

EVLİ KİŞİYLE BİRLİKTE OLAN KADINA/ERKEĞE YÖNELTİLEN MANEVİ TAZMİNAT TALEBİ VE ÖZELLİKLE KONUYA İLİŞKİN YARGITAY KARARLARI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

(Considerations Regarding Non-Pecuniary Damages That Oriented
A Woman/Man Who Has A Relationship With A Married Person and
Especially Decisions Of Supreme Courts of Appeals on This Issue)

Prof. Dr. Etem Saba ÖZMEN *

Yrd. Doç. Dr. Gülşah VARDAR HAMAMCIOĞLU**

ÖZET

Bu çalışmanın yapılma amacı, eşi zina yapan kişinin, eşinin birlikte zina yaptığı kişiden salt bu nedenle manevi tazminat talep edip edemeyeceğinin incelenmesidir. Manevi zarar, kişilik hakkı hukuka aykırı fiile veya ahlaka aykırı fiile ihlal edilen kişinin talep edebileceği zarardır. Bu durumda cevaplanması gereken soru bir kadın/erkeğin evli olduğunu bildiği veya bilmediği bir kadın/erkek ile evlilik dışı ilişki yaşaması, ilişki yaşadığı kadın veya erkeğin eşine yönetilmiş haksız fiil teşkil edip etmeyeceğidir. Çalışmamızda da bu sorunun cevaplandırılması için evli kişiyle birlikte olma fiilinde, TBK. m. 49/I veya TBK. m. 49/II koşullarının oluşup oluşmadığı ortaya konulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Manevi tazminat, kusur, hukuka aykırılık, hukuka aykırı fiil, zarar, ahlaka aykırı fiil.

Abstract

Aim of this study is to express if the person whose wife/husband commit adultery, can demand non-pecuniary damages from the person who commit adultery with his/her wife/husband. Non-pecuniary damage is damage that person whose right of personality broken with unlawful or unethical act. In this sense, this question has to be answered: Is the acts of a woman/man who enter into a relation knowingly or unknowingly with married man/woman are tort or not.

* Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

** Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

In our study, it will be put forward if in said case, conditions of Turkish Code of Obligation Article 49/I and II occur or not.

Keywords: Non-pecuniary damages, Negligence, Contradiction to Law, Unlawful Act, Damage, Unethical Act.

GİRİŞ

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi geçmişte ve yakın tarihli kararlarında eşi zina yapan tarafın, eşinin ilişki kurduğu kadın/erkekten manevi tazminat isteyebileceğine ilişkin kararlar vermektedir¹. Bu kararlarda, evli kişiyle birlikte olmak fiilinin haksız fiil teşkil ettiği kabul edilerek, aynı zamanda bu haksız fiilin kişilik hakkına saldırı niteliğinde olduğu belirtilmektedir. Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarının çok sakıncalı olduğunu öncelikle belirtelim. Nitekim bu yöndeki kararların oldukça hatalı olduğu doktrinde de belirtilmektedir². Biz de bu yöndeki kararların aşağıda belirtilen gerekçelerle ne derece sakıncalı olduğunu ve neden hatalı olduğunu irdelemeye çalışacağız. Diğer yandan bu çalışmanın yazılması aşamasında Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin aksi yönde bir kararının çıkmasının sevindirici bir gelişme olduğunu da belirtelim³.

