

## İKİ ADIM GERİ BİR ADIM İLERİ...

### Aile konut şerhi, boşanma davasında gayrimenkulün devri istemi, kefalette eşin rızası

Afet Gülen KÖSE\*

Ve bir gün daha geldi “evet bu bahsettiğimiz hak vardı ama şu an uygulanmıyor.” demek zorunda kaldığımız... Aile konut şerhi çok önemli bir müessese çünkü Türkiye genelindeki tapuların<sup>1</sup> yüzde 65’i erkeklerin üzerine kayıtlı bulunuyor dolayısıyla ülkemizde aile konutu olarak özgülünen, kullanılan gayrimenkullerin çoğu da yine erkek eşlerin adına tescilli. Çoğu kez tüm ailenin bir ömür boyunca zar zor kazandıklarıyla elde edilen ve eşlerin çocuklarıyla birlikte barınma ihtiyacını karşılayan onları bir arada ve ayakta tutan ve yine çoğu kez ailelerin tek güvencesi olan da yine aile konutları.

İşte toplumun temeli olan ailenin bir arada yaşamasına özgülünen aile konutlarına” TMK’nun 194. maddesinin 1. fıkrası<sup>2</sup> uyarınca diğer eşin rızası olmaksızın devir yapma yasağı çerçevesinde koruma getirilmiş ve gayrimenkulün maliki olmayan eşin haberi olmaksızın devredilmesinin önüne geçilmek istenmiş ve 194. maddenin 3. fıkrası

\* Avukat, İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi Yürütme Kurulu Üyesi

<sup>1</sup> <http://www.kadinvekadin.net/tapular-erkeklede-mi-kadinlarda-mi-2011-10-28.html>, 28.10.2011 tarihli AA haberi, “Elektronik ortamda olan tapu müdürlüklerinden alınan bilgiye göre, Türkiye genelindeki tapu kayıtlarının yüzde 65’inin erkek, yüzde 35’inin de kadın mülkiyetinde olduğunu ifade eden Kanal, aile konut şerhi oranının ise yüzde 0, 03 olduğunu söyledi.” şeklindedir.

<sup>2</sup> Medeni Kanunumuzun 194. Maddesinin 3. Fıkrası “Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebilir.” şeklinde olup Tapu Sicil Tüzüğü’nün 57. Maddesinin d bendi kanunun uygulanması hususunda açıklık getirmiş ve gayrimenkulün sahibi olmayan eşin talebi ile tapuda aile konutu şerhinin işlenmesi için, konutun aile konutu olduğunu kanıtlayan muhtarlıktan ve varsa apartman yönetiminden alınmış belge ile birlikte vukuatlı nüfus kayıt örneği veya evlilik cüzdanının tapu müdürlüğüne sunulmasını yeterli göstermiştir. Buna bağlı olarak 2002/7 sayılı genelgenin “Aile Konutu Şerhi” başlıklı Bölümünün 1. maddesi ile Tapu Müdürlüklerine gayrimenkulün sahibi olmayan eşin tüzükte belirtilen belgeleri sunması halinde mahkeme kararı veya ilgilinin rızası aranmaksızın aile konut şerhi düşüleceği bildirilmiştir.

uyarınca da taşınmaz malın maliki olmayan eşe tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteme hakkı verilmiştir. Tapu Sicil Tüzüğü'nün 57 maddesinin d bendi ile ise kanunun nasıl uygulanacağına açıklık getirilmiş ve gayrimenkul üzerine kayıtlı bulunmayan eşin, tapu sicil müdürlüğüne yapılan başvuru ile konutun aile konutu olduğunu kanıtlayan muhtarlıktan ve varsa apartman yönetiminden alınmış belge ile birlikte vukuatlı nüfus kayıt örneği veya evlilik cüzdanı sunması halinde gayrimenkulün maliki olan eşin rızası aranmaksızın harçsız ve davasız aile konutu olarak özgülünen gayrimenkul üzerine aile konut şerhi düşülebiliyordu ve bu şerh sayesinde, ailesinden mal kaçırmak isteyen eşlerin önüne geçilebiliyordu.

