

GENEL KURUL KARAR

MELAHAT KARKİN BAŞVURUSU

Başvuru Numarası : 2014/17751
Karar Tarihi : 13/10/2016

Başkan : Zühtü ARSLAN
Başkanvekili : Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili : Engin YILDIRIM
Üyeler : Serdar ÖZGÜLDÜR
Serruh KALELİ
Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Recep KÖMÜRCÜ
Nuri NECİPOĞLU
Hicabi DURSUN
Celal Mümtaz AKINCI
Muammer TOPAL
M. Emin KUZ
Hasan Tahsin GÖKCAN
Kadir ÖZKAYA
Rıdvan GÜLEÇ
Recai AKYEL
Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör : Şermin BİRTANE
Başvurucu : Melahat KARKİN
Vekili : Av. Kemal BALCIOĞLU

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, aile konutu niteliği taşıyan konutun satışına karar verilmesi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 7/11/2014 tarihinde İzmir 3. Asliye Hukuk Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm İkinci Komisyonunca 30/4/2015 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Başvurunun bir örneği bilgi için 25/3/2016 tarihinde Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık tarafından başvuru hakkında görüş bildirilmemiştir.

5. İkinci Bölüm tarafından 22/9/2016 tarihinde yapılan toplantıda, başvurunun niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

6. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir.

7. Başvurucunun eşine ait olan ve başvuru tarafından 2001 yılından beri aile konutu olarak kullanıldığı iddia edilen taşınmazda 25/12/2003 tarihinde bir banka lehine ipotek tesis edilmiştir.

8. İpotekle temin edilen borcun ödenmemesi üzerine İzmir 13. İcra Müdürlüğü'nün E.2009/3128 sayılı dosyası üzerinde ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takibe başlanmış ve 14/5/2010 tarihli ihalede konut, lehine ipotek tesis olunan bankaya ihale olunmuştur.

9. Başvurucu tarafından 20/5/2010 tarihli dilekçe ile söz konusu konutun aile konutu niteliği taşıdığı, konutta çocukları ile birlikte ikamet etmekte olduğu, aile konutu üzerinde bilgi ve rızası olmaksızın eşi tarafından banka lehine ipotek tesis ettirildiği, söz konusu taşınmazın aile konutu niteliği taşıdığına lehine ipotek tesis edilen ve basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğü bulunan Banka tarafından bilindiği zira ipoteğin tesisi aşamasında ilgili banka bünyesinde çalışan uzmanlarca kıymet takdirine ilişkin rapor tanzim edildiği, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinin iyi niyetin korunması ile ailenin korunması arasında tercih yaparken ailenin korunmasına öncelik verdiği belirtilerek söz konusu ipoteğin kaldırılması talebiyle dava açılmıştır.

10. İzmir 13. Aile Mahkemesinin 10/11/2010 tarihli ve E.2010/460, K.2010/1070 sayılı kararı ile davanın kabulüne hükmedilmiş olup karar gerekçesi şöyledir:

“İncelenen tüm dosya kapsamından, davanın M.K'nun 194. maddesi ile koruma altına alınmış aile konutu üzerindeki eşin haklarına rağmen aile konutuna davacı eşin rızası ve bilgisi haricinde konulan ve aile konutunun elden çıkması ile sonuçlanabilecek ipoteğin feksi istemiyle açıldığı;

Davalı banka ile davacının eşi C. K'nun kredi ilişkisi içerisinde bulunduğu, bu ilişki çerçevesinde davalı bankanın verdiği krediye karşılık olarak davacının aile konutu olduğu subute eren ve davalı banka tarafından yapılacak basit bir araştırma ile kolaylıkla öğrenilebilecek niza konusu ... bölüm nolu dubleks mesken tapu kaydına 1. derece ipotek koydurduğu, ipotek işleminden davacı eşin bilgisi ve rızası bulunduğu kanıtlanamadığı, bu durumun Türk M.K'nun 194. maddesiyle koruma altına alınan eşin aile konutu üzerindeki haklarını ihlal ettiği, davalı bankanın yasaca korunan bu hakla bilmemesinin düşünülemeyeceği gibi basiretli davranış gösterip gerekli özenle araştırma yapmadığının, bu suretle iyi niyet savunmasında bulunmasının kabul edilebilir olmadığına anlaşılmaması karşısında davacı talebinin kabulü ile

ipoteğin kaldırılmasına, yargılama giderlerinin davalıya yükletilmesine karar verilmek gerekmiştir.”

11. Söz konusu karar, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 24/1/2012 tarihli ve E.2011/6402, K.2012/1112 sayılı kararı ile eksik harcın ikmal ettirilmediği ve kayıt maliki eş davaya dâhil edilmeksizin karar verildiğinden bahisle bozulmuştur.

12. Bozma kararı sonrasında yapılan yargılama neticesinde Mahkemenin 18/10/2012 tarihli ve E.2012/412, K.2012/801 sayılı kararı ile yeniden davanın kabulüne hükmedilmiştir. Karar gerekçesinde 10/11/2010 tarihli ve E.2010/460, K.2010/1070 sayılı kararda yer alan unsurlara aynen yer verilmiştir.

13. Bu karar da Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 9/7/2013 tarihli ve E.2013/394, K.2013/19535 sayılı kararı ile bozulmuş olup bozma gerekçesi şöyledir:

*“Mahkemece, davacı kadının rızası alınmadan davalı koca adına tapuda kayıtlı olan ve **aile konutu niteliğindeki** taşınmaza, diğer davalı banka tarafından ipotek konulduğu belirtilerek davanın kabulü ile ipoteğin kaldırılmasına karar verilmiştir. Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür (TMK md. 6). İpotek tesisine ilişkin işlemde önce taşınmazın tapu kütüğünde "aile konutu" olduğuna ilişkin bir şerh bulunmamaktadır. Davalı kocanın iş yeri için kullanmış olduğu kredinin teminatı olarak 25.12.2003 tarihinde 50.000 TL için ipotek tesis edildiği, daha sonra 31.05.2004 tarihinde ipotek bedelinin 80.000 TL'ye, 12.10.2006 tarihinde de 400.000 TL'ye çıkartıldığı, dava konusu taşınmazın İzmir 13. İcra Müdürlüğü'nün 2009/3128 esas sayılı dosyasında, iş bu davadan önce 14.05.2010 tarihinde cebri icra yoluyla satışının yapıldığı ancak İzmir 7. İcra (Hukuk) Mahkemesinde görülen ihalenin feshi davası nedeniyle satışın kesinleşmediği anlaşılmaktadır. Davalı banka iyiniyetli olduğunu savunduğuna göre; kanunun iyiniyete sonuç bağladığı durumlarda (TMK md.3) aslolan iyiniyetin varlığıdır. Bu durumda davalı bankanın ipoteğe ilişkin kazanımı iyi niyetli ise korunur (TMK md. 1023). Davacı, davalı bankanın kötü niyetli olduğunu kanımlayamamıştır. Bu durum nazara alınmadan, davanın reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi doğru görülmüştür.”*

14. Bozma kararı sonrası yürütülen yargılama neticesinde bozmaya uyularak Mahkemenin 20/12/2013 tarihli ve E.2013/825, K.2013/929 sayılı kararı ile dava reddedilmiştir. Karar gerekçesi şöyledir:

“Tarafların iddia ve savunmaları, nüfus kaydı, tanık anlatımları, kredi dosyası, tapu kaydı, aile sicil beyannamesi, ikametgah belgeleri, ipotek belgesi ve tüm dosya kapsamı incelenerek yapıp bitirilen yargılama sonunda davacı talehinin kabulü ile ipoteğin kaldırılmasına, yargılama giderlerinin davalıya yükletilmesine, mahkememizin 10/11/2010 gün, 460 E. - 1070 K. sayılı kararı karar verilmiştir.

