

**NİŞANIN BOZULMASINDA  
CAYMA AKÇASI VE CEZAI ŞART  
(M.K 83. MADDE DEĞİŞİKLİĞİ)**

Doç. Dr. Etem Saba Özmen (\*)

**1- GİRİŞ**

**I- GENEL OLARAK KONUNUN SONUMU VE  
ARAŞTIRMANIN AMACI**

MK.muzun bazı maddelerinde değişiklikler yapan 3678 sayılı kanun ile nişanı bozma konusunda önemli bir değişiklik yapıldığını görüyoruz. Aşağıda eski ve yeni düzenlemenin karşılaştırılması ile de görülebileceği gibi, daha önce yalnızca genel bir ifade ile evlenmeden kaçınma hali için kararlaştırılan tazminatın geçerli olmadığından sözedilmiş iken, bu defa cayma tazminatı ve cezai şartın dava edilemeyeceği hükmü getirilmiştir. Ancak, köklü bir değişiklik olduğundan kuşku duyulamayacak yönü ile, bu tür edimlerin ifası halinde geri istenemeyecekleri MK 83/II.f. hükmüne girmiştir.

Araştırmanın amacı, yeni hükmü eleştirisel bir yaklaşımla irdeleyerek diğer boyutu olan başlık parası açısından son derece tehlikeli yönü ile de araştırma konusu yapmaktır. Çünkü, cayma tazminatı aktin doğumu ile birlikte ödenen bir edim olarak, başlık parasına son derece uygun bir kılıf olarak ortaya çıkmaktadır.

İşte bu kapsam çerçevesi içinde "evlenmekten kaçınma" ibaresini sağlam bir temele oturtmak amacı ile nişanı bozma konusunda ön bilgi vererek bu halde cezai şart ve cayma tazminatına

---

(\*) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

ilişkin sonuçları açıklayacağız. Bu temel üzerine, ödenmiş cezai şart ve cayma tazminatına bağlı hukuki sonuçları inceleyeceğiz.

## II- ARAŞTIRMAYA KONU KANUNİ DÜZENLEME

MK'nun 83. maddesi değişiklikten önce şu şekilde idi. "Kanun, imtina eden nişanlıyı evlenmeye icbar için dava hakkı vermez ve evlenmekten imtina halinde tazminat verilmesi şart kılınmış ise bu şart mutebër değildir." Değişiklik ile tek fıkra olan madde bu defa iki fıkraya çıkarılmıştır. Buna göre, "Nişanlılık evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermez" (I.f.). "Evlenmeden kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatı veya ceza şartı dava edilemez; ancak yapılan ödemeler de geri istemez" (II.f.) (1).

Bu başlık altında, ilerideki açıklamalara ışık tutması amacı ile hükmün değişiklik gerekçesini de aynen yazmakta yarar görüyoruz. "Nişanlanmada, evlenmeden kaçınma hali ile ilgili olarak karşı tarafa nişandan cayma tazminatı peşin olarak verilmiş ise, nişanın bozulması halinde, bu tazminatın iadesi için dava açılmaktadır. Esasen bu yolda bir tazminat veya ceza şartının dava edilemeyeceği maddede ifade edilmiş bulunmaktadır. Maddede yapılan değişiklikle bu tazminatı önceden ödeyen tarafın bunu geri isteyemeyeceği hükme bağlanmış bulunmaktadır. Kendisini tazminat ödemek mecburiyetinde hisseden kimsenin, sonradan bunu geri almaya kalkışması ahlaki bakımdan uygun bulunmamıştır".

Ayrıca madde daha sade ve anlaşılabilir bir şekilde iki fıkra olarak düzenlenmiştir (2).

Ayrıntısı ile irdeleyeceğimiz gibi, önceki şekli ile geçersizlik müeyyidesine bağlı tazminat ödentisi saptanması, değişiklikle bambaşka bir boyut kazanmıştır. Artık, karşımızda bir eksik borç vardır. Gerekçe de bu açıdan ilginçtir. Bu konuda, ödenmiş bir bedelin geri istenmesinin ahlaka aykırı olacağı ifade edilmiştir.

(1) 1984 tarihli Medeni Kanun Ön Tasarısının 81. maddesi değişiklik olarak aynen alınmıştır. bk. MKÖT., s. 20. Gerekçe de MKÖT. madde gerekçesinden yararlanılarak kaleme alınmıştır, bk. MKÖT., s. 276.

(2) Gerekçe için bk. Şener Esat: Türk Medeni Kanununda yapılan son değişiklikler, Ankara, 1990, s. 8.

Değişiklikle metne giren ceza şartı ve cayma akçasının birer borçlar hukuku kavramı olması dolayısıyla, MK.5 hükmünün somut bir uygulaması olarak BK.nun konuya ilişkin hükümleri, niteliği elverdiği ölçüde uygulama alanı bulacaktır. Niteliği elverdiği ölçüde diyoruz. Çünkü, akçalı hükümler içeren sözleşmeler için getirilmiş kurallar, nişanlanma konusunda çoğu kez uygulanamayacaktır. Zaten, MK.83 değişikliği de bu açıdan eleştiriyi davet edici niteliktedir.

### III- TERMİNOLOJİ

Araştırmamız, terim çeşitliğine sahip bir çok kuruma dayanmaktadır. İlk olarak, nişanlanmanın taraflarca iradi olarak sona erdirilmesi hakkında kanuni terime sadık kalarak, halk arasında da rağbet gördüğü üzere "bozma" terimini yeğliyoruz. Öğretide bozma terimi ile metne sadık kalanların (3) yanı sıra, nişandan dönme (4) ve cayma teriminin (5) de kullanıldığını görüyoruz. Sözleşmeden dönme isimli eserinde bu ve benzer konularda terimler arası farklılıklar üzerine hassasiyetle duran Serozan, nişanlanma konusunda, bir karşılıklı edim ilişkisi olmadığına göre sinallagmatik edim yükümleri ilişkisine özgü dönme de söz konusu olamaz diyerek yine nişanlanmaya özgü bir kavram olarak bozmayı yeğlemektedir (6).

Cezai şart konusunda kanunda da kullanılan ve artık hukuku olmayanların dahi yaygın kullandığı bu terimi "sözleşmesel ceza" terimine tercih ediyoruz. Cayma akçasını ise kanuni terim zamanı rücu ve öğreti terimi pişmanlık akçası terimleri yerine kullanacağız.

---

(3) Bozma terimini kullanan yazarlara bk.; Feyzioğlu Necmeddin Feyzi: Aile Hukuku, B.3, İstanbul 1986, s. 48. Köprülü Bülent/Kaneti Selim : Aile Hukuku, B. 2, İstanbul 1983, s. 53.

(4) Hüseyin Hatemi/Serozan Rona: Aile Hukuku, İstanbul 1993, s. 50. Bu yazarlar ayrıca, "Kira ve hizmet aktinden farklı olan nişanlanmada taraflar arasındaki durumun tasfiyesi gerektiği için fesihten sözedilemeyeceğini belirtmektedirler. Ayrıca bk., Tekinay Selahattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, B. 7, İstanbul 1990, s. 36. Zevkliler Aydın: Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, B. 3, Ankara 1992, s. 670.

(5) Öztan Bilge: Aile Hukuku, Ankara 1979, s. 38.

(6) Serozan Rona: Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1973, s. 120.

MK. 83/II f. hükmü "cayma tazminatı" terimini kullanmıştır. Gereğede gördümüz ifade ile nişandan cayma tazminatının peşin olarak verilmesinden söz edilmektedir. Şimdi cayma akçası karşılığı BK.156 maddede yer alan "zamanı rücu teriminin kullanılmaması karşısında cayma tazminatı terimi ile MK. 83/II.f hükmünün cayma akçası (zamanı rücu) kavramına mı işaret ettiği açıkça anlaşılammaktadır. Pek de hukuki olmayan ifadesi ile MK. 83/II.f hükmü ve buna ilişkin gerekçe ile cayma akçasının kastedildiğini amacına bakarak söyleyebiliyoruz. Çünkü peşin olarak verilmiş cayma tazminatının başka bir anlamı olacağı söylenemez. BK.muzun öngörmediği bir ihtimal olarak, cayma akçası sayılmayacak şekilde, yani alanında iki katını ödeyeceği bir yükümlülük doğurmaksızın, ödentiyi yapmış kişinin cayması halinde alanda kalacak bir ödentinin kastedildiği söylenebilecektir. Ancak, karşılıklı menfaatler açısından, herkesçe cayma akçasının biliniyor olması gerçeği karşısında, böyle bir ödentiyi aktin kurulması esnasında yapan nişanlının alanın cayması halinde hiç bir yükümlülük taşınmaması olgusuna rıza göstereceğini sanmıyoruz. Tarihi köklerin de aksini savunmamızı haklı kıldığını aşağıda göreceğiz.

## 2-HUKUKİ İŞLEM OLARAK NİŞANLANMA VE NİŞANI BOZMA

### I- AMAÇ

Bildiğimiz ilk yazılı nişanlanma kuralları olan Hammurabi kanunlarından bu yana var olan nişanlanmanın evrensel bir kurum olarak amacı bellidir (7). Tüm zamanlar boyunca ciddiye alınan evlenmenin hazırlık safhasını oluşturan bu dönemde, tarafların birbirlerini tanımalarını, evlilik hazırlıklarına girişmek için geçecek süre içinde karşılıklı güvenin sağlanmasını sağlayan ve evlenme engellerinin ortaya çıkmasına imkan tanıyan nişanlanmanın önemi yadsınamaz. Belki de, çağlar ilerledikçe bazı amaçların gerekçesi ortadan kalkacak ama evlilik bir kurum olarak mevcut oldukça (yani devlet meşru otorite resmi işlemler olarak evliliği bir şekilde bağladıkça) nişanlanma da düzenleme konusu yapılacaktır.

(7) Bu konuda bk., Tekinay, s. 9; Zevkliler, s. 658. Öztan, s. 12. Köprülü/Kaneti, s. 47.

Bu amaca bağılı olarak nişanlanmada, tarafları evlenmeye zorlama yükümlülüğü bulunmayacaktır. Böyle bir zorunluluğun dava yolu ile icrasının sağlanması mümkün olsa idi, nişanlanmanın belirttiğimiz ve belki de günümüzde en önemlisi, tarafların evliliğe psişik ve birbirlerine uyum açısından hazır olup olmadıklarını anlama amacı ortadan kaldırılmış olacaktı. Bu yönü ile nişanlanmada bulunması gerekli zorunlu alt kurum, nişanın bozulmasında sağlanan irade özgürlüğüdür. Araştırmamızın amacı, bu şekilde nişanı bozma konusunda sağlanan serbestiye bağılı olarak getirilen mali boyutlu yani akcalı iki borçlar hukuku kurumuna (cayma akcası ve cezai şart) nişanlanma içinde açıklık getirmektir. Bu konuda öncelikle nişanlanmanın niteliği ve nişanı bozmanın hukuki sonuçlarına değinmek gereği açıktır.

## II- NİŞANLANMANIN NİTELİĞİ

### A- NİTELİK KONUSUNDA FARKLI GÖRÜŞLER

MK.muz, diğere bazı hukuki işlemlerde yaptığı gibi nişanlanmayı tanımlamak yerine, yalnızca "nişanlanma, evlenmek vadiyle olur" şeklinde ifadesi ile bir anlamda yasak savmıştır. Bu düşünce tarzında, nişanlanmanın herkesçe biliniyor kabul edilmesinin rol oynaması kuvvetle muhtemeldir. Ancak bu kanuni durum, nişanlanmanın niteliği konusunda bir çok farklı görüşün savunulmasına yol açmıştır.

Bu konuda araştırmanın hacmi karşısında ayrıntılı açıklamalar yapmamız beklenemez. Bu nedenle açıklamalarımızı, genel eserlere yollama yaparak haklı bulduğumuz görüşlere dayanarak yapacağız.

İlk olarak nişanlanmanın bir hukuki işlem olduğu açıktır. Bir hukuki işlem olarak niteliğine geçmeden önce ikinci olarak yaptığımız saptama, nişanlanmanın evlenme öncesi zorunlu bir ön kurum olarak varlığıdır (8). Çünkü, resmi şekle bağılı evlenme kararını yetkili mercilere bildirmek isteyen taraflar için, çok kısa sürede olsa bile hiç bir geçerlilik şekline bağılı olmayan yani asgari

(8) Bu konuda bk. Schwarz A.: (çev. Davran Bülent), İstanbul 1942, s. 36. Ayrıca ayrıntılı sayılabilecek bir bilgi için bk., Öztan, 13 ve dp. 12.de anılan yazarlar; Aksi görüş için bk. dip 11.de anılan yazarlar.

sözlü şekilde yapılmakla geçerli olan nişanlanma mutlaka gerçekleşmiş olur.

Nişanlanmanın niteliği konusundaki farklı görüşlerden (9) baskın olan görüşe katılarak nişanlanmanın bir akit olduğunu kabul ediyoruz (10). Böylece, nişanlanmanın yalnızca bir hukuki ilişki veya hukuki işlem olarak karar olduğu yolundaki görüşlere (11) katılmamış oluyoruz. Bu noktada aktin alt başlık olarak nitelendirilmesi konusunda da farklı görüşler bulunmaktadır. Hemen safdışı bırakmak gerekirse nişanlanmanın asıl amacını oluşturan evlenme işlemine bakarak bir ön akit (akit yapma vaadi) olduğu yolundaki görüşe de (12) katılmak mümkün değildir. Çünkü, ön akte yabancı olan hukuki sonuçlar olarak (BK. m. 22), nişanlanma evlenmenin aksine şekil şartına bağlı olmadığı gibi ifaya zorlama (asıl akti kurma yolunda irade beyanında bulunma yükümlülüğü) davasına da imkan vermemektedir (13).

## **B- NİŞANLANMANIN BİR SÖZLEŞME OLMASINA BAĞLI SONUÇLAR**

### **1- AİLE HUKUKUNA ÖZGÜ SONUÇLAR**

Nişanlanma, aile hukukuna özgü olarak BK.muz genel hükümleri çerçevesinde nitelendirilemeyecek bağımsız bir sözleşme olarak ortaya çıkmaktadır. Çünkü, aşağıda sıralayacağımız hukuki sonuçların BK.nun genel hükümleri karşısında yeri yoktur. Aile Hukukuna özgüdür diyoruz; çünkü MK. 5. maddesinin atfıyla, sözleşmenin doğumuna, hükümlerine ve sona ermesine ilişkin

- 
- (9) Bu konuda ayrıntılı bir karşılaştırma için bk., Feyzioğlu, s. 21 vd.; Hatemi/Serozan, s. 25 vd.
- (10) Nişanlanmanın bir akit ve Aile Hukukuna özgü bir akit olduğu yolundaki görüşler için bk., Feyzioğlu s. 23-24; Hatemi/Serozan, s. 31-33; Köprülü/Kaneti, s. 45; Öztan, s. 15-16; Akıntürk Turgut: Aile Hukuku B. 3, Ankara 1978, s. 22; Zevkililer, s. 659-660.
- (11) Bu görüşü savunmuş olan Saymen Ferit Hakkı/Kemaleddin Elbir, Türk Medeni Hukuku, C. III, Aile Hukuku İstanbul 1960, s. 42-43 adlı eserinde gerekçe olarak tarafların menfaatlerinin zıt değil aynı amaca yönelik olmasına dayanır.
- (12) Schwarz, s. 36.
- (13) Değişik bir gerekçe ve nitelendirme için bk. Hatemi/Serozan, s. 32. Ayrıntılı irdeleme konusunda bk. Feyzioğlu, s. 22.

Borçlar Hukuku genel kurallarının nişanlanma konusunda uygulanması bir çok halde mümkün olmaz. Böyle bir kıyas ancak nişanlanma sözleşmesinin niteliği ile bağdaştığı ölçüde mümkün olacaktır.

Bu başlık altında Hatemi/Serozan'ın ilginç saptamaları ileri-deki açıklamalarımız açısından faydalı olacaktır (14). Buna göre, karşımızda "kişiye sıkı sıkıya bağlı" veya "münhasıran şahsa bağlı hak" olarak adlandırılan bir hak durmaktadır. Bu haklardan bazıları, kişilik alanında kişisel durum oluşturma ve bu kapsamda hukuki işlem yapma ve dava açma hakkı vermektedir (evlenme, ölüme bağlı tasarruf yapma gibi). İşte nişanlanmaya yolaçan irade beyanında bulunma hakkı da bu niteliktedir. Sonuç olarak, her iki taraf da, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanmaları sonucu beyan ettikleri iradeleri ile nişanlanma sözleşmesine vücut verirler.

Bu başlık altında, Aile Hukukuna özgü kişisel durum oluşma özelliği karşısında, biraz önce belirttiğimiz MK.m.5 hükmünün kanuni atfı ile uygulanacak genel hükümlerin uygulanmasında çok dikkatli olması gerekir.

Bir çok halde amaçsal yorum ilkeleri BK. genel hükümlerinin doğrudan uygulanmasının önüne geçebilecektir.

## 2- BORÇLAR HUKUKUNA ÖZGÜ SONUÇLAR

Nişanlanmanın Aile Hukukuna özgü yönüne rağmen MK.5. hükmünün atfı ile BK.nun akte ve nişanın bozulmasında kusur konusunda yoğunlaşan yönü ile haksız fiile ilişkin hükümlerinin uygulanmasını bazı hallerde zorunlu kılacaktır (15). Örneğin, kusurlu davranışların belirlenmesinde ve bu tüm davranışlara bağlanan tazminatların hükme bağlanmasında genel hükümler olarak BK.muzun konuya ilişkin hükümleri gözönüne alınmak gerekecektir. Diğer yünden hediyelerin iadesinde sebepsiz zenginleşme kuralları, kanuni yollama ile uygulanmaktadır (MK.m. 86/II. fıkra atfıyla BK.61 vd.) İşte bu bağlamda diğer örnekler olarak, 3678

(14) Nişanlanma sözleşmesinin hukuki niteliği başlığı altında verilen açıklamalar için bk., Hatemi/Serozan, s. 29-33.

(15) Ayrıca bk. Zevkliler, s. 660.

sayılı kanunla değişik 83/II f. da yeralan cayma tazminatı ve ceza şartı, BK.nun 156vd. hükümlerinin uygulanmasını kaçınılmaz hale getirmiştir. Başka bir deyişle, MK.m.5 hükmünün atfıyla cayma tazminatı ve cezai şartın doğumunun, sona ermesi ve hukuki sonuçları konusunda BK.nun genel hükümleri niteliği elverdiği ölçüde nişanın bozulmasına bağlı olarak uygulanacaktır. Çünkü, araştırma konumuzun ağırlık noktası olan bu iki kurum, MK.muzun anılan değişikliği ile geçerli birer feri (bağımlı) hukuki işleminden doğan borç kavramından çok farklı boyutta hukuki sonuçlara bağlanmışlardır. Bu konuda yine bir borçlar hukuku kurumu olan eksik borçlara ilişkin hukuki sonuçlar son değişikliğin yorumlanmasında başvuracağımız bilgiler olarak ortaya çıkmaktadır.