§ 1. Kusura Dayanan Haksız Fiil Sorumluluğu (TBK⁴. m. 49)

Türk Borçlar Kanunu m. 49/I uyarınca kusura dayalı haksız fiil sorumluluğunun şartları şöyledir; Hukuka aykırı fiil, zarar, kusur ve hukuka aykırı fiil ile zarar arasındaki nedensellik bağı. Yine TBK. m. 49/II'de ahlaka aykırı fiil düzenlenmiş olup ahlaka aykırı fiilden sorumluluğun şartları; ahlaka aykırı fiil, zarar, ahlaka aykırı fiil ile zarar arasındaki nedensellik bağı ve bu defa kusurun kast derecesinde olmasıdır. Haksız fiil nedeniyle manevi tazminat talep edebilmek için ise unsurlar bu defa az da

¹ 4. HD. 2009/6382 E, 2010/3083 K, 18.3.2010 T; 4. HD. 2009/7418 E, 2010/5016 K, 29.4.2010 T; 4. HD. 2010/4636 E, 2011/3669 K, 5.4.2011 T; 4. HD. 2012/8809 E, 2013/8039 K, 6.5.2013 T; 4. HD. 2013/13062 E, 2013/7611 K, 12.5.2014 T; 4. HD. 2013/1404 E, 2013/8415 K, 9.5.2013 T; 4. HD. 2010/2292 E, 2011/2569 K, 14.3.2011 T; Zinanın suç teşkil ettiği sırada verilmiş karar için bkz. 4. HD. 1987/8959 E, 1988/1410 K, 15.2.1988 T (Tüm kararlar için bkz. www.kazanci.com).

² Bkz. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt II, İstanbul 2014, s. 259 vd; Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, İstanbul 2014, s. 156; Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, İstanbul 2015, s. 119; Selim Kaneti, *Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru*, İstanbul 2007, s. 202; Alper Gümüş, *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK. m. 185-281)*, İstanbul 2008, s. 7 vd; Üçüncü kişinin bu eyleme katılmasının haksız fiil teşkil ettiği yönünde bkz. Ahmet Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, Ankara 2015, s. 208; Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, Ankara 2004, s. 381; Bu yönde İsviçre Federal Mahkemesi Kararları için bkz. BGE 109 II 6; 108 II 348; 78 II 291; 43 II 323 (Dural/Ögüz/Gümüş, s. 156, dn. 8'den naklen); Ayrıca bkz. Kaneti, s. 203, dn. 177'da yer alan kararlar.

³ 4. HD. 2014/8510 E, 2015/7762 K, 11.6.2015 T (www.kazanci.com).

⁴ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, RG. 4.2.2011-27836

olsa farklılaşır. Bu halde unsurlar; kişilik hakkına hukuka aykırı saldırı, manevi zarar, saldırı ile manevi zarar arasında nedensellik bağı ve kusurdur. Ahlaka aykırı bir fiille dayalı manevi tazminat talep edebilmek için ise bir kimsenin kişilik hakkına ahlaka aykırı fiille saldırı, manevi zarar, ahlaka aykırı fiille manevi zarar arasındaki nedensellik bağı ve kusurun kast derecesi aranır.

Konumuz bakımından can alıcı nokta olarak, hukuka aykırı fiille manevi zarara sebep olma ve ahlaka aykırı fiille manevi zarar sebep olma ayrımının yapılması zorunludur. Şimdi her bir hali irdeleyerek eşi zina yapan kadın/erkeğin, eşinin birlikte zina yaptığı kadın/erkekten manevi tazminat talep edip edemeyeceğini tespit edelim.

§ 2. Hukuka Aykırı Veya Ahlaka Aykırı Fiille Zarar Verme

I. Hukuka Aykırı Fiille Zarar Verme

Hukuka aykırı fiil, *fiil* ve *hukuka aykırılık* olmak üzere iki unsurdan meydana gelir. Kişinin haksız fiilden sorumlu tutulması için bir fiil işlemesi gerekir zira kendisinden tazminat istenen kişinin fiili yoksa sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır. Fiil, olumlu bir davranış yani bir şey yapma anlamına gelse de olumsuz bir davranış yani yapmamayı da kapsar. Elbette kişinin haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olması bu fiilin hukuka aykırı olmasına bağlıdır ve hukuka aykırılık kavramı bu noktada önem arz eder. Ancak Türk Borçlar Kanunu bir hukuka aykırılık tanımı yapmış değildir.

