

Aile Konutu Üzerinde Kurulan İpoteğin Eş Rızası Yokluğu Nedeniyle Yolsuz Hale Gelmesinden Kaynaklanan Zarardan Devletin Sorumluluğu

Dr. Davut Gürses*

Öz

Bu çalışmada aile konutuna ilişkin TMK. M. 194'te yer alan sınırlamadan yola çıkılarak, aile konutu üzerinde, hak sahibi olmayan eşin rızası olmadan kurulduğu için yolsuz hale gelen ipotekten kaynaklanan zarardan devletin sorumluluğunun bulunup bulunmadığı hususu incelenecektir. Bu neticeye ulaşırken de aile konutu, eş rızası, aile konutu şerhi, tapu siciline güven ve ipotek gibi hukuki kavramlar da incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Aile Konutu, Eş Rızası, İpotek, Tapuya Güven.
JEL Sınıflandırması: K11, K15, K36, K41.

Liability of The State of Damage Caused By The Invalidity of The Mortgage on The Family Dwelling Due to Lack of Consent Of Spouse

Abstract

In this study, by way of the limit set forth in Turkish Civil Code article 194, the subject of the study is whether the liability of the state for the damages arising from the mortgage which -was established on the family dwelling- become wrongful entry as it was established without the consent of spouse who has not right regarding matrimonial home. While discussing this issue, legal concepts such as family dwelling, consent of spouse, family dwelling endorsement, trust in land registry and mortgage will also be examined.

Keywords: Family Dwelling, Consent of Spouse, Mortgage, The Principle of Trust to the Land Registry.
JEL Classification: K11, K15, K36, K41.

1. Giriş

A. İnceleme Konusu

İlk olarak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile hukuk hayatımıza dâhil olan aile konutuna ilişkin bazı hukuki işlemlerin diğer eşin rızasına tabi tutulmasına ilişkin hukuk normu (TMK. M.194)¹²³, eşler arasındaki eşitsizliğin giderilmesi⁴, eşler arasında eşit hak ve yükümlülükler dayanan bir evlilik düzeninin kurulması ve büyük çerçevede ise toplumun nüvesini teşkil eden ailenin korunması amacıyla ihdas edilmiştir⁵.

Söz konusu hüküm, aile konutu üzerindeki bütün hukuki işlemler yerine sadece “*aile konutu ile ilgili kira sözleşmesinin feshini, aile konutunun devrini veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlamayı konu edinen hukuk işlemlerin*” geçerliliğini diğer eşin rızasının varlığına bağlamaktadır. Bu işlemlerden biri de “*aile konutu üzerindeki hakları sınırlandırdığı*” kabul edilen ipotek işlemidir.

* Avukat.

İpotek uygulamada sıklıkla başvuru aynı bir teminattır. Özellikle, bankacılık uygulamasında, kredinin teminatlandırılmasında başvuru bu sınırlı aynı hak özellikle bazı kredi türlerinde kredi verilmesinin adeta bir ön şartı (*bilhassa konut kredilerinde*) haline gelmiştir. Bu önemine binaen de uygulamada özellikle aile konutları üzerinde tesis edilen ipoteklerle ilgili ciddi sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bu sorunlardan davaya dönüşenlerin çoğunu, eş rızası olmadan ipotek kurulmasına ilişkin ihtilafların teşkil ettiği görülmektedir⁶. Bu davalarda genel olarak hak sahibi olmayan eşin rızasının alınmadığı ya da rızaya ilişkin yazılı beyanın hak sahibi eşe ait olmadığı gerekçesiyle söz konusu ipoteğin kaldırılarak tapu sicilinin düzeltilmesi⁷ talep edilmektedir.

Bu tür davaların sayısındaki artış bize özellikle ipotek işlemlerinde eş rızasının alınmasının kimin sorumluluğunda olduğu ve tapu sicil memurunun ipoteğin kurulmasında bu rızanın alınıp alınmadığını kontrol etme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı hususlarını ve neticede ise bu eş rızasının alınmaması durumunda oluşacak sonuca kimin katlanması gerektiği sorusunun cevabını arama fırsatı vermiştir. Bu çalışmada, özellikle bu soruların cevapları aranacaktır.

Birinci bölümde, çalışmada kullanılacak kavramlar (*çalışmada ihtiyaç duyulan kadar genişlikte*) genel olarak incelenecek, ikinci bölümde ise konunun özü incelenecektir. Üçüncü bölümde ise çalışmanın neticesinde vardığımız görüş açıklanarak çalışma sona erdirilecektir.

B. Aile Konutu'na İlişkin Genel Bilgiler

i. Aile Konutu Tanımı ve Unsurları

Aile konutunun tanımına yasada yer verilmemiş olmakla birlikte bu konuda ilgili hükmün gerekçesinde şöyle bir tanıma yer verilmiştir; “*Aile konutu eşlerin bütün yaşam faaliyetini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır*”.

Doktrinde de çok sayıda tanım yapılmış olmakla birlikte, genel olarak aile konutunun, eşlerin ve varsa çocuklarının sürekli olarak ortak yaşamlarını sürdürmek amacıyla seçtikleri ve aile yaşantısına özgülünen taşınır veya taşınmaz mekân olduğu söylenebilir.

Aile konutuna ilişkin olarak şu temel tespitler yapılabilir;

- a) Aile konutundan bahsedebilmek için, yasal bir evlilik birliği bulunması gerekir⁸. Yani resmi nikâh olmaksızın birlikte yaşamın sürdürüldüğü mekânlar aile konutu olarak nitelendirilemezler.
- b) Aile konutu için, konutun geçerli bir aynı ya da şahsi hakka dayalı olarak kullanılması şarttır⁹.
- c) Ortak yaşamı sürekli olarak sürdürmeye imkân veren taşınır ya da taşınmaz bir mekân ancak aile konutu olabilir. Dolayısıyla aile konutunun muhakkak bir taşınmaz olması gerekmez, taşınır bir yapı da diğer şartları taşıyor ise pekâlâ aile konutu olarak nitelendirilebilir¹⁰.
- d) Eşlerin ortak iradeleriyle konutun, aile konutu olarak tahsis edilmesi gerekir (Gümüş, 2007, s. 21).
- e) Eşlerin, ortak yaşamlarını sürdürdükleri dışarıdan üçüncü kişilerce anlaşılabilir olmalıdır. Konutun, aile konutu niteliğinin alenileştirilmiş olması anlamına gelen bu unsur, konutun fiilen kullanılması anlamına gelmektedir¹¹.
- f) Aile konutu kural olarak tek konuttur¹². Yazlık, yayla evi dağ evi gibi konutlar aile konutu sayılmaz (Dural, Ögüz ve Gümüş, 2018, s.168).
- g) Aile konutu niteliği, eşler arasındaki mal rejiminden bağımsızdır¹³. Eşler arasında hangi mal rejimi geçerli olursa olsun, aile konutu koruması mevcut olacaktır.

ii. Aile Konutu Üzerindeki Hukuk İşlemler ve Eş Rızası

a. Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğü

Türk Medeni Kanunu, eşlerin gerek birbirleriyle gerekse de üçüncü kişilerle olan hukuki işlemlerinde sözleşme özgürlüğü ilkesini benimsemiştir. Bu konuda hem bir serbesti hem de eşler arasında eşitlik söz konusudur¹⁴. Gerçekten TMK'nın 193 maddesi "*Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilir*" şeklindedir¹⁵.

Buna göre, kanunda aksine bir hüküm¹⁶ bulunmadığı sürece, eşlerden her biri dilediği kişilerle ve dilediği koşullarla hukuki işlemler yapabilecektir. Bu hukuki işlemlerin geçerliliği ne diğer eşin ne de bir başka makamın onayına tabidir.

b. Aile Konutu Üzerindeki Hukuki İşlemler

Eşlerin hukuki işlem özgürlüğünü düzenleyen TMK m.193 hükmü, aynı zamanda bu özgürlüğü "*kanunda aksine bir düzenlemenin yer alması*" ile sınırlandırmıştır. İşte bu sınırlamalardan biri de aile konutuna ilişkin hukuki işlemlere yönelik olarak ihdas edilmiş olan TMK'nın 194. maddesidir;

"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, hâkimin müdahalesini isteyebilir. Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini tapu müdürlüğünden 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."

Görüldüğü üzere, kanun koyucu aile konutunun önemine binaen¹⁷, aile konutunu konu edinen bazı hukuki işlemlerde, eşlerin hukuki işlem özgürlüğünü diğer eşin lehine sınırlandırmıştır. Bu işlemler şunlardır;

- Aile konutu ile ilgili kira sözleşmesinin feshedilmesi,
- Aile konutunun devredilmesi,
- Aile konutu üzerindeki hakların sınırlandırılması.

Aile konutu, bir kira sözleşmesiyle kullanılmakta ise edilmiş ise bu kira sözleşmesinin tarafı olan eşin kira sözleşmesini feshedebilmesi için diğer eşin açık rızası gerekmektedir. Bu hüküm hem yukarıda yer verdiğimiz TMK. m.194'te hem de TBK m. 349'da zikredilmiştir. Böylece, aile konutuyla ilgili kira sözleşmesi, ancak eşlerin birlikte ortaya koyacakları fesih iradesiyle sona erdirilebilecektir. Hemen belirtmek gerekir ki bu hüküm kiraya veren tarafından yapılacak fesihleri kapsamamaktadır.

Aile konutu, eşlerden birinin mülkiyetinde ise bu konut, malik olmayan diğer eşin açık rızası olmaksızın devredilemeyecektir. Kanunda geçen "devredilme" ifadesi mülkiyetin devrine yol açabilecek hukuki işlemleri ifade etmektedir. Bunlar; satım, bağışlama, trampa, şirkete aynı sermaye olarak özgüleme, bağışlama taahhüdü gibi hukuki işlemleri ifade eder¹⁸.

Aile konutu üzerindeki hakları sınırlandıran diğer işlemlerden kasıt sınırlı aynı hakların tesisi, mevcut bir aynı ya da şahsi hakkı sonlandıran veyahutta aile konutu üzerindeki tasarruf yetkisini sınırlandıran hukuki işlemlerdir (Saatçioğlu, 2016, s.156).

Kanun koyucu tarafından belirtilen nitelikteki işlemlerin geçerli olabilmesi, diğer eşin açık rızasına¹⁹ bağlı kılınmıştır. Bu rızanın, yapılacak hukuki işlemi somutlaştıracak bilgileri

içermesi gerekir, yani soyut ve genel bir rızanın verilmesi yeterli değildir²⁰. Ayrıca somutlaştırma, işlemin türünü içerdiği gibi zamanı da içermelidir (Acar, 2016, s.90).

Rızanın şekli konusunda kanunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Buna göre rıza sözlü ya da yazılı olarak verilebilir²¹. Ancak, bu konuda, yazılı istem olmadıkça tapu sicilinde işlem yapılmayacağına ilişkin Tapu Sicil Tüzüğü'nün 16. maddesi de gözden uzak tutulmamalıdır²².

Rızanın işlem yapılmadan önce ya da işlem sırasında verilmesi mümkün olduğu gibi işlem yapıldıktan sonra da verilebileceği ifade edilmektedir²³. Sonradan verilecek rızada, TBK m. 46'nın kıyasen uygulanarak, belirlenecek uygun bir süre içerisinde eş rızasının verilmesi durumunda tasarruf yetkisi eksikliğinin giderilmesinin mümkün olduğu bu sürede işlemin geçerliliğinin askıda olacağı ifade edilmiştir. Buna karşılık verilecek süre içerisinde rıza verilmezse, işlemin geçmişe etkili olarak kesin olarak geçersiz hale geleceği belirtilmiştir²⁴.

Rıza gerektiren hukuki işlemlerde, rızanın alınmamış olması söz konusu işlemin geçersiz olmasına neden olur²⁵. Rıza yokluğu nedeniyle meydana gelecek geçersizliği hâkim resen dikkate almak durumundadır. Şayet hukuki işlem neticesinde aile konutunun devrine ilişkin tescil yapılmışsa, söz konusu konutun mülkiyeti bu tescile dayanarak kazanılmaz; yapılan bu tescilde yolsuz tescil niteliğinde olur²⁶. Geçersizlik durumunda, taraflar birbirlerinden aldıklarını sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade ederek ilişkiyi tasfiye edeceklerdir. Bu noktada, malik olmayan eşin, söz konusu rıza eksikliği nedeniyle geçersiz olan tescil nedeniyle tapu sicilinin düzeltilmesi davasını açıp açamayacağı meselesi üzerinde de durmak gerekir. Doktrinde bir görüş, bu davayı sadece malik olan eşin açabileceğini, zira bu dava hakkını TMK m.1025'in sadece aynı hakkı zedelenen kişiye verdiğini ifade etmiştir²⁷. Ancak bize göre TMK m. 194'ün amacı da dikkate alınarak bu dava açma hakkının malik olmayan eşe de tanınması yerinde olacaktır²⁸. Zira bu davayı açma tekeli sadece malik olan eşe vermek, TMK m.194'ü etkisizleştirecektir (Armutçuoğlu, 2011, s.428).

İşlemin geçerliliği için diğer eş rızasına ihtiyaç duyulan durumlarda, rızanın alınmaması²⁹ ya da diğer eşin haklı bir sebep olmadan rıza vermekten imtina etmesi durumunda, eş, hâkimin müdahalesini isteyebilir. Bu noktada hâkimin vereceği karar, sadece eşin tek başına hareket etme konusunda yetkili kılabilir³⁰.

