

KARŞILAŞTIRMALI HUKUK IŞIĞINDA HÜKÜMSÜZ EVLİLİK SÖZLEŞMELERİNİN BOŞANMANIN EŞLER ARASINDAKİ MALİ SONUÇLARINA ETKİSİ*

EFFECTS OF NULL AND VOID PRENUPTIAL AGREEMENTS ON
PECUNIARY CONSEQUENCES OF THE DIVORCE BETWEEN
ESPOUSES IN LIGHT OF COMPARATIVE LAW

Bariş DEMİRSATAN**

Özet: Günlük anlamıyla evlilik sözleşmelerine Türk hukukunda geçerlilik tanımak mümkün değildir. Bununla birlikte, boşanmanın mali sonuçlarının öngörülebilir olması gerekliliktir. Türk hukuk uygulaması incelendiğinde boşanmanın mali sonuçlarında yeterli derece öngörülebilirliğin bulunmadığı çıkarımında bulunulabilir. Öte yandan, boşanma halinde tanınan maddi tazminat isteminde, zarar kavramının kuramsal açıdan da net olmadığı açıktır. Manevi tazminat istemleri bakımından da genel olarak tazminat sorumluluğunun kapsamı yeterince belirlilik göstermemektedir. Bu itibarla hükümsüz evlilik sözleşmelerinin boşanma nedeniyle hükmedilen tazminat istemlerinde, tazminatın indirim sebebi olarak değerlendirilmesine olanak tanınmalıdır. Ayrıca, aile hukukunun sözleşmeselleşmesi de aile hukuku alanında gitgide güçlenen bir eğilimdir. Bu bağlamda İngiliz ve Alman hukuklarındaki gelişim sürecinden örnek alınabilir.

Anahtar Kelimeler: Evlilik Sözleşmesi, Boşanma, Boşanmada Maddi Tazminat, Boşanmada Manevi Tazminat, Aile Hukukunun Sözleşmeselleşmesi

Abstract: Prenuptial agreement with their everyday speech meaning is null and void under Turkish civil law. However, predictability is a necessity and need for pecuniary consequences of divorce. It is possible to infer from the Turkish practice that the sufficient predictability lacks from pecuniary consequences of divorce. In the case of pecuniary damages, the concept of damages is not theoretically clear. As to non-pecuniary damages, the extent of claim is obscure. Thus, null and void prenuptial agreements should be permitted and

* Bu yazı araştırma ve yayın etiğine uygundur.

** Ar. Gör. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, baris.demirsatan@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0228-5236, Makale Gönderim Tarihi: 21.6.2020, Kabul Tarihi: 21.06.2020

taken into consideration as fact for reduction of damages. Moreover, the contractualisation of family law becomes more and more prevailing. In this connection, the developments in English and German law might serve as an example.

Keywords: Prenuptial Agreement, Divorce, Pecuniary Damages In the Case Of Divorce, Non-Pecuniary Damages In The Case of Divorce, Contractualisation of Family Law

GİRİŞ

İletişim araçlarının da etkisiyle, günlük yaşamda evlilik sözleşmesi terimiyle karşılaşılmaktadır. Bu terim, evliliğin sona ermesi olasılığında tarafların birbirlerinden doğabilecek maddi taleplerinin akıbetlerini ve bazı durumlarda evlilik içi davranış ile görev dağılımını evlilikten önce düzenledikleri sözleşmeyi ifade etmektedir.¹ Oysa bu anlamıyla evlilik sözleşmesi, emredici hükümlere aykırılık sebebiyle Türk hukukunda hüküm doğurmaz. Bununla birlikte, boşanmanın eşler arasındaki mali sonuçlarına hâkim tarafından hükmedilirken bu hükümsüz sözleşmenin herhangi bir etkisinin bulunup bulunamayacağı ayrıca değerlendirilmeyi gerektirmektedir.² Türk hukukuna koşut biçimde boşanmanın sonuçlarına ilişkin evlilik öncesi sözleşmelerin hükümsüz sayıldığı İngiliz hukukundaki durum, değerlendirmeye ışık tutabilecek niteliktedir. Alman hukukundaki durum da İngiliz hukukundaki gelişmeye ters istikamette olsa da benzer bir sonuca ulaştığı için Alman hukukuna da değinme gereksinimi duyulmuştur.

Evlilik sözleşmesi olarak tanımlanan hukuki işlemlerin, boşanma koşuluna bağlanmış işlemlerden ayrılması gerekmektedir. Nasıl ki bir hukuki işlemin sonuçlarını kişinin ölümüyle doğurması bu işlemin ölüme bağlı tasarruf sayılması için yeterli olmuyorsa,³ eşler arasında

¹ William P. Statsky, *Family Law*, New York 2002, s. 68; Kate Stanley/Paula Davies, *Family Law*, Palgrave Macmillan 2013, s. 177.

² Aile hukukunun sözleşmeselleşmesi eğilimi hakkında: Rona Serozan/Başak Başoğlu/K. Berk Kapancı, "Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 2, İstanbul 2016 (Prof. Dr. İlhan Uluşan'a Armağan-Cilt II), s. 549 vd.; Frederik Swennen, "Private Ordering in Family Law: A Global Perspective", *Contractualisation of Family Law - Global Perspectives*, 2015, s. 1 vd. Bu eğilim karşısında Türk hukukunun durumu hakkında değerlendirme: Kadir Berk Kapancı, "Contractualisation of Family Law: Is it possible in Turkey?", *Turkish Reports to the XIXth International Congress of Comparative Law*, Editör: Rona Serozan/Başak Başoğlu, İstanbul 2015, s. 97 vd.

³ Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, İstanbul 1987, s. 125; Mustafa Dural/Turgut Öz, *Miras Hukuku*, İstanbul 2016, s. 51.

sonuçları boşanma koşuluna bağlanan her sözleşme de evlilik sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Eşler arasında boşanma ile sonuçlarını doğuracak bir sözleşme kurulması, bu sözleşmenin ifade edilen biçimde evlilik sözleşmesi olarak kabul edilmesine yeterli değildir. Bu sözleşmenin boşanmanın olası sonuçlarını düzenlemesi gerekir. Eşler arasındaki evlilik dışındaki hukuki işlemlerin sonuçlarını içeren bir sözleşme bu anlamda evlilik sözleşmesi sayılamaz.⁴ Bu sözleşme kendine ilişkin hükümlere tâbi olmaya devam eder, sözleşmenin eşler arasında kurulmuş olması sözleşmeye uygulanacak hükümleri kural olarak etkilemez.⁵ Kaldı ki MK m. 193 hükmü eşler arasında hukuki işlem özgürlüğü bulunduğunu teyit etmektedir.

I. TÜRK AİLE HUKUKUNDA SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ

Sözleşme özgürlüğü kavramı, hukukun temel dayanaklarından biri olarak anılsa da esasen bu özgürlük kendini büyük ölçüde borçlar hukuku alanında göstermektedir.⁶ Kişiler hukukunda kurulabilecek tüzel kişiler sınırlı sayıda olduğu gibi tüzel kişilere ilişkin esaslarda değişiklik yapma olanağı sınırlıdır; miras hukukunda şekli ve maddi anlamda ölüm bağı tasarruflar belirlidir; eşya hukukunda aynî haklar sınırlı sayıda olup içeriklerine müdahale imkânı kısıtlıdır.⁷ Sözleşme özgürlüğü gerekçesiyle söz konusu sınırlamaların dışına çıkılamaz, sözleşme özgürlüğü bu alanlarda tam anlamıyla uygulama alanına sahip değildir. Bu

⁴ Maria Rosaria Marella, "The Contractualisation of Family Law in Italy", *Contractualisation of Family Law – Global Perspective*, Editör: Frederik Swennen, Heidelberg 2015, s. 252. Bu çerçevede eşler arasında kurulmuş bir ödünç sözleşmesi örnek olarak verilebilir.

⁵ Hukuk tarihinde ve karşılaştırmalı hukukta eşler arasındaki hukuki işlemlerin farklı rejimlere tâbi tutulduğu vakidir. Örnek olarak Roma hukukunda eşler arasında bağışlama yasağı (donatio inter virum et uxorem) hakkında: Marta Garcia Morcillo, "Limiting Generosity: Conditions and Restrictions on Roman Donations", *Gift-Giving and the Embedded Economy in Ancient Greece and Rome*, Editör: Filippo Carlà/Maja Gori, Heidelberg 2014, s. 255 vd.

⁶ Saibe Oktay Özdemir, *İstanbul Şerhi – Türk Borçlar Kanunu*, C. I, İstanbul 2019, TBK m. 26, N. 8; M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, İstanbul 2018, N. 82 vd.; Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz/H. Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2016, N. 514 vd.; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, İstanbul 2010, §40 N. 1 vd.; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2019, N. 48 vd.; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, İstanbul 2015, s. 73 vd.

⁷ Oktay Özdemir, TBK m. 26, N. 9.

durum aile hukukunda da geçerlidir.⁸ İki kişi arasında birliktelik tesis etmeye yönelik sadece nişanlanma ve evlenme sözleşmeleri kurulabilir.⁹ Evlilikte, kanunla sınırlı sayıda belirlenen mal rejimlerinden birini seçme olanağı tanınmış olup seçilmesi mümkün mal rejimleri içinde de tarafların değişiklik yapma olanağı, MK m. 202-203 hükümleri uyarınca son derece sınırlıdır¹⁰. MK m. 166/III ve m. 184/b. 5 kapsamında boşanma ve boşanmanın sonuçları üzerinde anlaşmada daha geniş hareket alanı taraflara verilmiş olsa da anlaşma ancak hâkimin uygun görmesiyle hüküm fıkrasına geçirilmesiyle geçerlilik kazanacağından¹¹ gerçek

⁸ Gizem Ersen Perçin, *Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Mal Rejimleri*, İstanbul 2014, s. 61; İpek Betül Aldemir, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi*, İstanbul 2018, s. 10; Mal rejimleri açısından sınırlı sayı ve tipe bağlılığın geçerli olduğu: Suat Sarı, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, İstanbul 2007, s. 12; Şükran Şıpka, *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar*, İstanbul 2011, s. 20; Emilie M. Praz, *L'entreprise de l'un des époux en droit matrimonial*, Cenevre-Zürich-Basel 2018, N. 37; Faruk Acar, "Türk Hukukunda Yasal Mal Rejimleri", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 35, S. 1, İstanbul 2015, s. 147.

⁹ Fiili yaşam birlikteliklerinde adi ortaklık sözleşmesi çerçevesinde çözüme varılması genel olarak ileri sürülmekteyse de evliliğe ilişkin hükümlerin uygulanmasını kabul eden görüşler de mevcuttur. Bu görüşler hakkında: Francesca Ranzanici Ciresa, *La protection de la partie faible dans la communauté de vie non maritale Convention et exemples pratiques*, Zürich 2019, N. 262 vd. Aile hukukunun aile dışı birliktelikleri de dikkate alması gerektiği yönünde değerlendirmeler için: Laura A. Rosenbury, "Friends with Benefits?", *Michigan Law Review*, C. 106, S. 2 (Kasım 2007), s. 193 vd. Benzer yönde: Ranzanici Ciresa, N. 267 vd. Her durumun ayrı ayrı nitelendirilmesi gerektiği, her halükarda adi ortaklığın bulunduğu kabul edilemeyeceği: İFM, 29.02.2008, 4A_482/2007 (Swisslex). Evlilik hükümlerinin örneklemeye uygulanamayıp adi ortaklık hükümlerinin değerlendirilmesi gerektiği: ATF 108 II 204; Praz, N. 20. Farklı yönde karşı: Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku*, İstanbul 2019, §3 N. 42-43. Dini nikaha dayanan birliktelikler açısından adi ortaklık hükümleriyle fiili iş ilişkisi kuramının uygulanabileceği görüşünde: Başak Başoğlu/M. Sermin Paksoy, "Dini Nikâhlı Kadının Hukuki Durumu", Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul 2011, s. 258 vd.; Fiili yaşam birlikteliklerinde ayrı bir statü oluşturulması veya örneklemeye yoluna gidilmesi yerine münferit sorunlara yönelik çözüm bulunması gerektiği görüşünde: M. Argun Kötel, *Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler*, İstanbul 1991, s. 152.

¹⁰ M. Beşir Acabey, *Teorik ve Pratik Yönleriyle Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, Ankara 2020, s. 16-17; Zafer Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, Ankara 2020, N. 59; Praz, N. 40 vd.

¹¹ Sözleşmenin hâkimin onayına kadar askıda hükümsüz olacağı, hâkimin uygun görmesinin tamamlayıcı unsur sayılacağı hususunda: Öklem Kırbaş, *Türk Hukuku'nda Eşlerin Anlaşmasına Dayanan Boşanma*: (MK.m.134/III), İÜSBE Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1994, s. 65; Turhan Esener, "Boşanmanın Fer'i Neticelerine Dair Mukaveleler", *AÜHFD*, S. 3-4, Ankara 1951, s. 615; Necip Bilge, "Eşler Arasında veya Koca Menfaatına Karşı ile Üçüncü Kişiler Arasında Yapılan

anlamda özgürlük bulunmamaktadır.¹² Bu itibarla mal rejimi seçimi ve mal rejimi hükümlerine ilişkin sözleşmeler ile MK m. 166/III ve m. 184/b. 5 kapsamında kalacak sözleşmeler dışında, evlilikten önce veya evlilik sırasında eşlerin boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin yaptıkları sözleşmeler, TBK m. 27 uyarınca, yukarıda anılan MK m 166/III ve m. 184/b. 5 emredici hükümlerine aykırılık nedeniyle kesin olarak hükümsüzdür.¹³ Boşanmanın sonuçlarına ilişkin anlaşmaya ancak hâkimin uygun görmesiyle hüküm tanıyan hukuk düzeninin, burada evlilik söz-

Hukuki Muamelelerin Yargıç Tarafından Tasvibi”, *AÜHFD*, C. 8, S. 1-2, Ankara 1951, s. 590. Bununla birlikte Yargıtay’ın boşanma kararı kesinleşinceye kadar anlaşmalı boşanmadan tek yanlı dönülebileceği yönündeki içtihadıyla söz konusu sözleşmeye karar kesinleşinceye değin bağlayıcı bir nitelik tanımadığı hususunda ve bu uygulamanın yerinde olduğu görüşünde: Nevzat Özdemir, *Türk – İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma*, İstanbul 2003, s. 157; Öncü, s. 806. Farklı yönde, hâkim onayının bu özelliği itibarıyla sözleşmenin geçerliliği için kurucu unsur olduğu görüşünde: Gülçin Elçin Grassinger, “Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu ile İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı”, *İÜHFM*, C. 55, S. 3, İstanbul 1997, s. 237.

¹² Benzer yönde: Akın Ünal, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine Eleştirel Bir Bakış”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23, S. 4, Ankara 2019, s. 123.

¹³ Tazminat sorumluluğuna ilişkin: Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku Cilt II Aile Hukuku*, İstanbul 1966, s. 257; Yarg. HGK, 12.09.1962, 2-23/43 (*Adalet Dergisi*, C. 53, S. 11-12, s. 1297); Boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin geçerlilik koşullarının uygulanacağı: Sarı, s. 17; Hâkim onayı olmadan geçerli olmaya-cakları: Özge Öncü, “Eşlerin “Anlaşmalı Boşanma” Çerçevesinde Mal Rejiminin Tasfiyesine Yönelik Olarak Yaptıkları Anlaşmalar ve Bu Anlaşmaların Uygulamada Doğurduğu Sorunlar”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, İzmir 2017 (Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan), s. 801. Karş. Nurten İnce, “Hâkim Tarafından Evlilik Sözleşmelerinin İçeriksel Denetimi”, *İnsan Bilimleri Araştırmaları*, Editör: Leyla Aldemir, Bursa 2018, s. 370. Yazar bu hükümden hareketle örneksene yoluyla evlilik sözleşmelerinin içerik denetimine tâbi olduğunu savunmaktadır. Öte yandan, evlilik sözleşmelerinin belirtilen emredici hükümlere aykırılığın yanı sıra, TBK m. 27’de yer alan kamu düzenine veya genel ahlaka aykırılık nedeniyle de hükümsüz sayılıp sayılmayacağı sorusu akla gelebilir. Zira bir hukuki işlem, birden fazla sebeple hükümsüz olabilir. Bununla birlikte kanımızca evlilik sözleşmelerini içeriklerine bakılmaksızın götürü şekilde genel ahlaka veya kamu düzenine aykırı saymak mümkün değildir. Çünkü aile hukuku alanında söz konusu olsa dahi bir hukuki ilişkinin sona ermesi halinde doğacak sonuçların önceden öngörülmesi ve düzenlenmesi kamu düzenini veya ahlaki zedeleyecek nitelikte değildir. Kuşkusuz, böyle bir sözleşmede yer alan somut hükmün ahlaka veya kamu düzenine aykırılık oluşturması ve sözleşmeyi bu açıdan da malûl kılması mümkündür. Fakat bu durum, sözleşmenin kavramsal olarak genel ahlaka veya kamu düzenine aykırı sayılmasından tamamen farklıdır. Tekrar vurgulamak gerekirse, evlilik sözleşmelerinin genel ahlaka ve kamu düzenine aykırı olmaması, bu sözleşmelerin emredici hükümlere aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzlükle malûl olmalarına engel değildir.

leşmesi olarak nitelendirilen anlaşmalara geçerlilik tanınması tasavvur edilemez. Kesin hükümsüz olduğu sonucuna varılan sözleşme, somut boşanma uyuşmazlığına yönelik olmayıp genel niteliklidir.¹⁴ Müstakbel ve somut uyuşmazlığa yönelik boşanmanın sonuçlarını düzenleyen sözleşme, kapsamına göre MK m. 166/III veya m. 184/b. 5 çerçevesinde değerlendirilmek gerekir.

