

**“Bir Mesleğin İcrası veya İşletmenin Faaliyeti Sebebiyle Doğan Edinilmiş Mal Olması Gereken Malvarlığı Değerlerinin Sözleşme İle Kişisel Mal Haline Getirilmesi”
(TMK 221/1)**

Converting Asset Values which are Acquired Property Arising from Practising a Job or Business Activities into Personal Property by a Contract (Turkish Civil Code 221/1)

Özge KURU*

Giriş

Türk Medeni Kanunu 221/1 ile bir mesleğin icrası veya işletme faaliyeti için belirlenen edinilmiş malvarlığı değerlerinin, eşler tarafından yapılan bir mal rejimi sözleşmesiyle kişisel malvarlığı haline getirilmesine imkan tanınmıştır.

Bu hüküm özellikle, ölüm veya boşanma sonucu mal rejiminin tasfiyesi sırasında eşin mesleğini icraya devam edebilmesini ve işletmenin faaliyeti için belirlenmiş olan malların zarar görmesini önlemek amacıyla düzenlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Kişisel Mal, Mal Rejimi, Mal Rejimi Sözleşmesi*

**(Arş.Gör.) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.*

I. MK'DAKİ MAL REJİMİ NİTELENDİRMELERİNİN EMREDİCİLİĞİ SORUNU

Evlilik ilişkisinin kurulması ve eşlerin birlikte yaşaması ile birlikte, bir takım haklar ve sorumluluklar doğmaktadır. Bunun bir sonucu olarak doğan mal rejimi kavramı da, evliliğin sürdüğü döneme ilişkin olarak eşlerin mali ilişkilerinde ortaya çıkar.

Mal rejimi hukuku ise, eşlerin malvarlığına ilişkin olarak ortaya çıkan, eşler arasında evlilik sırasında doğan malvarlığının mülkiyeti; malvarlığına ilişkin yararlanma, yönetim ve tasarruf; malvarlığına bağlı sorumluluk; mal rejiminin sona ermesine bağlı malvarlığı tasfiyesinin nasıl yapılacağına ilişkin soruların cevaplanmasında rol oynar¹. Dolayısıyla mal rejimine ilişkin hükümler “Evliliğin Genel Hükümleri”ni düzenleyen TMK 185-201 kapsamında yer almaz. Bir diğer ifade ile mal rejimine ilişkin kurallar, evlenmenin genel hükümleri dışında yer alan kurallar olup, TMK 202-281 arasında düzenlenmiştir.

Eşler arasındaki mal rejiminin ne olacağı hususu, bir yandan evlilik birliğinde ekonomik adaletin sağlanması, toplumun tatmin edilmesi gereğini içerirken; diğer yandan mal rejimi kurallarının Anayasa ile korunan mülkiyet hakkını ortadan kaldıracak, onun özüne dokunacak veya aşırı sınırlandıracak hükümlerini içermemesi gerekliliğinden ötürü hassas bir konu olarak karşımıza çıkar².

TMK 202’de eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin asıl olduğu belirtilmiş, ilgili maddenin devamında da eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle kanunda belirtilen diğer rejimlerden birini kabul etmesine izin verilmiştir. Dolayısıyla her ne kadar mal rejimi hukukunda sözleşme serbestisinin geçerli olduğu söylenebilse de³, bu sözleşme özgürlüğünün borçlar hukukunda geçerli olan ilkeye nazaran daha dar olduğunu belirtmekte

¹ **Gümüş**, Mustafa Alper: Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal rejimleri (TMK 185-281), Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 217. Bu konuda Acar ise, mal rejiminin, öncelikle evlilik süresince malvarlığı edimini incelediğini ve bu edimler çerçevesinde de kimin hak sahibi olduğunu, bu hak sahipliğinin saptanmasından sonra da bu malvarlıklarının yönetimi, tasarrufu kapsamında doğan borç ve sorumlulukların belirlenmesini, en son olarak da mal rejiminin sona ermesiyle birlikte mevcut mal paylaşımının yapılması hususunu tespit ettiğini belirtmiştir (**Acar**, Faruk: Aile Konutu Mal Rejimleri Ve Eşin Yasal Miras Payı, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 79).

² **Zeytin**, Zafer: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 27.

³ Mal rejimi konusunda sözleşme özgürlüğünden değil; sınırlı sayı ve tipe bağlılıktan bahsetmek gerektiği konusunda bkz. **Başpınar**, Veysel: Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz, AÜHFD, C. 52, S. 3, 2003, s. 87.

fayda vardır. Zira Borçlar hukukunda geçerli olan TBK 11 ve 19/20’de tarafların dilediği şahısla, dilediği tipte, şekilde ve konuda sözleşme yapabilme özgürlüğünün yanında, mal rejimi hukukunda, “sözleşme özgürlüğü” prensibi kanunda belirtilen diğer rejimlerden birinin seçimi ile daraltılmış bulunmaktadır.

Hukukumuzda yasal mal rejimi⁴ olarak edinilmiş mallara katılma rejimi kabul edilmiştir⁵. Ancak eşlerin yasal mal rejimi yerine kanunda belirtilen diğer mal rejimlerinden birini seçmelerine olanak tanınmıştır. Bu durum da TMK 202/1 hükmünün emrediciliği hususunda farklı görüşlere neden olmuştur. Bir görüşe göre⁶, eşlerin mal rejimi sözleşmesi ile ancak kanunda sınırlı olarak sayılan mal rejimlerinden birini seçebilme özgürlüğünün taraflara verilmesi nedeniyle TMK 202 emredici niteliktedir. Bir diğer görüşe göre ise⁷, kanunda belirtilen diğer mal rejimlerinin seçimine olanak verilmesinin sonucunda yasal mal rejimini düzenleyen TMK 202/1 hükmü emredici nitelik taşımamakta, aksine “tamamlayıcı” nitelik taşımaktadır. Kanaatimizce de yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin dışında mal rejimi sözleşmesi ile diğer mal rejimi türlerinin seçilmesine imkan tanınması, her ne kadar kanuni sınırlar çerçevesinde olanak

⁴ Yasal mal rejimi; eşlerin bunu seçme ve bu konuda da bir sözleşme yapma zorunda olmadıkları yasa gereği geçerli kabul edilen rejim türü olduğu hususunda bkz. **Kılıçoğlu**, Ahmet: Medeni Kanunumuzun Aile, Miras, Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara, 2003, s. 155.

⁵ Öğretide yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejiminin belirlenmesi hakkındaki tartışmalar için bkz. Şıpka, Şükran: Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 57-59. Kılıçoğlu’na göre, ev işçisi kadının emeğini değerlendirmekte, kadın, ev işlerinde çalışsa, eve baksa bile, kocanın evlilik süresince edindiği mallarda aynı oranda emek ve hak sahibi sayılmaktadır (**Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 269-272, **Kılıçoğlu**, Ahmet: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi: Ankara, 2002, s. 89.). Zeytin de, edinilmiş mallara katılma rejiminin zorluğu, eksiklikleri, değiştirilmesi gereken bazı hükümlerinin bulunduğunu belirtmekle birlikte, eşler arasında adalet dengesini ekonomik alanda büyük ölçüde sağladığı görüşündedir (**Zeytin**, s. 28). Mal ayrılığı rejiminden mal ortaklığı rejimine geçilmesinin isabetli olduğu yönünde bkz. **Acabey**, Beşir, Medeni Kanun Tasarısının Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Armağanı, C. 2, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s.785; **Moroğlu**, **Nazan**: Medeni Kanun’da Mal Rejimleri, Beta Yayınları, 2002, s. 6; **Akıntürk**, Turgut: Türk Medeni Hukuku II. Cilt, Aile Hukuku, 11. Bası, Beta Yayınevi, 2008, s. 145. Hatemi ise, kanundaki “edinilmiş mal” düzenlemesi çok geniş tutulduğu ve bu durumun somut olayda hakkaniyete aykırı sonuçlara sebep olabileceğini ileri sürmüştü ve yasal mal rejiminin “mal ayrılığı” rejimi olması gerektiğini; ancak evlilik birliğinin süresi ile kadın eşin durumunun göz önünde tutularak sadece kadın eşe ve erkek eşin bütün malvarlığı üzerinde bir boşanma tazminatı alacağı hakkının tanınması gerektiğini ileri sürmüştür (**Hatemi**, Hüseyin: Aile Hukuku I, İstanbul, 2005, s. 94). Edinilmiş mallara katılma rejimi yerine, daha basit ve Türk toplumunun gelenek ve alışkanlıklarına daha uygun rejim arayışları ve alternatif çözümlere ilişkin olarak ise bkz. **Hatemi**, s. 94; Şıpka, s. 59 dipnot 10’daki yazarlar.

⁶ **Zeytin**, s. 42; Şıpka, s. 20.

⁷ **Acar**, s. 83; **Sarı**, Suat: Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir Kitabevi, 2007, s. 6; **Akbulut**, Pakize Ezgi: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Edinilmiş Mallar ile Kişisel Mallar Ayrımı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, s. 6.

verilmiş olsa da emredici nitelik taşımamaktadır. Bu sebeple TMK 202/1 hükmünün tamamlayıcı nitelik taşıdığını ve eşlerin herhangi bir mal rejimini seçmemesi halinde uygulanmasının mümkün olacağını söylemek daha doğrudur.

Eşler evliliklerinin “mal rejimsiz” yürümesini kararlaştıramayacaklarından, bu yönde bir anlaşmanın olması da kendiliğinden yasal mal rejiminin yürürlüğe girmesine yol açar⁸. Nitekim kanun koyucu da tarafların mal rejimi yönünde bir anlaşma yapmaması ihtimaline nazaran işlem hayatında güvenliği sağlamak üzere söz konusu mal rejimlerinden birisini geçerli mal rejimi olarak seçmesi gerektiğini ileri sürmüştür⁹.

