

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

AİLE KONUTU VE KİRA İLİŞKİLERİ
Yüksek Lisans Tezi

GAMZE CUMALI

İstanbul, 2012

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

AİLE KONUTU VE KİRA İLİŞKİLERİ
Yüksek Lisans Tezi

GAMZE CUMALI
Tez Danışmanı: DOÇ.DR.BURAK ÖZEN

İstanbul, 2012

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

HUKUK Anabilim Dalı ÖZEL HUKUK Bilim Dalı Yüksek Lisans öğrencisi
GAMZE CUMALI'nın AİLE KONUTU VE KİRA İLİŞKİLERİ adlı tez çalışması
,Enstitümüz Yönetim Kurulunun 11.07.2012 tarih ve 2012-18/9 sayılı kararıyla
oluşturulan jüri tarafından oybirliği/oyçokluğu ile Yüksek Lisans Tezi olarak kabul
edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Tez Savunma Tarihi : 23.07.2012

1) Tez Danışmanı : DOÇ. DR. BURAK ÖZEN

2) Jüri Üyesi : DOÇ. DR. FARUK ACAR

3) Jüri Üyesi : PROF. DR. TUFAN ÖĞÜZ

(Burak Özen)
Faruk Acar
Tufan Öğüz

AİLE KONUTU VE KİRA İLİŞKİLERİ

ÖZET

Bu çalışmada Türk Medeni Kanunu ile Türk hukuk sistemine girmiş bulunan aile konutu ve aile konutunun kira sözleşmelerine etkisi ele alınmıştır.

Çalışmanın birinci bölümünde aile konutu kavramının tanımı, unsurları ve koruma süresi izah edilmeye çalışılmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nda aile konutu olarak kullanılan kiralanan ile ilgili özel hükümler incelenmiştir ve bu hükümlerin kira sözleşmelerine benzer sözleşmeler bakımından uygulanıp uygulanmayacağı sorusuna cevap aranmıştır.

SINGLE FAMILY DWELLING AND LEASE RELATIONSHIPS

ABSTRACT

In this study, single family dwelling which has taken place in Turkish Law with Turkish Civil Code and single family dwelling's effects about the lease relationship was discussed.

In the first chapter of our study we tried to explain single family dwelling's definition, elements and duration of protection.

In the second chapter of the our study, we study the articles about single family dwelling and lease contracts which are taken place in Turkish Civil Code and Turkish Code of Obligations, and we look answer the question "if this articles can be applied about similar contracts".

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR.....	IX
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

AİLE KONUTU

I.TARİHSEL GELİŞİM.....	5
A.TÜRK KANUNU MEDENİSİ DÖNEMİ.....	5
B.KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ GELİŞMELER	9
1.Uluslararası Hukuktaki Gelişmeler.....	9
a.Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesinin Kabulü	9
b.Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 7 Nolu Ek Protokolünün Kabulü	12
c.Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 16 Ekim 1981 tarih ve R (81) 15 no'lu Tavsiye Kararı	13
2.İsviçre Hukukundaki Gelişmeler	14
C.TÜRK MEDENİ KANUNU DÖNEMİ.....	16
II.TANIMI	20
III.UNSURLARI.....	22

A.YASAL EVLİLİK BİRLİĞİNE DAYANAN AİLE.....	23
1.Aile.....	23
a.Genel Olarak	23
b.Özel Hukuk Terminolojisinde Aile	26
2.Yasal Evlilik Birliği	27
B.KONUT	29
C.KONUTUN EŞLERİN ORTAK İRADELERİYLE AİLE KONUTU OLARAK TAHSİS EDİLMESİ (SÜBJEKTİF UNSUR)	35
1.Konutun Seçimi (TMK md. 186).....	35
2.Seçilen Konutun Eşlerin Ortak İradesi ile Aile Konutu Olarak Tahsis Edilmesi	37
D. OBJEKTİF UNSUR	40
E.HUKUKA UYGUN KULLANIM	40
IV.ÖNEMİ	43
V.KORUMA SÜRESİ	45
A.GENEL KURAL: AİLE KONUTUNUN EVLİLİK BİRLİĞİ SÜRESİNCE KORUNMASI	45
1.Genel Olarak	45
2.Özellik Arz Eden Haller.....	46
a.Terk	46
aa.Genel olarak.....	46
bb.Hak sahibi eşin aile konutunu terk etmesi	48

cc.Hak sahibi olmayan eşin aile konutunuterk etmesi	49
b.Ayrılık Kararı veya Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi	50
c.Boşanma veya Evliliğin İptali Davası Açılmış Olması	52

İKİNCİ BÖLÜM

KULLANIM HAKKI KİRA SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN

AİLE KONUTU

I.GENEL OLARAK	53
II.EŞLERİN HUKUKİ İŞLEM ÖZGÜRLÜĞÜ İLE SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SÖZLEŞMELERİN NİSBİLİĞİ İLKELERİNİN İSTİSNASI OLARAK AİLE KONUTU.....	58
A. EŞLERİN HUKUKİ İŞLEM ÖZGÜRLÜĞÜ VE AİLE KONUTU	58
B. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLE SÖZLEŞMELERİN NİSBİLİĞİ İLKESİ VE AİLE KONUTU	61
III.EVLİLİK BİRLİĞİ SÜRESİNCE KİRA SÖZLEŞMESİNİN DURUMU	62
A. KİRA SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE DİĞER EŞİN RIZASI	62
1.Genel Olarak	62
2. Sözleşmeye Taraf Olmayan Eşin Rızasına Bağlı İşlemler	63
a.Fesih.....	63
b.Kullanım Hakkını Kapsam veya Zaman Bakımından Daraltan veya Ortadan Kaldıran Tadil Sözleşmeleri	69
c. İkale Sözleşmesi	71
d. Tahliye Tahhüdü	71

e. İkame Edilen Tahliye Davasının Kabulü	72
f. Alt Kira Sözleşmesi ve Kullanım Hakkının (Kiranın) Devri	73
g. Kira İlişkisinin Devri	75
h. Kiralananın Sözleşmenin Bitiminden Önce Geri Verilmesi	76
ı. Şerhin Terkini	76
3. Kira Sözleşmesinin Feshinin Diğer Eşin Rızasına Bağlı Olmasının Şartları.....	79
a. Geçerli Bir Kira Sözleşmesinin Bulunması	79
b. Kira Sözleşmesine Eşlerden Yalnızca Birinin Taraf Olması	80
c. Kiralanan Konutun Aile Konutu Olarak Kullanılması	80
4. Rızanın Hukuki Niteliği.....	81
a. Fiil Ehliyeti Sınırlaması Görüşü	81
b. Katılım Hakkı Görüşü	82
c. Tasarruf Yetkisi Sınırlaması Görüşü	84
d. Sözleşme Özgürlüğünün Kanundan Doğan Sınırlaması Niteliğinde Olduğu Görüşü	87
e. Yasak İşlem Görüşü	87
f. Yargıtay'ın Görüşü	88
g. Görüşümüz	88
5. Rızanın İçeriği	91
6. Rızanın Şekli	92

7. Rızanın Verilme Zamanı	97
8. Rıza Beyanının Yöneltilceği Kişi	99
9. Rıza Alınmadan Yapılan İşlemin Hukuki Etkisi	99
a. Rızanın Verilmediği Süre İçinde İşlemin Hukuki Etkisi.....	99
b. Rızanın Sonradan Verilmesi Halinde Hukuki İşlemin Hüküm Doğurma Anı	100
c. Rıza Verilmemesinin Hukuki Müeyyidesi	101
10. Rıza Sağlayamayan Kiracı Eşin Hakime Müracaat Hakkı	102
a. Diğer Eşin Rızasının Alınamaması	103
b. Diğer Eşin Haklı Bir Sebep Olmaksızın Rıza Vermekten Kaçınması	104
c. Görevli Mahkeme	105
d. Yetkili Mahkeme	106
e. Davanın Tarafları.....	106
f. Mahkemenin Vereceği Kararın Etkisi.....	106
B. SÖZLEŞMEYE TARAF OLMA	107
1. Genel Olarak	107
2. Sağladığı Koruma	112
3. Koşulları.....	114
a. Geçerli Bir Kira Sözleşmesinin Bulunması.....	114
b. Eşlerden Yalnızca Birinin Kiracı Sıfatına Sahip Olması	114

c. Kiralanan Yerin Aile Konutu Olarak Kullanılması.....	115
4. Bildirimin Hukuki Niteliği.....	115
5. Bildirimin Muhatabı.....	117
6. Bildirimin Şekli.....	118
7. Bildirimin Yapılma Zamanı.....	119
8. Bildirimin Hükümü ve Sonuçları.....	120
IV.EVLİLİK BİRLİĞİNİN SONA ERMESİNDEN SONRA KİRA SÖZLEŞMESİNİN DURUMU.....	124
A. GENEL OLARAK	124
B. KİRALANANIN KİRA SÖZLEŞMESİNE TARAF OLMAYAN EŞİN KULLANIMINA BIRAKILMASI	128
1. Koşulları	128
a. Sözleşmesel Mal Rejimi Olarak Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminin Kabul Edilmesi	128
aa. Genel Olarak.....	128
bb. Sözleşmesel mal rejimi olarak paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin kabul edilmiş olması	131
b. Evliliğin İptal veya Boşanma Kararı ile Sona Ermiş Olması	133
c. Aile Konutunu Kullanma Hakkının Kira Sözleşmesinden Kaynaklanması	134
d. Gereklilik.....	135
e. Kiralananın Mahkeme Kararı ile Kira Sözleşmesine Taraf Olmayan Eşe Bırakılması	135

2. Hüküm ve Sonuçları	136
V. KİRA SÖZLEŞMESİNE BENZER HUKUKİ KURUMLARDA MK 194 HÜKMÜ İLE TBK 349 HÜKMÜNÜN UYGULANABİLİRLİĞİ	139
A. LOJMANLAR VE İŞVERENCE TAHSİS EDİLEN KONUTLARIN KULLANIMI	139
B. KULLANIM ÖDÜNCÜ SÖZLEŞMESİ.....	142
C. KAPICILIK SÖZLEŞMESİ	144
SONUÇ	147
KAYNAKÇA	153

KISALTMALAR

ABD	Ankara Barosu Dergisi
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AMKGYUDK	Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	Bent
BBD	Bankalar Birliği Dergisi
bkz.	Bakınız
C.	Cilt
CEDAW	Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dpn.	Dipnot
E	Esas
EBK	818 Sayılı Borçlar Kanunu
EÜHFD	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	fıkra
GKHK	Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun
GÜHFD	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	Hukuk Dairesi

HGK	Hukuk Genel Kurulu
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBD	İstanbul Barosu Dergisi
İBK	İsviçre Borçlar Kanunu
İMK	İsviçre Medeni Kanunu
K.	Karar
KKD	Konut Kapıcıları Yönetmeliği
md.	madde
MÜHF-HAD	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
RG	Resmi Gazete
s.	sayfa
S.	Sayı
T.	Tarih
TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	Türk Borçlar Kanunu
T.C.	Türkiye Cumhuriyeti
TCK	Türk Ceza Kanunu
TKM	Türk Kanunu Medenisi
TMK	Türk Medeni Kanunu
TNBHD	Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi
TST	Tapu Sicil Tüzüğü

v.b.	ve benzeri
v.d.	ve devamı
Y	Yıl
Yarg.	Yargıtay
YD	Yargıtay Dergisi
YÜHFD	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

GİRİŞ

4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe giren Türk Kanunu Medenisi, Türk Cumhuriyet Devrimi'nin temel hedeflerinden biri olan “çağdaş uygarlık seviyesine ulaşma” noktasında atılmış en önemli adımdı. 1907 yılında kabul edilip 1912 yılında yürürlüğe giren İsviçre Medeni Kanunu'ndan iktibas edilen TKM, yürürlüğe girdiği tarihte kadın hakları açısından çok önemli bir ilerleme sağlasa da temeli Roma Hukuku'na kadar dayanan erkek egemen hukuk sisteminden izler taşımakta ve kadın erkek eşitliğine aykırı hükümler ihtiva etmekteydi.

Zaman içerisinde “kadın-erkek” algısında meydana gelen gelişmeler, karşılaştırmalı hukuk alanında, gerek uluslararası metinlerde gerekse de ulusal kanunlarda kadın-erkek eşitliğine dayanan düzenlemeler yapılmasına yol açmıştır. Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve toplumsal alanda meydana gelen değişim, Türk kanun koyucusunu kadın-erkek eşitliğine dayanan bir medeni kanun hazırlanmaya sevk etmiştir. Uzun çalışmalar sonucunda hazırlanan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, 1 Ocak 2002 yürürlüğe girmiştir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, aile hukuku alanında önemli değişiklikler yapmış ve kocanın reisliğine dayanan evlilik esasından “kadın-erkek eşitliğine dayanan evlilik birliği esası”na geçişi sağlamıştır. Kanun, özüyle ve sözüyle, kadın-erkek eşitliğine dayandırılmış ve Kanun'un Genel Gerekçesi'nde eşler arası cinsiyet farkı gözetmeksizin, tam bir eşitlik sağlama amacının birinci planda tutulduğu vurgulanmıştır. Kadını korumak adına, kadının fiil ehliyetini sınırlama şeklinde tezahür eden anlayış yerini “kadın ve erkeğin eşit şekilde korunması” anlayışına bırakmıştır. Evlilik birliğinde cinsler arası ayrımcılığa gidilmeden, eşlerden her birinin ve daha genel manada ailenin korunması adına ihdas edilen en önemli kurum ise “aile konutu”dur.

Aile konutu, aile bireylerinin temel ihtiyaçlarından biri olan barınma ihtiyacının karşılanması yanında, yaşam faaliyetlerinin merkezi haline gelmesi nedeniyle aile bireyleri açısından çok önemli bir yere sahiptir. Evlilik birliği devam ederken, ailenin, aile konutu üzerindeki menfaatlerini temin etmek amacıyla TMK md. 194 hükmü,

evlilik birliğinin sona ermesi halinde eşlerin barınma haklarının korunması amacıyla TMK md. 240, 254, 255, 279 ve 652 hükümleri düzenlenmiştir.

Türk Medeni Kanunu'nda aile konutuna ilişkin bir tanım yapılmamakla birlikte, aile konutu kavramına ilişkin genel bir hüküm niteliğindeki md. 194 hükmünün gerekçesinde aile konutunun “eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir mekan” olduğu açıklanmıştır.

Eşlerin aile konutu üzerindeki hakkı mülkiyet hakkı veya sınırlı ayni bir hakka dayanabileceği gibi konut üzerinde şahsi bir kullanım hakkı tanıyan kira sözleşmesine de dayanabilir. Özellikle büyük şehirlerde, konut fiyatlarının yüksek olması, barınma ihtiyacının kira sözleşmesi yapılarak karşılanmasına yol açmaktadır.

Kullanım hakkı kira sözleşmesine dayanan aile konutlarına özgü koruma, TMK md. 194 hükmü ile sözleşmesel mal rejimi olan paylaşımlı mal ayrılığı rejimine ilişkin hükümlerde yer almıştır.

Evlilik birliğinin genel hükümleri arasında yer alan TMK md. 194/f.1 hükmünde, kiralaran konutun aynı zamanda aile konutu niteliğine sahip olması halinde, kira sözleşmesinde kiracı sıfatına sahip olan eşin, sözleşmeyi yalnızca eşinin rızasıyla feshedebileceği belirtilmiştir. Böylelikle, aile konutu üzerinde şahsi hakka sahip olan eşin, aile bireylerinin barınma ihtiyacını karşılayan ve yaşam merkezi haline gelen aile konutunun kaybına yol açan fesih işlemi ile ilgili olarak tek başına söz sahibi olması önlenmiş, eşler arası eşitliğe dayanan evlilik birliğinde, aile konutunun geleceği hakkında verilecek kararın eşlerin ortak iradesine dayanması sağlanmıştır. TMK md. 194/f.2 hükmünde ise, sözleşmeye taraf olmayan eşin rızasının alınamaması veya haklı sebep olmaksın rıza göstermekten kaçınılması halinde, hakime başvurulabileceği belirtilmiştir.

Türk Medeni Kanunu md. 194/f.4 hükmünde, mehz İsviçre Medeni Kanunu'nda karşılığı bulunmayan bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu hükme göre, kira sözleşmesine taraf olmayan eş, kiraya verene yapacağı tek taraflı bildirim ile kira sözleşmesine taraf olur ve eşler kira sözleşmesinden müteselsilen sorumlu hale gelir.

Türk Medeni Kanunu'nun paylaşmalı mal ayrılığı rejimine ilişkin md. 254 hükmünün dördüncü fıkrasında, evlilik birliğinin boşanma veya iptal kararıyla sona ermesi halinde, aile konutu olarak kiralanan konutta barınma hakkına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu hükme göre, evlilik birliğinin iptal veya boşanma kararı ile sona ermesi halinde, hakim, gereklilik bulunuyorsa, konutun kira sözleşmesine taraf olmayan eş tarafından kullanılmasına karar verebilecek ve kira sözleşmesinde bu yönde bir değişiklik yapabilecektir. Hakim, kira sözleşmesinde bu yönde bir değişiklik yapılmasına karar verirse, kiraya verenin menfaatlerini korumak adına gerekli tedbirleri re'sen alacaktır.

Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun kira sözleşmesini düzenleyen hükümlerinde, aile konutu olarak kullanılan kiralananlara özgü bir koruma sağlayacak değişikliğe gidilmemiştir. 01 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun konut ve çatılı işyeri kiralarna ilişkin 349. maddesinde, aile konutu kavramına yer verilmiştir. TBK md 349 hükmü, büyük ölçüde TMK md. 194 hükmü ile paralellik arz etmektedir.

Türk Borçlar Kanunu'nun md.349 hükmüne göre "Aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanan taşınmazlarda kiracı, eşinin açık rızası olmadıkça kira sözleşmesini feshedemez.

Bu rızanın alınması mümkün olmazsa veya eş haklı sebep olmaksızın rızasını vermekten kaçınırsa kiracı, hâkimden bu konuda bir karar vermesini isteyebilir.

Kiracı olmayan eşin, kiraya verene bildirimde bulunarak kira sözleşmesinin tarafı sıfatını kazanması hâlinde kiraya veren, fesih bildirimini ile fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresini kiracıya ve eşine ayrı ayrı bildirmek zorundadır".

Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, özel hukuk mevzuatının temel kanunlarından olan medeni kanun ve borçlar kanununda, aile konutunu korumaya yönelik pozitif dayanaklar yer almış ve kanunlar arasında uyum sağlanmış olacaktır.

Çalışmamızda, öncelikle, aile konutuyla ilgili genel hüküm niteliğindeki TMK md. 194 hükmü ile ilgili açıklamalara yer verilecektir. Çalışmamızın bu konu ile ilgili birinci bölümünde, aile konutuyla ilgili tarihsel sürece ve aile konutunun tanımına yer verilecek, aile konutunun unsurları, önemi ve aile konutuna sağlanan korumanın ne kadar süreceği açıklanmaya çalışılacaktır. Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, Türk Medeni Kanunu ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda, sözleşme özgürlüğü ile sözleşmelerin nisbiliği ilkesi ve eşlerin hukuki işlem özgürlüğünün istisnası olarak öngörülen aile konutunun, kira sözleşmesine etkisi üzerinde durulacak; son olarak da kira sözleşmesine benzer hukuki kurumlarda, kira sözleşmesine ilişkin bu düzenlemelerin uygulanıp uygulanmayacağı değerlendirilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

AİLE KONUTU

I.TARİHSEL GELİŞİM

A.TÜRK KANUNU MEDENİSİ DÖNEMİ

Kurtuluş Savaşı'nı zaferle neticelendiren Mustafa Kemal Atatürk önderliğindeki lider kadro, Devlet-i Aliyye-i Osmaniyye'nin¹ çağdaş uygarlık seviyesine ulaşması için reform çabalarına girişmiştir. Bu çerçevede öncelikle 1 Kasım 1922'de saltanat kaldırılmış, akabinde 29 Ekim 1923'te mevcut yönetim şekli değiştirilerek “cumhuriyet rejimi”ne geçilmiş ve devletin adı Türkiye Cumhuriyeti Devleti olarak değiştirilmiştir. Lakin, yönetsel açıdan yapılan bu değişiklik çağdaş uygarlık seviyesine ulaşmak için yeterli olmayacak, şekli bir düzenlemeden öteye gidemeyecekti. Zira, medeni açıdan gerçekleşebilecek bir ilerleme, ancak toplumsal gelişmeyle sağlanabilirdi. Bunun bilincinde olan Mustafa Kemal, toplumu çağdaş bir biçimde şekillendirmeye yönelik politikalar geliştirmiştir. Hiç şüphe yok ki bu politikaları gerçekleştirecek tek bir araç vardır, o da hukuktur.

Medeni Kanunlar, bir ülkede yaşayan insan topluluğu (ulus) arasındaki yatay ilişkileri düzenleyen temel kanunlardır. Vatandaşların günlük yaşamını en çok ilgilendiren konulardaki kurallar bu kitaplarda yer alır². Bu bakımdan medeni hukuk sisteminde yapılacak değişiklik temel hedef kabul edilen “çağdaş uygarlık seviyesine ulaşma” ilkesinin yaşama geçirilmesinde en önemli adımdır.

Devlet-i Aliyye-i Osmaniyye döneminde, çağdaş anlamda bir medeni hukuk mevzuatı bulunmamaktaydı. Müslüman tebaanın aile ilişkileri İslam hukuku esaslarına göre (İslam dini içerisinde genel olarak Hanefi mezhebi inancı) belirlenmekteydi.

¹ Bu çalışmada “Osmanlı Devleti” ve “Osmanlı İmparatorluğu” ifadeleri yerine “Devlet-i Aliyye-i Osmaniyye” ifadesi kullanılmıştır. Bu tercihin sebebi ise Osmanlılar'ın kendi devletlerini “Devlet-i Aliyye-i Osmaniyye” olarak adlandırmaları ve yazışmalarda bu ismi kullanmalarındır. Bkz. İNALCIK, Halil, Devlet-i Aliyye, Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar-1, Ocak 2012, s. IX.

² SEROZAN, Rona, “Yeni Medeni Kanun Neler Getirdi, Neler Götürdü?” Gün Işığı Aylık Hukuk Dergisi, Nisan 2003, S.2, s.8.

Gayrimüslim tebaanın aile hukuku düzenlemeleri ise kendi dinlerine dayanmaktaydı³. Tanzimat sonrasında gelişen kodifikasyon çalışmaları neticesinde Ahmet Cevdet Paşa tarafından İslam Hukuku esas alınarak hazırlanan ve on altı kitaptan oluşan Mecelle'yi Ahkam-ı Adliye yürürlüğe girdi. Ancak, Mecelle, aile hukuku ile ilgili hususları düzenlemiyordu. Aile Hukuku ile ilgili hususlar ise 1917 tarihinde yayımlanan Aile Hukuku Kararnamesi ile düzenlenmişti ancak; bu kararname yetersizdi ve 1919 tarihinde yürürlükten kaldırıldı.

Fransız pozitivistizm ve laisizminden etkilenen cumhuriyet dönemi lider kadroları, fıkıh ilmi esaslarına dayanan bir kanunu medeni yerine, laik esaslara dayalı bir kanunu medeninin kabulünün, toplumu hızla şekillendirme yönündeki hedeflerine ulaşmada çok önemli bir sıçrama tahtası olduğunun bilincindeydi. Üstelik, 24 Temmuz 1924 tarihinde imzalanan Lozan Anlaşmasında, laik esaslara dayalı kodifikasyona başlanacağı taahhüdünde bulunulması, bu hususta hızlı adımlar atılmasını gerektirmekteydi. Bu nedenle, Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt'un önerisi ile İsviçre Medeni Kanunu'nun iktibas edilmesi kabul edildi⁴.

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi 04 Nisan 1926 tarihinde yayımlanarak 04 Kasım 1926 tarihinde yürürlüğe girmiştir. TKM'nin reformist karakterinin en çok hissedildiği alan ise Aile Hukukuydu; evlilik hukuku alanında nikahın resmi prosedüre bağlanması, monogaminin kabulü, kadına eşit boşanma hakkı tanınması, kadın-erkek eşitliğinin sağlanmasında atılmış büyük bir adımdı⁵.

Türk Kanunu Medenisinin yürürlüğe girmesi ile kadın-erkek eşitliği konusunda çok büyük bir ilerleme kaydedilmekle birlikte belirtmek gerekir ki, bu Kanun'un yürürlüğe girmesi ile kadınlar adına edinilen kazanımlar, günümüzün kadın hakları

³ HATEMİ, Hüseyin, Aile Hukuku, C.1 (Evlilik Hukuku), İstanbul, 2005, s. 3.

⁴ DURAL, Mustafa /SARI, Suat, Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2011, s. 25.

⁵ FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Aile Hukuku, İstanbul, 1986, s. 13; "Türk kanun koyucusu, Türk hayat ilişkilerini radikal bir biçimde modernleştirme amacıyla, yüzyıllardır süregelen İslami gelenekleri bir anda bir yana bırakmış ve tamamen başka bir sosyal, dinsel ve ekonomik yapıya sahip bir toplumun gereksinimlerine göre hazırlanmış bir Medeni Kanun'u yürürlüğe sokmuştur". OĞUZ, Arzu, "Türk Medeni Hukuku'nun Gelişim Çizgisi ve Karşılaştırmalı Hukukun Rolü", AÜHFD, C.55, S.1, 2006, s. 196; OĞUZMAN, Kemal/DURAL, Mustafa, Aile Hukuku, İstanbul 1998, s. 7; TKM'nin kadın hakları konusunda devrim niteliğinde bir kanun olmadığı yönünde HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona, Aile Hukuku, İstanbul, 1993, s. 11 v.d.

anlayışının ihtiyaçlarını karşılayabilecek seviyede değildi. Aile hukuku mevzuatı, kadın ve erkek arasındaki eşitliği kadın aleyhine bozan hükümler içermekteydi, evlilik birliğinde kocanın yetkileri ve yetkisi oranında sorumluluğu kadına oranla genişti⁶.

Eşitlik ilkesine aykırı olan başlıca düzenlemeler ise şunlardı: Türk Kanunu Medenisi md. 152/f.1 hükmüne göre evin reisi kocaydı⁷; md.152/f.2 hükmüne göre evin seçimi kocaya ait bir yetkiydi; md.154'e göre evlilik birliğini temsil etme yetkisi kocaya aitti, kadının temsil yetkisi ise evin daimi ihtiyaçları ile sınırlıydı (md.155/f.1), üstelik kadının temsil yetkisi, koca tarafından kısmen veya tamamen kaldırılabilirdi (md.156/f.1); evlilik birliğinin iâşesi kocaya ait bir görevdi, kadının görevi ise “gücü yettiği kadar kocasının muavin ve müşaviri” olmak ve eve bakmaktı; md. 159/f.1 uyarınca kadının bir iş veya sanatla uğraşması kocanın iznine bağlıydı⁸; md. 169'a göre, karının şahsi mallarına veya mal ortaklığı usulüne tâbi mallara dair karı koca arasındaki hukuki tasarrufların geçerliliği ve kadının, üçüncü şahıslara karşı, koca menfaatine olarak borç altına girebilmesi sulh hakiminin muvafakatine bağlıydı; 153 md. hükmüne göre ise kadın, kocasının aile adını taşımaktaydı⁹.

Mehaz 1912 tarihli İsviçre Medeni Kanunu'nda ve dolayısıyla Türk Medeni Kanunu'nda yer alan bu düzenlemeler, yüzyıllardır süregelen ataerkil toplumun ve

⁶ AKINCI, Şahin, “Medeni Kanun’da Kadın ve Aile”, GÜHFD, C.VIII, S.1-2, Haziran-Aralık 2009, s. 20; ayrıca bkz.KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim, Aile Hukuku, İstanbul, 1985-1986, s. 13; TEKİNAY, Sulhi, Türk Aile Hukuku, İstanbul, 1990, s. 299 v.d.

⁷HATEMİ’ye göre “ bu da bir imtiyaz değil, aksine, erkeğe yüklediği bir ödevdir”, HATEMİ/SEROZAN, s. 11.

⁸ Türk Kanunu Medenisi’nin eşitlik ilkesine aykırı bu düzenlemesi, Anayasa Mahkemesi’nin 29.11.1990 tarihli 30/31 kararı ile iptal edilmiştir. RG. T. 2 Temmuz 1992 , S. 21272 .

⁹ 14.05.1997 tarihinde kabul edilen ve 22.02.1997 tarihinde yürürlüğe giren 4248 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 153 üncü maddesinin Birinci Fıkrasının Değiştirilmesine Dair Kanun İle bu hüküm “Kadın , evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir” şeklinde değiştirilmiştir. Bu husus Türk Medeni Kanunu’nun 187 maddesi ile değişmeden kabul edilmiştir “Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruya kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir”. AİHM, Ünal Tekeli/Türkiye Davasında 16 Kasım 2004 tarihli kararı ile TMK’nun 187. maddesini AİHS’in “Ayrımcılık Yasağı” başlıklı 14. maddesine aykırı bulmuş, bu kararın getirdiği, başvuran da dahil evli çiftlerin kendi soyadlarını kullanabilme ya da aile isminin seçiminde eşit derecede söz sahibi olma hakkını sağlamaya yönelik yükümlülükleri yerine getirmek için gerekli önlemleri almayı Türk Devleti’ne bırakmıştır (www.kazanci.com). TMK md. 187 hükmünün Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’na aykırı olduğu yönündeki iddiayı inceleyen Anayasa Mahkemesi 2009/85 E, 2011/49 K sayılı ve10.03.2011 tarihli kararı ile bu hükmün Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Bu karar 21 Ekim 2011 tarihli ve 28091 sayılı RG.’de yayımlanmıştır (www.kazanci.com).

Roma Hukukunun izleriydi¹⁰. Erkek egemen bu anlayışta, kadın ve erkeğin biyolojik ve ruhsal olarak farklı yapılara sahip olmasından hareket ediliyor, buna bağlı olarak, toplum ve ailede rollerinin farklı olduğu ve farklı hak ve yükümlülüklerle sahip olmalarının “eşyanın tabiatı” gereği olduğu kabul ediliyordu¹¹. Bu anlayışın getirdiği sabit rol ayrımında kadın, annedir, eve ve çocuklara bakar; erkek ise evin geçimini sağlamakla yükümlüdür. Bu anlayışın gereği olarak da erkeğin yetki ve sorumlulukları, cinsler arası eşitliği ihlal edecek şekilde genişliyordu, sözde, kadınları korumaya yönelik olarak, kadınların aile içindeki yetkisini ve hukuki işlem özgürlüğünü sınırlayan hükümlere ihtiyaç olduğu kabul ediliyordu. Medeni kanunlarda da eşler arası mutlak eşitlik kabul edilmiyor, evlilik birliğinde erkeğe üstünlük tanınıyordu¹². Bu düzenlemelerin, kendi içinde tutarlığa sahip olduğu, objektif, biyolojik ve fonksiyonel bir farklılığa dayandığı ve sosyal korumayı amaçladığı kabul ediliyordu¹³.

¹⁰ Roma aile hukuku erkek egemenliğine dayanmaktadır. Bilindiği gibi Roma Hukukunda, tam fiil ehliyetine yalnızca pater familias’lar sahipti. Aile içinde pater familiasların mutlak egemenliği bulunmaktaydı. Pater familias, kuralları koyan, bu kuralları uygulayan ve yargılamayı yapıp gerektiğinde cezalandıran yegane erkti. Pater familias ise yalnızca bir erkek olabilirdi. Evliliğin kurulması için consensus yeterli olmakla birlikte, genellikle manus denilen işlem de yapılmaktaydı. Manus işlemiyle kadın, kocasının veya kocasının pater familiasının “patria potestas”ına tabi oluyordu, yani “baba egemenliği”ne giriyordu. AKINCI, Şahin, Roma Hukuku Dersleri, Konya, 2003, s. 207 v.d.; KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan, Roma Hukuku, 2006, s. 151 v.d.; UMUR, Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, 1999, s. 168 v.d.

¹¹ ACABEY, M. Beşir, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi, İzmir, 1998, s. 77 vd.; CANSEL, Erol, Medeni Kanun’da Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Değerlendirilmesi (Mukayeseli Hukuk), Medeni Kanun’un 50. Yılı-Bilimsel Hafta, 15-17 Nisan 1976, Ankara, 1977, s. 23; DOĞAN, Murat, “Türk Medeni Kanunu’nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler, AÜHFD, C.52, S.4, 2003, s. 95; SİRMEN, Lale, “Medeni Hukuktaki Son Gelişmelerin Işığı Altında Yeniden Düzenlenmesi Gereken Konular”, Hukukta Kadın Sempozyumu (30 Eylül- 1 Ekim 1999, Ankara), Ankara, 2000, s.83; ZEVLİLER, Aydın/ACABEY, M. Beşir, GÖKYAYLA, K. Emre, Zevkliler Medeni Hukuk, Ankara, 2000, s. 756.

¹² ACABEY, Yasal Mal Rejimi, s. 79; CANSEL, s. 38; KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz, “Aile Hukuku’nda Eşlerin Eşitliği”, AÜHFD, 1998, C. XL, S. 1-4, s. 252; AKINTÜRK, Turgut, “Medeni Kanun Öntasarısında Kadın- Erkek Eşitliği”, Hukukta Kadın Sempozyumu, (30 Eylül-1 Ekim 1999, Ankara), Ankara, 2000, s. 73.

¹³ CANSEL, s. 38; DOĞAN, s. 96; ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, Ankara, 2004, s. 145; Krş. AKINTÜRK, s. 73.

B.KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ GELİŞMELER

1.Uluslararası Hukuktaki Gelişmeler

a.Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesinin Kabulü

İkinci Dünya Savaşı'nda topyekun savaşa giren devletlerde, erkekler cepheye giderken, kadınlar üretim araçlarının başına geçmişti. Savaş sonrasında da bilim ve teknolojiadaki gelişmeler, toplumların sosyal, ekonomik ve kültürel cephesini değişime uğratmış ve kadın hareketlerine ivme kazandırmıştı. Artık, kadınlar ekonomik, sosyal, kültürel ve hatta siyasal alanda daha fazla rol alıyor; yüz yıldır erkeğe biçilen yetki ve sorumluluk kisvesi daralmaya başlıyordu. Yaşanan bu gelişmeler aile hukuku ve daha genel olarak tüm kadın haklarında yeni düzenlemeler yapılması ihtiyacını doğuruyordu¹⁴. Zira, mevcut düzenlemeler, kalıtsal hale gelen erkek egemen toplumun esaslarına göre hazırlanmıştı. Kadının biyolojik olarak erkekten zayıf olması, tarihsel süreç içerisinde hukuk sistemlerinde erkeğin kadına nazaran üstün tutulmasına, erkeğin yetki ve sorumluluklarının çok daha geniş olmasına neden olmuştu¹⁵. Sosyal, kültürel, ekonomik, bilimsel ve teknolojik açıdan meydana gelen gelişmeler, kadın haklarına yönelik hukuk politikasının bu kalıplara sığmasını imkansız hale getiriyordu.

Savaş sonrasında, barış ortamı sağlamak ve İkinci Dünya Savaşı'nda yaşanan acı ve yıkımların bir daha yaşanmasını engellemek amacıyla 1945 yılında Birleşmiş Milletler kurulmuştur. 1945 yılında San Francisco'da kuruluş konferansında yer alan bir kaç katılımcı kadın, “insan temel haklarının, kişisel onur ve değeri, erkek ve kadın ve de büyük ve küçük uluslar için eşit hakların” Birleşmiş Milletler Anayasası'nın önsözünde yer almasını sağlamışlardır¹⁶. Bu bakımdan, belirtmek isteriz ki kadın

¹⁴ AKINCI, s. 22.

¹⁵ MOROĞLU, Nazan, “Kadınların İnsan Hakları Bildirisi ve Ek İhtiyari Protokol”, Prf. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999, s. 883.

¹⁶ ÖZDAMAR, Demet, CEDAW Sözleşmesi Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme ve Ek İhtiyari Protokol'ün İç Hukukumuzda, Özellikle Yeni Aile Hukukumuzda Etkisi, Ankara, 2009, s. 36.

hareketleri, kadın hakları konusunda toplumun bilinçlendirilmesi ve uluslararası planda cinsler arası eşitliğin sağlanmasında büyük rol oynamıştır¹⁷.

Birleşmiş Milletler'in kuruluşunu takiben, örgüt bünyesinde Kadın Statüsü Komisyonu kurulmuştur; bu komisyon, kadın-erkek eşitliğinin uluslararası planda sağlanması için önemli çalışmalar yürütmüştür, bu çalışmaların en büyük meyvesi ise "Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW)" olmuştur¹⁸. Sözleşme 3 Eylül 1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁹.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti CADEW'e katılım belgesini 20 Aralık 1985 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne sunmuş ve CEDAW 19 Ocak 1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir²⁰. Lakin, Türkiye, CEDAW'ın md.9/f.1, md.15/f.2 ve 4, md.16/f.1-c,d,f,g ile md.29/f.1 hükümlerine, ulusal mevzuata aykırı olduğu gerekçesiyle çekince koymuştur²¹. Çekince konan maddelerden büyük bir kısmı 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi'ne aykırı bulunmaktaydı, bu hükümler şunlardır:

"Madde 15/f.2: Taraf Devletler medeni haklar bakımından kadınlara erkeklerinkine benzer hukuki ehliyet ve bu ehliyeti kullanmak için eşit fırsatlar tanıyacaklardır. Özellikle, kadınlara akit yapmada ve mülk idaresinde eşit haklar verecekler ve Mahkemelerde davaların her aşamasında eşit muamele edeceklerdir.

Madde 15/f.4: Taraf Devletler, kadın ve erkeğe hukuki olarak ikametgah seçme taşımada eşit yasal hak tanıyacaklardır.

Madde 16/f.1: Taraf Devletler kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri konusunda ayrımı önlemek için gerekli bütün önlemleri alacaklar ve özellikle kadın-erkek eşitliği ilkesine dayanarak kadınlara aşağıdaki hakları sağlayacaklardır.

¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖRÜCÜ, Esin, "Kadın Hareketlerinin Hukuk Sistemlerine ve Hukuk Politikalarına Etkisi", İBD, C. 64, S. 4-5-6, 1990, s. 346-362.

¹⁸ MOROĞLU, s. 885.

¹⁹ CEDAW'ın Türkçe metni için bkz. (http://www.unicef.org/turkey/cedaw/_gi18.html).

²⁰ CEDAW, Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından, 11 Haziran 1986 tarih ve 3232 sayılı Kanun ile uygun bulunmuş, 24 Temmuz 1985 tarihli ve 85/9722 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile onaylanmış ve 14 Ekim 1985 tarih ve 18898 sayılı RG'de yayımlanarak T.C. Anayasası'nın 90. md hükmü gereği iç hukuka dahil olmuştur.

²¹ MOROĞLU, s. 891; ŞİPKA, Şükran, Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, İstanbul, 2004, s. 11.

c. Evlilik süresince ve evliliğin son bulmasında ayrı hak ve sorumluluklar;

d. Medeni durumlarına bakılmaksızın, çocuklarla ilgili konularda ana ve babanın eşit hak ve sorumlulukları tanınacak, ancak her durumda çocukların çıkarları en ön planda gözetilecektir;

f. Her durumda çocukların çıkan en üst düzeyde tutularak ulusal yasalarda mevcut veli, vasi, kayyum olma ve evlat edinme veya benzeri müesseselerde eşit hak ve sorumluluklar;

g. Aile adı, meslek ve iş seçimi dahil her iki eş (kadın-erkek) için, eşit kişisel haklar”.

Bu hükümler, cinsler arası eşitliğin sağlanması için olmazsa olmaz hükümlerdi ve esas itibariyle, Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından konan bu çekinceler, CEDAW’ın amaç ve hedefine aykırı çekince konulmasına izin vermeyen 28. maddesi ile bağdaşmamaktaydı²². 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’ne aykırı görülen bu çekinceler 29 Haziran 1999 tarihinde kaldırılmıştır.

CEDAW’a taraf devletler, kadın-erkek eşitliğini toplumun her kademesinde sağlanması amacıyla iç hukuk mevzuatında gerekli düzenleme ve değişikliklerin yapılacağı taahhüdünde bulunmaktaydı²³. Bu nedenle, çoğu ülkede olduğu gibi

²² MOROĞLU, s. 892.

²³ CEDAW md. 2 “Hukuki alanda tedbirler alma yükümlülüğü. Taraf Devletler kadınlara karşı ayrımcılığın her biçimini yasaklayıp, her türlü vasıta ve hiç vakit kaybetmeden kadınlara karşı ayrımcılığı tasfiye etme politikası izlemeyi kabul ederler, ve bu amaçla aşağıdaki konularda taahhütte bulunurlar:

a) Erkeklerin ve kadınların eşitliği prensibini henüz ulusal anayasalarına veya diğer ilgili mevzuatlarına içselleştirmemişler ise, bu prensibi içselleştirmeyi ve yasalar ve diğer uygun vasıtalarla bu prensibin pratik olarak uygulanmasını sağlamak;
b) Kadınlara karşı her türlü ayrımcılığı yasaklayan ve gerektiği taktirde yaptırımlar getiren gerekli mevzuatı çıkarmak ve diğer tedbirleri almak;
c) Kadınların haklarını erkeklerle eşit bir biçimde koruyacak hukuki mekanizmalar kurmak ve yetkili ulusal yargı yerleri ile diğer kamu kurumları vasıtasıyla her hangi bir ayrımcılık karşısında kadınların etkili bir biçimde korunmasını sağlamak;
d) Kadınlara karşı ayrımcılık niteliğindeki bir eylem veya uygulamadan kaçınmak ve kamu kurum ve kuruluşların bu yükümlülüğe uygun davranmalarını sağlamak;
e) Her hangi bir kişi, kurum veya kuruluş tarafından kadınlara karşı ayrımcılık yapılmasını önlemek için gerekli her türlü tedbiri almak;
f) Kadınlara karşı ayrımcılık oluşturan mevcut yasaları, hukuki düzenlemeleri, gelenekleri ve uygulamaları değiştirmek veya kaldırmak için gerekli her türlü tedbiri almak;
g) Kadınlara karşı ayrımcılık oluşturan bütün ulusal ceza hükümleri kaldırmak.

Türkiye’de de kanunlarda ve yaşamın her alanında kadın-erkek eşitliğine aykırı düzenlemelerin kaldırılması yolundaki çalışmalar yoğunluk kazanmıştır²⁴. Bu çalışmalar sonucunda 03 Ekim 2001 tarihinde T.C. Anayasası’nın “Ailenin Korunması” başlıklı 41. maddesine ailenin eşler arası eşitliğe dayandığına ilişkin bir ekleme yapılmıştır. Kanun önünde eşitlik ilkesini düzenleyen 10. madde hükmünde de çeşitli değişiklikler yapılmıştır. İlk değişiklik 7 Mayıs 2004 tarihinde madde metnine ikinci bir fıkra eklenmek suretiyle yapılmıştı. Daha önce maddenin birinci fıkrasıyla soyut biçimde belirtilen kadın erkek eşitliği, maddeye eklenen iki numaralı fıkroda yer alan “kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir” ifadesiyle vurgulanmış, devlet bu eşitliği sağlamakla yükümlü kılınmıştır. 12 Eylül 2010 tarihinde halk oylamasıyla kabul edilen değişiklik paketiyle 10. maddenin ikinci fıkrasına eklenen “Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz” ifadesiyle kadına yönelik pozitif ayrımcılık anayasal bir temele kavuşturulmuştur. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hazırlanırken de CEDAW’da yer alan düzenlemeler dikkate alınmıştır.

b. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 7 Nolu Ek Protokolünün Kabulü

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde beyan edilen insan hakları Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi vasıtasıyla etkili bir yaptırıma bağlandığından taraf devletlerin, insan hakları bağlamında ilerleme sağlamalarında etkili olmaktadır.

AIHS’de kadın-erkek eşitliğine ilişkin ayrı bir hükme yer verilmemiştir. Bu eksiklik 22 Kasım 1984 tarihinde imzalanıp 1 Kasım 1988 tarihinde yürürlüğe giren 7 Nolu Ek Protokol²⁵ ile giderilmeye çalışılmıştır. 7 Nolu Ek Protokolün 5. maddesine göre “eşler evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar. Bu madde devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarını engellemez”.

²⁴ PARLAK, Şafak, Eşlerin Hukuksal İşlemleri, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007, s. 69; ŞİPKA, s. 10.

²⁵ Protokol, Türkiye tarafından 19 Ekim 1992’de imzalanmış, 23 Şubat 1994 gün ve 3975 sayılı yasa ile onaylanması uygun bulunmuş ve 9 Haziran 1994 tarihinde Bakanlar Kurulu’nca onaylanmıştır. 7 Nolu Protokol metni için bkz.(http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/aihs_05.html).

c.Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 16 Ekim 1981 tarih ve R (81) 15 no'lu Tavsiye Kararı

Aile konutunun korunmasına ilişkin düzenlemeler, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 16 Ekim 1981 tarih ve R (81) 15 no'lu Tavsiye Kararı'nda yer almaktadır²⁶.

Tavsiye kararının md.1 hükmüne göre, aile konutunda barınılmasına zarar verebilecek işlemlerde diğer eşin rızası alınmak zorundadır. Diğer eşin rızası alınmadan yapılan işlemler iptal edilir (md.2). Rızayı sağlamak mümkün değilse veya rıza vermekten haksız olarak kaçınılıyorsa, bir hukuki makamdan veya yetkili başka bir makamdan bu rıza sağlanabilir (md.2/f.2).

Tavsiye kararının 3. maddesinde, evlilik birliğinin ayrılık veya boşanma sebebiyle sona ermesi halinde, aile konutunun eşlerden birine tahsis edilebileceği belirtilmiştir.

Evlilik birliğinin ölüm edeniyle sona ermesi halinde, sağ kalan eş, aile konutunda barınma hakkına sahiptir (md.4).

Tavsiye Kararının md.5/f.1 hükmünde, kullanım hakkı kira sözleşmesine dayanan aile konutlarına ilişkin olarak 1 ila 4. maddelere atıf yapılmıştır. Buna göre, kira sözleşmesiyle ilgili, diğer eşin barınmasına doğrudan zarar verebilecek işlemlerin geçerliliği, diğer eşin rızasına bağlanmıştır. Evlilik birliğinin ayrılık veya boşanma nedeniyle sona ermesi halinde aile konutu eşlerden birine tahsis edilebilecektir. Sağ kalan eş de aile konutunda barınma hakkına sahiptir. Tavsiye Kararı'nın md.5/f.1 hükmüne göre ise, kira sözleşmesine taraf olan eş, bu sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmiyorsa, diğer eş bu borçları yerine getirerek sözleşmeyi devam ettirebilir.

²⁶ Tavsiye kararının tam metni için bkz. GEMALMAZ, Mehmet Semih, Çocuk ve Genç Haklarına İlişkin Ulusalüstü Belgeler, İstanbul, 2002, s. 58. vd; Ayrıca bkz. ŞIPKA, s. 58; 59.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi kararları bağlayıcı değildir, uygulama tamamen üye devletlere bırakılmıştır; ancak, bütün üye hükümetler arasındaki anlaşmayı bir ölçüde yansıtmaktadırlar²⁷.

2.İsviçre Hukukundaki Gelişmeler

Mehaz kanun olması nedeniyle İsviçre Medeni Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu ile ilgili hazırlanan bilimsel çalışmalar, mahkeme kararları ve mevzuatta meydana gelen gelişmeler Türk hukukçular tarafından yakından takip edilmiş, Türk öğrenciler İsviçre üniversitelerinde öğrenim görmüş, İsviçreli akademisyenler Türk hukuk fakültelerinde ders vermek üzere davet edilmiştir²⁸. Süreç içerisinde iki ülke hukuku arasında organik bir bağ oluşmuştur. Bu nedenle, İsviçre mevzuatındaki değişiklikler, çağın gereklerine uygun ve cinsler arası eşitliği sağlayan kanun hazırlama çabasında olan Türk kanun koyucusu için yol gösterici olmuştur.

İsviçre Medeni Kanunu'nda değişiklik yapılmasını öngören 5 Ekim 1984 tarihli kanunun, 22 Eylül 1985 tarihinde halk oylamasına sunulmasının ardından 1 Ocak 1988 tarihinde yürürlüğe girmesiyle aile konutu kurumu, İsviçre hukuk sisteminde yerini almıştır²⁹. Bu değişiklik ile İsviçre Medeni Kanunu'nun 169. maddesinde aile konutunun korunmasıyla ilgili genel bir düzenleme yapılmıştır. İsviçre Medeni Kanunu'nun md. 169/f.1 hükmünde, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin, aile konutu üzerindeki hakları sınırlayan veya ortadan kaldıran her türlü tasarruf işlemi ile kira sözleşmesinin feshinde diğer işin rızasını alma gerekliliği düzenlenmiş, md. 169/f.2 hükmünde ise bu rızanın alınamaması veya haklı bir sebep olmaksızın rıza vermekten imtina edilmesi halinde hakimin müdahalesinin istenebileceği belirtilmiştir³⁰. Ayrıca, yasal ve seçimlik mal rejimleri ile miras hukukuna ilişkin hükümlerde, sağ kalan eşin

²⁷ BENOIT-ROHMER, Florence/KLEBES, Heinrich, Avrupa Konseyi Hukuku, Pan-Avrupa Hukuk Alanına Doğru, (e-kitap: http://www.avrupakonseyi.org.tr/dosyalar/kitap_akh.pdf), s. 119.

²⁸ OĞUZ, s. 203.

²⁹ BAĞCI, Ömer, “Aile Konutu Üzerinde Tasarruf”, YÜHFD, C. IV, S. 2, s. 145; KILIÇOĞLU, Ahmet M., Medeni Kanunu'muzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara, 2004, s. 44; KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz, “İsviçre’de Evlilik Birliği Hukuku’ndaki Son Gelişmeler”, Prof. Dr. Jale G. AKİPEK’e Armağan, Konya, 1991, s. 431; ŞEKER, Muzaffer, “İsviçre Hukukunda Aile Konutunun Boşanma Halinde Aile Konutuna İhtiyacı Olan Eşe Mahkeme Kararı İle Tahsis Edilmesi”: ART. 121 ZGB” EÜHFD, C. XI, S. 3-4, 2007, s. 473; ŞİPKA, s. 67, 68.

³⁰ ŞİPKA, s. 68.

aile konutu ve ev eşyası üzerinde hak talep etmesine imkan sağlayan düzenlemelere de yer verilmiştir³¹.

İsviçre Medeni Kanun'da yer alan bu düzenlemelere paralel olarak, aynı kanun değişikliği ile İsviçre Borçlar Kanunu'nun kira sözleşmesine ilişkin hükümlerinde ek bir düzenleme yapılarak, Medeni Kanun ile Borçlar Kanunu arasında uyum tesis edilmiştir. İBK md. 271 hükmü ile, kiraya verenin, kira ilişkisini sona erdirmeye yönelik fesih ve diğer beyanlarının kiracı ve eşine ayrı ayrı tebliğ edilmesi gereği belirtilmiş; kiraya verenin bu beyanlarına karşı ve kira ilişkisinin uzatılmasına yönelik kiracıya ait olan savunma haklarını diğer eşin de kullanabilmesine imkan tanınmış; kiracı eşin, kira sözleşmesini diğer eşin rızası olmadan feshedemeyeceği düzenlenmiştir³².

İsviçre Borçlar Kanunu'nun kira ile ilgili hükümlerinde değişiklik yapan ve 15 Aralık 1989 tarihinde kabul edilip 1 Temmuz 1990 tarihinde yürürlüğe giren yasa ile İBK md. 271a maddesinde üç fıkra halinde düzenlenen hüküm, 266m, 266n ve 273a olmak üzere üç farklı maddede ele almıştır. İBK md.266m hükmüne göre, kiralanan mal aile konutu olarak kullanılmaktaysa, eşlerden biri kira sözleşmesini ancak diğer eşin rızası ile feshedebilir; bu rıza sağlanamazsa veya rıza vermekten haklı bir sebep olmadığı halde imtina edilirse hakime müracaat edilebilir. İBK md. 273a hükmünde ise kira sözleşmesine taraf olmayan eşe, kira sözleşmesinin feshine karşı itiraz edebilme, kira sözleşmesinin uzatılmasını talep edebilme ve kira sözleşmesini sona erdiren işlemlere karşı kiracıya ait savunma haklarını kullanabilme yetkisi tanınmıştır. İBK md. 266n hükmü ile kiraya verene, kira sözleşmesini sona erdirmeye yönelik fesih ve diğer beyanlarını kiracı ve eşine ayrı ayrı tebliğ ettirme yükümlülüğü getirilmiştir. İBK md. 266o hükmüne göre ise diğer eşin rızası alınmadan yapılan fesih işlemi geçersizdir³³.

İsviçre Medeni Kanunu'nda 26 Haziran 1998 tarihinde kabul edilen ve 1 Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe giren yasa ile getirilen md. İMK md. 121 hükmüyle, evliliğin boşanma ile sona ermesi halinde aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan fakat bu konuttan faydalanmada üstün menfaati bulunan eşin, konuttan faydalanmaya devam

³¹ PARLAK, s. 69, 70.

³² ŞİPKA, s. 68.

³³ KILIÇOĞLU, s. 48; PARLAK, s. 70,71;

etmesine imkan sağlanmıştır³⁴. Bu maddenin birinci fıkrasında, eşlerden birinin çocuklar veya diğer önemli sebeplerle aile konutuna muhtaç olması halinde, diğer eş için hakkaniyet gereği kabul edilebilir olması koşuluyla, mahkeme tarafından, kira sözleşmesinden doğan hak ve yükümlülüklerin ihtiyaç sahibi eşe devredilebileceği belirtilmiştir. Bu halde, devir tarihine kadar kiracı konumunda olan eşin, kira bedellerinde, iki yıldan fazla olmamak kaydıyla, kira sözleşmesinin sözleşme veya kanundan doğan nedenlerle sona erdiği veya erdirebileceği tarihe kadar müteselsilen sorumlu olacağı, kira bedelini ödemesi halinde, diğer eşe ödemekle yükümlü olduğu nafaka borcu ile takas etme hakkına sahip olduğu, maddenin ikinci fıkrası ile hükme bağlanmıştır. Maddenin üçüncü fıkrasında ise, aile konutunun eşlerden birine ait olması halinde, diğer eşin çocuklar veya diğer önemli sebeplerle aile konutuna muhtaç olması halinde, hak sahibi eş için hakkaniyet gereği kabul edilebilir olması koşuluyla, mahkemenin, uygun tazminat karşılığında veya nafaka borcuna mahsuben, muhtaç durumda olan eşe sınırlı oturma hakkı tanınmasına karar verebileceği belirtilmiştir. Ancak, bu hakkın önemli sebeplerin ortaya çıkması halinde sınırlandırılabilirliği veya kaldırılabilirliği hususu da üçüncü fıkra düzenlenmiştir³⁵.

C.TÜRK MEDENİ KANUNU DÖNEMİ

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi, dönemine göre çağdaş bir yasa sayılabilirdi. TKM, Türk Hukuku açısından kadın haklarının korunması bağlamında bir devrim niteliğindeydi. Ancak, temeli yüzyıllar öncesine dayanan geleneksel aile anlayışından izler taşıyan Türk Kanunu Medenisi, zaman içerisinde yeni bir boyut kazanan kadın-erkek ilişkilerinin ve ortaklığa dayalı yeni aile anlayışının ihtiyaçlarını karşılamaktan uzaktı. Kadın hakları konusunda Kanun'da yer alan eşitliğe aykırı hükümleri kaldırmak, dilini sadeleştirmek ve yaşayan hukuku yasalaştırmak adına çeşitli tarihlerde yenileme

³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz.ŞEKER, s. 473 vd.

³⁵ CEYLAN, Ebru, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul, 2006, s. 141; KILIÇOĞLU, s. 52; NEBİOĞLU ÖNER, Şebnem, "Aile Konutunun Özellikleri, Unsurları, Koruma Süresi ve Korunma Nedenleri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 9, Kasım-Aralık 2011, s. 138; PARLAK, s. 69, 70; ŞİPKA, s. 70, 71.

ve değiştirme alıřmaları³⁶ yapılmıřtır³⁷. Bu alışmalardan 18 Haziran 1999 tarihinde kurulan Komisyonun alışmaları sonuç vermiş ve 1999 tarihli ntasarıya dayalı olarak oluşturulan Adalet Bakanlığı ve bunun aynen benimsenmesiyle ortaya çıkan Hükümet Tasarısı, Adalet Komisyonu ve TBMM Genel Kurulu’nda birtakım değişikliklere uğradıktan sonra, TBMM’nin 22 Kasım 2001 tarihli oturumda kabul edilmiş ve 8 Aralık 2001 tarih ve 24607 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış ve yürürlük maddesi gereğince 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda, toplumsal koşullarda ve uluslararası alanda meydana gelen değişimler dikkate alınarak, kadını kocasının tahakkümü altına sokan hükümler kaldırılmış, evlilik birliği kadın-erkek eşitliğine dayandırılmıştır. Bu minvalde, Türk Kanunu Medenisi’nde yer alan ve kadını, kocasına karşı korumak adına kadın tarafından yapılan bazı hukuki işlemlerin geçerliliğini, sulh hukuk mahkemesinin onayına bağlayarak, kadının “sınırlı ehliyetliler” kategorisine sokulmasına neden olan 169 maddesi yerine 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda 193. madde hükmü kabul edilmiştir. TMK md. 193 hükmünde “Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve nc kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilir” ifadesiyle eşler arasında cinsiyet farkı gözetilmeksizin hukuki işlem özgürlüğü kabul edilmiştir. Hukuki işlem özgürlüğüne yönelik kanunda yer alan sınırlamalar ise, cinsiyet ayrımı yapmaksızın aileyi koruma amacı taşıtmaktadır. Bu hükümlerden biri de “aile konutu” kavramını hukuk sistemimize dahil eden TMK md. 194 hükmüdür.

³⁶Bu çalışmalardan ilki 1951 yılında başlamış ve 1971 yılında Velidedeoğlu ntasarısı yayımlanmıştır. Sonrasında, 1974 ve 1976 tarihinde komisyonlar kurulmuşsa da bir sonuca ulaşılamamıştır. 12 Eylül 1980 darbesinden sonra Milli Güvenlik Konseyi, komisyon çalışmalarının yeniden başlamasını uygun görmüş ve sorunun ciddi bir düzenlemeye girmesi için 01.06.1981 tarihli “Türk Medenisi ile İlgili alışmalar Yapmak zere Komisyon Kurulması Hakkında Kanun”u çıkarmıştır. Bu alışmalar sonucu hazırlanan Oğuzman ntasarısı 1984 yılında yayımlanmıştır. 1994 yılında oluşturulan bir komisyona ise önce Prof. Dr. Ahmet Kılıçoğlu, sonrasında ise Prof. Dr. Turgut Akıntürk başkanlık etmiştir. Kanun tasarısı hazırlanırken daha önce yayımlanan ntasarılar, mehz İsviçre Medeni Kanunu, Alman Medeni Kanunu ve kısmen İtalyan Medeni Kanunu’ndan yararlanılmıştır. Ayrıca CEDAW ve ocuk Hakları Sözleşmesi gibi uluslararası sözleşmeler, Türk ve İsviçre doktrini ile yargı içtihatlarında ileri sürülen görüşler dikkate alınmıştır. 1998 yılında tamamlanan bu tasarı, 20. yasama yılında TBMM’ye sunulmuş ancak, tasarı kanunlaşmadan seçimler yenilendiğinden Türkiye Büyük Millet Meclisi İ Tüzüğü’nün 77. Maddesi gereği hükümsüz kalmıştır. Bunun zerine 1999 yılında Prof. Dr. Turgut Akıntürk başkanlığında yeniden bir komisyon kurulmuş ve yıl içerisinde çalışmalar tamamlanmıştır.