Kanun koyucu eşlerin sadece bazı hukuki işlemlerini sınırlandırmıştır. Buna karşılık hak sahibinin maddi fiilleri söz konusu sınırlamaya dâhil değildir³¹. Öte yandan söz konusu sınırlama bütün hukuki işlemlerinden ziyade sadece sayılan hukuki işlemlerde diğer eşin rızasını bir geçerlilik şartı olarak aramıştır. Ancak, kanunun bu konuda yeterince açık olduğunu söyleme imkânı yoktur; özellikle "*aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz*" ifadesi yoruma muhtaçtır. Bu konuda doktrinde, rızaya tabi olacak sınırlı aynı hakların belirlenmesinde, söz konusu hakkın diğer eşin konutu kullanmasını engelleyip engellemediği tespitinin ölçüt olarak kullanılabileceğini, şayet engelliyorsa rızaya tabi tutulması, engellemiyorsa da rızanın aranmayacağı neticesine varılabileceği, ancak bu ölçütün de tam bir netlik sağlayamayacağı haklı olarak ifade edilmektedir (Acar, 2016, s.67).

Öte taraftan, işlem anında konutun aile konutu özelliğini kaybetmiş olması ya da evlilik birliğinin sona ermiş olması durumunda maddede sayılan işlemler için rıza almaya gerek olmayacaktır. Son olarak belirtmek gerekir ki malik eşin iradesi dışında gerçekleşen hukuki işlemlerde (Ör: *hükmen tescil, kamulaştırma* (Çabri, 2007, s.405), *haciz*³², *cebri satış*³³, *tedbir vb.*) eş rızası aranmayacaktır (Kamacı, 2004, s.128).

iii. Aile Konutu Sınırlamasının (Eş Rızasının) Hukuki Niteliği

Yukarıda açıkladığımız aile konutuna ilişkin sınırlamanın hukuki niteliğinin tespiti bu çalışma için çok önemlidir. Zira söz konusu sınırlamanın hukuki niteliğine göre hukuki

sorumluluk bakımından da farklılık oluşabilir. Bu nedenle de doktrinde aile konutuyla ilgili bütün eserlerde üzerinde en çok durulan konu başlığı sınırlamanın hukuki niteliği olmaktadır.

a. Fiil Ehliyeti Sınırlaması Görüşü

İsviçre hukukunda ittifakla kabul edildiği ifade edilen bu görüşe göre söz konusu sınırlama bir fiil ehliyeti sınırlaması niteliğindedir³⁴. Görüşe göre bu netice söz konusu maddenin kanun sistematikindeki yerinden de açıkça anlaşılmaktadır³⁵. Buna göre TMK m.193 hükmünde eşlerin fiil ehliyetinin, bir diğer ifadeyle evliliğin eşlerin fiil ehliyetine etkisinin düzenlenmiş olması karşısında, TMK m.194 hükmü, TMK m.193 hükmündeki genel kurala getirilmiş olan bir istisna olarak değerlendirilmektedir³⁶. Yargıtay da TMK m.194 ile eşlerin fiil ehliyetlerinin sınırlandırıldığı görüşündedir³⁷.

Fiil ehliyeti sınırlamalarının genelde işlemi yapan kişiyi korumayı amaçladığı, oysa aile konutuna ilişkin söz konusu sınırlamanın ise işlemin tarafı olan kişiden ziyade onun dışındaki aile bireylerini korumayı amaçladığı, dolayısıyla da bu sınırlamanın bir fiil ehliyeti sınırlaması olmadığı eleştirisi karşısında bu görüş temsilcileri tarafından; aile konutuna ilişkin bu sınırlamanın da bir bütün olarak aileyi koruduğu ileri sürülerek böylece geniş çerçevede ilgili kişinin de korunmuş sayılacağı ifade edilmiştir³⁸.

Ayrıca, yine bu görüşü savunanlar tarafından, bu sınırlamanın tasarruf yetkisi sınırlaması olarak kabul edilmesi durumunda sadece üçüncü kişilerin korunacağı bunun da hükmün amacının tam olarak gerçekleşmesine engel olacağı ifade edilmiştir³⁹. Oysaki fiil ehliyetinin sınırlandırıldığı durumlarda eş rızası alınmadan yapılan hem taahhüt hem de tasarruf işlemleri geçersiz olacaktır (Gümüş, 2007, 30). Fiil ehliyeti sınırlaması görüşünü savunanlara göre, söz konusu hükmün tasarruf sınırlaması olduğu kabul edildiğinde, borçlandırıcı işlem çoğu durumda geçerli sayılacak ve sadece tasarruf işlemi geçersiz olacaktır. Bu ise söz konusu borçlandırıcı işlemin ifa edilmemesi nedeniyle malikin tazminat ödemesine neden olabilecek ve hatta aile konutunun da bu borç nedeniyle icra yoluyla satılabileceğini, bu neticenin de hükmün koruma amacına aykırı olacağını da ileri sürmüşlerdir (Şıpka, 2002, s.41).

b. Tasarruf Yetkisi Sınırlaması Görüşü

Türk hukukunda genel olarak kabul görüş olduğunu söyleyebileceğimiz görüşe göre ise söz konusu sınırlama fiil ehliyeti sınırlaması değil, bir tasarruf yetkisi sınırlamasıdır⁴⁰. Fiil ehliyeti sınırlamalarının kişiyi korumak amacıyla getirildiği, aile konutuna ilişkin söz konusu sınırlamanın ise evlilik birliğini ve bir bütün olarak aileyi korumak amacıyla ihdas edilmiş olduğu, bu nedenle de sınırlamanın fiil ehliyeti sınırlaması olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir.

Bu görüş, eş rızasının sadece tasarruf işlemleri bakımından aranacağını, dolayısıyla borçlandırıcı işlemlerde bu rızanın aranmayacağını ileri sürmektedir⁴¹. Böylece, eş rızası alınmaksızın yapılan borçlandırıcı hukuki işlemler geçerli iken, bu borcun ifasına yönelik olan tasarruf işlemleri rıza eksikliği sebebiyle geçersiz olacaktır⁴².

c. Katılma Hakkı Görüşü

Bu görüşün temeli, kendine özgü bir ortaklık olan evlilik birliğinin kanundan doğan kurallarına dayanmaktadır. Eşler evlilik ile birlikte bu ortaklığa girmekle, bu kuralları da kabul etmiş sayılırlar. Eşlerin bu kurallar gereğince bazı hukuki işlemleri tek başlarına yapamaması da bu ortaklıkta eşlere tanınan katılma hakkının bir görünümünü teşkil etmektedir⁴³. Bu görüşe göre nasıl ki eşya hukukunun genel ilkeleri kapsamında, paylı ya da elbirliği mülkiyetinde ortak olan kişiler, bu malvarlığının tümü üzerinde tek başına tasarrufta bulunamıyorlarsa, aile konutunun kaybedilme tehlikesine karşı belirli tasarruflarda da tek başlarına hareket edemeyeceklerdir (Şıpka, 2002, s.48).Malik olmayan eşin katılma hakkı

geçerlilik koşulu olarak, hukuki işlemin ilk safhasında da (borçlandırıcı işlem) aranacaktır (Şıpka, 2002, s.49).

d. Yasak İşlem Görüşü

Bu görüşe göre, inceleme konusu aile konutuna ilişkin sınırlamanın hukuki niteliği ne fiil ehliyeti sınırlamasıdır ne de tasarruf yetkisi sınırlamasıdır; bu sınırlama sadece kanunla emredici olarak ihdas edilmiş “diğer eşin rızasını alma yükümü”dür⁴⁴. Bu yükümün yerine getirilmemesi durumunda yasak işlem söz konusu olur, ancak rıza alınmadan yapılan işlemler batıl değil, askıda hükümsüzdür (Hacısalihoğlu, 2010, s.39). Böyle olunca da taşınmazı ilk devralan kişi, aile konutu şerhi bulunmasa dahi (iyiniyetli olup olmamasına bakılmaksızın) malik olamayacaktır. Ancak, işlem tarafından iyiniyetle aynı bir hak kazanan üçüncü kişilerin durumu TMK m.1023 kapsamında koruncaktır (Hatemi, Kalkan Oğuztürk, 2018, s.85).

e. Kanundan Doğan Bir Sınırlama Olduğu Yönündeki Görüş

Bu görüşe göre ise söz konusu sınırlama, sözleşme özgürlüğüne kanunla getirilmiş bir sınırlama niteliğindedir. Burada evli kişiler için, söz konusu işlemlerde birlikte hareket etme yükümlülüğü getirilmiştir (Badur, 2013, s.260). Bu sınırlamayı içeren hüküm (TMK m.194), bu konudaki genel hüküm niteliğindeki MK m.193’ün kanundan doğan bir istisnasını teşkil etmektedir (Kılıçoğlu, 2003, s.36).

f. Görüşümüz

Kanaatimize göre, aile konutuna ilişkin sınırlamanın hukuki niteliği bir tasarruf yetkisi sınırlamasıdır. *Gümüş*, TMK m. 199 ile TMK. m.194’in aynı kumaştan dokunduğunu ileri sürmüştür. Gerçekten, TMK m.199’un lafzının açık bir tasarruf yetkisi sınırlaması içermesi nedeniyle, TMK m. 194’un de aynı nitelikte kabul edilmesi gerektiği haklı olarak ifade edilmiştir⁴⁵. Ayrıca, hükmün koruma amacı da dikkate alındığında, diğer görüşlerin aksine söz konusu sınırlamanın sadece tasarruf işlemlerine yönelik olduğunu söylemek mümkündür. Bu nedenle, söz konusu sınırlama borçlandırıcı işlemleri kapsamaz⁴⁶. *Gümüş’ün* de haklı olarak belirttiği üzere söz konusu sınırlama aile konutuna ilişkin olarak sadece soyut ve genel bir koruma sağlamaktadır (Gümüş, 2007, s.39).

iv. Aile Konutu Şerhi

Kanun koyucu, aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eşe, söz konusu gayrimenkulün aile konutu olduğunun şerh⁴⁷ verilmesini talep etme yetkisi vermiştir⁴⁸. Aile konutun şerhine ilişkin imkân, mehaz İsviçre Medeni Kanunu’nda yer almamaktadır⁴⁹. Bu hükmün, kanunun tasarı aşamasındayken Yargıtay tarafından önerildiği ve böylece kanunlaştığı ifade edilmektedir (Kılıçoğlu, 2003, s.47).

Aile konutu şerhini malik ve malik olmayan eş tek başlarına talep edebilecekleri gibi eşlerin birlikte talep etmesi de mümkündür. Aile konutu şerhi için, tapu sicil müdürlükleri; merkezi nüfus idaresi sisteminden veya nüfus müdürlüğünden alınan yerleşim yeri belgesi ile medeni hâli gösterir nüfus kayıt örneği talep etmektedir⁵⁰.

Aile konutu şerhi, evlilik birliği devam ettiği sürece geçerliliğini koruyacak (Saatçioğlu, 2016, s.200), evlilik birliğinin sona ermesiyle de etkisini yitirecektir.

Aile konutu şerhinin etkisi bakımından⁵¹ –yoğun tartışmalar bulunsa da- şunları söylemek mümkündür; TMK. m.194’deki koruma için aile konutu şerhi zorunlu değildir, yani ilgili taşınmazın tapu sayfasında aile konutu şerhi olsun ya da olmasın, diğer eş bu korumadan yararlanacaktır⁵². Aile konutu şerhinin bu anlamda kurucu değil, açıklayıcı etkiye sahip bir şerh olduğunu söylemek mümkündür⁵³. Bu nedenle de aile konutu şerhinin

bulunmadığı bir aile konutu üzerinde diğer eşin rızası olmaksızın iyiniyetle hak kazanımında bulunan işlem tarafının iyiniyeti korunmayacaktır⁵⁴. Mevaz İsviçre hukukunda da aynı sonuç kabul edilmektedir⁵⁵. Bu sonuç, aile konutuna ilişkin sınırlamanın bizzat kanundan doğmuş olmasından ve *işlem tarafının iyiniyetini özel olarak koruyan bir hüküm bulunmamasından*⁵⁶ ileri gelir. Aile konutu şerhinin etkisi ise işlem tarafının değil üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunmasında önem arz eder. Gerçekten, aile konutu şerhi malik eşle işlem yapan tarafı değil, işlem yapan taraf ile hukuki ilişkiye girecek olan üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırmak için faydalıdır⁵⁷. Malik olmayan eş, iyiniyetli üçüncü kişilerin kazanımını engellemek istiyorsa bu şerhten faydalanacaktır. Aksi durumda, TMK m.1023 devreye girecek ve iyiniyetli üçüncü kişi korunacaktır. Bu açıklamalara ek olarak ifade etmek gerekir ki Yargıtay'ın görüşü bu yönde değildir. Yargıtay'ın uzunca bir süre uyguladığı görüşe göre TMK m.194, TMK m.1023'ü dışlamaz (Bulut, 2016, s.119) yani, tapuda aile konutu şerhi yoksa bu durumda işlem tarafı iyiniyetli ise TMK m.1023'ten faydalanacaktır⁵⁸. Ancak, son dönemde Yargıtay bu konuda görüş değiştirmiş ve işlem tarafının iyiniyetli olup olmasını dikkate almayarak, eş rızasının olmadığı durumlarda ipoteğin kaldırılması gerektiği yönünde kararlar vermeye başlamıştır⁵⁹.