Eşlerin yasal mal rejiminin yürürlüğünü durdurabilmesinin tek yolu, alternatif olarak yasada öngörülen rejimlerden birinin seçimidir¹⁰. Bu durumun bir sonucu olarak da, eşlerin tamamen “yeni bir mal rejimi” veya yasada mal rejimlerinin unsurlarından oluşan “ karma mal rejimi” yaratması söz konusu değildir¹¹. Zira TMK 203’de de tarafların, istedikleri mal rejimini ancak kanunda yazılı sınırlar içerisinde seçebileceği, kaldırılabilirliği ve değiştirilebilirliği öngörülmüştür.

Kanunda yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi dışında öngörülen diğer mal rejimleri¹² ise, mal ayrılığı rejimi (TMK 242 d.), paylaşımlı mal ayrılığı rejimi (TMK 244 d.) veya mal ortaklığı rejimini (TMK 256 d.) seçmeleri mümkündür (TMK 203; 225). Böylece TMK’ da mal rejimlerine yönelik “sınırlı sayı İlkesi”nin geçerli olduğunu söylemek mümkündür¹³.

II. KİŞİSEL MALLARDA SINIRLI SAYI İLKESİ

TMK ile eşlere yasal mal rejiminde sahip oldukları malvarlığı değerlerinde serbestçe tasarruf etme imkanı tanımıştır. Bununla birlikte mal rejiminin sona ermesi aşamasındaki tasfiye aşamasında ise, edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin malvarlığının sınıflandırılması önem arz eder.

⁸ Acar, s. 83. Acar’a göre bu tür anlaşmalar “kesin hükümsüz” olup, mevcut boşluğun yasal mal rejimi ile doldurulması gerekmekte; hatta TMK 202/1 sayesinde boşluğun dahi oluşmayacağı ifade edilmektedir.

⁹ Gümüş, s. 217

¹⁰ Zeytin, s. 43.

¹¹ Acar, s. 83.

¹² Seçimlik mal rejimleri de denmektedir.

¹³ Buna aykırı sözleşmelerin ise batıl olduğu kabul edilmektedir

Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin üç grup malından söz edilebilir (TMK 218)¹⁴. Bunlar: edinilmiş mallar, kişisel mallar ve paylı mallardır. Söz konusu mal grupları, eşler arasında özellikle tasfiye aşamasından sonra ortaya çıkan, dolayısıyla eşler arasında paylaşımı olanaklı kılmak için öngörülen mal gruplarıdır¹⁵.

TMK 219/1’de edinilmiş malların, her eşin mal rejimi süresinde karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleri olarak ifade edilmiştir. Hükmün devamında da, örnek türünden belirlenen bazı değerlerin de edinilmiş mal olduğu kabul edilmiştir. Buna göre,

- Bir eşin(veya ikisinin) çalışmasının karşılığı olan edimler,
- Sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler,
- Çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar,
- Kişisel malların gelirleri,
- Edinilmiş malların yerine geçen değerler, edinilmiş maldır.

Yukarıda ifade ettiğimiz TMK 219’da yer alan bu malvarlığı türleri sınırlayıcı olmayıp, “sayma” türünden algılanmalıdır¹⁶. Nitekim hükmün metninde de “...özellikle şunlardır:” denilmesi de bu hususu açıkça ortaya koymaktadır.

Kişisel mallar ile ilgili TMK’ da herhangi bir tanım verilmemiş olmakla birlikte TMK 220’de eşlerin kişisel malları sıralanmıştır. Hükmüne göre:

- Eşlerden birinin yalnız kişisel kullanımına yarayan eşya,
- Mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan veya bir eşin sonradan miras yoluyla ya da herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde edilen mallar,
- Manevi tazminat alacakları,
- Kişisel malın yerine geçen değerler kanundan doğan kişisel mallar olarak belirlenmiştir.

¹⁴ Bu yönde: **Akıntürk**, s. 155; **Acar**, s. 151; **Başpınar**, s. 89; **Demir**, Pınar Özlem: Yasal Mal Rejimi Çerçevesinde Eşlerin Aralarında Yapabilecekleri Sözleşmeler, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005, s. 9. Paylı malların yasal mal rejiminde üçüncü bir grup oluşturmadığı yönünde bkz. **Hatemi**, s. 97; **Kılıçoğlu**, Edinilmiş Mal, s. 42; **Moroğlu**, s. 25; **Sarı**, s. 132; **Zeytin**, s. 93; **Gümüş**, s. 253; **Akbulut**, s. 30; **Uzun**, Neşe: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Diğer Mal Rejimleriyle Karşılaştırılması, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009, s. 31.

¹⁵ **Acabey**, Beşir: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mülkiyet Türleri, İspat Kuralları ile Karineler, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem, 17-18 Kasım 2006, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, 2007, s. 20.

¹⁶ **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 200; **Acar**, s.163; **Zeytin**, s. 90; **Acabey**, Sertifika, s. 20; **Acabey**, Mehmet Beşir: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları - İspat Kuralları Ve Eşlerin Paylı Mülkiyete Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Özel Sayı, 2007, s. 501.

TMK 220’de belirtilen kişisel mal değerleri, kanundan doğan kişisel mallar olup; sınırlayıcı nitelik taşımaktadır¹⁷. Böylece, kanun koyucu edinilmiş mal tanımında olduğu gibi esnek davranmayarak; aksine madde metninde kişisel malları sınırlı olarak saymıştır.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde kural eşlerin mallarının edinilmiş mal olmasıdır. Zira TMK 222/3’de de bir eşin bütün mallarının aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal kabul edileceği düzenlenmektedir. Dolayısıyla yasal mal rejiminin geçerli olduğu evlilik birliği içinde “edinilmiş mal karinesi” kabul edilmiştir¹⁸.

III. SÖZLEŞMEYE GÖRE BELİRLENEN KİŞİSEL MALLARA GENEL BİR BAKIŞ

Edinilmiş mallara katılma rejiminin veya kanunda belirlenen diğer mal rejimlerinin belirlenmesi eşlerin bu konudaki iradelerine bırakılmıştır. Ancak eşlerin kanunda belirtilen bir rejimi benimsemeleri halinde ise, söz konusu mal rejiminin prensiplerini kaldıracak sözleşmeleri kural olarak yapamazlar¹⁹. Bu çerçevede “malların niteliğinin değişmezliği kuralı” gereği, eşlerin emredici nitelikteki TMK 219 ve TMK 220’de belirtilen mal gruplarının nitelendirmelerini farklı şekilde yapamazlar. Fakat bu kural emredici nitelik taşımamaktadır. Nitekim TMK 221 ile eşlere TMK 219 ve 220’deki nitelendirilmelerden ayrılma olanağı sağlamıştır.

A. Kanunda Sayılanlar

TMK 221’de sözleşme ile kişisel mal haline getirilebilen malvarlığı değerleri belirtilmiştir. TMK 221/1’e göre, eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti nedeniyle doğan edinilmiş

¹⁷ **Acar**, s. 186; **Sarı**, s. 186; **Acabey**, Sertifika, s. 23; **Acabey**, Edinilmiş Mal, s. 501; **Zeytin**, s. 90; Şıpkı, s. 104; **Akyavuz**, s. 213.

¹⁸ “TMK’nın 219. maddesi 1. fıkrası hükmüne göre her eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleri edinilmiş maldır. TMK’nın 222/1. maddesine göre belirli bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eden kimse, iddiasını ispatla yükümlüdür. Somut olayda; dava konusu taşınmazın davalının kişisel malı olduğu kanıtlanamamıştır. Her ne kadar; davalı önceki evliliğinin boşanmayla sonuçlanması üzerine aldığı tazminat ve evlenmeden önce çalışması karşılığı birikimi ve yakın akrabalarının katkısı ile taşınmazın satın alındığını ileri sürmüştü de, dosya kapsamı ile bu yön somut delillerle ispatlanamamıştır. TMK’nın 222. maddesi son fıkrası hükmüne göre bir eşin bütün malları aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal kabul edilir. Buna göre, dava konusu taşınmazın sürüm değerinin verilecek karar tarihine yakın bir tarihte (TMK m. 235/1) belirlenerek hesaplanacak artık değer yarısı karşılığı bedelin katılma alacağı olarak belirlenmesi ve taleple bağlı kalınarak hüküm kurulması gerekirken, hatalı nitelendirme sonucu yazılı şekilde karar verilmiş bulunması doğru değildir” [Y. 8. HD. T. 8.7.2010, E. 2010/1097, K. 2010/3788 (kazancı.com ET. 26.11.2015)]; Y. 8. HD. T. 10.5.2012, E. 2012/2920, K. 2012/4048 (**Kazancı.com** ET. 26.11.2015).

¹⁹ **Acar**, s. 211.

mallara dahil olması gereken malvarlığı değerlerinin kişisel mal olarak kararlaştırılabileceği düzenlenmiştir.

TMK 221/2’de de eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle kişisel malların gelirlerinin edilmiş mallara dahil olmayacağını kararlaştırılabileceği, dolayısıyla eşlere kişisel malların gelirlerinin de kişisel mal haline getirebilmesi imkanı sağlanmıştır.