Karar davalı banka vekilince temyiz edilmiş, Yargıtay 2. Hukuk Dairesince yapılan temyiz incelemesi sonunda 24/01/2012 gün, 2011/6402 Esas -2012/1112 Karar sayılı kararla nispi harca tabii davada eksik harcın Harçlar Kanunun 30-32. maddesi gereğince ikmal ettirilmeden ve kayıt maliki eş C. K. davaya dahil edilmeksizin karar verilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğundan bahisle kararın bozulmasına hükmlenilmiş; Bozmaya uyularak ve davalı C. K.nun yokluğunda yapıp bitirilen yargılama sonunda İncelenen tüm

dosya kapsamından, davanın, M.K'nun 194. maddesi ile koruma altına alınmış aile konutu üzerindeki eşin haklarına rağmen aile konutuna davacı eşin rızası ve bilgisi haricinde konulan ve aile konutunun elden çıkması ile sonuçlanabilecek ipoteğin fekki istemiyle açıldığı;

Davalı banka ile davacının eşi C. K.'nın kredi ilişkisi içerisinde bulunduğu, bu ilişki çerçevesinde, davalı bankanın verdiği krediye karşılık olarak davacının aile konutu olduğu sübutu eren ve davalı banka tarafından yapılacak basit bir araştırma ile kolaylıkla öğrenilebilecek niza konusu ... bağımsız bölüm nolu dubleks mesken tapu kaydına 1. derece ipotek koydurduğu, ipotek işleminden, davacı eşin, bilgisi ve rızası bulunduğu kanıtlanamadığı; bu durumun Türk M.K'nun 194. maddesiyle koruma altına alınan eşin aile konutu üzerindeki haklarını ihlal ettiği, davalı bankanın yasaca korunan bu hakkı bilmemesinin düşünülmemeyeceği gibi basireti davranış gösterip gerekli özenle araştırma yapmadığının, bu suretle iyi niyet savunmasında bulunmasının kabul edilebilir olmadığı anlaşılmaması karşısında mahkememizin 18/10/2012 gün, 412 Esas - 801 Karar sayılı kararı ile davacı talebinin kabulüne, ipoteğin kaldırılmasına, yargılama giderlerinin davalılara yükletilmesine karar verilmiştir.

Bu karar davalı banka vekilince temyiz edilmekle Yargıtay 2. Hukuk Dairesince incelenmiş 09/07/2013 gün 394 E - 19535 K. Sayılı kararla davalı kocanın iş yeri için kullanmış olduğu kredinin teminatı olarak 25/12/2003 tarihinde 50.000,00 lira için bilahare 31/05/2004 tarihinde 80.000,00 lira için ve nihayet 12/10/2006 tarihinde 400.000,00 lira alacak için dava konusu taşınmaza ipotek konulduğu, borcun ödenmemesi üzerine taşınmazın cebri icra yoluyla satıldığı, davalı bankanın ipotekle ilişkin kazanımının iyi niyetli olup aksinin kanıtlanamadığı nazara alınarak kararın bozulmasına hükmolunmuştur.

Bozmaya uyularak yapılan yargılamada; bozma ilamında ifade olunan gerekçeler çerçevesinde ve davalılardan V. A.'nın iyi niyetli olduğu ve daha önemlisi diğer davalı C. K.'nın korunup kollanması gereken ve davacı eşinin aleyhine aile konutunu elden çıkarma doğrultusunda kötü niyetle hareket etmediği, davalı kocanın ailenin geçimi için diğer davalı bankadan kullandığı ticari kredilerin yıllara sari teminatı olarak üst üste ve kesintisiz ipotek verilip, aile için kullanılmadığı iddia ve ispat olunmayan borcun ödenmemesi üzerine ipoteğin paraya çevrilmesi yoluna gidildiği; gelinen bu aşamada esasen davacı eş M.'nin iyi niyeti konusunda duraksama yaşandığı dikkate alınarak kanıtlanamayan davanın reddine, yargılama giderlerinin davacıya yükletilmesine karar verilmek gerekmiştir."

15. Temyiz incelemesi sonucunda söz konusu karar, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 14/4/2014 tarihli ve E.2014/6851, K.2014/8888 sayılı kararıyla onanmıştır. Başvurucunun karar düzeltme talebi, aynı Dairenin 8/9/2014 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

16. Ret kararı başvurucuya 10/10/2014 tarihinde tebliğ edilmiş, 7/11/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunulmuştur.

17. İzmir 13. İcra Dairesi tarafından Anayasa Mahkemesine hitaben gönderilen 17/6/2016 tarihli yazıda başvuruya konu taşınmazın yapılan açık artırma neticesinde satılarak paraya çevrildiği, ihalenin feshi davasının reddine ilişkin İzmir 7. İcra Hukuk Mahkemesinin 30/12/2015 tarihli ve E.2015/953, K.2015/1104 sayılı

kararının Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 27/04/2016 tarihli ve E.2016/7574, K.2016/12382 sayılı kararıyla onandığı ve aynı tarihte kesinleştiği ancak taşınmazın ihale alacaklısı adına tescil işlemlerinin henüz gerçekleştirilmediği belirtilmiştir.

B. İlgili Hukuk

1. İlgili Mevzuat

18. 4721 sayılı Kanun'un genel gerekçesinin evlilikte mal rejimine dair ilgili kısmı şöyledir:

"...Milyonlarca kadın tarlada çalışarak veya evde en ağır işleri görerek yarattıkları artı değere sahip olamamaktadır. Evlilik döneminde elde edilen taşınmaz mallar genellikle kocanın adına tapuya kaydolmakta ve gelirler kocanın banka hesabına geçirilmektedir. Evliliğin boşanma veya ölüm ile sona ermesi halinde kadın ortada kalmaktadır. Kadının çabası her zaman gözle görünen bir kazanç veya gelir şeklinde ortaya çıkmayabilir. O nedenle, bugünkü düzen sosyal adalet ve eşitlik ilkesine aykırıdır..."

19. 4721 sayılı Kanun'un "Aile konutu" başlıklı 194. maddesi şöyledir:

"Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlandırmaz.

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

Aile konutu olarak özgülenen 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 hâline gelir ve bildirimde bulunan eş diğeri ile müteselsilen sorumlu olur."

20. Anılan hükmün gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

"...Aile konutu eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır. Bu nedenle bu denli önemli bir malvarlığıyla ilgili olarak eşlerin tek başlarına hukukî işlemleri yapması diğer eşin önemli yararlarını etkileyebilir. Bunun sonucu olarak madde, konutla ilgili kira sözleşmesinin feshini, bu konutun başkalarına devrini ya da konut üzerindeki hakların buna benzer diğer hukukî işlemlerle tamamen ya da kısmen sınırlandırmasını diğer eşin nzasına bağlamıştır. Maddede, aile konutunu eşlerden birinin kiralaması hâlinde, diğer eşin bir bildirimle sözleşmenin tarafı hâline gelmesi öngörülmektedir... bizde evliliğinin devamı sırasında da kira sözleşmesine taraf olmayan eşin mağdur olması gündeme gelebilmektedir. Bu nedenle söz konusu hüküm evlenmenin hükümleri kısmında ele alınmıştır

Diğer eşin kanunun kendisine tanınmış olduğu rıza verme yetkisini haklı sebep olmaksızın eşinden esirgemesi, bu yolla hakkını kötüye kullanması mümkündür. Bunun önlenmesi için de maddenin ikinci fıkrasında böyle bir rızaya muhtaç olan eşe hâkime başvurma yetkisi tanınmıştır."

