

“Evlenmeye Zorlamak için Öngörülen Cayma Tazminatı ya da Cezai Şart Dava Edilemez; Ancak Yapılan Ödemeler de Geri İstenemez” TMK m. 119/f. 2 Üzerine Bir Değerlendirme

Hakemli Makale

Burcu G. ÖZCAN BÜYÜKTANIR*, Dila OKYAR KARAOSMANOĞLU**

* Yrd. Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü, Medeni Hukuku Anabilim Dalı

** Arş. Gör., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü, Medeni Hukuku Anabilim Dalı

İÇİNDEKİLER

I. Giriş	217
II. Nişanlanma	217
A. Nişanlanma Kavramı ve Koşulları	217
B. Nişanlanmanın Hükümleri	219
III. Nişanlılığın Bir Hükmü Olarak Evliliği Gerçekleştirme Yükümlülüğü	219
A. Genel Olarak	219
B. TMK m.119/f.1: “Nişanlılık evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermez.”	220
C. TMK m.119/f.2: “Evlenmeden kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatı veya ceza şartı dava edilemez; ancak yapılan ödemeler de geri istenemez”.	221
1. Kavramsal Boyut.	221
2. Tarihsel Gelişim	221
3. Hukuki Değerlendirme	223
IV. Başlık Parası Uygulamasının Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi ve Özellikle Yapılan Ödemelerin İadesinin İstenip İstenemeyeceği Meselesi	224
A. Başlık Parası Kavramı	224
B. Başlık Parası Adı Altında Yapılan Ödemelerin Hukuki Olarak Nitelendirilmesi ve Yapılan Ödemelerin İadesi Meselesine İlişkin Görüşler	224
1. Genel Olarak	224
2. Doktrinde ve Yargı Kararlarında İleri Sürülen Görüşler	225
a. TMK m.119/f.2 Kapsamında Cayma Tazminatı ya da Ceza Şartı Olarak Değerlendirilmesi. .225	
b. Ahlaka Aykırılık Nedeniyle TBK m.27 Uyarınca Kesin Hükümsüzlük Görüşü	226
c. Ahlaka Aykırı Bir Sonucun Gerçekleştirilmesi Amacıyla Yapılan Bir Ödeme Olduğu Görüşü.227	
d. TMK m.122 Kapsamında Nişanlılıkta Verilen Hediye Teşkil Ettiği Görüşü	227
V. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Sonuç.	228

ÖZET

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun (TMK) “Nişanlılığın Hükümleri” başlığı altında “Dava Hakkının Bulunmaması” alt başlığı ile TMK m.119/f.2’de yer alan düzenlemeye göre; “evlenmeden kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatı veya cezai şartı dava edilemez; ancak yapılan ödemeler de geri istenemez”. Madde metninde yer alan “...ancak yapılan ödemeler de geri istenemez” şeklindeki düzenleme, halk arasında başlık parası olarak ifade edilen uygulamayı akıllara getirmektedir. Başlık parası adı altında yapılan ödemelerin iadesine ilişkin talebin hukuki temeli olarak TMK m.119/f.2 düzenlemesinden başka, akla ilk gelen diğer düzenlemeler; hediyelerin geri verilmesine ilişkin TMK m.122 ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.27 ve TBK m.81’dir. Bu çalışma; TMK m.119/2’de yer alan düzenlemenin, tarihsel gelişim süreci içerisinde incelenmesini ve başlık parası adı altında yapılan ödemelerin iadesinin hukuki dayanağına ilişkin olarak doktrinde ve yargı uygulamasında ortaya konulan görüşlerin değerlendirilmesini amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler

Evlilik hukuku, Nişanlanma, Başlık Parası, Hediye, Ahlaka Aykırılık.

ABSTRACT

Lawsuits for the Payment of Penalties or Penal Clauses that are Set for Refraining from Marriage are Inadmissible; Payments Initiated Cannot Be Reimbursed” An Examination of Art. 119/2 of the Turkish Civil Code

Under the title “Provisions of Engagement”, with subtitle “Absence of Right to Claim”, Article 119/2 of the Turkish Civil Code No. 4721 provides that “lawsuits for the payment of penalties or penal clauses that are set for refraining from marriage are inadmissible; payments initiated cannot be reimbursed”. Especially the last part of this provision, regarding the initiated payments reminds the practice of bridewealth. With respect to the reimbursement of such payments, other legal provisions that can be considered are: Article 122 of the Turkish Civil Code regarding the gifts in engagement, Article 27 and 81 of Turkish Code of Obligations regarding the invalidity and unjust enrichment. This paper aims to examine the meaning and legislation history of Article 119/2 of Turkish Civil Code by considering different opinions put forward both in literature and in court practice as well as the relationship among different legal grounds with respect to reimbursement of bridewealth payments.

Keywords

Marriage Law, Engagement (Betrothal), Bridewealth, Gift, Immorality.

I. GİRİŞ

Yürürlükten kalkan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi (eMK) m.83/f.1'de yer alan; “[...] evlenmekten imtina halinde tazminat verilmesi şart kılınmış ise bu şart muteber değildir” şeklindeki hüküm, 14.11.1990 gün ve 3678 sayılı Kanun ile yapılan ekleme sonucu eMK m.83/f.2'de, “Evlenmeden kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatı veya cezai şart dava edilemez; ancak yapılan ödemeler de geri istenemez.” olarak düzenlenmiştir. Aynı düzenleme, kenar başlığı değiştirilmiş olarak, 01.01.2002 tarihli 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun (TMK) “Nişanlılığın Hükümleri” başlığı altında “Dava Hakkının Bulunmaması” alt başlığı ile TMK m.119/f.2'de de yer almaktadır. Madde metninde yer alan “[...] ancak yapılan ödemeler de geri istenemez” şeklindeki düzenleme, halk arasında *başlık parası* olarak ifade edilen uygulamayı akıllara getirmektedir.

TMK m.119/f.2 düzenlemesinden başka, başlık parası adı altında yapılan ödemelerin iadesine ilişkin talebin hukuki temeli olarak akla ilk gelen diğer düzenlemeler; nişanlanmada hediyelerin geri verilmesine ilişkin TMK m.122 ile ahlaka aykırı sözleşmelerin kesin hükümsüzlüğüne ilişkin TBK m.27 ve ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şeylerin geri istenemeyeceğine ilişkin TBK m. 81'dir. Başlık parası adı altında yapılan ödemelerin iadesi talebine hangi hükmün uygulanacağıının belirlenmesi, böyle bir iadenin mümkün olup olmadığını da belirleyecek olması açısından önem arz etmektedir.

Çalışmada öncelikli olarak nişanlanma kavramı, nişanlanmanın koşulları ve hükümleri hakkında genel bilgi verildikten sonra “evliliği yerine getirme yükümlülüğü” konunun önemi açısından ayrı bir başlık altında irdelenecektir. TMK m.119/f. 2'de yer alan “evlenmeden kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatı veya ceza şartı dava edilemez; ancak yapılan ödemeler de geri istenemez” düzenlemesi ise ayrı bir başlık altında irdelendikten sonra, *başlık parası* adı altında yapılan ödemeler ile bu ödemelerin iadesine ilişkin olarak doktrinde ve yargı kararlarında ileri sürülen görüşlere kısaca değinildikten sonra, sonuç kısmında görüşümüz belirtilecektir.

II. Nişanlanma

A. Nişanlanma Kavramı ve Koşulları

Nişanlanma, kadın ve erkeğin karşılıklı evlenme vaadiyle kurulan *sui generis* bir aile hukuku sözleşmesidir (TMK m.118)¹. Nişanlanmada evlenme iradesinin varlığı büyük önem taşımakta olup², bu iradelerin geçerliliği kanunda herhangi bir şekil şartına

1 HEGNAUER, Cyril/BREITSCHMID, Peter, **Grundriss des Eherechts**, Stämpfli Verlag, Bern **2000**, s. 37; HAUSHEER, Heinz/GEISER, Thomas/AEBI-MÜLLER, Regina E., **Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches**, Stämpfli Verlag, Bern **2007**, s. 37; ayrıca nişanlanmanın hukuki niteliği hakkında bkz. AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya, **Aile Hukuku**, Beta Yayınları, 14. Bası, **2012**, s. 26 vd.; ZEVKLİLER, Aydın, **Medeni Hukuk (Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku)**, Savaş Yayınları, Bası. 3, Ankara **1992**, s. 659 vd.; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi, 8. Bası, İstanbul, **2013**, N. 67-78; ÖZTAN, Bilge, **Aile Hukuku**, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara **2015**, s. 31-32; HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona, **Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul **1993**, s. 29 vd.

