

## ARRA SPONSALICIA

Serpil ALTOP\*

Nişanlanmada ve evlenmede bazı özel ve çoğu kez sembolik şeylerin verilmesi geleneği *Ius Gentium*'a aittir ve çok eski zamanlara dayanmaktadır. Bu sembolik şeyler arasına çalışmamızın konusunu oluşturan *arra sponsalicia* (nişanlanmada pey akçesi) da girmektedir.

Kaynaklar, kısaca karşılıklı evlenme vaadi olarak tanımlanan nişanlanmanın ilk devirlerde karşılıklı *stipulatio* vasıtasıyla yapıldığını gösteriyordu. Nişanlı kadına *sponsa*, nişanlı erkeğe ise *sponsus* denmekteydi<sup>1</sup>.

Sözkonusu nişanlanmada *stipulationun* tarafları kadının *pater familias*'ı ile erkeğin kendisi veya *pater familias*'ı olurdu ve kadının *pater familias*'ı erkeğin *pater familias*'ına veya kendisine kızını eş olarak vermeyi vaad ederdi (*in matrimonium datum iri*). Bunun karşılığında ise erkek veya *pater familias*'ı kadının *pater familias*'ına veya vasisine onu evine götürmeyi vaad ederdi (*in matrimonium ductum iri*). Nişanlanan kadın *sui iuris* ise, vasisinin *auctoritas*'ı ile taahhüt altına girerdi<sup>2</sup>. Aynı anda erkek sol elinin dördüncü parmağından *anulus ferreus*'u (demir yüzük) çıkararak kızın parmağına takmaktaydı. Nişanlı erkek ile nişanlı kızın babası veya vasisi (tutor'u) arasındaki sözveri böylece bir *adminiculum* aracılığıyla kuvvetlendirilmekteydi. Kızın dördüncü parmağına takılan bu

\* Dr., İ. Ü. Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

1. Erdoğan, Roma Hukukunda Nişanlanma, *Argumentum*, Kasım 1991, s. 239; Jörs/Kunkel/Wenger, *Römisches Recht*, 3. Auflage, Heidelberg 1949, s. 276; Kaser, *Das römische Privatrecht*, 2. Auflage, 1. Abschnitt, München 1971, s. 75; Ayiter, *Roma Hukuku Dersleri*, Ankara 1960, s. 7; Koschaker/Ayiter, *Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları*, Ankara 1971, s. 300; Girard/Mayr, *Geschichte und System des römischen Rechtes*, Berlin 1908, s. 165; Di Marzo, *Roma Hukuku* (çev. Ziya Umut), İstanbul 1954, s. 159 - Bu hususlar ilgili metinlerde şu şekilde ifade edilmektedir:

D. 23, 1, 1 (Florentinus libro tertio institutionum):

"Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum."

"Nişanlanma gelecekteki evliliğin teklif ve vaadedilmesidir."

D. 23, 1, 2 (Ulpianus libro singulari da sponsalibus):

"Sponsalia autem dicta sunt a spondendo: nam moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras."

"Nitekim sponsalia tabiri taahhüt etmekten gelir: zira eski adetlerimiz zamanında gelecekteki eşlerimizi kendimize stipulatio ile taahhüt ettirdik."

2. Erdoğan, s. 239. Kaser, 1. Abschnitt, s. 76.

yüzüğün nişanlıların kalp beraberliğinin bir teminatı olduğunu ve teamülün bu parmağın kalple doğrudan bağlantılı olması sebebiyle Yunanlılar'dan alındığını öğrenmekteyiz<sup>3</sup>. Bu nedenle çeşitli sanatçıların Tevrat ve İncil ile ilgili evlenme merasiminden sahneler gösteren eserlerinde, damadın yüzük vermesini resimlemeleri ile tarihi bir olgu sanat aracılığıyla aktarılmaktadır<sup>4</sup>.

Roma'nın ilk devirlerinde stipulatio ile yapılan evlenme vaadi dava edilebilir yükümlülük doğuruyordu<sup>5</sup>. Açılacak dava ise stipulatio'dan doğan davadır (actio ex sponsione). Nişanlanmanın dava edilebilirliği oldukça erken zamanlarda yürürlükten kalkmış, ancak Roma'nın komşusu Latin eyaletlerinde ise M. Ö. 90 yılında Lex Iulia De Civitate<sup>6</sup>'nin yürürlüğe girmesine kadar varlığını sürdürmüştür<sup>7</sup>.

Klasik ve postklasik devirde nişanlanma artık yapılışı bakımından şekil değiştirmiş ve karşılıklı uzlaşma, gelecekteki evliliğin kurulması için yeterli hale gelmişti<sup>8</sup>.

Nişanlanma Cumhuriyetin ilk devirlerinden beri serbestçe çözülebilirdi<sup>9</sup>. Nişanın bozulması halinde bundan ötürü zararın tazminine ilişkin bir talep söz konusu değildi. Özellikle kararlaştırılmış bir sözleşme cezasına karşı exceptio doli ileri sürülmekteydi; zira böyle bir bağlılık ahlâka aykırı addedilmekteydi (D. 45, 1, 134 pr.). Ancak Postklasik devirde imparatorluğun doğusundaki kilise hukuku uygulamasının tesiriyle arra sponsalicia Roma hukukuna girmiştir<sup>10</sup>.

3. Comil, Die Arrha im justinianischen Recht, SZ 48 (1928), s. 55-56.

4. Gastreich, Die Draufgabe und ihre historische Entwicklung, Münster 1933, s. 40 dn. 5.

5. Jörs/Kunkel/Wenger, s. 276; Erdoğan, s. 239; Ayiter, s. 7; Koschaker/Ayiter, s. 300. Girard/Mayr, s. 165; Di Marzo, s. 159.

6. Consul Lucius Iulius Caesar'ın çıkardığı bu kanun ile Latinler'e ve müttefikler harbi sırasında Roma'ya isyan etmemiş veya harpten çekilmiş İtalyan civitas'larına Roma vatandaşlığı hakkı tanınmıştır (Umur, Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1985, s. 119).

7. Jörs/Kunkel/Wenger, s. 276.

8. Kaser, 1. Abschnitt, s. 312-313; Di Marzo, s. 159-160; Ayiter, s. 7; Girard/Mayr, s. 165; Koschaker/Ayiter, s. 301; Demburg/Sokolowski, System des römischen Rechts, Der Pandekten, 8. Auflage, Berlin 1912, s. 856. - Bu prensip metinlerde şu şekilde yer almaktadır:

D. 23, 1, 4, pr. (Ulpianus libro 35 ad Sabinum):

"Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia."

"Nişanlanmak için sadece irade uyuşması yeterlidir."

9. Comil, s. 57; Kaser, s. 314; Girard/Mayr, s. 165; Jörs/Kunkel/Wenger, s. 276; Ayiter, s. 7; Koschaker/Ayiter, s. 301; Humbert, Dictionnaire des Antiquites Grecques et Romanes, s. 440; v. Lingenthal, Geschichte des griechisch-römischen Rechts, 3. Auflage, Aalen 1955, s. 73; Rabel, Grundzüge des römischen Privatrechts, 2. Auflage, Basel 1955, s. 23. - Bu prensibin aşağıdaki metinde yer aldığını görüyoruz:

C. 5, 1, 1 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Bianori.):

"Alii desponsata renuntiare conditioni ac nubere alii non prohibetur."

"Nişandan ve evlenmeden vazgeçtiğini beyan etmek engellenemez."

10. Jörs/Kunkel/Wenger, s. 276. Schrödter, Vergleichende Darstellung des Rechtes der Arrha (Draufgabe), Berlin 1899, s. 54; Girard/Mayr, s. 166; Di Marzo, s. 160, 163; Demburg/Sokolowski, s. 857.

Aşağıda sırasıyla arra sponsalicia'nın tarihi gelişimi, -nişan hediyelerinden farkı da gözönünde bulundurularak- hukuki niteliği ve sonuçları ile kilise hukuku ve Bizans hukukundaki gelişimi incelenecektir.

### I- Tarihi Gelişimi:

Mukayeseli hukuk, arra sponsalicia'nın nereden kaynaklandığını oldukça büyük bir kesinlikle belirlememizi sağlamaktadır.