21. 4721 sayılı Kanun'un "Aile konutu ve ev eşyası" başlıklı 240. maddesi şöyledir:

"Sağ kalan eş, eski yaşantısını devam ettirebilmesi için, ölen eşine ait olup birlikte yaşadıkları konut üzerinde kendisine katılma alacağına mahsup edilmek, yetmez ise bedel eklenmek suretiyle intifa veya oturma hakkı tanınmasını isteyebilir; mal rejimi sözleşmesiyle kabul edilen başka düzenlemeler saklıdır.

Sağ kalan eş, aynı koşullar altında ev eşyası üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir.

Haklı sebeplerin varlığı hâlinde, sağ kalan eşin veya ölen eşin yasal mirasçılarının istemiyle intifa veya oturma hakkı yerine, konut üzerinde mülkiyet hakkı tanınabilir.

Sağ kalan eş, mirasbırakanın bir meslek veya sanat icra ettiği ve altsoyundan birinin aynı meslek veya sanatı icra etmesi için gerekli olan bölümlerde bu hakları kullanamaz. Tarımsal taşınmazlara ilişkin miras hukuku hükümleri saklıdır."

22. 4721 sayılı Kanun'un "İptal veya boşanma hâlinde" başlıklı 254. maddesi şöyledir:

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

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

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

Eşler konutta kira ile oturuyorlarsa hâkim, gerektiğinde konutta kiracı sıfatı taşımayan eşin kalmasına karar verebilir. Bu durumda, kiralayanın sözleşmeden doğan haklarını güvenceye almak için gerekli düzenleme yapılmasına iptal veya boşanma kararıyla birlikte re'sen karar verilir."

23. 4721 sayılı Kanun'un "Ölüm hâlinde" başlıklı 255. maddesi şöyledir:

"Eşlerden birinin ölümü hâlinde, paylaşma konusu olan mallar arasında ev eşyası veya eşlerin birlikte yaşadıkları konut varsa; sağ kalan eş, bunlar üzerinde kendisine miras ve paylaşmadan doğan hakkına mahsup edilmek ve yetmezse bir bedel eklenmek suretiyle mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir.

Haklı sebeplerin varlığı hâlinde sağ kalan eşin veya ölenin diğer yasal mirasçılardan birinin istemi üzerine, mülkiyet yerine intifa veya oturma hakkı tanınmasına da karar verilebilir.

Sağ kalan eş, mirasbırakanın bir meslek veya sanat icra ettiği ve altsoyundan birinin aynı meslek veya sanatı icra etmesi için gerekli olan bölümlerde bu hakları kullanamaz. Tarımsal taşınmazlara ilişkin miras hükümleri saklıdır.”

24. 4721 sayılı Kanun’un “Aile konutu ve ev eşyası” başlıklı 279. maddesi şöyledir:

“Eşlerin birlikte yaşadıkları konut veya ev eşyası ortaklık mallarına dahil ise, sağ kalan eş, payına mahsuben bunların mülkiyetinin kendisine verilmesini isteyebilir.

Haklı sebeplerin varlığı hâlinde, sağ kalan eş veya ölenin diğer yasal mirasçılarının istemiyle bunlar üzerinde mülkiyet yerine intifa veya oturma hakkı tanınabilir.

Mal ortaklığı rejiminin ölüm dışındaki bir sebeple son bulması hâlinde, eşlerden her biri, üstün bir yararının varlığını ispat etmek suretiyle aynı istemleri ileri sürebilir.”

25. 4721 sayılı Kanun’un “Mühürleme” başlıklı 591. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir:

“Tereke mühürlenirken mirasbırakanla birlikte oturanların ihtiyaçları için gerekli eşya bir tutanakla tespit edilip güvenilir kişi olarak kendilerine bırakılır; taşınmazların onların oturmalrı için zorunlu olan bölümleri, mühürlemenin dışında tutulur.”

26. 4721 sayılı Kanun’un “Aile konutu ve ev eşyasının sağ kalan eşe özgülenmesi” başlıklı 652. maddesi şöyledir:

“Eşlerden birinin ölümü hâlinde tereke malları arasında ev eşyası veya eşlerin birlikte yaşadıkları konut varsa; sağ kalan eş, bunlar üzerinde kendisine miras hakkına mahsuben mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir.

Haklı sebeplerin varlığı hâlinde, sağ kalan eşin veya mirasbırakanın diğer yasal mirasçılarının birinin istemi üzerine, mülkiyet yerine intifa veya oturma hakkı tanınmasına da karar verilebilir.

Mirasbırakanın bir meslek veya sanat icra ettiği ve altsoyundan birinin aynı meslek ve sanatı icra etmesi için gerekli olan bölümlerde, sağ kalan eş bu hakları kullanamaz. Tarımsal taşınmazlara ilişkin miras hukuku hükümleri saklıdır.”

2. İlgili Yargı Kararları

27. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 11/3/2013 tarihli ve E.2012/14380, K.2013/6484 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

“Dava konusu taşınmazın tapu kaydında ipotek tesisine ilişkin işlem den önce aile konutu olduğuna ilişkin bir şerh bulunmadığına göre, lehine ipotek tesis edilmiş olan banka iyi niyetli ise bu kazanımının korunacağına kuşku yoktur (TMK md.1023). Kanunun iyi niyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda asıl olan iyi niyetin varlığıdır (TMK md.3/1) ...”

28. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 15/4/2015 tarihli ve E.2013/2-2056, K.2015/1201 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

“Dava, aile konutu üzerindeki ipoteğin kaldırılması istemine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkili ile davalının 15.06.1982 tarihinden bu yana evli olduklarını, davalı eş adına tapuda kayıtlı olup 1997 yılından itibaren müşterek çocukları ... ile birlikte yaşadıkları ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)’nın 194. maddesi anlamında aile konutu niteliğinde bulunan taşınmazın, davalı eş tarafından müvekkilinin bilgisi ve muvafakati dışında, dava dışı ... Makine Boya San. Tic. Ltd. Şti. ile diğer davalı ... Bankası arasında imzalanan kredi sözleşmesinin teminatı olarak davalı banka lehine ipotek ettirildiğini, kredi borcunun ödenmemesi üzerine davalı bankaca başlatılan icra takibi üzerine bu durumdan haberdar olduğunu, davalıların kötüniyetli olduklarını, müvekkilinin ipotek işlemine açıkça muvafakatinin bulunmadığını ileri sürerek, aile konutu üzerine konulan ipoteğin kaldırılmasını ve icra takibinde taşınmazın satışının teminatsız olarak durdurulmasını talep ve dava etmiştir.