Kadın haklarıyla ilgilenen tüm meslekdaşlarımız için kadının ve dolayısıyla ailenin ekonomik birliğinin korunması adına en önemli hukuki işlemlerden biri olan aile konut şerhinin tesisi hususunda Mahkemece, dayanağı maddi hata içeren dolayısıyla hukuken geçerli olmayan bir gerekçe ile yürütmeyi durdurma kararı verildi. Üstelik yürütmeyi durdurma kararını veren idare mahkemesi değil Danıştay'dı<sup>3</sup> ve yürütme durdurma kararı TMK'nun 194. maddesinin 3. fıkrasının uygulama maddesi olan Tapu Sicil Tüzüğü'nün 57. maddesinin d bendinin ve 2002/7 sayılı Genelge'nin<sup>4</sup> "Aile Konutu Şerhi" başlıklı Bölümünün 1. maddesinin iptali istemi ile açılmıştı, yani gayrimenkulüne aile konut şerhi konulan davacı, kendi gayrimenkulündeki şerhin kaldırılmasını değil bu şerhin konulmasına neden olan tüzüğün ve genelgenin ilgili maddesinin iptalini istemişti.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Tüzükler birer idarî işlemdir ve bu nedenle de, Anayasanın 125'inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca yargısal denetime tâbidirler. Danıştay Kanununun 24'üncü maddesinin ilk fıkrasının a bendi uyarınca, tüzüklerin yargısal denetimi, bir Bakanlar Kurulu işlemi olduklarından, ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da yapılır.

<sup>4</sup> <http://www.tasinmazmulkiyeti.org.tr/tr/?Sayfa=Detay&Id=642>, 2002-7 sayılı genelge, I- Aile Konut Şerhi( MK. M. 194) 1-Malik olmayan esin talebiyle: Evlilik birliğinin resmen devam ettiğini kanıtlayan nüfus kayıt örneği ile bu konutta birlikte yaşantılarını sürdürdüklerini kanıtlayan muhtarlıktan alınmış belgenin ibrazı halinde "Aile konutudur." şerhinin islenmesi... şeklindedir.

<sup>5</sup> 2010 yılında anılan düzenlemenin iptali istemiyle dava açılmış, Danıştay Onuncu Dairesi'nin 2010/11873 E. Sayılı dosyada 13 Haziran 2011 tarihli ara kararıyla, Tapu Sicil Tüzüğü'nün 57. Maddesinin 1. Fıkrasının (d) bendi ile 2002/7 sayılı genelgenin "Aile Konutu Şerhi" başlıklı Bölümünün 1. Maddesinin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir. Bunun üzerine Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığı'nca kaleme alınan 16 Ağustos 2011 tarihli yazıyla durum tapu sicil müdürlüklerine bildirilmiş, anılan Danıştay Kararı uyarınca işlem

Üstelik davacı, basında ve medyada bu dava üzerine kadın haklarıyla uğraşan tüm sivil toplum örgütlerinin tepkileri üzerine “Ben aslında sadece gayrimenkulüm üzerine konulan aile konut şerhini kaldırmak istemiştım” dedi. Kader ağlarını örmek isteyince örüyordu sanki acaba öyle miydi gerçekten...

Danıştay’ın verdiği yürütmeyi durdurma kararı akabinde; Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü, 16.08.2011 tarihinde tüm tapu dairelerine bir genelge göndermiş ve bu genelge gereğince tüm tapu ve kadastro bölge müdürlükleri tarafından, yargısal süreç sonunda aksi bir karar verilinceye kadar, malik olmayan eşin talebi ile belirtilen belgeler eşliğinde aile konut şerhi konulması uygulamasını durdurmuş aile konut şerhi işlenmesi için mahkeme karar aranması gerektiğini belirtmiştir.

Elbette idari yargılama usul kanunu uyarınca yürütme durdurma kararlarının beklenmeksizin uygulanması gerekir<sup>6</sup> ancak bu öyle bir karar ki bu kararın maddi hataya dayalı olarak hazırlanan gerekçesinin<sup>7</sup> ayrı, bu karar uyarınca tüzüğün maddesinin uygulanmasının durdurulması sureti ile tüzüğün ilgili maddesinin dayanağı olan TMK 194. maddenin getirdiği “diğer eşin rızası olmaksızın aile konutunu devredememe” yasağının tamamen ihlal edilmesi ayrı bir inceleme konusudur.

Şöyle ki; İYUK’nun 27. maddesi uyarınca Danıştay’ca, yürütmeyi durdurma kararı, idari işlemin hukuka açıkça aykırı olması ve telafisi güç veya imkansız zarar doğması şartlarının birlikte gerçekleşmesi so-

yapılması gerektiği bildirilmiştir.

<sup>6</sup> İdari yargı kararlarının uygulanması Anayasa Madde 138 ile İdari yargılama Usulü Kanunu madde 28’de düzenlenmiştir. Anayasa Madde 138, “...Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez...” hükmüne, İYUK madde 28, “Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez...” hükmüne yer vermektedir.