II. İNGİLİZ HUKUKUNDAKİ GELİŞİM

1. Genel Olarak

23.5.1973 tarihli Evlilik Davaları Kanunu (*the Matrimonial Causes Act*) boşanmaya hükmederken hâkime eşlerin malvarlıkları üzerinde geniş bir takdir yetkisi tanımıştır (m. 21-24).¹⁵ Her ne kadar Kanun'un 25. maddesi hâkimin dikkate alacağı birtakım ölçütleri içerse de takdir

¹⁴ Karş. Bu durumda dahi uyuşmazlık tarihinde yürürlükteki mevzuat çerçevesinde hâkimin onayına ilişkin hükümlerin uygulanacağı yönünde: Praz, N. 89 vd.; Peter Breitschmid, "Scheidungsplanung"? Fragen um "Scheidungskonventionen auf Vorrat" ", AJP, 1999, s. 1607, JdT 2004 I 407; JdT 1997 I 131; IFM, 12.01.2016, 5A_501/2015 (Swisslex); IFM, 21.06.2011, 5A_40/2011 (Swisslex). İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu biçimdeki sözleşmelerin hâkimin onayına tâbi olduğuna karar verdikten sonra işlemin içeriğine ilişkin ayrıntılı değerlendirme yapmaya gerek görmediği görüşünde: Heinz Hausheer, "Neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Umfang und Grenzen der Privatautonomie im Familienrecht: insbesondere zu Unterhaltsvereinbarungen ohne konkreten Scheidungshorizont, zum Vorsorgeausgleich und zur Wahlfreiheit beim Güterstand - Bemerkungen zu BGE 121 III 393 ff., 122 III 97 ff., 129 III 481 ff. Und 5C.114/2003 vom 4. Dez. 2003", Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV), 140/2004, s. 873. Hâkimin onayına tâbi tutularak dahi geçerlilik tanınmayacağı görüşünde: Thomas Geiser, "Bedürfen Eheverträge der gerichtlichen Genehmigung?", Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag, Bern 2005, s. 229. Bu hususta ayrıca: Öncü, s. 804. Bununla birlikte uygulamada söz konusu sözleşmenin bir tarafça sunulması ve karşı tarafın bunu kabul etmesi halinde, sadece evlilik tarihinden önce yapılması veya somut bir uyuşmazlığa dair olmaması gerekçeleriyle reddedilmemesi gerekir. Zira bu durumda boşanma yargılaması çerçevesinde tarafların aynı yönde iradelerinin bir kez daha uyduğu ortadadır. Ayrıca: JdT 1997 I 131, karara göre sadece mal rejimi seçimine yönelik bir sözleşme boşanma halinde hâkimin uygun görmesine tâbi olmaz. Sadece mal rejimi seçimi ve düzenlenmesine ilişkin olmayıp boşanmanın sonuçlarına ilişkin hükümler içeren bir sözleşme, söz konusu hükümler itibarıyla onaya tâbidir: Praz, N. 78 vd.

¹⁵ Ersen Perçin, s. 14; Yasal düzenlemenin lafzen karmaşa ve çelişki bakımından "başyapıt" olduğu görüşünde: Robert E. Rains, "A Prenup for Prince William and Kate? England Inches Toward Twentieth Century Law of Antenuptial Agreements; How Shall It Enter The Twenty-First?", Florida Journal of International Law, C. 23, 2011, s. 458.

yetkisini mutlak anlamda sınırlandırmamaktadır.¹⁶ Öyle ki ister evlilik birliği sırasında veya öncesinde edinilmiş olsun, ister karşılıksız edinilsin, hâkim eşler arasında malvarlığı devrine hükmedebilir, irat veya götürü şekilde tazminat veya nafakaya karar verebilir.¹⁷ Böylece boşanmanın mali sonuçlarının eşlerin tüm malvarlıklarını tamamen etkilemesi mümkündür. Hâkime kanunen tanınmış bu yetki, İngiliz hukukunda evlilik sözleşmelerinin hükümsüzlüğünün temelini oluşturur. Zira bu içerikteki bir sözleşme geçerli varsayıldığı takdirde hâkimin takdir yetkisi ortadan kalkmış olur.¹⁸ Hâkimin takdir yetkisinin bu suretle ortadan kaldırılmış olması evlilik kurumunun yapısına aykırılık oluşturacağından evlilik sözleşmeleri kamu düzenine (*public policy*) aykırılık gerekçesiyle hükümsüz kabul edilmektedir.¹⁹

Evlilik sözleşmeleri yukarıda açıklanan gerekçelerle geçersiz kabul edilmiş olsa da, 23.5.1973 tarihli Evlilik Davaları Kanunu'nun yürürlüğünü takip eden süreçte söz konusu sözleşmelere verilen hukuki konum değişim göstermiştir. Aşağıda bu değişim *Radmacher v Granatino* kararı esas alınarak iki aşamada açıklanacaktır.

Evlilik sözleşmelerine başvurulmasının temel gerekçesi, Evlilik Davaları Kanunu'nun boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin hükümlerinin yarattığı belirsizlikte yatmaktadır. Özellikle evlilik öncesi kayda değer malvarlığına sahip veya evlilik sürecinde önemli ölçüde malvarlığı edinme olasılığı bulunan müstakbel eşler, olası boşanma halinde malvarlıklarının akıbetini belirli ölçüde öngörebilmeyi haklı olarak

¹⁶ Sharon Thompson, *Prenuptial Agreements and the Presumption of Free Choice*, Oxford 2015, s. 2; Rains, s. 458.

¹⁷ Thompson, s. 15; Nigel Lowe, "Prenuptial agreements: the English Position", *Indret* (Revista Para El Análisis Del Derecho), 1/2008, s. 2; Bu da hukuki belirliliği ortadan kaldırmaktadır: Rains, s. 458. Özel bir mal rejimi sistemi de öngörülmemiştir: Lowe, s. 1. Bu durum, hâkimin elindeki takdir yetkisini daha da genişletmektedir.

¹⁸ Thompson, s. 3.

¹⁹ Ersen Perçin, s. 15; Lowe, s. 5 Stanley/Davies, s. 177; Jonathan Herring, *Family Law*, Essex 2011, s. 251; Thompson, s. 15. 23.5.1973 tarihli Evlilik Davaları Kanunu'nun yürürlüğünden önce de söz konusu sözleşmeler evlilik kavramıyla bağdaşmayacağından ve ahlaka aykırılıktan bahisle geçersiz addedilmekteydi: *Cartwright v Cartwright* (1853) 3 De Gex, Macnaghten&Gordon's Reports, 982; Stanley/Davies, s. 177. Ayrıntılı bilgi için: Rains, s. 456 vd. 1978 yılındaki yasal değişikliğe kadar Kanada-Ontario hukukundaki durum da aynı yönde olmak beraber ancak istisnaen evliliği kolaylaştırma amaçlı sözleşmelerin geçerli olduğu kabul edilmekteydi: Malcolm C. Kronby, *Canadian Family Law*, Ontario 2010, s. 19.

arzu etmektedir.²⁰ Öte yandan evlenecek şahısların irade özerkliklerine dayanarak evliliğin sona ermesine dair anlaşmalarında da engel bulunmaması gerektiği savunulmaktadır.²¹ Ayrıca, boşanma sonucunda bir taraf lehine son derece yüklü maddi kazanımlara hükmedilen kararların kamuoyunun mevcut yasal düzenlemenin sonuçlarının yerindeliğine ilişkin kuşku duymasına sebebiyet verdiği ifade edilebilir. Bunun yanı sıra boşanma yargılamasında evlilik sözleşmelerinin tamamen göz ardı edilmesinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özel yaşam ve aile yaşamına saygıya ilişkin 8. maddesine aykırılık oluşturabileceği ileri sürülmüştür.²²

Boşanmanın mali sonuçlarının önceden kestirilmesi güç olsa da amacın, ev ve çocukla ilgilenen eş aleyhine ailenin maddi yükünü üstlenen eşe üstünlük tanımadan hakkaniyetle eşler arasında adil bir sonuca ulaşılması olduğu kabul edilmiştir. Evlilikte edinilen malların paylaşılması, evlilik nedeniyle uğranılan kayıpların giderimi gibi, taraflar arası ilişki nedeniyle oluşan gereksinimin karşılanması esas olduğu belirtilmektedir.²³ Bu bakımdan takdir yetkisinin kullanılmasında göz önünde tutulan ilkeler işlevsel olarak Türk hukukundaki boşanmanın mali sonuçlarına benzerlik göstermektedir.

2. Evlilik Sözleşmelerine Karşı İngiliz Yargısının Tutumu

A. Radmacher v Granatino Kararına Kadar Olan Süreç

1929 yılında verilen *Hyman v Hyman* (AC 601) kararında, 1919 yılında yapılan anlaşma uyarınca erkek eş, kadın eşe boşanma halinde artırıma konu edilmemek üzere aylık nafaka ödemeyi kabul etmişse de kadın eş 1927 yılında daha yüksek tutarda nafaka istemiyle boşanma davası açmıştır. Bu davaya ilişkin yüksek mahkeme kararında, mahkemenin görevini ve takdir yetkisini ortadan kaldıran sözleşmelerin hükümsüz olduğu belirtilmiştir.²⁴ Bu çerçevede evlilik sözleşmelerine

²⁰ Lowe, s. 5.

²¹ Ayrıca gelişen uzlaşma kültürünün de etkili olduğu görüşünde: Stanley/Davies, s. 178.

²² Lowe, s. 6.

²³ Bu hususlardaki *White v White* [2001] AC 596, *Miller v Miller* ve *McFarlane v McFarlane* kararları için: Lowe, s. 4.

²⁴ Jens Martin Scherpe/Brian Sloan, "Contractualisation of Family Law in England & Wales: Autonomy vs Judicial Discretion", *Contractualisation of Family Law* -

uygulanan hükümsüzlük rejiminin temelini atıldığı ifade edilebilir. Karar tarihi itibarıyla Evlilik Davaları Kanunu yürürlükte olmasa da 1925 yılında yürürlüğe konmuş benzer içeriğe sahip “*Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act*” başlıklı yasal düzenlemeden hareket edilmiştir.

S v S [1997] 2 FLR 100 kararında evlilik sözleşmesinin hâkimin takdir yetkisini sınırlamayan ancak bu hususta göz önünde bulundurulabilecek bir vakıa olduğuna işaret edilmiştir. *N v N* [1997] 1 FLR 900 kararında da aynı yönde, İsveç hukukuna göre İsveç’te akdedilen sözleşmenin İngiliz hukuku uyarınca hükümsüz olmakla birlikte, boşanmanın mali sonuçlarının takdirinde maddi bir vakıa sayılacağı belirtilmiştir.²⁵

K v K (2003) 1 FLR 120 kararında da evlilik sözleşmesinin boşanma sonuçlarına etkili olabilmesi için gerçekleşmesi lazım gelen koşullar tartışıldıktan sonra, somut olayda sözleşme kapsamında kadın eşi 125.000 sterlin tutarında ödeme yapılması, eşin kariyerini çocuklar için arka plana atması nedeniyle adaletsiz bulunmuştur. Bu kararda evlilik sözleşmesinin hükümde dikkate alınabilmesi için gerekli koşullar arasında tarafların sözleşme metnini ne kadar anlayabildiği, hukuki danışmadan yararlanılması, sözleşmenin serbest irade eseri olması, malvarlığının açıkça ortaya konulmuş olması, evlilikte çocuğun doğumunun nazara alınmış olup olmaması, bir tarafın güçlü konumunu suistimal etmemesi, sözleşmenin adaletsiz sonuçlara yol açmaması yer almaktadır. Bu kararla birlikte evlilik sözleşmeleri, boşanmanın mali sonuçlarının takdirinde sıradan bir vakıa olmaktan öte önemli bir ölçüt olarak nazara alınmaya başlanmıştır.²⁶

Global Perspectives, Editör: Frederik Swennen, Heidelberg 2015, s. 181-182; Genel olarak: Jonathan Herring, *Relational Autonomy and Family Law*, Heidelberg 2014, s. 35; Anne Sanders, “Private Autonomy and Marital Property Agreements”, *The International and Comparative Law Quarterly*, C. 59, S. 3, Temmuz 2010, s. 571. *N v N* (1999) FCR 582 kararında da İngiltere’de ve İngiliz vatandaşları tarafından akdedilmiş evlilik sözleşmesi, kamu düzenini ihlal ettiği gerekçesiyle hükümsüz sayılmıştır. Lowe, s. 6.

²⁵ Lowe, s. 6.

²⁶ James Freeman/Hilary Coveney/Victoria Francis/Philippa Cunliffe, “Guarding the Triple Crown: Pre-Nuptial Agreements in Three Jurisdictions”, *Family Law*, C. 38, 2008, s. 239. Öyle ki benzer olgulara dayanan ancak evlilik sözleşmesi kurulmayan *Miller v Miller* [2006] UKHL 24 kararında beş milyon sterline hükmedilirken *K v K*’da belirtilen tutara karar verilmekle yetinilmesi evlilik sözleşmesinin

Crossley v Crossley [2008] 1 FAM. L.R. 1467 kararına konu olayda 2005 Kasımında evlilik sözleşmesi yapan, Ocak 2006'da evlenen kadın, Eylül 2006'da boşanma davası açmış ve evlilik sözleşmesinin de geçersizliğini ileri sürmüştür. Kararda ise evliliğin süresi, birlikte yaşanan sürenin kısalığı ve çocuğun bulunmaması dikkate alınarak, tek başlarına yeterince olgun, ekonomik yeterliğe sahip ve daha önce evlilik yaşayan kişiler bakımından anlaşmanın göz ardı edilemeyeceği belirtilmiştir.²⁷

Görülmektedir ki Evlilik Davaları Kanunu m. 25'te düzenlenen boşanmanın mali sonuçlarının takdirine ilişkin öngörülen olayın tüm koşullarının gözetilmesi ilkesi doğrultusunda evlilik sözleşmeleri İngiliz hukukuna göre geçersiz olmakla birlikte bir vakia olarak değerlendirilmeye başlanmıştır.²⁸

B. Radmacher v Granatino Kararı ve Sonrasında Evlilik Sözleşmeleri

Evlilik sözleşmelerine ilişkin yargı bakışındaki ana değişiklik *Radmacher v Granatino* [2010] UKSC 42 kararıyla gerçekleşmiştir. Karara konu evlilik sekiz yıl sürmüş ve eşlerin iki çocuğu olmuştur. Evlilik süresince erkek eş bankacılık kariyerini bırakarak biyoteknoloji alanında doktora çalışmalarına başlamış ve çocuklarla ilgilenmeyi daha çok üstlenen taraf olmuştur. Varlıklı bir aileden gelen kadın eş ise evliliğin mali yükünü daha çok üstlenmiş olup ailesinin isteği üzerine evlilik sözleşmesi yapmıştır. Sözleşmeye göre, her iki eşin malvarlıkları tama-

mali sonuçlar bakımından önemini göstermektedir: Thompson, s. 18. M v M (2002) 1 FLR 654 kararında ise Kanada'da evlilik sözleşmesi yapan Kanada vatandaşı eşlerin kurduğu evlilik sözleşmesinin, somut olayın şartlarından biri olarak dikkate alınabileceği ve bu şekilde mahkemenin takdir yetkisinin sınırlanmış olmayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Somut olayda erkek eşe nazaran son derece genç ancak mali durumu zayıf olan kadın, gebe kalması üzerine tek başına çocuk yetiştirmek istemediği gerekçesiyle kürtaja başvurmak istemiş; daha önceden boşanma süreci yaşamış olan ve kürtaja karşı çıkan erkek eşin ise ancak evlilik sözleşmesiyle evlenebileceğini belirtmesi üzerine sözleşme yaparak evlenmişlerdir. Sözleşme uyarınca beş yıl süren evlilik boşanma ile sona ererse kadın eş 275.000 sterline hak kazanacakken davacı kadın 1.300.000 sterlin talep etmiştir. Dava sonucunda, davacıya 875.000 sterlin ödenmesine karar verilmiştir.

