

uk

il

1-

er

ii-

## AİLE KONUTUNUN ŞERHİNE DEĞİŞİK BİR YAKLAŞIM

Prof. Dr. Rona SEROZAN

Yeni MK' u yapanların özellikle paylı mülkiyet ilişkisinde (MK 689 ve 695 kurallarında) göze çarpan şerh tutkusunun talihsiz bir uzantısı da aile konutu alanında uç vermiştir.

Bu şerh tutkusunun ruhsal kökeninde tıpkı önalım (şuf'a) hakkının ancak dava yoluyla kullanılması gereğinde olduğu gibi, insanımıza karşı güvensizliğin yattığı bellidir.

Bu tutkunun olumsuzluğu şuradadır 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 salt bize özgü 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 bağlayabilmesi için tapuya şerhin şart koşulması (MK 695), ülkemizde parselasyonu henüz tamamlanmamış olan arsalarda kurulan ve paydaşlar arasındaki ilişkilerin kararlılığını ve kalıcılığını gereksinen "kaydan şayi - fiilen müstakil" paylı mülkiyet ilişkilerinde yoğun sürtüşmelere yol açmıştır.

Hele aile konutunun şerhi (MK 194 kuralı) öğretiyi ve uygulamayı büsbütün sakıncalı yollara sürüklemiştir.

Bir kere, bu gereksiz şerh, şu hukuksal gerçeğin üzerine talihsiz bir gölge düşürmüştür: Aile konutu eşin oluru alınmadan devir edilemez. Eğer böyle bir devir her nasılsa gerçekleştirilirse, bu devir "kesin hükümsüz" olur. Bu hükümsüzlüğü konutu devir alanın iyi niyeti de sağaltamaz. İşte Batı'da hiçbir ülkede rastlanmadığı halde Türk Medeni Kanunu'nda "özgün bir buluş" diye yer verilen şerh bu bilimsel ve hukuksal gerçeğin üstünü yoğun bir kuşku sisiiyle örtmüştür.

Gerçekten de aile konutuna ilişkin taahhütte ve tasarrufta bulunma konusunda ister "ehliyet sınırlaması" varsayılınsın, ister "eşin katılma hakkından türemeye bir geçerlilik gereği" öngörülmüş varsayılınsın, aile konutunu devralanın iyi niyetle bu konutu edinmesi asla söz konusu olamaz.

Ancak özel yararı koruyan nispi tasarruf yetkisi sınırlamalarıdır ki nispi hükümsüzlük ya da askıda hükümsüzlük söz konusu olur ve sözleşmenin eşyayı devralan yanının iyi niyeti korunabilir. Aile konutu söz konusu olduğunda ise korunan menfaat sıradan bir özel bireysel çıkarın boyutlarını aşar.

*Ehliyetsizlik ya da mutlak (kamusal ve buyurucu) tasarruf yetkisi sınırlamalarında ve bu bağlamda aile konutuna ilişkin devir sınırlamalarında kesin hükümsüzlüğün eşyayı devralanın iyi niyetiyle sağaltılamayacağı hakkında bk.*

is-

*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.*

Oyleyse, aile konutunun eşin oluru alınmadan devrinde iyi niyetli mülk edinimine set çekecek bir şerh de yer ve gerek olamaz. Nitekim aile konutunu tanıyan tüm Batı ülkeleri gibi, İsviçre'de de Zivilgesetzbuch'ta herhangi bir özel şerh öngörülmesi değildir.

Bizde ise öğretide bu gereksiz şerh yüzünden ortaya çıkan kuşkunlu ve karmaşanın giderilmesi konusunda çok değişik görüşler ortaya atılmıştır. Şerhin amacının aile konutunu ilk olarak devralan kişinin iyi niyetle iktisabını mı yoksa konutu bu kişiden devralan üçüncü kişinin iyi niyetle iktisabını mı bloke etmeyi amaçladığı sürgit tartışılmaktadır.

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

Uygulamanın tutumuna gelince, bu tutum düpedüz şaşırıdır. 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 olduğunu ve eşin de bu konutun devrine rızasını 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 şerh kaçınılmazdır.

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

Yargıtay'ın aile konutunun şerhinin etkilerine ilişkin bu görüşü, oluru alınmayan eşe işlem tarafı kişinin kötü niyetini kanıtlama yükünü yüklemekte olup, MK 194'ün eşi ve aileyi koruma amacıyla asla bağdaşmaz.

*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 Medeni Kanun'un aile konutuna ilişkin yeni düzenlemesinin bu yasanın 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 konunun (diyelim, mülkiyet statüsünün) süregelen etkilerini der-*

*hal kendi yeni rejimine bağlayacağı doğaldır. Yasaların derhal yürürlüğü (l'application immédiate) diye bilinir bu olgu.*

*Oyleyse, 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 nitelmesi abartılıdır. Hele Yargıtay'ın MK 194 kuralına ilişkin antisosyal kararı ışığında yeni rejimin derhal yürürlüğünü bir "devrim" diye nitellemek blüsbütün yadırgatıcıdır.*

Doğrusu şudur: Ne denli çok yinelenirse az sayılabilir; evvelce de vurgulandığı gibi, eşin oluru alınmadan yapılan aile konutunun devri işlemi, devralan kişi ister iyi niyetli olsun, ister kötü niyetli olsun, her halde kesin hükümsüzdür. Tıpkı ehliyetsiz bir eşin ya da kamu malında tasarruf edenin devir işlemindeki gibidir durum!

