

## AİLE KONUTUNUN ŞERHİNE DEĞİŞİK BİR YAKLAŞIM\*

(MK 194 III Kuralını Bir Belitmişçesine Yenibaştan Okuma Zorunluluğu)

Prof. Dr. Rona SEROZAN

### *Yeni MK 194 kuralı ne söylüyor?*

Yasa koyucunun “aksak kural” koymasına ve öğretinin durumu kurtarıp, bozukluğu gidermek üzere düzeltici bir yorum yapma ya da yasa boşluğunu doldurma zorunda kalmasına en ilginç örneklerden biri sözcüğün gerçek anlamıyla “alaturka” MK 194 III kuralı olsa gerek.

Yeni Medeni Kanunun en fazla irdelenen ve tartışmalara çanak tutan yeni kurallarından biri olan bu kural aynen şöyledir:

“Aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebilir.”

### *Yasa koyucunun şerh takıntısı*

Anlaşılan odur ki yeni Medeni Kanunu yapanların özellikle paylı mülkiyet ilişkisinde (MK 689 ve 695 kurallarında) boy gösteren şerh tutkusunun ya da şerh takıntısının talihsiz bir uzantısı da aile konutunun şerhi alanında boy göstermiştir.

Bir psikiyatrik tahlil yapılırsa, bu “şerh tutkusunun” ya da “şerh takıntısının” temelinde (yasa koyucunun bilinç altında) tıpkı şuf’a hakkının ancak dava yoluyla kullanılması gereğinde olduğu gibi, yurttaşımıza güvensizlik

\* Bu makale “Profesör Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara, 2009”da yayımlanmış olan makalemin Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Merkezi’nde aynı konuda vermiş olduğum konferanstan sonra değerli meslektaşlarımın eleştirileri ve tartışmaları ışığında geliştirilmiş ve değiştirilmiş versiyonudur.

duygusunun yattığı hemen ortaya çıkar. Ne olur ne olmaz, her şey alenileştirilmelidir, her şey resmileştirilmelidir ki hiçbir hukuksal kaçamağa açık kapı kalmasin!

### *Şerh takıntısının yüksek maliyeti*

Hemen belirtelim ki İsviçre Medeni Kanunu'nda yer verilmeyen bu şerhler bizde yararlı olmak şöyle dursun, düpedüz sakıncalı sonuçlar doğurmuştur.

*Bk. GÜMÜŞ, Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, İstanbul, 2006. Yazar bu şerhlerin sakıncalarına isabetle parmak basmaktadır.*

*Özellikle paylı mülkiyete tabi taşınmaz eşyada, eşyaya bağlı borcun varlığı için, İsviçre'den apayrı bir yolun tutularak, paydaşlar arasındaki anlaşmaların cüz'i halefleri bağlamasını tapuya şerh koşuluna bağlamak (MK 695), ülkemizde parselasyonu henüz tamamlanmamış olan arsalarda kurulan ve rejimin sürekliliğini gereksinen "kaydan şayi – filen müstakil" paylı mülkiyet ilişkilerinde ciddi sürtüşmelere yol açmıştır.*

*Gerçekten de zimni anlaşmalarla sağlanan eylemli yerel bölünmelerin arsada sonradan paydaş olanları şerh olmadıkça bağlamaması, uygulamada ciddi sorunlar yaratmış ve Yargıtay'ı ister istemez "contra legem" içtihatlarına sürüklemiştir. Sonuçta, Yargıtay, zimni bölünme anlaşmalarının şerh olmaksızın da cüz'i halefleri bağlayacağını kabul etmek zorunda kalmıştır.*

Hele aile konutunun şerhi (MK 194 kuralı) öğretiyi ve uygulamayı büsbütün sakıncalı yollara, anlamsız çekişmelere ve tutarsız çözümlere sürüklemiştir.

Aile konutunun şerhinin MK 194 kuralında özel olarak öngörülmesinin en önemli sakıncası, hukukçumuzu aile konutunun devrinden önce böyle bir şerhin zorunlu bulunduğu sanısına ve buna bağlı olarak da tapuya şerh verilmediğinde konutu devralanın bu konutun aile konutu olduğunu ve malikin eşinin de bu devire olur vermediğini bilmedikçe konuta iyi niyetle malik olabileceği sanısına sürüklemesi olmuştur.