TMK 221’de belirtilen ve sözleşme ile kişisel mal haline getirilebilen malvarlığı değerleri aslında eşlerin edinilmiş mallarına dahil olması gereken malvarlığı değerlerinden oluşmaktadır. Fakat kanun hükümde belirtilenlerle sınırlı kalacak şekilde, bu edinilmiş malvarlığı değerlerinin kişisel malvarlığı haline getirilebilmesine olanak tanımaktadır.

Uygulamada söz konusu hükümlerin çalışmayan kadın aleyhine kullanılmaya yol açabilecek nitelikte olduğu belirtilerek eleştirilmekle birlikte²⁰; bu hükümlerin edinilmiş mallara katılma rejimini yumuşattığı²¹ ve mal rejimlerine ilişkin sınırlı sayı ilkesi ile yasal mal rejiminin tüm evliliklere uygun olmadığı görüşünün ortaya koyduğu olumsuzluğun yasal mal rejimi içerisinde belirli ölçüde giderilmesini sağlama yönünde taraflara özgürlük alanı sağladığı²² ifade edilmektedir.

B. Sözleşmenin Yapısı

TMK 221 hükmü edinilmiş mallara katılma rejimi için geçerli bir hüküm olduğunu söylemek mümkündür. Bu hüküm çerçevesinde tarafların edinilmiş malvarlığı değerlerinden bazılarını sözleşme ile kişisel mal haline getirilebilmesine imkan sağlanmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki burada bahsedilen sözleşme mal rejimi sözleşmesidir.

Mal rejimi sözleşmesi, eşlerin kanunda yer alan mal rejimlerinden birini ya tamamen ya da kanunun izin verdiği değişikliklerle seçebilecekleri ve yine kanun gereği belirli şekle bağlı tutulmuş bir aile hukuku sözleşmesidir^{23, 24}.

²⁰ Başpınar, s. 90.

²¹ Sarı, s. 181.

²² Acar, s. 212, dn. 309.

²³ Şıpka, s. 16.

²⁴ “Dava, 23.1.2003 tarihinde açılmış ve kişisel mallara yönelik bir alacak davasıdır. 5133 Sayılı Yasa ile değişik 4787 Sayılı Yasanın 4/1. maddesi gereğince 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun (üçüncü kısım hariç) ikinci kitabından kaynaklanan davaların Aile Mahkemesinde bakılacağı belirtilmiştir. Görev kamu düzenine ilişkin olup yargılamanın her aşamasında kendiliğinden göz önüne alınır. Mahkemece Türk Medeni

1. Zaman Bakımından

TMK 203/1’e göre mal rejimi sözleşmesinin evlenmeden önce veya sonra yapılabilmesi mümkündür²⁵.

Mal rejimi sözleşmesinin evlenmeden önce veya sonra yapılabilmesinin bir sonucu olarak, bu sözleşmenin taraflarının illaki eş olması gerekmediği sonucu ortaya çıkmaktadır. Buna bağlı olarak da evlenme niyetinde olan şahısların (özellikle nişanlıların) da bu sözleşmeyi yapabilmesi mümkündür²⁶.

Evlenmesi ya da nişanlanması yasak olan şahısların mal rejimi sözleşmesi yapması da, tartışılması gereken bir konudur. Zira mal rejimi sözleşmesi evlilik boyunca malvarlığı ilişkisini düzenlediğinden, mal rejimi sözleşmesinin yapılabilmesi için tarafların nişanlanması veya evlenmesi yasak olan şahıslardan olmaması da gerekmektedir. Evlenmenin hısımlık sebebiyle yasak olması “hukuki imkansızlık” (TBK 19) çerçevesinde mal rejimi sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğurur²⁷.

Her sözleşme gibi mal rejimi sözleşmesinin de emredici hukuk kurallarına aykırı olmaması gerekir. Bu bağlamda, hukuka ve ahlaka aykırılık hususunda, TBK 19, 20; kişilik haklarının korunması noktasında TMK 23 geçerliliğin tayininde rol oynamaktadır. Bir diğer sonuç olarak da

Kanununun 222-226. maddeleri gereğince işlem yapılması için görevsizlik kararı verilmesi gerekirken işin esasına girilerek yazılı olduğu şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır” [Y. 2. HD. T. 23.6.2005, E. 2005/7002, K. 2005/9838 (kazancı.com ET. 26.11.2015)].

²⁵“T.M.K.nun 203. maddesinde «mal rejimi sözleşmesi, evlenmeden önce veya sonra yapılabilir. Taraflar istedikleri mal rejimini, ancak kanunda yazılı sınırlar içinde seçebilir, kaldırılabilir veya değiştirilebilir.» hükümüne yer verilmiştir. Doktrinde; 4721 Sayılı T.M.K.nun yürürlüğe girdiği 1.1.2002 tarihinden sonra yapılan evliliklerde, eşlerin sonradan yapacakları bir mal rejimi sözleşmesiyle geçmiş etkili düzenleme getirmelerine yasal bir engel olmadığı ileri sürülmüş ve T.M.K.nun 203 maddesinde «... kanunda yazılı sınırlar içinde, ...» kavramının da buna engel oluşturmadığı görüşü belirtilmiş ise de, sözü edilen 203. maddedeki kavramın buna yasal bir engel oluşturduğu konusunda duraksamak gerekir. Çünkü aile hukukunda; tam ve sınırsız bir sözleşme serbestisi kabul edilmemiş, tam aksine özgür tam aksine özgür iradeye dayalı sözleşme serbestisinin sınırlı olarak kabul edildiği ve kullanıldığı görülmektedir. Bu konuda en büyük yasal engel de, 4722 Sayılı Kanununun 10/3. fıkrası olmaktadır. Bu nedenle, taraflar arasında yapılan mal ortaklığı sözleşmesinin geçmişe etkili olarak taşınmazın edinildiği 17.11.1980 tarihini de kapsayacak şekilde uygulanması olanağı bulunmamaktadır” [Y. 8. HD. T. 6.6.2013, E. 2012/11466, K. 2013/8552 (Kazancı.com ET. 30.11.2015)].

²⁶ Evlenme niyetinde olan şahıslar öncelikle “nişanlı kimseler” bakımından geçerli bir durum olmasına rağmen, mal rejimi sözleşmesinin tarafı olabilmek için TMK nişanlılık statüsünü aramamıştır. Keza geçerli bir evlilik ilişkisinin kurulması için de önceden nişanlanma işlemine gerek yoktur. Fakat Mehzar kanunda “nişanlı şahıslar” ifadesine yer verilmiş ve mal rejimi sözleşmesi yapma konusunda taraflara bir sınırlama getirilmiştir (Acar, s. 86).

²⁷ Acar, s. 87. Yazar’a göre aynı sonuca “ahlaka aykırılıktan” da ulaşılabilmektedir. Aksi görüşteki Şıpka’ya göre ise, TMK 156 gereği, batıl olan evlilik hakim kararına kadar geçerli bir evliliğin sonuçlarını doğuracağından, mal rejimi sözleşmesi de geçerli sayılmalıdır (Şıpka, s. 26).

mal rejimi sözleşmesinin hata, hile ve tehdit gibi durumlarda olmaması önemlidir²⁸.

2. Yer ve Şekil Bakımından

TMK eşlere mal rejimi sözleşmesi yapma konusunda kanunda belirtilen sınırlar çerçevesinde irade özgürlüğü tanımakla beraber, mal rejimi sözleşmesini belirli şekil şartlarına tabi tutmuştur. Buna göre eşler; evlenmeden önce evlendirme memuruna yazılı olarak bildirerek ya da evlendikten sonra diledikleri zaman, mal rejimi sözleşmesini noterde düzenleme veya onaylama²⁹ şeklinde yapabilirler.

Mal rejimi sözleşmesinin resmi şekle bağlı tutulduğu resmi makam noterdir. Yetki konusunda ise, tarafların yerleşim yerindeki noterde sözleşmeyi yapma gibi bir zorunlulukları bulunmamakta; dolayısıyla istedikleri bir noter aracılığı ile sözleşmeyi yapabilmeleri mümkündür³⁰.

TMK 205/1’de tarafların evlenme başvurusu sırasında hangi mal rejimini seçtiklerinin yazılı olarak da bildirilebileceği düzenlenmiştir. Evlendirme memuru, ancak evlenecek olan kişilerin seçtikleri mal rejimi türünü teslim almak ve kaydetmekle yükümlüdür³¹.

Evlenme öncesi mal rejimi sözleşmesi yapma imkanı sadece mal rejimi seçimi konusunda verilmiş olduğundan, TMK 221/1 uyarınca bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş edinilmiş mallara dahil olması gereken değerlerin kişisel mal sayılmasına ilişkin anlaşmaların veya TMK 221/2’de kişisel malların gelirlerinin kişisel mal olarak kabul edilebileceğine ilişkin sözleşmelerin evlendirme memuruna yazılı olarak bildirilerek gerçekleştirilmesi kabul edilmemiştir. Dolayısıyla TMK 221’de düzenlenen edinilmiş malların kişisel mal kabul edilebilmesine imkan veren mal rejimi sözleşmelerinin, ancak evlendikten sonra noterde düzenleme ya da onaylama suretiyle yapabilmesi mümkündür.

²⁸ **Sarı**, s. 33-34; **Acar**, s. 93. “Dava, eşler arasında noterde düzenleme şeklinde yapılan 25.12.2002 tarihli «Mal Ayrılığı Sözleşmesinin» sözleşmede yer alan davacı eşe ait imzanın hata ve hile elde edildiği ve davacı eşin iradesinin fesada uğratıldığı iddiasıyla iptali isteğine ilişkin olup, Türk Medeni Kanunu’nun 203 - 205. maddelerinden kaynaklanmaktadır” [Y. 2. HD. T. 2.5.2006, E. 2005/18426, K. 2006/6662 (kazancı.com ET. 26.11.2015)].

