafı, taşınmaz üzerindeki mülkiyet veya sınırlı aynı hakkı iktisap eder. Bir taşınmazın malikine tasarruf yasaklandığında, tasarruf yasağı tapu kütüğüne beyan edilmemiş ve malik taşınmazı devretmişse, müktesibin iyiniyeti korunacaktır.²⁹⁰

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, İsviçre Hukukunda malik eşin tasarruf yetkisi sınırlaması tapu dairesine bildirilmeden önce malik eşle sözleşme yapan iyiniyetli üçüncü kişilerin iyiniyetleri korunmaktadır.

KILIÇOĞLU'na göre, bir eşin herhangi bir hukuksal işleminin diğer eşin rızasına bağlandığından haberi olmayan üçüncü kişiler Medeni Kanundaki iyiniyetin korunmasına ilişkin hükümlerden yararlanmaya devam ederler. Yazara göre, bu anlamda olmak üzere tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına ilişkin tapuda tedbir niteliğinde olmak üzere ya da esas kararla birlikte şerh işlemi yapılamamış ya da mahkeme tarafından TMK m. 199 f. II'deki gerekli diğer önlemler alınmamış ya da üçüncü kişi bu önlemlerden iyiniyetle haberdar olmamışsa işlemi yapan üçüncü kişi korunacak ve yapılan söz konusu hukuksal işlem geçerli olacaktır.²⁹¹

REİSOĞLU'na göre, Hakimin 199. maddeye göre, aldığı tasarruf yetkisi sınırlaması kararından haberdar olamayan üçüncü kişilerin iyiniyetleri korunacaktır. Ancak, yazara göre, bankaların iyiniyet tartışmalarını engellemeleri açısından; eşlerden birinin bankaya ipotek vermesi, kefil olması gibi tüm hallerde diğer eşin yazılı rızasının alınması gerekecektir. Yazara göre, tasarruf yetkisine ilişkin kısıtlama, kanundan doğan bir kısıtlama değildir. Taşınmaz mülkiyetinin Kanundan doğan kısıtlamaları Medeni Kanununun 731 - 756 maddelerinde yer almaktadır. "Genel olarak" başlıklı

²⁸⁹ GÜMÜŞ, s. 93.

²⁹⁰ BREAM;HASENBÖHLER, s. 690; GÜMÜŞ, s. 93.

²⁹¹ KILIÇOĞLU, s. 67.

731/l. maddeye göre "Taşınmaz mülkiyetinin Kanundan doğan kısıtlamaları Tapu Kütüğü'ne tescil edilmeksizin etkili olur". Kanundan doğan kısıtlamaların en tipik örneği MK 732. maddedeki paylı (müşterek) mülkiyette önalım (şufa) hakkıdır.²⁹²

ŞİPKA, tapuda şerh olmasa dahi aile konutuna ilişkin olarak iyiniyetli üçüncü kişilerin kazanımlarının korunmaması gerektiğini düşünmektedir. Yazara göre, TMK'nun 194. maddesi bu şekilde yorumlanmayacaksa TMK 199. maddesi varken böyle bir maddeye hiç gerek yoktur. Onun kanısına göre, TMK m. 194 ile getirilen korumanın etkili ve seri uygulanabilir olması, bunun kanundan doğan bir sınırlama olduğu ve bu nedenle herkesçe bilinmesi gerektiği için, işlemin karşı tarafı olan üçüncü kişinin iyiniyetinin korunmayacağı kabul edilmelidir. Aksi bir düşünce, bizim hukuk uygulamamızda, ispat güçlüğü de dikkate alındığında, bu maddenin uygulanabilirliğine çok zarar verecektir. ŞİPKA'ya göre, zaten MK. 199. madde ile bu yönde bir tasarruf yetkisi sınırlaması mümkün olduğundan o zaman ayrıca 194. madde böyle etkili ve çabuk uygulanmayacaksa, bu düzenlemeye hiç gerek yoktu.²⁹³

Yazar, görüldüğü üzere aile konutuna ilişkin düzenlemenin, varlık nedenini, TMK m. 199'dan farklı bir düzenleme getirmesinde bulmaktadır. Onun kanısına göre, TMK m. 194 anlamında tapuya şerh konmadığı halde iyiniyetli üçüncü kişinin iyiniyetinin korunmaması, söz konusu maddenin TMK m. 199'dan farkıdır. ŞİPKA aile konutunun azami güvenceli bir durumda olması için bu görüşü savunmaktadır. Yazarın bu söylemi karşısında TMK m. 199'un tapuya şerh edilmediği sürece üçüncü kişilerin kazanımının korunacağını düşündüğü açıktır. ŞİPKA, TMK m. 194'e bağlı olarak sadece aile konutuna ilişkin şerh olmadığında üçüncü kişinin kazanımının korunmayacağını düşünmektedir. Oysa ki TMK m. 194 şerh söz konusu olmadığı hallerde üçüncü kişinin kazanımının korunup korunmayacağı konusunda TMK m. 199'dan farklı bir düzenleme getirmemektedir. Yazarın şerh olmadığı halde üçüncü kişinin iyiniyetinin korunmayacağı hususunu TMK m. 194'e ilişkin olarak kabul ederken TMK'nun 199. maddesi açısından

²⁹² REİSOĞLU, s. 70.

²⁹³ ŞİPKA, s. 150.

kabul etmemesinin yasal bir dayanağı bulunmamaktadır. Aksi düşüncede taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanmış olduğu hallerde, kayıta şerh bulunmaması halinde üçüncü kişinin iyiniyeti, konut aile konutu ise korunmayacak ailenin başka bir taşınmazı ise iyiniyet korunacaktır. Her iki halde de malik eşin diğer eşin rızasını almaksızın tasarruf yapamayacağına göre ve iki hale ilişkin olarak da iyiniyetli üçüncü kişinin söz konusu iyiniyetinin korunmayacağına ilişkin bir düzenleme olmadığına göre, neden birinci durumda iyiniyet korunmayacaktır da ikinci durumda iyiniyet korunacaktır.

Yazar, aile konutunun aile için öneminden dolayı maddenin bu şekilde anlaşılması gerektiğini düşünmektedir. ŞİPKA'ya göre, "Diğer eşin ve ailenin barınma hakkına yönelik olarak tanınan bu birlikte karar verme hakkı, ailenin ve diğer eşin zorunlu ve üstün bir menfaati dolayısıyla, üçüncü kişinin iyiniyetinin önüne geçebilmelidir."²⁹⁴ Görüleceği üzere yazarın aile konutunun, ailenin diğer taşınmazlarından daha fazla korunmasını gerekli görmesinin nedeni, aile konutunun aile yaşamındaki önemidir. Ancak kimi durumlarda ailenin sahip olduğu diğer bir taşınmaz aile açısından aile konutundan daha fazla önemli olabilir. Örneğin aile kiralık bir dairede oturuyorsa ve ailenin sahip olduğu başka tek bir taşınmaz var ise bu durumda söz konusu diğer taşınmazın korunması aile açısından, aile konutunun korunmasından daha önemli olabilecektir. Ayrıca aile konutunun aile yaşamında, ailenin sahip olduğu diğer taşınmazlardan daha önemli olması, taşınmazı üçüncü kişinin iyiniyetle kazanmasını engellemeye yeterli bir hukuksal gerekçe olamaz.

Yazar, aile konutuna ilişkin TMK m. 194'de eğer üçüncü kişinin kazanımı korunacaksa bu maddeye ne gerek vardı diyerek TMK m. 194'ün TMK m. 199 varken gereksiz bir madde olacağını ileri sürmektedir. Oysa ki, aile konutuna ilişkin TMK m. 194, TMK m. 199'a kıyasla, üçüncü kişinin iyiniyeti konusu haricinde de, önemli korumalar sağlamaktadır. Söz konusu madde (TMK m. 194) sadece sahip olunan taşınmazları değil; kiralık aile konutunu da korumaktadır. TMK m. 199 ise böyle bir koruma sağlamaktan uzaktır. Bu nedenle TMK m. 194'ün sadece üçüncü kişinin iyiniyetle kazanımının

²⁹⁴ ŞİPKA, s. 150.

korunması açısından TMK m. 199 ile paralel olması veya böyle anlaşılması karşısında, o zaman bu maddeye (TMK m.199) gerek olmayacağını düşünmek doğru değildir. Çünkü, TMK m. 194'ün aile konutuna sağlayacağı güvence ve koruma TMK m. 199'un sağlayacağı güvence ve korumadan çok daha fazladır.