### **3- NİŞANLANMANIN ARAŞTIRMAMIZA ESAS HUKUKİ SONUCU OLARAK: NİŞANLANMA EVLENMEYE ZORLAMA HAKKI VERMEZ**

MK.muzda kendine özgü bir aile hukuku akti olarak yerini alan nişanlanmanın hemen göze çarpan ilk yönü evlenmeye zorlama hakkı vermemesidir. MK.nun 83. maddesinin ifadesi ile değişik I.fıkra hükmünce "nişanlılık evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermez".

Hemen belirtmek gerekirse nişanlanmanın bir evlenme yükümlülüğü doğurduğu kabul edilmelidir. Evlenmede geçerli özgürlüğün kısıtlanamaması, bu yükümlülüğe yalnızca dava yolunu kapamaktadır. Oysa, yükümlülüğün varlığı bunu yerine getirmekten haksız olarak kaçınan tarafa tazminat müeyyidesi getirmektedir. Tazminat müeyyidesinin varlığı da apaçık bir yükümlülük olgusunun ispatı anlamını taşımaktadır (16). Bu yükümlülüğün ahlaki bir nitelik taşıdığı hemen anlaşılacaktır (17). Ancak hemen bitiveren ve bu yükümlülüğü ortadan kaldıran evlenme iradesinin serbestliği veya özgürlüğü (18) prensibinin üstünlüğü tartışılmazdır. Taraflar evlenmeyi aktetmiş olsalar dahi hiç kimse bu yolda bir dava açmaya hak sahibi olmadığı gibi; hiç bir hakim

(16) Tekinay, s. 20-21.

(17) Zevkililer, s. 666, Köprülü/Kaneti, s. 50-51.

(18) Feyzioğlu, s. 41.



de nasıl yorum yaparsa yapsın evlenmeye mahkum edemeyecektir. MK.83 hükmünün lafzı bu konuda aksi her türlü yorumu geçersiz kılmaktadır.

Ancak, evlenecek gençler üzerindeki aile baskısının ağır olduğu ülkemiz açısından yalnızca dava açmanın önlenmesi yeterli olmayacaktır. Eş değişle, evlenmeye zorlama hakkının tanınmamış olması ile bu bağlamda oluşan nişanlanma amacının gerçekleşmesi (yani uyumlu ve evliliğe hazır olunma halinde evlenmenin aktedilmesi aksi hallerde ise evlilikten vazgeçilmenin sağlanması) mümkün olmayacaktır. Bu açıdan, mali bir takım yükümlülüklerle evliliğe zorlamanın önlenmesi de kanun koyucunun diğer önemli görevi olmalıdır. Nişanlanan tarafların evlilikten vazgeçmek istemelerine rağmen, sırf mali birtakım yüklerin (özellikle ailelerin katıldığı akçalı edimlerin manevi baskısı ile) tesiri ile evlenmek zorunda kalmaları arzulanan bir sonuç değildir. Hemen anlaşılacağı gibi bu husus araştırmamız açısından büyük önem taşımaktadır.

Evlenme iradesinin özgürlüğü başlığı altında, tıpkı akit yapma özgürlüğü alt başlıklarında olduğu gibi, nişanlanıp nişanlanmama, nişanlanacak kişiyi seçme, nişanın şekline karar verme, nişana son verme özgürlüğünün tanındığını görüyoruz. Her ne kadar, MK.muzda açıkça ifade edilmese de kanunun ruhunun bunu amir olduğunu kimse inkar edemez. Ancak, bu prensibin akçalı bir takım edim yükümlülüklerinin baskısı ile ihlaline de kanun koyucu engel olmalıdır. Feyzioğlu, "aynı prensibin bir başka yönden korunması da, nikah iradesindeki özgürlüğü sınırlamaya elverişli dolambaçlı yollara, dolaylı zorlamalara dahi izin verilmemesinde görülür" demektedir (19). İşte, MK.83. maddenin eski şekli ile "evlenmekten imtina halinde tazminat verilmesi şart kılınmış ise bu şart muteber değildir" hükmü de evlenme iradesi özgürlüğünün destekliyecisi idi. Biz bu araştırmada eleştirisel yaklaşımla bu desteğin zayıflatıldığını savunuyoruz.

---

(19) Feyzioğlu, s. 41.

## IV- NİŞANLANMANIN SONA ERMESİ- NİŞANI BOZMA

### A - GENEL OLARAK

MK.muz nişanlanmanın sona ermesi konusunda da genel ilkelere biliniyor varsayarak gereksiz tekrarlardan kaçınmıştır. Haklı olarak, tarafların ölümü, gaipliğine hükmedilmiş olması, cinsiyet değişimi, MK.muzda sayılmış kesin evlenme engelleri (m.92) gibi hallerde nişanlanmanın hükümsüz olacağı konusunda kuşku yoktur. Çünkü, herkesçe bilinen hukuk kurallarının genel olarak hukuki işlemlere etkisinin nişanlanmada farklı sonuçlara yol açmaması karşısında, bu konuda eksiklik olduğu eleştirisi yapılmaz.

Araştırmamızın çerçevesini nişanlanmanın taraflarca bozulmasına bağlı bazı hukuki sonuçlar oluşturmaktadır. Bu nedenle hemen nişanlanmadan iradi olarak vazgeçmeye ilişkin sonuçlara geçeceğiz. Ancak, ağırlık noktası oluşturan konular olarak cayma akçası ve cezai şartın, nişanın bu gibi haller nedeniyle geçersiz hale gelmesinde hukuki kaderin ne olacağı sorusu da kısa da olsa cevaplandırılmaya çalışılacaktır.

### B- NİŞANLANMANIN İRADİ OLARAK SONA ERDİRİLMESİ

Yukarıda açıkladığımız niteliği ile evlenmeye zorlama hakkı taşımayan nişanlanmanın bu konudaki doğal sonucu nişanı bozma hakkının zorunluluğudur. Çünkü, evlenmeye zorlama hakkı vermemesi karşısında geçici bir hukuki ilişki doğuran işlem karşısında olduğumuz kaçınılmazdır. Bu durumda, evlenmeksizin nişanlılık halinin devamlılık arzedecek şekilde sürmesi; nişanlanma değil; belkide fiili birleşme olarak adlandırılmalıdır. Hatta, evlenme önerisinde bulunan bir tarafın karşısında devamlı olarak erteleyen nişanlı tarafın zımni olarak nişanı bozduğu dahi kabul edilmeli, aşağıda inceleyeceğimiz keyfi bozmanın hukuki sonuçları kendisine uygulanmalıdır. Başka bir anlatımla, nişanın evlenme ile sonuçlanmasını istemeyen tarafların, akit olan nişanı ortadan kaldırma yolundaki irade beyanları tek taraflı dahi olsa geçerli kabul edilmek zorunda kalmıştır. Çünkü, unutmuyoruz evlenme

özgürlüğünün sağlanması, nişanda ahde vefa (söze sadakat) ilkesinin varlığına engeldir. MK.muzun bu hakkın varlığına dahi işaret etmeden "nişanı bozmanın neticesi" başlığı altında hukuki sonuçlara yönelmesi, bu gerekliliğin tartışmasız biliniyor sayılmasındandır.

## 1- NİŞANLANMAYI KARŞILIKLI ANLAŞMA İLE BOZMA (İKALE)

Sözleşme özgürlüğünün en doğal uzantısı ikale, akte son verme özgürlüğü kapsamında BK. genel hükümlerinde olduğu gibi nişanlanma konusunda açıkça düzenlenmemiştir. Ancak, borçlar genel teorisi açısından vardığımız sonuca bu defa daha kolay varıyoruz. BK.nundan farklı olarak, keyfi tek taraflı bozmaya imkan tanıyan nişanlanmada, tarafların anlaşarak nişanlanmaya son vermesi evleviyetle geçerlidir.

Buna göre, karşı cinsler yukarıda andığımız kişisel durum oluşturma hakkını kullanmak suretiyle karşılıklı irade beyanları ile nişanlanmaya vücut verdikleri gibi nişanlanmayı da karşılıklı anlaşma ile sona erdirebileceklerdir.

Ancak, konu başlığımız altında son derece dikkatli davranmak gerekir. Bu başlık altında andığımız karşılıklı anlaşma, taraflardan birine tazminat hakkı vermeyen, yalnızca, tarafların evlenmekten vazgeçmelerine dayanak olarak karşı tarafın kusuruna dayanmaksızın doğmuş bir haklı neden (ki bu neden evlenmenin önüne geçecek pisişik arzular dahi olabilir) üzerinde uyuşmadır. Yoksa, taraflardan biri lehine doğmuş bulunan kusura veya haklı nedene dayanarak nişanı bozma hakkının karşı tarafça kabulü (açıkça kabul ile veya itiraz edilmemek sureti ile susma sonucu zımni olarak) ikaleye yolaçmayacak ve tazminat taleplerini kaldırmayacaktır. Oysa, nişanın karşılıklı anlaşma ile bozulmasında, evlenmeme konusunda tarafların irade beyanları ile uyuşması söz konusudur. Yoksa, nişanın bozulması yolunda taraflardan birinin beyan ettiği bozma iradesinin diğer tarafa evlenmeye zorlama hakkı vermemesi sonucu dayatılmasından bahsetmiyoruz.

## 2- NİŞANIN TEK TARAFLI OLARAK BOZULMASI

### a- Genel Olarak

Nişanın bozulması (20) MK.muzda tanımlanmamış yalnızca sonuçları itibariyle ele alınmıştır. Başka bir ifade ile, doğrudan hükümle hak olarak tanımlanmamıştır.

Bu konuda, MK.5. maddenin atfıyla aktin sona ermesine ilişkin borçlar genel kurallarını burada da uygulayacağız. Bu açıdan dikkat edilirse, Borçlar Kanunu hükümlerini demekten kaçındık. Böylelikle bu konuda MK.5. hükmünün lafzını aşarak, borçlar genel teorisinde yatan hukuk ilkelerinin uygulanacağını savunuyoruz. Nişanın bozulması bir hukuki ilişkiye son veren irade beyanı olarak analiz edilmek gerekirse şu hukuki sonuçlar ortaya çıkar.

### b- Nişanı Bozma Hakkına Bağlı Hukuki Sonuçlar

#### aa) Nişanın Bozulması Bozucu Yenilik Doğurucu Haktır.

Etkisini başka bir hak veya hukuki ilişki üzerinde gösteren bozma iradesi, nişanlanmayı yani mevcut hukuki ilişkiyi sona erdirmektedir. Doğal olarak, yenilik doğurucu haklara (inşai haklar) özgü sonuçlar burada da geçerlidir. Tek taraflı irade beyanı ile kullanılabilir; hukuki sonucuna bağlı olarak karşı tarafla anlaşma gerekmez. Karşı tarafla anlaşıldığı takdirde ikaleye (burada, karşılıklı anlaşma ile bozma) vücut verdiğini; haklı nedenle veya karşı tarafın kusuruyla oluşmuş bir davranışa dayanma haline bağlı olarak karşı tarafın kabulü ile hukuki sonuçların değişmeyeceğini bir defa daha tekrarda yarar görüyoruz.

Nişanı bozma hakkı, bir defa kullanıldı mı, vazgeçmek mümkün değildir. Bu nedenle, nişan bir kere bozuldu mu geçersiz hale gelmiş olur. Tarafların bozmadan vazgeçmeleri ikinci kez nişanlanmış sayılmalarına yolaçar.

Bozucu yenilik doğurucu hakların şarta bağlı olarak kullanılmaması konusunda ise dikkatli olmak gerekir. Borçlar Hukukuna

(20) Bozma terimini tercih gerekçemizi yukarıda açıklamıştık. Bk. yukarıda, 1, III.

ilişkin bir kazandırıcı işlem karşısında olmayışımız ve keyfi olarak nişanın bozulmasına yolaçan MK.sistemi içinde nişanın bozulmasına yolaçan irade beyanı şarta bağlı olarak kullanılabilir. Örneğin, erkeğin nişanlısının dans kurslarına başlaması üzerine gitmekten vazgeçmediği takdirde nişanı bozacağını söylemesi olgusunda bu şarta konu davranışın gerçekleşmesi halinde nişan bozulmuş olabilecektir.

### **bb) Nişanın Bozulması Şekle Bağlı Değildir.**

Nişanın bozulması halinde kullanılan irade beyanı aksine bir hüküm bulunmaması karşısında hiç bir şekle bağlı olmadan kullanılabilir. Hiç bir şekle bağlı olmadan nişanın bozulması, asgari olarak sözlü ve tabii bu kapsamda işaretlerle zımni irade beyanına yolaçan dolaylı sonuç çıkardığımız davranışlarla iradenin dışı vurumu olarak algılanmalıdır. Doğal olarak, yazılı hatta noter ihtari ile irade şekli kapsamında tercih edilmiş adi yazılı ve resmi şekillerin kullanılmasına hiç bir engel yoktur.

### **cc) Nişanın Bozulmasında Sebep Gösterme Yükümlülüğü Yoktur.**

Nişanlanmanın evlenmeye zorlama hakkı vermemesi karşısında hemen ortaya çıkıveren hukuki sonuç nişanı bozma hakkının bir sebep gösterme yükümlülüğüne bağlı olmamasıdır. Başka bir anlatımla nişanı bozan tarafın karşı tarafa sebebini açıklama yükümlülüğü yoktur (21). Bu konuda ortada, hukuki sonuçları itibarı ile bir külfet olduğu da açıktır. Bu nedenle bu külfetin yerine getirilmemesi haline bağlı olarak doğan haklı bir neden olmaksızın sırf keyfi olarak nişanın bozma sonuçlarına katlanma yükümlülüğünü biraz sonra inceleyeceğiz.

### **dd- Bozma Sonuçlarını İrade Beyanının Karşı Tarafa Varması ile Meydana Getirir.**

Bozucu yenilik doğurucu hak kullanılmakla sonuçlarını meydana getirir. Ancak, bu yolda kullanılan irade beyanının muhataba varması gerekir (22). Bozma iradesi karşı tarafa ulaşmakla

(21) Feyzioğlu, s. 48; Zevkliler, s. 671.

(22) Feyzioğlu, s. 48.

nişanlanma o andan itibaren geçersiz hale gelir. Evlenme yükümlülüğünün tek müeyyidesi olan tazminat, ancak koşulları olduğu takdirde talep edilebilir. Ayrıca, konumuzu ilgilendiren çözümlenmiş ilişkisinin doğurduğu hukuki yükümlülükler de söz konusu olacaktır.

### **c- Nişanın Bozulmasında Değişik İhtimaller (Nişanın Bozulması Nedenleri)**

MK.muzun nişanın bozulmasına ilişkin açıklamalarının yeterliliği öğretiyeye de yansımış bulunmaktadır. Bu konuda genellikle nişanın bozulması konusunda nişanın sona ermesi başlığı altında yer verilmiştir. Ancak, bu konudaki farklılıklar nişanın bozulmasının hukuki sonuçları başlığı altında tazminatla ilgili açıklamalarda ortaya konmak istenmiştir.

Biz araştırma konumuz açısından bu farklılıkların bozma hakkının çeşitleri başlığı altında incelenmesini yararlı buluyoruz.

MK.muzun konuya ilişkin hükmü irdelenecek olursa, "Nişanı bozmanın neticesi" başlığı altında, "Nişanlılardan biri, muhik bir sebep yok iken nişanı bozduğu veya iki taraftan birine atfedilecek bir kusur yüzünden nişanı bozulduğu takdirde ..." şeklinde ifadesi ile maddi tazminat düzenlenmek istenmiş ise de bozma nedenlerine de yer verilmek istenmiştir.

Görüldüğü gibi hüküm özensiz bir çalışmanın ürünü olarak açık bir düzenleme getirmekten uzaktır. Hükümde, bozma nedeni ikiye ayrılmıştır. Haklı nedenle nişanı bozma ve karşı tarafın kusuru ile nişanı bozma hallerine bağlı olarak tazminat talebine yer verilmiştir.

Buna göre hüküm sırf ifadesine bağlı olarak irdelenecek olursak haklı bir nedenin varlığı ve karşı tarafın kusuru, nişanın taraflarca bozulmasına hak kazandırmaktadır. Buna bağlı olarak, haklı bir neden olmaksızın da nişanın bozulabileceğini hem bu maddenin ifadesinden hem de nişanlanmanın evlenmeye zorlama hakkı vermemesinin doğal sonucu olarak biliyoruz. Çünkü nişanlanmanın karşı tarafı evlenmeye zorlama hakkı vermemesi nedeni ile taraflar serbestçe nişanı bozabilmektedirler.

Bu hükme bağlı olarak araştırma başlığımız altındaki sonuçlara yer vermeden önce de öğretiyeye de yer vermek istiyoruz. Yazarların bir kısmı da kanunda yer alan düzenleniş biçimine bağlı olarak, nişanlanmanın sona ermesi başlığı altında dönme veya bozma terimine işaret etmekte, bozma nedenlerini sona ermenin hukuki sonuçlarında araştırma konusu yapmaktadırlar (23).

Az da olsa bazı yazarlar nişanı bozma hakkını alt başlıklar altında toplamaktadır (24).

Araştırmamızın içeriği düşünülecek olursa bozmanın hukuki sonuçları olarak bizi yalnızca cezai şart ve cayma akçasının varlığı ilgilendirmektedir. MK.84 hükmünce düzenlenen tazminat konumuzu ilgilendirmemektedir. Bu nedenle araştırmamızda, bozma hakkının nedenlerine bağlı olarak farklılığını ortaya koymamız gerekmektedir. Alt başlıklar altında incelemeye geçmeden gerekçelerimizi sıralamak istiyoruz.

Görüşümüzce, maddenin lafzına bağlı olarak nişanı bozmayı iki başlık altında toplamak yanıltıcı sonuçlara götürebilecektir. Çünkü, maddenin ruhu böyle bir ayırma vücut vermemektedir.

Hemen belirtmek gerekirse, kusur sonucu nişan bozma ile amaçlanan bizatihi kusur olamaz. Kusurun söz konusu olduğu hallerde de karşımızda yine haklı neden oluşturacak karşı taraf "davranışı" söz konusudur. Tıpkı haksız fiil teorisinde olduğu gibi, sözleşmeye aykırılık (akti ihlal) oluşturacak ön koşul bir davranış söz konusu olacaktır. İşte buna bağlı olarak, bu davranışın hukuk düzenince beğenilmemesi (hukuka aykırılık) yanında buna sebebiyet veren iradenin pisişik özelliği (ruh hali) yine hukuk düzenince beğenilmeyecek (kusur) (25) ve bu davranış nişanın bozulmasına neden olacak nitelikte olacaktır (illiyet; nedensellik bağı). İşte kusur nedeni ile nişanın bozulması ile amaçlanan budur. Bu konuda ilginç olan kusurun ön koşulu olan hukuka aykırı davranışın saptanması olacaktır. Çünkü, bu noktada akla hemen şu

(23) Tekinay, s. 24 ve 35 vd.; Hatemi/Serozan, s. 50 vd.; Feyzioğlu, s. 48; Köprülü/Kaneti, s. 53.