2 “Somut olayda; her ne kadar davanın niteliği “nişan bozulması sebebiyle tazminat” davası olarak adlandırılmış ve bu sebeple Aile Mahkemesinde yargılama yapılarak sonucuna uygun karar verilmiş ise de, nişanlanma tarihinde davacının bir başkasıyla evli olduğu, ayrıca tarafların 5,5-6 ay kadar nikah olmaksızın karı-koca hayatı

bağlanmamıştır. Nişanlanmanın kurulması açısından nişan merasimi yapılması gerekmemekte olup, tarafların birbirine uygun karşılıklı evlenme vaadinde bulunması yeterlidir³. Bununla birlikte evlenme vaadinde bulunmanın ve nişanlanma iradesinin bizzat taraflarca açıklanması gerekir. Nişanlanma iradesi haberci aracılığıyla da açıklanabilirse de temsilci aracılığıyla nişanlanma mümkün değildir⁴.

Nişanlanmanın geçerli olabilmesi için tarafların nişanlanma ehliyetine sahip olması, iradeyi sakatlayan genel nedenlerin bulunmaması, evlenme vaadinin ahlaka ve adaba aykırı olmaması, kesin evlenme engeli bulunmaması ve evlenmenin imkânsız olmaması gerekir.

Tam ehliyetlilerin nişanlanma ehliyeti tamdır. Ayırt etme gücüne sahip olmayanların hukuki fiilleri ise hukuki sonuç doğurmayacağından, tam ehliyetsizlerin nişanlanmaları halinde nişanlanma geçersiz olacaktır (TMK m.15). Nişanlanma, sınırlı ehliyetsiz olan ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıları kanuni temsilcilerinin rızası olmadan bağlamaz (TMK m.118/f.2). Nişanlanmanın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu düşünüldüğünde, bu hükmün nişanlanmanın mâli sonuçları açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Kanuni temsilcisinin izni olmadan nişanlanan sınırlı ehliyetsiz nişanlanması geçerli olmakla birlikte sadakat yükümlülüğü altında olan sınırlı ehliyetsiz nişanlı, nişanın kendisi tarafından bozulması ya da kusuru ile nişanın bozulmasına sebebiyet

yaşadıkları anlaşılmaktadır. Yine, T.M.K.nun 118. maddesi hükmüne göre; "nişanlanma, evlenme vaadiyle olur. Gerçekte evli olan birisi bir başkasıyla yeniden nişanlanma akdi yapamaz. Şayet yapılmış ise, yapılan bu akit geçersiz olup, yasal anlamda nişan akdi olarak kabulü olanaksızdır. Ayrıca, karı-koca gibi tarafların birlikte yaşaması da değerlendirildiğinde eylem haksız fiil niteliğindedir. Bu durumda da Aile Mahkemesi tarafından yargılama yapılması mümkün değildir. O halde, davanın dayanağı haksız fiil olduğundan, bu tür davaların Aile Mahkemelerinin görevi dahilinde olmadığı, bu sebeple mahkemece, miktar itibarıyla davaya Asliye Hukuk Mahkemesinde bakılmak üzere görevsizlik kararı verilmesi gerekir." Y3HD. T.23.01.2014, E.2013/15535, K.2014/884 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr. "Davanın niteliği nişan bozulması nedeni ile hediyelerin iadesi olarak adlandırılmış ise de, davacının nüfus kaydına göre davacının evli olduğu ve bu evliliğin halen devam ettiği anlaşılmaktadır. Gerçekte evli olan birisi bir başkası ile yeniden nişanlanma akdi yapamaz. Yapılmış ise yapılan bu akit geçersiz olup, yasal anlamda nişan akdi olarak kabulü olanaklı değildir. Aile Mahkemesi tarafından yargılama yapılması mümkün değildir. Dava, genel hükümlere tabi alacak davası niteliğinde olup, görevli olan Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından esasa girilip karar verilmesi gerekir." Y3HD. T.4.2.2013, E.2013/758, K.2013/1491 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr. "Dava, maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Taraflar arasında nişanın yapıldığı, iki yıllık nişandan sonra, düğün yapılarak karı koca olarak birlikte yaşanıldığı, resmi nikahın yapılmadığı, taraflar arasındaki anlaşmazlık nedeni ile bu birlikteliğin bozulması nedeniyle davacının kişilik haklarının saldırıya uğraması nedeniyle davalıdan manevi tazminat ile düğünde takılan ve davalı tarafından davalının babasına verilen takıların rayiç bedelinin tahsili istediği anlaşılmaktadır. Davada öncelikle, nişanlılığın hükümleri, nişanın bozulmasının sonuçları, hediyelerin geri verilmesi konuları incelenip, değerlendirileceğinden ve bu hükümleri incelemek de Aile Mahkemesinin görevine girdiğinden, uyuşmazlığın Aile Mahkemesince görülmesi gerekir." Y17HD. T.30.3.2012, E.2012/279, K.2012/3869 karar sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr

3 HEGNAUER/BREITSCHMID, 2000, s. 37; Tarafların evlenme vaadinde bulunduğuunun anlaşılması açısından nişanlanmanın alenileşmesi; nişanın bozulması ve uyuşmazlık çıkması halinde bozulmanın sonuçlarının uygulamada ispatı açısından önem kazanacaktır. Bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 2013, N. 82; TEKİNAY, Selahattin Sulhi, **Türk Aile Hukuku**, 6. Baskı, İstanbul 1986, s. 18.

4 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 2013, N. 86; TEKİNAY, 1986, s. 13, HATEMİ/SEROZAN, 1993, s. 34- 35; SCHWARZ, Andreas B., **Aile Hukuku**, (çev. B. Davran), İstanbul 1946, s. 42.

vermesi halinde nişanlanmanın mali sonuçlarından sorumlu olmayacaktır⁵. Sınırlı ehliyetsiz nişanlı, kanunun öngördüğü durumlarda nişanlı sıfatıyla “yakın” da sayılacaktır. Bununla birlikte kanuni temsilcisinin icazet vermesi halinde sınırlı ehliyetsiz, nişanlanmanın mâli sonuçları ile de bağılı hale gelecektir.

B. Nişanlanmanın Hükümleri

Nişanlanmanın temel hükmü, tarafların karşılıklı verdikleri vaade uygun olarak evlenmeyi gerçekleştirme yükümlülüklerinin ortaya çıkmasıdır. Bu yükümlülük, aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Nişanlanmanın diğer bir hükmü de nişanlılar arasında sadakat yükümlülüğünün bulunmasıdır. Sadakat yükümlülüğü sadece üçüncü kişilerle cinsi münasebette bulunmama ve yakınlaşmama yanında, evlenmeyi engelleyecek davranışlardan kaçınmayı da kapsar⁶.

Nişanlılar, bazı durumlarda kanunda tanınan haklardan yararlanma bakımından “yakın” olarak kabul edilirler. Nişanlı; yakınlarından birinin hayatına, namusuna, onuruna yönelik ağır ve yakın tehlike yaratma tehdidi ile korkutularak evliliğe zorlanan kişinin, tehdit sona erdikten sonra evliliği iptal etme hakkının düzenlendiği TMK m.151 bakımından; mirasbırakanın miras bırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlenmesi halinde failin mirastan çıkarılmasına ilişkin TMK m.510 bakımından “yakın” sayılır. Nişanlı, iradeyi sakatlayan nedenlerden biri olan korkutmaya ilişkin olarak korkutulanın yakınlarına yönelik ağır ve yakın bir tehlike oluşturacak şekilde zarar vermekle tehdit edilmesinin iradenin sakatlanması nedeni olmasına ilişkin TBK m.37 bakımından da “yakın” kabul edilmekte olup, TBK m.53/b.3 kapsamında destekten yoksun kalma tazminatı talep etme hakkına da sahiptir. Bununla birlikte nişanlılar arasında hısımlık kurulmamaktadır. Nişanlının tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğu gibi (HMK m. 248/f.1/a), hâkim de nişanlısının davasına bakmakta yasaklıdır (HMK m.34/f.1/e).