MK 194 kuralının öngördüğü tasarruf sınırlaması iyi niyetle onarılabilecek bir özel tasarruf yetkisi sınırlaması değildir; iyi niyetle onarılamayacak kamusal ve buyurucu karakterde bir ehliyet, tasarruf ya da katılım gereği sınırlamasıdır.

MK 194 kuralının sınırlaması özel bir tasarruf yetkisi sınırlaması sayılamayacağına göre de aile konutunun şerhi gerçek anlamda (kişisel alacak haklarını koruyan MK 1010 kuralı anlamında) özel çıkara hizmet eder bir tasarruf yetkisi sınırlaması şerhi sayılamaz.

Peki iyi ama MK 194 kuralının yersiz ve gereksiz şerhinin onurunu kurtarmak için onu hangi hukuksal işlevin yularına takmalıdır?

Burada, yolsuz tescilden sonra olası bir yeni devirde iyi niyetli edinimi engelleyebilecek olan şerh, olsa olsa, MK 1011 kuralının "geçici tescil şerhi" olabilir. Bu şerhi de aslında konutun maliki olmadığına göre, maddi anlamda hak sahibi davacı sıfatını taşımayan "devir için oluru alınmamış olan eş", kendisine MK 194 kuralında zımnen ayrıksı bir "dava yetkinliği" (dava takip yetkisi = dava açma mezuniyeti = Prozesstandschaft = Prozessführungsbefugnis) tanınmış sayılarak mahkeme kararıyla sağlayabilir.

Bu noktayı açalım: Evvelce aile konutunun devrinde oluru alınmamış olan eş, yolsuz tescilin düzeltilmesini, başkasının (eşinin) hakkını kovuşturma konusunda MK 194 kuralı eliyle sahip kılınmış sayılacağı dava açma mezuniyetine ya da yetkinliğine (Prozessführungsbefugnis veya Prozesstandschaft) dayandıracaktır. Bu dava sonuçlanıncaya kadar tapuda aile konutunun maliki gibi gözüken kişinin bu konutu iyi niyetli bir üçüncü kişiye kazandırması riskine karşı, o, tüm düzeltim davalarında tüm tedbirli davacıların yaptığı gibi, geçici tescilin şerhini sağlayacaktır. Bu şerh mahkeme kararının varlığını gerektirir. Eklemeli ki bu şerh tapu sicilinin kilitlemesine (feragdan men'e) yol açmaz. Ama iyi niyetli aynı hak edinimini engellemeye yeter.

*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 değerlendirme ışığında, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 2002 yılında bu şerhin sırf eşin tapu memuruna yönelik talebiyle ve mahkeme kararına gerek bulunmaksızın gerçekleştirilebileceğine ilişkin Genelgesi de hiç kuşkusuz hukuksal dayanaktan yoksun kalacaktır.

MK 194 şerhini öğretilde baskın görüşün yaptığı gibi MK 1010 anlamında bir tasarruf sınırlaması şerhi olarak nitelendirmek şu bakımdan tutarsızdır ki yazarların büyük çoğunluğu tarafından varlığı isabetle yadsınan "tasarruf yetkisi sınırlaması" kavramı, şerh söz konusu olduğunda, sırf havada kalan şerhi yerli yerine oturtabilmek için aynı yazarlarca sonradan ister istemez benimsenmektedir.

Bu tutarsızlığın farkına varan kimi hukukçuların tasarruf sınırlaması şerhine "atipik" ya da "gerçek olmayan" sıfatını eklemeleri "zevahiri kurtarmaya" yetmez. Bu şerh MK 1011 kuralının geçici tescil şerhi kompartımanından başka bir kompartımana oturtulamaz; oturtulduğunda çarpık durur.

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

Dikkat edilirse, bu yaklaşımda, MK 194 kuralı, aslında hak sahibi (malik) olmayan eşe özel bir dava takip yetkisi (dava yetkinliği) ve bu bağlamda geçici tescilin şerhini sağlama olanağı veren bir kural olarak değerlendirilmektedir.

Sonuç olarak, MK 194 kuralı, eğer onuru kurtarılmak isteniyorsa, şöyle okunmalıdır:

Aile konutu eşin oluru alınmadan devredilemez; eğer her nasılsa devredilirse, bu devir kesin hükümsüz sayılır. Bu hukuksal sonucu (etkisizliği) sağlamak için, konutun devrinden önce herhangi bir şerhe yer ve gerek yoktur. Buna karşılık, devirden sonra, konutu devralmış olan kişinin tapuda üzerine tescil ettirmiş bulunduğu bu konutu iyi niyetli üçüncü kişiye kazandırabilmesini engellemek üzere, taşınmazın maliki olmayan ve evvelce devir için oluru alınmamış olan eş, tapu sicilinin düzeltilmesi davasını açma ve mahkemeden MK 1011 anlamında geçici tescilin şerhini sağlama konusunda yetkili sayılır.

Başta İsviçre'de olmak üzere tüm Batı ülkelerinde aile konutunun eşin oluru alınmaksızın devredilmesi sorunsalı işte böyle çözüme bağlanır.