Daha Hammurabi Kanunu, nişanlı erkeğin kızın vasisine bir hediye vermesi anlamında nişanlanmayı tanımaktadır. Bu hediyeye ilişkin olarak Pr. 159-161'de nişanlı kızın vasisinin kızı nişanlı erkeğe vermesiyle gerçekleşen evlenme sözleşmesini kurmaktan cayma halinde, nişanlı erkeğin verdiği hediyeyi kaybedeceği, vasinin ise aldığı iki mislini geri vereceği düzenlenmiştir. Nişanlanmada vasiye erkek nişanlı tarafından verilen hediyeye *tirhatu* denmekteydi. Tirhatu, evlenme merasiminde, yani traditio puellae'da veya daha önce nişanlanmada verilen başlık parasından başka bir şey değildi. Evlenme sözleşmesinin önceleri tıpkı alım-satım gibi bir peşin işlem olduğu ve vasi ile nişanlı erkek arasında nişanlı kızın ve başlık parasının doğrudan değişimi olarak kurulduğu kabul edildiğinde (evlilik satımı); şayet evlenme işleminden önce başlık parasının tamamının veya bir kısmının ödenmesi ile bir nişanlanma sözkonusu oluyorsa, bu peşin satımdan arra'lı alım-satıma giden gelişimin bir aynası olarak gözükmektedir. Hiç bir şekle tabi olmayan evlenme anlaşması, aynı şekilsiz alım-satım anlaşması gibi, vasiye gelinin verilmesi borcunu, nişanlı erkeğe de başlık parası ödeme borcunu yüklemekte ve taraflar bakımından hiç bir sorumluluk doğurmamaktaydı. Bunun için hukuk güvenliği bakımından bir sorumluluk anlaşmasına gerek duyulmaktaydı. İşte arra ile bir aynı sorumluluk durumu yaratılmakta olup; taraflar yükümlülüklerini yerine getirmediğinde, yükümlülüğünü yerine getirmeyen arra'yı veren ise verdiği kaybediyor, alan ise iki mislini geri vermekle yükümlü tutuluyordu<sup>11</sup>.

Sonuç olarak arra Babil hukukunda zorunlu bir nişanlanma şekli olarak görünmekteydi. Doğu hukuklarında şekli bir sözleşme olan nişanlanmada, bir aynı sorumluluk olarak veya daha sonraları evlilik satımını temsil eden, görünüşte bir edim olarak arra'nın verilmesi bu işlemin önemli bir unsurunu oluştur-

11. Koschaker, s. 387-388; Gastreich, s. 39 dn. 4.

maktadır<sup>12</sup>. Yunan hukukunda da arra, nişanlanma sözleşmesinin hukuki şeklini oluşturmakta olup, hukuken geçerli olan nişanlanma arra'lı nişanlanmadır<sup>13</sup>. Bu konuda bir yazar<sup>14</sup>, nişanlanmada arra'nın kökenini Hammurabi kanununa kadar dayandıran görüşün Yunan kültür çevresi bakımından haklı olamayacağını ileri sürmektedir. Aksi takdirde Homerus destanında nişanın bozulması halinde ceza olarak nişan hediyeleri kurumunun benzer ihtiyaç nedeniyle aktarılması gerekmektedirken, Yunan literatüründe bu konuda tek bir ize rastlamadığını belirten yazar, Yunanlıların arrabon kurumunu ancak tamamıyla gözden geçirdikten sonra ileri tarihlerde nişanlanmaya taşıdıklarını ekliyor.

İncil hukuku da evlilik satımı ile şekli bir nişanlanmayı kastetmektedir. Bu şekli işlem, başlık parasının nişanlı erkek tarafından gelinin vasisine verilmesinden oluşmaktadır. Talmud hukukundaki nişanlanma da eski Babil hukuku ve İncil hukuku ile uygun düşmektedir. Onlardan ayrıldığı nokta şudur: Babil hukukunda nişanlanmada sözkonusu olan *tirhatu* daha gerçek bir değeri ifade etmekteyken, Talmudda 1 denar veya 1 peruta'nın değerini aşmasına gerek olmayan bir görünüşte edimdir ve bu yüzden de efektif bir teminat doğurmuyordu<sup>15</sup>.

Buraya kadar incelenen karşılaştırmalı hukuk bilgileri, doğuda evlilik satımından hareketle nişanlanmanın, önceleri başlık parasının verilmesinden ve daha sonraları ise başlık parasını temsil eden görünüşteki bir edimden oluşan şekli bir sözleşme olduğunu göstermektedir<sup>16</sup>.

## II- Hukuki Niteliği

Roma hukukunda klasik devirde arra sponsalicia'dan söz eden bir tek metne (D. 23, 2, 38 pr.<sup>17</sup>) rastlıyoruz. Bu metnin interpolatio'ya maruz kaldığı tartışmasız kabul edilmekte olup<sup>18</sup>, arra sponsalicia'ya Bizans'tan önceki papiruslarda rastlamamız da bu durumu desteklemektedir.

12. Koschaker, s. 388; Gastreich, s. 40.

13. Gastreich, s. 40.

14. Bergold, Geschichte und Wesen des Arrabons und der Arrha im griechischen und römischen Recht bis zum POXEIPO NOMO, Gernsbach 1925, s. 76-77.

15. Koschaker, s. 389, 391.

16. Koschaker, s. 391.

17. D. 23, 2, 38 pr. (Idem lib. 2 Sententiarum):

".... ut si post officium depositum noluerit mulier nuptias contrahere, liceat ei hoc facere, arris tantummodo redditis quas acceperat."

".... görev süresi sona erdiğinde kadın bu kişiyle evlenmek istemeyebilir, almış bulunduğu arra'yı iade ederek bunu yapabilir."

18. Koschaker, s. 391; Gastreich, s. 41; Cornil, s. 60-61; Bergold, s. 76; Volterra, Jezioni di diritto Romano II matrimonio Romano, Roma 1960-1961, s. 448; Di Marzo, s. 162; Rabel, s. 23.

Klasik sonrası devirde arra sponsalicia'nın ilk izlerine Yunan'dan ve hatta Doğu hukukundan etkilenen Constantinus'un emirnamelerinde rastlıyoruz. Roma'da nişan hediyesi verme geleneği mutlaka çok daha önceleri ortaya çıkmıştır. Daha M. Ö. 3. yüzyılda Lex Cincia De Muneribus Et Donis<sup>19</sup> nişanlıları personae exceptae kategorisine sokmuştur ki, bunlar arasında ultra modum legis bağışlamalara cevaz verilmekteydi<sup>20</sup>.

Nişan hediyeleri hukuken farklı değerlendirilebilirler. İlk aşamada nişan hediyesi olağan (basit) bağışlama olarak değerlendirilmiştir. Donatio simplex olarak ele alınan nişan hediyesi, nihai olarak ve dönülemez şekilde, evlenme niyetinin nasıl sonuçlanacağına bakılmaksızın verilmektedir (C. 5, 3, 15)<sup>21</sup>. Nişanlı erkek ve bağışlayan açısından donatio simplex, evlenme niyetini gerçekleştirme arzusunun teminatıdır; nişanlanmanın adminiculum'udur. Gelenekler bağış alanı, karşı bir bağış yapma arzusuna yöneltmekte olup, nişanlı kız da kendisini nişanlı erkeğe ve bağışlayana karşı o ölçüde yükümlü hissetmektedir. Zira hediye mukabele etme düşüncesi en eski topluluklara kadar dayanmakta olup, günümüzde dahi geçerlidir. Klasik Roma hukukunun, bağış kabul edenin karşı bir bağışta bulunma yükümlülüğünü, pek fazla geliştirilmemiş olsa da bazı hukuki etkilerle donatılmış bir tabi borç olarak değerlendirdiğini kabul etmek gerekir<sup>22</sup>. Böylece donatio simplex'in her iki taraf için de evlenme niyetinin güçlendirilmesi anlamına geldiği söylenebilir<sup>23</sup>.

19. Tribunus Cincius Alimentus'un teklifi üzerine fakir ve zayıf kimseleri zenginlere karşı korumak amacıyla bağışlamaları (donatio) sınırlamak üzere M. Ö. 204 senesinde çıkarılmış bu kanun, miktarı bilinmeyen muayyen bir nispetin üstünde bağışlamada bulunmayı ve bağış kabul etmeyi, eşler ve yakın hısımlar gibi bazı kimseler müstesna, yasaklamakta idi. Kanun imperfecta olduğundan, hükmüne aykırı bağışlamalar ius civile'ye göre muteberdi. Fakat praetor, bu gibi hallerde bir exceptio ve bir replicatio tanımakta idi (Umur, s. 115-116).

20. Cornil, s. 57-58.

21. C. 5, 3, 15 (Imp. Constantinus A. ad Maximum pu.):

"....., si quidem sponsus vel parens eius sortiri noluerit uxorem, id quod ab eo donatum fuerit nec repetatur traditum et, si quid apud donatorem resedit, ad sponsam et heredes eius submotis ambagibus transferatur. Quod si sponsa vel is in cuius agit potestate causam non contrahendi matrimonii praebuerit, tunc sponso eiusque heredibus sine aliqua deminutione per conductionem aut per utilem in rem actionem redhibeantur. Quae similiter observari oportet et si ex parte sponsae in sponsum donatio facta sit."

"....., eğer nişanlı erkek veya ebeveyni nişanlı kadını almayı istemezlerse, hediye olarak teslim edilmiş şey geri istenmez. Eğer bu şey bağışlayanın nezdinde ise, nişanlı kız ve onun mirasçılara dolambaçlı yollar ortadan kaldırılarak aktarılır. Nişanlı kız veya hakimiyeti altında yaşadığı kişi evliliği akdetmeyeceğini açıklamışsa, o zaman nişanlı erkeğe ya da mirasçılara değerinde herhangi bir azalma olmaksızın ya condictio aracılığıyla ya da utilis bir ayni dava ile geri verilirler. Eğer nişanlı kız tarafından nişanlı erkeğe bağışlama yapılmışsa yukarıda söylediklerimizin aynı şekilde gözönünde bulundurulması icap eder."