Bu yanlış sanıların pratik sonucu şu olmuştur ki aile konutunun devri için olurlu vermeyen eş, bu konutu kurtarabilmek için, konutu devralanın iyi niyetli olmadığını, yani onun konutun aile konutu olduğunu ve eşin de devre olurlu vermediğini bilmesi gerektiğini kanıtlamak zorunda bırakılmıştır.

Dahası ve kötüsü şudur: Aile konutunun maliki, bu konut devirden önce olası bir şerh yüzünden ileride serbestçe tasarruf edilebilirliğini ve değerini yitireceği endişesiyle, olası bir şerhten önce konutu bir an önce elden çıkarmaya itelenmiştir.

Sonuçta, MK 194 kuralının aile konutunun eş, çocuklar ve aile için elden geldiğince korunması konusundaki soylu "ratio legis"i düpedüz hiçe sayılmıştır. Başka bir söyleyişle, MK 194 kuralının varlık nedeni yoksanmıştır.

### *Aile konutu ve önemi nedir?*

Bilindiği gibi, "aile konutu", eşlerin kendilerinin ve çocuklarının yaşam merkezi olarak seçtikleri konuttur. Bu konutta malikinin keyfine göre serbest tasarrufu yalnız konutun maliki olmayan eş için değil, tüm aile fertleri için sakıncalıdır. Sözün özü, aile konutunun korunması ailenin korunması ile eş anlamlıdır; sosyal boyutlu, önemli, ağırlıklı, ciddi bir korumadır.

*Gereksiz şerhin gölgelediği gerçek: Eşin oluru alınmadan aile konutunun devri kesin ve onulmaz biçimde hükümsüzdür; iyi niyetin varlığıyla sağlanamaz.*

MK 194 III'ün sakıncalarını biraz daha açalım: Bizde aile konutunun şerh edilmesinin yasaya göre gerekli ama bizce gereksiz yere öngörülmesi şu hukuksal gerçeğin üzerine talihsiz bir gölge düşürmüştür: Aile konutu eşin oluru alınmadan devir edilemez. Tapu memuru böyle bir devir talebini geri çevirmek zorundadır. Eğer böyle bir devir her nasılsa gerçekleştirilirse, bu devir "kesin hükümsüz", tapudaki tescil de yolsuz olur. Bu köktenci ve onulmaz hükümsüzlüğü konutu devir alanın iyi niyeti de sağaltamaz.

Bunun nedeni açıktır: Burada, iyi niyetle sağaltılabilecek sıradan, basit bir "tasarruf yetkisi sınırlaması" söz konusu değildir; aile konutunun ağırlığıyla orantılı ağırlıklı bir "ehliyet" ya da "katılım gereği" sınırlaması söz konusudur. Eğer bir an için aksi düşünülseydi, tapuda iyi niyetle aynı hak edinimini bloke edecek bir tasarruf yetkisi sınırlaması şerhi, eşin oluru alınmaksızın aile konutunun devrini yasaklayan İsviçre'de mutlaka öngörülürdü. Gel gör ki bu ülkede böyle bir şerhe yer verilmiş değildir. (Krş. ZGB 169)

İşte, İsviçre'de rastlanmadığı halde, Türk Medeni Kanunu'nda "özgün bir buluş" diye yer verilen şerh, aile konutu malikin devrinin kayıtsız koşulsuz kesin ve onulmaz hükümsüzlüğü gerçeğinin üstüne kalın bir kuşku perdesi örtmüştür.

Gerçek şudur ki aile konutu üzerinde ister ehliyet sınırlaması varsayıl-sın (ki doğrusu budur; durum eskiden kadının yargıcın olurlu almaksızın kocası yararına rehin vermesindeki gibidir), ister eşin katılma hakkından türeme bir geçerlilik gereği öngörülmüş olsun, aile konutunu malikinden devralanın iyi niyetle bu konutu mülk edinmesi asla söz konusu olamaz. (Ehliyetsizlik ve katılım gereğine aykırılık karşısında iyi niyet korunmaz!)