C. İpotek

İpotek, Türk Medeni Kanunu'nun düzenlediği üç taşınmaz rehini türünden biri olup, hak sahibine bir taşınmazın değerinden alacağını elde etme yetkisi veren sınırlı bir ayni haktır. İpotek, halen mevcut olan veya henüz doğmamış olmakla beraber doğması kesin veya olası olan herhangi bir alacak için kurulabilir. Böylece, şarta bağlı olan ya da olmayan, belirli ya da belirsiz her türlü alacak için hatta ileride doğacak ya da doğması ihtimal dâhilinde olan alacaklar için dahi ipotek kurulabileceği kabul edilmiştir⁶⁰.

Taşınmaz rehinine hâkim olan *ferilik ilkesi, belirlilik ilkesi, kamuya açıklık ilkesi ve sabit derece ilkesi* ipotek için de geçerlidir. Ferilik ilkesine göre, rehin hakkı bir alacağı güvence altına alır ve bu alacak var olduğu sürece de varlığını sürdürür; alacaktan bağımsız olarak düşünülemez (Acar, 2015, s.37). Belirlilik ilkesi gereğince, gerek teminat altına alınacak alacağın gerekse de teminat teşkil edecek taşınmazın belirli olması gereklidir (Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, 2017, s.902 vd.). Kamuya açıklık ilkesi ise tapu sicil sistemi ile gerçekleştirilir; bu kapsamda kamuya açıklık ilkesi her şeyden önce taşınmaz rehininin tapuya tescille doğmasını ifade eder (Oğuzman ve diğerleri, 2017, s.911). Alacağın, taşınmazın bir değer bölümü ile teminat altına alınmasına izin veren taşınmaz rehin sistemi sabit dereceler sistemi olarak adlandırılmaktadır. Bu sistemde, taşınmazın bölündüğü farazi değer parçalarına derece denir ve her derecede derecenin değerine erişinceye kadar taşınmaz rehini kurulabilir (Oğuzman ve diğerleri, 2017, s.923).

İpoteğin en belirgin özelliği olarak "alacağa bağlı olması"dır. Bu bağlılık özellikle ipoteğin kurulmasında, hakkın kullanılmasında, rehinli alacağın devrinde, tapu siciline güvenin korunmasında ve rehinin sona ermesinde açıkça görülür⁶¹.

Mevcut miktarı belirli alacakları teminat altına almak için tesis edilen ipoteğe *anapara ipoteği*; mevcut alacakların yanı sıra ileride doğacak ve doğması muhtemel alacakları teminat altına almak için kurulan ipoteğe ise *üst sınır (azami hat/meblağ) ipoteği* denmektedir.

İpoteğin doğması için tapu siciline *-kanuni istisnalar hariç olmak üzere-* geçerli bir tescilin yapılması zorunludur (Oğuzman ve diğerleri, 2017, s.975). Geçerli bir tescil için kural olarak, taşınmaz malikinin tescil talebi ve geçerli bir kazanma sebebinin varlığı gerekir. Kazanma sebebi bir rehin sözleşmesi, ölüme bağlı tasarruf, kanun hükmü ya da bir mahkeme kararı olabilir. Bu çalışmanın konusu nedeniyle, kazanma sebebi olarak biz sadece rehin sözleşmesini inceleyeceğiz.

Görüldüğü üzere, ipoteğin tescilinde esasen iki aşama vardır; bunlar rehin sözleşmesi ve tescil talebidir⁶². Uygulamada, bu ikisi bir arada gibi görünse de esasında hukuki nitelikleri ve neticeleri farklı hukuki işlemlerdir⁶³.

İlk olarak, rehin sözleşmesinin, bir sözleşme olarak borçlandırıcı bir hukuki işlem olduğunu söylemek mümkündür. Taşınmaz rehin sözleşmesi, taşınmaz maliki ile alacaklı arasında yapılan bir sözleşme niteliğinde olup (Akıntürk, 2009, s.764) aynı zamanda tescil işleminin de hukuki sebebinin teşkil eder. Bu sözleşme nedeniyle, malik, taşınmazı üzerinde alacaklı lehine bir rehin hakkı kurma borcu altına girer. Bu sözleşmenin, kural olarak – *istisnalar hariç*- resmi şekilde yapılması zorunludur. Resmi senet tapu memuru tarafından düzenlenir, bu şekil sıhhat şeklidir⁶⁴.

Rehin sözleşmesinin hukuki niteliğinin son derece belirgin olmasına karşın tescil talebinin hukuki niteliği bu kadar net değildir. Bu kapsamda, tescil talebinin eskilerde aynı bir sözleşme olduğu ileri sürüldüğü gibi bunun “usulü bir işlem” olarak nitelendirildiği de bilinmektedir⁶⁵. Ancak, günümüzde hâkim görüş ise tescil talebinin, malikin tek taraflı bir tasarruf işlemi olduğu yönündedir⁶⁶. Bu tartışmaların uygulama bakımından önemi ise tescil talebi olmaksızın yapılan tescillerin akıbeti noktasındadır. Örneğin, usuli işlem görüşü kabul edilirse, tescil talebi olmaksızın yapılan bir tescil –*diğer şartlar mevcut ise*- geçerli sayılacaktır. Tasarruf işlemi görüşüne göre ise talep olmadan yapılan tesciller geçersiz olacağı gibi talebin geçerli olmaması da tescili sakatlayacaktır⁶⁷.

Tescil talebinin hak sahibi –*tasarruf yetkisine sahip olan kişi*- tarafından yapılması gerekmektedir⁶⁸. Aynı hakkın kazanılması için gerekli tescili talep yetkisi, taşınmazın malikine aittir (MK. m.1013). Tescilin yapılabilmesi, istemde bulunanın, tasarruf yetkisini ve hukukî sebebi belgelemiş olmasına bağlıdır. İstemde bulunan kimse, kendisinin, sicilde hak sahibi görünen kişi veya bu kişinin temsilcisi olduğunu ispat etmek suretiyle tasarruf yetkisini belgelemiş olur. Hukukî sebebin belgelenmesi ise bu sebebin geçerliliği için gerekli şekle uyulduğunun ispatı suretiyle olur. Şayet, tasarruf yetkisine ve hukuki sebebe ilişkin belgeler tamam değilse tescil talebi reddedilmelidir. Bununla birlikte, hukuki sebebe ilişkin belgeler tamam olmakla birlikte, tasarruf yetkisine ilişkin belgelerin tamamlanması gereken hallerde maliklerin rızası ya da hâkim kararıyla geçici tescil şerhi verilebileceği de kanunda düzenlenmiştir.

D. Aile Konutu Üzerinde İpotek Kurulması

Aile konutu niteliğindeki bir taşınmaz üzerinde ipotek kurulması, ipoteğin teminat altına aldığı borcun ifa edilmemesi durumunda söz konusu taşınmazın satılması ve alacaklının bu bedel üzerinden tatmin edilmesini sağlamayı amaçlar. Bu nedenle de ipoteğin kurulması tek başına aile konutunda oturulmasını engellemese dahi ileride bu sonucu doğurabilecek bir hukuki işlem niteliğinde görülmektedir. Bu konuda ciddi tartışmalar bulunsa da⁶⁹ aile konutuna ilişkin sınırlamanın amacı dikkate alındığında, ipotek kurulması işleminin de aile konutu üzerindeki hakları sınırlandıran bir işlem olarak kabulü⁷⁰ ve ipoteğin kurulması için malik olmayan eşin rızasının aranması uygun olacaktır⁷¹. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir⁷².

Dolayısıyla, aile konutu niteliğindeki bir taşınmaz üzerinde ipotek kurulması için malik olmayan eşin rızasının gerektiğini söyleyebiliriz⁷³.

2. Eş Rızasının Alınmaması ya da Geçersiz Olması Nedeniyle İpoteğin Bir Mahkeme Kararıyla Kaldırılarak Tapu Sicilinin Düzeltilmesi Durumunda Devletin Sorumluluğu Söz Konusu Olabilir mi?

Aile konutuna ilişkin MK m.194'te düzenlenen sınırlamaya ilişkin olarak açılan davaların çoğunun, malik olmayan eş tarafından rıza eksikliği/geçersizliği nedeniyle açılan

(*ipoteğin kaldırılarak*) tapu sicilinin düzeltilmesi davalarının oluşturduğunu söyleyebiliriz. Bu davalarda, malik olmayan eş, ipoteğin kurulması için kendisinden rıza alınmadığını ya da alınan rızanın geçersiz olduğunu bu nedenle ipoteğin de geçersiz olduğunu ileri sürerek tapu sicilinin düzeltilmesini talep etmektedir. Özellikle bankacılık uygulamasında, bankalara karşı açılan bu tür davalarda, eş rızasının alınmadığı ya da geçersiz olduğu durumlarda⁷⁴ mahkemeler söz konusu ipoteğin kaldırılarak tapu sicilinin düzeltilmesine karar vermektedir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, aile konutu niteliğindeki bir gayrimenkul üzerinde ipotek kurulması da TMK m.194 kapsamında rızaya tabi bir işlem niteliğindedir. Bu nedenle, rızanın alınmadığı ya da geçersiz olduğu durumlarda tapu sicilinin düzeltilmesi olağan bir sonuçtur⁷⁵. Ancak, bu ağır neticeye sadece ipotek hakkına sahip alacaklının katlanması hukuken doğru mudur? Ayrıca ipoteğin kurulması için gerekli olan eş rızasının alınması acaba rehinli alacaklının sorumluluğunda mıdır? Rıza alınmadan kurulan ipoteğin açılan bir dava neticesinde kaldırılması durumunda resmi senet niteliğindeki rehin sözleşmesi ve tescil işlemini gerçekleştiren devletin bir sorumluluğu gündeme gelebilir mi?

İlk olarak eş rızasının alınması ya da bunun temin edilmesinin kimin sorumluluğunda olduğunu tespit etmek gerekmektedir. Öncelikle mevzuatta bu konuda açık bir hükmün bulunmadığını belirtmek gerekir. Ancak uygulamaya baktığımızda, ipotek kurulması için malik olmayan eşten alınacak rızanın rehinli alacaklılar tarafından temin edildiğini görmekteyiz. Gerçekten özellikle bankacılık uygulamasında, ipotek karşılığında kullanılan kredilerde⁷⁶ bankaların malik olmayan eşten ipotek kurulmasına rıza gösterdiğini yazılı olarak talep ettikleri ve bunu temin etmeden de kredi kullandırmadıkları bilinmektedir. Bu konudaki yargı kararlarında da benzer bir kabulün söz konusu olduğu⁷⁷ ve hatta eş tarafından verilen muvafakatnamedeki imzanın sıhhatini araştırma yükümlülüğünün de bankalara yüklendiğini söylemek mümkündür⁷⁸. Doktrinde de bazı yazarlar eş rızasının doğrudan işlemi gerçekleştirecek olan malik eşe yöneltilmesi gerektiğini⁷⁹; bazı yazarlar ise bu beyanın malik olan eşten ziyade, işlem tarafı olan kişiye yöneltilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁸⁰. Bu konudaki bir diğer görüş ise rıza beyanının, malik olan eşe ya da işlem tarafına da yöneltilebileceğini, her iki halde de aynı etkinin doğacağını ileri sürmektedir (Barlas, 2008, s.241). Bir başka görüşe göre ise rıza beyanı izin niteliğindeyse işlemi gerçekleştirecek olan eşe, icazet niteliğinde ise işlem tarafına yöneltilmelidir (Cumalı, 2012, s.99).

İpotek kurulması işlemine baktığımızda, bunun borçlandırıcı bir hukuki işlem olan rehin sözleşmesi ve devamında da malikin tek taraflı tasarruf işlemi niteliğindeki tescil talebinden oluştuğunu görürüz⁸¹. Rehlin sözleşmesi, her ne kadar devletin yetkilendirdiği tapu memurunun katılımıyla yapılarak resmi senet niteliğini kazansa da özünde rehin kurma borcu doğuran nisbi bir sözleşme niteliğindedir⁸². Dolayısıyla, bu sözleşmenin tarafı olan rehinli alacaklının, malik olmayan eşin rızasını araması ve de temin etmeye çalışması hayatın olağan akışına uygundur⁸³. Ancak, hemen belirtmek gerekir ki bizim kabul ettiğimiz görüşe göre aile konutuna ilişkin sınırlamalar tasarruf yetkisi sınırlaması niteliğinde olduğundan borçlandırıcı işlemlerde bu rızaya ihtiyaç yoktur. Dolayısıyla, her ne kadar rehin sözleşmesi akdedilmeden önce diğer eşin rızası alınsa da bu husus işlemin hukuki geçerliliği bakımından zorunlu değildir. Zira yapılan hukuki işlem bir tasarruf işlemi değil, bilakis borçlandırıcı bir işlemdir⁸⁴. Bu nedenle rehin sözleşmesi penceresinden *-her ne kadar uygulama bu yönde gelişmiş ise de-* eş rızasının temin edilmesinin işlemin hukuki geçerliliği bakımından zorunlu olmadığını söyleyebiliriz.