22. Örneğin bir objeyi bağışlamada bulunmak için kullanmak üzere çalan bir kişi actio furti'ye muhatap olacaktır; zira o bu bağışlama aracılığıyla bağış kabul edenin karşı bağış üzerinde bir beklenti elde ettiğinden, zenginleşme niyetiyle hareket etmiş sayılmaktadır (D. 47, 2, 55, 1).

23. Cornil, s. 58-59.

Iulianus, evlilik öncesi bağışlamaya uygulanacak kurallara ilişkin Digesta metninde (D. 39, 5, 1, 1)<sup>24</sup>, bu bağışlamanın kural olarak basit ve dönülemez bir bağışlama olduğunu vurguluyor ve ancak bağışlayanın yaptığı bağışlamanın bu şekilde değerlendirilmesi niyetini açıkça belirttiği hallerde sub condicione çözülebilir bir bağışlamanın varlığının kabul edilebileceğini ilave ediyordu. Sub condicione çözülebilir bağışlama, yapılırken gerçekleşeceği düşünülen evliliğin sonradan -bağışı kabul edenin iradesiyle- gerçekleşmemesi halinde tesirsiz kalır ve iade edilmesi gerekir<sup>25</sup>.

Constantinius'un düzenlemeleri ile nişanlılar arasındaki bağışlamalar kural olarak sub condicione nuptiis non secutis çözülebilir olarak telakki edilmektedir. C. 5, 3, 15 uyarınca, abğışlamada bulunan nişanlı erkek veya pater familias'ı evliliği engellerse, evlilik öncesi bağışlama dönülemez olarak kalır; buna karşılık bağışlamayı kabul eden nişanlı kız veya pater familias'ı evliliği engellerse, evlilik öncesi bağışlama per conditionem veya per utilem in rem actionem ile geri alınır. Bu kurallar nişanlı kızın evlilik öncesi bağışlamaları için de aynen uygulanır.

C. 5, 3, 16<sup>26</sup> uyarınca taraflardan birinin ölümü nedeniyle evlilik gerçekleştirilemezse, nişanlı erkeğin evlilik öncesi bağışlaması, eğer bir buse nişanlıları birleştirmişse ortalama bir sisteme tabi kılınır ve yarısı hayatta kalana, diğer yarısı da ölenin mirasçılara kalır; diğer bir deyişle bağışlamanın yarısı kesinleşirken, diğer yarısı çözümlür. Eğer bir buse nişanlıları birleştirmemişse taraflardan birinin ölümü halinde, nişanlı erkeğin evlilik öncesi bağışlaması tamamen hükümsüz kalır ve bağışlanan şey nişanlı erkeğe veya mirasçılara iade edilir<sup>27</sup>.

24. D. 39, 5, 1, 1 (Iulianus lib. 17 Digestorum):

"İgitur cum dicimus, inter sponsum et sponsam donationem valere, propria appellatione utimur; et factum demonstramus, quod ab eo profiscitur, qui liberalitatis gratia aliquid dat, ut confestim faciat accipientis, nec unquam ullo facto ad se reverti velit. Cum vero dicimus, si hac mente donat sponsus sponsae, ut nuptiis non secutis res auferatur, posse repeti: non contrarium priori dicimus, sed concedimus inter eas personas fieri donationem eam, quae sub conditione solvatur."

"Böylece nişanlılar arasında bir bağışlama muteberdir dediğimizde şu şekilde bir bağışlamadan söz ediyoruzdur. Bir kimsenin serbestçe bir şeyin mülkiyetinin onu kabul edene verildiği anda geçmesini isteyecek nişanlısına yaptığı bağışlama, evliliğin vukubulmaması halinde geri alınabilir. Bunun aksini söylemiyoruz. Ama bu insanların muayyen şartlar altında aralarında çözülebilir bir bağışlama yapabileceklerini söylemek isteriz."

25. Cornil, s. 59-60.

26. C. 5, 3, 16 (Idem A. ad Tiberianum vicarium Hispaniarum):

"Si ab sponso rebus sponsae donatis interveniente osculo ante nuptias hunc vel illam mori contigerit, dimidiam partem rerum donatarum ad superstitem pertinere praecipimus, dimidiam ad defuncti vel defunctae heredes,....."

"Nişan busenin mevcudiyeti ile gerçekleştirilmiş ve evlilikten önce nişanlı erkek tarafından nişanlı kıza bir şeyler verilmişse, nişanlı kız veya erkek ölmüşse, bağışlanan şeylerin yarısına yaşayanların sahip olduğunu, diğer yarısına ise ölen erkeğin ya da kızın mirasçılarının sahip olduğunu buyuruyoruz..."

27. Cornil, s. 61; Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, Ein Commentar, Band 24, Erlangen 1823, s. 395-396; Demburg/Sokolowski, s. 857.

Sub condicione nuptiis non secutis çözülebilir bağışlama, vaadini yerine getirmeyeni nihai bir malvarlığı zararı tehlikesine veya kesin olarak gerçekleşmiş bir zenginleşmenin feda edilmesine maruz bıraktığı için nişanlanmanın açıkça kuvvetlendirilmesi (adminiculum) olarak nitelenebilir<sup>28</sup>.

Doğudaki arra sponsalicia erkeğin geline verdiği başlık parasından kaynaklanırken, Constantinus'un emirnamesinde "si ex parte sponsae in sponsum donatio facta sit" kuralı geçerlidir ve bu kural karşılıklı nişan hediyelerinden hareketle düzenlenmiştir. Bu açıdan bakıldığında sanki yabancı bir hukuk kurumu Roma hukukundaki nişan hediyeleri faslına sokularak onunla bağdaştırılmaya çalışılmış izlenimi doğmaktadır. Aynı emirnamede hem gelinin damada verdiği hediyelerin, hem de damadın geline verdiği hediyelerin gözönüne alınmış olması da bu görüşü desteklemektedir<sup>29</sup>.

Bu noktada Roma hukukundan önemli ölçüde farklılıklarla ayrılan Suriye-Roma Hukuk Kitabı'nın konuyla ilgili düzenlemesine değinmekte yarar görüyoruz<sup>30</sup>.

*P. 46a*<sup>31</sup>:

"Nişanlanma hakkında.

Bir erkek bir kız ile nişanlanırsa, yani kız bu erkeğe kızın ebeveyni veya akrabası veya ona yakın olan birisi tarafından söz verilirse ve erkek kıza arra olarak bir yüzük veya başka bir mücevher veya Denare veya aletler verirse ve ondan sonra erkek nişanlısı kız ile evlenmek istemezse, o vermiş olduğu arra'yı ve nişanlısı olarak kıza sunduğu herşeyi kaybeder. Şayet kızın ebeveyni nişanlanmadan caymak isterse ve kızı nişanlısı erkeğe vermek istemezlerse, arra'yı, ilk gün aldıklarının iki mislini ve o tarihe kadar erkek nişanlıdan kıza hediye olarak gelen şeylerin hepsini olduğu gibi geri verirler. Sadece ilk gün aldıklarını iki misli ile iade edeceklerdir."

28. Cornil, s. 61.

29. Koschaker, s. 392-393.

30. Suriye-Roma Hukuk Kitabının ilgili metinlerinin tercümesinde Koschaker'in makalesindeki Almanca metinler esas alınmıştır.

31. Suriye-Roma Hukuk Kitabının diğer versiyonlarındaki ilgili maddeler (Arm. 58, R.I 33, II 57) de çok önemsiz değişiklikler dışında tamamen aynı içeriğe sahiptirler. Sadece Ar. 56'da "bir erkek bir kıza ... evlenme teklif eder ve kız erkeğe arra olarak bir mühür veya haç ... verirse" denmesi, salt dikkatsizlikten kaynaklanan bir hata olsa gerektir. Zira hemen bundan sonra nişanlı erkeğin verdiği arra'nın kaybından söz edilmektedir.

Sözkonusu düzenlemenin arra sponsalicia dışında damadın nişandan sonra geline verdiği diğer hediyelere de ilişkin olduğunu söyleyebiliriz. Diğer bazı hükümlerde yer alan ifadeler de bu görüşümüzü doğrular niteliktedir:

*L. 91 :*

"...nişanlarının arra'sı olarak bir yüzüğü veya metal mücevheri ve altını ve diğer şeylerin hediyesini..."

*R.I 32:*

"...arra olarak bir yüzüğü veya altın ziynet eşyasını veya diğer şeylerden bazı kıymetlileri..."

Suriye-Roma Hukuk Kitabı üzerinde çalışan Bruns<sup>32</sup>, bu kitapta yer alan arra sponsalicia düzenlemesinin, Leo'nun 472 tarihli meşhur emirnamesini (C. 5, 1, 5) -ki bu emirname diğer hususların yanısıra arra'nın dört mislinin iadesi kuralını, iki mislinin iadesine indirgemıştır- anlattığını belirtmektedir. Ancak kendisinin de gördüğü gibi, P.46a ve diğer versiyonların ilgili hükümleri tamamen bu yasayı yansıtmamaktadır; aksine sadece ana noktalar verilmekte ve bizzat Leo'nun bu emirnamesinin öngördüğü bir sürü değişikliğe yer verilmemektedir. Ayrıca sadece nişanlı erkeğin kıza verdiği arra gözönüne alınmakta ve C. 5, 1, 5'de olduğu gibi bunun aksinden söz edilmemektedir.