Davalı ...Bankası vekili, dava konusu taşınmazın tapu kaydında aile konutu olduğuna dair bir şerhin bulunmadığını, müvekkili bankanın iyiniyetli olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, TMK’nın 194/1. maddesinde eşlerin fiil ehliyetine getirilen sınırlamanın aile konutuna şerhin konulması ya da konulmaması koşuluna bağlanmadığı, üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmamasının herhangi bir öneminin bulunmadığı, eldeki davada davacı eşin rızası alınmaksızın aile konutunun ipotek olarak davalı eş tarafından gösterilmesinin TMK’nın 194/1 maddesine aykırılık teşkil ettiğinden bahisle davanın kabulü ile dava konusu aile konutu üzerindeki ipoteğin kaldırılmasına dair verilen karar, davalı ...Bankası vekilinin temyizi üzerine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesince yukarıda açıklanan nedenlerle oyçokluğu ile bozulmuştur.

Mahkemece, önceki gerekçelerle ipoteğin kaldırılmasına dair ilk kararda direnilmiştir.

Direnme kararı, davalı ...Bankası vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; ipotek işleminin davacı ve ipotek veren davalı ile aynı çatı altında oturan müşterek çocukların kullandığı krediye teminat teşkil etmek üzere kurulmuş bulunmasına göre, bu hususun davacının ipotek işleminden haberdar olup bu işleme muvafakat ettiği anlamına gelip gelmediği noktasında toplanmaktadır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 194/1. maddesine göre, “Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz.” Bu madde hükmü ile aile konutu şerhi konulmuş olmasa da eşlerin birlikte yaşadıkları aile konutu üzerindeki fiil ehliyetleri sınırlandırılmıştır.

Sınırlandırma aile konutu şerhi konulduğu için değil, zaten var olduğu için getirilmiştir. Bu sebeple tapuya aile konutu şerhi verilmesi bile o konut aile konutu özelliğini taşır. Anılan madde hükmü ile getirilen sınırlandırma, emredici niteliktedir. Dolayısıyla bu haktan önceden feragat edilemeyeceği gibi eşlerin anlaşmasıyla da ortadan kaldırılamaz ve açık rıza ancak “belirli olan” bir işlem için verilebilir.

TMK'nın 193. maddesi ile eşlerin birbirleri ve üçüncü kişilerle olan hukuki işlemlerinde özgürlük alanı tanınmış olmakla birlikte TMK'nın 194. madde hükmü ile eşlerin aile konutu ile ilgili bazı hukuksal işlemlerinin diğer eşin rızasına bağlı olduğu kuralı getirilerek eşlerin hukuki işlem özgürlüğü, "aile birliğinin" korunması amacıyla sınırlandırılmıştır. Buna göre, eşlerden biri diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez ve aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. Bu cümleden hareketle, aile konutunun maliki olan eş aile konutundaki yaşantıyı güçlüğe sokacak biçimde, aile konutunun ipotek edilmesi gibi tek başına bir ayni hakla sınırlandıramaz. Bu sınırlandırma ancak diğer eşin açık rızası alınarak yapılabilir.

TMK'nın 194. maddesi yetkili eşin izni için bir geçerlilik şekli öngörmemiştir. Bu nedenle sözkonusu izin bir şekle tabi olmadan, sözlü olarak dahi verilebilir. Ancak maddenin ifadesinden de anlaşılacağı üzere, iznin "açık" olması gerekir (GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler; Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, Birinci Basıdan İkinci Tıpkı Bası, 41-42 sh.).

Her ne kadar ipotek doğrudan doğruya aile konutundan faydalanma ve oturma hakkını engellemiyorsa da, hak sahibi eşin kötüniyetli ve muvazaalı işlemleri ile aile konutunun elden çıkarılma tehlikesi nedeniyle ipotek işlemine diğer eşin açık rızası şarttır.

Somut olayda, davalı eş dava konusu aile konutu üzerinde diğer davalı banka lehine ipotek tesis etmiş, bu işlem sırasında davalı banka tarafından davacı eşin açık rızası alınmamıştır. Yukarıda açıklanan kurallar çerçevesinde ipotek işleminin, davacı ve davalı eş ile aynı çatı altında oturan müşterek çocukların kullandığı krediye teminat teşkil etmek üzere kurulmuş bulunmasının da önemi bulunmamaktadır. Bu durumda, TMK'nın 194/1 maddesi eşin açık rızasını aradığından, yapılan işlemin geçerli olduğunu kabul etmek imkansızdır.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında bir kısım üyelerce; ipotek işleminin kurulmasına neden olan, davacı ve davalı eş ile aynı çatı altında oturan müşterek çocukların kullandığı krediden ve dolayısıyla da ipotek işleminden davacı eşin haberdar olmadığını kabul etmenin hayatın olağan akışına aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de yukarıda açıklanan nedenlerle bu görüş Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.

Hal böyle olunca, mahkemece, yukarıda açıklanan yasal düzenleme ve ilkelere uygun değerlendirme yapılarak davanın kabulüne karar verilmesi ve bu kararda direnilmesi usul ve yasaya uygun olup; direnme kararının onanması gerekir. ..."

29. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 6/4/2016 tarihli ve E.2015/26117, K.2016/6947 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

" Davacı malik olmayan eş, aile konutu niteliğinde bulunan taşınmazın, malik olan davalı eş tarafından "açık rızası bulunmadan" davalı banka lehine ipotek ettirildiğini ileri sürerek, aile konutu üzerine konulan ipoteğin kaldırılmasını talep etmiş, davalı banka ise dava konusu taşınmazın tapu kaydında aile konutu olduğuna dair bir şerhin bulunmadığını, bankanın

iyiniyetli olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur. Mahkemece yapılan yargılama neticesinde, bankanın kötü niyetinin ispatlanamadığı gerekçesi ile talebinin reddine karar verilmiştir. **Hukuk Genel Kurulu "emsal davalarda" gerekçesi aşağıya "aynen" alınan 2013/2- 2056 esas, 2015/1201 karar ve 15.04.2015 günlü kararı ile "yeni bir uygulamaya" geçmiştir.** Hukuk Genel Kurulunun benzer davalarda da sürdürülen yeni uygulaması Dairemiz tarafından da benimsenmiş olup Dairemiz emsal bütün davalarda Hukuk Genel Kurulunun aşağıdaki görüşlerine aynen katılmaktadır. Emsal Hukuk Genel Kurulu kararında yer alan yerel mahkemenin "direnme gerekçesinde" açıkça belirtildiği üzere Türk Medeni Kanununun 194. madde hükmü ile eşlerin **fiil ehliyetine getirilen sınırlama aile konutuna şerhin konulması ya da konulmaması koşuluna bağlanmadığı gibi işlem tarafı olan üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmamasının da herhangi bir önemi bulunmamaktadır.** 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 194/1. maddesine göre, "Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. Bu madde hükmü ile aile konutu şerhi "konulmuş olmasa da" eşlerin birlikte yaşadıkları aile konutu üzerindeki ehliyetleri sınırlandırılmıştır. Sınırlandırma aile konutu şerhi konulduğu için değil, zaten var olduğu için getirilmiştir. **Bu sebeple tapuya aile konutu şerhi verilmesi bile o konut aile konutu özelliğini taşır. Zira dava konusu taşınmaz şerh konulmasa dahi aile konutudur. Eş söyleyişle şerh konulduğu için aile konutu olmamakta aksine aile konutu olduğu için şerh konulabilmektedir. Bu nedenle aile konutu şerhi konulduğunda, konulan şerh "kurucu" değil "açıklayıcı" şerh özelliğini taşımaktadır.**