³⁷ şİPKA, s. 13.

TMK md. 194 hükmüne göre “Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz.

Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hakimin müdahalesini isteyebilir.

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

Aile konutu eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelir ve bildirimde bulunan eş diğeri ile müteselsilen sorumlu olur”.

TMK md. 194 hükmü, evlilik birliğinde, hiyerarşik olarak erkeği kadından üstün tutmadan ve tek taraflı olarak kadının işlem özgürlüğü sınırlanmadan, yalnızca kadını değil, eşitlikçi bir anlayışla tüm aileyi korumayı amaç edinen devrim niteliğinde bir hükümdür. Bu hükümde aile konutu ile ilgili işlemlerin geçerliliği hakim onayına değil diğer eşin rızasına bağlanmış, eşlere birbirini kontrol etme vazifesi verilmiştir³⁸. Böylelikle, aile ilişkilerine üçüncü kişilerin müdahalede bulunması engellenmiş ve eşlerin, ailenin huzuru, güvenliği ve birlikteliği açısından çok önemli bir yere sahip bulunan aile konutu ile ilgili yapılacak işlemlerde eşit derecede söz sahibi olması sağlanmıştır.

Türk Medeni Kanunu md. 194 hükmü, İsviçre Medeni Kanunu’nun 169. maddesi esas alınarak hazırlanmıştır. Ancak, TMK md.194 hükmünün 3. ve 4. fıkraları İsviçre Medeni Kanunu’nda yer almamaktadır. Bu fıkralar, 1998 tarihli Taslak çalışmalarının tamamlanmasından sonra, Adalet Bakanlığı nezdinde oluşturulan alt komisyonun çalışmaları esnasında Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin teklifi üzerine eklenmiştir. Söz konusu taslak seçimlerin yenilenmesi nedeniyle 56. Hükümet döneminde

³⁸ AYAN, Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara, 2004, s. 59.

yasalaşamayınca, 57. Hükümet döneminde tekrar ele alınmış ve kurulan alt komisyon şerh imkanını yine muhafaza etmiş ve kanunlaşmıştır³⁹.

Türk Medeni Kanunu'nun md. 194 hükmü, Kanun'un Aile Hukuku Kitabı'nın, Evlilik Hukuku Başlıklı Birinci Kısımının, Genel Hükümler Başlıklı Üçüncü Bölümü'nde yer almaktadır. Bu nedenle, eşler arasında geçerli olan mal rejimi ne olursa olsun uygulama alanı bulur⁴⁰. Bu hüküm, emredici niteliği haiz olduğundan, eşler yapacakları sözleşme ile hükmün uygulanmasını kısmen veya tamamen engelleyemezler.

4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un md. 9 hükmüne göre "Türk Medeni Kanununun evliliğin genel hükümlerine ilişkin düzenlemeleri, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olan evlilikler hakkında da geçerlidir". Evlilik birliğinin genel hükümleri arasında düzenlenmiş bulunan TMK 194 hükmü, Kanun'un yürürlüğe girdiği 01 Ocak 2002 tarihinden önce kurulmuş evliliklerde de uygulanacaktır. Konut üzerindeki hak sahipliği 01 Ocak 2002 tarihinden önce doğmuş olsa dahi TMK md 194 hükmü uygulanacaktır⁴¹.

³⁹ BARLAS, "Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara, 2004, s. 124; BARLAS, Nami, Makalelerim, C. I, İstanbul, 2008, "Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları", s. 223; Komisyon çalışmaları sırasında getirilen öneriler ile 3. ve 4. fıkraların madde metnine eklenme süreciyle ilgili olarak bkz. KILIÇOĞLU, s. 52, 53, dpn. 32-33; KILIÇOĞLU, Ahmet, Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara, 2002, s. 14, 15, dpn. 18, 19.

⁴⁰ ACAR, Faruk, Aile Konutu, Mal Rejimleri, Eşin Yasal Miras Payı, Ankara, 2012, s. 19; ARMUTÇUOĞLU, Can, "Aile Konutuna Sağlanan Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği", MÜHF-HAD, C. 17, S. 1-2, s. 416; BARLAS, s. 121; BARLAS, Makalelerim, s. 231; BÜYÜKAY, Yusuf, "Yeni Türk Medeni Kanunu'nun 194. Maddesinde Yer Alan Aile Konutuna İlişkin Sınırlamanın Hukuki Niteliği, E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Eylül, 2006 (www.e-akademi.org); DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Alper, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İstanbul, 2005 (birinci bası), s. 202, 203; DOĞAN, s. 107; KILIÇOĞLU, 42; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 6; REİSOĞLU, Seza, "Yeni Medeni Kanun'un Bankaları İlgilendiren Başlıca Farklı Düzenlemeleri", BBD, S. 40, Mart, 2002, s. 2; UÇAR, Ayhan, "4721 Sayılı Medeni Kanun ile İhdas Edilen Yeni Bir Müessese: Aile Konutu Müessesesi", E-Akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S. 47, Ocak, 2006.

⁴¹ BAĞCI, s. 146; GÜMÜŞ, Alper, Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul, 2008, s. 71; "Bu koruma, evlilik birliği devam ettiğine göre 4721 sayılı Kanun'un yürürlüğe giriş tarihi olan 01.01.2002'den önceki edinilmiş aile konutları için de geçerlidir" Yarg. 2.HD. 2006/5717 E, 2006/13786 K, 12.10.2006 T; aynı yönde Yarg. 2. HD. 2005/2547 E, 2005/7234 K, 03.05.2005 T (www.kazanci.com).

Aile konutu, TMK'nın genel hüküm niteliğindeki TMK md. 194 hükmü dışında, mal rejimlerinin tasfiyesine ilişkin 240, 254, 255, 279 maddeleri ile eşlerden birinin ölümü halinde aile konutu ve ev eşyasının sağ kalan eşe özgülenmesini düzenleyen 652. maddesinde düzenlenmiştir.

II.TANIMI

Aile konutu kavramı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile Türk hukuk terminolojisine dahil olmuştur. Aile konutu kavramı, TMK'nın aile hukuku kitabının ve miras hukuku kitabının çeşitli hükümlerinde ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun kira sözleşmeleri bölümünde yer alan önemli bir kavramdır. Bu önemine rağmen, her iki kanunda da aile konutu kavramına ilişkin bir tanıma yer verilmemiştir. Mehaz Kanun olan İsviçre Medeni Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda da aile konutu kavramının tanımı yapılmış değildir. Her iki ülke kanun koyucusu, aile konutu kavramının tanımını yapmayarak, özellikle aile hukuku bağlamında çok önemli bir yere sahip olan aile konutunun anlamının daraltılmasının önüne geçerek, bu kavramın içeriğinin her somut olayda uygulayıcılar tarafından doldurulmasına ve kavramın uygulama alanının genişletilmesine imkan sağlamıştır⁴².

Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinin gerekçesinde ise aile konutu “eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir mekan” olarak tanımlanmıştır.

Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 11 Haziran 2002 tarih ve 2002/7 sayılı Genelgesinde⁴³ ise aile konutu “eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği ve düzenli yerleşim amacıyla kullandıkları mekan” olarak tanımlanmıştır.

⁴² AYAN, s. 61; KAPUSUZ, Gökçen, Mal Rejimleri ve Miras Hukuku'nda Aile Konutu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Ana Bilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, s. 9; HACISALİHOĞLU, Abdurrahman, Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu ve Şerhi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, s. 13; NEBİOĞLU ÖNER, s. 121.

⁴³ Genelgenin tam metni için bkz. GÜMÜŞ, Alper, Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler, İstanbul, 2007, s. 18; ŞİPKA, s. 185.vd.

Aile konutunun yeni bir kavram olmasına rağmen kanunlarımızda tanımının yapılmamış olması ve uygulamadaki önemine binaen doktrinde aile konutuna ilişkin çeşitli tanımlamalar yapılmıştır⁴⁴.

Yargıtay kararlarında aile konutunu “eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdikleri acı, tatlı günlerini yaşadıkları, yaşam faaliyetlerini yoğunlaştırdıkları mekan” olarak tanımlamıştır⁴⁵. Yargıtay kararlarının bazılarında ise TMK md. 194’ün gerekçesinde yer alan tanımın kullanıldığını görmekteyiz⁴⁶.

Türk Medeni Kanunu’nun 194. maddesinin gerekçesinde yer alan tanımlama, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü’nün 11 Haziran 2002 tarih ve 2002/7 sayılı Genelgesinde yer alan tanımlama, doktrinde yapılan tanımlamalar ve Yargıtay kararlarında yer alan tanımlamalardan hareketle aile konutunu, “resmi evlilik birliği ile

⁴⁴ AYAN’göre “aile konutu, eşlerin yaşamsal ilişkilerinin, işlerinin ve hayatlarının odak noktası olarak seçtikleri ve filen varsa, çocuklarıyla yaşadıkları ortak konuttur”. AYAN, s. 61; BARLAS’a göre aile konutu “eşlerin dışarıdan bakıldığında üçüncü kişilerce anlaşılabilecek bir biçimde sosyal yaşamlarının merkezi olarak seçtikleri, süreklilik arzedecek şekilde birlikte oturdukları ve yaşam ilişkilerini düzenledikleri müstakil ev veya apartman dairesidir”. BARLAS, s. 122; DOĞAN’a göre aile konutu “sürekli olarak barınma ihtiyacını karşılayan ve ailenin hayat merkezini oluşturan konut”tur. DOĞAN, Aile Konutu, s. 286; DOĞAN, Murat, “ Mal Rejiminin Tasfiyesinde ve Mirasın Paylaşımında Aile Konutu ve Ev Eşyası”, EÜHFD, C. 7, S. 3-4, 2003, s. 106; GÜMÜŞ’e göre “ aile konutu, “eşlerin evlilik birliğinin devamı sırasında ortak yaşamı sürdürmenin gerekli kıldığı, bir yerde ortak olarak oturma ihtiyacının giderilmesinde kullanılmak üzere sürekli olarak seçtikleri, kısaca aile yaşamlarının merkezi durumuna getirdikleri konut olarak kullanılmaya elverişli taşınır (örn. karavan) veya taşınmaz yerdir”. GÜMÜŞ, Şerhler, s. 20, 21; GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 66; GÜMÜŞ, Alper, “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul, 2011, s. 47; KILIÇOĞLU’na göre aile konut “resmen evli olan karı kocanın birlikte yaşadığı ortak konutu ifade eder”. KILIÇOĞLU, s. 47; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 9; ÖZDAMAR’a göre “aile konutu, eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdikleri, buna göre yaşantısına yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı bir mekandır”. ÖZDAMAR, s. 375; ŞEKER’e göre “aile konutu, eşlerin birlikte devamlı olarak yaşamlarını idame ettirdikleri, yerleşmek kastı ile oturdukları, yaşamsal değeri olan merkezi yeri ifade eder”. ŞEKER, s. 474, 475; ŞİPKA’ya göre aile konutu “eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günlerini içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır”. ŞİPKA, s.56; UÇAR’a göre aile konutu “eş ve çocukların ortak yaşam alanlarının merkezi olup sürekli bir şekilde, onların birlikte yaşamalarına hizmet eden, konut olarak kullanılmaya elverişli taşınır veya taşınmaz yerdir”. UÇAR, Aile Konutu, s. 1; YAĞCIOĞLU’na göre aile konutu “evlilik birliğinde bir araya gelmiş kişilerin iradeleriyle seçtikleri, aile olarak birlikte ve sürekli bir biçimde oturmaya özgüledikleri konut”tur. YAĞCIOĞLU, Ali Haydar, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı, İzmir, 2007, s. 92; YAVUZ/ACAR/ÖZEN’e göre “ ailenin kullanımına özgülenmiş dolayısıyla ailevi faaliyetlerin merkezini oluşturan ve bu bağlamda konut işlevine sahip, genellikle sabit nitelikte mekanı (yeri) aile konutu olarak adlandırma imkanı vardır”. YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul, 2011, s. 280.

⁴⁵ Yarg. 2. HD., 2005/16473 E, 2006/799 K, 02.02.2006 T, Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası; Yarg. 5. HD., 2005/16473 E, 2006/799 K, 02.02.2006 T (www.kazanci.com).

⁴⁶ Yarg. HGK, /2-591 E , 2006/624 K, 04.10.2006 T; Yarg. 4. CD., 2007/213 E, 2009/5127 K , 18.03.2009 T (www.kazanci.com).

bir araya gelen eşlerin, ortak yaşama yükümlülüğü gereği, sürekli ve fiili olarak ortak yaşamlarının merkezi haline getirdikleri, eşlerin ve varsa çocukların barınma ihtiyacını karşılayan, manevi değeri bulunan, konut olarak kullanılmaya elverişli taşınır veya taşınmaz⁴⁷ eşya” olarak tanımlayabiliriz.

III.UNSURLARI

Aile konutunun kanunlarda tanımının yapılmamış olması, toplumun temel birimi olan ailenin korunması hususunda çok önemli bir işleve sahip olan bu kavramın belirlenmesinde güçlük yaşanmasına neden olabilir. Bu noktada, aile konutunun unsurlarının ortaya konmasının, uygulamada yaşanabilecek belirsizlikleri ve sorunları önlemede faydalı olabileceği kanaatindeyiz.

Hukuki monografilerde aile konutunun unsurları bakımından çeşitli ayrımlar yapılmaktadır⁴⁸. Bizce, aile konutu; yasal evlilik birliğine dayanan aile, konut, konutun eşlerin ortak iradesiyle aile konutu olarak tahsis edilmesi (sübjektif unsur), aleniyet (objektif unsur) ve hukuka uygun kullanım unsurlarından teşekkül etmektedir.

⁴⁷ Taşınmazın tapulu veya tapusuz taşınmaz olması arasında bir fark yoktur. Her iki taşınmaz da TMK md. 194 hükmünü sağladığı korumadan yararlanır. GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 67.

⁴⁸ AYAN’a göre aile konutunun unsurları 1. aile, 2. konut ve 3. konutun ailenin yaşamının odak noktası olarak belirlenmiş olmasıdır, AYAN, s. 63; GENÇCAN’a göre, aile konutunun unsurları, “1-Evlilik birliğinin kurulmuş olması, 2- Aile yaşamının yoğunlaştığı bir konut bulunması, 3-Aile konutu niteliğinde çekişme bulunmamasıdır. GENÇCAN, Ömer Uğur, Mal Rejimleri Hukuku, Ankara, 2007, s. 204-241; HACISALİHOĞLU, aile konutuna ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için, evlilik birliğinin kurulmuş olması, eşler tarafından beraberce seçilmiş olması, aile yaşamının yoğunlaştığı bir konut olması unsurlarının bulunması gerektiğini belirtmiştir. HACISALİHOĞLU, s. 16-22; KAMACI, bir konutun aile konutu olarak nitelendirilebilmesi için dört unsurun bulunması gerektiğini belirtmiştir, bu unsurlar “1-Eşler bu konutu birlikte seçmeli ve burada ortak bir yaşam merkezi oluşturmalıdır. 2-O yerde ailenin fiilen düzenli olarak oturması gerekir; 3-Kaybedildiğinde diğer eşin de barınma hakkını da kaybedeceği konut niteliğinde olmalıdır. 4-Konut, üçüncü kişilerce de dışarıdan bakıldığında objektif olarak ailenin yaşadığı konut sayılabilmelidir”. KAMACI, Mahmut, “Aile Konutu ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla İlgili Tasarruflarında Diğer Eşin Katılma Hakkı (Rıza) (TMK.nun 194. Maddesi), YD, C.30, S. 1-2, Ocak-Nisan, 2004, s. 117; KAPUSUZ, aile konutunun aile, evlilik birliği ve konut olmak üzere üç unsurunun bulunduğunu belirtmiştir. KAPUSUZ, s. 13-16; KILIÇOĞLU, aile konutunun aile ve konut olmak üzere iki unsurdan oluştuğunu belirtmektedir, KILIÇOĞLU, s. 46; NEBİOĞLU ÖNER’e göre aile konutunun unsurları, aile, eş ve konuttur. NEBİOĞLU ÖNER, s. 124-132; PARLAK’a göre ise aile konutunun unsurları, ailenin yasal evlilik birliğiyle oluşmuş olması, konutun eşlerin ortak iradesiyle aile konutu olarak özgülenmiş olması (sübjektif unsur), aile konutuna ilişkin eşlerin iradesinin üçüncü kişilerce de bilinebilir kılınması (objektif unsur) ve eşlerden birinin ya da her ikisinin aile konutu üzerinde aynı veya şahsi hakka sahip olması. PARLAK, s. 54-62; VOLLENWEİDER’e göre aile konutunun unsurları 1)Bu konut evlilik birliğinin devamı için yaşanabilir ve tek olmalıdır, 2)Eşler bu konutu birlikte seçmeli ve burada ortak yaşam merkezi oluşturmalıdır, 3) Bu konut, üçüncü kişilerce objektif olarak ailenin yaşadığı ortak konut sayılmalıdır. VOLLENWEİDER, Marc-Aurèle, Le Logement de la Famille Selon L’article 169 CC: Notion et Essai de Définition, Thèse, Lausanne, 1995, s. 120 (naklen: ŞIPKA, s. 82).

A.YASAL EVLİLİK BİRLİĞİNE DAYANAN AİLE

1. Aile

a.Genel Olarak

Aile kavramı, Türk Dil Kurumu tarafından “evlilik ve kan bağına dayanan, karı, koca, çocuklar, kardeşler arasındaki ilişkilerin oluşturduğu toplum içindeki en küçük birlik” ve “erkeğin ve kadının çocuklarıyla oluşturdukları, iş bölümüne dayalı, küçük (çekirdek) ve büyük ya da dar ve geniş aile gibi tipleri olan toplumsal ve ekonomik temel birlik” olarak tanımlanmaktadır⁴⁹.

Tarihin bilinen ilk çağlarından itibaren insanoğlu, başta güvenlik ihtiyacı olmak üzere yaşamsal ihtiyaçları nedeniyle, küçük bir örgüt niteliğindeki aile etrafında birleşmiştir. İlahi dinlerde de insanoğlunun atası olarak gösterilen Adem ve Havva’nın aile oluşturdukları belirtilmektedir. Toplumsal devinime bağlı olarak, örgütlenme biçimi çağlar boyunca değişim göstermiştir. Ancak, sürekli olarak akan bu nehirde, sürüklenmeyen ve aşınsa da yok olmayan bir taş olarak aile varlığını sürdürmektedir. Aile, geçmişten günümüze, toplumun temel birimi olarak kabul edile gelmiştir. Aileyi bir atom olarak düşünürsek (eşler nötron ve proton, çocuklar ise elektron), devletin insan topluluğu unsuru olan millet, binlerce aileden meydana gelmiş bir maddeden başka bir şey değildir. Bu maddenin yapısının korunması ise, atomlarının korunması ile mümkün olacaktır. İşbu nedenle, geçmişten günümüze tüm devletlerce ailenin korunmasına özel bir önem atfedilmiştir.

Aile kavramı, esas itibarıyla organik (yaşayan) bir kavramdır. Aile yapısı zaman ve mekana göre değişiklik göstermektedir⁵⁰. Aile, toplumlardaki gelişim ve değişimlere bağlı olarak zaman içerisinde değişim göstermiştir. Bu değişimin temel sebebi ise üretim biçimlerinde meydana gelen değişikliklerdir. İlk çağlarda, aile, üretim merkezi konumundaydı. Bu üretimin sağlanabilmesi ise aile bireylerinin topyekun olarak çalışmasına bağlıydı. Bu nedenle, aileler geniş aile niteliğine sahipti. 18. yüzyılda,

⁴⁹ (<http://tdkterim.gov.tr/bts/>)

⁵⁰ KOÇHİSARLIĞLU, Cengiz, “Aile ve Aile Yararı”, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum, s. 57.

Sanayi Devrimi'nin gerçekleşmesi ile birlikte aile yapısında değişimler meydana gelmiştir. Üretim toplumundan, tüketim toplumuna geçmiş bulunan çağımızın toplum biçiminde ise başta ekonomik sebepler olmak üzere, sosyal, kültürel çeşitli sebeplerle, aile bireylerinin sayısı azalmıştır.

Güçlü bir devletin temeli, sağlam bir yapıya sahip ailededir⁵¹. Uzun yıllar boyunca varlığını sürdüren Roma İmparatorluğu ve Devlet-i Aliyye-i Osmaniyye güçlü bir aile yapısına sahipti. Medeni Hukukumuzun kaynağı olan Roma İmparatorluğunda aile (familia) kavramı çok güçlüydü. Roma ailesi, adeta devlet içinde ayrı bir devlet gibi örgütlenmişti⁵². Pater familias (aile babası), aile içinde tüm kuralları koyan, bu kuralları uygulayan ve gerektiğinde yargılamayı yapan tek erkti; Hristiyanlık öncesinde, her ailenin ayrı bir dini olduğundan, pater familias dini lider yetkilerine de sahipti⁵³.

Devletin, barış, refah ve huzur içinde var olması, aile ve aile bireylerinin korunması ve güçlendirilmesine bağlıdır. Zira, insanoğlu, yaşama ilk adımını aile ortamında atmaktadır; birey, ilk eğitimini aile ortamında almaktadır ve aile ortamında şekillendirilmektedir⁵⁴. Aile kavramının bu önemi nedeniyle Anayasamızda da aile ve aile bireylerini (özellikle kadın ve çocukları) koruyan düzenlemelere yer verilmiştir.

Anayasamızın Özel Hayatın Gizliliği başlıklı 20. maddesiyle aile kavramının mahremiyeti güvence altına alınmıştır. Bu hükme göre “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz”.

Anayasamızın, ceza hukukunun temel ilkelerini düzenleyen 38. maddesinde aile bireylerinin birbirlerini koruma içgüdüsü dikkate alınarak, “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz” ifadesi yer almıştır.

⁵¹ “Aile esasına dayanmayan bir toplum, harçsız yapılmış bir bina gibidir; en küçük bir sarsıntıya dayanamaz; öyle bir toplumda yaşayan insanlar, rüzgarın esintisine göre yön değiştiren, sokaklarda sürüklenen yapraklar gibidir; bu tür kişilerin meydana getirdiği toplumlar ise, düzenden faziletten ve çalışma azminden yoksun olurlar”. FEYZİOĞLU, s. 1.

⁵² AKINCI, Roma Hukuku, s.208; AKINCI, s. 16.

⁵³ AKINCI, Roma Hukuku, s.208; UMUR, s.168.

⁵⁴ “Aile nesillerin eğitim ocağıdır”. HATEMİ/SEROZAN, s.9.

Anayasamızın sosyal ve ekonomik hakları düzenleyen üçüncü bölümünün “Aile ve Çocukların Korunması” başlıklı 41. maddesine göre;

“Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.

Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar.

Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır”.

Anayasamızın md. 41/f.1 hükmüne “eşler arasında eşitliğe dayanır” ibaresi, 3 Ekim 2001 tarihli “4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun” ile eklenmiştir⁵⁵. Maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları ise 7 Mayıs 2010’de kabul edilip, 13 Mayıs 2010 tarihli, 27580 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan ve 12 Eylül 2010 tarihli halkoylaması ile kabul edilen “5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” ile Anayasamıza eklenmiştir.

Aile kavramı, iç hukukumuzun bir parçası olan⁵⁶ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile de koruma altına alınmıştır. AİHS md. 8 hükmüne göre “Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir”. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ailenin öncelikle eşler ve çocuklardan oluştuğunu kabul etmektedir. Mahkemeye göre, bunların dışında, aile kavramı, dede ile torun gibi ailede önemli rol oynayan yakın hısımlar arasındaki ilişkileri de kapsamaktadır. Ayrıca, evli

⁵⁵ R.G. 17 Ekim 2001 - Sayı: 24556 (1. Mükerrer).

⁵⁶ Anayasamızın md. 90 hükmüne göre “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”. Buna göre, AİHS, Türk Mevzuatında yer alan diğer pozitif düzenlemelere göre öncelikli olarak uygulanacaktır.

olmayan ana ile çocuk arasındaki ilişki de sözleşmenin 8. maddesi kapsamında aile olarak değerlendirilmiştir⁵⁷. Belirtmek gerekir ki, AİHM’nce benimsenen aile kavramı “fili (de facto) bir kurum”dur, bu bakımdan yalnızca resmi birliktelikler değil, fiili birliktelikler de AİHS md. 8 kapsamında korunur; AİHM, 11.10.2011 tarihli ve 2302 sayılı Şahin/ALMANYA kararında, AİHS’nin 8. maddesinde yer alan aile kavramının sadece evliliğe dayanan ilişkilerle sınırlı olmadığını, tarafların evlenme olmaksızın birlikte yaşamalarının fiili olarak aile şeklinde değerlendirilebileceğini ve AİHS md. 8 bağlamında korunabileceği belirtmiştir⁵⁸.

b.Özel Hukuk Terminolojisinde Aile

Ailenin zaman ve mekana göre değişebilen bir yapıya sahip olması nedeniyle aile kavramına ilişkin bir tanımlamadan kaçınılmakla birlikte, ailenin medeni kanunlarda düzenleniş biçimine göre, aile, “dar anlamda aile”, “daha geniş anlamda aile”, “en geniş anlamda aile” tiplerine ayrılarak tanımlanmıştır⁵⁹:

1-Dar anlamda aile, karı ve kocadan meydana gelir. Bu anlamda aile evlilik birliğini ifade eder.

2-Geniş anlamda aile, eşler ile birlikte çocuklarını da kapsamaktadır.

3-En geniş anlamda aile ise, karı, koca ve çocuklardan başka bir ev başkanının yönetiminde aynı çatı altında yaşayan bireyleri ifade eder.

⁵⁷ UÇAR, Aile Konutu, s. 3; AİHM’in aile anlayışı için bkz. AYAN, s. 19-21.

⁵⁸ AKILLIOĞLU, Tekin, Arupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü, Başvuru Bilgileri, Ankara, 2002, s. 30.

⁵⁹ AKINCI s. 17; AYAN, s. 18; 19; FEYZİOĞLU, s. 5; ŞIPKA, s. 75; VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, C. 1, Aile Hukuku, İstanbul, 1960, s. 4; ZEVKLİER, Aydın/ HAVUTÇU, Ayşe/ GÜRPINAR, Damla, Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), Aralık, 2008, s. 240, 241; KÖPRÜLÜ/KANETİ ise aileyi dar anlamda aile ve geniş anlamda aile olarak ikiye ayırmıştır. Dar anlamda aile, karı ve çocuklardan oluşmaktadır. Geniş anlamda aile, evlilik ve hısımlık ilişkileriyle bağlı bulunan kişileri kapsar KÖPRÜLÜ / KANETİ, s.1; KARADENİZ ÇELEBİCAN’a göre ise “medeni kanunumuzda aile sözcüğü dört ayrı anlamda kullanılmıştır. 1-En dar anlamda aile, karı-kocadan oluşur (TMK md. 185). 2-Daha geniş anlamda aile, karı-koca ve çocukları belirtir (TMK m.282).3-Daha geniş anlamda aile, karı-koca ve çocuklardan başka, kan ya da hukuki bağlarla birbirine bağlı kimseleri içerir (TMK m 364, bk. Ayr. TMK m. 305, TMK m.129). 4-En geniş anlamda ise aile, Medeni Kanun’umuzun 367. maddesinde söz konusu edilmiştir. KARADENİZ ÇELEBİCAN, s. 152, 153.

Aile konutu hakkında genel nitelikli hüküm olan TMK md.194, yukarıda yer alan aile türlerinden “dar anlamda aile”yi esas almaktadır. Buna göre, bir konutun aile konutu olarak nitelendirilebilmesi için karı ve kocadan oluşan bir ailenin bulunması yeterlidir.

2. Yasal Evlilik Birliği

Türk Medeni Kanunu’nun md. 194 hükmü, evliliğin genel hükümleri arasında yer almaktadır. TMK md.194 hükmünün sağladığı korumadan da sadece yasal evlilik birliğiyle birbirine bağlı eşler faydalanabilecektir. TMK’nın aile konutuna ilişkin 194, 240, 254, 255, 279 ve 652 maddeleri ile 6098 sayılı TBK’nın aile konutuna ilişkin düzenlemeleri yalnızca yasal evlilik birliğinin varlığı halinde uygulanabilmektedir.

Evlilik birliğinin kurulması, hukuk sistemlerinde çeşitli şekli kurallarla bağlanmıştır. Bu merasim, resmi merasim olabileceği gibi dini bir merasim de olabilir. Bazı hukuk sistemlerinde hiçbir şekli koşulun gerçekleştirilmesi aranmaksızın, iki kişinin aile gibi bir arada yaşamaları durumunda da evlilik birliğine ilişkin hukuki sonuçlar bağlanabilmektedir⁶⁰.

Hukuk sistemlerinde, genel olarak, iki ayrı cinsin yani kadın ve erkeğin birlikteliği ile evlilik birliğinin vücut bulacağı kabul etmektedir. Ancak, 20.yy’dan itibaren bazı ülkeler aynı cinsten kişilerin evlenmelerine imkan vermekte, bazı ülkeler ise evlilik yerine “medeni birliktelik” ya da “hak ortaklığı” adı altında evli çiftlere tanınan hakları tanımaktadır⁶¹.

Devlet-i Aliyye-i Osmaniyye döneminde, evlilik birliği, genel olarak Hanefi mezhebinin kurallarına göre kurulmaktaydı. Buna göre, eşlerin evlenmeye yönelik iradelerini iki erkek şahit veya bir erkek, iki kadın şahit huzurlarında beyan etmeleri evlilik birliğinin kurulması için yeterliydi⁶². 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi ve Türk Medeni Kanunu’nda ise evlilik birliğinin kurulması sözlü resmi şekil şartına

⁶⁰ KÖTELİ, Argun, Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler, İstanbul, 1991, s. 99 vd; ŞİPKA, s. 76.

⁶¹ Aynı cinsler arası evliliklere izin veren veya evli çiftlerle tanınan hakları tanıyan devletler ve ayrıntılı bilgi için bkz. PARLAK, s. 40; HATEMİ ise bu tür hukuki düzenlemeleri “esef verici bir uygulama” olarak nitelendirmektedir. HATEMİ/SEROZAN, s. 6.

⁶² AYDIN, M. Aydın, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, 2005, s. 287.

bağlanmıştır. Yürürlükteki 4721 sayılı Türk Medeni Kanununa göre, evlilik birliği, kadın ve erkek olmak üzere iki ayrı cinsin evlenmeye yönelik iradelerini, evlendirme memuru (belediye bulunan yerlerde belediye başkanı veya bu işle görevlendireceği memur, köylerde muhtar) ve (kadın veya erkek) iki şahit önünde, evlendirme dairesinde veya evlendirme memurunca belirlenecek başka bir yerde sözlü olarak beyan etmeleri ile kurulur. Hukuk sistemimizde, evlilik birliğine ilişkin hükümler yalnızca resmi şekil şartına uygun olarak bir araya gelen kişilere uygulanır. Fiili birlikteliklere, evlilik birliğine ilişkin hukuki sonuçlar bağlanmaz.

Ülkemizde çok yaygın şekilde “dini nikah” adı altında gayri resmi birliktelikler bulunmaktadır. Belirtelim ki, bu uygulama, eski hukuk sistemimiz olan İslam hukukunun izlerini taşımaktadır. Özellikle 743 sayılı TKM’nin yürürlüğe yeni girdiği yıllarda, halk, eski alışkanlıklarından kurtulamaması ve belki de yeni sistemi benimsememesi nedeniyle yaygın şekilde “dini nikahlı” birliktelikleri sürdürmüştür. Bu birliktelikler, yasal olarak evlilik birliği olarak kabul edilmese de toplumsal ihtiyaçlar nedeniyle zaman zaman çıkarılan yasalarla bu birlikteliklere hukuki sonuçlar bağlanmıştır⁶³. Buna imkan sağlayan 1991 tarihli ve 3176 sayılı Kanun beş yıl süreli bir kanun olduğundan 1996 yılında yürürlükten kalkmıştır. 4721 sayılı TMK döneminde ise evlilik dışı birlikteliklere hukuki sonuçlar doğuran bir yasa çıkmamıştır. 4721 sayılı TMK’nın 143 maddesine göre “Aile cüzdanı gösterilmeden evlenmenin dini töreni yapılamaz”.

Yürürlükteki hukuk sistemimizde “dini nikah” v.s. isimlerle adlandırılan fiili birlikteliklere, evlilik birliğine ilişkin hukuki sonuçlar bağlanmamaktadır. Bu şekildeki birlikteliklerin hukuki müeyyidesi “yokluk”tur. Kanaatimizce, fiili birlikteliklere, evlilik birliğinden doğan sonuçların bağlanması sosyolojik açıdan Türk toplumuna uygun değildir. Zira, ülkemizde, ne yazık ki, İslam hukuk sisteminin⁶⁴ ve ataerkil aile biçiminin izleri görünmektedir. Bu ise, erkek egemen bölgelerde, erkeklerin birden fazla kadınla birlikte olmasına ve kadın haklarının ihlal edilmesine neden olmaktadır. Ancak,

⁶³ Bkz. KÖTELİ, s. 109; ŞİPKA, s. 77; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 79, 80.

⁶⁴ İslam Hukuku’nda çok eşliliğe ancak belirli koşullar altında izin verilebilmektedir. Bu bakımdan çok eşlilik, bir emir olmayıp belirli koşullar altına verilecek bir ruhsata bağlıdır. Günümüz uygulamasında ise bu izin çarpıtılarak, çok eşliliğin İslam dinine uygun olduğu belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. HATEMİ/SEROZAN, s. 12.

belirtmek gerekir ki, bu tür birlikteliklere “Ailenin Korunması Hakkında Kanun” bağlamında bazı hükümlerin uygulanmasında fayda vardır. Çünkü, dini nikah adı altındaki birlikteliklerle erkek hegemonyasına giren kadınların da bu Kanun kapsamında koruma altına alınması ihtiyacı vardır.

Hukuk sistemimiz aile konutu için sağlanan koruma bakımından “dar anlamda aile” kavramını esas almıştır. Kanunların aile konutunu kavramı ile sağladığı korumadan faydalanılması için bu evlilik birliğinde doğan çocukların bulunması gerekli değildir⁶⁵. Türk Medeni Kanunu md. 194 uyarınca bir konuta aile konutu niteliğini kazandıran en önemli unsur, resmi bir nikah merasimi ile bir araya gelen kadın ve erkeğin varlığıdır. Evli olmayan kişilerin birlikte oturdukları konutlar, örneğin, bir kaç arkadaşın veya kardeşlerin aileden bağımsız olarak oturdukları konutlar, reşit çocuğun anne ve babası ile oturdukları konutlar ya da fiili beraberlik yaşayanların barındıkları konutlar aile konutu niteliğini haiz değildir⁶⁶.

B. KONUT

Türk Dil Kurumunu konut kavramını “İnsanların içinde yaşadıkları ev, apartman vb. yer, mesken, ikametgah, yer” olarak tanımlamaktadır⁶⁷.

Konut, insanların harici tehditlerden korunmak ve mahremiyetlerini sağlamak amacıyla barındıkları mekandır.

İnsanların barınma, güvenlik, mahremiyet gibi temel ihtiyaçlarını karşılayan “konut”, gerek ulusal normlar gerekse de uluslararası normlarla teminat altına alınmıştır. Kişilerin konutları üzerinde sahip oldukları hak, T.C. Anayasası’nın 21 maddesiyle anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Bu hakkın, üçüncü kişilerce ihlal edilmesi hali ise Türk Ceza Kanunu’nun 116 maddesiyle cezai yaptırıma bağlanmıştır.

Türk Medeni Kanunu md.194 ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md.349 hükmü ise, konutun aynı zamanda “aile konutu” niteliğini taşıması halinde özel bir koruma öngörmüştür. Bu korumadan yalnızca “konut” olarak kullanılabilen yerler

⁶⁵ GÜMÜŞ, s. 47; GÜMÜŞ, Şerhler, s. 21

⁶⁶ ŞİPKA, s. 78; UÇAR, Aile Konutu, s. 9.

⁶⁷ (<http://tdkterim.gov.tr/bts/>)

yararlanabilecektir. Zira, bu koruma ile ulařılmak istenen amaç, eřlerden birinin dūřuncesiz veya kōtūnietli hukuki iřlemlerine karřı, dięer eřin ve varsa çocukların temel ihtiyaçlarından biri olan barınma ihtiyaını teminat altına almak, bōylelikle, ailenin birlięi, huzur ve refahını temin etmektir. Bu nedenle, kural olarak eřlerden herhangi birinin iřyeri olarak kullandığı mekanlar, bu korumadan yararlanamaz. Ancak, konutun bir bōlūmūn iřyeri olarak kullanılması halinde tartıřılabilir bir durum ortaya çıkar. Bu yerlerle ilgili kira sōzleřmesinin feshinde, bu yerlerin devrinde veya bu yerler ūzerindeki hakların sınırlanmasında dięer eřin rızasının aranması halinde, TMK md. 194 ve TBK md. 349 hūkūmlerinin koruma amacı ile anayasal gūvenceye kavuřturulmuř çalıřma hakkı ve ticari faaliyet ūzgūrlūęū arasında bir çatıřma ortaya çıkacaktır. Doktrinde baskın gōrūř, bu iki menfaat arasında kıyaslama yapıldığında, ailenin barınma ihtiyaının ūstūn tutulması ve aile konutunun varlıęının kabul edilmesi gerektięi yōnūndedir⁶⁸. Bu nedenle, konut ve iřyeri olarak kullanılan bōlūmler birbirinden baęımsız olarak hukuki iřleme konu olamıyorlarsa, hak sahibi eřin bu yerlerle ilgili olarak yapacaęı iřlemlerin geçerlilięi dięer eřin rızasına baęlıdır. Lakin, bu yerler, birbirlerinden baęımsız olarak hukuki iřleme konu olabiliyorlarsa, ūrneęin, konut ve iřyeri ūst ūste bulunan kat mūlkiyetine konu iki baęımsız bōlūm nitelięindeyse dięer eřin rızası aranmayacaktır⁶⁹. Doktrindeki bir dięer gōrūře gōre⁷⁰ ise, iřyeri ve konut olarak kullanılan “karma bir yapı” sōz konusu ise “baskın olan kullanım biçimi”ne gōre karar verilmeli, baskın olan kullanım biçimi belirlenemiyorsa aile konutu nitelendirmesi yapılmalıdır.

Konut, kısaca, “barınmaya elveriřli yer” olarak tanımlanabilir. Fakat, bu yerin nitelięi konusunda doktrinde farklı gōrūřler ileri sūrūlmüřtūr. BARLAS’a gōre aile konutu, yalnızca “mūstakil ev veya apartman dairesi” olabilir, “arsa ve tarla” esasen konut nitelięinde olmadıęından haliyle aile konutu kavramı dıřında kalır ve buna iliřkin hūkūmlere tabi olmaz⁷¹. Yazar, bōylelikle, tařınırlar ile arsa veya tarla nitelięindeki yerleri, TMK md.194 hūkmūnūn uygulama alanı dıřında tutmaktadır. Burada ele alınması gereken iki konu vardır, bunlardan birincisi tařınırların aile konutu olarak

⁶⁸ KAMACI, s. 118; DOğAN, Aile Konutu, s. 286; NEBİOğLU ÖNER, s. 134; şIPKA, s. 88.

⁶⁹ şIPKA, s. 68.

⁷⁰ ACAR, Aile Konutu, s. 41.

⁷¹ BARLAS, s. 122, 123; BARLAS, Makalelerim, s. 234.

nitelendirilip nitelendirilemeyeceği, ikincisi ise arsa ve tarla niteliğindeki taşınmazların aile konutu hükümlerine tabi olup olamayacağıdır.

Doktrinde ağırlıklı görüş, karavan, çadır gibi taşınırların da aile konutu olarak nitelendirilebileceği yönündedir⁷². Kanaatimizce, ülkemizde taşınırların konut olarak kullanılması çok sık karşılaşılabilen bir durum olmamakla birlikte, hükmün koruma amacı dikkate alındığında taşınırların da bu kapsam içerisine alınması gerekmektedir.

Konut kavramının özü itibarıyla (güvenliği ve mahremiyeti sağlamak için) kapalı bir mekan olması gerekir. Doktrinde de aile konutunun kapalı bir mekan olduğu belirtilmektedir⁷³. Bu nedenle, üzerinde hiçbir taşınır veya taşınmaz yapı bulunmayan arsa ve tarlalar, konut olarak kullanılmaya elverişli olmadığından, doğaldır ki bu yerler aile konutu olarak kabul edilemeyecek ve TMK md. 194 ve TBK md. 349 hükmü kapsamında korunmayacaktır. Söz gelimi, ailenin tek geçim kaynağı olan bir tarlanın devri veya üzerindeki hakların sınırlanması yahut bu tarla üzerinde şahsi nitelikte kullanım ve yararlanma hakkı tanıyan ürün kirası sözleşmesinin feshi, tarla üzerinde hak sahibi olmayan eşin rızasına bağlı olmayacaktır⁷⁴.

Arsa ve tarla niteliğindeki taşınmazlar bakımından, aile konutuna özgü hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı sorunu, söz konusu taşınmazlar üzerinde taşınır veya taşınmaz nitelikte yapılar bulunması halinde gündeme gelecektir.

Tapu sicilinde arsa veya tarla olarak kayıtlı bulunan taşınmazlar üzerinde konut olarak kullanılmaya elverişli taşınmaz yapılar bulunabilir. Türk Medeni Kanunu'nun 718. maddesine göre "Arazi üzerindeki mülkiyet, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde,

⁷²ACAR, Aile Konutu, s. 20; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, birinci bası; s. 204 GİRAY, Faruk Kerem, "4721 Sayılı Türk Medeni Kanununda Yer Alan Aile Konutu Kavramının Kanunlar İhtilafı Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuku Bülteni, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, Y. 23, S. 1-2, 2003, s. 426; GÜMÜŞ, s. 47; GÜMÜŞ, Şerhler, s. 21; GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 67; NEBİOĞLU ÖNER, s. 129; ÖZTAN, s. 200; ŞİPKA, s. 72; ŞİPKA, Şükran, "Medeni Kanunda Aile Konutu ve Diğer Eşin Rızasına Bağlı İşlemler", Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Yeni Medeni Kanuna İlişkin Uygulama Sorunları (4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve 4721 sayılı Medeni Kanuna İlişkin Uygulama Sorunları Sempozyumu 9-10 Kasım 2002), İstanbul, 2003, s. 69; UÇAR, Aile Konutu, s. 1.

⁷³ KILIÇOĞLU, s. 46; ŞİPKA'ya göre, konut az çok kapalı bir mekandır. ŞİPKA, s. 72;

⁷⁴ Böyle bir durumda ancak TMK md. 199 hükmüne dayanılarak, hak sahibi olmayan eşin istemi üzerine, mahkeme kararıyla hak sahibi eşin tasarruf yetkisinin sınırlanması yoluyla evlilik birliğinin korunması sağlanabilir.

üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar (f.1). Bu mülkiyetin kapsamına, yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere yapılar, bitkiler ve kaynaklar da girer (f.2)”. TMK, md. 718’de yer alan bu kural “üst toprağa tabidir” şeklinde ifade olunmaktadır⁷⁵. Bu halde, söz konusu taşınmaz yapılar, arsa veya tarla niteliğindeki taşınmazın bütünleyici parçası olur⁷⁶. Asıl şeyin maliki, bütünleyici şeyin de malikidir (TMK md. 684). Bütünleyi parçalar, asıl şeyden ayrı olarak tasarruf işlemine konu olamaz ve asıl şey üzerindeki tasarruf bütünleyici parçayı da bağlar. Bu nedenle, bir taşınmaz tapu sicilinde arsa veya tarla olarak kayıtlı olsa dahi fiili durum itibariyle üzerinde aile konutu olarak kullanılan bir taşınmaz yapı varsa, bu taşınmazı konu edinen ve aile konutu üzerindeki hakları sona erdirebilecek veya kısıtlayacak dar ve teknik anlamıyla tasarruf işlemleri ve geniş anlamıyla tasarruf işlemlerinin geçerliliği⁷⁷ diğer eşin rızasına

⁷⁵ OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, İSTANBUL, 2011, s. 390; ERTAŞ, Şeref, Eşya Hukuku, Ankara, 2008, s. 247; TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, Tekinay Eşya Hukuku, C.I, Zilyetlik, Tapu Sicili, Mülkiyet, İstanbul, 1989, s.75.

⁷⁶ AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul, 2009s. 519, TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, Eşya Hukuku, s. 796.

⁷⁷Kullanım ödücü, adi kira, ürün kirası gibi sözleşmeler kapsamında zilyetliğin de teslim edilmesi nedeniyle bu tür işlemlerin tasarruf işlemi olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. AYİTER, Kudret, Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, Ankara, 1953, s.102-103; Zilyetliğin iadesi bağlamında geniş anlamda tasarruf işlemi kavramını ele alan ÖZEN, geniş anlamıyla tasarruf işlemi kavramıyla ilgili Alman doktrininde yer alan görüşleri şu şekilde derlemiştir: “Malikin mülkiyeti altındaki nesnenin doğrudan zilyetliğini alacaklıya aktarmasını konu alan borç ilişkileri (adi kira, hasılat kirası, ariyet, vedia) ifa etmesinin geniş anlamıyla bir tasarruf işlemine yol açtığını savunan yazarların öncüsü bir bakıma M.SCHERK olmuştur. Yazara göre, malik, alacaklıya doğrudan zilyetliği elde etme ve sürdürme olanağı sağladığı borç ilişkilerini (kira, ariyet, vedia gibi) ifa etmekle bir dereceli zilyetlik yapısı kurar. Alacaklısını doğrudan zilyet kılarken, kendisini de dolaylı zilyet yapmış olur. Böylelikle malik, mülkiyet hakkının kapsamındaki yetkilerden birine etki etmiş, onu dönüştürmüş olur. Bilindiği gibi, mülkiyet hakkının malike tanındığı yetkilerden birisi, nesnenin doğrudan zilyetliğini sürdürme yetkisidir. Bu durumda, kurduğu bir kira ilişkisiyle, kiracısını doğrudan, kendisini de dolaylı zilyet yapan malik, aynı zamanda, mülkiyet hakkının kapsamındaki bir yetkiyi de değiştirmiş olmaktadır. Mülkiyet hakkı üzerinde dolaysız bir etkisi olan, bu hakkın verdiği yetkilerden birisini değiştirip, dönüştüren, kira ilişkisine dayalı dereceli zilyetlik kurma işlemi, geniş anlamıyla bir tasarruf işlemi sayılmalıdır ...Bu temel düşünce biçimi içersinde, ileri sürdüğü görüşleriyle RAISER önemli bir yer tutar. Yazara göre, malik, mülkiyeti altındaki nesnenin doğrudan zilyetliğini, kira, ariyet, vedia vb. gibi bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde başkasına aktarırsa, yalın bir alacak-borç ilişkisi kurmaktan fazla bir şey yapmış olur. O, artık, malik olarak sahip olduğu hukuki konumu da değiştirmiştir. Malik, mülkiyeti altındaki nesnenin doğrudan zilyetliğini □ sınırlı ayni hak tesis ederek □ veya □ kullanmaya yönelik bir alacak hakkı □ tanıyarak başkasına bırakırsa, kendi hukuki konumu bakımından farklı işlemler yapmış sayılmaz. Malikle hukuki ilişki içinde bulunan taraf için, herkese karşı etkili bir sınırlı ayni hak mı elde ettiği, yoksa yalnız malike karşı ileri sürülebilir bir alacak hakkı mı kazandığı elbette önemlidir. Ama, her iki olasılıkta da malikin hukuki konumu benzer bir değişim geçirmiştir. Bu nedenle, kurduğu bir borç ilişkisi sonucunda alacaklıya doğrudan zilyetliği bırakan malik, geniş anlamıyla da olsa tasarruf işlemi yapmış sayılmalıdır...RAISER’in güçlü bir temel sunduğu bu düşünce biçimi, DIEDERICHSEN tarafından geliştirilip, kapsamlı bir teori ortaya konulmuştur. Bu teorinin ana hatları şu şekilde özetlenebilir: Zilyetlikle ilgili sonuçlar doğuran borç ilişkilerini, diğer borç ilişkilerinden ayıran önemli bir nokta vardır. Doğrudan zilyetliğe yönelik bir alacak hakkı sahibi olan kişi (örneğin kiracı), bu alacak hakkına

bağlı olmalıdır. Doktrinde, daha önce, BÜYÜKAY ve GÜMÜŞ tarafımızca benimsenen bu görüşü savunmuştur. BÜYÜKAY'a göre⁷⁸ “bir yerin aile konutu sayılabilmesi için mutlaka tapuda bağımsız bölüm olarak görünmesi gerekli değildir. Örneğin, tapuda arsa olarak gözüken, ancak üzerinde konut bulunan taşınmazların da aile konutu olarak kabul edilmeleri gereklidir”. GÜMÜŞ'e göre⁷⁹ de “Bir arsa üzerindeki yapı fiilen aile konutu olarak kullanılmasına rağmen, söz konusu taşınmazın tapu kütüğünde cins tashihi yapılmadığı için hala arsa olarak gözükmesi, fiili kullanım ile kazandığı aile konutu niteliğini ortadan kaldırmaz”. Meseleyi aile konutu şerhi bağlamında ele alan Yargıtay da taşınmaz üzerinde bulunan yapı, tapuda taşınmaz olarak kaydedilmemiş olsa da taşınmaz sahibince fiilen aile konutu olarak kullanılıyorsa TMK md.194/f.3 uyarınca aile konutu şerhi verilebileceğini belirtmiştir⁸⁰.

Arsa veya tarla niteliğindeki taşınmazlar üzerinde, taşınır yapılar da bulunabilir. TMK'nın “taşınır yapılar” başlıklı md. 728 göre “Başkasının arazisi üzerinde⁸¹ kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapılar, bunların malikine aittir (f.1). Bu tür yapılar, taşınır mal hükümlerine tabi olur ve tapu kütüğünde gösterilmez (f.2)”. Görüldüğü üzere, taşınır yapılar üzerinde bulundukları

dayanarak zilyet olduğu takdirde, nesne ile arasında bir □ hukuki bağ □ kurulur. Yalın borç ilişkileri ise sadece alacaklı ile borçlu arasında bir □ hukuki bağ □ kurar. Yalın bir borç ilişkisi oluşturan satım sözleşmesi, sadece, alıcı ile satıcı arasında bir bağ kurar ki buna göre, alıcının hakkı □ nesneye□ yönelik bir haktır, □ nesne üzerinde bir hak □ değil. Oysa bir kira ilişkisinde, kiracının hakkı daha fazla bir içerik taşır. Malikle kurulan bir kira ilişkisinde, kiracının hakkının niteliği tartışılırken, kira konusu nesne ile kiracı arasındaki bağı gözardı etmek ve sorunu kiracının malike yönelteceği talepler düzeyinde ele almak yanıltıcı olacaktır. Bu konuda, kiracının bir borç ilişkisine dayanan zilyetlik hakkı özel bir ağırlık taşımaktadır. Kiracının □ zilyetlik hakkı □, yalın bir talep olmanın ötesinde, nesne üzerinde bir hakimiyet hakkıdır...Sonuç olarak malikle kurulan bir borç ilişkisiyle kazanılan zilyetlik hakkının, sınırlı ayni hakka dayanan zilyetlik hakkına yapısal olarak benzer yönler taşıdığı söylenebilecektir. Sınırlı ayni hak tanıyan malik gibi, nesnenin kullanılmasına yönelik bir alacak hakkı tanıyan ve doğrudan zilyetliği alacaklıya bırakan malik de (hiç olmazsa geniş anlamda) bir tasarruf işlemi yapmıştır. Burada geniş anlamıyla bir tasarruf işlemi söz konusudur, çünkü □ mutlak □ değil, alacaklı ile malik arasındaki ilişki ile sınırlı nisbi etkiler doğurur. Bu geniş anlamda tasarruf işlemi ile, alacaklı ile malik arasındaki ilişkide, nesne alacaklıya tahsis edilmiş, alacaklının nesne üzerinde hakimiyet kurma olanağı, malikin hakimiyet yetkisini sınırlamıştır”. ÖZEN, Burak, Haksız Zilyetlikte İade, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Bilim Dalı Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul, 2003, s. 18-25.

⁷⁸ BÜYÜKAY, s. 4.

⁷⁹ GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 66

⁸⁰ Yarg. 2. HD. 2005/8403 E, 2005/10552 K, 04.07.2005 T; Yarg. 2. HD. 2005/4553 E, 2005/7237 K, 03.05.2005 T (www.kazanci.com).

⁸¹ “Taşınır yapı bakımından yapıyı inşa edenin kişiliği önemli değildir. MK. m. 728 hükmünün ifadesine rağmen, bir arazi maliki dahi kendi arazisi üzerinde taşınır yapı inşa edebilir”. AKİPEK / AKINTÜRK, s. 535; aynı yönde OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 393.

taşınmazın bütünleyici parçası değildirler, bu nedenle taşınmazdan bağımsız olarak tasarruf işlemine konu olabilirler. Aile konutu olarak kullanılabilen bu taşınır yapıların devri, üzerlerindeki hakların sınırlandırılması veya konu oldukları kira sözleşmesinin feshi diğer eşin rızasına bağlıdır. Esasen yalnızca taşınır yapıları konu edinen böyle tasarrufi işlemler, üzerlerinde bulundukları taşınmaz üzerinde etki doğurmayacağından, bu noktada arsa ve tarla niteliğindeki taşınmazların aile konutuna özgü hükümlere tabi olup olmadığı tartışması yönünden bir özellik söz konusu olmaz. Ancak, söz konusu yapıların malikleri, aynı zamanda taşınır yapıların üzerinde bulunduğu arsa veya tarla üzerinde de hak sahibi olabilirler, böyle bir durumda, taşınmaz üzerindeki hakkın sınırlandırılması veya sona erdirilmesi aile konutunda barınma hakkını etkileyebilir. Örneğin, maliki bulunduğu tarla üzerinde aile konutu olarak kullanılabilen prefabrik bir ev bulunan bir çiftçi, yalnızca taşınmazı konu edinen bir devir ve temlik işlemi yaptığında, aile konutu olarak kullanılan prefabrik ev üzerindeki mülkiyet hakkı bu devir ve temlik işleminden etkilenmeyecektir. Fakat, tarla üzerindeki hak sahipliği sona ermiş olduğundan, aile konutunun tarla üzerinde kalmaya devam etmesi (devir sözleşmesinde eski malike üst hakkı tanınması veya şahsi bir kullanma hakkı tanınması söz konusu değilse) yeni malikin mülkiyet hakkına haksız bir el atma olacak ve yeni malik haksız el atmanın önlenmesini sağlayabilecektir (TMK md. 683/f.2). Bu bakımdan, taşınır yapıların üzerlerinde bulunduğu arsa veya tarlanın devri, üzerlerindeki hakların sınırlandırılması durumunda taşınır yapılar bu hukuki işlemlerden etkilenmez. Ancak, hak sahibi eşin bu yerler üzerindeki hakkı sona ereceğinden taşınmazın kullanılmaya devam edilmesi haksız el atma olacaktır. Bu durumda ise aile bireyleri, aile yaşamının odak noktası olan çevreyi terk etmek zorunda kalacaktır. TMK md. 194 hükmünün koruma amacı, eşlerin acı, tatlı günleri yaşadıkları ve yaşam merkezi haline getirdikleri konutu korumak, böylelikle eşlerin ve varsa çocukların mesleki faaliyetlerinin, eğitim hayatının ve diğer sosyal, ekonomik faaliyetlerinin gerçekleşmesi muhtemel ikametgah değişikliğinden olumsuz olarak etkilenmesini önlemektir. Bu nedenle, arsa veya tarla niteliğindeki taşınmazların devri, üzerlerindeki hakların sınırlandırılması veya bu taşınmazlarla ilgili kira sözleşmesinin feshi, taşınır yapılar üzerindeki hak sahipliğini etkilemese de aile bireylerinin aile konutu üzerindeki menfaatini olumsuz olarak etkiliyorsa, bu tür işlemlerin geçerliliği TMK md. 194 hükmü gereği, diğer eşin rızasına bağlı olmalıdır. Aksi, halde eşlerin ve çocukların

yaşam merkezi haline getirdikleri konutun, hak sahibi eşin düşüncesiz veya kötüniyetli işlemleri nedeniyle kaybı söz konusu olabilecektir.

C.KONUTUN EŞLERİN ORTAK İRADELERİYLE AİLE KONUTU OLARAK TAHSİS EDİLMESİ (SÜBJEKTİF UNSUR)

1. Konutunun Seçimi (TMK md.186)

743 sayılı Türk Medeni Kanun'dan farklı olarak, 4721 sayılı Türk Medeni Kanun'da eşlerin oturacakları konutu birlikte seçecekleri belirtilmiştir (TMK md. 186/f.1). Böylelikle, konutun seçimi konusunda erkeği tek yetkili sayan, kadın-erkek eşitliğine aykırı uygulamadan vazgeçilmiştir.

Eşler, oturacakları konutu ortak iradeleri ile belirleyeceklerdir. Konutun seçiminde eşlerin yetkileri eşittir. Eşler, bu yetkinin içlerinden biri tarafından kullanması konusunda anlaşabilecekleri gibi, birinin seçtiği konuta diğer eşin onay vermesiyle de seçim gerçekleşebilir⁸². Seçilecek konut, eşlerin sosyal, kültürel ve ekonomik yapılarına uygun olmalıdır. Eşler, bu konutu seçerken, çalıştıkları işyerlerinin, varsa çocukların okulunun konumunu; eşlerin veya çocukların özel hastalıklarını ve ödeme güçlerini nazara almalıdır⁸³.

Türk Medeni Kanunu'nun md. 185/f.3 hükmü uyarınca eşlerin temel yükümlülüklerinden biri de "birlikte yaşamak"tır⁸⁴. Bu ise eşlerin, ortak bir konutta yaşamaları ile mümkün olacaktır. Bu bakımdan, birlikte oturulacak konutu seçmek hem hak hem de bir yükümlülüktür⁸⁵. Eşlerin oturacakları konutu seçmek konusunda consensusa varamamaları halinde ise TMK'nın evlilik birliğinin korunması ile ilgili hükümleri uygulama alanı bulacaktır. TMK md. 195/f. 1 hükmüne göre "Evlilik

⁸² AKINTÜRK Turgut/ ATEŞ KARAMAN, Derya, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, C.2, İstanbul, 2011, s. 110; AYAN, s. 51,52; DOĞAN, s. 104; DOĞAN, Aile Konutu, s. 288.

⁸³ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 110; DOĞAN, Aile Konutu, s. 288; TÜRKER, Gökçen, Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2005, s. 28, 29; ÖZTAN, s. 200.

⁸⁴ Ancak, TMK md. 21 uyarınca kadının yasal yerleşim yeri, kocanın yasal yerleşim yeri olmaktan çıkarılmıştır. Bu nedenle, haklı sebeplerin varlığı halinde kadın ayrı yerleşim yeri edinebilecektir, Ayrıntılı bilgi için bkz. HAVUTÇU, Ayşe, "Evli Kadının Yerleşim Yeri, DEÜHFD, C.7, S.1, 2005, s. 29-50.