Daha yakından bakıldığında çok daha önemli farklılıkların varlığı ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, Roma hukukundaki görüş, nişanlanmanın stipulatio aracılığıyla veya şekilsiz olarak kurulan bir sözleşme olduğu ve arra sponsalicia ile kuvvetlendirildiği ve bu nedenle arra sponsalicia'nın bir accidentale negotii oluşturduğu yolundadır. D. 23, 1, 1 ve D. 23, 1, 4 metinleri de bu görüşü doğrulamaktadır<sup>33</sup>. Oysa Suriye-Roma Hukuk Kitabı'ndaki yukarıda belirtilen P.46a metninin müellifinin, metnin başlığından da anlaşıldığı üzere, özellikle arra sponsalicia'dan değil, aksine nişanlanmadan sözetmesi ve daha sonra arra'dan da bahsetmesi, onun nişanlanmanın arra'nın verilmesi ile kurulduğu, yani arra verilmesinin nişanlanmanın esaslı bir unsuru olduğu düşüncesinden hareket ettiğini

32. Bruns-Sachau, Syrisch-römisches Rechtsbuch, s. 296 vd., 318. - Aynı görüşte bak. Mitteis, Über drei neue Handschriften des syrisch-römischen Rechtsbuches (Abhandl. d. Berl. Akad. 1905), s. 31 (Kosckaker, s. 383 dn. 1 ve dn. 3'den naklen).

33. Sözkonusu metinlerin Latince asılları ve Türkçe çevirileri için bkz. s. 1. ve 2.



ortaya koymaktadır. "İlk günde" (yani nişanlanma sırasında) verilenler, arra ve nişanlı kıza verilen diğer hediyeler arasındaki kesin ayırım da buna uygundur. Keza nişanlanmaya ilişkin bir başka düzenlemede<sup>34</sup> de kural olarak arra ile nişanlanma arasında varolan bu bağı görebiliyoruz<sup>35</sup>:

*P. 45 :*

"Bir erkek bir kıza talip olursa ve kızın ebeveyni veya bizzat kendisi arra olarak yüzüğü kabul ederse..."

Bu Romalı olmayan nişanlanma düşüncesinin nasıl açıklanabileceğine gelince: Müellifin lokal bir hukuktan etkilendiğini kabul etmekten başka çıkar yol kalmamaktadır. Burada iki şey mümkündür. Ya müellifin önünde Leo'nun emirnamesi vardır, ancak o bir lokal hukukun benzer bir düzenlemesinin etkisiyle bu emirnameyi yanlış aktarmıştır; ya da tamamen Romalı olmayan bir kökenin eklenmesi sözkonusudur. Bu durumda bu düzenleme Hukuk Kitabı'nın tarihi açısından hiçbir değer ifade etmeyecektir. İkinci olasılığın lehine şunu da gösterebiliriz ki, yukarıda da değindiğimiz gibi, Hukuk Kitabı bu nokta dışında da önemli ölçüde Leo'nun emirnamesinden uzaklaşmakta ve orada sıralanmış değişiklikleri dikkate almamaktadır. Eğer Leo'nun emirnamesinin interpolatio'ya maruz kaldığı ve özellikle arra'nın dört mislinin yerine iki mislinin iadesinin öngörülmesini Iustinianus'un getirdiği bir yenilik olduğu yolundaki görüş kabul edilirse, bir başka delil elde edilmiş olur. Şöyle ki, Suriye-Roma Hukuk Kitabı Iustinianus'un yasal düzenlemelerini kural olarak dikkate almadığına göre, Iustinianus tarafından getirilen poena dupli'nin daha sonraki bir redaksiyonda Hukuk Kitabı'na sokulması çok ihtimal dışıdır. Arra sponsalicia'ya ilişkin düzenlemenin eski Londra versiyonunda ve ona yakın olan Roma versiyonu R III'de yer almaması önemli değildir. Zira diğer Iustinianus sonrası devirden kaynaklanan versiyonların temelini oluşturan Archetyp büyük olasılıkla Iustinianus'tan daha eskidir ve arra'nın iki mislinin iadesini içermektedir ve bu durumda Hukuk Kitabı'ndaki düzenlemenin kaynağı Roma hukukunda olamaz<sup>36</sup>.

Biz aşağıda yeri geldiğinde ayrıntılı olarak belirteceğimiz gibi C. 5, 1, 5'in interpolatioya maruz kaldığını kabul etmememize karşın, buraya kadar olan açıklamalarımız ışığında Suriye-Roma Hukuk Kitabı'ndaki arra sponsalicia dü-

34. L. 91, P. 45, Ar. 55, Arm. 57, R.I 32, II 56, III 91.

35. Koschaker, s. 383-385.

36. Koschaker, s. 385-386.

zenlemesinin Romalı olmayan yabancı bir hukuk düşüncesinden etkilendiği ve arra sponsalicia'nın tarihi gelişimine ilişkin açıklamalarımızın da bu görüşümüzü desteklediği kanısına vardık<sup>37</sup>.

İşte bu düzenlemelerin bir adım sonrası Gratianus, Valentianus ve Theodosiusun 380 tarihinde yayınlanan (C. 5, 2, 1) emirnamelerinde arra sponsalicia olarak karşımıza çıkmakta ve ispat ve ceza fonksiyonları aracılığıyla planlanan evliliğin gerçekleşmemesi rizikosuna karşı bir güvence sağlamaya daha elverişli olan bu kurumun nişan hediyelerinden farklılığı ortaya çıkmaktadır. Bu farklılığın iki önemli sonucu vardır. İlk olarak tüm maddi arra'larda olduğu gibi mülkiyet derhal alıcıya geçer ve sözleşme ilişkisinin ifasından sonra (yani, evlenme halinde) kural olarak geri vermek gerekir. Bu nedenle salt Roma hukuku açısından nişan hediyelerinde olduğu gibi "si nuptiae sequantur" şartını burada öngöremeyiz. İkinci olarak arra sponsalicia'nın nişan hediyeleri ile hiçbir alakası olmadığından, -somut olayda özel bazı ilişkilerin varlığı sözkonusu olmaksızın- arra sponsalicia ile ilgili olarak bir mukabele yükümlülüğünün varlığı iddia edilemez<sup>38</sup>.

Arra sponsalicia kurumu evlilik öncesi bağışlamaların karakterini önemli ölçüde değiştirmiştir. Çünkü nişanlı erkeğin arra'yı cömertliğinden ziyade nişanlısını daha sıkı bağlamak için verdiği şeklinde bir görüntü vardır. Arra sponsalicia'da cömertlik düşüncesi nişanlanmanın iki taraflı sağlamaştırılması düşüncesi karşısında hemen tamamen geri çekilmektedir. Erkek nişanlı nişanın bozulmasından -ki, bundan nişanlanmadan doğan yükümlülüklerin kusurlu olarak ifa edilmemesi anlaşılmalıdır- sorumlu tutulacağı haller için bir fedakarlık olarak arra'yı vermekte ve aynı şekilde arra'yı alan nişanlı kızın evlenmekten vazgeçmesi halinde bir karşı ceza ile baskı yapılmaktadır. Bu bakımdan nişanlı kız açısından arra alınması faydadan çok tehlike getirmektedir, şöyle ki; nişanın bozulması halinde nişanlı kızın arra'yı kabul etmesinin sonuçları, erkeğe göre daha ağırdır. 380 yılına ilişkin bir düzenleme (C. Th. 3, 5, 11)<sup>39</sup> bize o devirde nişanın bozulmasına sebep olan nişanlı kızın aldığı arra'nın 4 katını geri vermek zorunda olduğunu ve kızın erkeğe nazaran 3 misli daha fazla bir zarara uğradığını

37. Koschaker, s. 386; Bergold, s. 76.

38. Jagemann, Die Daraufgabe (Arrha), Berlin 1873, s. 73.

39. C. Th. 3, 5, 11 (Imppp. Gratianus et Theodosius AAA. Eutropio pp.):

"Patri matri tutori vel cuicumque ante decimum puellae annum datis sponsalibus quadrupli poenam remittibus, etsi nuptiae non sequantur;..."

"Eğer evlilik gerçekleşmezse, 10 yaşından önce kız çocuğunun annesi, babası ve tutor'u verilen arra'nın dört misli ile sorumludurlar,"....

göstermektedir. Ancak arra veren ile arra alan arasındaki bu eşitsizliğin uzun süre devam etmediği tahmin edilmektedir. Zira Leo'nun 472 yılındaki emirnamesi (C. 5, 1, 5)<sup>40</sup> 4 misli cezayı 2 misline indirmekte ve nişanlı kız ile erkeği eşit hale getirmektedir. Artık her ikisi de nişanın bozulması halinde eşit fedakârlıkta bulunacaklardır<sup>41</sup>. Ancak taraflar arasında yapılacak bir sözleşme ile cezanın arra'nın dört misline çıkarılmasına izin verilmiştir ve bunun eski hukuka saygıdan kaynaklandığı söylenebilir<sup>42</sup>.