Anılan madde hükmü ile getirilen sınırlandırma, "emredici" niteliktedir. Dolayısıyla bu haktan önceden feragat edilemeyeceği gibi eşlerin anlaşmasıyla da ortadan kaldırılamaz ve açık rıza ancak "belirli olan" bir işlem için verilebilir. Türk Medeni Kanununun 193. hükmü ile eşlerin birbirleri ve üçüncü kişilerle olan hukuki işlemlerinde özgürlük alanı tanınmış olmakla birlikte Türk Medeni Kanununun 194. madde hükmü ile eşlerin aile konutu ile ilgili bazı hukuksal işlemlerinin diğer eşin rızasına bağlı olduğu kuralı getirilerek eşlerin hukuki işlem özgürlüğü, **"aile birliğinin korunması" amacıyla sınırlandırılmıştır.** Buna göre, eşlerden biri diğer eşin açık rızası bulunmadıkça" aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez ve aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. Bu cümleden hareketle, aile konutunun maliki olan eş, aile konutundaki yaşantıyı güçlüğü sokacak biçimde, aile konutunun ipotek edilmesi gibi tek başına" bir ayni hakla sınırlandıramaz. Bu sınırlandırma "ancak diğer eşin açık rızası alınarak" yapılabilir.

Türk Medeni Kanununun 194. maddesi yetkili eşin izni için bir geçerlilik şekli öngörmemiştir. Bu nedenle söz konusu izin bir şekle tabi olmadan, sözlü olarak dahi verilebilir. Ancak **maddenin ifadesinden de anlaşılacağı üzere, iznin "açık" olması gerekir** (Mustafa Alper GÜMÜŞ, Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler; Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, Birinci Basıdan İkinci Tıpkı Bası, s. 41-42). Her ne kadar ipotek doğrudan doğruya aile konutundan faydalanma ve oturma hakkını engelleniyorsa da, hak sahibi

eşin kötüniyetli ve muvazaalı işlemleri ile aile konutunun elden çıkarılma tehlikesi nedeniyle ipotek işlemine diğer eşin "açık rızası" şarttır.

Yukarıda açıklanan kurallar çerçevesinde eşin "açık rızası" alınmadan yapılan işlemin Hukuk Genel Kurulunca da açıkça ifade edildiği üzere "geçerli olduğunu" kabul etmek imkansızdır. Eş söyleyişle eşin "açık rızası alınmadan" yapılan işlemin "geçersiz olduğunu" kabul etmek zorunludur. Hal böyle olunca, mahkemece Hukuk Genel Kurulunca benimsenen yukarıda açıklanan yasal düzenleme ve ilkelere uygun değerlendirme yapılarak aile konutu üzerindeki ipoteğin kaldırılmasına ve taşınmaz üzerine aile konutu şerhi konulmasına karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde ret hükmü kurulması usul ve yasaya aykırıdır. ... "

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

30. Mahkemenin 13/10/2016 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

31. Başvurucu; Anayasa'nın 5. maddesinde devletin temel amaç ve görevlerinin açıkça belirtildiğini, bu kapsamda devletin aileyi koruyucu yasal düzenlemeler yapmakla görevli olduğunu, konut dokunulmazlığının hangi gerekçelerle sınırlandırılabileceğinin Anayasa'da açıkça ifade edildiğini ve bu düzenleme dışında herhangi bir gerekçe ile konuta dokunulamayacağını belirtmiştir. Ayrıca yasaların aile konutuna özel bir önem verdiğini, aile konutu için özel bir koruma öngörüldüğünü, bu konunun kaybının genellikle kadın eş ve çocukların zarar görmesine neden olduğunu ve bu durumda Anayasa'nın 41. maddesindeki düzenlemeye rağmen kadın ve çocukların korunması hususunda zaafiyet yaşandığını ifade etmiştir. Başvurucu ikinci bozma kararına karşı yaptığı ve reddedilen karar düzeltme başvurusunda verilen karşıoyda davalı bankanın tacir olduğu, her tacirin ticaretiyle ilgili faaliyetlerinde basiretli davranma yükümlülüğünün bulunduğu, bu sebeple kendisinden beklenen özeni göstermeyen bankanın iyi niyet iddiasında bulunamayacağı, ayrıca davalı bankanın ipotek tesisinden önce konuta eksper gönderdiği ve konutun aile konutu olduğunu bu yolla öğrendiğinin dosya kapsamıyla belli olduğu gerekçesine yer verildiğini, karşıoy gerekçesinde de belirtildiği üzere bankanın iyi niyetli olduğundan söz edilemeyeceğini, Derece Mahkemesinin ilk kararında Bankanın iyi niyetinin korunmayacağına karar verilmişken son kararında başvurunun iyi niyeti hususunda tereddüt olduğundan bahisle ret kararı verildiğini, bu tespitler ve 4721 sayılı Kanun'un 194. maddesinin birinci fıkrasının açık hükmüne rağmen aile konutu üzerinde sınırlama yapıldığını belirterek Anayasa'nın 5., 10., 13., 17., 21., 35., 36. ve 41. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

B. Değerlendirme

32. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucu tarafından Anayasa'nın 5., 10., 13., 17., 21., 35., 36. ve 41. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiği iddia edilmiş olmakla beraber ihlal iddialarının mahiyeti gereği, başvurunun aile hayatına saygı hakkı kapsamında incelenmesi uygun görülmüştür.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

33. Başvurunun incelenmesi neticesinde açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşıldığından başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Genel İlkeler

34. Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" kenar başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz."

35. Anayasa'nın "Ailenin korunması ve çocuk hakları" kenar başlıklı 41. maddesi şöyledir:

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

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

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

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

36. Aile yaşamına saygı hakkı, Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmıştır. Madde gerekçesine bakıldığında resmî makamların özel hayata ve aile hayatına müdahale edememesi ile kişinin ferdi ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi gereğine işaret edildiği görülmektedir. Ayrıca Anayasa'nın 41. maddesinin -Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi gereği- özellikle aile yaşamına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin değerlendirilmesi bağlamında gözönünde bulundurulması gerektiği açıktır (*Murat Atılğan*, B. No: 2013/9047, 7/5/2015, § 22; *Marcus Frank Cerny*, [GK], B. No: 2013/5126, 2/7/2015, § 36).

37. Aile yaşamına saygı hakkı kapsamında devlet için söz konusu olan yükümlülük sadece belirtilen hakka keyfi surette müdahaleden kaçınmakla sınırlı olmayıp öncelikli olan bu negatif yükümlülüğe ek olarak aile yaşamına etkili bir biçimde saygının sağlanması bağlamında pozitif yükümlülükleri de içermektedir. Söz konusu pozitif yükümlülükler bireyler arası ilişkiler alanında olsa da aile yaşamına saygıyı sağlamaya yönelik tedbirlerin alınmasını zorunlu kılar (*Murat Atılğan*, § 26; *Marcus Frank Cerny*, § 40; benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *X ve Y/Hollanda*, B. No: 8978/80, 26/3/1985, § 23; *Hokkanen/Finlandiya*, B. No: 19823/92, 23/9/1994, § 55).