²⁷ Rains, s. 464.

²⁸ Lowe, s. 7.

men ayrı olup evlilik nedeniyle boşanma halinde talepte bulunmaları olanaklı değildir.²⁹ Boşanma esnasında erkek eş, bu sözleşmeye aykırı taleplerde bulunmuştur.

İlk derece mahkemesinde evlilik sözleşmesine sınırlı bir önem atfedilebileceği gerekçesiyle erkek eş lehine karar verilmiş, istinaf başvurusu üzerine evlilik sözleşmesine ağırlık verilmek suretiyle eşin salt kariyeri aleyhine yaptığı fedakârlık ve çocukları yetiştirmesi nedeniyle sınırlı kazandırmada bulunulabileceği sonucuna ulaşılmıştır. Yüksek Mahkeme, erkek eşin yaptığı temyiz başvurusunu evlilik sözleşmesinin yeterince hükme esas alınmış olduğundan bahisle reddetmiştir. Bu kararda Yüksek Mahkeme, somut olayın koşulları tarafları sözleşmeyle bağlı tutmanın adil olmadığını göstermedikçe, tarafların özgür iradeleriyle ve tüm sonuçlarını öngörerek yaptıkları evlilik sözleşmesine mahkemelerin etki atfetmesi gerektiğini belirtmiştir.³⁰ Böylece evlilik sözleşmeleri, adil olmayan sonuçlar doğurdukları kanıtlanmadıkça mahkemeleri takdir yetkileri açısından bağlayıcı nitelik kazanmıştır.³¹ Bu itibarla söz konusu sözleşmelerin kamu düzenini ihlal edici olduklarına ilişkin süregelen içtihadattan dönülmüştür. Şu kadar ki adil olmayan sonuçların doğması halinde anlaşmanın göz ardı edilmesi mahkemelerin takdir yetkilerini koruduğunu göstermektedir.³² Söz konusu sözleşmeler bakımından bağlayıcılık karinesinin yaratıldığı ifade edilebilir.³³ *V v V* ile *AH v PH* kararlarında eşler arasındaki eşitsiz durumun evlilik sözleşmelerini yok saymaya yeterli olmadığı, koruyucu tutuma gerek olmadığından bahisle evlilik sözleşmeleri boşanma kararlarında esas alınmıştır.³⁴

²⁹ Thompson, s. 21.

³⁰ Thompson, s. 23; Scherpe/Sloan, s. 182; Ersen Perçin, s. 16.

³¹ Thompson, s. 25; Herring, *Relational Autonomy*, s. 35; Kararın sosyolojik yönden eleştirisi: Sharon Thompson, "In Defence of the 'Gold-Digger'", *Oñati Socio-legal Series*, C. 6, S. 6, 2016, s. 1229 vd.

³² Thompson, s. 26: Yazar, evlilik anlaşmalarının boşanmayı öngördükleri gerekçesiyle hükümsüz sayılması gerekçesinin tamamen aşıldığına işaret etmektedir.

³³ Sanders, s. 582. *Z v Z* [2011] EWHC 2878 (Fam) [33-34] kararında, Yüksek Mahkemenin verdiği kararla evlilik sözleşmelerine karşı tutumun şiddetli biçimde değiştiği, irade özerkliğine ağırlık verildiği vurgulanmıştır.

³⁴ Thompson, s. 29. Buna karşılık *GS v L* [2011] EWHC 1759 kararında kadın eşin evlilik sözleşmesiyle eşinin ölümü halinde kendi mali güvenliğini temin etmeyi amaçladığından hareketle anlaşmanın amacında ortak niyet bulunmadığı gerekçesiyle evlilik sözleşmesini uyumsuzlukta uygulamamıştır.

III. ALMAN HUKUKUNDAKİ GELİŞİM

1. Yasal Çerçeve

Alman hukukunda durum İngiliz hukukundan farklı şekilde evrilmiştir. Al. MK §1408-1409 hükümleri evli veya evlenecek³⁵ kişilere kural olarak geniş düzenleme alanı tanımıştır.³⁶ “Evlilik sözleşmesi, Sözleşme özgürlüğü” kenar başlığı altında Al. MK §1408, eşlerin aralarındaki malvarlığı ilişkilerini emredici hükümler çerçevesinde düzenleyen ve evlilikten sonra³⁷ da sona erdirebilecekleri yahut tadil edebilecekleri bir sözleşme yapabileceklerini, ayrıca Sigorta Hakları Denkleştirme Kanunu (*Versorgungsausgleichsgesetz*) §6 ilâ 8 hükümlerine tâbi olmak kaydıyla eşlerin denkleştirme paylarına dair anlaşabileceklerini hüküm altına almaktadır.³⁸ “Sözleşme özgürlüğünün

³⁵ Sözleşme yapıldığı anda taraflar önceden nişanlı değilse aynı zamanla nişanlanmanın da kurulduğu sonucu ortaya çıkar. Sözleşenlerin evlenmesi sözleşmenin hüküm doğurmasına kanuni şart oluşturur. J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 4: Familienrecht: §§ 1363 - 1563 (Eheliches Güterrecht), 2007, Thiele, §1408 BGB, N. 4. Türk hukukunda mal rejimi sözleşmesinin evlenmeden önce nişanlılık döneminde de kurulabileceği hususunda: Demet Özdamar/Ferhat Kayış/Burcu Yağcıoğlu/Aliye Akgün, Yasal Mal Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara 2019, s. 29; Zeytin, N. 37.

³⁶ 1976 yılındaki aile hukuku reformuyla sözleşme özgürlüğünün Alman aile hukukunda önem kazanmaya başladığı hakkında: Christof Münch, “Vertragsfreiheit und Inhaltskontrolle von Eheverträgen”, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV), C. 88 S. 3, 2005, s. 212. Karş. Evlilik sözleşmesinin Alman hukuk geleneğinin ürünü olduğu yönünde: Gerrit Langenfeld/Lutz Milzer, Handbuch der Eheverträge und Schiedungsvereinbarungen, Münih 2015, N. 14.

³⁷ Eşler söz konusu sözleşmeyi evlilik sona erene dek yapabilir: juris PraxisKommentar BGB Band 4 - Familienrecht, 2014, Hausch, §1408 BGB, N. 11.

³⁸ Joachim Gernhuber/Dagmar Coester-Waltjen, Familienrecht, Münih 2010, §32 III N. 23; Karlheinz Muscheler, Familienrecht, Münih 2012, N. 382 NomosKommentar Bürgerliches Gesetzbuch Band 4 Familienrech, 2010, Friederici, §1408 BGB, N. 3; Beck'sche Online-Kommentare BGB, 52. bası -Bamberger/Roth/Hau/Poseck, §1408 BGB, N. 12. Bu çerçevede kararlaştırılacak hükümler de genel geçerlilik ve uygulamalarında dürüstlük kuralı denetimine tâbi olur: Ibid, N. 15 ve 101. Mal rejimine ilişkin özel emredici hükümler saklıdır: Münchener Kommentar zum BGB, Münih, 7. bası, 2017, Kanzleiter, §1408 BGB, N. 12. Ancak sonuç itibarıyla genel tek sınırlamanın tipe bağlılık olduğu kanunda düzenlenen birden fazla mal rejiminin kısmen veya tamamen karıştırılamayacağı hakkında: Ibid, N. 13; Aynı haklarda sınırlı sayı ilkesinin nazara alınacağı görüşünde: Gernhuber/Coester-Waltjen, §32 III N. 21; Karş. Sadece aynı haklarda sınırlı sayıda olma ilkesinin uygulanacağı görüşünde: Muscheler, N. 382. Mal rejimleri bakımından da sınırlı sayı ilkesinin geçerli olduğu, bu ilkenin içkin bir geçerlilik sınırlaması oluşturduğu fikrinde: Langenfeld/Milzer, N. 23.

sınırlanması” kenar başlığı altında Al. MK §1409 hükmüyle evlilik sözleşmelerinde mal rejiminin yabancı hukuka veya yürürlükten kaldırılmış bir düzenlemeye atıf yapılmak suretiyle belirlenmeyeceği düzenlenmiştir. Bağlama kuralları uyarınca mal rejimi Alman hukukuna tâbi olduğu ölçüde,³⁹ evlilik sözleşmesinde açıklığı temin etmeyi amaçlayan bu hüküm sadece atıf yoluyla belirlemeyi yasaklamıştır.⁴⁰ Taraflar dilerlerse evlilik sözleşmesinde ilgili düzenlemeleri aktarma olanağına sahiptir.⁴¹

Söz konusu hükümler kapsamında eşler evlilik sözleşmesi ile kanunda yer alan mal rejimlerinden birini seçebilecekleri gibi söz konusu rejimlerin hükümlerini de değiştirebilir.⁴² Buna karşılık evlilik sözleşmesi konu itibarıyla salt mal rejimini değil, aynı zamanda boşanmanın mali sonuçları bağlamında §1408 II hükmünde açıkça belirtildiği üzere eşlerin denkleştirme hakları ile nafaka (*Unterhalt*) haklarını da (Al. MK §1570 vd.) kapsayabilir.⁴³ Bu nedenle Alman hukukunda Türk hukukundan daha geniş hareket alanının eşlere bırakıldığı ifade edilebilir. Sözleşme, geçerliliğine ilişkin hususlarla birlikte genel hükümlere

³⁹ Alman Medeni Kanunu Uygulama Yasası (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche) m. 15 ile sınırlı olarak taraflar uygulanacak hukuku seçmekte serbesttir: NomosK-Völker, §1409 BGB, N. 6; StaudingerK-Thiele, §1409 BGB, N. 8.

⁴⁰ StaudingerK-Thiele, §1409 BGB, N. 2; BeckOK-Bamberger/Roth/Hau/Poseck, §1408 BGB, N. 10.

⁴¹ NomosK-Völker, §1409 BGB, N. 4; MünchK-Kanzletier, §1409 BGB, N. 1; StaudingerK-Thiele, §1409 BGB, N. 2; PraxisK-Hausch, §1409 BGB, N. 7.

⁴² Sanders, s. 577; PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 13; Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, 17. bası, 2018, Budzikiewicz, §1409 BGB, N. 3 ve 8.

⁴³ MünchK-Kanzleiter, §1408, N. 13; Johannes Burckhard, *Eheliche Vermögensgestaltung im Korsett des Grundgesetzes*, Berlin 2016, s. 19. Örnek olarak yasal mal rejiminden kaynaklanan katılma payları (Zugewinnausgleich-Al. MK §1373) tamamen veya kısmen kaldırılabilir: Ibid, N. 14; Aynı şekilde nafaka istemleri kaldırılabilir: M. Rainer Frank, “Le centenaire du BGB: le droit de la famille face aux exigences du raisonnement politique, de la constitution et de la cohérence du système juridique”, *Revue internationale de droit comparé*, C. 52, S. 4, Ekim-Aralık 2000, s. 829. Eşler arasındaki olağan bir malvarlıksal hukuki işlemten evlilik sözleşmesini ayırt edebilmek için temel ölçüt, ilgili işlemin eşler arasında eş sıfatından bağımsız surette yapılabilir olup olmamasıdır: PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 15 vd. Kural olarak evlilik sözleşmesi eşlerin malvarlıklarının tamamını konu edinir; ayrıca işlemin amacına bakılmak gerekir, evlilik sözleşmeleri evliliğin temini veya devamı için akdedilir: NomosK-Frederici, §1408 BGB, N. 1; MünchK-Kanzleiter, §1408 BGB, N. 8. Ayrıca, Al. MK §1408 hükmünde sayılanlar dışındaki hususların da evlilik sözleşmesine dâhil olabileceği hakkında: PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 34.

tâbidir.⁴⁴ Bu şekilde, anılan hükümlerde açıkça yer almayan sınırlamalar içtihat yoluyla getirilmiştir.

2. İctihat Yoluyla Getirilen Sınırlama

A. Genel Olarak

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru üzerine verdiği 6.2.2001 tarihli kararı⁴⁵ yukarıda değinilen hukuki tabloyu büyük ölçüde sarsmıştır. Kararda Alman Anayasası'nın m. 2/I hükmünde sözleşme serbestisinin temelini bulduğu, m. 6/I hükmünden ise eşlerin aile birliklerini malvarlıksal ve ailevi sorumlulukları çerçevesinde özgürce şekillendirme haklarının bulunduğu sonucuna ulaşabileceği ancak anayasanın eşler arasında eşitliğin bulunduğu bir evliliği koruduğu; devletin eşler arasında dengeli müzakere konumunun bulunmadığı evlilik sözleşmesiyle şekillenen hukuki duruma karşı eşleri korumakla yükümlü olduğu, evlilik hukukuna dair yasal rejimin

⁴⁴ Langenfeld/Milzer, N. 20; Muscheler, N. 382; PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 27; MünchK-Kanzleiter, §1408 BGB, N. 4; BeckOK-Bamberger/Roth/Hau/Poseck, §1408 BGB, N. 9; İnce, s. 351. Alman Federal Mahkemesi'nin önceki içtihatlarına göre evlilik sözleşmelerinde çocukların zararına sonuçların doğması veya eşlerden birinin kamusal yardımına muhtaç hale gelmesi gibi son derece sınırlı hallerde ahlaka aykırılık nedeniyle hükümsüzlük sonucunu doğurmaktaydı: MünchK-Kanzleiter, §1408 BGB, N. 22.