III. Nişanlılığın Bir Hükmü Olarak Evliliği Gerçekleştirme Yükümlülüğü

A. Genel Olarak

Nişanlılardan beklenen, karşılıklı olarak vermiş oldukları evlenme vaadine uygun davranmaları ve evliliği gerçekleştirmeleridir. Ancak bu evlenme yükümlülüğü, evliliğe zorlama anlamına gelmez⁷. Taraflar her ne kadar böyle bir yükümlülük altındaysa da, evlenmede irade serbestisinin bulunmasını bir gereği olarak evlenmek istemeyen tarafın evliliğe zorlanması mümkün değildir. Evlilik kurumunun önemi nedeniyle evlenmenin özgür iradeyle gerçekleştirilmesi gerekir. Bunun sağlanabilmesi açısından, TMK m.119 hükmü önem arz eder.

5 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 2013, N. 100. Ancak sınırlı ehliyetsiz nişanlının kendisini ehil gibi göstererek nişanlanma ehliyetine sahip olduğu hususunda karşı tarafı yanıltmış olması durumunda, eBK m.98/2 (TBK m.114/2), eMK m.395/son (TMK m. 452/2) ve eMK m.5 (TMK m.5), uyarınca nişanlanma sözleşmesine güvenen tarafın menfi zararını giderme yükümlülüğü altında olacağı hakkında bkz. HATEMİ/SEROZAN, 1993, s. 43-44.

6 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 2013, N. 135; Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, **Aile Hukuku**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, s. 46.

7 TEKİNAY, 1986, s. 22-23.

B. TMK m.119/f.1: “Nişanlılık evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermez.”

Emredici nitelikte olduğu kabul edilen bu düzenlemenin aksinin kararlaştırılması mümkün olmadığından, bu hükme aykırı olarak nişanlılara evlenme yükümlülüğü getiren bir sözleşme kesin hükümsüz olacaktır⁸. Böyle bir sözleşme, aynı zamanda kişilik hakkını koruyan TMK m.23/f.2 ile de bağdaşmaz⁹. İrade özerkliği ilkesi gereğince tarafların evlenmeye yönelik iradelerini hiçbir etki altında kalmadan özgür olarak açıklamaları gerekir¹⁰.

Nişanlanma sözleşmesinin aile hukukuna özgü bir sözleşme olarak borçlar hukuku sözleşmelerinden en önemli farkı, tarafların birbirlerini ifaya zorlayamamasıdır¹¹. Bu nedenle, nişanlıların evlenmeyi gerçekleştirme yükümlülüğü, kendine özgü yapısı olan bir aile hukuku sözleşmesinden doğan bir yükümlülük olarak nitelendirilmektedir¹².

Ancak bu durum, nişanlanmanın taraflara hiçbir yükümlülük yüklediği ve dava hakkı vermediği anlamına gelmez¹³. Nişanlılardan birinin haklı bir sebep göstermeksizin evlenmekten imtina etmesi, diğer nişanlıya haklı nedene dayanarak nişanı bozma hakkı verir. Nişanın bozulmasında kişilik hakkı ihlal edilen taraf diğer taraftan uğradığı manevi zararın tazminini isteyebilir (TMK m.121). Ancak manevi tazminat talebi için sırf nişanın bozulmasından doğan olağan bir üzüntü yeterli olmayıp, talepte bulunan nişanlının kişilik hakkı ihlal edilmiş olmalı ve üzüntünün şiddeti olağandan fazla olmalıdır¹⁴. Haklı nedene dayanarak nişanı bozan taraf, maddi zararının tazminini de isteyebilir¹⁵ (TMK m.120).

Kişilerin birbirlerini evlenmeye zorlayamamasının bir diğer yansıması; TMK m.120 uyarınca talep edilecek olan maddi tazminat kapsamında tazmini amaçlanan zararın hukuki niteliğinde görülür. Nişanlılardan birinin, diğerinin evlenmeyi gerçekleştirme yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda, haklı sebebe dayanarak nişanı bozması

8 KOÇ, Nevzat, **Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi**, İzmir 2002, s. 59; SCHWARZ, 1946, s. 46.

9 KELLER, Stefan, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen-, Familien- und Erbrecht**, Herausgeber: Peter Breitschmid/ Alexandra Rumo-Jungo, 2010, Art. 90 N.2; evlenme özgürlüğünün, TMK m.23/f.2 kapsamında korunduğu hakkında bkz. DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan, **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, N. 733.

10 Kanunun, evlenmenin gerçekleşmesi için sözlü irade açıklamasında bulunulmasını aramasının amacı da tarafların baskı altında kalmadan, bir kere daha düşünerek evlenmeye yönelik irade beyanında bulunmalarını sağlamaktır. Bkz. HEGNAUER/BREITSCHMID, 2000, s. 38; ABİK, Yıldız, Nişanlanma ve Nişanlılık, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2005, C. 54, S. 52, s. 91.

11 HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, 2007, s. 39; ÖZTAN, 2015, s. 64; HATEMİ/SEROZAN, 1993, s. 30. Eski Cermen hukukunda ve Kilise hukukunda ise, evlenme sözleşmesinin cebren teminine ilişkin dava hakkı tanınmaktaydı. Bkz. SCHWARZ, 1946, s. 44-45.

12 KOÇ, 2002, s. 59. Evlenme yükümlülüğünü eksik borç olarak nitelendiren görüş için bkz. HUWILER, Bruno, **Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I**, Art. 1-456 ZGB, 5. Auflage, Herausgeber: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser, Basel 2014, Art. 90 N. 3; KELLER, 2010, Art. 90 N. 2. Bu görüşün eleştirisi için bkz. KOÇ, 2002, 58-59.

13 ÖZTAN, 2015, s. 64.

14 Y3HD. T.24.05.2016, E.2015/13389, K.2016/7993 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr.

15 “Nişanın bozulmuş olmasından duyulan üzüntü başlı başına tazminatı gerektirmez.” (GENÇCAN, Ömer Uğur, **Aile Mahkemesi Davaları**, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 65).

durumunda bu hükme göre talep edebileceği maddi tazminat, müspet zararın değil, sözleşmeye olan güvenin boşa çıkması, evliliğin gerçekleşmemesi nedeniyle ortaya çıkan menfi zararın talebine ilişkindir¹⁶. Müspet zararın tazmininin temelinde sözleşmenin ifasından beklenen yararın elde edilememesi nedeniyle doğan zarar olduğu için müspet zararın tazmini talep edilseydi kişiler evlenmeye zorlanmış ve dolayısıyla TMK m.119/f.1 düzenlenmesi ile çelişme olacaktı¹⁷.

C. TMK m.119/f.2: “Evlenmeden kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatı veya ceza şartı dava edilemez; ancak yapılan ödemeler de geri istenemez”

1. Kavramsal Boyut

TMK m.119/f.2’de, “cayma tazminatı” ve “ceza şartı” kavramlarına yer verilmiştir. Söz konusu hükümde geçen bu iki kavramın, Türk Borçlar Hukuku bakımından kısaca değerlendirilmesi gerekir. TBK’da cayma tazminatı yerine “cayma parası” ifadesi kullanılmıştır¹⁸. “Cayma parası” başlıklı TBK m.178’e göre; “cayma parası kararlaştırılmışsa, taraflardan her biri sözleşmeden caymaya yetkili sayılır; bu durumda parayı vermiş olan cayarsa verdiğini bırakır; almış olan cayarsa aldığı iki katını geri verir”. Halk arasında “kapora/depozit” olarak da ifade edilen bu hukuki kurum, sözleşme yapılırken bir tarafın diğerine para vermesi suretiyle, sözleşmenin her iki tarafının da keyfi olarak sözleşmeden dönme hakkına sahip olmasını ifade eder¹⁹. Tarafların böylelikle sahip oldukları sözleşmeden dönme imkânı, en geç sözleşmeden doğan asli bir borcun ifası ile ortadan kalkar²⁰. “Ceza koşulu” başlığı altında TBK m.179-182 arasında yapılan düzenleme ise, borçlunun borcunu ihlal etmesi halinde alacaklıya ödemeyi kabul ettiği bir miktar parayı ifade eder²¹. İfa yerine istenebilen sözleşme cezası TBK m.179/f.1’de, ifayla birlikte istenebilecek sözleşme cezası ise TBK m.179/f.2’de düzenlenmiştir.

