

**ALDATILAN EŞ TARAFINDAN ÜÇÜNCÜ KİŞİYE
YÖNELTİLEN MANEVÎ TAZMİNAT TALEPLERİNDE
HUKUKA AYKIRILIK UNSURU**

*The Element of “Contradiction to Law” in the Requests Of Non-Pecuniary
Damages Directed to the Third Parties by the Cheated Spouse*

H. Reyhan DEMİRCİOĞLU*

ÖZ

Türk hukukunda evli kişiler arasındaki cinsel sadakat yükümlülüğünün ihlâline bağlanmış bazı sonuçlar mevcuttur. Bu tür bir yükümlülüğe aykırı olarak, sadakatsizliğe uğrayan, yaygın ifadesiyle “aldatılan eşin”, sözkonusu fiile iştirak eden üçüncü kişiye karşı manevî tazminat talep edip edemeyeceği ise gerek yargı uygulaması gerek doktrinde tartışmalıdır. Konu, Yargıtay’ın son zamanlarda verdiği çelişkili kararlar ile tekrar güncel hale gelmiştir. Bu çalışmanın amacı, böyle bir tazminat talebinin kabul edilebilirliğine veya edilemezliğine dair ulaşılabilecek fikrin dayanabileceği teorik temelleri ortaya koymaktır.

Anahtar Sözcükler: sadakat yükümlülüğü, aldatılan eş, öteki kadın tazminatı, üçüncü kişiye karşı manevî tazminat talebi

ABSTRACT

In Turkish law, there are some consequences linked with the violation of sexual fidelity obligation between the married persons. It’s controversial in

* Yrd. Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD Öğretim Üyesi

the trial practices and doctrine points that if person facing with such infidelity or with common usage "cheated spouse" might claim non-pecuniary damages against third person within the said relation or not. The subject became a current issue again together with controversial decisions recently given by Court of Appeals. Purpose of this paper is to put forward the theoretical bases the jurisdiction will hold on acceptance or rejection of such claims for damages.

Keywords: fidelity obligation, cheated spouse, other woman compensation, claim for non-pecuniary damages against third person

I. GİRİŞ

Evlilik hukukunun eşlere yüklediği en önemli yükümlülüklerden bir tanesi hiç kuşkusuz cinsel sadakat yükümlülüğüdür. Bu yükümlülüğün kaynağını “Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar” şeklindeki TMK m. 185/III hükmü teşkil eder. Zira hükümde bahsi geçen “sadık kalma”, “duygusal, düşünsel ve ekonomik sadakati” de kapsayan bir kavram olmakla birlikte¹, öncelikle cinsel sadakat ile ilişkilendirilmektedir². Eşler arasında cinsel sadakatin ihlâli, TMK m. 161’de düzenlendiği üzere, zina sebebiyle boşanma davası açılmasına imkân verir³. Ayrıca, tazminat⁴, nafaka⁵, doğrudan belirleyici etkisi olmamakla birlikte kimi hallerde velayetin tevdi⁶ gibi çeşitli aile hukuku müesseselerinin

¹ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, s. 70 – 71; GÜMÜŞ, s. 12.

² ÖZTAN, s. 92; ZEVKLİLER/ACARBEY/GÖKYAYLA, s. 821.

³ TMK m. 161/I’e göre “Eşlerden biri zina ederse, diğer eş boşanma davası açabilir”.

⁴ TMK m. 174’e göre “Mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelene kusursuz veya daha az kusurlu taraf kusurlu taraftan uygun bir maddî tazminat isteyebilir” (I). “Boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevî tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir” (II).

⁵ TMK m. 175’e göre “Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir” (I). “Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz” (II).

⁶ TMK m. 182/I’e göre “Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak buldukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler”. Bu hüküm, boşanma ve ayrılık durumlarında ortak çocukların velayetinin karı kocadan hangi tarafa bırakılacağı hususunda hâkime geniş bir takdir yetkisi vermektedir. Hâkim bu yetkisini, çocuğun her koşulda üstün tutulması gereken menfaatlerini gözeterek kullanır ve eşlerin malî imkânları, sosyal statüleri veya boşanmadaki kusur durumları ile

uygulanmasında⁷, eşlerin kusur durumunun takdiri bakımından dikkate alınır⁸. Ne var ki, eşine karşı cinsel sadakatsizlikte bulunan kişi bu fiili, evlilik ilişkisinin dışındaki üçüncü bir kişiyle birlikte gerçekleştirmektedir. Bu durum, cinsel sadakatsizliğe uğrayan, yaygın ifadesiyle “aldatılan eşin”⁹, üçüncü kişiye karşı da ileri sürebileceği bazı taleplerin bulunup bulunmadığı sorusunu akla getirir. Nitekim bu gibi haller bakımından, üçüncü kişiye yöneltilen manevî tazminat talepli davalara uygulamada rastlanmaktadır. Söz konusu davalar bakımından Yargıtay’ın da bazısına aşağıda yer verdiğimiz ilgi çekici kararları mevcuttur. Yüksek Mahkeme’nin özellikle son zamanlarda konuya ilişkin verdiği farklı kararlar ile konu, hem yargı uygulaması hem de doktrin açısından tekrar güncel hale gelmiştir. Bahse konu meselenin, hukukî yönünün olduğu kadar, sosyal ve etik yönünün de bulunduğu; dolayısıyla ilgili yargı kararlarının da birçok yönden değerlendirme konusu yapılabileceği açıktır. Ayrıca yargı uygulamasının, teorik açıdan olduğu kadar, verilecek hükmün pratik hayattaki sebep ve sonuçlarını da dikkate alarak meselelere yaklaşması gerektiği hususu da tartışma götürmez. Bu sebeple yargı merciilerinin, soyut hukuku somut olaylara uygularken sahip oldukları, yorum, takdir ve yerine göre hukuk yaratma yetkilerinin sınırları içerisinde kalan yaklaşımları, teorik eleştirinin

bağlı olmaksızın velâyeti taraflardan birisine bırakır, bkz. ÖZTAN, s. 785. “Çocuğun çıkarı hangisini gerektiriyorsa, icabında boşanmada kusurlu olan, örneğin zina yapan eşe bile çocuk verilebilir”, ZEVKLİLER/ACARBEY/GÖKYAYLA, s. 1038 – 1039. Ancak her bir somut olayda, çocuğun üstün menfaatinin neyi gerektirdiği takdir edilir iken bu unsurlardan bazılarının, bu bağlamda eşlerin boşanmadaki kusur durumlarının, bu kusurun ağırlık veya işleniş biçiminin dikkate alınması da gerekebilir. Örneğin, karısına ağır şiddet uygulayan kocaya kız çocuğunun veya oğlunu dahi teşvik edecek şekilde kendi evinde zina yapan babaya erkek çocuğunun velâyetinin bırakılması, boşanmadaki kusur durumunun bağlayıcılığından değil, fakat çocuğun menfaatinin icabı olarak, mümkün görülmebilir.

⁷ Eşin zinası –ve bir boşanma sebebi olarak hayata kast- ayrıca, edinilmiş mallara katılma rejiminde “artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına” (TMK m. 236/II); benzer şekilde paylaşımlı mal ayrılığında yine payın azalmasına veya tamamen kaldırılmasına (TMK m. 252) sebep olabilir. Miras hukuku bakımından da zinanın, TMK m. 510/b. 2 uyarınca, ölüme bağlı tasarruf ile mirasçılıktan çıkartılma gibi bir sonuç doğurması mümkündür.

⁸ Eşler arası sadakat yükümlülüğünün ihlâlîne bağlanan sonuçlar hakkında, ayrıca bkz. BADUR / TURAN BAŞARA, s. 109 vd.

⁹ Çalışmamızda “aldatılan eş” tabiri, diğer eş tarafından cinsel sadakatsizliğe uğratılan eş ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Biz, aynı anlamda olmak üzere, yer yer sadakatsizliğe uğrayan eş tabirini de kullanmakta; ayrıca “sadakat” kavramını daraltarak, sadece cinsel sadakat ile ilişkilendirmekteyiz. Eşler arası sadakat yükümlülüğünün diğer anlamları ve geniş kapsamı hakkında bkz. BADUR / TURAN BAŞARA, s. 106 vd.

dışında tutulmalıdır. Ne var ki, yargı uygulaması, özellikle emsal teşkil etme niteliğine sahip Yüksek Yargı kararları, “bu kararları yaratan gerekçeler bakımından” hukuk teknik ve teorisinin dışına asla çıkamaz; çıkmamalıdır. Bu husus hukukî istikrar ve güvenliğin korunması yönündeki genel menfaatin yanında, sorumluluk hukuku sahasında özel bir öneme de sahiptir. Gerçekten de, hukukun kişi olarak addettiği her varlığın, çeşitli sebeplerle hukukî sorumluluk süjesi de olma ihtimali, bu konudaki öngörülebilirliğe ilişkin özel menfaati ortaya koyar. Sorumluluk hukukunun gelişim süreci içerisinde, sorumluluğu kuran ve sınırlayan hususları açıklamaya yönelik çeşitli teori ve görüşler¹⁰ de esasen, her biri potansiyel bir sorumluluk süjesi olan kişilerin bu menfaatlerini korumaktadır.

Bu çalışmada tartışılmak istenen de, yukarıda ortaya konulan hususlar doğrultusunda, aldatılan eşin üçüncü kişiye yönelttiği manevî tazminat taleplerinin hukuk sistemimizde *kabul edilebilirliğinin* veya *edilemezliğinin* hangi teorik zemine oturtulabileceği meselesidir. Başka bir ifadeyle, çalışmamızın amacı, sözkonusu tazminatın kabul edilebilirliği veya edilemezliği hususunda mutlak bir sonuca ulaşmak değildir. Zira manevî tazminat ve özellikle bu tazminatın belirleyici unsurunu oluşturan “kişilik hakkı” kavramı, yargı kararlarıyla somutlaştırılmaya muhtaç ve buna ilişkin tercihler de belli bir oranda hukuk politikasıyla ilgilidir. Buna karşılık, sözkonusu tazminatın kabul edilmesi veya edilmemesi hususunda varılan neticenin hangi gerekçelere dayandırılabilmesi meselesi, akademik bir değerlendirmenin konusunu teşkil eder. Bu doğrultuda çalışmamız, konuya ilişkin bazı yargı kararlarına işaret edilmesinin ardından, esas olarak meselenin *her iki ihtimal bakımından da* teorik yönüyle tartışılmasını kapsamaktadır.

II. KONUYA İLİŞKİN BAZI YARGI KARARLARI

Sadakatsizliğe uğrayan eşin üçüncü kişiye yönelik manevî tazminat taleplerine ilişkin çeşitli Yargıtay kararları mevcuttur. Bunlar içerisinde dikkat çekici bulduklarımız; Hukuk Genel Kurulu kararı olması ve yoğun bir içeriğinin bulunması sebebiyle 24.03.2010 tarih ve E. 2010/4-129, K. 2010/173 numaralı karar ile Yargıtay’ın bu defa farklı bir içtihadta bulunduğu

¹⁰ Konuya ilişkin olarak bkz. ATAMER Yeşim, Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul 1996.

11.06.2015 tarih ve E. 2014/8510, K. 2015/7762 sayılı 4 üncü Hukuk Dairesi kararıdır.

24.03.2010 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararına¹¹ konu olan olayda, onbeş yıldır devam eden evlilik sırasında, kocanın başka bir kadın ile ilişki kurduğu, birlikte yaşayarak ondan çocuk sahibi olduğu; kadın eşin ise bu durumu bilmesine rağmen evliliği devam ettirdiği, ancak kocanın intihar ile ölümü üzerine, uğradığı tüm manevî zararların tazmini için, kocanın birlikte yaşadığı kadına dava açtığı görülmektedir. İzmir 6. Asliye Hukuk Mahkemesinde görülen davanın “... *davacının manevî zarara uğramasının davalının eylemi ile bir ilgisinin olmadığı, bir zarar var ise bu zararın evlilik birliğine aykırı davranan davacının eşi tarafından gerçekleştiği gerekçesiyle...*” reddedildiği¹²; aynı mahkemenin, 4. Hukuk Dairesi tarafından verilen bozma kararına¹³ da direnmesi üzerine, meselenin Hukuk Genel Kuruluna intikâl ettiği anlaşılmaktadır. Hukuk Genel Kurulu davanın kabul edilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir¹⁴.

¹¹ HGK, E. 2010/4-129, K. 2010/173, T. 24.03.2010 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yüksek Mahkeme'nin bu HGK kararını takip eden başka kararları için ayrıca bkz. 4. HD, E. 2013/5901, K. 2014/2857, T. 20.02.2014; 4. HD, E. 2013/6702, K. 2014/2987, T. 25.02.2014; 4. HD, E. 2013/7506, K. 2014/4013, T. 10.03.2014 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹² Dava konusu olay için bkz. İzmir 6. Asliye Hukuk Mahkemesi, E. 2006/386, K. 2008/161, T. 28.04.2008.

¹³ Bozma kararı için bkz. 4. HD, E. 2009/10692, K. 5303, T. 09.04.2009. Karara göre, “... *Davalının davacının eşi ile duygusal ve cinsel ilişkiye girdiği tarafların ve mahkemenin kabulündedir. Sorun bu durumun davacının kişilik haklarına saldırı oluşturup oluşturmadığı ve saldırı oluşturuyorsa bundan davalının sorumlu olup olmayacağı konularında toplanmaktadır.*

Türk Medeni Kanunu'nun 185.maddesinde yer alan 'evlenmeyle eşler arasındaki evlilik birliği kurulmuş olur ... Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar' biçimindeki düzenleme gereğince, evli bir kimsenin evlilik dışı birlikteliği, diğer eşin sosyal kişilik değerlerine saldırı niteliğindedir. Bu eyleme evliliği bilerek katılan kişi de diğer eşin uğradığı zarardan sorumludur.

Somut olayda davalı, davacının eşi ile evli olduğunu bilerek duygusal ve cinsel ilişkiye girdiğine göre Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi gereğince manevî tazminatla sorumlu tutulmalıdır. Yerel mahkemece, açıklanan olgular gözetilerek, davalının manevî tazminat ile sorumlu tutulması gerekirken, yerinde olmayan gerekçeyle istemin tümünden reddedilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmektedir...”