²⁹ **Acar**’a göre, onaylama şeklindeki noter senetlerinin geçerli kabul edilmesi karşısında Kanunun kabul ettiği nitelikli resmi şekil zorunluluğu zayıflamakta; bu haliyle evlenecek ve evli şahıslar bakımından mal rejimi sözleşmesi yapma imkanı kolaylaşmaktadır (**Acar**, s. 89, dn. 37).

³⁰ **Gençcan**, Ömer Uğur: Mal Rejimleri Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 106.

³¹ **Akbulut**, s. 22.

3.Ehliyet Bakımından

Mal rejimi sözleşmesi yapabilme ehliyetini düzenleyen TMK 204 hükmüne göre, bu sözleşmenin ancak ayırt etme gücüne sahip olanlar tarafından yapılabileceği ve küçük ile kısıtlıların ise, yasal temsilcilerinin rızasını almak zorunda oldukları düzenlenmiştir.

Nişanlılar ve eşlerin mal rejimi sözleşmesi yapabilmesi için ayırt etme gücüne sahip olması kanunen öngörülmüş olup, eşlerin ya da nişanlıların mal rejimi sözleşmesi yapmalarındaki ayırt etme gücünden; tarafların bu sözleşmeyi akdetmenin sebep ve sonuçlarını anlama ve buna uygun davranma yeteneğine sahip olmaları gerektiği anlaşılmaktadır³². Söz konusu ayırt etme gücünün varlığı ise, mal rejimi sözleşmesinin yapıldığı an itibarıyla aranacaktır³³.

Ergin olmak mal rejimi sözleşmesinin geçerliliği bakımından şart değildir. Ancak mal rejimi sözleşmesini evlilik öncesi yapmak isteyen eşlerin ergin olmaması halinde ise, yasal temsilcisinin rızasının olması şarttır.

TMK 11/2 ile evlenen kişilerin ergin olacağı düzenlenmiş olup; evli kişilerin sonradan yaptıkları veya yapacakları mal rejimi sözleşmeleri için ehliyet şartını taşıyıp taşımadığı, yani evlilik ile ergin olan kişilerin evlendikten sonra mal rejimi sözleşmesi düzenlerken kanuni temsilcilerinin rızasının aranıp aranmaması gerektiği hususunda ise farklı görüşler mevcuttur. Bir görüş³⁴ 18 yaşını tamamlamayan evli şahsın mal rejimi sözleşmesi yapması bakımından kanunu temsilcisinin onayının gerektiğini savunmakta iken; diğer görüş³⁵ ise, kanuni temsilcinin onayı gerekmediğini savunmaktadır. Kanaatimizce de evlenen kişilerin kanunen ergin olarak kabul edilmesi dolayısıyla artık küçük olarak nitelendirilebilmesinin mümkün olmaması nedeniyle, evlenerek ergin olan kişinin, evlilikten sonra mal rejimi sözleşmesini kanuni temsilcisinin onayı olmadan düzenleyebilmesi mümkündür. Bununla birlikte yasal temsilcisinin onayı olmadan mal rejimi sözleşmesi yapan kişinin, evlilik ile ergin hale gelmesi ise sözleşmeyi geçerli hale getirmez³⁶.

³² Sarı, s. 20.

³³ Acar, s. 93; Sarı, s. 20.

³⁴ Gümüş, s. 221.

³⁵ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya: Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İkinci Cilt, 18.Bası, Beta Yayınevi, 2016, s. 147; Kılıçoğlu, Edilmiş Mallar, s. 21; Akıntürk, s. 147; Acar, s. 91; Şipka, s. 24; Zeytin, s. 40; Akbulut, s. 23;

³⁶ Sarı, s. 21; Acar, s. 92, dn. 50; Zeytin, s. 40.

Mal rejimi sözleşmesi yapma şahsa bağlı bir hak olup; yalnız başına yasal veya iradi temsilcinin sözleşmeyi yapabilmesi mümkün değildir^{37, 38}. Yasal temsilcinin sadece kısıtlı veya küçük ile birlikte sözleşmeye katılımı mümkün iken³⁹; iradi temsilcinin bu şekilde dahi katılımı mümkün değildir⁴⁰.

TMK 204 ile sadece mal rejimi sözleşmesinin imzalanması yasal temsilcinin rızasına bağlanmıştır. Ancak kanaatimizce eşlerin yasal temsilcinin izniyle yapılan bir mal rejimi sözleşmesini ortadan kaldırmaları ya da seçilen mal rejiminden önceki başka bir mal rejimi ile değiştirilmesi için de yasal temsilcinin rızasının aranması gerekmektedir⁴¹.

IV. BİR MESLEĞİN İCRASI VEYA İŞLETME FAALİYETİ İÇİN GEREKLİ VE BUNA ÖZGÜLENEN MALVARLIĞI DEĞERLERİ

Eşlerin, mal rejimi sözleşmesiyle bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti nedeniyle doğan edinilmiş mallara dahil olması gereken malvarlığı değerlerinin kişisel mal sayılacağını kabul etmesine izin verilmiştir (TMK 221/1). Böylece eşlerin mal rejimi sözleşmesi ile edinilmiş mallarının kapsamını daraltmasına imkan sağlanmıştır.

TMK 221/1, ölüm veya boşanma sonucu mal rejiminin tasfiyesi sırasında eşin mesleğini icraya devam edebilmesini ve işletmenin faaliyeti için belirlenmiş olan malların zarar görmesini önlemek amacıyla düzenlenmiştir. Ölüm halinde, öncelikle mal rejiminin tasfiyesi, sonrasında da terekenin paylaşımı aşamalarının uzun sürecek olması, mesleğin icrasını işletmenin

³⁷ Akıntürk/Ateş, s. 147; Gümüş, s. 222; Acar, s. 92; Zeytin, s. 39; Sarı, s. 22; Şıpka, s. 25; Akbulut, s. 24; Keskin, Alper: Türk Medeni Hukukunda Mal Rejimleri, İstanbul Barosu Dergisi, 2011/4, s. 123.

³⁸ “Mal rejimlerine ait karı koca arasında evlenmeden sonra yapılan sözleşme yapma hakkı kişiye bağlı haklardan ise de bu hakkın, vasiyet yapma, evlenme ve nişanlanma gibi bizzat kullanılması zorunlu olan haklardan olduğu yönünde kanunlarımızda bir hüküm yoktur. Tarafların noterde bizzat düzenledikleri mal ortaklığı rejimini seçtiklerine dair sözleşmenin tasdiki isteği ile açılan davada 743 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 173. maddesine göre eşler yargılamada bizzat hazır bulunmaları zorunlu tutulamaz. Bu konudaki irade açıklamasını taşıyan vekaletname verilmesi, kişiye bağlı hakkın bizzat kullanıldığının belirlenmesi için yeterlidir. Somut olayda taraflar davada kendilerini vekil ile temsil ettirdiklerine göre duruşmaya devamlı belirecek duruma göre karar verilmesi gerekirken, tarafların bizzat hazır olmadığından bahisle davanın reddi doğru değildir” [Y. 2. HD. T. 8.2.2002, E. 2001/16805, K. 2002/1535 (Kazancı.com ET. 30.11.2015)].

³⁹ Kılıçoğlu, Edinilmiş Mallar, s. 22; Akıntürk, s. 148 ; Sarı, s. 24; Acar, s. 92.

⁴⁰ Acar, s. 92. Yazar’a göre, kısmen de olsa yasal temsilcinin katılımı, sözleşmenin şahsa bağlı oluşunu zayıflatmaktadır.

⁴¹ Bu yönde; Sarı, s. 25, dn. 42; Acar, s. 93. Aksi görüşte Gümüş’e göre ise, eşlerin yasal temsilcinin izniyle yapılan bir mal rejimi sözleşmesini ortadan kaldırmak suretiyle önceki mal rejimine geçmelerinde yasal temsilcinin rızasına gerek yok iken; başka bir mal rejimine geçmesi durumunda ise yasal temsilcinin rızası aranmalıdır (Gümüş, s. 222).

“Bir Mesleğin İcrası veya İşletmenin Faaliyeti Sebebiyle Doğan Edinilmiş Mal Olması Gereken Malvarlığı Değerlerinin Sözleşme İle Kişisel Mal Haline Getirilmesi” (TMK 221/1)

faaliyeti için gerekli olan malların devamlılığını güçleştirebilir. Bu durumdan sağ kalan eş ve mirasçılarının da etkileneceği de açıktır. Fakat TMK 221/1 hükmü ile, eşlere ve dolayısıyla mirasçılara mal rejimi tasfiyesinden en az etkilenebilmesine imkan tanınmış olup, işletmenin de devamlılığını sağladığı söylenebilir.

A. MK Düzenlemesi ile Mevaz Kanun Arasındaki Kavram Farklılıkları

TMK 221/1 her ne kadar ilk bakışta, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle, gerek buna özgülenen malvarlığı değerlerinin gerekse buna bağlı çalışma karşılığı elde edilen gelirlerin kişisel malvarlığı olarak kararlaştırılabileceği gibi anlaşılıyor olsa da⁴²; hükmün mevazından farklı bir anlam çıkmaktadır. Hükmün mevazını oluşturan ZGB. Art. 199/1'e göre, “Eşler, bir mesleğin icrasına veya bir işletmenin faaliyetine özgülenmiş, edinilmiş mal niteliğindeki malvarlığı değerlerinin, kişisel mal olacağını mal rejimi sözleşmesi ile kararlaştırabilirler.”⁴³.