GÜMÜŞ' e göre, önlem kararından sonra ve şerhten önce önlem konusu taşınmaza ait, tapu kütüğü sayfasına borçlandırıcı işlemin tarafı üçüncü kişi adına, korunan eşin izni alınmaksızın yapılacak tescil, mutlak anlamda, yolsuz bir tescil olup; gerek izin vermeyen eş, gerekse hak sahibi tescil talebinde bulunan eş tarafından adına yolsuz tescil yapılan işlem lehdarı üçüncü kişiye karşı açılacak tapu kaydının düzeltilmesi davası ile (TMK m. 1025/I) mevcut yolsuz tescilin düzeltilmesi sağlanabilecektir. Buna karşılık yazara göre, iktisabı korunacak olan kişi, sınırlama konusu taşınmaza ait tapu kütüğü sayfasındaki sözleşme tarafına ilişkin yolsuz kayda iyiniyetle güvenerek aynı hak kazanan kişidir. (TMK m. 1023 ve TMK m. 1025/II) Ancak GÜMÜŞ'e göre, aile konutuna ilişkin TMK m. 194 hükmünden farklı olarak TMK m. 199 uygulamasında, hakim tasarruf yetkisini sınırlar sınırlamaz re'sen ve derhal durumun tapu kütüğüne şerhine karar vererek tapu kütüğünü kilitleyici şerhi sağlayacağından, işlem tarafı olmayan iyiniyetli üçüncü kişiler için sağlanan iyiniyete bağlı hak iktisabı olanağı "taşınmazlar için" neredeyse kaldırılmış olmaktadır. Ona göre, kanun koyucu diğer eşin korunması gereken yüksek menfaatlerine değer vererek, üçüncü kişilerin iyiniyetle iktisap olanağını en azından süre yönünden kısıtlamıştır.²⁹⁵ Görüldüğü üzere GÜMÜŞ'ün bu düşüncesinin temelinde doğrudan işlem tarafı olan kişiyi yastada sözü geçen iyiniyetli üçüncü kişi olarak saymaması yatmaktadır. Yazara göre, hakimin önlem kararı tarihi ile tapu kütüğüne şerhin yapıldığı tarih arasındaki dönemde, malik eşin salt tasarruf yetkisi ortadan kalktığı için, yetkili eşin izni olmaksızın malik olan eşle işlem yapan üçüncü kişinin, malik olan eşin tasarruf yetkisi var olmaması yüzünden hiçbir şekilde aynı hak iktisabında bulunması söz konusu olamaz. Onun kanısına göre, işlem tarafı üçüncü kişinin, belirli bir taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlanmış olan eşin tasarruf yetkisi yokluğuna ilişkin mazur görülebilir

²⁹⁵ GÜMÜŞ, s. 97.

bilgisizliği hak sahibi eşteki tasarruf yetkisi eksikliğini ortadan kaldırmayacaktır.²⁹⁶

İsviçre Hukukunda eşin tasarruf yetkisi sınırlandığı durumlarda tapu kütüğünün kilitlemesi prensibi benimsendiğinden bir kısım yazarlara göre, kilitleme olgusu, tapu memuruna yapılan bildirimden itibaren sonuçlarını doğurmaya başlayacağından, mahkemece verilen yargısal tasarruf sınırlamasının ihlalinde (yani kilitlemeye rağmen işlem yapılması halinde), talebe bağlı adına tescil / kayıt yapılan müktesip, iyiniyetine dayanamaz. Onlara göre, İsviçre Hukukunda beyana bağlı olan bu sonuç, sonraki müktesiplerin iyiniyetlerinin bertaraf edilmesi içinde geçerlidir. Ancak GÜMÜŞ'e göre, burada üçüncü kişilerin iktisaplarının geçersizliğinin nedeni farklıdır. Yazara göre, tapu memuru, korunan eşin izni olmadıkça, tasarruf yetkisi sınırlaması konusu taşınmaza ilişkin istemleri reddetmek zorundadır. Ancak, ona göre, buna rağmen tapu memurunca, tapu kütüğüne bir tescil yapılacak olursa, söz konusu tescil, teknik anlamda tescil, (şeklen dahi hukuksal sonuç doğuran bir yolsuz tescil) dahi sayılamaz. Dolayısıyla GÜMÜŞ'e göre, kilitlenmiş bir tapu kütüğünde, korunan eşin izni olmadan malik eş ile işlem yapan kişi adına yapılan tescile dayanarak üçüncü kişilerle gerçekleştirilecek aynı hak iktisapları, İsviçreli bir kısım yazarların ileri sürdüğü gibi İMK m. 973 / TMK m. 1023 anlamında bu kişilerin iyiniyetleri ortadan kalktığı için değil, üçüncü kişilerin dayandıkları kilitleme sonrası yapılan tesciller (yolsuz dahi olsalar), hukuken (şeklen dahi) artık bir tescil niteliğinde olmayacakları için geçersiz olacaktır.²⁹⁷

6- Şerh Kaydının Terkini

Medeni Kanunda tasarruf yetkisine getirilen sınırlandırmanın süresiyle ilgili olarak bir hüküm bulunmamaktadır. Yasada böyle bir hüküm bulunmamasına rağmen, hükmün konuluş amacından hareketle sınırlandırmanın belirli bir süreyle sınırlı olması gerekir.²⁹⁸ KILIÇOĞLU'na göre, TMK m. 199, bir tedbir hükmünün amacını aşacak bir şekilde anlaşılmalı ve uygulanmamalıdır.²⁹⁹ Bu durumun bir sonucu olarak ise

²⁹⁶ GÜMÜŞ, s. 97.

²⁹⁷ GÜMÜŞ, s. 98.

²⁹⁸ KILIÇOĞLU, s. 66.

²⁹⁹ KILIÇOĞLU, s. 66.

mahkeme tarafından tasarruf yetkisinin sınırlanmasına ilişkin verilen kararın hangi malvarlığı değerine ilişkin olduğu ve hangi süreye ilişkin olduğu belirtilmelidir.

Medeni Kanununun 200. maddesine göre, “Koşullar değiştiğinde hakim, eşlerden birinin istemi üzerine kararında gerekli değişikliği yapar veya sebebi sona ermişse alınan önlemi kaldırır.” Bu durum önlem hükmünün geçici olmasının doğal sonucudur. Önlem hükmünün durumun gerekli kıldığı ölçüde alınması gerektiğinden bu madde de söz konusu önlemin yeni durumlara uyarlanabilmesi imkanı getirilmiştir. Önlem alınmasını gerektiren şartlar değiştiği ya da son bulunduğu halde alınan önlem de değişecek veya son bulacaktır. Ancak bu durum hakim kararıyla sağlanacaktır.

Tasarruf yetkisi sınırlanan malik eşin yeterli miktar teminat göstermesi halinde, sınırlama kararı veren mahkeme, bu durumu değerlendirerek, söz konusu teminat, koruma önleminin amacına ulaşmasını temin ediyorsa tasarruf yetkisi sınırlamasının kapsamı değiştirebilir veya sınırlamayı tamamen kaldırabilir.

Korunan eşin bir mahkeme kararı olmaksızın tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına ilişkin sonuçlardan vazgeçmesi mümkün değildir. Her ne kadar Medeni Kanununun 1014. maddesine göre, “Bir tescilin terkin edilmesi veya değiştirilmesi, ancak bu kaydın kendilerine hak sağladığı kimselerin yazılı beyanı üzerine yapılabilir.” ise de, TMK m. 199'a göre konulmuş olan şerhin aynı usulle kaldırılması gerekir. OĞUZMAN/SELİÇİ'ye göre, Yolsuz olarak şerh verilen tasarruf kısıtlamaları ve geçici tescilin şerhinde, bu şerhlerin yapılmasına yol açan ilişkinin bünyesi içinde düzeltme imkanı bulunur.³⁰⁰ Hakim tarafından önlemin kaldırılmasına ilişkin kararla birlikte şerh, gerek maddi gerekse şekli değerini kaybeder. Ancak GÜMÜŞ'e göre, işlemde birlik kuralı gereğince, önlemin kaldırılmasına karar veren hakim, şerhin terkinini tapu memurundan talep etmek zorundadır. Ancak hakimin ilgili tapu sicil müdürlüğüne bildirimde bulunmadığı hallerde, şerh gerek madden gerekse şeklen hukuksal değerini kaybetmiş olsa bile tasarruf yetkisi sınırlanmış olan eş önlemi kaldırma kararına dayanarak şerhin terkinini

³⁰⁰ OĞUZMAN;SELİÇİ, s. 215.

talebinde bulunamaz.³⁰¹ Böyle bir durumda eşlerden herhangi birisi mahkemeye başvurarak, tapu dairesine kaydın silinmesi için gerekli yazının (müzekkerenin) yazılmasını isteyebilecektir.

Evlilik birliğini korumaya yetkili olan mahkemenin koruma isteyen eşin TMK m. 199'a dayalı özel talebi olmaksızın bir tasarruf yetkisi sınırlaması kararı verip tapu kütüğüne şerhi sağlamışsa, şerh hukuken hiçbir değer taşımayacağından taşınmaz maliki eş, terkinin TMK m. 1026'ya göre talep edebilecektir.³⁰²

GÜMÜŞ'e göre, tapu kütüğüne kayıtlı şerh, yolsuz olarak (örneğin mahkeme kararı olmaksızın) terkin edildiği takdirde, yolsuz olarak terkin edilen şerhin etkisi devam edecektir. Ancak onun kanısına göre, bu durumda korunan eşi kişisel hakların şerhinin yolsuz terkininde olduğu gibi tapu kütüğünün düzeltilmesi davası açmak zorunda bırakmaksızın, önlem kararı almaya yetkili mahkemeyi, yolsuz olarak terkin olunan sınırlama önleminin yeniden tapuya şerhini istemeye harekete geçirtmek suretiyle şerhi yeniden sağlama olanağı tanınmalıdır.³⁰³

Burada tespit edilmesi gereken bir durum da şerhin yolsuz olarak terkin edildiği hallerde, tasarruf yetkisi kısıtlanan eşin yapacağı işlemlerde üçüncü şahsın durumudur. GÜMÜŞ'e göre, bu durumda işlem tarafının iyiniyetli olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Yazara göre, TMK m. 1023 işlem tarafının iyiniyetini korumayacaktır. İşlem tarafının malik eşteki tasarruf yetkisi eksikliğini bilmesede dahi, mazur görülebilir bu bilgisizlik TMK m. 1023'e göre hak iktisabını sağlamayacaktır. Ancak yazara göre, işlem tarafı kişi adına yolsuz tescil yapıldıktan sonra, kendisine ait yolsuz tescile iyiniyete dayanarak aynı hak iktisabında bulunan üçüncü kişinin iktisabı korunmalıdır.³⁰⁴

³⁰¹ GÜMÜŞ, s. 98.