<sup>7</sup> Danıştay 10. Dairesinin 2010-11873 E. sayılı dosyasında verdiği yürütmeyi durdurma kararında “ 4721 sayılı Yasanın 1008. maddesinde, şerhlerin de tapu kütüğüne tescil edilecek haklar arasında bulunduğunu”... belirterek, bu tespitten ardından tescile ilişkin olarak 1013., 1014. 1015. maddeleri ve yine yolsuz tescile ilişkin 1025. madde ile, düzeltme başlığı altında yer alan 1027. maddeyi gerekçe göstermiş, tescile ilişkin hükümler uyarınca mahkeme kararı olmaksızın aile konut şerhi konulmasının hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir.

nucu verilebilir. Keza yürütmeyi durdurma veren Danıştay kararında Danıştay Savcısı da bu hususun altını çizmiş ve İYUK'un 27. maddesinde öngörülen koşulların oluşmaması nedeni ile yürütmeyi durdurma isteminin reddinin gerekeceğini belirtmiştir.

Danıştay yürütmeyi durdurma kararının gerekçesinde 4721 sayılı yasanın 1008. maddesinde şerhlerin de tescil edilecek işlemler arasında olduğunu, tescil için ise mahkeme kararı gerektiğini o halde kanun hükmü uyarınca şerh düşülebilmesi için mahkeme kararının gerektiği sonucuna varmıştır.

Oysa Danıştay maddeye bakarken açıkça maddi hata yapmıştır çünkü 1008. madde kapsamında tescil edilecekler arasında şerhler yoktur, madde düzeni şöyle devam etmektedir: B İşlemler I. İşlemin Konusu 1. Tescil Madde 1008: Taşınmaza ilişkin aşağıdaki haklar, tapu kütüğüne tescil edilir: 1. Mülkiyet, 2. İrtifak hakları ve taşınmaz yükleri, 3. Rehin hakları. 2. Şerhler a. Kişisel Haklarda Madde 1009 şeklinde.

1008. maddede taşınmaza ilişkin tapu siciline tescil edilecek olan haklar tahdidi şekilde sayılmıştır bunlar mülkiyet hakları, irtifak hakları ve taşınmaz yükleri ve rehin haklarıdır. 1008. maddenin devamında 1009. maddede şerhler başlığı altında kişisel haklardaki şerhler anlatılmaya başlanmıştır. Mahkeme madde numaralaması alt alta olduğundan 1009. Maddenin başlığı olan "şerhler"i sehven 1008. maddenin içinde görmüş ve şerhleri tescil edilecek işlemler arasında saymıştır oysa tescil işlemi ve şerh işlemi işlemler başlığı altında yer alan birbirinin içinde yer almayan farklı işlemlerdir. Dolayısıyla mahkemenin gerekçesinin devamında tescilin terkinine, değişikliğine, yolsuz tescile ilişkin açıklamaları konumuzun dışındadır ve bu bahisle Danıştay'ın şerhi tapu siciline tescil edilecek haklar arasında tanımlayarak tescile ilişkin hükümleri uygulayarak mahkeme kararı olmaksızın şerh işlenmeyeceğine dair görüşü maddi hataya dayalı gerekçesi nedeniyle geçersizdir.

Mahkemenin yaptığı bu maddi hatayı görüp derhal yürütmenin durdurmasının kaldırılmasına karar vermesi ve davayı sonuçlandırması gerekmektedir.

Diğer yandan Danıştay'ın verdiği yürütme durdurma kararı ile mahkeme kararı olmaksızın aile konut şerhi konulmadığından bu kararın verildiği tarihten bu yana tüzüğün dayanağı olan TMK'nun

194. maddesinin 1. fıkrası<sup>8</sup> uyarınca diğer eşin rızası olmaksızın devir yapma yasağı ihlal edilmeye devam edilmektedir.

Mevcut durumda tüzüğün ve ilgili genelgenin yürütmesinin durdurulmasına hangi sebeple karar verilirse verilsin dayanağı olan kanun maddesinin yok sayılması açıkça hukuka aykırıdır, halihazırda tapu dairelerinde yapılan tüm devirlerde aynı bankaların kredi sözleşmelerinde yaptığı gibi gayrimenkul üzerinde aile konut şerhi olup olmadığına bakmaksızın devri yapan eşin rızasını arama zorunluluğu bulunmaktadır. Bunun aksine yapılan tüm devirlerde telafisi güç ve imkansız zararların doğduğu ve doğacağı ve burada devletin yükümlülüğünün de olduğu son derece açıktır.

Devletin bir yandan kanun maddesi yaparak koruduğu menfaati diğer yandan yargı kararına dayalı olarak çıkardığı genelge ile yok sayması kendisi ile çelişmesinden başka bir şey değildir.