TMK 221/1'in lafzından yola çıkarak mesleğin veya işletmenin faaliyeti sonucunda doğan malvarlıklarının, bir diğer ifade ile gelir ve ürünlerin sözleşme ile kişisel mal haline getirilebilmesinin mümkün gözükmektedir. Örneğin, çanta imalatçısının ürettiği çantalar, araba üreticisi firmanın oluşturduğu arabalar, çiftçinin ürettiği ürünler, dış hekiminin kazancı gibi değerler kişisel mal sayılacaktır. Ancak hükmün mevazdan farklı olarak yorumlanması, meslek ve işletme sahibi eşlerin gelirlerinin kişisel mal haline getirilmesi mal rejimi sözleşmesi ile mümkün kılınmış olur ki; böyle bir durum da yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin mal ayrılığı rejimine dönüşmesine yol açar. TMK'nın öngördüğü mal rejimlerinde tipe bağlılık ilkesi çerçevesinde böyle bir yorum kabul edilemeyeceğinden; doktrinde⁴⁴ ifade edildiği üzere kanaatimizce de hükmün mevaz kanunda belirtildiği şekilde yorumlanması, hatta düzeltilmesi gerekmektedir.

⁴² Bu yönde; **Kılıçoğlu**, Edinilmiş Mallar, s. 49; **Sarı**, s. 183; **Acar**, s. 212; **Şıpka**, s. 119; **Acabey**, Mal grupları, s. 525; **Gençcan**, Ömer Uğur: Mal Rejimleri Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 560-561.

⁴³ **Sarı**, s. 183.

⁴⁴ Bu yönde: **Gümüş**, s. 271; **Kılıçoğlu**, Edinilmiş Mallar, s. 49; **Zeytin**, s. 126-127; **Acar**, s. 212; **Şıpka**, s. 121; **Akbulut**, s. 97; **Acabey**, Sertifika, s. 26; **Gençcan**, s. 560-561; **Uzun**, Neşe: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Diğer Mal Rejimleriyle Karşılaştırılması, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009, s. 53; **Yazgan**, Selda: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Paylaşımı, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2014, s. 46.

Ayrıca belirtmek gerekir ki edinilmiş mal olan kişisel malların gelirlerinin de mal rejimi sözleşmesi ile kişisel mal olarak kabul edilmesine TMK 221/2 hükmü ile izin vermiştir. Dolayısıyla bir mesleğin icrası veya işletme faaliyeti nedeniyle doğan malvarlığı değerlerinin TMK 221/2 hükmü çerçevesinde kişisel mal haline getirilmesi mümkün olduğundan TMK 221/1'e gitmeye gerek dahi yoktur.

B. Baştan İtibaren Kişisel Mal Olan Bu Tür Kazanımlar

Yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin başlangıcı 1 Ocak 2002 tarihinden önceki evlilikler için bu tarih, sonraki evlilikler için ise evlenme tarihidir. Fakat kanun koyucu 1 Ocak 2002 olan TMK'nın yürürlük tarihinden önceki evlilikler için de kişilere mal rejimi sözleşmesi düzenleyebilmeleri için süre öngörmüştür⁴⁵. Mal rejimi aralığının tespiti konumuz bakımından, eşlere ait olan malvarlığının kişisel mal ya da edinilmiş mal olarak tespiti nedeniyle önem arz eder. Zira 1 Ocak 2002'den önceki tarihli malvarlığı değerleri eşler bu tarihten önce evlendilerse, bu tarihe kadar mal ayrılığı rejimine tabi olmaları nedeniyle, eşlerin kişisel malı olarak kabul edilecektir⁴⁶. Ancak 1 Ocak 2002 tarihinden sonra ise, başka bir mal rejimi türü seçmedilerse, bu tarihten itibaren elde edilen malvarlığı değerleri ise edinilmiş mal olarak kabul edilecektir.

Mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan veya bir eşin sonradan miras ya da herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla⁴⁷ edindiği malvarlığı değerleri kanun gereği kişisel mallardandır (TMK 220/2).

⁴⁵ “Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce evlenmiş olan eşler arasında bu tarihe kadar tabi oldukları mal rejimi devam eder. Eşler kanunun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıl içerisinde başka bir mal rejimi seçmedikleri takdirde bu tarihten geçerli olmak üzere yasal mal rejimi seçilmiş sayılır. (4722 SK. md. 10/1) Eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması asıdır. (MK. md. 202)” [Y. 2. HD. T. 7.3.2005, E. 2005/252, K. 2005/3306 (Kazancı.com ET. 30.11.2015)].

⁴⁶ “Tarafların 27.11.1993 tarihinde evlendikleri, aralarında bu tarihten 01.01.2002 tarihine kadar “mal ayrılığı rejiminin” (TK md.170), bu tarihten, boşanma davasının açıldığı 04.07.2011 tarihine kadar ise “edinilmiş mallara katılma” rejiminin (4721s.TMK.m.202) geçerli olduğu tartışmasızdır. Araç, eşler arasında mal ayrılığının geçerli olduğu dönemde edinilmiş ise, bu rejimde mal kime ait ise onundur. Şayet diğer eş, bu aracın edinilmesine maddi bir katkı sağlamış ise, ispatlaması şartıyla, katkısı karşılığı bir alacak talep edebilir. Araç edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu dönemde edinilmiş ise, bir eşin bütün malları, aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal kabul edilir (TMK.md.222/3)” [Y. 2. HD. T. 11.3.2015, E. 2015/3260, K. 2015/4166 (Kazancı.com ET. 26.11.2015)].

⁴⁷ “Davacı kadının dava dilekçesindeki edinilmiş mallara yönelik istemi katılma alacağına ilişkindir. Davalı kocaya ait buluna ev karşılıksız kazanma yolu ile elde edilen malvarlığı değeri olmakla kişisel maldır. Davalı koca adına kayıtlı bulunan ev, şirket hissesi ve otomobilin çalışmasının karşılığı bulunan edinim olmakla edinilmiş mal sayıldığından artık değer hesaplamasında aktif içerisinde yer alan bir unsurdur “ [Y. 2. HD. T. 28.3.2007, E. 2006/17694, K. 2007/5110 (kazancı.com ET. 26.11.2015)].

Eşlerden birinin evlenmeden önce herhangi bir şekilde (çalışarak, miras, bağışlama vs.) edindikleri her türlü malvarlıkları kanun gereği kişisel mal olarak kabul edilmiş bulunduğundan, eşlerin bir mesleğin icrası ya da işletme faaliyetine özgülenmiş evlilikten önce doğan malvarlıklarının da TMK 220/2 hükmü gereği kişisel mal kabul olduğunun kabulü gerekir. Dolayısıyla eşlerin işletme faaliyeti veya mesleğin icrasına özgüledikleri bu malvarlığı değerlerinin kişisel mal haline dönüştürülmesi için ayrıca mal rejimi sözleşmesi yapmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Zira TMK 221/1’de eşlerin işletme faaliyeti ve mesleğin icrasına özgülenmiş olan edinilmiş mallarından söz edilmektedir.

Özellikle “evlenmeden önce sahip olunan kişisel malvarlığı değerleri”nin neler olduğunun saptanması konumuz açısından önemlidir⁴⁸. Bu hususta mal rejiminin tasfiyesi aşamasında, kişisel malvarlıklarının mülkiyetinin bir diğer ifade ile kaynağının evlilik tarihinden ya da yasal mal rejiminden önceye dayandığının⁴⁹, iddia eden eş tarafından ispat edilmesi gerekmektedir (TMK222/1). Mülkiyetin veya kaynağın eşler tarafından ispatlanamaması hususuna önlem olarak ise kanun koyucu tarafından “edinilmiş mal karinesi” getirilmiş olup; bir eşin bütün mallarının aksi ispat oluncaya kadar edinilmiş mal olduğu kabul edilmiştir (TMK 222/3)⁵⁰.

⁴⁸ “Somut olayda; taşınmaz ve araç, taraflar arasında mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu dönemde edinilmiştir. Bu mallar, yeni rejime (edinilmiş mallara katılma) kocanın «kişisel malı» olarak girmiştir. Edinilmiş mal değildir. Çalışmayan, herhangi bir geliri ve kazancı bulunmayan davacı kadının bu malların edinilmesine herhangi bir katkısı kanıtlanamamıştır. Bu nedenle, davacı; katkı payı karşılığı veya değer artış payı nedeniyle davalıdan alacak talebinde bulunamaz. Taraflar arasındaki 1.1.2002 tarihinden itibaren başlamış olan edinilmiş mallara katılma rejimi, boşanma davasının açıldığı 18.4.2003 tarihinde sona ermiştir. Kocanın kişisel mallarının, yeni rejim döneminde geliri varsa (kişisel malların geliri edinilmiş maldır) kadın ancak, bu edinilmiş mal üzerindeki varsa «katılma alacağını» isteyebilecektir” [Y. HGK. T. 18.6.2008, E. 2008/2-432, K. 2008/444 (kazancı.com ET. 26.11.2015)].