¹⁴ Kararın özeti şu şekildedir: “*Dava, haksız eylem nedeniyle kişilik haklarına saldırıdan dolayı manevî tazminat istemine ilişkindir. Uyuşmazlık; davacının eşi ile duygusal ve cinsel ilişkiye girdiği tarafların ve mahkemenin kabulünde olan davalının, bu eyleminin davacının kişilik haklarına saldırı oluşturup oluşturmadığı ve hukuki sorumluluğunu gerektirip gerektirmediği, noktalarında toplanmaktadır. Evli bir kimsenin evlilik dışı birlikteliği, diğer*

Kararın gerekçesinde, uyumsuzluğun "... davalının eyleminin davacının kişilik haklarına saldırı oluşturup oluşturmadığı ve hukuki sorumluluğu gerektirip gerektirmediği" noktalarında toplandığı belirtilmiştir¹⁵. Ancak Genel Kurul'un somut olayın değerlendirilmesinde ortaya koyduğu ilk gerekçe, Anayasa ve Medeni Kanun'da ailenin toplumun temeli olarak kabul edilmesi, ayrıca örf adet hukukumuzda da ailenin özel bir yere sahip olması; böylece ailenin korunmasına yönelik düzenlemelerin sadece aileyi değil, tüm toplumu ilgilendirmesi hususu olmuştur¹⁶. Genel Kurul, bu noktada, zinanın Ceza Kanunu'nda suç olmaktan çıkartılmış bulunmasının "bu eylemin ahlaka aykırılığını ve dolayısıyla haksızlığını da ortadan kaldırmayacağı" tespitinde bulunmuştur. Buradan hareketle, davacının eşinin sadakat borcunu

eşin sosyal kişilik değerlerine saldırı niteliğinde olduğu gibi, bu eyleme katılan kişinin eylemi de bundan ayrı düşünülemez. Dolayısıyla, bu eyleme evliliği bilerek katılan kişi de diğer eşin uğradığı zarardan sorumludur.

Davalının davacının eşi ile evli olduğunu bilerek duygusal ve cinsel ilişkiye girdiğinin tarafların ve mahkemenin kabulünde olmasına göre; davalının sorumluluğu ahlaka ve adaba aykırılık nedeniyle gerçekleşen 'haksız fiil'den kaynaklanmakta; dava da yasal dayanağını haksız fiile ilişkin hükümlerden almaktadır. Sorumlulardan birisi olan davacının eşinin vefat etmesi, teselsül ilişkisinde bulunan davalının sorumluluğunu ortadan kaldıracak bir olgu olarak kabul edilemez ve davalının haksız eyleminin varlığını ortadan kaldırmaz. Mahkemece davalının açıklanan şekilde gerçekleşen eyleminden sorumluluğu kabul edilerek, bundan kaynaklanan zararın kapsamı belirlenmeli ve varılacak uygun sonuca göre bir karar verilmelidir".

¹⁵ Kararda; sözleşme, sebepsiz zenginleşme hatta kanundan doğan borçlar da dâhil olmak üzere tüm sorumluluk kaynaklarına tek tek işaret eden Genel Kurul "eldeki davanın haksız eyleme dayalı" olduğunu vurgulamıştır. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun haksız fiili tanımlayan 41 inci maddesi ile manevî tazminatı düzenleyen 49 uncu maddesine yer verildikten sonra, aynı Kanun'un müteselsil sorumluluk bahsini düzenleyen 50 inci maddesinin, ayrıca TMK'nın sadakat yükümlülüğünü düzenleyen 185 inci maddesinin metinleri de gerekçeye eklenmiştir. Bu noktada Genel Kurul "... Görüldüğü üzere, haksız eylem nedeniyle sorumluluk hallerinden birisi ahlaka aykırı bir fiil ile bilerek başka bir kimsenin zarara uğramasına neden olmaktadır. Yine, müteselsil sorumluluğa ilişkin düzenlemeler ile haksız eylemi birlikte gerçekleştirenler birbirinden ayırt edilmeksizin, zarar görene karşı müteselsilen sorumlu olurlar. Öte yandan, evlilik birliğinde eşlerin zorunlulukları yasal düzenleme altına alınmış ve sadakat borcu da bunlar arasında sayılmıştır" şeklinde bir sonuç ortaya koymaktadır.

¹⁶ "... Hemen belirtmekte yarar vardır ki, gerek Anayasamızda, gerek Medeni Kanunu'muzda aile toplumun temeli olarak kabul edilmiş ve aileyi koruyan hükümlere yer verilmiştir. Aile sadece mensubu olan kişiler için değil toplum için de önemlidir ve hem yazılı hukuk düzenimizde hem de örf ve adet hukukumuzda özel bir yere sahiptir. Bu nedendir ki, ailenin korunmasına yönelik düzenlemeler sadece aileyi değil, tüm toplumu ilgilendirmektedir. Aile mensuplarının birbirlerine karşı yükümlülüklerinin ihlali çoğu zaman toplum düzenini de etkilemekte, yasalar nezdinde koruma önlemlerinin alınması yoluna gidilmektedir".

ihlâl etmesine haksız fiil nitelendirmesi yapan Genel Kurul, davalı kadının eylemini de “gerek yasalarca gerek örf ve adet hukukunca korunmayan haksız bir davranış” olarak nitelendirmiş, bunun da “açık” bir haksız fiil teşkil ettiğini belirtmiştir¹⁷. Böylece Yüksek Mahkeme, sözkonusu Hukuk Genel Kurulu kararı ile aldatılan eşin üçüncü kişiye yönelttiği manevî tazminat talebini türlü gerekçelerle kabul etmiş olmaktadır.

Yargıtay, 4. Hukuk Dairesinin 11. 06. 2015 tarihli kararında¹⁸ ise, Hukuk Genel Kurulu’nun bu emsal kararından dönmüş görünmektedir¹⁹. Zira sözkonusu kararda 4. Hukuk Dairesi, cinsel sadakatsizliğe uğrayan eşin üçüncü kişiye açtığı manevî tazminat davasını kabul eden ilk derece mahkemesinin kararını bozma yönünde hareket etmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, dava dışı eşin fiilinin TMK m. 185 ve m. 174 uyarınca boşanma sebebi teşkil ettiği ve manevî tazminatı gerektirdiği şüphesizdir. Bununla birlikte “*Davalının eyleminin manevî tazminatı gerektirip gerektirmeyeceğine gelince, davalının doğrudan davacının bedensel veya ruhsal bütünlüğüne yönelik hukuka aykırı bir fiilde bulunduğundan söz edilemez. Söz konusu Yasada yükümlülüğünü ihlâl eden eşin eylemini birlikte gerçekleştirdiği kişiler yönünden herhangi bir düzenleme getirilmemiştir*”. Sözkonusu değerlendirmenin ardından Yüksek Mahkeme, müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler ile iştirak hükümlerinin de, fiilden aslı sorumluluğu bulunmayan veya fiilin aslı faili olmayan davacıya karşı uygulanmasının mümkün olmadığını belirtmiştir. Yüksek Mahkeme bu hususta ayrıca, “... *haksız fiil sorumluluğunu, geniş ve belirsiz bir kavram olan sadakat yükümlülüğünü ihlâl etmeye iştirak çerçevesinde değerlendirmek, bu sorumluluğu belirsiz hale getirecektir*” değerlendirmesinde de bulunmuştur. Böylece 11. 06. 2015 tarihli kararı ile

¹⁷ Ayrıca Genel Kurul’a göre, “... *davalı kadının da dava dışı kocanın sadakatsizlik eylemine katıldığı ve her ikisinin de bu haksız eylemlerinden birlikte ve müteselsilen sorumlu olduklarında kuşku bulunmamaktadır*”. Müteselsil sorumluluğun bulunduğu durumda alacağın tüm borçlulardan talep edilebilmesi sebebiyle “... *davacının eşinin vefat etmesi, teselsül ilişkisinde bulunan davalının sorumluluğunu ortadan kaldıracak bir olgu olarak kabul edilemez ve davalının haksız eyleminin varlığını ortadan kaldırmaz*”.

¹⁸ 4. HD, E. 2014/8510, K. 2015/7762, T. 11.06.2015.

¹⁹ Benzer kararlar için ayrıca bkz. 4. HD, E. 2014/8510, K. 2015/7762, T. 11.06.2015; 4. HD, E. 2015/1566, K. 2016/1362, T. 08.02.2016 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay’ın aldatılan eşin üçüncü kişiye yönelik tazminat taleplerini kabul eden yerleşik içtihadını değiştirdiğini ancak bu değişiklik hususunda da istikrarlı davranmadığını ortaya koyan başka bazı kararları hakkında ayrıca bkz. BADUR / TURAN BAŞARA, s. 131.

Yargıtay, ilk derece mahkemesinin kararını, davacının manevî tazminat talebinin tümünden reddine hükmedilmesi yönünde bozmuştur.

III. ALDATILAN EŞİN ÜÇÜNCÜ KİŞİYE YÖNELTİĞİ TAZMİNAT TALEBİNE İLİŞKİN TEORİK DEĞERLENDİRME

Akit dışı tazminat talepli davalarda teorik değerlendirme, esas olarak, haksız fiil sorumluluğunun şartlarının somut olay bakımından gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılmasından ibarettir. Zira haksız fiil, failin mağdura tazminat ödemesinin gerek hukuk politikası, gerek kamu vicdanının tatmini açısından gerekli görüldüğü her halde başvurulması haklı kabul edilebilecek genel bir sorumluluk kaynağı değildir. Davalının davacıya karşı bir haksız fiil işlemiş olduğunun tespiti ile hukuki sorumluluğuna hükmedilebilmesi, hukuk doktrininde, “fiil”, “zarar”, “illiyet bağı”, “kusur” ve “hukuka aykırılık” olarak gösterilen²⁰ unsurlardan her birisinin, somut olayda gerçekleşmesine bağlıdır.

Yukarıda özeti verilen ve neticeleri farklı iki yargı kararında Yüksek Mahkeme'nin, haksız fiile ilişkin ilk dört unsur tartışma konusu yapmadığı görülmektedir. Gerçekten, evli olduğunu bildiği bir kişiyle beraber olan üçüncü kişi açısından; bu kişiye bağlanan bir insan davranışının ve bu davranışın hayatın olağan akışına göre beklenebilir bir neticesi olarak ortaya çıkan bir zararın mevcut olduğu açıktır. Ayrıca ihmâl derecesinde de olsa kusurun her iki yargı kararına konu somut olaylar bakımından mevcut olduğu düşünülmektedir. Bununla birlikte haksız fiili asıl karakterize eden²¹ hukuka aykırılık unsurunun, üçüncü kişiye yöneltilmiş manevî tazminat talepleri bakımından özellikle tartışılması ve her bir somut olayda bu unsurun gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması gerekmektedir. Nitekim, 24.03.2010 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararında en çok davalının fiilinin hukuka aykırılığının ortaya konulmasında zorlanıldığı görülmektedir. 11. 06. 2015 tarihli kararında ise Yüksek Mahkeme, esas olarak, TMK m. 185/III'ün üçüncü kişi bakımından müteselsil sorumluluk ve iştirake konu olamayacağını tespit etmiştir. Böylece evli olduğu bilinen kişiyle birlikte olmayı hukuka aykırı kabul eden açık bir yazılı normun bulunmadığını ortaya koymuştur. Ancak kanaatimizce kararın en çarpıcı kısmı, kişilik

²⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 11 vd.; EREN, s. 516 vd. HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 109 vd.; KILIÇOĞLU, s. 264 vd.

²¹ DEMİRCİOĞLU, s. 99 dñn. 125.

haklarının ihlâli bakımından “doğrudanlık” unsuruna vurgu yapılması ve davanın “*davalının doğrudan davacının bedensel veya ruhsal bütünlüğüne yönelik hukuka aykırı bir fiilde bulunduğundan sözedilememesi*” sebebiyle reddedilmiş olmasıdır. Böylece, üçüncü kişinin fiilinin hukuka aykırılık unsuru bakımından değerlendirilmesi, sadakatsizliğe uğrayan eşin bu kişiye yönelttiği manevî tazminat taleplerinin haklılığı bakımından ele alınması gereken başlıca problem olarak görülmektedir.

A. GENEL OLARAK MANEVÎ TAZMİNATTA HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Haksız fiil hukuku bakımından hukuka aykırılık²², “*kişilerin mal ve şahıs varlıklarını doğrudan doğruya veya dolaylı bir şekilde koruma amacı güden, yazılı ya da yazılı olmayan emredici davranış kurallarının ihlâli*”²³dir. Kişilerin mal ve şahıs varlıklarının hukuk düzeni tarafından doğrudan doğruya korunması, herhangi bir hukuka uygunluk sebebi bulunmadıkça, mutlak hak ihlâllerinin hukuka aykırı kabul edilmesini ifade eder. Nitekim mutlak haklar, herkese karşı ileri sürülebilen yani hukuk düzeninin herkesi herkese karşı riayetle mükellef kıldığı haklar olarak nitelendirilir. Şahısvarlığı değerlerinden olmak üzere, yaşam hakkı ve beden bütünlüğü ile sosyal ve manevî kişilik hakları; malvarlığı değerlerinden ise aynî haklar, bilhassa mülkiyet, hukuk düzeni tarafından bu şekilde korunan haklardır²⁴. Üstelik bu hakların ihlâlinin, özel bir hukuka uygunluk sebebi bulunmadıkça hukuka aykırı kabul edilmesi, çeşitli hukuka aykırılık teorileri

²² Türk ve İsviçre hukukunda haksız fiil sorumluluğunun bir unsuru olarak hukuka aykırılık kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KANETİ Selim, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul 2007; ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 153 vd.

²³ EREN, s. 586. Hukuka aykırılık, esasen geniş bir kavram olup, emredici nitelikteki her türlü hukuk kuralına aykırılık, geniş anlamda hukuka aykırı kabul edilebilir. Örneğin, bir taşınmazın tapu dışı alım satımı, bir tüzelkişinin ilgili mevzuatta öngörülen sayılara aykırı bir şekilde toplanması ve/veya karar alması, bir kimsenin kendi kişilik haklarını ihlâl edecek içerikte bir sözleşme akdetmesi, şüphesiz ki hukuka aykırıdır. Bununla birlikte, haksız fiil hukuku anlamında hukuka aykırılık, “şahısların mameleki ve şahsî varlıklarını doğrudan doğruya koruyan âmir bir hareket tarzı kaidesinin ihlâlidir” (TANDOĞAN, s. 18). “Bir hareket tarzı kaidesi (Verhaltensnorm)” – “teşkilat kaidesi (Verfassungsnormen)” ayrımı, ayrıca tanımda ifade olunan “doğrudanlık” unsuruna ilişkin tartışmalar için bkz. TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 18 vd.