⁸⁵ GİRAY, s. 423-448.

birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi halinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hakimin müdahalesini isteyebilirler (f.1.) Hakim, eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır; onları uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebilir (f.2). Hakim, gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri alır (f.3)”.

Konutu seçme konusunda uzlaşmaya varılamaması halinde eşler ayrı ayrı veya birlikte hakimin müdahalesini isteyebileceklerdir. Bu konuda görevli mahkeme, Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun uyarınca “aile mahkemeleri”dir⁸⁶. Aile mahkemesi kurulmayan yerlerde ise Hakimler Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenecek asliye hukuk mahkemeleri görevli olur. Yetkili mahkeme ise TMK’nın 201 md. hükmünde belirlenmiştir, buna göre “Evlilik birliğinin korunmasına yönelik önlemler konusunda yetkili mahkeme eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesidir (f1). Eşlerin yerleşim yerleri farklı ve her ikisi de önlem alınması isteminde bulunmuş ise, yetkili mahkeme ilk istemde bulunanın yerleşim yeri mahkemesidir (f.2)”.

Hakimlerin, evlilik birliğinin korunması amacıyla yapılan başvurularda alabileceği tedbirler ve verebileceği kararlar TMK’nın md. 195/f.2, 196, 197 ve 198. madde hükümlerinde sınırlı sayıda olmak üzere düzenlenmiştir⁸⁷. TMK md. 195/f.2 hükmüne göre, hakim eşleri ortak konut seçilmesi konusunda uyaracak ve onları uzlaştırmaya çalışacaktır. Hakim, bu yollarla bir sonuca ulaşamazsa, eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını talep edebilecektir. Bunun dışında, hakimin eşler yerine geçerek ortak konutu belirleme yetkisi bulunmadığı gibi hakim, konutun seçimi konusunda eşlerden yalnızca birini de yetkilendiremez⁸⁸. Bu genel önlem dışında,

⁸⁶ AMKGYUDK md. 4 “Aile mahkemeleri, aşağıdaki dava ve işleri görürler

1. 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni) "Üçüncü Kısım hariç olmak üzere" İkinci Kitabı ile 3.12.2001 tarihli ve 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna göre aile hukukundan doğan dava ve işler.

2. 20.5.1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanuna göre aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizi,

3. Kanunlarla verilen diğer görevler”.

⁸⁷ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, s. 135.

⁸⁸ DOĞAN, s. 105; DOĞAN, Aile Konutu, s. 288; HAVUTÇU, s. 39; ŞİPKA s. 78; Konuyu, TMK md. 195 ile aynı içeriğe sahip İMK md. 172 v.d. maddeleri bağlamında ele alan KOÇHİSARLIOĞLU,

hakim, eşlerden birinin istemi üzerine ve somut koşullara göre TMK'nın 196, 197 ve 198. madde hükümlerinde öngörülen önlemlerden birini alabilir⁸⁹.

2.Seçilen Konutun Eşlerin Ortak İradesi ile Aile Konutu Olarak Tahsis Edilmesi

Bir konutun aile konutu olarak nitelendirilebilmesi için bulunması gereken en önemli unsur, söz konusu konutun, eşlerin ortak iradeleriyle, sürekli olarak ailenin yaşam merkezi haline getirilmek üzere aile konutu olarak özgülümesidir⁹⁰.

Belirtmek gerekir ki, “aile konutu” ile “ortak konut” kavramlarının aynı anlamı taşıyıp taşımadığı konusunda doktrinde ve Yargıtay uygulamasında farklı görüşler bulunmaktadır.

Doktrinde bir görüşe göre, aile konutu ve ortak konut aynı anlama gelmektedir, eşlerin oturacakları konut aile konutudur⁹¹. Yargıtay kararlarında da aile konutu ve ortak konut ayrımına gidilmediği görülmektedir⁹².

Doktrinde tarafımızca da kabul edilen bir diğer görüşe göre ise, aile konutu ve ortak konut birbirinden farklı kavramlardır⁹³. Eşler ekonomik durumlarına göre birden fazla konutu, TMK md.186 uyarınca oturacakları konut olarak belirleyebilirler, ancak, eşler tarafından ortak irade ile seçilen bu konutlardan yalnızca “aile yaşamının merkezi” konumunda olan konut, aile konutu olarak kabul edilecektir.

Eşler ekonomik durumları elverdiği takdirde, yaşamlarının bir kısmını aile konutu niteliğine sahip olmayan ortak konutlarda geçirebilirler. Eşlerin zaman zaman işleri ya da sağlık sorunları sebebiyle veya dinlenmek, tatil yapmak gibi amaçlarla süreklilik söz

hakimin görevinin eşleri uzlaştırmaya çalışmak ve kanunda belirtilen önlemleri almakla sınırlı olduğunu belirtmiş, eşlerin anlaşmazlıklarının hakimim kendi kişisel kararları ile gidermesi şeklinde bir çözümün mümkün olmadığını ifade etmiştir. KOÇHİSARLIOĞLU, İsviçre’de Gelişmeler, s. 446.

⁸⁹ HAVUTÇU, s. 39.

⁹⁰ PARLAK, s. 56.

⁹¹ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, s. 110; AYAN, s. 51.

⁹² Yargıtay 2. HD, 2005/16473 E, 2006/799 K, 02.02.2006 T (www.kazanci.com), Ayrıca bkz. GENÇCAN, Ömer Uğur, Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku, Ankara, 2008, 637-640; GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 201-204.

⁹³ ACAR, Aile Konutu, s. 18; CEYLAN, s. 139; GENÇCAN, s. 637; GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 201; GİRAY, s. 427; HAVUTÇU, s. 40; KAMACI, s. 117; NEBİOĞLU ÖNER, s. 133; ÖZTAN, s. 200; ŞIPKA, s. 86; YAĞCIOĞLU, s. 94.

konusu olmadan, belirli dönemlerde kullandıkları yazlık ev, yazın kullanılan villa, dağ evi, bağ evi, devre mülk, karavan, yat, kotra gibi ikincil nitelikli konutlar, aile konutu olarak kabul edilemez⁹⁴. Zira, bu tür konutlar sürekli olarak ailenin yaşam merkezi haline gelmemekte, geçici sürelerle kullanılmaktadır⁹⁵. Bu konutların kaybı, eşlerin ve varsa çocukların barınma hakkını ihlal etmeyeceğinden TMK md. 194'ün sağladığı korumadan istifade edilemez.

Belirtmek isteriz ki, bu açıklamalar teorik niteliktedir. Ülkemizdeki ekonomik durum, eşlerin birden fazla konutu oturulacak konut olarak tayin etmelerine imkan vermemekte, bu nedenle, uygulamada (genel olarak) ortak konut ile aile konutu aynı yer olmaktadır⁹⁶.

Uygulama ve doktrinde görüş ayrılığına düşülen bir diğer husus ise, birden fazla konutun aile konutu niteliğine sahip olup olamayacağıdır. Türk Medeni Kanunu'nun tasarı çalışmaları sırasında, tek bir konutun aile konutu olarak özgülenebileceği yönünde TMK'nın 194. maddesine beşinci bir fıkranın eklenmesi yönünde bir görüş ileri sürülmüş, ancak yapılan çalışmalar sırasında bu fıkra 194. maddeye dahil edilmemiş ve kanunlaşmamıştır⁹⁷.

Doktrinde bir görüş, aile konutunun tek bir konut olabileceğini, belirsizlik halinde eşlerin mesleki faaliyetleri dışında sosyal ilişkilerinin yoğunlaştığı yer, çocukların

⁹⁴ AYAN, s. 66; BARLAS, s. 122; ÇABRİ, s. 403; DOĞAN, Aile Konutu, s. 286; DOĞAN, s. 106; GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 213; GÜMÜŞ, Şerhler, s. 22; GÜMÜŞ, s. 48; GİRAY, s. 427; KAMACI, s. 118; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 9; KOÇİSARLIOĞLU, İsviçre'de Gelişmeler, s. 443; PARLAK, s. 57; ŞEKER, s. 475; ŞİPKA, s. 86; ÖZÜĞÜR, Ali İhsan, Mal Rejimleri, Ankara, 2011, s. 536; Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 2002/7 sayılı ve 11.06.2002 tarihli Genelgesinde de "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 Kanununun 194 üncü maddesi kapsamına girmediğinden" bu yerlerle ilgili olarak tapuya aile konutu şerhi verilemeyeceği belirtilmiştir.

⁹⁵ "...yazlık konut ailenin tatil ihtiyacını karşılamak amacıyla edinilmiş olup, bütün yaşam faaliyetlerinin gerçekleştiği sürekliliği olan alan niteliğinde değildir". Yarg. 2. HD. 2003/3071 E, 2003/4352 K ve 27.03.2003 T (www.kazanci.com).

⁹⁶ KAMACI, s. 117; ŞİPKA, s. 80.

⁹⁷ AYAN, s. 67; KILIÇOĞLU, s. 52, 53, dñn. 32; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 14, dñn. 18; UÇAR, Aile Konutu, s. 12.

eğitim gördükleri yer, eşlerin ikametgah yeri gibi kriterler kullanılarak aile konutunun tespit edilebileceğini ileri sürmektedir⁹⁸.

Yargıtay da tek bir konutun aile konutu olacağı görüşündedir⁹⁹.

Doktrinde yer alan diğer görüş ise kural olarak tek bir konutun aile konutu olabileceğini belirtmekle birlikte, eşlerin işyerleri, eşlerin veya çocukların sağlık durumları, çocukların eğitimi gibi istisnai ve özel haller nedeniyle aile yaşamı birden fazla yerde yoğunlaşmaktaysa ve bu yerlerin birini diğerine üstün tutmak mümkün değilse, birden fazla konutun aile konutu olabileceğini kabul etmektedir¹⁰⁰. İsviçre ve Türk doktrininde bu duruma örnek olarak, eşlerden birinin sağlık nedenleriyle çocuklardan biriyle kırsal alanda, diğer eşin başka bir çocuğun eğitimi nedeniyle şehir merkezinde yaşaması, eşlerin mesleki nedenlerle farklı yerlerde yaşamaları gösterilmektedir¹⁰¹.

Kanaatimizce, TMK md. 194'ün kanunlaşma aşamasında, aile konutunun tek konut olması yönünde beşinci bir fıkra ekleme önerisinin kabul edilmemesi ve bu hükmün ratio legis'i nazara alındığında; eşlerin ve çocukların sağlık durumları, çocukların eğitimleri, eşlerin farklı yerlerde çalışmaları gibi çok özel ve istisnai haller bulunuyorsa ve bu nedenle aile yaşantısının merkezi olma kriteri bakımından konutlardan birini diğerine üstün tutmak mümkün olmuyorsa, birden fazla konutun aile konutu olarak kabul edilmesi mümkün görülmelidir.

⁹⁸ BÜYÜKAY, s. 3; ÇABRİ, s. 404; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, birinci bası s. 205; GÜMÜŞ, s. 47, 48; GÜMÜŞ, Şerhler, s. 22; aynı görüşte ATAĞ, Erol, "Eşler Arasındaki Mal Rejimi", TNBHD, S. 118, Mayıs 2003, s. 56; DOĞAN, s. 286, KAMACI, s. 118, REİSOĞLU, s. 68; YAĞCIOĞLU, s. 93, 94.

⁹⁹ "Aile konutu; eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdikleri acı, tatlı günlerini yaşadıkları, yaşam faaliyetlerini yoğunlaştırdıkları mekandır. Aile konutu tektir". Aynı yönde, Yarg. 2. HD., 2005/16473 E, 2006/799 K , 02.02.2006 T (www.kazanci.com).

¹⁰⁰ ACAR, Aile Konutu, s. 32; AYAN, s. 68; BARLAS, s. 58; CEYLAN, s. 140; KAPUSUZ, s. 17; GENÇCAN, s. 648; GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 212; GİRAY, s. 427; HAVUTÇU, s. 41; ÖZTAN, s. 199; PARLAK, s. 97; ŞEKER, s. 475; ŞİPKA, s. 80-81; UÇAR, Aile Konutu, s. 8.

¹⁰¹ HAUSHEER, Heinz/REUSSER, Ruth/GEISER, Thomas, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II. Das Familienrecht 1. Abteilung Das Eherecht 2. Teilband Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen Art. 159-180 ZGB, s. 377 (naklen: PARLAK, s. 49); ŞİPKA, s. 83-86.

D.OBJEKTİF UNSUR

Bir konutun eşlerin ortak iradeleri ile aile konutu olarak tahsis edilmesi, konutun aile konutu olarak nitelendirilmesi ve bu bağlamda kanunlarda yer alan aile konutuna ilişkin hükümlerin uygulanması için yeterli değildir. Zira, söz konusu hükümlerin uygulanması üçüncü kişiler için hak kayıplarına neden olabilmektedir. Aleniyet taşımayan, üçüncü kişilerce bilinmeyen ve bilinmesi mümkün olmayan durumlar nedeniyle hak kaybına uğranması ise hukuk güvenliğini zedeleyecektir. Bu bakımdan, aile konutuna ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için, eşlerin, konutu, aile konutu olarak tahsis etmelerine yönelik subjektif iradelerinin aleniyet kazanması, üçüncü kişilerce bilinebilir olması, objektif bir nitelik kazanması gerekmektedir¹⁰². Bu aleniyet ise eşlerin fiilen söz konusu yeri kullanmaya başlaması, oraya yerleşmesiyle sağlanacaktır.

E.HUKUKA UYGUN KULLANIM

Evlilik birliğinde eşlerin sürekli olarak ve fiilen aile yaşamlarının merkezi haline getirdikleri konutun, aile konutu olarak kabul edilip, kanunlarda yer alan aile konutuna ilişkin düzenlemelerin uygulanabilmesi için, eşlerden en az birinin bu konutu kullanma konusunda ayni veya şahsi bir hakkının bulunması gerekmektedir. Aile konutu üzerinde sahip olunan bu hak mülkiyet, intifa, oturma hakkı veya üst hakkına dayanabileceği gibi kira sözleşmesine veya kullanım ödöncü sözleşmesine¹⁰³ dayanabilir¹⁰⁴.

Türk Medeni Kanunu md. 194 ve TBK md. 349 hükümleri aile konutuyla ilgili kira sözleşmesinin feshini, aile konutunun devrini veya üzerindeki hakların sınırlandırmasını diğör eşin rızasına bağlamıştır. Aile konutu olarak tahsis etmek üzere konut edinmeye yönelik borçlandırıcı işlemler ile tasarruf işlemlerinin yapılmasında diğör eşin rızasının alınması gerekmemektedir.

¹⁰² AYAN, s. 66; BARLAS, s. 122; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, birinci bası s. 204, altıncı bası s. 161; GÜMÜŞ, s. 47; GÜMÜŞ, Şerhler, s. 34; GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 66; PARLAK, s. 60; ÖZÜĞÜR, s. 536; ŞİPKA, Şükran, TÜBAKKOM Yeni Medeni Yasanın Aile Hukuku'na Getirdiği Yenilikler ve Uygulaması Sempozyumu (6-7 Mart 2003), Ankara 2003, s. 39.

¹⁰³ Bkz. Bölüm II, s. 142.

¹⁰⁴ AYAN, s. 66; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, birinci bası s. 207, altıncı bası s.161; KAMACI, s. 126; PARLAK, s. 60;.

Hakkında tapu tahsis belgesi verilen taşınmazların TMK md. 194 hükmüne tabi olup olmayacağı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bir kısım yazarlar, konuyu aile konutu şerhi bağlamında değerlendirmiştir. GENÇCAN'a göre ¹⁰⁵ “tapu tahsis belgesi tapu kaydı niteliğinde değildir. Tapu tahsis belgesini ileride verilecek olan tapu kaydının dayanağını oluşturması o taşınmazda bulunan konuta aile konutu olduğunun şerhine olanak vermez. Beklenen hakka dayalı olarak bu taşınmaz İmar Affi Kanunu uyarınca hak sahibi adına tescil edilince aile konutu şerhi verilebilir duruma gelinmiş olur”. KAMACI'ya göre ¹⁰⁶ “ tapu tahsis belgesi mülkiyet hakkını gösteren bir belge değildir. İlerde taşınmazın mülkiyetinin devri söz konusu olduğunda ya da mülkiyetin devrinin önündeki engel kalktığında, devredilecek kişiyi belirleyen bir belgedir. Kaydında, belirli bir kişi lehine tapu tahsis belgesi verildiğine ilişkin şerh bulunan taşınmazlarda, bu taşınmaz aile konutu ise ve tapu tahsis belgesi eşlerden biri lehine verilmiş ise, diğer eş, taşınmazın kaydındaki “tapu tahsis belgesi vardır” şerhinin üzerine, aile konutu şerhi koydurabilir”. ÇABRİ'ye göre ¹⁰⁷ ise “ tapu tahsis belgesine konu taşınmazlar için MK m. 194'ün getirdiği sınırlama geçerli olsa da bu taşınmazlar üzerinde hak sahiplerinin mülkiyet hakkı olmadığından tapu kütüğüne aile konutu şerhi verilme olanağı bulunmamaktadır. Ancak beklenen hakka dayalı olarak İmar Affi Kanunu uyarınca bu taşınmazın hak sahipleri adına tapuda tescil edilmeleri halinde beklenen hak mülkiyete dönüşeceğinden bundan sonra bu taşınmazlar için tapu kütüğüne aile konutu şerhi verilmesi mümkün olacaktır”. Belirtmek isteriz ki, bir konutun aile konutu olarak nitelendirilebilmesi ve hakkında TMK md. 194 hükmünün uygulanabilmesi için söz konusu konut üzerine “aile konutu şerhi” konulmuş olması zorunlu olmadığı gibi konut üzerine “aile konutu şerhi” konulmuş olması, sırf bu nedenle, alelade bir konutun aile konutu sayılmasına yol açmaz. Bu bakımdan yukarıda yer alan yazarların görüşleri, hakkında tapu tahsis belgesi düzenlenen konutların aile konutu olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği ve söz konusu konutlar ile ilgili olarak TMK md. 194 hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı konusunda net bir fikir vermemektedir. Bu konuda daha genel bir değerlendirme yapan

¹⁰⁵ GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 211; GENÇCAN, s. 647.

¹⁰⁶ KAMACI, s. 136, 137.

¹⁰⁷ ÇABRİ, s. 412, 413.

DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ'e göre¹⁰⁸ "hakkında tapu tahsis belgesi verilen taşınmazlar üzerindeki aile konutları bakımından söz konusu belge, □ beklenen hak düzeyine ulaşan bir beklenti □ sağlasa bile, MK 194 hükmü uygulama bulmaz". GÜMÜŞ'e göre¹⁰⁹ ise "Hakkında tapu tahsis belgesi verilen taşınmazlar üzerindeki aile konutları bakımından söz konusu belge, sahibine □ beklenen hak düzeyine ulaşan bir beklenti □ sağladığından TMK md. hükmü uygulama alanı bulur". Kanaatimizce de, tapu tahsis belgesi, sahibine beklenen hak düzeyine ulaşan bir beklenti sağladığından bu konutlar hakkında TMK md. 194 hükmü uygulanabilmelidir. Zira, tapu tahsis belgesi sahiplerinin söz konusu konutlar üzerinde mülkiyet hakkı bulunmasa da bu kullanım hukuka aykırı bir nitelik taşımamaktadır¹¹⁰.

Doktrinde ağırlıklı görüşe göre, konut yapı kooperatiflerinde, mülkiyet kooperatif adına kayıtlı olduğu ve ferdi mülkiyete geçilmediği sürece, konutlar kooperatif üyelerinin fiilen kullanımına bırakılmış olsa dahi TMK md. 194/f.2 hükmü uygulanmaz¹¹¹. Kooperatifin üyelik kaydına da böyle bir şerh verilemez¹¹². Doktrindeki bir diğer görüşe göre ise, eşlerin konutlar üzerinde aynı hakkı ve dolayısıyla şerh verme olanağı olmasa bile, kooperatif içinde bulunan ve aile konutu olarak kullanılan bir yeri TMK md. 194 anlamında aile konutu saymak ve diğer eşin bu konut üzerinde ailenin istifadesini sınırlayan işlemlerini, en azından kira sözleşmesinde olduğu gibi, diğer eşin rızasına bağlı tutmak, kanunun amacına ve ailenin korunması düşüncesine daha uygun görünmektedir¹¹³. Kanaatimizce, konut yapı kooperatiflerinde ferdi mülkiyete geçilmediği sürece, konutların mülkiyeti kooperatife ait olduğundan ve eşlerin aynı hakkı bulunmadığından, tapu kaydına aile konutu şerhi verme imkanı bulunmamaktadır. Ancak, konut yapı kooperatifinin ana sözleşmesinde, tamamlanan konutların kiraya

¹⁰⁸ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, birinci bası s. 205.

¹⁰⁹ GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 68, 69.

¹¹⁰ "Öğretide ve Yargıtay kararlarında istikrar kazanmış uygulamada tapu tahsis belgesinin bir mülkiyet belgesi olmadığı, yalnızca fiili kullanmayı belirleyen zilyetlik belgesi olduğu, ilgisine ancak kişisel hak sağlayabileceği..." Yarg. 14. HD, 1999/8088 E, 1999/8570 K, 30.11.1999 T; Yarg. 14. HD, 2002/1791 E, 2002/3357 K, 30.04.2003 T; Yarg. 14. HD, 2009/2925 E, 2009/3351 K, 18.03.2009 T; "...sahibine kişisel hak sağlayan tapu tahsis belgesinin.." Yarg. 1. HD, 2008/7438 E, 2008/13248 K, 25.12.2008 T.

¹¹¹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, birinci bası s. 205; GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 211; GENÇCAN, s. 647; KAMACI, s. 137.

¹¹² KAMACI, s. 137.

¹¹³ BÜYÜKAY, s. 5.

verilebileceğine ilişkin bir düzenleme varsa ve buna dayanarak konut kiraya verilmişse TMK md. 194 ve TBK md. 349 hükmü uygulanabilmelidir.

IV.ÖNEMİ

Aile konutu, konut üzerinde hak sahibi olan eş için olduğu kadar diğer eş ve çocuklar için de çok önemli bir yere sahiptir. Aile bireyleri, aile konutunu, yaşamlarının odak noktası haline getirir ve sosyal yaşamına buna göre yön verir. Eşlerin işleri mümkün olduğunca konuta yakın yerededir; çocukların eğitim görecekları okul konutun konumuna göre belirlenir; aile bireyleri, burada sosyal çevre edinir.

Türk Medeni Kanunu'nun md. 194 hükmünün madde gerekçesinde de belirtildiği üzere aile konutu “anılarla dolu bir mekandır”. Eşler, konutta yaşadıkları süre içinde gerek kendi aralarında gerekse de hısımları ve arkadaşları ile iyi kötü pek çok anıyı aile konutunda yaşarlar. Çok defa da konutun manevi değeri, maddi değerinin önüne geçer. Zira, eşler, komşularla apartman yaşamında yönetimle, kapıcıyla, çevredeki alışveriş merkezleriyle konuttaki eşyalarla bütünleşmişlerdir¹¹⁴. Türk toplumunda, özellikle küçük yerleşim birimlerinde, komşularla ilişkiler de çok önemlidir.

Türkiye vatandaşları, gelirlerinin büyük bir kısmını konut kredilerine, konut yapı kooperatifi aidatlarına, konut kiralara ayırmakta veya konut edinmek için tasarruf yapmaktadır¹¹⁵. Nüfusun büyük bir çoğunluğu, gelirlerinin büyük kısmını konut edinebilmek için biriktiriyor, adeta bu amaç için çalışıyor ve konutu edindiklerinde, onu geleceklerinin teminatı olarak görüyor. Bu durum, aile konutunun, ailenin ekonomik yaşamının da merkezi olduğunu göstermektedir.

Aile konutunun maddi ve manevi değeri ile aile bireyleri için önemi dikkate alındığında; aile konutu üzerinde hukuki işlem yapmayı, konut üzerinde hak sahibi olan eşin inisiyatifine bırakmak, ailenin huzurunu, birliğini, güvenliğini kısaca ailenin kaderini hak sahibi eşin eline bırakmak anlamına gelecektir. Bu nedenle, TMK md. 194

¹¹⁴ KILIÇOĞLU, s. 45.

¹¹⁵ Türkiye İstatistik Kurumu 2010 yılı verilerine göre, hane halkının tüketim harcamaları içinde gıda harcamalarından sonra, en yüksek harcama, konut ve kira harcamalarıdır, gelirin %27.1 konut ve kira harcamalarına ayrılmaktadır. Türkiye İstatistik Kurumu Haber Bülteni, S. 162, T. 11 Ağustos 2011.

ve TBK md. 349 hükmü, aileyi ve genel çerçevede toplumu korumak adına çok önemli bir vazifeye sahiptir. Bu hüküm sayesinde, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş, diğer eşin rızası olmadan aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya konut üzerindeki haklarını sınırlayamaz.

Aile konutunu koruma ihtiyacı, özellikle evlilikte problemlerin attığı, eşler arasında sorunlar yaşadığı dönemlerde ortaya çıkmaktadır. Zira, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş, diğer eşe zarar vermek adına, kötüniyetli olarak aile konutunu devredebilir, aile konutu üzerindeki hakları sınırlayabilir veya kira sözleşmesini feshedebilir. Bu kötüniyetli davranış, konutta yaşayan aile bireylerinin barınma sıkıntısı yaşamalarına neden olabileceği gibi, eşler arasındaki köprülerin atılmasına ve evlilik birliğinin dönülmez bir yola girmesine, tamamen yıkılmasına neden olabilir. Evlilik birliğinde sorun olmadığı bir dönemde de konut üzerinde hak sahibi olan eşin düşüncesizce davranışları ile aile konutunun kaybı tehlikesi oluşabilir. Konutun kaybı halinde, aile bireylerinin sosyal yaşamları sekteye uğrayacak ve hatta barınma problemi yaşanabilecektir. Evlilik birliğinde daha önceden bir huzursuzluk olmasa da eşlerden birinin düşüncesizce davranışı nedeniyle evlilik birliği temelinden sarsılabilecektir. Tüm bu olumsuz durumların önüne TMK md.194 ve TBK md. 349 hükümlerinde yer alan koruma mekanizmasıyla geçilebilecektir.

Ülkemizde, genellikle, aile konutu üzerinde hak sahibi olan ve ekonomik açıdan güçlü olan eş, erkek olduğundan, kadın haklarının korunması noktasında da TMK md. 194 ve TBK md.349 hükmünün çok önemli bir yeri vardır. Ne yazık ki, ülke genelinde özellikle geleneksel aile yapısının devam ettiği, ekonomik açıdan geri kalmış yörelerde, aile konutu, kadının barınabileceği tek limandır. Kadınların sığınabileceği kadın koruma ve barınma evlerinin sayısı çok azdır ve bu kadınların aileleri de onlara sahip çıkmama eğilimindedir, bu ise aile konutunun kaybı halinde kadının barınma sıkıntısı yaşamasına neden olur¹¹⁶. Barınma korkusu yaşayan kadın ise, eşinin her türlü maddi ve manevi şiddetini sinesine çıkar. İşte, TMK ve TBK hükümlerinin, toplum tarafından bilinirliğinin ve uygulamasının artması, kadının hiç olmazsa konutu kaybetme endişesinden kurtulmasını sağlayabilecektir.

¹¹⁶ ŞİPKA, s. 57.

Türk Medeni Kanunu aile konutuna, yalnızca, bir eşin düşüncesiz ve kötüniyetli davranışlarına karşı bir koruma sağlamamış, ayrıca mal rejimlerine ilişkin 240, 255, 279 ve miras hukukuna ilişkin 652. madde hükümleriyle, evlilik birliğinin ölüm nedeniyle sona ermesi halinde sağ kalan eşin barınma hakkını teminat altına almış ve ölen eşiyile birlikte yaşadıkları anılarla dolu konutu da yitirmemesi için manevi yönden de bir koruma sağlanmıştır. TMK md. 254 hükmü ise, sözleşmesel mal rejimi olan paylaşımlı mal ayrılığı rejiminde, evlilik birliğinin boşanma veya evliliğin iptaliyle sona ermesi halinde, konuttan yararlanmada daha üstün menfaati olan eşin konuttan yararlanmaya devam etmesine imkan sağlanmıştır.

V.KORUMA SÜRESİ

A.GENEL KURAL: AİLE KONUTUNUN EVLİLİK BİRLİĞİ SÜRESİNCE KORUNMASI

1.Genel Olarak

Yasal evlilik birliğinde eşlerin ortak iradeleri ile seçtikleri ve eşlerden birinin ya da her ikisinin aynı veya şahsi bir hakka istinaden kullanma hakkına sahip bulundukları konutun aile konutu olarak özgülmesi ve eşlerin fiilen bu konuta yerleşmesi ile TMK md. 194 ve TBK md. 349 uyarınca sağlanan koruma başlar.

Eşlerin ve çocukların barınma hakkını, ailenin huzur, mutluluk, refah ve birliğini sağlama ve eşlerden birinin düşüncesiz veya kötüniyetli hukuki işlemlerine karşı aileyi koruma amacını güden TMK md. 194 ve TBK md. 349'de yer alan bu koruma, yukarıda izah olunan aile konutu unsurlarından birinin kaybına kadar devam eder.

Evlilik birliği boşanma, iptal veya gaiplik¹¹⁷ halinde mahkeme kararı ile ölüm halinde ise kendiliğinden sona erer. Kural olarak, evlilik birliğinin bu nedenlerden biri

¹¹⁷ Mahkeme tarafından kişinin gaipliğine karar verilmesiyle ölüme bağlı haklar, aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır (TMK md. 35/f.1). Fakat, gaibin evliliği kendiliğinden sona ermez. Bu nedenle, gaipliğine karar verilen kişinin eşi, mahkemece evliliğin feshine karar verilmedikçe yeniden evlenemez (TMK md. 131/f.1). Fesih talebi gaiplik başvurusuyla birlikte yapılabileceği gibi daha sonradan ikame edilecek ayrı bir davayla da talep edilebilir (TMK md. 131/f.2). Bu halde evlilik birliği, mahkeme

ile sona ermesine kadar TMK md. 194 ve TBK md. 349 hükümlerinin sağladığı koruma devam eder.

Eşlerin ortak iradeleri ile aile konutu olarak özgüledikleri konutun, bu niteliğini yine ortak iradeleri ile sona erdirip, başka bir konutu aile konutu olarak özgülemeleri ve fiilen o konuta taşınmaları halinde, ilk konut açısından TMK md. 194 ve TBK md. 349 hükümlerinin sağladığı koruma sona erecek, diğer konut açısından koruma başlayacaktır.

Aile konutunun, deprem, sel, heyelan, gibi doğal afetler veya yangın gibi afetler dolayısıyla, madden yok olması halinde, konut niteliğinin kaybı nedeniyle koruma sona erecektir, esasen bu hallerde korumaya değer bir konut kalmamaktadır.

2. Özellik Arz Eden Haller

a. Terk

aa. Genel olarak

Terk, eşlerden birinin, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınmak amacıyla ortak konuttan ayrılması veya haklı bir sebep bulunmadığı halde ortak konuta dönmemesidir (TMK md. 164/f.1, c.1). Belirtmek isteriz ki, TMK anlamında terk, ortak konuttan ayrılmakla aynı anlamı taşımamaktadır. Zira TMK md. 164/f.1, c.'ye, eşlerden biri ortak konuttan ayrılmamış olsa da diğer eşi ortak konuttan ayrılmaya zorlamışsa veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmesini engelliyorsa, ortak konutta oturmaya devam eden eş terk etmiş sayılır. Burada esaslı unsur evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerden kaçınma niyetidir. Bu nedenle, eşlerden birinin zorunlu olarak örneğin, askerlik vazifesi, eğitim, mesleki faaliyet, sağlık sebepleri dolayısıyla uzun veya kısa süreli olarak konuttan

tarafından verilen fesih kararının kesinleştiği anda sona erer ve TMK md. 193 ile TMK md. 349'un sağladığı koruma da ortadan kalkar. Ayrıntılı bilgi için bkz. DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ/Tufan, Türk Özel Hukuku, C.2, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2011, s. 28-34.

ayrılması durumunda teknik anlamda bir terk bulunmamaktadır, bu durumda doğal olarak, aile konutu niteliği devam etmektedir¹¹⁸.

Ülkemizde terk olgusu, çoğunlukla, evlilik birliğinin dönülmez bir yola girmesi halinde gerçekleşmektedir. Eşlerden birinin üçüncü kişilerle münasebet kurması, maddi veya manevi şiddet kullanımı, eşler arasındaki büyük ve giderilemez görüş ayrılıkları eşlerden birinin evi terk etmesiyle sonuçlanmaktadır. Ne yazık ki, ataerkil aile modelinin izlerini üzerinden henüz atamamış toplumumuzda genellikle, ortak konuttan ayrılan veya ayrılmak zorunda bırakılan, maddi ve manevi olarak güçsüz konumda bulunan kadındır.

Çoğu durumda, terk, evlilik birliğinde boşanma ile neticelenecek sürecin başlangıcıdır. Nitekim, TMK 164. md. hükmünde düzenlenen prosedüre uygun olarak açılacak boşanma davasında hakim, evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığı araştırmaksızın boşanmaya karar vermek zorundadır¹¹⁹.

Aile konutunun terki halinde eşlerden en az biri ortak yaşamı sona erdirmeye kanaatini taşımaktadır. Bu durum ise, aile konutu niteliğinin devam edip etmeyeceği sorusunu akla getirmektedir. Konunun hassasiyeti nedeniyle doktrinde pek çok görüş ileri sürülmüştür. Doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüşün¹²⁰ ortak özelliği, terk halinde korumanın devam edip etmeyeceğinin, aile konutunu terk eden eşin konut üzerinde aynı veya şahsi hakka sahip eş olup olmadığı ayrımına göre belirlenmesi hususudur. Buna göre, hak sahibi olan eşin ortak konutu terk etmesi halinde, diğer eşin ve varsa çocukların barınma hakkını teminen aile konutu üzerindeki koruma devam etmelidir; zira bu durumlarda, hak sahibi eşin, diğer eşe zarar vermek amacıyla hukuki işlemler yapması daha yüksek bir olasılıktır. Hak sahibi olmayan eşin aile konutunu terk etmesi durumunda ise terk eden eşin bir daha ortak konuta dönmeyeceğinin açıkça anlaşılması durumunda koruma sona ermelidir.

¹¹⁸ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, birinci bası s. 206; GÜMÜŞ, Şerhler, s. 23; KAMACI, s. 121; ŞİPKA, s. 90.

¹¹⁹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, birinci bası s. 113, altıncı bası s.101.

¹²⁰ Bkz. KAMACI, s. 121, 122; KAPUSUZ, s. 21; NEBİOĞLU ÖNER, s. 140, 141; ÖZUĞUR, s. 269; PARLAK, s. 75-79; ŞİPKA, s. 93, 95.; UÇAR, Aile Konutu, s. 11.

DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ'e göre¹²¹ “gerek aile konutu üzerinde hak sahibi olan, gerekse aile konutunda hak sahibi olmayan eşin sürekli-kesin olarak terki de yine aile konutunun niteliğini değiştirmez. 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 MK 194/II'ye göre, tek başına işlemde bulunması için izin verilmesini talep edebilmelidir”.

GENÇCAN'a göre¹²² ise bir ayırım yapmaksızın eşlerden hangisi aile konutunu terk etmiş olursa olsun, aile konutu niteliği devam eder.

Yargıtay kararlarında da terk eden eş konusunda bir ayırım yapılmaksızın aile konutu niteliğinin devam edeceği belirtilmektedir¹²³.

Kanaatimizce, terk halinde konutun, aile konutu olma niteliğini sürdürüp sürdürmeyeceği, hak sahibi olan eşin konutu terk etmesi ile hak sahibi olmayan eşin konutu terk etmesi ayırımı yapılarak belirlenebilir.

bb.Hak sahibi eşin aile konutunu terk etmesi

Türk Medeni Kanunu md. 194 ve Türk Borçlar Kanunu md. 349 hükümleriyle aile için vazgeçilmez bir öneme sahip bulunan aile konutunun eşlerden birinin düşüncesiz ya da kötünietli davranışlarına karşı bir koruma sağlanmak istemiştir. Bu hükümlerin sağladığı korumaya ise en çok evlilik birliğinde problemlerin yaşandığı dönemlerde ihtiyaç duyulmaktadır. Zira, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş, diğer eşin boşanmaya veya kendisi tarafından belirlenen başka bir kararı kabul etmeye zorlamak yahut diğer eşin cezalandırmak amacıyla, aile konutu üzerinde diğer eşin ve çocukların barınma hakkını ihlal edebilecek tasarruflarda bulunabilir. Hak sahibi eşin aile konutunu

¹²¹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, birinci bası s. 206.

¹²² GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 206; GENÇCAN, s. 642.

¹²³ Yarg. 2. HD., 2004/5653 E, 2004/6811 K, 26.05.2004 T; Yarg. 2. HD., 2010/12332 E, 2010/14942 K, 20.09.2010 T (www.kazanci.com).

terk etmesi durumunda bu tür hukuki işlemlerle karşı karşıya kalabilme ihtimali yüksektir. Aile konutunu terk eden eş, diğer eşe zarar vermek için aile konutunu devredebileceği gibi bu konut üzerindeki hakları sınırlandırabilir veya konut ile ilgili kira sözleşmesini feshederek, ikale sözleşmesi yaparak yahut da yazılı tahliye taahhüdünde bulunarak diğer eşin tahliye ettirilmesini sağlayabilir¹²⁴. Bu durumda evi terk eden eş, bir daha ortak yaşamı sürdürmek istemediği yönündeki iradesini net bir şekilde ortaya koymuş olsa dahi aile konutunun sağladığı koruma devam etmelidir. Aksi yönde bir uygulamaya gidilmesi, kişinin kendi kusurlu eyleminden faydalandırılmaması şeklinde tezahür eden genel hukuk kuralının ihlal edilmesi¹²⁵ sonucunu doğuracak ve esasen haklı durumda bulunan eşin ve varsa çocukların barınma sıkıntısı yaşamalarına neden olacaktır.

Belirtmek isteriz ki, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş, örneğin, sevgilisi ile bir arada yaşamak için eşini ortak konutu terk etmek zorunda bırakmışsa ve onu konuta sokmuyorsa TMK md. 164/f.1 uyarınca aile konutunu terk etmiş sayılır ve bu durumda hiçbir tereddüt duyulmadan, hak sahibi eşin evi terk etmesi dolayısıyla aile konutu üzerindeki koruma devam etmelidir.

cc.Hak sahibi olmayan eşin aile konutunu terk etmesi

Aile konutundan ayrılan eşin, aile konutu üzerinde aynı veya şahsi hak sahibi olmayan eş olması durumunda, konuttan ayrılmada haklı bir nedeninin bulunup bulunmadığı kriteri esas alınarak aile konutu niteliğinin devam edip etmediği belirlenmelidir¹²⁶.

Aile konutundan ayrılan eşin haklı bir nedeni bulunmuyorsa, TMK md. 164 uyarınca mahkeme veya noter vasıtasıyla gönderilecek, eve dönme çağrısı ile eve

¹²⁴ ŞİPKA, s. 94; UÇAR, s. 11.

¹²⁵ Benzer görüşte bkz. ŞİPKA, s. 94.

¹²⁶ Aynı görüşte bkz. KAMACI, s. 123; ACAR ise, konuttan ayrılan eşin haklı olup olmadığı noktasında bir ayrım yapmaksızın TMK md. 164 anlamında “terk” olgusunun esas alınması gerektiğini ve ihtara rağmen ortak konuta dönülmemesi halinde “ortak yaşamın (fiilen) sona ermesi koşulunun yerine gelmiş olacağını” belirtmektedir. ACAR, Faruk, “Bir Boşanma Sebebi Olarak Terk Kurumunun Konutun Aile Konutu Niteliğine Etkisi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 10, C. 10, S. 2, Temmuz, 2011, s. 46-51.

dönmemenin neticelerinin ihtiva eden ihtarnamenin sonuçsuz kalması halinde aile konutu niteliğinin sona erdiğini kabul etmek gerekir. Aile, konutunu terk eden eş, ortak yaşama son verme iradesini ortaya koymaktadır. Bu durum, terk eden eşin barınma ihtiyacının kalmadığına yönelik maddi bir karine de sayılabilir. Terk edilen eş, terk sebebine dayanarak boşanma davası açma yoluna gitmese ve TMK md. 164 uyarınca bir ihtarname göndermese dahi, diğer eşin rıza göstermesinin haklı bir nedeni bulunmadığı gerekçesiyle TMK md. 194/f.2 ve TBK md. 349/f.2 gereği hakimin müdahalesini talep edebilir.

Türk Medeni Kanunu’nun 197. maddesine göre “Eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir”. TMK md. 197, eşin ayrı yaşayabilmesi için maddi şartların bulunması dışında hakim tarafından verilecek bir yetki aramamıştır, lakin, ayrı yaşamamanın haklılığını tespit ettirmek için ayrı yaşamaya başlamadan önce hakime başvurulabilir¹²⁷. Bu nedenle, aile konutundan ayrılan eşin haklı bir nedeni varsa (örneğin, aldatılma, maddi veya manevi şiddet, ailelerle birlikte yaşama) aile konutu niteliği ve kanunların sağladığı koruma devam etmelidir. Kanunun kendisine tanıdığı hak dolayısıyla ile konutundan ayrılan eşe, TMK md. 164/f.2 uyarınca gönderilen ihtarname sonuçsuz kalmış olsa dahi bu durum değişmez. Zira, TMK md. 164 uyarınca gönderilen ihtarnamede, esasa girilip bir inceleme yapılamamakta, dolayısıyla haklılık durumu bilinmemektedir. Konuttan ayrılan eşin haklı bir sebebinin bulunması halinde, şekli koşul olarak ihtar gönderilmiş olsa dahi teknik anlamda terk olgusu bulunmadığından boşanmaya karar verilemez.

b.Ayrılık Kararı veya Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi

Türk Medeni Kanunu md. 167 hükmüne göre “Boşanma davası açmaya hakkı olan eş, dilerse boşanma, dilerse ayrılık isteyebilir”. Hakim, sadece ayrılığa karar verilmesi talebiyle açılan davada boşanma kararı veremez (TMK md. 170/f.2). Lakin, hakim, boşanma talebiyle açılan davada da ayrılık kararı verebilir (TMK md. 170/f.1). Ayrılık kararı, kararın kesinleştiği tarihten başlamak üzere en fazla üç yıl süreyle verilir

¹²⁷ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, birinci bası s. 255.

(TMK md. 171/f.1). Dava süresince ortak konuttan hangi eşin yararlanacağı TMK md. 169 uyarınca hakim tarafından re'sen verilecek ihtiyati tedbir niteliindeki bir kararla belirlenecektir. Dava sona erdikten sonra aile konutundan kimin yararlanacağı ise eşlerden birinin talebi halinde belirlenecektir (TMK md. 197/f.2). Ancak, hakim tarafından eşlerin barınması konusunda verilen ihtiyati tedbir kararı veya hüküm; aile konutu ile ilgili kira sözleşmesinin feshi, aile konutunun devri veya üzerindeki hakkın sınırlandırılması işlemlerinin geçerliliğini diğer eşin rızasına bağlayan ve kira sözleşmesine taraf olmayan eşin yapacağı bildirim ile sözleşmeye taraf olmasına imkan veren TMK. md. 194 ve TBK md. 349 hükümlerinin uygulanmasını bertaraf etmez¹²⁸. Hakim tarafından verilecek ayrılık kararı evlilik birliğini sona erdirmedığından, TMK md. 194 ve TBK md. 349 hükmü uygulanmaya devam eder¹²⁹.

Türk Medeni Kanunu'nun md. 197 hükmü uyarınca, eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü takdirde ayrı yaşama hakkına sahip olur. Ayrı yaşama hakkının kullanılabilmesi için hakimden izin alınmasına gerek yoktur¹³⁰. Ancak, birlikte yaşamaya ara verilmesi kararı almak için hakime başvurulabilir. Hakim, bu karar ile birlikte eşlerden birinin istemi üzerine birinin diğerine yapacağı parasal katkıya, konut ve ev eşyasından yararlanmaya ve eşlerin mallarının yönetimine ilişkin önlemleri alır (TMK md. 197/f.2).

¹²⁸ KAMACI, s. 122; ACAR'a göre "TMK. m 169, 197/2 uyarınca önlem kararı verilinceye kadar TMK. m. 194'ün uygulanması gerekir. Birlikte yaşamaya ara verilmesi kararından sonra ise, mahkeme kararıyla konut üzerinde hak sahibi olmayan eşin ve çocukların yararı gözetileceğinden TMK. m. 194'ün tatbikine gereksinim kalmayacaktır, ancak biz bu noktada konutun aile konutu özelliğini yitirmeyeceği düşüncesinden hareketle TMK. m. 169, 197 ile getirilen önlemin TMK. m. 194'ün tatbikine engel olmayacağı düşüncesindeyiz. Zira mahkeme kararı TMK m. 194 ile getirilen sınırlamaya oranla daha dar olabilir. Bu durumda mahkemenin aldığı önlem ile TMK. m. 194'teki sınırlamalar örtüştüğü ölçüde yarışır halde bulunacaklar; örtüşmediği durumda her iki kurum yürürlükte bulunacaktır" ACAR, Aile Konutu, s. 23; GENÇCAN'a göre de TMK md. 169 uyarınca alınacak önlem, TMK md. 194'ün uygulanmasına engel olmaz. GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 208; GENÇCAN, s. 643; GÜMÜŞ' göre de "hakimin barınma kararı, TMK md. 194 hükmünün uygulanabilirliğini etkilemez. GÜMÜŞ, Şerhler, s. 22, dpn. 44; karşı görüşte, ÇABRİ'ye göre "boşanma davası esnasında, birlikte yaşamaya ara verildiği hallerde de hakim başka bir karar vermediği sürece MK m. 194 hükmü uygulanmaya devam eder". ÇABRİ s. 404; ŞIPKA da "hakim, aile konutu ile ilgili bir karar verinceye kadar, 194. maddenin uygulanabilir olması gerekir" ifadeleriyle, hakim tarafından TMK md. 194 ile TBK md. 349 hükümlerinin uygulanmasını bertaraf edecek bir karar verileceği izlenimini uyandırmaktadır. ŞIPKA, s. 97; TMK md. 169 ile TMK md. 194 hükümleri arasındaki farklar için bkz. KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 8; KILIÇOĞLU, s. 46.

¹²⁹ GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 208; DOĞAN, s. 299; GENÇCAN, s. 644; GÜMÜŞ, Şerhler, s. 22; KAMACI, s. 122; KAPUSUZ, s. 22; NEBİOĞLU ÖNER, s. 141; UÇAR, Aile Konutu, s. 16.

¹³⁰ AKINTÜR/ATEŞ KARAMAN, s. 137; DOĞAN, s. 299; UÇAR, Aile Konutu, s. 16; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, birinci bası s. 255; TEKİNAY, s. 341.

Ortak yaşama, eşlerden birinin haklı sebeple ara vermesi ya da hakim tarafından bu yönde bir karar verilmesi halinde, evlilik birliği devam edeceğinden konut, aile konutu niteliğini korur ve TMK ve TBK hükümlerinin sağladığı koruma devam eder¹³¹.

c.Boşanma veya Evliliğin İptali Davası Açılmış Olması

Boşanma davasının açılmış olması evlilik birliğini sona erdirmez. Bu nedenle, aile konutunun korunmasında diğer eş ve çocuklar için bir menfaat kalmadığı istisnai haller dışında boşanma kararı verilene dek, aile konutunu bu niteliğini muhafaza eder ve kanunlar tarafından korunmaya devam eder¹³².

Evlilik birliği, mutlak veya nisbi butlan sebepleriyle sakat olsa dahi, hakim kararıyla evlenme iptal edilinceye kadar geçerli bir evliliğin tüm sonuçlarını doğurur (TMK md. 156). Evliliğin iptali kararı verilinceye kadar, TMK'nın ve TBK'nın aile konutunu korumaya ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu md. 367'ye göre, aile hukukuna ilişkin kararlar kesinleşmedikçe yerine getirilemez. Bu nedenle, boşanma veya iptal kararları kesinleşinceye kadar evlilik birliği ve aile konutu niteliği devam eder¹³³. Kararın kesinleşmesiyle TMK md. 194 ve TMK md. 349'un uygulanabilirliği sona erer.

¹³¹ GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 208; DOĞAN, s. 299; GENÇCAN, s. 644; GÜMÜŞ, Şerhler, s. 22; KAMACI, s. 122; KAPUSUZ, s. 22; NEBİOĞLU ÖNER, s. 141; UÇAR, Aile Konutu, s. 16

¹³² DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, birinci bası s. 206 altıncı bası s. 161; GENÇCAN, Mal Rejimleri s. 208; GENÇCAN, s. 649; GÜMÜŞ, s. 48; GÜMÜŞ, Şerhler, 22; KAMACI, s. 123; KAPUSUZ, s. 22; PARLAK, s. 83; ŞİPKA, s. 96; “Boşanma davasının açılması ile birlikte tarafların birlikte oturdukları konut ortak konut olmaktan, diğer bir anlatımla aile konutu olmaktan çıkmamaktadır” Yarg. HGK., 2010/2-343 E, 2010/361 K, 30.06.2010T (www.kazanci.com).

¹³³ GÜMÜŞ, s. 48; GÜMÜŞ, Şerhler, 22; ŞİPKA, s. 96.

İKİNCİ BÖLÜM

KULLANIM HAKKI KİRA SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN

AİLE KONUTU

I.GENEL OLARAK

Türk Medeni Kanunu'nun aile konutu olarak kullanılan konutlar üzerindeki şahsi hakkın kira sözleşmesinden kaynaklanması haline özgü düzenlemeleri, Kanun'un 194 maddesinin birinci ve dördüncü fıkraları ile 254 maddesinin dördüncü fıkrasında yer almaktadır. TMK md. 194/f.1 hükmü, kiralananın aile konutu niteliğine sahip olması halinde, kira sözleşmesinin, kiracı eş tarafından feshedilmesini, diğer eşin rızasının alınması zorunluluğuna bağlamıştır. Aynı maddenin dördüncü fıkrası ise, sözleşmeye taraf olmayan eşe, kiraya verene yöneltilecek tek taraflı bir beyanla kira sözleşmesinin tarafı olma imkanı tanımıştır. Bu hükümler, aile için çok önemli bir yere sahip bulunan aile konutu ile ilgili işlemlerde, evlilik birliğinin iki eşit üyesi olan eşlerin, birlikte karar vermelerini, böylelikle ailenin korunmasını sağlamayı amaçlamaktadır. TMK md. 254 hükmü ise, sözleşmesel mal rejimi olan paylaşımlı mal ayrılığı rejiminde, evlilik birliğinin boşanma veya iptal kararı ile sona ermesi durumunda, kiralananı, sözleşmeye taraf olmayan eşin kullanımına bırakma konusunda hakime takdir yetkisi vermektedir.

11 Kasım 2011 tarihinde kabul edilen ve 01 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun konut ve çatılı işyeri kiralarna ilişkin md. 349 hükmünde de aile konutuna özgü düzenlemeler yer almaktadır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 349. maddesinin gerekçesi şöyledir "818 sayılı Borçlar Kanununda ve 6570 sayılı Kanunda yer verilmeyen, ancak 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 194 üncü maddesini kısmen karşılayan; "b. Aile konutu" kenar başlıklı yeni bir maddedir. Tasarının üç fıkradan oluşan 348 inci (kanunlaşan 349. madde) maddesinde, aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinin fesih bildiriminin geçerlilik koşulları düzenlenmektedir. Madde, 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 194 üncü maddesinin birinci, ikinci ve son fıkralarında yapılan düzenleme ile uyumlu olarak kaleme alınmıştır. Bu düzenlemede, aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanan

taşınmazlarda kiracının, eşinin açık rızası olmadıkça kira sözleşmesini feshedemeyeceği; bu rızanın alınması mümkün olmazsa veya eş haklı sebep olmaksızın rızasını vermekten kaçınırsa kiracının, hâkimden bu konuda bir karar vermesini isteyebileceği ve sözleşmenin tarafı olmayan eşin, kiralayana (kiraya verene) yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline geleceği öngörülmektedir. Tasarıda da, aynı esaslar korunmuş, buna bağlı olarak, maddenin son fıkrasında, kiracı olmayan eşin, kiraya verene bildirimde bulunarak kira sözleşmesinin tarafı sıfatını kazanması halinde, kiraya verenin, fesih bildiri ile fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresini kiracıya ve eşine ayrı ayrı bildirmek zorunda olduğu belirtilmiştir. Böylece, bu durumda, evlilik birliğinin korunması amacıyla, eşlerden birinin, kiracı sıfatıyla, tek başına hareket ederek, diğer eşin açık rızası olmaksızın sözleşmeyi sona erdirmesi önlenmek istenmiştir”.

Türk Borçlar Kanunu’nun md. 349 hükmünün gerekçesinde, bu hükmün TMK md. 194/f.1, f.2, f.4 hükümleriyle uyumlu olarak kaleme alındığı ifade edilmiştir. Gerçekten de bu iki hüküm arasında büyük ölçüde paralellik bulunmaktadır. Ancak, bu iki hüküm arasında kapsam bakımından farklılık bulunduğu söylenebilir. TMK md. 194 hükmünde nitelik bakımından bir ayrıma yer verilmediğinden bu hüküm, aile konutu ile ilgili bütün kira sözleşmelerini kapsamaktadır¹³⁴. Diğer taraftan, TBK md. 349 hükmünün “konut ve çatılı işyeri kiralari”na ilişkin hükümler arasına düzenlenmiş olması, TBK md. 349 hükmünün taşınır kira sözleşmesi-taşınmaz kira sözleşmesi ayrımına gidilmeden tüm kira sözleşmelerinde uygulanıp uygulanmayacağı, söz gelimi karavan, prefabrik ev ve benzeri taşınır kiralalarında uygulanma imkanına sahip olup olmadığı sorusunu akıllara getirebilir. Bu bakımdan, öncelikle, TBK anlamında “konut kirası” kavramından ne anlaşılması gerektiği belirlenmelidir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun “Kira Sözleşmeleri” başlıklı Dördüncü Bölümü, “Genel Hükümler”, “Konut ve Çatılı İş yeri Kiralari” ve “Ürün Kirası” ayrımlarından teşekkül etmektedir. Konut ve çatılı işyerine ilişkin hükümler, büyük ölçüde 6570 sayılı Gayrimenkul Kiralari Hakkında Kanun ve bunun Kanun’un

¹³⁴ Bu konu ile ilgili olarak bkz. I.Bölüm, s. 30 v.d.

uygulanması sırasında oluşan Yargıtay içtihatlarına dayanmaktadır ¹³⁵. Bu nedenle TBK'nın “konut ve çatılı işyeri” kiralarna ilişkin hükümlerinin GKHK'nın yerini alacağı söylenebilir. Nitekim, 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un md. 10 hükmünde “8/5/1955 tarihli ve 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılmıştır” ifadesine yer verilerek TBK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte GKHK'nın yürürlükten kaldırılacağı belirtilmiştir. Peki, 01 Temmuz 2012 tarihi itibarıyla GKHK'nın yerini alacak olan TBK'nın “konut ve çatılı işyeri kiralarnı”na ilişkin hükümleri, GKHK'da olduğu gibi yalnızca taşınmaz kiralarnında mı uygulanacaktır? Bu sorunun cevabına ulaşabilmek için öncelikle, konut ve çatılı işyeri kiralarnına ilişkin hükümlerin uygulama alanını belirleyen TBK md. 339 hükmüne bakmak gerekir. Söz konusu hükme göre “Konut ve çatılı işyeri kiralarnına ilişkin hükümler, bunlarla birlikte kullanımı kiracıya bırakılan eşya hakkında da uygulanır. Ancak bu hükümler, niteliğı gereğı geçici kullanıma özgülenmiş taşınmazların altı ay ve daha kısa süreyle kiralanmalarında uygulanmaz (f.1). Kamu kurum ve kuruluşlarının, hangi usul ve esaslar içinde olursa olsun yaptıkları bütün kira sözleşmelerine de bu hükümler uygulanır (f.2)”¹³⁶. Birinci fıkranın ilk cümlesinde, konut ve çatılı işyeri kiralarnına ilişkin hükümlerin tüm konut ve çatılı işyeri kiralarnı ile bunlarla birlikte kullanımı kiracıya bırakılan eşyalar hakkında uygulanacağı belirtildikten sonra, ikinci cümlede geçici kullanıma özgülenen taşınmazların altı ay ve daha kısa süreli olarak kiralanmasının istisna tutulması, “konut” kavramının içine “taşınır”ın girip girmeyeceğı konusunda görüş ayrılığı yaşanmasına sebep olmuştur. Bir görüşe göre, TBK md.339/f.1, c.2 hükmünde “taşınmaz” kavramına yer verilmiş olması sebebiyle, “taşınır” sayılan mekanların “konut” kavramı kapsamında ele alınması

¹³⁵ BURCUOĞLU, Haluk, “Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Haksız Eylem Sorumluluğı ve Kira ile İlgili Düzenlemesiyle Getirilen Yenilikler”, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı Sempozyumu (28 Nisan 2006), İstanbul, 2007, s. 93.

¹³⁶ Türk Borçlar Kanunu'nun “konut ve çatılı işyeri kiralarnı”na ilişkin hükümleri, GKHK'dan kapsam bakımından iki noktada ayrılmaktadır. Bunlardan birincisi, GKHK üstü örtülü taşınmaz kiralarnında uygulandığı halde, TBK'da konut kiralarnı bakımından üstü örtülü olma koşulunun kaldırılmış olmasıdır (işyeri kiralarnı için ise üstü örtülü olma koşulu devam etmektedir). İkinci nokta ise, GKHK yalnızca belediye teşkilatı olan yerlerle, iskele, liman ve istasyonlardaki taşınmazlar hakkında uygulanabildiğı halde TBK'da mekansal yönden hiçbir sınırlandırmaya gidilmemiş olmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞAN, Murat, Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarnının Sona Ermesi, Ankara, 2011, s. 31 v.d.; GÜMÜŞ, s. 13 vd.; İNCEOĞLU, Murat M., Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler, Tebliğler, İstanbul, 2012, s. 247, 248; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 256 v.d.

güçleşmektedir¹³⁷. Bu görüşün doğal sonucu, barınma ihtiyacını karşılamaya yönelik taşınır kiralarında TBK'nın konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümlerinin uygulanmayacak olmasıdır. Diğer bir görüşe göre, TBK md. 339/f.1, c.2 hükmünde “taşınmaz” kirasından bahsedilmesi, taşınırların da konut kirasının konusunu oluşturacağının kabulünü engellemez, kiracının yatma ihtiyacının karşılanması ve çevresel etkilere karşı minimum bir koruma sağlanması halinde taşınır eşya (örneğin, taşınır yapı niteliğindeki bir baraka, ev olarak kullanılabilen bir konteynır) kiralarında dahi konut kirasından bahsedilebilecektir¹³⁸.