2. Tarihsel Gelişim

TMK m.119, eMK m. 83’ün karşılığını oluşturmaktadır. 23.11.1990 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 3678 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde, eMK m.83 şöyleydi: “Kanun, imtina eden nişanlıyı evlenmeye icbar için dava hakkı vermez ve evlenmekten imtina halinde tazminat verilmesi şart kılınmış ise bu şart muteber değildir.” 3678 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile eMK m.83 hükmüne, “[..] ancak yapılan

16 OLGAÇ, Sinai, **Emsal İçtihatlarla Türk Medeni Kanunu**, Ankara 1976, s. 62; ÖZTAN, **2015**, s. 64.

17 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, **2013**, N. 132.

18 Cayma parasının tazminat niteliğine sahip olmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Öztan’a göre; cayma parası ceza nitelikte olup, tazminat niteliği bulunmamaktadır. Bkz. ÖZTAN, **2015** s. 65, dn. 174. Birinci Uzun ise, cayma parasının, sözleşme ile taraflara tanınmış olan dönme hakkının tazminat olarak karşılığı olduğunu, böylelikle karşı tarafın sözleşmeden dönülmesi nedeniyle başka bir tazminat talep etme hakkının ortadan kalktığını belirtmektedir. Bkz. BİRİNCİ UZUN, Tuba, **Götürü Tazminat**, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s.187; KILIÇOĞLU, Ahmet, **Aile Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara **2015**, s. 791.

19 OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt. 2**, 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul **2013**, s. 540-541.

20 OĞUZMAN/ÖZ, **2013**, s. 541.

21 OĞUZMAN/ÖZ, **2013**, s. 518; KILIÇOĞLU, **2015**, s. 792.

ödemeler de geri istenemez” ibaresi eklenmiş ve yeni madde metni, dili sadeleştirilerek iki fıkra halinde düzenlenmiştir: “Nişanlılık evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermez. Evlenmeden kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatı veya ceza şartı dava edilemez; ancak yapılan ödemeler de geri istenemez.” 3678 sayılı Kanunun gerekçesinde, madde metninde yapılan bu değişiklik, “kendini tazminat ödemek mecburiyetinde hisseden kimse- nin, sonradan bunu geri almaya kalkışması ahlaki bakımdan uygun bulunamamıştır” şeklinde açıklanmıştır²².

eMK m. 83 hükmünün değişiklik öncesi ilk hali, 01.01.1912 tarihinde yürürlüğe giren Art.91 ZGB’den (İsviçre Medeni Kanunu) değiştirilerek alınmıştır. Mehz Kanun metni, nişanlanmanın evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermediği ve nişanın ihlali halinde, kararlaştırılan ceza koşulunun da dava edilemeyeceği şeklinde iken²³, eMK m.83 hükmünün ilk halinde, bu düzenlemeden ayrılarak evlenmekten kaçınma halinde tazminat ödenmesine ilişkin sözleşmelerin *muteber olmayacağı* belirtilmiştir. Böyle bir düzenleme, yapılan ödemenin iadesinin mümkün olduğu sonucuna götürür²⁴. Bu şekilde Mehz Kanundan farklı bir düzenlemenin tercih edilmiş olmasının nedeninin, toplumsal şartlar göz önünde bulundurularak başlık parası uygulamasının engellenmeye çalışılması olduğu tahmin edilmektedir²⁵. Öztan’a göre; “[...] İsviçre’deki düzenlemenin aynen kabulü halinde, kız babası bu maddeye dayanarak başlık parasını nişanlısına nişanlanma akdi yapılırken cezai şart olarak istemek ve daha sonra nişanın sona ermesi halinde ise, bu bedeli iade etmemek imkânına sahip olabilirdi”²⁶. İsviçre’de, 01.01.2000 tarihinde yürürlüğe giren Federal Kanun²⁷ ile yapılan değişiklik sonucu, Art.91(2) ZGB’de yer alan cezai şarta ilişkin düzenleme yürürlükten kaldırılmış, nişanlanmanın evliliğe zorlamak için dava hakkı vermeyeceği düzenlemesi ise Art.90(3) ZGB’ye taşınmıştır²⁸. 01.01.2013 yılında yürürlüğe giren son değişiklik ile de söz konusu düzenleme muhafaza edilmiştir. Nişanlanmanın daha çok taraflarının özel yaşamlarını ilgilendirdiği kabul edildiğinden, nişanlanma bugün İsviçre Hukukunda hukuk kurumu olarak çok önemli bir yere sahip

22 TBMM Tutanağı, S. Sayısı: 398, Yasama Yılı: 3 Dönem: 18.

23 <http://ia902308.us.archive.org/31/items/swisscivilcoded00shergoog/swisscivilcoded00shergoog.pdf> Erişim Tarihi: 14.04.2017. İsviçre Hukukunda 2000 yılında yürürlüğe giren değişiklik ile cezai şarta ilişkin Art. 91(2) ZGB hükmü kaldırılmadan önce, cezai şartın kesin hükümsüz olduğu, eksik borç bile doğurmadığı kabul edilmekteydi. Bkz. SCHWARZ, 1946, s. 46. Ancak kesin hükümsüzlüğün hukuki dayanağının Art. 20 OR mi yoksa Art. 27 ZGB mi olduğu meselesi doktrinde tartışmalıdır. Bkz. HUWILER, 2014, Art. 91 N. 64. İki hükmü bir arada değerlendiren görüş için bkz. TUOR, Peter/SCHNYDER, Bernhard/ RUMO-JUNGO, Alexandra, **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch**, Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/ Schmid, Jörg/ Rumo-Jungo, Alexandra, 2002, s. 176. Türk Hukukunda TMK m.23/f.2 ile eBK m.19-20 (TBK m.26-27) arasındaki ilişki hakkında bkz. ATEŞ, Derya, “İrade Özerkliği Kapsamında MK m.23/II Hükmü ve Karar Özgürlüğü”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl. 65, S.2, 2007, (s.135-148).

24 FEYZİOĞLU, 1979, s. 44.

25 HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, 2013, s. 17-18; HATEMİ/SEROZAN, 1993, s. 46; ÖZTAN, Bilge “Medeni Kanun’un Kabulünün 70’nci Yılında Aile Hukuku”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1995, Cilt: 44, Sayı: 1, s. 92; KOÇ, 2002, s. 59.

26 ÖZTAN, 2015, s. 66, dn. 177.

27 <https://www.admin.ch/opc/fr/official-compilation/1999/1118.pdf> Erişim Tarihi: 14.04.2017.

28 Ayrıca bkz. HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, 2013, s. 37.

değildir. Geleneksel bir hukuk kurumu olarak İsviçre Medeni Kanunu'nda yer alan nişanlanma, evlenme vaadinde bulunan tarafların isterlerse nişanlılık ile bunu dışarıya duyurmalarını sağlayan bir aile hukuku sözleşmesidir²⁹.

Alman Hukukunda ise, evliliğin özgür irade ile gerçekleştirilmesi için nişanlılığa dayanılarak evliliğe zorlamaya yönelik bir dava açılmayacağı, ayrıca evliliğin gerçekleşmemesi halinde istenmesi öngörülen cezai şartın da geçersiz olduğu düzenlenmiştir (§1297 BGB)³⁰.

3. Hukuki Değerlendirme

TMK m.119/f.2, birbiriyle ilişkili iki hususu düzenlemektedir. Bunlardan ilki; evlenmeden kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatı ya da ceza koşulunun, nişanın bozulması durumunda, ifasının dava yoluyla istenemeyeceğidir³¹. Alacaklıya, borçluyu dava yoluyla ifaya zorlama yetkisi tanınmadığından, evlilikten kaçınma amacıyla kararlaştırılan cayma tazminatı ya da cezai şart dolayısıyla ortaya çıkan borcun, eksik borç niteliğinde olduğu kabul edilmektedir³².