İpoteğin hukuken varlık kazanabilmesi için rehin sözleşmesinden sonra hak sahibinin yani gayrimenkul üzerinde tasarruf yetkisi olan kişinin tescil talebi de gerekir. Yukarıda da tespit ettiğimiz üzere, tescil talebi tek taraflı bir tasarruf işlemi niteliğindedir. Bu talep, tapu sicil memuruna yönelik bir irade açıklamasıdır⁸⁵. İşte bu noktada, acaba tapu sicil memuru ipoteğin tescil talebiyle karşılaştığında, malik olmayan eşin rızasını aramak ya da varsa kontrol etmekle yükümlü müdür? Bize göre, peşinen, tapu sicil memurunun böyle bir yükümlülüğünün bulunduğunu söylemek gerekir⁸⁶ ve bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi

bir zarara neden olursa doğan zarardan devletin sorumluluğu TMK m.1007 kapsamında gündeme gelebilir (Pekmez, 2013, s.84). Zira TMK m.194'te düzenlenen sınırlamanın hukuki niteliği konusunda ağırlıklı görüş *(ve bizim de kanaatimiz)*, bu sınırlamanın bir tasarruf yetkisi sınırlaması olduğu yönündedir⁸⁷. Bu nedenle de TMK m.1015 gereğince, tapu sicil memurunun, talepte bulunan kişinin tasarrufa yetkili olup olmadığını incelemesi gerekir⁸⁸. Zira aile konutuna ilişkin söz konusu sınırlama, malikin söz konusu taşınmaz üzerindeki tek başına tasarruf yetkisini ortadan kaldırmaktadır. Benzer bir hüküm Tapu Sicil Tüzüğü'nün 18. maddesinde yer almaktadır; buna göre bir tescil talebiyle karşılaşan tapu memuru, talepte bulunanın hak sahibi olup olmadığını belirlemek zorundadır. Buradaki hak sahipliğinin tespiti için sadece talep sahibinin kimlik bilgilerinin tapuda görünen bilgilerle karşılaştırılması yeterli olmayacaktır. Hak sahipliği aile konutu niteliğindeki gayrimenkullerde, kanunla sınırlandırılmıştır. Bu nedenle de sadece kimlik bilgilerinin karşılaştırılması suretiyle yapılacak bir hak sahipliği kontrolü yetersiz olacaktır. Buna ek olarak, söz konusu gayrimenkulün aile konutu niteliğinde olup olmadığı konusunda ve rızanın alınıp alınmadığı konularında da tapu memurunun kontrol yükümlülüğü vardır. Tapu memurunun, işlem taraflarının tapu bilgilerine, nüfus bilgilerine ve adres bilgilerine kolayca erişimi mümkün olduğundan⁸⁹ bu kontrolün yapılması, ipotek alacaklıları tarafından yapılacak kontrole nazaran daha kolay olacaktır.

Dolayısıyla, ipoteğin tescil talebiyle karşılanan bir tapu memurunun ilk olarak hak sahibinin evli olup olmadığını araştırması, evli ise bu durumda işleme konu gayrimenkulün aile konutu niteliğinde olup olmadığını araştırması gerekmektedir. Tapu memuru bu araştırmayı yaparken, kamuya ait bilgi sistemlerinden faydalanacağı gibi tescil talebinde bulunan hak sahibinden de bilgi ve belge talep edebilir. Tapu memurunun yapacağı bu araştırma neticesinde, ipotek kurulması için tescil talebinde bulunulan taşınmazın aile konutu niteliğinde olduğu anlaşılırsa, tapu sicil memuru, malik olmayan eşin rızasını aramak ve bu rızanın bulunmaması durumunda ise bu talebi reddetmekle yükümlüdür⁹⁰. Ancak şartları varsa tasarruf yetkisindeki eksiklik giderilinceye kadar geçici tescil şerhi de verilebilir⁹¹. Aksi durumda *-tasarruf işleminin geçersiz olması nedeniyle-* ipoteğe ilişkin tescil yolsuz olacaktır (Özçelik, 2016, s.84).

Bu konuda doktrinde, İsviçre tapu sicil tüzüğünde⁹², tapu sicil memuruna bu yönde açık bir hüküm ile yükümlülük verildiği, buna karşın mevzuatımızda bu yönde açık bir hüküm bulunmaması nedeniyle tapu sicil memurunun eş rızasını arama/kontrol etme gibi bir yükümlülüğünün bulunmadığı ve tapu sicil memurunun bu yükümlülüğünün sadece tapu kayıtlarıyla sınırlı olduğu yani bir anlamda şekli bir incelemeden ibaret olduğu, bu nedenle tapu memurunun açık bir hüküm olmaksızın tapu dışında cereyan eden bir konuyu araştırma yükümlülüğünün bulunmadığı ileri sürülmüştür⁹³. Yine, tapu memurunun ancak sicilden anlaşılabilen tasarruf yetkisi kısıtlamalarını denetleme yükümlülüğü olduğu da ileri sürülmüştür (Vardar Hamamcıoğlu, 2014, s.186). Ancak bu görüşlere iştirak etmek mümkün değildir. Zira tasarruf yetkisi sınırlaması niteliğinde olan aile konutuna ilişkin hükmün uygulanması için tapu sicil tüzüğünde özel bir düzenleme aramak kanaatimizce yersizdir. Bu konuda tapu memuruna tescil talebinde bulunan kişinin tasarrufa yetkili olup olmadığını inceleme görevi yükleyen TMK m.1015 ile yine tapu memuruna tescil talebinde bulunan kişinin hak sahibi olup olmadığını belirleme görevi veren Tapu Sicil Tüzüğü'nün 18. maddesinin mevcut halleriyle önerilen kontrol yükümlülüğüne kaynaklık edebileceği kanaatindeyiz. Tapu memurunun yapacağı inceleme, tescil talebinde bulunan kişinin *"tasarrufa yetkili olup olmadığı/hak sahibi olup olmadığı"* incelemesi kapsamında olacaktır. Ayrıca, bu tür bir incelemenin söz konusu maddelerin ihdas amaçlarına da uygun düştüğünü söylemek mümkündür. Tapu memurunun inceleme yükümlülüğünün, sadece tapu kayıtlarıyla sınırlı olduğu, yine tapu dışında cereyan eden bir konuyu araştırma yükümlülüğü olmadığı yönündeki görüşlere de iştirak etmediğimizi belirtmeliyiz. Öncelikle, tapu memuruna inceleme görevi veren yasal düzenlemelerde bu incelemenin sadece tapu kayıtlarıyla sınırlı olduğunu belirten bir hüküm bulunmamaktadır. Bilakis, tapu memuruna kaynağına bakılmaksızın ilgili

kişinin tasarrufa yetkili olup olmadığının araştırılması görevi yüklenmiştir. Bu inceleme görevini sadece tapu kayıtlarıyla sınırlı tutmak hem söz konusu hükümlerin amacına aykırılık teşkil edecek hem de hukuk güvenliğini zedeleyecektir.

Bu konuda ayrıca şuna değinmekte fayda görüyoruz. Tapu Sicil Tüzüğü'nün 49. maddesi aile konutu şerhi için aranacak belgeleri düzenlemektedir. Bu maddenin başlığı "*Tasarruf hakkını yasaklayan şerhler için aranacak belgeler*"dir. Bu başlık bize, doktrinde ittifakla kabul edildiği üzere aile konutu şerhinin kurucu etkisi olmadığı, sadece açıklayıcı etkiye sahip olduğu yönündeki görüşün söz konusu tüzüğün hazırlanırken dikkate alınmadığını göstermektedir⁹⁴. Gerçekten de doktrinde, aile konutu şerhinin bu özelliği nedeniyle gerçek olmayan bir tasarruf yetkisi kısıtlaması niteliğinde olduğu belirtilmektedir⁹⁵. Çünkü söz konusu maddeden ve başlığından aile konutu şerhinin bulunmadığı durumlarda tasarruf yetkisi sınırlamasının söz konusu olmadığı gibi bir anlam çıkmaktadır. Bu durum esasında, aile konutu şerhinin niteliğinin açıklayıcı değil, kurucu olduğu yönündeki görüşe işaret etmektedir. Aile konutuna ilişkin ipotek işlemlerindeki uygulamalara baktığımızda da bu sonuç açıkça görülmektedir. Yani, devlet (*Tapu Sicil Müdürlüğü*), aile konutuna ilişkin tasarruf sınırlamasını, sadece taşınmaz üzerinde aile konutu şerhinin bulunması durumunda geçerli saymakta ve dikkate almaktadır, bu nedenle de ipotek kurulması işlemlerinde eş rızasının varlığını ya da geçerliliğini incelememektedir. Uygulamada da aile konutu şerhi olmayan taşınmazlar üzerinde kurulan ipoteklerde, tapu sicil memurlarının eş rızasını aramadıkları görülmektedir. Hiç şüphe yok ki bu yöndeki uygulama aile konutuna ilişkin sınırlamanın ihdas edilmiş amacıyla açıkça çelişmekte ve devletin anayasadan doğan ailenin korunması yönündeki yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmektedir. Gerçekten, Anayasanın 41. maddesine göre "*Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar*". Görüldüğü üzere, ailenin korunması bir görev olarak ilk olarak devlete verilmiştir, dolayısıyla, aile konutuyla ilgili sınırlamanın da nihai amacı ailenin korunması olduğuna göre, bu hükmün ilk yükümlüsü de devlet tüzel kişiliği olmalıdır.

Aile konutuna ilişkin sınırlamanın hukuki niteliğinin fiil ehliyeti sınırlaması olarak kabul edilmesi durumunda da netice değişmeyecektir. Bu konuda Tapu Sicil Tüzüğü'nün 19. maddesine göre, tapu sicil memuru, tescil talebinde bulunan kişinin fiil ehliyetinin bulunup bulunmadığını araştırmakla yükümlüdür⁹⁶.

Sonuç olarak aile konutu niteliğindeki bir taşınmaz üzerinde eş rızası alınmadan kurulan bir ipotek, tasarruf yetkisi yokluğu nedeniyle yolsuz tescil niteliğinde sayılacaktır⁹⁷. Bu yolsuz tescil nedeniyle doğan zarardan devletin de TMK.m.1007 uyarınca sorumluluğu bulunduğunu söylemek mümkündür⁹⁸. Devletin buradaki sorumluluğu kusursuz sorumluluk niteliğinde olup, tapu sicil memurunun hukuka aykırı bir davranışıyla illiyet bağı içerisinde olan bir zarar bulunması sorumluluk açısından yeterlidir (Sirmen, 1976, s.33, s.41 vd.). Tapu sicil memurunun davranışının hukuka aykırı olup olmadığı hususunda, sadece tapu mevzuatı değil, bu mevzuat haricindeki hukuk kuralları ve genel hukuk ilkeleri de kriter olacaktır⁹⁹. Bize göre, tapu sicil memurunun ipotek işlemlerinde eş rızasını aramadan ipoteği tescil etmesi, tescil talebinin hak sahibinden gelmemesine karşın işlemi gerçekleştirmesi nedeniyle hukuka aykırılık oluşturmaktadır. Bu hukuka aykırılıktan da bir zarar doğması durumunda, devletin TMK m.1007 uyarınca sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Bu sorumluluk, bazen ipotek alacaklısına bazen de malik olmayan eşe yöneliktir. Eş rızası alınmadan yapılan bir tescile iyiniyetle güvenerek aynı bir hak kazanımı olması durumunda, devletin malik olmayan eşe karşı sorumlu tutulabileceğini söyleyebiliriz. Buna karşın, malik olmayan eşin açtığı dava üzerine tapu sicilinin düzeltilmesi neticesinde ipoteğini kaybeden ve bu alacağını tahsil edemeyen rehinli alacaklı örneğinde ise devletin sorumluluğu rehinli alacaklıya karşıdır. Ancak, zararın oluşmadığı durumlarda, örneğin, ipotek alacaklısının ipoteği kaybetmesine karşın borcun ödenmesi durumunda zarar oluşmayacağı için devletin sorumluluğuna

gidilemeyecektir. Bu nedenle, ipotek alacaklısının alacağını tahsil edememiş olması zararın doğduğunu ve devletin sorumluluğuna gidilebileceğini gösterir¹⁰⁰.

Son olarak, eş rızası alınmaması nedeniyle oluşan zarar kapsamında TBK m. 52'nin uygulanmayacağı kanaatinde olduğumuzu belirtmek gerekmektedir. TBK m. 52'ye göre *“Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.”* Eş rızasının alınması konusunda, işlem tarafının herhangi bir sorumluluğunun olmadığını tespit etmiş olmamız nedeniyle, eş rızası alınmadığı gerekçesiyle tapu sicilinin düzeltilmesi neticesinde oluşan zarardan, ipotek alacaklısının sorumlu tutulmaması gerekir; ancak, ipotek alacaklısı eş rızasını hak sahibinden temin ettiğini ve geçerli olduğunu ileri sürerek tescil işleminin gerçekleştirilmesini sağlamışsa bu durumda zararın doğmasında kusuru söz konusu olabilir ki bu durumda dahi tapu sicil memurunun araştırma yükümlülüğü ortadan kalkmadığı için devletin sorumluluğu yine gündemde kalır.

3. Sonuç

Aile konutu niteliğindeki bir gayrimenkul üzerinde ipotek kurulması TMK m.194 kapsamında, hak sahibi olmayan eşin rızasına tabi bir işlem niteliğindedir. Aile konutuna ilişkin bu sınırlama bize göre bir tasarruf yetkisi sınırlamasıdır. Bu görüşün nihai uzantısı olarak da, ipotek kurulması kapsamında eş rızası alınmadan yapılan rehin sözleşmesi borçlandırıcı işlem olarak geçerli olacak, ancak malikin tescil talebi tasarruf işlemi niteliği nedeniyle geçersiz olacaktır.