*Eşin katılım hakkının (Mitbestimmungsrecht) işlemin geçerlilik gereği olarak öngörülmesinin tipik örneği, İsv. BK 494 ile TBKT 486'da evli kişinin kefalet sözleşmesinin geçerliliği için eşin olurlunun şart koşulmasıdır. Benzer örneklerle eşler arasındaki paylı mülkiyette pay üzerinde tasarrufta bulunmada, eşler arasındaki mal ortaklığı rejiminde ve evlat edinmede de rastlanır.*

Ancak özel bireysel çıkarı koruyan “nispi tasarruf yetkisi” sınırlamalarındadır ki “nispi hükümsüzlük” ya da “askıda hükümsüzlük” (noksanlık) söz konusu olur ve eşyayı devralanın iyi niyeti korunabilir. Oysa aile konutu söz konusu olduğunda, korunan menfaat sıradan bir özel bireysel çıkarın boyutlarını kat kat aşar.

Gerçekten de burada sıradan, basit bir “tasarruf yetkisi” sınırlaması değil, bunun çok üstünde, aileyi koruyan, geniş kapsamlı, sosyal ve kamusal boyutlu, nitelikli özel bir tasarruf sınırlaması söz konusudur.

Bu önemli noktayı biraz daha açalım: Aile konutunun korunması, evlilik birliği ve çocuklar için yaşamsal önem ve dolayısıyla sosyal ve kamusal boyut taşır. Nitekim bu koruma buyurucu bir kuralda saptanmıştır. Bu sosyal korumadan önceden ve toptan (götürü olarak) feragat edilemez. Eş ancak somut bir devire izin verebilir. Yoksa toptan, götürü bir izin veremez. Eğer eş işleme izin vermezse, yargıçtan başkası bu izni veremez. O da ancak pek özel nedenler varsa bu izni verebilir. Görülüyor ki eşin oluru malikin başkasına tasarruf yetkisi vermesine benzemez.

*Öte yandan eşin oluru devir sonrasında icazet olarak da verilemez. Çünkü tapuda tescil icazetin beraberinde gelen koşul ve askı kavramlarına düşmandır.*

Bu durum karşısında, MK 194 kuralının değindiği tasarruf sınırlaması bireysel çıkara hizmet eden ve iyi niyetle aşılabilecek bir tasarruf yetkisi sınırlaması sayılamaz. Eşin ve yargıcın oluru alınmadan yapılan ve kesin hükümsüz sayılan işlemi kurtarabilmek için işlemi bu kez eksik olurları telafi ederek mutlaka yeni baştan yapmak gerekir.

*İsviçre’de de MK 194’e denk düşen ZGB 169 kuralının kamu yararını gözetin ve sosyal korumayı amaçlayan buyurucu bir kural olarak doğrudan doğruya işlem ehliyetini sınırlandırdığı kabul edilir.*

*(Bk. SCHWANDER, Basler Kommentar, ZGB 169 N 1/15)*

*Ehliyetsizlikte ya da mutlak (kamusal, sosyal ve buyurucu) tasarruf yetkisi sınırlamalarında ve bu bağlamda aile konutuna ilişkin devir sınırlamalarında kesin hükümsüzlüğün eşyayı devralanın iyi niyetiyle onartılamayacağı hakkında bk. HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Berner Kommentar; ZGB 169 N 59; BRAEHM/HASENBÖHLER, Zürcher Kommentar, ZGB 169 N 73; SCHWANDER, Basler Kommentar, ZGB 169 N 15; HEGNAUER/BREITSCHMID, Grundriss des Eherechts, N 17. 17/18; İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 115 II 361.*

Öyleyse, aile konutunun maliki tarafından devrinde iyi niyetli mülk edinimine set çekecek bir şerhe de yer ve gerek olamaz. Nitekim aile konutunu tanıyan tüm Batı ülkeleri gibi, İsviçre’de de yasada herhangi bir özel şerh öngörülmesi değildir.