Birinciyle bağlantılı ikinci husus ise; cayma tazminatı ya da ceza koşulu kapsamında yapılan ödemelerin iadesinin mümkün olup olmadığıdır. 1990 yılında yapılan kanun değişikliği öncesindeki dönemde, nişanlılık aşamasında yapılan cayma parası ya da cezai şart ödemelerinin iadesinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edilme olanağı vardı³³. Ancak yapılan değişiklik ile bu kapsamda yapılan ödemeleri geri isteme imkânı ortadan kaldırmıştır³⁴. Kanunda yapılan bu değişikliğin isabetli olup olmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. *Zevkliler*, 1990 yılında yapılan düzenlemenin peşinen ödenen cayma tazminatı ve cezai şartın geri alınıp alınmayacağı sorununa açıklık getirdiği görüşündedir³⁵. *Öztan*, evlenme akdi hürriyetini sınırlayan, iadeyi engelleyici nitelikte olan bu hükmün isabetli olmadığını ve kanundan çıkarılması gerektiğini savunmaktadır³⁶. Benzer şekilde *Abik*, böyle bir düzenleme olmasaydı ödenen ceza şartı ya da cayma tazminatının sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenebileceği durumların olabileceğini ancak bu imkânı kaldıran düzenlemenin yerinde

29 HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, 2007, s. 37.

30 BRUDERMÜLLER, Gerd, Buch 4, **Familienrecht**, Beck'sche Kurz Kommentare, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 69.Auflage, München 2010, s. 1957.

31 ÖZTAN, 2015, s. 65. Nişanın bozulmasından sonra yapılan tazminat anlaşmaları ise artık nişan bozulduğu için geçerli kabul edilmelidir. Bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 2013, N. 113; ÖZTAN, 2015, s. 67.

32 ÖZTAN, 1995, s. 91; ÖZTAN, 2015, s.65-66; ABİK, 2005, s. 93; KOÇ, 2002, s. 59. KILIÇOĞLU, 2015, s. 20-21.

33 Yapılan ödemenin iadesinin, borçlanılmamış edimin ifasına ilişkin eBK m.62 (TBK m.78) uyarınca talep edilebileceği (condictio indebiti) hakkında bkz. TANDOĞAN, Haluk, **Aile Hukuku Ders Notları**, Ankara 1965, s. 16; KILIÇOĞLU, 2015, s. 21; HUWILER, 2014, N. 65. Özel olarak bir hüküm belirtmeksizin, iade talebinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olacağı hakkında bkz. ABİK, 2005, s. 92; TEKİNAY, 1986, s.34.

34 AKINTÜRK, Turgut, **Aile Hukuku**, 4. Bası, Ankara 1996, s. 33, dn. 32; ÖZTAN, 2015, s. 66.

35 ZEVKLİLER, 1992, s. 668.

36 ÖZTAN, 2015, s. 66.

olmadığı görüşündedir³⁷. Koç'a göre; evlenmeye zorlamak amacıyla aynen ifa davası açılmayacağına ilişkin düzenleme doğrultusunda, kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlanmış olan bir sonuca ulaşmak amacıyla kararlaştırılan ceza şartın fer'i borç niteliği gereği, eksik borç olarak düzenlenmek yerine, geçersiz sayılması gerekirdi³⁸. Hatemi/Kalkan Oğuztürk'e göre; burada örtülü boşluk olduğunu kabul ederek hükmün dar yorumlanması suretiyle sadece iki tarafın da ahlaka aykırı bir amacının olması durumunda iadeye yönelik talebin reddedilmesi gerekir³⁹.

IV. Başlık Parası Uygulamasının Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi ve Özellikle Yapılan Ödemelerin İadesinin İstenip İstenemeyeceği Meselesi

A. Başlık Parası Kavramı

Başlık parası, erkek nişanlı/müstakbel damat tarafından evliliğin kurulabilmesi amacıyla nişanlı kızın kanuni temsilcisine (genellikle babasına), evliliğe onayının karşılığı olarak bir maddi çıkar sağlanması olup, çoğu zaman verilen bir miktar parayı ifade eder; aynı amaçla para yerine, mal verilmesi ise *ağırlık* olarak ifade edilir⁴⁰. Söz konusu para kızın babasına verildiğinden, bazı yörelerde "baba parası" ifadesi de kullanılmaktadır⁴¹. Bazı yörelerde bu paranın kızın çeyizi için sarf edilmesi gerekmekte olup, "*başlık veya ağırlığı alan kız babasının bu parayı kızın evlenmesi ve evi için kullanmaması büyük bir ayıp ve kınama vesilesi sayılır*"⁴². Kaynağını örf ve adette bulan başlık parası uygulaması ile kaynağını İslam hukukunda bulan mehir sözleşmesi birbirine karıştırılmamalıdır⁴³.

B. Başlık Parası Adı Altında Yapılan Ödemelerin Hukuki Olarak Nitelendirilmesi ve Yapılan Ödemelerin İadesi Meselesine İlişkin Görüşler

1. Genel Olarak

Türkiye örneğinde arzu edilmemekle beraber çeşitli adlar altında devam eden başlık parası uygulaması⁴⁴ ve başlık parasına ilişkin uyumsuzlukların yargıya taşındığı bir gerçektir. Var olan toplumsal bir sorunun, toplum mu hukukun önüne geçmeli hukuk mu top-

37 ABİK, **2005**, s.93.

38 KOÇ, **2002**, s. 64.

39 HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, **Aile Hukuku**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 19; ÖZTAN, **2015**, s. 66

40 DURAL/ÖÇÜZ/GÜMÜŞ, **2013**, N. 229; ÖZ, Turgut, "BK md.65 Kuralının Sınırlandırılması Sorunu ve BK m.20 Kuralı ile İlişkisi Rüşvet-Başlık Parası", **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 59, 1985, s. 125. Ayrıca bkz. HATEMİ, **1976**, 270, dn. 20; KOÇ, **2002**, s. 159, dn. 294, 295.

41 TEKİNAY, **1986**, s. 34.

42 FEYZİOĞLU, **1979**, s. 55, dn. 47.

43 Mehir, İslam hukukuna göre; nikâh sözleşmesi sırasında ya da devamında, bazen de sona ermesi halinde erkeğin kadına vermek zorunda olduğu bir miktar para ya da malı ifade eder. Bkz. HATEMİ, **1976**, 279 vd.; CİN, Halil, **İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme**, Konya **1988**, s. 210 vd. Yargıtay, mehir sözleşmesinin yasa dışı bir hukuki işlem olmadığını belirterek, TBK m.288'de düzenlenmiş olan bağışlama sözü vermeye ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği görüşündedir. Bkz. YİBK. T.02.12.1959, E.1959/14, K.1959/30; YİHD. T.12.10.2015, E.2014/2903, K.2015/11649; Y20HD. T.23.10.2015, E.2015/11891, K.2015/10071 sayılı kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr

44 ABİK, **2005**, s. 92, 93, 150; HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, **2013**, s. 17.

lumun önüne geçmeli tartışmasına⁴⁵ girilmeksizin evlilik gibi önemli bir konuda kanun koyucu tarafından göz ardı edilemeyeceği de bir gerçektir.

Türk Hukukunda, başlık parası ve benzeri isimler altında yapılan ödemelerin akıbetine ilişkin açık bir hukuki düzenleme bulunmamaktadır⁴⁶. Bu nedenle, bu tür bir ödeme yapma yükümlülüğü içeren sözleşmelerin geçerliliği ile yapılan ödemelerin iadesine yönelik taleplerin hukuki dayanağı konusunda, doktrinde ve yargı kararlarında farklı görüşler bulunmaktadır.

2. Doktrinde ve Yargı Kararlarında İleri Sürülen Görüşler

a. TMK m.119/f.2 Kapsamında Cayma Tazminatı ya da Ceza Şartı Olarak Değerlendirilmesi

Özellikle 1990 yılında eMK m.83 hükmünde yapılan değişiklikte eklenen ve TMK m.119'da da korunan "*ancak yapılan ödemeler de geri istenemez*" cümlesi, bir an için, başlık parası uygulamasının etkisiyle böyle bir düzenlemenin yapılmış olduğunu düşündürmektedir⁴⁷. Ancak ne eMK m.83 hükmünde değişiklik yapan 3678 sayılı Kanunun değişikliği gerekçesinde ne de TMK m.119 hükmünün madde gerekçesinde başlık parasından bahsedilmektedir.