Öğretide bir yazar<sup>43</sup>, -yukarıda kısaca değindiğimiz üzere- Leo'nun 472 tarihli nişanın bozulması halindeki cezalara ilişkin düzenlemesinin büyük bir kısmının, özellikle arra sponsalicia'nın dört mislinin iadesinden oluşan cezanın arra sponsalicia'nın iki mislinin iadesine indirilmesinin, Iustinianus kaynaklı olduğunu kanıtlamaya çalışmıştır. Bu amaçla C. 1, 3, 54'de Iustinianus'un nişanlılardan birinin manastıra kapanmasını, nişanın bozulmasına rağmen cezanın gerekli olmadığı bir sebep olarak tanıdığına dikkat çekmekte ve şayet 472'den beri haklı sebep cezayı kaldırmaya yeterli idiyse, bu düzenlemenin bir anlamının olmayacağını vurgulamaktadır. Oysa aynı metinden tam tersine, Iustinianus'un sözkonusu düzenlemesine kadar manastıra kapanmanın, bu suretle keyfi olarak nişandan kendisini kurtaran nişanlıyı cezadan kurtaran bir haklı sebep olarak kabul edilmediği sonucunu çıkarmanın daha makul olacağı kanısındayız. Diğer taraftan sözkonusu yazar ileri sürdüğü varsayımı için bir diğer kanıtı da 472'den sonra toplanan Suriye-Roma Hukuk Kitabı'ndan çıkarmaya çalışmaktadır. Ancak öncelikle Paris versiyonunda, tıpkı Arap ve Ermeni versiyonlarındaki metinlerde olduğu gibi, C. 5, 1, 5 ile uyumlu olarak arra sponsalicia'nın iki misli cezanın öngörülmüş olmasının yarattığı olumsuzluğu ortadan kaldırması gerekmektedir. Bu amaçla sözkonusu versiyonlardaki metinlerin asıl orijinal metinde olmayan ilaveleri içerdiğini ve bu meyanda Iustinianus hukukundan da bazı cümlelerin yer aldığını belirterek, aynı şekilde yukarıdaki arra sponsalicia'nın iki misli cezayı öngören cümlenin de Iustinianus'dan alınmış olabileceğini vurgulamaktadır. An-

40. C. 5, 1, 5 (Imp. Leo et Anthemius AA. Erythrio pp.):

"Mulier iuris sui constituta arrarum sponsalium nomine usque ad duplum teneatur, id est in id quod accepit et aliud tantundem nec amplius, .... quadrupli videlicet poena, quae anterioribus legibus definita erat, in qua et arrarum quantitas imputabatur, cessante, nisi specialiter aliud ex communi consensu inter contrahentes de eadem quadrupli ratione placuit."

"Sui iuris bir kadın arra sponsalicia adı altında iki misline kadar sorumlu tutulur, yani kabul edilen şey daha fazla miktarda değildir. .... Daha önceki kanunlarla belirlenmiş olan dört misline ilişkin ceza, ki onda arra'nın miktarı da açıklanıyordu, kalktıktan sonra, her zaman taraflarca anlaşarak ihdas edilebilir."

41. Cornil, s. 63.

42. Jagemann, s. 71; Glück, Band 24, s. 409; Humbert, s. 440.

43. Riccobono, Arra sponsalicia secondo la const. 5 Cod. de sponsalibus V. 1., in den Studi in onore di Francesco Pepere, Napoli 1900 (Krüger, Zu Cod. Iust. 5, 1, 5., SZ XXII, 1901, s. 52-55'den naklen).

çak sözkonusu versiyonlardaki metinlerin orijinalinden farklı oldukları hususunun kesinlikle kanıtlanmış olmadığı hususu bir yana, daha eski Londra versiyonunda ceza konusuna hiç değinilmemiş olmasından, o tarihlerde *arra sponsalicia*'da iki misli cezanın sözkonusu olmadığı sonucunu çıkaramayız. Zira böyle bir sonuca varabilmemiz için, daha eskiden yürürlükte olan *arra sponsalicia*'da dört misli cezadan sözedilmesi gerekirdi. Oysa Londra versiyonundaki metinde buna da değinilmeyerek bu konuda sadece susulmuştur ve bu suskunluğun hangi görüşü kanıtladığını anlayabilmemiz ise mümkün olamamaktadır. Bu nedenlerle sözkonusu metnin *interpolatio*'ya maruz kalmadığı kanısındayız<sup>44</sup>.

Nişanın bozulmasına herşeyden önce nişanlılardan birinin nişanlanmadan sonraki bazı davranışları yol açabilir. Örneğin, nişanlılardan biri, bir başkası ile evlenmek suretiyle, nişanlanmanın ifasını olanaksız kılarca, böyle bir durum vardır. Buna karşılık yasal olmayan bir nişanlanmayı bilerek gerçekleştirmenin nişanın bozulmasıyla bir tutulması doğru değildir. Nişanın bozulmasının cezaları, kendi kusuruyla karşı tarafa bir *iusta causa recedendi* (haklı dönme sebebi) veren veya haklı bir hukuki gerekçe olmaksızın nişanlanmadan dönen nişanlıya yüklenerek olup, sonradan nişanlanmayı geçersiz kılan hususların ortaya çıkmasıyla ortadan kalkmaz. Buna karşılık nişanın bozulmasındaki kusurluluk, kusura dayanmayan hususlar nişanlanmadan doğan yükümlülükleri hukuken ortadan kaldırır veya bu yükümlülükler geçerli olmakla birlikte, nişanlılardan biri kendince nişanlanmanın kuruluşunda bilinmeyen ve *iusta causa recedendi* sayılan bir hususa dayanarak dönerse, ortadan kalkar<sup>45</sup>. Başta *arra sponsalicia* sistemini tadil eden 472 tarihli emirname (C. 5, 1, 5)<sup>46</sup> olmak üzere çeşitli metinlerde böyle, *iusta causa*'lara örnek olarak aşağılayıcı ve haysiyet kırıcı yaşam, din veya mezhep farklılığı, iktidarsızlık, sadakatsizlik ve evliliğin aşırı ölçüde geciktirilmesi gibi sebepler gösterilmekte olup, bunun dışında neyin haklı sebep olacağına takdir tamamen yargıca bırakılmaktadır. Nişanlanma ile taahhüt edilen evli-

44. Krüger, s. 52, 54. - Koschaker (s. 385-386 dn. 3) de, C. 5, 1, 5 bir kenara bırakılırsa, Iustinianus'tan önce *arra sponsalicia*'da iki misli cezanın bir Roma hukuk kuralı olarak varlığının kesin olarak kanıtlanamayacağını belirtmekle beraber, bu hususun sözkonusu metnin *interpolatio*'ya maruz kaldığını kanıtlamaya yetmeyeceğini vurgulamaktadır.

45. Jagemann, s. 76-77.

46. ".... si legibus prohibita non sint speratae nuptiae, post arras autem sponsalicias sponsa coniugium sponsi propter turpem vel impudicam conversationem aut religionis vel sectae diversitatem recusaverit vel eo, quod quasi vir coitum, ex quo spes subolis oritur, facere non potuerit, vel ob aliam iustam excusationis causam, ...."

"..... eğer ümit edilen evlilik kanunlarla engellenmemişse, *arra*'dan sonra nişanlı kız nişanlı erkeğin birleşme isteğini ayıp ve iffetsiz bir yakınlık sebebiyle ya da din ve mezhebin farklılığı sebebiyle reddetmişse, ya da kedisinden çocuk yapma ümidi ortaya çıkan erkek birleşmeyi gerçekleştirememişse, ya da başka bir haklı sebep yüzünden, ...."

lik dünyevi bir yaşamı gerektirdiğinden, kilise hukukunun esaslarının da tesiriyle Iustinianus bu listeye nişanlılardan birinin manastıra kapanmasını da eklemiştir. Örnek olarak sayılan sebepler, evlilik gayesinin gerçekleştirilmesini tehlikeye düşüren her türlü cismani ve ruhi hususun haklı sebep kavramına girmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Ancak bazı metinlerde, haklı sebebe sahip olan nişanlının, nişanı haksız yere bozma oluşturmaya dönme hakkını ancak makul bir süre içinde kullanabileceği, buna karşılık dönme hakkının varlığını bilmesine rağmen ilişkiyi nişanlı olarak devam ettirmiş ve daha sonra nişanlanmayı geçersiz kılmışsa, sadakatsiz sayılacağı belirtilmektedir<sup>47</sup>.

Aynı metin (C. 5, 1, 5)<sup>48</sup> uyarınca, küçükler -ister hiç evlenmemiş, isterse dul olsunlar- nişanlanmayı cezalandırılmaksızın bozabilirler ve bu durumda arra sponsalicia'nın iade edilmesi gerekir. Ancak küçük sui iuris olmadığından arra sponsalicia'yı anne-babası almış ise, nişanın bozulması halinde bunlar -reşit olmaları kaydıyla- aldıkları arra'nın iki mislini iade etmekle yükümlüdürler<sup>49</sup>.