²⁴ Haksız fiil hukuku kapsamında mutlak olarak korunan sübjektif haklara ilişkin olarak ayrıca bkz. KÖTZ/WAGNER, s. 57 vd.

açısından ortak bir anlayışı ifade etmektedir²⁵. Buna karşılık, mutlak haklar dışında kalan diğer menfaatlerin ihlâlinin hukuka aykırı olarak kabul edilebilmesi, objektif hukuka aykırılık teorisine göre²⁶, bir özel koruma normunun varlığına ve bu norm ile ihlâl edilen menfaat arasında ayrıca hukuka aykırılık bağının bulunmasına²⁷ bağlıdır.

Hukuka aykırılık unsuruna ilişkin olarak, hem maddî tazminat hem manevî tazminat taleplerinde aynı yapı geçerlidir. Zira maddî tazminat ve manevî tazminat ayrımı, hukuka aykırılık unsuruna göre değil, tazmin edilen zararın niteliğine göre yapılmalıdır²⁸. Buna göre zarar maddî ise, maddî tazminat, manevî ise manevî tazminat sözkonusu olur. Bununla birlikte, manevî zarardan ne anlaşılması gerektiği hususu, doktrinde tartışmalıdır. Bu noktada, manevî zararı, özünde elem, acı, üzüntü, keder olarak tarif eden sübjektif teoriler ile psikik olguları hukukun ilgi ve uğraş alanının dışına çıkartarak, manevî zararı “nispeten ölçülebilir, en azından öngörülebilir” bir sahaya yerleştirmek isteyen objektif teorilerin ileri sürüldüğü görülmektedir²⁹. Ancak manevî zarar nasıl tarif edilirse edilsin, manevî tazminat talepleri ile kişilik hakları arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Bu ilişki, objektif teorilerin benimsendiği hallerde çok daha sıklıdır. Zira bu

²⁵ Çeşitli hukuka aykırılık teorileri ile kastedilen; zarar verici fiili, ancak failin böyle bir fiili işlemeye yetkili olmaması halinde hukuka aykırı kabul eden *sübjektif teori* ile zarar gören değeri korumak için hukuk düzeninin yasakladığı bir davranışta bulunmayı hukuka aykırılık olarak kabul eden *objektif teoridir*. Mutlak haklar sözkonusu olduğunda her iki teorinin de aynı sonucu doğurduğu, bu iki teori arasındaki farkın esasen salt malvarlığı zararları bakımından sözkonusu olduğu hususu, doktrinde sıklıkla dile getirilmektedir, bkz. EREN, s. 585 – 586; ATAMER, s. 26; DEMİRCİOĞLU, s. 101.

²⁶ Objektif hukuka aykırılık teorisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 156 vd.

²⁷ Her bir somut olayda hukuka aykırılık tespit edilirken, ortaya çıkan zararın, ihlâl edilen normun korumayı amaçladığı değere ilişkin olup olmadığı da ayrıca araştırılır. Hukuka aykırılık bağı veya normun koruma amacı olarak ifade edilen bu kavram için ayrıca bkz. ABİK Yıldız, “Normun Koruma Amacı Teorisi”, AÜHFD 2010, C. 59, S. 3, s. 345 – 448; EREN Fikret, “Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi”, Mahmut Koloğlu’na 70. Yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 461 – 491. Ayrıca bkz. KÖTZ/WAGNER, s. 93 vd.

²⁸ “Kişilik hakkının hukuka aykırı tecavüz sebebiyle uğranılan maddî zararın tazmini ile TBK m. 58 uyarınca manevî zararın tazmini şartları paralellik arz etmektedir. Sadece fark, birinde maddî zararın diğerinde manevî zararın söz konusu olmasındadır”, OĞUZMAN/ÖZ, s. 256. Manevî tazminatın şartları için bkz. KESKİN, s. 142 vd.

²⁹ Farklı manevî zarar teorileri hakkında bkz. KESKİN, s. 99 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 144 vd.; GENÇ ARIDEMİR, s. 177 vd.; ERLÜLE, s. 39 vd.; EREN, s. 531 vd.

teoriler, kişilik haklarının konusunu oluşturan maddî (cismanî), duygusal ve sosyal kişilik değerlerinden herhangi birinde irade dışında oluşan eksilmeyi manevî zarar olarak tarif etmektedir³⁰. Böylece kişilik hakkı kavramı, hukuka aykırılık unsurunun yanı sıra, zarar unsuru bakımından da önemli bir kavram halini alır. Gerçekten objektif teoriler için kişilik hakları, hem ihlâli haksız fiilin hukuka aykırılık unsuruna karşılık gelen, hem de irade dışı eksilmeleri manevî türde bir zarara yol açan değerler bütünü olarak anlaşılmaktadır. Sübjektif teoriler açısından ise kişilik hakları; acı, elem, üzüntü olarak tarif edilen³¹ manevî zararın hukuk nezdinde tazmini için, ihlâlinin icap ettiği değerler bütünüdür. Bu itibarla sübjektif teoriler kişilik haklarını “eksilen” değil, “ihlâl edilen” değerler olarak kabul etmekte ve haksız fiilin sadece hukuka aykırılık unsuru ile ilişkilendirmiş olmaktadır. O halde, manevî tazminat talepleri bakımından hukuka aykırılık unsurunun, kişilik hakkının ihlâlini ifade ettiği söylenebilir³². Bu noktada, manevî zarara ilişkin –objektif veya sübjektif- nasıl bir yaklaşımın benimsendiğinin önemi yoktur. Nitekim, Türk hukukunda manevî zararın tazminine ilişkin genel hüküm olduğu kabul edilen³³ TBK m. 58/I'e göre “*Kişilik hakkının*

³⁰ “... manevî zararın, maddî zarara da paralel olarak ‘kişilik hakkının ihlâli sebebiyle kişi varlığını oluşturan değerlerde meydana gelen eksilme’ şeklinde anlaşılması ve mevcut olup olmadığının ve eğer mevcut ise miktarının tespitinin de objektif olarak değerlendirilmesi zorunludur”, KESKİN, s. 109 – 110; ayrıca bkz. KIRCA, s. 253. “Objektif teori taraftarlarına göre, manevî zarar, kişilik haklarının ihlâli sonucunda kişilikte meydana gelen ‘objektif’ eksilme ve kayıptır”, GENÇ ARIDEMİR, s. 180; objektif görüşü savunan yazarlar için ayrıca bkz. GENÇ ARIDEMİR, s. 180, dpn. 560.

³¹ Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 264; “Manevî zarar, kişinin duygusal dengesini bozan, yaşama sevincini, yaşama keyfini azaltan, panik, korku, dehşet, yas, iğrenme, elem, küçük düşme, utanç duyma, moralsizlik, tedirginlik, ümitsizlik, yalnızlık hissi, aşağılık hissi, hayal kırıklığı gibi olumsuz duygusal sarsıntılar ve/veya fiziksel acılardır”, GENÇ ARIDEMİR, s. 184.

³² Türk hukuk doktrini manevî tazminat taleplerinde hukuka aykırılık unsurunu, mutlak surette kişilik haklarının ihlâli ile ilişkilendirmektedir, bkz. ÜNAL, s. 411; KESKİN, s. 160; ÇAKIRCA, s. 27; ERLÜLE, s. 87 vd., s. 107 vd.; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 164. “Kuşkusuz gerek haksız fiiller, gerekse de borca aykırılıklar açısından manevî tazminat taleplerinin kişilik hakkı ihlâli gibi bir kriterle sınırlandırılmış olması tartışmaya açıktır. Ancak mevcut kanun sistemimiz yok farz edilerek bir kişilik hakkı ihlâlinin bulunmadığı hallerde dahi manevî tazminata hükmetmenin de isabetli olmadığı ortadadır”, İNCEOĞLU, s. 92. Yazarın işaret ettiği tartışma, daha ziyade malvarlığına yönelmiş ihlâller ile sözleşme ihlâli halinde manevî tazminat taleplerine ilişkindir.

³³ ANTALYA/GÖKYAYLA, s. 158. TBK m. 58'in TMK m. 24 ile birlikte kişilik hakkı ihlâllerine ilişkin genel bir hüküm teşkil ettiği yönünde bkz. KESKİN, s. 196. İki genel hüküm arasındaki ilişkiye dair -818 sayılı BK 49 ve 743 sayılı MK m. 24/II bakımından- bkz. ÜNAL, s. 407.

zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevî zarara karşılık manevî tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir”.

Türk hukukunda kanunkoyucu, kişilik haklarını, TMK m. 23 ve devamı hükümleri ile koruma altına almaktan başka, kavram olarak ayrıca tanımlama ve bunun kapsamını belirleme yoluna gitmemiştir. Böylece Türk hukukunda kişilik hakkının gerek soyut olarak tanımlanması, gerek bu tanımın somutlaştırılarak içinin doldurulması işi, hukuk doktrin ve uygulamasına bırakılmıştır³⁴. Doktrinde de kişilik haklarının genel geçerliliği bulunan belli bir tanım içine yerleştirilmek yerine, içeriğine dâhil olduğu kabul edilen bazı hakların sınıflandırılarak ve başlıca özellikleri ortaya koyularak “tarif edildiği” görülmektedir. Buna göre kişilik hakları; kişilerin maddî/cismanî, manevî, iktisadî bütünlükleri ile sır çevresi ve özel hayat alanı gibi çeşitli unsurların tamamı üzerindeki³⁵ mutlak surette korunan, şahsa sıkı sıkıya bağlı, devredilemeyen / vazgeçilemeyen / miras yoluyla intikal etmeyen şahısvarlığı değerleridir³⁶. Kişilik haklarının mutlak haklardan oluşu, sözleşme veya evlilik bağı gibi nisbî bir ilişkinin varlığı aranmaksın ihlâlâle açık olmaları, buna karşılık hukuk tarafından doğrudan doğruya korunmaları sonucunu doğurur. Herkese karşı ileri sürülebilirlik olarak da ifade edilen bu sonuç, belli bir hukuka uygunluk sebebi bulunmadıkça tüm kişilik hakkı ihlallerini özel bir norm aranmaksızın hukuka aykırı kabul etmek demektir.

Manevî tazminata ilişkin genel hüküm teşkil eden TBK m. 58’in dışında da Türk hukukunda manevî tazminatı hükme bağlayan bazı düzenlemeler mevcuttur³⁷. Örneğin, bedensel bütünlüğün zedelenmesi durumunda *zarar görene* manevî tazminat ödenmesini öngören TBK m. 56/I; boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden *kişilik hakkı ihlâl edilen tarafa* manevî tazminat ödenmesini öngören TMK m. 174/II, bu düzenlemelerdendir. Türk kanun koyucusu, ayrıca, *doğrudan kendisine yönelmiş bir ihlâl fiilinin*

³⁴ “Sözleşme” ile yeni bir kişilik değeri yaratılıp yaratılmayacağına ilişkin tartışma için bkz. GENÇ ARIDEMİR, s. 79 vd.

³⁵ Kişilik haklarına ilişkin çeşitli kategorik sınıflandırmalar ve bazı münferit kişilik hakları için bkz. HELVACI, s. 50 vd.; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN s. 343 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 136 vd.

³⁶ Kişilik haklarının özellikleri hakkında bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 134.

³⁷ Söz konusu düzenlemeler hakkında bkz. KESKİN, s. 197 vd. Medeni Kanun’daki özel düzenlemeler için ayrıca bkz. ÜNAL, s. 416.

bulunmamasına rağmen, aynı fiilden dolayı manevî zarara uğradığını varsaydığı bazı kişiler lehine de tazminat hükümlerine yer vermiştir. Türk hukukunda ağır bedensel zarar veya ölüm halinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına manevî tazminat ödenmesini mümkün kılan m. 56/II bu türden bir hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır. Esasen bu hüküm, ölüm halinde ölenin desteğinden yoksun kalanların uğradığı *saf malvarlığı zararlarının* tazminine imkân veren m. 53/ b. 3 ile aynı işlevi³⁸, manevî tazminat talepleri bakımından yerine getirmektedir³⁹. Böylece Türk hukukunda, ister maddî ister manevî olsun, “yansıma” olarak nitelendirilen⁴⁰ zararların tazmini, ancak bunu mümkün kılan açık bir düzenlemenin varlığına bağlanmış gözükmektedir⁴¹.

Manevî tazminat taleplerinde hukuka aykırılık unsuruna ilişkin kısaca ortaya koyduğumuz bu teorik zemin, aldatılan eşin üçüncü kişiye yönelttiği tazminat talepleri bakımından da dikkate alınmak zorundadır. Buna göre, sözkonusu tazminat talebinin kabul edilebilirliğinin veya edilemezliğinin bu zemin üzerine inşası, aşağıda ele alınan haliyle mümkündür.

B.MANEVÎ TAZMİNATTA HUKUKA AYKIRILIK UNSURUNUN ALDATILAN EŞİN ÜÇÜNCÜ KİŞİYE YÖNELTİĞİ TALEPLER ÖZELİNDE ELE ALINMASI

1. ALDATILAN EŞİN ÜÇÜNCÜ KİŞİYE YÖNELTİĞİ TAZMİNAT TALEBİNİN KABUL EDİLEBİLİRLİĞİ

Eşler arası cinsel sadakat yükümlülüğünün kanunî dayanağı, TMK m. 185/III hükmüdür. Zira bu hüküm ile evli kişiler, birlikte yaşamanın ve

³⁸ ÖZEL, s. 93.