Kanaatimizce, TBK'da yer alan konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümler “taşınmazlar” esas alınarak kaleme alınmıştır ve “konut” kavramı da esasen “taşınmaz konutları” ifade etmektedir. Kanun koyucu, konut ve çatılı işyeri kiralarını düzenlerken, 6570 sayılı GKHK'nın yerini almayı hedeflemiş ve hükümler bu doğrultuda kaleme alınmıştır. TBK md. 339/f.1, c.2 hükmünde geçen “taşınmaz” ifadesi, bu hükümlerde taşınmazların eksen olarak alındığının pozitif bir göstergesidir. Zira, kanun koyucunun 339. maddenin ikinci cümlesi ile altı ay ve daha kısa süreli taşınmaz kiralarını, konut ve çatılı işyeri kiralarının “kiracıyı koruyucu” hükümlerine tabi tutmazken, altı ay ve daha kısa süreli taşınır kiraları için konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümlerin uygulanmasını benimsediği söylenemez. Pozitif düzenleme böyle olmakla birlikte, kanun koyucunun bilinçli veya bilinçsiz olarak yaptığı bu düzenlemenin yerinde olduğu da söylenemez. Zira, “konut” kavramı yalnızca taşınmazlardan ibaret değildir. Taşınırlar da konut olarak kullanılabilir. Üstelik taşınırları konut olarak kullanan kişiler, genellikle, ekonomik bakımdan zayıf olup kanunlar tarafından bilhassa korunması gereken kişilerdir. Konut ve çatılı işyeri kiraları kaleme alınırken taşınırların kapsam dışı bırakılması kabul edilemez bir durum yaratmıştır. Bu nedenle biz, konut ve çatılı işyeri kiralarının kiracıyı koruma amacından yola çıkarak, konut ve çatılı işyeri kiralarında geçen “konut” kavramının, “taşınır veya taşınmaz konutlar” olarak okunması gerektiğini düşünüyoruz. Bu nedenle, TBK md. 349 hükmünün taşınır kirası-taşınmaz

¹³⁷ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 256; aynı yönde DOĞAN, Kiraların Sona Ermesi, s. 32.

¹³⁸ GÜMÜŞ, s. 16 ve s. 16, dpn. 23. Taşınır kiralarında da TBK'nın konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümlerinin uygulanabileceğini savunan yazar, karavan kirasının konut kirası kavramına dahil olmayacağını savunmaktadır. GÜMÜŞ, s. 16 ve s. 46.

kirası ayırımına gidilmeden aile konutu ile ilgili tüm kira sözleşmelerinde uygulanması gerektiği görüşündeyiz.

Türk Borçlar Kanunu'nun konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümlerinin yalnızca taşınmaz kiralarını kapsadığına ilişkin birinci görüşün kabul edilmesi durumunda, TBK md. 349 hükmünün, TMK md. 194 hükmüne göre özel hüküm teşkil etmesi nedeniyle, konut kirası olarak nitelendirilemeyen aile konutu kiralarında, sözleşmeye taraf olmayan eşin rızası olmadan aile konutu ile ilgili kira sözleşmesi feshedilebilecek midir ya da sözleşmeye taraf olmayan eş tek taraflı bildirimle sözleşmeye taraf olma hakkına sahip olmayacak mıdır? GÜMÜŞ'e göre, TBK Kanun Koyucusu, TBK md. 349 hükmünü, konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin kurallar arasında düzenlerken, bu durumun yol açacağı sonuçları öngörmemiştir; bu nedenle, TBK md. 349 hükmü, şeklen konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümler arasında yer alsa da maddi olarak genel hükümlere dahil bir kural olarak kabul edilmelidir¹³⁹. Kanaatimizce, aile konutu kiralarına ilişkin TBK md. 349 hükmü, yalnızca taşınmazları konu edinen kira sözleşmelerine ilişkin bir kural olarak kabul edilse dahi karavan, prefabrik ev ve benzeri taşınır kiralarında TMK md. 194 hükmü ile sözleşmeye taraf olmayan eşe sağlanan hak varlığını devam ettirir. Bu ihtimalde dahi, TMK md. 194 hükmü gereği, aile konutu ile ilgili kira sözleşmelerinin feshinde diğer eşin rızası aranır ve diğer eş, kiraya verene yönelteceği tek taraflı bildirim yoluyla kira sözleşmesine taraf haline gelebilir. Zira, yeni tarihli özel hükmün, daha eski tarihli genel hükmü ilga ettiğinin söylenebilmesi için, özel hüküm ve genel hüküm arasında bir çatışma bulunmalı ve eski tarihli özel hükümde genel hükmün yürürlükten kaldırıldığı açıkça belirtilmeli veya kanunun ruhu, kanun koyucunun amacı gibi dayanak noktalarından yola çıkılarak özel hükmün genel hükmü yürürlükten kaldırıldığı sonucuna varılmalıdır¹⁴⁰. Böyle bir sonuca varılmayan durumlarda ise, eski tarihli genel kanun, yeni tarihli özel kanunu tamamlayıcı bir fonksiyon görür ve onun yanısıra uygulama alanı bulur¹⁴¹. TBK md. 349 hükmü, TMK md. 194 hükmüne göre özel hüküm

¹³⁹ GÜMÜŞ, s. 46, 47.

¹⁴⁰ OĞUZMAN, Kemal/ BARLAS, Nami Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul, 2011, s. 81, 82.

¹⁴¹ AKİPEK, Jale G./ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ KARAMAN, Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2011, s. 102; DURAL/SARI, s. 92; OĞUZMAN/BARLAS, s. 81; ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 82.

niteliğinde bulunduğu halde bu iki hüküm arasında çatışma bulunmadığı, bilakis, bu iki hüküm birbirini tamamladığı için TMK md. 194 hükmü yürürlükte kalmayı sürdürür. TBK ile TMK arasında uyum kurmayı hedefleyen TBK Kanun Koyucusunun, aile konutu ile ilgili olarak TMK md. 194 hükmünde yer alan güvenceleri sınırladığı yorumu yapılamaz. Bu nedenle, TBK md 349 hükmünün yalnızca taşınmaz nitelikteki aile konutu kiralarında uygulanma imkanına sahip olduğu kabul edilse dahi TMK md. 194 hükmü yürürlükte kalmayı devam ettirdiğinden, TBK md. 349 hükümlerine tabi kabul edilmeyen kira sözleşmelerinin feshinde TMK md. 194 hükmü gereği, diğer eşin rızası aranacaktır ve diğer eş kiraya verene yönelteceği tek taraflı beyan ile kira sözleşmesine taraf haline gelebilecektir.

Türk Medeni Kanunu'nun md. 194 hükmü ve Türk Borçlar Kanunu'nun md. 349 hükmü eşler arasında hangi mal rejimi kabul edilmiş olursa olsun uygulanacak emredici bir hükümdür. Bu hükümlerin aksi kararlaştırılamaz. Ayrıca, TMK md. 194 hükmü evliliğin genel hükümleri arasında yer aldığından TMKYUŞHK'nın md.9/f.4 hükmü uyarınca, TMK'nın yürürlüğe girdiği 01 Ocak 2002 tarihinden önce kurulan evliliklerde de uygulanacaktır. Kira sözleşmesinin yürürlük tarihinden önce veya sonra kurulmuş olması da TMK md. 194 ve TBK md. 349 hükmünün uygulanması noktasında bir fark yaratmayacaktır¹⁴².

II.EŞLERİN HUKUKİ İŞLEM ÖZGÜRLÜĞÜ İLE SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SÖZLEŞMELERİN NİSBİLİĞİ İLKELERİNİN İSTİSNASI OLARAK AİLE KONUTU

A.EŞLERİN HUKUKİ İŞLEM ÖZGÜRLÜĞÜ VE AİLE KONUTU

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde geleneksel aile anlayışının bir sonucu olarak zayıf konumda görülen kadını korumak amacıyla, eşlerin birbirleriyle yapacakları bazı hukuki işlemler ile kadının, kocası lehine üçüncü kişilerle yaptığı işlemlerin geçerliliği sulh hakiminin onayına bağlanmıştı. Zira, kadınların gerek kocalarıyla, gerek kocaları lehine üçüncü kişilerle yapacağı hukuki işlemlerde, kocanın baskısı altında kalabileceği, bu baskı nedeniyle kendi ekonomik ve mali geleceğini

¹⁴² GENÇCAN, s. 672; GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 240; KAMACI, s. 127; ÖZUĞUR, s.539; ŞİPKA, s. 113.

tehlikeye sokabileceği görüşü bulunmaktaydı¹⁴³. TKM'nın 169. maddesine göre, "Karı koca arasında her nevi hukuki tasarruf caizdir. Karının şahsi mallarına veya mal ortaklığı usulüne tabi mallara dair karı koca arasındaki hukuki tasarruflar, sulh hakimi tarafından tasdik olunmadıkça muteber olmaz (f.1). Koca menfaatine olarak karı tarafından üçüncü şahsa karşı iltizam olunan borçlar için dahi hüküm böyledir (f.2)". Maddenin birinci fıkrası, ülkemizde pek uygulanmayan sözleşmesel mal rejimi niteliğindeki mal birliği ve mal ortaklığı rejimlerinde uygulandığından pratik önemi çok fazla olmasa da, maddenin ikinci fıkrasında yer alan sınırlama yasal mal rejimi olan mal ayrılığı rejimi dahil tüm mal rejimlerinde geçerli olduğundan uygulama alanı oldukça genişti¹⁴⁴.

Evlilik birliğinde cinsler arası eşitlik düsturundan hareketle hazırlanan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda cinsiyet yönünden hiçbir ayırım gözetilmeksizin, eşlerin gerek kendi aralarında gerekse de üçüncü kişilerle yapacakları işlemlerde "hukuki işlem özgürlüğü ilkesi" kabul edilmiştir. Bu ilkenin kabul edilmesinde günümüzde artık kadınların da erkekler kadar, kendi haklarını ve ekonomik geleceklerini düşünerek hareket edebildikleri gerçeği belirleyici olmuştur¹⁴⁵. Bu ilke, Türk Medeni Kanunu'nun özünde bulunan kadın-erkek eşitliğinin hukuki işlemler alanındaki yansımasıdır¹⁴⁶.

Eşlerin hukuki işlem özgürlüğü ilkesi, TMK'nın 193. madde hükmünde yer bulmuştur, buna göre "Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilir". Kanun'un bu hükmü 1984 tarihli Oğuzman Öntasarısının 156. maddesinden alınmıştır ve mehzaz İsviçre Medeni Kanunu'nun 168. madde hükmüyle içerik ve ifade bakımından birebir örtüşmektedir¹⁴⁷.

Eşlere tanınan hukuki işlem özgürlüğünün temelinde, insanların sırf evlenmiş olmaları sebebiyle hukuki işlemler alanında birtakım sınırlamalara tabi tutulmamaları

¹⁴³ KILIÇOĞLU, s. 37

¹⁴⁴ TEKİNAY, s. 323, 324.

¹⁴⁵ KILIÇOĞLU, s. 37.

¹⁴⁶ Türk Medeni Kanunu'nun md. 193 hükmünün gerekçesinde, hükmün ihdasında cinsler arası eşitlik prensibinden hareket edildiği şu ifadelerle dile getirilmiştir "Maddede, eşler arasında kabul edilen eşitlik prensibi uyarınca, kadının bazı hukukî işlemleri için hâkimden izin almasına gerek görülmediği gibi eşler arasında cibrî icra yasağı ve istisnalarını muhafaza etmeye de gerek görülmemiştir. Eşler de birbirlerine karşı borçlarını ifa etmeli, aksi hâlde sonuçlarına katlanmalıdır".

¹⁴⁷ BARLAS, s. 119; PARLAK, s. 26, 27; ŞİPKA, s. 26.

gerektiği düşüncesi yatar¹⁴⁸. Evliliğin genel hükümleri ve mal rejimleri bahislerinde yer alan düzenlemelerin büyük çoğunluğunun yedek hukuk kuralı olması ve bu konuda eşlerin irade özerkliğine geniş hareket alanı tanınması da bu anlayışın ürünüdür¹⁴⁹.

Türk Medeni Kanunu’nda yer alan “hukuki işlem özgürlüğü” ilkesi gereği kural olarak, eşler, kendi aralarında veya üçüncü kişilerle her türlü işlemi geçerli olarak yapabileceklerdir, yapacakları hukuki işlemlerin geçerliliği ne hakim onayına ne de diğer eşin rızasına bağlıdır. Bu nedenle, eşler, kendi aralarında veya üçüncü kişilerle girişecekleri işlemlerde, evliliğin genel hükümleri ve mal rejimi hukukunun emredici hükümlerinin getireceği sınırlamalar dışında, evli olmayan kişilerle ehliyet yönünden aynı statüdedir¹⁵⁰.

Hukuki işlemler alanında eşlere tanınan bu özgürlük sınırsız değildir. Nitekim TMK’nın md. 193 hükmünde “kanunda aksine hüküm bulunmadıkça” ifadeleriyle, kanunda yer alan istisnai hallerde eşlerin hukuki işlem özgürlüğünün sınırlanabileceği belirtilmiştir.

Eşlerin hukuki işlem özgürlüğünün sınırlarından biri de TMK’nın “Aile Konutu” başlıklı md.194 hükmünde yer almaktadır. Eşlerin kendi malvarlıklarıyla ilgili her türlü hukuksal tasarrufu geçerli olarak yapabilecekleri¹⁵¹ ilke olarak kabul edilmiş olsa da evlilik birliği açısından son derece önemli bir yere sahip bulunan aile konutunun kaybı tehlikesine yol açabilecek işlemlerin geçerliliği diğer eşin rızasına bağlanmıştır. Buna göre, “eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz” (TMK md 194/f.1). Aileyi koruma amacıyla eşlerin hukuki işlem özgürlüğüne getirilen bu sınırlama TKM md. 169 hükmünden farklı olarak yalnızca kadınların yapacağı işlemler için öngörülmemiştir. Böylelikle kadını korumak için kadının hukuki işlem özgürlüğünün sınırlanması anlayışı terk edilerek “evlilik birliğinin

¹⁴⁸ BARLAS, s. 119.

¹⁴⁹ BRÄM, Verena/HASENBÖHLER, Franz, Zürcher Kommentar, Kummmentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art 90-251), Teilband II-1c (Art 159-180), 3. Auflage, Zürich, 1998 Art. 168, Nr. 4 (Naklen: BARLAS, s. 119).

¹⁵⁰ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, birinci bası s. 200; ÖKTEM, Seda, “Aile Birliğinde Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması”, TBBD, S. 67, 2006, s. 319.

¹⁵¹ BARLAS, s.119.

korunması için eşlerin hukuki işlem özgürlüğünün sınırlandırılması” esası kabul edilmiştir. Bu sınırlamanın TKM md.169 hükmünden bir diğer farkı ise hukuki işlem özgürlüğünün istisnası olan bu işlemlerin geçerliliğinin hakim onayına değil diğer eşin rızasına bağlanmış olmasıdır. Böylelikle, eşlerin iç meselelerini öncelikle kendi aralarında çözüme kavuşturmaları sağlanmıştır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda TMK’nın kira konusu aile konutlarıyla ilgili olarak getirdiği sınırlama, “Kira Sözleşmeleri” bölümünde düzenlenerek iki kanun arasında büyük ölçüde paralellik sağlanmıştır.

B.SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLE SÖZLEŞMELERİN NİSBİLİĞİ İLKESİ VE AİLE KONUTU

Sözleşme özgürlüğü, sözleşmenin kurulması ve tarafları ile koşullarının belirlenmesinde, kişilerin özgür iradeleriyle karar verebilme serbestisidir¹⁵². Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği, bir kişi, dilediği kimseyle, dilediği akdi, dilediği koşullarla, dilediği şekle uygun olarak yapmakta özgür olduğu gibi istemediği bir akdi yapmaya mecbur değildir¹⁵³. Aile konutu ile ilgili düzenlemeler ise sözleşme özgürlüğüne istisna getirmektedir. Sözleşme özgürlüğü gereği, kiraya veren, sözleşmeye taraf olmayan eş ile hukuki ilişkiye girmeye zorlanamayacağından, diğer eşin sözleşmeye katılabilmesi için kiraya verenin rızasının bulunması gerekir¹⁵⁴. TMK md. 194/f.4 ve TBK md. 349/f.3 hükümleri ise, sözleşmeye taraf olmayan eşe, tek taraflı bir bildirimle kira sözleşmesinin tarafı olma imkanı vermektedir ve kiraya veren, iradesi dışında, bir üçüncü kişiyle sözleşme ilişkisi içine girmektedir. TMK md. 254/f.4 hükmü ise, paylaşımlı mal ayrılığı rejiminin uygulandığı evlilik birliğinin boşanma veya iptal kararı ile sona ermesi halinde, taraflardan birinin talepte bulunması üzerine hakime, kira sözleşmesinin, kiracı eşten diğer eşe devrine karar verebilme yetkisi vermektedir. Kira sözleşmesinin devri halinde de kiraya veren, iradesi dışında, yeni bir sözleşme tarafı ile muhatap olmak zorunda kalmaktadır.

¹⁵² KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012, s. 9.

¹⁵³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, 2008, s. 503; OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2010, s. 19.

¹⁵⁴ AYRANCI, Hasan, Sözleşmelerin Yüklenilmesi ve Devri, Ankara, 2003, s. 76.

Sözleşmelerin nisbiliği ilkesi uyarınca, bir sözleşme yalnızca taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurur, bu sözleşmeden doğan hak ve borçlar yalnızca taraflar için bağlayıcı olur. Sözleşme ilişkisinden doğan haklar ve borçlar, üçüncü kişileri etkilemez¹⁵⁵. TMK ve TBK’da yer alan aile konutuna ilişkin hükümler ise, ailenin korunması amacıyla, kanun koyucu tarafından sözleşmelerin nisbiliği ilkesine istisnalar getirmektedir¹⁵⁶. TMK md. 194/f.1 ve TBK md. 349/f.1 hükümlerinde, kiraya veren ve kiracı eş arasında akdedilen kira sözleşmesinin, kiracı eş tarafından sona erdirilmesi, diğer eşin rızasına bağlanmıştır. Kanun koyucu, bu hükümlerle sözleşmeye taraf olmayan eşe, sözleşmeden doğan hak ve borçları etkileyebilecek bir katılma hakkı tanımıştır.

III.EVLİLİK BİRLİĞİ SÜRESİNCE KİRA SÖZLEŞMESİNİN DURUMU

A.KİRA SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE DİĞER EŞİN RIZASI

1. Genel Olarak

Türk kanun koyucusu, mehzaz İsviçre kanunlarında olduğu gibi (İMK md. 169, İBK md.266m) kullanım hakkı kira sözleşmesine dayanan aile konutlarında, kira sözleşmesine taraf olan eşin, kira sözleşmesini, diğer eşin rızası olmadan feshedemeyeceğini hükme bağlamıştır. Böylelikle, sadece konut üzerinde şahsi hakka sahip olan eş için değil diğer eş (ve varsa çocuklar) için de çok büyük maddi ve manevi öneme sahip bulunan aile konutunun kaybı sonucunu doğuran fesih işlemi, şahsi hak sahibi eşin tekeline bırakılmamış; diğer eşin barınma hakkı, kiracı eşin düşüncesiz ve kötüniyetli davranışlarına karşı teminat altına alınmıştır.

Kira sözleşmesinin kiracı tarafından feshini diğer eşin rızasına bağlayan düzenleme ilk olarak 4721 sayılı TMK’nın md. 194/f.1 hükmünde yer almıştır. Buna göre “Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez”. TMK’da yer alan bu kural, 01 Kasım 2011 tarihinde kabul edilip 01 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan TBK’ya da aktarılmıştır.

¹⁵⁵ KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 9; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 15

¹⁵⁶ KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 9, 10.

TBK'nın md. 349/f.1 hükmüne göre "Aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanan taşınmazlarda kiracı, eşinin açık rızası olmadıkça kira sözleşmesini feshedemez".

Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan, kira sözleşmenin feshinde diğer eşin rızasının alınması zorunluluğu, hem olağan fesih hallerinde hem de haklı sebebe dayanan olağanüstü fesih hallerinde geçerli olur¹⁵⁷. Kanun metinlerinde yalnızca "fesih" kavramından söz edilmiş olsa da doktrinde, kanunun koruma amacından yola çıkılarak, kira sözleşmesini sona erdiren veya tahliye tehlikesi yaratan diğer işlemlerde de rıza koşulunun aranacağı kabul edilmektedir¹⁵⁸.

Kanun hükümlerinin lafzından açıkça anlaşıldığı üzere, yalnızca kira sözleşmesine taraf olan eş tarafından yapılacak fesih işlemleri, diğer eşin rızasına bağlıdır. Doğaldır ki kiraya veren tarafından yapılacak fesihlerde TMK md. 194/f.1 ve TBK md. 349/f.1 hükmü uygulanmaz, kiraya veren TBK hükümleri uyarınca sözleşmeyi feshedebilir¹⁵⁹. Bu hükümler, kiracı eş tarafından sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle sözleşmenin sona erdirilmesi tehlikesine karşı da bir koruma sağlamaz.

Kanun koyucu, aile konutuyla ilgili kira sözleşmesinin feshedilmesinin ailenin menfaatine olmasına rağmen diğer eşin rızasının alınamaması durumunu dikkate alarak TMK md. 194/f.2 ve TBK md. 349/f.2 hükmünü ihdas etmiştir. Buna göre, kira sözleşmesine taraf olan eş, diğer eşin objektif nedenlerle rıza veremediği veya haklı bir neden olmaksızın rıza göstermekten imtina ettiği durumlarda hakime başvurabilecektir.

2.Sözleşmeye Taraf Olmayan Eşin Rızasına Bağlı İşlemler

a. Fesih

Sözleşmeye taraf olan eşin, bildirim, olağan fesih bildirimi veya haklı sebebe dayanan fesih yoluyla kira sözleşmesini sona erdirmesi diğer eşin rızasına bağlıdır.

¹⁵⁷ BARLAS, s. 132; GÜMÜŞ, s. 50; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 281.

¹⁵⁸ ACAR, Aile Konutu, s. 72; ARMUTÇUOĞLU, s. 420; AYAN, s. 112, 113; BARLAS, s. 120; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, birinci bası s. 209, 210, altıncı bası s. 162; GÜMÜŞ, s. 50; KAMACI, s. 126; KILIÇOĞLU, s. 49, 50; ŞİPKA, s. 134; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 281; UÇAR, s. 324; ZEVLİER/HAVUTÇU/GÜRPINAR, s. 292.

¹⁵⁹ ACAR, Aile Konutu, s. 68; KILIÇOĞLU, s. 49; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 282.

Türk Borçlar Kanunu’nun “konut ve çatılı işyeri kiralari”na ilişkin hükümlerine göre, kiracı, kira sözleşmesini, belirli süreli ise bildirim yoluyla (md.347/f.1), belirsiz süreli ise fesih bildirimini yoluyla (md.347/f.3) sona erdirebileceği gibi genel hükümlere göre de sona erdirebilir (md.347/f.3).

Türk Borçlar Kanunu’nun md. 347/f.1 hükmüne göre, “Konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracı, belirli süreli sözleşmelerin süresinin bitiminden en az on beş gün önce bildirimde bulunmadıkça, sözleşme aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış sayılır. Kiraya veren, sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremez. Ancak, on yıllık uzama süresi sonunda kiraya veren, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla, herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeye son verebilir¹⁶⁰”. Görüldüğü üzere, belirli süreli kira sözleşmeleri, sürenin bitimiyle kendiliğinden sona ermez. Kural olarak, belirli süreli kira sözleşmesi, sürenin dolmasına bağlı olarak, yalnızca kiracı sona erdirebilir¹⁶¹. Kiracı, belirli sürenin bitiminden en az on beş gün önce, kiraya verene, sözleşmenin sona erdirilmesine yönelik bildirimde bulunmadığı takdirde kira sözleşmesi, aynı koşullarla, birer yıllık dönemlerle yasal olarak yenilenir¹⁶². Kiracı tarafından yapılacak olan bu bildirim teknik anlamda bir fesih bildirimidir; zira, kira sözleşmesi bildirimde belirtilen sürenin geçmesiyle değil, taraflarca daha önceden belirlenen kira süresinin bitmesiyle sona ermektedir¹⁶³. TBK md. 347/f.1 uyarınca yapılan bildirim, teknik anlamda bir fesih sayılmasa da, kira sözleşmesinin kanun gereği bir yıllık süreyle yenilenmesini engelleyip kira sözleşmesinin sona ermesine yol açtığından aile konutunda barınma hakkını etkilemektedir. TMK md. 194 ve TBK md. 349

¹⁶⁰ Mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun’da kiraya verene bu yönde bir hak tanınmamaktaydı. Kiraya veren, sürenin bitimine istinaden sözleşmeyi sona erdirememekteydi. GKHK md. 11 hükmüne göre “Belirli süreli kira sözleşmeleri, kiracı tarafından bildirimde bulunulma Kiracı kira müddetinin bitmesinden en az on beş gün evvel mecuru tahliye edeceğini yazı ile bildirmediği takdirde sözleşme aynı şartlarla bir yıl uzatılmış sayılır”.

¹⁶¹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 289.

¹⁶² GÜMÜŞ, s. 315..

¹⁶³ DOĞAN’a göre “bildirimle sona erdirmeye hakkı, niteliği itibarıyla bozucu yenilik doğuran bir haktır” DOĞAN, Kiraların Sona Ermesi, s. 66; GÜMÜŞ’e göre, TBK md. 347/f.1 uyarınca yapılan bildirim, “bir yıllık uzama mekanizmasının” uygulanması engelleyen ve bunun yerine kira sözleşmelerine ilişkin genel hüküm niteliğindeki TBK md. 327 hükmünün uygulanmasına yol açan “değiştirici yenilik doğuran hakkın kullanılması”dır. GÜMÜŞ, s. 37 ve 316; YAVUZ/ACAR/ÖZEN’e göre ise TBK md. 347/f.1 uyarınca yapılan bildirim “bozucu yenilik doğuran hak benzeri bir yapı” göstermektedir. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 290.

hükümlerinin ratio legis'i gereği aile konutu niteliğinin kaybına neden olacak bu işlemin geçerliliği diğer eşin rızasına bağlıdır.

Belirsiz süreli kira sözleşmesinin TBK md. 347/f.2 hükmü uyarınca, kira sözleşmesinin genel hükümlerinde yer alan fesih dönemleri ve fesih bildirim sürelerine uyularak¹⁶⁴ fesih bildirimiyle sona erdirilmesinde de sözleşmeye taraf olmayan eşin rızasının alınması zorunludur.

Türk Borçlar Kanunu'nun md. 347/f.3 hükmüne göre "Genel hükümlere göre fesih hakkının kullanılabileceği durumlarda, kiraya veren veya kiracı sözleşmeyi sona erdirebilir". Ancak, kira sözleşmesinin genel hükümlerine göre feshedilebilmesi için, genel hükümlerde yer alan fesih imkanının, konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin hükümlerinde düzenlenmemiş olması ve bu hükümlere aykırılık oluşturmaması gerekir¹⁶⁵. Buna göre, kiracı, kira sözleşmesini kiraya verenin ayıba karşı tekeffül yükümlülüğünü düzenleyen TMK md. 304-306 hükümleri uyarınca fesih hakkı yoluyla veya TMK md. 331 hükmü gereği önemli sebeplerin varlığı halinde fesih bildirim yoluyla¹⁶⁶ sona erdirebilecektir.

¹⁶⁴ TBK md. 328 hükmüne göre "Belirsiz süreli kira sözleşmelerinde taraflardan her biri, daha uzun bir fesih bildirim süresi veya başka bir fesih dönemi kararlaştırılmış olmadıkça, yasal fesih dönemlerine ve fesih bildirim sürelerine uyarak sözleşmeyi feshedebilir. Fesih dönemlerinin hesabında, kira sözleşmesinin başlangıç tarihi esas alınır(f.1).Sözleşmede veya kanunda belirtilen fesih dönemine veya bildirim süresine uyulmamışsa, bildirim bir sonraki fesih dönemi için geçerli olur (f.2.)". Yasal fesih bildirim dönemleri ve fesih bildirim süreleri ise kiralananın niteliğine göre belirlenir. Taşınmaz ve taşınır yapı kiralalarında belirsiz süreli kira sözleşmesi "yerel âdetde belirlenen kira döneminin sonu için veya böyle bir âdetin bulunmaması durumunda, altı aylık kira döneminin sonu için, üç aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir" (TBK md. 329). Taşılara ilişkin belirsiz süreli kira sözleşmeleri ise "üç gün önceden yapılacak fesih bildirim süresine uyarak her zaman feshedebilir" (TBK md. 330/.1).

¹⁶⁵ GÜMÜŞ, s. 313; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 288.

¹⁶⁶ EBK döneminde, kira sözleşmesinin önemli sebeple feshini düzenleyen md. 264 hükmünün, gayrimenkul kiralalarında uygulanıp uygulanmayacağı konusunda görüş ayrılığı bulunmaktaydı. Bir görüşe göre, 6570 Sayılı GKHK'da tahliye sebepleri sınırlı olarak belirtilen tahliye sebepleri arasında böyle bir fesih ve tahliye yolu öngörülmediğinden bu kanuna tabi kira sözleşmelerinde EBK md. 264 hükmü uygulanamaz. Bkz. FEYZİOĞLU/Necmeddin, Borçlar Hukuku Hususi Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, C.I, 1980, s. 623. Doktrinde hakim olan ve Yargıtay tarafından da benimsenen görüşe göre ise, EBK md. 264 hükmü, GKHK md. 8 hükmüyle saklı tutulan sebepler arasındadır, GKHK'a tabi kira sözleşmelerinde de EBK md. 264 hükmü uygulanır. Bkz. ARAL, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2007, s. 283; BURCUOĞLU, Haluk, Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasaya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi, İstanbul, 1993, s. 42; ERZURUMLUOĞLU, Erzan, Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara, 1973, s. 94; KARAHASAN, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Öğreti, Yargıtay Kararları, İlgili Mevzuat, C.1, İstanbul, 2002, s. 988; SUNGURBEY, İsmet, Medeni Hukuk Eleştirileri, İstanbul 1971, s. 147; TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/2, İstanbul, 2008.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda kiraya verenin kiralanandaki ayıplardan sorumluluğu ayıbın, kiralananın teslimi anında bulunması (TBK md. 304) ve sonradan (kullanım sırasında, kiracının egemenlik alanında) meydana gelmesi (TBK .md 305-308) zamansal ayrımına göre belirlenmektedir. TBK md. 304 hükmüne göre, kiralananda teslim anında önemli bir ayıbın bulunması halinde kiracı, TBK'nın borçlu temerrüdüne ilişkin md. 123 ila 126 hükümlerinden istifade edebilir veya kiralananın sonradan ayıplı hale gelmesine ilişkin hükümlere başvurabilir; ayıp önemsiz bir ayıp ise kiracı yalnızca kiralananın sonradan ayıplı hale gelmesine ilişkin hükümlerden yararlanabilecektir. Kiralananın sonradan ayıplı hale gelmesine ilişkin genel bir düzenleme olan TBK md. 305 hükmü kiracıya ayıbın giderilmesi istemi, kira bedelinden indirim yapılması istemi ve zararın giderilmesi istemi¹⁶⁷ olmak üzere üç seçimlik hak tanımakta; ayrıca, ayıbın önemli bir ayıp olması halinde dördüncü bir seçimlik hak olarak sözleşmenin feshine olanak vermektedir.

Kiralananın teslimi anında önemli bir ayıp bulunması halinde, TBK md. 125 hükmüne göre sözleşmeden dönme hakkını kullanmak isteyen kiracı, sözleşmeyi sona erdirecek olan bu işlemin geçerli olması için eşinin rızasını almak zorunda olmayacaktır. Zira, kiralanın fiili olarak aile konutu olarak kullanılmadığından, konut, aile konutuna ilişkin unsurların noksanlığı nedeniyle aile konutu olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla TBK md. 194/f.1 ve TBK md.349/f.1 hükmünün sağladığı koruma uygulama alanı bulmaz. Kiracı, kiralanın sonradan ayıplı hale gelmesine ilişkin hükümlere göre sözleşmeyi sona erdirmeye¹⁶⁸ imkanını kullanırken de aynı gerekçeyle eşinin rızasını almak zorunda olmayacaktır.

235; YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2007, s. 345; ZEVLİER, Aydın/ HAVUTÇU, Ayşe, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2007, s. 233. TBK md. 331 hükmü, konut ve çatılı işyeri kiralarında da uygulanır. Bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 255, GÜMÜŞ, s. 277, 278.

¹⁶⁷ TBK md. 305/f.1 hükmünün son cümlesine göre “zararın giderilmesi istemi diğer seçimlik hakların kullanılmasını önlemez”.

¹⁶⁸ TBK md. 304 hükmünün gerekçesinde, kiracının sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını kiraya verenin ayıptan doğan sorumluluğuna dayanarak kullanması halinde sözleşmenin feshi, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere dayanarak kullanması halinde sözleşmeden dönmenin söz konusu olacağı belirtilmiştir. GÜMÜŞ'e göre de temerrüt hükümlerinin uygulanması halinde sözleşmeden dönme, ayıp hükümlerinin uygulanması halinde fesih söz konusu olur. GÜMÜŞ, s. 112; Aynı yönde SELİÇİ'ye göre “Feshin sürekli edimin yerine getirilmesine bağlanması gerekli tarihten önce mümkün olabileceğini belirtmiştik. Bu tarihte sürekli edimin ifası başlamasa, başlayıncaya kadar geçecek süre içinde fesih ve dönme birbirinin içine girmiş haldedir. Özellikle bu hal, ifadan önce mevcut olan bir fesih sebebi dolayısı ile, bu sürede

Teslimden sonra ortaya çıkan ayıplarda, ayıbın giderilmesine ve sözleşmenin feshine ilişkin md. 306 hükmüne göre “Kiracı, kiraya verenden kiralananındaki ayıbın uygun bir sürede giderilmesini isteyebilir; bu sürede ayıp giderilmezse kiracı, ayıbı kiraya veren hesabına gidertebilir ve bundan doğan alacağını kira bedelinden indirebilir veya kiralananın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteyebilir (f.1). Ayıbın, kiralananın öngörülen kullanıma elverişliliğini ortadan kaldırması ya da önemli ölçüde engellemesi ve verilen sürede giderilmemesi hâlinde kiracı, sözleşmeyi feshedebilir (f.2). Kiraya veren, kiralananındaki ayıbı gidermek yerine, uygun bir süre içinde ayıpsız benzeriyle değiştirebilir (f.3). Kiraya veren, kiracıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve uğradığı zararın tamamını gidererek, onun seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilir (f.4)”. TBK md. 306/f.1 hükmü, TBK md. 305 hükmünde de ifade bulan seçimlik haklardan “ayıbın giderilmesi istemi”ne bağlı olarak ikincil nitelikte iki adet seçimlik hak tanımıştır. Bunlar “ayıbı kiraya veren hesabına gidertme”¹⁶⁹ ve bundan doğan alacağını kira bedelinden indirme hakkı” ile “ kiralananın

olağanüstü feshe gidilmişse söz konusu olur. Burada hem gecikme dolayısı ile dönme hem de olağanüstü fesih karşılaşmaktadır”. SELİÇİ, Özer, Borçlar Kanuna Göre, Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1976, s. 223; karşı yönde YAVUZ/ACAR/ÖZEN’e göre ise “Şayet ayıp, teslim anında mevcut olan bir ayıp ise fesih beyanı “dönme” niteliğinde, aksine kiralanan sonradan ayıplı hale gelmişse beyan teknik anlamda fesih olarak nitelendirilecektir”. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 207. Kanaatimizce de, teslim anında var olan ayıp nedeniyle, sonradan ortaya çıkan ayıp hükümleri uyarınca sözleşmenin sona erdirilmesi halinde, sürekli edimin ifasına henüz başlanmadığından “teknik anlamıyla “fesih” değil “dönme” söz konusu olur. Fesih ve dönme hakkı arasındaki ayrım için bkz. SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 2007, s. 115 v.d.

¹⁶⁹ Doktrindeki bir görüşe göre, ayıbın giderilmesi için kiraya verene süre tanıyan kiracı, bu süre içinde ayıbın giderilmemesi halinde, aile konutunda mevcut bulunan önemli veya önemsiz ayıbı üçüncü kişiler vasıtasıyla gidertebilir. Bkz. DOĞAN, Murat/ BAYGIN, Cem, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Kira Sözleşmesi’ne İlişkin Hükümler” Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 4, Ağustos, 2005, s. 120; AKINCI, Şahin, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Kira Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi” (<http://www.sahinakinci.com/teblig5.htm>); AKYİĞİT, Ercan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kira Sözleşmesi, 2012, s. 89; KUNTALP, Erdem/ BARLAS, Nami/AYANOĞLU MORALI, Ahu/ ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN, Pelin/ İPEK, Mehtap/ YAŞAR, Mert/ KOÇ, Sedef, Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul, 2005, s.165. Doktrindeki bir başka görüşe göre ise, önemli ayıbın varlığı halinde, kiracı, TBK md. 113 uyarınca mahkemeden yetki almadığı müddetçe, ayıpları kiraya veren hesabına gideremez veya gidertemez. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 202, 203; GÜMÜŞ s. 120, 121. Kanaatimizce, kiracı, kiralanan konuttaki ayıbı TBK md. 306/f.1 uyarınca gidertme imkanına sahiptir. Bunun için TBK md. 113 uyarınca hakimden yetki alınması gerekmemektedir. Zira, EBK md. 251/f.2 hükmünde, kiraya veren tarafından kendisine verilen süre içinde giderilmeyen ufak tefek ayıpların kiracı tarafından kiraya veren hesabına giderilebileceği belirtildiği halde; 6098 sayılı TBK’da kanun koyucu böyle bir ayrıma gitmeden, verilen süre içinde giderilmeyen ayıpların kiraya veren hesabına gidertilmesi imkanı tanımıştır. Madde gerekçesine göre de “kiralananın sonradan ayıplı duruma gelmesi hâlinde, kiracı ayıbın giderilmesini isteme hakkını kullanabilecektir. Bu hakkı kullanmak isteyen kiracı, kiraya verene uygun bir süre verecektir. Maddede, bu uygun süre içinde ayıp giderilmezse, kiracıya, bir yargı kararına gerek olmaksızın, bunu kiraya veren hesabına gidertme ve bundan doğan alacağını, kira bedelinden indirme hakkı tanınmıştır”. TBK md. 306/f.1 hükmü ve madde gerekçesi nazara alındığında,

ayıpsız benzeriyle değiştirilmesini talep etme hakkı”dır. TBK md. 306/f.2 hükmünde ise, TBK md. 305/f.2 hükmü ve madde gerekçesinde seçimlik hak olarak gösterilen “fesih hakkı”nın kullanılması, öncelikle kiraya verenden ayıbın giderilmesini talep edilmesine ve kiraya verenin kendisine verilen sürede ayıbı gidermemesine bağlanmıştır. Kiracının aile konutu ile ilgili kira sözleşmesinde, fesih seçimlik hakkını kullanabilmesi, ayıbın, önemli nitelikte olması ve kiraya verene verilen sürede giderilmemiş olması şartlarına ek olarak sözleşmeye taraf olmayan eşin rıza vermesi şartı aranacaktır. Sözleşmenin feshine yol açan ayıbın kiraya veren tarafından giderilmeyen önemli bir ayıp olması nedeniyle, sözleşmeye taraf olmayan eşin, feshe rıza göstermemesi çok defa hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olacağından, kiracı eş TMK md. 194/f.2 ve TBK md. 349/f.2 gereği tek başına fesih hususunda yetkilendirilmesi için hakime müracaat edebilecektir. Başvuru halinde hakim, fesih hakkının kullanılmasının mı yoksa diğer seçimlik hakların kullanılmasının mı ailenin menfaatine daha uygun olduğunu araştırıp buna göre karar vermelidir.

Önemli sebeplerle kira sözleşmesinin feshedilmesi imkanı TBK’nın md. 331 hükmünde düzenlenmektedir. Buna göre “Taraflardan her biri, kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hâle getiren önemli sebeplerin varlığı durumunda, sözleşmeyi yasal fesih bildirim süresine uyarak her zaman feshedebilir (f.1). Hâkim, durum ve koşulları göz önünde tutarak, olağanüstü fesih bildiriminin parasal sonuçlarını karara bağlar (f.2)”. Kira sözleşmesinin feshine imkan veren “önemli sebepler”, bunları ileri süren bakımından sözleşmeye devamın çekilmez hale geldiği iyiniyet kurallarına göre kabul edilebilecek nitelikte sebeplerdir; bu sebeplerin sözleşmenin kurulması anında öngörülebilir olması veya bu sebeplere dayanan tarafın sebeplerin ortaya çıkmasında bizzat kusurunun bulunması durumunda TBK md. 331 hükmüne istinaden sözleşme feshedilemez¹⁷⁰. Bu durumda, TBK md. 331 hükmüne istinaden sözleşmenin sona erdirilmesinde diğer eşin rızasının aranıp aranmayacağı sorusu akla gelmektedir. TMK md. 194/f.1 ve TBK md. 349/f.1 hükmü, aile için çok önemli bir niteliği haiz olan aile konutuyla ilgili işlemlerde hak sahibi eşin mutlak yetki sahibi olmasını önlemek istemektedir. Eşlerden biri için sözleşmenin devamını katlanılamaz hale getiren sebepler

EBK md. 251/f.2 hükmündeki ayrımın terk edildiği sonucuna varılmaktadır. Bu kabul, ekonomik bakımdan zayıf konumda bulunan kiracıyı koruma amacına da uygun düşmektedir.

¹⁷⁰TANDOĞAN, s. 232; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Özel Hükümler, s. 344.

vuku bulsa dahi, bu sebepler nedeniyle sözleşmenin feshedilip feshedilmeyeceğine eşler birlikte karar vermelidir, fesih oybirliğine dayanmalıdır. Örneğin, sözleşmenin kurulduğu sırada öngörülemeyecek tarzda, sözleşmeye taraf olan eşin (kiracı eşin) memuriyet naklinin ortaya çıkması halinde, kiracı eş için “kira ilişkisinin devamını çekilmez hale getiren bir sebep” bulunmaktadır. Ancak, diğer eş, halen aile konutunun bulunduğu yerde çalışıyor ve/veya çocuklar orada okuyor olabilir. Bu durumda diğer eş ve çocukların barınma ihtiyacının karşılanması bakımından kira sözleşmesinin devam etmesi gerekmektedir. Sözleşmenin ve doğal olarak aile konutu niteliğinin devamı hak sahibi eşin inisiyatifine bırakılmamalı, diğer eşin ve çocukların menfaati nazara alınmalıdır. Kendisi için kira ilişkisinin devamı çekilmez bir hal alan hak sahibi eşin, diğer eşin hakkını kötüye kullanması halinde hakime başvurarak sözleşmeyi tek başına feshetmek konusunda yetki alma imkanına sahip olduğu da unutulmamalıdır. Evlilik birliği içinde eşit hak, yetki ve sorumluluklara sahip olan eşler arasında, bu konuda bir görüş ayrılığı bulunduğu, eşit pozisyonda bulunan bu kişilerin hangisinin sebebinin haklı olduğuna, hangi eşin düşüncesinin ailenin menfaatine uygun olduğuna tarafsız bir konumda olan hakimin karar vermesi daha yerinde olur.

Kiraya verenin kiralananı teslimde gecikmesi, kiralananı önemli veya önemsiz ayıplarla teslim etmeyi önermesi¹⁷¹ veya kiralananın teslimi anında önemli bir ayıbın bulunması halinde kiracı, borçlu temerrüdüne ilişkin TBK md. 125 hükmü uyarınca sözleşmeden dönebilir. Bu hallerde, kiralanan konuta fiilen yerleşilmediğinden konut, aile konutu niteliğinde değildir. Bu nedenle, sözleşmeden dönmenin geçerliliği diğer eşin rızasına bağlı değildir¹⁷².

b.Kullanım Hakkını Kapsam veya Zaman Bakımından Daraltan veya Ortadan Kaldıran Tadil Sözleşmeleri

Türk Borçlar Kanunu’nun md. 343 hükmüne göre, “Kira sözleşmelerinde kira bedelinin belirlenmesi dışında, kiracı aleyhine değişiklik yapılamaz”. Bu hüküm, kira bedelinin belirlenmesi dışında kira sözleşmesinde, TBK’nın kiracıyı koruyan emredici hükümlerine ters düşecek şekilde değişiklik yapılmasını engelleyen nisbi emredici bir

¹⁷¹ GÜMÜŞ, s. 112.

¹⁷² GÜMÜŞ, s. 50; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 283.

hükümdür. TBK md. 343 hükmü, sözleşmede kiracı aleyhine değişiklik yapılmasını önleyen bir hüküm olduğundan, doktrinde, kira sözleşmesi devam ederken aynı kira konusu ile ilgili yeni bir kira sözleşmesi yapılmasının yasak kapsamında olmadığı ifade edilmektedir¹⁷³.

Kira sözleşmesine ilişkin olarak yapılan tadil sözleşmeleri veya yenileme sözleşmeleri TBK md. 343 hükmünün kiracıyı koruyucu süzgecinden geçmiş olsalar dahi, kira sözleşmesine taraf olmayan eşin ve varsa çocukların barınma hakkını olumsuz olarak etkilemeleri halinde TMK md. 194/f.1 ve TBK md. 349/f.1 hükmünün aileyi koruyucu süzgecine takılabilecektir.

Kiralanan konutun aile konutu olarak kullanılması durumunda, kira sözleşmesinden kaynaklanan kullanım hakkını kapsam bakımından daraltan veya ortadan kaldıran tadil sözleşmelerinin geçerliliği diğer eşin rızasına bağlıdır¹⁷⁴. Zira, TMK md. 194/f.1 hükmü, aile konutu üzerindeki hakları sınırlayan işlemlerin geçerliliğini diğer eşin rızasına bağlamıştır.

Kiralananı kullanım hakkının süresini kısaltan kira sözleşmelerinin geçerliliği de diğer eşin rızasına bağlıdır¹⁷⁵.

Mevcut kira sözleşmesi devam ederken yapılan kira sözleşmesi “geniş anlamda borç ilişkisini yenilenmesi” niteliğindedir ve ilk kira ilişkisini sona erdirmektedir¹⁷⁶. TBK md. 194/f.1 ve TBK md. 349/f.1 hükmünün amacı, aile konutunda barınma hakkını sona erdiren işlemlerin eşlerin ortak iradesine dayanmasını sağlamak, böylelikle hak sahibi olmayan eşi ve daha genel bir çerçevede aileyi, hak sahibi eşin düşüncesiz veya kötüniyeli işlemlerine karşı korumaktır. Bu nedenle, geniş anlamda kira ilişkisini sona erdiren yenileme işleminin geçerliliği, sözleşmeye taraf olmayan eşin rızasına bağlı olmalıdır.

¹⁷³ GÜMÜŞ, s. 57; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 260, 261; TUNABOYLU, Müslim, Kira Kanuna Göre Tahliye Davaları, Ankara, 2007, s. 572..

¹⁷⁴ AYAN, s. 112; GÜMÜŞ, s. 50.

¹⁷⁵ AYAN, s. 112; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, birinci bası s. 207; GÜMÜŞ, s. 50, 51.

¹⁷⁶ Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 435, dpn 28; TURANBOY, Nuri, İbra Sözleşmesi, 1998, s. 37.

c. İ kale Sözleşmesi

İ kale sözleşmesi, sözleşme taraflarının geniş anlamda borç ilişkisini sona erdirmek amacıyla yaptıkları tasarruf işlemidir¹⁷⁷.

Kira sözleşmesi devam ederken kiracı ve kiraya veren tarafından yapılacak olan ikale sözleşmesi, kira sözleşmesini ileriye etkili olarak sona erdirir, aile konutunun kaybına neden olur. Sözleşmeye taraf olan eşin düşüncesizce veya kötünıyetli olarak kira sözleşmesini sona erdirmesinin önlenmesi için ikale sözleşmesinin geçerliliğı sözleşmeye taraf olmayan eşin rızasına bağı olmalıdır¹⁷⁸.

d.Tahliye Taahhüdü

Türk Borçlar Kanunu'nun konut ve çatılı işyeri kiralarna ilişkin md. 352 hükmüne göre "Kiracı, kiralananın teslim edilmesinden sonra, kiraya verene karşı, kiralananı belli bir tarihte boşaltmayı yazılı olarak üstlendiğı hâlde boşaltmamışsa kiraya veren, kira sözleşmesini bu tarihten başlayarak bir ay içinde icraya başvurmak veya dava açmak suretiyle sona erdirebilir". Kiracı tarafından tahliye taahhüdünde bulunulması halinde, kiraya veren, tahliye taahhüdünde belirtilen tarihten itibaren bir ay içinde icra müdürlüğü kanalıyla yapacağı takip veya sulh hukuk mahkemesinde açacağı dava ile kiracıyı tahliye ettirebilir. Tahliye taahhüdünün geçerli olması için bir takım şartlar bir arada bulunmalıdır:

-Tahliye taahhüdü kiracı veya yetkili temsilcisi tarafından verilmelidir,

-Tahliye taahhüdü, kiralananın kiracıya tesliminden sonra verilmiş olmalıdır,

-Tahliye taahhüdü adi yazılı şekilde yapılmalıdır,

¹⁷⁷ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2011, s. 1210; OĞUZMAN/ÖZ, s. 427, dñn. 2; TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku C.I, Genel Hükümler, İstanbul, 1976, s. 1157; TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Altıncı Bası, İstanbul, 1988, s.1317;TURANBOY, s. 35.

¹⁷⁸ ACAR, Aile Konutu, s. 72, BARLAS, s. 132; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ birinci bası s. 206, altıncı bası s.162; GÜMÜŞ, s. 50; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 281.

-Tahliye taahhüdünde belirli bir tahliye tarihi gösterilmelidir¹⁷⁹.

Aile konutuyla ilgili kira sözleşmelerinde, kiracı tarafından verilecek tahliye taahhüdünün geçerli olabilmesi için tüm bu şartlara ek olarak sözleşmeye taraf olmayan eşin rızasının bulunması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir¹⁸⁰. Zira, kiracı, tahliye taahhüdüyle belirli bir sürede kiralananı boşaltmayı kabul etmektedir ve bu durum fesih ile aynı sonucu doğurmaktadır¹⁸¹.

e.İkame Edilen Tahliye Davasının Kabulü

Konut ve çatılı işyeri kiralarnın kiraya veren tarafından sona erdirilmesi, istisnai haller dışında, kanunda sınırlı sayıda¹⁸² düzenlenen tahliye sebeplerinden birine istinaden açılacak tahliye davasıyla mümkün olmaktadır. TBK md. 354 hükmünde yer alan “Dava yoluyla kira sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkin hükümler, kiracı aleyhine değiştirilemez” şeklinde ifade, tahliye sebeplerinin sınırlı sayıda olduğunu vurgulamaktadır. Kanun koyucu, bu yolla ekonomik bakımdan zayıf konumda bulunan kiracıyı, kiraya verenin keyfi fesih ve tahliye davalarına karşı korumayı hedeflemektedir.

¹⁷⁹ GÜMÜŞ, s. 330-336; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 304, 305.

¹⁸⁰ ACAR, s. Aile Konutu, 72; ARMUTÇUOĞLU, s. 420; AYAN, s. 113, BARLAS, s. 132; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, birinci bası s. 206, altıncı bası s. 162; GÜMÜŞ, s. 50; KAMACI, s. 130; KILIÇOĞLU, s. 49; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 11, ŞIPKA, s. 136; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 281.

¹⁸¹ KILIÇOĞLU, s. 49, 50; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 11, 12.

¹⁸² TBK’da sınırlı sayıda yer alan tahliye sebepleri, kiraya verenden kaynaklanan sebepler (TBK md. 350, 351) ve kiracıdan kaynaklanan sebepler (TBK md. 351) olarak ikiye ayrılmaktadır. Kiralanandan kaynaklanan sebepler şunlardır: 1- Kiraya verenin, kiralananı kendisi, eşi, altsoyu, üstsoyu veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler için konut ya da işyeri gereksinimi sebebiyle kullanma zorunluluğunun bulunması, 2. Kiralananın yeniden inşası veya imarı amacıyla esaslı onarımı, genişletilmesi ya da değiştirilmesi gerekli ve bu işler sırasında kiralananın kullanımının imkânsız olması, 3-Yeni malikin kiralananı kendisi, eşi, altsoyu, üstsoyu veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler için konut veya işyeri gereksinimi sebebiyle kullanma zorunluluğunun bulunması. Kiracıdan kaynaklanan sebepler ise şunlardır (TBK md. 352): 1- Kiracının yazılı tahliye taahhüdü vermesi, 2- Kiracının, bir yıldan kısa süreli kira sözleşmelerinde kira süresi içinde; bir yıl ve daha uzun süreli kira sözleşmelerinde ise bir kira yılı veya bir kira yılını aşan süre içinde kira bedelini ödememesi nedeniyle kendisine iki yazılı ihtar gönderilmesi, 3- Kiracının veya birlikte yaşadığı eşinin aynı ilçe veya belde belediye sınırları içinde oturmaya elverişli bir konutu bulunması ve kiraya veren tarafından bu durumun kira sözleşmesinin kurulduğu sırada bilinmiyor olması.

Tahliye davası bozucu yenilik doğuran bir davadır. Kira sözleşmesi, tahliye davasının kabulüne dair verilen bozucu yenilik doğurucu kararın kesinleşmesiyle sona erer. Uygulamada mahkemeler bu kararlar birlikte kiralanın kiraya verene teslimi yönünde de hüküm kurduğundan mahkeme tarafından verilen hüküm, eda hükmü niteliğine de sahip bulunmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu'nun md. 194/f.1 hükmü ve TBK'nın md. 349/f.1 hükmü, kiraya verenin tahliye davası yoluyla kira sözleşmesini sona erdirmeye hakkına karşı sözleşmeye taraf olmayan eşe bir def'i imkanı vermemektedir. Ancak, bu hükümlerin amacının, hak sahibi eşin düşüncesizce veya kötünietli olarak kira sözleşmesinin sona erdirmesine karşı, sözleşmeye taraf olmayan eşin ve daha genel olarak ailenin korunması olduğu noktasından hareketle, ikame edilen tahliye davasının kabulünün TMK md. 194 ve TBK md. 349/f.1 hükümleri uyarınca diğer eşin rızasına bağlı olduğu kabul edilmektedir¹⁸³.

f.Alt Kira Sözleşmesi ve Kullanım Hakkının (Kiranın) Devri

Türk Borçlar Kanunu'nun md. 322 hükmüne göre "Kiracı, kiraya verene zarar verecek bir değişikliğe yol açmamak koşuluyla, kiralananı tamamen veya kısmen başkasına kiraya verebileceği gibi, kullanım hakkını da başkasına devredebilir (f.1). Kiracı, konut ve çatılı işyeri kiralalarında, kiraya verenin yazılı rızası olmadıkça, kiralananı başkasına kiralayamayacağı gibi, kullanım hakkını da devredemez(f.2). Alt kiracı, kiralananı kiracıya tanınandan başka biçimde kullandığı takdirde kiracı, kiraya verene karşı sorumlu olur. Bu durumda kiraya veren, kiracısına karşı sahip olduğu hakları alt kiracıya veya kullanım hakkını devralana karşı da kullanabilir (f.3)". Görüldüğü üzere, kanun koyucu, konut ve çatılı işyeri kiralalarında, alt kira sözleşmesinin kurulmasına veya kiralananın kullanım hakkının devrine, kiraya verenin rıza vermesi şartına bağlı olarak cevaz vermektedir.

Alt kira sözleşmesi, asıl kiracının alt kiraya veren sıfatıyla, alt kiracıyla kurduğu kira sözleşmesidir. Alt kira sözleşmesinde, asıl kiracı/alt kiraya veren, kiralananı kısmen

¹⁸³ BARLAS, s. 132; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, birinci bası s. 209; GÜMÜŞ, s. 50; KAMACI, s. 130; ŞİPKA, s. 136; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 281.

veya tamamen alt kiracının kullanımına bırakma, alt kiracı da bunun karşılığında asıl kiracı/alt kiraya verene kira bedeli ödeme yükümlülüğü altına girmektedir¹⁸⁴.

Kullanım hakkının (kiranın) devri ise, kiracının kira sözleşmesinden doğan kullanım hakkını, üçüncü bir kişiye devretmesidir. Kullanım hakkının devrinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bu tartışmanın nedeni EBK md. 259 hükmünde yer alan ve EBK'ya tabi kira sözleşmelerinde“ Kiracı, ...kirayı üçüncü bir kişiye ferağ edebilir” ifadeleriyle kiranın devrine cevaz veren md. 259 hükmünde geçen “kira” kelimesidir. Doktrindeki bir görüşe göre, kiranın devri, kira sözleşmesinden doğan bütün hak ve borçların (kira sözleşmesinin) devri niteliğindedir¹⁸⁵. Tarafımızca da benimsenen doktrindeki hakim görüşe göre ise, kiranın devri, alacağın temliki niteliğindedir¹⁸⁶. 6098 sayılı TBK'da, EBK md. 259 hükmünü karşılayan TBK md. 322 hükmünde “kullanım hakkının devri” ifadesi kullanıldığından ve TBK md. 323 hükmünde kira sözleşmesinden doğan tüm hak ve borçların devrini düzenleyen “kira ilişkisinin devri” kurumuna ayrıca yer verildiğinden, TBK sistemi açısından doktrindeki hakim görüşün benimsendiğini söyleyebiliriz. Nitekim TBK md. 322 hükmünün gerekçesinde “Kullanım hakkının devrinde, kira sözleşmesinin taraflarında bir değişiklik olmamakta ve kiracı kira sözleşmesinin kendisine sağladığı kiralananı kullanma alacağını kısmen veya tamamen başkasına devretmektedir. Bu devrin, alacağın devri hükümlerine tâbi olduğu konusunda bir duraksama yoktur” ifadesine yer verilerek, doktrindeki hakim görüşün benimsendiği vurgulanmıştır. Bu nedenle, TBK hükümleri uyarınca kiranın devrinin alacağın temliki hükümlerine tabi olduğunu söyleyebiliriz.

Türk Medeni Kanunu'nun md. 194.f.1 hükmüne göre “eşlerden biri diğerinin rızası bulunmadıkça, aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz”. Alt kira sözleşmesi yapılması veya kiralananın kullanım hakkının devri halinde, aile konutundan

¹⁸⁴ ARAL, s. 263; GÜMÜŞ, s. 214; KAHVECİ, Nalan, Alt Kira ve Kiranın Devri, İzmir, 2005, s. 69; TANDOĞAN, s.154.

¹⁸⁵ CANSER, Erol, İsviçre Hukuku, Fransız Hukuku ve Alman Medeni Kanunu ile Mukayeseli Olarak Türk Hukukunda Hasılat Kirası, Ankara, 1953, s. 124.

¹⁸⁶ ALTAŞ, Hüseyin, Hasılat ve Şirket Kirası, Ankara, 2009, s. 134; ARAL, s. 264; GÜMÜŞ, s. 217; KAHVECİ, s. 178, 179; TANDOĞAN, s. 155; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 224, ZEVLİLER/HAVUTÇU, s. 220 .

yararlanma hakkının kısmen veya tamamen kaybı söz konusu olduğundan bu tür işlemlerin geçerliliği diğer eşin rızasına bağlıdır¹⁸⁷.

g. Kira İlişkisinin Devri

Kira ilişkisinin sözleşmesel olarak devri, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Türk pozitif hukuk sistemine dahil olmuştur. TBK md. 323 hükmüne göre “Kiracı, kiraya verenin yazılı rızasını almadıkça, kira ilişkisini başkasına devredemez. Kiraya veren, işyeri kiralarında haklı sebep olmadıkça bu rızayı vermekten kaçınmaz (f.1). Kiraya verenin yazılı rızasıyla kira ilişkisi kendisine devredilen kişi, kira sözleşmesinde kiracının yerine geçer ve devreden kiracı, kiraya verene karşı borçlarından kurtulur(f.2). İşyeri kiralarında devreden kiracı, kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralanla birlikte müteselsilen sorumlu olur (f.3)”.