Son imparatorluk devrinde geliştirildiği şekliyle arra sponsalicia sistemi, stipulatio poenae aracılığıyla yaptırıma çok yaklaşan şekilde nişanlanmanın sağlamaştırılmasına hizmet etmektedir. Bu durum imparatorların da gözünden kaçmamış ve bu nedenle arra sponsalicia'ya ilişkin hükümlerin, nişanlılar arasındaki her türlü cezai şart yasağını ortadan kaldırmadığını vurgulamışlardır<sup>50</sup>. Cezai şart nişanlılar arasında ahlâka aykırı bir baskı aracı olarak varlığını sürdürürken, arra sponsalicia aracılığıyla uygulanan benzer baskı müsamaha görmektedir. Ancak şu da unutulmamalıdır ki, klasik hukukçular da evlenmenin serbestliğine ilişkin çabalarına rağmen, tarafları evlenme ilişkisinin kurulmasına ikna etmek için bazı baskı araçlarının kullanılmasına izin vermekteydiler<sup>51</sup>.

47. Jagemann, s. 77; Cornil, s. 64; Volterra, *Novissimo Digesto Italiano*, I/2, Torino 1957, s. 1003; Volterra (1), s. 454-455.

48. "..... in simplum autem, id est tantummodo quod accepit, si minoris aetatis est, sive virgo sive vidua sit, sive per se sive per tutorem vel curatorem vel aliam personam easdem arras acceperit. ...."

"..... eğer küçük ise, ister evlenmemiş, ister dul olsun, tutor'u veya curator'u ya da başkasının aracılığıyla arra'yı kabul etmiş olsun, ancak aldığı miktar ile sorumludur....."

49. Jagemann, s. 77-78; Glück, Band 24, s. 410; Humbert, s. 440; Volterra (1), s. 452; Kaser, 2. Abschnitt, München 1959, s. 110.

50. Cornil, s. 64; Di Marzo, s. 163; *Der kleine Pauly*, Lexikon der Antike, herausgegeben von Konrat Ziegler und Walther Sontheimer, I. Band, Stuttgart 1964, s. 604; - C. 5, 1, 5'de bu konuyla ilgili şöyle bir ifade yer almaktadır:

"... ex utraque parte nullas vires habebit, cum in contrahendis nuptiis libera potestas esse debet."

"... evlenmeyi gerçekleştirilmede özgür irade sözkonusu olduğundan, taraflardan hiçbiri bu konuda zorlayıcı bir gücü haiz değildir."

51. Cornil, s. 64-65. - Buna örnek olarak aşağıdaki metni verebiliriz:

D. 35, 1, 71, 1 (Papinianus libro 17 Quaestionum):

"Titio centum relicta sunt ita, ut Maviam uxorem, quae vidua est, ducat: conditio non remittetur: et ideo nec cautio remittenda est. Huic sententiae non refragatur, quod si quis pecuniam promittat, si Maeviam uxorem non ducat, praetor actionem denegat: aliud est enim eligendi matrimonii poenae metu libertatem auferri, aliud a d matrimonium certa lege invitari."

Arra sponsalicia hakkındaki metinler bize, doğudan alınan kurumun değiştirilmeksizin benimsenmediğini, aksine Roma hukukunun genel prensiplerine uydurulduğunu göstermektedir. Alınan bu hukuk kurumu doğudaki hukukun ilkel bir gelişim dönemine aitti ve Roma hukuku bu gelişim dönemini daha klasik hukuk devrinde çoktan geride bırakmıştı. Evlilik satımı düşüncesi artık kesinlikle yaşamamaktaydı. Doğunun yavaş hukuki gelişimi evlilik satımı prensibini inatla korumuştur ve bu nedenle arra nişanlanmanın esaslı bir şekli olarak görünmektedir. Buna karşılık Roma hukukunda prensip olarak şekilsiz nişanlanmaya bağlı kalınmış ve arra sponsalicia'nın tarafların evlenmeyi gerçekleştirmek konusundaki ciddi arzularını sabitleştirici ve kuvvetlendirici bir araç olarak şekilsiz nişanlanma sözleşmesine katılabileceği öngörülmüştür<sup>52</sup>.

Bu bakımdan arra'nın fer'i niteliği arra sponsaliciada da geçerlidir ve arra sponsalicia'nın asıl işleme bir etkisi yoktur, aksine hukuken geçerli bir nişanlanmanın varlığını önşart olarak aramaktadır. Bu şart gerçekleşmeden ispat fonksiyonunu açıklamak mümkün değildir. Ayrıca arra sponsalicia bir arra poenalis'tir. Yani nişanlanmanın bozulmasına ilişkin bir yasal ceza öngörmektedir<sup>53</sup>. Nişanlanmadan her iki taraf da serbestçe dönebilmesine rağmen, arra sponsalicia'yı bir arra poenitentialis olarak niteleyemeyiz. Çünkü tarafların bağlı olmaması sözleşmenin niteliğinden kaynaklanmakta olup, buna eklenen arra sponsalicia'dan kaynaklanmamaktadır. Arra sponsalicia olmaksızın da tarafların sözleşmeden serbestçe dönme hakları mevcut olup, aksine arra sponsalicia'nın içerdiği ceza ile bu hak sınırlandırılmaktadır<sup>54</sup>. Ancak bu konuda bir yazar<sup>55</sup>, nişanlanmada arra verilmesi suretiyle tarafların daha sıkı bağlandıklarını, arra sponsalicia'nın ispat etkisine bir de kendine özgü dönme cezası etkisinin eklendiğini ileri sürmektedir. Buna göre nişanlı erkek döndüğünde arra'yı kaybedecek, nişanlı kız döndüğünde ise aldığı arra'nın iki mislini iade edecektir. Bu görüşe katılmamaktayız. Dönme cezası etkisinden bahsedilmek için ortada bağlayıcı bir sözleşmenin va-

"Titius'a dul Mavia ile evlenmesi şartına bağlı olarak 100 as'lık muayyen mal vasiyeti yapıldı. Bu şart sebebiyle vasiyette bulunulan kimseye şart gerçekleşmeden para verilmez. Mavia ile evlenmeme taahhüdüne bağlı olarak bir miktar para verilmesinin dava edilmesini reddeden praetor'un bu kanaatine karşı gelinmez. Zira bir eşin seçiminden mahrum bırakılmak hali ile bir para mahkumiyetinden korkmak arasında veya bir özgürlüğe özel bir şart eklenerek bir kadınla evlenmeye angaje etmek arasında fark vardır."

52. Koschaker, s. 394-395; Gastreich, s. 42. - Aksi görüşteki Bergold (s. 76), -yeterli gerekçeleri ortaya koymaksızın- arra sponsalicia'nın sadece Yunan eyaletlerinde uygulandığını ve nişanlanmanın şekline dahil bir asli unsur olduğunu ileri sürmektedir.

53. Jagemann, s. 74; Comil, s. 64; Volterra (2), s. 1003; Der kleine Pauly, s. 604; Schrödter, s. 53-54. Oberstadt, Die Draufgabe, Greifswald 1903, s. 44-45; Kaser, 2. Abschnitt, s. 110; Di Marzo, s. 162; Ayiter, s. 8; Koschaker/Ayiter, s. 301.

54. Koschaker, s. 397; Comil, s. 65; Jagemann, s. 73.

55. Gastreich, s. 42.

rolması ve tarafların ancak arra'yı kaybetmek suretiyle sözleşmeden tek taraflı olarak dönebilmelerinin mümkün olması gerekmektedir.

Geçerli olarak verilen arra sponsalicia'nın mülkiyeti hiç şüphesiz, verenle arasındaki hukuki ilişkide bir değişiklik olmadığı sürece -yani nişanlanma geçerliliğini sürdürdükçe- alana aittir<sup>56</sup>. Buna karşılık evlenme -yani sözleşmenin ifası- halinde arra sponsalicia'nın ne olacağı ise tartışmalıdır. Arra sponsalicia ile diğer nişan hediyelerinin birbirine karıştırılması sonucunda bazı yazarlar<sup>57</sup>, arra sponsalicia'nın evlenme aracılığıyla sağlamlaştığını ve artık nihai olarak alıcıda kalacağını, iade edilmeyeceğini iddia etmektedirler. Buna karşılık diğer bazı yazarlar<sup>58</sup> ise, arra'nın fer'i niteliğinden, hediye olarak değil, bir tür ispat ve teminat aracı olarak verildiğinden hareketle, asıl sözleşmenin sona ermesi ve artık ortada kanıtlanması veya temin edilmesi gereken bir şeyin kalmaması nedeniyle arra sponsalicia'nın -tıpkı diğer arra'ların asıl sözleşmenin ifasında geri verilmesi gerektiği gibi- kural olarak geri verilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler.

Arra sponsalicia'nın kural olarak geri verilmesi gerektiğini kabul eden yazarlar, uygulamada evlenme halinde arra'nın iade edilmediğine sıkça rastlanılmasına şöyle bir açıklama getirmektedirler: Arra sponsalicia evlenme ile donatio propter nuptias haline dönüşüyor ve bu dönüşüm onun geleceğini de etkiliyor. Şöyle ki, dönüşüm sonucu erkek tarafından donatio propter nuptias olarak verilmiş sayılan arra sponsalicia, -evlenme gerçekleşince geri verilmesi gerekirken- evlenme gerçekleştiğinde iade edilmediği gibi, ileride evlenmenin çözülmesi halinde de geri verilmiyor ve nihai olarak alanda kalıyor<sup>59</sup>.