1990 yılında yapılan kanun değişikliği öncesindeki dönemde, nişanlılık sırasında yapılan başlık parası ödemelerinin iadesinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edilme olanağı vardı⁴⁸. Ancak yapılan değişiklik ile yapılan ödemelerin eksik borca dönüştürülerek iadesi imkânının ortadan kaldırılmış olması, doktrinde eleştirilmektedir. *Serozan*, yapılan ödemelerin geri alınmasının tüm durumlar için, bir genelleme yapılarak engellenmesinin evlenme özgürlüğünü zedeleyebileceğini, bir kişinin sırf yaptığı ödemeyi kurtarmak için evlenmek zorunda kalabileceği ve bunun yol açabileceği aile dramına dikkat çekmektedir⁴⁹. *Hatemi/Serozan*, yapılan değişiklik ile getirilmiş olan iade

45 CAN, Cahit, **Türk Hukukunun Kökenleri ve Türk Hukuk Devrimi**, Kaynak Yayınları, İstanbul **2012**, s. 179-180. Ayrıca bkz. İŞIKTAÇ, Yasemin/ KOLOŞ, Umut, **Hukuk Sosyolojisi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, **2015**, s. 140-141.

46 55 sayılı Düşünlerde Men'i İsrifat Kanununda, başlık parasının yasaklanmasına ilişkin açık bir düzenleme getirilmiştir. Ancak bu kanun; işgal döneminin sosyo-ekonomik koşulları içerisinde kabul edildiği, günümüzde ise bu tür sınırlama ve yasaklamaların yürürlükte kalmasında kamu yararı bulunmadığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi tarafından, T. 20.09.1966, E. 1963/156, K.166/34 sayılı karar ile iptal edilmiştir (RG: 08.05.1967, Sayı: 12592). Söz konusu Kanunun birinci maddesinde yer alan düzenleme şöyleydi: "düşünlerde alelittak cihaz teşhiri, cihazın açıktan nakli, erkek tarafından iki kattan fazla elbise ihdası, düşün günlerine münhasır olmak üzere bir günden ziyade çalgı çaldırılması ve ziyafet verilmesi, nişan, çevre merasimi ile ağırlık ve hedaya itası ve köçek oynatılması gibi israfat memnudur." Anayasa Mahkemesinin iptal kararına kadar, söz konusu kanun hükümlerine aykırılık, ödenen başlık parasının iadesi talebinin red sebeplerinden biri olarak gösterilmektedir. Bkz. FEYZİOĞLU, **1979**, s. 56. Kanunun iptal edilmesi ile başlık parası ödenmesinin hukuka aykırı sayılması olasılığının ortadan kalktığı hakkında bkz. HATEMİ, Hüseyin, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (özellikle BK 65 kuralı)**, İstanbul **1976**, s. 275.

47 HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, **2013**, s. 17-18; HATEMİ/SEROZAN, **1993**, s. 46; ÖZTAN, **1995**, s. 92; KOÇ, **2002**, s. 59.

48 Bkz. yuk. dn. 33.

49 SEROZAN, Rona, **Çocuk Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul **2000**, N. 131.

engelinin, münferit olaylarda kızdan alınan cezai şartın iade talebini de engelleyeceği, ayrıca başlık parası kız babasına verildiğinden, bu hükmün dar yorumlanmak suretiyle sadece eşler arasında yapılan ödemeler ile sınırlı olarak uygulanması gerektiğini belirtmektedir⁵⁰.

Önemle belirtmek gerekir ki; başlık parasına ilişkin edimin ifası/yapılan ödemenin iadesi talebiyle açılan davalara ilişkin incelenen Yargıtay kararlarında, TMK m.119/f.2'ye dayanılarak hüküm tesis edilen herhangi bir karara rastlanmamıştır.

b. Ahlaka Aykırılık Nedeniyle TBK m.27 Uyarınca Kesin Hükümsüzlük Görüşü

Sözleşme özgürlüğü, Türk Borçlar Hukukunun temel prensiplerinden biri olmakla birlikte, bu özgürlüğün sınırını, hukuka ve ahlaka aykırılık oluşturur. "Kesin hükümsüzlük" başlıklı TBK m.27/f.1 hükmüne göre; "*kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin hükümsüzdür*".

Doktrindeki baskın görüş, başlık edimine ilişkin sözleşmelerin ahlaka aykırı olduğunu kabul etmektedir⁵¹. Başlık parası uygulamasının örf ve âdete dayanması da bu durumu değiştirmez zira pozitif hukuka aykırılık halinde (*contra legem*), örf ve âdet kuralı da uygulama alanı bulamayacaktır⁵².

Yargıtay'ın, başlık parasının hukuka ve ahlaka aykırı olduğuna ilişkin kararları bulunmaktadır⁵³. Yargıtay'ın başlık edimine ilişkin sözleşmelerin ahlaka aykırı ve dolayısıyla kesin hükümsüz olduğuna ilişkin bu yaklaşımı, doktrindeki bazı yazarlar tarafından, isabetsiz olarak görülmekte ve bunun gerekçesi olarak da böyle bir kabulün, verilenlerin eBK m.65 (TBK m.81) karşısında iadesi imkânını ortadan kaldıracakları ileri sürülmektedirler⁵⁴. Hâlbuki başlık parası uygulamasının bu şekilde ahlaka aykırı sayılması, iddia edildiğini aksine, TBK m.81 hükmünün uygulanmasını gerektirmez. Zira TBK m.27 ile

50 HATEMİ/SEROZAN, 1993, s. 46.

51 KOÇ, 2002, s. 61; OĞUZMAN/ÖZ, 2013, s. 364; ÖZ, 1985, s. 128. Öz'e göre, "bu çağı dışı ve çirkin ilişki, hukuk tarafından hiçbir zaman düzelenmeyecek biçimde kesin geçersizliğe mahkûm edilmelidir". Bkz. Öz, 1985, s. 129.

52 HATEMİ, 1976, s. 272. Ayrıca Hatemi'ye göre ise; "başlık sorununun Türk toplumunda zararlı etkileri gözönünde bulundurulursa, "başlık"ta ahlaka aykırı nitelik görmeyen mahalli telakkiler değil, yine Türk toplumunda benimsenen ve pozitif hukukun temel ilkelerinin gösterdiği yönde bulunan "başlık" kurumunu ahlaka aykırı olarak niteleyen değer yargısına üstünlük tanınmalıdır". Bkz. HATEMİ, 1976, s. 278. Öz de, yargıcın değerlendirmeye yaparken "çağdaş ve aydın insanın ahlak anlayışını tek ölçüt olarak kullanması gerektiğine" vurgu yapmaktadır. Bkz. Öz, 1985, s. 129. "Kaldı ki, ahlaka, adaba ve yasaların buyurucu hükümlerine aykırı düşen bir işlemin, sosyal hayatın güveni ve devamlılığı amacına uygun bir biçimde oluşması gereken ve herkesçe uyulmak ve kararlı bir nitelik kazanmak suretiyle benimsediği teamül şeklinde nitelendirilmesi olanaksızdır". Bkz. Y11HD. T.15.11.1976, E.1976/4887, K.1976/4912 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr. **Aksi görüş:** Abik, başlık parasının ahlaka aykırı olarak nitelendirilmemesi gerektiği görüşündedir. Yazara göre; "Başlık parasının verilmesi, ahlâka aykırı bir davranış olarak değerlendirilemez. Her ne kadar başlık, Türk Medeni Kanunu'nun hükümleri ile bağdaşmıyorsa da ve günümüzdeki değer hükümleri karşısında, kabulü mümkün değilse de, bu müessese halen halk şuurunda yaşamaktadır ve bu nedenle de müessesenin ahlâka aykırılığının ileri sürülmesi isabetli değildir." Bkz. ABİK, 2005, s. 150.

53 Y11HD. T.15.11.1976, E.1976/4887, K.1976/4912; Y11HD. T.11.02.1980, E. 1980/620, K.1980/620 sayılı kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr.

54 KOÇ, 2002, s. 161; TEKİNAY, 1986, s. 34-35.

TBK m.81 hükümlerinin uygulama alanları çoğu zaman kesişse de her zaman birebir örtüşmez⁵⁵. Bu doğrultuda, ahlaka aykırılık yaklaşımının bir sonucu olarak, ahlaka aykırı bir sözleşmeye dayanılarak yapılan kazandırmaların iadesi, TBK m. 81 engeline takılmaksızın, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre mümkün olacaktır⁵⁶.

c. Ahlaka Aykırı Bir Sonucun Gerçekleştirilmesi Amacıyla Yapılan Bir Ödeme Olduğu Görüşü

"Geri istenememe" başlıklı TBK m.81 hükmüne göre; "*hukuka ve ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenemez. Ancak, açılan davada hâkim, bu şeyin Devlete mal edilmesine karar verebilir*". Aynı düzenleme, eBK m.65 hükmünde de yer almıştır. Söz konusu hüküm, bir özel hukuk cezası niteliğinde olup, hukuka veya ahlaka aykırı amaçlarla bir şey vereni cezalandırmayı amaçlamaktadır⁵⁷.