Kira ilişkisinin devri TBK’nın genel hükümlerinden md. 205 hükmünde düzenlenen “sözleşmenin devri” kurumunun kira sözleşmelerindeki tezahürüdür. TBK md. 323 hükmü, kira sözleşmeleri bakımından özel hüküm niteliğini haiz bulunduğu için öncelikle uygulanacaktır.

Kira ilişkisinin devri durumunda, kiracı, sözleşmenin tarafı olmaktan çıkar, üçüncü bir kişi kiracı sıfatıyla sözleşmeye dahil olur. Kira sözleşmesine bağlı olarak yasadan ve sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlar, kira sözleşmesini devralan üçüncü kişiye intikal eder¹⁸⁸.

Kira sözleşmesinin devri, fesih ile aynı sonucu doğuracak niteliktedir. Zira, kira sözleşmesinin devri durumunda kiracı eş bakımından kira sözleşmesinden doğan tüm haklar ve borçlar sona erer. Kira sözleşmesini devreden şahsi hakkı sona erdiğinden haksız işgalci durumunda olur ve kiralananı tahliye etmek zorunda kalır. Bu nedenle,

¹⁸⁷ ACAR, Aile Konutu, s. 68; KILIÇOĞLU, s. 57; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 19; ÖZTAN, s. 203; ZEVLİLİLER/ HAVUTÇU/ GÜRPINAR, s. 292.

¹⁸⁸ GÜMÜŞ, s. 230; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 226.

aile konutunun kaybı sonucunu doğuran bu tasarrufi işlemin geçerliliği TMK md. 194/f.1 ve TBK md. 349/f.1 hükmü uyarınca diğer eşin rızasına bağlı olmalıdır¹⁸⁹.

h.Kiralananın Sözleşmenin Bitiminden Önce Geri Verilmesi

Türk Borçlar Kanunu’nun md. 325 hükmü, kiracının, kiralananı sözleşme süresine veya fesih dönemleriyle fesih bildirim sürelerine uymadan kiraya verene iade etmesini düzenlemektedir. Buna göre “Kiracı, sözleşme süresine veya fesih dönemine uymaksızın kiralananı geri verdiği takdirde, kira sözleşmesinden doğan borçları, kiralananın benzer koşullarla kiraya verilebileceği makul bir süre için devam eder. Kiracının bu sürenin geçmesinden önce kiraya verenden kabul etmesi beklenebilecek, ödeme gücüne sahip ve kira ilişkisini devralmaya hazır yeni bir kiracı bulması hâlinde, kiracının kira sözleşmesinden doğan borçları sona erer (f.1). Kiraya veren, yapmaktan kurtulduğu giderler ile kiralananı başka biçimde kullanmakla elde ettiği veya elde etmekten kasten kaçındığı yararları kira bedelinden indirmekle yükümlüdür (f.2)”. Bu halde, kira sözleşmesi derhal sona erme de konuttaki fiili yaşam sona erdiğinden konut, aile konutu niteliği yitirmektedir. Doktrinde aile konutunun zamanından önce kiraya verene iadesinin sözleşmeye taraf olmayan eşin rızasına bağlı olduğu belirtilmektedir¹⁹⁰.

ı.Şerhin Terkini

Kiracının kira sözleşmesinden doğan şahsi hakkı, tapu siciline şerh verilebilen şahsi haklardandır. Taşınmazlara ilişkin kira sözleşmesinin tapu siciline şerh edilmesi imkanı TBK’nın md. 312 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre “Taşınmaz kiralalarında, sözleşmeyle kiracının kiracılık hakkının tapu siciline şerhi kararlaştırılabilir”. TMK md. 1009 hükmünde de kira sözleşmesinden doğan hak, şerh edilebilen kişisel haklar arasında sayılmıştır.

¹⁸⁹ ACAR, Aile Konutu, s. 72; Kira sözleşmesinin devrinin “aile konutu üzerindeki hakların sınırlandırılması” niteliğinde olduğundan bahisle TMK md. 194/f.1 uyarınca diğer eşin rızasına bağlı olduğu yönünde bkz. ACAR, Aile Konutu, s. 67, 68; KILIÇOĞLU, s. 57; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 19.

¹⁹⁰ GÜMÜŞ, s. 51.

Aile konutu olarak kullanılan kiralanan ile ilgili kira sözleşmesinin tapu siciline şerh verilmesinden sonra bu şerhin terkininde sözleşmeye taraf olmayan eşin rızasının aranıp aranmayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, kira şerhinin terkininde diğer eşin rızasını aramak gerekir¹⁹¹. Doktrindeki bir başka görüşe göre ise, kira şerhinin terkinde sözleşmenin sona erdirilmesi anlamını taşımadığından veya doğrudan doğruya böyle bir sonuca yol açmadığından bu işlemin diğer eşin rızasına bağlamanın anlamı ve gereği yoktur; ayrıca, eşin yapacağı işlemin diğer eşin rızasına tabi olması kural değil, istisnadır, sınırlama yahut yasaklama getiren istisna hükümlerin mümkün olduğunca dar bir çerçevede yorumlanması ve kapsamının yorum yoluyla genişletilmemesi gerekir¹⁹².

Kira sözleşmesine ilişkin şerhin terkininde hak sahibi olmayan eşin rızasının aranıp aranmayacağı sorusunun cevabı, şerhin işlevi ve TMK md. 194/f.1 ile TBK md. 349 hükmünün ratio legis'i göz önünde bulundurularak verilmelidir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, kiralananın niteliği konusunda bir ayrıma gitmeden, kira sözleşmesinin kurulmasından sonra, kiralananın malikinin değişmesi veya üçüncü bir kişinin kiracının hakkını etkileyen (malik değişikliğine eş değer¹⁹³) sınırlı ayni hak sahibi olması halinde, yeni malikin veya sınırlı ayni hak sahibinin sözleşmeye taraf olacağını belirtmektedir (TBK md. 310, TBK md. 311). TBK sisteminde, malik değişiminin veya kiracının haklarını etkileyen hak iktisabının yasal sözleşme devrine¹⁹⁴ yol açması karşısında, şerhin işlevselliğini yitirip yitirmediği sorusu akla gelmektedir. Bu sorunun cevabı ise, TBK md. 312 hükmünün gerekçesinde yer almaktadır “Tasarıda, kiralananın el değiştirmesinden ya da sözleşmenin kurulmasından sonra üçüncü kişinin, kiralanan üzerinde sınırlı aynî hak sahibi olmasından, kira sözleşmesinin etkilenmeyeceği ve varlığını sürdüreceği esasının benimsenmesine karşın, 818 sayılı Borçlar Kanununda olduğu gibi, kiracılık hakkının tapu siciline şerhi olanağının korunmasında bir sakınca görülmemiştir. Çünkü, bu şerhe dayanan kiracı, yeni malikin, Tasarının 350 nci maddesi (kanunlaşan md. 351) uyarınca, gereksinimini

¹⁹¹ ACAR, Aile Konutu, s. 72; ARMUTÇUOĞLU, s. 420; ŞİPKA, s. 136; UÇAR, Aile Konutu, s. 65.

¹⁹² BARLAS, s. 132.

¹⁹³ KUNTALP/ BARLAS/AYANOĞLU MORALI/ ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN/ İPEK/ YAŞAR/ KOÇ, s. 168; GÜMÜŞ, s. 147.

¹⁹⁴ GÜMÜŞ, s. 145; ÖZEN, Burak, “Kira Konusunun Devri”, MÜHF-HAD, C. 16, S. 1-2, s. 178.

ileri sürerek kira sözleşmesini sona erdirmeye hakkını kullanmasına engel olabilecektir. Zaten, sözleşmenin kiraya veren tarafında bir değişiklik olmasa bile, kiracılık hakkının tapu siciline şerhi, kiraya verenin, Tasarının 349 uncu maddesinde (kanunlaşan md. 350) öngörülen gereksinim, yeniden inşa ve imar gibi sebeplerle kira sözleşmesini sona erdirmesini önleyici bir etkiye sahiptir”.

Türk Medeni Kanunu md. 194 hükmü ve TBK md. 349 hükmü, hak sahibi eşin düşüncesizce veya kötüniyetli olarak aile konutunun kaybına yol açabilecek işlemlerine karşı koruma sağlanabilmesi için eşlerin bu tür işlemlerde birlikte karar vermesini gerekli kılmış; eşlere, bu tür işlemlere karşı birbirlerini kontrol etme imkanı tanımıştır. Kira sözleşmesi şerhinin terkinin doğrudan doğruya kira sözleşmesinin sona ermesine yol açmamaktadır. Lakin, kira sözleşmesi şerhinin terkin edilmesi halinde, kiraya verenin tahliye davası açarak kira sözleşmesini sona erdirmesi mümkün hale gelmektedir. Kira sözleşmesinin şerhinin terkin edilmesi halinde kiraya veren TBK md. 350 uyarınca gereksinim sebebiyle veya kiralananın yeniden inşa ve imarı amacıyla tahliye davası açabileceği gibi kiralananı sonradan edinen kiraya veren de TBK md. 350 veya 351 hükmüne istinaden tahliye davası açarak kira sözleşmesini sona erdirebilecektir. TBK md. 350/f.1, b.1 hükmü, kiraya verene, gereksinim sebebiyle açacağı tahliye davasıyla kira sözleşmesini sona erdirebilme imkanı vermektedir. Kanun, kimlerin gereksinimlerinin tahliye davası açılmasına imkan verebileceğini sınırlı sayıda olmak üzere saymıştır. Buna göre, kiraya veren yalnızca, kendisinin, eşinin, altsoyunun, üstsoyunun veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişilerin konut ve işyeri gereksinimi bulunması halinde bu davayı açabilir. TBK md. 350/f.1, b.2 hükmü ise, kiraya verene, kiralananın yeniden inşası veya imarı amacıyla esaslı onarımı, genişletilmesi ya da değiştirilmesi gerekli ve bu işler sırasında kiralananın kullanımı imkansız ise tahliye davası açma imkanı vermektedir. Kanun, tahliye davasının açılmasını hak düşürücü bir süreye de bağlamıştır. Gereksinim ve kiralananın yeniden inşa veya imarı sebebine dayanan tahliye davası, belirli süreli sözleşmelerde sürenin sonunda, belirsiz süreli sözleşmelerde kiraya ilişkin genel hükümlere göre fesih dönemine ve fesih bildirimi için öngörülen sürelerle uyularak belirlenecek tarihten başlayarak bir ay içinde açılmalıdır. TBK md. 351 hükmü ise, kiralananı sonradan edinerek kira sözleşmesine taraf olan kiraya verene, kira sözleşmesinin süresinin sona

ermesini beklemeden gereksinim sebebiyle tahliye davası açabilme imkanı vermektedir. TBK md. 350 hükmünde olduğu gibi TBK md. 351 hükmüne istinaden tahliye davası açılabilmesi için sınırlı sayıda sayılan kişilerin konut veya işyeri gereksinimi bulunması gerekir. Bu kişiler, kiralananı edinen kişi ve kiralananı edinen kişinin eşi, altsoyu, üstsoyu veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişilerdir. Kiralananı edinen kişinin gereksinim sebebiyle tahliye davası açabilmesi için, edinim tarihinden itibaren bir aylık süre içinde kiralananın devralındığı ve konut veya işyeri gereksinimi bulunduğuna yönelik yazılı bir bildirimin kiracıya ulaşması ve edinim tarihinden itibaren altı aylık sürenin geçmesi gerekmektedir¹⁹⁵. Kiralananı edinen kişi, TBK md. 350 hükmüne istinaden sözleşme süresinin bitiminden itibaren bir aylık süre içinde de gereksinim nedeniyle tahliye davası açabilir. TBK md. 353 hükmü ise, kiraya verenin en geç davanın açılması için öngörülen sürede tahliye davası açacağını yazılı olarak kiracıya bildirmesi halinde, tahliye davası açma süresinin bir kira yılı için uzayacağını belirtmektedir. Bu hükümlere istinaden açılacak olan tahliye davası, bozucu yenilik doğuran bir davadır, tahliye hükmünün kesinleşmesi ile kira sözleşmesi sona ermektedir. Bu nedenle, kiracı eşin, aile konutunun koruyucu zırhı niteliğindeki şerhin terkinin için sözleşmeye taraf olmayan eşin rızasını almak zorunda olduğunu kabul etmek gerekir. Aksi durumda, kiracı eş, kanunları dolanarak eşinin konuttan tahliye ettirilmesini sağlayabilecektir.

Kira sözleşmesinin şerhinden feragat edilmesi de aynı gerekçelerle diğer eşin rızasına bağlı olmalıdır¹⁹⁶.

3.Kira Sözleşmesinin Feshinin Diğer Eşin Rızasına Bağlı Olmasının Şartları

a.Geçerli Bir Kira Sözleşmesinin Bulunması

Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nda tanınan korumadan yararlanılabilmesi için öncelikli koşul, geçerli olarak kurulan kira sözleşmesinin devam ediyor olmasıdır.

¹⁹⁵DOĞAN, Murat, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanuna Göre Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Değerlendirmesi", MÜHF-HAD, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, 2011, s. 514; GÜMÜŞ, s. 376; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 300.

¹⁹⁶ ACAR, s. Aile Konutu, s. 72.

Türk Medeni Kanunu’nun aile konutunu düzenleyen md. 194 hükmü, evliliğin genel hükümlerinden olduğundan, TMKYUŞHK’nun md. 9 hükmü uyarınca derhal uygulanır. Bu nedenle kira sözleşmesinin kuruluş tarihi önem arz etmemektedir.

b.Kira Sözleşmesine Eşlerden Yalnızca Birinin Taraf Olması

Türk Medeni Kanunu md. 194/f.1 ve TBK md. 349/f.1 hükmü eşlerden yalnızca birinin kira sözleşmesine taraf olması halinde uygulanır. Zira, TMK md. 194/f.1 hükmü ve TBK md. 349/f.1 hükmü, sözleşmeye taraf olmayan eş, sözleşmeye taraf olan eşin düşüncesiz ve kötünietli olarak kira sözleşmesini sona erdirmesine karşı korumayı amaçlamaktadır.

Eşlerin kira sözleşmesini birlikte imzalamaları, eşlerden biri tarafından imzalanan kira sözleşmesine diğer eşin TBK md. 206 hükmü uyarınca katılması veya sözleşmeye taraf olmayan eşin TMK md. 194/f.4 ve TBK md. 349/f.3 hükmüne istinaden kiraya verene yönelteceği yenilik doğurucu beyan ile sözleşmeye taraf olması halinde, birlikte kira ilişkisi bulunur. Bu durumda, bir eşin kira sözleşmesin tek taraflı olarak feshetmesi diğer eşin de sözleşmeyi feshetmesi sonucunu doğurmaz, ancak eşlerin birlikte yaptıkları fesih beyanı kira sözleşmesini sona erdirerek tahliyeye yol açar; bu nedenle TMK md. 194/f.1 ve TBK md. 349/f.1 hükmünün sağladığı korumaya ihtiyaç duyulmaz¹⁹⁷.

c.Kiralanan Konutun Aile Konutu Olarak Kullanılması

Kira sözleşmesiyle kullanım hakkı edinilen konut, aile konutu niteliğini kazanmış ve halen aile konutu olarak kullanılıyor olmalıdır.

Kira sözleşmesinin akdedildiği tarih ile kiralanan fiilen yerleşinceye kadar geçen süre içerisinde TMK md. 194/f.1 hükmü ile TBK md. 349/f.1 hükmü uygulanmaz. Zira, bu halde aile konutunun unsurlarından “aleniyet unsuru” bulunmamaktadır. Konutta fiili bir yerleşim bulunmadığından, eşlerin içsel iradelerinin üçüncü kişilerce bilinmesi mümkün değildir.

¹⁹⁷ AYAN, s. 113, 114; KAMACI, s. 127; KILIÇOĞLU, s. 57; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 19; ŞİPKA, s. 113.

Türk Borçlar Kanunu’nun md. 349/f.1 hükmünde “Aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanan taşınmazlarda kiracı, eşinin açık rızası olmadıkça kira sözleşmesini feshedemez” ifadesinin kullanılmış olması, sadece kiralananı aile konutu olarak özgülemek amacıyla yapılan kira sözleşmelerinde diğer eşin rızası aranacağı izlenimini vermektedir. Oysa, aile konutu olarak kullanmak amacıyla kira sözleşmesi yapılması ile konut olarak kullanılmak üzere kira sözleşmesi yapıldıktan sonra konutun aile konutu niteliği kazanmış olması arasında, hükmün uygulanabilirliği açısından bir fark bulunmamaktadır. Her iki halde de sözleşmenin sona erdirilmesinde diğer eşin rızasının alınması zorunludur. Kanaatimizce, kanun koyucu, bu iki varyasyonu nazara almadan hükmü kaleme almıştır; hükmün lafzı, hükmün ruhunu yeterince ifade edememektedir. Madde metninin “ aile konutu ile ilgili kira sözleşmelerinde kiracı, eşinin açık rızası olmadıkça kira sözleşmesini feshedemez” şeklinde kaleme alınması daha uygun olurdu¹⁹⁸.

Eşlerin ortak iradeleriyle kiralanan konutu, aile konutu olmaktan çıkarmaları ve başka bir konutu aile konutu olarak özgüleyerek oraya taşınmaları halinde, kira sözleşmesi devam etmesine rağmen aile konutu niteliği devam etmediğinden TMK md. 194/f.1 ve TBK md. 349/f.1 hükmü uygulanamaz.

Kira sözleşmesi devam ederken evlilik birliğinin sona ermesi halinde, konut, aile konutu niteliğini kaybettiğinden TMK md. 194/f.1 ve TBK md. 349/f.1 hükmü uygulanmayacaktır. Sözleşmeye taraf olmayan eşin, haklı bir sebep olmadan aile konutunu terk etmesi ve TMK md. 164 hükmü uyarınca yapılan ihtara rağmen konuta dönmemesi halinde de aile konutu koruması sona erecek ve sözleşmeye taraf olmayan eşin rızası aranmayacaktır.

4.Rızanın Hukuki Niteliği

a.Fiil Ehliyeti Sınırlaması Görüşü

İsviçre doktrinde baskın olan ve Türk doktrinde de destek bulan bu görüşe göre, TMK md. 194 (İMK md. 169) hükmünde yer alan sınırlama fiil ehliyeti

¹⁹⁸ DOĞAN / BAYGIN, s. 130; DOĞAN, Sempozyum, s. 512.

sınırlamasıdır¹⁹⁹. Bu görüşe göre, evleviyetle, kanunun sistematığı gereği TMK md. 194 hükmünde yer alan sınırlama fiil ehliyeti sınırlamasıdır. Zira TMK md. 193 (İMK md. 168) hükmünde, kural olarak, eşlerin fiil ehliyetine sahip bulunduğu belirtilmiş ancak, bu kuralın kanundan doğan istisnalarının da mevcut olduğu ifade edilmiştir. İşte, TMK md. 193 hükmünün hemen ardından TMK md. 194 (İMK md. 169) hükmünde düzenlenen aile konutu kavramı, TMK md. 193 hükmünde yer alan kuralın istisnasıdır ve eşlerin fiil ehliyetine sınırlama getirmektedir. Ayrıca, aile konutu kurumu ile aileyi koruyan bu hüküm ile eski kanunda yer alan ve kadını korumak amacıyla kadının fiil ehliyetini sınırlayan hükümler arasında paralellik vardır.

Bu görüşü savunan yazarlar, fiil ehliyeti sınırlamasının amacının işlemi yapacak kişiyi korumak olduğunu, TMK md. 194 hükmüyle getirilen sınırlamanın bir bütün olarak aileyi ve dolayısıyla konut üzerinde hak sahibi olan eşi koruduğunu ileri sürmektedirler.

Kanunda yer alan sınırlamanın fiil ehliyeti sınırlaması niteliğine sahip bulunmasının doğal sonucu olarak, aile konutunu konu edinen ve TMK md. 194 hükmünde belirtilen işlemlerde hem borçlandırıci işlem aşamasında hem de tasarruf işlemi aşamasında diğer eşin rızası aranır. Yalnızca tasarruf işleminin diğer eşin rızasına bağlı olması durumunda, borçlandırıci işlemde doğan edimin ifa edilmemesi nedeniyle tazminat sorumluluğu doğar. Bu durumda ise aile değil işlem tarafı üçüncü kişiler korunur ki bu aile konutunu koruma amacıyla bağdaşmaz.

b.Katılım Hakkı Görüşü

Türk hukuk doktrinde katılım hakkı görüşünün öncülüğünü ŞİPKA yapmıştır. Yazara göre, evlilik birliği tüzel kişiliği olmayan ancak TMK tarafından tanınmış ve korunan bir ortaklıktır ve mali açıdan adi ortaklık olarak nitelendirmek mümkündür. Ortaklığın kanundan doğan emredici kuralları, evliliği genel hükümlerinde düzenlenmiştir, bu emredici düzenlemeler dışında kalan konularda birliği diledikleri gibi yönetebilirler ya da malvarlıkları üzerinde tasarrufta bulunabilirler. Kanun koyucu, evlilik birliğinin genel hükümlerinde eşlere kişisel ve mali nitelikte ortak haklar

¹⁹⁹ ARMUTÇUOĞLU, s. 435; DEMİR, s. 701; GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 248; ÖZTAN, s. 206; Ayrıca bkz. GÜMÜŞ, Şerhler, s. 30, dñn. 60'ta anılan yazarlar; ŞİPKA, s. 39, dñn.131'de anılan yazarlar.

tanımıştır. Bu hak ve yükümlülüklerin ortak noktası, eşlerin evlilik birliğinden doğan işlemlere “katılım hakkı ve yükümlülüğü”dür. Eşlere tanınan “katılım hakkı ve yükümlülüğünün” amacı ise, ortaklığı korumaktır. Konutun seçiminde (MK md. 186) olduğu gibi, aile konutu niteliğinin sona ermesinde eşler katılım hakkına sahiptir, TMK md. 194 anlamında katılım hakkının görünümü ise rızadır. Ancak, bu yasal katılım hakkı, aile konutu ile ilgili tüm işlemlerde söz konusu olmayıp, aile konutunun kaybına neden olabilecek işlemler için kabul edilmiştir. Katılım hakkına sahip olan eşler, haklı bir sebep olmaksızın rıza göstermekten kaçınamayacağı için, bu hak aynı zamanda bir yükümlülüktür. Paylı mülkiyete veya elbirliğiyle mülkiyete tabi olan taşınmazlarda ortaklar, malvarlığının tümü üzerinde tek başına hareket edemedikleri gibi, aile konutunun kaybına yol açabilecek tasarruflarda eşler tek başlarına hareket edemez. Paylı mülkiyet veya elbirliği mülkiyet rejiminde, ortaklar sınırlı ehliyetli veya sınırlı ehliyetsiz sayılmazlar, bunun gibi, aile konutu üzerindeki hukuki işlemlerde diğer eşin katılım hakkına sahip olması, ehliyet sınırlamasına neden olmaz. Rıza, işlemin bir kurucu unsuru değil, hüküm doğurucu (etki) unsurudur²⁰⁰.

Bu görüşü savunan ACAR, TMK md. 194’ün amacı ve lafzı ile eşlerin aileyi etkileyen kararları birlikte almalarına ilişkin genel hükümler dikkate alındığında, TMK md. 194 hükmünün, malik olmayan eş lehine, aile hukukuna özgü bir “birlikte karar verme hakkı” tanıdığı sonucuna ulaşmaktadır. Amaç, aileyi korumaya yönelik kamusal amaç ve diğer eşe ait özel yararı gerçekleştirmektir. Aile konutu ile ilgili işlemin geçerliliği sadece mal sahibi eşin iradesi ile gerçekleşmez, diğer eşin onay vermesi şeklinde ikinci bir olgunun gerçekleşmesi gerekir. Sınırlı ehliyetsizlerin hukuki durumundan farklı olarak, hak sahibi olmayan eşin rızası “kurucu” bir rol oynar²⁰¹.

Katılım hakkı görüşü gereği, aile konutu konu edinen borçlandırııcı işlemin ve tasarruf işleminin geçerliliği diğer eşin rızasına bağlıdır²⁰².

Bu görüşe getirilen en büyük eleştiri, diğer eşin rızasının, hak sahibi eşin işlem özgürlüğünü kısıtladığı ve bu rızanın sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisinin rızasına

²⁰⁰ ŞİPKA, s. 49-53 ve s.137-140.

²⁰¹ ACAR, s.177; ACAR, Aile Konutu, s. 44, 45.

²⁰² ACAR, s.177; ACAR, Aile Konutu, s. 44, 45; ŞİPKA, s. 52.

benzer bir hukuki etki doğurması nedeniyle fiil ehliyeti sınırlaması görüşünden farklı bir sonuca varılamayacağıdır²⁰³.

c.Tasarruf Yetkisi Sınırlaması Görüşü

Türk hukuk doktrininde ağırlıklı görüş, TMK md. 194 hükmünde yer alan sınırlamayı, tasarruf yetkisi sınırlaması olarak kabul etmektedir²⁰⁴.

Tasarruf yetkisi sınırlaması görüşünü savunan yazarlardan AYAN²⁰⁵, fiil ehliyeti, tasarruf ehliyeti ve tasarruf yetkisi kavramlarından hareket etmiştir. Fiil ehliyeti, üzerinde işlem yapılan mal veya hak ile ilgili olmayıp, doğrudan işlemi yapan kişide bulunan özelliklerle ilgilidir. Tasarruf yetkisi ise, üzerinde işlem yapılacak mal veya hak ile işlem yapacak kişi arasındaki ilişkiye bağlıdır. Belirli bir malvarlığı değeriyle ilgili tasarruf yetkisi sınırlandırılan kimse, fiil ehliyetine sahip olsa dahi, o malvarlığı değeri ile ilgili tasarruf işlemi yapamaz. Tasarruf yetkisi sınırlamasıyla, sadece, kişinin o malvarlığı değeri ile ilgili tasarruf yetkisini sınırlanır. TMK md. 194 hükmü de, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin kendisine ilişkin bir durumu değil, aile konutu ile kendisi arasındaki ilişkiyi düzenlediğinden bir tasarruf yetkisi sınırlaması niteliğindedir. Aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin, fiil ehliyeti vardır. Bu eş, sadece aile konutu üzerindeki tasarruf işlemlerini eşinin rızası olmadan yapamaz. Fiil ehliyeti sınırlamasında amaç, fiil ehliyetinden yoksun kişiyi korumaktır; tasarruf yetkisi sınırlamasında ise üçüncü kişileri korumak amaç edinilmektedir. TMK md. 194 hükmünde öngörülen sınırlamanın amacı, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin korumak değil, diğer eş ve çocukları korumaktır. Bu da sınırlamanın, fiil ehliyeti sınırlaması değil, tasarruf yetkisi sınırlaması olduğunu gösterir. TMK md. 194 hükmünde yer alan sınırlamanın tasarruf yetkisi sınırlaması niteliğinde olduğu sonucu, söz konusu maddenin, TMK md. 199 hükmüyle birlikte yorumlanmasından da çıkar. TMK'nın eşlerin hukuki işlem özgürlüğüne sınırlama getiren maddeleri, eşlerin birtakım malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf yetkisini sınırlandırmaktadır. Bu

²⁰³ AYAN, s. 10; PARLAK, s. 135, 136.

²⁰⁴ AKİPEK/AKINTÜRK, s. 324; AYAN, s. 83; BAĞCI, s. 171; BARLAS, s. 126; BARLAS, Makalelerim, s. 232; BÜYÜKAY, s. 13, 14; ÇABRİ, s. 406; DOĞAN, s. 109; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, birinci bası s. 211, altıncı bası 163; ERTAŞ, s. 203; GENÇ ARIDEMİR, s. 134; GÜMÜŞ, Şerhler, s. 36-40; GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 82; PARLAK, s. 177; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 215.

²⁰⁵ AYAN, s. 78-76.

konudaki temel hüküm olan TMK md. 199 hükmüne göre, hakim, ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir. TMK'nın, evlilik birliğinin korunması için benimsediği temel sistem hakimin, eşlerden birinin talebi üzerine, bazı malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf işlemlerinin geçerliliğinin diğer eşin rızasına bağlanmasıdır. Fakat, kanun koyucu, aile konutunun diğer malvarlığı değerlerine göre eşler ve çocuklar açısından taşıdığı büyük önemi dikkate alarak bu sistemden sapmış ve TMK md. 194 ile hakim kararı olmaksızın, aile konutu ile ilgili işlemlerin geçerliliğini diğer eşin rızasına bağlamıştır. Aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin tasarruf yetkisi, TMK md. 199 hükmüne paralel bir şekilde sınırlandırılmıştır. TMK md. 194 ve md.199 hükümleri birbirini tamamlayan maddelerdir. Bu nedenle, TMK md. 194 hükmünde yer alan sınırlamanın tasarruf yetkisi sınırlaması niteliğinde olduğunun kabulü kanunun sistematığına daha uygundur. Burada yer alan sınırlandırma, bir tasarruf yetkisi sınırlaması olduğundan aile konutu ilgili işlemlerde, diğer eşin rızası tasarruf işlemi aşamasında aranır ve tasarruf işleminin geçerliliği diğer eşin rızasına bağlıdır. Borçlandırııcı işlemlerin geçerliliği ise diğer eşin rızasına bağlı değildir. TMK md 194, eşlerin ve çocukların barınma hakkını korumayı hedefler, borçlandırııcı işlemler aile konutunun fiili kullanılma engel olmadıklarından, yalnızca tasarruf işlemlerinin yapılmasında diğer eşin rızasını arayarak da Kanun'un sağladığı koruma amacı sağlanmış olur.

DOĞAN'a göre²⁰⁶ aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin tasarruf yetkisi, özellikle diğer eşin korunması amacıyla sınırlanmıştır. Hak sahibi eş, aile konutu ile ilgili borçlandırııcı işlemleri geçerli bir şekilde yapabileceği halde tasarruf işlemlerinin geçerliliği diğer eşin rızasına bağlıdır. İşlemin diğer tarafı rıza verilene kadar işlemle bağlıdır ve TMK md. 451/f.2 veya BK md. 38 hükmünden yararlanarak rıza verilmesi için süre tayin edebilir yahut bu süreyi hakime tayin ettirebilir. Tasarruf işlemi geçersiz olacağı için işlemin karşı tarafı uğradığı zararın tazminini isteyebilir. Aile konutunun, haczi ve cebri icra yoluyla satılmasına konusunda İİK md. 82/b.12 hükmüyle dolaylı bir koruma sağlanabilmektedir.

²⁰⁶ DOĞAN, Aile Konutu, s. 291, 292.

GÜMÜŞ'e göre²⁰⁷ de, fiil ehliyeti sınırlamaları, işlemi yapacak olan kişiyi korumayı amaç edinir. Oysa, TMK md. 194 hükmünde yer alan sınırlamayla, aile konutu üzerinde işlem yapacak eş değil, diğer eşin rızası vasıtasıyla “evlilik birliği ve en geniş anlamıyla aile” korunmaktadır. Fiil ehliyeti sınırlaması görüşünü savunanların dayanak noktası olan ailenin korunması vasıtasıyla işlem yapan eşin de korunduğu görüşü yanıltıcıdır. TMK md. 194 hükmü, TKM md. 169 hükmünden farklı olarak, bir sınırlamayı değil bir olguyu ifade eder. TMK'nın 194. maddesinin sistematigi ve TKM md. 169 hükmü nazara alınarak, TMK'da yer alan tüm sınırlamaların ehliyet sınırlaması olduğu ileri sürülemez. Kanunda yer alan sınırlama, bir tasarruf yetkisi sınırlamasıyla da gerçekleşebilir. Diğer eş tarafından verilecek olan rıza, tasarruf işleminin geçerliliği için gerekli geçerlilik şartlarından birisi olan tasarruf yetkisine ilişkin noksanlığı gideren bir “tamamlayıcı olgu”, “kanuni şart” niteliğindedir. TMK md 194 hükmü ile md. 199 hükmü aynı nitelikte hükümlerdir. TMK md. 199 uyarınca diğer eşin rızası hakim kararı ardından aranırken, md. 194 hükmünde hakimin kararının alınmasının gecikmesinden doğabilecek olumsuzluklar önlenmek istenmiştir. Fiil ehliyeti ve katılım hakkı görüşünü savunan yazarlar, borçlandırıcı işlemlerin ve tasarruf işlemlerinin geçerliliğini diğer eşin rızasına bağlamaktadır. Ancak, normun amacı ailenin konut ihtiyacını teminat altına almak olduğundan sadece tasarruf işlemlerinin geçerliliğini diğer eşin rızasına bağlamak da normun amacının gerçekleşmesi için yeterlidir. Bu nedenle, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş, geçerli bir şekilde borçlanabilir ve bu borcun ifası için aile konutuna el atılamaz. Ancak, ifa imkansızlığı nedeniyle borçlanan eşin malvarlığına başvurmak mümkündür. Borçlandırıcı işlemlerin geçerliliğini de diğer eşin rızasına bağlamak, aile konutu için tam bir koruma sağlanmasına yol açmaz. Zira, hak sahibi eşin diğer borçları için de aile konutuna el atılabilir. Aile konutunun korunması bu kadar kapsamlı olmayınca, aile konutunun henüz tehlikeye düşmediği durumlarda korumayı borç doğurucu taahhüt işlemlerine yaymaya gerek bulunmamaktadır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 16.10.1981 tarihli ve R (81) 15 No'lu Tavsiye Kararı'nın birinci maddesinin 1. bendine göre de “diğer eşin aile konutunda barınmasına doğrudan zarar verebilecek herhangi bir işlem, diğer eşin rızası ile yapılmak zorundadır”, buna göre borçlandırıcı işlemler gibi dolaylı işlemler kapsam dışındadır.

²⁰⁷ GÜMÜŞ, s. 36-40; GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 81.

d.Sözleşme Özgürlüğünün Kanundan Doğan Sınırlaması Niteliğinde Olduğu Görüşü

Türk hukuk doktrininde KILIÇOĞLU²⁰⁸ tarafından savunulan görüşe göre, TKM’de evli kadının sınırlı ehliyetli kategorisine sokulmasına neden olan en önemli örnek md. 169 hükmü yürürlükten kaldırılmıştır ve kanun koyucu, TMK md. 193 ile eşlerin her türlü hukuksal işlemi yapabileceği kuralını koymuştur. Kanunda bu kuralın istisnası olarak yer alan işlemler nedeniyle eşlerin sınırlı ehliyetli olduğunu kabul etmek isabetli değildir. TMK md. 194 hükmünde evli kişilerin ne hukuksal işlem ehliyeti ne de tasarruf ehliyetine getirilen bir sınırlama söz konusudur. Bu hüküm, sözleşme özgürlüğünün kanundan doğan bir sınırlamasıdır. Eşlerin madde metninde yer alan işlemler bakımından tek başına hareket etme özgürlüğü sınırlandırılmıştır. Bu işlemlerde, eşler tek başlarına değil birlikte hareket etmek zorundadır. Bu hükme uygun olmadan yapılan işlemler, diğer eşin rızasının alınmamış olması nedeniyle geçersiz olur. TMK md. 194/f.2 hükmüne göre “Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hakimın müdahalesini isteyebilir”. Eğer TMK md. 194 hükmü ile eşler sınırlı ehliyetli haline getirilmiş olsaydı, mahkeme kararıyla, bu işlemi yapmaya ehliyetli sayılan eşin, işlemi yapamaması gerekirdi.

e.Yasak İşlem Görüşü

Türk hukuk doktrininde HATEMİ²⁰⁹ tarafından savunulan bu görüşe göre, aile konutuyla ilgili işlemlerde ne fiil ehliyeti sınırlaması ne de tasarruf yetkisi sınırlaması bulunmaktadır, sadece emredici hükümle getirilmiş diğer “eşin rızasını alma yükümü vardır”. Eşin rızası alınmadan madde metninde sayılan işlemler yapılırsa, bu işlemler “yasak işlem” olur. İşin niteliği gereği, eşin rızası alınmadan yapılan işlemler batıl değil askıda hükümsüzdür. Diğer eşin rızası alınmadan aile konutu devredilmiş olursa, tapu kaydında aile konutu şerhi bulunmasa da devralan üçüncü kişi iyiniyetli olsa da devir yasak kuralına aykırı olduğu için malik olamaz.

²⁰⁸ KILIÇOĞLU, s. 42.

²⁰⁹ HATEMİ, s. 78, 79.

f.Yargıtay’ın Görüşü

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 2005/2547 E, 2005/7234 K sayılı ve 03 Mayıs 2005 tarihli kararında “Türk Medeni Kanununun 194/1. maddesi "eşlerden biri diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ilgili kira sözleşmesini feshedemez; aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki haklarını sınırlandıramayacağını hükme bağlamıştır. Bu düzenleme ile Tapu Sicilinde konutun maliki olarak gözüken eşin, hukuki işlem özgürlüğü diğer eşin katılımına onamına bağlanmıştır. Amaç aile konutunun ve bu konutla ilgili kanuni hakları koruma altına almaktır” ifadeleriyle “katılım hakkı görüşü” esas alınmıştır²¹⁰.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2005/652 E, 2005/583 E sayılı ve 19 Ekim 2010 tarihli kararı ile 2005/12-676 E, 2005/600 K sayılı ve 20 Ekim 2005 tarihli kararında ise “aile konutu özel bir konuma ve öneme sahip kılınmış ve üzerindeki tasarruf yetkisi yasa ile sınırlandırılmıştır” ifadeleri kullanılarak “tasarruf yetkisi sınırlaması görüşü” benimsenmiştir²¹¹.

g. Görüşümüz

Türk Medeni Kanunu md. 194 hükmünde yer alan sınırlama, fiil ehliyeti sınırlaması olarak kabul edilemez. 743 sayılı TKM’de kadın eşin korunması amacıyla fiil ehliyetinin sınırlanması esası bulunduğu halde, TMK’da, eşlerin sırf evli olmaları nedeniyle fiil ehliyetlerinin sınırlaması kabul edilmemiş ve kural olarak, eşlerin, gerek kendi aralarında gerekse de üçüncü kişilerle, her türlü işlemi serbestçe yapabileceği belirtilmiştir (TMK md.193)²¹². TMK md. 194 hükmüyle eşlerin hukuki işlem özgürlüğüne getirilen sınırlama, fiil ehliyetine yönelik bir sınırlama değildir. Fiil ehliyetine yönelik sınırlamaların amacı, fiil ehliyeti kısıtlanan kişinin korunmasını sağlamaktır. Oysa, kanun koyucu aile konutuna ilişkin bu düzenlemeyle, konut üzerinde hak sahibi olan eşi değil, onun düşüncesiz veya kötünietli işlemleri nedeniyle

²¹⁰ Aynı yönde Yarg. 2.HD. 2006/5717 E, 2006/13786 K , 12.10.2006 T(www.kazanci.com).

²¹¹ (www.kazanci.com).

²¹² KILIÇOĞLU, s. 42.

barınma hakkı tehlikeye girebilecek olan hak sahibi olmayan eş ve varsa diğer aile bireylerini korumayı amaçlamaktadır²¹³.

Tasarruf yetkisi sınırlaması görüşü ise, Kanun'da aile konutu için öngörülen korumanın uygulamaya geçirilmesi hususunda yetersiz kalmakta ve aile konutuna tam bir koruma sağlayamamaktadır. Bu görüşe göre, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş, geçerli bir şekilde borçlandırıcı işlem yapabilmekte, fakat, tasarruf işlemini gerçekleştirmek için diğer eşin rızasını almak zorundadır. Bu durumunda, borçlandırıcı işlemi geçerli olarak yapan eş, borçlandırıcı işlemde doğan borcunu ifa edememektedir. Borçlandırıcı işlemin yapılmasından önce var olan bu subjektif imkansızlık, sonraki kusursuz imkansızlıkla eş değerdedir. Bu nedenle, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş, TBK md. 112 hükmü uyarınca, üçüncü kişinin uğramış olduğu zararı gidermekle yükümlü olur. Üçüncü kişi tazminat alacağı için icra takibi yapabilir ve aile konutunun icraen satışını sağlayabilir. TMK md. 194 hükmü, aile konutunun cebri icra kanalıyla satışında uygulanamaz²¹⁴. Tasarruf yetkisi sınırlaması görüşünü savunan yazarlar, bu konuda İİK md. 82/b.12 hükmünün aile konutuna dolaylı bir koruma sağladığını belirtmektedir²¹⁵. Ancak, İİK md. 82/b.12 hükmü, aile konutu düzenlemesinin amacına uygun bir koruma sağlayamamaktadır. Zira, bu hüküm gereği, konutun kıymeti fazlaysa, bedelinden haline münasip bir ev alabilecek miktarı borçluya bırakılarak, konut cebri icra yoluyla satılmaktadır. Aile konutu, ailenin barınma ihtiyacını karşılayan bir mekan olmanın çok daha ötesinde ailenin yaşam merkezi konumunda bulunan ve manevi değeri olan konuttur. TMK md. 194 hükmünün amacı yalnızca, barınma hakkını güvenceye almak değildir. Hüküm, ailenin barınma hakkının korunması yanında aile bireylerinin yaşam faaliyetlerinin sekteye uğramasını, alışılan düzeni terk etmek zorunda kalmalarını önlemeyi ve konut üzerindeki manevi

²¹³ AYAN, s. 78; GÜMÜŞ, s. 36; GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 36.

²¹⁴ ÇABRİ, s. 405; KAMACI, s. 128; ŞİPKA, s. 119; “Aile konutunun hak sahibi eş tarafından diğer eşin açık rızası bulunmadıkça devredilemeyeceğine ilişkin Türk Medeni Kanununun 194/1. maddesinde yer alan hüküm, ancak iradi tasarruf işlemleri için geçerlidir. Cebri icra ile gerçekleşen devirler bu hükmün dışındadır”. Yarg. 2. HD. 2008/19669 E, 2010/1150 K, 21.01.2010 T; “T.M.K'nun 194. maddesi aynen Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça aile konutuyla ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz” hükmünü içermektedir. Yasal bu düzenleme, aile konutunun tapu sicilinde maliki olan borçlunun borcundan dolayı alacaklıların yapacakları icra takibi sonucu satışına engel teşkil etmez”. Yarg. 12. HD. 2009/21405 E, 2010/3267 K, 16.02.2010 T (www.kazanci.com).

²¹⁵ DOĞAN, Aile Konutu, s. 292.

menfaatleri temin etmeyi amaçlamaktadır. Tasarruf yetkisi kısıtlaması görüşünün kabul edilmesi halinde, aile konutu satılacak, hak sahibi eşe yeni bir ev alması için para ödenecek, lakin netice olarak aile bireylerinin alıştıkları yaşam düzeni değişecektir. Bu nedenle, tasarruf yetkisi sınırlaması görüşünün, aile konutuna özgü hükmün ruhuyla örtüşmediğini söyleyebiliriz.

Kanaatimizce, Türk Medeni Kanunu md. 194 hükmü, aile için çok önemli bir yere sahip bulunan aile konutunun kaybı veya üzerindeki hakların sınırlanması sonucunu doğuracak olan işlemlerde, eşlerin birlikte karar vermesini sağlamak adına diğer eşe bir katılım hakkı verilmiştir. TMK’ya göre evlilik birliği eşler arasında eşitliğe dayanan bir ortaklıktır. Bu ortaklık Kanun’da “evlilik birliği olarak” nitelendirilmektedir. Evlilik birliği tüzel bir kişilik olmamakla birlikte, TMK’da bu ortaklığın sui generis bir yapı olarak tanındığını söyleyebiliriz. TMK’da evlilik birliğine ilişkin olarak yer alan düzenlemelerin ruhu, bu birliğin eşler arası eşitliğe dayanan bir ortaklık olduğunu göstermektedir. Evlilik birliğinin temsiline ilişkin TMK md. 188 hükmünde yer alan “Eşlerden her biri, ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil eder” ifadesi de TMK’da evlilik birliğinin tüzel kişi benzeri bir yapı olarak kabul edildiğini göstermektedir. Zira, kural olarak, ancak bir gerçek kişi veya tüzel kişi temsil edilebilir.

Evlilik birliğinde eşler, birliğin genel hükümlerine ve mal rejimiyle ilgili emredici düzenlemelere uygun olmak koşuluyla, kendi malvarlıkları ile ilgili olarak her türlü borçlandırıcı işlemi ve tasarruf işlemini özgürce yapabilir²¹⁶. Ancak, eşlerin eşit hak sahibi olduğu bu ortaklıkta, birlik açısından önemli niteliği haiz konularda, eşlerin birlikte karar alması, ortaklığı birlikte yönetmesi gerekmektedir (TMK md. 186/f.2). TMK’da ortak konutun seçiminde olduğu (TMK md. 186) gibi evlilik birliğinde çok önemli bir yere sahip bulunan aile konutu üzerindeki hakların sınırlandırılması veya kaybı sonucunu doğuran işlemlerde, eşlerin birlikte karar vermesi istenmiştir²¹⁷. Bu nedenle, diğer eşe “katılım hakkı” tanınmıştır. TMK md. 194 hükmünde sayılan işlemler bakımından diğer eşin sahip olduğu bu katılım hakkı, rıza göstermek veya

²¹⁶ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, birinci bası s. 200; ÖKTEM, s. 319.

²¹⁷ ACAR, Aile Konutu, s. 45; ŞIPKA, s. 50 ve 138.

göstermemek şeklinde kullanılır²¹⁸. Diğer eşin rızası, yapılmak istenen işlemlerin kurucu unsurudur²¹⁹. Bu rıza hem borçlandırııcı işlemlerde hem de tasarruf işlemlerinde aranır. Eşler tarafından elbirliği ile verilen bir karar bulunmadığı sürece yapılmak istenen işlemlerin hukuki durumu “yokluk”tur. Ancak, diğer eşin katılım hakkını kullanamayacak durumda olması veya haklı bir sebep olmadan bu hakkını kullanmaktan imtina etmesi halinde, hak sahibi eş hakime başvurarak bu işlemleri tek başına yapmak üzere yetkilendirilmesini talep edebilir.

5.Rızanın İçeriği

Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu, katılım hakkına sahip olan eşin vereceği rızanın açık olması gerektiğini belirtmiştir. Yapılan veya yapılacak olan işleme rıza verilip verilmediği, katılım hakkı sahibi eşin beyanlarından net olarak anlaşılmalıdır.

Sözleşmeye taraf olmayan eşin vereceği rıza yalnızca somut ve belirli bir işleme yönelik olmalıdır. Rıza verilecek işlemin tüm koşulları ayrıntılarıyla belirlenmemiş olsa da genel çerçevesinin çizilmiş ve zamansal olarak belirliliğin sağlanmış olması gerekir²²⁰. İçeriği ve yapılıp yapılmayacağı belirsiz bir işlem için verilen rıza geçerli olmaz.

Sözleşmeye taraf olmayan eşin, önceden verdiği genel ve soyut bir rıza “açık rıza” olarak kabul edilemez²²¹. Katılım hakkına sahip olan eş bu hakkından önceden feragat edemez²²².

Kanunların açık lafzı karşısında örtülü rıza yapılmak istenen işleme geçerlilik kazandırmaz²²³. Ancak, doktrindeki bir görüşe göre, örtülü rıza gösteren eşin, sonradan

²¹⁸ ŞİPKA, s. 138.

²¹⁹ ACAR, Aile Konutu, s. 45.

²²⁰ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, birinci bası s. 212, altıncı bası s.163; GÜMÜŞ, s. 51; GÜMÜŞ, Şerhler, s. 41.

²²¹ ACAR, Aile Konutu, s. 76; BARLAS, s. 128; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, birinci bası s. 212, altıncı bası s. 163; GÜMÜŞ, s. 50; GÜMÜŞ, Şerhler, s. 41; KAMACI, s. 130; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 283

²²² KAMACI, s. 130.

²²³ BARLAS, s. 128; DOĞAN, s. 108; DOĞAN, Aile Konutu, s. 291; KAMACI, s.130; “Kanun ‘açık rızadan’ söz ettiğine göre, örtülü (zımni) rıza veya işleme onay verildiği delalet eden bir takım davranışlardan çıkartılan rıza işleme geçerlilik kazandırmaz” Yarg. 2. HD. 2010/21566 E, 2011/11368 K , 04.07.2011 T (www.kazanci.com)

bu işleme itiraz etmesi, çelişkili davranış olduğu ölçüde (örneğin, eşinin kira sözleşmesini feshedip, yeni bir ev kiralamasına ses çıkarmayan ve bu eve taşınıp, bir süre burada yaşayan diğer eşin bir müddet sonra, bu feshin kendisini bağlamadığını ileri sürmesi) TMK md. 2 hükmünde ifade bulan dürüstlük kuralı uyarınca, işlem geçerli sayılabilir²²⁴. Kanaatimizce, hakkın kötüye kullanılmasına karşı özel hüküm niteliğinde olan TMK md. 194/f.2 ve TBK md. 349/f.2 bulunması nedeniyle genel hüküm niteliğindeki TMK md. 2 dayanılmasına gerek bulunmamaktadır. Zira, TMK md. 2/f.2 hükmü, ikincil (tali) niteliktedir, bu hükmün uygulanabilmesi için, problemin kanunun başka hükümlerine dayanarak çözüme bağlanmasının söz konusu olmaması gerekir²²⁵. Ayrıca, TMK md. 2 hükmüne dayanılması, kamu menfaatine hizmet eden bu hükümlerin uygulama alanının sınırlandırılmasına neden olabilir.

Katılım hakkına sahip olan eşin beyanı kabul veya red şeklinde olacaktır, yoksa yapılacak işlemin içeriğini belirleyemez. Rıza verilmemesi, yenilik doğuran hakkın kullanımı niteliğinde olduğundan şarta bağlı olarak verilemez²²⁶.

6.Rızanın Şekli

Türk Medeni Kanunu md. 194 ve TBK md. 349 hükmü, aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşin rızasının açık şekilde verilmesi gerektiğini belirtmiş, ancak, rızanın şekli konusunda bir düzenleme yapmamıştır.

²²⁴ AYAN, s. 69.

²²⁵ “Her uyuşmazlığı, her olayı dürüstlük kuralı ile çözüme eğilimi kolaycı bir yoldur, yanlıştır. Önce olaya uygulanması gereken özel kanun hükmü araştırılmalı, bu hükmün uygulanması eğer menfaatler dengesi ve adalet bakımından uygun, tatminkar adaletli sonuçlar vermezse, bu sonucu düzeltmek üzere, bu istisnai durumda dürüstlük kuralına başvurulmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi bu tehlikeye dikkat çektiği gibi Bern Şerhinde MERZ de açıkça dürüstlük kuralının ikincil niteliğinden söz açmaktadır. AKYOL, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul, 2007, s.17. Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının “...önemi çok büyüktür; fakat hukuki meselelerin halline bunlarla başlamayıp her meseleye ona taalluk eden hususi bir hükmü tatbik etmek ve bu umumi esasları da fevkalade zaruri olan hallerde sırf itham ve tashih edici bir şekilde tatbik eylemek lazımdır” . SCHWARZ, Andreas B. , Medeni Hukuka Giriş (Çeviren: Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU), İstanbul, 1946, s. 197, 198; Maalesef “Karşılaşılan sorunun çözümü kanunlarda yer alan hükümlerde mevcut olduğu ve bu hükümleri kullanarak meseleyi halletmek mümkün olduğu halde, bunu yapmayı yersiz ve hatalı bir biçimde MK m. 2 hükmüne başvurma eğilimi gittikçe hızlanmaktadır” OĞUZMAN/BARLAS, s. 294; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 508.

²²⁶ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 283.

Kanunlarda rızanın şekli konusunda bir düzenleme yapılmamasından hareket eden bir görüşe göre, rızanın verilmesinde şekil serbestisi söz konusudur, bu nedenle rıza sözlü olarak da verilebilir²²⁷.

Bir diğer görüşe göre ise rıza, rıza verilecek hukuki işlem için öngörülen şekil şartına uygun olarak verilmelidir²²⁸.

Türk doktrinindeki ağırlıklı görüşe göre, rızanın verilmesi herhangi bir şekil şartına bağlı değildir, sözlü olarak dahi verilebilir. Ancak, Tapu Sicil Tüzüğü’nün md. 11/f.1 hükmü, kanunlarda veya TST’de yazılı istisnalar dışında, yazılı istem olmadıkça tapu sicili üzerinde işlem yapılamayacağını belirttiğinden tapu sicili ile ilgili rıza yazılı olmalıdır²²⁹.

Benimsediğimiz katılım hakkı görüşü gereği, kira sözleşmesine taraf olan eş, sözleşmelerin nisbiliği ilkesi uyarınca her türlü hukuki işlemi tek başına yapabileceği halde, aile konutunda barınma hakkını etkileyebilen hukuki işlemlerde diğer eşin katılım hakkı bulunmaktadır. Katılım hakkının geçerli olarak kullanılabilmesi için rıza verilecek işlemin geçerlilik şartlarına uyulması gerekmektedir. Sözleşmeye taraf olmayan eşin vereceği rıza, sınırlı ehliyetlilerin yasal temsilcisi tarafından verilecek rızadan farklıdır. Yasal temsilcinin “rıza” yetkisi, sınırlı ehliyetlileri korumak adına tanınmıştır. Oysa, diğer eşe tanınan rıza yetkisi, yapılmak istenen veya yapılmış işleme izin veya icazet vermekten ibaret olmayıp bizzat rıza verecek eş korumak adına tanınmış bir “katılım hakkı”dır. Bu nedenle, şekil şartı ihdas edilerek sağlanan korumadan katılım hakkı sahibi eş de yararlanmalıdır. Ayrıca, görüşümüz uyarınca sözleşmeye taraf olmayan eşin bu tür işlemlerle ilgili beyanı, kiracı eşin beyanı ile birlikte “kurucu” bir etki yaratmaktadır. Bu nedenle, bu işlemler, sözleşmeye taraf olan eş tarafından hangi şekli şartlara uyularak yapılıyorsa diğer eş tarafından da aynı şartlara uyularak yapılmalıdır.

²²⁷ BRAEM/HASENBÖHLER, Art. 169, s. 431, N. 63, HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169, s. 400, N. 49 (Naklen: ACAR, Aile Konutu, s. 77; ŞİPKA, s. 142); BARLAS, s. 127, DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, birinci bası s. 212, altıncı bası s. 163.

²²⁸ ACAR, Aile Konutu, s. 77.

²²⁹ ARMUTÇUOĞLU, s. 427; AYAN, s. 70; DOĞAN, s. 108; DOĞAN, Aile Konutu 291; GÜMÜŞ, Şerhler, s. 42; KILIÇOĞLU, s. 43; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 6; ŞİPKA, s. 143; UÇAR, Aile Konutu, s. 43; rızanın resmi şekle bağlı olduğu yönünde bkz. GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 251.

Türk Borçlar Kanunu'nun md. 348 hükmüne göre “Konut ve çatılı işyeri kiralarında fesih bildiriminin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır”. TBK md. 348 hükmü, sistematik olarak, konut ve çatılı işyeri kiralarının bildirim yoluyla sona ermesi başlığı altında düzenlenmiş ve madde metninde “fesih bildiriminin” yazılı şekle bağlı olduğu belirtilmiş olsa da bu hüküm, kira sözleşmesinin fesih bildirimi, fesih hakkı veya bildirim yoluyla sona erdirilebileceği tüm hallerde uygulanmalıdır²³⁰. Nitekim madde gerekçesinde “Tasarının tek fıkradan oluşan 347 nci maddesinde (kanunlaşan 348. madde), sözleşmeyi sona erdirecek bildirimin geçerliliğinin tâbi olduğu şekil düzenlenmektedir. Maddede, konut ve çatılı işyeri kiralarında, sözleşmenin sona ermesine ilişkin bildirimlerin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmasına bağlanmış ve böylece 6570 sayılı Kanunun 11 inci maddesindeki geçerlilik şekli aynen korunmuştur. Madde kapsamından anlaşılacağı üzere, geçerlilik için yazılı şekil zorunluluğu, kiraya verenin, Tasarının 346 ncı maddesinde (kanunlaşan 347. madde) öngörülen fesih bildirimi için de aranacaktır” ifadelerine yer verilerek kira sözleşmesinin sona erdirecek bildirimlerin tümünün yazılı şekle bağlı olacağı ifade edilmiştir. TBK md. 348 hükmünde yer alan yazılı şekil bir geçerlilik şeklidir. Aile konutu olarak kiralanan taşınmazlarda katılım hakkına sahip olan eşin vereceği rızanın geçerliliği de yazılı şekle tabidir.

Kira sözleşmesinin geçerliliği şekil şartına bağlı değildir. Ancak, taraflar anlaşarak kira sözleşmesinin geçerliliğini bir şekil şartına bağlayabilirler (TBK md. 17). Kira sözleşmesi, yasal şekil şartına tabi olmadığından, taraflar iradi şekil şartı kararlaştırmış olsalar dahi, kira sözleşmesinde yapılacak değişikliğin geçerliliği şekle bağlı değildir²³¹. Bu nedenle kira sözleşmesinden doğan kullanım hakkını kapsam ve zaman bakımından daraltan ya da ortadan kaldıran tadil sözleşmelerine, sözleşmeye taraf olmayan eş tarafından verilecek rıza şekle tabi değildir.

²³⁰ GÜMÜŞ, s. 320; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 292.

²³¹ EREN, s. 259; KILIÇOĞLU, s. 135; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 330; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 178; TUĞ, Adnan, Türk Özel Hukukunda Şekil, Konya, 1994, s. 94; TUNÇOMAĞ, s. 1157.

İkale sözleşmelerinin geçerliliği, sona erdirilmek istenen sözleşme, şekil şartına tabi olsa bile hiçbir şekil şartına bağlı değildir²³². Bu nedenle, kira sözleşmelerini sona erdiren ikale sözleşmelerinde, sözleşmeye taraf olmayan eşin rızası belirli bir şekle uygun olarak açıklamak zorunda değildir, rıza sözlü olarak da verilebilir.

Tahliye taahhüdünün geçerliliği yazılı şekle tabi olduğundan diğer eşin vereceği rıza da yazılı olmalıdır.

Kira sözleşmesi şekle tabi olmadığından alt kira sözleşmesi de şekle tabi değildir. Kira sözleşmesinden doğan kullanım hakkının devri ise alacağın temliki niteliğinde olduğundan yazılı şekilde yapılmalıdır (TBK md. 184/f.1). Sözleşmeye taraf olmayan eşin alt kira sözleşmesine vereceği rıza şekle bağlı değilken, kira sözleşmesinden doğan kullanım hakkının devrine ilişkin olarak verilecek rıza yazılı olmalıdır.

Sözleşmelerin devrine ilişkin genel hüküm niteliğindeki md. 205/f.3 hükmüne göre “Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır”. Kira sözleşmelerinin devrine ilişkin özel hüküm niteliğindeki md. 323 hükmü ise yalnızca kiraya veren tarafından verilecek rızanın yazılı olması gerektiğini belirtmiştir. Bu nedenle, kira sözleşmesini devreden kiracının beyanı ve diğer eşin rızası şekle tabi değildir.