³⁹ Hâkim görüşü dikkate alarak yaptığımız bu tespit eleştirisi için bkz. KESKİN, s. 221 “... TBK m. 56/II hükmü de, yansıma zararın tazmini yasağının bir istisnası ve yansıma manevî zararın tazmini için varlığı aranan özel koruma normu olarak değil, ölüm ve ağır beden zararı durumunda yakınların doğrudan manevî zararlarının tazminine ilişkin özel bir hüküm olarak nitelendirilmelidir”. Ağır bedensel zararlar sözkonusu olduğunda zarar görenin yakınlarına böyle bir tazminat hakkı tanıyan açık bir düzenlemenin bulunmadığı 818 sayılı BK döneminde Yargıtay uygulamasının da bu görüşü doğrulayan bir yaklaşım içinde olduğu söylenebilir. Konu -aşağıda- III, B. 2 başlığında ayrıca ele alınmıştır.

⁴⁰ ÇAKIRCA, s. 2 vd.

⁴¹ Oğuzman/Öz, bu durumu, “açık bir kanun hükmü bulunmadıkça, kişilik hakkı tecavüze uğrayan ile zarar gören aynı kişi olmalıdır (yansıma yoluyla zarar olmamalıdır)” şeklinde ifade etmiştir, bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 261. Karşı görüş için bkz. KESKİN, s. 220 dnp. 388 “... yansıma zararın manevî zarar olarak ortaya çıktığı hâllerde, manevî zarar ancak kişilik hakkı ihlâlinin sonucu olarak doğabileceğinden, kişilik hakkı ihlâli ise temel koruma normuna aykırılık oluşturduğundan, tazminat talebi için artık özel koruma normu aranmasına gerek yoktur”.

birbirlerine yardımcı olmanın yanı sıra, özellikle cinsel sadakati kapsayacak şekilde, birbirlerine “sadık” kalmak zorundadırlar. Bu yükümlülüğün ihlâli, başta zina sebebiyle boşanma davası olmak üzere, esasen aile hukuku, kısmen miras hukuku kaynaklı bazı talep ve sonuçlar doğurabilir⁴². Ancak bu sonuçların nisbî nitelikte oldukları yani sadece evli kişiler arasında hüküm ifade edeceği açıktır. Dolayısıyla TMK m. 185/III hükmünün, kişilerin mal ve şahıs varlıklarını üçüncü kişilerin ihlâl fiillerine karşı doğrudan veya dolaylı bir biçimde korumayı amaçladığını söylemek; böylece evli kişiler lehine haksız fiil hukuku kapsamında koruma sağlayan bir norm olduğunu kabul etmek mümkün değildir⁴³. Aynı şekilde, zina sebebiyle açılmış muhtemel bir boşanma davasındaki manevî tazminat da, ancak davacı eşin zina yapan eşe karşı ileri sürebileceği bir talep teşkil eder. Nitekim TMK m. 174/II’ye göre *“Boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevî tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir”*.

TMK m. 174/II, manevî tazminat talebinin eşler ile sınırlılığının dışında, davacı eşin “kişilik hakkının saldırıya uğraması” hususuna da özellikle vurgu yapan bir hükümdür. Buna göre, tıpkı TBK m. 58’de olduğu gibi, boşanma davalarında da manevî tazminatın koşulu, kişilik hakkının ihlâl edilmiş olmasıdır. Doktrinde de zinaya -hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, haysiyetsiz yaşam sürme gibi boşanma sebepleriyle birlikte böyle bir koşulun gerçekleşmesinin sıklıkla muhtemel bulunduğu bir boşanma sebebi olarak işaret edildiği görülmektedir⁴⁴. Yine doktrinde, boşanma talebi bulunmasa dahi, eşler arasında “zina veya ağır hakaret” dolayısıyla manevî tazminat talep edildiğinde, bu talebin TBK m. 58 (eBK m. 49)’e göre değerlendirilmesi gerektiği de belirtilmektedir⁴⁵. O halde, zina

⁴² Bkz. yukarıda I.

⁴³ Aynı sonucun, Yargıtay’ın 24.03.2010 tarihli Hukuk Genel Kurul kararı ile ulaştığı hükmün aksine, müteselsil sorumluluk hükümlerinden hareketle kabulü de mümkün görünmemektedir; zira müteselsil sorumluluktan bahsedilebilmesi için, sorumluların, her şeyden önce o fiilin asli sorumlusu da olabilmeleri gerekir. Nitekim Yargıtay da, 11.06.2015 tarihli 4. Hukuk Dairesinin kararı ile bu hususu isabetli bir biçimde ortaya koymuştur.

⁴⁴ AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s. 300; ZEVKLİLER/ACARBEY/GÖKYAYLA, s. 1030 - 1031; HATEMİ/SEROZAN, s. 256; ÖZTAN, s. 653.

⁴⁵ *“Boşanma talebinde bulunmayan eş, mesela ‘cismanî zarar’ dolayısı ile tazminat talep ediyorsa, BK 47’ye göre (TBK m. 56) belirlenir. ‘Zina veya ağır hakaret’ dolayısı ile tazminat talep ediyorsa, BK 49’a göre (TBK m. 58) tazminat şartları araştırılır”*,

fiiline dayanan manevî tazminat talepleri ile kişilik haklarının ihlâli arasında bir ilişki mevcuttur ve bu ilişkinin ortaya koyulması, eşler arasındaki manevî tazminat talepleriyle sınırlı kalmaksızın, üçüncü kişiye yöneltilecek talepler bakımından da, kanaatimizce, belirleyici bir öneme sahiptir.

Yukarıda da belirtildiği üzere⁴⁶, kişilik haklarının kanunda bir tanımı bulunmadığı gibi, kapsamı da sınırlayıcı bir düzenlemeye tâbi değildir. Kişiliğin ihtiyaçlara göre korunması gereken değerlerden oluştuğu, bu durumun “kişi varlığı açısından zamanın ihtiyaçlarına göre yeni unsurların nazara alınması imkânını sağladığı” doktrinde ifade edilmektedir⁴⁷. O halde Türk hukuku bakımından, özellikle yargı uygulamasıyla, bazı fiillerin kişilik hakkı ihlâli olarak kabul edilmesinin ve tazminata hükmedilmesinin önü açıktır⁴⁸. İşte zina fiili ile kişilik hakkı ihlâli arasındaki ilişkinin ortaya koyulması noktasında, zinanın da bu türden bir kabule konu olup olamayacağı sorgulanmalıdır. Daha açık bir ifadeyle, aldatılan eşin üçüncü kişiye yönelttiği manevî tazminat talepleri bakımından üzerinde durulması gereken temel husus, eşler arası sadakat yükümlülüğünden bağımsız bir şekilde, evli kişiyle birlikte olmanın diğer eşin kişilik haklarını ihlâl edici bir fiil olarak kabul edilip edilemeyeceğidir. Bu değerlendirme yapılırken çeşitli ihtimaller üzerinde durulabilir:

- Eş ile cinsel birliktelik yaşayan üçüncü kişinin, bu fiiliyle ilişkili olmakla birlikte, ayrı bir kişilik hakkı ihlâli oluşturan davranışlarının

HATEMİ/SEROZAN, s. 256. Ancak Serozan'ın, ayrı bir çalışmasında ifade ettiği üzere “Kendisine karşı sadakatsiz davranışta bulunan eşine karşı boşanma davası açmayıp, ondan haksız fiil temeline dayalı taleplerde bulunmaya, bu arada manevî tazminat istemeye kalkışma, sadakatsizliği sineye çekerek evlilik birliğini sürdürüp, sadakatsiz eşi zimnen affettikten sonra, kendisini cezalandırmaya kalkışma çelişkesine düşmek (venire contra factum proprium) anlamına gelir”. Yine yazara göre, evlilik birliğinin nasıl korunacağı, bir ihlâl halinde hangi yaptırımların uygulanacağı, aile hukuku kuralları içerisinde “tip sıklığı” ilkesi bağlamında öngörülmüş olup, bu çerçevede genel haksız fiil kurallarıyla genişletilemez, SEROZAN, s. 453. Benzer yönde bkz. BADUR / TURAN BAŞARA, s.130.

⁴⁶ Bkz. yukarıda III, A.

⁴⁷ KESKİN, s. 170 vd; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 135. “Gün geçtikçe gelişen teknoloji ve artan ihtiyaçları gözönüne alacak olursak, nelerin kişilik hakkına dahil olacağı hususunun takdirini hakime bırakan kanun koyucunun bu açıdan isabetli karar verdiğini söyleyebiliriz”, HELVACI, s. 44. İsviçre’de yeni Kanun hazırlanırken konuya ilişkin yapılan tartışmalar hakkında bkz. HELVACI, s. 44 vd.

⁴⁸ “Genel bir kişilik hakkını tanıyan hukuk sistemlerinde, örneğin Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinde, kişiliği oluşturan varlıkların korunmasında kişinin bir menfaatinin bulunup bulunmadığını saptama, MK m. 23 vd. hükümlerinde hâkime bırakılmıştır”, AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 345.

tazminatı doğuracağına şüphe yoktur⁴⁹. Örneğin, aldatılan eşin fiziksel özellikleri, yaşı, zekâsı veya cinsel yeterliliği ile zina fiili arasında ilişki kuran söz veya imâların, alayların, zinadan ayrı olarak şeref ve haysiyete dokunan saldırılar oluşturacağı açıktır. Üçüncü kişinin birlikteliği dolayısıyla vâkıf olduğu bilgi, anı, fotoğraf gibi bazı unsurları kullanarak aldatılan eşin sır çevresini⁵⁰ ve özel hayat alanını, hatta konut dokunulmazlığını⁵¹ ihlâl etmesi de aynı şekilde değerlendirilmelidir. Ancak bizim esas üzerinde durmak istediğimiz husus, bu gibi ihlâl fiilleri sözkonusu olmaksızın, bizatihi, evli kişiyle yaşanan birliktelik ile diğer eşin kişilik hakları arasındaki ilişkidir.

- Evli kişiyle yaşanan birlikteliğin başlı başına bir kişilik hakkı ihlâli olarak değerlendirilmesi, genel kişilik hakkı kavramının içine⁵² bu fiil ile ihlâl edildiği kabul edilebilecek bir şahısvarlığı değerinin dâhil edilebilmesine bağlıdır. Örneğin bir kişiye küfredilmesinin şeref ve haysiyetini, bir kişinin sakat bırakılmasının vücut bütünlüğünü ihlâl ettiğinin kabul edilmesi gibi, bir kişinin eşiyile birlikte olmanın o kişinin belli bir şahısvarlığı değerine yönelmiş bir ihlâl olduğu söylenebilmelidir. Bu şahısvarlığı değerinin, kendisiyle birlikte olunan eşin şahsı olmadığı açıktır. Zira eşlerin birbirlerinin üzerinde böyle bir mutlak haklarının bulunduğu kabulü mümkün değildir. Bununla birlikte evli kişiyle birlikte olmanın, *doğrudan doğruya diğer eşin şeref ve haysiyetine yönelmiş bir saldırı teşkil edeceği* yönünde bazı fikirler ileri sürülmüştür⁵³. Bu fikrin özellikle, İsviçre Federal Mahkemesine ait “ ... *Eşlerden biriyle evlilik dışı münasebet kuran ve böylece evliliği zedeleyen üçüncü şahıs diğer eşin şahsiyet haklarını ihlâl etmiş olur; bu durumda diğer eş BK 49⁵⁴ gereğince ihlâlin ve kusurun hususi ağırlığının⁵⁵ teyid ettiği ölçüde, üçüncü kişiden manevî tazminat talep*

⁴⁹ SEROZAN, s. 456; OĞUZMAN/ÖZ, s. 261.

⁵⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 261.

⁵¹ SEROZAN, s. 456.

⁵² Münferit (özel) kişilik hakkı – genel kişilik hakkı ayrımı ve genel bir kişilik hakkının kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin çeşitli görüş ve tartışmalar için bkz. AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 344 vd.

⁵³ Bkz. FRANKO, s. 58.

⁵⁴ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 58.

⁵⁵ 818 sayılı eski BK'nın manevî tazminatı düzenleyen 49 uncu maddesi, 1988 yılında 3444 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce, “kusurun hususi ağırlığından” da bahsedilmekte idi. O dönem Kanunda yer alan bu şarta ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNAL, s. 419 vd.

edebilir” şeklindeki eski bir karara⁵⁶ dayandırıldığı görülmektedir⁵⁷. Buna göre, “zina şeriki” olan üçüncü kişinin fiili, eşler arasındaki nisbî ilişkiyi değil, diğer eşin “şahsî menfaatlerini” ihlâl eder. “... *Şahsi menfaatlerin haksız surette ihlâli bir tazmin borcu doğurduğuna, kadının zinasına şerik olan üçüncü şahsın bu fiille kocanın şeref ve haysiyetine tecavüz ettiği belli olduğuna göre; tazmin borcuyla mükellef tutulması gerekir*”⁵⁸. Yargıtay’ın 24. 03. 2010 tarihli Hukuk Genel Kurul kararında da, evli kişiyle birlikte olmanın diğer eşin “sosyal kişilik değerlerine” saldırı niteliğinde olduğu ifade edilmiştir⁵⁹. Doktrinde şeref ve haysiyet kavramını açıklığa kavuşturmak amacıyla yapılan çeşitli ayrımlar içerisinde dış veya toplumsal şeref ve haysiyetten bahsedildiği⁶⁰ ve bu kavram ile sosyal kişilik kavramının esasen örtüştüğü görülmektedir. Buna göre, ilgili Hukuk Genel Kurulu kararı, evli kişiyle yaşanan birlikteliğin diğer eşin şeref ve haysiyetini ihlâl ettiği yönündeki görüşü teyit eder niteliktedir.

Eşlerin birbirlerinin şahısları üzerinde her hangi bir mutlak hakları bulunmadığına hiç şüphe olmamakla birlikte, Yargıtay’ın, evli kadına yönelik cinsel saldırı (tecavüz)⁶¹ sebebiyle *kocanın* manevî tazminat taleplerini kabul eden bazı kararlarına da rastlanmakta⁶²; doktrinde de bu anlayışı benimseyen yazarların bulunduğu görülmektedir⁶³. Yargıtay’ın bu gibi olaylarda varlığını kabul ettiği şahısvarlığı değeri ise “aile bütünlüğü”dür⁶⁴. Bu anlayışa göre, evli bir kimseye tecavüz edilmesi,

⁵⁶ Karar ve karara yöneltmiş eleştiri için bkz FRANKO, s. 58.

⁵⁷ İsviçre’de evli kişiyle birlikte olan üçüncü kişinin, “özellikle evliliğin devam ettiği hallerde” diğer eşe tazminat ödemek durumunda kalmasına ilişkin bir örnek için bkz. SONNS (çev. ÜLKÜCÜ N.), s. 428 429.