TMK m.1015 gereğince, tapu sicil memurunun, ipotek tescil talebinde bulunan kişinin tasarrufa yetkili olup olmadığını incelemesi gerekir. Kanaatimizce, aile konutuna ilişkin bir ipotek kurulması talebiyle karşılaşan tapu sicil memurunun söz konusu gayrimenkulün aile konutu niteliğinde olup olmadığı konusunda ve rızanın alınıp alınmadığı konularında kontrol yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülük hem TMK m.1015'ten hem de Tapu Sicil Tüzüğü'nün 18. maddesinden doğmaktadır. Bu hükümler ve aile konutunun korunması yönünde devletin anayasal yükümlülüğünün bulunması nedenleriyle de tapu sicil memurunun kontrol yükümlülüğünün şekli olduğu yönündeki görüşe iştirak etmemekteyiz. Kontrol yükümlülüğün kabul edilmemesi, aile konutuna ilişkin sınırlamanın ihdas ediliş amacıyla açıkça çelişmekte ve devletin anayasadan doğan ailenin korunması yönündeki yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmektedir.

Bu gerekçelere dayanarak, ipoteye konu olacak gayrimenkulün aile konutu olup olmadığının ve işlem tarafının tasarruf yetkisine sahip olup olmadığının tespiti yükümlülüklerinin malik olan eşle işlem yapan tarafta olmadığını söyleyebiliriz. Bu yükümlülük ile gerek olması halinde eş rızasını temin etme yükümlülüğünün tapu sicil memurunda olduğu kanaatindeyiz.

İpotek kurulması için tescil talebinde bulunulan taşınmaz aile konutu niteliğinde ise bu durumda tapu sicil memuru, malik olmayan eşin rızasını aramak ve bu rızanın bulunmaması durumunda ise talebi reddetmekle yükümlüdür. Ancak şartları varsa tasarruf yetkisindeki eksiklik giderilinceye kadar geçici tescil şerhi de verilebilir. Aksi durumda, tasarruf işleminin geçersiz olması nedeniyle, ipoteye ilişkin tescil de yolsuz olacaktır.

Tapu sicil memurunun ipotek işlemlerinde eş rızasını aramadan ipotegi tescil etmesi, tescil talebinin hak sahibinden gelmemesine karşın işlemi gerçekleştirilmesi nedeniyle hukuka aykırılık oluşturmaktadır. Bu hukuka aykırılıktan da bir zarar doğması durumunda, devletin -diğer şartlar varsa- TMK m.1007 uyarınca sorumluluğunun gündeme gelmesi mümkündür. Bu sorumluluk, bazen ipotek alacaklısına bazen de malik olmayan eşe yöneliktir. Son olarak, eş rızası alınmaması nedeniyle oluşan zarar kapsamında TBK m. 52'nin uygulanmayacağı kanaatinde olduğumuzu belirtmek gerekmektedir.

Kaynakça

- Acar, F., (2016). *Aile Hukukumuzda Aile Konutu-Mal Rejimleri*. İstanbul: Seçkin.
- Acar, F., (2015). *Rehin Hukuku Dersleri*. İstanbul: Vedat.
- Akıntürk, T., (2009). *Eşya Hukuku*. İstanbul: Beta.
- Armutçuoğlu, C. Y. (2011). Aile Konutuna Sağlanan Koruma Ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği. *Mühf – Had*, 17 (1-2), 413-436.
- Ayan, S., (2004). *Evlilik Birliğinin Korunması*. Ankara: TBB.
- Badur, E., (2013). Eşin Rızası. *TBB Dergisi*, 109, 251-302.
- Bağcı, Ö., (2007). Aile Konutu Üzerinde Tasarruf. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4 (2), 145-175.
- Barlas, N., (2008). *Makalelerim (Medeni Kanununun Eşlerin Hukuki İşlem Serbestisi Bakımından Getirdiği Bazı Yenilikler Ve Uygulama Alanına Yansımaları) 1*. İstanbul: Vedat.
- Başpınar, V., (2003). Türk Medeni Kanunu İle Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 52 (3), 79-101.
- Baygın, C., (2003). 4721 Sayılı Yeni Medeni Kanununun Evlenme, Boşanma Ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler. *Ünal Tekinalp'e Armağan II*, 437-463.
- Bulut, M., (2016). *Teminat Sözleşmelerinde Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalar*. Ankara: Seçkin.
- Büyükay, Y., (2006). Yeni Türk Medeni Kanunu'nun 194. Maddesinde Yer Alan Aile Konutuna İlişkin Sınırlamanın Hukuki Niteliği. 28 Nisan 2018 tarihinde <http://E-Akademi.Org/Makaleler/Ybuyukay-8.Htm> adresinden erişildi.
- Cansel, E., (1964). *Tapu Siciline İtimat Prensibi*. Ankara: Ajans Türk Matbaası.
- Ceylan, E., (2017). Yeni Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutunun Önemi. *TBB Dergisi*, 128, 203-230.
- Cumalı, G., (2012). Aile Konutu ve Kira İlişkileri. Marmara Üniversitesi SBE Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı (Yayımlanmamış YL Tezi). 28 Nisan 2018 tarihinde <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> adresinden erişildi.
- Çabri, S., (2007). Aile Konutu Şerhi. *Prof. Dr. Ergon A. Çetingil Ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Armağanı*, 401-414.
- Çetiner, B., (2015). *Taşınmaz Teminatı*. İstanbul: Filiz.
- Demir, P. Ö., (2004). *Evlü Kadınların Hukuki Durumu*. İstanbul: Vedat.
- Demirbaş, F., (2017). Aile Konutu Şerhinin İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Aynı Hak Kazanımlarına Etkisi ve Konuya İlişkin Yargıtay Uygulaması. *ASEAD*, 4 (12), 420-427.
- Doğan, M., (2004). *Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi*. Ankara: Seçkin.
- Dönmez, M., (2008). Aile Konutunun Haczi. *TBB Dergisi*, 77, 349-358.
- Dural, M., Ögüz, T. ve Gümüş, M. A., (2018). *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz.
- Erdem, M., (2018). *Aile Hukuku*. Ankara: Seçkin.
- Gençcan, Ö. U. (2017). *Aile Konutu*. Ankara: Yetkin.
- Genç Arıdemir, A., (2006). 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*, 127-148.
- Giray, F. K., (2003). 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununda Yer Alan Aile Konutu Kavramının Kanunlar İhtilafı Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi. *MHB, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan*, 23 (1-2), 423-448.
- Gümüş, M. A., (2007). *Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler*. İstanbul: Vedat.

- Günergök, Ö., (2009). Eşlerden Birinin Mülkiyetindeki Tapuya Kayıtlı Aile Konutu Üzerinde Üçüncü Kişilerin Mülkiyet veya Sınırlı Ayni Hak İktisabı. *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13 (1-2), 249-283.
- Hacısalıhoğlu, A., (2010). *Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu ve Şerhi*. İstanbul Üniversitesi SBE Özel Hukuk Anabilim Dalı (Yayımlanmamış YL Tezi). 01 Mayıs 2018 tarihinde <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> adresinden erişildi.
- Hatemi, H., Kalkan Oğuztürk, B., (2018). *Aile Hukuku*. İstanbul: On İki Levha..
- İmamoğlu, M.A., (2010). *Tapu Sicili Ve Tapu Sicilinin Tutulmasında Devletin Sorumluluğu*. Ankara: Adalet.
- İşleten, M. İ., (2014). Aile Konutu Şerhi ve Şerhin İyiniyetli Üçüncü Kişilere Etkisinin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4.6.2006 Tarihli, E.2006/2-591, K.2006/624 Sayılı Kararı Çerçevesinde Değerlendirilmesi. *Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi- Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan II*, 927-955.
- Kamacı, M., (2010). Tapu Kütüğüne Aile Konutu Şerhinin Konulması, Şerhin İşlevi, Geçerlilik Süresi Ve Terkini Sorunu. *Yargıtay Dergisi*, 36 (3), 23-60.
- Kamacı, M., (2004). Aile Konutu ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla İlgili Tasarruflarına Diğer Eşin Katılma Hakkı (Rıza). *Yargıtay Dergisi*, 30 (1-2), 113-137.
- Karabağ Bulut, N., (2017). *Aile Konutu Üzerinde İpotek Tesisi, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu Cilt 1 –Eşya Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Kılıçoğlu, A. M., (2017). *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan.
- Kılıçoğlu, A. M., (2003). *Medeni Kanununun Aile- Miras ve Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler*. Ankara.
- Kılıçoğlu, A. M., (2008). Aile Konutu Ve Konut Eşyası İle Sağlanan Koruma. *Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan*, Ankara: Turhan Kitabevi, 527-545.
- Köseoğlu, B., Kocaağa, K., (2011). *Aile Hukuku ve Uygulaması*. Bursa: Ekin.
- Kurt, E., (2004). *Tapu Sicilinin Düzeltilmesi*. İstanbul: Kazancı.
- Oğuzman, M.K., Seliçi, Ö. ve Oktay-Özdemir, S. (2017). *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz.
- Öktem, S., (2006). Aile Birliğinde Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması. *TBB Dergisi*, 67, 317-338.
- Öner, Ş. N., (2011). Aile Konutu'nun Özellikleri, Unsurları, Koruma Süresi ve Korunma Nedenleri. *TBB Dergisi*, 97, 117-154.
- Özçelik, B., (2016). *Tapu Siciline Güvenin Korunması*. Ankara: Yetkin.
- Pekmez, C., (2013). *Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu*. İstanbul: On İki Levha.
- Perçin, G. E., (2014). *Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Mal Rejimleri*, İstanbul: On İki Levha.
- Reisoğlu, S., (2002). Yeni Medeni Kanun'un Bankaları İlgilendiren Başlıca Farklı Düzenlemeleri. *Bankacılar Dergisi*, 40, 67-75.
- Reisoğlu, S., (2003). Yabancı Para İpoteği. *Bankacılar Dergisi*, 44, 43-56.
- Saatçioğlu, F., (2016). *Aile Konutu ve Şerhi*. Ankara: Adalet.
- Serozan, R., (2009). Aile Konutunun Şerhine Değişik Bir Yaklaşım. *Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan*, Ankara.
- Sirmen, L., (2015). *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin.
- Sirmen, L., (1976). *Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devlet'in Sorumluluğu*. Ankara: Sevinç Matbaası.
- Şahinci, A., (2010). Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 59 (2), 309-334.
- Şıpka, Ş., (2002). *Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası*. İstanbul: Beta.

- Şıpka, Ş., (2003). *Yeni Medeni Yasanın Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler Ve Uygulaması Sempozyum 6-7 Mart 2003*. Ankara: TBBS.
- Şıpka, Ş., (2015). Türk Hukukunda Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğünün Sınırları, *Public And Private International Law Bulletin*, 35 (1), 47-58.
- Uçar, A., (2006). 4721 Sayılı Medeni Kanun İle İhdas Edilen Yeni Bir Müessese: Aile Konutu Müessesesi, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1-2.
- Ünal, M., Başpınar, V., (2012). *Şekli Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin.
- Vardar Hamamcıoğlu, G., (2014). *Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*. İstanbul: On İki Levha.
- Yakuppur, S., (2016). *Tapu Kütüğüne Güven İlkesi*. İstanbul: On İki Levha.
- Yılmaz, K. K., (2015). Evlilik Birliğinin Korunması, *TBB Dergisi*, 120, 423-464.
- Yılmaz, S., Bayramoğlu, N. Ş., (2016). Eşin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Özel Sayı: Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 22 (3), 3143-3162.

Dipnotlar:

¹ Aile konutuna ilişkin hüküm, evliliğin genel hükümleri arasında yer alması nedeniyle 01.01.2002 tarihinden önce edinilmiş olan konutlar hakkında da uygulanacaktır. Detaylı bilgi için bkz. Gümüş, Alper, Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, 18; Saatçioğlu, Fuat, Aile Konutu ve Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, 57.

² "Yeni Medeni Kanunda en önemli değişiklik Aile Hukuku alanında yapılmış ve eşlerin gerek kişisel gerekse mali durumlarına ilişkin olarak birtakım düzenlemeler öngörülmüştür. Bu düzenlemelerin temelinde, karı ve kocanın prensip itibarıyla eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olması esası yatmaktadır. Öyle ki, Medeni Kanunun Genel Gerekçesi'nde, yani Kanundaki düzenlemelerde eşler arasında cinsiyet farkı gözetilmeksizin, tam bir eşitlik sağlama amacının birinci planda tutulduğu müteaddit defalar, ısrarla vurgulanmıştır." Barlas, Nami, Makalelerim (Medeni Kanunun Eşlerin Hukuki İşlem Serbestisi Bakımından Getirdiği Bazı Yenilikler ve Uygulama Alanına Yansımaları) Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, 226; "İşte Yeni Medeni Kanunumuzun Aile Hukuku alanında getirdiği yenilikler, özellikle uluslararası sözleşmeler çerçevesinde kadın-erkek eşitliğinin sağlanması ve ailenin korunması ilkelerine dayanmaktadır." Şıpka, Şükran, Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, Beta Yayınları, İstanbul, 2002, 9.