²³² EBK döneminde ikalenin şekle bağlı olup olmadığı ibranın şekli bağlamında değerlendirilmekte ve ibranın şekli konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmekteydi. Doktrinde yaşanan görüş ayrılığının nedeni ise, mehzaz İBK’da ibrayı düzenleyen md. 115 hükmüne EBK’da yer verilmemiş olmasıydı. İBK md. 115 hükmüne göre, “Alacak ibra ile tamamen veya kısmen, borcun doğumu şekle bağlı olsa bile, herhangi bir şekle bağlı olmaksızın ortadan kaldırılır”. Doktrindeki bir görüşe göre, İBK md. 115 hükmü EBK’da yer almadığından, şekle bağlı işlemlerin değiştirilmesini de şekle bağlayan EBK md. 12 gereği, sözleşmeyi kısmen veya tamamen ortadan kaldıran ibra sözleşmesi de yazılı şekle bağlı olmalıdır. OĞUZMAN/ÖZ, s. 432; REİSOĞLU, Sefa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2011, s. 93; SAYMEN, Ferit H./ELBİR, Halid K, Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul, 1966, s.885; bir diğer görüşe göre ise, borç doğuran sözleşmelerde değişiklik yapmak için konulmuş olan EBK md. 12 hükmü, ibra sözleşmesinde uygulanmaz, zira, bu sözleşme, asıl sözleşmede değişiklik yapmamaktadır. Maddi hukukun şekil kuralları, yalnızca borç sözleşmelerine ilişkindir oysa ibra (ikale) sözleşmeleri yeni bir borç veya mükellefiyet doğurmamaktadır. Bu nedenle, geçerliliği şekle bağlı işlemlerle ilgili olarak yapılacak ibra sözleşmesinin geçerliliği şekle bağlı değildir. EREN, s. 1224; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 989; TUNÇOMAĞ, s. 1157; üçüncü bir görüşe göre ise, ibra sözleşmesiyle yalnız bir tarafın malvarlığında azalma meydana gelmekte, bu kişi yeni bir borç altına girmektedir; bu nedenle, borç altına giren taraf şekle bağlı olarak borcu ortadan kaldırabilir. TUĞ, s. 128. 6098 sayılı TBK’da ise mehzaz İBK md. 115 hükmüne paralel şekilde bir düzenlemeye gidilmiştir. TBK md. 132 hükmüne göre “Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir”. Bu nedenle, ibraya ilişkin hüküm ikale sözleşmelerinde de kıyasen uygulanmalı ve ikale sözleşmesinin geçerliliği şekle bağlı olmamalıdır.

Kiralananın sözleşmenin bitiminden önce kiraya verene geri verilmesi maddi bir fiil niteliğinde olduğundan sözleşmeye taraf olmayan eş rızasını sözlü olarak da açıklayabilir.

Tapu Sicil Tüzüğü'nün md. 78 hükmüne göre, kira sözleşmesi şerhinin terkini kiracı eşin istemi ile olur. Kiralananın aile konutu olması halinde bu istem ile birlikte sözleşmeye taraf olmayan eşin rızası bulunmalıdır. TST md. 11 hükmü uyarınca yapılacak istem yazılı olmak zorunda olduğundan diğer eşin rızası da yazılı olmalıdır.

Kiracı eş, kira sözleşmesini sona erdiren bildirimleri, noter vasıtasıyla da yapabilir. Bu durumu göz önüne alan Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, noterlere hitaben 3 Haziran 2002 tarih ve 12071 sayılı genel yazıyı yayımlamıştır. Buna göre, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesinin feshi, aile konutunun başkasına devri veya aile konutunun üzerindeki hakları sınırlandıran işlemler, noter vasıtasıyla yapılmış olsa bile geçersiz olacaktır. Noterlerin yapılan işlemlerin aile konutu ile ilgili olup olmadığını araştırma yükümlülüğü yoktur. Ancak, noter bu işlemin aile konutu ile ilgili olduğunu biliyorsa diğer eşin rızası olmadığı takdirde işlemin geçerli olmayacağını düşünerek bu işlemi yapmamalıdır. Noter, işlemin aile konutuyla ilgili olduğunu bilmiyorsa işlemi yapabilir, ama bu işlemin geçerli olduğu sonucunu doğurmaz²³³.

²³³ ÖZDEMİR'e göre, noterlerin işleme konu taşınmazların aile konutu olup olmadığını araştırma yükümlülüğü yoktur. ÖZDEMİR, Osman "Türk Medeni Kanunu'nda Noter İşlemleri", TNBHD, S.115, 2002, s. 36-38. AKTALAY ise, noterleri söz konusu işlemlerin aile konutu ile ilgili olup olmadığını araştırma yükümlülüklerinin olmadığı fikrine 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun md. 1 ve 15 hükümleri gereği karşı çıkmaktadır. AKTALAY, Uygur "Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Sözleşme Türleri", TNBHD, S.115, 2002, s. 22, 23; KILIÇOĞLU'na göre "TMK. md. 194 hükmü noterlere de hitap eden bir hükümdür. Bunun sonucu olarak noter, fesih ihbarının aile konutu ile ilgili olduğunu biliyor ise (örneğin yazılı kira sözleşmesinde konutun eşler ve çocukların birlikte oturması için kiralandığı belli ise) bu ihbarı kabul etmemek, kiracı olmayan eşin de fesih ihbarında yer almasını, buna rıza göstermesini temin etmek zorundadır. Ancak noter kiracının bu konumunu ve ihbarın aile konutuyla ilgili olduğunu bilmiyorsa ya da bildiği halde ihbarı gerçekleştirmişse bu ihbar geçersizdir". KILIÇOĞLU, s. 49; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 11; bizim de görüşlerine iştirak ettiğimiz BARLAS'a göre ise "...bu görüşün hiçbir dayanağı yoktur. Bir kere, noterlere hitap eden ve onların işlem düzenini belirleyen kanun Noterlik Kanunu'dur ve anılan kanunda bu yolda hiçbir hüküm bulunmamaktadır. MK m. 194'de de bu konuda noterlere görev yükleyen bir düzenleme yer almamaktadır ve bu madde, hiçbir şekilde noterlere hitap eden bir norm değildir kaldı ki, diğer eşin rızasını temin de noterin işi değildir; onu herhangi bir surette ilgilendirmemektedir. Diğer yünden, noterin yine de fesih ihbarını kiralayana göndermesi halinde feshin geçersizliğinden bahsedilmesi de anlamsızdır; zira bu halde fesih beyanının geçersiz olmasının sebebi noterin rızayı temin etme görevini -ki, noterin böyle bir görevi yoktur- ifa etmemesi değil, kanunda aranan rıza şartının eşten baştan izin alınmadığı ve sonradan icazet de temin edilmediği için yerine getirilmemiş olmasıdır". BARLAS, s. 131, dñn. 57; BARLAS, Makalelerim, s. 245, dñn. 57.

7. Rızanın Verilme Zamanı

Türk Medeni Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu'nun lafzında, izin ve icazet kavramlarını kapsayacak şekilde “rıza” kavramına yer verilmiştir. Katılım hakkı sahibi eş, TMK md. 194/f.1 ve TBK md. 349/f.1 hükümlerinin sınırlamasına tabi olan işlem için, işlem yapılmadan önce veya işlem sırasında izin yahut da kiracı eş tarafından irade beyanında bulunulduktan sonra icazet verebilir.

Doktrinde bir görüşe göre, fesih beyanının bozucu yenilik doğuran hakkın kullanımı niteliğinde olması hasebiyle, fesih beyanına verilen icazet, işlemi geçerli hale getirmez. Zira, yenilik doğurucu işlemler şarta bağlı kılınmaz²³⁴

Bizim de görüşlerine katıldığımız ACAR'a göre, sözleşmeye taraf olmayan eşin sahip olduğu hak “birlikte karar verme hakkı” olduğundan, sözleşmeye taraf olmayan eşin rıza beyanı, feshin kurucu nitelikteki unsuru olup rıza verilmeyen süre içerisinde fesih beyanı bulunmamaktadır. Fesih beyanı, diğer eşin rıza vermesiyle oluşacak, aksi halde beyandan söz edilemeyecektir. Bu nedenle, yenilik doğurucu beyanın şarta bağlanmazlığı kuralıyla diğer eşin rızasının aranması görünürde de olsa bağdaşmazlık içinde olmayacaktır²³⁵.

Doktrinde görüş ayrılığına düşülen bir diğer husus ise, sözleşmeye taraf olmayan eşin rızasının en geç hangi anda bulunması gerektiği noktasındadır. Doktrinde bir görüşe göre, kira sözleşmesinin fesih ihbar yoluyla sona erdirilmesinde, sözleşmeye taraf olmayan eşin rızası, fesih ihbar önelinin başlangıcında elde edilmiş olmalıdır²³⁶. Bir diğer görüşe göre ise, fesih ihbar önelinin bitimine kadar diğer eşin rızası alınabilir²³⁷.

Benimsediğimiz katılım hakkı görüşü gereği, kira sözleşmesinin TBK md. 347/f.1 hükmü uyarınca bildirim yoluyla sona erdirilmesinde veya TBK md. 347/2 hükmü uyarınca fesih bildirimi yoluyla sona erdirilmesinde, sözleşmeye taraf olmayan eşin

²³⁴ BERGER, s. 72 (Naklen: ŞİPKA, s. 129); Ayrıca bkz. ÖZTAN, s. 208.

²³⁵ ACAR, Aile Konutu, s. 69.

²³⁶ HEGNAUER/BREITSCHMID, N. 17.24 (Naklen: ACAR, Aile Konutu, s. 70); Aynı yönde bkz. ACAR, Aile Konutu, s. 71; GÜMÜŞ, s. 50.

²³⁷ HIGI, s. 226, N. 23 (Naklen: ACAR, s. 71); GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 80.

rızası bildirim önellerinin başlangıcında elde edilmiş olmalıdır. Örneğin, kira sözleşmesinin bildirim yoluyla sona erdirilmesinde, diğer eşin rızası, kira döneminin son on beş gününden önce elde edilmiş olmalıdır. Zira, diğer eşin rızası, fesih işleminin kurucu unsurudur. Sözleşmeye taraf olmayan eşin, kanunda yer alan önellerin başlangıcından önce rıza göstermemesi durumunda esasen fesih beyanı yok hükmündedir. Fesih beyanı, diğer eşin rıza gösterdiği anda oluşur. TBK'nın kira sözleşmelerine ilişkin genel hükümleri arasında yer alan ve belirsiz süreli kira sözleşmelerinin fesih ihbar yoluyla sona erdirilmesini düzenleyen md. 328/f.2 hükmüne göre “Sözleşmede veya kanunda belirtilen fesih dönemine veya bildirim süresine uyulmamışsa, bildirim bir sonraki fesih dönemi için geçerli olur”. Bu hüküm, konut ve çatılı işyeri kiralarna ilişkin hükümlerle çatışmadığından, belirsiz süreli konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinin TBK md. 347/f.2 hükmü uyarınca sona erdirilmesinde de uygulanır. Ayrıca, bu hüküm, belirli süreli konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinin TBK md. 347/f.1 hükmüne istinaden bildirim yoluyla sona erdirilmesinde de kıyasen uygulanabilir. Bu nedenle, diğer eşin sonradan rıza göstermesi durumunda, fesih işlemi sözleşmede veya kanunda belirtilen fesih dönemine veya bildirim süresine uyulmadan gerçekleştirilmiş olur ve bir sonraki fesih dönemi için geçerli olur²³⁸.

Doktrindeki bir görüşe göre, evlilik birliğinin yararı bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde, örneğin fesih ihbar sürelerinin başlangıcından kısa bir süre önce, diğer eşin hasta olması, kaza geçirmesi, başka yerde bulunması veya benzeri sebeplerle zamanında rızasının alınması mümkün değilse, hak sahibi eş evlilik birliğini tek başına temsil eder ve sözleşmeyi sona erdirebilir²³⁹. Bu görüş bağlamında, Türk hukukunda TMK md. 188/f.1, b.2 hükmü uyarınca “birliğin yararı bakımından gecikmede sakınca bulunur ve diğer eşin hastalığı, başka bir yerde olması veya benzeri sebeplerle rızası alınamazsa” hak sahibi eş birliği temsil ederek sözleşmeyi sona erdirebilecektir. Buna karşılık bir diğer görüşe göre ise, TMK md. 194/f.2 hükmü bu tür durumlarda hakime başvurma imkanı verdiği için başka bir çözümün kabulü mümkün

²³⁸ GÜMÜŞ'e göre “ kanunda öngörülen fesih bildirimi süresi geçtikten sonra diğer eş rıza vermişse, verilen rızaya dayalı olarak bir sonraki en yakın sona erme süresinin sonunda (fesih vadesinde), ayrıca bir fesih bildirimde bulunmaya gerek olmaksızın sona erme gerçekleşir”. GÜMÜŞ, s. 50.

²³⁹ HEGNAUER/BREITSCHMID, N. 17. 25 (Naklen: ACAR, Aile Konutu, s. 71; ŞİPKA, s.172).

değildir²⁴⁰. Kanaatimizce, TMK md. 194/f.2 ve TBK md. 349/f.2 hükmü, diğer eşin rızasının alınamaması halinde hakime müracaat etme imkanı vermekle birlikte, yargılama sisteminin yavaş işleyişi göz önünde bulundurulduğunda, gecikmesinde sakınca olan hallerde ailenin menfaatlerini yeterince temin edemez. Bu nedenle, TMK md. 188/f.2, b.2 kapsamında değerlendirilebilecek acil durumlarda, hak sahibi eşin sözleşmeyi tek başına sona erdirebileceğini kabul etmek gerekir.

8.Rıza Beyanının Yöneltilmesi Kişi

Hak sahibi olmayan eşin rıza beyanını kime yöneltmesi gerektiği konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre, rıza beyanının, işlemi yapmak için eşinin rızasını almak zorunda olan hak sahibi eşe yöneltilmesi gerekir²⁴¹.

Bir diğer görüşe göre, rıza beyanının, hak sahibi eşle işlem yapan üçüncü kişiye (kiraya verene) yöneltilmesi gerekir²⁴².

Üçüncü bir görüşe göre ise, rıza beyanı, işlem tarafı eş veya eşin işlem partnerine (kiraya verene) yöneltilbilir, her iki halde de aynı hukuki etki doğar²⁴³.

Kanaatimizce, rıza beyanı izin niteliğindeyse işlemi gerçekleştirecek olan eş, icazet niteliğinde ise kiraya verene yöneltilmelidir.

9.Rıza Alınmadan Yapılan İşlemin Hukuki Etkisi

a.Rızanın Verilmediği Süre İçinde İşlemin Hukuki Durumu

Sözleşmeye taraf olmayan eş, somut bir işlem için işlem yapılmadan önce veya işlem sırasında rıza gösterebileceği gibi, hak sahibi eş tarafından hukuki işlem yapmak üzere kiraya verene beyanda bulunulduktan sonra da rıza gösterebilir. Bu son halde, diğer eş tarafından rıza gösterilip gösterilmeyeceği kesin olmayan süre içerisinde hak sahibi eş tarafından yapılan beyanın hukuki akıbetini belirlemek gerekir.

²⁴⁰ BRAEM/HASENBÖHLER, Art. 169, s. 420, N. 50 (naklen: ACAR, Aile Konutu, s. 71).

²⁴¹ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, s. 400, Art. 169, N.48 (Naklen: PARLAK, s. 141).

²⁴² ACAR, Aile Konutu, s. 77; DOĞAN, Murat, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, Ankara, 2004, s. 92; GÜMÜŞ, Şerhler, s. 41; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 283.

²⁴³ BARLAS, s. 128; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, birinci bası s. 212; PARLAK, s. 141.

Doktrindeki ağırlıklı görüşe göre, sözleşmeye taraf olmayan eş tarafından rıza gösterilinceye (icazet verilinceye) kadar geçen süre içerisinde, hak sahibi eş tarafından yapılan beyan ile hukuki işlem vücut bulsa da, bu işlem da askıda hükümsüzdür, daha doğru bir ifadeyle işlem “noksan işlem” niteliğindedir²⁴⁴.

Benimsediğimiz katılım hakkı görüşü gereği, sözleşmeye taraf olmayan eşin TMK md. 194/f.1 ve TBK md. 349/f.1 hükümleri uyarınca sahip olduğu hak, bir katılım hakkı olduğundan, göstereceği rıza tamamlayıcı bir olgu olmayıp, yapılmak istenen işlemin hukuken var olabilmesi için gerekli kurucu bir unsurdur. Katılım hakkı sahibi eş tarafından rıza gösterilmediği süre içerisinde, kiracı tarafından tek taraflı olarak yapılmak istenen işlemlerin veya kiracı ve kiraya veren tarafından akdedilen anlaşmaların hukuki müeyyidesi yoktur²⁴⁵.

Kiracı eş tarafından fesih beyanında bulunulmasına rağmen diğer eş tarafından bu işlem için rıza gösterilip gösterilmeyeceğinin kesin olmaması ve bu belirsizliğin uzun bir süre sürmesi kiraya verenin menfaatlerine zarar verebilir. Bu nedenle, TBK md. 46/f.2 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle, kiraya verenin, rıza verilip verilmeyeceğinin açıklanması için süre tayin edebileceği kabul edilmektedir²⁴⁶.

b.Rızanın Sonradan Verilmesi Halinde Hukuki İşlemin Hüküm Doğurma Anı

Rıza vermeye yetkili eş tarafından rıza verilip verilmeyeceğinin kesin olmadığı dönemde sözleşmeye taraf olan (hak sahibi) eş tarafından yapılan işlemin askıda hükümsüz olduğunu savunan yazarlara göre, rızanın sonradan verilmesi üzerine işlem geçerli hale gelir ve rızaya bağlı olan işlemlere hakim olan genel kuralların kıyasen

²⁴⁴ BARLAS, s. 128; ÇABRİ, s. 407, DOĞAN, s. 108; DOĞAN, Aile Konutu, s. 291; GENÇCAN, Mal Rejimleri, s.251; KAMACI, s. 130; ŞIPKA, s. 149; “...Rıza alınmadan gerçekleştirilmiş ise, geçerliliği rıza verilinceye kadar askıdadır” Yarg. 2. HD. , 2010/4341 E, 2010/6779 K, 07.04.2010 T (www.kazanci.com).

²⁴⁵ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 283.

²⁴⁶ DOĞAN, s. 109; DOĞAN, Aile Konutu, s. 292; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, birinci bası s. 213; GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 251; GÜMÜŞ, s. 52; GÜMÜŞ, Şerhler, s. 44; KAMACI, s. 130; KILIÇOĞLU, s. 43; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 22; ŞIPKA, s. 149; ayrıca, 451/f.2 hükmünün de kıyasen uygulanabileceği yönünde bkz. DOĞAN, s. 109; DOĞAN, Aile Konutu, s. 292, ŞIPKA, s. 149.

uygulanması suretiyle verilen rıza, ex tunc (geçmişe etkili olarak) hüküm ve sonuç doğurur²⁴⁷.

Tarafımızca katılım hakkı görüşü benimsenmiş olduğundan, kanaatimizce, diğer eşin rızası, yapılacak olan işlemin kurucu unsurudur. Sözleşmeye taraf olan (hak sahibi) eş tarafından hukuki bir sonuç elde etmeye yönelik olarak açıklanan irade beyanı, diğer eş tarafından rıza beyanında bulunulduğu (icazet verildiği) andan itibaren ileriye etkili olarak sonuç doğuracak, yapılmak istenen işlem o anda kurulmuş sayılacaktır²⁴⁸.

c.Rıza Verilmemesinin Hukuki Müeyyidesi

Sözleşmeye taraf olmayan eşin rızası alınmadan yapılan işlemin hukuki müeyyidesinin ne olacağı kanunlarımızda düzenlenmiş değildir. İBK md. 2660 hükmünde ise, sözleşmeye taraf olmayan eşin rızası alınmadan yapılan işlemin geçersiz olacağı açıkça belirtilmiştir.

Doktrindeki ağırlık görüşe göre, rızanın verilip verilmeyeceğinin belli olmadığı dönemde askıda hükümsüz (noksan) olan işlem, diğer eş tarafından rıza verilmeyeceğinin açıklanması veya kiraya veren tarafından tayin edilen sürede işleme açıkça rıza gösterilmemesi üzerine kesin hükümsüz hale gelir²⁴⁹.

Sözleşmeye taraf olan eş tarafından yapılan işlemin kesin hükümsüz sayılmasının sonucu olarak, bu geçersizlik her ilgili tarafından ileri sürülebilecek ve hakim tarafından re'sen nazara alınacaktır, bunun için bir dava açılmasına da gerek olmayacaktır. Eşinin rızasını alamayan ve işlemin tarafı olan eş de dürüstlük kuralı sınırları içinde bu geçersizliğe dayanabilecektir.

Sınırlamanın hukuki niteliğinin tasarruf yetkisi sınırlaması niteliğinde olduğunu savunan bir görüşe göre ise, diğer eş tarafından işleme rıza verilmediği takdirde, tasarruf

²⁴⁷ BARLAS, s. 128, 129; ÇABRİ, s. 407; DOĞAN, s. 109; DOĞAN, Aile Konutu, s. 292; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, birinci bası s. 213, altıncı bası s. 164; GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 251 GÜMÜŞ, s. 52; GÜMÜŞ, Şerhler, s. 44; KAMACI, s. 130; KILIÇOĞLU, s. 43; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 22; ŞİPKA, s. 141;

²⁴⁸ ACAR, Aile Konutu, s.77.

²⁴⁹ BARLAS, s. 128, 129; ÇABRİ, s. 407; PARLAK, s. 144; ŞİPKA, s. 144.

yetkisindeki eksikliğe dayalı askıda olan kendisine özgü hükümsüzlük, butlan benzeri “kesin” bir kendisine özgü hükümsüzlüğe dönüşür²⁵⁰.

Kanaatimizce, katılım hakkı sahibi eş tarafından rıza gösterilmediğinin açıklanması veya kiraya veren tarafından verilen süre içinde açık bir rıza beyanında bulunulmaması halinde, yapılmak istenen işlemin hukuki müeyyidesi, kurucu unsurun bulunmaması nedeniyle “yokluk”tur. Yokluk, eşinin rızasını sağlayamayan eş dahil olmak üzere herkes tarafından, her zaman ileri sürülebilir ve hakim tarafından re’sen göz önünde bulundurulur²⁵¹. Hakkın kötüye kullanılması nitelendirmesi veya iyiniyetin korunması amacıyla dahi var olmayan bu işlem geçerli olarak kabul edilemeyecektir²⁵². Yokluk sonucu kendiliğinden doğduğundan yokluk sonucu ile ilgili bir beyanda bulunmaya veya mahkeme ilamına gerek bulunmamaktadır²⁵³. Ancak, hukuki ilişkinin yokluğunu tespit etmek üzere menfi tespit davası açılabilir, bu tespit davasının açılması herhangi bir hak düşürücü süreye veya zamanaşımı süresine bağlı değildir, verilecek tespit hükmü taraf olmasalar dahi herkes için bağlayıcı olur²⁵⁴.

Rıza eksikliği nedeniyle yapılmak istenen işlemin gerçekleştirilememesi halinde, kiracı eşin yanıltıcı veya kusurlu davranışları nedeniyle kiraya veren bir zarar uğrarsa, bu zararın culpa in contrahendo sorumluluğuna istinaden giderilmesini talep edebilir.

10.Rıza Sağlayamayan Kiracı Eşin Hakime Müracaat Hakkı

İsviçre Medeni Kanunu md. 169/f.2 hükmüne paralel olarak Türk Medeni Kanunu md. 194/f.2 ve TBK md. 349/f.2 hükmüne göre, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş, rızayı sağlayamaması veya diğer eşin haklı bir sebep olmaksızın rıza vermekten imtina etmesi halinde hakime başvurarak bu işlemi tek başına yapabilmesi için yetkilendirilmesini talep edebilir.

²⁵⁰ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, birinci bası s. 213, altıncı bası s. 164; GÜMÜŞ, Şerhler, s. 43.

²⁵¹ ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul, 2012, s. 94; DURAL/SARI, s. 179; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 580; OĞUZMAN/ BARLAS, s. 209; SEROZAN, Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2011, s. 353.

²⁵² ANTALYA, s. 94; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 579; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 507.

²⁵³ ANTALYA, s. 94; DURAL/SARI, s. 179; OĞUZMAN/ BARLAS, s. 209.

²⁵⁴ ANTALYA, s. 96; SEROZAN, Medeni Hukuk, s. 353.

Türk Medeni Kanunu md. 194 ve TBK md. 349 hükmü, ailenin korunması adına kira sözleşmesinin feshini diğer eşin rızasına bağlamıştır. Ancak, bazı hallerde kira sözleşmesinin sona erdirilmesi ailenin menfaatine olmasına rağmen, diğer eşin rızası sağlanamayabilir veya diğer eş bu hakkını kötüye kullanarak rıza vermekten kaçınabilir. Bu gibi hallerde, kira sözleşmesine taraf olan eşin tek başına işlem yapması ailenin menfaatine olacağından, kanun koyucu, bu iki halin varlığı halinde, kira sözleşmesine taraf olan eşin hakimden bu işlemi tek başına yapabilmek için yetki talep edebilmesine imkan vermiştir.

a.Diğer Eşin Rızasının Alınamaması

Türk Medeni Kanunu md. 194/f.2 ve TBK md. 349/f.2 hükmünde öngörülen birinci durum, diğer eşe ilişkin objektif nedenlerle²⁵⁵ rızasının sağlanmasının imkansız veya çok güç olmasıdır²⁵⁶. Diğer eşin nerede olduğunun bilinmemesi²⁵⁷; gaiplik sebebiyle kendisinden haber alınamaması²⁵⁸; ruhi veya bedensel hastalığı, geçirdiği kaza nedeniyle rıza veremeyecek durumda olması gibi haller bu duruma örnek oluşturabilir. Bu durumda, rıza sağlayamayan eş hakime müracaat ederek, işlemi tek başına yapmak için yetkilendirilmesini talep edebilir.

Rızası alınamayan eşin yasal temsilcisi varsa, örneğin vesayet altına alınmışsa bu rızanın yasal temsilcisinden alınması gerekir²⁵⁹. Yasal temsilciden rıza alınamaması halinde kira sözleşmesinin tarafı olan eş TMK md. 194/f.2 ve TBK md. 349/f.2 gereği hakime müracaat ederek tek başına yetkilendirilmesini talep edebilir²⁶⁰. Şunu da eklemek isteriz ki, rızası aranan eşin yasal temsilcisi eşiyse, bu rızanın yasal temsilci konumundaki eş tarafından verileceğini söylemek TMK md. 194 ile TBK md. 349 hükümlerinin koruma amacıyla bağdaşmaz. Burada, eşin menfaatiyle yasal temsilcisinin menfaati çatışır. Bu nedenle, sözleşmeye taraf olmayan eşe TMK md. 426/b.2 gereği temsil kayyımı tayin edilmelidir. TMK md. 426/b.2 hükmüne göre, yasal temsilcinin menfaati ile kısıtlının menfaati çatışıyorsa, vesayet makamı, ilgilisinin isteği üzerine

²⁵⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, birinci bası s. 213 ; GÜMÜŞ, Şerhler s. 44;

²⁵⁶ BARLAS, s. 130.

²⁵⁷ ŞİPKA, s. 173; GENÇCAN, s. 253.

²⁵⁸ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 283

²⁵⁹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, birinci bası s. 213; GÜMÜŞ, Şerhler, s. 44; ŞİPKA, s. 174.

²⁶⁰ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, birinci bası s. 213; GÜMÜŞ, Şerhler, s. 45; ŞİPKA, s. 174.

veya re'sen temsil kayyımı atar. Kanun koyucu, temsil olunan ile yasal temsilci arasındaki menfaat çatışmasını, bir fiksiyon olarak, yasal temsilcinin temsil yetkisi kullanması noktasında bir engel olarak görmektedir; bu durumda yasal temsilci nezdinde ortadan kalkan temsil yetkisi, yasal temsilcinin yerine ikame edilecek kayyımın temsil yetkisi ile tamamlanır²⁶¹. Yasal temsilci konumunda bulunan eşin, diğer eş ile aralarındaki menfaat çatışması nedeniyle temsil yetkisinin etkisizleşmesine rağmen, diğer eş adına, yapmak istediği feshe veya kira sözleşmesinden kaynaklanan hakkı kısıtlayan ya da sona erdiren diğer işlemlere rıza göstermesi durumunda, işbu rıza beyanı askıda hükümsüz olur, bu durumda vesayet makamı, temsil kayyımı atayabileceği gibi yasal temsil yetkisi olmadan yapılan bu işleme icazet vermekle de yetinebilir²⁶².

Gecikmenin telafisi zor sonuçlar doğurabileceği hallerde hakime başvurmadan da eşin tek başına işlemi yapmaya yetkili olduğu kabul edilmelidir²⁶³.

Kira sözleşmesini feshetmek isteyen hak sahibi eş, fesih beyanında bulunduktan önce de fesih beyanında bulunduktan sonra da hakime müracaat edebilir.

b.Diğer Eşin Haklı Bir Sebep Olmaksızın Rıza Vermekten Kaçınması

Kira sözleşmesinin feshinde diğer eşin rızasının aranmasının nedeni, diğer eş ve aileyi korumaktır. Kira sözleşmesinin feshi, ailenin menfaatine olduğu halde rızası aranan eş rıza vermekten kaçınırsa, bu davranışı hakkın kötüye kullanılması (TMK md.2/f.2) niteliğinde olur. Bu halde de kira sözleşmesine taraf olan eş, hakimden işlemi tek başına yapması için yetki talep edebilir.

Hakim, izin verilmemesinin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığını, diğer bir deyişle, rıza vermekten kaçınan eşin bu hakkını kötüye kullanıp kullanmadığını incelerken, ailenin finansal ilişkilerini, sosyal ve kültürel ihtiyaçlarını, çocukların eğitim durumlarını, eşlerin ve çocukların sağlık durumu gibi özel durumlarını göz önünde

²⁶¹ GÜMÜŞ, Alper, Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık, İstanbul, 2006, s. 14, 16, 40.

²⁶² GÜMÜŞ, Kayyımlık, s. 19, 20, 40.

²⁶³ ŞİPKA, s. 174.

bulundurarak, izin talebinde bulunan eşin, amaçlanan işlemin icrasındaki menfaatiyle diğer eşin ve genel olarak ailenin menfaatini tartmalı, buna göre karar vermelidir²⁶⁴.

Kira sözleşmesinin feshinin ailenin menfaatine olduğunu, hakimden müdahale talep eden eş ispat etmelidir²⁶⁵. Örneğin, kiralanan konutun aile bireylerinin sağlığı ve güvenliği için tehlike arz etmesi (evin rutubetli olması, çimento fabrikasının yakınında olması, evin bulunduğu çevrede suç oranının yüksek olması v.s.), çocukların okullarına veya eşlerin işyerlerine uzak olması, kültürel aktivite merkezlerinin bulunmaması gibi sebeplerle kira sözleşmesinin feshedilerek daha elverişli bir konuta taşınılmasının ailenin menfaatine olduğu durumlarda, kira sözleşmesinin feshi ailenin menfaatine uygundur²⁶⁶. Kira sözleşmesinin feshinin diğer eşin rızasına bağlanmasındaki amaç, sözleşmeye taraf olmayan eşi ve varsa çocukları, diğer eşin düşüncesiz ve kötüniyetli işlemlerine karşı korumaktır. Bu hallerde ise, kira sözleşmesinin tarafı olan eş düşüncesizce veya kötüniyetle hareket etmemektedir. Bu durumda, sözleşmeye taraf olmayan eşin rıza göstermemesi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğundan, hakim, hak sahibi eşi tek başına fesih konusunda yetkilendirmelidir.

c.Görevli Mahkeme

Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4. maddesi uyarınca, rızanın alınmasının mümkün olmaması veya haklı sebep olmaksızın rıza vermekten imtina edilmesi halinde başvurulacak görevli mahkeme, aile mahkemeleridir.

Aile mahkemeleri, Adalet Bakanlığınca Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak her ilde ve merkez nüfusu yüz binin üzerindeki her ilçede, tek hakimli ve asliye mahkemesi derecesinde olmak üzere kurulur. Aile mahkemelerinin yargı çevresi, kurulduğu il ve ilçenin mülki sınırlarıyla belirlenir (AMKGYUDK md. 2/f.1). Aile mahkemesi kurulmayan yerlerde, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin tek başına yetkilendirilmesi konusunda görevli mahkeme, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen Asliye Hukuk Mahkemesi'dir (AMKGYUDK md. 2/f.2).

²⁶⁴ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, birinci bası s. 214; GÜMÜŞ, s. 45.

²⁶⁵ ŞİPKA, s. 174.

²⁶⁶ KILIÇOĞLU, s. 51; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 255.

Boşanma, ayrılık, evliliğin iptali veya evliliğin feshi davası sürerken, TMK md. 194/f.2 ve TMK md. 349/f.2 uyarınca ileri sürülecek talepler, söz konusu davanın görüldüğü mahkeme nezdinde değerlendirilmelidir²⁶⁷

d.Yetkili Mahkeme

Türk Medeni Kanunu md. 194/f.2 ve TBK md. 349/f.2 uyarınca görülecek davalarda yetkili mahkeme, TMK md. 201/f.1 hükmü uyarınca eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesidir.

e.Davanın Tarafları

Davacı, kira sözleşmesine taraf olan eştir. Davalı ise, objektif nedenlerle rızası alınamayan veya rıza vermekten kaçınan eştir.

Kiraya verene karşı husumet yöneltilemez ancak, kiraya veren, davacı eşin yanında müdahil olarak yer alabilir²⁶⁸.

f.Mahkemenin Vereceği Karar ve Etkisi

Hakim, feshin yapılmasının ailenin menfaatine olmadığına karar verirse davayı reddeder²⁶⁹. Feshin yapılması ailenin yararına olacaksa davanın kabulüne karar verir.

Davanın kabulü halinde, mahkemenin vereceği karar sözleşmenin feshine ilişkin değildir²⁷⁰. Hakim, rızası aranan eşin yerine geçerek feshin yapılmasına izin vermez, kira sözleşmesine taraf olan eş, tek başına sözleşmeyi feshetmek için yetkilendirir²⁷¹. Hakimin tarafından verilen bu yetki genel bir yetki olmayıp belirli bir fesih işlemi içindir. TMK md. 194 ve TBK md. 349 uyarınca izne tabi olmayan bir işlem söz konusu olduğu takdirde, hakim, işlemin izne bağlı olmadığı yönünde tespit kararı verecektir²⁷².

²⁶⁷ ŞİPKA, s. 176.

²⁶⁸ ŞİPKA, s. 176.

²⁶⁹ DOĞAN, s. 110; DOĞAN, Aile Konutu, s. 294.

²⁷⁰ KILIÇOĞLU, s. 51.

²⁷¹ ACAR, Aile Konutu, s. 78; DOĞAN, s. 110; DOĞAN, Aile Konutu, s. 293; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, birinci bası s. 214; GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 253; GÜMÜŞ, Şerhler, s. 45; KILIÇOĞLU, s. 51; ŞİPKA, s. 176; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 283.

²⁷² GÜMÜŞ, Şerhler, s. 45, 46; ŞİPKA, s. 176.

Kira sözleşmesine taraf olan eş daha önce fesih beyanında bulunmamışsa, bu kararlar birlikte, tek başına geçerli olarak fesih beyanında bulunabilecektir.

Rıza bulunmadan yapılan işlemin hukuki yaptırımının kesin hükümsüzlük olduğunu savunan yazarlara göre, kira sözleşmesinin tarafı olan eş, diğer eşin rızası olmadan fesih beyanında bulunmuşsa, hüküm tarihine kadar askıda hükümsüz olan işlem, hakimın yetkilendirme kararının kesinleşmesinin ardından geçmişe etkili olarak (ex tunc), baştan itibaren geçerli hale gelir²⁷³. Kiraya verenin TMK md. 451/f.2 ve TBK md. 46/f.2 uyarınca tanıdığı veya hakime takdir ettirdiği süre içerisinde rıza verilmemesi veya rıza vermeye yetkili eşin olumsuz beyanı (rıza vermeyeceğini belirtmesi) nedeniyle fesih, kesin hükümsüz hale gelmişse, hakimın vereceği karar kesin hükümsüz olan feshin geçerli hale gelmesini sağlamaz; yetkilendirilen eş yeniden fesih beyanında bulunmalıdır²⁷⁴.

Kanaatimizce, hakimın kabul kararı ile sözleşmeye taraf olan eş, karar tarihinden itibaren ileriye etkili olmak üzere tek başına işlem yapmak konusunda yetkilendirilmektedir. Tarafımızca benimsenen katılım hakkı görüşü gereği, karar tarihinden önce kiracı eş tarafından açıklanan irade beyanı, katılım hakkı sahibi eşin, bu beyana uygun irade beyanı bulunmaması nedeniyle hukuki sonuç doğurmaz. Hakimın vereceği tek başına hareket etme yetkisi, katılım hakkı sahibi eşin rızasının alınmamış olması nedeniyle var olmayan (kurulamayan) işlemi, geçmişe etkili olarak hukuka uygun bir şekilde kurulmuş hale getiremez. Bu nedenle, sözleşmeye taraf olan eşin yeniden irade beyanında bulunması gerekir.

B.SÖZLEŞMEYE TARAF OLMA (TMK md. 194/f.4 ve TBK md. 349/f.3)

1.Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu'nun 194/f.1 ve Türk Borçlar Kanunu'nun 349/f.1 hükümleri, kira sözleşmesinin feshinde diğer eşin rızasını arayarak, sözleşmeye taraf

²⁷³ BARLAS, s. 130; GÜMÜŞ, s. 45; ŞIPKA, s. 176; karşı görüş, DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ'e göre, mahkemenin vereceği karar hiçbir zaman için yetkili eşin izni alınmadan yapılan hukuksal işlemlerdeki tasarruf yetkisi eksikliğini gidererek, işlemi geçmişe etkili olarak geçerli hale getirmez. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, birinci bası s. 214.

²⁷⁴ BARLAS, s. 130; GÜMÜŞ, s. 45; ŞIPKA, s. 177.

olan eşin tek taraflı fesih beyanıyla aile konutunun kaybedilmesi tehlikesine karşı bir koruma sağlamaktadır. Yukarıda izah edildiği üzere, doktrinde, TMK md. 194/f.1 ve TBK md. 349/f.1 hükümlerinin ratio legis’inden hareketle, kiracı eşin kira sözleşmesini sona erdiren diğer işlemlerinin de sözleşmeye taraf olmayan eşin rızasına bağlı olduğu yorumu yapılarak, kiracı eşin bu nitelikteki hukuki işlemlerine karşı da bir koruma sağlanabileceği kabul edilmektedir. Ancak, bu hükümler, kira sözleşmesine taraf olan eşin aktif (kiralananı özenle kullanma ve taşınmazlarda oturan kişiler ve komşulara saygı gösterme yükümlülüğünü ihlali) veya pasif davranışlarıyla (kira bedelini ödememe) sözleşmeyi ihlal etmesi nedeniyle, kiraya veren tarafından sözleşmenin sona erdirilmesi (TBK md. 315, md. 316) tehlikesine karşı bir koruma sağlamamaktadır. Türk kanun koyucusu bu tehlikeyi önlemek adına ilk önce TMK md. 194/f.4 hükmünü daha sonra bu hükme paralel bir şekilde TBK md. 349/f.3 hükmünü ihdas etmiştir.

Türk Medeni Kanunu md. 194/f.4 hükmüne göre “Aile konutu eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelir ve bildirimde bulunan eş diğeri ile müteselsilen sorumlu olur.”

Türk Borçlar Kanunu’nun md.349/f.3 hükmüne göre “Kiracı olmayan eşin, kiraya verene bildirimde bulunarak kira sözleşmesinin tarafı sıfatını kazanması hâlinde kiraya veren, fesih bildirimle ile fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresini kiracıya ve eşine ayrı ayrı bildirmek zorundadır”.

Türk Medeni Kanunu’nun 1998 tarihli Taslak Çalışması’nın md. 194 hükmü, İMK md. 169 hükmüne paralel bir şekilde iki fıkra halinde kaleme alınmıştı. Kira sözleşmesine taraf olmayan eşin, kiraya verene yapacağı bildirimle sözleşmeye taraf olmasına imkan veren dördüncü fıkra hükmü Taslak Çalışması’nda yer almamaktaydı. Taslak çalışmalarının tamamlanıp Adalet Bakanlığı’na teslim edilmesinden sonra İsviçre Medeni Kanunu’nda 26 Haziran 1998 tarihli bir yasayla önemli değişiklikler yapıldı. Bu değişiklik sonucu ihdas edilen ve boşanmanın hüküm ve sonuçları arasında yer alan İMK md. 121 hükmü, evliliğin boşanmayla sona ermesi halinde aile konutuyla ilgili kira sözleşmesinin diğer eşe devredilmesine imkan vererek, aile konutu ile ilgili yeni bir koruma sağlıyordu. Bu değişiklik, 56. Hükümet döneminde oluşturulan alt

komisyon çalışmaları sırasında incelenmiş ve kanun taslağında bu yönde bir değişiklik yapılmıştır. 57. Hükümet döneminde kurulan alt komisyonda da bu değişiklik benimsenmiş ve netice olarak TMK md. 194/f.4 hükmü yasalaşmıştır²⁷⁵. Fakat, TMK md. 194/f.4 hükmü ve İMK md. 121 hükmü arasında büyük farklar vardır. TMK md. 194/f.4 hükmü, sözleşmeye taraf olmayan eşe tek taraflı bildirim yoluyla sözleşmeye taraf olma imkan vermekte ve birlikte kira ilişkisi yaratmaktadır. İMK md. 121 hükmü ise, kira sözleşmesinin kiracı eşten, diğer eşe devrini öngörmekte ve bu devir mahkeme kararına bağlı olarak gerçekleşmektedir. İMK md. 121 hükmü, boşanmanın hüküm ve sonuçlarını düzenleyen hükümler arasında yer almakta ve boşanmanın ardından bir koruma sağlamaktadır. Diğer taraftan TMK md. 194/f.4 hükmü, evliliğin genel hükümleri arasında yer almakta ve yalnızca evlilik birliği devam ederken uygulanabilmektedir.

Mehaz Kanun'dan ayrılarak farklı bir düzenleme yapılmasının sebebi madde gerekçesinde "Maddede, aile konutunu eşlerden birinin kiralaması hâlinde, diğer eşin bir bildirimle sözleşmenin tarafı hâline gelmesi öngörülmektedir. Bu konu İsviçre Medenî Kanununda 7Temmuz 1998 tarihli Kanunla yapılan değişiklikle "boşanmanın sonuçları" ile ilgili 121 inci maddede üç fıkra hâlinde düzenlenmiştir. Ancak bizde evliliğinin devamı sırasında da kira sözleşmesine taraf olmayan eşin mağdur olması gündeme gelebilmektedir. Bu nedenle söz konusu hüküm evlenmenin hükümleri kısmında ele alınmıştır" sözleri ile ifade edilmiştir.

Türk Medeni Kanunu'nun md. 194/f.4 hükmü ve TBK md. 349/f.3 hükmü, mehaz İsviçre Medeni Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer almamaktadır. Mehaz Kanun'da, evlilik süresince, benzer bir koruma İBK md. 266n hükmüyle sağlanabilmektedir²⁷⁶. İBK md. 266n hükmüne göre, kiraya veren, fesih ihtarı ve fesih ihtarıyla birlikte verilecek süreyi kiracıya ve eşine ayrı ayrı tebliğ etmek zorundadır. Böylelikle, sözleşmeye taraf olmayan eş, kiracı eşin kira sözleşmesini ihlal eden davranışları nedeniyle sözleşmenin sona ermesi tehlikesine karşı korunma imkanına sahip olmaktadır. İBK md. 266o hükmüne göre ise, her iki eşe ayrı ayrı tebliğ

²⁷⁵ Bkz. KILIÇOĞLU, s. 52, 53; KILIÇOĞLU, Diğer Eşi Rızası, s. 14, 15.

²⁷⁶ AYAN, s. 114; GÜMÜŞ, s. 55, 56.

yapılmamasının yaptırımını geçersizliktir. Ayrıca, İBK md. 273a hükmünde kira sözleşmesine taraf olmayan eşe, kira sözleşmesinin feshine karşı itiraz edebilme, kira sözleşmesinin uzatılmasını talep edebilme ve kira sözleşmesini sona erdiren işlemlere karşı kiracıya ait savunma haklarını kullanabilme yetkisi tanınmıştır.

Türk kanun koyucusunun, mehzaz İsviçre Medeni Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer alan düzenlemeden ayrılarak MK md. 194/f.4 hükmünü ihdas etmesi Türk doktrininde olumlu ve olumsuz yönleriyle eleştirilmektedir²⁷⁷. GÜMÜŞ'e göre "Aile Konutu eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelir ve bildirimde bulunan eş diğeri ile müteselsilen sorumlu olur şeklindeki hükmü bir "ölü hüküm" olarak doğmuştur. Zira, eşinin, kiracı olarak akdettiği kira sözleşmesinin akıbeti üzerinde TMK 194/T'in tanıdığı "feshe izin verme" yetkisi çerçevesinde zaten etkili olabilen bir eşin, hiçbir zaman için ayrıca müteselsil sorumlu olarak söz konusu kira sözleşmesinin tarafı haline gelmek istemeyeceği açıktır. Sonuçta TMK 194/IV hükmü, İsviçre Hukuku'nda "boşanmanın sonuçlarına" ilişkin olarak getirilen, İMK 121 hükmünün I. ve II. fıkralarının bağlamından koparılarak, Türk Hukukunda evliliğin genel hükümleri arasına ithalinden kaynaklanan, sakat bir hüküm olarak karşımızdadır"²⁷⁸.

AYAN'a göre ise, kiraya verene bildirimde bulunan eşin müteselsil borçlu haline getirilmesi hükmün uygulanabilirliğini azaltsa da en azından kiraya verenin yapacağı bildirimleri öğrenmesine imkan sağlar, bu nedenle, İBK'da olduğu gibi "kiraya verenin yapacağı ihtar ve ihbarların her iki eşe ayrı ayrı tebliğ edilmedikçe geçerli

²⁷⁷ " MK m. 194/IV düzenlemesini karşılayan bir hüküm İsviçre'de yoktur; fakat OR Art. 273a hükmü bu açığı –hem de bizdeki gibi müteselsil sorumluluk altına sokmaksızın – büyük ölçüde- kapatmaktadır" BARLAS, s. 131; "Evlilik birliği devam ederken, eşlere bu şekilde tek taraflı irade açıklamasıyla bu tür bir yetki tanınması isabetli değildir" KILIÇOĞLU, s. 53; "...kiracı eşin bildirimlere karşı pasif tutumu sonucu, aile konutundan çıkma tehlikesi doğacaktır. 194. madde bu olasılığı korumamaktadır. Bunun yerine, 194/IV, diğer eşin kira sözleşmesine katılma hakkını düzenleyerek, belki böyle bir sonuçtan onu korumak istemiştir. Ama henüz daha böyle bir bildirim yapılmadığı halde de bu eşin, kira sözleşmesinin kendi bilgisi dışında sona erdirebilme olanağına karşı koyma hakkı olmalıdır. İşte bu koruma ancak kiralayana bu yönde bir yükümlülük getirmekle sağlanabilir". ŞİPKA, s. 135.

²⁷⁸ GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 81; GÜMÜŞ, s. 54; Aynı yönde DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, birinci bası s. 210.

olmayacağına” ilişkin bir hüküm Türk mevzuatında yerini alana kadar bu hüküm, evlilik birliğinin korunması açısından yararlı olacaktır²⁷⁹.

Türk Medeni Kanunu md. 194/f.4 hükmü uyarınca, sözleşmeye taraf olmayan eş, kiraya verene bildirimde bulunarak sözleşmenin tarafı haline gelir ve müteselsil borçlu olur. Bu nedenle, kiraya veren, bildirimden kendisine ulaştığı tarihten itibaren yapacağı fesih ihtar ve fesih ihtarına bağlı ödeme süresini her iki eşe tebliğ etmek zorunda olur (TBK md. 349/f.3). TMK md. 194/f.4 hükmü, TMK md. 194/f.1 hükmünün kiracı eşin sözleşmeyi ihlal etmek suretiyle dolaylı olarak sözleşmenin sona ermesine yol açmasını engelleyememe noktasındaki eksikliğini gidermektedir. Bu hükümlerin uygulama alanları ve sağladıkları koruma farklıdır. TMK md. 194/f.1 hükmü, kiracı eşin, kira sözleşmesini doğrudan sona erdiren hukuki işlemlerine karşı koruma sağlarken, TMK md. 194/f.4 hükmü kiracı eşin, sözleşmeyi ihlal eden davranışları nedeniyle dolaylı olarak sözleşmenin sona ermesine karşı koruma sağlamaktadır. Bu nedenle, TMK md. 194 /f.4 hükmünü “ölü hüküm” olarak nitelendirmek pek mümkün değildir. Ancak, mehzaz İBK’nın kiracı eşin bu nitelikteki davranışlarına karşı diğer eş korumaya yönelik hükümleri çok daha işlevsel ve koruma amacına ulaşmada çok daha etkilidir. TMK hükümlerinin sağladığı korumada zamansal açıdan bir zaaf bulunmaktadır. Zira, sözleşmeye taraf olmayan eş, kiraya verene bildirimde bulunana dek geçecek sürede eşinin dolaylı olarak kira sözleşmesinin sona ermesine yol açan davranışlarına karşı bir koruma mekanizmasına sahip değildir. Oysa, İBK md. 266n hükmü konutun aile konutu olarak özgülenmesinden bu niteliğinin kaybedilmesine kadar geçen sürede kiraya veren tarafından yapılacak tüm fesih bildirimleri ile fesih bildirimine bağlı ödeme sürelerinin sözleşmeye taraf olmayan eşe de tebliğ edilmesi zorunluluğunu öngörerek tam bir koruma sağlamaktadır. İBK md. 273a hükmünde ise kira sözleşmesine taraf olmayan eşe, kira sözleşmesinin uzatılmasını talep etme ve sözleşmenin sona erdirilmesine karşı savunma yetkisi verilmektedir. Sözleşmeye taraf olmayan eşin İBK md. 266n ve 273a hükümlerinin sağladığı korumadan yararlanmak için müteselsil borçlu durumuna gelmesi de gerekmemektedir. Mehzaz kanun düzenlemelerinden ayrılarak, farklı hükümler ihdas etmenin gerekçesi Türk toplumunun sosyal ve ekonomik yapısına daha uygun hükümler ihdas etmek olmalıdır. Ülkemizin sosyal ve ekonomik koşulları

²⁷⁹ AYAN, s. 115, 116, dpn. 187; Aynı yönde PARLAK, s. 120.

değerlendirildiğinde bu tür bir korumaya kadın eşler çok daha fazla ihtiyaç duymaktadır. Ancak, kadın eşlerin pek çoğu ekonomik bağımsızlığa sahip olmadığından kira sözleşmesine taraf olarak müteselsil borçlu konumuna gelmekten imtina edecektir. Bu nedenle, uygulamada TMK md. 194/f.4 hükmü tüm evliliklerde koruma sağlayamayacaktır. Oysa, İBK hükümlerinde olduğu gibi, sözleşmeye taraf olmayan eşe, müteselsil borç yükü altına sokmadan koruma sağlamak Türk toplumunun sosyal ve ekonomik yapısına çok daha uygun olduğundan düzenlemenin uygulanabilirliğini ve amaca ulaşma hususundaki başarısı çok daha fazla olabilirdi.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md. 349/f.3 hükmü, TMK md. 194/f.4 hükmüne paralel bir şekilde kaleme alınmıştır²⁸⁰. Oysa, TBK md. 349 hükmünde, İBK md. 266n hükmü doğrultusunda, kira sözleşmesine katılmanın gerçekleşmediği dönem de dahil olmak üzere, kiraya veren tarafından yapılacak tüm fesih bildirimleri ile fesih bildirimine bağlı sürelerinin diğer eşe tebliğ edilmesi zorunluluğu getirilerek, TMK md. 194/f.4 hükmünün en azından zamansal yöndeki zaafı giderilebilirdi.

2.Sağladığı Koruma

Türk Medeni Kanunu md. 194/f.1 ve Türk Borçlar Kanunu md. 349/f.1 hükmü, kira sözleşmesine taraf olan eş tarafından yapılacak feshin geçerliliğini diğer eşin rızasına bağlamaktadır. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, doktrinde, kira sözleşmesine taraf olan eşin, kira sözleşmesinin feshi ile aynı sonuçları doğurabilecek diğer işlemlerinin hukuken geçerli bir sonuç doğurabilmesi için de diğer eşin rıza göstermesi gerektiği kabul edilmektedir. Böylelikle, kira sözleşmesine taraf olan eşin, kira sözleşmesini doğrudan sona erdiren hukuki işlemlerine karşı koruma sağlanmaktadır. Ancak, İBK md. 266n hükmünde yer bulan, kiraya veren tarafından yapılacak tüm fesih

²⁸⁰ TBK md. 349 hükmünün madde gerekçesi şu şekildedir “Madde, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 194 üncü maddesinin birinci, ikinci ve son fıkralarında yapılan düzenleme ile uyumlu olarak kaleme alınmıştır. Bu düzenlemede, aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanan taşınmazlarda kiracının, eşinin açık rızası olmadıkça kira sözleşmesini feshedemeyeceği; bu rızanın alınması mümkün olmazsa veya eş haklı sebep olmaksızın rızasını vermektan kaçınırsa kiracının, hâkimden bu konuda bir karar vermesini isteyebileceği ve sözleşmenin tarafı olmayan eşin, kiralayana (kiraya verene) yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı hâline geleceği öngörülmektedir. Tasarıda da, aynı esaslar korunmuş, buna bağlı olarak, maddenin son fıkrasında, kiracı olmayan eşin, kiraya verene bildirimde bulunarak kira sözleşmesinin tarafı sıfatını kazanması hâlinde, kiraya verenin, fesih bildirimi ile fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresini kiracıya ve eşine ayrı ayrı bildirmek zorunda olduğu belirtilmiştir. Böylece, bu durumda, evlilik birliğinin korunması amacıyla, eşlerden birinin, kiracı sıfatıyla, tek başına hareket ederek, diğer eşin açık rızası olmaksızın sözleşmeyi sona erdirmesi önlenmek istenmiştir”.

bildirimlerinin diğer eşe tebliğ edilme zorunluluğu, Türk hukukunda yer almadığından kira sözleşmesine taraf olan eşin, düşüncesizce veya kötüniyetle, kira sözleşmesinin dolaylı olarak sona ermesine sebep olabilen sözleşme ihlallerine karşı bir koruma sağlanamamaktadır. Gerçekten de, kiracı eş, kira borcunu ödemeyerek veya kiralananı özenle kullanma ve komşulara saygı gösterme yükümlülüğünü ihlal ederek, sözleşmenin kiraya veren tarafından TBK md. 315, 316 veya 352/f.2 hükümlerine istinaden sona erdirilmesine sebep olabilir. Hatta, kiracı ve kiraya veren, diğer eşin kiralananı tahliyesini sağlamak adına muvazaalı işlemler de yapabilirler. Örneğin, kiraya veren, gerçekte kira alacağı bulunmadığı halde, TBK md. 315 ve İİK md. 269 v.d. hükümlerine göre, kiracı eşe karşı icra takibi başlatabilir ve kiracı eş, bu takibe itiraz etmeyerek, kiralananın icra mahkemesi kararı ile tahliye ettirilmesini sağlayabilir. Türk hukuk sisteminde bu tür işlem ve davranışlara karşı TMK md. 194/f.4 ve TBK md. 349/f.3 hükmü koruma sağlamaktadır. Bu hükümler uyarınca, diğer eş de sözleşmenin tarafı haline geldiğinden, kiraya veren kira sözleşmesinin sona erdirilmesine yol açabilecek her türlü beyanı ve davayı diğer eşe de tebliğ ettirmek zorunda olur. Böylelikle, diğer eş, sözleşmenin sona erdirilmesine yol açan durumlardan haberdar olur ve gerekli önlemleri alabilir.

Kira sözleşmesinin feshini diğer eşin rızasına bağlayan hükümler, sadece kiracı eş tarafından yapılacak fesihler için bir koruma sağlar. Kiraya veren tarafından yapılan feshin geçerliliği diğer eşin rızasına bağlı değildir. Mevzuatımızda İBK md. 273a hükmünü karşılayan bir düzenleme bulunmadığından, kira sözleşmesine taraf olmayan eşin, kiraya verenin yapacağı feshe veya sözleşmeyi sona erdiren diğer işlemlere karşı savunma ve kira ilişkisini uzatılmasını talep etme hakkı yoktur. Hukukumuzda bu eksiklik, diğer eşin tek taraflı beyanla sözleşmeye taraf olması ile giderilmektedir. Kira sözleşmesine taraf olmayan eş, TBK md. 194/f.4 ve TBK md.349/f.3 hükmü uyarınca kiraya verene bildirimde bulunmak suretiyle sözleşmeye taraf haline geldiğinde, kiraya verenin sözleşmeyi sona erdiren beyan ve davalarına karşı, kiracı eşin sahip olduğu def'i imkanlarına sahip olur. Ayrıca, kira sözleşmesine ilişkin tadil anlaşmalarının hüküm doğurması sözleşmeye katılan eşin kabulüne bağlı olur. TBK md. 343 hükmü, kira sözleşmelerinde kira bedeli dışında kiracı aleyhine değişiklik yapılmasını yasaklamış olsa da taraflar sözleşmede kararlaştırılan kira bedelini arttırabilirler. TBK

md. 194/f.4 ve TBK md. 349/f.3 hükmü, kiracı eşin, düşüncesizce veya kötünietli olarak, aile için ekonomik sıkıntıya yol açabilecek bu tür işlemlerini diğer eşin kontrol edebilmesine imkan sağlamaktadır²⁸¹. İsviçre hukukunda, evlilik birliği devam ederken diğer eşin kira sözleşmesine katılmasına imkan veren bir düzenleme bulunmadığından, kira sözleşmesinde yapılacak değişiklikler bakımından Türk mevzuatı, İsviçre mevzuatına nazaran aile konutuna daha ileri bir koruma sağlamaktadır.

Türk Medeni Kanunu md. 194/f.4 ve Türk Borçlar Kanunu md. 349/f.3 hükmünün sağladığı korumaya en çok evlilik birliğinde huzursuzlukların yaşandığı dönemlerde ihtiyaç duyulur. Eşini kiralanandan tahliye ettirmek isteyen kiracı eş, kira sözleşmesini geçerli bir şekilde sona erdirmek için diğer eşin rızasını almak zorunda olduğundan, kira sözleşmesinden doğan borcunu ihlal ederek kiraya verenin, kira sözleşmesini feshetmesini sağlayabilir. TMK md. 194/f.4 hükmü ve TBK md. 349/f.3 hükmü ise, bu tür tehlikelere karşı bir koruma sağlar.

3.Koşulları

a.Geçerli Bir Kira Sözleşmesinin Bulunması

Türk Medeni Kanunu md. 194/f.4 ve TBK md. 349/f.3 hükmünün uygulanabilmesi için öncelikle, geçerli bir kira sözleşmesinin kurulmuş ve halen devam ediyor olması gerekmektedir.

b.Eşlerden Yalnızca Birinin Kiracı Sıfatına Sahip Olması

Türk Medeni Kanunu md. 194/f.4 ve TBK md. 349/f.3 hükmünün amacı, kira sözleşmesine taraf olmayan eşin tek taraflı irade beyanıyla kiracı sıfatını kazanmasını sağlamak ve böylece kira sözleşmesinin, kira sözleşmesine taraf olmayan eşin bilgisi ve iradesi dışında sona ermesini engellemektir. Eşlerin her birinin kira sözleşmesinin tarafı olduğu hallerde sözleşmesel olarak birlikte kira bulunduğundan ayrıca bir korumaya gerek olmaz.