⁴⁵ Alman Federal Anayasa Mahkemesi (Bundesverfassungsgericht) 6.2.2001 - 1 BvR 12/92 (Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins 2001/2 (Mart-Nisan), s. 207 vd.). Karar, anayasa hükümlerinin özel hukuk ilişkilerine etkisi bakımından da önem taşımaktadır. Temel haklara ilişkin anayasa hükümlerinin özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanacağını savunan görüşün karşısında, ilgili hükümlerin doğrudan doğruya salt devleti bağlayacağını, özel hukuk ilişkilerinde dolaylı olarak genel ilke veya yorumlamada etkili olabileceğini kabul eden görüş bulunmaktadır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin de benimsediği üçüncü görüş, hâkimin de yargılama görevini ifa ederken anayasal hakları uyuşmazlıkta uygulaması gerektiği aksi takdirde kamu gücüyle bireysel hakların ihlal edileceği yönündedir. Nitekim bu suretle özel hukuk ilişkilerinin içeriğinin anayasal denetimi yargılama faaliyeti için temin edilebilmektedir: Münch, s. 212-213; Claus-Wilhelm Canaris, "Grundrechte und Privatrecht", Archiv für die civilistische Praxis, C. 184, 1984, s. 228; Konu hakkında ayrıntılı bilgi: Detlew W. Belling/Nurten İnce, "Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 12 S. 137, İstanbul 2014, s. 6 vd.; Oya Boyar, *Anayasa ve Özel Hukuk*, İstanbul 2019, s. 16 vd. ve 38 vd. 29.3.2001 tarihli karar (DNotZ 2001, s. 708) da belirleyici sayılmaktadır: MünchK-Kanzleiter, §1408 BGB, N. 24; Türk hukukuna ilişkin değerlendirme için ayrıca: Kocayusufoğlu, §40 N. 2; Selim Kaneti, "Anayasa Mahkemesi Kararlarına göre Anayasa'nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 6, Ankara 1989, s. 32 vd.

kısmen emredici olduğu, mahkemelerin söz konusu dengesizliğin bulunduğu hallerde medeni hukukun genel ilkelerini gözeterek anayasal hakları zedelenen eşin hukuki durumunu düzeltmekle görevli olduğu belirtilmiştir.⁴⁶ Bu itibarla Alman Federal Anayasa Mahkemesi evlilik sözleşmesine ilişkin tanınmış özgürlüğün eşler arasında müzakere gücü dengesizliğinin bulunduğu hallerde tek yanlı yük dağılımına yol açamayacağı sonucuna varmıştır.⁴⁷

Alman Federal Mahkemesi de bu kararı dikkate almak suretiyle verdiği 11.2.2004 tarihli kararıyla⁴⁸ evlilik sözleşmelerinin geçerliliğine dair iki aşamalı yeni bir rejim yaratmıştır.⁴⁹ Bu doğrultuda yürürlükteki hukuk düzeni bakımından boşanmanın sonuçlarına ilişkin vazgeçilemez asgari içeriğin bulunmadığı, yasal boşanma rejiminin eşlerden birinin ev işlerinden diğer eşin mali yükümlülüklerden sorumlu olduğu evliliği model aldığı, oysa eşlerin irade özerkliklerine dayanarak aile düzenlerini daha farklı kararlaştırabilecekleri ve bu nedenle boşanmanın sonuçlarına ilişkin anlaşma yapabilecekleri kararda vurgulanarak, kuralın Al. MK §1408 hükmünde işaret edildiği üzere sözleşme özgürlüğü olduğu teyit edilmiştir.⁵⁰ Buna karşılık, söz konusu sözleşme özgürlüğü kanunun koruma amacının ihlal edilmesine yol açamaz. Somut evlilik ilişkisinin özellikleriyle gerekçelendirilmeyecek surette evlilikten doğan yüklerin bariz şekilde tek tarafa yüklenmesinin amaca aykırı olacağı belirtilmiştir.⁵¹ Hatta eşlerin karşılıklı malvar-

⁴⁶ MünchK-Kanzleiter, §1408 BGB, N. 23; PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 37-38. Bu bağlamda evlilik sözleşmesiyle eşler arasındaki dayanışma olgusunun ortadan kaldırılmayacağı hakkında: Christine Hohmann-Dennhardt, "Möglichkeiten und Grenzen der Gestaltung von Eheverträgen", Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV), C. 88, S. 3, 2005, s. 205. Öte yandan Alman Federal Anayasa Mahkemesi kefalete ilişkin kararlarına da atıf yapmıştır. BeckOK-Bamberger/Roth/Hau/Poseck, §1408 BGB, N. 14. Gerçekten de bu kararlarda da bir tarafın müzakere gücü son derece düşüktür: Münch, s. 221.

⁴⁷ Langenfeld/Milzer, N. 78; MünchK-Kanzleiter, §1408 BGB, N. 26; Hohmann-Dennhardt, s. 203. Yasal rejimden ayrılan sözleşmeler anayasal haklara aykırılığa yol açmaz, anayasaya (Alman Anayasası m. 6/I) aykırı olan, tanınmış sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanılmasıdır: Münch, s. 219, bu çerçevede aynı yasal sonuçları doğuran düzenlemelerin eşlerin evlilikteki rolü itibarıyla neden olacağı farklı fiili sonuçlar dikkate alınır: Ibid, s. 220-221.

⁴⁸ AFM (Bundesgerichtshof) 11.2.2004 - XII ZR 265/2 (BGHZ 158, 81).

⁴⁹ Langenfeld/Milzer, N. 68; PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 40; Kararın önemi hakkında: Münch, s. 215-216.

⁵⁰ PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 42.

⁵¹ PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 43; Sözleşmedeki eşitsizliğin ahlaka aykırılığı

lıksal haklarından vazgeçmesi dahi bu sonuca neden olabilir.⁵² Benzer şekilde evlilik sözleşmesinde, borçlu eşin maddi gücünün dikkate alınmaksızın boşanma halinde yüksek tutarlı bir edimin yüklenmesi de aynı kapsamda değerlendirilebilir.⁵³

Sonuç olarak söz konusu Alman Federal Mahkemesi kararı ve bu kararı izleyen kararlara göre evlilik sözleşmeleri öncelikle geçerlilik denetimine tâbi tutulmaktadır. Bu denetimi geçen sözleşme hükümlerinin somut uyuşmazlıkta uygulanması esnasında dürüstlük kuralı uyarınca uygulama denetimi yapılacaktır.⁵⁴ Yasal rejimden ayrılmak tek başına geçerlilik veya uygulama denetimine aykırılık sebebi sayılmamaktadır.⁵⁵ Dolayısıyla bu denetim soyut biçimde yapılmamaktadır. Denetim sürecinde sözleşmede kararlaştırılmış uyuşmazlık konusu hükümlerin eşler üzerine oluşturduğu somut etkiler göz önünde tutulmaktadır.

B. Geçerlilik Denetimi

Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda, ahlaka aykırılık kavramının kapsamı yeniden belirlenmiştir. Bu sözleşmelerin geçerliliği ahlaka aykırılık açısından kuruldukları an itibarıyla ve bütün hükümleri göz önünde bulundurulmak suretiyle değerlendirilmektedir.⁵⁶ Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararında belirtir-

kendiliğinden doğurmayacağı ancak tarafların eşit duruma sahip olmadığına işaret edebileceği: BeckOK-Bamberger/Roth/Hau/Poseck, §1408 BGB, N. 60.

⁵² PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 45.

⁵³ PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 47.

⁵⁴ MünchK-Kanzleiter, §1408 BGB, N. 28. Hukuki temelleri farklı olmakla birlikte İngiliz hukukuyla benzer sonuçlara ulaşıldığı hususunda: Sanders, s. 592. Alman Federal Mahkemesi'nin uygulama denetimi ile Al. MK §242 hükmüne başvurusu esasen genel ilkenin tekrarıdır. İçtihatların getirdiği yenilik, §242 hükmü bakımından değerlendirme yapılırken öngörülen ve Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin kararından etkilenen ölçütlerdedir. Aynı tespit geçerlilik denetimi açısından yapılabilir. Evlilik sözleşmeleri her zaman Al. MK §138'e tâbi idi. Gelişen içtihatla birlikte ahlaka aykırılık kavramı Federal Anayasa Mahkemesi'nin kararı doğrultusunda somutlaşmıştır: MünchK-Kanzleiter, §1408 BGB, N. 29.

⁵⁵ MünchK-Kanzleiter, §1408 BGB, N. 28.

⁵⁶ PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 40, 50, 54 ve 68; NomosK-Friederici, §1408 BGB, N. 4; MünchK-Kanzleiter, §1408 BGB, N. 28 ve 31; BeckOK-Bamberger/Roth/Hau/Poseck, §1408 BGB, N. 51; StaudingerK-Thiele, §1408 BGB, N. 66. Örnek olarak belli haklardan feragat karşılığında ilgili eşe başka haklar sözleşme ile tanınmış ise bu durum sözleşmede eşler arasında dengesizlik oluşmasına engel olabilir: PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 54. Ahlaka aykırılık belirli hükümlerden değil söz-

len ilkelere aykırılık, sözleşmenin ahlaka aykırılığına ve hükümsüzlüğe neden olur. Ahlaka aykırılığın gerçekleşebilmesi için ise salt nesnel unsurların varlığı yeterli değildir, aynı zamanda eşlerden birinin kendi lehine sonuç çıkardığı kınanabilir davranışının bulunması lazım gelir.⁵⁷

Bu bağlamda, evlilik sözleşmesiyle eşlerden birinin aleyhine ortaya çıkan dengesizliğin üçüncü bir kişiye zarar vermesi halinde ahlaka aykırılığın doğacağı kabul edilmektedir.⁵⁸ Üçüncü kişiler olumsuz yönde etkilenmese de, evlilik sözleşmesiyle dezavantajlı konuma düşen eş aleyhine onu boşanmaktan alıkoyacak nitelikte yaptırım öngörülmüş olması da evlilik sözleşmesinin ahlaka aykırı sayılması için yeterlidir.⁵⁹ Genel olarak, boşanmanın yasal sonuçlarına ilişkin çekirdek haklardan⁶⁰ kısmen veya tamamen vazgeçilmiş olunan hallerde, feragat eden eşin durumu başkaca edim veya haklarla iyileştirilmedikçe ve feragat sonucu eş aleyhine oluşan durum, eşler arasındaki özel ilişki veya feragatten yararlanan eşin üzerindeki önemli yükler nedeniyle temellendirilemiyorsa evlilik sözleşmesinin ahlaka aykırı olacağı kabul edilmektedir.⁶¹

leşmenin tamamından kaynaklanıyorsa kısmi hükümsüzlüğe başvurulamayacağı hakkında: Ibid, N. 93; AFM 21.11.2012 – XII ZR 48/11 (NJW 2013, s. 457).

⁵⁷ Langenfeld/Milzer, N. 69; Münch, s. 234; PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 50: Bununla birlikte, yazar sözleşme içeriğinin dengesiz yapısının söz konusu özel unsurun varlığı bakımından emare sayılabileceğine işaret etmektedir. Tarafların niyetlerinin de dikkate alınacağı görüşünde: MünchK-Kanzleiter, §1408 BGB, N. 31. Aksi yönde yeni içtihatlarda ahlaka aykırılığın tespiti için ahlaka aykırılık bilincini gerekli olmadığı hususunda: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 1: Allgemeiner Teil: §§ 134-138; ProstG (Allgemeiner Teil 4a - Gesetzliches Verbot und Sittenwidrigkeit), 2017, Sack, §138 BGB, N. 61.

⁵⁸ PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 51.

⁵⁹ PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 52. Esasen bu olasılık Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararından önceki dönemde de ahlaka aykırı kabul edilmekteydi: AFM 19.12.1989 – IVb ZR 91/88 (MittBayNot 1990, s. 117).

⁶⁰ Katılma (Al. MK §1570-Betreuungsunterhalt), Sağlık (Al. MK §1572-Unterhalt wegen Krankheit), Yaşlılık (Al. MK §1571-Unterhalt wegen Alters), İşsizlik (Al. MK §1573-Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit) nafakaları ve sosyal sigorta hakları denkleştirme istemi çekirdek hakları oluşturmaktadır: NomosK-Friederici, §1408 BGB, N. 7 vd.; JauernigK-Budzikiewicz, §1409 BGB, N. 10. Çekirdek hak ölçütü Alman Federal Mahkemesi'nin 11.2.2004 tarihli kararıyla ortaya çıkmıştır: MünchK-Kanzleiter, §1408 BGB, N. 33; Langenfeld/Milzer, N. 71.

⁶¹ PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 53; NomosK-Friederici, §1408 BGB, N. 4; JauernigK-Budzikiewicz, §1409 BGB, N. 9 ve 11, 12.

Evlenmenin gerçekleşmesi ve kendi isteklerini dayatma hususunda güçlü konumda bulunan eş, bu müzakere gücü dengesizliğinden⁶² yararlanmak suretiyle kendi lehine eşitliği bozan sözleşme dayatmışsa sözleşme ahlaka aykırılık nedeniyle geçerlilik denetiminden yine geçemez. Müzakere gücü dengesizliği ise deneyimsizlik, hiffet, güçsüzlük veya müzayakadan⁶³ kaynaklanabilir.⁶⁴ Bu itibarla, eşler arasında müzakere gücü eşitsizliğinden ötürü eşlerden birinin diğeri aleyhine dengesizliğe yol açtığı ve üçüncü kişilere zarar veren evlilik sözleşmelerinin ahlaka aykırı sayıldığı ifade edilebilir.⁶⁵

C. Uygulama Denetimi

Evlilik sözleşmesi geçerlilik denetiminden geçse dahi somut uyuşmazlıklarda sözleşme hükümleri dürüstlük kuralı çerçevesinde yargısal denetime tâbidir.⁶⁶ Evliliğin sona erdiği an itibarıyla evlilik sözleşmesi bir taraf için diğer eşin menfaatleri, sözleşmenin geçerliliğine güveni ve somut evliliğin nitelikleri dikkate alınsa dahi bariz surette tek yanlı ve çekilmez yük oluşturuyorsa Al. MK §242 hükmü ihlal edilmiştir.⁶⁷ Bu durum, özellikle sözleşmenin kurulmasından sonra eşlerin tasavvur ettikleri yaşam planlamalarının, fiili durumdan ayrıl-

⁶² İçerik denetiminde işleme ahlaka aykırılık damgası vurulabilmesi için eşler arasındaki dengesizlik ön şarttır: Münch, s. 224.

⁶³ Örnek olarak eşlerden birinin diğerine ekonomik veya sosyal açıdan bağımlı olması verilmektedir: PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 59 vd.

⁶⁴ PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 58. Zor durumdan kasten yararlanılması halinde ahlaka aykırılığın gerçekleşeceği hususunda: İnce, s. 352.

⁶⁵ Sanders, s. 592.

⁶⁶ NomosK-Friederici, §1408 BGB, N. 6; PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 94; BeckOK-Bamberger/Roth/Hau/Poseck, §1408 BGB, N. 63; İnce, s. 353. Ayrıca genel hükümlere tâbi sözleşme söz konusu olduğundan işlem temelinin çökmesi kurumuna başvurulması mümkündür (Langenfeld/Milzer, N. 21; MünchK-Kanzleiter, §1408 BGB, N. 32), fakat Alman Federal Mahkemesi bu yönde hukuki çözüme henüz başvuramamıştır: NomosK-Friederici, §1408 BGB, N. 6. Haklı nedenle feshe başvurulamayacağı yönünde: StaudingerK-Thiele, §1408 BGB, N. 34. Evlilik ilişkisinin sürekli bir hukuki ilişki oluşturduğu, bu nedenle durum değişikliği riskini bünyesinde barındırdığı ve uygulama denetiminin belirsizlik yaratabileceği gerekçesiyle eleştiri: MünchK-Kanzleiter, §1408 BGB, N. 29.

⁶⁷ Langenfeld/Milzer, N. 91; PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 95; Sanders, s. 592; JauernigK-Budzikiewicz, §1409 BGB, N. 14; BeckOK-Bamberger/Roth/Hau/Poseck, §1408 BGB, N. 63. Eşler arasındaki sözleşmenin kurulduğu anda mevcut müzakere gücü dengesizliği içerik denetimindeki gibi önem taşımaz: MünchK-Kanzleiter, §1408 BGB, N. 36.

dığı hallerde gerçekleşir.⁶⁸ Bu ayrılmanın dürüstlük kuralına aykırılık oluşturan düzeye ulaşabilmesi için, boşanma anı itibarıyla eş üzerinde oluşan tek yanlı yük ve boşanmanın mali sonuçları arasında değerlendirme yapılması gerekir.⁶⁹ Boşanmanın mali sonuçlarında, çekirdek olarak nitelendirilen haklara⁷⁰ ilişkin sözleşmelerin, denetimden geçişi engelleyen bir dengesizlik yaratma olasılığı daha güçlüdür.⁷¹ Bununla birlikte çekirdek haklar açısından yapılan denetim, sözleşme özgürlüğü ile uzun süreli hukuki ilişkiye giren tarafların risklerini kural olarak bizzat üstlenmeleri gerektiği ilkelerini zedeleyemez.⁷² Uygulama denetiminin özelliği, evlilik sözleşmesinin kurulmasından sonra evlilik süresince değişen koşullar neticesinde sözleşme hükümlerinin evlilik nedeniyle⁷³ bir eş üzerinde çekilmez yük oluşturmamasının önüne geçilmesinde bulunmaktadır. Ancak evlilik sözleşmesiyle dezavantajlı konuma düşen eşin, evlilik sayesinde elde etmiş olduğu menfaatler de nazara alınmalıdır.⁷⁴

Uygulama denetimi sonucunda evlilik sözleşmesinin bir hükmünün eşlerden biri aleyhine dürüstlük kuralına aykırı sonuçlar doğuracağı sonucuna ulaşıldığı takdirde yasal düzenleme doğrudan doğruya uygulanmaz. Hâkim tarafların ortak menfaatlerine en uygun çözümü benimsemek suretiyle dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle oluşan sözleşme boşluğunu doldurur ve bu surette sözleşme içeriği değişmiş olur.⁷⁵

⁶⁸ PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 96; Münch, s. 236 vd.

⁶⁹ NomosK-Friederici, §1408 BGB, N. 7; JauernigK-Budzikiewicz, §1409 BGB, N. 14.

⁷⁰ Çekirdek alan olarak da ifade edilen söz konusu haklar sıralaması katılma, sağlık, yaşlılık nafakaları, sosyal sigorta hakları denkleştirme istemi ve işsizlik nafakası şeklindedir: NomosK-Friederici, §1408 BGB, N. 8-11; MünchK-Kanzleiter, §1408 BGB, N. 34; Langenfeld/Milzer, N. 72 vd.