³ Acar, Faruk, Aile Hukukumuzda Aile Konutu-Mal Rejimleri, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, 2016, İstanbul, 15 vd.; Ayan, Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara, 2004, 58; Saatçioğlu, 36; Karabağ Bulut, Nil, Aile Konutu Üzerinde İpotek Tesisi, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu Cilt 1 –Eşya Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, 65.

⁴ Gerçekten de TMK m.194'ün ilk olarak, aile konutlarının banka kredilerine teminat olarak verilmesi meselesinde uygulandığı ifade edilmektedir. Şıpka, Aile Konutu, 3.

⁵ "Bu dava için, öğretisi ve uygulamada çok değişik adlar kullanılmaktadır. Söz gelişi "tapu iptal-tescil davası" ya da kısaca "iptal-tescil" davası, kaydın tashihi davası "tashihi kayıt davası", "tahsisi sicil davası", "tapu kaydının tashihi davası" "tashihi kayıt davası", "tahsisi sicil davası", "tapu kaydının tashihi davası", "tapu sicilinin düzeltilmesi davası" gibi adlar verilmektedir. Bu dava, gerçek hak durumu ile sicil kaydı arasındaki uyumsuzluğu yani şekli eşya hukuku ile maddi eşya hukuku arasındaki farklılığı giderecektir. Aslında, yolsuz sicil kaydına rağmen gerçek hak durumu değişmemiştir. Ancak yine de bu yolsuz kayıt, yukarıda açıklandığı üzere kimi önemli sakıncaları taşımaktadır. İşte tapu sicilinin düzeltilmesi davası temel olarak bu iki durum arasındaki uyumsuzluğu giderme işlevine sahiptir." Kurt, Ekrem, Tapu Sicilinin Düzeltilmesi, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2004, 96.

⁶ Şıpka, Aile Konutu, 73; Gümüş, 20; Kılıçoğlu, Ahmet M., Aile Hukuku, Genişletilmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, 192; Acar, 45; Çabri, Sezer, Aile Konutu Şerhi, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Armağanı, s. 401-414, 2007, 402; Armutçuoğlu, 415; Saatçioğlu, 55; Büyükay, Yusuf, Yeni Türk Medeni Kanunu'nun 194. Maddesinde Yer Alan Aile Konutuna İlişkin Sınırlamanın Hukuki Niteliği, (Erişim Adresi: <http://e-akademi.org/makaleler/ybuyukay-8.htm>, Erişim Tarihi: 28.04.2018); Bulut, Meltem, Teminat Sözleşmelerinde Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalar, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, 101; Gençcan, Ömer Uğur, Aile

Konutu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, 50 vd.; Öner, Şebnem Nebioğlu, Aile Konutu'nun Özellikleri, Unsurları, Koruma Süresi ve Korunma Nedenleri, TBB Dergisi, 2011 (97), s.117-154, 127; Giray, Faruk Kerem, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununda Yer Alan Aile Konutu Kavramının Kanunlar İhtilafı Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, MHB Prof. Dr.Gülören Tekinalp'e Armağan, Y.23, S.1-2, 2003, S.423-448, 427; Kamacı, Mahmut, Aile Konutu ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla İlgili Tasarruflarına Diğer Eşin Katılma Hakkı (Rıza), YD., C.30, S.1-2, Ocak-Nisan, 2004, s.113-137, 115; Hacısalihoğlu, Abdurrahman, Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu ve Şerhi, İstanbul Üniversitesi SBE Özel Hukuk Anabilim Dalı (Yayımlanmamış YL Tezi), İstanbul, 2010, 17; Genç Arıdemir, Arzu, 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, s.127-148, Ankara, 2006, 128; Doğan, Murat, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s.86.

⁷ Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan/ Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, 168; Gençcan, 77.

⁸ "Konut her zaman bir ev ya da bina olmayabilir. Kişinin barınmasına elverişli ve yerleşme amacıyla kullandığı çeşitli taşınır ya da taşınmaz bölümler de, konut olarak nitelendirilebilir." Saatçioğlu, 43.

⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, 167; Saatçioğlu, 61; Gençcan, 66; Çabri, 403; Kamacı, Aile Konutu, 117; Hacısalihoğlu, 19; Ayan, 66.

¹⁰ Ayrıca, doktrinde istisnai durumlarda birden fazla konutun aile konutu olarak sayılabileceği de ifade edilmektedir. Aile konutunun teklifi ilkesi ve bu konudaki tartışmalar için bkz. Şıpka, Aile Konutu, 82; Dural/Öğüz/Gümüş, 168; Şıpka, Şükran, Yeni Medeni Yasanın Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler ve Uygulaması, TBB Yayınları, Ankara, 2003, 38; Reisoğlu, Seza, Yeni Medeni Kanun'un Bankaları İlgilendiren Başlıca Farklı Düzenlemeleri, Bankacılar Dergisi, Sayı:40, 2002, 67-74, 68; Barlas, 233; Çabri, 404; Gümüş, 21; Acar, 18; Armutçuoğlu, 415; Gençcan, 65; Öner, 129; Hacısalihoğlu, 20; Genç Arıdemir, 129; Ayan, 68; Erdem, Mehmet, Aile Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, 221.

¹¹ Reisoğlu, Medeni, 67; Barlas, 231; Acar, 20; Armutçuoğlu, 416; Kılıçoğlu, Ahmet M., Aile Konutu ve Konut Eşyası ile Sağlanan Koruma, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s.527-545, 534; Badur, Emel, Eşin Rızası, TBB Dergisi, 2013, S:109, s:251-302, 259; Ceylan, Ebru, Yeni Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutunun Önemi, TBB Dergisi, 2017, S:128, s.203-230, 212; Kamacı, Mahmut, Tapu Kütüğüne Aile Konutu Şerhinin Konulması, Şerhin İşlevi, Geçerlilik Süresi ve Terkini Sorunu, YD., C.36, S.3, Temmuz, 2010, s.23-60, 41; Genç Arıdemir, 130; Doğan, 90.

¹² Barlas, 118; Öktem, Seda, Aile Birliğinde Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması, TBB Dergisi, Sayı:67, s.317-338, 318.

¹³ Bu hükmün getiriliş amacı hususunda açıklamalar için bkz. Yılmaz, Süleyman/Bayramoğlu, Necati Şükrü, Eşin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl: 2016 Cilt: 22 Sayı: 3, Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, S.3143-3162, 3145.

¹⁴ Kanundan doğan bu sınırlamalar hakkında detaylı bilgi için bkz. Şıpka, Aile Konutu, 27.

¹⁵ Bu sınırlandırmanın nedenleri ve altında yatan düşünce için bkz. Ayan, 62; Saatçioğlu, 35 vd.

¹⁶ Barlas, 239; Saatçioğlu, 151; Erdem, 223.

¹⁷ "Bununla kastedilen şüpheye yer vermeyecek derecede diğer eşin yapılan veya yapılacak işleme onay verdiği ya da olumlu düşünce taşıdığına anlaşılmasıdır." Acar, 90; "Ancak diğer eşin rızası açık olmalıdır. Bu nedenle zımni ya da delalet edici davranışlardan çıkartılan rıza hukuksal işleme geçerlilik sağlayamaz. Zira Kanun, bu işlemlerde diğer eşin açık rızası koşulunu aramaktadır." Baygın, Cem, 4721 Sayılı Yeni Medeni Kanunun Evlenme, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler, Ünal Tekinalp'e Armağan Cilt II, s.437-463, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, 455. Bazı durumlarda örtülü rızanın da yeterli olabileceği yönündeki görüş için bkz. Ayan, 69.

¹⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, 171; Gümüş, 41; Barlas, 241; Armutçuoğlu, 427; Uçar, 401; Bulut, 110.

¹⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, 171; Gümüş, 41; Uçar, 400; Bulut, 108; Yapılan işlem şekle bağlıysa, iznin de aynı şekilde verilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Acar, 91.

²⁰ Gümüş, 42; Armutçuoğlu, 427; Uçar, 401; Badur, 261; Bulut, 109.

²¹ Şıpka, Aile Konutu, 137; Ayan, 70; Saatçioğlu, 175; Aksi yöndeki görüş: "Rıza, aile konutuyla ilgili henüz bir hukuki işlem yokken önceden verilememelidir. Ya da konutla ilgili işlem daha ortada yokken alınmış bir rıza hükümsüz sayılmalıdır." Kamacı, Aile Konutu, 130.

²² Şıpka, Aile Konutu, 144; Dural/Öğüz/Gümüş, 17 vd; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 205.

²³ Bu geçersizliğin türü konusundaki görüşler için bkz. Gümüş, 46; Armutçuoğlu, 427.

²⁴ Kılıçoğlu, Ahmet M., Medeni Kanunun Aile- Miras ve Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler, 1. Baskı, Ankara, 2003, s.38; Sirmen, Lale, Eşya Hukuku 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, 208; Ayan, 106 vd.; İşleten, 949.

²⁵ Ayan, 106. Ayrıca Yazar, rızası alınmayan eşin, tapu sicilinin düzeltilmesi davasını açamayacağını ancak yolsuz tescile göre hak sahibi olarak görünen kişiye karşı, tescilin yolsuz olduğunu ve kendisinin hak sahibi olmadığını ileri sürebileceğini ifade etmektedir.

²⁶ Aynı yöndeki görüşler için bkz. Serozan, Rona, Aile Konutunun Şerhine Değişik Bir Yaklaşım, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara, s.591-594, 2009, 593; Çabri, 411; Armutçuoğlu, 428; Bağcı, 172.

²⁷ "Örneğin, izne yetkili olan eşin hastalığı, nerede olduğunun bilinmemesi, kısıtlanması, uğradığı kaza veya zihinsel özürlü gibi sebeplerle iznin elde edilemediği gibi objektif durumlarda, hak sahibi hâkime başvurabilir. Ancak eşin yasal temsilcisi varsa, söz konusu iznin yasal temsilciden (vasiden) alınması zorunludur." Saatçioğlu, 185.

²⁸ Gümüş, 45; Saatçioğlu, 187.

²⁹ Armutçuoğlu, 416; Benzer şekilde söz konusu hükmün, hak sahibi olan eşin fiili ya da pasif davranışlarına karşı bir koruma sağlamadığı yönündeki görüş için bkz. Şıpka, Aile Hukuku, 112.

³⁰ "Aile konutu üzerinde mülkiyet hakkı bulunan eşin, bir borcundan dolayı alacaklının aile konutunu haczettirmesi durumunda, aile konutunu bu haciz işleminden kurtaracak bir hükme gerek MK'da gerekse İİK'da yer almamaktadır. MK. m.194'te yer alan koruma sadece, aile konutu ile ilgili olarak iradi nitelikte bir borçlandırıcı ya da tasarruf işleminde diğer eşin rızasını aramaktadır." Dönmez, Murat, Aile Konutunun Haczi, TBB Dergisi, 2008, s:77, S.349-358, 351; Benzer yönde bkz. Çabri, 405.

³¹ Barlas, 239; Kamacı, Şerh, 34.

³² Şıpka, Aile Konutu, 39; Dural/Öğüz/Gümüş, 170; Gümüş, 30; Gençcan, 94.

³³ Çetiner, Bilgehan, Taşınmaz Teminatı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015, 34 vd.; Gençcan, 94.

³⁴ Karabağ Bulut, 66; Gençcan, 94.

³⁵ HGK, 2017/2-2906, 2017/1723 K., 13.12.2017 T., 11 Mayıs 2018 tarihinde <https://www.lexpera.com.tr/> adresinden erişildi.; Benzer kararlar için bkz. Gençcan, 95 vd.

³⁶ Detaylı bilgi için bkz. Şıpka, Aile Konutu, 40; Armutçuoğlu, 426.

³⁷ Şıpka, Aile Konutu, 40; Çetiner, 35; Saatçioğlu, 164.

³⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, 171; Gümüş, 36; Barlas, 232; Akıntürk, Turgut, Eşya Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, 342; Ayan, 85; Çabri, 406; Karabağ Bulut, 72; Bulut, 106; İşleten, 947; Perçin, Gizem Ersen, Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Mal Rejimleri, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, 45; Şahinci, Ayşen, Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması, AUHFD, 59 (2) 2010, s.309-334, 325; Günergök, Özcan, Eşlerden Birinin Mülkiyetindeki Tapuya Kayıtlı Aile Konutu Üzerinde Üçüncü Kişilerin Mülkiyet veya Sınırlı Ayni Hak İktisabı, EÜHFD, C.XIII, S.1-2, s.249-283, 276; Demirbaş, Feride, Aile Konutu Şerhinin İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Ayni Hak Kazanımlarına Etkisi ve Konuya İlişkin Yargıtay Uygulaması, ASEAD, Cilt 4, Sayı:12, 2017, s.420-427, 422; Genç Arıdemir, 134; Doğan, 93; Erdem, 224.

³⁹ Gümüş, 36; Bulut, 107; Günergök, 276.

⁴⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, 171; Çabri, 407; Doğan, 93; "Örneğin, bir aile konutunun satımına ilişkin olarak tapuda yapılan satım sözleşmesi geçerli olurken, satıcı eşin tek taraflı tescil talebine bağlı olarak gerçekleşecek tescil, tasarruf yetkisi eksikliği nedeniyle, mülkiyetin intikalini sağlamayacak, alıcı adına yapılan tescil, yolsuz bir tescil oluşturacaktır." Gümüş, 36.

⁴¹ Şıpka, Aile Hukuku, 41; Cumalı, Gamze, Aile Konutu ve Kira İlişkileri, Marmara Üniversitesi SBE Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı (Yayımlanmamış YL Tezi), İstanbul, 2012, 90.