⁴⁹ Davalı adına kayıtlı olan ticarethane, taraflar arasında mal ayrılığının geçerli olduğu dönemde alınmış olup, bu ticari işletme edinilmiş mallara katılma rejiminde davalının kişisel malıdır. Bu işletmenin 1.1.2002’den sonraki geliri ise edinilmiş maldır. (TMK.219/3) Boşanma davası 7.6.2004 tarihinde açılmış olup, boşanma ile sonuçlanmıştır. O halde, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girdiği 1.1.2002 tarihinden edinilmiş mallara katılma rejiminin sona erdiği 7.6.2004 tarihleri arasındaki davalıya ait ticarethanenin gelirinin gerektiğinde bu konuda bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle tesbiti ve taraflar arasında Türk Medeni Kanununun 221. maddesi gereğince yapılmış olan bir sözleşme olup olmadığı da araştırılır sonucu uyarınca bir karar vermek gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır” [Y. 2. HD. T. 9.6.2008, E. 2007/10436, K. 2008/8191 (kazancı.com ET. 26.11.2015)].

⁵⁰ “TMK’nın 219. maddesi 1. fıkrası hükmüne göre her eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleri edinilmiş maldır. TMK’nın 222/1. maddesine göre belirli bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eden kimse, iddiasını ispatla yükümlüdür. Somut olayda; dava konusu taşınmazın davalının kişisel malı olduğu kanıtlanamamıştır. Her ne kadar; davalı önceki evliliğinin boşanmayla sonuçlanması üzerine aldığı tazminat ve evlenmeden önce çalışması karşılığı birikimi ve yakın akrabalarının katkısı ile taşınmazın satın alındığını ileri sürmüştü de, dosya kapsamı ile bu yön somut delillerle ispatlanamamıştır. TMK’nın 222. maddesi son fıkrası hükmüne göre bir eşin bütün malları aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal kabul edilir. Buna göre, dava konusu taşınmazın sürüm değerinin verilecek karar tarihine yakın

C. Esasen Edinilmiş Mal Olan Bu Tür Kazanımlar

TMK 221/1 hükmü aslında kanunen kişisel mal sayılmayan yani TMK 220 hükmünün dışında kalan bir mesleğin icrası veya işletme faaliyetine özgülenmiş edinilmiş malların mal rejimi sözleşmesiyle kişisel mal haline dönüştürülebilmesine ilişkin olarak düzenlenmiştir. Edinilmiş mal sayılmanın ön koşullarından birisi kazanılan malın mal rejiminin başlangıcından sonra (genel olarak evlilik tarihinden sonra) olması gerekliliğidir.

Bir mesleğin icrasını veya işletmenin faaliyetini sağlayacak malvarlığı değerlerinin, bedelleri edinilmiş mallardan karşılanarak edinilmesi halinde; edinilmiş malın yerine geçen değer söz konusu olacak ve bu malvarlığı değerleri de edinilmiş mal niteliği taşıyacaktır. Ancak TMK 221/1 hükmü ile birlikte eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle, belirtilen malvarlığı değerleri yönünden edinilmiş malın yerine geçen değerlerin edinilmiş mal olacağı kuralını getiren TMK 219/II-5'in uygulanmasının engellenmesi mümkün olacak ve bu hükme bir istisna getirilmiş olacaktır⁵¹.

TMK 221/1, kişisel malların korunması ve iyileştirilmesine ilişkin olarak edinilmiş mallardan katkıda bulunulması halinde, edinilmiş mallar lehine denkleştirme yapılmasını öngören TMK 230 hükmüne de istisna teşkil etmektedir⁵².

1. Bir Mesleğin İcrası İçin Gerekli olan Veya İşletme Faaliyeti İçin Belirlenmiş Olan Malların Kavramsal İçeriği

TMK 221/1 in metninde belirtilen “bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dahil olması gereken malvarlığı değerleri” ifadesinden, “mesleğin icrası için gerekli olan” ve “işletmenin faaliyeti için belirlenmiş olan” malların kastedildiğini yukarıda değinmiştik. Mesleğin icrası ve işletme faaliyetinin içerik olarak geniş anlaşılması gerekmektedir⁵³. Keza bir mesleğin veya işletme faaliyetinden hareket

bir tarihte (TMK m. 235/1) belirlenerek hesaplanacak artık değerın yarısı karşılığı bedelin katılma alacağı olarak belirlenmesi ve taleple bağlı kalınarak hüküm kurulması gerekirken, hatalı niteleme ve değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar verilmiş bulunması doğru değildir” [Y. 8. HD. T. 8.7.2010, E. 2010/1097, K. 2010/3788 (kazancı.com ET. 26.11.2015)]; Y. 8. HD. T. 10.5.2012, E. 2012/2920, K. 2012/4048 (Kazancı.com ET. 26.11.2015).

⁵¹ Sarı, s. 186.

⁵² Sarı, s. 186.

⁵³ Doktrinde bu başlık altında kişisel mal sayılacak olan malvarlığının arasına, zorunlu yatırım gereği elde edilecek olan malvarlığının da dahil olması gerektiği, böylelikle genişletilmiş bir yorum yapılmasının gerekliliğinin vurgulandığı yönünde bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 338; Acar, s. 216. Benzer şekilde Gümüş ve Acar'a

eden kanun koyucu, meslek veya işletme faaliyetinin türü, içeriği, konusu veya benzeri hususlar açısından ortaya çıkması muhtemel farklılıklara önem vermemiş olduğundan; herhangi bir mesleğin icrası veya işletme faaliyetinin yürütülmesi hükmün uygulanabilmesi için gerekli ve yeterlidir⁵⁴. Örneğin, tarımsal faaliyetlerin de bu kapsamda ele alınması gereken bir konu olduğunu söylemek mümkündür⁵⁵.

İcra edilen mesleğin ve işletmenin türüne göre, belirlenerek kişisel mal haline dönüştürülebilecek malvarlığı değerleri farklılık gösterebilmektedir. Bu bağlamda, söz konusu değerlerin genellikle eşya olduğu söylenebilir. Ancak, belirli şartlar ve bir meslek veya işletme faaliyetine özgülenmiş olma şartıyla paranın ya da hisse senetlerinin dahi hüküm kapsamına alınabilmesi mümkündür.

Bir malvarlığı değerinin mesleğin icrası veya işletme faaliyeti için gerekli olup olmadığının tespitinin önemi TMK 237/2'nin eşlerin artık değere katılmada mal rejimi sözleşmesiyle başka bir esas kabul ettikleri hallerde bu anlaşmaların, eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını zedelemeyeceğini öngören hükümde karşımıza çıkmaktadır. Zira TMK 221'de kişisel mal haline getirilebilen malvarlığı değerlerinin TMK 237/II sınırlamasına dahil olup olmadığının tespiti gerekmektedir. İsviçre hukukundaki hakim görüşe göre, eşlerin TMK 221 uyarınca yapacakları anlaşmalar kural olarak TMK 237/II sınırlamasına tabi olmadan geçerli olmasına rağmen, hakkında kötüye kullanılmasını da içermemesi gerekmektedir⁵⁶. Bu bağlamda kanaatimizce de TMK 221'de öngörülen bir malvarlığı değerinin edinilmiş maldan çıkartılarak kişisel mal haline dönüştürülmesinde, salt saklı pay mirasçılara zarar verme asli amacını taşıyorsa, yapılan sözleşme dürüstlük kuralına aykırılık oluşturarak, hüküm ve sonuç doğurmaması gerekmektedir⁵⁷. Nitekim kişisel malların kapsamının belirlenmesine ilişkin düzenlemenin her iki eş

göre, mesleki faaliyetin görülmesinin birtakım mesleki yatırımları da gerekli kılacağı, bu sebeple eşlerin salt doğrudan mesleki faaliyetleri için tahsis ettikleri edinilmiş malların değil, aynı zamanda mesleki faaliyetin görülmesi için yapılması zorunlu olan yatırımlara bağlı sahip olunan edinilmiş mal niteliğindeki malvarlığı değerleri ve mesleki araçların da TMK 221/1 kapsamına girdiği görüşündedir. (Gümüş, s. 272, Acar, s. 213).

⁵⁴ Sarı, s. 184.

⁵⁵ Zeytin, s. 129.

⁵⁶ Gümüş, s. 271.

⁵⁷ Bu yönde; Gümüş, s.272. Zeytin TMK 237/2'nin, TMK 221 çerçevesinde yapılan anlaşmalara uygulanmayacağı görüşündedir (Zeytin, s. 128). Sarı ise, benzer şekilde, TMK 237/2'nin TMK 221 ile yapılan anlaşmalara uygulanmaması gerektiği ve bu anlaşmalara açısından mirasçıların korunmasının genel hükümler ile saklı tutulması gerektiğini belirtmiştir (Sarı, s. 182).

lehine de yapılması şart değildir⁵⁸. Sonuç olarak bir malvarlığı değerinin, bu iki kavramdan hangisine gireceğine, mal sahibi eşin ispat etmesi gerekmektedir. Zira bu sonuç eşe ait malın edinilmiş mal olduğuna ilişkin karinenin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.

a. Mesleğin İcrası Ne Anlama Gelir?

TMK 221/1’de “bir mesleğin icrası”ndan bahsedilmiş, ancak bu mesleğin türü veya bağımlı ya da bağımsız olması hususunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Bu durumun bir sonucu olarak, serbest meslekler de TMK 221/1 kapsamında yer alır⁵⁹. Fakat eşin kendi malvarlığını yönetiyor olmasının, ayrı bir meslek olarak algılanıp bu hükme dahil olup olmadığı sorunu oluşur. Eğer eş asıl mesleğin yanında basit olarak bu işi de yürütüyor ise, TMK 221/1 kapsamına sokulmaması gerekir⁶⁰. Her ne kadar asıl meslek ile yan meslek ayrımının tespiti güç gibi gözükse de hükmün uygulanabilirliği açısından bu ayırım önemlidir.