³⁰² GÜMÜŞ, s. 98.

³⁰³ GÜMÜŞ, s. 99.

³⁰⁴ GÜMÜŞ, s. 99.

III.BÖLÜM

Pay Devri ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası ve Hukuksal İşlemin Geçerliliğini Etkilemeyen Rıza

I- Paylı Mülkiyete Konu Olan Malda Payın Devri İle İlgili Hukuksal İşlemlerde Diğer Eşin Rızası

A-Genel Olarak

Medeni Kanunun 688. maddesinde, paydaşların her birinin kendi payı üzerinde, malik hak ve yükümlülüklerine sahip olduğu belirtilmiştir. Buna göre paydaş, nasıl ki, ferdi mülkiyette payı üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabiliyorsa, aynı şekilde isterse payını devredebilecek ya da rehnedebilecektir. Ancak Medeni Kanunun 223. maddesinde bu kuralın bir istisnası yer almıştır. Bu durum TMK 223. maddesinin gerekçesinde, "TMK 223. madde ile paylı mülkiyette paydaşların her birinin kendi payı üzerinde serbestçe tasarruf kuralından (TMK m. 688) sapma söz konusudur" denilerek belirtilmiştir.

TMK'nun 223. maddesi edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin olarak öngörülmüştür.

Medeni Yasamız, yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejimini benimsemiştir. Edinilmiş mallar ile eşlerden her birinin kişisel malları, yasal mal rejimine dahil olan mallardır. Eşlerden her birinin evlilik birliğinin devamı süresince her iki grup mal üzerinde de mülkiyet hakkına sahip olduğundan, bu mallar üzerinde yönetim, yararlanma ve tasarrufta bulunma hakları vardır.

Medeni Kanunun 222. maddesinin II. fıkrasına göre, bir malın eşlerden birinin mülkiyetinde olduğu iddia edilir ve fakat bu husus ispatlanamazsa, bu malın eşlerin paylı mülkiyetinde olduğu kabul edilecektir. Burada getirilen karine kesin değildir. Diğer eş bu karineyi çürüterek, çekişme konusu olan malın paylı mal değil, kendi mülkiyetinde olduğunu ispatlayabilecektir.

Aynı şekilde, maddenin üçüncü fıkrasında da, bir eşin tüm mallarının aksi kanıtlanıncaya kadar edinilmiş mal sayılması yönünde bir karine getirilmiştir. Bu durumda eş bu malın edinilmiş mal değil kişisel mal olduğunu

ileri sürerse, bunu bizzat ispatla yükümlüdür. Bunu ispat edemediği takdirde ise söz konusu mal eşlerin edinilmiş malı sayılacaktır.³⁰⁵

Eşler, evlilik birliğinin devamı süresince ortaklaşa olarak mal edinebilirler. Bu mallar üzerinde de her iki eşin paylı mülkiyeti söz konusudur.

Medeni Kanunun 223/II maddesinde göre, eşlerden birisinin paylı mülkiyete konu olan bir maldaki payı üzerinde hukuki tasarruflarda bulunabilmesi, aksine bir anlaşma bulunmadıkça, diğer eşin rızası şartına bağlanmıştır. Tapu kütüğünde mal rejimi sözleşmesi belirtilmemişse ve eşler taşınmaza paylı olarak birlikte malik ise Medeni Kanunun edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin 223. maddesinde "Aksine anlaşma olmadıkça eşlerden biri, diğerinin rızası olmadan paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz." denildiğinden ve edinilmiş mallara katılma rejimi de yasal mal rejimi olduğundan (ki mal rejimi tercihi yapmayanlar bu mal rejimine tabidir.) talep esnasında eşlerin mal rejimlerinin tespit edilmesi ve tespit edilen mal rejimine göre işlem yapılması gerekir.³⁰⁶

Eşlerin, diğer mal rejimlerinden birini tercih ettikleri kesin olarak anlaşılmadığı sürece, eşlerden birinin paylı mülkiyete konu olan mal hakkında, payı üzerinde tasarrufta bulunabilmesi diğer eşin rızasına bağlı olacaktır.

Kanun koyucunun, eşlerin, paylı mülkiyet konusu olan taşınır veya taşınmaz mallarındaki paylarını üçüncü kişiye devretmeleri halinde diğer eşin rızasını aramasının bazı nedenleri vardır.

Öncelikle eşlerin birlikte ortak kazançlarıyla çoğu defa konuşarak ve beğenerek satın aldıkları paylı mülkiyet konusu olan bir malda, bir eşin payını diğerinin rızası olmadan üçüncü bir kişiye devretmesi ailenin huzur ve mutluluğuna zarar vereceği gibi, diğer eşin istemediği üçüncü bir kişiyle paydaş olması sonucu doğabilir.³⁰⁷

Medeni Kanunun 732. maddesine göre, paylı mülkiyette herhangi bir paydaşın kendi payını ister tamamen ister kısmen bir başkasına satması halinde, diğer paydaşların önalım haklarını kullanabilecekleri öngörülmüştür.

³⁰⁵ TMK'nun 222. maddesinin gerekçesi.

³⁰⁶ KARAŞAHİN, s. 304.

³⁰⁷ KILIÇOĞLU, s. 56.

Bu suretle, önalım hakkının, bir payın üçüncü kişiye tamamen veya kısmen satılması durumunda da kullanılabileceği vurgulanmıştır.³⁰⁸

Her paydaş için geçerli olan bu önalım hakkı, elbette eşler için de geçerli olacaktır. Ancak sözü geçen madde (TMK m.732) varken TMK'nun 223. maddesine ihtiyaç duyulmayacağı söylenemez. Bir defa TMK'nun 732. maddesindeki önalım hakkı sadece taşınmazlar içindir. Oysa ki, daha önce de bahsettiğimiz gibi, eşler arasındaki önalım hakkı hem taşınmaz hem de taşınır malları kapsamaktadır. Yeter ki söz konusu mal eşler arasındaki paylı mülkiyete konu olsun.

Medeni Kanununun 732. maddesinde öngörülen önalım hakkı, payın üçüncü kişiye satılması halinde söz konusu olacaktır. Payın satım dışındaki başka bir yolla (örneğin bağış yoluyla) üçüncü kişiye devredilmesi halinde ise önalım hakkı kullanılamayacaktır. TMK 223. maddesi, diğer eşin rızası olmadıkça pay üzerindeki her tür tasarrufu açıkça yasaklamaktadır.

Aile konutu üzerinde, eşler arasında paylı mülkiyet ilişkisi söz konusu ise, TMK 223. madde düzenlemesi karşısında artık TMK 194. maddedeki korumaya gerek kalmayacağı düşünülebilir. Oysa ki, TMK 223. maddesi, edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkindir. Bu nedenle, Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra edinilen mallarda uygulanacaktır. TMK 194. madde ise, evliliğin genel hükümleri içerisinde yer aldığından, (malın ne zaman edinildiğine bakılmaksızın) derhal uygulanabilir bir hüküm niteliğindedir. TMK 223/II hükmü, aksine bir anlaşma olmadıkça uygulanabilecek bir hükümdür. Buna karşılık TMK 194. madde ise, emredici bir hükümdür. Eşler, TMK 194. maddedeki düzenlemeyi ortadan kaldırıcı bir anlaşma yapamazlar. Bu nedenle TMK 223/II hükmünün tam olarak aile konutunu koruduğunu düşünmek mümkün değildir.³⁰⁹

Edinilmiş mallara katılma rejiminde, eşlerin paylı mülkiyet konusu malda payları üzerindeki tasarruf işlemleri diğer eşin rızası olmadan geçerli sayılmamıştır. (TMK m. 223/II) KILIÇOĞLU'na göre, bu özel hüküm varken, katılma rejiminde eşlerin, Medeni Kanununun 199. maddesi hükmüne başvurarak, eşler arasına paylı mülkiyet konusu malda, eşlerden birinin payı

³⁰⁸ TMK'nun 732. maddesinin gerekçesi.