(24) Öztan, s. 38-41; Zevkliler, s. 671.

(25) Kusurun nasıl oluşacağı konusunda genel eserlere yollama yapmamız araştırmanın hacmi karşısında anlayışla karşılanmalıdır.

soru gelecektir. kusurlu davranış mutlaka bir normun ihlali şeklinde mi oluşacaktır? Yoksa, hakimin takdirine bağlı olarak yapılan bazı davranışlara sebebiyet verilmesinde kusurlu olmak yeterli olacak mıdır?

Hemen ön saptama ile belirtmek gerekirse, yükümlülük ihlali oluşturmeyen bir davranışın kusurlu olması düşünülemez. Bu nedenle, tarafların birbirlerinin hukuki varlık veya menfaatlerini (mameleki veya kişi varlıklarını) koruyan normların ihlali ihlalin, nişanlanmadan dönmeyi haklı kılacak kusurlu bir davranış oluşturduğunda kuşku yoktur. Ancak, eklemeyen de yapamayacağımız bulgu, haksız fiil oluşturma zorunluluğunun olmadığıdır. Haksız fiil, bizim aradığımız hukuka aykırılık yanında bu başlık altında yer vermeyeceğimiz farklı koşullara bağlıdır. Örneğin, kusurlu davranışın nişanlıya yönelmesi dahi gerekmemektedir. Yalnızca, nişanı bu nedenle bozacak tarafın evlenmeyi istememesine yol açacak nicelikte ve nitelikte olması yeterlidir. Bu açıdan haksız fiilin zarar koşulunun yerini, karşı tarafın evlenmekten vazgeçmesine yol açacak haklı bir neden oluşturması yeterli olacaktır. Başka bir ifade ile araştırma konumuz açısından sonuç, psişiktir.

Dikkat edilirse, kusurlu davranış için de haklı neden oluşturmadan söz ettik. Bu bilinç tercihimizle bir başka saptama daha yapmış oluyoruz. Şöyle ki, nişanlanmayı bozma nedenlerini haklı nedenle nişanı bozma ve haklı neden olmaksızın nişanı bozma olarak ikiye ayırıyor ve kusurlu davranışı haklı nedenle nişanı bozma başlığı altında inceliyoruz (26).

### **a- Haklı Nedenle Nişanı Bozma**

#### **aa- Karşı Tarafın Kusurlu Davranışı ile Nişanı Bozma**

Biraz önce belirttiğimiz gibi, karşı tarafın kusurlu davranışı nişanın bozulması için haklı neden oluşturacaktır. Bu konuda ortaya çıkan yükümlülük ihlalinde kusur, nişanlı tarafın karşı tarafında haklı olarak evlenmekten vazgeçmesini sağlayacak yü-

---

(26) Bu açıdan Zevkliler'in ayırımına katılıyoruz; bk., Zevkliler, s. 671.



kümlülük ihlali ortaya çıkacaktır. Buna göre, kusurlu davranışta bulunan nişanlının bu şekilde ortaya çıkan yükümlülük ihlaliinde hakim takdir hakkı ile karşı tarafın evlilikten beklentilerinin ciddi biçimde sarsılıp sarsılmadığını araştırmalıdır. Yalnızca, nişanlı tarafın malvarlığı ve kişilik haklarının ihlali dahi aranmadan, karşı tarafın, nişanlısını ilgilendirmese dahi devlet aleyhine suç işlemesi, üçüncü şahıslara karşı suç veya haksız fiiller işlemesi bile yeterli olacaktır.

Somutlaştırmak gerekirse, nişanlının dövülmesi (vücut bütünlüğünün ihlali), malın izinsiz tasarruflara konu edilmesi (malvarlığının ihlali), nişanlılar arasında gizli kalması gereken konuların üçüncü şahıslara duyurulması (giz alanının ihlali) yanında nişanlılıktan doğan sadakat yükümlülüğünün ihlali sonucu doğuran üçüncü şahıslarla cinsi münasebet (27) gibi ihlaller kusurlu davranışın haklı neden yaratmasına örnek oluşturacaktır (28). Yalnız başına gerçeğe aykırı bir beyanın dahi hile olarak bozmaya hak kazandıracak bir yükümlülük ihlali olacağında kuşku yoktur.

Bunun yanında, nişanlının zimmet suçu işlemiş olması, üçüncü şahıslarla kavga ederek müessir fiil suçu işlemesi gibi nişanı bozan tarafa karşı ihlal oluşturmayan, fakat haklı neden yaratan kusurlu davranışlara örnektir. Ayrıca, nişanın bozulması başlığı altında ayrı bir başlık oluşturan nişanlı tarafın nişanlılığa devam ederken başka biri ile nişanlanması da, bir nişan bozulmadan diğeri oluşamayacağına göre bu başlık altında kusurlu nişan bozulmasına örnektir. Çünkü, yukarıda belirttiğimiz gibi, nişanı bozmaya yönelik irade beyanı hiç bir şekilde bağlı değildir.

Konumuzla ilgili kuracak sonuç getirmek gerekirse, bu başlık altında nişanı bozan taraf tazminat talebinde haklı olacaktır. (MK.m.84). Bu tazminat talebi karşısında, cayma akçası veya cezai şart ödenmişse mahsup sonucu çıkacaktır. Bu konuya aşağıda değineceğiz.

---

(27) Öztan, s. 33-34.

(28) Aynı zamanda haksız fiil oluşturma halinde BK. 41 vd. hükümleri uygulanacaktır. Hatemi/Serozan, s. 54.

## **bb- Tarafların Kusuruna Dayanmayan Harici Nedenle Nişanı Bozma**

Bu başlık altında taraflardan birinin herhangi bir kusurlu davranışı sonucu oluşan yükümlülük ihlali yoktur. Yalnızca ortaya çıkan harici bir olgunun taraflarca evlenmeye engel sayılması söz konusudur. Ancak, taraflarca subjektif değerlendirme sonucu haklı neden sayılan davranış veya olgunun objektif bir ölçüt ile hakimnin takdir hakkına bağlı olarak haklı neden sayılması da zorunludur.

Bu noktada çok dikkatli davranmak gerekir. Konunun önemine işaret eden Tekinay (29)'ın da belirttiği gibi hakim somut uyuşmazlık karşısında subjektif bir ölçüyle hareket etmemelidir. Hakim, "nişanı bozma nedeninin önemli olup olmadığını kendi eğilimlerine ve hayat felsefesine göre değil, toplumda ve özellikle nişanlıların mensup buldukları sosyal sınıfta hüküm süren ortak inançları, kanıları ve düşünüş tarzlarını esas tutarak tayine çalışmalıdır" (30). Gerçektende haklı neden nitelendirmemiz ile harici neden, bir yaşam sahası içinde oluşur. Bu açıdan, somut uyuşmazlık yaşam sahası içinde oluşan harici nedenin takdir hakkına konu olmasında, hakimnin yaşam sahası değil; tarafların yaşam sahasına benzeyen aynı kültürel dokuda yaşayan objektif makul, orta zekalı dürüst vatandaşların davranışları kriter oluşturmalıdır.

Bu saptamaya bağlı olarak, haklı neden oluşturacak olgunun her iki tarafın yaşam sahası içinde oluşması mümkündür. Buna göre iki alt başlık daha yaratmak mümkündür. Buna göre, kişi hem kendi yaşam sahası içinde oluşan olgulara, hem de karşı tarafın yaşam sahası içinde oluşan olgulara dayanarak nişanı bozabilecektir.

## **aaa- Nişanı Bozan Tarafın Yaşam Sahasında Oluşan Haklı Nedenler**

Bu başlık altında ortaya çıkan harici neden, karşı tarafa kusur nedeni ile nişanı bozma hakkı vermeyecek bir olgudur. Bu karşı

(29) Dernburg'da aktaran Tekinay için bk. s. 37, dp.

(30) Dernburg'dan aktaran Tekinay, s. 36 dp.

tarafın bir davranışı şeklinde oluşacağı gibi sosyal bir olgu olarak da meydana gelebilecektir.

Somut örnekler vermek gerekirse, evliliği yürütemeyecek mali sıkıntıya düşmeye yolaçan iş kaybı, trafik kazası sonucu oluşan sakatlık, ağır hastalığa yakalanma sonucu bu olaylara dayanarak nişanın bozulması söz konusudur. Bu noktada önemle altı çizilmek gerekirse, nişanı bozan tarafın dayandığı kendi yaşam sahasında oluşan haklı nedenlerin oluşumunda kusuru karşı tarafa tazminat hakkı vermez. Örneğin kişinin ihmali sonucu yaptığı trafik kazası nedeni ile şakat kalması haklı sebeptir. Ancak, bu konuda kusur oluşturan ihmal karşı tarafa tazminat hakkı vermez. Çünkü, kişinin sakat kalmasına yol açan ihmali karşı tarafa karşı herhangi bir yükümlülük ihlali oluşturmaz.

Sonuç olarak nişanlılar, kendi yaşam sahasında oluşan olgulara dayanarak nişanı bozabileceklerdir. Bu hiç bir şekilde aşağıda inceleyeceğimiz nişanı keyfi bozma ile karıştırılmamalıdır. Çünkü, bu halde tazminat talebine yer yoktur. Karşı taraf bu engeli kabul etmese de nişanı bozma hakkı takdir hakkı ile kabul edilmek ve tazminat talepleri reddedilmelidir. Örneğin, sakat kaldığı için nişanı bozan tarafın bu beyana rağmen karşı tarafın evlenmeyi istemesi halinde sırf bu haklı nedeni evlenmeye engel görmeyerek kabul etmeme, nişanı bozan tarafın haklı nedene dayanması ihtimalini ortadan kaldırmaz. Başka bir deyişle, karşı tarafın evlilikte ısrarı tazminat talebine yer vermez.

Bu başlık altında tazminat talep edilemez. Konumuz açısından tazminat talebi olmayınca, cayma akçası veya cezai şartta mahsup sorunu da yaşanmayacaktır.

### **bbb- Karşı Tarafın Yaşam Sahasında Oluşan Haklı Nedenlerle Nişanı Bozma**

Bu ihtimalde karşı tarafın kusurlu davranışına dayanmamakla beraber yaşam sahasında oluşan olgular ve davranışlar nedeni ile nişanın bozulması söz konusudur. Örneğin biraz önce verdiğimiz örnekler bu defa karşı tarafa bozma hakkı verecektir. Karşı tarafın evliliği yürütemeyecek şekilde mali sıkıntıya düşmesi, trafik kazasında sakat kalması gibi olayların, bu defa diğer tarafa bozma hakkı vereceğinde kuşku yoktur.

Hakimin takdir hakkı ile evlilikten kaçınmada haklı sebep yaratacak olgular ve davranışlar çok çeşitlidir (31). Yine tekrar etmek gerekirse, karşı tarafın yükümlülük ihlali oluşturmeyen davranışındaki kusur tazminat talebine yer vermeyecektir. Örneğin, kendi tedbirsiz hareketi ile frengiye yakalanan nişanlının bu davranışı, sadakat yükümlülüğünü ihlal sonucu başkasıyla cinsel ilişkisinden doğmuşsa kusurlu davranış nedeni ile tazminata hak kazandıracaktır. Yok eğer frengiye yol açan tedbirsiz hareket (ihmal) karşı tarafın umumi banyoda hijyen kurallarına uymama sonucu oluşmuşsa bu konuda tazminatı kimse haklı bulmayacaktır. Çünkü, ortada yine karşı tarafa karşı oluşmuş yükümlülük ihlali yoktur.

### **b- Haklı Bir Neden Olmaksızın Nişanı Bozma**

Bu başlık altında nişanı bozan tarafın, karşı tarafın kusurlu bir davranışa ya da haklı bir neden oluşturacak olguya dayanması söz konusu değildir. O yalnızca, evlenmeyi arzulamamaktadır. Doğal olarak, bu tutumun mutlaka subjektif bir nedeni bulunmaktadır. Fakat, bu neden haklı neden sayılamayacağı için karşı tarafa tazminat talebine hak kazandırır. Hemen gözleneceği gibi bu tazminatın gerekçesini de bir yükümlülük ihlali oluşturmaktadır. İşte o da, evlenme yükümünün haklı bir neden olmaksızın ihlali-dir. Keyfi olarak nitelendirdiğimizi bu bozmada kişinin saiki hukuk düzenince korunmaya değer görülmemektedir ve bu keyfilik, evlenme yükümünün ihlali olarak kabul edilmektedir. Başka bir deyişle keyfi olmasından kastımız, kişiye ait subjektif haklı nedenlerin haklı nedenle dönmeye yolaçmamasıdır. Gerekçelendir-mek gerekirse, nişanlı taraf önceden öngörmesi gerektiği halde öngörmeyerek (evlenmenin gerçekleşmeyeceğini) nişanı bozarak, karşı tarafın kişilik sahasına gereksiz bir müdahale de bulunmuştur. Bir açıdan özen yükümlülüğünün ihlal edildiğini söyleyebiliriz. Bu konuda sorunu "nişanın haklı bir neden olmaksızın bozulması" başlığı altında inceleyen Zevkliler, "ortada haklı bir neden olmaksızın nişanı sebepsiz yere bozan taraf kusurlu sayılır" demektir (32).

(31) Bu nedenlere örnek olarak bk., Feyzioğlu, s. 61 vd.

(32) Zevkliler, s. 671.

Bu başlık altında nişanı bozma, karşı tarafa tazminat ödenmesini gerektirir. Bunun da, ödenmiş cayma akçası veya cezai şartta mahsup sorunu yarttığını biliyoruz.

Bu başlık altında incelenmesi gereken bir diğer ihtimal olarak, nişanlanan tarafların birbirlerine ya da yalnızca birine tazminat talep edilmeksizin nişanı bozma yetkisinin önceden karşılıklı anlaşma ile tanınması geçerli olacak mıdır? Görüşümüzce evlenmeye zorlama hakkı vermeyen nişanlanmada, böyle yetkilerin verilmesinde hukuki bir sakınca olacağını sanmıyoruz. Çünkü, zaten mevcut olan nişanı tek taraflı bozma yetkisinin varlığı karşısında bir kişinin akcalı haklarından vazgeçmesi de kabul edilmek gerekir. Bu takdirde tazminat talebine yer olmayacaktır.

### **3- MK.83. III. FIKRA HÜKMÜNÜN GETİRDİĞİ HUKUKİ SONUÇLAR**

#### **I- Genel Olarak**

Yukarıda kanuni düzenleme başlığı altında gördüğümüz gibi araştırmamız, 83. madde kapsamına sokulan iki kavramın (cayma akçası ve cezai şart) hukuki sonuçlarını irdelemeye yöneliktir. Bu konuda araştırma kapsamında bu iki kurum hakkında yalnızca özet bir bilgi vermekle yetineceğiz. Bu konuda ayrıntılı bilgi için kurumlar hakkında genel eserlere yollama yapmakla yetiniyoruz. Borçlar hukuku genel hükümler konusunda yazılmış eserler ve monografik araştırmalar bu konuda referans niteliğindedir.

Diğer yönden, MK.83 değişikliğini sağlıklı eleştirebilmek amacıyla bu değişiklikten önceki hukuki durumu irdelemek gerektiği açıktır. Bunu takiben, 83. madde değişikliği sonrası hukuki sonuçları ortaya koymaya çalışacak; sonuç olarak da başlık parasında ortaya çıkan tehlikeli boyutu gözler önüne sermeye çalışacağız.

### **II- MK.83. MADDE DEĞİŞİKLİĞİ ÖNCESİ HUKUKİ GÖRÜNÜM**

#### **A- EVLENMEKTEN KAÇINMA HALİ İÇİN ÖNGÖRÜLEN AKTİ CEZALARIN HUKUKİ SONUÇLARI**

Kanunkoyucu değişiklik öncesi, "evlenmekten imtina halinde tazminat verilmesi şart kılınmış ise bu şart muteber değildir"

ifadesiyle getirdiği kural sonucu evlenme iradesinin mutlak özgürlüğü prensibinin, akçalı yükümlülüklerle dahi kısıtlanmasına rıza göstermemiştir. Bu sonuç o kadar kesindir ki, müeyyide "yokluk" olarak düzenlenmiştir. Bir hukuki işlem olarak MK.m.5 hükmünün atfıyla geçerli olan BK. 19-20 hükmü kapsamında ahlak ve kamu düzeni düşüncesiyle getirilen emredici kural, beraberinde geçersizlik müeyyidesi doğurmuştur (33).

Bu konuda mehaz hüküm ile farklılığımızdan doğan sonuç çok ilginçtir. Türk Medeni Kanununun "müteber değildir" ifadesine karşılık İsv.MK. 91 hükmünün Fransızca metni talep edilemez; Almanca metinde ise dava edilemez denmektedir. Doğal olarak, bu ifadeler karşısında acaba eksik borç olarak ödenmiş tazminatların geri istenemeyeceğine ilişkin hukuki sonuca mı ulaşmak gerekeceği tartışılmıştır. Diğer bir deyişle bu hükümde eksik borçtan mı söz edildiği konusu gündeme gelmiştir. Ancak mehaz kanun açısından da öğretide tartışmasız olarak geçersizlik müeyyidesinin kabul edildiğini görüyoruz (34). Bu sonuçla MK.mızın değişiklik öncesi ruhunu bu tür evlenmekten kaçınmaya bağlı, akçalı yaptırımlara kapalı olduğunu çekinmeden söyleyebiliriz.

Hükmü lafzı açısından düzeltici yoruma tabi tutmak gerekir. Şöyle ki, hükümde "tazminat"tan sözedilmiş. Bu terim hatalıdır. Çünkü, biliyoruz ki, evlenmekten haklı bir neden olmaksızın vazgeçen; yani nişanı bozan tarafın tazminat ödemesi yasa gereğidir. Bu kapsamda, nişanı haklı bir neden olmaksızın bozan tarafın tazminat ödeyeceğine ilişkin yapılmış sözleşmelerin bu hükmün teyidi olarak geçerli olacağına kuşku yoktur. Sonuç olarak, hükümde amacın bu olmadığı herkesin malumudur.

O halde tazminattan kastedilen nedir? İsv.MK. 91 bu konuda akdi ceza yani cezai şart terimini kullanmakta (Vertragsstrafe), tazminat terimine yer vermemektedir. Bu konuda açıklık getiren yazar olarak Öztan, mehazın ifadesine bağlı olarak, bu akti cezaların, BK.156 vd. maddelerinde öngörülen cezalar olduğunu haklı olarak belirtmektedir (35). Feyzioğlu ise, vaadedilen bu tazmina-

(33) Bu konuda bk., Tekinay, s. 22; Zevkliler, s. 687; Feyzioğlu, s. 41-42; Öztan, s. 32-33.