Bugün kabul gören anlayışa göre (objektif teori/normatif teori)⁵ *hukuka aykırılık*; zarar gören değeri korumak için hukuk düzeninin yasakladığı bir davranışta bulunmak anlamına gelir. Başka bir şekilde ifade edecek olursak, hukukun koruduğu hukuki varlık veya menfaatleri ihlalden koruyan bütün normların ihlali hukuka aykırılık oluşturmaktadır. Eş söylemle, haksız fiil sorumluluğunda hukuka aykırı fiil, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlerden birinin bulunmaması halinde, başkalarına zarar vermeyi yasaklayan veya zararlı sonucu engellemek amacıyla belirli bir davranış emreden hukuk kurallarına aykırı fiil anlamına gelir.

Ancak hukuka aykırılık kavramını kusurdan dikkatle ayırmak gerekir. Hukuka aykırılık, fiilin bizatihi kendisinin hukuk düzeni tarafından beğenilmemesiyken kusur, hukuka aykırı davranışa sebebiyet veren kişinin iradesinin beğenilmemesidir. Bu nedenle hukuka aykırılık haksız fiilin objektif, kusur ise sübjektif unsurudur.

⁵ Hukuka aykırılık kavramına ilişkin olarak iki teoriye rastlanır: Sübjektif hukuka aykırılık teorisine göre (Olumsuz hukuka aykırılık teorisi) hukuka aykırılık, zarar verenin zarara sebep olan davranışta bulunmaya izinli ve yetkili olmaması anlamına gelir (Teoriler için ayrıca bkz. Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 14; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2012, s. 584; Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Buroğlu/Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1993, s. 475; Kaneti, s. 77 vd;).

Hukuka aykırılığın tespitinde, hukuk kuralının koruduğu alanın tespit edilmesi gerekir. Belirtelim ki ihlal edilen hukuk kuralı, Kamu Hukuku veya Özel Hukuk kökenli olabilir. Ve yine ihlal edilen davranış normu yazılı veya yazılı olmayan bir genel davranış kuralı olabilir. Dikkat edilmesi gereken husus ihlal edilen genel davranış kuralının emredici davranış kuralı olmasıdır, meğer ki hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir nedenle bu ihlal mazur görülmüş olsun.

Ancak bir hukuk kuralının ihlal edilmiş olması yani ortada hukuka aykırı bir fiilin olması da her zaman failin, bu fiil sonucu ortaya çıkan tüm zararlardan sorumlu olacağı anlamına gelmez. Şu hususa önemle işaret edelim; bir kişinin haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulabilmesi için onun ihlal ettiği kuralın amacının, oluşan zarardan korunmak olması gerekir. Bu durumda, hukuka aykırı bir davranış olarak addedilen normun konuluş sebebi (ratio legis) dikkatle araştırılmalıdır. Sonuçta hukuka aykırı fiil nedeniyle menfaatleri zedelenen herkes tazminat talep edemez, çığneden kuralın ihlal edilen menfaati korumak amacıyla konulmuş olması gerekir. İşte haksız fiil sorumluluğunu sınırlandıran bu teoriye *normun koruma amacı teorisi* denir⁶. Bu teori uyarınca; hukuk düzenindeki yazılı veya yazılı olmayan kurallar veya genel davranış kuralları sadece belli kişileri veya değerleri, belli tehlikelerden koruma amacı gütmektedirler. Dolayısıyla bu kurallara aykırılık halinde, failin fiili ile nedensellik bağı içindeki zararlı sonuçlardan kimlere karşı sorumlu olacağı sorusunun cevabı da bu kuralların koruma amacına göre belirlenir⁷.

Hukuka aykırılık kavramına ve normun koruma amacı teorisine ilişkin bu genel açıklamalardan sonra, evli kişiyle birlikte olan kadın/erkeğin salt bu fiilinin haksız fiildeki hukuka aykırılık unsuruna sahip olup olmadığını değerlendirelim.