⁷¹ NomosK-Friederici, §1408 BGB, N. 7.

⁷² MünchK-Kanzleiter, §1408 BGB, N. 35. Özellikle öngörülebilir yaşam değişikliği söz konusuysa, uygulama denetimine aykırı bir durum gerçekleşmez: Münch, s. 237.

⁷³ PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 104; MünchK-Kanzleiter, §1408 BGB, N. 41. Uygulama denetiminin üst sınırının evlilik nedeniyle uğranılan kayıpların giderilmesi olduğu hakkında: Ibid, N. 37.

⁷⁴ NomosK-Friederici, §1408 BGB, N. 12; PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 105, bu çerçevede ilgili eşin evlilik sözleşmesiyle uğradığı kayıpları evlilik sayesinde elde edeceği menfaatlerle gidermekten kaçınmış olması da dikkate alınır: Ibid, N. 106.

⁷⁵ Sanders, s. 592; Münch, s. 227; NomosK-Friederici, §1408 BGB, N. 6; MünchK-Kanzleiter, §1408 BGB, N. 40, böylece evlilik nedeniyle uğranılan kayıplar karşılanır: Ibid, N. 41. PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 107.

IV. TÜRK HUKUKUNDA EVLİLİK SÖZLEŞMELERİNİN BOŞANMANIN MALİ SONUÇLARININ BELİRLENMESİNDE DİKKATE ALINMASI GEREKSİNİMİ

1. Genel Olarak

Türk hukukunda boşanmanın eşler arasındaki mali sonuçlarının, mal rejiminin tasfiyesi, tazminat sorumluluğu ve yoksulluk nafakası olmak üzere üç görünümü vardır. “Türk aile hukukunda sözleşme özgürlüğü” başlığında ifade edildiği üzere, evlilik öncesi veya sırasında taraflar arasında kurulan evlilik sözleşmesi kesin olarak hükümsüzdür. Zira boşanma sırasında dahi tarafların uzlaştıkları ve somut boşanma davasını konu alan sözleşme ancak hâkimin uygun görmesi ve sözleşmeyi boşanma hükmüne geçirmesiyle hukuki etki kazanabilmektedir.

İngiliz hukukunda gözlemlendiği üzere, boşanmanın sonuçlarının eşler tarafından öngörülemez olması halinde tarafların böyle sözleşmelere başvurma gereksinimi duyduğu ve hukuki öngörülebilirliği sağlamak adına onlara değer atfedilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu durumda dahi evlilik sözleşmelerinin eşler arasındaki dengesiz durumlardan istifade edilmek suretiyle haksız sonuçlara yol açmasının önüne geçilmesi gerekmektedir. Nitekim yukarıda değinildiği üzere, İngiliz hukukunda ve özellikle Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin 2001 yılında verdiği karardan sonra Alman hukukunda bu husus dikkate alınmaktadır.

2. Mal Rejiminin Tasfiyesi

Türk Medeni Kanunu’nda düzenlenmiş bütün mal rejimleri bakımından tasfiye halinde giderilmesi gerekebilecek ölçüde belirsizlik doğmaz. Belirli ispat faaliyetleri ve hesaplamalar sonucunda tasfiye ile birlikte hangi eşin neye hak kazanacağı, bu hesaplamalar hâkimin takdirine kural olarak bağlı olmadığından tespit edilebilir. Bu nedenle, mal rejimlerinin tasfiyesi ilke olarak nesnel, somut, matematiksel ve öngörülebilir bir süreç oluşturmaktadır. Dolayısıyla mal rejimlerinin tasfiyesinde evlilik sözleşmelerine dolaylı etki kazandırmaya gereksinim yoktur.

Yasal mal rejiminde MK m. 236/II hükmü, özel hukuk cezası olarak⁷⁶ hâkime re'sen zina veya hayata kast sebeplerine istinaden açılmış boşanma davasında hakkaniyete göre kusurlu eşin artık değerdeki hak oranını azaltma veya kaldırma yetkisi⁷⁷ vermiş olmakla birlikte, bu hükmün verdiği yetki hukuki korumayı gerektirecek ölçüde öngörülmezlik yaratmamaktadır. Değer artış payına veya denkleştirmeye konu malın elden çıkarılması halinde hâkimin hakkaniyete göre takdir yetkisini kullanacağına ilişkin MK m. 227/II ve m. 230/III, tarımsal işletmelerin gelir değerinin belirlenmesine dair özel hallere ilişkin MK m. 234/I hükümlerinin tasfiye sonucunun belirsiz sayılmasına sebebiyet verecek ölçüde geniş ve etkili uygulama alanı kanımızca bulunmamaktadır.⁷⁸ Hükümsüz evlilik sözleşmesine mal rejiminin tasfiyesine ilişkin yapılan yargılamada dolaylı dahi etki tanınmaması gerekir. Nitekim mal rejiminin tasfiyesi çerçevesindeki kanun hükümleri, evlilik sözleşmesinin tasfiye kapsamında dikkate alınmasına dayanak oluşturabilecek nitelikte değildir.

Son olarak değerlendirilmesi gereken ihtimal evlilik sözleşmesinde yer alan birtakım hükümlerin başta şekil şartına uygunluk olmak üzere geçerlilik unsurlarının bulunması kaydıyla güven kuramı çerçevesinde yorumlanması sonucunda mal rejimi seçimi sözleşmesi veya mevcut mal rejiminin içeriğini değiştiren bir sözleşme olarak kabul edilme olanağıdır.⁷⁹ Mal rejimi sözleşmelerinin yorumlanmasında genel ilkeler geçerlidir.⁸⁰ Bu nedenle güven kuramına başvurulmasında engel yoktur. Sadece açık anlaşmanın bulunması gerektiği yönünde kanun hükümlerinin bulunduğu hususlarda geçerliliğin sağlanabil-

⁷⁶ Gümüş, s. 396.

⁷⁷ Tazminat söz konusu olmadığı halde, belli boşanma sebeplerine ilişkin bu yaptırımın birlikte kusur söz konusuymuş gibi öngörülmesi eleştiriye açıktır: Sarı, s. 230; Gümüş, s. 396-397; Şıpka, s. 270-272; Ünal, s. 132. Hükmün uygulamada yol açtığı olumsuzluklar: Saibe Oktay Özdemir, "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 35, S. 1, İstanbul 2015, s. 34.

⁷⁸ Benzer saptama paylaşımlı mal ayrılığı rejimindeki katkı payına dair MK m. 249, paylaşmaya aykırı davranışlara dair MK m. 251/I, zina ve hayata kast nedeniyle boşanma haline dair MK m. 252 hükümleri için de yapılabilir.

⁷⁹ Mal rejimi seçimi dışında kalan ve boşanma sonuçlarına yönelik hususlar, kesin hükümsüzlük yaptırımı tâbi olmaya devam eder.

⁸⁰ Alexandra Jungo, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB - PartG, Zürich-Basel-Cenevre 2016, Art. 182 ZGB, N. 15; İFM, 5C.257/2006 (Swisslex); ATF 127 III 529.

mesi için bu hususun yerine gelmesi zorunludur.⁸¹ Bu durumların dışında açık irade beyanının varlığı kanımızca gerekli değildir.⁸² Taraf irade beyanlarının güven ilkesine göre yorumlanmasıyla bu sonuca ulaşılması yeterlidir. Mal rejiminin ismen belirtilmesi sadece MK m. 205/I son cümle bakımından aranmıştır. Başka bir deyişle evlilik sözleşmesi olarak adlandırılan hukuki işlemlerin aynı zamanda mal rejimlerine ilişkin düzenlemeleri de bünyelerinde bulundurması ve bu düzenlemelerin –bütün geçerlilik koşullarının sağlanmış olması kaydıyla- mal rejimi sözleşmeleri olarak hüküm doğurması mümkündür. Kuşkusuz böyle bir sonuca varılabilmesi için irade beyanlarının yorumlanmasında son derece temkinli olunması şarttır. Bu çerçevede, örnek olarak, belli bir mal rejimine özgü taleplerin ileri sürülmeyeceğinin ifade edilmesi veya sadece belirli bir tutarın ödeneceğinin hüküm altına alınması⁸³ tarafların belirtilen mal rejimiyle bağlı olduklarını gösterir, bu taleplerin akıbetine ilişkin hukuki durum bu husustaki mevcut sözleşme serbestisine göre şekillenir⁸⁴. Buna karşılık, boşanma

⁸¹ Örnek olarak MK m 238 hükmü (“...kanundaki artık değere katılmaya ilişkin düzenlemeden farklı anlaşmalar, ancak mal rejimi sözleşmesinde bunun açıkça öngörülmüş olması hâlinde geçerlidir”) verilebilir. “Açıklığın” geçerliliğe ilişkin olduğu hususunda: Zeytin, N. 34. Aynı durum MK m. 277/III için de söz konusudur. Karş. Katılma alacağına ilişkin anlaşmanın (MK m. 237) da açık olması gerektiği görüşünde: Sarı, s. 232; BSK-Hausheer/Æbi-Müller, Art. 216 ZGB, N. 13.

⁸² Karş. Miras sözleşmesinde yer alan artık değere katılma oranına ilişkin bir hükmün çevirme (tahvil) yoluyla mal rejimi sözleşmesi olarak kabul edilebileceği yönünde: Mustafa Alper Gümüş, Teori ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul 2008, s. 382; Faruk Acar, Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı, Ankara 2014, s. 89; Heinz Hausheer/Regina E. Æbi-Müller, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 5. Bası, Basel 2014, Art. 216 ZGB, N. 6; Zarife Şenocak, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değere Katılma İle İlgili Mal Rejimi Sözleşmeleri ve Tenkisi”, AÜHFİD, C. 58 S. 2, Ankara 2008, s. 389. Kanımızca burada çevirme kurumu değil TBK m. 19/I hükmünden hareketle irade beyanlarının yorumlanmasıyla sonuca varmak daha uygundur. Zira hükümsüz işlemin benzer sonuçları doğuran başka bir hukuki işleme çevrilmesi söz konusu değildir.

⁸³ Artık değere katılma alacağına ilişkin: Zeytin, N. 712; Sarı, s. 235.

⁸⁴ Değer artış payı (MK m. 227/III) veya artık değere katılma talebinin (MK m. 237-238) boşanma halinde ileri sürülemeyeceği gibi kayıtlar bu hususta örnek olarak verilebilir. Değer artış payına ilişkin taleplerin doğmayacağına ilişkin olarak önceden yapılan genel sözleşmeler geçerlidir (Zeytin, N. 64; Aksi yönde: Şıpka, s. 200). Artık değere katılma alacağından eşlerin karşılıklı olarak veya tek başına önceden tamamen vazgeçilmesi de mümkündür (Gümüş, s. 383; Zeytin, N. 712; BSK-Hausheer/Æbi-Müller, Art. 216 ZGB, N. 20). Şu kadar ki her iki eşin de sözleşmede hem değer artış payı hem de katılma alacağından vazgeçmesi, tarafların gerçek iradesinin mal ayrılığı rejimini benimsemek olduğu yönünde yorumlana-

halinde iki eşin⁸⁵ de hiçbir malvarlıksal talep ileri süremeyeceği, mal rejimine dayalı taleplerin doğmayacağı veya eşler arasında hiçbir mal rejimi hükmünün uygulanmayacağı gibi düzenlemeler, tarafların mal ayrılığı rejimini benimsemek yönünde irade uyuşmalarının bulunduğu göstermeye elverişli sayılabilir.⁸⁶ Zira mal ayrılığı rejimi, rejimin sona ermesi bakımından eşler arasında malvarlığı aktarımını kural olarak öngörmemektedir⁸⁷.

3. Maddi Tazminat

Boşanma sebebiyle⁸⁸ mevcut veya beklenen hakları zedelenen boşanmada kusursuz veya daha az kusurlu tarafın kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat talep etme hakkının bulunduğu MK m. 174/I hükmüyle düzenlenmiştir. Bu hükümle, haksız fiil sorumluluğuna benzer mekanizma öngörüldüğü düşünülebilir.⁸⁹ Buna karşılık kanımızca bu sorumluluğun evlenmeyle doğan sürekli sözleşmesel⁹⁰ hu-

bilir (Katılma alacakları açısından: Sarı, s. 236). Buna karşılık vazgeçme tek bir eşi kapsıyorsa, edinilmiş mallara katılma rejimi diğer hususlarda uygulanmaya devam eder.

⁸⁵ Sadece eşlerden biri için bu sonucun öngörülmesi, diğer eş bakımından yasal rejimin uygulanacağı ve kural olarak eşler arasında bu mal rejiminin hüküm doğurması hususundaki uzlaşmanın varlığını gösterir.

⁸⁶ Karş. Mal rejimi uygulanmayacağı yönündeki hükümlerin kesin hükümsüz olduğu görüşünde: Heinz Hausheer/Ruth Reusser/Thomas Geiser, Berner Kommentar Band/Nr. II/1/3/1 Allgemeine Vorschriften, Art. 181-195a ZGB; Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 196-220 ZGB, Bern 1992, Art. 182 ZGB, N. 23; Gian Sandro Genna, Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch) ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Zürich 2016, Art. 182 ZGB, N. 5. Gerçekten, herhangi bir mal rejiminin uygulanmadığı evlilik ilişkisi tasavvur edilemez (Acabey, s. 25). Buna karşılık kanımızca tarafların bu ifadesinden mal ayrılığı rejimini benimsemek istedikleri çıkarımını yapmak mümkün olabilir. Bu görüşün aksine yasal mal rejimin uygulanacağı kabul edildiği takdirde, çevirme yoluyla değer artış payından vazgeçildiği sonucuna varılması mümkündür. MK m. 238 uyarınca aranan açık irade açıklaması nedeniyle çevirme bu örnek açısından artık değere katılma alacağından vazgeçmeyi içeremez.

⁸⁷ Bu hususta genel olarak: Acar, s. 302-306.

⁸⁸ Boşanma nedeniyle doğmayan zararlar bu kapsamda talep edilemez, genel hükümler uyarınca tazmini söz konusu olabilir: Walter Bühler/Karl Spühler, Berner Kommentar Band/Nr. II/1/1/2, Bern 1980, Art. 151 ZGB, N. 10.

⁸⁹ Benzer içerikteki 1.11.2000 tarihine kadar yürürlükte kalan İMK m. 151 açısından: BK-Bühler/Spühler, Art. 151 ZGB, N. 9, yazarlar bu hükümle boşanma nedeniyle uğranılan zararın tazmin edildiğini belirtirken bu tazminatın tabiatı itibarıyla haksız fiil sorumluluğuna ait olduğunu belirtmektedir.

⁹⁰ Evliliğin sözleşmesel ilişki teşkil ettiği hususunda: Mustafa Dural/Tufan Ögüz/M. Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2019,

kuki ilişkinin ihlalden ileri gelen bir sorumluluk olarak kabul edilmesi daha yerindedir.⁹¹ Zira boşanma TBK m. 49/I anlamında mutlak hak ihlali yaratan bir olgu olarak nitelendirilemeyeceği gibi MK m. 174 hükmü TBK m. 49/I bakımından hukuka aykırılığı tesis eden özel hüküm değildir. Boşanmaya sebep teşkil eden olgular aynı zamanda hukuka aykırılığı gerçekleştiriyorsa, boşanmadan bağımsız şekilde tazminat istemi doğar⁹².

MK m. 174/I hükmü ile kusursuz veya daha az kusurlu tarafın boşanma nedeniyle mevcut veya beklenen menfaatlerinin zedelenmesi sonucunda uğradığı zararın giderimi için uygun maddi tazminat isteminde bulunulabilmektedir. Bu itibarla yasal düzenlemeye göre eşlerin evlilik ilişkisinin devamında malvarlıksal menfaatleri bulunmaktadır.⁹³ Boşanma sonucunda bu menfaatler zedelenğinde, söz konusu kayıp uygun bir tazminatla karşılanmaktadır.⁹⁴ Başka bir deyişle amaç, zararın giderilmesidir.⁹⁵ Bu hükmün cezalandırıcı veya caydırıcı ama-

s. 48. Bu itibarla MK m. 5 hükmü gereği evlilik ilişkisine niteliği uygun düştüğü ölçüde sözleşmesel borç ilişkilerine dair hükümler uygulanabilmelidir. Nişanlanma sözleşmesi açısından: Dural/Öğüz/Gümüş, s. 15; M. Serkan Ergüne, "Nişanın Bozulmasında Maddi Tazminat", *İÜHFM*, C. 74, S. 2, İstanbul 2016, s. 758; Ayrıca: Yıldız Abik, "Nişanlanma ve Nişanlılık", *AÜHFD*, C. 54, S. 2, Ankara 2005, s. 71 vd.