(34) Bu konuda bk. Feyzioğlu, s. 42. dp. 36., Tekinay, s. 22, dp. 6.

(35) Bk., Öztan, s. 32; Ayrıca bk. Tekinay, s. 32.

tın bir pey akçası (bağlılık akçesi) bir zamanı rücu "pişmanlık akçesi ya da bir cezai şart şeklinde olması da esası değiştirmez" ifadesi ile bunlar dışında da tazminat kararlaştırılması halini gözardı etmemeye çalışmaktadır.

Görüşümüzce MK. 83 hükmünde, MK.84 hükmünce düzenlenen tazminattan farklı bir hukuki ilişkinin düzenlenmeye çalışıldığı açıktır. Burada, nişanlı taraflar, nişanın herhangi bir sebeple evlenmeyle sonuçlanmaması ya da yalnızca bozulması haline münhasır olarak önceden kararlaştırılmış ya da miktarı belirlenebilir bir edimi kazanmak arzusundadırlar. Artık, bu noktada nişanın bozulmasında zararı ispat ederek mahkemeden talep edilecek tazminat talepleri söz konusu değildir. Burada tarafların, irade beyanlarının yorumu sonucu, ya kanunda düzenlenmiş cezai şart, cayma akçası gibi kurumlara ya da kanunda yeri olmayan (örneğin, nişanın doğumundan evvel taraflardan birinin evlenmekten kaçtığı takdirde kaybetmek üzere verdiği bir şey) edimlere başvurdukları görülmektedir. Zaten, nişanı bozmaya bağlı olarak taraflar arasında miktarı belirtilmeden "tazminat ödenecektir" şeklinde kayıtların MK.84 hükmünün teyidi (kabul edilmesi) olmaktan öte bir anlam ifade etmeyeceği de herkesin malumudur. Çünkü edim belirli olmalı ya da en azından asgari geçerlilik koşulu olarak belirlenebilir olmalıdır. Aksi takdirde geçerli bir borç yükümü kurulmuş olmaz. Örneğin miktarı belirtilerek tazminat adı altında ifade edilen bir ödenti kararlaştırılmışsa BK.18 hükmünü uygulayarak tarafların gerçek irade beyanını doğru adlandırarak dönme cezası şeklinde kararlaştırılmış bir cezai şart karşısında olduğumuzu duraksamaksızın söyleyebiliriz.

Sonuç olarak bu bilgilerin ışığı altında, MK.83 değişikliği öncesi hüküm kapsamını belirlemek gerekirse, tazminat kavramını dışlayarak sanırım şöyle bir ifade kullanabiliriz. MK.83 hükmü değişikliği öncesi evlenmeye zorlama, yani evlilikten kaçınma hali için kararlaştırılmış her türlü akti edim yükümlülüğü hangi isim altında olursa olsun geçersiz kabul ediliyordu. BK.18 hükmünce bu konuda yanlışlıkla kullanılan terimler veya muvazalı terimlere bakılmaksızın geçersizlik söz konusuydu. Hakimın önüne gelen somut uyuşmazlıkta, taraflar ileri sürmese de itiraz oluşturan bu olguya dayalı olarak geçersizliğe hükmetmesi gerekiyordu. Çün-

kü, yoklukla sakat işleme dayanarak hiç kimse hak iddia edemez. Ayrıca, bu geçersizlik zamanının geçmesi ile de sıhhat kazanmış geçerli bir işleme dönüşmez.

Ayrıca, bu tür akti cezaların ve kararlaştırılmış edimlerin nişanlanma öncesinde veya nişanlanma ilişkisinin sürdüğü sırada kararlaştırılması geçersizlik açısından hiç bir değişiklik yaratmayacaktır (36).

Bu başlık altında dikkat çeken husus, cezai şart veya cayma akçası gibi kararlaştırılmış edim yükümlülüklerinin fer'i (asıl hukuki ilişkiye bağımlılık) niteliği karşısında bizzat kendilerinin geçersiz kılınmış olmalarıdır. Diğer bir anlatımla, asıl hukuki işlemin geçersizliği başka; ona fer'i hukuki işlemin geçersizliği ise tamamen farklı hukuki sonuçlara tabidir.

## **B- İFA EDİLMİŞ GEÇERSİZ EDİMLERİN HUKUKİ SONUÇLARI**

Araştırma başlığımız altında sağlıklı bir karşılaştırma yapabilmek için değinmeden geçemeyeceğimiz bir konu da MK.83 değişikliği öncesi, evlenmekten kaçınma hali için kararlaştırılmış edim yükümlülüklerinin geçersiz olmasına rağmen ödenmiş olmaları halinde hukuki sonuçlarının ne olacağıdır? Bu konuda sorun, vardığımız geçersizlik müeyyidesine bağlı olarak tamamen netleşmiştir. Her nasılsa geçersizliği düşünülmeden yerine getirilmiş edimlerin, sebebin geçersiz olmasına dayanarak sebepsiz zenginleşme davasına konu olacağı öğretide de kabul ediliyordu (37).

Böylece, evlenmekten kaçınma hali için öngörülen cezai şartı ödemiş olan taraf, nişanın bozulması üzerine başlangıçta geçersiz olan bu edim yükümünün karşı tarafın malvarlığında yarattığı sebepsiz artışı, BK.61 vd. hükümlerince talep edilebilmekteydi.

MK.83 değişikliği öncesi, cayma tazminatı konusunda da aynı sonuca ulaşmak gerekecekti (38). Cayma akçası, aktin doğumu ile

(36) Feyzioglu, s. 42.

(37) Öztan, s. 33.

(38) Yargıtay, "geçerli olmayan bir akit dolayısıyla ödenmiş bulunan pey akçesinin geri verilmesi, sebepsiz mal edinmeye ilişkin hükümler gereğince istene-



birlikte verilmektedir. BK.m.156 hükmünce, MK.nun 83 hükmünün yasaklayıcı kuralı karşısında cayma akçası alan tarafın gerek evlenme halinde cayma akçasını alıkoyması gerekse, bozması halinde iki katını ödeme yükümlülüğü altına girmesi söz konusu olamazdı. Cayma akçasını veren tarafın, nişanı bozması halinde, verdiğini sebepsiz zenginleşme hükümlerince talep edebileceği açıkça kabul ediliyordu. Tazminatla yükümlü olma halinde ise, ancak ortada aleyhine kesinleşmiş bir hüküm mevcutsa mahsup doğal olarak kabul edilebilecekti.

MK.83 değişikliği öncesi, cayma tazminatı verilmesi halinde bozmaya bağlı hukuki sonuçları gördük. Peki, cayma tazminatı verilen bir nişanlanmada evlenme gerçekleşmişse kazandırmanın hukuki geleceği ne olacaktır? Başka bir ifade ile, cayma tazminatı iade edilmeyecek midir? Bu konuda da, sebepsiz zenginleşme ile iadeye konu olarak cayma tazminatının talep edilebileceğini kabul ediyoruz. Zamanaşımı duracağı için, yıllar sonra boşanma ile birlikte sebepsiz zenginleşme talebi kabul edilmelidir; yeter ki, evlenme ile birlikte diğer eşe yapılmış bağışlama sebebine dayalı bir ibra söz konusu olmasın.

Ülkemiz açısından nişanlanmada cayma akçası uygulaması pek bilinmemektedir. Aşağıda değineceğimiz gibi bu uygulamanın, MK. değişikliği ile canlandırılmaya çalışılmasına kadar hayırlı olduğunu söyleyebilirdik. Bu açıklamaların ışığı altında MK.83 değişikliğini artık sağlıklı şekilde incelemeye geçebiliriz.

### III- MK. DEĞİŞİKLİĞİ SONRASI HUKUKİ DURUM

#### A- Genel Olarak

"Nişanlılık evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermez" ifadesi ile eski kuralı sadeleştiren kanunkoyucu, eski hükümden esaslı noktalarda ayrılarak, "evlenmeden kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatı veya ceza şartı dava edilemez; ancak yapılan ödemelerde geri istenemez" hükmünü koymuştur. Eski hükümdeki "tazminat" kavramının yerini iki borçlar hukuku kurumu almıştır.

---

bilir" şeklinde karar vermiştir. HGK'nun, 20.5.1964 tarihli E. 764/K. 388 nolu kararı için bk., Dalamanlı Lütfi/Kazancı Faruk: Açıklamalı Borçlar Kanunu, C. II, İstanbul 1990, s. 715-716.

Bu konuda ilk olarak belirtmek gerekirse eski hükümdeki tazminat yerine bu kurumların anılmasında isabet vardır. Ancak, yukarıda da belirttiğimiz gibi, kanunda yer almakla birlikte kararlaştırılmış nişanın bozulmasına bağlı diğer bazı edim yükümlülüklerinin de olabileceği unutulmamalıdır. Örneğin alanın iki katı iade yükümlülüğü doğurmayacak yalnızca vereninin evlenmekten kaçınması halinde alanda kalacak bir miktar paranın nişanın doğumu ile birlikte ödenmesi ilişkisinde bu durum söz konusudur. Kısaca gerekçelendirmek gerekirse, nişanlanma esnasında tarafların miktar belirtmeksizin nişanı bozan tarafın tazminat ödeyeceğini kararlaştırmaları, tazminat ödenmesi gereken hallerde genel kuralın tekrarı; tazminat ödenmesi gerekmeyen hallerde ise geçersiz bir edim yükümünden ibarettir. Yok eğer, açıkça bir miktar kararlaştırılarak ödeneceği taahhüdü cezai şarta; peşin verilmesi de pey akçası ve koşullarının saptanması halinde cayma akçasına vücut verecektir. Çünkü, BK.18 hükmünce tarafların gerçek irade beyanının araştırılması zorunluluğu tartışmasızdır.

Bu konudaki hukuki sonuçlara geçmeden önce, cayma tazminatı ve cezai şartın nişanlanmadaki fonksiyonuna borçlar genel teorisi ışığı altında değinmemiz yararlı olacaktır.

### **B- Nişanlanmada Evlilikten Kaçınma Hali İçin Getirilen Akçalı Yükümlülükler**

Akdi (sözleşmesel) ilişkide tarafların, edim yükümlülüklerini ifa konusunda zorlayıcı, akçalı (mali) yükümlülükler getirmeleri BK.muzun düzenleme konusu içinde kalmıştır. Ayrıca, sözleşmeden dönme hakkını karşı tarafla anlaşarak akdin doğumu sırasında verilen bir miktar para ile sağlanması da BK.muzca hükme bağlanmıştır. İşte, cezai şart ve cayma akçası BK.muzda yer alan iki hukuki kurum olarak, MK.83 değişikliği ile nişanlanma konusunda da açıkça anılmıştır. Hemen belirtelim, BK.muzda düzenleme konusu yapılmamış edim yükümlülüklerinin de benzer hukuki sonuçlarıyla gündeme gelmesi söz konusu olabilecektir. Örneğin, akdin doğumundan önce verilen bir miktar paranın, akti yapmaktan kaçınma halinde kaybetmek üzere ödenmesinde olduğu gibi (39).

(39) Von Tuhr, s. 775.

# 1- NİŞANLANMADA CAYMA AKÇASI (ZAMANI RÜCU)

## a- Genel Hükümler Karşısında Cayma Akçası

BK.muzun 156. maddesini aynen yazarak sonucunu çıkarmak gerekirse, kanunkoyucu, "bir kimse pey akçesi verdiği takdirde, bunun zamanı rücu olarak değil, belki akdin inikadına delil olmak üzere vermiş addolunur.

Hilafına mahalli adet veya mukavele olmadıkça pey akçesini alan, alacağına mahsup etmiyerek onu muhafaza eder.

Zamanı rücu şart edildiği halde, akidlerden her biri akitten rücu salahiyetini haiz addolunur. Pey akçesi vermiş olan rücu ederse verdiği terk eder ve pey akçesini almış olan rücu ederse aldığı iki mislini iade eder" hükmü ile tanım vermeksizin anılan kurumların hüküm ve sonuçlarını belirtmekle yetinmiştir.

Cayma akçasına (pişmanlık akçası) ilişkin açıklamalara geçmeden önce zorunlu bağlılık nedeni ile pey akçası (kaparo) hakkında da özlü bir bilgi vermemizde gerekecektir.

BK.muzun bu konudaki ifadesi karışıklığa yolaçacak niteliktedir. Maddede cayma akçası pey akçasının ilave fonksiyon kazanmış bir türü gibi düzenlenmiştir. Eş değışle, pey akçasının aynı zamanda akitten dönme konusunda özgür kalmak amacı ile ödenmesi halinde cayma akçası söz konusu olacak gibidir. Oysa mehaz hüküm böyle bir ifade taşımamaktadır. (OR.Art.158/III). Öğretide de her iki kurum dikkatlice ayrılmaktadır (40).

Pey akçası (kaparo) bir aktin kurulması esnasında taraflardan birinin aktin doğumuna delil elde etmek ve bu konudaki ciddiyetini göstermek amacıyla verdiği herhangi bir şey (genellikle para) verilmesidir (41).

(40) Eren Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. III, B. 4, İstanbul 1994, s. 375. Tunçomağ Kenan: Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler, İstanbul 1976 s. 895 vd., Feyzioglu Necmeddin Feyzi: Borçlar Hukuku C. II, Genel Hükümler, s. 373 vd., Tekinay Selahattin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoglu Haluk/Altop Atilla: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1988, s. 451 vd.

(41) Andreas, Borçlar Hukuku, C. I-II, Ankara 1983, (Çev. Edege Cevat), s. 773 vd

Günümüzde fazla bir uygulama olanağının kalmamasının nedenini, iradi olarak yazılı şeklin yerleşmeye başlamasında aramak gerekir. Çünkü, artık yalnızca sözlü olarak yapılmış aktin kurulmasından sonra, yapılan aktin ciddiliğinden kuşku duymadan ayrılmak için bir miktar para verme arzusu sönmüştür.

Pey akçası, ferî (bağımlı) olma özelliği sonucu, asıl borç ilişkisinin geçersizliğine bağlı olarak geçersiz olur (42). Bu takdirde işin niteliği gereği ödenmiş olan pey akçası sebepsiz zenginleşme hükümlerince iadeye tabidir (43). Buna karşılık, akit geçerli olmakla birlikte ifa etmeme nedeni ile tazminat söz konusu olması halinde pey akçası veren tarafın tazminat borcundan mahsup edilip edilmeyeceği de ifa halinde asıl alacağa mahsup edilip edilmeyeceğine bağlıdır (44). Pey akçasının, aktin ifa ile son bulmasında ne olacağı konusunda kanunkoyucunun açık bir hükme yer verdiğini gördük. Buna göre, getirilen karine ile, aksine sözleşme ve yerel adet yoksa pey akçası alan bunu alacağına mahsup etmek zorunda değildir. Pey akçası kendisinde kaldığı gibi, alacağına tam olarak talep edecektir. Ancak, bu ülkemiz koşullarına uymamaktadır. Öğretide de yazarlar söz birliği ederek bu rahatsızlığı ifade etmektedirler (45).

Görüşümüzce de, bu kuralın uygulanmasında, yaygın kanıyı hükmün aksine örf ve adet oluşturacak uygulama niteliğinde kabul etmeli ve bu konuda genel adetten sözetmelidir. Buna göre, pey akçasını alan taraf bunu alacağına mahsup etmekle yükümlü olacak; verilen şey ile aynı neviden olmama halinde ise, ifa ile son bulan akit için delil elde etme amacı ortadan kalkacak ve bunun sonucunda iade yükümlülüğü doğacaktır.

BK.156. madde ile düzenlenen ikinci kurum, cayma akçasıdır. Aynı şekilde yine aktin doğumu esnasında verilen bir miktar şey (genellikle paradır) söz konusudur. Fakat, bu defa taraflar aktin

(42) Feyzioğlu Borçlar II, s. 376; Tunçomağ, s. 896; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 453; Eren, s. 377; von Tuhr, s. 774. Bu konuda tarihi gelişim ve kavramlar açısından bk., von Tuhr.

(43) BK. 34 nolu dipnotunda verilen eserler.

(44) Bu konuda bk. Feyzioğlu, s. 377; Eren, s. 377.

(45) Eren, s. 376, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 452; ilginç bir görüş olarak bk., Feyzioğlu, Borçlar II, s. 377-378.

bağlayıcılığı konusunda her iki tarafın da özgür kalma arzusuna cevap verilmektedir. Taraflardan birinin verdiği cayma akçasına bağlı olarak her iki tarafın da dilediği zaman akidden dönme konusunda anlaşmaları halinde BK.156/III f.hükmünce cayma akçası kararlaştırılmış olur. Böylece, her iki tarafda keyfi olarak (kanunda düzenlenmiş haklı bir sebebe dayanma söz konusu olmaksızın) akitten dönme hakkına sahip olur ve bu hak kullanılınca akit geçmişe etkili olarak (ex tunc) ortadan kalkar. Hemen anlaşılacağı gibi taahhüt muamelesi olarak akdin kurulması ile ifa arasına zaman kesiti girmesi halinde önemi olan cayma akçası uyarınca, cayma akçası veren akitten dönecek olursa verdiği karşı tarafta kalacak; alanın dönmesi halinde ise cayma akçasının iki katını ödemesi gerekecektir. (BK.156/III)

Kazandırıcı işlem olarak ifade etmek gerekirse, cayma akçasını verenin akitten dönmesi halinde verdiği, karşı tarafta haklı bir kazandırma oluşturarak malvarlığının aktifine geçmektedir. Karşı taraf caydığı takdirde ise, aldığı cayma akçasına bir de kendi yükümlülüğünü oluşturan miktar eklenerek (iki katı olarak) borçlanma yaratmaktadır (pasifini arttırmak suretiyle) (46).

Pey akçasında söz konusu olan ihtimaller cayma akçası olarak da gündeme gelecektir. Akit gereği yerine gelince, yani taraflar akitten dönmeyince cayma akçasının hukuki kaderi tartışılmak gerekir (ki bunun konumuzla ilgili olarak öneminin büyük olduğu hemen anlaşılacaktır).

Bu konuda, biraz da BK.nun ifadesinin verdiği rahatlıkla ve aktin doğumu konusunda verilen bir miktar paranın akitten dönme konusunda sağladığı özgürlük yanında ve öncelikle aktin doğumuna da delil oluşturacağı sonucundan hareketle, evleviyetle pey akçasındaki sonuçların uygulanması gerektiğine inanıyoruz (47). Buna göre, yukarıda verdiğimiz sonuçla, cayma akçası olarak verilen şey kararlaştırılan edim cinsinden ise mahsup edilecek aynı neviden olmama halinde ise iade edilecektir.(48). Hukuki bir

(46) Her türlü tarafda ashında eş bir ödence ile yükümlü tutulmuştur, bk., Feyzioğlu, Borçlar, II, 2.380.

(47) Bu görüşte olan Bucher'e yollama ve aksi görüş için bk., Eren, s. 378.