Meslek ya da işletmenin bağımlı ya da bağımsız yürütülmesinin de bir önemi bulunmamaktadır⁶¹. Zira bağımlı olan bazı mesleklerde de, mesleği icra edenlerin kendi araç gereçlerine sahip olması gerekmektedir. Örneğin, bir işletmede hizmet akdiyle çalışan bir piyanistin, kendine ait piyanosunun olması söz konusu olabilir⁶². Dolayısıyla bu tür serbest meslek sahibi olmayan çalışanların da mesleklerinin icrası için sahip oldukları malvarlığı değerlerini, mal rejimi sözleşmesiyle kişisel mal haline dönüştürebilmeleri mümkündür. Fakat burada dikkat edilmesi gereken bir husus da, bir eşin şahsi kullanımına bırakılan eşyalar TMK 220/1 gereği zaten kişisel mal olduğuna ilişkin düzenlemedir.

b. İşletme Faaliyeti Ne Anlama Gelir?

TMK 222/1’in metninde “işletme faaliyeti sebebiyle doğan” kavramına yer verilmiş olup, bu hüküm ile kast edilenin “işletmenin faaliyeti için belirlenmiş malvarlığı değerleri” olarak anlaşılması gerekmektedir.

⁵⁸ Zeytin, s. 182.

⁵⁹ İsviçre hukukunda meslek icrası ile kural olarak serbest meslek olan avukatlık, hekimlik gibi mesleklerin kastedildiği konusunda görüş birliğinin bulunduğuna yönelik olarak bkz. Zeytin, s.129.

⁶⁰ Acar, s. 215-216.

⁶¹ Gümüş, s. 272; Sarı, s. 185; Acar, s. 215.

⁶² Bu konuda diğer örnekler için bkz. Gümüş, s. 272; Acar, s. 215.

Örneğin, bir fabrikanın “işletilmesine hizmet eden” maddi (araç-gereç, makine, taşınmaz, taşıt vs.) ve gayri maddi (işletme adı, marka, ticaret unvanı, patent vs.) malvarlığı değerlerinin kişisel mal olarak sayılması mümkündür⁶³. Ancak bir işletmenin işletilmesine “dolaylı” olarak katlı sağlayan, bir diğer ifade ile olmasa da işletmenin faaliyetinin sürdürülebilmesi mümkün olan eşyalar ise, bu kapsamda yer almaz⁶⁴. Örneğin bir restoran işletmesi için, restoranda yer alan fırın, buzdolabı gibi makineler bu yerin “işletilmesine hizmet eden” malvarlığı değerleri olarak sayılarak hüküm kapsamında değerlendirilebilecek iken; müşteriler için konan LCD TV’ler, restorana “dolaylı” olarak katkı sağlayan malvarlığı değerlerinden sayılarak hüküm kapsamında değerlendirilemez.

İşletmenin türünün TMK 221/1 kapsamı için önemi bulunmasa da işletmenin içindeki malvarlığı değerlerinin kapsamının belirlenmesi bakımından, işletme için kanaatimizce “vazgeçilemez” nitelikte olmasının; yani işletmeye dolaylı ya da doğrudan katkı sağlayıp sağlamadığının; bir diğer ifade ile kişisel mal haline dönüştürülebilmesinin mümkün olup olmadığının tespiti açısından önemi bulunmaktadır. Söz gelimi, işletme faaliyeti için gerekli olan malvarlığı değerlerinin tespiti somut olaya göre değişmekte ve her uyumsuzlukta ayrıca çözülmesi gereken bir olgudur.

Kural olarak paranın TMK 221/1 kapsamında kişisel mal sayılması mümkün gibi gözükmesine de⁶⁵; bir mesleğin icrası veya işletme faaliyeti için gerekli malvarlığının para olması da mümkündür. Özellikle belirli ve asgari bir sermaye limitiyle kurulabilen sermaye şirketleri, para alışverişi ile uğraşan banka ve finans kurumları, finansal kiralama şirketleri, döviz alış-verişi yapan işletmeler için, bu malvarlığı değerlerinin de kişisel mal haline dönüştürülebilmesine izin verilmelidir⁶⁶. Örneğin, bir döviz bürosu bakımından konuyu değerlendirecek olursak, bu büro için işletme faaliyeti için gerekli malvarlığı değerinin para olduğu ve TMK 221/1 kapsamında olduğu açıktır.

⁶³ Acar, s. 212.

⁶⁴ Acar, s. 212. Acabey’e göre, de mesleki faaliyetin veya işletmenin sürdürülebilmesi için, faaliyetine devam edebilmesi için zorunlu olan eşyaların hüküm kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir (Acabey, Sertifika, s. 27).

⁶⁵ Acar, s. 213.

⁶⁶ Acar, s. 213.

İşletme faaliyetinin bir ticaret şirket çatısı altında yürütüldüğü durumlarda veya mesleğin bir ticari şirket vasıtasıyla yürütüldüğü durumlarda, şirket hisseleri de işletme faaliyetine özgülenmiş malvarlığı değerleri veya mesleğin icrasını sağlayan malvarlığı değerleri olarak karşımıza çıkabilir. Dolayısıyla salt hisse sahipliği bir mesleğin icrası veya işletme faaliyeti olarak kabul edilemeyerek TMK 221/1 kapsamında yer almasa da⁶⁷; hisse senetlerinin dahi bu kapsamda yer alabildiği durumlar mevcuttur. Hisse senetlerinin kişisel mal haline dönüştürülebilmesine izin verilebilmesi açısından, doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre⁶⁸, pay sahibi eşin şirket yönetimi ve denetiminde görev alması gerekmektedir. Bir diğer görüşe göre⁶⁹ ise, örneğin anonim şirkette hisse sahibi olunması, bu hisseler nedeniyle yönetimde bulunulsa dahi, bir mesleğin icrası veya işletme faaliyetine hizmet etmemeleri ve yatırım amacı gütmeleri nedeniyle TMK 221/1 kapsamında değerlendirilemez. Kanaatimizce hisse senetlerinin sırf yatırım amacı gütmemesi koşulu ile hüküm kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.

Üzerinde durulması gereken bir diğer konu da halihazırda edinilmiş mal sayılan işletmenin kendisinin sözleşme ile kişisel mal haline getirilip getirelemeyeceği hususudur. Zira TMK 221/1’de “işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallar” denmiş ve kast edilenin işletme faaliyeti için belirlenmiş olan mallar” olduğunu belirtmiştik. Bu durumda işletmenin faaliyeti için belirlenmiş olan mallar TMK 221/1’in uygulama alanına girse de; işletmenin kendisinin kişisel mal haline getirilmesi mümkün gözükmemektedir⁷⁰.

2. Zaman Bakımından Mesleğin İcrası Ve İşletme Faaliyeti ile İlgili Olanlar

TMK 221/1’in uygulanabilirliği açısından hükümde belirtilen malvarlığı değerlerinin, mal rejimi sözleşmesinde nasıl belirtildiğinin ve mevcut ya da ileride oluşabilecek bir malvarlığı olup olmadığının tespiti gerekmektedir.

⁶⁷ Sarı, s. 185; Acar, s. 213.

⁶⁸ Sarı, s. 184; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 338; Acar, s. 213. Acar ve Dural/Öğüz/Gümüş’e göre, şirket hisselerinin çoğunluğuna sahip olan eşin bu görevi yürütmesine gerek yoktur.

⁶⁹ Zeytin, s. 129.

⁷⁰ Acar, s. 215.

a. Halihazırda Mevcut Olanlar

Eşlerin mal rejimi tasfiyesi aşamasında gerek ispat yük bakımından gerekse kişisel malların tayininde TMK 221/1’in uygulanabilirliği açısından, taraflar arasında yapılan mal rejimi sözleşmesinde, eşlerin hangi mallarını kişisel mal sayılacağını belirtmeleri gerekmektedir. Örneğin mal rejimi sözleşmesinde “Halkalı ilçesindeki restoran işletmesindeki buzdolabı ile fırın erkek eşin kişisel malı olarak nitelendirilecektir” gibi bir hükme yer verilmesi mümkündür. Böylelikle mal rejimi sona erdiği takdirde söz konusu mallar halen mevcut ise erkek eşin kişisel malı olarak değerlendirilebilecektir. Fakat sözleşmede belirli bir makinenin ya da malvarlığının belirtilmesine rağmen, sözleşmenin yorumu çerçevesinde işletmenin ayakta kalabilmesi için gerekli olan makineyi kast ettikleri çıkarılabiliyorsa, başkaca makinelerin de kişisel mal olarak kabulü mümkündür⁷¹.

Sözleşmede bir eşin, “giysi üretimi için kullandığım makineler” gibi genel bir ifadesi de TMK 221/1 bağlamında yeterli görülmelidir. Ancak bu durumda boşanma veya ölüm gibi mal rejimi tasfiyesini gerektirecek olguların meydana gelmesi halinde o gün itibarıyla, bahsedilen meslek veya işletme faaliyeti için neler gerektiğinin bir uzman tarafından tespiti gerekir⁷².

Meslek ve işletmeye ilişkin malvarlığı değerlerinin sözleşme ile kişisel mala dönüştürülebilmesi için meslek ve işletmenin fiilen yürütülüyor olması gerekmektedir⁷³. Eğer planı yapılmasına rağmen fiili aşamaya geçememiş işletme ve meslekler söz konusu ise, TMK 221/1’in uygulama alanı bulması mümkün değildir⁷⁴.