Hukuka aykırı fiilden ne anlaşılması gerektiğine yukarıda değindik. Tekrar önemle belirtelim ki hukuka aykırı fiilden kasıt, bir hukuk normu tarafından yasaklanmış fiildir. Ceza Kanunu'muz ise zinaı suç olmaktan çıkaralı epey olmuştur. Demek ki evli kişiyle birlikte olmayı yasaklayan bir yazılı hukuk kuralına Ceza Hukuku alanında rastlanmaz. Acaba evli kişiyle birlikte olmayı yasaklayan bir hukuk kuralına Medenî Hukuk alanında rastlanır mı?

Türk Medenî Kanunu'na baktığımız zamanda evli kişiyle birlikte olmayı yasaklayan herhangi bir hukuk normuna rastlanmaz. Bugün evlenmenin bir Aile Hukuku

⁶ Ayrıca bkz. Yeşim Atamer, *Haksız Fillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları*, İstanbul 1996, s. 70 vd.

⁷ Basit bir örnekle anlatmak gerekirse, minibüs şoförü alması gereken yolcudan fazla sayıda yolcu taşıdığı sırada, sıkışıklık nedeniyle yolculardan birinin cüzdanı çalındığında, şoför cüzdanın çalınmasından sorumlu olmayacaktır. Zira yolcu sayısına sınır getiren normun amacı minibüste hırsızlığın engellenmesi değildir. Bu ve benzer örnekler bkz. Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 15; Ayrıca bkz. Fikret Eren, *Borçlar Genel*, s. 595; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 476.

sözleşmesi olduğu kabul edildiğinden⁸, bu sözleşme sonucu oluşan evlilik birliğinin sadece eşlere bazı hak ve yükümlülükler yüklediği sonucu açıktır.

Konumuz bakımından önem taşıyan husus normun koruduğu alandır. Türk Borçlar Kanunu m. 49'un mutlak hakları koruyan normlara atıf yaptığı tartışmasızdır. Bu anlamda malvarlığı haklarının ve özellikle ayni hakların, fikri hakların mutlak hak nitelikleri gereği korunduğu şüphesizdir. Diğer yandan bu hükümle mutlak hak niteliğindeki kişi varlığı hakları da korunmaktadır. Özellikle Aile Hukuku'ndan doğan mutlak haklar genel olarak her türlü ihlale karşı korunmuşlardır⁹.

Tam da bu noktada, TMK¹⁰. m. 185/son fıkranın eşlere yüklediği sadakat yükümünün mutlak değil nisbi nitelikte olduğunu söylemek gerekir¹¹. Yani evli kişiler, kendileri dışındaki herkese karşı ileri sürebilecekleri "*evlilik birliğine saygı gösterilmesi hakkına*" sahip değillerdir. Elbette nisbi haklar da korunması gereken haklardır ki bu noktada normun koruma amacı teorisi devreye girer. Evlilik ilişkisinde eşlere yükletilmiş sadakat yükümü ve bunun karşısında bir eşin kendi eşinden sadakatli olmasını bekleme hakkının konuluş amacı, evlilik birliğinin devamını sağlamaktır. Yoksa bu hüküm, evlilik ilişkisi dışındaki herkese bir takım yükümler yüklemeyiz.

Yine normun koruma amacı teorisinde, hâkime düşen ilk görev Sorumluluk Hukuku bakımından önem taşıyan normun var olup olmadığını araştırmaktır. Ve eğer hukukun bir başka alanında somut olayın sonuçları sınırlı sayıda sayılmışsa artık Sorumluluk Hukuku anlamında bir tazminat talebi mümkün olmaz¹². Dolayısıyla zina fiilinin sonuçları Boşanma Hukuku'nun konusuna dâhil olacak şekilde bu alanda düzenlenmiş olduğundan, zinaya katılan ve evlilik birliğinin tarafı olmayan diğer kişi bakımından ayrıca bir tazminat söz konusu olmaz.