### ***Bizde yazındaki ve yargıdaki yanlışlar yumağı***

Bizde ise öğretilerde bu gereksiz şerh yüzünden ortaya çıkan kuşkunun ve karmaşanın giderilmesi konusunda değişik görüşler ortaya atılmıştır. Şerhin amacının aile konutunu malik eşten devralan kişinin iyi niyetli edinimini mi yoksa daha sonra konutu o kişiden devralan üçüncü kişinin iyi niyetle edinimini mi bloke etmeyi amaçladığı boşuna ve sürgit tartışılmaktadır.

Aile konutunun devrini iyi niyetli ilk alıcıya karşı ve malik olmayan eşten yana hükümsüz sayabilmek için, daha baştan tapuya şerh verme zorunluluğunu kabul eden ilk görüşün yandaşları, böyle yapmakla, sözüm ona şerhin kurucu, yaratıcı etkisini savunmuş olurlar. Yasanın ağırlıklı ratio legis’ini hiçe sayan ve malik olmayan eşin yanı sıra ailenin de zararına ağır sonuçlar doğuran bir görüştür bu.

Bu sakıncalı görüş, eşe aile konutunu kurtarabilmek için alıcının iyi niyetli bulunduğu konusundaki karineyi çökertme konusunda kolay kolay altından kalkılamaz bir yük yükler. Üstelik, bu görüş, aynı zamanda, aile konutunun malikini konutun olası bir şerh yüzünden tasarruf edilebilirliğini ve değerini yitirmeden, bir an önce ve ne pahasına olursa olsun elden çıkarmaya iteler.

Buna karşılık, aile konutunun tapuya şerhinin, ancak bu konutu, şerh bulunsun bulunmasın, ister istemez hükümsüz bir işlemle devralmış bulunan kişiden “sonradan” devralacak üçüncü kişilerin iyi niyet iddialarını engellemek için yapılması gerektiğini ileri sürenler vardır. Onlar, sonuç olarak, şerhin ilk devir açısından salt bildirici, açıklayıcı etkisi olduğunu savunmuş sayılırlar. Bu hukukçuların hiç değilse aile konutuna ilişkin yasal düzenlemenin ruhuna uygun davrandıkları söylenebilir. Ama onlar da şerhin niteliğini, işlevini ve koşullarını teşhiste yanılırlar. Bunu ileride göreceğiz.

*Bk. ŞIPKA, Aile Konutuyla İlgili İşlemlerde Eşin Oluru, s. 137 i.s.; GÜMÜŞ, Türk MK’nun Getirdiği Yeni Şerhler, s. 45 i.s.; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, Aile Hukuku, s. 215; ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 205 i.s.; BARLAS, Kocayusufoğlu’na Armağan, s. 124 i.s.; KILIÇOĞLU, Öztan’a Armağan, s. 534 i.s.*

Uygulamanın tutumuna gelince: Yargıtay’a göre, aile konutu şerh edilmemişse, aile konutunu devralanın iyi niyeti her halde korunur. Bu kişinin aile konutunu devralandan devralan üçüncü kişi olmasına gerek yoktur. Aynen işlem tarafı olmayan üçüncü kişinin iyi niyeti gibi, işlem tarafı olan kişinin iyi niyeti de her halde korunur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 14. 10. 2006 günlü ve E 2-591, K 624 sayılı kararı bu konuda çok açıktır: Ancak aile konutu olduğuna ve eşin de bu konutun devrine oluru vermediğini bilen kötü niyetli kişi konutun mülkiyetini kazanmış sayılamaz. Ama durumu bilmeyen iyi niyetli kişi konutun mülkiyetini pekala kazanmış sayılır. Bunu engellemek için tapu siciline sözde kurucu işlevli bir şerh yaptırmak kaçınılmazdır.