(48) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 454; Uçar Salter, Hukukta Cezai Şart Uygulaması, İstanbul 1993, s. 5.

temele oturtmak gerekirse, sebebin tahakkuk etmemesi sonucu oluşan sebepsiz zenginleşme söz konusu olacaktır. (BK.m.61 vd.) (49). Tazminat gerektiren hallerde pey akçasından verdiğimiz bilgiler burada da geçerli olacaktır.

Son olarak belirtmek gerekirse, kanunkoyucu, aksi ispat edilebilen bir karine ile, şüphe halinde pey akçasının varlığını kabul etmiştir. Başka bir anlatımla, iddia eden cayma akçesinin varlığını ispat edemediği takdirde, aktin doğumu sırasında verilen şeyin pey akçası olduğuna hükmedilecektir.

### **b- Nişanlanmada Cayma Akçasına Bağlı Hukuki Sonuçlar**

Nişanlanmada pey akçasının yeri olacak mıdır? Uygulamada mali boyutu sözleşmelere özgü pey akçasının nişanlanmada kullanıldığına rastlamak mümkün değildir. Nişanlanma ile birlikte kaparo verilmesi dile dahi hoş gelmemektedir. Bu nedenle, nişanlanmada aktin doğumu ile birlikte verilen bir miktar şeyin olsa hediye olarak adlandırılması gerekir. Kanun koyucu da hediyelere ilişkin hüküm ve sonuçları düzenlemiştir. Yok eğer böyle bir ödemenin başlık parası niteliğinde olması halinde ise hüküm ve sonuçlar değişiktir. Konumuzla ilgili olarak bu konuya aşağıda değineceğiz.

Konumuzun 83/II.f hükmü ile sonuç bağlanması üzerine, nişanlanma ile birlikte taraflardan birinin nişanı bozma konusunda özgür kalmak üzere diğer tarafa bir miktar şey (genellikle para) vermesi, ihtimali olabileceğini kabul etmek gerekir. Buna göre cayma akçası vermiş olan taraf, BK.muzun bağladığı sonuçla karşı tarafın bozması halinde ise verdiği iki katını ödemesi gerektiğini düşünmekte haklı olacaktır.

Nişanlanma ile ilgili olarak cayma akçası verilmesi adetine ise pek rastlandığı söylenemezdi. Ancak, böyle bir adetin olduğu söylenemezse de, peşin cayma tazminatı verilmesi yolunda örneklerin olduğunu ve cayma tazminatının iadesi için davalar açıldığını değişik hükmün gerekçesinden öğrenmiş bulunuyoruz (Gerekçeyi

(49) Ayrıca bk., von Tuhr, s. 775; Eren s. 378. Kusurlu imkansızlık halinde borçlar için bk., Feyzioğlu Borçlar II, s. 382.

yukarıda kanuni düzenleme başlığı altında yazmıştık). İşte sık rastlamadığımız sınırlı bir kaç örnekte gerçekleşen uygulamaya bağlı olarak ve üstelik aceleye getirerek "ahlaki bakımdan uygun bulunmadığı" gerekçesi ile iade davalarına engel olunmak arzusuyla yapılan değişiklik eleştirisini aşağıdaki bilgiler üzerine oturtmaya çalışacağız.

Kısaca tarihi gelişmeye de göz atmak gerekirse, MK.83 hükmü ile nişanlanma kurumuna girmiş olan cayma akçası, bu konuda Türk kanunkoyucunun icadı olmayıp; uygulaması çok eskilere dayanan bir tarihi geçmiş sergilemektedir.

Söyle ki, nişanlanma ile ilgili olarak rastladığımız en eski kurallar olan Hammurabi (M.Ö.2100) kanunlarında nişanlanmadan geri dönülmesine ilişkin kurallar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. (159-161. maddeler) (50) Konu başlığımız altında çok ilginç olarak, nişanlanma ile birlikte kadının babasına verilen "tirhatu" (günümüzde başlık parasına benzer ön ödeme) olarak adlandırılan kazandırmayı görüyoruz. Erkek, nişanı, hediyeler ve tirhatu verdikten sonra bozarsa, kız babasının hediye ve tirhatuyu geri verme yükümlülüğü bulunmakta idi. Buna karşılık, nişanlı kızın nişanı bozması halinde, aldığı hediyeleri iade yanında tirhatuyu iki katı olarak ödeme yükümlülüğü altında bırakıldığını görüyoruz (51).

Şimdiki cayma akçasına benzer bilinen ilk örnek oluşturacak bu uygulamadan sonra Roma hukukunda nişanlanma konusunda bir Helen uygulaması olarak "arrhá"yı görüyoruz (52). Buna göre, nedensiz olarak nişanı bozan taraf, vermiş olduğu arrhá'yı kaybetmekteydi. Arrhá'yı almış olan tarafın nişanı bozması halinde arrhá'nın iki katını karşı tarafa ödemekle yükümlü olduğunu görüyoruz (53).

(50) Bu konuda bk., Ferh H.: Hammurabi und salische Recht, Bonn'1970, s. 76.

(51) Hammurabi kuralları 159 ve 160. madde için bk., Kohler J./Peiser F.E.: Hammurabi's Gesetze, Band I., Leipzig'1904, s. 85.

(52) Roma Hukuku da pey akçası "arrhá" olarak adlandırılmıştır. Bu konuda değişik başlıklar için bk., von Tuhr, s. 773.

(53) Semidt A.: Rechtsnatur und Behandlung des Verlobnisses nach bürgerlichem Recht, Diss. Marburg 1932, s. 9.

İşte MK.83, tarihi uygulamayı mehz İsviçre ile Alman hukukunda böyle bir ödemenin kararlaştırılması mümkün değil iken nişanlanma ile birlikte cayma akçası verebileceğini öngörmüş buna ilişkin hüküm ve sonuçları düzenlemiştir.

### **aa- Nişanlanmada Verilen Cayma Akçası Eksik Borçtur.**

### **aaa- Genel Olarak Eksik Borçlar**

Borçlar genel teorisinde eksik borçlar, (54) kısaca ödenebilir, fakat dava edilemeyen borçlar olarak tanımlanmaktadır (55). Geçersiz borçlar yanında, ödenmemekle birlikte ödenmiş olmaları halinde iadeleri mümkün olmayan bu tür borçlar, yükümlüsüne defi hakkı vermektedir. Buna göre, borçlu eksik borcun dava edilmesi halinde ödememe hakkını öne sürerek bu yükümü yerine getirmekten kaçınma hakkına sahiptir. Ancak, bu hakkını kullanmayarak ödemiş olması halinde geçerli bir borcu ödemiş olmakta ve artık iadesi kanunkoyucunun getirdiği açık hükümle dava edilememektedir. Burada hukuk düzeni hem geçerli bir borç yaratması yanında hem de ödememe hakkı tanımmasının hukukçu olmayanlara bir çelişki olarak gözükmesi normaldir. Fakat, burada ortalama bir çözüm yolu bulunduğunu görüyoruz. Şöyle ki, geçersiz borçlarla-geçerli borçlar arasında hukuki geçerlilik taşıyan bu borçların varlığı zorunlu görülmüştür. Kanunkoyucu bu tür borçlar yaratarak, hoş görmediği bazı talepleri belirlemiş her iki halde de mahkeme önüne gelmesini arzulamamıştır. Öyle ki, somut uyuşmazlık olarak, ne ifası amacı ile ne de ödenmesi sonucu iadesi talebi ile mahkeme önüne gelmemelidir (56).

Bu hukuki yapısının sonuçları olarak borçlunun ödemek istememesi halinde aynen ifa davası açılmayacaktır. Bu sonuç, eksik borçların geçersiz borca yaklaşan yönüdür. Buna karşılık rıza ile

(54) Ayrıntılı bilgi için bk., Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 29 vd.; Tunçomağ, s. 41 vd.; Eren Fikret; Borçlar Hukuku, genel hükümler, C. I, İstanbul 1994, s. 104 vd.; von Tuhr, s. 33 vd.

(55) von Bruns'tan aktaran, Tunçomağ, s. 4.

(56) Gelse de, karşı tarafın ileri sürmesi halinde bu durumun ortaya çıkmasıyla birlikte fiili durumun (ödememenin veya ödenmiş ise iadenin) aksine karar verilmeyecektir.



her nasılsa ödenmiş ise (gerek yanılma ile gerekse eksik borç olduğunu bilerek) iade edilmesi mümkün olmayacaktır. Bu konuda, eksik borcun geçerli bir borç olduğunu görüyoruz. Böylece, rıza ile ifa edildiği takdirde, alacak hakkına konu edimin varlığına bağlı olarak karşı tarafın mal varlığında geçerli bir kazandırma yaratmaktadır (geçerli bir taahhüt muamelesine dayanan geçerli bir tasarruf işlemi ile). Başka bir anlatımla ödenmiş olması halinde alacaklının ifa menfaatini sağlaması sonucuna bağlı olarak sebepsiz zenginleşme oluşturmayacağı açıktır. Eksik borcu ödeme hakkı olan borçlu; yanılma ile rızasıyla ödediği eksik borcun, BK.m.62 hükmünce sebepsiz zenginleşme yarattığını öne süremeyecektir.

### **bbb- Nişanlanmada Cayma Akçasının Eksik Borç Olarak Niteliği**

MK.83/II. fıkranın getirdiği hukuki sonuçlar ile dava edilemeyen; ödeme yapılamaması halinde geri istenemeyen cayma akçası tipik bir eksik borç olarak ortaya çıkmaktadır. Sonuç olarak cayma akçası ile "doğuştan eksik borç" (57) başlığı altında MK.muz, yeni bir eksik borç türü yaratmıştır. Bu bağlamda, nişanlanma ile birlikte verilen cayma akçası verildiği anda eksik borç olarak doğmuş olmaktadır.

Eksik borç olarak nitelendirilmesindeki amacı gerekçede görüyoruz. "Kendisini tazminat ödemek mecburiyetinde hisseden kimsenin sonradan bunu geri almaya kalkması ahlaki bakımından uygun bulunmamıştır". Şeklindeki ifadesi ile kanunkoyucu tavrını koymuştur. Bir üst başlıkta belirttiğimiz gibi kanun koyucu nişanlanma ile birlikte verilen cayma akçası ve cezai şartın ne ifası davasını ne de rıza ile ödenmesini takiben iadesi davasını hoşgörmemekte ve bunu ahlaki değerlere aykırı bulmaktadır. BK.muzda hükme bağlanmış ahlaki borcun ifadesinden farklı olarak burada iade talebinde bulunmanın ahlak dışı bulunduğu bir eksik borç türü ile karşı karşıyayız.

Artık nişanlanmada cayma akçası verilmesinin hukuki sonuçlarını belirleyebiliriz. Buna göre kararlaştırılmış cayma akçasının

(57) Kavram için bk.; Eren, I, s. 106.

ifası dava edilemeyecektir. Kanunkoyucu, nişanlanmanın, evlenmeye zorlama hakkı vermemesi niteliği ve evlenme özgürlüğünün mutlaklığı ilkesince, evlenmeye yanaşmama hali için getirilmiş akçalı yükümlülükleri hoş görmemektedir. Bu nedenle, yaratılan eksik borç özelliğine bağlı olarak bu tür edim yükümlülüklerinin kararlaştırılmış olması halinde ifası dava edilemeyecektir. Kısa ve özlü bir ifadesi ile, "evlenmeden kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatı veya ceza şartı dava edilemez kuralı" MK.83/II. fıkranın amir hükmüdür.

Cayma akçasının iki taraflı hukuki sonuç doğurmasına bağlı olarak cayma akçasının dava edilememesi de iki boyutlu olarak gündeme gelecektir. Cayma akçasını verecek ve cayma akçasını almış olan nişanlı taraf açısından kural şöyle işleyecektir.

İlk olarak nişanlanma ile birlikte cayma akçasını ödeyecek taraf açısından sorunu ele alacak olursak, bu edim yükümünün asıl hukuki işleme bağlı (feri) niteliğine bağlı olarak nişanlanmanın meydana gelmesi ile birlikte ifası gerektiğini biliyoruz. Başka bir anlatımla, cayma akçası ile ilgili verdiğimiz bilgiler hatırlanacak olursa cayma akçasının aktin doğumu ile birlikte verilmesi gerektiğini belirtmiştik. Böylece işin niteliği gereği akdin doğumu ile birlikte kararlaştırılan cayma akçasına ilişkin tasarruf işleminin, taahhüt muamelesini takiben herhangi bir vade ve koşuldan yararlanılmaması sonucu hemen yapılması gerekir. Hâl böyle olunca, cayma akçasının aktin doğumundan (nişanlanmayı oluşturan karşılıklı irade beyanlarının muhataba varması) sonra verileceğini düşünmek zordur. Ancak, hemen gözlenebileceği gibi bu durumun imkansız olmayacağı da açıktır. İşte, cayma akçası kararlaştırılmış olmakla birlikte nişanlanmanın oluşmasına rağmen henüz ödenmediği hallerde, daha sonra ödenmek istenmemesi karşısında artık dava edilmeyecektir. Bir diğer ihtimal olarak, nişan devam etmekte iken yani nişan gerçekleşmesinden ve fakat, evlenme ile ifasından önce akitten dönme karşısında özgür kalma amacı ile bir şey verilmesi (nişanı bozma konusunda serbestlik sağlanması düşüncesi ile) de cayma akçası olarak adlandırılmak gerekecektir. Bir diğer anlatımla, tarafların nişan kurulması ile birlikte bir şey vermeyip, daha sonra cayma akçası verileceği konusunda anlaşmaları mümkün olabilir. Bu konuda da verebileceğimiz sonuç artık bellidir. Taraflar arasındaki anlaşmaya rağmen

cayma akçası ödenmeyecek olursa ifası dava edilemeyecektir. Ancak, bu ihtimale bağlı olarak son derece dikkatli olmak gerekir. Şöyle ki, taraflardan birinin bir miktar şey verip, karşı tarafın rızası ile nişanı bozma hakkını elde etmesi aşağıda inceleyeceğimiz dönme cezasıdır (BK.m.58/III.f). Buna göre, verilen bir miktar şey ile nişan bozma iradesi de beyan edilerek nişan ortadan kaldırılmakta ise artık cayma akçasını değil, dönme cezası ödenmiş demektir. Pekiştirmek gerekirse, taraflardan biri (ödeme kendine düşen) aktin doğumundan sonra cayma akçası ifa etmiş ve bu ifa anında aktin bağlayıcılığı ilkesince nişan hüküm ve sonuç doğurmaya devam etmekte ise, cayma akçası niteliğini koruyan kazandırmanın varlığını kabul edebiliriz.

Diğer yönden cayma akçasını almış olan taraf açısından cayma akçasının dava edilememesini inceleyecek olursak şu hukuki manzara ile karşılaşmaktayız. Borçlar genel teorisinde cayma akçası iki taraf içinde eşitlik kuralı uyarınca hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Çünkü, cayma akçası vermekle nişanlı tarafın amaçladığı hukuki sonuç, cayma akçasını alan tarafın nişanı bozması halinde aldığı iki katını ödemesidir. Genel hükümlerce (BK.m.156) ifade edilen, halk arasında da bu şekli ile benimsenmiş olan bu hukuki sonuç, cayma akçasının eksik borç olma özelliği karşısında ortadan kaldırılmıştır. Şöyle ki, cayma akçasını almış olan nişanlı taraf nişanı bozacak olursa, cayma akçası veren taraf, verilen miktarın iki katının ödenmesi konusunda herhangi bir yasal talepte bulunamayacaktır. Bu hukuki sonuçla cayma akçası almış olan tarafa, cayma akçasını iade etmemesi sonunda genel hükümler uyarınca doğal sonucu olan iki katının ödenmesi yolunda ödememe hakkı verdiği de açık olarak ortaya çıkmaktadır.

Cayma akçasının ifasının dava edilememesi yanında eksik borçlara özgü ikinci karakteristik özellik, MK.83/II.f ile tekrar edilmiştir. Bu konuda yapılan ödemeler geri istenemeyecektir.

Eksik borcun ödenmesinin bağışlama olmadığını da hemen vurgulamamız gerekiyor (58). Borcun klasik sebepleri ayırımında borçta bağışlama sebebi (causa donandi) değil; ifa sebebi (causa solvendi) sözkonusudur.

(58) Eren, I, s. 105-106; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 37.

Diğer yönden ödememe hakkının bulunması eksik borçların rıza ile ifasında, BK.62. madde hükmünün uygulanmasını da engeller. Bu konuda, cayma akçasını ödemiş olan taraf, ödememe hakkı olmasına dayanarak, yanılması sonucu borcu ödemediğini ileri sürerek sebepsiz zenginleşme davası açamayacaktır (59).

### cc- Yakınlar Tarafından Ödenen Cayma Akçasına Bağlı Hukuki Sonuçlar

Cayma akçasını tarafların yakınları ödemiş olacak olursa ne olacaktır? Bu takdirde cayma akçasının iki yönüne dikkat çekmek gerekiyor. Cayma akçasını nişanlı taraflardan birinin yerine ödeyen kişi açısından durum basittir. Bu takdirde, BK.67. nin, "borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça; borçlu borcunu şahsen ifaye mecbur değildir" kuralı uyarınca, ödeme yapan yakın, nişanlı taraf hukuk sahasında hüküm ve sonuç doğurmak üzere ödeme yapmaktadır. İşte bu bağlamda nişanlı taraf hukuki sahasında oluşan etkileri incelemek gerekir. İlk olarak hemen saf dışı bırakmak gerekirse, burada temsilden söz edilemeyecektir. Burada, nişanlı tarafın malvarlığına dahil diğer nişanlı ad veya hesabına ödenmemektedir. Bu ifade ile andığımız şekilde yapılan cayma akçası ödemelerinin inteliğini de belirtmiş oluyoruz.

Üçüncü şahıs, cayma akçasını karşı nişanlı tarafa (ki karşı tarafın yakınına, örneğin kız babasına verilme halinde başlık parasına yönelik açıklamalar aşağıda yapılacaktır) kendi malvarlığından yapacağı edimde ifa edecek olursa borcun yüklenilmesi (60) (BK.m.173 vd.) karşısında olduğumuz açıktır. Cayma akçasının akdin doğumu ile birlikte ödenmesinde, ödeyen (borcun nakli müteahhidi) kişi, bu ödeme ile borçlu nişanlı tarafı cayma akçası ödemekten kurtarmaktadır. Burada oluşan borcun dış yüklenilmesi (61), bir akittir (taahhüt muamelesi). Buna göre cayma akçasının nişanlı tarafça alınması (herhangi bir çekince ileri sürülmeksizin) icabın kabulü olarak algılanmalı ve borcun yüklenilmesi

(59) Bu konuda bk., Öz, Sebepsiz.

(60) Bu konuda genel hükümler için bk., Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 355 vd.; von Tuhr, 882 vd.; Eren, III, s. 483 vd.; Feyzioğlu, s. 66 vd.