Uygulamada sıklıkla taraflar, anlaşmalı boşanma protokollerinde ve çekişmeli boşanma davalarında dava dilekçelerinde, diğer tarafın adına tescilli olan tapuların kendi adlarına devrine karar verilmesini talep etmektedirler. Keza mahkemeler de talep uyarınca davalı adına tescilli gayrimenkulün, istemde bulunan davacı tarafa devredilmesine ilişkin karar vermektedirler, bu kararın sonunda davalı eş, gayrimenkulü devretmemekte ve bu nedenle davacı tarafından ayrıca dava açılmak mecburiyetinde kalmakta, yüksek harçlar ödenmektedir ya da davalı devre yanaşsa dahi yine tapudaki harçların ödenmesi davacı tarafa kalmakta sırf bu nedenle karar uygulanamamaktadır. Oysa Yargıtay'ın da yerleşik içtihatları uyarınca mahkemeden "davalı" adına kayıtlı gayrimenkulün tapusunun iptali ile "davacı" adına tescilli

<sup>8</sup> Medeni Kanunumuzun 194. Maddesinin 3. Fıkrası "Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebilir." şeklinde olup Tapu Sicil Tüzüğü'nün 57. Maddesinin d bendi kanunun uygulanması hususunda açıklık getirmiş ve gayrimenkulün sahibi olmayan eşin talebi ile tapuda aile konutu şerhinin işlenmesi için, konutun aile konutu olduğunu kanıtlayan muhtarlıktan ve varsa apartman yönetiminden alınmış belge ile birlikte vukuatlı nüfus kayıt örneği veya evlilik cüzdanının tapu müdürlüğüne sunulmasını yeterli göstermiştir. Buna bağlı olarak 2002/7 sayılı genelgenin "Aile Konutu Şerhi" başlıklı Bölümünün 1. maddesi ile Tapu Müdürlüklerine gayrimenkulün sahibi olmayan eşin tüzükte belirtilen belgeleri sunması halinde mahkeme kararı veya ilgilinin rızası aranmaksızın aile konut şerhi düşüleceği bildirilmiştir.

şeklinde karar verilebilmekte, tapuya bu ilamla gidildiğinde matbu ilam harcı ödemekle devir yapılabilir. Bu nedenle bin bir zorlukla neticelenen gayrimenkul devri istemine dayalı taleplerin tapu iptal tescil istemi ile açılması ve mahkemelerde de emsal kararlar uyarınca istem şeklinde karar verilmesi uygulamada kolaylık sağlayacaktır.<sup>9</sup>

Diğer yandan Borçlar Yasamızdaki kefalet hükümleri ise, düne kadar eşinin rızası olmadan kefil olan aile bireyleri nedeni ile canı yanan eşlerden ve hatta yuvası yıkılan nice aileden sonra olumlu, umut verici bir gelişmedir, 01.07.2012’de yürürlüğe girecek olan Borçlar Kanunumuzda kefalet sözleşmesinde kefil olabilmek için eşin rızası aranmaktadır. Bir yandan bu umut verici bilgiyi paylaşırken kefalette diğer eşin rızası aranarak ailenin korunması düşünülmüş iken çoğu kez tarafların çalışıp didinerek aldıkları yegane evleri olan aile konutlarına, hali hazırda şerh düşülemiyor oluşu yine büyük bir çelişki oluşturuyor.<sup>10</sup>

\*\*\*

Kadınlarımızı ötekileştirmememiz, onların bir yandan haklarını hiçbir zaman ödeyeceğimiz annelerimiz, bir yandan gözbebeğimiz kızlarımız olduğunu bir kez daha anımsayarak 8 Mart 2012’de emekçi kadının haklarının korunmasına katkıda bulunmamız dileğiyle...

<sup>9</sup> T.C. Yargıtay 2. HD, 2002-1350 E., 2002-1781 K., 11.02.2002 tarihli kararı “Mahkemece tapu kaydı celp edilip anlaşmaya uygun olarak gayrimenkul davacı adına kayıtlı ise ½ hissesinin iptali ile davalı kadın adına tesciline de karar verilerek boşanmaya hükmedilmesi gerekirken kararda yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.” şeklindedir.

<sup>10</sup> 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun kefalet sözleşmesine ilişkin “III. Eşin rızası” başlıklı 584. maddesi, “Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır. -Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalet dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez.” şeklindedir. Kanununun 648. Yürürlük maddesi, “Bu kanun 01.07.2012’de yürürlüğe girer.” şeklindedir.