*Bk. Yargıtay Kararları Dergisi Aralık 2006, s. 1889 i.s.*

Yargıtay'ın aile konutunun şerhinin sözümlü ona "kuruculuğuna" ilişkin bu görüşü, oluru alınmayan eşe işlem tarafı kişinin kötü niyetini kanıtlama yükünü yüklemekte olup, MK 194'ün eşi ve aileyi koruma sosyal amacıyla asla bağdaşmaz. Kararın MK 194'ün "ratio legis"i ile uyumsuz bir başka yönü de aile konutu malikini bu konutu olası bir şerhten önce ne olur ne olmaz diye bir an önce elden çıkarmaya itelemesidir.

*İkinci Hukuk Dairesi üyesi GENÇCAN'ın karşı oy yazısı bu gerçeği çarpıcı biçimde vurgular. Bu vesileyle basının ilginç bir "tezahüratına" da değinmek gerekir. Basına göre, yeni MK'un aile konutuna ilişkin yeni düzenlemesinin yeni MK'un yürürlüğe girmesinden önce edinilmiş konutlara da uygulanmasına ilişkin Yargıtay kararları devrimci kararlar olarak hararetle alkışlanmalıdır.*

*Oysa, bilindiği gibi, çağlar (zamanlar) arası hukukun ya da geçiş (intikal) hukukunun temel ilkelerine göre, yeni yasanın eski yasa döneminde sağlanmış olan hukuksal konumun (diyelim, mülkiyet statüsünün) süregelen etkilerini derhal kendi yeni rejimine bağlayacağı doğaldır. Yasaların derhal yürürlüğü (l'application immédiate) diye bilinir bu olgu.*

*Öyleyse, medyanın eski yasa döneminde edinilmiş aile konutunun da yeni MK'un "eşin tek başına işlem yapma yasağına" tabi tutulacağına ilişkin Yargıtay kararını bir devrim diye nitilemesi abartılıdır. Hele Yargıtay'ın MK 194 kuralına ilişkin antisosyal kararı ışığında yeni rejimin derhal yürürlüğünü bir "devrim" diye nitilemek büsbütün yadırgatıcıdır.*

**Doğrusu: Devirden önce şerhe ne gerek vardır ne de olanak; devirden sonra şerhe gerek ve olanak vardır; ama bu şerh bir tasarruf yetkisi sınırlaması şerhi değildir; bir geçici tescil şerhidir.**

Tartışmaları sağlam bir zemine oturabilmek ve sağlıklı bir çözüme ulaştırabilmek için, her şeyden önce, iki aşamayı, a) aile konutunun maliki tarafından eşin oluru alınmadan devir edilmesinden "önceki" aşama ile b) böyle bir devirden "sonraki" aşamayı birbirinden titizlikle ayırmak gerekir. Ama tutarlı ve ilkeli bir çözüm üretebilmek için, yalnız bu gereklilikle yetinilemez. Aynı zamanda aile konutu üzerindeki tasarruf sınırlamasının niteliğini de iyi tanımak ve doğru tanılamak gerekir.

Doğrusu şudur: Aile konutunun devrinden "önce", yani birinci aşamada şerhe ne gerek vardır ne de olanak!

Şerh yapılmadıkça, aile konutunu malikinden devralanın iyi niyetle konutun mülkiyetini kazanacağını savunan görüşün ve bu arada Yargıtay HGK kararının hiçbir hukuksal dayanağı yoktur.

Aile konutunun devrinden "sonrasına", yani ikinci aşamaya gelince: Eşin oluru alınmadan gerçekleştirilen devir herhangi bir şerhten bağımsız olarak kesin hükümsüz ve tescil de yolsuz sayılınca, devir için oluru alın-

mamış olan eş, MK 194'ün kendisine verdiği "dava yetkinliğine" (dava takip yetkisine) dayanarak, bu yolsuz tescilin düzeltilmesini dava edebilecektir.

İşte bu aşamadır ki davacı eş için bir "şerh gereksinimi" ortaya çıkar. Gelgelelim, bu şerh de MK 1010 uyarınca kişisel tescil davalarının kuyruğuna takılan bir "tasarruf yetkisi sınırlaması şerhi" olmaz; aynı düzeltim davalarının kuyruğuna takılan ve aynı talebi koruyan bir "geçici (muvakkat) tescil şerhi" (annotation d'inscription provisoire / Vormerkung der vorläufigen Eintragung) olur.