²⁸¹ ARMUTÇUOĞLU, s. 421.

Kira sözleşmesine taraf olan eşin erkek veya kadın olması hükmün uygulanabilirliği açısından bir fark yaratmaz

c.Kiralanan Yerin Aile Konutu Olarak Kullanılması

Türk Medeni Kanunu md. 194/f.4 ve TBK md. 349/f.3 hükmünün uygulanabilmesi için kiralanan konutun, aile konutu olarak kullanılması gerekir. Bu ise yasal evlilik birliğinde eşlerin, ortak iradeleriyle kiralanan konutu, aile konutu olarak özgülemeleri ve fiilen konuta taşınmış olmasıyla gerçekleşir. Konut, aile konutu olarak kullanılmak için özgülenmiş olsa da eşlerin bu içsel iradelerinin üçüncü kişilerce bilinebilir duruma gelmesi gerekir, bu ise eşlerin konuta yerleşmeleriyle gerçekleşecektir.

4.Bildirimin Hukuki Niteliği

Sözleşmeye taraf olmayan eşin TMK md. 194/f.4 ve TBK md. 349/f.3 hükümlerine istinaden sahip olduğu tek taraflı beyanla kira sözleşmesine taraf olma hakkı, yenilik doğurucu bir haktır.

Doktrindeki bir görüşe göre, kiracı olmayan eşin, kiraya verene yapacağı bildirim kurucu yenilik doğurucu bir haktır; bu iradenin açıklanmasıyla kiracı olmayan eşle kiraya veren arasında aynı sözleşme koşulları altında bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olur²⁸².

Kanaatimizce, sözleşmeye taraf olmayan eşin yapacağı bildirim değiştirici yenilik doğurucu hakkın kullanılması niteliğindedir²⁸³. Bilindiği üzere, kurucu yenilik doğurucu haklar kullanılmalarıyla yeni bir hakkın veya hukuki ilişkinin kurulmasına yol açarlar; değiştirici yenilik doğuran haklar ise kullanılmaları ile birlikte mevcut bir hakkın veya hukuki ilişkinin içeriğinde değişiklik meydana getirirler²⁸⁴. TMK md. 194/f.4 ve TBK md. 349/f.3 hükmü uyarınca, sözleşmeye taraf olmayan eşin yapacağı bildirim sonucu kiraya veren ile sözleşmeye katılan eş arasında yeni bir kira sözleşmesi kurulmamaktadır. Bu bildirim, kiracı eş ile kiraya veren arasında var olan kira

²⁸² KILIÇOĞLU, s. 54; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 16; ŞIPKA, s. 115; UÇAR, Aile Konutu, s. 35.

²⁸³ Bkz. ACAR, Aile Konutu, s. 74; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 284.

²⁸⁴ BUZ, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2005, s. 192, 193.

sözleşmesinin kiracı tarafında değişiklik yapmakta, diğer eş bu sözleşmeye kiracı sıfatıyla katılmaktadır. TBK’da da sözleşmeye katılma kurumu “Borç İlişkilerinde Taraf Değişikliği” başlıklı beşinci bölümde düzenlenmiştir.

Sözleşmeye taraf olmayan eş, TMK md. 194/f.4 ve TBK md. 349/f.3 hükmüne istinaden sahip olduğu bu yenilik doğurucu hakkı kullanıp kullanmama noktasında tam bir irade serbestisine sahiptir. Yenilik doğurucu hakların genel özelliği gereği, bu hak yöneltmesi gerekli tek taraflı irade beyanıyla (bildirim yoluyla) kullanılır, diğer bir ifadeyle, sözleşmeye katılmanın gerçekleşmesi için mahkeme kararına gerek yoktur; bu husus hükümlerin lafzında da açıkça ifade olunmuştur.

Sözleşmeye taraf olmayan eşe tanınan ve tek taraflı beyanla kullanılan yenilik doğurucu hak, bildirim kiraya verene ulaştığı anda, kiraya veren ve/veya kiracı eşin kabulüne bağlı olmadan, kendiliğinden hüküm ve sonuç doğurur. Böylelikle, yenilik doğurucu hakkın kullanımının doğal sonucu olarak, muhataplarının hukuk alanlarında iradeleri dışında bir değişiklik meydana gelir. Yenilik doğurucu hak sahibinin elinde bulundurduğu bu tek taraflı yetki karşısında, yenilik doğurucu hakkın muhataplarının karşı koyma yetkisinin bulunmaması şeklinde tezahür eden bu güç dengesizliğini bir ölçüde gidermek amacıyla, kural olarak, yenilik doğurucu hakkın kullanımının bir şarta bağlanamayacağı ve bu hakkın kullanım ile birlikte tükeneceği, kullanıldıktan sonra geri alınamayacağı²⁸⁵ kabul edilmektedir²⁸⁶. Ancak, yenilik doğurucu hakkın kullanımının şarta bağlanamayacağı kuralı bir ölçüde yumuşatılmakta ve yenilik doğurucu hakkın muhatabı açısından katlanılması kendisinden beklenilmeyecek kadar olumsuz bir durum yaratılmayan hallerde, özellikle yenilik doğurucu hakkın bağlı kılındığı şartın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin yenilik doğurucu hakkın muhatabının iradesine bağlı

²⁸⁵ Yenilik doğurucu hak kullanıldıktan sonra muhatabın rızası ile dahi geri alınamayacağı yönündeki klasik görüş ve bu görüş karşısında, yenilik doğurucu işlemin muhatabının geri almaya muvafakat etmesi durumunda veya muhatabın yenilik doğurucu işleme itiraz etmesi (hakkın kullanılması için gerekli şartların bulunmadığını ileri sürmesi) durumunda, yenilik doğurucu beyanın geri alınabileceği yönündeki görüşler için bkz. BUZ, Yenilik Doğuran Haklar, s.443-501; dava yoluyla kullanılan yenilik doğurucu hakların şarta bağlanamazlığı ve geri alınamazlığı kuralının mutlak olduğu, buna karşılık, tek taraflı irade beyanıyla kullanılan yenilik doğurucu haklarda, yenilik doğurucu hakkın muhatabının çıkarı, korunmaya değer bulunuyorsa veya koşul bulunmasından ve geri almanın tanınmasından yanaysa, yenilik doğurucu beyanın şarta bağlanmasının veya geri alınmasının mümkün olduğu yönündeki görüş için bkz. SEROZAN, Medeni Hukuk, s. 217, 218.

²⁸⁶ BUZ, Yenilik Doğura Haklar, s. 254 vd. Ayrıca bkz. EREN, s. 64; DURAL/SARI s. 155; SEROZAN, Medeni Hukuk, s. 217, 218.

bulunması halinde, yenilik doğurucu hakkın şarta bağlı olarak kullanılabilmesi kabul edilmektedir²⁸⁷. Bu nedenle, TMK md. 194/f.4 ve TBK md. 349/f.3 hükmünde tanınan yenilik doğurucu hakkın muhatabı olan kiraya veren ve kiracı eş açısından, yenilik doğurucu beyanın şarta bağlanması bir belirsizlik yaratmıyorsa, sözleşmeye taraf olmayan eşin yapacağı bildirim şarta bağlanabilir. Bunun gibi, yenilik doğurucu haklar kural olarak varması gerekli tek taraflı irade beyanı ile kullanıldıklarından, diğer varması gerekli tek taraflı işlemlerde olduğu gibi, yenilik doğurucu beyanın da TBK md. 10 (EBK md. 9) hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle, geri alınabileceği kabul edilmektedir²⁸⁸. Bu görüşe göre, TBK’da hukuki işlemlere ilişkin genel kurallar yer almasa da sözleşmelere ilişkin hükümlerin, bu çerçevede öneri ve kabulün geri alınmasına ilişkin TBK md. 10 hükmünün, diğer tek taraflı işlemlerde uygulanmasında bir sakınca bulunmamaktadır. Buna göre, geri alma beyanı, yenilik doğurucu beyandan önce muhataba ulaşırsa veya geri alma beyanı muhataba daha geç ulaşmakla birlikte muhatap, geri alma beyanını, yenilik doğurucu beyandan daha önce öğrenirse yenilik doğurucu hak herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. Böylelikle, sözleşmeye taraf olmayan eşin yapacağı sözleşmeye katılma bildirimi, hem yenilik doğurucu hakkın hem de yenilik doğurucu beyanın muhatabı olan kiraya verene, geri alma beyanından daha sonra ulaşırsa veya sözleşmeye katılma bildirimi daha önce ulaşmakla birlikte kiraya veren geri alma beyanı daha önce öğrenirse, sözleşmeye katılma bildirimi herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmaz.

5.Bildirimin Muhatabı

Türk Medeni Kanunu’nun md. 194/f.4 hükmü ve Türk Borçlar Kanunu’nun md. 349/f.3 hükmü uyarınca, kira sözleşmesine taraf olmayan eş, sözleşmeye katılmasını sağlayan değiştirici yenilik doğurucu hakkını, kiraya verene yönelteceği tek taraflı beyan ile kullanır. Bu noktada “ yenilik doğurucu beyanın muhatabı” ile “yenilik doğurucu hakkın muhatabı” arasında bir farklılık ortaya çıkmaktadır²⁸⁹.

²⁸⁷ DURAL/SARI, s. 155; EREN, s. 65; OĞUZMAN/BARLAS, s. 155; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 497

²⁸⁸ ANTALYA, s. 72; BUZ, Yenilik Doğuran Haklar, s. 452; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 155.

²⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. BUZ, Yenilik Doğuran Haklar, s. 207.

Yenilik doğurucu beyanın muhatabı, yenilik doğurucu hakkın kullanılması için gerekli irade beyanının yöneltileceği kişidir. Yenilik doğurucu hakkın muhatabı ise yenilik doğurucu hakkın sahibinin, yenilik doğurucu beyanıyla, tek yanlı olarak hukuk alanında değişiklik meydana getirme hakkına sahip olduğu kişidir²⁹⁰. Kanun gereği sözleşmeye katılma beyanının kiraya verene yöneltilmesi gerektiğinden, yenilik doğurucu beyanın muhatabı kiraya verendir. Ancak, sözleşmeye katılma beyanının yapılması, kira ilişkisinin tarafında değişikliğe yol açarak gerek kiraya verenin gerekse de kiracı eşin hukuk alanını etkilediğinden yenilik doğurucu hakkın muhatabı hem kiraya veren hem de kiracı eştir.

6. Bildirimin Şekli

Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nda kira sözleşmesine taraf olmayan eşin, kiraya verene yapacağı bildirimin şekli konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle doktrinde, bildirimin herhangi bir şekle bağlı olmadığı, şekil serbestisi bulunduğu²⁹¹; ancak, ispat kolaylığı açısından yazılı yapılmasında fayda olduğu ileri sürülmektedir²⁹².

ACAR'a göre ise “ kira sözleşmesinin şekli burası için de geçerli olmalıdır. örneğin taraflar iradi şekil olarak kira sözleşmesinin şeklini yazılı şekle tabi tutmuş iseler, bildirimin de yazılı şekilde yapılması gerekir. Çünkü bu tür bir durumda sözleşmenin taraflarında değişiklik yaratılmakta; kiracı sıfatına sahip bir başkası sözleşmesel ilişkiye dahil edilmektedir. Bu durum BK. m.12'nin ifadesiyle “tadil” olarak kabul etmek gerekir. Nitekim TBK. m.13 de “sözleşmenin değiştirilmesi”ni sözleşmenin şekline bağlı tutmuştur bununla birlikte taraflar ispat için yazılı şekil öngörmüşlerse, bildirimin geçerlilik bakımından yazılı şekilde yapılması gerekmektedir”²⁹³.

Kanaatimizce, sözleşmeye taraf olmayan eş tarafından yapılacak bildirimin geçerliliği hiçbir şekle bağlı değildir. TMK md. 194 ve TBK md. 349 hükmü,

²⁹⁰ BUZ, Yenilik Doğuran Haklar, s. 207.

²⁹¹ AYAN, s. 116; DOĞAN, s. 112; DOĞAN, Aile Konutu, s. 297; GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 241.

²⁹² AKINTÜRK/ATES KARAMAN, s. 123; AYAN, s. 116; DOĞAN, s. 112; DOĞAN, Aile Konutu, s. 297.

²⁹³ ACAR, Aile Konutu, s. 74.

sözleşmeye taraf olmayan eşin sözleşmeye katılmasını sağlayan beyanın geçerliliğini bir şekle bağlamamıştır. Sözleşmeye katılma kurumunu düzenleyen genel hüküm niteliğindeki TBK md.206/f.3 hükmüne göre “Sözleşmeye katılmanın geçerliliği, katılma konusu sözleşmenin şekline bağlıdır”. Kira sözleşmesinin geçerliliğini ise hiçbir şekle bağlı değildir, bu nedenle kira sözleşmesine katılmanın geçerliliği de belirli bir şekle bağlı değildir. Tarafların kira sözleşmesinin geçerliliği “iradi yazılı şekle” bağlamış olmaları halinde de bildirimin yapılmasında şekil serbestisi ilkesi geçerli olmalıdır. Zira, tek taraflı bildirim ile sözleşmeye katılma, mevcut kira sözleşmesinde değişiklik yapılması sonucunu doğursa da doktrinde, iradi yazılı şekle bağlı sözleşmelerin değiştirilmesinde TBK md. 13 hükmünün uygulanmayacağı dolayısıyla tadil anlaşmalarının geçerliliğinin hiçbir şekle bağlı olmadığı ifade edilmektedir²⁹⁴. Ayrıca, sözleşmeye taraf olmayan eş, kiracı eş ve kiraya veren ile yaptığı müzakereler sonucu değil, kanunların kendisine tanıdığı tek taraflı yenilik doğurucu hakkı kullanarak sözleşmeye taraf olmaktadır. Bu hükümler, sözleşmeye taraf olmayan eş, kiracı eşin kötüniyetle veya düşüncesizce yapacağı işlemlere karşı korumak için ihdas edilmiştir. Kanunlar tarafından korunan eşin, içeriği hakkında bilgi sahibi olmadığı bir sözleşmede iradi şekil şartı kararlaştırılmış olması nedeniyle, bu şekle uymadan yapacağı bildirimin geçerli olmayacağını ileri sürmek kanunların amacına aykırı olacaktır. Sözleşmeye taraf olmayan eş, işlemlerine karşı korunduğu kiracı eşin akdettiği kira sözleşmesinin şartlarını araştırma yükümlülüğü yüklenmemelidir. Özetle, sözleşmeye taraf olmayan eşin yapacağı bildirimin geçerliliği belirli bir şekle uygun olarak yapılmasına bağlı değildir. Lakin, ispat açısından yazılı yapılmasında fayda vardır.

7.Bildirimin Yapılma Zamanı

Kira sözleşmesine taraf olmayan eş, kiralanan konutun aile konutu niteliği sürdüğü ve kira sözleşmesinin devam ettiği müddetçe bu hakkı kullanabilir.

Kiralanan taşınmaz, aile konutu olarak özgülünmek üzere kiralanmışsa, bu konuta taşındığı andan itibaren sözleşmeye katılma amacıyla kiraya verene bildirimde bulunabilir. Kiralanan konut, kira sözleşmesi devam ederken (konutta fiili olarak

²⁹⁴ EREN, s. 259; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 330; KILIÇOĞLU, s. 135; OĞUZMAN/ÖZ, s. 132; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 178; TUÇ, s. 94; TUNÇOMAĞ, s. 1157.

oturulurken) aile konutu niteliğini kazanmışsa, konutun aile konutu olarak özgülendiği andan itibaren bu hak kullanılabilir.

Boşanma, ayrılık veya evliliğin iptali davalarının açılmış olması veya TMK md. 197 hükmüne istinaden eşlerin kendi iradeleriyle veya mahkeme kararıyla ayrı yaşamaları, sözleşmeye taraf olmayan eşin bildirim yoluyla kira sözleşmesine taraf olmasına engel olmaz. Ancak, kira sözleşmesine taraf olmayan eş, haklı bir sebep olmadan konutu terk etmiş ve TMK md. 164 hükmü uyarınca yapılan ihtara rağmen konuta dönmemişse kiraya verene bildirimde bulunarak kira sözleşmesine taraf olamaz.

8.Bildirimin Hükümü ve Sonuçları

Türk Borçlar Kanunu'nun yasalaşmasından önce yapılan yorumlarda, kira sözleşmesine taraf olmayan eşin, kiraya verene bildirimde bulunarak sözleşmenin tarafı haline geleceği ve tüm hak ve borçlardan müteselsilen sorumlu olacağı ifade edilmekteydi. Müteselsil sorumluluğun kaynağı ise TMK md. 194/f.4 hükmünde, bildirimde bulunan eşin müteselsil sorumlu olacağının açıkça belirtilmiş olmasına dayandırılmaktaydı. Bu görüşe göre, borçlar hukuku genel ilkelerine göre, konutla ilgili kira sözleşmesinde taraflar müteselsilen sorumlu olacaklarını kararlaştırmamışlarsa, kiracı için kısmi sorumluluk söz konusu olur²⁹⁵, TMK md. 194/f.4 hükmü ise “kanundan doğan müteselsil sorumluluk hali” yaratmıştır²⁹⁶.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 349/f.3 hükmünde de TMK md. 194/f.4 hükmüne paralel olarak, kira sözleşmesine taraf olmayan eşin kiraya verene yapacağı tek taraflı bildirimle kira sözleşmesinin tarafı haline geleceği belirtilmiş, lakin, eşlerin kira sözleşmesinden müteselsilen sorumlu olacağı açıkça ifade edilmemiştir. Bu noktada, TBK sistemi ile eşlerin müteselsil sorumlu kılınmasından vaz mı geçildiği

²⁹⁵Krş. OĞUZMAN/ÖZ'e göre, sözleşme kurulurken durumun özelliği ve işin niteliği sonucu, alacaklı kendisine karşı birlikte borç altına girenlerin her birinin borcun tamamından sorumlu olduklarını düşünmekte haklı görülebiliyorsa müteselsil borçluluğun olduğu sonucuna varılmalıdır, bir evi birlikte kiralayanların durumu böyledir. OĞUZMAN/ÖZ, s. 843; İsviçre Federal Mahkemesi de birlikte yararlanma için yapılmış ortak kira sözleşmelerinde kira bedelinin müteselsilen vaat olunduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. TUNÇOMAĞ, s. 1036; ayrıca bkz. TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.294.

²⁹⁶KILIÇOĞLU, s. 54; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 16; aynı yönde AYAN, s. 116.

sorusu akla gelebilir. Bu sorunun cevabı ise TBK md. 349/f.3 hükmünün TBK'nın genel hükümleri ile birlikte okunmasıyla bulunacaktır.

Türk Borçlar Kanunu md. 349/f.3 hükmü uyarınca, sözleşmeye taraf olmayan eş tarafından kiraya verene yapılan bildirimin hükmü “sözleşmeye katılma”dır. EBK'dan farklı olarak TBK'nın genel hükümlerinde “sözleşmeye katılma” kurumu düzenlenmiştir. Sözleşmeye katılma kurumu TBK md. 206/f.1 hükmünde şu şekilde tanımlanmıştır “Sözleşmeye katılma, mevcut bir sözleşmeye taraflardan birinin yanında yer almak üzere, katılan ile bu sözleşmenin tarafları arasında yapılan ve katılanın, yanında yer aldığı tarafla birlikte, onun hak ve borçlarına sahip olması sonucunu doğuran bir anlaşmadır”. Sözleşmelerin nisbiliği ve sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği, sözleşmeye katılmanın gerçekleşmesi, sözleşmenin mevcut taraflarıyla sözleşmeye katılmak isteyen kişi arasında anlaşma yapılmasına bağlıdır²⁹⁷. Ancak, TBK md. 349/f.3 hükmü ile, ailenin ve daha geniş bir çerçevede kamusal menfaatlerin korunması amacıyla, sözleşmelerin nisbiliği ilkesine istisna getirilmiş ve sözleşmeye taraf olmayan eşin yenilik doğurucu beyanla kira sözleşmesine taraf olması sağlanmıştır. Fakat, sözleşmeye katılmanın tek taraflı beyan sonucu gerçekleşmesi, bu kurumu, sözleşmeye katılma kavramı dışına çıkarmamaktadır. Bu nedenle, özel bir düzenleme bulunmadığı hallerde, sözleşmeye katılmaya ilişkin genel hükümler uygulanabilecektir. TBK md. 206/f.2 hükmüne göre ise “Anlaşmada aksi kararlaştırılmamışsa, sözleşmeye katılan ile yanında yer aldığı taraf, sözleşmenin diğer tarafına karşı müteselsilen alacaklı ve borçlu olurlar”. Bu nedenle, her ne kadar, TBK md. 349/f.3 hükmünde müteselsil borçluluktan söz edilmemiş olsa da sözleşmeye katılma kurumunun genel hükümleri gereği eşlerin müteselsil borçlu ve alacaklı olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Diğer eş, kiraya verene bildirimde bulunduktan sonra kira sözleşmesine taraf haline geldiğinden sözleşmeden doğan tüm hak ve yükümlülükler onun yönünden de bağlayıcı olur. Eşler, kira sözleşmesinden doğan tüm borçlardan müteselsilen sorumlu olduğundan kiraya veren, borçların ifasını, eşlerin herhangi birinden veya her ikisinden talep edebilir (TBK md. 163).

²⁹⁷ AYRANCI, s. 76.

Türk Borçlar Kanunu'nun md. 349/f.3 hükmünde, bildirimde bulunan eşin sözleşmeye taraf haline gelmesi üzerine, kiraya verenin fesih bildirimi ile fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresini kiracıya ve eşine ayrı ayrı bildirmek zorunda olacağı belirtilmiştir. Madde metninde, kiraya veren tarafından yapılacak fesih bildirimi ve fesih ihtarına bağlı ödeme süresinin sözleşmeye katılan eşe ayrıca tebliğ edilmesi zorunluluğunun, ayrıca belirtilmesine gerek yoktu, bu sonuca TBK'nın genel hükümleri yoluyla da ulaşılabilirdi²⁹⁸. Sözleşmeye taraf olmayan eşin kiraya verene bildirimde bulunması üzerine birlikte kira ilişkisi vücut bulduğundan, borçlar hukukun genel ilkeleri gereği, sözleşme ilişkisi içinde kullanılan bozucu yenilik doğuran hakların, kural olarak, sözleşmenin karşı tarafında yer alan müteselsil borçlu ve alacaklıların tamamına yöneltilmesi gerekir²⁹⁹. Üstelik madde metninde yalnızca fesih bildirimi ve fesih bildirimine bağlı ödeme sürelerinin sözleşmeye katılan eşe bildirileceğinin belirtilmesi, sözleşmenin sona ermesine yol açan diğer beyan ve sürelerin sözleşmeye katılan eşe bildirilmesinin gerekli olmadığı yönünde bir algıya yol açabilir ki bu algı kanunun ratio legis'i ile çatışacak yorumlar yapılmasına sebep olur. Oysa ki, tahliye bölünemeyen bir edim olduğundan birlikte kira ilişkilerinde tahliye sonucu doğuracak tüm bildirimlerin kiracıların tamamına ayrı ayrı yöneltilmesi gerekir³⁰⁰. Eşlerin her ikisine ayrı ayrı tebliğ edilmeyen bildirimler geçersizdir ve sözleşmenin sona ermesini sağlamaz.

Kiraya veren, sözleşmeyi sona erdiren tüm beyanları ve süreleri sözleşmeye katılan eşe de bildirmek zorundadır. Bunun sonucunda da, sözleşmeye katılan eş, eşinin sözleşmenin sona erdirilmesi tehlikesine yol açan sözleşme ihlallerinden ve ihlallerin giderilmesi için kiraya veren tarafından tanınan sürelerden haberdar olacak ve aile konutunun kaybedilmesine karşı önlem alabilecektir.

Türk Borçlar Kanunu'nun md. 315 hükmüne göre “Kiracı, kiralananın tesliminden sonra muaccel olan kira bedelini veya yan gideri ödeme borcunu ifa etmezse, kiraya veren kiracıya yazılı olarak bir süre verip, bu sürede de ifa etmeme durumunda, sözleşmeyi feshedeceğini bildirebilir (f.1). Kiracıya verilecek süre en az on gün, konut ve çatılı işyeri kiralalarında ise en az otuz gündür. Bu süre, kiracıya yazılı bildirimin

²⁹⁸ GÜMÜŞ, s. 55.

²⁹⁹ BUZ, Vedat, Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 1998, s. 296, 297.

³⁰⁰ AYAN, s. 114.

yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren işlemeye başlar (f.2)”. TBK md. 349 hükmü uyarınca diğer eşin sözleşmeye katılması üzerine, kiraya veren, feshi bildirimi ve borcun ödenmesi için tanınan en az otuz günlük süreyi her iki eşe bildirmek zorunda olur. Böylelikle, sözleşmeye katılan eş, eşinin kötünietli olarak veya düşüncesizse sergilediği pasif davranışı nedeniyle kira sözleşmesinin sona erdirilmesini önleyebilir. Sözleşmeye katılan eş, şahsi geliri varsa bu borcu kendi bütçesinden ödeyebilir. Kişisel gelirinin bulunmaması halinde ise TMK md. 198 hükmü uyarınca hakimin müdahalesini isteyebilir. TMK md. 198 hükmüne göre “Eşlerden biri, birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmezse, hakim onun borçlularına, ödemeyi tamamen veya kısmen diğer eşe yapmalarını emredebilir”. Sözleşmeye katılan eş, borçlulardan tahsil edilen para ile kira borcunu ödeyebilir.

Türk Borçlar Kanunu md. 316 hükmüne göre ise “Kiracı, kiralananı, sözleşmeye uygun olarak özenle kullanmak ve kiralananın bulunduğu taşınmazda oturan kişiler ile komşulara gerekli saygıyı göstermekle yükümlüdür (f.1). Kiracının bu yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda kiraya veren, konut ve çatılı işyeri kirasında, en az otuz gün süre vererek, aykırılığın giderilmesi, aksi takdirde sözleşmeyi feshedeceği konusunda yazılı bir ihtarda bulunur. Diğer kira ilişkilerinde ise, kiraya veren, kiracıya önceden bir ihtarda bulunmaksızın, yazılı bir bildirimle sözleşmeyi hemen feshedebilir (f.2). Konut ve çatılı işyeri kirasında, kiracının kiralananı kasten ağır bir zarar vermesi, kiracıya verilecek sürenin yararsız olacağının anlaşılması veya kiracının bu yükümlülüğe aykırı davranışının kiraya veren veya aynı taşınmazda oturan kişiler ile komşular bakımından çekilmez olması durumlarında kiraya veren, yazılı bir bildirimle sözleşmeyi hemen feshedebilir (f.3)”. Kiracının, kiralananı, sözleşmeye uygun olarak özenle kullanma ve kiralananın bulunduğu taşınmazda oturan kişiler ile komşulara gerekli saygıyı gösterme yükümlülüğüne aykırı davranması halinde de kiraya veren, bu aykırılığın giderilmesi aksi halde sözleşmenin sona erdirileceği ifadelerini içeren ihtarı her iki eşe de tebliğ etmelidir. Sözleşmeye katılan eş, bu durumda, TMK md. 197 uyarınca ayrı yaşama hakkı tanınmasını ve aile konutunu kullanım hakkının kendisine bırakılmasını talep edebilir.

Kiraya veren, İİK md. 269 (TBK md. 315) veya İİK md. 272 (TBK md. 352/f.1) hükümlerine istinaden başlatacağı icra takipleri ile TBK md. 350 vd. maddeleri uyarınca açacağı davalarda, sözleşmeye katılan eşi de hasım göstermelidir.

Bildirimde bulunan eş, kira sözleşmesinin tarafı olduğundan, kira sözleşmesinde yapılacak değişikliklerin geçerli olması onun rızasına bağlı olur. Ayrıca, mevcut kira sözleşmesinin sona ermesine yol açan yenileme sözleşmesi ve ikale sözleşmesinin geçerli olarak hukuki sonuç doğurması için sözleşmeye katılan eşin rızasının alınması gerekir. Böylelikle, sözleşmeye katılan eş, kira sözleşmesinin geleceği hakkında söz sahibi olur.

IV.EVLİLİK BİRLİĞİNİN SONA ERMESİNDEN SONRA KİRA SÖZLEŞMESİNİN DURUMU

A.GENEL OLARAK

Kira sözleşmesine taraf olmayan eşe TMK md. 194 ve TBK md. 349 hükümleri uyarınca sağlanan koruma evlilik birliği süresince devam eder. Evlilik birliğinin ölüm sonucu kendiliğinden veya mahkeme tarafından verilen bozucu yenilik doğurucu fesih (TMK md. 131), boşanma (TMK md. 170) yahut iptal (TMK md. 156) kararıyla sona ermesi halinde konut, aile konutu olma niteliğini kaybettiğinden aile konutuna özgü koruma sona erer.

Evlilik birliğinin ölümle sona ermesi halinde, kiralanan konutun aile konutu niteliği sona erse de TMK ve TBK hükümleri, sağ kalan eşin kiralananı kullanmasına imkan vermektedir. Ancak, bu hükümler, sağ kalan eşe, ölüm öncesinde aile konutu olarak kullanılan kiralanda barınma imkanı veren, aile konutuna özgü hükümler değildir. Kiracının ölümünün kira sözleşmesine etkisi, TBK’da kira sözleşmesine ilişkin genel hükümlerde ve konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümlerde ayrı ayrı düzenlenmiştir. Kira sözleşmelerine ilişkin genel hüküm niteliğindeki TBK md.333 hükmüne göre “Kiracının ölmesi durumunda mirasçıları, yasal fesih bildirim süresine uyararak en yakın fesih dönemi sonu için sözleşmeyi feshedebilirler”. Bu hükme göre, kiracının ölümü kira sözleşmesini kendiliğinden sona erdirmemektedir. Kiracının mirasçıları, TMK md. 599 hükmü gereği külli halefiyet yoluyla kira sözleşmesine dahil

olmaktadır. Mirasçılar, kira sözleşmesi belirli süreli olsa da bu süreye uymak zorunda olmaksızın, sözleşmeyi fesih bildirim sürelerine uyarak en yakın fesih döneminde olağanüstü fesih yoluyla sona erdirebilmektedirler³⁰¹. En yakın fesih döneminde, fesih bildiriminde bulunulmaması halinde, mirasçıların olağanüstü fesih bildirim yoluyla kira sözleşmesini sona erdirme hakkı ortadan kalkar. Kiraya veren ise, kiracının ölümü sebebiyle kira sözleşmesini sona erdirme imkanına sahip değildir. Konut ve çatılı işyeri kiralarna ilişkin özel hüküm niteliğindeki md. 356 hükmüne göre “Ölen kiracının ortakları veya bu ortakların aynı meslek ve sanatı yürüten mirasçıları ve ölen kiracı ile birlikte aynı konutta oturanlar, sözleşmeye ve kanun hükümlerine uydukları sürece, taraf olarak kira sözleşmesini sürdürebilirler”. Bu hüküm, ölen kiracının mirasçısı sıfatını taşımasalar da kiracıyla birlikte oturanlara, sözleşmeye ve kanun hükümlerine uymaları koşuluyla kira sözleşmesine taraf olarak devam etme imkanını sağlamaktadır. Ölen kiracının mirasçıları külli halefiyet yoluyla kendiliğinden kira sözleşmesinin tarafı olacağından bu hükmün kapsamı dışında tutulmuştur, bu tür durumlarda TBK md. 356 hükmünün uygulanmasına imkan bulunmamaktadır³⁰². Nitekim TBK md. 356 hükmünün gerekçesine göre “Maddede yapılan düzenlemede, "kiracının mirasçılarına" özellikle yer verilmemiştir. Çünkü mirasçı, Türk Medenî Kanununun miras hukukuna ilişkin hükümleri çerçevesinde, miras bırakan konumundaki "ölen kiracı"nın külli halefi olarak, söz konusu konut ya da çatılı işyeri kira sözleşmesinin tarafı hâline gelmiştir. Bu nedenle, "ölen kiracının mirasçısı", kira sözleşmesini Tasarının 332 nci maddesine (kanunlaşan 333. madde) dayanarak feshetmemişse, kiracı olarak kabul edilecektir” ifadeleri ile külli halefiyet durumunda TBK md. 356 hükmünün uygulanmayacağı belirtilmiştir. Eşler birbirlerinin yasal mirasçısı olduklarından, kiracının ölümü halinde diğer eş, TBK md. 356 hükmü uyarınca yasal sözleşme devri yoluyla değil, külli halefiyet yoluyla sözleşmede taraf sıfatına sahip olur.

³⁰¹ GÜMÜŞ, s. 263; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 255.

³⁰² DOĞAN, Sempozyum, s. 517; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 256.

Kiracı eşin gaipliğine karar verilmesi durumunda, ölüme bağlı haklar, aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılacağından (TMK md. 35), diğer eş külli halefiyet yoluyla kiracı sıfatına sahip olur³⁰³.

Ailenin yaşam merkezi haline gelen aile konutu, sadece kiracı eş için değil ailenin tüm bireyleri için çok önemli bir yere sahiptir. Aile konutu, aile bireylerinin en temel yaşamsal ihtiyaçlardan barınma ihtiyacını karşılamakta, bunun da ötesinde, yaşam faaliyetlerinin odak noktası haline gelmektedir. Bu öneme binaen, diğer eş ve çocuklar için yalnızca evlilik birliği süresince değil, taraflar arasındaki menfaat dengesi gözetilerek evliliğin boşanma veya iptal kararı ile sona ermesi halinde de bir koruma sağlanmalıdır.

Avrupa Birliği Bakanlar Komitesi, 16 Ekim 1981 tarih ve R (81) 15 no’lu Tavsiye Kararı ile, aile konutunun önemine dikkat çekmiş ve Tavsiye Kararı’nın 3. maddesinde evlilik birliğinin mahkeme kararı ile sona ermesi halinde, aile konutunda barınma hakkının eşlerden birine tahsis edilmesi öngörmüş, md. 5 hükmünde bu kuralın aile konutunun kira sözleşmesine istinaden kullanılması durumunda da uygulanacağını belirtmiştir.

Mehaz İMK’da, boşanmanın hüküm ve sonuçlarını düzenleyen hükümler arasında yer alan md. 121 hükmü, kiralanan aile konutunda hangi eşin hangi koşullarla barınmaya devam edeceğini düzenlemektedir. Bu hüküm, mal rejimi tiplerini düzenleyen özel hükümler arasında değil de boşanmanın hüküm ve sonuçlarını düzenleyen hükümler arasında yer aldığından, mal rejimi türlerinden bağımsız olarak uygulanabilecektir.

İMK md. 121 hükmüne göre “Eşlerden biri çocuklar veya diğer önemli nedenlerle aile konutuna muhtaç ise, mahkeme kira sözleşmesinden doğan hak ve yükümlülüklerin, diğer taraf için hakkaniyet gereği kabul edilebilir olması halinde, bu eşe devrine karar verebilir.

³⁰³ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 263; Dural, Mustafa/ ÖZ, Turgut, Türk Özel Hukuku, C.IV, Miras Hukuku, İstanbul, 2011, s. 376; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Miras Hukuku, İstanbul, 1987, s. 60; 61; ÖZTAN, Bilge, Miras Hukuku, Ankara, 2010, s. 299; SEROZAN, Medeni Hukuk, s. 389.

Bu tarihe kadar kiracı olan eş, kira bedellerinde iki yıldan fazla olmamak kaydıyla, kira sözleşmesinin sözleşme veya kanundan doğan nedenlerle sona erdiği veya sona erdirilebileceği tarihe kadar müteselsilen sorumludur; kiracı eş kira bedelini ödemediğinde, diğer eşe ödemekle yükümlü olduğu nafaka borcu ile takas etme hakkına sahiptir”.

Mahkemece evliliğin iptaline karar verilmesi halinde batıl evliliklerde de çocuklar ve ana baba arasındaki ilişkilere boşanmaya ilişkin hükümler uygulanacağından, evliliğin iptaline karar verilen hallerde de İMK md. 121 hükmü uygulanır³⁰⁴.

Evlilik birliğinin mahkemenin bozucu yenilik doğurucu kararlarıyla sona ermesi durumunda, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesinin akıbeti konusunda TMK’da genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Türk kanun koyucusu, evlilik birliğinin boşanma veya iptal kararı ile sona ermesi durumunda aile konutunun, kira sözleşmesine taraf olmayan eşe tahsisine imkan veren bir düzenlemeye seçimlik mal rejimlerinden paylaşmalı mal ayrılığı rejimine ilişkin md. 254 hükmünde yer vermiştir.

Türk Medeni Kanunu md. 254 hükmüne göre “Evliliğin iptal veya boşanma kararıyla sona erdirilmesi halinde, ailenin ortak kullanımına özgülenmiş ve eşler arasında eşit olarak paylaşma konusu olan konutta kalmaya ve ev eşyasını kullanmaya hangisinin devam edeceği konusunda eşler anlaşabilirler. Konutta kalma hakkını elde eden eş, bu hakkın tapu kütüğüne şerh edilmesini isteyebilir.

Eşlerin aile konutunda kimin kalmaya ve ev eşyasını kimin kullanmaya devam edeceği konusunda anlaşamamaları halinde, hakkaniyet gerektiriyorsa hakim, olayın özelliklerini, eşlerin ekonomik ve sosyal durumlarını ve varsa çocukların menfaatlerini göz önünde bulundurarak bu hakka hangisinin sahip olacağına iptal veya boşanma kararıyla birlikte re'sen karar verir; bu kararında kalma ve kullanma süresini belirleyerek tapu kütüğüne şerhi için tapu memurluğuna bildirir.

³⁰⁴ ŞEKER, s. 477, 478.

Hakim aksine karar vermedikçe hak, belirlenen sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer. Ancak, bu süre sona ermeden yararlanan tarafın durumunda değişiklik olması halinde, diğer taraf hakimden, kararın gözden geçirilmesini isteyebilir.

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 karar verilir”.

B.KİRALANANIN KİRA SÖZLEŞMESİNE TARAF OLMAYAN EŞİN KULLANIMINA BIRAKILMASI

1.Koşulları

a.Sözleşmesel Mal Rejimi Olarak Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminin Kabul Edilmesi

aa.Genel olarak

Türk Medeni Kanunu’nda yer alan mal rejimleri edinilmiş mallara katılma rejimi, mal ayrılığı rejimi, paylaşmalı mal ayrılığı rejimi ve mal ortaklığı rejimidir. Edinilmiş mallara katılma rejimi yasal mal rejimidir. Diğer mal rejimi tipleri ise sözleşmesel mal rejimleridir. Eşler, mal rejimi sözleşmesi ile kanunda yer alan sözleşmesel mal rejimi tiplerinden birinin uygulanmasını kararlaştırmadıkları takdirde, eşler arasında, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi uygulanır (TMK md. 202).

Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi, mehzaz İMK’da yer almayan, Medeni Kanun Tasarısını hazırlamakla görevli Komisyon tarafından kurulan alt komisyonun, mehzaz kanunun yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin, uygulanması ve özellikle tasfiye sırasında yaratabileceği güçlükleri ve sakıncaları azaltabilmek ve bu rejimi ülkemizin şartlarına uydurabilmek amacıyla bu mal rejiminde bir takım değişiklikler yapmak suretiyle geliştirdiği özgün bir mal rejimidir³⁰⁵.

³⁰⁵ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, s. 180.

Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi, Türk Medeni Kanunu hazırlamakla görevli olarak 1998 tarihinde kurulan Komisyon tarafından hazırlanan ilk taslakta yasal mal rejimi olarak kabul edilmişti. Ancak, taslağın, tasarıya dönüşmesi aşamasında yasal mal rejimi olarak mehzaz kanunda olduğu gibi edinilmiş mallara katılma rejimi yasal mal rejimi olarak kabul edilirken, paylaşmalı mal ayrılığı rejimi sözleşmesel mal rejimi olarak düzenlenmiştir³⁰⁶.

Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde, evlilik birliği devam ederken, edinilmiş mallara katılma rejiminde olduğu gibi mal ayrılığı esası bulunmaktadır³⁰⁷. TMK md. 244 hükmüne göre “Eşlerden her biri, yasal sınırlar içerisinde kendi malvarlığı üzerinde yönetim, yararlanma ve tasarruf haklarını korur”. TMK md. 246 hükmüne göre “Eşlerden her biri, kendi borçlarından bütün malvarlığıyla sorumludur”. Görüldüğü üzere, evlilik birliği devam ederken, eşlerden her biri, ister evlilik birliği içinde edinilmiş olsun, ister kişisel mal niteliğinde olsun, kendi malvarlığı üzerinde (yasal sınırlar dahilinde) serbestçe yararlanma ve tasarruf etme hakkına sahiptir; diğer taraftan, her eş, kendi borçlarından bütün malvarlığıyla sorumludur³⁰⁸.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde, eşlerin malvarlıkları kendi içinde yatay bir bölümlenmeye tabi olur ve kişisel mal-edinilmiş mal olarak ayrılır³⁰⁹. Paylaştırmalı mal ayrılığı rejiminde ise mallar, paylaşırma konusu mallar, paylaşırma dışı mallar ve paylı mallar olarak ayrılır.³¹⁰

Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi (diğer mal rejimlerinde de olduğu gibi) eşlerden birinin ölümü, başka bir mal rejiminin kabulü ile ya da mahkemenin evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesine yahut mal ayrılığına geçilmesine karar vermesiyle sona erer (TMK md. 247).

³⁰⁶ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, birinci bası s. 418; GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 428; mal rejimlerinin kanunlaşma süreci ile ilgili olarak bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Ankara, 2002, s. 418.

³⁰⁷ ACAR, Aile Konutu, s. 309; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 182; BÜYÜKTANIR, Tahir, “Türk Medeni Kanunu’nda Eşler Arasındaki Yasal Mal Rejimi”, ABD, S.1, 2002, s. 126; ÖZTAN, s. 314.

³⁰⁸ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, s. 182, 183, BAŞPINAR, Veysel, “Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu konuda Bazı Önerilerimiz”, AÜHFD, C.52, S.1, 2003, s. 91.

³⁰⁹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, birinci bası s. 419.

³¹⁰ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, s. 182.

Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin tasfiyesinde, her eş, diğer eşte bulunan mallarını geri alır. Üstün yararı olduğunu ispat eden eş, diğer önlemler yanında, eşine payının ödeme günündeki karşılığını vermek suretiyle paylı mülkiyetteki malın kendisine verilmesini isteyebilir (TMK md.248).

Eşlerden her biri, diğer eşe ait olan ve paylaşırma dışı kalan bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç ya da uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunmuşsa; katkıdan doğan bu hakkına karşılık olarak, söz konusu paylaşırma dışı mal veya ikame değeri için katkısı oranında hakkaniyete uygun bir bedel ödenmesini isteyebilir (TMK md. 249).

Malların paylaşırılması aşamasında, paylaşırma konusu mallar veya bu malların ikame değerleri, eşler arasında eşit olarak paylaşırılır. Paylaşırmaya konu malların nelerden ibaret olduğu TMK md. 250 hükmünde “aileye özgülenen mallar” başlığı altında sayılmıştır. Buna göre, eşler tarafından paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin kurulmasından sonra edinilmiş olup ailenin ortak kullanım ve yararlanmasına özgülenen mallar ile ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar ve bunların yerine geçen değerler paylaşırma konusu mallardır. Aile konutu ve bu konutta bulunan ev eşyaları, ailenin ortak kullanım ve yararlanmasına tabi malların başında geldiğinden, paylaşırma konusu mal olarak tasfiye edilir³¹¹.

Manevi tazminat alacakları, miras yoluyla edinilen mallar ile karşılıksız kazandırmada bulunanın açık iradesinden aksi anlaşılmadıkça, sağlararası veya ölüme bağlı tasarruflarla edinilen mallar, paylaşırma dışı kalan mallardır. Bu nitelikteki mallar üzerinde hak sahibi olmayan eş, tasfiye sırasında mal rejiminden kaynaklanan bir hakka sahip değildir.

Paylaşırmalı mal ayrılığı rejiminin, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminden en önemli farkı, tasfiyeden doğan hakkın hukuki niteliğidir. Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin talep hakkı, alacak hakkı niteliğindedir; buna karşılık, paylaşırmalı mal ayrılığı rejiminden doğan talep hakkı aynı

³¹¹ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, s. 184, 185; BAŞPINAR, s. 91; DOĞAN, Murat, “Mal Rejimlerinin Tasfiyesinde ve Mirasın Paylaşımında Aile Konutu ve Ev Eşyası”, EÜHFD, C.VII, S.3-4, Aralık 2003, s. 649; ÖZTAN, s. 314; UÇAR, Aile Konutu, s. 17.

niteliktedir³¹². TMK md. 253 hükmüne göre “Paylaştırmanın ayın olarak yapılması asıldır. Buna olanak yoksa bedel eklemek suretiyle paylar denkleştirilir. Eşlerden birinin diğerine ödeyeceği bedel, malların tasfiye anındaki sürüm değerlerine göre hesaplanır. Bu hesaplamada paylaşım konusu malların edinilmesinden doğan borçlar indirilir (f.1).Denkleştirme bedelinin derhal ödenmesi kendisi için ciddi güçlükler doğuracaksa, borçlu eş ödemelerin uygun bir süre ertelenmesini isteyebilir (f.2).Aksine anlaşma yoksa, tasfiyenin sona ermesinden başlayarak denkleştirme bedeline faiz yürütülür; durum ve koşullar gerektiriyorsa ayrıca borçludan güvence istenebilir (f.3)”.

bb.Sözleşmesel mal rejimi olarak paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin kabul edilmiş olması

Mehaz İMK’nın aksine, TMK’da evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde, aile konutunun hak sahibi olmayan eşe tahsis edilmesine ilişkin olarak, boşanmanın hüküm ve sonuçları arasında yer alan ve tüm mal rejimleri bakımından uygulanma imkanı sağlayan genel bir düzenleme yoktur. Türk kanun koyucusu, evlilik birliğinin boşanma veya iptal kararı ile sona ermesi halinde, aile konutunda, hak sahibi olmayan eşin barınmasına imkan veren bir düzenlemeyi yalnızca sözleşmesel mal rejimi olan paylaşmalı mal ayrılığı rejimini için öngörmüştür.

Türk Medeni Kanunu md. 254/f.4 hükmünün uygulanabilmesi için, eşlerin mal rejimi sözleşmesi ile paylaşmalı mal ayrılığı rejimini kabul etmiş olmaları zorunludur. Mal rejimi sözleşmesi, evlenmeden önce yapılabileceği gibi evlilik birliği devam ederken de yapılabilir. Mal rejimi sözleşmesi, noterde düzenleme veya onaylama şeklinde yapılabilir. Ayrıca, evlenecek kişiler, evlenme başvurusu sırasında hangi mal rejimini seçtiklerini yazılı olarak da bildirebilirler. (TMK md.205). Mal rejimi sözleşmesi, ayırt etme gücüne sahip olanlar tarafından yapılabilir; küçükler ve kısıtlıların mal rejimi sözleşmesi yapabilmesi için yasal temsilcilerinin rızasının alınması ve sözleşmenin yasal temsilciler tarafından da imzalanması gerekir (TMK md. 204).

³¹² ACAR, Aile Konutu, s. 323; AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, s. 187; BÜYÜKTANIR, s. 128; CEYLAN, Ebru, “ “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun Mal Rejimleri İle İlgili Getirdiği Yeni Düzenlemeler, İBD, S.1, 2002, s. 86; KILIÇOĞLU, s. 266; KILIÇOĞLU, Ahmet, Edinilmiş Mallara Katılma, Ankara, 2002, s. 86; KILIÇOĞLU, Ahmet, Katkı-Katılma Alacağı, Ankara, 2011, s. 156.

Eşlerin, mal rejimine ilişkin bir sözleşme yapmamaları nedeniyle edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması veya sözleşmesel mal rejimi olarak mal ayrılığı veya mal ortaklığı rejiminin kabul etmeleri halinde TMK md. 254/f.4 hükmü uygulanmaz. Bunun gibi, sözleşmesel mal rejimi olarak paylaşmalı mal ayrılığı rejimi seçildikten sonra, eşlerin başka bir mal rejimi sözleşmesi yaparak diğer mal rejimlerinden birinin uygulanmasını kabul etmeleri halinde de TMK md. 254/f.4 hükmü uygulanma imkanına sahip olmayacaktır.

Daha önce de izah ettiğimiz üzere, aile konutu, aile bireylerinin tümünün barınma ihtiyaçlarını karşılayan, hayat akışlarını şekillendiren, anılarla dolu bir mekandır. Evlilik birliğinin sona ermesi nedeniyle aile konutunun sağladığı koruma sona ereceğinden, kira sözleşmesine taraf olmayan eş, barınma hakkını yitirecektir. Bunun da ötesinde, diğer eşin, mesleki, sosyal ve kültürel yaşamı sekteye uğrayabilecektir. Bu durum özellikle, çocuklar üzerinde olumsuz bir etki yaratacaktır. Çocukların, anne ve babalarının boşanmaları üzerine bir de alıştıkları düzeni kaybetmeleri, okul ve arkadaş çevresinden uzaklaşmak zorunda kalmaları, onları psikolojik yönden çok olumsuz etkileyecektir³¹³. Ülkemizde genellikle, kira sözleşmelerinin ekonomik gücü daha fazla olan erkek eşler tarafından imzalandığı, buna karşılık çocukların velayetlerinin anneye bırakıldığı düşünülürse, evliliğin boşanma veya iptal kararıyla sona ermesi halinde, konutun burada kalma hususunda daha üstün bir menfaati bulunan tarafa bırakılmasına imkan veren ve tüm mal rejimlerinde uygulanma imkanına sahip olan bir düzenlemenin yapılmamış olması çok büyük bir eksiklik³¹⁴.

Ülkemizde, eşler arasında çok büyük bir oranda yasal mal rejiminin uygulandığı, sözleşmesel mal rejimi kabul etme oranının çok düşük olduğu da göz önüne alındığında³¹⁵, TMK md. 254/f.4 hükmünün sağladığı koruma çok sınırlı bir çerçevede kalmakta ve ihtiyaçları karşılamaktan oldukça uzaklaşmaktadır. Kanaatimizce, mehzaz İMK md. 121 hükmünde olduğu gibi TMK'nın boşanmanın hüküm ve sonuçlarını düzenleyen hükümleri arasında, tüm mal rejimleri bakımından uygulanma imkanına

³¹³ ŞIPKA, s. 99

³¹⁴ CEYLAN, Mal Rejimleri, s. 143; ŞIPKA, s. 99.

³¹⁵ BÜYÜKTANIR, s. 104; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, birinci bası s. 418; ODENDAHL, Hanswerner, "Türk Medeni Kanunu'nun Yeni Mal Rejimi Hükümleri, Eksiklikleri ve Sorunları Üzerine Bir Karşılaştırma", Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan, Ankara, 2005, s. 493; ŞIPKA, s. 101.

sahip bir düzenleme yapmak çok daha yerinde olurdu. Böyle genel nitelikte bir düzenleme kaleme alınmamış olsa da, en azından, yasal mal rejiminin uygulanma çevresinin genişliği nazara alınarak, bu düzenlemenin sözleşmesel mal rejimi olan paylaşımlı mal ayrılığı rejimi yerine, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin hükümler arasında yer alması, TMK'yı istenilen koruma amacına daha yaklaştırırdı. Burada biz iyimser bir yorum yapıyoruz ve bu eksikliğin, taslağın ilk halinde paylaşımlı mal ayrılığı rejiminin yasal mal rejimi olarak kabul edilmiş olması nedeniyle geniş bir uygulama alanına sahip olma adına, paylaşımlı mal ayrılığı rejiminin hükümleri arasında düzenlendiğini, alt komisyon çalışmaları sırasında, edinilmiş mallara katılma rejimi, yasal mal rejimi olarak benimsenirken bu rejimin hükümleri arasında gerekli revizyonun yapılmasının ihmal edildiğini düşünüyoruz.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın md. 41 hükmü gereği, devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması için gerekli tedbirleri almak ve teşkilatı kurmakla yükümlüdür. Devlet, bu pozitif yükümlülüğü uyarınca, özellikle kadınların ve çocukların, başta barınma hakkı olmak üzere, yaşamsal menfaatlerinin korunması adına, evlilik birliğinin boşanma veya iptal kararı ile sona ermesi halinde, konut üzerindeki hak sahipliğine bakılmaksızın, konutun üstün menfaati bulunan eşe tahsis edilmesine imkan veren, İMK md. 121 hükmünde olduğu gibi genel nitelikli bir yasal düzenleme yapmak zorundadır. Bu yönde bir yasal düzenleme yapılması halinde, Avrupa Birliği Bakanlar Komitesi'nin 16 Ekim 1981 tarih ve R (81) 15 no'lu Tavsiye Kararı'nın md. 3 ve 5 hükümleri ile tam bir uyum sağlanmış olur.

b.Evliliğin İptal veya Boşanma Kararı ile Sona Ermiş Olması

Türk Medeni Kanunu md. 254/f.4 hükmünün uygulanabilmesi için, paylaşımlı mal ayrılığı rejiminin uygulandığı evlilik birliğinin, evliliğin iptali veya boşanma kararı ile sona ermiş olması gerekir.

Evliliğin iptali ve boşanma davaları devam ederken evlilik birliği devam ettiğinden, kural olarak, TMK md. 194 ve TBK md. 349 hükmünün sağladığı koruma da sürecektir. Ayrıca, TMK md. 169 hükmü gereği, hakim barınma hakkına ilişkin geçici

önlemleri re'sen almak zorunda olduğundan, konuta daha fazla ihtiyacı olan eş, bu konutta barınabilecektir. Bu aşamada TMK md. 254/f.4 hükmü uygulanmaz.

Evlilik birliğinin, kiracı eşin ölümü nedeniyle sona ermesi halinde, TMK'da aile konutuna özgü bir koruma bulunmamaktadır. Esasen böyle bir korumaya ihtiyaç da yoktur. Zira, TBK hükümleri uyarınca, kiracının ölümü kira sözleşmesinin sona ermesine yol açmadığından, diğer eş TMK md. 599 hükmü gereği külli halefiyet yoluyla kira sözleşmesine taraf olacak ve kiralananda barınmaya devam edebilecektir.

c.Aile Konutunu Kullanma Hakkının Kira Sözleşmesinden Kaynaklanması

Türk Medeni Kanunu md. 254/f.4 hükmünün uygulanabilmesinin bir diğer koşulu, evlilik birliği devam ederken aile konutu vasfını taşıyan konutu kullanma hakkının kira sözleşmesine dayanmasıdır. Aile konutu olarak kullanılan konut, hizmet konutu veya lojman ise yahut konutu kullanım hakkı kapıcılık veya ariyet sözleşmesine dayanıyorsa bu hüküm uygulanamaz.

Türk Medeni Kanunu md. 254/f.4 hükmü, “Eşler konutta kira ile oturuyorlarsa hakim, gerektiğinde konutta kiracı sıfatı taşımayan eşin kalmasına karar verebilir” ifadelerini içermektedir. Hükümün lafzı, kira sözleşmesinde kiracı sıfatına yalnızca eşlerden birinin sahip olduğu hallere özgü olarak kaleme alındığından, doktrinde, haklı olarak, eleştirilmekte ve eşlerin kira sözleşmesini birlikte imzalamaları veya kira sözleşmesi eşlerden yalnızca biri tarafından imzalandıktan sonra diğer eşin TMK md. 194/f.4 hükmü ve TBK md. 349/f.3 hükmü uyarınca tek taraflı bildirim yoluyla kira sözleşmesine taraf olması ihtimallerinin de bulunduğu ifade edilmektedir³¹⁶.

Kanaatimizce de, hükmün, kira sözleşmesinin eşler tarafından kiracı sıfatıyla birlikte akdedilmesi veya başlangıçta kira sözleşmesine taraf olmayan eşin tek taraflı bildirim yoluyla sözleşmeye taraf olması ihtimalleri de nazara alınarak, birlikte kira ilişkilerini de kapsayacak bir şekilde kaleme alınması daha yerinde olurdu. Ancak, bu noktada hükmün lafzından değil, ruhundan hareket ederek yorum yapmak, hükmü, birlikte kira ilişkilerini de kapsayacak şekilde okumak gerekir. TMK md. 254/f.4 hükmünün ratio legis'i konutta barınma hususunda diğer tarafa oranla üstün bir

³¹⁶ DOĞAN, Mal Rejimleri, s. 676.

menfaati bulunan eşin mağduriyetini önlemektir. Birlikte kira ilişkisinin bulunduğu durumlarda da tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile çocukların menfaatleri dikkate alınarak, konutun taraflardan birine tahsis edilmesi icap edecektir. Kira sözleşmesinde kiracı sıfatına sahip olan eşi sözleşmeden çıkararak bu sözleşmeden doğan tüm hak ve yükümlülüklerin taraf olmayan eşe devredilmesine imkan veren bu hükmün, birlikte kirada kiracılardan birini sözleşme ilişkisi dışına çıkararak, üstün ihtiyaç sahibi eşi tek başına kiracı sıfatına sahip kılmak adına evleviyetle uygulanması gerekir. Böylelikle, evlilikleri sona eren taraflar arasındaki muhtemel ihtilaflar önlenilecek ve durumun mahkeme kararına bağlanması somut olay adaletinin tesis edilmesine imkan verecektir. Aksi bir yorum, evlilikleri mahkeme kararı ile sona eren tarafların birlikte kiracı olmaları gibi anlamsız bir duruma yol açar.

d.Gereklilik

Türk Medeni Kanunu md. 254/f.4 hükmünün lafzında, evlilik birliğinin boşanma veya evliliğin iptali ile sona ermesi üzerine, kiralananın sözleşmeye taraf olmayan eşe tahsis edilebilmesi noktasında “gereklilik” ölçütü esas alınmıştır. Bu hükmü, kira sözleşmesinin, kiralanan konutta barınmaya devam etmek konusundaki kişisel ihtiyaçları veya çocukların gereksinimleri gereği, üstün menfaati bulunan eşe devredileceği şeklinde okumak gerekir.

Kiralanan konutta hangi eşin barınmaya devam edeceği belirlenirken, tarafların mesleki, sosyal, ekonomik durumları ile sağlık sorunları gibi şahsi sorunları, çocukların velayetinin hangi tarafa bırakıldığı hareket noktası olarak kabul edilmeli ve gerek eşler gerekse çocuklar için en uygun sonuca ulaşılmaya çalışılmalıdır³¹⁷.

e.Kiralananın Mahkeme Kararı ile Kira Sözleşmesine Taraf Olmayan Eşe Bırakılması

Türk Medeni Kanunu md. 254/f.4 hükmü, sözleşme serbestisi ve sözleşmelerin nisbiliği ilkelerine aykırı bir şekilde, tarafların (özellikle kiraya verenin) iradesi dışında kira sözleşmesinde değişiklik yapılmasına yol açmaktadır³¹⁸. Bunu sağlayacak olan ise,

³¹⁷ DOĞAN, Mal Rejimleri, s. 676.