Asıl sözleşme veya arra sponsalicia verilmesine ilişkin fer'i sözleşme baştan itibaren kendiliğinden batıl ise veya sonradan iptal edilmek suretiyle ortadan kalkarsa ya da asıl yükümlülük veya arra sponsalicia'dan doğan yükümlülük sonradan düşerse, genel esaslar uyarınca arra sponsalicia'nın verildiği andaki duruma geri dönülmesi, yani arra sponsalicia'nın iadesi gerekmektedir<sup>60</sup>. Nitekim kaynak metinlerde de buna ilişkin uygulama örneklerine rastlamaktayız. Örneğin bir metinde (C. 5, 1, 5), nişanlanan taraflardan birinin diğer tarafın çok önemli bir vafında yanılması ve buna dayanarak hata hükümleri uyarınca nişanlanmayı

56. Jagemann, s. 73; Gastreich, s. 43. Schrödter, s. 54; Oberstadt, s. 45.

57. v. Löhr; Brendel, Mollenbec ve Seuffert (Jagemann, s. 74'den naklen).

58. Glück, Band 24, s. 393; Gastreich, s. 43; Jagemann, s. 74; Schrödter, s. 54; Oberstadt, s. 45.

59. Jagemann, s. 74. - Gastreich (s. 43) ise, kendiliğinden dönüşümü kabul etmemekte ve tarafların evlilikten sonra arra sponsalicia'ya donatio propter nuptias karakteri vermekte serbest olduklarını belirtmektedir.

60. Jagemann, s. 74; Gastreich, s. 43. Schrödter, s. 54.

geçersiz kılması halinde, *arra sponsalicia*'nın geri verilmesi gerektiğinden sözedilmektedir.

Diğer bazı metinlerde (C. 5, 2, 1; D. 23, 2, 38, 1)<sup>61</sup> ise, ikrah (*metus*) sonucu gerçekleşen nişanlanmanın bağlayıcı olmadığı ve bu nedenle *arra sponsalicia*'nın geri verilmesi gerektiği açıkça vurgulanmaktadır. Söz konusu metinlerde sadece Romalı eyalet memurlarınca gerçekleştirilen ikrah ele alınmış olup, bu örneklerle tarihte fazlasıyla rastlanılmaktadır. Söz konusu metinlerde memuriyet göreviyle ilgili üç zaman dilimi birbirinden ayrılmaktadır. Göreve gelmeden önceki dönem, görev sırasındaki dönem ve görevin sona ermesinden sonraki dönem. Daha önce kurulmuş nişanlanma memurun göreve başlamasından etkilenmez (D. 23, 2, 38, 1) ve görevin sona ermesinden sonra, görev sırasındaki nişanlanmanın sonucu olarak eyaletteki bir kızla evlenme gerçekleşebilir (C. 5, 2, 1). Buna karşılık görev sırasında gerçekleşen nişanlanmalar bağlayıcı değildir ve bu nedenle görev süresince veya görevin bitiminden sonra eyaletli kız tarafından çözülebilir. Görev sırasında sona erdirme halinde *arra sponsalicia*'yı iade borcu salt bir tabii borçtur; eyaletli kız Romalı eyalet memurunun görevi sürerken nişanlanmayı geçersiz kılsa, kendisine verilmiş olan *arra sponsalicia*'yı Romalı eyalet memurunun cezası olarak alıkoyabilir, ancak buna rağmen geri verirse tekrar talep edemez (C. 5, 2, 1). Eyaletli kızın memurun görevinin sona ermesinden sonra nişanlanmayı geçersiz kılması halinde ise, onun *arra sponsalicia*'yı iade etmesi gerekmektedir (D. 23, 2, 38 pr.)<sup>62</sup>.

İki tarafın anlaşarak nişanı sona erdirmeleri halinde, ayrılan nişanlılar aralarında başkaca bir şey kararlaştırmadıkları sürece, *arra sponsalicia*'nın iade edilmesi gerekir<sup>63</sup>. Keza nişanlılardan birinin ölümü veya nişanlılardan her ikisinin de herhangi bir kusuru olmaksızın nişanın zorunlu olarak sona erdiği hallerden birinin gerçekleşmesi -örneğin Iustinianus devrinde nişanlılardan birinin manastıra girmesi- durumunda da, *arra sponsalicia*'nın iade edilmesi gerekir<sup>64</sup>.

61. C. 5, 2, 1 (Imppp. Gratianus Valentinianus et Theodosius AAA. Eutropio pp.):

"Si quis in potestate publica positus ... potest esse terribilis, arras sponsalicias dederit, iubemus, ... non modo iuris laqueis liberentur poenaeque statutae expertes sint, sed extrinsecus data pignora lucrativa habeant, si ea non putent esse reddenda... Impleri autem id postea matrimonium non vetamus..."

"Bir kamu hizmetinde görevlendirilmiş kimsenin .... *arra* vermesi şaşırtıcı gelebilir. Bu durumda şunu emredebiliriz... sadece hukuki engellerden kurtarılmakla ve kararlaştırılan cezalardan muaf olmakla kalmazlar, aynı zamanda o şeylerin geri verilmesi gerektiğini düşünmüyorsa, bunun yanında verilen teminatlara kârlı olarak sahip olurlar... Sonradan evliliğin gerçekleşmesine karşı çıkmıyoruz..."

D. 23, 2, 38, 1 (Idem lib. 2 Sententiarum.):

"Veterem sponsam in provincia quam quis administrat, uxorem ducere potest, ..."

"Eyalet olan yerlerde eskiden nişanlı olan kızla evlenilebilirdi..."

62. Jagemann, s. 74-75.

63. Glück, Band 24, s. 394; Gastreich, s. 43; Oberstadt, s. 45; v. Lingenthal, s. 74.

64. Glück, Band 24, s. 394, 404; Jagemann, s. 76; Gastreich, s. 43; Humbert, s. 440; Schrödter, s. 54; Kaser, 2. Abschnitt, s. 110; v. Lingenthal, s. 74.



### III- Kilise Hukukunda arra sponsalicia

Kilise hukuku Roma hukukundan aldığı arra sponsalicia'yı başka temelle-re oturtmaksızın geliştirdi. Ancak kilise hukuku nişanlanmayı dava edilebilir bir sözleşme olarak kabul ediyor ve tazminat talebinin icrasına izin veriyordu; ancak buna rağmen bunun yanında arra sponsalicia'nın cezai kısmını da tutuyordu<sup>65</sup>. Bu nedenle sadece Roma arra sponsalicia'sını bir arra confirmatoria ve arra poenalis olarak değil de arra poenitentialis olarak görenler bir değişikliğin varlığını iddia etmekteydiler ve kilise hukukunun arra sponsalicia'yı bir arra confirmatoria'ya dönüştürdüğüne inanmaktaydılar. Ancak bunlar dışında haklı olarak Roma hukukunun -arra sponsalicia kurumunun esası bakımından- kilise hukukuna karşı da geçerliliğini koruduğu kabul edilmektedir.

Ancak kilise hukukunun arra sponsalicia'yı bazı bakımlardan geliştirdiği ileri sürülmüştür. Şöyle ki, kilise hukukunda da arra sponsalicia nişanlanmanın kesin bir işareti olarak görülmekte olduğu kabul edilmekle beraber, bir adım daha ileri gidilerek arra sponsalicia'nın kilise nikahı merasimine dahil edildiği belirtilmektedir. Diğer taraftan kilise hukukunda da sadece erkeğin arra sponsalicia verdiğine rastlanılmakla beraber, çoğu kez kız tarafının da arra verdiği ilave edilmektedir<sup>66</sup>.

### IV- Bizans Hukukunda arra sponsalicia

Arra sponsalicia'ya ilişkin açıklamalarımızın sonunda bu kurumun Bizans hukukundaki gelişimine de kısaca değinmek istiyoruz. Burada ilk olarak Eclo-ga'da yer alan bir metni (1, 1 ve 1, 2) inceleyeceğiz. Bu metin şekilsiz nişanlanmaya ilişkin Roma hukuku prensibini tanımamaktadır. Burada nişanlanma şekli bir sözleşme olarak kabul edilmekte ve görünüşte iki farklı şekilde -gerçekten iki ayrı şeklin varolup olmadığını aşağıda inceleyeceğiz- oluşmaktadır.

Birinci şekil, nişanlı erkek tarafından geline veya onun yakınlarına arra verilmesinden oluşmaktadır. Ancak arra burada Roma hukukunda olduğu gibi şekilsiz nişanlanmada bir accidentale negotii oluşturmamakta, aksine esasen şekle dahil bulunmaktadır. Yani nişanlanma zorunlu olarak arra'nın verilmesi ile kurulmaktadır. Bu Suriye-Roma Hukuk Kitabı'ndaki ve doğu hukukundaki görüşe

65. Oberstadt, s. 46; Jagemann, s. 78.

66. Jagemann, s. 78-79. Schrödter, s. 54.

uygundur. Ecloga çokça halkçı unsurlar içerdiğinden, bu metin bize arra sponsalicia'nın gerçekte halk tarafından nasıl anlaşıldığını ve uygulandığını gösteren bir delil olarak kabul edilebilir ve halkın görüşünün burada ilk kez yasal olarak tanındığı söylenebilir. Burada belgelenen uygulamanın Iustinianus'tan sonra mı ortaya çıktığı sorusuna kesin bir cevap vermek mümkün olmamakla beraber, salt Suriye-Roma Hukuk Kitabı'ndaki düzenleme, Roma ve Iustinianus kanunlarındaki arra'yı nişanlanmayı kuvvetlendirici bir araç olarak kabul eden görüşün hiç değilse imparatorluğun doğusunda uygulanmayarak daha ziyade teoride kaldığı olasılığını gözler önüne sermektedir<sup>67</sup>.