Gerçekten de "tasarruf yetkisi sınırlaması şerhi" tapuda tescil hedefine yönelik kişisel (nispi) taleplerde ve takiplerde, en başta da kişisel "tescil davasında" gündeme gelir.

Bu bağlamda ilk akla gelen davalar, alım opsiyonlarının kullanılmasına ya da taşınmaz satım vaadine dayanan "tescil davalarıdır".

Oysa aile konutunun iadesi talebi ortaya atıldığında, eşin oluru alınmadan yapılan devir "kesin hükümsüz" ve tescil de "yolsuz" olduğuna göre, bu aşamada düpedüz aynı hakka dayanan bir aynı talep ortaya atılmış ve "tapu sicilinin düzeltilmesi davası" açılmış olmaktadır.

Bu aynı talebe yakışan şerh de MK 1011'in "geçici tescil şerhidir". Ancak bu şerhtir ki yolsuz tescilden sonra MK 1023 uyarınca taşınmazın iyi niyetli edinimini engelleyebilir.

Bu şerhi de aslında konutun maliki olmadığına göre, maddi anlamda hak sahibi davacı sıfatını taşımayan "devirden önce oluru alınmamış olan eş", kendisine MK 194 kuralında ayrıksı bir "dava yetkinliği" (davayı takip yetkisi = dava açma mezuniyeti = Prozesstandschaft = Prozessführungsbefugnis) tanınmış sayılarak, mahkeme kararıyla sağlayabilir.

*Dava yetkinliği için bk. ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, Medeni Usul Hukuku Esasları, § 10 V, s. 130 i.s. Dava yetkinliğinin başka örneklerine birlikte mülkiyette tek malikin ortak çıkarları dava yoluyla koruma yetkisinde, ayrıca iflas idaresinin ve vasiyeti yerine getirme görevlisinin dava yetkisinde de rastlanır.*

Bu noktayı açalım: Evvelce aile konutunun devri için oluru alınmamış olan eş, yolsuz tescilin düzeltilmesini başkasının (eşinin) hakkını kovuşturma konusunda MK 194 kuralı eliyle sahip kılınmış sayılacağı özel "dava açma mezuniyetine" ya da yeni deyimle, "dava yetkinliğine" (Prozessführungsbefugnis / Prozesstandschaft) dayandıracaktır. Bu dava sonuçlanıncaya kadar, tapuda aile konutunun maliki gibi gözükken kişinin bu konutu iyi niyetli bir üçüncü kişiye kazandırması riskine karşı da eş, tüm düzeltim davalarında tüm tedbirli davacıların yaptığı gibi, "geçici tescilin şerhi" sağlayabilecektir.

Bu şerh mahkeme kararının varlığını gerektirir. Eklemeli ki bu şerh tapu sicilinin kilitlenmesine (feragdan men'e) yol açmaz. Ama iyi niyetli aynı hak edinimini engellemeye yeter. (MK 1011)

Şu da var ki geçici tescil şerhinin bir "ihtiyati tedbir" bağlamında tapu sicilini kilitleyebilir kilitleyemeyeceği (feragdan men'i sağlayabilip sağlayamayacağı) oldum olası tartışmalıdır. Dava konusunun el değiştirmesinin yol açacağı komplikasyonlardan çekinen uygulamanın "feragdan men" yolunu yeğlediği gözlenir.

Bu değerlendirme karşısında, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 2002 yılında bu şerhin sırf eşin talebiyle, yani mahkeme kararı olmaksızın gerçekleştirilebileceğine ilişkin Genelgesi de hiç kuşkusuz hukuksal dayanaktan yoksun kalacaktır. Anlaşılan, bu Genelgeyi kaleme alanlar da MK 194 kuralındaki yersiz ve gereksiz şerhin yarattığı şaşkınlığın kurbanı olmuşlardır.