³⁰⁹ KAMACI s.124

üzerindeki tasarruf işlemlerinin diğerinin rızasına bağlanmasını talep etmeleri mümkün değildir. Yazara göre, ancak Medeni Kanunun 223. maddesinin II. fıkrasında paylı mülkiyette bir eşin payını bir başkasına devretmesi diğerinin rızasına bağlı tutulduğu halde, bunun güvencesi olmak üzere, bu hususun tapu kütüğüne şerh edilmesine yönelik bir hüküm getirilmemiştir. Bu nedenle Medeni Kanunun 223/II'nin uygulanmasının gündeme geldiği hallerde TMK m. 199/II ve III hükümleri sadece hakim in bu konuda önlemler alması açısından gündeme gelebilir.³¹⁰

Yazar, TMK 223. maddesi uygulamasında tapuya şerh olanağı bulunmadığından ve bu yüzden yeterli koruma sağlanamadığından TMK 199. maddesinin güvence olarak uygulanabileceğini düşünmektedir. Oysa ki, Medeni Kanunun 223. maddesinin uygulanmasında, bir güvencesizlik durumu söz konusu değildir. Medeni Kanunun 223/II maddesine göre, edinilmiş mallara katılma rejiminde, “Aksine anlaşma olmadıkça, eşlerden biri diğerinin rızası olmadan paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz.” Bu hüküm, tapu dairelerini bağlamaktadır. Eşler arasında paylı mülkiyet ilişkisi söz konusu ise, bu durum zaten tapuda açıkça gözükeceğinden, tapu memurları diğer paydaş eşin rızası olmadıkça işlem yapamayacaklardır. Yazarın belirttiği gibi, her ne kadar Medeni Kanunun 223. maddesinde şerh imkanı söz konusu olmasa da, mal rejiminin ne olduğunun tapuya şerhi imkanı vardır. MK'nun 706. maddesinde, “Bir taşınmazın mülkiyetinde eşler arasındaki mal rejimi dolayısıyla meydana gelen değişiklikler eşlerden birisinin istemiyle tapu kütüğünde doğrudan tescil olunur.” denilerek bu imkan sağlanmıştır. Medeni Kanunun 205. maddesine uygun olarak noterde düzenlenmiş veya onaylanmış mal rejimi sözleşmesi eşlerden birisi tarafından tapu sicil dairesine sunularak sözleşmeye konu olan taşınmazın tapu kütüğündeki sayfasına belirtme yapılması istenmesi halinde, ilgili taşınmazların tapu kütük sayfalarının beyanlar hanesine mal rejimine ilişkin şerh yapılır. Zaten bu hüküm olmamış olsa bile, yasal mal rejimi edinilmiş mallara katılma rejimi olduğuna göre, tapu memurları, eşlerden birisinin (payı üzerinde tasarrufta bulunmak isteyen eş) başka bir mal rejimini benimsediklerini kanıtlamadığı sürece tasarruf işlemi yapmayacaklardır. Bu

³¹⁰ KILIÇOĞLU, s. 62.

nedenle yazarın, TMK 223/II maddesi uyarınca, eşler arasında paylı mülkiyet bulunması halinde, eşlerden birisinin payını devretmesinin diğerinin rızasına bağlı olduğu hallerde, bunun yeterli güvencesi olmadığından (tapuya şerh olanağı olmadığından) TMK 199 maddesinin uygulanabileceğini belirtmesi doğru değildir. Çünkü belirttiğimiz gibi, eşler arasında paylı mülkiyetin bulunması halinde, pay üzerinde tasarrufta bulunulmasını istemeyen diğer eşi korumak için gereken yasal düzenlemeler mevcuttur. TMK'nun 223/II maddesinin uygulanmasında TMK'nun 199. maddesinin boşluk doldurucu bir işlevi olmayacaktır.

Medeni Kanunun 223/II maddesi açısından TMK'nun 199. maddesinin boşluk doldurucu bir işlevi olmasa da, eşlerin diğer mal rejimlerinden birini seçmeleri halinde, TMK m.199 uygulama yeri bulacaktır. Çünkü, eşlerin bir mala paydaş olmaları durumunda pay devrinin yapılması ancak edinilmiş mallara katılma rejiminde diğer eşin rızasına bağlıdır. Mal ayrılığı rejimi açısından ise böyle bir hüküm söz konusu değildir. Bu durumda paydaş eşin, pay devretmek isteyen diğer eşe karşı, TMK'nun 199. maddesinden yararlanması mümkün olacaktır. Türk Medeni Kanunu'nda mal ayrılığı rejiminde, paydaş eşlerden birinin pay devrinin diğer eşin rızasına tabi olması konusunda özel bir hüküm bulunmamasına rağmen, rıza şartını eşlerden birisinin mahkeme kararıyla TMK m. 199'a göre tapuya şerh ettirmesi mümkün olacaktır. Ancak bu durumun, KILIÇOĞLU'nun belirttiği şekilde, TMK 199. maddesinin diğer hükümlerin eksik kaldığı yerde uygulanmasıyla ilgisi yoktur. Çünkü, mal ayrılığı rejimine ilişkin olarak paydaş eşlerden birinin pay devrine zaten bir kısıtlama getirilmiş değildir. Yasada bu konuda bir hüküm olmadığından TMK'nun 199. maddesi, başka bir hükmün boşluğunu doldurmayıp doğrudan uygulama bulmaktadır.

Paydaşlardan birinin payını satması durumunda diğer paydaşın yasal önalım hakkını kullanmasının yasal bir şekli vardır. Bu ise önalım hakkını kullanmak isteyen paydaşa zaman ve para kaybettirecektir. Oysa ki Medeni Kanunun 223. maddesinde, pay daha devredilmeden rıza arandığından işlem yapmayan eşin bir kaybı olmayacaktır.

KILIÇOĞLU'na göre, paylı mülkiyette bir eşin payını diğerinin rızası olmadan başkasına devretmesi yasağının önemli bir nedeni de, ev

eşyalarıyla ilgilidir. Ona göre, katılma rejiminde Medeni Kanunun 240. maddesi katılma alacağına mahsuben, aynı hak talep etme yetkisini getirmiştir. Ev eşyası paylı mülkiyet konusu ise, bir eşin payını, diğerinin rızası olmadan başkasına devretmesi, ölüm halinde sağ kalan eşin, bunlar üzerindeki aynı hakkını kullanmasını engellemiş olacaktır.³¹¹ Bu duruma benzer bir sakınca TMK 226. maddesi uygulamasından kaynaklanabilecektir.

TMK 226/II'ye göre, eşlerin paylı mülkiyetinde bulunan bir malın belli koşullar altında taksim edilmeden eşlerden birine verilmesi öngörülmüştür. Buna göre, daha üstün bir yarar sahibi olduğunu kanıtlayan ve diğer eşin payını ödeyen eş, taksimi önleyebilecek, paylı mülkün kendisine verilmesini sağlayabilecektir. Pay devrinde diğer eşin rızası şartı aranmayacak olursa bu maddenin uygulanırılığı tehlikeye düşebilecektir. KILIÇOĞLU'na göre, Eşlere paylı mülkiyet konusu maldaki payını diğerinin rızası olmadan devretme olanağı tanınacak olursa, rejimin tasfiyesi halinde, üstün hakkını kanıtlayan eşin diğer eşe ait payı satın alma hakkı engellenmiş olacaktır.³¹²

B-Yasal Şartları

Medeni Kanunun 223. maddesinin uygulanabilmesi için bazı şartların varlığı gerekir.

Öncelikle eşlerin paylı mülkiyete konu olan malları bulunmalıdır. Burada paylı mülkiyete konu olan malın taşınır veya taşınmaz olmasının bir önemi yoktur. Medeni Kanun bu konuda bir ayırım yapmadığından taşınır mallar da TMK 223. maddesi kapsamında değerlendirilecektir.

KILIÇOĞLU'na göre, yasada mal sözcüğü kullanılsa da, buraya paylı mülkiyet konusu hakların da girdiğini kabul etmek gerektir. Örneğin: İki eşin bir fikir veya sanat eseri üzerinde birlikte mülkiyet hakları (5846 sayılı FSEK m. 9) olabilir.³¹³

Maddenin getirilme amacı ve gerekçesine bakıldığında burada sadece eşlerin üzerinde paylı mülkiyete sahip olduğu malların esas alındığı, üçüncü kişilerin de pay sahibi olduğu hallerde bir eşin payını devredebilmesinin diğerinin rızasına bağlı tutulmasının haklı olmadığı sonucuna varılabilir.

³¹¹ KILIÇOĞLU, s. 56.

³¹² KILIÇOĞLU, s. 56.

³¹³ KILIÇOĞLU, s. 57.

KILIÇOĞLU'na göre, maddenin sözünden böyle bir sonuç çıkarmak doğru değildir. Maddede eşlerden birinin üzerinde paylı mülkiyet söz konusu olan maldaki payı üzerinde tasarruf etmesinin diğerinin rızasına bağlı olduğu belirtilmiştir. Buna göre mal veya hak üzerinde üçüncü kişiler de paydaş olsalar bile eşlerden birinin payını devretmesi diğer eşin rızasına bağlı olacaktır. Burada, sadece eşlerden birinin kendisine ait payı devretmesinde söz konusu rıza koşulu aranacak, buna karşılık paydaş olan üçüncü kişilerin paylarını devretmesi eşlerin rızasına bağlı tutulmayacaktır.³¹⁴

YEŞİL'e göre, diğer eşin rızası, sadece eşlerin birlikte paylı mülkiyet şeklinde tasarruf ettikleri taşınmazlar için söz konusu olacaktır. Ona göre, gerek konu ile ilgili yasa metninden (TMK 223/II), gerekse ilgili maddenin yer aldığı mal rejimine ilişkin hükümlerden bu anlaşılmalıdır. Yazar eşlerin, üçüncü kişilerle birlikte paylı olarak malik oldukları taşınmazlardaki paylarına ilişkin tasarrufunda böyle bir rızaya ihtiyaç olmadığını düşünmektedir.³¹⁵

Aile konutu üzerindeki hukuksal işlemlerde diğer eşin rızası konusunu incelerken diğer eşin rızasının hangi aşamada (tasarruf işlemi aşaması, taahhüt işlemi aşaması) aranacağına doktrinde yoğun olarak tartışıldığını, uygulamada da halen bir birlik olmadığını belirtmiştik. Bu durum Medeni Kanununun 194. maddesinin bu konuda açıklık getirmemesinden kaynaklanmaktaydı. Oysa ki, Medeni Kanununun 223/II maddesinde "Aksine anlaşma olmadıkça, eşlerden biri diğerinin rızası olmadan paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz." denilmek suretiyle rızanın tasarruf işlemi aşamasında aranacağı açıkça gösterilmiştir. Buna göre, eşlerden birisi payı üzerinde dilediği taahhüt işlemi yapabilecektir. Eşler paylı mülkiyet konusu malda payı ile ilgili diğer yasal şartlara uymak kaydıyla kira sözleşmesi veya satım vaadi sözleşmesi gibi borçlandırıcı işlemler yapabilmeleri mümkündür. Eğer daha sonra rıza verilmezse borçlandırıcı işlem doğrultusunda tasarruf işlemi yapılamayacaktır. Bu durum karşısında borcunu ifa edemeyen eş açısından maddi tazminat borcu doğabilir.