³¹⁸ KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 9, 10.

hakim tarafından verilecek olan değiştirici yenilik doğurucu h k md r. Bu hüküm, karar tarihinden itibaren etkili olmak üzere sonuç doğuracaktır (HMK md. 208).

Hakim, paylaşmal  mal ayr lığ  rejiminin uygulandığı evlilik birliğ  ile ilgili boşanma ve iptal davalarında, somut olaydaki tüm hususi durumları nazara alarak, hangi tarafın konutta kalmaya devam etmesinin hakkaniyete daha uygun olacağını takdir edecek ve buna göre karar verecektir (TMK md. 4). Hakim takdir yetkisini kullanırken, özellikle, eşlerin sosyal ve ekonomik durumunu, sağlık sorunlarını ve çocukların kimin yanında kalacağ n  dikkate almalıdır³¹⁹.

Açılmış olan boşanma ve evliliğ n iptali davalarında, hakimin, kira sözleşmesinin değiştirilmesi sonucu doğuracak bu yönde bir karar verebilmesi, taraflardan birinin talepte bulunmasına bağlıdır (HMK md. 26).

TMK md. 254 hükmü, bu yöndeki talebin boşanma veya iptal davaları ile birlikte inceleneceğ  şeklinde kaleme alınmış olsa da, kanaatimizce bu talep, bağımsız bir dava olarak da ileri sürülebilmelidir.

Hakim, sözleşmede değişiklik yapılmasına dair bir karar verirse, TMK md. 254 hükmü gereğ , kiraya verenin haklarını güvence altına almak için gerekli düzenlemenin yapılmasına re’sen karar verir³²⁰.

2.Hüküm ve Sonuçları

Mehaz  MK md. 121 hükmünde, hakimin, kira sözleşmesinden doğan hak ve yükümlülükleri, eşlerden birine devredebileceğ i açıkça belirtilmiştir. TMK md. 254 hükmünde ise hakimin “konutta kiracı sıfat  taşımayan eşin kalmasına karar verebileceğ i” belirtilmiş, ancak, kiracı sıfat  taşımayan eşin kiralananda kalmaya devam etmesinin hangi yolla sağlanacağ ı, bu kararın hükmü ve sonuçları konusunda açık bir düzenleme yapılmamıştır.

Doktrindeki bir görüş, TMK md. 254/f.4 hükmünde açık bir düzenleme yapılmamış olmasından hareketle, açık bir yasal düzenleme ve emredici hüküm

³¹⁹ DOğAN, Mal Rejimleri, s. 676.

³²⁰ DOğAN, Mal Rejimleri, s. 678.

bulunmaması sebebiyle, hakimin kira sözleşmesinin taraflarında bir değişiklik meydana getirecek karar veremeyeceğini ileri sürmektedir. Bu görüşe, göre TMK md. 254/f.4 hükmünün uygulanmasında hakim ancak, kira parasının kimin tarafından ödeneceğine ve diğer eşin sözleşmeye dahil olacağına dair bir karar verilebilir. Bu durumda boşanan eşler aile konutu ile ilgili yapılan kira sözleşmesinde TMK md. 194/f.4 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle müteselsil borçlu durumuna geleceklerdir³²¹.

Bu yöndeki bir diğer görüş ise, TMK md. 254/f.4 hükmü ile, kiracı olmayan eşin, kiracı eşle birlikte kira sözleşmesine taraf haline getirildiğini ve düzenlemenin isabetli olmadığı belirtmektedir. Zira, evlilik birliği boşanma veya iptal ile son bulduğunda, artık eşler kiralık olan konutta birlikte yaşamayacakları için, kiracı olmayan eşin, mahkeme kararı ile diğer eşle birlikte kira sözleşmesinin tarafı olması anlamsızdır. TMK md. 194/f.4 hükmünde, kira sözleşmesine taraf haline gelen eşin, bu sözleşme nedeniyle müteselsil sorumlu olacağı belirtildiği halde, paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde, TMK md. 254/f.4 hükmünde bu konuda bir hükme yer verilmemiştir³²².

Kanaatimizce, TMK md. 254/f.4 hükmünün yalnızca lafzından hareketle yapılan bu yorumlar yerinde değildir. Hükmün lafzında, hakim tarafından verilecek kararın sınırlandırıldığına ilişkin bir ifade bulunmazken; yorum yoluyla, hakim tarafından verilecek kararın sözleşmeye katılma niteliğinde olacağını ve sözleşmenin devrine karar verilemeyeceğini söylemek anlamsızdır³²³. Ayrıca, hüküm hakkında yorum yaparken, sadece madde metni değil, hükmün ruhu da nazara alınmalıdır. Hükmün ruhunun belirlenmesinde de madde gerekçesi yol gösterici olur. TMK md. 254/f.4 hükmünün gerekçesinde “Maddenin son fıkrası ile eşlerin birlikte yaşadıkları konutun kiralık olması hâlinde, hâkimin, kiracı sıfatına sahip olmayan eşe kullanım hakkını verebileceği ve kira sözleşmesini bu yönde değiştirebileceği kabul edilmiştir. Burada kira sözleşmesinin taraflarında hâkim kararıyla değişiklik söz konusu olacaktır. Madde, bu durumda hâkimin, iptal veya boşanma kararıyla birlikte re'sen, kiralayanın sözleşmeden doğan haklarını güvence altına alabilme yetkisini de hükme bağlamıştır. Örneğin hâkim, kiracı tarafından verilen güvencelerin yerine, yeni eşin kiracılık sıfatının başlaması

³²¹ ŞİPKA, s. 101.

³²² KILIÇOĞLU, s. 54, 55; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 16, 17.

³²³ DOĞAN, Mal Rejimleri, s. 676, 677, dpn. 82.

üzerine güvencenin bu eş tarafından verilmesine karar verebilir” ifadeleri yer almaktadır. Görüldüğü üzere, madde gerekçesinde, hakimin sözleşmede taraf değişikliğine karar verebileceği belirtilmektedir. Bu sözleşme değişikliğini, sözleşmeye katılma olarak değil, sözleşmenin devri olarak yorumlamak gerekir. Zira, sözleşmeye katılma durumunda, boşanma veya evliliğin iptali kararı ile evlilikleri sona eren eşler, birlikte kira ilişkisi nedeniyle sık sık karşı karşıya gelmek zorunda kalacak ve taraflar arasında ihtilaflar yaşanabilecektir³²⁴. Üstelik, boşanma ve evliliğin iptali davası sonucunda eşler ayrı yaşayacaklarından konutu kullanmayacak tarafı, müteselsil borçlu kılmak da doğru olmayacaktır.

Bu durumda, TMK md. 254/f.4 hükmünü, kira sözleşmesinin yasal olarak devrine imkan veren bir hüküm olarak kabul etmek gerekir. Kira sözleşmesinin devrine karar verilmesi üzerine, mevcut kira sözleşmesi devam etmekle birlikte, sözleşmenin kiracı sıfatında bir değişiklik meydana gelmektedir³²⁵. Sözleşmede kiracı sıfatına sahip olan eş, bu kararla sözleşmeden tam ve kesin olarak ayrılır ve diğer eş kiracı sıfatıyla, onun yerine sözleşmeye taraf olur (TMK md. 323). Kiracı eşin, kira sözleşmesinden doğan bütün hak ve borçları diğer eşe geçer (TMK md. 205).

Mahkeme tarafından kira sözleşmesinin devri hususunda verilen karar ileriye etkili olarak sonuç doğurur. Sözleşmenin devrinden önce doğan hak ve borçlar ilk kiracıya aittir; devir tarihinden sonra doğacak hak ve borçlar ise kira sözleşmesini devralan eşe ait olur.

Türk Borçlar Kanunu md. 323 hükmüne göre, kira ilişkisinin devri, kiraya verenin yazılı rızasının alınmasına bağlıdır. TMK md. 254/f.4 hükmü ise, sözleşme serbestisi prensibine aykırı bir şekilde, kiraya verenin bilgi ve iradesi dışında, mahkeme tarafından verilecek değiştirici yenilik doğurucu bir kararla kira sözleşmesinin devrine yol açmaktadır. Bu nedenle, kiraya verenin, kira sözleşmesinden doğan hakları teminat altına alınmalı, iradesi dışında sözleşmede meydana gelen bu değişiklik sonucu zarara uğraması engellenmelidir. Bu hususu göz önünde bulunduran kanun koyucu TMK md. 254/f.4 hükmünde, bu yönde bir karar verilmesi halinde kiraya verenin sözleşmeden

³²⁴ DOĞAN, Mal Rejimleri, s. 677, dpn. 82

³²⁵ AYRANCI, s. 58-63 ve s. 83.

doğan haklarını güvenceye almak için gerekli düzenleme yapılmasına iptal veya boşanma kararıyla birlikte re'sen karar verileceğini belirtmiştir. Hakim, öncelikle, kira sözleşmesindeki değişikliğin kiraya verene bildirilmesine karar vermelidir. Hakim, gerekiyorsa, kiracı sıfatına sahip kılınan eşin kiraya verene güvence vermesini hüküm altına alabilir³²⁶.

Mehaz İMK'nın md. 121 hükmünde, kira sözleşmesinin devrine karar verildiği tarihe kadar kiracı olan eşin, kira bedellerinde iki yıldan fazla olmamak kaydıyla, kira sözleşmesinin sözleşme veya kanundan doğan nedenlerle sona erdiği veya sona erdirilebileceği tarihe kadar müteselsilen sorumlu olacağı ve kira bedelini ödediği takdirde diğer eşe ödemekle yükümlü olduğu nafaka borcu ile takas etme hakkına sahip olacağı belirtilmektedir. Kanaatimizce, TMK'da da, kiraya verenin kira alacağını teminen, karar öncesinde kiracı sıfatına sahip olan eşin, belirli süreyle sınırlı olarak, kira bedelinin ödenmesinden müteselsilen sorumlu olacağı ve kiraya verene ödemedede bulunması halinde bu bedeli, nafaka borcu ile takas edebileceği düzenlenmesine yer verilmelidir.

V.KİRA SÖZLEŞMESİNE BENZER HUKUKİ KURUMLARDA MK 194 HÜKMÜ İLE TBK 349 HÜKMÜNÜN UYGULANABİLİRLİĞİ

A.LOJMANLAR VE İŞVERENCE TAHSİS EDİLEN KONUTLARIN KULLANIMI

Aile bireylerinin sürekli olarak yaşam merkezi haline getirdikleri konut, eşlerden birine, kamu kurumu veya işveren tarafından tahsis edildiği takdirde, söz konusu konutların aile konutu olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği ve bu bağlamda bu konutlarla ilgili olarak TMK md. 194 hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı konusunda ne 2946 sayılı Kamu Konutları Kanunu ve ilgili yönetmelikte (Kamu Konutları Yönetmeliği) ne de TMK'da hüküm bulunmaktadır.

Kamu konutları ve lojmanlarla ilgili olarak TMK md. 194 hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

³²⁶ DOĞAN, Mal Rejimleri, s. 677.

Doktrindeki bir görüşe göre, kamu konutları ile lojmanların eşlerden birine tahsis edilmesi durumunda, TMK md. 194 hükmü anlamında bir kira sözleşmesinden bahsedilemeyeceğinden bu tür konutlar TMK md. 194 hükmü uyarınca korunmazlar³²⁷. Bu doğrultudaki bir görüşe göre, bu tür konutları TMK md. 194 hükmü kapsamına sokmak, hizmet sözleşmesinin feshi ile birlikte aile konutu olarak kullanılan lojmanın kaybına neden olacağından, hizmet sözleşmesini feshetme hakkının diğer eşin rızasına bağlı kılınması gibi bir sonuca yol açar, bu durum ise çalışma özgürlüğüne müdahale anlamı taşır; İMK md. 169 hükmünün gerekçesinde de, çalışan eşin iş ilişkisinin öncelikli olduğu ve iş alanında özgür iradesiyle karar verme gereğinin bir kişilik hakkı olarak aile konutundan daha öncelikli olarak korunması gerektiği belirtilmiştir³²⁸.

Bir diğer görüşe göre ise, kamu konutları ve lojmanlar hakkında da TMK md. 194 hükmü uygulanabilir, buna göre, kendisine konut tahsis edilen eşin bu konuttan çıkmasını zorunlu kılacak bir sebep (örneğin, emekli olma, tayin, lojman tahsisinin iptali) mevcut olmadıkça kendisine lojman tahsis edilen eş, diğer eşin rızası olmadan lojmandan çıkamaz³²⁹.

Bu iki farklı görüşü, TMK md. 194 hükmünün ratio legis'ini ve anayasal güvenceye sahip çalışma özgürlüğünü dayanak alarak bağdaştıran ve bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise, TMK md. 194 hükmünde geçen “kira sözleşmesi” kavramı geniş olarak yorumlanmalı ve kullanımı kira sözleşmesine dayanmayan kamu konutları ve lojmanlar ile ilgili olarak, kendisine konut tahsis edilen eşin çalışma özgürlüğü sınırlanmadıkça, bu konutların tahliyesinde diğer eşin rızasını aranmalıdır³³⁰.

Gerçekten de kamu kurumları ve işverenler tarafından tahsis edilen konutları kullanım hakkı teknik olarak kira sözleşmesi olarak nitelendirilemez³³¹. Ancak, TMK

³²⁷ KAMACI, s. 127; KILIÇOĞLU, s. 48; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 10; NEBİOĞLU ÖNER, s. 136; ÖZÜĞÜR, s. 539; PARLAK, s. 117; UÇAR, Aile Konutu, s. 64, dpn. 110.

³²⁸ PARLAK, s. 118.

³²⁹ ÇABRİ, s. 403; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, birinci bası s. 205.

³³⁰ AYAN, s.111; DOĞAN, Aile Konutu, s. 296; ŞİPKA, s. 116.

³³¹ Her ne kadar Kamu Konutları Kanunu'nda “kira bedeli”nden ve Kamu Konutları Yönetmeliği'nde “kiralama suretiyle konut sağlanması”ndan söz edilse de kamu konutlarının tahsisi teknik anlamıyla kira sözleşmesi olarak kabul edilemez. Zira, bu ilişki, kamusal bir görevin yerine getirilmesine bağlı olup sözleşme özgürlüğü çerçevesinde akdedilen bir sözleşmeye değil kaynağını tamamen yasal metinlerde bulan ve idare tarafından gerçekleştirilen tek taraflı işleme dayanmaktadır. Öte yandan hizmet (iş)

md. 194/f.1 ve TBK md. 349/f.1 hükmünün, bir eşin kötüniteli veya düşüncesizce işlemlerine karşı diğeri eşin ve bir bütün olarak ailenin korunmasına böylelikle kamusal menfaatlerin sağlanmasına hizmet ettiğı düşünöldüğünde, bu hükümlerin yalnızca lafzına bağılı kalınmamalı ve kira ilişkisine benzer ilişkilerde de bu hükümler uygulanmalıdır. Ancak, bu yorum yapılırken çok hassas bir terazi kullanılmalıdır. Zira, Anayasamızın 48. maddesi herkese, dilediğı alanda çalışma ve sözleşme yapma özgürlüğü tanımıştır. Aile konutunu kullanım hakkının sona erdirilmesini mutlak olarak diğeri eşin rızasına bağlamak anayasal güvenceye sahip çalışma özgürlüğünün sınırlanması sonucunu doğurur. Anayasa'nın md. 13 hükmüne göre, temel hak ve özgürlükler yalnızca açık bir kanuni düzenlemeye bağılı olarak sınırlanabilir. Lakin, aile konutunun korunması amacıyla çalışma özgürlüğünün sınırlanabileceğine ilişkin bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, kamu konutları ve lojmanlarda TMK md. 194/f.1 hükmü ile TBK md. 349/f.1 hükmünün uygulanabilmesi için, diğeri eşin rızasına bağlanan işlemin kendisine konut tahsis edilen eşin çalışma özgürlüğünü sınırlamaması gerekmektedir. Bir eşin, kamusal görevinden istifa etmesi veya hizmet sözleşmesini olağan veya olağanüstü fesih bildirimini yoluyla sona erdirmesi yahut da ikale sözleşmesi yapması, konutu kullanım hakkını sona erdirse de bu türden işlemleri diğeri eşin rızasına bağlamak çalışma özgürlüğünü ihlal eder, bu nedenle bu tür işlemlerde diğeri eşin rızası aranmamalıdır. Kamusal görev yahut hizmet sözleşmesi devam ederken, kamu konutu veya lojmandan ayrılmak için zorunlu bir neden bulunmadığı halde konutu kullanım hakkından feragat edilmesi diğeri eşin rızasına bağılı olmalıdır.

Belirtmek gerekir ki, kamu konutları ve lojmanlarla ilgili olarak TMK md. 194/f.4 ile md. 254/f.4 hükmü ve TBK md. 349/f.3 hükmünün uygulanması mümkün değildir. Zira, kamu konutları ve lojmanlar, görev veya hizmetle bağlantılı olarak eşlerden birine tahsis edilir. Diğeri eş, idareye veya işverene bildirimde bulunarak, kullanım hakkını sona erdiren işlemlerin kendisine tebliğ edilmesini sağlayamaz. Boşanma veya evliliğin iptali halinde de, yalnızca, görevli olan veya hizmet sözleşmesinin tarafı olan eş konutu kullanabilir. Mahkeme tarafından aksine bir karar verilemez.

sözleşmesine bağılı olarak işveren tarafından konut sağlanması durumunda da, kullanım hakkı hizmet (iş) sözleşmesinden kaynaklanmaktadır.

B.KULLANIM ÖDÜNCÜ SÖZLEŞMESİ

Kullanım öduncü sözleşmesi, ödünç verenin bir şeyin karşılıksız olarak kullanılmasını, ödünç alana bırakmayı ve ödünç alanın da o şeyi kullandıktan sonra geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir (TBK md. 379).

Kullanma hakkı, kullanım öduncü sözleşmesine dayanan konutlarda TMK md. 194 ve TBK md. 349 hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı konusunda doktrinde görüş birliği yoktur.

Doktrindeki bir görüşe göre, aile konutu üzerindeki şahsi hak kullanım öduncü sözleşmesine de dayanabilir ve kullanım öduncü sözleşmesine konu konutlar bakımından da TMK md. 194/f.1 hükmü uygulanabilir³³². Buna göre, aile konutu üzerinde kullanım öduncü sözleşmesinden doğan şahsi hakkı bulunan eş, diğer eşin rızası bulunmadan kullanım öduncü sözleşmesini sona erdiremez ve sözleşmeden doğan haklarını sınırlayamaz.

Bir diğer görüşe göre, konutu kullanma hakkı, kullanım öduncü sözleşmesine dayanıyorsa, TMK md. 194 ve TBK md. 349 hükmünün uygulanması mümkün değildir³³³. Bu görüşü savunanlardan ACAR'a göre³³⁴, kanun koyucu madde metninde "kira sözleşmesi"ni bilinçli olarak saymıştır. Maddenin amacından yola çıkarak da kullanım öduncü sözleşmesine konu konutlarda TMK md.194/f.1 hükmü uygulanamaz. Yazara göre, TMK md. 194/f.1 hükmü ile TMK md. 194/f.4 hükmünü birlikte değerlendirmek gerekir. Kira sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu gibi tarafların edimleri şahsa bağlı değildir. Kullanım öduncü sözleşmesi ise eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmesidir, ödünç alan kullanım hakkının karşılığı olarak bir bedel ödemez. Bu sözleşmede TMK md. 194/f.1 ve f.4 hükmü uygulanmaz. Aksi durumda, ödünç verenin menfaatleri korunamaz. TMK md. 194/f.1 hükmünde, kira sözleşmesine taraf olmayan eş kiraya verene bildirimde bulunarak müteselsil borçlu haline gelir, kira sözleşmesinden doğan para borcunda ise şahıs önemli değildir; kiraya verenin menfaati zarar görmemekte üstelik karşısına müteselsil borçlu çıkmaktadır.

³³² AYAN, s. 111; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, birinci bası s. 207 ; KAMACI, s. 126; PARLAK, s. 60.

³³³ ACAR, Aile Konutu, s. 39, 40; GİRAY, s. 428; GÜMÜŞ, Şerhler, s. 28, dph. 56.

³³⁴ ACAR, Aile Konutu, s. 39, 40.

Oysa, bu hüküm kullanım ödünç sözleşmesinde uygulanırsa ödünç verenin menfaatleri zarar görür. Üstelik ödünç sözleşmesi, hatır ilişkilerine dayanır, TMK md. 194/f.4 hükmü ise ödünç verenin normalde hiç ödünç vermeyeceği bir kişi ile ödünç ilişkisine girmesine neden olur.

Kanaatimizce, TMK md. 194 ve TBK md.349 hükümlerinin ratio legis'i göz önüne alındığında, bu hükümler, kullanım ödünç sözleşmesinin niteliğiyle bağdaştığı ölçüde, ödünç konusu konut hakkında da uygulanmalıdır. TMK md. 194 ve TBK md. 349 hükümlerinin amacı, konut üzerinde hak sahibi olan eşin haksız ve kötünietli davranışlarına karşı diğer eşin mağdur duruma düşmesini engellemek, aileyi korumaktır. Kanun koyucu, aile konutuna özgü korumayı yalnızca, konut üzerinde TMK md. 194/f.1 hükmünde sayılan hakların bulunmasına bağlamamıştır, zira, madde metninde genel bir ifadeyle, hak sahibi eşin, diğer eşin rızası olmadan “aile konutu üzerindeki hakları sınırlamayacağı” belirtilmiştir. Ayrıca, kullanım ödünç sözleşmesi, ivazsız bir sözleşme olması sebebiyle kira sözleşmesinden ayrılrsa da bu iki kullandırma sözleşmesinin birbirine olan yakınlığı nedeniyle, kira sözleşmesine ilişkin hükümler, kullanım ödünç sözleşmesi bakımından tamamlayıcı hüküm niteliğini taşır³³⁵. Bu bakımdan, TMK md. 194/f.1 ve TBK md. 349/f.1 hükümleri, aile konutu üzerindeki şahsi hakkın kullanım ödünç sözleşmesinden kaynaklandığı hallerde de uygulanmalıdır. Ödünç alan eş, diğer eşin rızası olmadan sözleşmeyi sona erdirememelidir. Aksi bir kabul, ödünç alan eşin düşüncesizce veya kötünietli davranışları sebebiyle diğer eşin ve varsa çocukların barınma hakkının ihlal edilmesine ve aile konutu üzerindeki menfaatin zarar görmesine neden olur. Kullanım ödünç sözleşmesinin hatır ilişkisine dayanması sebebiyle, ödünç alan eşin, ödünç verenle muvazaalı işlemler yaparak, eşini konuttan tahliye ettirmesi ihtimali kira sözleşmelerine nazaran daha yüksektir. Buna karşılık, TMK md. 194/f.4 ve TBK md. 349/f.3 hükümleri, kullanım ödünç sözleşmesinin niteliğine uygun düşmediğinden, sözleşmeye taraf olmayan eş, ödünç verene yönelteceği tek taraflı beyanla sözleşmeye katılamaz. Zira, kullanım ödünç sözleşmesinde, ödünç veren, kullandırma borcunun karşılığı olarak bir hakka sahip olmaz ve genellikle, bu sözleşmenin yapılmasında ödünç verenin kişisel bir menfaati bulunmaz. Ödünç veren, bu sözleşmeyi bir hatır

³³⁵ GÜMÜŞ, Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, İstanbul, 2008, s. 451; TANDOĞAN, s. 294

ilişkinde istinaden yapar. Hal böyle iken, ödünç vereni, iradesi dışında gerçekleşen tek taraflı bir bildirimle, kişisel bir yakınlığı bulunmayan bir alacaklıyla muhatap etmek ve borç yükünü arttırmak hakkaniyet ilkeleri ile bağdaşmaz.

C.KAPICILIK SÖZLEŞMESİ

Kapıcılık sözleşmesi, bir tarafın bir binada oturanlara hizmet etmekle, diğer tarafın ise bu hizmet karşılığı ücret ödemek ve konut sağlamakla yükümlü olduğu karma sözleşmedir³³⁶. Kapıcılık sözleşmesi bünyesinde hizmet ve kira sözleşmesinin unsurlarını barındırmaktadır³³⁷.

Kapıcılık sözleşmesi devam ederken kullanılan konut, ailenin yaşam merkezi haline getirilmiş olabilir. Bu durumda bu konutlarla ilgili olarak TMK md. 194 ve TBK md. 349 hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı belirlenmelidir.

ŞİPKA'ya göre, bu hallerde sözleşmeye taraf olan eşin aile konutu üzerinde TMK md. 194 anlamında, diğer eşin rızasına tabi olarak kullanabileceği bir hakkı yoktur. Ancak, somut olaylarda bu tür konutların işveren tarafından işçiye düşük bir bedel karşılığı kira sözleşmesi ile sağlanması söz konusu olduğunda³³⁸, bu kira sözleşmesinin feshinde yine TMK md. 194 uygulanabilir. Hizmet sözleşmesi feshedilmeden sadece konuttan çıkmak için kira sözleşmesi feshedilirse, diğer eşin rızası aranır. Fakat, kira sözleşmesinin feshi, aynı zamanda hizmet sözleşmesinin feshine bağlıysa, diğer eşin rızası aranmaz.

Konut ve lojmanlar hususunda olduğu gibi kapıcılık sözleşmesine bağlı olarak kullanılan konutlar bakımından TMK md. 194 ve TBK md. 349 hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı belirlenirken, sözleşmeye taraf olan eşin çalışma özgürlüğüne bağlı

³³⁶ PARLAK, s. 118; ŞİPKA, s. 116; GÜMÜŞ, Borçlar Hukuku, s. 14;

³³⁷ Kapıcılık sözleşmesinin asli unsurları kanunlarda düzenlenmemekle birlikte, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 110. maddesinde ve bu maddeye istinaden çıkarılan Kapıcı Konutları Yönetmeliği'nde, sözleşme muhtevasında yer alan hizmet edimine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Yönetmeliğe göre "Kapıcıya görevi nedeniyle konut verilmesi zorunlu değildir". Kapıcıya konut verilmemesi durumunda, sözleşme yalnızca hizmet sözleşmesine ilişkin edimler içerdiğinden tipik sözleşme kategorisine girer.

³³⁸ Belirtmek gerekir ki İş Kanunu'na tabi hizmet (iş) sözleşmeleri bakımından, kapıcılık sözleşmesinde konutun kullanımı karşılığında "kira bedeli" kararlaştırılması mümkün değildir. KKY md.13/f.3 hükmüne göre "Kapıcıya, görevi nedeniyle verilmiş olan konut için iş sözleşmesinin devamı süresince kira istenemez". Ayrıca bkz. Yarg. 9. HD. 2010/ 21304 E, 2010/18191 K, 14.06.2010 T ; Yarg. HD. 2008/20594E, 2010/4447K, 22.02.2010 T (www.kazanci.com).

menfaati ile ailenin konuttan yararlanma konusundaki menfaati, hareket noktası kabul edilmelidir. Buna göre, konuttan yararlanma hakkının sona erdirilmesi, çalışma özgürlüğüne müdahale edilmediği sürece, diğer eşin rızasına bağlı olmalıdır. Bu bakımdan kapıcılık hizmeti devam etmesine rağmen yalnızca konutu kullanma hakkı sona erdiriliyorsa diğer eşin rızası aranmalıdır. Ancak, kapıcılık sözleşmesinin feshi konutun kaybına yol açtığı durumlarda, diğer eşin rızası aranmaz. Zira, sözleşmeye taraf olan eşin çalışma özgürlüğü, aile konutu üzerindeki menfaatlerden daha önde gelmektedir.

SONUÇ

Aile konutu kavramı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile Türk hukuk terminolojisine dahil olmuştur. Türk Medeni Kanunu'nun evliliğin genel hükümlerine ilişkin 194. maddesinde, aile konutu ile ilgili genel nitelikli bir düzenlemeye yer verilmekte, bunun dışında mal rejimlerine ilişkin md. 240, 254, 255, 279 hükümleri ile miras hukukuna dair md. 652 hükmünde aile konutuna özgü koruyucu hükümler yer almaktadır. 11 Kasım 2011 tarihinde kabul edilen ve 01 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da kullanım hakkı kira sözleşmelerine dayanan aile konutlarına ilişkin bir hükme yer verilmiştir

Türk Medeni Kanunu md. 194 hükmü, mal rejimlerinden bağımsız olarak tüm evlilik birliklerinde uygulanma imkanına sahip bir düzenlemedir. Aile konutu ile ilgili genel düzenlemeler bu hükümde yer almakla birlikte, madde metninde aile konutunun tanımı yapılmış değildir. Aile konutunu “resmi evlilik birliği ile bir araya gelen eşlerin, ortak yaşama yükümlülüğü gereği, sürekli ve fiili olarak ortak yaşamlarının merkezi haline getirdikleri, eşlerin ve varsa çocukların barınma ihtiyacını karşılayan, manevi değeri bulunan, konut olarak kullanılmaya elverişli taşınır veya taşınmaz eşya” olarak tanımlayabilmemiz mümkündür. Aile konutu, eşlerin “ortak konutu”ndan farklı, daha dar ve teknik nitelikte bir kavramdır. Aile konutu, eşlerin ortak konutudur fakat, her ortak konut, aile konutu niteliğini haiz değildir. Eşlerin ortak konutlarından yalnızca ailenin yaşam merkezi haline gelmiş bulunan konut, aile konutu olarak kabul edilir. Aile konutu kural olarak, tektir; ancak istisnai hallerde, ailenin yaşam merkezi haline gelme kriteri bağlamında, biri diğerinden üstün tutulamayacak birden çok konutun varlığı söz konusu olursa, aile konutuna ilişkin korumadan, eşit niteliklere sahip bu konutların tümü yararlanabilecektir. İkincil nitelikteki konutlar, aile konutu değildir. Kural olarak, aile konutuna özgü koruma, evlilik birliği kurulduğu tarihten, evlilik birliğinin, ölüm veya kesinleşen mahkeme kararı ile sona ermesine kadar sürer.

Kullanım hakkı kira sözleşmelerinden doğan aile konutlarına ilişkin düzenlemeler ise TMK'nın md. 194/f.1, 2, 4 hükümleri ile md. 254/f.4 hükmünde ve TBK'nın konut ve çatılı işyeri kiralarna ilişkin kısmı arasında bulunan md. 349 hükmünde yer almaktadır. Bu düzenlemelere büyük ölçüde, İsviçre Medeni Kanunu ve İsviçre Borçlar

Kanunu kaynaklık etmiştir. Ancak, Türk Kanun koyucusu, kullanım hakkı kira sözleşmelerine dayanan aile konutlarıyla ilgili düzenlemeler bakımından mehz kanunlardan oldukça farklı hükümler ihdas etmiştir.

Türk Medeni Kanunu'nun md. 194/f.1 hükmü ile kira sözleşmesinin feshi diğer eşin rızasına bağlanmıştır. Diğer eşin rızası, hem olağan fesih bildirimi hem de haklı sebebe dayanan olağanüstü fesih yoluyla kira sözleşmesinin sona erdirilmesinde aranacaktır. Doktrinde, kanunun ratio legis'inden hareketle, fesih ile aynı sonucu doğurabilen işlemlerde de diğer eşin rızasının aranması gerektiği belirtilmektedir. Kanaatimizce, diğer eşin sahip olduğu bu hak, evlilik birliğinden doğan katılım haklarından biridir. Aile bireyleri bakımından çok önemli bir yere sahip bulunan aile konutunun kaybı sonucunu doğuracak bu tür işlemlerde, aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşe, evlilik birliğinden kaynaklanan katılım hakkı sağlanarak, eşlerin hukuki işlem ve tasarruflarıyla aileye zarar vermesi önlenmek istenmiştir. Kanun koyucu, aileyi korumaya yönelik getirdiği bu hükümle, aile konutuyla ilgili işlemlerin geçerliliğini hakim onayına değil, diğer eşin katılımına bağlayarak, evlilik birliğinde eşit konumda bulunan eşlerin birbirlerini kontrol etmesini ve evlilik birliği ile ilgili sorunların öncelikle eşler arasında çözülmesini sağlamıştır. Rızanın, sözleşmeye taraf olmayan eşten kaynaklanan objektif nedenlerle alınamaması veya sözleşmeye taraf olmayan eşin haklı bir neden olmadan rıza vermekten kaçınması halinde, kiracı eş, hakime müracaat ederek sözleşmenin feshi konusunda tek başına yetkilendirilmesini talep edebilir (TMK md. 194/f.2). Bu hükümler, mehz İMK md. 169 hükmünün tercümesi niteliğindedir.

Türk Medeni Kanunu'nun md. 194/f.4 hükmünde ise, mehz İMK'da karşılığı bulunmayan bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, kira sözleşmesine taraf olmayan eş, kiraya verene yönelteceği tek taraflı bildirim ile sözleşmeye taraf olmakta ve kiracı eş ile birlikte müteselsil borçlu haline gelmektedir. Sözleşmeye taraf olmayan eşin yaptığı bu bildirim değiştirici yenilik doğurucu hakkın kullanması niteliğindedir. Bu bildirim, kiraya veren ve kiracı arasındaki mevcut kira sözleşmesinin tarafında değişiklik meydana getirmektedir. Bildirimin hükmü ise sözleşmeye katılmadır. Bildirimin kiraya verene ulaştığı andan itibaren, eşler arasında birlikte kira ilişkisi vücut bulur. Sözleşmeye katılan eş, kiracı eşin sahip olduğu tüm haklara sahip olur ve kira

sözleşmesinden doğan borçlardan müteselsilen sorumlu olur. Diğer eş, kira sözleşmesine taraf hale geldiğinden, sözleşme teorisi uyarınca, kiraya veren, kira sözleşmesinin sona ermesine yol açacak fesih beyanı ve fesih beyanlarına bağlı süreleri diğer eşe de tebliğ etmek zorunda olur. Kiralananın tahliyesi amacıyla başlatılan icra takipleri ile ikame edilen davaların, sözleşmeye katılan eşe de yöneltmesi icap eder. Kira sözleşmesine ilişkin yapılacak olan tadil anlaşmalarının hüküm doğurabilmesi, sözleşmeyi katılan eşin de bu anlaşmaları kabul etmesine bağlı olur. Sözleşmeyi sona erdiren ikale sözleşmesi ile yenileme sözleşmelerinin kurulması için de sözleşmeye katılan eşin olumlu beyanının alınması gerekir.

Kanun koyucu TMK md. 194 hükmünün gerekçesinde, dördüncü fıkra hazırlanırken, İMK md. 121 hükmünün nazara alındığını ve evlilik birliği süresince de koruma sağlamak adına, mehzaz kanundan farklı bir düzenlemeye gidildiğini belirtmiştir. Esasen, İMK md. 121 hükmü, çok farklı bir içeriğe sahiptir. Bu hüküm, evlilik birliğinin boşanma (veya iptal) kararı ile sona ermesi halinde, kira sözleşmesinin, hakim kararı ile diğer eşe devrine imkan veren bir düzenlemedir. İsviçre hukukunda, TMK md. 194/f.4 hükmünü birebir karşılayan bir hüküm bulunmamakla birlikte, İBK'nın kira sözleşmelerine ilişkin md. 266m, 266n, 266o ve 273a hükümleri, kiralanan aile konutlarına, TMK md. 194/f.4 hükmünden daha işlevsel bir koruma sağlamaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nun md 254/f.4 hükmünde ise, paylaşımlı mal ayrılığı rejiminin uygulandığı evlilik birliğinin boşanma veya evliliğin iptali kararı ile sona ermesi halinde, gereklilik bulunuyorsa, kiralananın kullanımını diğer eşe bırakma konusunda hakime takdir yetkisi tanınmıştır. Hakim tarafından bu yönde bir karar verilmesi talebe bağlıdır. Ancak, bu karara bağlı olarak kiraya verenin menfaatlerini koruyacak kararlara re'sen hükmedilir. Kanun koyucunun, bu hükmü, boşanmanın hüküm ve sonuçlarına ilişkin hükümler arasında değil de sözleşmesel mal rejimleri arasında düzenlemesi hatalı bir tercih olmuştur. Zira, ülkemizde, sözleşmesel mal rejimi kabul etme oranın çok düşük olduğu gerçeği karşısında bu hükmün uygulama alanı çok sınırlı kalmaktadır. Oysa, bu tür bir düzenlemeye, yalnızca paylaşımlı mal ayrılığı rejimi bulunan evliliklerde değil tüm evliliklerde ihtiyaç duyulmaktadır. Kanun koyucunun bu tercihi, konutu kullanmaya devam etme konusunda sözleşmeye taraf olan

eşin menfaatlerine nazaran daha üstün menfaatlere sahip bulunan diğer eşin, barınma sıkıntısı yaşamasına, yaşam düzenini değiştirmesine yol açmaktadır. Ülkemizde, özellikle, kira sözleşmelerinde kiracı sıfatına erkek eşlerin sahip bulunmasına karşılık evliliğin sona ermesi üzerine çocukların velayetinin kadın eşe bırakıldığı nazara alındığında, TMK'daki eksiklik daha dikkat çekici bir hal almaktadır. Hukuk sistemimiz açısından, mal rejimlerinden bağımsız olarak tüm evliliklerde, birliğin boşanma veya iptal kararı ile sona ermesi halinde, kiralanın konutun diğer eş tarafından kullanılmasına imkan veren İMK md. 121 benzeri genel nitelikte bir hükme ihtiyaç bulunmaktadır. TMK md. 254/f.4 hükmünün bir diğer eksikliği ise, birlikte kira ilişkilerinin nazara alınmaması ve kira sözleşmesinde yapılacak olan değişiklik ile ilgili açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasıdır. Biz, madde gerekçesinden ve ruhundan hareketle, hakimin, “sözleşmenin kiracı eşten diğer eşe devrine” dair bir karar vermesi gerektiği kanaatindeyiz. Uygulamada doğan ihtiyaçların karşılanması adına TMK'nın boşanmayı düzenleyen hükümleri arasında İMK md. 121 hükmüne paralel, genel nitelikte bir hüküm eklenmesi icap etmektedir.

07 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan Türk Borçlar Kanunu'nun aile konutuna ilişkin md. 349 hükmü, TMK md. 194 hükmü ile büyük ölçüde örtüşmekte ve bu hükmü tekrar etmektedir. Ancak, TMK md. 194 hükmü taşınır veya taşınmaz tüm aile konutlarına koruma sağlarken, TBK md. 349 hükmünün konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin hükümler arasında düzenlenmesi ve bu hükümlerin taşınmaz kiralaları esas alınarak kaleme alınması, taşınır nitelikteki aile konutlarına ilişkin korumanın ilga edilip edilmediği sorusunu akla getirmektedir. TBK'nın konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin hükümleri, taşınmaz kirasından hareketle kaleme alınmıştır. Ancak, konut kavramının “taşınır veya taşınmaz” nitelikteki yapıları karşılaması ve kanunların aileyi ve ekonomik bakımdan zayıf konumda bulunan kiracıyı korumaya yönelik amacı göz önüne alınarak, hükümlerin lafzına bağlı kalınmamalı ve taşınır kiralalarında da konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Ayrıca, konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin TBK md. 349 hükmünün taşınır kiralaları bakımından uygulanmayacağı görüşü benimsense dahi, bu hüküm, TMK md. 194 hükmü ile çelişmediği, bilakis TMK md. 194 hükmünü tamamladığı için her iki hüküm kümülatif olarak uygulanacaktır. Bu halde konusu taşınmaz olan aile konutu ile ilgili kira sözleşmelerinde TBK md. 349

hükmü, aile konutu ile ilgili diğer sözleşmelerde ise TMK md. 194 hükmü uygulanacaktır.

Kanaatimizce, Türk Borçlar Kanunu'nun aile konutuna ilişkin hükümlerinin, TMK'nun md. 194 hükmünü tekrarından ibaret olması isabetli olmamıştır. TMK md. 194 hükmü, sözleşmeye taraf olmayan eşi, kiracı eşin sözleşmeyi doğrudan sona erdirebilen haksız ve kötüniyetli hukuki işlemlerine karşı koruma sağlasa da sözleşmeyi aktif veya pasif davranışlarla ihlal etmesi sonucunda kira sözleşmesini dolaylı olarak sona erdirmesine engel olamamaktadır. TMK md. 194/f.4 hükmü uyarınca, kiraya verene yöneltilecek bildirim üzerine sözleşmeye katılma gerçekleştiğinden, bu tarihten itibaren kiracı eşin pasif davranışlarına karşı da bir koruma sağlanmaktadır. Ancak, bildirim yapılınca kadar geçecek süre içerisinde bir koruma zaafı bulunmaktadır. Bu nedenle, TBK'da, TMK md.194 hükmünün tekrar edilmesi yerine, bu hükmün zaaflarını giderecek düzenlemelere yer verilmesi çok daha yerinde olurdu. Yapılması gereken ise, mehz İBK md. 266n hükmüne paralel bir şekilde, kiraya veren tarafından yapılacak tüm fesih bildirimleri ile fesih bildirimine bağlı ödeme sürelerinin her iki eşe tebliğ edilmesini zorunlu kılacak bir hükme yer vermek olmalıydı. Böylelikle, TMK md. 194 hükmünün zamansal yönden taşıdığı zaaf giderilebilirdi.

KAYNAKÇA

ACABEY, M. Beşir, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi, İzmir, 1998.

ACAR, Faruk, Aile Hukukunda Mal Rejimleri ve Yasal Miras Payı, Ankara, 2007 (Kısaltma: Miras Payı).

ACAR, Faruk, “Bir Boşanma Sebebi Olarak Terk Kurumunun Konutun Aile Konutu Niteliğine Etkisi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.10, C. 10, S.2, Temmuz, 2011 (Kısaltma: Terk).

ACAR, Faruk, Aile Konutu, Mal Rejimeri, Eşin Yasal Miras Payı, Ankara, 2012.

AKILLIOĞLU, Tekin, Arupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü, Başvuru Bilgileri, Ankara, 2002.

AKINCI, Şahin, Roma Hukuku Dersleri, Konya, 2003 (Kısaltma: Roma Hukuku).

AKINCI, Şahin, “Medeni Kanun’da Kadın ve Aile”, GÜHFD, C.VIII, S.1-2, Haziran-Aralık 2009, s.15-31.

AKINCI, Şahin, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Kira Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi” (<http://www.sahinakinci.com/teblig5.htm>) (Kısaltma: Tasarı).

AKINTÜRK, Turgut, “Medeni Kanun Öntasarısında Kadın- Erkek Eşitliği”, Hukukta Kadın Sempozyumu, (30 Eylül-1 Ekim 1999, Ankara), Ankara, 2000.

AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İstanbul, 2011.

AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul, 2009.

AKİPEK, Jale G./ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ KARAMAN, Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2011.

AKTALAY, Uygur “Türk Medeni Kanunu’nda Yer Alan Sözleşme Türleri”, TNBHD, S.115, 2002, s. 22, 23.

AKYİĞİT, Ercan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kira Sözleşmesi, 2012.

AKYOL, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul, 2007.

ALTAŞ, Hüseyin, Hasılat ve Şirket Kirası, Ankara, 2009.

ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul, 2012.

ARAL, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2007.

ARMUTÇUOĞLU, Can, “Aile Konutuna Sağanan Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği”, MÜHF-HAD, C.17, S.1-2, s.413-435.

ATAK, Erol, “Eşler Arasındaki Mal Rejimi”, TNBHD, S. 118, Mayıs 2003, s.56-64.

AYAN, Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara, 2004.

AYDIN, M. Aydın, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, 2005.

AYİTER, Kudret, Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, Ankara, 1953.

AYRANCI, Hasan, Sözleşmelerin Yüklenilmesi ve Devri, Ankara, 2003.

BAĞCI, Ömer, “Aile Konutu Üzerinde Tasarruf”, YÜHFD, C.IV, S.2, s.145-176.

BARLAS, “Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara, 2004, s. 115-143.

BARLAS, Nami, “Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları”, Makalelerim, C.I, İstanbul, 2008 (Kısaltma : Makalelerim).

BAŞPINAR, Veysel, “Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz”, AÜHFD, C.52, S.1, 2003, s.79-101.

BENOIT-ROHMER, Florence/KLEBES, Heinrich, Avrupa Konseyi Hukuku, Pan-Avrupa Hukuk Alanına Doğru, (e-kitap: http://www.avrupakonseyi.org.tr/dosyalar/kitap_akh.pdf).

BURCUOĞLU, Haluk, Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasaya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi, İstanbul, 1993.

BURCUOĞLU, Haluk, “Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Haksız Eylem Sorumluluğu ve Kira ile İlgili Düzenlemesiyle Getirilen Yenilikler”, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Alınışının 80. Yılı Sempozyumu (28 Nisan 2006), İstanbul, 2007, s. 87-139 (Kısaltma: Tasarı).

BUZ, Vedat, Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 1998.

BUZ, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2005 (Kısaltma: Yenilik Doğuran Haklar).

BÜYÜKAY, Yusuf, “Yeni Türk Medeni Kanunu’nun 194. Maddesinde Yer Alan Aile Konutuna İlişkin Sınırlamanın Hukuki Niteliği, E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Eylül, 2006 (www.e-akademi.org)

BÜYÜKTANIR, Tahir, “Türk Medeni Kanunu’nda Eşler Arasındaki Yasal Mal Rejimi”, ABD, S.1, 2002, s.103-130.

CANSEL, Erol, İsviçre Hukuku, Fransız Hukuku ve Alman Medeni Kanunu ile Mukayeseli Olarak Türk Hukukunda Hasılat Kirası, Ankara, 1953 (Kısaltma: Hasılat Kirası)

CANSEL, Erol, Medeni Kanun’da Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Değerlendirilmesi (Mukayeseli Hukuk), Medeni Kanun’un 50. Yılı-Bilimsel Hafta, 15-17 Nisan 1976, Ankara, 1977, s. 23-42.

CEYLAN, Ebru, “ “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun Mal Rejimleri İle İlgili Getirdiği Yeni Düzenlemeler, İBD, S.1, 2002, s. 68-96, (Kısaltma: Mal Rejimleri).

CEYLAN, Ebru, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul, 2006.

ÇABRİ, Sezer, “Aile Konutu Şerhi” Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Rayegan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, 2007, s. 401-421.

DEMİR, Mehmet, “Türk Medeni Kanunu’na Göre Evlilik Birliği’nin Temsili ve Aile Konutu ile İlgili İşlemler”, Prof. Dr.Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara, 2003, s. 691-707.

DOĞAN, Murat, “Medeni Kanun’un Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu”, EÜHFD, C.VI, S.1-4, 2002, s. 285-300 (Kısaltma: Aile Hukuku).

DOĞAN, Murat, “Türk Medeni Kanunu’nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler, AÜHFD, C.52, S.4, 2003, s. 93-128.

DOĞAN, Murat, “ Mal Rejiminin Tasfiyesinde ve Mirasın Paylaşımında Aile Konutu ve Ev Eşyası”, EÜHFD, C.7, S. 3-4, 2003, s.651-696 (Kısaltma: Mal Rejimleri).

DOĞAN, Murat, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, Ankara, 2004 (Kısaltma: Tapu Sicili).

DOĞAN, Murat, Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarının Sona Ermesi, Ankara, 2011 (Kısaltma: Kiraların Sona Ermesi).

DOĞAN, Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanuna Göre Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Değerlendirmesi”, MÜHF-HAD, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, 2011, s. 501-519 (Kısaltma: Sempozyum).

DOĞAN, Murat/ BAYGIN, Cem, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Kira Sözleşmesi’ne İlişkin Hükümler” Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 4, Ağustos, 2005, s.116-131.

DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku, C.2, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2011.

DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul, (Birinci Bası) 2005, (Beşinci Basıdan Tıpkı Altıncı Bası, İstanbul, 2012).

DURAL, Mustafa/ ÖZ, Turgut, Türk Özel Hukuku, C.IV, Miras Hukuku, İstanbul, 2011.

DURAL, Mustafa /SARI, Suat, Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2011.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2011.

ERTAŞ, Şeref, Eşya Hukuku, Ankara, 2008, s. 247.

ERZURUMLUOĞLU, Erzan, Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara, 1973.

FEYZİOĞLU, Necmeddin, Borçlar Hukuku Hususi Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, C.I, 1980.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Aile Hukuku, İstanbul, 1986.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, Çocuk ve Genç Haklarına İlişkin Ulusalüstü Belgeler, İstanbul, 2002.

GENÇ ARIDEMİR, “Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü’nün 2002/7 Sayılı, 11.06.2002 Tarihli Genelgesi’nin Aile Konutuna İlişkin Hükümleri’nin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara, 2006, s.127-148.

GENÇCAN, Ömer Uğur, Mal Rejimleri Hukuku, Ankara, 2007 (Kısaltma: Mal Rejimleri).

GENÇCAN, Ömer Uğur, Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku, Ankara, 2008.

GİRAY, Faruk Kerem, “4721 Sayılı Türk Medeni Kanununda Yer Alan Aile Konutu Kavramının Kanunlar İhtilafı Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuku Bülteni, Prof. Dr. Gülüören Tekinalp’e Armağan, S.1-2, 2003, s. 423-448.

GÜMÜŞ, Alper, Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık, İstanbul, 2006 (Kısaltma: Kayyımlık).

GÜMÜŞ, Alper, Türk Medeni Kanunu’nun Getirdiği Yeni Şerhler, İstanbul, 2007(Kısaltma: Şerhler).

GÜMÜŞ, Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I, İstanbul, 2008 (Kısaltma: Borçlar Hukuku).

GÜMÜŞ, Alper, Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul, 2008 (Kısaltma: Mal Rejimleri).

GÜMÜŞ, Alper, “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul, 2011.

HACISALİHOĞLU, Abdurrahman, Türk Medeni Kanunu’nda Aile Konutu ve Şerhi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.

HATEMİ, Hüseyin, Aile Hukuku, C.1 (Evlilik Hukuku), İstanbul, 2005

HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona, Aile Hukuku, İstanbul,1993.

HAVUTÇU, Ayşe, “Evli Kadının Yerleşim Yeri”, DEÜHFD, C.7, S.1, 2005, s. 29-50.

İNALCIK, Halil, Devlet-i Aliyye, Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar-1, İstanbul, 2012.

İNCEOĞLU, Murat M., Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler, Tebliğler, İstanbul, 2012.

KAHVECİ, Nalan, Alt Kira ve Kiranın Devri, İzmir, 2005.

KAMACI, Mahmut, “Aile Konutu ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla İlgili Tasarruflarında Diğer Eşin Katılma Hakkı (Rıza) (TMK.nun 194. Maddesi)”, YD, C.30, S.1-2, Ocak-Nisan, 2004, s. 113-137.

KAPUSUZ, Gökçen, Mal Rejimleri ve Miras Hukuku’nda Aile Konutu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Ana Bilim Dalı Özel Hukuk Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bilim Dalı İstanbul, 2010.

KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan, Roma Hukuku, 2006.

KARAHASAN, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Öğreti, Yargıtay Kararları, İlgili Mevzuat, C.1, İstanbul, 2002.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Türk Medeni Kanunu’nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemlerde Yasal Alım Hakkı, Ankara, 2002 (Kısaltma: Diğer Eşin Rızası).

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Ankara, 2002 (Edinilmiş Mallara Katılma).

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Medeni Kanunu’muzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara, 2004.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Katkı-Katılma Alacağı, Ankara, 2011 (Kısaltma: Katılma Alacağı).

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012 (Kısaltma: Borçlar Hukuku).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Miras Hukuku, İstanbul, 1987 (Kısaltma: Miras Hukuku).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, 2008.

KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz, “ İsviçre’de Evlilik Birliği Hukuku’ndaki Son Gelişmeler”, Prof. Dr. Jale G. Akipek’e Armağan, Konya, 1991, s.431-451 (Kısaltma: İsviçre’de Gelişmeler).

KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz, “Aile Hukuku’nda Eşlerin Eşitliği”, AÜHFD 1998, C.XL, S.1-4, s.251-279.

KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz, “Aile ve Aile Yararı”, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum, Ankara, 2007 (Kısaltma: Aile Yararı).

KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim, Aile Hukuku, İstanbul, 1985-1986.

KÖTELİ, Argun, Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler, İstanbul, 1991.

MOROĞLU, Nazan, “Kadınların İnsan Hakları Bildirisi ve Ek İhtiyari Protokol”, Prf. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999, s. 57-70.

NEBİOĞLU ÖNER, Şebnem, “Aile Konutunun Özellikleri, Unsurları, Koruma Süresi ve Korunma Nedenleri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 9, Kasım-Aralık 2011, s.117-154.

ODENDAHL, Hanswerner, “Türk Medeni Kanunu’nun Yeni Mal Rejimi Hükümleri, Eksiklikleri ve Sorunları Üzerine Bir Karşılaştırma”, Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük’e Armağan, Ankara, 2005, s. 475-496.

OĞUZ, Arzu, “Türk Medeni Hukuku’nun Gelişim Çizgisi ve Karşılaştırmalı Hukukun Rolü”, AÜHFD, C.55, S.1, 2006, s.195-205.

OĞUZMAN, M.Kemal/ BARLAS, Nami, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul, 2011.

OĞUZMAN, Kemal/ DURAL, Mustafa, Aile Hukuku, İstanbul 1998.

OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, İSTANBUL, 2011.

ÖKTEM, Seda, “Aile Birliğinde Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması”, TBBD, S.67, 2006, s. 317-337.

ÖRÜCÜ, Esin, “Kadın Hareketlerinin Hukuk Sistemlerine ve Hukuk Politikalarına Etkisi”, İBD, C.64, S.4-5-6, 1990, s. 346-362.

ÖZDAMAR, Demet, CEDAW Sözleşmesi Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme ve Ek İhtiyari Protokol’ün, İç Hukukumuzda, Özellikle Yeni Aile Hukukumuzda Etkisi, Ankara, 2009.

ÖZDEMİR, Osman “Türk Medeni Kanunu’nda Noter İşlemleri”, TNBHD, S.115, 2002, s. 36-38.

ÖZEN, Burak, Haksız Zilyetlikte İade, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Bilim Dalı Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul, 2003.

ÖZEN, Burak, “Kira Konusunun Devri”, MÜHF-HAD, C. 16, S. 1-2, s. 137-179 (Kısaltma : Devir).

ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, Ankara, 2004.

ÖZTAN, Bilge, Miras Hukuku, Ankara, 2010 (Kısaltma: Miras).

ÖZUĞUR, Ali İhsan, Mal Rejimleri, Ankara, 2011.

PARLAK, Şafak, Eşlerin Hukuksal İşlemleri, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007.

REİSOĞLU, Sefa, “Yeni Medeni Kanun’un Bankaları İlgilendiren Başlıca Farklı Düzenlemeleri”, BBD, S.40, Mart, 2002, s. 67-74.

REİSOĞLU, Sefa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2011 (Kısaltma: Borçlar Genel).

SAYMEN, Ferit H./ELBİR, Halid K, Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul, 1966.

SCHWARZ, Andreas B., Medeni Hukuka Giriş (Çeviren: Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU, İstanbul, 1946.

SELİÇİ, Özer, Borçlar Kanuna Göre, Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1976.

SEROZAN, Rona, “Yeni Medeni Kanun Neler Getirdi, Neler Götürdü?” Gün Işığı Aylık Hukuk Dergisi, Nisan 2003, S.2 (Kısaltma: Yeni Kanun).

SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 2007.

SEROZAN, Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2011 (Kısaltma: Medeni Hukuk).

SİRMEN, Lale, “Medeni Hukuktaki Son Gelişmelerin Işığı Altında Yeniden Düzenlenmesi Gereken Konular”, Hukukta Kadın Sempozyumu (30 Eylül- 1 Ekim 1999, Ankara), Ankara, 2000.

SUNGURBEY, İsmet, Medeni Hukuk Eleştirileri, İstanbul, 1971.

ŞEKER, Muzaffer, “İsviçre Hukukunda Aile Konutunun Boşanma Halinde Aile Konutuna İhtiyacı Olan Eşe Mahkeme Kararı İle Tahsis Edilmesi”: ART. 121 ZGB” EÜHFD, C.XI, S.3-4, 2007, s.473-487.

ŞIPKA, Şükran, TÜBAKKOM Yeni Medeni Yasanın Aile Hukuku’na Getirdiği Yenilikler ve Uygulaması Sempozyumu (6-7 Mart 2003), Ankara 2003, s. 35-53 (Kısaltma: TÜBAKKOM).

ŞIPKA, Şükran, Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, İstanbul, 2004.

ŞIPKA, Şükran, Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Yeni Medeni Kanuna İlişkin Uygulama Sorunları (4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve 4721 sayılı Medeni Kanuna İlişkin Uygulama Sorunları Sempozyumu 9-10 Kasım 2002), İstanbul

2003, “Medeni Kanunda Aile Konutu ve Diğer Eşin Rızasına Bağlı İşlemler” (Kısaltma: Sempozyum).

TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/2, İstanbul, 2008.

TEKİNAY, Sulhi, Türk Aile Hukuku, İstanbul, 1990.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Altıncı Bası, İstanbul, 1988.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, Tekinay Eşya Hukuku, C.I, Zilyetlik, Tapu Sicili, Mülkiyet, İstanbul, 1989 (Kısaltma Eşya Hukuku).

TUĞ, Adnan, Türk Özel Hukukunda Şekil, Konya, 1994.

TUNABOYLU, Müslim, Kira Kanuna Göre Tahliye Davaları, Ankara, 2007.

TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku C.I, Genel Hükümler, İstanbul, 1976.

TURANBOY, Nuri, İbra Sözleşmesi, 1998.

TÜRKER, Gökçen, Türk Medeni Kanunu’nda Aile Konutu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2005.

UÇAR, Ayhan, “4721 Sayılı Medeni Kanun İle Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler”, EÜHFD, C.VI, S.1-4, 2002, s. 317-332.

UÇAR, Ayhan, “4721 Sayılı Medeni Kanun ile İhdas Edilen Yeni Bir Müessese: Aile Konutu Müessesesi”, E-Akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S.47, Ocak, 2006 (Kısaltma: Aile Konutu).

UMUR, Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1999.

UZUN, Semra, “Medeni Kanunda Aile Konutu ve Diğer Eşin Rızasına Bağlı İşlemler”, Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Yeni Medeni Kanuna İlişkin Uygulama Sorunları (4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve 4721 sayılı Medeni Kanuna İlişkin Uygulama Sorunları Sempozyumu 9-10 Kasım 2002), İstanbul 2003, s.55-59.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, C:1, Aile Hukuku, İstanbul, 1960.

YAĞCIOĞLU, Ali Haydar, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı, İzmir, 2007.

YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2007.

YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul, 2011.

ZEVKLİER, Aydın/ ACABEY, M. Beşir/ GÖKYAYLA, K. Emre, Zevklier Medeni Hukuk, Ankara, 2000.

ZEVKLİER, Aydın/HAVUTÇU, Ayşe/GÜRPINAR, Damla, Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), Aralık, 2008.

ZEVKLİER, Aydın/HAVUTÇU, Ayşe, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2007.

Yararlanılan İnternet Kaynakları :

(http://www.avrupakonseji.org.tr/dosyalar/kitap_akh.pdf).

(http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/aihs_05.html).

(www.e-akademi.org).

(www.kazanci.com).

(<http://www.sahinakinci.com/teblig5.htm>).

(<http://tdkterim.gov.tr/bts/>).

(http://www.unicef.org/turkey/cedaw/_gi18.html).

Yararlanılan Mevzuat ve İctihat Programları :

Kazancı İctihat ve Mevzuat Bankası.

Meşe İctihat ve Mevzuat Bankası.

UYAP İctihat Programı.