MK 194 kuralındaki şerhin gerçek anlamda bir tasarruf yetkisi sınırlaması şerhi sayılamayacağına ayırdına varan kimi hukukçuların bu şerhe "atipik" ya da "gerçek olmayan" sıfatını eklemeleri, hatta bazen "beyan benzeri şerh"ten söz etmeleri "zevahir kurtarmaya" yetmez. Kaldı ki "tipik olmayan" ya da "gerçek olmayan" şerh kavramı ile "beyan benzeri şerh" kavramı gibi kavramlar eşya hukukuna ve bu arada şerhlere egemen "tip sıklığı" (numerus clausus) ilkesine de yakışmaz. Atipik sözleşme olur da atipik şerh olmaz. Tapu sicili istenildiği gibi doğrulup biçimlendirilebilen bir plastik madde değildir.

Aile konutunun şerhi MK 1011 kuralının "geçici tescil şerhi" kompartımanından başka bir kompartımana yerleştirilemez; yerleştirildiğinde ister istemez çarpık, yamuk durur; sırtır.

Görüldüğü gibi, MK 194 kuralında yersiz ve gereksiz yere öngörülmuş olan şerhin onurunu kurtarabilmenin tek yolu, onu "geçici tescil şerhi" kompartımanına oturtmaktır.

Bu değişik yaklaşım ışığında, aile konutunun maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili şerhin verilmesini ancak devirden "sonra" ama tapu sicilinin düzeltilmesi davasından "önce" ancak mahkemeden isteyebilecektir.

**Acaba devirden önce "ihtiyati tedbir" işlevli özel bir şerh düşünülemez mi?**

Pekiye ama acaba MK 194'te değinilen şerh, aile konutunun devrinden "önce", daha birinci aşamada, bir "erken ihtiyati tedbir" bağlamında aile konutunun "feragdan men'ini", başka bir deyişle "tapu sicilinin kilitlenmesini" sağlayacak özel bir tapuyu kitleme şerhi olarak yorumlanamaz mı?

Bu soruya verilecek yanıt olumsuzdur. Nasıl sahte bir vekaletname ile taşınmazın kaçırılacağı kaygısı duyan taşınmaz maliki böylesine öncelenmiş bir ihtiyati tedbiri (öncelenmiş geçici tescil şerhini) sağlayamazsa, aile konutuna malik olmayan eş de aile konutu henüz devir edilmeden önce böylesine öncelenmiş bir ihtiyati tedbir bağlamında öncelenmiş bir şerh sağlayamaz. Tapu memurunun sahte vekaletnameli devri gerçekleştirmeyeceği gibi, aile konutunun olursuz devrini gerçekleştirmeyeceği de varsayılacağına göre, böyle bir önlemin ön koşulları (gecikmede sakınca) zaten mevcut sayılamaz. Kaldı ki böylesine erken bir şerh önleminin tanınmasına her şeyden önce eşya hukukuna egemen "tip sıklığı ilkesi" ve şerhler konusunda geçerli "numerus clausus (sınırlı sayı) ilkesi" engel oluşturur.

Kaldı ki böylesine öncelenmiş bir özel ihtiyati tedbir, bir an için aile konutunu koruyup kurtarmaya yardımcı olsa bile, o aile konutunda yaşanan evliliği daha işin başında batırır. Böylesi bir önlem evlilikte geçerli olması beklenir güven ilişkisine kopkoyu bir gölge düşürür ve o evliliğe artık evlilik gözüyle bakılmasını engeller.

Demek ki aile konutunun malikinin taşınmazını devretmesinden önceki aşamada şerhe "gerek" bulunmadığı gibi, "olanak" da bulunamaz.

#### **MK 194'ü yenibaştan okumanın zorunluluğu**

Bu gerçekler ışığında, MK 194 kuralı, aslında hak sahibi (malik) olmayan eşe olursuz devir "sonrasında" özel bir "dava yetkinliği" ve bu bağlamda bir "geçici tescil şerhi" sağlama olanağı veren bir kuraldan başka bir şey sayılamaz.

Açıkçası, MK 194'ün "taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili şerhin verilmesini isteyebilir" biçimindeki ifadesi, "taşınmazın maliki olmayan eş, mahkemeden oluru alınmadan gerçekleştirilen tescilin düzeltilmesini ve geçici tescilin şerhini isteyebilir" diye okunmalıdır.