⁹¹ Boşanmanın veya boşanmaya sebep olmanın bizatihi haksız sayılamayacağı, sözleşme ihlali nedeniyle tazminat talep edildiği hususunda: Hatemi, §10 N. 120; Aynı yönde, nisbi hukuka aykırılığın söz konusu olduğu vurgusuyla: Andreas B. Schwarz, *Aile Hukuku I*, Çeviri: Bülent Davran, İstanbul 1946, s. 173. Bu hususta ayrıca: Ebru Ceylan, *Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, İstanbul 2006, s. 74; Ferit H. Saymen/K. Halid Elbir, *Türk Medeni Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, İstanbul 1957, s. 275.

⁹² Velidedeoğlu, s. 255-256.

⁹³ Evliliğin devam etmesi halinde elde edeceği yararlardan mahrum kalan eş açısından zararın doğduğu şeklinde: Öztan, s. 809-810; Ceylan, s. 78; BK-Bühler/Spühler, Art. 151 ZGB, N. 36.

⁹⁴ Madde metninde mevcut veya beklenen menfaatten söz edilmekle birlikte, bu menfaatlerin ihlali halinde uygun da olsa tazminat yaptırımı öngörüldüğünden, söz konusu menfaatlerin kanun koyucu tarafından hak düzeyinde görüldüğü ifade edilmek gerekir.

⁹⁵ BK-Bühler/Spühler, Art. 151 ZGB, N. 26; Karş. Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, Ankara 2015, s. 818. Yazar talep eden eşin kendi başına geçinememesi halinde tazminata hükmedileceğini kabul etmektedir. Kanımızca, bu işlev kanun tarafından yok-sulluk nafakasına yüklenmiştir. Maddi tazminat, boşanma nedeniyle uğranılan zararın giderilmesiyle sınırlı olup talep eden eşin maddi durumundan tamamen bağımsızdır. Bu tazminatın yaşam tarzını devam ettirmeye yönelik olmadığı: Bülent Köprülü/Selim Kaneti, *Aile Hukuku*, İstanbul 1989, s. 192-193. Teknik anlamda tazminatın öngörülmesinin yerinde olmadığı hususunda: Hatemi, §10 N. 120.

cı bulunmadığı gibi sosyal sigorta sistemini destekleyen yahut ikame eden işlevi de bulunmamaktadır. Böylece boşanmada maddi tazminata hükmedilirken, zararın tespiti için evliliğin devamı halinde malvarlığının bulunacağı varsayımsal durum ile boşanma nedeniyle halihazırdaki durumu arasında karşılaştırma yapılması lazım gelir.⁹⁶ Bununla birlikte bu karşılaştırmayı evlilik hukuki ilişkisinde yapmak son derece güçtür.⁹⁷ Evlilik birliğinin eşlere sağladığı veya sağlayacağı yararın, boşanma hükümleriyle korunan menfaat olarak kabul edileceği ifade edilse⁹⁸ dahi evlilik hukuki ilişkisinde tarafların mevcut veya beklenen menfaatinin somut surette ne olduğunu yanıtlamak mümkün değildir.⁹⁹ Dolayısıyla gerek kuram gerek uygulama¹⁰⁰ açısından

Maddi tazminata irat olarak hükmedilmiş olması, tazminat işlevini değiştirmez. Karş. Evlilik sırasındaki yaşam düzeyini sağlamaya yöneldiği şeklinde: Cemal Oğuz, "Medeni Kanun Madde 174/I ile 175 Arasındaki Farklar", *GÜHFD*, C. 4 S. 1-2, Ankara Haziran-Aralık 2000, yayın tarihi: 2003, s. 28.

⁹⁶ Sözleşmesel ilişkinin devamına olan menfaat korunduğu için söz konusu tazminat ile olumlu zararın giderilmesine yönelik tazminat istemleri arasında benzerlik kurulabilir. Buna karşılık nişanlanma sözleşmesinde maddi tazminat sorumluluğu olumsuz zararın giderilmesine yöneliktir. Nişanlanma sözleşmesinin ifasına yönelik talep hakkı tanınmamıştır (MK m. 119/I). Bu hususlarda: Ergüne, s. 764; Abik, s. 74 dn. 44, s. 128 vd.

⁹⁷ Bu hükümle genel tazminat hukukundan farklı bir anlayış benimsendiği ve tazminatın belirlenmesinin güçleştiği hususunda: Ömer Arbek, "Boşanmanın Mali Sonuçları", *AÜHFD*, C. 54, S. 1, Ankara 2005, s. 122; Beklenen menfaate ilişkin zararın belirlenmesinde yoksun kalanın kârdakine benzer bir güçlüğün bulunduğu yönünde: Esat Arsebük, *Medeni Hukuk Cilt: II*, Ankara 1940, s. 792.

⁹⁸ Abdülkerim Yıldırım, *Aile Hukuku*, Ankara 2014, s. 88.

⁹⁹ Hatemi, §10 N. 120. Öğretide nafaka kaybı, mal rejiminin tasfiyesiyle yaşanan kayıplar, miras ve sigorta hakkı kaybı örnek olarak verilmektedir (Dural/Öğüz/Gümüş, s. 152; Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku*, İstanbul 2016, s. 297; Öztan, s. 810 vd.). Boşanma nedeniyle iş veya yerleşim yeri değiştirilmesi gibi hususlar maddi zarar kalemleri içinde değerlendirilebilir (Öztan, s. 811; M. Kemal Oğuzman/Mustafa Dural, *Aile Hukuku*, İstanbul 1994, s. 143). Bununla birlikte, tazminat talep edilen tarafın daha önce hayatını kaybedeceği varsayımına dayalı olarak miras, sigorta, sosyal güvenlik haklarının zarar kavramı içinde değerlendirilmesi kanımızca yerinde değildir. Miras ve sair haklarının kaybında gerçek bir tazminin söz konusu olmadığı, sadece bu kayıp nedeniyle uygun bir tazminat verileceği görüşünde: S. Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, İstanbul 1990, s. 260. Birlikte yürütülen bir işin sona ermesi nedeniyle uğranılan zararlar: BK-Bühler/Spühler, Art. 151 ZGB, N. 22.

¹⁰⁰ Yargı kararlarında maddi zararın ne olduğu ve kapsamı tartışılmadan uygun bir miktarda tazminata hükmedilmesi gerektiği yönündeki ifadelerle meselenin geliştirildiği gözlemlenmektedir. Bu durum işaret edilen belirsizliği teyit ettiği gibi bu kuruma, tazminat işlevinin ötesinde toplumsal ve ekonomik işlev yüklenmeye çalışıldığını göstermektedir. Yarg. HGK, 04.07.2012, 117/445 (Lexpera): "... tarafların sosyal ve ekonomik durumları, kusur derecesi, paranın alım gücü gözetilerek,

MK m. 174/I hükmü uyarınca hükmedilen maddi tazminatın tatmin edici derecede belirlenebilir yahut öngörülebilir olduğunu ifade etmek kanımızca doğru olmaz.¹⁰¹ Kaldı ki tazminatın “uygun” olması gerektiği yönündeki hüküm hakimnin bu husustaki takdir yetkisini kuvvetlendirirken, belirsizliği de arttırmaktadır.

Olası maddi tazminatın tutarı hususunda büyük belirsizliğin söz konusu olması nedeniyle, tarafların bu belirsizliğin giderilmesinde menfaatlerinin bulunduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle evlilik sözleşmesi, hükümsüz olsa dahi bu belirsizliğin giderilmesinde hâkimin tazminatın belirlenmesine ilişkin sahip olduğu takdir yetkisi (TBK m. 51-52) çerçevesinde değerlendirilmelidir.¹⁰² Vücut bütünlüğüne yönelik geçersiz rızanın tazminatın belirlenmesinde dikkate alınması gibi, hükümsüz evlilik sözleşmesi de tazminatın indirilmesine veya tazminattan sarfınazar edilmesine yönelik bir olgu olarak göz önünde bulun-

mevcut veya beklenen menfaati boşanma yüzünden ihlal edilen davalı kadın yararına daha uygun miktarda maddi tazminata hükmedilmelidir.”; Aynı yönde: Yarg. 2. HD, 23.01.2008, 4735/439 (Lexpera); Yarg. 2. HD, 14.03.2016, 5554/4864 (Lexpera); Belirsizliğin daha açık bir örneği olarak: Yarg. 2. HD, 18.02.2019, 33/1281 (Lexpera): “Mahkemece verilen ilk hüküm Dairemizce davalı kadın yararına hükmedilen 10.000 TL maddi tazminat az olduğu gerekçesiyle bozulmuş, bozmaya uyularak yeniden yapılan yargılama sonucunda bu defa kadın yararına 40.000 TL maddi tazminata hükmedilmiştir. Bozma sonrası hükmedilen maddi tazminatın miktarı tarafların ekonomik ve sosyal durumlarına uygun düşmediği gibi bozmanın amacına uygun olmayacak şekilde fazla bulunmuştur. Kadın lehine daha uygun miktarda maddi tazminata hükmedilmek üzere kararın bozulmasına karar vermek gerekmiştir”.

¹⁰¹ Uygulamada maddi tazminatın belirlenmesinde somut ölçütlerin ortaya konmadığı, bunun keyfiliğe yol açtığı hususunda: Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, Ankara 2016, s. 162.

¹⁰² Yarg. 2. HD, 6.5.2014, 8791/10427 (Lexpera): “Türk Medeni Kanununun 4. maddesindeki hakkaniyet ilkesi ile Türk Borçlar Kanununun 50. ve devamı maddeleri hükmü nazara alınarak daha uygun miktarda maddi tazminat (TMK.md.174/1) takdiri gerekirken...”; Aynı yönde: Yarg. 2. HD, 20.6.2012, 21448/16865 (Lexpera); Saymen/Elbir, s. 283; Kemalettin Birsen, Medeni Hukuk Dersleri – Genel İlkeler, Şahsın Hukuku, Aile Hukuku, İstanbul 1966, s. 341; Velidedeoğlu, s. 257; Schwarz, s. 173. Boşanmada maddi tazminat belirlenirken eşlerin şahsi durumlarının nazara alınacağı ve birlikte kusurun da bu kapsamda ele alınacağı şeklinde: Öztan, s. 820; Ceylan, s. 87. Teknik olarak tazminatın belirlenmesi söz konusu olduğundan TBK m. 51-52 hükümlerinin uygulanmasının önünde, MK m. 5 ve TBK m. 114/II de göz önünde tutulursa engel bulunmamaktadır. Feyzi N. Feyzioğlu, Aile Hukuku, Yayına Hazırlayanlar: Özakman, Cumhuriyet/Sarıal, Enis, İstanbul 1986, s. 404; Örneğime yoluyla uygulanacağı şeklinde: O. Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 2015, s. 178-179; BK-Bühler/Spühler, Art. 151 ZGB, N. 11, birlikte kusurun, tamamen rastlantısal olmadığı takdirde daima tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alınması gerektiği: Ibid, N. 35.

durulmalıdır (TBK m. 52/I).¹⁰³ Zira burada da menfaat kaybının gerçekleşmesine yönelmiş ancak hükümsüz irade beyanı bulunmaktadır. Bununla birlikte sözleşme, doğrudan doğruya tazminatın indirilmesi ve hatta tazminattan sarfınazar edilmesine yol açan olgu olarak kabul edilemez.¹⁰⁴ Evlilik sözleşmesi ile boşanma arasındaki sürenin kısalığı, evlilik birliği devam ederken eşin sözleşmenin geçerliliğine ilişkin itirazda bulunmaması ve evlilik sözleşmesi kurulurken talepte bulunanın aleyhine hakkaniyetsizliğin söz konusu olmaması özellikle nazara alınacak hususlar arasındadır. Bu olguların bulunmaması veya daha az yoğunlukla bulunması halinde, tazminatın indirilmesi veya tazminattan sarfınazara edilmesi bakımından sözleşmenin nazara alınmasında daha ölçülü olunabilir. Ayrıca, hükümsüz evlilik sözleşmesinde mal rejiminin tasfiyesi kapsamında hiçbir talebin ileri sürülmeyeceği kabul edilmişse, bunun maddi tazminat açısından indirim sebebi olarak değerlendirilmesi mümkündür. Zira mal rejiminin tasfiyesine ilişkin kararlaştırılmış hükmün geçersizliği, maddi tazminat talep eden tarafın mal rejiminin tasfiyesinden tamamen istifade etmesine sebep olur. Bu durumda, ilgili tarafın evliliğin devamında beklediğinden daha fazla maddi menfaat elde etmesi söz konusu olur. Oysa hükümsüz evlilik sözleşmesiyle bu açıdan da menfaat kaybına yönelik ve tazminatın indirilmesinde dikkate alınabilecek bir irade açıklaması mevcuttur.

¹⁰³ Rıza, hükümsüz olması itibarıyla hukuka uygunluk sebebi olarak sonuç doğuramıyorsa da tazminatın belirlenmesinde indirim sebebi olarak nazara alınabilir: Mustafa Tiftik, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Zararın Kapsamı, Ankara 1994, s. 100; Haluk N. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2017, N. 133.1; Mustafa Dural/Tufan Ögüz, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul 2017, s. 150; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018, s. 548; Haluk Tandoğan, Türk Mes'uliyet Hukuku, İstanbul 2010, s. 321; Eren, N. 2393; M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 2018, N. 63; Antalya, C. II, s. 463; Başak Baysal, Zarar Görenin Kusuru, İstanbul 2012, s. 45. Hükümsüz rıza ile zarar arasında nedensellik bağı dahi bulunmayabilir, bu durumda TBK m. 51 uyarınca indirim yapılması mümkündür: Haluk N. Nomer, Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996, s. 106. Hukuka uygunluğu temin edemeyen hükümsüz rızanın, tazminatın indirilmesi sebepleri arasında zarar görenin kusuru olarak mı değerlendirileceği yoksa ayrı indirim nedeni olarak mı kabul edileceği tartışmalıdır (Farklı olduğu görüşünde: Baysal, s. 44; Aynı nitelikte olduğu görüşünde: Oğuzman/Öz, C. II, N. 375; Nomer, N. 133; S. Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 490 ancak karşı. 593; Feyzi N. Feyzioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 1976, s. 536). Bu olgu her halükarda indirim sebebi teşkil ettiğinden, söz konusu tartışma salt kuramsal niteliktedir.

¹⁰⁴ TBK m 51-52 hükümlerindeki indirim sebeplerinin hâkimi bağlayıcı olmadığı hakkında: Oğuzman/Öz, C. II, N. 365; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 591 vd.

4. Manevi Tazminat

MK m. 174/II hükmü ise, boşanmaya sebep oluşturan olgular nedeniyle kişilik hakkı¹⁰⁵ ihlal edilen daha az kusurlu veya kusursuz tarafın kusurlu taraftan uygun miktarda para¹⁰⁶ olarak manevi tazminat talep edebileceğini düzenlemektedir. Bu hükümle, boşanma sebebi teşkil eden ve aynı zamanda kişilik hakkı ihlali oluşturan olguların sebebiyet verdiği manevi zararın giderilmesi amaçlanmaktadır.¹⁰⁷ Manevi tazminatın işlev, niteliği ve buna bağlı olarak belirlenmesi

¹⁰⁵ Maddi tazminatta söz konusu olduğu gibi boşanma, tek başına manevi tazminata da hak kazandırmaz. Manevi tazminatın doğumu için boşanma sebebi oluşturan olguların kişilik hakkını ihlal edici nitelik göstermesi gerekir. Örnek olarak, terk sebebi ile boşanma, manevi tazminat talebini doğurmaz: Tülay Aydın Ünver/Şeyda Dursun Karaahmetoğlu, "Yargıtay Kararları Işığında Terk İhtarının Boşanma Sebeplerine ve Manevi Tazminat Talebine Etkisi", *İÜHF*, C. 75, S. 2, İstanbul 2017, s. 604.