⁵⁸ FRANKO, s. 59. Aynı görüşü teyit eden başka Federal Mahkeme Kararları için bkz. FRANKO, s 59 dñn. 121.

⁵⁹ Bkz. yukarıda II nolu başlık altında değerlendirdiğimiz Hukuk Genel Kurul kararı.

⁶⁰ “*Dış şeref ve haysiyet ise, bir kimseye onun bulunduğu toplum tarafından verilen değer yargısıdır. Şeref ve haysiyetle ifade edilen de bu dış şeref ve haysiyettir*”, KILIÇOĞLU, Şeref ve Haysiyet, s. 88, s. 93 vd.

⁶¹ Bkz. 5237 sayılı TCK m. 102.

⁶² Bkz. ÖZEL, s. 104 dñn. 88’de belirtilen kararlar; EREN, s. 798 dñn. 272 ve 273’de belirtilen kararlar; OĞUZMAN/ÖZ, s. 262 dñn. 31. Ayrıca bkz. FRANKO, s. 182. Yazar ayrıca ırza tecavüz halinde ana babaya tanınan tazminat hakkına farklı hukuk çevrelerindeki uygulamalar bakımından yer vermiştir, bkz. FRANKO, s. 184.

⁶³ EREN, s. 799; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 171. Karşı görüş için bkz. HATEMİ/SEROZAN, s. 256; OĞUZMAN/ÖZ, s. 262 dñn. 31.

⁶⁴ “*Özellikle aile değer bütünlüğü kişisel varlıkların en önemlilerindedir. Aile bütünlüğü aleyhine işlenen bir haksız eylem, o aileyi oluşturan tüm fertler aleyhine doğrudan doğruya*

tecavüze uğrayan eşe yönelmiş bir saldırı olmanın yanı sıra, aynı zamanda diğer eşin aile bütünlüğüne yönelmiş bir saldırı teşkil eder. Evli kişiyle rızası dâhilinde birliktelik yaşamak ise, birlikte olunan eşin şahsına *saldırılmamış* olması itibarıyla bu gibi olaylardan esaslı surette ayrılır. Bununla birlikte, evli kişilerin, birbirlerinin şahıslarından bağımsız olarak, tamamen kendi şahısvarlıklarına dâhil aile bütünlüğü gibi bir değere sahip bulduklarının kabul edilmesi, zina fiilinin de bu değeri ihlâl ettiğini akla getirebilir. Buna göre mâdem ki cinsel saldırı olaylarında diğer eşin kişilik haklarına dâhil bir aile bütünlüğü değerinin ihlâlinden bahsedilmektedir; o halde bu değer *fiile maruz kalan eşin isteğinin dışında veya zina eden eşin isteği ile* ihlâl edilmiş olması arasında, diğer eşin kişilik değerleri bakımından bir fark bulunmasa gerektir. İki durum arasındaki fark, fiile maruz kalan/fiilin tarafı olan eş bakımından mevcuttur. Manevî tazminat talep eden diğer eş bakımından ise, her iki durumda da bağımsız bir şahısvarlığı değeri ihlâl edilmiştir. İhlâl edilen değer kişilik haklarına dâhil, mutlak nitelikte bir değer olduğu için de, özel bir koruma normu veya nisbî bir ilişkinin varlığı aranmaksızın, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir. Bu durumda evli kişiyle birlikte olan üçüncü kişi, sadakat yükümlülüğünün ihlâlinden değil, doğrudan kişilik hakkının ihlâlinden sorumludur⁶⁵.

Evli kişiyle birlikte olmanın aile bütünlüğünü ihlâl ettiği gerekçesiyle diğer eşe başlı başına bir saldırı teşkil ettiğini kabul etmek, yine aynı tutarlılık içerisinde cevaplanması gereken başka soruları da beraberinde getirir. Örneğin, aile bütünlüğünün ihlâlinden bahsedilebilmesi için, zina fiilinin mülga Ceza Kanunu'nda –erkeğin zinası bakımından- tanımlandığı gibi belli koşullarla⁶⁶ devam etmesi şartının aranıp aranmayacağı sorulabilir. Ya da aile hukuku bakımından bir defalık zina da boşanma sebebi teşkil edebildiğine göre, hayat kadınları aleyhine böyle bir tazminat davası

işlenmiş bir haksız eylem sayılır" (9. HD, E. 6924, K. 1142, T. 16.10.1979, OĞUZMAN/ÖZ, s. 262 dph. 31'den naklen). Aile hukuku doktrinde de evlilik birliğinin, eşlerin hukuken korunan kişiliğinin bir parçası olduğu ifade edilmektedir, bkz. DURAL/ÖGÜZ/GÜMÜŞ, s. 156; ÖZTAN, s. 191 – 192.

⁶⁵ "... Evlilik, eşlerin kişilikleri açısından o kadar önemlidir ki, üçüncü kişinin zina yoluyla hem bu evliliği, hem aynı anda diğer eşin kişilik haklarını ihlâl ettiğinde hiç şüphe yoktur" bkz. ÖZTAN, s. 195 dph. 686'da anılan yazar ve yargı kararları.

⁶⁶ 765 sayılı mülga Ceza Kanunu'nun 441 inci maddesi 1996 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeden önce, sadece "...karısı ile birlikte ikamet etmekte olduğu yahut herkesçe bilinecek surette başka yerde karı koca gibi geçinmek için başkası ile evli olmayan bir kadını tutma..." halinde erkeğin zinasından bahsedilebilmekte idi.

açılmasının mümkün olup olmadığı, sözkonusu kabulü takip edebilecek haklı bir sorudur⁶⁷. Aynı şekilde, aile bütünlüğü değerinin, ortak ve hatta ortak olmayan çocuklar gibi diğer aile fertlerinin de şahısvarlıklarına dâhil olup olmadığı sorgulanabilir. Böylece örneğin, babanın zinası sebebiyle aile bütünlüğünün ihlâl edildiğini ileri süren çocuğun, babasına ve/veya onun ilişkide bulunduğu kişiye karşı manevî tazminat davası açabilmesi, sözkonusu kabulün genişleyen sonuçları olarak öngörülebilir. Böyle bir genişlemenin hukuk nazarında istenilen bir sonuç olup olmadığı, kanaatimizce, bir hukuk politikası meselesidir. Ancak “aile bütünlüğü” gibi bir kişilik değerinin varlığı kabul edilir ise, bu aileden ne anlaşılması gerektiği hususu, hukukî güvenlik ve istikrar açısından açıklığa kavuşturulmalıdır. Türk hukukunda farklı kapsamlara sahip olduğu kabul edilen⁶⁸ aile kavramının, örneğin zina fiili sözkonusu olduğunda, en dar anlamıyla sadece aralarında cinsel birliktelik bulunan kişileri, yani karı kocayı ifade ettiği ileri sürülebilir. Çocukların manevî tazminat talepleri sözkonusu olduğunda ise, örneğin “sağlıklı/mutlu bir aile ortamında yaşamak, bakılıp yetiştirilmek” gibi ayrı bir kişilik hakkının mevcut olup olmadığı, hukuk teorisi değil, yine ancak hukuk politikası çerçevesinde tartışma konusu yapılabilir⁶⁹.

- Evli kişiyle birliktelik yaşamak ile kişilik hakları arasındaki ilişki bakımından mutlaka üzerinde durulması gereken üçüncü bir ihtimal daha vardır. Bu, evli kişiyle birlikte olmanın, sonuçları itibariyle diğer eşin ruh bütünlüğünü bozduğu gerekçesiyle hukuka aykırı bir fiil olarak kabul edilmesi ihtimalidir. Buna göre, evli kişiyle yaşanan birliktelik ile ihlâl edildiği söylenebilecek bağımsız bir şahısvarlığı değerinin mevcudiyeti kabul edilmese dahi, kişi sağlığının bir parçasını oluşturan ruh bütünlüğünün bu fiil dolayısıyla sarsılması, örneğin, eşin yaşama sevincini kaybetmesi, depresyona girmesi, psikolojik tedavi görerek çeşitli ilaçlar kullanmak zorunda kalması, hukuka aykırılık unsuruna karşılık gelen bir sonuç olarak görülebilir⁷⁰. Zira ruh sağlığı/bütünlüğünün bir mutlak hak olarak hukuk

⁶⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 260 dpn. 29.

⁶⁸ ÖZTAN, s. 3 - 4; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 5 - 6.

⁶⁹ Ayrıca evli kişiyle birlikte olmanın diğer eşin aile bütünlüğünü, dolayısıyla bağımsız bir kişilik hakkını ihlâl ettiğini kabul etmek, üçüncü kişiye karşı tazminat talebi dışında, TMK m. 25/I'de belirtilen önleme, durdurma, tespit davalarının da açılıp açılmayacağı sorusunu akla getirebilir, bkz. SEROZAN, s. 454.

⁷⁰ Karşılaştırınız KESKİN, s. 220 dpn. 388.

nezdinde doğrudan korunması, özel bir hukuka uygunluk sebebi bulunmadıkça, bu bütünlüğü ihlâl eden her davranışın “o davranış hukuk düzeni tarafından ayrıca yasaklansın veya yasaklanmasın” hukuka aykırı kabul edilmesi demektir⁷¹. Nasıl ki, araba kullanmak hukuka uygun, fakat araba kullanarak birisini öldürmek hukuka aykırıdır; evli bir kişiyle birlikte olmak da, bu davranışı açıkça yasaklayan bir norm bulunmadığı için hukuka uygun, fakat bu fiil ile diğer eşin ruh bütünlüğünü bozmak, hukuka aykırıdır.

Kendi içerisinde tutarlı ve özellikle mutlak haklar bakımından savunulan “sonucun hukuka aykırılığı teorisi”⁷² ile uyum içerisinde görülecek bu anlayışın benimsenmesi, yine aynı tutarlılık içerisinde cevaplanması gereken başka soruları da beraberinde getirir. Buna göre, zina fiili sebebiyle diğer eşin dışında kalan başka aile fertlerinin de ruh bütünlüğü bozulmuş ise, aynı sonuca ulaşıp ulaşılamayacağı sorgulanabilir. Örneğin, babasının zinasını öğrenen ergenlik çağındaki bir kız çocuğunun tüm erkeklerden nefret eder hale gelmesi, depresyona girmesi veya oğlu/kızının hatta gelini/damadının zinasını öğrenen ebeveynin kalp krizi geçirip ağır bir ameliyata veya tedaviye maruz kalması gibi durumlarda, bu kişilerin de manevî tazminata hak kazanıp kazanamayacakları, son derece haklı ve isabetli bir sorudur. Davranış hukuka aykırı olmasa dahi, sonuç itibarıyla ruh bütünlüğünün bozulduğu durumlarda manevî tazminat talep edilip edilemeyeceği sorusu, bir üst ihtimalde belirttiğimiz aksine hukuk politikasına göre değil, uygun illiyet bağı teorisine göre⁷³ cevaplandırılabilir⁷⁴. Buna göre, tazmini talep edilen manevî zararın, hayatın

⁷¹ TMK m. 24 bu durumu “*Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır*” şeklinde ifade etmektedir.

⁷² Sonucun hukuka aykırılığı teorisine göre, “*Bir şahsın diğer birinin bir mutlak hakkını ihlâlle yönelik fiili, bu ihlâl bakımından hukuka aykırılığı engelleyen bir sebep bulunmadıkça hukuka aykırı olduğu gibi, davranış mutlak hakkı ihlâlle yönelik olmasa bile böyle bir ihlâl sonucuna yol açmışsa gene de bu sebeple hukuka aykırıdır*”, OĞUZMAN/ÖZ, s. 15 – 16; sonucun hukuka aykırılığı teorisi ve buna yönelik eleştiri ve diğer görüşler hakkında özellikle bkz. ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 162 vd.

⁷³ Uygun illiyet bağı teorisi hakkında bkz. ATAMER, s. 42 vd, KÖTZ/WAGNER, s. 79 vd.

⁷⁴ Oğuzman/Öz, benzer bir değerlendirmeyi, bedensel bütünlüğün ihlâl edildiği bir örnek üzerinden yapmıştır. Buna göre, (A)’nın aralarında husumet bulunan (B)’nin evini yakması olayında; yangın (C) ve (D)’nin evlerine de sıçrar, hatta ayrıca (D)’nin yaralanmasına da sebep olur ise, (A)’nın fiili, yalnız (B)’ye karşı değil, (C) ve (D)’ye karşı da ayrı ayrı hukuka aykırıdır. “*Buna karşılık (E)’nin yangından korkarak çocuğunu düşürmesi veya*

olağan akışına göre zina fiilinin öngörülebilir ve uygun bir sonucu olup olmadığına bakılmalıdır. Böylece evli bir kişiyle birlikte olmanın *diğer eşin* ruh bütünlüğünü bozması, bu fiilin hayatın olağan akışına uygun ve öngörülebilir bir sonucu olarak kabul edilebilir iken; birlikte olunan eş ile cinsel birlikteliği sözkonusu edilemeyecek diğer aile fertleri bakımından bunun, arızî bir sonuç olduğu, dolayısıyla sorumluluk dışında tutulması gerektiği söylenebilir.

Yukarıda vurgulanan “öngörülebilirlik” hususunun, tamamen uygun illiyet bağı teorisi kapsamında değerlendirilmesi gereken *objektif* bir öngörülebilirlik olduğunu hatırlatmakta fayda vardır. Evli kişiyle birlikte olan üçüncü kişinin evliliği bilmesi ya da bilmemesi ihtimallerine bağlı *sübjektif* bir öngörülebilirlik ise, haksız fiilin illiyet bağı unsuru ile değil, açık bir şekilde, kusur unsuru ile ilgilidir⁷⁵. Bununla birlikte, kusurun en ağır derecesini teşkil eden “kast” hali mevcut olduğunda, bu durum sadece kusur unsuru ve bunun derecesi ile sınırlı bir değerlendirmeye tâbi tutulmaz; evli kişiyle birlikte olan üçüncü kişinin bu defa TBK m. 49/II kapsamında sorumluluğu bakımından kurucu bir etkiye sahip olur.