³¹⁴ KILIÇOĞLU, s. 57.

³¹⁵ YEŞİL, s. 51.

TMK m. 223 hangi tasarruf işlemlerinin diğer eşin rızasına tabi olduğunu saymamıştır. Kanun maddesi genel olarak pay üzerindeki tüm tasarruf işlemlerini diğer eşin rızasına bağlamıştır. Bu yüzden pay üzerinde sınırlı aynı hak tesis edilmesi de diğer eşin rızasına bağlı olacaktır. Örneğin, eşlerin bir mala paydaş olmaları durumunda eşlerden birisinin diğer eşin rızasını almaksızın payını rehnetmesi mümkün değildir.

TMK m. 223/II hükmü emredici bir hüküm değildir. Bu itibarla eşler kendilerine ait paylar üzerinde bir eşin diğerinin rızasına gerek kalmaksızın hukuksal işlemler yapabileceği konusunda anlaşabileceklerdir. Eğer eşler arasında bu tip bir anlaşma yapılmış ise, bu takdirde eşlerden birinin kendi payı hakkında yaptığı tasarruf işleminin geçerliliği diğer eşin rızasına bağlı olmayacaktır. Hemen belirtelim ki, eşlerin bu konuda yapacakları bir anlaşmanın mal rejimi sözleşmesiyle olmasına gerek yoktur. Kanun maddesinde sadece “aksine anlaşma olmadıkça” ifadesi kullanılmıştır. Bunun ise mal rejimi sözleşmesiyle yapılacağından söz edilmemiştir. TMK'nun 223. maddesi, ayrıca bir geçerlilik şartından söz etmemiştir. KILIÇOĞLU'na göre, bu anlaşmanın yazılı olarak yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Ona göre, yasa maddesinde bu konuda bir sınırlama getirilmediğine göre, eşlerin böyle bir anlaşmayı sözlü yapması da mümkün olacaktır. Yazara göre, eşlerin aksine yaptıkları anlaşma bir hukuksal işlem olması nedeniyle HUMK m. 287'deki “senetle ispat” kuralına girmez, Zira eş olma durumu “senetle ispat kuralının istisnalarından birisi olup, böyle bir anlaşmanın varlığı her türlü delille kanıtlanabilecektir.”³¹⁶

Paydaş eşin, rızası alınmadan, payın üçüncü bir kişiye devrine ilişkin işlem rızası alınmayan eş için bağlayıcı olmayacaktır. Ancak payı devralan üçüncü kişi bu işlemle bağlıdır. Rızası olmayan eş, icazet vermedikçe tasarruf işlemi yerine getirilemeyecektir. Pay üzerinde, taraf olduğu taahhüt işlemi ile alacak hakkı olan üçüncü kişi aynen Borçlar Kanununun 38. maddesinde olduğu gibi, rızası olmayan eşe süre vererek işleme icazet verip vermeyeceğini bildirmesini isteyebilir. Diğer eş, işleme icazet verirse işlem baştan itibaren geçerli olacak hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Ancak verilen mehil içerisinde işlemin geçerli olmasına ilişkin bir cevap gelmez ise

³¹⁶ KILIÇOĞLU, s. 58.

üçüncü kişi taahhüt işleminin gereğini yerine getirmemekle sorumlu tutulamayacaktır. KILIÇOĞLU, böyle bir durumda, bir taşınmaz söz konusu ise, tapu kaydının iptali ve payı devreden adına tescili talep edebileceğini belirtmiştir.³¹⁷ Ancak Medeni Kanunun 223. maddesi zaten diğer eşin rızası olmadan paylı mülkiyetteki payın devrini yasaklamaktadır. Zaten tapu dairesi, eşler arasında böyle bir paylı mülkiyet ilişkisi söz konusu ise, diğer eşin rızası olmaksızın böyle bir işlemi yapamayacaktır. Aksine durum tapuda yolsuz tescil oluşturacaktır.

Pay devrine ilişkin Medeni Kanunun 223. maddesi, aile konutuna ilişkin TMK m. 194'den bir farkı da, tasarruf işleminde bulunmak isteyen ancak diğer eşin rızasını sağlayamayan eşe haklı nedenleri bulunması halinde mahkemeye başvurma hakkını tanınmamış olmasıdır. Tasarrufta bulunmak isteyen eş, rıza vermeyen eşin rıza vermemekte hiçbir haklı nedeni olmadığını ispatlarsa dahi paylı mülkiyet konusu maldaki kendi payı üzerinde tasarrufta bulunamayacaktır.

Medeni Kanunun 223. maddesinde, her ne kadar pay devrine rıza vermeyen eşin bu davranışına karşı yargı yoluna başvurma imkanı tanınmamış ise de, rıza vermeyen eş bu hakkını MK'nun 2. maddesine aykırı olarak kullanamayacaktır. KILIÇOĞLU'na göre, bütün hakların kullanılmasında dürüst davranma ilkesini hukukun temel bir ilkesi olarak kabul eden Medeni Kanunu 2. maddesi hükmünün koşullarının bulunduğu durumlarda payını devretmek isteyen eş, haklı sebeplerini kanıtlamak ve paydaş eşin devre rıza göstermemesinin haklı nedenlerinin bulunmadığını ortaya koymak suretiyle hakimden izin alabilecektir. Örneğin, bankadan aldığı kredi nedeniyle borç ödeme güçlüğüne düşen eş için temerrüt nedeniyle ağır faizler işlemeye başlamış; bu borcu kapatıp aslından ve faizinden kurtulabilmesi için de paylı mülkiyet konusu taşınmazındaki payını satın almaya hazır bir kişi mevcut ise, diğer eşin rızasını alamayan borçlu eş MK. m. 2 hükmünden hareketle kendisine satış izni verilmesini talep edebilmelidir.³¹⁸

³¹⁷ KILIÇOĞLU, s. 58.

³¹⁸ KILIÇOĞLU, s. 58.

C- Rızanın Şekli

Rızanın ne şekilde verileceğine dair yasada açık bir hüküm bulunmamaktadır. Uygulamada tapu daireleri, rızası gereken eş tasarruf işlemi sırasında hazır bulunmaz ve açıkça rıza vermezse işlem yapmamaktadırlar. KARAŞAHİN, rızası gereken eşin tapuya gelerek açıkça rıza vermesinin gerektiğini belirtmiştir. Yazar, ayrıca taşınmaz ve yapılacak olan işlem tereddüde mahal olmayacak şekilde gösterilirse noterde de rızanın verilebileceğini bunun tapu dairesinde yapılacak işleme esas alınabileceğini belirtmiştir.³¹⁹

Şayet eşler taşınmaza paylı olarak birlikte malikler ve mal rejimine ilişkin sözleşmenin varlığı tapu kaydında belirtilmemişse, "edinilmiş mallara katılma rejimi" yasal mal rejimi olduğundan (2003 yılından itibaren) talep esnasında eşlerin mal rejimlerinin tespit edilmesi ve tespit edilen mal rejimine göre işlem yapılması gerekir.³²⁰

Edinilmiş mallara katılma mal rejiminde, eşler arasındaki paylı mülkiyete konu olan mal üzerinde diğer paydaş eşin rızası sağlanmadan yapılan tasarruf işlemi hüküm doğurmayacaktır.

Rıza alınmadan yapılan tasarruf işlemi batıldır.³²¹ Ancak eşlerin birlikte paydaş oldukları mal üzerindeki payları hakkında, borçlandırıcı işlem yapabilmelerinde hukuki bir engel bulunmamaktadır.

II- Hukuksal İşlemin Geçerliliğini Etkilemeyen Rıza

A-Genel Olarak

Medeni Kanunun 194. maddesi gereğince ya da 199. maddesi gereğince, yapılacak olan tasarruf işleminde diğer eşin rızasının alınması gerektiği aksi takdirde yapılan işlemin geçersiz olacağını belirtmiştik. Ancak bu hükümlerin haricinde Medeni Kanunumuzda diğer eşin rızasına bağlı tutulan, fakat söz konusu rızanın verilmemiş olması halinde hukuksal işlemin geçerli olamaya devam edeceği haller bulunmaktadır. Bu durumlara yönelik olarak geçersizlik dışında başka hukuksal sonuçlar öngörülmüştür.

³¹⁹ KARAŞAHİN, s. 306.

³²⁰ KARAŞAHİN, s. 306.

³²¹ KILIÇOĞLU, s. 59.