(61) Bu kavram için bk., Tekinay, s. 360 vd.

işlemi gerçekleşmiş sayılmalıdır (62). Zaten, bir borçluya karşı yapılan borçtan kurtarma taahhüdü (borcun iç yüklenilmesi) (63), BK.173 hükmünün açık ifadesi karşısında borcu tediye etmek suretiyle gerçekleşebilmektedir.

Cayma akçasının vermesi gereken nişanlı taraf için ödemesiyle oluşan borcun içi yüklenilmesi (borçtan kurtarma taahhüdü) sebebi, bağışlama ve ifa sebebi olarak ortaya çıkabilir. Bağışlama sebebi ile yapılan cayma akçası ödenmesinde elden bağışlama (BK.m.237) hükümleri cereyan eder (64).

Hal böyle olunca, cayma akçası yine nişanlı tarafın malvarlığından yapılan kazandırma ile ödenmekte (ifa edilmekte) olup; hüküm ve sonuçları açısından hiç bir değişiklik yaratmayacaktır. Çünkü, yakınlar bu ödemeyi yaparken (borcun iç yüklenilmesi) nişanlı tarafa bağış amacı gütmektedir. Yok eğer, ivazlı ödeme söz konusu ise artık yakınlar tabiri kullanılamaz.

Bu başlık altında üçüncü şahıslar, yani cayma akçasını nişanlı taraf yararına ödeyen ana baba ve onlar gibi hareket eden diğer kişilerin cayma akçasına ilişkin davaları MK.83 hükmünden ayrı mı düşünülecektir? Görüşümüzce, MK.muz gerek 84 gerekse 86. madde hükmü ile ana baba ve onlar gibi hareket edenlerin, nişanlı taraf statüsüne sokmuş bulunmaktadır. Bu nedenle, ana baba ve onlar gibi hareket edenlerin ödedikleri veya ödeyecekleri cayma akçası ve cezai şart konusunda da MK. 83 hükmünün uygulanması gerektiğini söyleyebiliriz. Böylece, değindiğimiz tüm sonuçları onlar için de geçerli olacaktır. Örneğin, cayma akçası ödeyen ana baba iadeyi talep edemeyecektir. Cezai şart ödeme taahhüdü altına girmiş bir üçüncü şahıs (ana baba gibi hareket eden dayı gibi) aleyhine ifa davası açılmayacaktır.

---

(62) von Tuhr, s. 888.

(63) Kavram için bk., Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 386 vd.

(64) Uygulamada cayma akçası genellikle yakınlar tarafından bağışlama amacı ile ödenecektir; buna karşılık, ivazlı borçtan kurtarma taahhütlerinin genel hükümler açısından sonuçları hakkında bk., Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 357 vd.

## **dd- Ödenmiş Cayma Akçasının Tazminat Borcu Karşısındaki Yeri**

Nişanlanmada cayma akçası verilmesi halinde, cayma akçasının mahsup edileceği, asıl edim cinsinden bir karşılık bulunmadığını biliyoruz. Ancak, bu durumda konu başlığımız altında önemli iki hususun çözümlenmesi gerekmektedir.

## **aaa-Hukuka Aykırı Davranışı ile Nişanın Bozulmasına Neden olan Tarafın Cayma Akçasını İadesi Sorunu**

Yukarıda, nişanın bozulması başlığı altında tarafların tazminat yükümü yaratan davranışlarını incelemiş bulunuyoruz. Bu başlık altında tazminat yükümü doğuran halleri iki başlık altında toplamıştık. Buna göre, cayma akçası alan tarafın nişanın bozulmasında kusurlu davranışı veya keyfi olarak haklı bir neden olmaksızın nişanı bozması halinde ödeyeceği tazminat yükümü karşısında cayma akçasının yeri tartışılmak gerekir. Çünkü, tazminat ödemekle yükümlü hukuka aykırı davranışı bulunan tarafın, cayma akçasını alıkoyması nasıl makul karşılanacaktır? Örneğin, nişanlanma ile cayma akçası almış kızın, daha sonra sadakat yükümüne aykırı davranışı başka biri ile cinsi münasebeti sonucu cayma akçası veren karşı tarafın nişanı bozması halinde tazminat ödemekle yükümlü kızın cayma akçasını iade etmemesi hiç de kolay benimsenecek bir sonuç olarak ortaya çıkmamaktadır. Çünkü, yukarıda incelediğimiz gibi bu konuda tazminat ödemekle yükümlü tarafın cayma akçasını alıkoyması ve çoğu kez cayma akçası kadar tutmayacak bir tazminat ödemekle yükümlü olması açıkçası rahatsızlık verici olacaktır. Bu konuda işin niteliği gereği hukukun genel ilkelerine başvurmamız zorunlu hale gelmiştir. Çünkü, kanunun bu anlamsız değişikliği yaratan ifadesi karşısında yapılacak başka bir şey yoktur. "Hiç kimse hukuka aykırı davranışı ile hak kazanmaz" ilkesi gereği, cayma akçası alan tarafın aykırı davranışı ile hak kazanamaz" ilkesi gereği, cayma akçası alan tarafın ödeyeceği tazminat dışında bir de cayma akçası olarak verdiği miktarı sebepsiz zenginleşme davası ile iade etme yükümlülüğü kabul edilmelidir. Böylece, hukukun temel ilkelerinin, her türlü normun önüne geçmesi yolundaki evrensel yargının çatısına sığınarak, bu anlamsız hukuki sonucun ortadan kaldırılması sağlanmış olacaktır.

### bbb- Ödenmiş Cayma Akçasının Tazminat Talepleri Karşısındaki Yeri-Mahsup Sorunu

Bu başlık altında, cayma akçası vermiş olan tarafın, diğer nişanlının tazminat talepleri karşısında yükümlülüğü konusunu irdeleyeceğiz. Başka bir anlatımla, cayma akçası veren nişanlı, yukarıda incelediğimiz koşullara bağlı olarak tazminat ödemesi gereken hallerde tazminat ödeme yükümlülüğü olacak mıdır? Şöyle ki, MK.83. değişikliği öncesi, böyle bir cayma akçası saptanması halinde müeyyide geçersizlik olunca nişanın bozulmasına bağlı tazminat talepleri hiç bir şekilde etkilenmemekteydi. Böylece, cayma akçası almış olan taraf aynı zamanda tazminat alacaklısı ise işin doğası gereği mahsup yapılmak gerekecekti. Cayma akçası ödemiş tarafın ödeyeceği tazminat miktarı, cayma akçasından fazla ise, bu miktarı ödeyecek; cayma akçası tazminattan az ise sebepsiz zenginleşme davası ile bu miktarın iadesi istenecekti.

Oysa, şimdi cayma akçasının geçersizliği söz konusu değildir. Artık karşımızda eksik borç vardır. Hal böyle olunca, cayma akçası-tazminat ilişkisini irdelemek gerekir. Bu durum eksik borçlara özgü olarak borçlar genel teorisinde ilk defa karşımıza çıkmaktadır. Öğretide çıkacak tartışma iki ayrı sava dayanacaktır. Bir sava göre, cayma akçasının geçersiz borç olmaktan çıkması üzerine artık cayma akçası almış olan tarafın nişanın bozulmasından doğan tazminat taleplerinin yeri olmayacaktır. Başka bir deyişle, cayma akçası vermiş olanın cayma akçasını almış nişanlının iade etmemesi karşısında tazminat ödeme yükümlülüğü doğmayacaktır. Böylece borçlar genel teorisinde cayma akçası verenin BK.156. madde hükmünce keyfi olarak ek hiç bir yükümlülük altına girmeden akitten keyfi dönebilmesi imkanına dayalı savunması kabul edilmelidir.

Eksik borcun geçerli bir borç olmasına dayalı tarafa meyil verecek olursak bu görüşün kabul edilmesi mümkündür. Ancak, eksik borcun dava edilmemesi özelliği karşısında, yukarıdaki görüş kabul edilecek olursa eşitsizlik hemen ortaya çıkıverecektir. Çünkü, cayma akçası nişanı tazminat talebine yer olacak şekilde bozacak olursa tazminat talep edilebilmektedir. Buna göre, cayma akçası alanın tazminat ödemeyip, iki tarafın ödemesi eksik borç olma özelliğine bağlı olarak ortadan kalkınca, cayma akçası vere-

nin de cayma akçasını alacak tazminatla yükümlü olması halinde tazminat talebi devam etmelidir. Görüşümüzce, cayma akçasının eksik borç özelliğine kavuşması, bu yöndeki davaların (hem ifa amacı ile, hem de iadesinin sebepsiz zenginleşme talebi ile) mahkeme önüne gelmesini önlemektedir. Eş deyişle, nişanlanmada mali boyutlu bu tür bir hukuki ilişkinin benimsenmemesinin yolu böyle bulunmuştur. Ancak, nişanın bozulması halinde tazminat talepleri cayma akçasını alan taraf için gündeme gelecekse; cayma akçası veren taraf için de gündeme gelmelidir. Sonuç olarak, cayma akçasını almış tarafın nişanı bozması veya bozulmasına tazminat talebine yer olacak şekilde neden olması halinde cayma akçası ne iki katı ile ne de sebepsiz zenginleşme talebi ile iadesi dava edilememektedir. Hal böyle olunca, cayma akçası veren tazminat ödemesi gereken hallerde de aşan miktarda tazminatlara hükmetmek gerekecektir. Savunduğumuz bu sava bağlı olarak, cayma akçası veren nişanlı tarafın tazminatla yükümlü olacak şekilde nişanı bozması ya da nişanın bozulmasına neden olması halinde karşımıza mahsup sorunu çıkacaktır. Yukarıda açıkladığımız şekilde borçlar genel teorsinde akitten doğan edim yükümlülüğünde asıl edimin cayma akçasıyla aynı nitelikte olması halinde, mahsubu kabul etmiştik. Akitten doğan verme yükümlülüğü, kusurlu ifa veya diğer hallerde tazminat yükümlülüğüne dönüşmüşse mahsup yine işletilmelidir. Aynı sonuç, nişanlanma ile birlikte verilen cayma akçası için de kabul edilmelidir (65).

Bu sonuçla, daha önce cayma akçası vermiş tarafın daha sonra tazminat ödeme yükümü altına girmesi halinde, ancak, verdiği miktarı aşan bir tazminat ödemekle sorumlu olması halinde bu bakiye kadar ödemesi kabul edilmelidir. Buna karşılık, hükmedilen tazminat ödenmiş cayma akçasını aşmıyorsa ödemekle yükümlü olmayacağı açıktır.

### **C- Nişanlanmanın Evlenme İle Sonuçlanması Halinde Cayma Akçasının Hukuki Kaderi**

Nişanın iradi olarak bozulması halinde cayma akçasına bağlı hukuki sonuçları görmüş bulunuyoruz. Tarafların evlenmeleri

(65) Bu görüşle birlikte mahsup konusunda öneri hüküm sunan Hatemi/Serozan için bk. 46.



halinde de cayma akçasına bağlı hukuki sonuçlar değişmeyecektir.

Cayma akçası genel hükümler çerçevesinde asıl edim cinsinden farklı bir şey olarak verilmişse aktin ifası halinde iade edilmek gerekecektir. Çünkü, artık mahsup edilecek bir asıl edim olmayışı karşısında caymaya bağlı sonuçların gerçekleşmemesi ile birlikte iade gerekecektir. Hukuki zeminini gerekçe ile sağlamlaştırmak gerekirse, sebebin tahakkuk etmemesi sonucu sebepsiz zenginleşme davasına konu istirdat davası açılacaktır (66).

Oysa, nişanlanmada cayma akçası ödenmiş ise, tarafların evlenmiş olması halinde almış olan taraf malvarlığında alıkoymaktadır. Cayma akçasını alan nişanlı, nişanın bozulmayarak evlenilmesi halinde aldığı miktarı isteğiyle iade etmeyecek olursa, MK.muzun bu konuda getirdiği kuralla yapılan ödemeler geri istenemeyecektir.

Acaba, MK.83/II.f hükmünün evlenmekten kaçınma hali için öngörülmüş olmasından hareketle dar yorumlanması mümkün müdür? Böylece cayma akçasının nişanlanma ile birlikte verilmesi halinde eksik borç olmasına bağlı özellikler, nişanın iradi bozulmasına bağlı olarak işletilebilir. Nişanın evlenme ile sonuçlanması halinde amacı (ratio legis) gerçekleşmeyen hükmün uygulanmayarak verilen cayma akçasının genel hükümlere bağlı olması kabul edilebilecektir. Bu hukuki sonuç kabul edilecek olursa, evlenme ile birlikte cayma akçasında sebebin tahakkuk etmemesine bağlı olarak sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iadeye tabi bir kazandırma sözkonusu olacaktır (MK.m.61 vd.).

Aşağıda bir alt başlıkta da dayanacağımız hukuki yargı sonucu MK.83/II.f hükmünün nişanın iradi olarak bozulmasına bağlı olarak hüküm ve sonuç getirdiği kabul olunmalıdır.

Tekrar edecek olursak görüşümüzcü, nişanlanma işlemi sırasında verilen cayma akçasına ilişkin MK.83/II.f hükmü ile MK.muzun yalnızca nişanın iradi olarak bozulmasına ilişkin hüküm getirmek istemiştir. Bu savımızı destekleyen bir bulgu

(66) Aksinin kararlaştırılması mümkündür. Bu konuda bk. von Tuhr, s. 775; Tunçomağ, s. 898; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 454.

getirmek gerekirse, gerekçe tarihi yorum malzemesi olarak ileri sürülebilecektir. Aynen alıntı yaparak gözönüne sermek gerekirse, hükme esas olarak şu ifade ile karşılaşmaktayız. "Nişanlanmada, evlenmekten kaçınma hali ile ilgili olarak karşı tarafa nişandan cayma tazminatı peşin olarak verilmiş ise, nişanın bozulması halinde bu tazminatın iadesi için dava açılmaktadır". O halde sonuç olarak, cayma akçasına nişanın iradi olarak evlenmekten kaçınarak bozulmasıyla ilintili sonuç bağlandığını; bunun dışında ödenen cayma akçasının iadesi sorununun genel hükümlere bağlı olması gerektiğini savunuyoruz. (MK.m.5. hükmünün atfıyla).

Böylece birçok yönüyle eleştirdiğimiz hükmün sakıncalı yönlerini vardığımız bu sonuçla bazı somut uyuşmazlıklarda bertaraf etmiş olacağız.

#### **d- Nişanın İradi Olarak Bozulması Dışında Son Bulması Halinde Cayma Akçasına Bağlı Sonuçlar**

Vardığımız sonuçların nişanın ikale veya tek taraflı beyanla iradi olarak bozulmasına bağlı olduğunu biliyoruz. Çünkü, nişanlanmada kararlaştırılan cayma akçası veya cezai şartta tarafların amaçladıkları husus nişanı bözen tarafa mali yaptırım getirmektir.

Oysa nişanlanmanın başlangıçta veya sonradan ortaya çıkan nedenlerle hükümsüz mümkündür. Tarafların iradesine dayanmayan bu hallerde nişanlanma tüm hüküm ve sonuçları ile ortadan kalkacaktır. Ehliyetsizlik, evlenme engeli olan yakın akrabaların nişanlanması (67), taraflardan birinin sonradan cinsiyet değiştirmesi, akıl hastalığına tutulması, ölüm gibi nedenlerle nişanlanma baştan geçersiz olduğu gibi sonradan da ortadan kalabilmektedir. İşte bu ve benzeri nedenlerle nişanın taraflardan birinin iradesi ile bozulması istisna edilerek, nişanın geçersiz olduğu hallerde verilmiş olan cayma akçasını MK.83/II.f. hükmü dışında tutmak gerektiğini düşünüyoruz. Ancak, bu konuda sonuç belirlemeden önce hemen saf dışı bırakmak gerekirse, nişanın geçersizliğine yolaçan olayın taraflardan birinin kusurlu davranışı veya nişanı keyfi bozmasına dayandığı halleri ayırmak gerekir. Örneğin, nişanlı tarafın başka biriyle evlenmesi, keyfi nedenle

(67) Tarafların bunu sonradan öğrenmesi nişanın sonradan ortadan kalktığını göstermez.

cinsiyet değiştirmesi, başta kararlaştırılan bozucu şartın gerçekleşmesi gibi hallerde MK.83/II.f. hükümünün uygulanması doğaldir. Çünkü bu hallerin varlığı dikkatle irdelenecek olursa, temelde hep nişanın tek taraflı bozulduğu hususu ortaya çıkmaktadır.

Bu ve benzeri irade olarak nişanın bozulmuş sayılmış olacağını kabul edeceğimiz haller dışında nişanın geçersiz olduğu durumlarda cayma akçası karşı tarafta oluşturduğu sebepsiz zenginleşme nedeni ile iade edilmelidir. ('BK.m.61 vd.) Aynı Şekilde nişanlanmanın sonradan geçersiz hale geldiği durumlarda ise, bu defa sebebin sonradan geçersiz hale gelmesi sonucu sebepsiz zenginleşme davasına konu olacak bir iade talebi vardır. Örneğin, nişanlanmanın cayma akçasını alanın veya verenin ölmesi sonucu ortadan kalktığı hallerde durum böyledir.

## 2- NIşANLANMADA CEZAI şARTA BAğLI HÜKÜM VE SONUÇLAR

MK.83/II.f. ile nişanlanma kurumuna giren diğer akçalı yükümlülük cezai şart olmuştur. Cayma akçası ile ilgili verdiğimiz bilgilerin bu başlık altında da geçerli olacağında kuşku yoktur. Ancak, cezai şartın nişanlanma ile birlikte kendine özgü sonuçları olacağı da açıktır. Bu hüküm ve sonuçları irdelemeden önce cezai şart hakkında zl bir bilgi vermemiz yeterli olacaktır (68).

### a- Genel Hükümler Karşısında Cezai şart

Cezai şart BK.muzun 4. bab 3. faslında nc faslında pey akçası (kaparo) ve cayma akçası ile birlikte 158.vd. hükümlerince düzenlenmiştir. Aynen yazmak gerekirse, cezai şartın  türünü düzenleyen 158. madde şu Őekildedir. "Aktin icra edilmemesi veya natamam olarak icrası halinde tediye edilmek üzere cezai şart kabul edilmiş ise, hilafına mukavele olmadıkça alacaklı, ancak ya akdin icrasını veya cezanın tediyesini isteyebilir.

Akdin muayyen zamanda veya meşrut mahalde icra edilmemesi halinde tediye olunmak üzere cezai şart kabul edilmiş ise,

(68) Cezai şart konusunda bk. Tunçomağ Kenan; Türk Hukukunda Cezai şart, İstanbul 1963; Ayrıca bk. Eren, III, s. 365 vd. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 456 vd., Tunçomağ, Borçlar s. 853 vd., Feyzioğlu, Borçlar s. 388 vd.

alacaklı hem aktin icrasını, hem meşrut cezasının tediyasını talep edebilir. Meğer ki alacaklı bu hakkından sarahaten feragat etmiş veya kayıt dermeyan etmeksizin edayı kabul etmiş olsun.

Borçlunun, cezai şartı tediye ile akitten rücu etmek hakkını ispat edebilmek salahiyeti mahfuzdur".