Türk Borçlar Kanunu m. 49/II’e göre, “*Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür*”. Evli kişiyle birlikte olan üçüncü kişilere yönelik tazminat talepleri bakımından da bu hüküm, doktrinde değerlendirme konusu yapılmıştır⁷⁶. Zira, evli bir kişiyle birlikte olmayı yasaklayan açık bir normun bulunmamasına, böyle bir fiilin ancak kişilik hakkı ihlâli ile ilişkilendirilmek suretiyle hukuka aykırı kabul edilebilmesine karşılık; evli bir kişiyle özellikle *bilerek* birlikte olmanın ahlâka aykırılık teşkil ettiğine hiç şüphe bulunmamaktadır. Ancak, aldatılan eşin üçüncü kişiye yönelttiği tazminat talepleri bakımından da yine doktrinde sıklıkla dikkat çekildiği üzere⁷⁷; Türk hukuku ahlâka aykırı kabul edilen

(F)'nin kalp krizi sonucu ölmesi ile (A)'nin yangın çıkarma fiili arasında uygun nedensellik bağı bulunmadığı için (A)'nin fiili ile (E) ve (F)'nin zarara uğraması arasında hukuka aykırılık bağı bulunması bir anlam taşımaz”, OĞUZMAN/ÖZ, s. 17. Ancak yazarların verdiği örnekte, zina fiilinden farklı olarak, *doğrudan doğruya* saldırıya uğrayan bir kişinin -(B)'nin- mevcut olduğu hususu gözden kaçırılmamalıdır.

⁷⁵ KÖTZ/WAGNER, s. 49 vd.

⁷⁶ Bkz. VELİDEDEOĞLU, s. 234; BADUR / TURAN BAŞARA, s. 126 -127; OĞUZMAN/ÖZ; s. 260 dnp. 28.

⁷⁷ Bkz. BADUR / TURAN BAŞARA, s. 126 -127; OĞUZMAN/ÖZ; s. 260 dnp. 28.

davranışı değil, ancak kasıtlı şekilde gerçekleştirilen ahlâka aykırı davranışları, hukuka aykırılık ile eş değer tutmuştur. Kasıt unsuru, ahlâka aykırılığa dayanan tazminat talepleri bakımından getirilmiş önemli bir sınırlamadır. Zira TBK m. 49/II anlamında kasıt, salt bilmeyi değil, aynı zamanda “zararlı sonucu istemeyi” yani belli bir kişiye mutlaka zarar verme maksadıyla hareket etmeyi ifade eder⁷⁸. O halde, aldatılan eşin üçüncü kişiye yönelttiği tazminat taleplerinde, böyle bir unsurun mevcudiyeti ispatlanabilir ise, tazminatın kabul edilebilir olduğuna hiç şüphe yoktur⁷⁹. Birlikte olunan kişinin evli olduğunu bilmenin, diğer eşe zarar verme yönünde bir kasıt içerdiğine dair önkabul ileri sürmek⁸⁰ ise, kanaatimizce asla kabul edilmemesi gereken bir yaklaşımdır⁸¹. Zira böyle bir önkabulün önünün açılması, aldatılan eş vakalarıyla sınırlı olmaksızın başka bir çok olay tipi⁸² için de aynı anlayışın benimsenmesini gerektirir. Bu da hukuk ile ahlâkın sınırlarının birbirine karışması sonucunu doğurur. Dolayısıyla aldatılan eşin üçüncü kişiye ileri sürdüğü tazminat talepleri bakımından çoğu zaman mevcut veya ispatı mümkün olmayacak böyle bir unsurun bulunmadığı hallerde, sözkonusu talebin kabul edilebilirliği, kanaatimizce, ancak zina fiilinin yukarıda çeşitli ihtimaller dâhilinde ele aldığımız gibi, kişilik hakkı

⁷⁸ EREN, s. 600. Aksi görüşte bkz. DAVRAN, s. 280. 818 sayılı BK m. 41/II’de yer alan “bilerek” ifadesi, 6098 sayılı TBK m. 49/II’de “kasten” ifadesi ile değiştirilmiştir.

⁷⁹ Örneğin, birbirini önceden tanıyan hatta aralarında belki arkadaşlık, akrabalık, iş ortaklığı gibi belli bir münasebet bulunan iki kişiden biri, diğerini sırf zarara uğratmak maksadıyla onun eşini baştan çıkartmış ve zinaya sürüklemiş ise, bu kişiye karşı TBK m. 49/II uyarınca tazminat davası açılabilirliğine şüphe bulunmamaktadır. Oğuzman/Öz’e göre, “sadece bazı film senaryolarında görülecek” bu tip olayların dışında evli kişiyle bilerek dahi olsa birlikte olan kişiden TBK m. 49/II hükmüne dayanılarak tazminat istenemez, OĞUZMAN/ÖZ, s. 260 dpn. 28. Aksi görüşte bkz. VELİDEDEOĞLU, s. 234.

⁸⁰ Velidedeoğlu’na göre, zina sebebiyle boşanmada kusursuz eşin kendi eşiyle zina yapan üçüncü şahıstan manevî tazminat talep edip edemeyeceği sorusuna cevap verebilmek için “... üçüncü şahsın bu işde suinîyet sahibi olup olmadığına bakmak lâzımdır: eğer bu işi, karşısındakinin kiminle evli olduğunu bile bile, yani kasden yapmış ise, o zaman BK. mad. 41/II (TBK m. 49/II ve TBK m. 58) hükümlerine göre, bu üçüncü şahısta diğer eşin manevî tazminat talep edebileceğini kabul etmek lâzımdır”, VELİDEDEOĞLU, s. 234. Yazar, böylece, evli kişiyle bilerek birlikte olmanın, diğer eşe zarar verme yönünde kastın varlığına işaret ettiği yönünde bir önkabul ortaya koymuş olmaktadır. Oysa sadece evliliğin varlığını bilmek, zarar verme kastına değil, olsa olsa, zarar verme ihtimalinin göze alındığına işaret eder. Doktrinde “dolaylı kast” olarak ifade edilen (bkz. EREN, s. 575) bu durumun TBK m. 49/II kapsamında bir sorumluluk yaratmaya yetmeyeceği yönünde bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 66 dpn. 180.

⁸¹ Aynı yönde bkz. BADUR / TURAN BAŞARA, s. 126.

⁸² Örnek olarak bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 66.

ihlâli ile ilişkilendirilmek suretiyle hukuka aykırılığının kabul edilebilmesi halinde mümkündür.

D. ALDATILAN EŞİN ÜÇÜNCÜ KİŞİYE YÖNELTİĞİ TAZMİNAT TALEBİNİN KABUL EDİLEMEZLİĞİ

Aksi yöndeki pek çok yargı kararına rağmen, Türk hukuk doktrininde hâkim görüş, başkaca bir kişilik hakkı ihlâli bulunmadıkça, aldatılan eşin zina dolayısıyla üçüncü kişiden manevî tazminat talep edemeyeceği yönündedir⁸³.

Üçüncü kişiye yöneltilen tazminat taleplerinin kabul edilmemesinin başlıca gerekçesi, sadakat yükümlülüğünün evli kişiler arasında sözkonusu olması, evli kişiyle birlikte olan üçüncü kişinin ise diğer eşe karşı bu türden bir yükümlülük altında bulunmamasıdır⁸⁴. Kanaatimizce de aile hukuku ve sadakat yükümlülüğü açısından meseleye bu şekilde yaklaşılması gerektiğine şüphe yoktur. Haksız fiil hukuku bakımından ise, ilk akla gelen TBK m. 49/II hükmü olup, yukarıda ifade ettiğimiz gibi, ancak kasıt unsurunun varlık ve ispatı halinde ahlâka aykırılık gerekçesiyle tazminat talebinin haklılığı kabul edilebilir. Evli kişiyle birlikte olan üçüncü kişinin *sırf diğer eşe zarar verme kastıyla* hareket ettiğinden bahsedilemediği takdirde, artık üçüncü kişinin bu fiili ile hangi hukuk normunu ihlâl ettiği sorgulanmalıdır. Zira Türk hukukunda hukuka aykırılık unsuru, haksız fiilin tüm diğer unsurlarından tamamen bağımsız, normatif bir değerlendirmeyi gerektirir⁸⁵.

Esasen Türk hukukunda, evli bir kişiyle cinsel birliktelik yaşamayı yasaklayan açık bir hukuk normu bulunmamaktadır⁸⁶. İhlâli, doğrudan bir

⁸³ OĞUZMAN/ÖZ, s. 259 -2 60; SEROZAN, s. 452 vd; ÖZTAN, s. 195; BADUR / TURAN BAŞARA, s. 125 vd. HATEMİ/SEROZAN, s. 25; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 171; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 156. Aksi yönde, Velidedeoğlu, bu tazminatı eski BK m. 41/II (TBK m. 49/II)'ye göre kabul etmekte (bkz. VELİDEDEOĞLU, s. 234); Franko ise, evli kişiyle birlikte olmayı diğer eşin doğrudan şeref ve haysiyetine yönemiş bir saldırı olarak değerlendirdiği için, sözkonusu tazminat taleplerini haklı görmektedir (bkz. FRANKO, s. 59).

⁸⁴ BADUR / TURAN BAŞARA, s. 112 vd.

⁸⁵ KÖTZ/WAGNER, s. 45.

⁸⁶ 765 sayılı mülga Ceza Kanunu'nun kadının ve erkeğin zinasını ayrı ayrı düzenleyen m. 440 ve m. 441 hükümlerinin Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli tarihlerde verdiği kararlarla iptalinin ardından, zina Türk hukukunda suç olmaktan çıkmış; 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nda da bu tanımda bir suç yer verilmemiştir.

haksız fiil teşkil eden temel koruma normları ise⁸⁷; kişilerin yaşam hakkını, ruh ve beden bütünlüğünü, şeref ve haysiyet başta olmak üzere, sır çevresi, ekonomik özgürlük gibi diğer kişilik değerlerini ve özellikle mülkiyeti ifade etmek üzere aynı haklarını doğrudan veya dolaylı şekilde koruyan normlardan ibarettir. O halde, her ne kadar 24.03.2010 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararında ifade edildiği gibi “... gerek Anayasamızda, gerek Medeni Kanunu'muzda aile toplumun temeli olarak kabul edilmiş ve aileyi koruyan hükümlere yer verilmiş” ayrıca “... aile sadece mensubu olan kişiler için değil toplum için de önemli ve hem yazılı hukuk düzenimizde hem de örf ve adet hukukumuzda özel bir yere sahip” ise de⁸⁸; bu durum, evlilik birliğinin bir temel koruma normu ile korunduğu anlamına gelmemektedir. Buna göre “... hiç kimsenin, bu hususta arasında sözleşme olmayan bir başkasının evlilik hukukuna riayet etme yükümü yoktur”⁸⁹. Başka bir deyişle, evlilik statüsü, “eşi tarafından sadakatsizliğe uğratılmama” hususunda herkese karşı ileri sürülebilecek bir mutlak hak yaratmaz. O halde, evli kişiyle birlikte olmanın diğer eşe yönelik başlı başına bir haksız fiil oluşturduğu iddia edilemez. Aynı sonuca, diğer eşin kişilik hakkının ihlâl edildiği gerekçesiyle ulaşılabilmektedir. Zira, her şeyden önce, eşlerin birbirleri üzerinde herhangi bir kişilik haklarının mevcut olmadığı açıktır. Bir kişiye sırf evlilik bağı ile bağlı olmanın, evli kişilerin şahısvarlıklarına dâhil bağımsız bir kişilik değeri yarattığını kabul etmek ise, sınırlı sayıdaki bazı değerleri korumayı amaçlayan temel koruma normlarının, kişilik hakları üzerinden genişlemesi sonucunu doğurur. Gerçekten de, evlilik statüsünü, mutlak bazı haklara da dayanak hale getirmek; aile hukuku açısından sadakat yükümlülüğünün nisbiliğini, haksız fiil hukuku açısından ise “eşi tarafından sadakatsizliğe uğratılmama (!)” gibi bir temel koruma normunun bulunmayışını, kişilik hakları üzerinden dolanmak demektir. Kaldı ki, evlilik statüsünün bağımsız bir kişilik değeri oluşturduğu kabul edilse dahi⁹⁰, bu değerlerin korunması, ancak üçüncü kişilerden gelen *saldırı* niteliğindeki fiiller bakımından sözkonusu edilebilir. Örneğin, belli bir evlilik birliğinin yolunda gitmediği, yakında biteceği gibi söylentiler çıkarmak bu türden bir fiildir.

⁸⁷ Temel koruma normu kavramı ve içeriği hakkında bkz. EREN, 592 vd; DEMİRCİOĞLU, s. 100.

⁸⁸ Bkz. yukarıda, II nolu başlık altında değerlendirdiğimiz 24.03.2010 tarihli Hukuk Genel Kurul kararı.

⁸⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 260.

⁹⁰ Bu yönde bir kabul için bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 156; ÖZTAN, s. 191 – 192.

Ancak “... üçüncü kişinin bir eşin kişilik hakkını ihlâl eden davranışına diğer eşin katılımının olduğu noktada, davranış artık hukuka aykırı niteliğini kaybederek ‘hukuka uygun’ hale gelir”⁹¹.