Türk Medeni Kanunu'nun 229. maddesi ile (İMK m. 208), katılma rejiminde bir eşin, diğerinin katılma alacağına zarar verici hukuksal işlemler yapması önlenmek istenmiştir. Mal rejiminin devam ettiği dönemde, diğer eşe katılma alacağı nedeniyle borçlu olacak olan eşin bunu hesaplama başkalarına karşılıksız kazandırmalarda bulunması ya da sadece katılma alacağını azaltmak veya tamamen yok etmek amacıyla devir ve temliklerde bulunması bu rejimden beklenen amacın boşa çıkmasına ve haksızlıklara yol açabilecektir. Kanun koyucu bu amaçla katılma rejiminin tasfiyesinde, borçlu eşin yaptığı iki grup tasarrufunun hesaba katılmasını ve hak sahibi olan eşin katılma alacağının yapılan bu işlemlerden etkilenmemesini kabul etmiştir.³²²

Medeni Kanunun 229. maddesine göre, eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden bir yıl önceki karşılıksız kazandırmaları ile diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yapılan devirler edinilmiş mallara değer olarak eklense de bu madde, TMK m. 199'un sağlayacağı korumayı sağlayamayacaktır. Bir kere, zaten bu maddenin asıl amacı aileyi korumak değildir. Söz konusu maddenin birinci amacı, eşin katılma alacağına kavuşmasını sağlamaktır. Ayrıca TMK m. 229 mal rejiminin sona ermesinden bir yıldan önceki diğer eşin katılma alacağını azaltma kastı olmayan karşılıksız kazandırmalara ve devirlere uygulanmamaktadır. TMK m. 199 ise evliliğin devamı süresince her türlü tasarrufa karşı bir önlem niteliğinde uygulanabilecektir. TMK m. 229/II diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirlerin edinilmiş mallara katılmasını öngörmüştür. Buna karşılık, TMK m. 199'da böyle bir özel kastta aranmamaktadır. TMK m. 199'un TMK m. 229'dan en önemli farkı ise önlem olma niteliğidir. 199. maddeye göre eşin belirli bir malvarlığı değeri ile ilgili olarak tasarruf yetkisi kısıtlandığında tasarruf işlemi hiç yapılamayacaktır. Oysa ki TMK m. 229'a göre edinilmiş mallara değer olarak eklenecek tasarruflar geçerlidir. Hatta tasarrufta bulunan eşin malvarlığı ile diğer eşin katılma alacağı karşılanabilirse üçüncü kişiye başvurulamayacaktır.

B-Yasal Düzenleme ve Gerekçesi

TMK'nun 229. maddesi İsviçre Medeni Kanununun 208. maddesinden kısmen değiştirilmek suretiyle alınmıştır.

³²² KILIÇOĞLU, s. 69.

İsviçre Medeni Kanununun 208. maddesi iki fıkra halinde düzenlenmiştir. Birinci fıkra iki bent halinde olup, aynen alınmıştır. Buna karşılık İsviçre Medeni Kanununun 208. maddesinin ikinci fıkrasına yer alan “Bu tür kazandırma ve devirlere ilişkin uyuşmazlıklarda, kararın, dava kendisine ihbar edilmişse bu devir ve kazandırmalardan yararlanan için verileceği”ne ilişkin hüküm alınmamıştır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzda davanın üçüncü kişiye ihbarı ile ilgili hükümler mevcut olduğundan, bu genel hükümler varken ayrıca böyle bir hükme gerek olmadığı düşünülmüştür.³²³

Maddede eşlerin edinilmiş mallarına ilavesi gerekli değerler iki bent halinde sayılmıştır.

Tasfiyenin adil bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için eşlerin bazı işlemlerle devrettiği edinilmiş mallara ait malvarlığı değerlerin tasfiye sırasında edinilmiş mallara eklenmelidir. Eşlerden her biri diğerinin malvarlığındaki artıştan pay alacağından, diğerinin bu payı azaltmak maksadıyla yaptığı tasarrufların tasfiye sırasında hesaba katılması zorunludur. Bu nedenle (1) numaralı bentte, eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmaksızın, olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız kazandırmaların edinilmiş mallara ek değer olarak eklenmesi öngörülmüştür. İsviçre Medeni Kanununda mal rejiminin sona ermesinden önceki beş yıl içinde yapılan kazandırmaların edinilmiş mallara eklenmesi kabul edilmiştir. Bu hüküm mirasta tenkise tabi tasarruflara ilişkin 565. maddenin (3) numaralı bendi hükmüne paralel olarak kaleme alınmıştır. İsviçre’de tenkisle ilgili bu maddeyi karşılayan İsviçre Medeni Kanununun 527. maddesinin (3) numaralı bendinde de bizden farklı olarak beş yıllık süre esas alınmıştır. Tenkisle ilgili olarak 565. madde ile paralellik sağlamak üzere, bu madde de, İsviçre’den farklı olarak beş yıl içindeki değil son bir yıl içindeki kazandırmaların edinilmiş mallara ilavesi kabul edilmiştir.

Söz konusu maddenin (2) numaralı bendinde, edinilmiş mallara eklenmesi gereken değerlerden ikincisi olarak, bir eşin mal rejiminin devamı süresince diğer eşin payını azaltmak amacıyla yaptığı devirler

³²³ KILIÇOĞLU, s. 137.

değerlendirilmiştir. Burada da bir önceki bentte olduğu gibi mirasta tenkise tabi tasarruflar arasında yer alan saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan temliklere benzer bir hüküm getirilmiştir. Eşlerden birinin mal rejiminin devam ettiği süre içinde diğer eşin edinilmiş mallardan pay almasını azaltmak üzere yaptığı devirler de tasfiye sırasında edinilmiş mallara, hiç devir edilmemiş gibi eklenecektir.³²⁴

C- Yasa Maddesinin (TMK m. 229) Amacı

TMK'nun 565. maddesinin üçüncü bendinde mirasbırakanın ölümünden önceki bir yıl içinde adet üzerine verilen hediyeler dışında yapmış olduğu bağışlamalar ve dördüncü bendine mirasbırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan kazandırmaların tenkise tabi olacağı öngörülmüştür. Görüldüğü üzere TMK m. 229, TMK m. 565'in bir nevi tekrarı niteliğindedir.

Medeni Kanunun tenkise tabi tasarruflara ilişkin 565. maddesinde nasıl ki mirasbırakanın bir kısım tasarruflarına karşı mirasçılarının miras hakkının korunması düşünülmüş ise TMK m. 229 ile de boşanma sonrası eşin malvarlığı haklarının korunması amaçlanmıştır.

D- TMK m. 229'un Uygulama Şartları

1- Karşılıklı Bulunmayan Bir Kazandırma Yapılmış Olmalıdır.

Yapılacak karşılıksız kazandırmanın sağlar arası bir tasarrufla yapılacağı belirtilmediğinden ölüme bağlı olarak yapılan karşılıksız kazandırmaların da bu bent kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Ancak bu temliklerin çoğu bağışlama şeklinde gerçekleşen karşılıksız kazandırmalardır.

Bağışlamalar tek tarafa borç yükleyen sağlar arası sözleşmelerdir. Ölüme bağlı tasarruf vasiyet şeklinde yapılmışsa tek tarafa borç yükleyen ve tek taraflı hukuksal işlem söz konusu olacaktır.³²⁵

2- Yapılan Karşılıksız Kazandırmanın Diğer Eşin Rızası Olmaksızın Yapılmış Olması

Bu husus kanunu 2. bendinde açıkça belirtilmiştir. Hak veya mal sahibi eş, tıpkı TMK m. 194 ve TMK m. 199'daki gibi diğer eşin rızasını almaya

³²⁴ TMK'nun 229. maddesinin gerekçesi.

³²⁵ KILIÇOĞLU, s. 70.

zorlanmıştır. Ancak belirttiğimiz gibi bu zorlamanın sonuçları TMK m. 194 ve 199'dan farklıdır.

3- Karşılıksız Kazandırmanın Mal Rejiminin Sona Ermesinden Önceki Bir Yıl İçinde Yapılmış Olması Gerekir

Karşılıksız temlikin yapılması ile mal rejimi sözleşmesinin yapılması arasında bir yıldan fazla bir süre geçmiş ise diğer eşin rızası olmasa dahi karşılıksız kazandırmaya konu olan mal tasfiye sırasına dikkate alınmayacaktır. Ancak TMK m. 229'un 2. bendine göre, yapılan devirler sırf diğer eşin katılma alacağını azaltmak ya da yok etmek amacıyla yapılmış ise söz konusu bir yıllık süreye bakılmaksızın yapılan devirler hesaba katılacaktır. 1. bentte ise, yapılan karşılıksız temlikte, diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastı aranmayacaktır.