38. Anayasa'da pozitif yükümlülüklerle işaret eden çok sayıda düzenleme bulunmaktadır. Anayasa'nın devletin temel amaç ve görevlerini belirleyen 5. maddesinde "(...), kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak" ifadelerine yer

verilmektedir. Ayrıca, Anayasa'nın 10. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında yer verilen "Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. (...)" düzenlemeleri ile 16., 42., 48., 56., 57., 60., 63. ve 130. maddelerinde yer verilen düzenlemeler gerçekleştirme yükümlülüklerini ortaya koyan ifade ve hükümlerdir.

39. Bu bağlamda somut başvuru da dikkate alınarak ayrıca üzerinde durulması gereken düzenleme, Anayasa'nın 41. maddesidir. Söz konusu düzenlemede yer verilen "Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar." ifadesinde, kamusal makamların aile hayatına saygı hakkı bağlamındaki gerçekleştirme yükümlülüğüne vurgu yapılmıştır. 41. madde gerekçesinde de "Ailenin sosyal yapısının yanı başında bugün millet hayatında oynadığı rol, onun korunması yolunda bir hükmün Anayasa'da yer almasını zorunlu kılmıştır...Millet hayatı bakımından «aile» kutsal bir temeldir. Bu nedenle Devlet, ailenin refahını ve huzurunu koruyacaktır. Aileler için tanınan vergi indirimleri ve kolaylıkları veya çeşitli yardımlar ailenin refahına hizmet amacı taşır...Madde, kanun koyucuya aileyi milletin temeli olarak koruma, refahı ve huzurunu sağlama ödevini de yüklemektedir." ifadelerine yer verildiği görülmektedir.

40. Devletin pozitif tedbirler alma yükümlülüğü konusunda Anayasa'nın 20. ve 41. maddeleri aile ilişkilerinin sürdürülebilirliğinin sağlanması amacıyla tedbirler alınmasını isteme hakkını ve kamusal makamların bu tür tedbirler alma yükümlülüğünü içermektedir. 41. maddenin ikinci fıkrasında da devletin ailenin huzur ve refahı ile özellikle ana ve çocuklarının korunmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı ve teşkilatı kuracağı açıkça belirtilmektedir.

41. Aile yaşamının temel unsuru, aile ilişkilerinin normal bir şekilde gelişebilmesi ve bu bağlamda aile fertlerinin birlikte yaşama hakkıdır. Bu hakkın kapsamının aile yaşamına saygı yükümlülüğünden ayrı düşünülmesi mümkün değildir (Murat Atılgan, § 24; Marcus Frank Cerny, § 38).

42. Anne, baba ve çocukların birlikte yaşama hakkı aile hayatının esaslı bir unsuru olup devletin aile ilişkilerinin sürdürülebilirliğine ilişkin olarak bireylerin haklarını koruyan düzenleyici yargısal bir çerçeve oluşturulmasını ve fiilen hayata geçirilecek uygun tedbirlerin alınmasını sağlama yükümlülüğü, aile hayatına saygı hakkı bağlamındaki pozitif yükümlülüklerinin bir görünümünü oluşturmaktadır.

43. Bununla birlikte aile yaşamına saygı hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerin hangi koşullarda olumlu edimde bulunmayı gerektirdiğinin kesin çizgilerle belirlenmesi söz konusu hak kapsamındaki ilişkilerin mahiyeti gereği mümkün değildir. Özellikle pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda "saygı" kavramının gerekleri olaydan olaya önemli ölçüde değişmektedir (Marcus Frank Cerny, § 43; benzer yöndeki AIHM kararı için bkz. Abdulaziz, Cabales ve Balkandali/Birleşik Krallık, B. No: 9214/80, 28/5/1985, § 67).

44. Ayrıca devletin Anayasa'nın 20. maddesi kapsamındaki pozitif yükümlülüklerinin sınırsız olmadığı da vurgulanmalıdır. Pozitif yükümlülüklerinden söz edebilmek için devletin alması gereken önlemler ile bireyin özel ve/veya aile hayatı arasında doğrudan ve yakın bir bağ kurulabilmesi gerekmektedir (Botta/İtalya (k.k.), B. No: 21439/93, 24/2/1998, § 34; Zenhalova ve Zenhal/Çek Cumhuriyeti (k.k.), B. No: 38621/97, 14/5/2002).

45. Bu kapsamda toplumun ihtiyaç ve beklentilerini en iyi şekilde bilebilecek durumda olan devletten, aile hayatına saygı hakkı bağlamında Anayasa'dan kaynaklanan pozitif yükümlülüklerini gerçekleştirme ve "saygı" kavramının gereklerini yerine getirmek için alınacak önlemleri seçme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunda kuşku yoktur.

46. Aile hayatına saygı hakkı bakımından devletin negatif ve pozitif yükümlülüklerinin birbirinden kesin çizgilerle ayrılması mümkün olmadığından her iki durum yönünden de aynı ilkeler geçerlidir. Buna göre, aile hayatına "saygının" gereklerinin devletin negatif veya pozitif yükümlülükleri çerçevesinde incelenmesinde en önemli nokta, bireyin hukuki menfaati ile kamu menfaati arasında adil bir denge kurulup kurulmadığının belirlenmesidir (*Powell ve Rayner/Birleşik Krallık*, B. No: 9310/81, 21/2/1990, § 41; *Lopez Ostra/İspanya*, B. No: 16798/90, 9/12/1994, § 51; *Evans/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 6339/05, 10/4/2007, § 75, *Hristozov ve diğerleri/Bulgaristan*, B. No: 47039/11, 358/12, 13/11/2012, § 117).

47. Bu dengenin mevcut olup olmadığının tespitinde söz konusu menfaatleri karşı karşıya getiren meşru amacın irdelenmesi gerekebilir. Bu meşru amacın belirlenmesinde ise konuyla ilgili mevzuat yol gösterici olacaktır (*Rees/Birleşik Krallık*, B. No: 9532/81, 17/10/1986, § 37; *Evans/Birleşik Krallık*, § 75, 76).

48. Bu çerçevede somut olayla ilgili olarak devletin aile konutunu eşlerin ve üçüncü şahısların tasarrufları karşısında koruma şeklinde bir pozitif yükümlülüğü olup olmadığı sorusu cevaplandırılmalıdır. Bunun için öncelikle ilgili mevzuat çerçevesinde aile konutunun hukuki niteliği incelenmelidir.

49. Aile konutu kavramı, 4721 sayılı Kanun ile Türk hukukuna kazandırılmıştır. Bazı yabancı hukuk sistemlerinde daha uzun bir geçmişe sahip olmakla birlikte Türk hukuku yönünden nispeten yeni bir hukuki müessesedir.

50. 4721 sayılı Kanun'da aile konutunun tanımı yapılmamakla beraber Kanun'un gerekçesinde aile konutu "eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alan" şeklinde tanımlanmıştır. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün 11/6/2002 tarihli ve 2002/7 sayılı, "4721 sayılı Türk Medeni Kanunu" konulu Genelge'sinin 1/3. maddesinde ise aile konutu ile ilgili olarak "eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği ve düzenli yerleşim amacıyla kullandıkları mekân" tanımına yer verilmiştir.

51. Yargıtay ise birçok kararında aile konutunu "eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdikleri, acı, tatlı günlerini yaşadıkları, yaşam faaliyetlerini yoğunlaştırdıkları mekân", "eşlerin müşterek yaşamlarını sürdürmeleri için ayrılan ve aynı konutta iki tarafın da yaşama hakkını güvenceye alan hukuksal bir kurum" olarak tanımlamaktadır (Y.2.H.D., 2/2/2006 tarihli ve E.2005/16473, K.2006/799).