TBK m.81 hükmünün uygulanabilmesi için hukuka ve ahlaka aykırılık, TBK m.27'den farklı olarak, sözleşmenin her iki tarafı bakımından değil, *sadece kazandırmada bulunanın* saikinde aranır⁵⁸. Başlık parası veren ise, sadece evliliği gerçekleştirme amacıyla hareket etmektedir⁵⁹. Dolayısıyla ilk bakışta başlık parası bakımından söz konusu hüküm iade talebine engel gözükse de sadece başlık parası alan kız babasının amacının ahlaka aykırı olduğu, başlık parası verenin ise ahlaka aykırı bir amaç gütmeyeceği gerekçesiyle TBK m.81 hükmünün, ödenen başlık parasının iadesine engel teşkil etmeyeceği ileri sürülmektedir⁶⁰.

Başlık parasının ahlaka ve adaba aykırı bir amacı teminen verildiğine ilişkin Yargıtay'ın çeşitli kararlarına rastlanmakla birlikte⁶¹, 1965 tarihli bir kararında Yargıtay, "*davalıya verilen para, meşru olmayan birleşmeyi sağlamak amacıyla değil, evlenmenin gerçekleşeceği ümidiyle verilmiştir. Şayet, meşru olmayan bir sonucun elde edilmesi amaç tutulsa idi, bu takdirde, BK.nun 65. maddesi uyarınca verilmiş paranın geri istenmesi mümkün olmazdı*" şeklinde karar vererek, TBK m.81 hükmünün başlık parası bakımından uygulanamayacağına hükmetmiştir⁶².

d. TMK m.122 Kapsamında Nişanlılıkta Verilen Hediye Teşkil Ettiği Görüşü

Hediye, nişanlanma ve nişanlılık nedeniyle nişanlı, nişanlının ana-babası ya da onlar gibi davranan kişiler tarafından nişanlıya verilen ekonomik değeri olan kazandırmalardır⁶³.

55 ÖZ, **1985**, s. 117 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, **2013**, s. 363.

56 ÖZ, **1985**, s. 129.

57 HATEMİ, **1976**, s. 613.

58 OĞUZMAN/ÖZ, **2013**, s. 364. TBK m.81'in uygulanabilmesi için ortak bir ahlaka aykırı amaç bulunması gerektiği görüşü için bkz. HATEMİ, **1976**, s. 316.

59 KOÇ, **2002**, s. 61.

60 HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, **2013**, s. 18; HATEMİ, **1976**, s. 316; OĞUZMAN/ÖZ, **2013**, s. 364.

61 Y19HD. T.29.05.2003, E.2002/1258, K.2003/5753; Y13HD. T.01.12.2005, E.2005/12680, K.2005/17747; Y3HD. T.24.05.2016, E.2015/13389, K.2016/7993 sayılı kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr.

62 Y4HD. T.28.10.1965, E.1964/7333, K.1965/5295 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr.

63 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, **2013**, N. 217. Nişanlıya verilen fotoğraf ve mektupların hediye kavramına dâhil olup

Nişanın bozulması halinde alışılmışın dışında olan hediyeler, “özel bir sebepsiz zenginleşme hükmü”⁶⁴ olarak kabul edilen TMK m.122 kapsamında, veren tarafından geri istenebilir. Geri verilmesi mümkün olmayan hediyelerin iadesi ise, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleştirilir.

Doktrindeki bir görüş; başlık parasının hediye olarak değerlendirilebileceğini ileri sürer⁶⁵. Aksi görüş ise; haklı olarak, başlık parasının nişanlı kızdaki başkasına (çoğunlukla kız babasına) verilen bir para olduğunu belirterek, başlık parasının hediye ziyade örf ve âdet kurallarına göre verilmesi gereken bir “borç” niteliğinde olduğuna dikkat çekmektedir⁶⁶. TMK m.122’ye dayanarak iadesi istenebilecek hediyeler, sadece nişanlılara verilen hediyeler olup, ana-babaya ya da onlar gibi davrananlara verilen hediyeler bu kapsamda değildir. Bu nedenle, her şeyden önce, başlık parasının hediye kavramına dâhil edilebilmesi için, temsil kurumuna başvurulması gerekir. Bu durumda başlık parasının, nişanlı erkek tarafından nişanlı kıza temsilen kız babasına verildiğinin kabul edilmesi gerekir⁶⁷. 1978 tarihli bir kararında Yargıtay’ın hediye görüşünü benimseyerek, “*babaya verilen başlık parası kız adına verildiğinden bunu da nişanlı kıza verilmiş bir hediye olarak kabul etmek gerekir.*” şeklinde hüküm kurduğu görülmektedir⁶⁸. Ancak, kendi adı ve hesabına başlık parasını kabul eden kız babasının böyle bir temsil iradesi bulunduğu bahsedilebilmesi mümkün gözükmemektedir⁶⁹. Öte yandan, temsil kurumuna gerek kalmaksızın başlık parası adı altında verilen paraların da hediye kabul edilmesi gerektiği ve hediyelerin geri verilmesi hükümlerine göre iadesinin talep edilebileceği de ileri sürülmektedir⁷⁰.

V. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Sonuç

Günümüzde başlık parası uygulamasının toplumun sadece bir kesiminde görüldüğü olmasa da, bu uygulamanın ahlaka aykırılığını ortadan kaldırmamakla birlikte, toplumsal bir gerçekliğe hukuki bir çözüm bulunması gerekliliği ortadadır. İsviçre Medeni Kanununda, nişanlanmanın evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermediğine ilişkin hükmün korunduğu, cezai şartın dava edilemeyeceğine ilişkin hükmün ise kaldırıldığı görülmektedir. Temennimiz başlık parası uygulamasının tamamen ortadan kalkması olmakla birlikte, ülkemizin kırsal kesimlerinde hala devam eden bu uygulamanın ister istemez ortaya çıkardığı sorunların, caydırıcı bir hukuk politikası ile çözülmesi gerektiği kanaatindeyiz.

olmadığı ise tartışmalıdır. Bkz. FEYZİOĞLU, 1979, s. 59; ÖZTAN, 2015, s. 96.

64 TEKİNAY, 1986, s. 27.

65 FEYZİOĞLU, 1979, s. 59; TEKİNAY, 1986, s. 34-35. Ayrıca bkz. HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, 2013, s. 19; ÖZTAN, 2015, s. 66.

66 HATEMİ, 1976, s. 277; ABİK, 2005, s. 112.

67 DURAL/ÖÇÜZ/GÜMÜŞ, 2013, N. 230.

68 Y6HD. T.16.06.1978, E.1978/4796, K.1978/4888 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr.

69 ÖZ, 1985, s. 127. Kaldı ki, böyle bir temsil ilişkisinin kabul edilmesi durumunda, iade davasının nişanlı kıza açılması gibi isabetsiz bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bkz. ÖZ, 1985, s. 127.

70 ZEVLİLİLER, 1992, s. 668; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, 2012, s. 48.

1990 yılında 3678 sayılı kanun ile eMK'da yapılan değişikliklerin, oldukça yenilikçi değişiklikler olduğu ve özellikle miras hukuku alanında, soybağı düzgün olmayan çocuk ile soybağı düzgün çocuğun mirasçılığının eşitlenmesi, sağ kalan eşin mirasçılığının düzenlenmesi gibi köklü değişiklikler yapıldığı görülmektedir⁷¹. Bu tür yenilikleri öngören kanun koyucunun eMK m.83 hükmüne, “*ancak yapılan ödemeler de geri istenemez*” şeklinde yaptığı eklemenin, maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, kendisini nişanlanma öncesinde cayma tazminatı ya da ceza koşulu ödemek zorunda hisseden kişinin sonradan bunu geri istemesinin ahlaka aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle, “iyiniyetli” olarak yapıldığı görülmektedir. Bu açıdan, yapılan değişikliğin, başlık parası adı altında yapılan ödemelerin en azından hukuken geri istenmesinin mümkün olmaması nedeniyle başlık parası verilmesini caydırıcı kılarak, başlık parası uygulamasının ortadan kalkmasını sağlamayı amaçladığı düşünülebilir. Ancak maalesef söz konusu düzenleme, bu iyiniyetli amacını aşan bazı tehlikeli sonuçları da beraberinde getirmiştir. Yapılan ödemelerin geri istenememesi, başlık parasını veren tarafı, deyim yerindeyse, “cezalandırırken”, başlık parası talep eden taraf için teşvik edici niteliğe bürünebilir. Oysa ödenen başlık parasının, evlilik gerçekleşikten sonra bile, iadesini talep imkânı bulunması, başlık uygulaması ile mücadele açısından etkin bir yol olarak düşünülebilir⁷². Bu açıdan, TMK m.119/f.2'de getirilen eksik borca ilişkin düzenlemenin isabetli olmadığına ilişkin hâkim görüşü katılıyoruz.