Hemen belirtelim 158. maddenin her bir fıkrasında düzenlenen cezai şartlara isim babalığa öğreti tarafından yapılmıştır. Cezai şart, alt başlıklar halinde, seçimlik, ifaya eklenen ve dönme cezası olmak üzere üç türlü kararlaştırılabilmektedir.

İlk olarak, ya bu şekilde saptayarak ya da BK.158/I.f hükmünce getirilen yorumla aktin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi haline bağlı olarak cezai şart kararlaştırılmışsa seçimlik cezai şart söz konusudur. Bu takdirde, yapacağı tercihle alacaklı, ya aktin ifasını ya da cezai şartın ödenmesini talep edebilir. Aksi ile kanıtı uyarınca hem borcun ifası hem de cezai şartın ödenmesini talep edemeyecektir.

Hem borcun ifasının hem de cezai şartın ödenmesinin talep edilmesi ancak ifaya eklenen cezai şartla mümkün olmaktadır. Bu tür cezai şartın seçimi yine ya tarafların açıkça bunu arzlaması ya da aktin belirli bir zaman veya yerde ifa edilmesine bağlı olarak cezai şart saptamaları halinde BK.158/II. fıkranın yorumlayıcı hükmü sonucu oluşmaktadır. Bu takdirde, cezai şart alacaklısı hem aktin koşullarına göre ifasını hem de cezai şartı birlikte talep edebilmektedir (69).

BK. 158/III. fıkra ise son olarak dönme cezası veya diğer adlandırma ile ifayı engelleyen cezai şartı düzenlemektedir (70). Bu tür cezai şartta seçimlik cezai şartın tam aksine insiyatif borçluya geçmiştir. O ya ifayı yerine getirecek ya da akitten tek taraflı dönerek (71) cezai şartı ödemekle yükümlü olacaktır. Görüldüğü gibi

(69) Bu konudaki seçim hakkı değiştirici yenilik doğurucu haktır. bu nedenle kullanılan seçim hakkından sonra dönülüp; diğer talep seçilemez; Eren, III, s. 366-368.

(70) Bu kavram için bk., Tunçoğlu, Borçlar, s. 863; Eren, III, s. 370.

(71) Bozucu yenilik doğurucu hak ile kullanılarak yalnızca cezai şart ödenmesi gerekir.

seçimlik cezai şartta alacaklının tercih hakkı, akitte açık bir şekilde kararlaştırmak suretiyle ifa ve cezai şartı ödemeyi seçim yetkisi bu defa borçluya geçmiştir. Bu tür cezai şart diğer türlerde olduğu gibi hiç bir yorumlayıcı kurala konu değildir. Bu nedenle asıl edime bağlı olarak borçlunun, sözleşmede açık bir ifade ile kararlaştırarak, saptanan cezai şartı ödeyerek akitten dönme yetkisini saklı tutması gerekir.

### **b- Nişanlanmada Cezai Şartın Yeri**

BK.muzun genel hükümler çerçevesinde andığımız hukuki sonuçlara bağlanmış cezai şartın nişanlanma başlığı altında göstereceği özellik çok farklı olacaktır. Çünkü, MK.83/I.f. hükmünce nişanlanmanın evlenmeye zorlama hakkı vermemesi mutlak kuralı karşısında aynen ifa davasına yer yoktur. Bu emredici kuralın uzantısı, BK.158/I ve II fıkralarda düzenlenmiş bulunan seçimlik cezai şart ile ifaya eklenen cezai şartta nişanlanma kurumu içinde yer olmamasıdır. O halde hiç kimse, evlenmekten kaçınma haline bağlı olarak cezai şarttan vazgeçtiğini belirterek evlenmeye zorlama davası açamayacağı gibi, hem cezai şartı hem de evlenmenin sağlanmasını dava edemeyecektir. Bu bağlamda, evlenmenin gerçekleşmemesi üzerine, evlenme gerçekleşinceye kadar devri aralıklı edim olarak belirli bir miktarın ödenmesi de kararlaştırılmaz. Örneğin, evlenmenin gecikmesi üzerine evleninceye kadar her ay on milyon TL cezai şart ödenmesi kararlaştırılması geçersizdir.

Bu sonuçla, nişanlanmada cezai şart dönme cezası şeklinde kararlaştırılabilecektir. İfa eklenen veya seçimlik cezai şart şeklinde kararlaştırılmış olsa dahi bu sonuç değişmeyecektir. Bu durumda, nişanı bozmaya bağlı olarak yalnızca dönme cezası niteliğinde bir edim olarak aşağıdaki hüküm ve sonuçlara bağlı olacaktır.

### **c- Nişanlanma İşlemi Cezai Şart İlişkisi**

Borçlar genel teorisi uyarınca cezai şartın ferî (bağımlı) olma özelliğini biliyoruz (72). Buna göre nişanlanma (asıl borç ilişkisi)

(72) Bu konuda bk., Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 457-459; Feyzioğlu, Borçlar, 389; Tunçomağ, Borçlar, s. 859.

yanında cezai şart anlaşması yapılmaktadır (73). Feri (bağımlı) olma özelliğinin konumuzu ilgilendiren sonucu nişanlanma geçersiz ise cezai şart anlaşması da geçersiz olacaktır. Bu takdirde nişanlanmanın bozulma dışında ortaya çıkan nedenlerle geçersiz olması halinde cezai şartta geçersiz olacaktır. Artık bu durumda cezai şartın hukuki kaderi MK.83/II.f. hükmüne tabi olmaktan çıkacaktır. Geçersiz akte dayanılarak yapılmış ödemeler genel hükümler uyarınca sebepsiz zenginleşme oluşturacak ve iadesi bu yolla olabilecektir (BK.m.61 vd.) Çünkü, artık biliyoruz ki, MK.83/II.f hükmü nişanın bozulmasına bağlı olarak uygulanabilecek bir kural getirmektedir.

### **d-Nişanlanmada Cezai Şartın Eksik Borç Özelliğine Bağlı Hukuki Sonuçlar**

Yukarıda cayma akçası ile verdiğimiz bilgiler doğrultusunda cezai şarta ilişkin hüküm ve sonuçlar artık netleşmiştir. Nişanlanma ile birlikte kararlaştırılan cezai şart MK.83/II.f. hükmü ile eksik borç yaratılmıştır. Buna bağlı hukuki sonuçlar şu şekilde oluşacaktır.

Kararlaştırılmış cezai şart dava edilemeyecektir. Cayma akçasının aktin doğumu ile birlikte verilmesine karşılık, cezai şart bir taahhüt (borçlandırıcı) işlemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu taahhüt işleminin konusu ekonomik değer taşıyan bir verme edimidir. Buna göre, cezai şartın borçlar genel teorisince muaccel olacağı an borcun cezai şart anlaşmasında kararlaştırıldığı hallere uygun olarak ifa edilmemesidir. Görüldüğü gibi, şarta bağlı bir hukuki işlem olarak ortaya çıkmaktadır (74). Nitelik olarak, taliki (erteleyici) tarzda olan bu şart, asıl edimin BK.m.96 hükmünde yer alan ifade ile hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesidir. Nişanlanma ile kararlaştırılan cezai şart geçerli kabul edilmiş olsaydı taliki şart olan nişanın bozulması olgusuna bağlı olarak karşı tarafa (lehine cezai şart kararlaştırılmış) cezai şartın ifasını dava hakkı verecekti. Oysa MK.83/II.f. ise bu konuda kararlaştırılan cezai şartın dava edilemeyeceğini amirdir. Buna göre, nişanı bo-

(73) Aksi takdirde ortada cezai şart değil; bir seçimlik borç olacağı açıktır; bu konuda bk., Tunçomağ, Borçlar, s. 859.

(74) Bu konuda bk., Eren, III, s. 367.

zan tarafın cezai şart olarak kararlaştırılan edimi (bir miktar para veya şey) ödenmesine ilişkin aynen ifa davası açılmayacaktır. Eksik borçlara ilişkin açık dava yasağı karşısında böyle bir davanın açılması halinde dava reddedilecektir.

Eksik borç olma özelliğine bağlı ikinci sonuç; bu defa nişanlı tarafların her nasılsa ödemiş buldukları cezai şartın iadesi dava edilemeyecektir. Bütün eksik borçları yaratan bu sonuç MK.83/II.f. hükmü ile hiç bir aksi görüşü savunmaya yolaçmayacak şekilde ifade edilmiştir. Buna göre, nişanlanma işlemine bağlı olarak kararlaştırılmış cezai şartı, nişanı bozmasına bağlı olarak ödemiş bulunan taraf, ödememe hakkı olduğunu öne sürerek geri isteyecek olursa bu dava reddedilecektir. Bu konuda BK.m.62 hükmünün uygulanmasına da yer yoktur. Cezai şartı nişanı bozmasını takiben rızası ile ödemiş bulunan taraf yanılma sonucu borcu olmayan şeyi ödediğini ileri sürerek sebepsiz zenginleşme davası açılmayacaktır (75).

#### **e- Ödenmiş Cezai Şartın Tazminatla İlişkisi Sorunu- Aşkın Zararı Talep**

Cayma akçasında vardığımız sonuçla, cezai şartı ödemiş olan tarafın, iadeyi talep edememesi karşısında eksik borç özelliğine bağlı olarak ödenmiş cayma akçasının tazminata mahsubu gerektiğini belirtmiştik. Şimdi durum biraz değişiktir. Cezai şartı her nasılsa ödenmiş bulunan tarafın, MK.nun 84. maddesi hükmüne tazminat ödemesi gereken hallerde ne yapılmak gerekecektir? Borçlar genel teorisinde biliyoruz ki, cezai şart kararlaştırılan hallerde cezai şart talebi zarardan bağımsızdır (76). BK.muzun 159. maddesi I. fıkra ile "Alacaklı zarara düşer olmasa bile ceza lazım olur" hükmü ile zarardan bağımsızlığı ifade etmiştir. Bu durumda cezai şart almış olan tarafın zararı olmasa da cezai şartı talebe hakkı olduğu açıktır. İşte, cezai şart ödeyen tarafın eğer hakim daha fazlasına hükmetmemiş ise tazminat ödeme yükümü de olmayacaktır. Bu konuda, nişanlanmaya bağlı olarak eksik borç olan cezai şartın dava edilememesi, genel hüküm olan bu kuralın uygulanmasını engellemez. Başka bir deyişle cezai

(75) Öz, Sebepsiz, s. 121.

(76) Eren, III, s. 371-372; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 478.

şartın eksik borç olma özelliği ve bu nedenle iade edilmemesi ayrıca tazminat talebinin devamını gerektirmez.

Hemen açıkça anlaşılacağı gibi, cezai şartta zarardan bağımsızlık, cayma akçasında mahsupla bu noktada çakıştığı gibi, hakimim 86. madde uyarınca hükmedeceği tazminat cezai şart miktarını aşacak olursa BK.m.159/II.f. hükmünce cezai şartı almış olan nişanlının bunu talebe hakkı olacağı açıktır.

#### **4- MK.83 HÜKMÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ-SONUÇ**

Bu başlık altında MK.83 hükmü ile getirilen değişikliği eleştirmek istiyoruz. Sonuç olarak, MK.83/II.f. hükmü hiç de kolay benimsenecek ve takdir edilebilecek bir kural getirmemektedir. Sırasıyla belirtmek gerekirse hüküm şu açılardan eleştirilebilmektedir.

#### **I- Evlenme Özgürlüğü Akçalı Yükümlerle Kısıtlanmaktadır.**

"Nişanlılık evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermez" şeklinde istisna içermeyen kural ile (MK.83/I) sağlamak istenen ikenin evlenme özgürlüğü olduğunu biliyoruz. MK.83/II ile getirilen değişiklik öncesi, bu özgürlüğü sınırlamaya dolaylı olarak yolaçan akçalı yükümlülüklerle set çekilmiş iken (geçersizlik müeyyidesi ile); bu defa taraflara ödemiş oldukları cayma akçası ve cezai şartın geri alamama endişesi ile zorlama getirildiği söylenebilir. Çünkü, aşağıda incelediğimiz boyutu ile yüksek saptanmış kötüniyetli uygulamalarda (hele bu ödenti başlık parasına kılıf amacı ile cayma akçası adı altında ödenmişse) bu durum açıkça anlaşılabilir. Eş deyişle, daha önce açıkça yasaklanmış dolaylı zorlama bu değişiklik ile yolaçılmıştır.

#### **II- Ödenmiş Cayma Akçası Ve Cezai Şartın İade Engeli Anlamsız Bir Gerekçeye Dayanmaktadır**

Daha önce MK. öntaşarısında yer almış madde 81 gerekçesinden aynen alınmış hükmün gerekçesinde "kendisini tazminat ödemek mecburiyetinde hisseden kimsenin sonradan bunu geri almaya kalkışması ahlaki bakımdan uygun bulunmamıştır" ifadesi yer almaktadır. Cezai şart için bir nebze haklılık payı olabilecek bu gerekçenin, cayma akçası açısından hiç bir savunulacak



yönü yoktur. Evlenmeden kaçınan tarafın cezai şartı ödemesinde hükmün gerekçesinin haklı olduğu tek dayanak noktası, kendi kusurlu davranışı ile veya keyfi olarak nişanı bozduğu hallerde cezai şartı ödemesi olabilir. Bu takdirde zaten tazminat borçlusu olacağı için ayrıca mahsup talebi haklı olacaktır. Oysa, karşı tarafın kusurlu davranışına dayanarak evlenmekten kaçınan tarafın cezai şartı ödemesi halinde iadenin mümkün olmaması, bu gerekçe karşısında tamamen havada kalmaktadır. Yukarıda, hukukun temel ilkelerinden olan "hiç kimsenin hukuka aykırı davranışı ile hak sahibi olamayacağı" kuralı ile bunu ortadan kaldırmayı önermiş bulunuyoruz.

Cayma akçası, nişanın kurulması ile birlikte verildiği için gerekçede anılan tazminat ödemek mecburiyeti hissi bu defa hiç yoktur. Cayma akçası veren taraf, BK.'muzda yeralan düzenleniş biçiminden hareketle nişanlanmada oluşacak teamüle göre (77), cayma akçası alan tarafın cayması halinde doğal olarak verilen şeyin iki katını beklemektedir. Getirilen hükümle hiç bir şekilde izah edilemeyecek bir tercih ile cayma akçası alan korunmaktadır. Kanun önünde eşitlik ilkesi karşısında bu tercihin amacı cevapsızdır.

Bu başlık altında özetle belirtmek gerekirse, nişanlanan taraflardan hukuk kuralını bilmeyen tarafa bu bilgisizliğinin faturası ağır ödetilmektedir. Şöyle ki, nişanlanmada cayma tazminatının ve cezai şartın geçersizliğini bilse idi ödemeyecek olan tarafın ödeme yapması halinde nişanın bozulmasında gerekçesi ne olursa olsun iade talebi kabul edilmemektedir. Diğer eksik borçlarda da aynı durum söz konusu olmakla birlikte, nişanlanmada her iki tarafın eşit koşullarında cayma akçası veya cezai şartı alanın tercih edilmesindeki tercih amacı anlaşılammaktadır. Somutlaştırmak gerekirse, kumar ve bahiste, zamanaşımına uğramış borçta, ahlaki borcun alacaklısında alınan şeyin iade edilmemesinde yeğlenen menfaatin korunmasında hep bir akla yatkın neden bulunmaktadır. Ancak, nişanlanma ile yaratılan yeni eksik borçların makul bir sebebinin bulmak güçtür. Hele ödeyen tarafın iade davasını ahlaka uygun bulmamak; kumar ve bahiste olduğu gibi yerine oturan bir gerekçe oluşturmamaktadır.

---

(77) Teammülden sözediyoruz; çünkü, nişanlanmada cayma akçasının geçerli bir borç doğurmadığını biliyoruz.

### III- MK.83/II.f. ile Başlık Parasına Hukuki Zemin Hazırlanmıştır.

#### A- Başlık Parası

Ülkemiz uygulamasında da diğer bir çok ülkede olduğu gibi nişanlanma, insan yaşamındaki önemli yerine dayanarak yaratıldığı heyecan ve sevinç nedeni ile karşılıklı hediyelerin verilmesine neden olmaktadır. Hediye özet olarak bağıştır (hibe) (78). Ancak, niteliği itibarıyla bir akit olan bağışta hediye alanın iradesi bu konuda zorlayıcı olamaz. Bu konuda evlenmenin koşulu bir zorunluluk olarak bir şeyin verilmesi gerekiyorsa hediye değil, isimsiz (atipik) bir sözleşme söz konusudur. Hele, verilmesi gereken şeyin evliliğe olurunun sağlanması için baba tarafından istenmesi durumunda karşımızda ciddi bir sosyal ve hukuki sorun duruyor demektir. Bu noktada başlık parası ülkemiz açısından gündemden hiç düşmemektedir. Özellikle kırsal kesim ve bu kesimin uzantısı olarak oluşan kentlerin bazı bölümlerinde başlık parası uygulaması devam etmektedir.

Tanım vermek gerekirse başlık parası, evliliğe rızasının sağlanması için, evlenecek erkeğin bizzat ya da ailesi tarafından kız babasına (ya da MK. 318 madde anlamında baba dışında aile başkanı, yani ev reisine) belirlenmiş bir miktar şeyin verilmesinden ibarettir (79).

Geçmiş uzantısı irdelenecek olursa ataerkil aile yapısının hüküm sürdüğü ve evlenen erkeğin aileden ayrılmadığı yaşam biçiminde doğduğu düşünülecek olursa haklılık payı verilebilecektir. Çünkü, yetişmesi için masraf yapılmış iş gücü bir aileden çıkıp, diğer aileye geçmektedir. Ancak, ataerkil aile yapısının kaybolmaya

(78) Hediye ile bağış arasında fark olup olmadığı soran Feyzioglu, arada fark olmayacağını haklı olarak belirtmektedir. Bu konuda bk., Feyzioglu, s. 50.

(79) Bu konuda bk., CANORUÇ, Mustafa Senay; Doktrin ve Yargıtay Kararları ile birlikte başlık geleneği ve hukuki niteliği, basılmamış yüksek lisans tezi, İÜHF., s. 1 ed. Hatemi/Serozan, 67 vd., Öz Turgut; BK. m. 65 kuralının sınırlandırılması sorunu ve BK. m. 20 kuralı ile ilişkisi Rüşvet-Başlık İBD., C. 59, s. 1-2-3, s. 135 vd., özellikle s. 125 vd., Tekinay S. 5; Başlık Parasına ilişkin uygulamalar hakkında Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan, İÜ. Siyasal Bilgiler Fakültesi, İstanbul 1982, s. 79. Ayrıca değişik bir çalışma için bk. TEZCAN Mahmut; Kültürel Antropoloji Açısından Başlık Parası Geleneği, Ankara 1981.

yüz tutması ile birlikte kırsal kesimde dahi evlenen çiftlerin ayrı mesken edinmeleri ve makinalı tarıma geçiş süreci ile birlikte başlık parasının haklılığını gerektiren koşulların varlığından sözedilememektedir. Artık bu koşullarda örf ve adet olarak hala sürdürülmek istenmesine kamu gücünün destek vermesi düşünülemez.