⁴² Hatemi, Hüseyin/ Kalkan Oğuztürk, Burcu, Aile Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018, 84; Hacısalihoğlu, 39.

⁴³ Gümüş, 38; Bulut, 107.

⁴⁴ Genel kanaat bu yönde olmakla birlikte doktrinde kaynak kanundan yola çıkan farklı görüşler de bulunmaktadır; "Kaynak kanunun ifadesi daha açıktır. Zira, bizim 194. maddenin ifadesinden "aile konutu üzerindeki hakları sınırlandıran" işlemlerin sadece tasarruf işlemleri olduğu kanısı uyanabilmektedir. Halbuki, kaynak kanun "aile konutu üzerindeki hakları" sınırlandıran diğer bir hukuksal işlemin de diğer eşin rızasına bağlı olduğunu açıkça vurgulayarak; bu işlemin, tasarruf ya da aile konutu üzerindeki hakları sınırlandıran tasarruf işlemi niteliğinde olmayan herhangi bir işlem olabileceğini ortaya koymaktadır." Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 199; Benzer yöndeki diğer bir görüş için bkz. Erdem, 223.

⁴⁵ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, burada gerçek anlamda bir "şerh" değil bir "beyan"ın söz konusu olduğunu belirtmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Hatemi/Kalkan Oğuztürk, 84.

⁴⁶ Söz konusu şerhe ilişkin eleştiriler ve bu şerhin esasında geçici tescil şerhi niteliğinde olduğu yönündeki görüş için bkz. Serozan, Şerh, 594.

⁴⁷ Barlas, 230; Armutçuoğlu, Can Yalçın, Aile Konutuna Sağlanan Koruma Ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği, Mühf – HAD, C. 17, S. 1-2, s.413-436, 414.

⁴⁸ Bkz. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün Aile Konutu-Mal Rejimleri-Çocuk Malları konulu 11.06.2014 tarihli Genelgesi, Erişim Adresi: https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/mevzuat/2014-4_s_ail_konutu-mal_rejimleri_-cocuk_mallari_hakkinda_genelge.pdf, Erişim Tarihi: 01.05.2018.

⁴⁹ İsviçre hukukundaki durum için bkz.

⁵⁰ Saatçioğlu, 217; Armutçuoğlu, 430; Aksi yöndeki görüş için bkz. Reisoğlu, Medeni, 68; Büyükay, 11.

⁵¹ Şıpka, Aile Konutu, 142; Dural/Öğüz/Gümüş, 173; Ayan, 67, Çabri, 409; Şıpka, Yenilikler, 46; Badur, 263; Karabağ Bulut, 72; Bulut, 116; Demir, Pınar Özlem, Evli Kadınların Hukuki Durumu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004, 34; İşleten, 948; Günergök, 276; Hacısalihoğlu, 88.

⁵² Serozan, Şerh, 591; Dural/Öğüz/Gümüş, 172; Barlas, 238; Gümüş, 47; Çabri, 407; Bağcı, Ömer, Aile Konutu Üzerinde Tasarruf, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:IV, S.2, 2007, s.145-175, 171; Günergök, 280; Doğan, 97; Karabağ Bulut, 73 vd. ; Hacısalihoğlu, 89; Genç Arıdemir, 137; Özçelik, 173; Aksi yöndeki görüşler ise şöyledir; "Tapuya aile konutu şerh edilmediği durumlarda, bunun aile konutu olduğunu bilemeden bir aynı hak kazanan kişinin genel hükümlere göre tapuya güven ilkesinden yararlanmasının mümkün olduğunu yukarıda ifade etmiş bulunuyoruz. Buna göre aile konutu tapuya şerh edilmemiş olsa bile, bunun üzerinde iyiniyetle bir aynı hak kazanan kişi TMK. m. 1023'deki "tapuya güven" ilkesinden yararlanarak kazandığı bu aynı hakkı koruyacaktır. Buna göre diğer eş aile konutu üzerinde aynı hak kazanan kişinin "tapuda şerh bulunmamasına rağmen aynı hak kazanan kişinin, konutun aile konutu olduğunu bildiğini her türlü delille kanıtlanırsa yani aynı hak kazanan kişinin iyiniyetli olmadığını bu nedenle TMK. m. 1023'deki tapuya güven ilkesinden yararlanamayacağını" kanıtlayabilir. Bu durumda üçüncü kişinin aynı hak kazanamayacak, bu hakkın tapudan iptali ve malik olan eş adına tescili sağlanabilir." Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 201; "TMK. md.194 f.III hükmü kaynak kanunda olmayan bir hüküm getirmiştir. Aile konutu üzerindeki tasarruf işlemlerinin diğer eşin rızasına bağlı tutulması ilk kez 4721 sayılı yasa ile getirilmiş olan bir düzenlemedir. Bu maddenin Adalet Bakanlığı Taslak Hazırlama Komisyonu'nda ve daha sonra TBMM Adalet Komisyonu'ndaki görüşmeler sırasında, tapuda işlem yapılan konutun aile konutu olduğunu bilmeyen iyiniyetli kişilerin nasıl korunacağı hususu görüşülmüş ve kaynak kanunda olmayan III. Fıkra hükmü ile "aile konutunun tapuya şerh edilmesi" çözümü getirilmiştir. Kaynak kanunda olmayan bu hüküm ülkemiz koşulları göz önünde tutulmak suretiyle getirilmiş olan yerli bir hükümdür. Bununla konutun aile konutu olduğunu bilmeyen iyiniyetli üçüncü kişiler TMK. md.1023 hükmünden yararlanacak, kazanımları korunacaktır. Üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığı her türlü delille kanıtlanabilir. Ancak böyle bir kanıt ihtiyacı olmaksızın, aynı hak sahibi olmayan eşin korunmasının yolu olarak tapuya aile konutu şerhinin verilmesi çözümü getirilmiştir." Kılıçoğlu, Aile Konutu, 535 vd.; "Katıldığımız görüş çerçevesinde tapudaki tescil gerçek hak durumunu yansıtmakla birlikte malikin tasarruf yetkisinin kısıtlı olduğuna dair herhangi bir bilgi içermiyorsa da tapu kütüğüne güvenerek malikin tasarruf yetkisine sahip olduğuna inanan üçüncü kişilerin iyi niyeti koruma görmelidir. Çünkü karine tapu kütüğünde malik görünen kişinin gerçekte malik olduğuna ve malikin de tasarruf yetkisine sahip olduğuna ilişkindir. Bu nedenle kanaatimizce gerçek malikin tasarruf yetkisine sahip olduğuna ilişkin güven de korunmalıdır. Bu çerçevede, tasarruf yetkisi kısıtlanmasına ilişkin şerhin açıklayıcı olup da henüz şerhin yapılmadığı veya kanun koyucunun tasarruf yetkisinin kısıtlandığına dair şerh verilmesine olanak tanımadığı hallerde de güven ilkesi uyarınca iyi niyetle aynı hak kazanılması mümkün olmalıdır. Söz gelimi, bir kişinin tapuda malik olarak gözüktüğünden yola çıkarak tasarruf yetkisini de haiz sanan ve fakat gerçekte malik olmasına rağmen tasarruf yetkisi bulunmayan kişi ile işlem yapanların da iyi niyeti güven ilkesi kapsamında koruma görmeli ve bu kişiler taşınmaz üzerinde bir aynı hakkı kazanabilmelidir. Bu görüşün kabul edilmesi ihtimalinde güven ilkesinden işlem tarafı kişilerin de faydalanabileceği; ilkeden yararlanacak olan kişinin mutlaka üçüncü bir kişi olmasının bir şart olmadığı sonucuna varılacaktır." Yakuppur, Sendi, Tapu Kütüğüne Güven İlkesi, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, 210 vd.; "Aile konutu eşlerden birine ait ise, malikin konut üzerinde ipotek tesisi, diğer eşin iznine bağlıdır. Diğer eş, taşınmazın aile konutu olduğunun şerh edilmesini isteyebilir (MK Md.231/2). Böyle bir şerh yoksa, iyi niyetli olarak (MK 3) aile konutunu ipotek alan bankanın bu hakkı korunacaktır." Reisoğlu, Seza, Yabancı Para İpoteği, Bankacılar Dergisi, Sayı 44, 2003, 45; Aksi yöndeki diğer görüşler için bkz. Reisoğlu, Medeni, 68; Ayan, 98 vd.; Büyükay, 11; Demirbaş, 424; Yargıtay da Y.HGK. 2013/2-56 E., 2015/1201 K. sayılı kararı ile görüş değiştirerek, işlem tarafı olan kişinin iyiniyetli olup olmasının bir önemi olmadığını kabul etmiştir. Karar için bkz. Gençcan, 154.

⁵³ Şıpka, Aile Konutu, 145; İşleten, Mehtap İpek, Aile Konutu Şerhi ve Şerhin İyiniyetli Üçüncü Kişilere Etkisinin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4.6.2006 Tarihli, E.2006/2-591, K.2006/624 Sayılı Kararı Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi- Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan Cilt II, s.927-955, 938 vd.

⁵⁴ Gümüş, 53; İşleten, 949; Bağcı, 171.

⁵⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, 172; Barlas, 238; Çabri, 414; Bağcı, 171; Hacısalihoğlu, 89; Genç Arıdemir, 137.

⁵⁶ Yarg. HGK, T. 04.10.2006, E.2-591/ K.624; Gençcan, 155.

⁵⁷ HGK., E. 2017/2934 K. 2017/1556 T. 6.12.2017, 17 Mayıs 2018 tarihinde

<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2017-2934-k-2017-1556-t-6-12-2017> adresinden erişildi.

⁵⁸ Oğuzman, M.Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, 960.

⁵⁹ Detaylı bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, 962 vd.

⁶⁰ Bu aşamalardan önce, temel borç ilişkisinin bulunduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Acar'ın da belirttiği üzere bu ilişki rehin hakkının kurulmasını ve varlığını dolaylı etkiler. Acar, Rehin, 163.

⁶¹ "Tapu sicil uygulamamızda, Tapu Sicil Müdürlüklerince Düzenlenen Resmi Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 7. Maddesinin (i) bendi uyarınca tescil istemi, borçlandırıcı işleme ilişkin resmi senette yer almakta ve TMK 1013'ten doğan yazılı tescil istemi şartı bu şekilde yerine getirilmektedir. Hal böyle olunca, tapuda resmi şekilde düzenlenmesi gereken borçlandırıcı işlemler ile tescil istemi arasında zaman girmemektedir. Bunun sonucu olarak, hukuki sebebi etkilemeyecek, yalnızca tasarruf işlemi üzerinde etkisini gösteren ve salt bu nedenle tescilli yolsuz kılan geçersizlik sebeplerinde daha az rastlanır." Özçelik, Barış, Tapu Siciline Güvenin Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, 78.

⁶² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, 912; Acar, Rehin, 171.

⁶³ Detaylı bilgi için bkz. Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah, Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, 169 vd.

⁶⁴ Detaylı bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, 203 vd.; Akıntürk, 291.

⁶⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, 204; Ünal/Başpınar, 346 vd.

⁶⁶ Cansel, Erol, Tapu Siciline İtimat Prensibi, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1964, 32.

⁶⁷ Tartışmalar için bkz. Şıpka, Aile Konutu, 120 vd.; Acar, 70 vd.; Bulut, 104.

⁶⁸ Ancak, eş rızasının aranıp aranmayacağı borcun niteliği ya da ipotek tutarı, gayrimenkul değeri ve eşlerin mali gücünün tespiti ve değerlendirilmesiyle her somut olay özelinde ayrıca tespit edilmesi yönünde de görüşler mevcuttur. Detaylı bilgi için bkz. Şıpka, Aile Konutu, 120 vd.; Barlas, 239 vd.; Acar, 75 vd.; Uçar, 398.

⁶⁹ Şıpka, Aile Konutu, 123; Dural/Öğüz/Gümüş, 170; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 200; Barlas, 240; Çabri, 405; Saatçioğlu, 159; "Aile konutunun ipotek edilmesi aile konutu üzerinde hakları sınırlayan bir işlem olup olmadığı tartışmalıdır. Belçika (BMK.m.215/1) ve Fransız Medeni Kanunlarında (FMK.m.215/3) ipotek işleminde diğer eşin mutlaka rızasının aranacağı ifade edilmiş, buradan hareketle İsviçre Hukukunda da ipotek işleminin ZGB Art. 169 çerçevesinde, istisnasız diğer eşin rızasına bağlı olacağı ileri sürülmüştür. Bu görüş Türk öğretisinde de genel kabul görmüş bir görüştür." Uçar, Ayhan, 4721 Sayılı Medeni Kanun İle İhdas Edilen Yeni Bir Müessese: Aile Konutu Müessesesi, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2006/1-2, 397; Badur, 262; Bulut, 104; Köseoğlu, Bilal/ Kocağa, Köksal, Aile Hukuku ve Uygulaması, Ekin Yayınları, 2011, 572; Başpınar, Veysel, Türk Medeni Kanunu İle Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 3, 2003, s.79-101, 93; Şıpka, Şükran, Türk Hukukunda Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğünün Sınırları, Public and Private International Law Bulletin, Volume:35, Issue:1, s.47-58, 51; Hacısalihoğlu, 33.

⁷⁰ Karar için bkz. Badur, 262.