Kaldı ki, TBK m.119/f.2'de, “evlenmeden *kaçınma* hali için öngörülen” cayma tazminatı veya ceza şartından bahsedilmektedir. Cayma tazminatının, taraflara sözleşmeden keyfi olarak dönme hakkı verdiği ve cezai şartın da sözleşmenin borçlu tarafından ihlali halinde alacaklıya ödenmesi kararlaştırılan bir miktar para olduğu düşünüldüğünde, kaçınma ifadesi anlamlıdır. Ancak başlık parası evlenmeden kaçınma hali için değil, aksine evlenmenin gerçekleştirilmesini sağlamak için verilmektedir. Dolayısıyla, hükmün lafzına bakıldığında, başlık parasının TBK m.119/f.2 kapsamında değerlendirilmesi bile kuşkulu gözükmektedir.

Başlık parası adı altında yapılan ödemenin, nişanlılıkta verilen bir hediye olduğu görüşü ise, ancak başlık parasını kız babası tarafından kızını temsilen alındığının kabulü halinde mümkündür. Somut olayların çoğunda, böyle bir temsil ilişkisinin varlığının kabul edilmesi ise oldukça zor gözükmektedir.

Öte yandan, TBK m.81 hükmü, başlık parası veren tarafın evlenmeyi gerçekleştirme amacıyla hareket etmesi ödenen başlık parasının iadesine yönelik talebe engel değildir. Her ne kadar, evliliğin gerçekleşmesini sağlamaya yönelik başlık parasına ilişkin sözleşmelerin ahlaka aykırı bir amaç teminine yönelik olmadığı kabul edilse de kadının adeta bir “meta” olarak değerlendirildiği bu tür sözleşmelerin, konu bakımından ahlaka aykırı olduğu aşikârdır. TBK m.27, hem amaç hem de konu bakımından ahlaka aykırı

71 KILIÇOĞLU, Ahmet, **Medeni Kanun'umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler**, Turhan Kitabevi, 3. Bası, Ankara 2014, s. 105- 320.

72 HATEMİ, 1976, s. 316.

sözleşmeleri kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlar⁷³. Bu noktada herhangi bir zorlama yorumuna gerek kalmadan TBK m.27, başlık parasına ilişkin sözleşmelere uygulanabilecek tek hüküm olarak gözükmektedir⁷⁴.

Kişilik hakkının korunmasına ilişkin TMK m.23/f.2 kapsamında korunan özgürlüklerden olan evlenme özgürlüğünün, kişinin dilediği kimse ile evlenmesine ilişkin özgürlüğü de kapsadığı kabul edilmelidir⁷⁵. Evlilik yaşına gelmiş ve evlenme ehliyetine sahip bir kişi, evlenme engelleri de yoksa ayrıca kanuni temsilcisinin izni olmadan evlenebilir (TMK m.124,125)⁷⁶. Ancak Türk örf ve âdetinde ana-babanın izninin alınması geleneği vardır. Buna rağmen, ana-babanın kızlarının evlenmesine izin vermenin karşılığı olarak para talep etmesi, aynı zamanda kişilik hakkının ihlali anlamına gelir. Bu nedenle, başlık parasına ilişkin sözleşmeler, bu açıdan da TBK m.27 uyarınca kesin hükümsüzdür. Kişilik hakkını ihlal eden sözleşmelerin çoğu aynı zamanda ahlaka da aykırıdır⁷⁷.

Başlık parasına ilişkin sözleşmelerin kesin hükümsüz olduğu yaklaşımı benimse-nirse; evlilik gerçekleşse bile ödemenin iadesi, sebebin geçersizliği nedeniyle, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edilebilecektir. Yapılan ödemenin, nişanın bozul-masından ya da evliliğin gerçekleşmesinden bağımsız olarak her hal ve şartta talep edi-lebilmesinin, başlık parası uygulaması ile mücadelede etkin bir hukuk politikası tercihi olduğu kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- ABİK, Yıldız, "Nişan ve Nişanlılık", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: **2005**, Cilt: 54, Sayı: 52, (s. 65-152).
- AKINTÜRK, Turgut, **Aile Hukuku**, 4. Bası, Ankara 1996.
- ATEŞ, Derya, "İrade Özerkliği Kapsamında MK m.23/II Hükmü ve Karar Özgürlüğü", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl. 65, S.2, 2007, (s.135-148).
- BİRİNCİ UZUN, Tuba, **Götürü Tazminat**, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- BRUDERMÜLLER, Gerd, "**Buch 4: Familienrecht**", Beck'sche Kurz Kommentare, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Auflage, München 2010.
- CAN, Cahit, **Türk Hukukunun Kökenleri ve Türk Hukuk Devrimi**, Kaynak Yayınları, İstanbul 2012.
- CİN, Halil, **İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme**, Konya 1988.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan, **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, **Aile Hukuku**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979.

73 OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt. 1, 10. Bası, İstanbul **2012**, s. 87.

74 Oğuzman/Öz'e göre; başlık parasına ilişkin anlaşma daima ahlaka aykırı ve dolayısıyla TBK m.27 uyarınca kesin hükümsüz olarak değerlendirilmelidir. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, **2013**, s. 364.

75 Y11HD. T.11.02.1980, E.1980/7620, K.1980/620 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr.

76 Küçük ve kısıtlıların evlenebilmeleri için kanuni temsilcilerinin iznini almaları gerekse bile (TMK m.126,127), kanuni temsilcinin haklı sebep olmaksızın evlenmeye izin vermemesi durumunda bile, küçük veya kısıtlıya mahkemeye başvurma imkânı tanınmıştır (TMK m.128).

77 OĞUZMAN/ÖZ, **2012**, s. 86.

- GENÇCAN, Ömer Uğur, **Aile Mahkemesi Davaları**, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- HATEMİ, Hüseyin, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (özellikle BK 65 kuralı)**, İstanbul 1976.
- HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona, **Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu, **Aile Hukuku**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- HEGNAUER, Cyril/BREITSCHMID, Peter, **Grundriss des Eherechts**, Bern 2000.
- HAUSHEER, Heinz/GEISER, Thomas/AEBI-MÜLLER, Regina E., **Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches**, Bern 2007.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, **Aile Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, **Medeni Kanun'umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler**, Turhan Kitabevi, 3. Bası, Ankara 2014.
- OLGAÇ, Sinai, **Emsal İctihatlarla Türk Medeni Kanunu**, Ankara 1976.
- OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt. 1**, 10. Bası, İstanbul 2012.
- ÖZ, Turgut, "BK md. 65 Kuralının Sınırlandırılması Sorunu ve BK m.20 Kuralı ile İlişkisi Rüşvet-Başlık Parası", **İstanbul Barosu Dergisi**, C.59, 1985, s. 107-130.
- ÖZTAN, Bilge "Medeni Kanun'un Kabulününün 70'nci Yılında Aile Hukuku", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1995, Cilt: 44, Sayı: 1, s. 79-125.
- SEROZAN, Rona, **Çocuk Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 2000.
- TANDOĞAN, Haluk, **Aile Hukuku Ders Notları**, Ankara 1965.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi, **Türk Aile Hukuku**, 6. Baskı, İstanbul 1986.
- TUOR, Peter/SCHNYDER, Bernhard/ SCHMID, Jörg/ RUMO-JUNGO, Alexandra, **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch**, 2002.
- IŞIKTAÇ, Yasemin/ KOLOŞ, Umut, **Hukuk Sosyolojisi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015.
- SCHWARZ, Andreas B., **Aile Hukuku**, (çev. B. Davran), İstanbul 1946.
- ZEVKLİLER, Aydın, **Medeni Hukuk (Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku)**, Savaş Yayınları, 3. Bası, Ankara 1992.