## **B- Başlık Parasının Hukuki Niteliği**

Hediye kavramı içinde düşünülemeyecek anılan türde ödemelerin dayandığı isimsiz (atipik) sözleşmenin geçerli olduğu düşünülemez. Öğretide de baskın olarak, BK. 19-20 anlamında sözleşme özgürlüğünün sınırlarından olan ahlak ve adaba aykırılık nedeniyle geçersiz olduğu kabul edilmektedir (80). Biraz önce belirttiğimiz gibi, başlık parasının kanunda düzenlenmemesinden hareketle bu konuda örf ve adetin uygulanması gerektiği tezi kabul edilemez. Çünkü, BK.m.20 emredici bir kural olarak bu konuda yasaklayıcıdır.

Hemen belirtmek gerekirse, başlık parasına ilişkin sözleşmenin kesinlikle hediye olduğu gibi bağışlama amacı (causa donandi) taşımadığıdır. İşte bu benimsenmeyen sebep ve saikler iade amacının sağlanmasında işin BK.65 hükmüne takılması nedeni ile, iadeyi sağlama amacına araç olacak şekilde başlık parası nitelik arayışları gündeme gelmiştir. Somutlaştıracak olursak, her nasılsa ahlaka aykırı amaçla verilmiş bir şey olarak nitelendirilerek (ki bu sonucun yanlışlığını hemen açıklayacağız), "haksız veyahut ahlaka (adaba) mugayır bir maksat istihali için verilen bir şeyi istirdada mahal yoktur" şeklinde hüküm getiren BK.m.65 hükmünce başlık parasının iade engeline takılması sonucu, değişik görüşlerce aşılmaya çalışılmıştır.

## **a- Başlığın Hediye Olduğu Görüşü**

Bir çok yazarca parası hediye olarak nitelendirilmiştir (81). Böylece evliliğin gerçekleşmesi halinde iadenin MK.86 hükmü ile sağlanması istenmiştir. Yargıtay da bir çok kararında bu görüşe yakın durmuştur (82). Ancak bu görüş, başlığın kıza değil de ba-

(80) Hatemi/Serozan, S. 68 VE 71, Oz, s. 126, Feyzioğlu, s. 51-52.

(81) Feyzioğlu, s. 51; Öztan, s. 43; Zevkliler, s. 264; Akıntürk, s. 41.

(82) Yargıtay 6. HD. müstakar nitelik kazanmış içtihatları ile bu görüşe taraftar olmuştur. Bu konuda 6. HD. 1.4.1980, 1979/11014 E, 1980/3155 K. nolu kararı

basına verilmesi karşısında çözümsüz kalmaktadır. Bu karşı teze karşılık babanın kızın temsilcisi olduğu savunması da, babanın malvarlığına kazandırıcı işlem niteliğinde tasarruf işlemi ile giren miktarı açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Başka bir anlatımla, başlık parasını alan baba, kendi ad ve hesabına hareket etmektedir (83). Diğer bir eleştiri de hemen ortaya çıkmaktadır. Başlık parası hediye kavramı ile izaha çalışılırsa, hukuki geçerlilik kazandırılmış olacak; iadesi de ancak nişanın sona ermesi halinde mümkün olacaktır. Oysa başlık parası verilmesi halinde amaç, her koşulda iadenin sağlanmasıdır.

### **b- Başlık Talebinin İkraha Sayılması Görüşü**

Bu konuda ortaya atılan ikrah görüşünce (84) BK.nun 29 vd. hükümleri çerçevesinde manevi cebir oluşturan tehdide dayanmak gerekir. Çünkü, kız tarafının oluru başlık parasının verilmesine dayalı bir tehdide dayanmaktadır. Buna göre, iade BK.31 madde hükmünce başlığa ilişkin işlemin iptali sonrası gündeme gelecektir. Burada ayrıntıya giremeyeceğimiz için, yalnızca ikrahın koşullarının oluşmadığı belirtmekle yetinerek eleştiri için bu konudaki araştırmalara atıf yapıyoruz (85).

### **c- Başlık Parasının Sebepsiz Zenginleşme Oluşturacağı Görüşü**

Temelde, başlık parasına ilişkin sözleşmenin BK.19 ve 20. madde hükmünce geçersiz olduğu sabit olunca BK.65 ile öne sürülen iade engelinin irdelenmesine geçebiliriz. Yazarlarca haklı olarak ifade edildiği gibi bu konuda BK.65 hükmünün nişanlanmada verilen başlık parasında uygulanmaması gerekir (86).

---

(78) için bk.; 6. HD. 1.2.1963, 926/8475-524 Nolu kararı için bk.; 6. HD. 9.4.1974, 3194/3424 nolu kararı için bk.; 16.6.1978, 4796/4888

(83) Görüşün eleştirisi için bk., Öz, s. 127, Canoruç, s. 97-100; Hatemi/Serozan, s. 68-69.

(84) Bu görüş Tekinay tarafından savunulmuştur, bk., Tekinay, başlık s. 86 vd.

(85) Görüşün ayrıntılı eleştirisi için Canoruç, s. 100 vd.; Öz, s. 127-128 Tekinay, Aile, 32-33; Canoruç, s. 102 vd. Ayrıntılı araştırma için bk., Öz, s. 105 vd., özellikle, s. 128-130.

(86) Hatemi/Serozan, s. 68.

Bu noktada, başlık parasıyla güdülen amacın somut uyumsuzlukta irdelenmesi gerekir. Doğal olarak, imam nikahlı evlenmeyi sağlamak veya evlilik dışı birleşmeyi temin amacıyla verilmiş şeyler bağlı uyumsuzluklarda BK.65 hükmünün uygulanacağını kesin olarak ifade edebiliriz (87). Ancak, çoğunlukla başlık parasının örf ve adete dayanarak yasal evliliği sağlamak amacı ile kız tarafının oluru için verildiği düşünülecek olursa veren tarafın ahlaka aykırı amaç elde etme düşüncesi taşımadığı açıktır. Eş deyişle, ahlaka aykırı amacın başlık parası ile ilgili verdiğimiz bilgiler ışığı altında, yalnızca alanda olduğu, verenini evlenme amacı ile hareket ettiği gerçeği karşısında BK.65 hükmü uygulanmamalıdır. Bu yargıya varınca, geçersiz bir sözleşme uyarınca verilen şeylerin karşı tarafın malvarlığında sebepsiz zenginleşme oluşturması da net bir şekilde ortaya çıkacaktır. Böylece, başlık parası veren taraf, yalnızca alanın güttüğü ahlaka aykırılık amacı nedeni ile geçersiz olan ödemesini evlenme gerçekleşmiş olsa dahi sebepsiz zenginleşme davası açarak talep edebilecektir (BK.m.61 vd.) (88)

#### **d- Başlık Parasına İlişkin Hukuki Sonuç**

Başlık parasına ilişkin sözleşme hediye niteliğinde kabul edilemez. Ortada, ahlak ve adaba aykırı geçersiz bir sözleşme vardır (BK 19-20). Başlık parası veren tarafın ödeme ile kız tarafının olurunu sağlama amacı tamamen evlenmeye yönelik olup; ahlaka aykırı amaç güdümü başlık parasını talep eden tarafa aittir. Bu nedenle, başlık parasının iadesi BK.m.65 hükmüne tabi olamaz. Bu sonuçla başlık parası, evlenme gerçekleşmiş olsun veya olmasın, sebepsiz zenginleşme davası ile geri istenebilecektir.

Başlık parası ödenmesinde ortada geçerli olmayan bir sözleşme vardır. Bu sözleşmeye yolaçan iradesi ile taraflardan biri, evlenmeyi sağlamak amacı ile hareket etmektedir. Bu konuda ağırlığı hissedilen manevi baskı tehdit koşulları taşımasa da başka türlü harekete imkan vermemektedir. Apaçık bir hukuki olgu olarak, başlık parası ödenmesinde ne bağışlama (hibe) amacı ne de borçlu

(87) Bu konuda bk., Öz, s. 129.

(88) Tekinay, s. 33; Öz, s. 129; Hatemi/Serozan, s. 68; Bu görüş ve ayrıca ilginç bazı ihtimaller için bk., Canoruç, s. 102 vd.

olmadığı şeyi bilerek ödeme söz konusudur. Bu yargıya, başlık parası veren tarafın (özgür iradesine bırakıldığında) bu ödemeyi hiç bir şekilde yapmayacağını anlaşıldığı hallerde kolaylıkla ulaşabiliriz. Bu konuda başlık parası ile karıştırılmaması gereken haller dikkatlice bu hukuki sonuçlardan ayrı tutulmalıdır. Bu noktada ödeme yapanın bunu özgür iradesi ile yaptığı (biraz önce belirttiğimiz evliliği olurun sağlanması tehdidi olmaksızın) halleri gözönüne almak gerekir. Örneğin, yöredeki örf ve adete bağlı olarak kızına mali gücünü aşan ölçüde harcama yapan babaya masraflarına katılmak için bir miktar para ödenmesinde başlık parası yoktur (89).

### **c- Cayma Akçasına İlişkin MK.83 Hükmü İle Başlık Parasının Kazandığı Tehlikeli Boyut**

MK.83. madde hükmü değişikliğine yöneltilebilecek en can alıcı nokta, başlık parası konusunda hazırladığı uygun hukuki zeminler (90). Artık, bundan böyle başlık parasını iade yükümlülüğü altında bulunan kız babasının hiç bir zaman iade yükümü altında olmayacağı cayma akçası talebine şaşmamak gerekir. Her ne kadar cayma akçasının nişanlı kıza verileceği söylensede bunu alan kızın babasına aktarması hiç de zor bir uygulama olmayacaktır. Çünkü, başlık parası talep etme niyetinde olan kız babası, evlilikten vazgeçmesi halinde iki katını ödemeyeceği gibi iade etmeyeceği bu bedele sarılacaktır. Ayrıca, cezai şartta olduğu gibi tenkisi dahi kabul edilmeyecek cayma akçası bedelini dilediği gibi saptayabilecektir.

Bu sonuçla, kanunkoyucu hiç bir anlam veremediğimiz bir değişiklik sonucu uygun bir anadolu değimi ile delinin aklına taş düşürmüştür. Gerçi, cayma akçası verilmesindeki amaç ile başlık parası verilmesindeki amacın farklı olduğu; hakimın cayma tazminatını başlık parasına hukuki kılıf yapma çabaları karşısında BK.18 hükmünü uygulanarak muvazaa nedeni ile (işlemin niteliğinde nisbi muvazaa) eksik borç olma niteliğini gözönüne almak-

(89) Burada vekalet ilişkisi bulunduğuna işaret eden Tekinay için bk., Tekinay, başlık, s. 87.

(90) Hatemi/Serozan da eserinde değişikliğin yerinde olmadığını belirtmektedirler, s. 68-69; 46.

sızın iadeye hükmetmesi gerektiği söylenebilecektir. Ancak, somut uyuşmazlıklarda geçerli bir borç olmayan başlık parası ile cayma akçasının bu saiki ile ayrılmasının güçlüğü yanında başlık parasına nazaran ehveni şer olma özelliğini ortadan kaldırmamaktadır.

Bu konuda olması lazım gelen hukuk açısından (de lege feranda) hüküm değişikliği önerisi getiren Hatemi/Serozan'a aşağıdaki kayıtle katılıyor ve kendisinden aldığımız ilhamla (91) şu maddelerin acilen MK.muza girmesini öneriyoruz.

Buna göre, hediye ve başlık kurumunun ayrılma önerisi 86. maddede yapılan değişiklik ile sağlanmalıdır. Buna göre maddeye bir cümle eklenerek; "Bu konuda anılan kişilerin diğer taraf ana babası ya da onlar gibi hareket edenlere evlenmeye rızalarının sağlanması için her ne nam altında olursa olsun verdikleri şeyler hediye kavramına girmeyip talep edebilir" hükmü konmalıdır.

Bu konuda, "erkek nişanlının veya onun ev reisinin, kadın nişanlının babasına veya ev reisine başlık veya benzer adlarla ödediği meblağ hediye kavramına girmeyip nişanlıların evlenmesi durumunda dahi iadesi istenebilir. Evlilik devam ettiği sürece zamanaşımı durur şeklinde öneri getiren Hatemi/Serozan bize ışık tutmuştur. Ancak, kanun yapma tekniği açısından belki hiç gerçekleşmeyecek dahi olsa erkek babasının kız tarafından anılan türde bir meblağ istemesi halinde yarattığı çözümsüzlük nedeni ile tarafımızdan değiştirilmiştir. Çünkü, eşitlik ilkesine dayalı olarak yazım bunu sanırız zorunlu kılacaktır. Diğer yönden, sebepsiz zenginleşme talebi ile iadesi istenecek miktarın bir borç kaynağı olarak genel hükümlere tabi olması karşısında zamanaşımının evlilik süresince duracağı tekrardan öte bir anma taşımayacaktır (BK.m.132 de düzenleme nedeni ile).

Ancak, bu yönde bir değişiklik MK.83/II.f. hükmü durduğu müddetçe daha önce sıraladığımız gerekçelerle hiç bir anlam ifade etmeyecektir. Bu konuda sorunun farkına varan Hatemi/Serozan, MK.83/II.f. hükmü konusunda, "MK.83/II. dar yorumlanmalı; hiç değilse sadece eşler arasında yapılan ödemelere özgü olarak uygulanmalıdır (konudan çıkarılmayacak ise). Kız babasına yapılan

---

(91) Bu konuda bk., Hatemi/Serozan, s. 46 ve 69.

başlık ödemeleri için ise, sadece şöyle bir mahsup kuralı getirmekle yetinilebilirdi. Evlenmekten kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatı veya cezai şart dava edilemez; ancak, yapılan ödemeler, tarafların anlaşması veya hakim hükmü ile ödemeyi yapanın tazminat borcuna mahsup edilebilir" önerisini dile getirmektedirler (92).

Hemen belirtmek gerekirse kanun yapma tekniği açısından öneride tarafların anlaşma ibaresine yer verilmesine gerek yoktur. Çünkü sözleşme yapma özgürlüğü uyarınca yapılan bu sözleşmeden uyuşmazlık çıkmayacaktır. Uyuşmazlık çıktığı takdirde zaten tarafların anlaşamadığını gösterir ve sorun önerilen hüküm uyarınca hakim tarafından çözülür. Ayrıca öneride mahsup edebilir ibaresine yer verilmesi de sanki mahsuba hakimın takdir hakkı ile karar verilebileceği izlenimi vermektedir. Oysa, hakim tazminata karar verdikten sonra mahsup yapılan ödemeler karşılığı kaçılmaz olacaktır. Bu önemsiz teferruat bir yana bırakılacak olursa, biz bu öneriye de sıcak bakmıyoruz. Çünkü, mahsubu gerektiren bir tazminat olmaması halinde cayma akçası ve cezai şartın hukuki kaderi bu öneride yine boşlukta kalmaktadır. Yukarıda sıraladığımız gerekçelerle biz 83/II.f. dan yapılan ödemelerin geri istenemeyeceğine ilişkin kısmın çıkarılarak hükmün "evlenmekten kaçınma hali için öngörülen ödentiler her ne nam altında olursa olsun geçersizdir. Yerine getirilmiş ödentiler sebepsiz zenginleşme kuralına göre iade edilir" şeklinde değiştirilmesini öneriyoruz.

Araştırmamıza burada nokta koyarken kanunkoyucu olarak görev yapan meclise bir hatırlatma yapmak istiyoruz. Bir temel kanunda değişiklik yaparken çok dikkatli olmak gerekir. Özellikle, diğer kanunlarla gerek yollamaya yol açacak gerekse ilinti sağlayacak terimlerin seçiminde ve buna bağlı hukuki sonuçların getirilmesinde özenle çalışmak gerekir. Bu konuda Hukuk Fakültelerinin görüşleri alınmalı, hukukçu öğretim üyelerinden oluşan komisyonlar kurulmalı ve küçük bir değişiklik dahi olsa titiz bir çalışmaya konu olmalıdır.

Hele hükmün 1984 tarihli Medeni Kanun öntasarısından alınmış olması karşısında şu eleştirimizi duraksamaksızın yapabiliriz.

---

(92) Hatemi/Serozan, s. 46.



Basılmış bulunan bu tasarımı hukuk öğretisi ile uğraşanların ele geçirmesi büyük mücadelelerle sağlanabilmektedir. Öğreti de yeterince tartışılmamış ve 1971 tasarısı gibi raflarda tozlanmaya bırakılmış bu tasarıdan kısım kısım yapılan değişiklik alıntıları da bu tür eleştirilere açık olabilmektedir.

#### IV- Sonuç

Formüle ederek özet bir yargıya varmak gerekirse nişanlanmada cayma akçası ve cezai şart konusunda şu sonuçlar ortaya çıkacaktır. Nişanlanmada cayma akçası ve cezai şart eksik borç olarak nitelendirilmiştir.

Cayma akçası verme taahhüdünde bulunan kişi aleyhine ifa davası açılmayacaktır.

Cayma akçası veren kişi, nişanı gerek kendi gerekse karşı tarafın bozucu yenilik doğurucu hakkını kullanarak bozması halinde iadesini dava edemeyecektir. Cayma akçası alanın nişanı bozması halinde, verilen miktarın iki katı dava edilemeyecektir.

Cayma akçası veren ve alan nişanlı aynı zamanda tazminatla yükümlü olacak olursa, karşı tarafın tazminat hakkı bundan etkilenmeyecektir.

Cayma akçası alan kişi, nişanın tazminat ödemekle yükümlü olarak bozulması halinde hiç kimse hukuka aykırı davranışı ile hak sahibi olamaz şeklinde genel hukuk kuralı uyarınca cayma akçasını da iade etmelidir.

Cayma akçası veren, tazminatla yükümlü olacak olursa, mahsuba hak kazanacak ve ancak, verdiği cayma akçasını aşan miktarda tazminatla mahkum olacaktır. Nişanın iradi olarak tek taraflı bozulması hali dışında gerek evlenme gerek evlenmenin gerçekleşmediği tüm hallerde cayma akçası sebepsiz zenginleşmeye ilişkin kurallarca iade edilmelidir.

Cezai şart konusunda ise eksik borç özelliğine dayalı sonuçla, taliki şarta bağlı olarak aktin koşullarına uygun ifa edilmemesi halinde bozularak evlenilme halinde cezai şart alacaklısı nişanlı, cezai şartın ifasını dava edemeyecektir.

Buna karşılık, cezai şart borçlusunu nişanlı her nasılsa cezai şartı ödemiş ise iadesini dava edemeyecektir.

Cezai şartın zarardan bağımsızlığı uyarınca cezai şartı her nasılsa ödemiş nişanlı aleyhine aşkın zararın tazmini için dava açılabilir.