Benzer şekilde, meslek veya işletmenin fiilen yürütülmüş olmasına rağmen mal rejimi sona erdiğinde, eş artık meslek veya işletme faaliyetini bırakmış ya da bu malvarlığı değerleri, meslek veya işletme için gerekliliğini yitirmişse, TMK 221/1’e uygun şekilde yapılmış bir sözleşmeye rağmen söz konusu malvarlığı değerlerinin kişisel mal olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

⁷¹ Acar, s.214.

⁷² Acar, s. 214.

⁷³ Sarı, s. 186; Acar, s. 216.

⁷⁴ Acar, s. 216.

Bir görüşe göre⁷⁵, bahsedilen malvarlığı değerlerinin kişisel mal olarak kalması gerekmekte iken; katıldığımız diğer görüşe göre⁷⁶ ise, bu durumda söz konusu malvarlığı değerlerinin kişisel mal olarak sayılması mümkün olmayıp, edinilmiş mal sayılması gerektiğinin kabulü gerekir.

Eşlerin mesleğin bırakılmasına rağmen meslek icrası için gerekli malvarlığının yine kişisel mal kalacağına yönelik yaptığı anlaşmalar olsa dahi, bu değerlerin kişisel mal sayılmayarak edinilmiş mal sayılması, malların nitelinin değişmezliği kuralı yani, malvarlığı nitelendirmelerinin yasanın izin verdiği ölçüde mümkün olması kuralı gereğidir⁷⁷.

Mal rejimi sözleşmesi sırasında mevcut olmasına rağmen işletmenin bir başkasına devri halinde de, elde edilen bedelin kişisel mal yerine edinilmiş mal sayılması gerekir⁷⁸. Fakat bu durum işletmenin miras yoluyla intikali halinde mal rejiminin ölüm ile sona ermiş olması sebebiyle mümkün değildir.

b. İleriye Dönük Kazanılacak Olanlar

Eşlerin ileride işletmeye dahil olacak malvarlıkları değerlerini de TMK 221/1 hükmüne dahil edip edemeyeceği de konumuza ilişkin bir başka sorundur. Zira zaman geçtikçe teknoloji gelişmekte ve üretim araçları yenilenerek, işletmenin yeni yatırımlara ihtiyacı doğmaktadır. Örneğin, “Halkalı ilçesindeki giysi fabrikasındaki giysi üretiminde yer alan makineler ve gelecekte teknolojik gelişmelere bağlı olarak işletmenin faaliyeti için eklenecek unsurlar” gibi bir ifadenin TMK 221/1 hükmü ile kişisel mal haline getirilebilmesi mümkün müdür? Bu konuda yatırım zorunluluğunun bulunduğu durumlarda, bu kapsamda elde edilen malvarlığı değerlerinin de

⁷⁵ Sarı ise, söz konusu mesleğin icrasına veya işletme faaliyetine son verilmesi, bunlara öngülenen malvarlığı değerlerinin kişisel mal olma niteliğini ortadan kaldırmayacağı görüşündedir(Sarı, s. 186-187). Benzer şekilde Sarı, mesleğin icrasına veya işletmenin faaliyetine devam edilmesine rağmen, bu çerçevede kişisel mal olması kararlaştırılan malvarlığı değerlerinin kişisel mal olarak kalmaya devam edeceği görüşündedir (Sarı, s. 187). Zeytin ise bu konuda ikili bir ayırım yaparak, TMK 221’in amacı, mal rejiminin ölüm veya boşanma ile sona ermesi halinde bir bütün olarak devamını ve hak sahiplerine devrini kolaylaştırmak olup, işletmenin miras payına mahsuben altsoy mirasçılarında birine sözleşme ile önalım hakkı tanınarak işletmenin yönetiminin devredildiği hallerde, işletme faaliyeti eş açısından sona ermekle birlikte kişisel mal olmaya devam etmesinin yerinde olduğu görüşündedir. Ancak altsoy mirasçının veya bir üçüncü kişinin işletme bedelini ödeyerek satın alması halinde TMK 221’in korumak istediği amaç kalmadığından, işletme faaliyetinin sona ermesi ile o faaliyete öngülenen malların tekrar edinilmiş mal grubuna dahil olması gerekmektedir. (Zeytin, s. 131).

⁷⁶ Acar, s. 216.

⁷⁷ Acar, s. 216.

⁷⁸ Acar, s. 216.

kişisel mal haline getirilebilmesi mümkün görülmelidir⁷⁹. Ancak eklemek gerekir ki, ileriye yönelik olarak yapılacak bu sözleşmelerle ilgili olarak şüphe halinde sözleşmenin yorumunda veya bir malvarlığı değerinin işletme faaliyeti için belirlenmiş olup olmadığında edinilmiş mallar lehine yorum yapmak gerekir⁸⁰.

SONUÇ

TMK 221/1 ile eşler arasında yapılacak mal rejimi sözleşmesi sayesinde, TMK 220’de sınırlı olarak sayılan kişisel malvarlığı değerlerinin genişletilmesi mümkün kılınmıştır. Bu çerçevede eşlere, bir mesleğin icrası için gerekli veya işletmenin faaliyeti için belirlenmiş edinilmiş malvarlığı değerlerinin kişisel malvarlığı haline getirilmesine izin verilmiştir.

Mehaz ile TMK 221/1. Maddesindeki kavram farklılıkları hükmün yanlış anlaşılmasına yol açmış, doktrinde de eleştirilmiştir. Zira TMK’ da geçerli olan haliyle bir mesleğin icrası ve işletme faaliyeti nedeniyle doğan edinilmiş malvarlığı değerlerinden bahsedilmekte olup, bu durumda ilgili madde hükmüne meslek ve işletme faaliyetinden doğan malvarlığı değerleri olan gelirin de girmesi mümkün gibi gözükmektedir. Ancak hükmün gerek getiriliş amacı olsun gerekse de hükmün maddede belirtildiği gibi anlaşılması sonucunda eşler arasındaki edinilmiş mal rejiminin mal ayrılığı rejimine dönüşmesi söz konusu olacaktır. Dolayısıyla konumuzda da belirttiğimiz üzere TMK 221/1 hükmünün değiştirilerek, Mehaz ile uygun bir şekilde düzeltilmesi, ileride de uygulamada doğabilecek uyumsuzluklar açısından önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA

- [1] **ACABEY, Mehmet Beşir**, Medeni Kanun Tasarısının Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Armağanı, C. 2, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s. 777 d. (Ağabey, Tasarı).
- [2] **ACABEY, Mehmet Beşir**: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları - İspat Kuralları Ve Eşlerin Paylı Mülkiyete Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Özel Sayı, 2007, s. 491-534 (Ağabey, Edinilmiş Mal).

⁷⁹ **Acabey**, Mal Grupları, s. 525; **Acar**, s. 213. Belirlenebilir olduğu ölçüde gelecekte elde edilecek malların kişisel malvarlığı haline dönüştürülebileceği yönünde bkz. **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 338; **Gümüş**, s. 273; **Zeytin**, s. 130; **Sarı**, s. 186.

⁸⁰ **Acar**, s. 213.

- [3] **ACABEY, Mehmet Beşir:** Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mülkiyet Türleri, İspat Kuralları ile Karineler, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem, 17-18 Kasım 2006, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, s. 19-43, 2007 (Ağabey, Sertifika).
- [4] **ACAR, Faruk:** Aile Konutu Mal Rejimleri Ve Eşin Yasal Miras Payı, Seçkin Yayıncılık, 2012.
- [5] **AKBULUT, Pakize Ezgi:** Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Edinilmiş Mallar ile Kişisel Mallar Ayrımı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.
- [6] **AKINTÜRK, Turgut:** Türk Medeni Hukuku II. Cilt, Aile Hukuku, 11. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008.
- [7] **AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya:** Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İkinci Cilt, 18.Bası, Beta Yayınevi, 2016.
- [8] **AKYAVUZ, İbrahim Halil:** Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Edinilmiş Mal- Kişisel Mal Ayrımı, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 85, Sayı 6, 2011, s. 203-232.
- [9] **BAŞPINAR, Veysel:** Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz, AÜHFĐ, C. 52, S. 3, 2003, s. 80-101.
- [10] **DEMİR, Pınar Özlem:** Yasal Mal Rejimi Çerçevesinde Eşlerin Aralarında Yapabilecekleri Sözleşmeler, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005.
- [11] **DURAL, Mustafa Alper/OĞUZ, Tufan /GÜMÜŞ, Alper:** Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İstanbul, 2005.
- [12] **GENÇCAN, Ömer Uğur:** Mal Rejimleri Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- [13] **GÜMÜŞ, Mustafa Alper:** Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal rejimleri (TMK 185-281), Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- [14] **HATEMİ, Hüseyin:** Aile Hukuku I, İstanbul, 2005.
- [15] **KESKİN, Alper:** Türk Medeni Hukukunda Mal Rejimleri, İstanbul Barosu Dergisi, 2011/4, s. 122-130.
- [16] **KILIÇOĞLU, Ahmet:** Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Ankara, 2002 (Kılıç oğlu, Edinilmiş Mallar).
- [17] **KILIÇOĞLU, Ahmet:** Medeni Kanunumuzun Aile, Miras, Eşya

- Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara, 2002 (Kılıç oğlu, Yenilikler).
- [18] **MOROĞLU, Nazan:** Medeni Kanun’da Mal Rejimleri, Beta Yayınları, 2002.
- [19] **SARI, Suat:** Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir Kitabevi, 2007.
- [20] **ŞIPKA, Şükran:** Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2011.
- [21] **UZUN, Neşe:** Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Diğer Mal Rejimleriyle Karşılaştırılması, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009.
- [22] **YAZGAN, Selda:** Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Paylaşımı, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2014.
- [23] **ZEYTİN, Zafer:** Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- [24] **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.**