E- Hüküm ve Sonuçları

Medeni Kanunun 229/b.1 hükmü diğer hukuksal işlemlerden farklı olarak karşılıksız temlikle ilgili hukuksal işlemin geçersizliğini öngörmemiştir. Söz konusu hükümde diğer eşin rızası alınmadığı halde, yapılan karşılıksız kazandırma işlemi geçerli sayılmıştır. Ancak burada diğer eşin rızasının alınmamasına farklı bir yaptırım benimsenmiştir. Daha öncede belirttiğimiz gibi aynen tenkise tabi tasarruflarda olduğu gibi, rızası alınmayan eş, bu işlemi iptal ettirmeyecek, katılma alacağının temini amacıyla yapılan karşılıksız kazandırma konusu diğer borçlu eşin üzerinde gibiymişçesine katılma rejiminin tasfiyesinde hesaba katılacak ve hak sahibi olan eş alacağını talep edebilecektir.³²⁶

KILIÇOĞLU'na göre, TMK m. 229'a göre diğer eşin rızasının bulunmaması halinde karşılıksız kazandırma konusu değerde alacak hakkı doğacaktır. Yazara göre burada, rızası alınmayan eşin karşılıksız kazandırıcı işlemi iptal ettirmesi değil, bu işlem nedeniyle elde edemediği katılma alacağının, karşılanmayan kısmının tazmin edilmesi söz konusudur.³²⁷

Medeni Kanunun 241. maddesine göre, bir eşin katılmadan doğan alacağının, borçlu eşin malların ayrılması sonucu ortaya çıkan malvarlığından veya borçlu eş ölmüşse terekeye dahil malvarlığından tahsil edilebilmesini

³²⁶ KILIÇOĞLU, s. 71.

³²⁷ KILIÇOĞLU, s. 71.

düzenlemektedir. Bu malların kişisel veya edinilmiş mal olmasının önemi yoktur. Bu malvarlığı diğer eşin katılma alacağını karşılamadığı takdirde, bu madde ile alacaklı eşe, edinilmiş mallarda hesaba katılması gereken karşılıksız kazandırmaları, bunlardan yararlanan üçüncü kişilerden eksik kalan kısmın tamamlanmasını isteme hakkı tanınmaktadır. Bu düzenleme, katılma alacağı için borçlunun tasfiye sırasında sahip olduğu veya terekesine dahil bütün malvarlığı ile sorumlu olmasının doğal sonucudur.³²⁸

Buna göre katılma alacağını alamayan eş öncelikle birinci derecede sorumlu olan kazandırmada bulunan diğer eşe başvuracaktır. Burada üçüncü kişinin sorumluluğu ikinci dereceden bir sorumluluktur. Doğal olarak üçüncü kişi sadece kendisine yapılan karşılıksız kazandırma miktarı kadar sorumlu olacaktır.

Tereke ya da malvarlığının, diğer eşin katılma alacağını karşılayamaması, yapılan icra takibi nedeniyle haczi kabil bir malının bulunamaması ya da borçlu hakkında borç ödemediği belgesinin verilmesi ya da iflas kararı verilmesi şeklinde ortaya çıkabilir.³²⁹

TMK'nun 241. maddesinin ikinci fıkrasında, dava hakkı, alacaklı eşin veya mirasçılarının haklarının ihlal edildiğini öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl veya her halde mal rejiminin sona ermesinden itibaren beş yıllık zamanaşımı süresine tabi tutulmuştur. Bu maddenin ikinci fıkrasını karşılayan İsviçre Medeni Kanununun 220. maddesinin ikinci maddesinde uzun zamanaşımı süresi on yıl olarak öngörülmüştür. Ancak tenkisle ilgili hak düşümü süresini düzenleyen EMK'nun 513. maddesi ile uygulama birliği sağlamak amacıyla maddede İsviçre'deki aslından ayrı düşünülerek on yıllık süre yerine beş yıllık süre öngörülmüştür. Medeni Kanunun 241. maddesinin gerekçesinde bu durum TMK 241 ve 571. maddelerinin paralellliğini sağlamak için bu sürenin benimsendiği belirtilmiştir. Oysa ki, 571. maddede beş yıllık bir süreden söz edilmemektedir.

Bu madde taslak aşamasında iken kaleme alındığı sırada EMK'nun 513. maddesindeki tenkise tabi tasarruflardaki bir ve beş yıllık sürenin yeni yasada da aynen korunacağı, bu nedenle TMK'nun 241. maddesinin karşılığı

³²⁸ Maddenin gerekçesi (TMK m 241)

³²⁹ KILIÇOĞLU, s. 72.

olan İMK m. 240/II'deki bir ve on yıllık süreler yerine yürürlükteki 513. maddede olduğu gibi bir ve beş yıllık sürelerin kabul edileceği varsayımından hareket edilmiştir. Buna rağmen, taslak çalışmalarında TMK'nun 513. maddesini karşılayan 571. madde ele alındığında, bu sürenin kaynak kanundaki 533. maddede olduğu gibi on yıla çıkartılması kabul edilmiştir. Yeni Medeni Kanunu 571. maddesinde kaynak kanunla bu şekilde benzerlik sağlandığı halde, Medeni Kanununun 241. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hüküm unutulmuş ve bu maddenin karşılığı olan kaynak kanundaki 220. madde ile burada KILIÇOĞLU'nun da deyimiyle açıklanması güç bir çelişki yaratılmıştır.³³⁰

³³⁰ KILIÇOĞLU, s. 72.

SONUÇ

Eski Türk Medeni Kanunu, getirdiği yeniliklerle, kabul edildiği dönemde, ülkemiz açısından, gerçekten, çok ileri düzeydeydi. 1926 yılında kabul edilen Medeni Kanunumuzda, kadın hakları konusunda o zamanın koşullarına göre devrim niteliğinde hükümler kabul edilmişti. Ancak, toplum yaşamının sürekli başkalaşması, insan ve üretim ilişkilerinin değişimi, toplumun en küçük ve önemli yapı taşı olan aileyi her dönemde doğrudan etkilemiştir. Bunun sonucu olarak "Borçlar Kanunu ile birlikte, toplumun anayasası sayılan Eski Türk Medeni Kanunu, kabul edildiği zamandan bugüne kadar, 75 yıllık bir dönem içinde, Alman, Fransız ve İtalyan Medeni Kanunları ve bu kanunlara, özellikle de, İsviçre Medeni Kanunu'na paralel olarak (bu değişikliklerin hepsini içermemekle beraber) bir çok değişiklik geçirmiştir. Bu değişiklikler, kadın hakları konusunda olumlu olmakla beraber, yeterli çözümler getirmemiştir."³³¹ Eski Medeni Kanunumuz, kadın hakları açısından bugünkü eşitlikçi anlayışa göre tam anlamıyla geri kalmıştı. Ailenin korunması açısından da yeterli düzenlemeler bulunmamaktaydı.

Yeni Medeni Kanunumuzla birlikte, evliliğin genel hükümlerine ve mal rejimine ilişkin çok önemli yenilikler getirilmiştir. Evliliğin genel hükümlerine ilişkin getirilen yeniliklerin en önemlisi ise, aile konutuna ilişkin düzenlemelerdir

Gelişen dünyamızda aile kurumunun önemi gittikçe daha fazla anlaşılmaktadır. Çünkü aile toplumun temelidir. Sağlam bir aile yapısı olmayan toplumların ne huzuru ne de gelecekte bir beklentileri olabilir.

Aile kurumunun sağlamlığı ve kutsallığı, gücünü daha çok toplumun içinde yüzyıllardır var olan yazılı olmayan kurallardan almaktaydı. Ancak toplumun bu yazılı olmayan kuralları, çeşitli nedenlerle toplum üzerindeki etkisini gittikçe kaybetmektedir. Teknolojik ve ekonomik gelişmelerle şehirleşmenin insan oğlunun yaşam biçimini doğrudan etkilemesi sonucu, bütün dünyada, aile kurumu gittikçe daha çok korunmaya ihtiyaç duymaktadır.

Ailenin en önemli varlığı olan, aile konutunun kaybedilmesinin önlenmesi, ailenin korunmasında çok önemlidir. Eşlerden birisinin yerinde

³³¹ÖZDAMAR, s. 76.

olmayan tasarrufları sonucu aile konutunun kaybedilmesi ve yuvanın dağılması tüm toplumlarda sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Bu nedenle pek çok ülkede olduğu gibi ülkemizde de aile konutu, eşitlikçi anlayıştaki gelişmeler ve yeni aile modeli çerçevesinde korunmaya alınmıştır.

Hak sahibi eşin aile konutuna ilişkin olarak yapmış olduğu tasarruflara karşı, diğer eşin rızası şartının aranması, evlilik birliğinin devamı süresince eşlerin ve çocukların barınma haklarını etkin bir hukuksal güvenceye bağlamak ihtiyacından doğmuştur.³³² Bu sayede, aile için yaşamsal önemi olan, aile konutunun eşlerden birinin düşüncesiz tasarrufları sonucu kaybedilmesi tehlikesinin önüne geçilecektir. Ailenin en önemli varlığı olan aile konutu üzerinde, eşlerin bir araya gelerek verecekleri ortak kararlar tasarrufta bulunmaları, ailenin geleceği açısından çok önemlidir. Bu şekilde birlikte alınacak kararın, ailenin daha fazla yararına olacağı açıktır. Bu bilinçte olmayan hak sahibi eş için, Medeni Kanununun 194. maddesi, ortak karar almaya zorlayıcı bir hüküm olacaktır.

Medeni Kanununun 199. maddesi, evlilik birliğini eşlerin beraberce yöneteceğine ilişkin kuralın önemli bir güvencesini oluşturmaktadır. Söz konusu madde, ailenin ekonomik varlığında önemli yer tutan bir malvarlığı değeri üzerinde, malik eşin keyfi tasarruflarının önüne geçerek, bu tür tasarrufların evli olmanın gereği olarak birlikte yapılmasını sağlamaktadır. Yeni yasal mal rejiminde, eşlerden birisinin edindiği mallar üzerinde, diğer eşin hak sahibi olması durumu söz konusu olduğundan, yapılacak tasarruflar üzerinde söz sahibi olması doğaldır. Eşin, bir taraftan edinilmiş mallar üzerinde katılma hakkı olduğundan söz ederken öbür taraftan, diğer eşin söz konusu mallar üzerinde ölçsüz tasarruflarına karşı korunmaması yasal mal rejiminin güvencesiz kalmasına neden olabilirdi.