52. Sadece eşlerden birinin mülkiyetinde olsa bile aile konutu tüm aile bireylerince kullanılmakta yani tüm aile bireylerinin aile konutu üzerinde birlikte zilyetlikleri söz konusu olmaktadır. Ailenin sosyal ve ekonomik yaşamı açısından son derece önemli bir yere sahip olan aile konutu, eşlerin mutluluğu ve çocukların geleceği için bir güvence, evlilik kurumunun ve aile hayatının bir arada sürmesini sağlayan ve aileyi bir çatı altında toplayan en önemli unsurlardan biri olarak görülmektedir.

53. Eşlerin acı tatlı günlerini bu konutta yaşamakta olduğu, sosyal ilişkilerini ve dış çevreyle olan münasebetlerini bu konut ekseninde gerçekleştirdiği, kişisel ve sosyal gelişimlerini bu konut çerçevesinde sürdürdükleri dikkate alındığında

yadsınamayacak ölçüdeki ekonomik öneminin yanı sıra aile konutunun eş ve çocuklar yönünden manevî ve duygusal değerinin de bulunduğu açıktır. Çoğu olayda kadın eşin çocukları ile barındığı mekân konumunda olan aile konutunun -yukarıda belirtilen önemi de dikkate alındığında- birliğin devamı sırasında özensizce elden çıkarılması büyük sıkıntılara yol açabilmektedir.

54. Birey ve toplum hayatında yukarıda belirtilen önemi haiz olan bu müesseseye ilişkin olarak 4721 sayılı Kanun'da çeşitli düzenlemeler getirilmiştir (bkz. §§ 19-26). Bu düzenlemelerden en dikkat çekici olanı aile konutunu koruma altına alan 194. madde hükmüdür. Bu maddede eşlerden birinin -diğer eşin açık rızası bulunmadıkça- aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemeyeceği, aile konutunu devredemeyeceği veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlandıramayacağı kuralı konulmuştur. Maddede ayrıca aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eşin tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebileceği, aile konutunun eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmış olması hâlinde ise sözleşmenin tarafı olmayan eşin kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı hâline geleceği belirtilmiştir. Bu şekilde malik olmasa dahi diğer eşin de aile konutu üzerinde söz sahibi olması sağlanmıştır. Böylece konut üzerinde hak sahibi olmayan eşin ve çocukların barınmaları ve aile yaşamının ortak çatı altında bir arada sürdürülebilmesi hukukun etkin bir güvenceye kavuşturulmuştur.

55. Böylece konut, ailenin ondan mahrum kalmasına yol açacak işlemlere karşı korunarak aile yaşamının korunması da sağlanacaktır. 4721 sayılı Kanun'un 194. maddesinin gerekçesinde de bu denli önemli bir mal varlığıyla ilgili olarak eşlerin tek başlarına hukuki işlemler yapmasının diğer eşin önemli yararlarını etkileyeceği, bu nedenle maddede yer alan koruma imkânlarının getirildiği açıkça belirtilmiştir. Buna göre eşlerin hukuki işlem özgürlüğü "aile birliğinin" korunması amacıyla sınırlandırılmıştır. Buna göre aile konutunun maliki olan eş tek başına, aile konutundaki yaşantıyı güçlüğü sokacak biçimde aile konutunun ipotek edilmesi gibi bir işlemle sınırlandırma yapamayacak ve bu sınırlandırma ancak diğer eşin açık rızası alınarak yapılabilecektir.

56. Aile üyelerinin birlikte yaşama arzu ve iradesiyle belirledikleri ve tüm yaşamsal ilişkilerini geliştirdikleri fiziksel mekanın kaybı hâlinde aile ilişkilerinin sürdürülebilirliğinin büyük zarar göreceği açıktır. 4721 sayılı Kanun'un 194. maddesi de dâhil olmak üzere belirtilen tüm bu düzenlemeler kapsamında aile hayatına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin icrası ve etkili bir temel hak korumasının sağlanması amacıyla aile konutuna ilişkin özel düzenlemelere yer verildiği, eşlerin hukuki işlem özgürlüğünün bu müessese bağlamında sınırlandırıldığı ve aile konutu bağlamında yer verilen düzenlemelerle esasen konut ekseninde aile yaşamının korunmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır.

57. Sonuç olarak 4721 sayılı Kanun'un 194. madde hükmü ve gerekçesi dikkate alındığında yasa koyucu tarafından Türk toplumunun yapısı ve ihtiyaçları gözetilerek aile konutuna ilişkin getirilen hükümler vasıtasıyla aile yaşamının ve aile birliğinin korunması ve eşlerin bir arada yaşamalarını sağlayacak tedbirlerin alınmasının amaçlandığı söylenebilir. Devletin Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerinden doğan aile hayatına saygıyı tesis etme konusundaki pozitif yükümlülüğünü gerçekleştirme vasıtalarından biri olarak 4721 sayılı Kanun hükümleriyle aile konutuna özel ve ayrı bir koruma sağlamayı tercih ettiği görülmektedir. Bu durumda aile hayatına saygı hakkı bakımından kamu makamlarının, her somut olayın kendi koşulları çerçevesinde aile konutunun korunmasına ilişkin pozitif yükümlülükleri söz konusu olabilecektir.

58. Belirtilen nedenlerle somut başvurunun aile hayatına saygı hakkı bağlamında ve kamusal makamların pozitif yükümlülükleri çerçevesinde değerlendirilmesi uygun görülmüştür.

b. İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

59. Somut başvuru açısından 4721 sayılı Kanun'un 194. maddesinde yer verilen hükümler vasıtasıyla aile yaşamının merkezi hâline getirdiği ve kaybı hâlinde aile bireylerinin barınma haklarının ve aile ilişkilerinin sürdürülebilirliğinin tehlikeye gireceği konut bağlamında birtakım koruyucu düzenlemeler getirilerek bu düzenlemeler vasıtasıyla aile yaşamının korunmasının amaçlandığı görülmektedir. Aile hayatına saygı hakkının etkin şekilde kullanımı ve korunması hususundaki pozitif yükümlülükler çerçevesinde getirilen söz konusu düzenleme ile aile hayatına saygı hakkının etkin şekilde korunması ve bu kapsamda aile ilişkilerinin sürdürülebilirliğinin sağlanması hususunda gerekli yasal alt yapının oluşturulduğu görülmektedir.

60. Bununla birlikte söz konusu yükümlülükler, belirtilen düzenlemelerin hayata geçirilmesi ile tamamlanacağından özellikle özel hukuk ilişkileri açısından temel hakların söz konusu ilişkilerin yorumlanmasında da gözönünde bulundurulması, gerekli usule ilişkin güvenceleri de haiz olan bir yargılama yapılması ayrıca yargı makamları tarafından Anayasa hükümlerinde ifade edilen değerlerin özel hukukun hüküm ve kavramlarının yorumlanmasında dikkate alınması gerekmektedir.