⁷¹ İsviçre'de aile konutunun, sadece onarılmasına ilişkin alınacak bir kredi için ipotek ettirilmesinde, eğer alınacak olan kredi miktarı eşin ödeme gücünü aşmayacak miktarda ise rızaya gerek olmadığı ileri sürülmektedir. Bkz. Şıpka, Aile Konutu, 156.

⁷² Örneğin, rızanın alındığı ispat edilememişse, alınan yazılı rızadaki imzanın malik olmayan eşe ait olmadığı ortaya çıkmışsa ya da rızası alınan eşin fiil ehliyetinin bulunmadığı anlaşılmışsa.

⁷³ Doktrinde, genel kanaatin malik olan eş ile işlem yapan tarafın TMK. m.1023 korumasından faydalanamayacağı yönünde olduğunu belirtmiştik. Ancak, işlem tarafının iyiniyetli olması kaydıyla TMK. m.1023 korumasından faydalanabileceğini ileri süren görüşler bulunduğunu da belirtmiştik. Bu sonuncu görüş bile işlem tarafının, eş rızasının alındığına ilişkin güveninin korunmayacağını, zira bu durumda tapuya güven değil, rızanın verilmesine ilişkin bir güvenin bulunduğunu ve kanunun kapsamında bu güvenin korunmasının bulunmadığı belirtilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 203.

⁷⁴ Özellikle konut kredilerinde

⁷⁵ "Örneğin, Yarg. Hukuk Genel Kurulu'nun 21.10.2015 T., 2014/2-788 E. ve 2015/2321 K. sayılı kararında açıkça şu ifadeler yer verilmiştir: "Somut olaya gelince, dava konusu taşınmazın tapu

kaydında ipotek tesis edildiği tarihte aile konutu şerhi bulunmadığı açıktır. Ne var ki, davalı şirket tarafından düzenlenen değerlendirme raporunda dava konusu bodrum katın konut olarak kullanıldığı, halihazırda mal sahibi tarafından mesken olarak kullanıldığı tespit edilmiştir. Bu tespitlere rağmen aile konutu olan taşınmaz üzerinde davalı şirket lehine ipotek tesis edilmiş, bu işlem sırasında davalı şirket tarafından davacı eşin rızası alınmamıştır. Bu durumda TMK m.194/1 maddesi eşin açık rızasını aradığından, yapılan işlemin geçerli olduğunu kabul etmek imkansızdır.” Karabağ Bulut, 62; “Yargıtay 2. Hukuk Dairesi son aldığı kararlarında taşınmazın tapu kütüğünde aile konutu olduğuna dair şerh bulunmasa bile taşınmazın aile konutu ve kendisiyle akdi ilişkiye giren şahsın evli olduğunu banka ticaret şirketi olmakla ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli hareket etmekle yükümlü olduğundan bilebilecek durumda olduğu görüşünü sergilemiş idi.” Gençcan, 157.

⁷⁶ Karabağ Bulut, 76; Demirbaş, 425.

⁷⁷ Hegnauer/Breitschmid, Nr. 17.24; Hausheer/Reusser/Geiser, Eherecht-Kommentar, Art. 169, Nr. 48'den aktaran Barlas, 241.

⁷⁸ Acar, 91; “Söz gelimi, bankaların basiretli bir tacir olduklarından yola çıkarak, üzerinde aynı hak iktisap etmek istedikleri taşınmazın aile konutu olup olmadığını; aile konutu ise malik olmayan eşin rızasının bulunup bulunmadığını araştırmaları kendilerinden beklenebilir. Böylelikle basiretli tacir sayılan bu kişiler, üzerinde aile konutu şerhi bulunmasa da bu tür taşınmazlar üzerinde malik olmayan eşin rızası olmadığı müddetçe iyi niyetli olduklarını iddia edemeyecek ve aile konutu üzerinde güven ilkesi uyarınca bir aynı hak kazanamayacaktır.” Yakuppur, 212.

⁷⁹ Uygulamada, tescil talebinin de rehin sözleşmesi içerisine eklendiği bilinmektedir, ancak bu uygulama, iki işlemin birbirinden ayrı hukuki işlemler olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

⁸⁰ Bu sözleşmenin aynı etkiye de sahip olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Acar, Rehin, 165.

⁸¹ Aynı yöndeki görüş için bkz. “Bu kapsamda söz konusu izin beyanının yöneltmesi gereken bir irade beyanı olarak, aile konutu üzerinde işlem yapmaya yetkili eşin işlem partneri olan üçüncü kişiye yöneltmesi zorunludur.” Gümüş, 41; Badur, 260.

⁸² “Bu nedenle, malik eş, aile konutu üzerinde diğer eşin rızasını almaksızın geçerli borçlandırıcı işlem yapabilir ancak taşınmazın mülkiyetimi devredemez ve aile konutu üzerinde sınırlı aynı hak kuramaz.” Özçelik, 84.

⁸³ Akıntürk, 291; Ünal, Mehmet/ Başpınar, Veysel, Şekli Eşya Hukuku 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, 345.

⁸⁴ Aynı yönde bkz. Gümüş, 42; Doğan, 91; Ünal/Başpınar, 349; Açık olarak belirtilmese de üçüncü kişinin rızasının aranacağı durumların bulunduğu yönündeki görüşler için bkz. “Bazen bir aynı hak üzerindeki tescil istemi, asıl hak sahibinden başkalarını da ilgilendirebilir. Bu, tescili istenen hakkın mevcut aynı hakları etkileyebileceği hallerde söz konusu olur ki, bu durumda o kişilerin de tescil istemine muvafakatleri (rızaları) gerekir.” Joachim Auer, Die Prüfpflicht des Grundbuchverwalters, 1932, sh. 101 vd'den aktaran Akıntürk, 302; “Tapu sicil görevlisi, hukuki işlemin hüküm ifade edebilmesi için bir makamın ya da kişinin iznine ihtiyaç duyarsa, bu iznin varlığı ve ibraz edilen izin belgesinin yetkili makamlardan veya kişiler tarafından verilmiş olup olmadığını araştırmakla yükümlüdür.” Pekmez, Cüneyt, Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, 84; “Tapu sicilinde işlem yapılmasını gerektiren bir durum varsa ve tapu memuru da, bu konutun aile konutu olarak kullanıldığını, şerhin varlığı ya da diğer herhangi bir nedenle biliyorsa, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, söz konusu işlemi yapmamalıdır.” Ayan, 92.

⁸⁵ Gümüş, 36; Yılmaz, Kumru Kılıçoğlu, Evlilik Birliğinin Korunması, TBB Dergisi, 2015, S:120, s.423-464, 461.

⁸⁶ “Tescil isteminde bulunan kişinin buna yetkili olup olmadığını ve tasarruf yetkisinin bulunup bulunmadığını da inceleyecektir. Bu hususta kendisine sunulan belgeleri yeterli görmezse, başka belgelerin sunulmasını (ibrazını) da isteyebilecektir.” Akıntürk, 303; “Tapu sicilinde işlem yapılmasını gerektiren bir durum varsa ve tapu memuru da, bu konutun aile konutu olarak kullanıldığını, şerhin varlığı ya da diğer herhangi bir nedenle biliyorsa, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, söz konusu işlemi yapmamalıdır. Çünkü tapu memurunun, istemde bulunan kişinin tasarruf yetkisinin bulunup bulunmadığını inceleme görevi vardır.” Ayan, 92.

⁸⁷ Adres paylaşım sistemi ve kimlik paylaşım sistemi bütün detay bilgilerle tapu memurlarına açıktır. Bu kontrol faaliyetinde bu sistemlerden sağlıklı bilgiler elde edilebilir.

⁸⁸ Şipka da eserinde Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün çıkaracağı bir genelge ile böyle bir uygulama başlatmasının yerinde olacağını ifade etmektedir. “Nihayet, İsviçre Tapu işlemleri uygulamasında, yukarıda belirttiğimiz, Tapu Sicil Tüzüğü'nün ilgili maddesi yeniden düzenlenerek, Tapu memurlarına araştırma yükümlülüğü getirilmiştir. İşlem yapacak olan kişilerin evli olup olmadıklarına ve işlem konusu konutun aile konutu olup olmadığına ilişkin belge sunmaları gerekmekte, eğer sunulan bu belgelerden, konutun aile konutu olduğu anlaşılırsa, tapu memuru diğer

eşin onayını (muvafakatını) almadan işlem yapmamaktadır. Ya da belirli bir süre verilip, geçici tescil şerhi yapılmaktadır. Böylece üçüncü kişinin iyiniyeti de bu yolla korunmuş ve hukuki işlem güvenliği sağlanmış olmaktadır.” Şıpka, Aile Konutu, 152.

⁸⁹ Aynı yönde bkz. Uçar, 401; Badur, 261.

⁹⁰ “Ancak, taşınmazlara ilişkin işlemler bakımından verilecek izin söz konusu olduğunda, İsviçre Tapu Sicil Tüzüğü (GBV) m. 13a/II’ye göre, istem belgesi, iktisaba yönelik devir ya da taşınmazın yük altına sokulması için, resmi bir makamın onayının ya da üçüncü bir kişinin izninin gerekli olup olmadığına ilişkin bilgiyi değerlendirme için içermek zorundadır. Bu kapsamda İsviçre’de tapu memuruna yüklenen bu denetleme yükümlülüğü çerçevesinde tapu memurunun yapması gereken denetimi yapması için yazılı olarak belgelendirilen iznin, istem belgesine eklenmesi zorunludur. Hatta, izne yetkili eşin tapudaki işleme katılımının olmadığı hallerde, tapu memuru sunulan izin belgesindeki imzanın onaylanmasını dahi talep edebilir.” Gümüş, 42; Benzer bilgiler için bkz. Şıpka, Aile Konutu, 139.

⁹¹ Karabağ Bulut, 104; Acar, 52; İncelemenin şekli olduğu yönünde bir diğer görüş için bkz. Sirmen, Sorumluluk, 62 vd; Vardar Hamamcıoğlu, 186.

⁹² Benzer bir eleştiri ise şöyledir; “TST’de tasarruf yetkisini kısıtlayan şerhler yanında (TST.m.48), tasarruf hakkını yasaklayan şerhler (TST.m.49) de öngörülmüştür. TST.m.49/f.1/b.c’e göre tasarruf hakkını yasaklayan şerhlerden biri de aile konutu şerhidir. Tapu sicil tüzüğü ile tasarruf hakkını yasaklayan şerhlerin düzenlenmesi TMK.m.1010 ile TST.m.49 arasında bir takım çelişkilerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. İlk olarak TMK. m.1010, tasarruf hakkının yasaklanmasına ilişkin olmayıp bu hükümde tasarruf yetkisinin kısıtlanması düzenlenmiştir. Bu nedenle kanunun tanıdığı hakkın, idari bir tasarruf olan Tüzük ile geri alınması mümkün değildir. Ayrıca aile konutu şerhinin kanundaki dayanağı TMK.m.194/f.3 olmasına rağmen TST.m.49 ile yapılan düzenleme, hukukumuzun benimsediği usul ve tekniğe de uygun değildir.” Bulut, 118; Benzer bir görüş için bkz. Kamacı, Şerh, 54.

⁹³ Dural/Öğüz/Gümüş, 173; Çabri, 409; Bulut, 116.

⁹⁴ Araştırmanın nasıl yapılacağı konusunda detaylı bilgi için bkz. İmamoğlu, M. Altuğ, Tapu Sicili ve Tapu Sicilinin Tutulmasında Devletin Sorumluluğu, Adalet Yayınları, Ankara, 2010, 9.

⁹⁵ Şıpka, Aile Konutu, 141; Sirmen, Lale, Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devlet’in Sorumluluğu, Sevinç Matbaası, Ankara, 1976, 70.

⁹⁶ “Sınırlı aynı haklar bakımından hukuka aykırı kayıtlar da özellik arz edebilir. Tapu sicil görevlisi aynı hakkın tescilini hukuki sebebin içeriğine uygun olarak gerçekleştirmezse veya geçerli bir hukuki sebep ve tescil talebine rağmen gerçekleştirmezse veyahut geçerli bir tescil talebi ve hukuki sebep olmaksızın tescili gerçekleştirirsen hukuka aykırılıktan bahsedilebilir. Bu durumda doğan zarardan devletin sorumluluğu söz konusu olabilir.” Pekmez, 87.

⁹⁷ Sirmen, Sorumluluk, 64; Akıntürk, 279; İmamoğlu, 516.

⁹⁸ “Haciz ve ipotekle ilgili sicil yolsuzluklarında, örneğin, haciz şerhinin zamanında yapılmaması veya ipoteğin sicilden yanlışlıkla terkin edilmesi durumunda alacak sona ermediğinden, sicilin düzeltilmesi imkânı bulunmasa da, alacaklı bunu borçludan tahsil imkânına sahip olduğu sürece zararın varlığından söz edilemez. Zararın doğmuş olması için alacağın tamamen karşılıksız kalması gerekir.” Sirmen, Lale, Eşya Hukuku 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, 128 vd; “Yine Yargıtay kararlarına göre, sicilin yolsuz tutulması sonucu ipoteğin hükümsüz kalmasından dolayı bir zararın gerçekleşmiş sayılabilmesi için, aynı şekilde alacaklının, borçlunun diğer mallarına başvurup, bunlardan alacağını sağlayamamış olması ve bunu da borçlunun aciz durumunu belirleyen bir belge ile ispat etmesi gerekecektir.” Sirmen, Sorumluluk, 89.