Nişanın bozulması hali için yazılı olarak kararlaştırılmış sözleşme cezası aracılığıyla tanımlanan ikinci nişanlanma şeklinde de sözkonusu metin Roma hukukundan ayrılmaktadır. Daha önce de değindiğimiz gibi Roma hukuku evlenme özgürlüğü ile bağdaşmaz gördüğü için böyle bir sözleşme cezası kararlaştırılmasını geçersiz saymaktadır. Ancak bir aynı sorumluluk (arra sponsalicia) ile donatılmış nişanlanmanın geçerli sayıldığı daha sonraki devirlerde, şahsi sorumluluğun (sözleşme cezası) geçersiz sayılmak suretiyle dışlanması pek mantığa uygun görünmemektedir. Tarihsel bakış açısından bu çelişkide, arra sponsalicia'nın Roma hukukunda asimilasyonu eksik kalmış bir yabancı madde oluşturduğunun bir kanıtı yatmaktadır. Buna karşılık, kadının prensip olarak vasi ile damat arasında kurulan sözleşmenin sadece objesi olduğu evlilik satımının geçerli olduğu bir hukuk sisteminde, nişanlanmanın zorlayıcılığı hukuka ve ahlâka aykırı düşmemektedir. Evlilik satımının sonucu olarak nişanlanma arra'nın verilmesiyle oluşuyordu ve burada arra, nişanlanmadaki vaadin tutulacağını güvence altına almaktaydı. Arra ile aynı sorumluluğun yanında şahsi sorumluluğun da ortaya çıkması halinde de esas olarak aynı prensip geçerlidir.

O halde arra ve sözleşme cezası, sadece evlilik satımı düşüncesinden hareketle anlaşılabilen nişanlanmanın zorlayıcılığını dile getirmeleri açısından bağlantılıydılar. Bu prensip şahsi sorumluluğun sözkonusu olduğu Roma'nın ilk devirlerdeki nişanlanmaya da uygun düşmektedir. Ancak klasik devirde bu hukuki durum çoktan geçmişte kalmıştı. Bizans devrinde bu eski devirlere ait hukuki düşüncenin birdenbire tekrar ortaya çıktığını görüyoruz<sup>68</sup>.

Ecloga'daki nişanlanma tanımı daha sonraki Bizans hukuk düzenlemelerinde kabul görmemiş ve takip edilmemiştir. Basilius Macedo ile birlikte hukuk

67. Koschaker, s. 395-397.

68. Koschaker, s. 397-398.

alemine yerleştirilen romanistleştirici reaksiyon, nişanlanma ve arra sponsalicia konusundaki Roma görüşüne dönmüştür. Prochiron'dan itibaren hukuki düzenlemelerde nişanlanmanın salt tarafların iradelerinin uyuşmasıyla kurulduğuna ilişkin Ulpianus'un Digesta metnindeki ifadenin benimsendiği görülmektedir. Böylece post Bizans hukuk düzenlemeleri arra sponsalicia konusunda Roma hukukunun ve Iustinianus şarihlerinin noktai nazarını benimserken, bundan, uygulamanın da bu değişikliğe kolayca uyum sağladığı sonucunu çıkarmak acelecilik olurdu. Zira Ecloga'da anlatılan nişanlanma görüşü halktan kaynaklanıyordu ve halk arasında son derece popülerdi ve halkın, değiştirilen bir yasal düzenlemenin etkisiyle, iyice kökleşmiş hukuki düşüncelerinden kolaylıkla vazgeçebileceğine inanmak çok zordu. Tersine uygulananın, değiştirilen yasal düzenlemeye rağmen, arra'nın nişanlanmanın şekline dahil olduğu yolundaki eski görüşe bağlı kaldığını destekleyen noktalar mevcuttu.

İmparator Leo Novelle 18'de nişanlanmada öteden beri mutaden kararlaştırılan sözleşme cezasını yasal ceza haline getirmiştir. Bu düzenlemede nişanlanmada arra ile sorumluluk doğal olarak varsayılmakta ve bu sorumluluğun yetersiz olduğu ve sözleşme cezası ile kurulan sorumluluktan daha zayıf kaldığı belirtilmektedir. Şekilsiz nişanlanmaların da olabileceği kanun koyucunun aklına bile gelmemektedir. İmparator, bu yasa ile varolan hukuki adetlere bağlanmak istediğini belirtmektedir. Bu düzenleme Ecloga'daki sözleşme cezası ile güvence altına alınmış nişanlanma şeklini akla getirmektedir. Ancak bu düzenleme iki farklı nişanlanma şekline tamamen yabancıdır ve daha önce belirttiğimiz gibi hukuki geleneklere herhangi bir yenilik getirmediğinden sözetmektedir. Bu nedenle Ecloga'daki metni, arra verilmek suretiyle kurulan tek bir nişanlanma şekline sözleşme cezasının kuvvetlendirici olarak sokulabileceği şekilde yorumlamak daha makul görünmektedir. Zira arra olarak verilen şeyin değerinin çok düşük hale gelmesi sonucunda arra sponsalicia'nın öngördüğü aynı sorumluluğun iyice zayıfladığını ve sözleşme cezası aracılığıyla bir şahsi sorumluluğun kurulması ile bunun takviye edildiğini rahatlıkla söyleyebiliriz. Ecloga'daki metnin bu şekilde anlaşılması ile imparator Leo'nun düzenlemesi de açıklığa kavuşmakta olup, sözleşme konusu düzenleme ile varolan bir hukuk geleneği yasa katına çıkarılmış olmaktadır.

Yasal düzenlemelerce benimsenen Roma nişanlanma hukukuna rağmen uygulamada sadece, muhtemelen bir sözleşme cezası aracılığıyla güvence altına alınan arra'lı nişanlanma şeklinde kurulan şekle bağlı nişanlanmanın hüküm sürdüğünü Zonaras'ın açıklaması da ortaya koymaktadır. Terminolojik açıdan ni-

şanlanma ile arra arasındaki sıkı ilişki de Bizans'ta aynı anda iki farklı nişanlanma şeklinin varlığının savunulamayacağını açıklıkla ortaya koymaktadır<sup>69</sup>.

## KAYNAKÇA

- AYİTER, K. :** Roma Hukuku Dersleri, Aile Hukuku, Ankara 1960.
- BERGOLD, F.:** Geschichte und Wesen des Arrabons und der Arrha im griechischen und römischen Recht bis zum POXEIPO NOMO, Gernsbach 1925.
- CORNIL, G. :** Die Arrha im justinianischen Recht, SZ 48 (1928).
- DERNBURG/SOKOLOWSKI :** System des römischen Rechts, Der Pandekten, 8. Auflage, Berlin 1912.
- DI MARZO, S. :** Roma Hukuku (çev. Ziya Umur), İstanbul 1954.
- ERDOĞMUŞ, B. :** Roma Hukukunda Nişanlanma, Argumentum, Kasım 1991.
- GASTREICH, F. :** Geschichte und System des römischen Rechts, übersetzt und mit zusaetzen versehen von Mayr v. Robert, Berlin 1908.
- GLÜCK, C. F. :** Ausführliche Erlaeuterung der Pandekten nach Hellfeld. Ein Commentar. Band 16, Erlangen 1814.
- HUMBERT, G. :** Dictionnaire des Antiquites Grecques et Romanies.
- JAGEMANN, E. :** Die Draufgabe (Arrha), Berlin 1873.
- JÖRS/KUNKEL/WENGER :** Römisches Recht, 3. Auflage, Heidelberg 1949.
- KASER, M. :** Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt, 2. Auflage, München 1971; 2. Abschnitt, München 1959.
- KOSCHAKER, P. :** Zur Geschichte der arrha Sponsalicia, SZ 33 (1912).
- KOSCHAKER-AYİTER :** Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1971.
- KRÜGER, P. :** Zu Cod. Iust. 5, 1, 5, SZ 22 (1901).
- v. LINGENTHAL, K.E.Z. :** Geschichte des griechisch-römischen Rechts, 3. Auflage, Aalen 1955.
- OBERSTADT, W. :** Die Draufgabe, Greifswald 1903.
- RABEL, E. :** Grundzüge des römischen Privatrechts, 2. Auflage, Basel 1955.
- SCHRÖDTER, H. :** Vergleichende Darstellung des Rechtes der Arrha (Draufgabe), Berlin 1899.
- UMUR, Z. :** Roma Hukuku Lugatı, İstanbul 1987.
- VOLTERRA, E. :** (1) Jezioni di diritto Romano II matrimonio Romano, Roma 1960-1961. (2) Novissimo Digesto Italiano, I/2, Torino 1957.

69. Koschaker, s. 398-403.