Eşi tarafından sadakatsizliğe uğrayan kişinin ruh bütünlüğünün/sağlığının bozulması dolayısıyla, sırf bu yüzden kişilik hakkının ihlâl edildiğine yönelik bir yaklaşım geliştirmek ise haksız fiil hukuku bakımından sakıncalıdır. Bu gibi hallerde ruh sağlığının bozulması olarak ifade edilen haller, hukuka aykırılık unsuru ile değil, zarar unsuru ile ilişkilendirilmelidir. Buna göre, örneğin aldatılan eşin yaşama sevincini kaybetmesi, depresyona girmesi, psikolojik tedavi görmesi, ilaç kullanmak zorunda kalması, hatta intihara teşebbüs etmesi, evli kişiyle birlikteliğin hukuka aykırı bir fiil olduğunu göstermez. Sadece diğer eşin uğradığı zararı ve bunun boyutlarını gösterir. Bu zarar, illiyet bağı içerisinde kalmak kaydıyla; doktor, hastane, ilaç, hatta ulaşım, konaklama gibi masraflar yüzünden malvarlığında oluşan eksilmeler itibariyle maddî niteliktedir. Çekilen acı, elem, keder, üzüntü (sübjektif teori) veya kişivarlığında oluşan eksilme (objektif teori) itibariyle ise manevî niteliktedir. Bu zararların tazmini ise, ancak *doğrudan* davacıya (diğer eşe) yönelmiş bir *hukuka aykırı fiilin* varlığı halinde mümkündür⁹². Aksi bir anlayış, malvarlığı zararları sözkonusu olduğunda kural olarak tazmini kabul edilmeyen yansıma zararların⁹³, manevî zararlar sözkonusu olduğunda kural olarak tazminine

⁹¹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 156. Aynı yönde bir görüş ve konuya ilişkin tartışma için bkz. ÖZTAN, s. 192 vd. Böyle bir durumda, ortada hukukun korunmasını gerektirecek gerçek bir ilişkinin dahi bulunmadığı yönündeki bir görüş hakkında ayrıca bkz. BADUR / TURAN BAŞARA, s. 115. Yine evlilik statüsünün eşlerin şahısvarlıklarına dâhil bağımsız bir değer yarattığı kabul edilse dahi, Serozan’a göre bu değer, her ikisi de ayrı birer birey olan eşlerin “kişisel ilişki kurma özgürlüğü” ile birlikte değerlendirilmeli ve aradaki muhtemel çatışma, ölçülülük ilkesine göre giderilmelidir; “... Sırf sadakati koruma uğruna, bireyin başkalarıyla kişisel ilişki kurma özgürlüğü Anayasa ve ölçülülük ilkesi ötesinde sınırlanamaz. ... İster bekar olsun, ister evli, bireyin özel olarak bir suç, örneğin cinsel taciz suçu oluşturmadıkça, dilediği kişiyle dilediği kişisel ilişkiyi ve bu arada cinsel ilişkiyi kurma konusunda Anayasaca korunmuş eksiksiz bir özgürlüğü vardır. Böyle bir ilişkiden doğabilecek ahlaki (etik) sorumluluk ayrıdır, saklıdır; ama hukukun konusu değildir”, SEROZAN, s. 454. Benzer yöndeki bir görüş hakkında bkz. ÖZTAN, s. 194; BADUR / TURAN BAŞARA, s. 115 dnp. 27.

⁹² HAAS, s. 20 vd. “Açık bir kanun hükmü bulunmadıkça, kişilik hakkı tecavüze uğrayan ile zarar gören aynı kişi olmalıdır (yansıma yoluyla zarar olmamalıdır)”, OĞUZMAN/ÖZ, s. 261.

⁹³ ÖZEL, s. 93; OĞUZMAN/ÖZ, s. 261 vd.

imkân verilmesi sonucunu doğurur. Örneğin, otomobil çarpması sonucu yaralanan tiyatrocunun/piyanistin, akşama yapılacak oyuna/konsere katılamaması sebebiyle *organizatörün* uğradığı zararlar, bu zararların tazminini öngören açık bir norm bulunmadığından tazmin edilmez⁹⁴. Yansıma *malvarlığı zararları* bakımından doktrinde tartışmasız kabul edilen bu anlayışın, *fiilin doğrudan hedefi olmayan kişilerin* bu fiil dolayısıyla uğradıkları manevî zararlar bakımından da aynen benimsenmesi gerekir. Kişinin kendisine yönelik olmayan bir fiil neticesinde çekmiş olduğu acıyı, hatta girmiş olduğu depresyonu, belki görmek zorunda kaldığı psikolojik tedaviyi, haksız fiilin zarar unsuru yerine hukuka aykırılık unsuru ile ilişkilendirmek ve ruh sağlığının/bütünlüğünün mutlak hak olduğu gerekçesiyle tazminini kabul etmek⁹⁵ ise, bu anlayışın manevî zararlar bakımından zedelenmesi demektir. Gerçi eski Borçlar Kanunu zamanında yüksek yargı uygulamasının, ağır bedensel zararlar için zarar görenin yakınlarına da manevî tazminat ödenmesini bu anlayış uyarınca mümkün kıldığı görülmektedir⁹⁶. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ise yeni m. 56/II hükmü ile ölüm halinde ölenin yakınları için kabul edilen manevî tazminatı, yakını ağır bedensel zararlara uğrayanları da kapsayacak şekilde yeniden düzenlemiştir. Yeni Kanun'da böyle bir açık düzenlemeye yer verilmesi, kanaatimizce iki sonuç doğurur. Buna göre, bu tür olaylarda, esasen hakkaniyeti tesis amacıyla mağdur yakınlarının zararlarını gidermek için, *aynı fiil ile onların da kişilik haklarının doğrudan ihlâl edildiğine dair bir anlayış* geliştirmeye artık ihtiyaç bulunmamaktadır⁹⁷. Bu düzenlemeden çıkartılabilecek ikinci sonuç ise daha genel bir fikri içinde barındırmaktadır. Buna göre, ihlâl fiili kendilerine yönelmiş olmamakla birlikte bu ihlâlden zarar gören diğer kişilerin hukuk nazarında korunup korunmayacakları, bir hukuk politikası meselesidir. Eğer hukuk politikası, bu kişilerin zararlarının giderilmesini de hakkaniyetin bir gereği olarak kabul etmekte ise, buna ilişkin açık bir düzenlemeye zaten yer vermektedir. Böyle bir düzenlemenin

⁹⁴ Örnekler için bkz. ÖZEL, s. 83.

⁹⁵ Konuya ilişkin olarak bkz. KESKİN, s. 219 vd.

⁹⁶ Bkz. ÖZEL, s. 90 dpn. 30'da yer alan kararlar. Söz konusu kararlardaki yaklaşım benimsendiği takdirde, örneğin, çocuğun yüz güzelliğinin bozulması veya uğradığı uzuv kaybı sonucu hayat boyu bakıma muhtaç hale gelmesi halinde ebeveyn; kocanın cinsel gücünü kaybetmesi sonucunu doğuran bir yararlanma bakımından ise kadın eş lehine manevî tazminata hükmedilmesi mümkün hale gelmektedir.

⁹⁷ Bu durumda kanaatimizce, evli kadına cinsel saldırı hallerinde kocanın da kişilik hakkının ihlâl edildiği yönündeki yargı içtihatlarının tekrar tartışma konusu yapılması gerekir.

bulunmadığı hallerde ise sözkonusu zararların tazmini, kanunkoyucu tarafından haklı görülmüyor demektir. Maddî zararlar açısından tartışma konusu yapılmayan bu hususun manevî zararlar sözkonusu olduğunda “ruh bütünlüğü” üzerinden yapılması, tazminat hukukunun sınırlarının kanunun öngörmediği bir biçimde genişlemesi sonucunu doğurur.

Aldatılan eşin üçüncü kişiye yönelttiği tazminat talepleri bakımından ise, aynı sonuca “evleviyetle” ulaşılmalıdır. Zira bu tür olaylarda yansıma bir zararın varlığından dahi bahsedilemez. Gerçekten de, üçüncü kişinin cinsel birliktelik yaşadığı eşe karşı herhangi bir hukuka aykırı fiili bulunmamaktadır ki, aynı fiil ile diğer eşin de kişilik haklarına saldırıldığından bahsedilsin ve zina yapan eşin uğradığı herhangi bir zarar bulunmamaktadır ki, diğer eşin yansıyan bir zararı mevcut olsun. Bu sebeple, diğer eşin, üçüncü kişinin fiili yüzünden apaçık bir manevî zarara uğradığı kabul edilse dahi, bu zararların giderilmesi, ancak bu yönde açık bir düzenlemenin varlığı halinde mümkün kabul edilmelidir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 11. 06. 2015 tarihli kararında⁹⁸ işaret edilen “doğrudanlık” unsuru, ortaya koyduğumuz bu sistem dâhilinde isabetli ve buna benzer başka olaylarda da⁹⁹ aynı tutarlılıkla gözönünde bulundurulması gereken bir unsurdur.

IV. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

1. Zinanın evli kişiler bakımından sadakat yükümlülüğünün ihlâlini teşkil ettiği ve buna bağlanan sonuçları beraberinde getireceği açıktır. Zina fiiline katılan üçüncü kişiye yöneltilecek taleplerde ise talebin dayanağı, herkesin herkese karşı riayetle mükellef bulunduğu yükümlülükler sahasında aranmak zorundadır. Bu saha, şüphesiz ki haksız fiil sahasıdır. O halde, eşi tarafından cinsel sadakatsizliğe uğrayan -aldatılan- eşin üçüncü kişiye yönelttiği manevî tazminat talepleri bakımından, hukuka aykırılık unsurunun anlam ve içeriği üzerinde durulmalıdır. Bu noktada kişilik hakkı kavramı ve

⁹⁸ Bkz. yukarıda II nolu başlık altında değerlendirdiğimiz Hukuk Dairesi kararı.

⁹⁹ Buna göre, belli bir topluluğu örneğin belli bir meslekî, dinî, etnik veya siyasi grubu, belli bir yörenin/şehrin insanlarını veya ülke vatandaşlarını hedef alan hakaret içerikli söylemlerin, “o topluluğa mensup fertler açısından” ayrı ayrı haksız fiil teşkil edip etmeyeceği hususu; bu bağlamda Yargıtay’ın geçmiş tarihli bazı kararlarının isabetliliği de tartışılmalıdır. Sözkonusu kararlardan bazıları için bkz. 4. HD, E. 2006/12581, K. 2007/15816, T. 11.12. 2007; 4. HD, E. 1994/6361, K. 1995/4352, T. 23.5.1995. Konuya ilişkin değerlendirme için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 258 – 259.

bunun kapsamı, bu kapsama evlilik bağı dolayısıyla mevcut olan bağımsız bir kişilik değerinin dâhil edilip edilemeyeceği, böyle bir kabul sözkonusu olsa dahi diğer eşin rızasıyla gerçekleşen bir eylemde üçüncü kişinin bu değere saldırmış kabul edilip edilemeyeceği sorgulanmalıdır. Eşin zinasının diğer eşin kişilik değerlerine yaptığı etkinin haksız fiilin hangi unsuru ile ilişkilendirileceği tartışılmalı ve nihayet TBK m. 49/II'ye göre ahlâka aykırılıktan ne anlaşılması gerektiği meselesine temas edilmelidir. Bu meselelere yönelik benimsenen yaklaşıma bağlı şekilde, sözkonusu tazminatın kabul edilebilirliğini ileri sürmek mümkün olduğu gibi, aynı ölçüde haklı gerekçelerle, bu tazminatın kabul edilemezliğini ileri sürmek de, kanaatimizce mümkündür.

2. Aldatılan eşin üçüncü kişiye yönelttiği manevî tazminat taleplerinde belirleyici kavram, kişilik hakkı kavramıdır. Zira Türk hukukunda manevî tazminat talepleri bakımından hukuka aykırılık unsurunun kişilik hakkının ihlâlini ifade ettiği görülmektedir. Buna göre, her kişilik hakkı ihlâlî manevî zarar doğurmaz; ancak Türk hukukuna göre tazmini gereken her manevî zarar, mutlaka kişiliğin ihlâlî neticesinde oluşmalıdır. Böylece evli kişiyle birlikte olan üçüncü kişinin, bu suretle, diğer eşin kişilik hakkını ihlâl etmiş olup olmadığı araştırılmalıdır. Bu noktada çalışmamızda üç ayrı ihtimal üzerinde durulmuştur:

a. Her şeyden önce, evli kişiyle birlikte olan üçüncü kişi, bu fiili vesilesiyle diğer eşin herhangi bir kişilik hakkını ihlâl etmiş olabilir. Örneğin, aldatılan eşin fiziksel özellikleri, yaşı, zekâsı veya cinsel yeterliliğine dair sarf edilen sözler, yapılan imâlar yoluyla şeref ve haysiyetinin ihlâlî; aldatılan eşe dair vâkıf olunan sırların, anıların ifşa edilmesi veya fotoğraf gibi bazı unsurlar kullanılarak sır çevresine ve özel hayat alanına, belki konut dokunulmazlığına yapılan müdahaleler, bu kapsamdadır. Sözkonusu fiillerin hukuka aykırılık oluşturacağına şüphe yoktur.

b. Evli kişiyle birlikte olan üçüncü kişinin *sırf bu sebeple* diğer eşin kişiliğini ihlâl etmiş sayılıp sayılamayacağı hususu ise, değerlendirilmesi gereken ikinci ihtimaldir. Bağımsız kişilik değerlerine sahip ayrı birer hukuk süjesi olan evli kişilerin, birbirlerinin kişilikleri üzerinde herhangi bir mutlak hakka sahip olmadıkları açıktır. Bununla birlikte evli kişiyle birlikte olmanın, *doğrudan doğruya diğer eşin şeref ve haysiyetine yönelmiş bir*

saldırı teşkil edeceği yönünde bazı fikirler ileri sürülmüştür. Yargıtay da bazı kararlarında, zina fiiliyle diğer eşin dış şeref olarak da isimlendirilen *sosyal kişiliğinin* ihlâl edildiğini ifade etmektedir. Evli kadına cinsel saldırı hallerinde kocanın ileri sürdüğü tazminat talepleri bakımından ise Yüksek Mahkeme'nin "aile bütünlüğü" kavramı üzerinde durduğu; böylece, evliliği, eşler arasında bağımsız bir kişilik değeri yaratmaya elverişli bir bağ olarak kabul ettiği görülmektedir. Aile hukuku doktrininde de "eşler arasındaki evlilik birliğinin, eşlerin hukuken korunan kişiliğinin bir parçası olduğu" belirtilmektedir. O halde, üçüncü kişinin eşlerden birisiyle yaşadığı birlikteliğin, diğer eşin aile bütünlüğünü veya evlilik birlik ya da statüsünü, kısacası hangi isim verilirse verilsin, *surf evlilik bağı dolayısıyla eşlerin şahısvarlıklarına dâhil olduğu kabul edilen bağımsız bir kişilik değerini* ihlâl edip etmediği sorgulanabilir. Bu noktada, eş ile üçüncü kişi arasında yaşanan birlikteliğin bir "saldırı" niteliği taşımadığı, eşin bu fiile katılımının üçüncü kişinin davranışını hukuka uygun hale getirdiği ileri sürülmüştür. Buna karşılık, aynı meseleye, farklı bir açıdan bakmak da mümkündür. Buna göre, mâdem ki, evlilik bağı dolayısıyla her bir eşin kendi kişi varlığına dâhil olan bağımsız bir kişilik değerinden bahsedilmektedir; o halde bu değer cinsel saldırı hallerinde olduğu gibi "eşin rızası dışında ihlâl edilmiş olması" veya zina hallerinde olduğu gibi "eşin rızası ile ihlâl edilmiş olması" arasında *diğer eş bakımından* bir fark bulunmasa gerektir. İki durum arasındaki fark, fiile maruz kalan/fiilin tarafı olan eş bakımından mevcuttur; manevî tazminat talep eden diğer eş bakımından ise, her iki durumda da bağımsız bir şahısvarlığı değeri ihlâl edilmiştir.