TMK'nun 199 ve TMK 223. maddeleri ile ailenin ekonomik varlığında önemli yer tutan kimi mallar üzerinde eşlerden birisinin diğerine danışmadan karar vermesinin önüne geçilmiştir. Bu durum, ailenin korunması açısından gerçekten çok önemlidir. Eşlerin birlikte düşünerek ve tartışarak karar vermeleri ya da en azından diğer eşin yapılacak tasarrufu gözden geçirmesi, ailenin ekonomik geleceğinin korunmasında yararlı olacaktır. TMK'nun 229.

³³² KAMACI, s. 137.

maddesi ile eşlerin hileli yollarla birbirlerinden mal kaçırmalarının önüne geçilmiştir.

TMK'nun 199. ve 223. maddelerinin eşlerin fiil ehliyetini etkilemediği, doktrinde genel olarak kabul edilmektedir. Çünkü, söz konusu maddeler, eşlerin serbestçe borçlandırıcı işlem yapmalarına engel olmaz. TMK'nun 194. maddesi ile birlikte, eşlerin fiil ehliyetlerinin sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı konusu tartışmalı ise de, bu maddenin, eşlerin hukuki işlem özgürlüklerini önemli ölçüde sınırlandırdığı muhakkaktır. Medeni Yasanın aileyi korumayı amaçlamasını dikkate alan pek çok yazar, TMK'nun 194. maddesi gereğince verilecek rızanın, daha borçlandırıcı işlem aşamasında aranması gerektiğini düşünmektedir. Bunun sonucu olarak bu yazarlar eşlerin fiil ehliyetinin sınırlandırıldığını düşünmektedirler ve eşleri sınırlı ehliyetliler başlığı altında incelemektedirler. Eğer bu düşünce kabul edilirse, üçüncü kişilerin hukuku önemli ölçüde etkilenecektir. Bu yüzden henüz yargı kararına dahi konu olmamış bu sorunun açıklığa kavuşturulması çok önemlidir.

Söz konusu hükümler (TMK'nun 194, 199, 223. maddeleri) hukuk yaşamamıza yeni girdiğinden, evlilik birliğinin korunmasına ne kadar katkı sağlayacağı henüz bilinmemektedir. Ancak, yasanın etkinliğinin sağlanması için, tıpkı İsviçre ve Almanya'da olduğu gibi, başta Borçlar Kanunu ve İcra İflas Kanunu olmak üzere diğer yasalarımızda da gerekli değişikliklerin yapılması gerekmektedir. İsviçre İcra İflas Hukuku'nda bulunan, aile konutuna malik eşin, hileli yollarla kendi aleyhine icra takibi yaptırıp aile konutunun satılması tehlikesini önleyici düzenlemelerin bizim hukukumuzda da kabul edilmesi gerekmektedir. Diğer Kanunlardaki bir kısım eksiklere rağmen, Medeni Kanunla getirilen yeniliklerin, aile birliğinin korunmasında, oldukça yararlı olacağı kesindir. Ülkemizde, aile konutunun ve ailenin ekonomik varlığının korunmasına, bu düzenlemelerin çok önceden beri var olduğu İsviçre ve Almanya'dan çok daha fazla ihtiyaç vardır. Çünkü, çoğu bizden en az on kat daha zengin olan ve gelirin daha adil paylaşıldığı bu ülkelerde, aile birliğinin bozulmasının ekonomik nedenlere dayanması, bizim ülkemizdeki kadar yaygın bir durum değildir.

KAYNAKÇA

- AKINTÜRK, Turgut : Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku,
Yenilenmiş 8. Bası, II. Cilt, İstanbul - 2003
- AKINTÜRK, Turgut : Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna
Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku,
1. Cilt, İstanbul - 2002
- AKIPEK, Jale G./
AKINTÜRK, Turgut : Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış
Başlangıç Hükümleri / Kişiler Hukuku, Cilt 1,
4. Bası, İstanbul - 2002
- ARPACI , Abdulkadir : Gerekçeli Açıklamalı Yeni Medeni Kanunu,
İstanbul - 2002
- ARPACI, Abdulkadir : Kişiler Hukuku, 2. Bası, İstanbul - 2000
- DEMİR, Sevgi : Aile Hukuku Alanında Türk Medeni Kanunun
Getirdiği Yenilikler, 1. Bası, Ankara - 2004
- DÖRTGÖZ, Görsel Öcal : Tapu İşlemleri, 1. Bası, Ankara - 2001
- DURAL, Mustafa/
ÖĞÜZ, Tufan : Kişiler Hukuku, 1. Cilt, Gerçek Kişiler,
İstanbul - 2001
- ERTAŞ, Şeref : Yeni Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre
Eşya Hukuku, 4. Bası, Ankara - 2002
- ESMER, Galip : Mevzuatımızdaki Gayrimenkul Hükümleri
ve Tapu Sicili, Ankara - 1998
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper : Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler

Ankara - 2003

- HATEMİ, Hüseyin : Aile Hukuku, İstanbul - 1999
- HATEMİ, Hüseyin : Kişiler Hukuku Dersleri, 2. Bası, İstanbul - 2001
- HATEMİ, Hüseyin/
SEROZAN, Rona : Aile Hukuku, İstanbul - 1993
- İPEKÇİ, Nizam : Mukayeseli Yeni Medeni Kanun ve Değişikliklerin
Kapsamı, 2. Bası, Ankara - 2003
- İNAL, Nihat : Nişanlanma, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri,
Ankara - 2003
- İzmir Barosu Dergisi, , sayı 3, İzmir - 2003
- KAÇAK, Nazif : Yeni İçtihatlarla, Yeni Türk Medeni Kanunu,
Ankara - 2004
- KARAGÜLMEZ, Ali/
URAL, Sami Sezai : Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama
Usulleri Kanunu, 1. Bası, Ankara - 2003
- KARAŞAHİN, Halil İbrahim : Tapu Sicil Mevzuatı ve Kadastro İşlemleri,
Ankara - 2002
- KILIÇOĞLU, Ahmet : Medeni Kanunumuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna
Getirdiği Yenilikler, 1. Bası, Ankara - 2003
- KILIÇOĞLU, Ahmet : Türk Medeni Kanununda Diğer Eşin Rızasına Bağlı
Hukuksal İşlemler, Ankara - 2002
- KILIÇOĞLU, Ahmet : Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi (Katılma Rejimi),
Ankara - 2002

- KİPER, Osman : Öğretide ve Uygulamada Taşınmaz Davaları,
Ankara - 1998
- KURU, B./ARSLAN, R./
YILMAZ, E. : İcra İflas Hukuku, genişletilmiş 14. bası,
Ankara - 2001
- MOROĞLU, Nazan/ : Türk Medeni Kanunu ve Yürürlük Kanunu,
OKTAY ÖZDEMİR, Saibe/ 3. Bası, İstanbul - 2002
ŞİPKA, Tamam Şükran
- MOROĞLU, Nazan : 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun Hukuk
Yapısındaki Yenilikleri, Konferans, Bildiriler ve
Tartışmalar, Muğla - 2002
- OĞUZMAN, M. Kemal/ : Eşya Hukuku, 9. Bası, İstanbul - 2002
SELIÇI, Özer
- OĞUZMAN, M. Kemal/ : Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul - 1998
DURAL, Mustafa
- OĞUZMAN, M. Kemal/ : Medeni Hukuk, 8. Bası, İstanbul - 2000
BARLAS, Nami
- OĞUZMAN, M. Kemal/ : Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler) 6. Bası
İstanbul - 1999
- SELIÇI, Seliçi/OKTAY, : Türk Hukukunda Özellikle Türk Medeni Kanunu
Saibe/ÖZDAMAR, Demet Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu,
İstanbul - 2002
- ÖZKAN, Hasan : Sulh Hukuk Davaları ve Tatbikatı, 6. Bası
Ankara - 1999
- ÖZTAN, Bilge : Aile Hukuku, 4. Bası, Ankara - 2004

- PARLAR, Ali,
HATİPOĞLU, Muzaffer : Uygulamada Sulh Ceza Davaları, 1. Bası,
Ankara - 2003
- REİSOĞLU, Safa : Yeni Medeni Kanunun Bankaları İlgilendiren
Başlıca Farklı Düzenlemeleri, Bankacılar Dergisi,
Sayı 40, Ankara - 2002
- ŞİPKA, Şükran : Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası,
1. Bası, İstanbul - 2002
- TEKİNAY/AKMAN/
BURCUOĞLU/ALTOP : Eşya Hukuku, İstanbul - 1989
- : Tutanaklarla Türk Medeni Kanunu, Adalet Bakanlığı
Yayınları, Ankara - 2002
- TÜRK, Hikmet Sami, : Çağdaş Türkiye İçin Yeni Türk Medeni Kanunu,
Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara - 2002
- YEŞİL, Metin : Tapu İşlemleri Uygulama & Mevzuat, İstanbul - 2002
- ZEVKLİLER, Aydın/
HAVUTÇU, Ayşe : Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk,
Ankara - 2003