¹⁰⁶ Manevi tazminat olarak salt paraya hükmedilebileceği, TBK m. 58/II hükmünün uygulanmayacağı hususunda: Hülya Atan, *Manevi Zararı Tazmin Yolları*, İstanbul 2015, s. 298; Aynı yönde: BK-Bühler/Spühler, Art. 151 ZGB, N. 80; Mehmet Erdem, *Aile Hukuku*, Ankara 2019, s. 192, s. 197. Güncel kanun sistematliğini ve amacını nazara alarak farklı yönde değerlendirme: Arzu Genç Arıdemir, "Manevi Tazminatın Bir Miktar Para Ödenmesi Dışındaki Türleri", *Kişilik Haklarına İlişkin Güncel Sorunlar*, Editörler: Sanem Aksoy Dursun/Arzu Genç Arıdemir, İstanbul 2020, s. 154.

¹⁰⁷ Bu olanağın MK m. 174/II kapsamında ayrıca düzenlenmesinin gerekliliği tartışmaya açıktır. MK m. 58 hükmü genel olarak kişilik haklarının ihlali halinde manevi tazminat talep edilebileceğini hüküm altına almaktadır. Buna göre, eşlerden birinin diğer eşe karşı yaptığı kişilik hakkını ihlal eden eylemlerden ötürü evlilik esasında veya sonrasında manevi tazminat talep edilebilir. Zira evli olmak ve evliliği sürdürmek, kişilik ihlalleri açısından hukuka uygunluk nedeni oluşturmaz. Evliliğin devam ettirilmesine karşın manevi tazminat talep edildiği hallerde, bu durum tazminatın belirlenmesi yönünden nazara alınacaktır. Ayrıca, manevi tazminat alacağına ilişkin zamanaşımını TBK m. 153/b.3 hükmü uyarınca işlemeyecektir. Bununla birlikte MK m. 166/III veya m. 184/b. 5 hükmünün uygulandığı bir davada, boşanma kararının ardından kural olarak, bu hak açıkça saklı tutulmadıkça, manevi tazminat talep edilmesi mümkün değildir: Yarg. 2. HD, 16.01.2019, 2080/280 (Lexpera); Yarg. 2. HD, 19.10.2012, 11544/25372 (Lexpera); Özdemir, s. 160. Ayrıca ifade etmek gerekir ki öğreti ve Yargıtay bu istemin saklı tutulması halinde MK m. 166/III uyarınca boşanmaya cevaz vermemektedir: Yarg. 2. HD, 13.01.2015, 16344/169 (Lexpera); Özkan Cavit Hoşlan, "Anlaşmalı Boşanma Protokollerine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", *Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları Cilt II: Aile Hukuku-20 Nisan 2017*, Editör: B. İlkay Engin, İstanbul 2019, s. 212-213. Sadece boşanma davası ile ileri sürülebilir görüşünde: BK-Bühler/Spühler, Art. 151 ZGB, N. 70; Saymen/Elbir, s. 278. Türk hukukunda İsviçre hukukundan farklı olarak boşanma kararının birliği ilkesi benimsenmediğinden (Gümüş, s. 302), bu gerekçe ile manevi tazminat talebinin sadece boşanma davası ile ileri sürülebileceği savunulamaz. İsviçre'de bu gerekçe ile: BK-Bühler/Spühler, *vorb.* zu Art. 149-157 ZGB, N. 76.

hususunda öğretide pek çok farklı görüş ileri sürülmüştür.¹⁰⁸ Bu görüşlerden hangisi benimsenmiş olursa olsun, gerek kuramsal düzeyde gerek uygulamada, manevi tazminat tutarının öngörülebilir olduğunu ileri sürmek kanımızca güçtür.¹⁰⁹ Olası manevi tazminat yönünden de taraflar açısından belirsizliğin söz konusu olduğu ve bu belirsizliğin ortadan kaldırılmasında tarafların menfaatlerinin bulunacağı çıkarımı yapılabilir.

Manevi tazminatın belirlenmesinde de TBK m. 51-52 hükümleri uygulama alanı bulur.¹¹⁰ Dolayısıyla maddi tazminat başlığında yapı-

¹⁰⁸ Arzu Genç Arıdemir, *Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat*, İstanbul 2008, s. 7 vd.; Antalya, C. II, s. 149 vd.-174 vd.; Caner Taşatan, “Manevi Tazminat İsteminin Devrine Getirilen Yasal Sınırlamanın Yerindeliği”, *Sorumluluk Hukuku Seminerler 2016*, Editör: Başak Baysal, İstanbul 2016, s. 475 vd.; Atlan, s. 56 vd. ve s. 106 vd.; Pierre Tercier, *Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil Suisse*, Friburg 1971, s. 98 vd.

¹⁰⁹ Yargı kararlarında genellikle şu yönde ifadeler kullanılmakla yetinilmektedir: Yarg. 2. HD, 30.01.2013, 15802/2438 (Lexpera) “Boşanmada manevi tazminatın amacı, boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan tarafın, bozulan ruhsal dengesini telafi etmek, manevi değerlerindeki eksilmeyi karşılamaktır. Onun için, kişilik haklarını ihlal eden fiille, tazminat miktarı arasında makul bir oranın bulunması gerekir. Bir tarafın zenginleşmesine yol açacak sonuçlar doğurur miktarda manevi tazminat takdiri, müesseseyi amacından saptırır. Hakim, tazminat miktarını saptarken, bir yandan kişilik hakları zedelenen tarafın, ekonomik ve sosyal durumunu ve boşanmada kusur bulunup bulunmadığını ve varsa kusur derecesini, fiilin ağırlığını; öbür yandan da, kişilik haklarına saldırıda bulunanın kusur derecesini, ekonomik ve sosyal durumunu göz önünde bulundurmak zorundadır. Açıklanan ilkeler gözetildiğinde davacı-davalı koca lehine takdir edilen manevi tazminat miktarı orantısız ve çoktur”. Manevi tazminatın belirlenmesinin, maddi tazminata nazaran daha güç olduğu hususunda: Arbek, s. 137.

¹¹⁰ Eren, N. 2487; Baysal, s. 241; Tercier, s. 201; Genç Arıdemir, s. 71; Atlan, s. 104. Zararın belirlenmesi kapsamında nazara alınması yönünde: Polat, s. 199-200; Bu yönde anlaşılabilir: Velidedeoğlu, s. 260; Schwarz, s. 174. Yarg. 2. HD, 21.02.2013, 11780/4498 (Lexpera): “O halde mahkemece, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, tazminata esas olan fiilin ağırlığı ile hakkaniyet kuralları (TMK. md.4 TBK. md. 50, 51, 52, 58) dikkate alınarak kadın yararına uygun miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekir”. Hafif birlikte kusurun indirim, ağır birlikte kusurun ise tazminattan sarfınazar sebebi olacağı şeklinde: BK-Bühler/Spühler, Art. 151 ZGB, N. 83; Tercier, s. 263. Karş. Nedensellik bağıni kesmeyen ağır kusurun tazminatın belirlenmesinde indirim sebebi olacağı görüşünde: Oğuz, s. 25. Manevi tazminatın belirlenmesinin tek aşamalı olduğu yönündeki görüş (Oğuzman/Öz, C. II, N. 782) açısından da TBK m. 51-52 hükümleri kapsamına girecek olgular zararın belirlenmesi bakımından göz önünde tutulacaktır: Kemal Oğuzman, “İsviçre ve Türkiye’de Medenî Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler”, Prof. Dr. Halûk Tandoğan Anısına Armağan, Ankara 1990, s. 50.

lan açıklamalar ve belirtilen ölçütler doğrultusunda hâkim, hükümsüz evlilik sözleşmesini tazminattan indirim ve sarfınazar sebebi sayabilir. Manevi tazminata hak kazandıran olguların, evlilik sözleşmesi kapsamında kalıp kalmadığı hususu özellikle dikkate alınmalı ve sözleşme hükümleri bu yönde yorumlanmalıdır. Evlilik sözleşmesi kurulurken, manevi zarara, TBK m. 27 aykırılık nedeniyle hukuka uygunluk sebebi oluşturmayan ancak TBK m. 52/I kapsamında sayılabilecek anlamda rıza verilen fiiller güven ilkesine göre belirlenmelidir. Hükümsüz rıza beyanı, kapsamının belirlenmesi açısından yine güven kuramına göre yorumlanmak gerekir. Olası boşanmada, eşlerden birinin manevi tazminat isteminde bulunmayacağını kabul etmesi indirim sebebi olarak karşı tarafın öngörebildiği fiillerde söz konusu olabilir. Örnek olarak, hükümsüz evlilik sözleşmesi kurulduğunda hayata kast nedeniyle boşanabileceğini güven ilkesi çerçevesinde öngörmek ve buna -TBK m. 27'ye aykırılığı nedeniyle kesin hükümsüzlükle malûl de olsa- rıza vermek, evlilik birliği temelinden sarsacak başkaca yükümlülük ihlali ne nazaran çok daha düşük bir olasılıktır. Bu durumda, hayata kast nedeniyle boşanmada manevi tazminattan TBK m. 27'ye aykırılık nedeniyle hükümsüz rızayı içeren geçersiz evlilik sözleşmesinden bahisle TBK m. 52/I uyarınca indirim yapmak uygun değildir. Rıza, salt zarar sonucunu değil zarara yol açan fiilleri de kapsamalıdır.

5. Yoksulluk Nafakası

Yoksulluk nafakasıyla boşanma sonucunda yoksulluğa¹¹¹ düşecek eş, boşanma sebebinde kusuru¹¹² diğer eşten fazla olmadığı takdirde boşanma davasıyla veya boşanma davasının kesinleşmesini izleyen

¹¹¹ Yoksulluğun gerçekleşip gerçekleşmediğinin anlaşılabilmesi için talepte bulunan eşin malvarlığı durumunun kesin olarak belirlenmiş olması gerekir. Bu itibarla yoksulluk nafakası isteminde bulunulduğu takdirde, diğer malvarlıksal istemler, ileri sürülmemiş bile olsa talepte bulunan eşin malvarlığının belirlenmesi kapsamında hesaplanmalıdır. Bu hususta ayrıntılı değerlendirme için: Gümüş, s. 299 vd. Yoksulluğun belirlenebilmesi için öncelikle mal rejiminin tasfiye edilmesi gerektiği görüşünde: Erdem, s. 203; Ayrıca: Azra Arkan Serim, "Yoksulluk Nafakası", *İÜHFİM*, C. 65, S. 1, İstanbul 2007, s. 290 ve 300; Yalçın Tosun, "Türk ve İsviçre Hukukunda Yoksulluk Nafakasının ve Doğurduğu Hukuki Sorunların İncelenmesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 129-130, Ankara 2015, s. 65-66; Ceylan, s. 111-112.

¹¹² Kusur değerlendirmesi, boşanma sebebinde yapıldığı için hükümsüz evlilik sözleşmesi dikkate alınmayacaktır.

bir yıl içinde açacağı ayrı dava ile bu istemde bulunabilir. Yoksulluk nafakasına ilişkin hükümlerin amacı yoksulluğun giderilmesiyle sınırlıdır.¹¹³ Bu bakımından aile hukuku hükümleriyle sosyal devlete ait bir görev, boşanmış eşlere yüklenmiş olmaktadır.¹¹⁴ MK m. 166/III ve m. 184/b. 5 hükümleri saklı kalmak üzere, nafaka tutarı hâkim tarafından yoksulluğun giderilmesi amacını aşacak şekilde belirlenerek, boşanma sebebiyle yasal boşanma rejiminde öngörülenler dışında malvarlığı transferi boşanan eşler arasında sağlanamaz. Görüldüğü üzere, yoksulluk nafakası tazminat niteliğini bünyesinde taşımamaktadır. Her ne kadar yoksulluk nafakası olarak belirlenecek edimin tutarı hususunda evlilik öncesinde bir ölçüde belirsizlik bulunuyor olsa da kanun, boşanma esnasında göz önünde tutulacak ölçütü açık biçimde tespit

¹¹³ Yoksulluk nafakasının tutarı, borçlunun mali gücü ölçüsünde kalmak kaydıyla yoksulluğun giderilmesi için yetecek miktarla sınırlıdır: Dural/Öğüz/Gümüş, s. 156; Benzer yönde: Kılıçoğlu, s. 170; Erdem, s. 204; Feyzioğlu, Aile Hukuku, s. 398. Yoksulluğun boşanma sonucu ortaya çıkması gerektiği, kişisel bir durumdan ileri gelmemesi gerektiği şeklinde: Saymen/Elbir, s. 280; Arkan Serim, s. 290; Evlilikten önce de yoksulluk içinde maddi sıkıntı yaşayan kişi bakımından: Tosun, s. 65; Karş. Öztan, s. 839, Yazar önceki yaşam tarzına oranla düşük ekonomik şartlarda yaşamının yoksulluk sayılacağını kabul etmektedir. MK m. 166/III kapsamındaki birtakım boşanmalarda, eşlerin yoksulluk nafakası adı altında yoksulluğu giderme işlevini fazlasıyla aşan tutarların ödenmesi hususunda uzlaştıkları görülmektedir. Bu gibi sözleşme hükümlerinin yasal yoksulluk nafakası olarak değil, olağan sözleşmesel bir edim taahhüdü olarak görülmesi gerekir. Bunun en temel sonucu ise nafaka tutarının değiştirilmesi veya nafakasının sona ermesinin Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine ve özellikle TBK m. 138 hükmüne tâbi olmasıdır: Başak Baysal, Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul 2019, N. 378; Benzer yönde: Hoşlan, s. 247-248. Yoksulluk nafakasının belirlenmesine ilişkin olarak güncel eğilim ve gelişmeler hakkında: Gediz Kocabaş, "Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 19, S. 1, İstanbul 2013, s. 360 vd. Öte yandan, mali gücüyle orantısız surette nafakayla sorumlu tutulması, kişinin anayasal maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlali anlamına gelecektir: Anayasa Mahkemesi, 7.11.2019, 2016/3140 [Bireysel Başvuru] (Resmî Gazete-17.12.2019/30981).

¹¹⁴ Mustafa Şahin, "Türk - İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları", *GÜHFD*, C. 21, S. 3, Ankara 2017, s. 83 ve 86. Karş. Sosyal devlet ilkesine uygun bir paylaşımın söz konusu olduğu fikrinde: Zekeriya Kuşat, "Anayasa Mahkemesinin Anlaşmalı Boşanma ve Yoksulluk Nafakasına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", *Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu* (21 Mayıs 2012), İstanbul 2013, s. 226-227. Olması gereken hukuk açısından tahsil edilemeyen nafakanın rücu edilmek üzere devlet tarafından borçluya ödenmesi görüşü: Oktay Özdemir, Revizyon İhtiyacı, s. 43.

etmiştir. Bu ölçüt kapsamında hükümsüz evlilik sözleşmesinin dikkate alınmasını sağlamak mümkün değildir. Hükümsüz evlilik sözleşmesinin herhangi bir hukuki gerekçeyle yoksulluk nafakası tutarının belirlenmesinde etkili kılınmasının olanağı yoktur.

SONUÇ

Evlilik sözleşmelerini Türk hukukunda geçerli saymak olanaklıdır. Bununla birlikte, boşanmanın sonuçlarının öngörülebilirliği hukuki güvenlik açısından gerekliliktir. Türk hukukunda özellikle boşanmaya ilişkin tazminat sorumluluğu rejiminde belirsizlik mevcuttur. Dolayısıyla, aile hukukunun sözleşmeselleşmesi eğilimine uygun olarak, bu sözleşmelere hukukumuzda kısmi de olsa etki tanınması gereksinimi duyulmaktadır.

Bu çerçevede evlilik sözleşmesiyle bireylere tanınacak irade serbestisi ile zayıf tarafın kamu düzeni açısından korunması gerekliliği arasında denge kurulmak lazım gelir. Çalışmada değinilen İngiliz ve Alman hukuk uygulamaları bu konuda ışık tutmaktadır. Başlangıçta evlilik sözleşmesine cevaz verilmeyen İngiliz hukukunda, boşanmanın sonuçlarının takdir edilmesi kapsamında adil olmayan sonuçlar doğurmadığı ölçüde bu sözleşmelerin dikkate alınabileceği kabul edilmişken; evlilik sözleşmesine daha geniş anlamda olanak tanıyan Alman hukukunda da serbestinin eşler arasında tek yanlı ve haksız yük dağılımına yol açmaması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Böylece farklı çıkış yollarıyla benzer noktalara varılmıştır. Anılan hukuk düzenlerinde ulaşılan sonuçların yakınlığı, çağımızda benzer çözümlere duyulan genel gereksinimi ortaya koymaktadır.