Kanaatimizce, evli kişiyle yaşanan birlikteliğin, diğer eşin şeref ve haysiyetini veya sosyal kişiliğini ihlâl eden bir fiil olarak değerlendirip değerlendiremeyeceği, hukuk teknik ve teorisinin dışında, hukuk politikasına ilişkin bir tercih meselesidir. Şeref ve haysiyetin ne olduğunu mutlak surette tanımlamak veya hangi fiillerin bu değeri ihlâl ettiğini sınırlayıcı bir biçimde belirlemek, zaten mümkün değildir. Bu noktada yargı uygulamasının şeref ve haysiyet kavramına Türk toplumunda verilen anlamı dikkate alarak meseleye yaklaşması, hukuk doktrininin ise bu yaklaşımı *kural olarak* eleştiri dışında tutması gerekmektedir. Bununla birlikte, yargı uygulamasıyla geliştirilen yaklaşım "genel eşitlik veya cinsler arası eşitlik" gibi *hukukun üstün bir değerine* aykırı düşemez; aksi halde bunun eleştiriye açık olacağı şüphesizdir. Örneğin evli kişiyle yaşanan birlikteliğin diğer eşin

şeref ve haysiyetini / sosyal kişiliğini ihlâl edip etmediği, birlikteliğin “imam nikahlı (!)” olup olmamasına göre belirlenemez; yahut zina yapan eşin koca veya kadın eş olmasına göre farklı yaklaşımlar geliştirilemez.

Şeref ve haysiyet veya sosyal kişilik dışında, evlilik birliğinin eşlerin hukukten korunan kişiliğinin bir parçası olarak kabul edilip edilemeyeceği; böylece *sırf evlilik bağı dolayısıyla eşlerin kişi varlığına dâhil bağımsız bir aile bütünlüğü değerinin mevcut görülüp görülemeyeceği de* kanaatimizce hukuk politikasını ilgilendirir. Nitekim, kişiliğin ihtiyaçlara göre korunması gereken değerlerden oluştuğu, bu durumun kişi varlığı açısından zamanın ihtiyaçlarına göre yeni unsurların nazara alınması imkânını sağladığı doktrinde ifade edilmektedir. Ancak böyle bir değer varlığı kabul edilse dahi, evli kişiyle onun rızası dâhilinde yaşanan birlikteliğin diğer eş açısından bir ihlâl teşkil edip etmeyeceği hususu, her halükârda tartışmaya açıktır. Bize göre, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, konuya ilişkin farklı bakış açıları geliştirmek ve bu doğrultuda farklı sonuçlara ulaşmak mümkündür. Ne var ki, bu soruya verilecek olumlu cevabın, aynı tutarlılıkla cevaplanması gereken başka soruları da beraberinde getireceği göz önünde tutulmalıdır. Örneğin aile bütünlüğünün ailenin diğer fertlerini de kapsayıp kapsamayacağı, bu bağlamda çocuklara da bu tür bir manevî tazminat hakkının tanınıp tanınmayacağı, böyle bir kişilik hakkının ihlâlinden bahsedilebilmesi için cinsel birliktelikte belli bir devamlılığın aranıp aranmayacağı, hukuk politikası uyarınca yapılan bu tercihin, yine belli bir politika doğrultusunda cevaplanmasını gerektiren müteakip sorularıdır.

c. Evli kişiyle yaşanan birlikteliğin diğer eşin kişilik haklarıyla ilişkisi ortaya koyulurken üzerinde durulması gereken üçüncü ihtimal, bu birlikteliğin diğer eşin ruh bütünlüğünün bozulması neticesini doğurduğu oranda hukuka aykırı kabul edilmesidir. Buna göre, mâdem ki ruh bütünlüğü, tıpkı beden bütünlüğü gibi, mutlak şekilde korunan bir kişilik değeridir; bu değer ihlâli neticesini doğuran her davranış, bunu açıkça yasaklayan bir hukuk normu bulunmasa dahi hukuka aykırıdır.

Kanaatimizce evli kişiyle yaşanan birlikteliğin diğer eşin ruh bütünlüğünü bozduğu oranda hukuka aykırı kabul edilmesi, hukuk politikasına göre değil, tamamen hukuk teknik ve teorisine göre tartışılması gereken bir fikirdir. Aldatılan eşin bu fiil dolayısıyla ruh bütünlüğünün bozulmasının, haksız fiilin hukuka aykırılık unsuru kapsamında mı yoksa zarar unsuru

kapsamında mı değerlendirileceği hususu, bu tartışmanın esasını oluşturur. Üstelik bu tartışmada benimsenen yaklaşım, aldatılan eşin manevî tazminat talepleriyle sınırlı kalmaksızın, haksız fiil hukukunun geneli bakımından da sonuçlar doğuracak niteliktedir. Örneğin, ruh bütünlüğünün bozulması sadece bir sonuç (zarar) olarak değil, aynı zamanda bir ihlâl ve dolayısıyla hukuka aykırılık olarak değerlendirildiğinde; doğrudan davacıya yönelik bir ihlâlin neticesi olmayan –yansıma- manevî zararların da haksız fiil hukuku kapsamında tazminine meydan verilmiş olur. Oysa, yansıma zararların tazmini bakımından Türk hukukunda benimsenen sistem, aksini mümkün kılan özel bir norm bulunmadıkça, zararın zarar görenin sırtında kalmasıdır. Salt malvarlığı zararları sözkonusu olduğunda tartışmasız kabul edilen bu anlayışın, manevî zararlar sözkonusu olduğunda da benimsenmesi gerekir. Aksi halde tazminat hukukunun sınırları, kanunun öngörmediği bir biçimde genişlemiş olur. Bu sebeple kanaatimizce, aldatılan eşin yaşama sevincini kaybetmesi, depresyona girmesi, psikolojik tedavi görmesi, kısaca ruh bütünlüğünün sarsılması, evli kişiyle birlikteliğin hukuka aykırı bir fiil olduğunu değil, sadece diğer eşin uğradığı zararı ve bunun boyutlarını ortaya koyar. Bu zararların tazmini ise, ancak *doğrudan* diğer eşe yönelmiş bir *hukuka aykırı fiilin* varlığı halinde mümkün olmalıdır. Doğrudan diğer eşe yönelmiş hukuka aykırı fiiller ise, yukarıda (a) ve (b) başlıklarıyla sıraladığımız ilk iki ihtimal kapsamında değerlendirilmelidir.

3. Haksız fiil hukukunun sınırlarının genişlememesi açısından TBK m. 49/II hükmünün, aldatılan eşin üçüncü kişiye yönelik talepleri özelinde nasıl yorumlanacağı meselesi de üzerinde hassasiyetle durulması gereken bir meseledir. Zira evli bir kişiyle özellikle *bilerek* birlikte olmanın genel ahlâka aykırılık teşkil ettiğine hiç şüphe bulunmamakla birlikte, bu durumun TBK m. 49/II hükmünde açıkça ifade edilen “kasıt” unsuruna karşılık gelip gelmeyeceği tartışılabilir. Bu noktada birlikte olunan kişinin evli olduğunu bilmenin, diğer eşe zarar verme yönünde bir kasıt içerdiğine dair önkabul ileri sürmek, kanaatimizce tehlikeli bir yaklaşımdır. Zira böyle bir önkabulün önünün açılması, aldatılan eş vakalarıyla sınırlı olmaksızın başka bir çok olay tipi için de aynı anlayışın benimsenmesi, dolayısıyla hukuk ile ahlâkın sınırlarının birbirine karışması sonucunu doğurur. Dolayısıyla, TBK m. 49/II anlamında kastın salt bilmeyi değil, aynı zamanda zararlı sonucu istemeyi de ifade etmekte olduğu, genel hukuk doktrinine uygun bir şekilde kabul edilmeli ve ancak evli kişiyle yaşanan birlikteliğin özellikle diğer eşe zarar verme amacıyla gerçekleştirilmesi halinde bu hüküm kapsamında bir sorumluluktan bahsedilmelidir.

KISALTMALAR CETVELİ

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK	: 818 Sayılı Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
Bs.	: Bası
C.	: Cilt
c.	: cümle
dpn.	: dipnot
HD	: Hukuk Dairesi
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İKÜHFD	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
m.	: Madde
MK	: 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi
TBK	: 6098 Sayılı Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
Vd.	: ve devamı
YD	: Yargıtay Dergisi

KAYNAKÇA

- ABİK Yıldız, “Normun Koruma Amacı Teorisi”, AÜHFD 2010, C. 59, S. 3, s. 345 – 448.
- AKINTÜRK Turgut / ATEŞ KARAMAN Derya, Türk Medeni Hukuku C. II (Aile Hukuku), İstanbul 2010 (12. Bs.), Beta Yayınları.
- AKİPEK Jale / AKINTÜRK Turgut / ATEŞ KARAMAN Derya, Türk Medeni Hukuku C. I (Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku), İstanbul 2011 (8. Bs.), Beta Yayınları.
- ÇAĞLAYAN AKSOY Pınar, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, İstanbul 2016, Oniki Levha Yayınları.
- ÇAKIRCA Seda İrem, Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zarar, İstanbul 2012, Vedat Kitapçılık.
- DAVRAN Cahit, “Ahlâka Aykırılık Sebebiyle Mes’uliyet”, İBD Haziran 1955, C. XXIX, S. 6, s. 268 – 286.
- DEMİRCİOĞLU Huriye Reyhan, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu), Ankara 2009, Yetkin Yayınları.
- DURAL Mustafa / ÖĞÜZ Tufan / GÜMÜŞ M. Alper, Türk Özel Hukuku C. III (Aile Hukuku), İstanbul 2016 (15. Bs.), Filiz Kitabevi.
- EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015 (18. Bs.), Yetkin Yayınları¹⁰⁰.
- EREN Fikret, “Hukuka Aykırılık Bağlı veya Normun Koruma Amacı Teorisi”, Mahmut Koloğlu’na 70. Yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 461 – 491.
- ERLÜLE Fulya, Türk Borçlar Kanunu’na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevî Tazminat, Ankara 2015 (2. Bs.), Seçkin Yayınevi.
- FRANKO Nisim, Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevî Zararın Tazmini, Ankara 1973, Doruk Kitap ve Yayınevi.

¹⁰⁰ Başka bir esere işaret edilmedikçe, yazarın bu eserine atf verildiği kabul edilmelidir.

- GENÇ ARIDEMİR Arzu, Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevî Tazminat, İstanbul 2008, Oniki Levha Yayıncılık.
- GÜMÜŞ M. Alper, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185 – 281), İstanbul 2008, Vedat Kitapçılık.
- HAAS Raphaël, Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB, Zürich/Basel/Gelf 2007, Schulthess.
- HATEMİ Hüseyin / GÖKYAYLA K. Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2012 (2. Bs.), Vedat Kitapçılık.
- HATEMİ Hüseyin / SEROZAN Rona, Aile Hukuku, İstanbul 1993, Filiz Kitabevi.
- HAUSHEER Heinz / REUSSER Ruth / GEİSER Thomas, Berner Kommentar, Band II (Das Familienrecht), Abteilung 1, Teilband 2, Art. 159 ZGB Bern 1999 (1. Auflage), Staempfli Verlag AG.
- HELVACI Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul 2001, Beta Yayınları.
- İNCEOĞLU Murat, Yargıtay Kararları Işığında Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevî Tazminat Talepleri, BATİDER 2008 Aralık, C. XXIV, S. 4. s. 77 – 121.
- KANETİ Selim, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul 2007, Kazancı Yayınları.
- KESKİN A. Dilşad, Objektif Manevî Zarar Teorisi Açısından Manevî Tazminat, Ankara 2016, Yetkin Kitabevi.
- KILIÇOĞLU Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011 (14. Bs.), Turhan Kitabevi¹⁰¹.
- KILIÇOĞLU Ahmet M., Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, Ankara 2008, Turhan Kitabevi.
- KIRCA Çiğdem, “Manevî Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği”, YD 1999, C. XXV, S. 3, s. 242 – 270.

¹⁰¹ Başka bir esere işaret edilmedikçe, yazarın bu eserine atf verildiği kabul edilmelidir.

- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, “Kişilik Haklarını Koruyan Manevî Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler (MK 24, BK 49), Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler Sempozyumu I (Ankara 21 - 22 Ekim 1977), İstanbul 1980, s. 141- 180.
- KÖTZ Hein / WAGNER Gerhard, Deliktsrecht, München 2006, (10. Auflage), Luchterhand Verlag.
- OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 2013 (10. Bs.), Vedat Kitapçılık.
- OĞUZMAN M. Kemal / SELİÇİ Özer / OKTAY - ÖZDEMİR Saibe, Kişiler Hukuku, İstanbul 2009 (15. Bs.), Filiz Kitabevi.
- ÖZEL Çağlar, “Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler”, AÜHFD 2001, C. 50, S. 4, s. 81-106.
- ÖZTAN Bilge, Aile Hukuku, Ankara 2015 (6. Bs.), Turhan Kitabevi.
- TANDOĞAN Haluk, Türk Mes’uliyet Hukuku, Ankara 1961, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları.
- SEROZAN Rona, “Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümüne Aykırılıktan Ötürü Tazminat Talebine Yer Olabilir mi?”, İKÜHFD Ocak 2016, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan Özel Sayısı, C. XV, S. 1, s. 451 - 458.
- SONNS Stefan (çev. ÜLKÜCÜ Nimet), “Scheidung in der Schweiz (İsviçre’de Boşanma)”, ABD 1968, S. 3, s. 426 - 436.
- ÜNAL Mehmet, “Manevî Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü”, AÜHFD 1981, C. XXXV, S. 1 – 4, s. 397 – 437.