MK 194 kuralının bu yorumu, tapu sicili sistemini ve eşya hukuku ilkelerini gözeterek tipik bir sistematik, işlevsel ve teolojik yorum örneğidir. Bu yorum, aynı zamanda karşılaştırmalı hukukun verilerine de dayanır. Dikkat edilirse, bu yorumda MK 194 kuralı periferi (çevre) kurallardan yalıtılarak, tek başına ele alınmamakta, hukuk sistemimizin bütünü içinde yorumlanmakta, işlevsel bir bakış açısıyla değerlendirilmekte, amaca uygun bir hukuksal konuma oturtulmakta ve karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeyle uyumlu hale getirilmektedir.

İstenirse, buna "düzeltici yorum" yerine, hukuk politikası yanlışlarından oluşan "gerçek olmayan yasa boşluğunun doldurulması" gözüyle de bakabilirsiniz.

Aynen soybağı davalarına ilişkin MK 289 III, 294 III, 303 IV kurallarındaki çelişik hak düşümü sürelerini (1 yıllık ve 1 aylık süreleri) uyumlu hale getirmek için yapıldığı gibi!

Sonuç olarak, eğer MK 194 kuralının onuru kurtarılmak isteniyorsa, onun şöyle bir düzenleme getirmiş sayılması zorunludur:

Aile konutu eşin oluru alınmadan devredilemez. Eğer her nasılsa devredilirse, bu devir kesin ve onulmaz biçimde hükümsüz sayılır. Bu hükümsüzlüğü konutu devralanın iyi niyeti asla sağaltamaz.

Bu gerçek karşısında, konutun devrinden önce herhangi bir şerhe yer ve gerek de olamaz.

Buna karşılık, konutun devrinden “sonra” durum değişir. Konutu devralmış olan kişinin tapuda kendisi üzerine yolsuz olarak tescil ettirmiş bulunduğu bu konutu iyi niyetli üçüncü kişiye kazandırabilmesini önlemek üzere, taşınmazın maliki olmayan ve evvelce devir için oluru alınmamış olan eş harekete geçebilir. O, tapu sicilinin düzeltilmesi davasını açma ve mahkemeden MK 1011 anlamında geçici tescilin şerhini sağlama konusunda yetkili (dava açma ve şerh talep etme konusunda mezun) sayılır.

Demek ki MK 194 kuralının eşe verdiği şerhi talep hakkı, taşınmazın maliki olmayan eşin mahkemede yolsuz tapu sicilinin düzeltilmesi davasını açma ve bu bağlamda aynı mahkemeden geçici tescilin şerhini talep etme hakkından başka bir şey değildir.

MK 194 III kuralı şunu söylemektedir açıkçası: “Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş, bu mal oluru alınmadan başkasına devredildiğinde, yolsuz tescilin düzeltilmesini isteyebilir ve bu bağlamda tapu kütüğüne konutla ilgili geçici tescil şerhinin verilmesini de isteyebilir.”

Aslında kurala eklenmese de kendiliğinden anlaşılabilir talep haklarıdır bunlar!

“Peki ama yasa koyucu kendiliğinden anlaşılabilir belitleri (aksiyomları, mütearifeleri), yazılmasa da olur boş konuları hükme bağlar mı hiç?” diye sorulabilir. Bu soruya verilecek yanıt şudur: Yasa koyucu yanlışlıkla düşüldüğünde, yanlış iş yaptığında, sağduyuya aykırı (ad absurdum) akıl yürütmeden kaçınmak isteyen hukukçu için kuralı bir “belit” (aksiyom) gibi yorumlamaktan başka çare kalmaz.

Son olarak söylenecek şey şudur: Keşke, yasa koyucu, İsviçre’de olduğu gibi aile konutunun şerhini hiç MK 194 kuralına eklemeseydi. Bu işgüzarlık, Türk hukuk yargısına ve yazınına, daha da vahimi, aile konutuyla korunması amaçlanan eşe ve ailesine çok pahalıya mal olmuştur. “Kaş yapayım derken göz çıkarmanın” bundan çarpıcı örneği az bulunur!