61. Mevzuatın yorumlanmasıyla ilgili sorunları çözmek öncelikle derece mahkemelerinin yetki ve sorumluluk alanındadır. Olayın tüm tarafları ile doğrudan temas hâlinde bulunan derece mahkemelerinin olayın koşullarını değerlendirmek açısından daha avantajlı konumda bulunduğu da tartışmasızdır. Anayasa Mahkemesinin rolü ise bu kuralların yorumunun temel hak ve özgürlüklere etkilerini değerlendirmekle sınırlıdır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, derece mahkemeleri tarafından izlenen usulü denetleme ve özellikle mahkemelerin ilgili mevzuat hükümlerini yorumlayıp uygularken Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerindeki güvenceleri gözetip gözetmediğini belirleme yetkisine sahiptir. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesinin görevi aile konutu ve korunmasına ilişkin hükümlerin yorumlanması ve uygulanması hususunda derece mahkemelerinin yerini almak olmayıp kamusal makamların takdir yetkileri kapsamında aldıkları kararları aile hayatına saygı hakkı bağlamında söz konusu olan güvenceler açısından değerlendirmektir.

62. Derece mahkemelerinin, aile hayatı kapsamındaki ilişkilerin sürdürülebilir ve etkili olmasını temin edecek şekilde hareket etmesi zaruridir. Derece mahkemelerinin takdir yetkilerini yukarıda ifade edilen şekilde kullanıp kullanmadıkları hususunu özellikle değerlendirmek durumunda olan Anayasa Mahkemesi, takdiri haklı göstermek için öne sürülen gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığını incelemek durumundadır (*Murat Atılğan*, § 44; *N. Ö.*, B. No: 2014/19725, 19/11/2015, § 55; *Marcus Frank Cerny*, § 83; *Bronda/İtalya*, B. No: 22430/93, 9/6/1998, § 59; *Hokkanen/Finlandiya*, § 55).

63. Yargı makamlarınca uyumsuzluğun özenli şekilde incelenmesi, ilgili tarafların katılım haklarına riayet edilerek iddia, savunma ve delillerinin gereği gibi değerlendirilmesi ve takdirin gerekçelerinin ayrıntılı şekilde ortaya konulması zaruridir. Bu kapsamda yargısal makamlar tarafından ilgili tüm unsurlar incelenmeli ve ilgili menfaatler arasında bir dengeleme yapılmalıdır.

64. Başvuru konusu yargısal sürecin incelenmesinden başvuruçunun eşine ait olan ve başvuru ile ailesi tarafından kullanılan taşınmazda 25/12/2003 tarihinde bir

banka lehine ipotek tesis edildiği, ipotekle temin edilen borcun ödenmemesi üzerine ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takibi işlemlerinin yürütüldüğü, başvuru tarafından söz konusu ipoteğin kaldırılması talebiyle dava açıldığı anlaşılmaktadır.

65. Başvurucunun; söz konusu yargılamada konutun aile konutu niteliğini taşıdığı, konutta çocukları ile birlikte ikamet etmekte olduğu, aile konutu üzerinde bilgi ve rızası olmaksızın eşi tarafından banka lehine ipotek tesis ettirildiği, söz konusu taşınmazın aile konutu niteliği taşıdığının lehine ipotek tesis edilen ve basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğu bulunan Banka tarafından bilindiği zira ipoteğin tesisi aşamasında ilgili banka bünyesinde çalışan uzmanlarca kıymet takdirine ilişkin rapor tanzim edildiği, 4721 sayılı Kanun'un 194. maddesinin iyi niyetin korunması ile ailenin korunması arasında tercih yaparken ailenin korunmasına öncelik verdiği hususlarını ileri sürdüğu görülmüştür.

66. Yargılama sonucunda Derece Mahkemesince Yargıtayın bozma kararına uyulmuş olup taşınmazın aile konutu niteliğinde olduğu anlaşılmakla birlikte Kanun'da aksine bir hüküm bulunmadıkça taraflardan her birinin hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlü olduğu, ipotek tesisine ilişkin işlem den önce taşınmazın tapu kütüğünde "aile konutu" olduğuına ilişkin bir şerh bulunmadığı, davalı Banka iyi niyetli olduğunu savunduğuına göre Kanun'un iyi niyete sonuç bağladığı durumlarda esas olanın iyi niyetin varlığı olduğu, bu durumda davalı bankanın ipoteğe ilişkin kazanımının iyi niyetli ise korunacağı, başvuru davalı Bankanın kötü niyetli olduğunu kanıtlayamadığı belirtilerek davanın reddine karar verilmiştir.

67. Yargıtay kararlarında somut olayda olduğu gibi tapu kaydına aile konutu şerhinin konulmadığı durumlarda aile konutunun üçüncü şahıslarla edinilmesi yönünden 4721 sayılı Kanun'un iyi niyete dair hükümleri dikkate alınmakta iken Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 15/4/2015 tarihli ve E.2013/2- 2056, K.2015/1201 sayılı kararı ile yeni bir uygulamaya geçildiği, buna göre aile konutunun maliki olan eşin aile konutu üzerinde yapacağı tasarruflara diğer eşin açık rızasının bulunduğunun ispatlanmasının gerekli olduğu yaklaşımının benimsendiği anlaşılmıştır. Bu doğrultuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 15/4/2015 tarihinden sonraki kararlarında 4721 sayılı Kanun'un 194. madde hükmü ile eşlerin fiil ehliyetine getirilen sınırlamanın aile konutuna şerhin konulması ya da konulmaması koşuluna bağlanmadığı, işlem tarafı olan üçüncü kişinin iyi niyetli olup olmamasının da herhangi bir öneminin bulunmadığı yolundaki görüşü kabul ettiği görülmektedir.

68. Belirtilen tarihten sonra yargısal uygulamanın yön değiştirdiği ve farklı bir yorum tarzının benimsendiği görülmektedir. Bununla birlikte somut olayda anılan içtihat değişikliğinin gerçekte olduğu 15/4/2015 tarihinden önce nihai kararın verilmiş olduğu, aile konutuna ilişkin mevzuat hükümlerinin yanı sıra o tarihte Yargıtay tarafından kabul edilen "iyi niyet" hükümlerine dair açıklamalar nıyarınca uyumsuzluğın ele alınarak sonuçlandırıldığı, uyumsuzlukta başvuru davalı eşinin ticari faaliyeti dolayısıyla söz konusu aile konutu üzerinde ipotek tesis ettirmek suretiyle aynı bankadan farklı tarihlerde üç kez kredi kullanmış olduğu, borcun ödenmemesi üzerine taşınmazın cebri icra yoluyla satıldığı, davalı Bankanın ipoteğe ilişkin kazanımının iyi niyetli olup aksinin kanıtlanamadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir. Söz konusu yargılamada tarafların katılım haklarına riayet edilerek iddia, savunma ve delillerin değerlendirildiği ve takdirin gerekçelerinin ayrıntılı şekilde ortaya konulduğu anlaşılmıştır.

69. Ayrıca Derece Mahkemelerinin karar gerekçelerinin incelenmesinden tarafların hukuki menfaatleri arasında bir dengeleme yapıldığı ve yargısal makamlarca takdirlerinin gerekçelerinin ayrıntılı şekilde ortaya konduğu, bu kapsamda kararlarda yer verilen tespit ve unsurlar itibarıyla aile hayatına saygı hakkı yönünden yargısal makamların takdir yetkilerinin sınırının aşıldığına ilişkin bir bulguya rastlanılmadığı anlaşılmaktadır.

70. Açıklanan nedenlerle başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

C. Yargılama giderlerinin başvuru üzerinde BIRAKILMASINA,

D. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE
13/10/2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Burhan ÜSTÜN

Başkanvekili
Engin YILDIRIM

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