Türk hukukunda hükümsüz evlilik sözleşmesinin, içeriğinin de dikkate alınmasıyla, hükümsüz rızanın birlikte kusur oluşturmaya koşut olarak maddi ve manevi tazminat istemlerinde tazminattan indirim yapma veya sarfınazar etme sebebi olarak kabul edilmesi gereklidir. Hükümsüz evlilik sözleşmesine bu yönde etki sağlayabilecek hukuki dayanak, tazminatın belirlenmesinde genel uygulama alanına sahip hükümlerdir. Tazminat sorumluluğu dışındaki boşanmanın mali sonuçlarında ise hükümsüz evlilik sözleşmesine etki tanınması mümkün değildir.

Kaynakça

Kitaplar

- Acabey M. Beşir, Teorik ve Pratik Yönleriyle Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara 2020.
- Acar Faruk, Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı, Ankara 2014.
- Akıntürk Turgut/Ateş Derya, Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku, İstanbul 2016.
- Aldemir İpek Betül, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi, İstanbul 2018.
- Antalya O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I ve II, İstanbul 2015.
- Arsebük Esat, Medeni Hukuk Cilt: II, Ankara 1940.
- Atlan Hülya, Manevi Zararı Tazmin Yolları, İstanbul 2015.
- Beck'sche Online-Kommentare BGB, 52. bası, Bamberger/Roth/Hau/Poseck, (BGB §1408).
- Baysal Başak, Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul 2019.
- Baysal Başak, Zarar Görenin Kusuru, İstanbul 2012.
- Birsen Kemalettin, Medeni Hukuk Dersleri – Genel İlkeler, Şahsın Hukuku, Aile Hukuku, İstanbul 1966.
- Boyar Oya, Anayasa ve Özel Hukuk, İstanbul 2019.
- Burckhard Johannes, Eheleiche Vermögensausgestaltung im Korsett des Grundgesetzes, Berlin 2016.
- Bühler Walter/Spühler, Karl, Berner Kommentar Band/Nr. II/1/1/2, Bern 1980 (Art. 151 ZGB).
- Ceylan Ebru, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, İstanbul 2006.
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş M. Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2019.
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul 2017.
- Dural Mustafa/Öz Turgut, Miras Hukuku, İstanbul 2016.
- Erdem Mehmet, Aile Hukuku, Ankara 2019.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019.
- Ersen Perçin Gizem, Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Mal Rejimleri, İstanbul 2014.
- Feyzioğlu Feyzi N., Aile Hukuku, Yayına Hazırlayanlar: Özakman Cumhuriyet/Sarıal Enis, İstanbul 1986 (Aile Hukuku).
- Feyzioğlu Feyzi N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 1976.
- Genç Aridemir Arzu, Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, İstanbul 2008.

- Genna Gian Sandro, Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch) ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Zürich 2016.
- Gernhuber Joachim/Coester-Waltjen Dagmar, Familienrecht, Münih 2010.
- Gümüş Mustafa Alper, Teori ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul 2008.
- Hatemi Hüseyin, Aile Hukuku, İstanbul 2019.
- Hausheer Heinz/Æbi-Müller Regina E., Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 5. Bası, Basel 2014.
- Hausheer Heinz/Reusser Ruth/Geiser Thomas, Berner Kommentar Band/Nr. II/1/3/1 Allgemeine Vorschriften, Art. 181-195a ZGB; Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 196-220 ZGB, Bern 1992.
- Herring Jonathan, Family Law, Essex 2011.
- Herring Jonathan, Relational Autonomy and Family Law, Heidelberg 2014 (Relational Autonomy).
- J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 4: Familienrecht: §§ 1363 - 1563 (Eheliches Güterrecht)-Thiele, 2007 (BGB §1408); J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 1: Allgemeiner Teil: §§ 134-138; ProstG (Allgemeiner Teil 4a - Gesetzliches Verbot und Sittenwidrigkeit)-Sack, 2017 (BGB §138).
- Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch: BGB-Budzikiewicz, 17. bası, 2018 (BGB §1408-1409).
- Jungo Alexandra, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB - PartG, Zürich-Basel-Cenevre 2016.
- juris PraxisKommentar BGB Band 4 - Familienrecht-Hausch, 2014 (BGB §1408).
- Kılıçoğlu Ahmet M., Aile Hukuku, Ankara 2016.
- Kılıçoğlu Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018 (Borçlar Hukuku).
- Kırbaş Özlem, Türk Hukuku'nda Eşlerin Anlaşmasına Dayanan Boşanma: (MK.m.134/III), İÜSBE Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1994.
- Kocayusufpaşaoğlu Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2010.
- Kocayusufpaşaoğlu Necip, Miras Hukuku, İstanbul 1987 (Miras Hukuku).
- Köprülü Bülent/Kaneti Selim, Aile Hukuku, İstanbul 1989.
- Köteli M. Argun, Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler, İstanbul 1991.
- Kronby Malcolm C., Canadian Family Law, Ontario 2010.
- Langenfeld Gerrit/Milzer Lutz, Handbuch der Eheverträge und Schiedungsvereinbarungen, Münih 2015.
- Muscheler Karlhein:, Familienrecht, Münih 2012.
- Münchener Kommentar zum BGB-Kanzleiter, Münih, 7. bası, 2017 (BGB §1408).
- Nomer Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2017.
- Nomer Haluk N., Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996.

- NomosKommentar Bürgerliches Gesetzbuch Band 4 Familienrech-Friederici, 2010 (BGB §1408).
- Oğuzman M. Kemal/Dural Mustafa, Aile Hukuku, İstanbul 1994.
- Oğuzman M. Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I ve II, İstanbul 2018.
- Oktay Özdemir Saibe, İstanbul Şerhi – Türk Borçlar Kanunu, C. I, İstanbul 2019 (TBK m. 26).
- Özdamar Demet/Kayış Ferhat/Yağcıoğlu Burcu/Akgün Aliye, Yasal Mal Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara 2019.
- Özdemir Nevzat, Türk – İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul 2003.
- Öztan Bilge, Aile Hukuku, Ankara 2015.
- Polat Alperen, Sorumluluk Hukukunda Rıza, İstanbul 2019.
- Praz Emilie M., L'entreprise de l'un des époux en droit matrimonial, Cenevre-Zürih-Basel 2018.
- Ranzanici Ciresa Francesca, La protection de la partie faible dans la communauté de vie non maritale Convention et exemples pratiques, Zürich 2019.
- Sarı Suat, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul 2007.
- Saymen Ferit H./Elbir Halid K., Türk Medeni Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 1957.
- Schwarz Andreas B., Aile Hukuku I, Çeviri: Bülent Davran, İstanbul 1946.
- Stanley Kate/Davies Paula, Family Law, Palgrave Macmillan 2013.
- Statsky William P., Family Law, New York 2002.
- Şıpka Şükran, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, İstanbul 2011.
- Tandoğan Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku, İstanbul 2010.
- Tekinay S. Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altıp Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- Tekinay S. Sulhi, Türk Aile Hukuku, İstanbul 1990.
- Tercier Pierre/Pichonnaz Pascal/Develioğlu H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016.
- Tercier Pierre, Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil Suisse, Friburg 1971.
- Thompson Sharon, Prenuptial Agreements and the Presumption of Free Choice, Oxford 2015.
- Tiftik Mustafa, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Zararın Kapsamı, Ankara 1994.
- Velidedeoğlu Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku Cilt II Aile Hukuku, İstanbul 1966.
- Yıldırım Abdülkerim, Aile Hukuku, Ankara 2014.
- Zeytin Zafer, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara 2020.

Makaleler

- Abik Yıldız, "Nişanlanma ve Nişanlılık", *AÜHFD*, C. 54, S. 2, Ankara 2005, s. 65-152.
- Acar Faruk, "Türk Hukukunda Yasal Mal Rejimleri", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 35, S. 1, İstanbul 2015, s. 143-156.
- Arbek Ömer, "Boşanmanın Mali Sonuçları", *AÜHFD*, C. 54, S. 1, Ankara 2005, s. 115-163.
- Arkan Serim Azra, "Yoksulluk Nafakası", *İÜHFM*, C. 65, S. 1, İstanbul, 2007, s. 287-302.
- Aydın Ünver Tülay/Dursun Karaahmetoğlu Şeyda, "Yargıtay Kararları Işığında Terk İhtarının Boşanma Sebeplerine ve Manevi Tazminat Talebine Etkisi", *İÜHFM*, C. 75, S. 2, İstanbul 2017, s. 587-608.
- Başoğlu Başak/Paksoy M. Sermin, "Dini Nikâhlı Kadının Hukuki Durumu", Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul 2011, s. 239-269.
- Belling Detlew W./İnce Nurten, "Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 12, S. 137, İstanbul 2014, s. 3-58.
- Bilge Necip, "Eşler Arasında veya Koca Menfaatına Karı ile Üçüncü Kişiler Arasında Yapılan Hukuki Muamelelerin Yargıç Tarafından Tasvibi", *AÜHFD*, C. 8, S. 1-2, Ankara 1951, s. 606-651.
- Breitschmid Peter, "Scheidungsplanung"? Fragen um "Scheidungskonventionen auf Vorrat" ", *AJP*, 1999, s. 79-93.
- Canaris Claus-Wilhelm, "Grundrechte und Privatrecht", *Archiv für die civilistische Praxis*, C. 184, 1984, s. 201-246.
- Elçin Grassinger Gülçin, "Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu ile İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı", *İÜHFM*, C. 55, S. 3, İstanbul 1997, s. 235-242.
- Ergüne M. Serkan, "Nişanın Bozulmasında Maddi Tazminat", *İÜHFM*, C. 74, S. 2, İstanbul 2016, s. 757-771.
- Esener Turhan, "Boşanmanın Fer'i Neticelerine Dair Mukaveleler", *AÜHFD*, S. 3-4, Ankara 1951, s. 610-628.
- Frank M. Rainer, "Le centenaire du BGB: le droit de la famille face aux exigences du raisonnement politique, de la constitution et de la cohérence du système juridique", *Revue internationale de droit comparé*, C. 52, S. 4, Ekim-Aralık 2000, s. 819-842.
- Freeman James/Coveney Hilary/Francis Victoria/Cunniff Philippa, "Guarding the Triple Crown: Pre-Nuptial Agreements in Three Jurisdictions", *Family Law*, C. 38, 2008.
- Geiser Thomas, "Bedürfen Eheverträge der gerichtlichen Genehmigung ?", *Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag*, Bern 2005, s. 421-466.
- Genç Arıdemir Arzu, "Manevi Tazminatın Bir Miktar Para Ödenmesi Dışındaki Türleri", *Kişilik Haklarına İlişkin Güncel Sorunlar*, Editörler: Sanem Aksoy Durun/Arzu Genç Arıdemir, İstanbul 2020, s. 119-163.
- Hausheer Heinz, "Neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Umfang und Grenzen der Privatautonomie im Familienrecht: insbesondere zu Unterhaltsvereinbarungen ohne konkreten Scheidungshorizont, zum Vorsorgeausgleich und zur

- Wahlfreiheit beim Güterstand - Bemerkungen zu BGE 121 III 393 ff., 122 III 97 ff., 129 III 481 ff. Und 5C.114/2003 vom 4. Dez. 2003", *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV)*, 140/2004, s. 872-879.
- Hohmann-Dennhardt Christine, "Möglichkeiten und Grenzen der Gestaltung von Eheverträgen", *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, C. 88, S. 3, 2005, s. 197-207.
- Hoşlan Özkan Cavit, "Anlaşmalı Boşanma Protokollerine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", *Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları Cilt II: Aile Hukuku-20 Nisan 2017*, Editör: B. İlkay Engin, İstanbul 2019, s. 203-285.
- İnce Nurten: "Hâkim Tarafından Evlilik Sözleşmelerinin İçeriksel Denetimi", *İnsan Bilimleri Araştırmaları*, Editör: Leyla Aldemir, Bursa, 2018, s. 345-374.
- Kaneti Selim, "Anayasa Mahkemesi Kararlarına göre Anayasa'nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 6, Ankara 1989, s. 17-35.
- Kapancı Kadir Berk, "Contractualisation of Family Law: Is it possible in Turkey?", *Turkish Reports to the XIXth International Congress of Comparative Law*, Editör: Rona Serozan/Başak Başoğlu, İstanbul 2015, s. 97-109.
- Kocabaş Gediz, "Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 19, S. 1, İstanbul 2013, s. 357-391.
- Kurşat Zekeriya, "Anayasa Mahkemesinin Anlaşmalı Boşanma ve Yoksulluk Nafakasına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", *Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012)*, İstanbul 2013, s. 211-227.
- Lowe Nigel, "Prenuptial agreements: the English Position", *InDret (Revista Para El Análisis Del Derecho)*, 1/2008, s. 1-12.
- Marella Maria Rosaria, "The Contractualisation of Family Law in Italy", *Contractualisation of Family Law – Global Perspective*, Editör: Frederik Swennen, Heidelberg 2015, s. 241-254.
- Morcillo Marta Garcia, "Limiting Generosity: Conditions and Restrictions on Roman Donations", *Gift-Giving and the Embedded Economy in Ancient Greece and Rome*, Editör: Filippo Carlà/Maja Gori, Heidelberg 2014, s. 241-268.
- Münch Christof, "Vertragsfreiheit und Inhaltskontrolle von Eheverträgen", *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, C. 88, S. 3, 2005, s. 208-229.
- Oğuz Cemal, "Medeni Kanun Madde 174/I ile 175 Arasındaki Farklar", *GÜHFD*, C. 4, S. 1-2, Ankara Haziran-Aralık 2000, yayın tarihi: 2003.
- Oğuzman Kemal, "İsviçre ve Türkiye'de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevî Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler", *Prof. Dr. Halûk Tandoğan Anısına Armağan*, Ankara 1990, s. 7-54.

- Oktay Özdemir Saibe, "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 35, S. 1, İstanbul 2015, s. 29-46 (Revizyon İhtiyacı).
- Öncü Özge, "Eşlerin "Anlaşmalı Boşanma" Çerçevesinde Mal Rejiminin Tasfiyesine Yönelik Olarak Yaptıkları Anlaşmalar ve Bu Anlaşmaların Uygulamada Doğurduğu Sorunlar", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, İzmir 2017 (Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan), s. 793-835.
- Rains Robert E., "A Prenup for Prince William and Kate? England Inches Toward Twentieth Century Law of Antenuptial Agreements; How Shall It Enter The Twenty-First?", *Florida Journal of International Law*, C. 23, 2011, s. 447-480.
- Rosenbury Laura A., "Friends with Benefits?", *Michigan Law Review*, C. 106, S. 2, Kasım 2007, s. 189-242.
- Sanders Anne, "Private Autonomy and Marital Property Agreements", *The International and Comparative Law Quarterly*, C. 59, S. 3, Temmuz 2010, s. 571-603.
- Scherpe Jens Martin/Sloan Brian, "Contractualisation of Family Law in England & Wales: Autonomy vs Judicial Discretion", *Contractualisation of Family Law - Global Perspectives*, Editör: Frederik Swennen, Heidelberg 2015, s. 165-193.
- Serozan Rona/Başoğlu Başak/Kapancı K. Berk, "Aile Hukukunun Özellikleri, İlkelere ve Gelişimi", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 2, 2016 (Prof. Dr. İlhan Uluşan'a Armağan-Cilt II), s. 531-560.
- Swennen Frederik, "Private Ordering in Family Law: A Global Perspective", *Contractualisation of Family Law - Global Perspectives*, Heidelberg 2015, s. 1-59.
- Şahin Mustafa, "Türk - İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları", *GÜHFD*, C. 21, S. 3, Ankara 2017, s. 75-108.
- Şenocak Zarife, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değere Katılma İle İlgili Mal Rejimi Sözleşmeleri ve Tenkisi", *AÜHFD*, C. 58, S. 2, Ankara 2008, s. 377-411.
- Taşatan Caner, "Manevi Tazminat İsteminin Devrine Getirilen Yasal Sınırlamanın Yerindeliği", *Sorumluluk Hukuku Seminerler 2016*, Editör: Başak Baysal, İstanbul 2016, s. 471-485.
- Thompson Sharon, "In Defence of the 'Gold-Digger'", *Oñati Socio-legal Series*, C. 6, S. 6, 2016, s. 1225-1248 (Gold-Digger).
- Tosun Yalçın, "Türk ve İsviçre Hukukunda Yoksulluk Nafakasının ve Doğurduğu Hukuki Sorunların İncelenmesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 129-130, Ankara 2015, s. 53-77.
- Ünal Akın, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine Eleştirel Bir Bakış", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23, S. 4, Ankara 2019, s. 121-140.