Aslında "*evlilik birliği (evlilik bağı)*" eşlerin hukuken korunan kişiliğinin bir parçasıdır. Bu nedenle bazı ihtimallerde evlilik birliğine yapılan saldırılar TMK. m. 24 anlamında eşlere yönelik kişilik hakkı ihlali teşkil edebilir¹³. Ancak evlilik birliği devam ederken eşlerden biri, diğer eşin gerek tek başına gerekse de bir başkasının katılımıyla evlilik birliğinden doğan örneğin sadakat yükümünün ihlal edilmesine

⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 47; Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, *Aile Hukuku*, İstanbul 2015, s. 61.

⁹ Bu tür hakları Hatemi, "*Mutlak Korunmalı Ödev Hakları*" şeklinde isimlendirmiştir. Yazara göre velayet hakkı, vesayet hakkı gibi haklar malvarlığı mutlak haklar gibi olmayıp, ihlallere karşı mutlak haklarda gibi korunmuş ödev-haklarıdır. Bu haklar başkasının şahsı üzerinde mutlak hak olmayıp, ihlal eden herkese karşı korunan konumlar olarak algılanmak gerekir (Hüseyin Hatemi, *Medenî Hukuk'a Giriş*, İstanbul 2013, s. 136).

¹⁰ 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu, RG. 8.12.2001/24607.

¹¹ Evlilikte sadakat borcunun nisbi hak olduğu yönünde bkz. Kaneti, s. 202.

¹² Atamer, s. 78.

¹³ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 156; Gümüş, s. 7.

neden olmuşsa, kişilik hakkı ihlal edilen eş, evlilik devam ettiği sürece TMK. m. 25'in kendisine verdiği dava haklarını kendi eşine karşı kullanamaz ki bırakın evlilik birliğine dahil olmayan bir kişiye kullansın.

Örneğin eşlerden birinin zinası halinde, diğer eş tarafından maddi ve manevi tazminat davaları ancak kendisine karşı açılacak boşanma davasıyla birlikte açılabilir ve evlilik birliği devam ederken bu dava açılmaz (TMK. m. 174). Yine evlilik birliğinin eşlere yüklediği yükümler üçüncü kişilerce tek başlarına hukuka aykırı şekilde ihlal edilemez ve söz konusu yükümlülük bir üçüncü kişinin katılımıyla ihlal edilmiş olsa da üçüncü kişiye karşı maddi veya manevi tazminat davası yöneltilemez. Eş söylemle, eşler arasındaki hak ve yükümlülükler evlilik birliği dışındaki kişilerce veya bu kişilerin eşlerden birine katılımı suretiyle ihlal edilemez. Zira eşin kişilik hakkını ihlal eden davranışa diğer eş de katılmış olduğundan artık hukuka aykırılığın söz konusu olmadığı doktrinde belirtilir¹⁴.

Konuya ilişkin olarak OĞUZMAN/ÖZ¹⁵ şu değerlendirmeyi yapmıştır. Yazarlara göre Hukuku'muzda "kişinin eşi tarafından aldatılmama hakkı" şeklinde tezahür eden ve herkese karşı ileri sürebileceği bir kişilik hakkı (mutlak hakkı) yoktur. Aile Hukuku'nun evlilik sözleşmesinden doğan ve eşlerin birbirlerine karşı üstlendikleri "sadakat yükümü" nisbi bir haktır. Sadakat yükümünün sözleşmesel niteliği TBK. m. 185/III'de düzenlenmiş olduğuna ve bu hak bir nisbi/şahsi hak olduğuna göre, bu hak sadece taraflar arasında ileri sürülebilecek ve sadece zina yapan eş evlilik sözleşmesinden doğan yükümlülüğünü ihlal etmiş olacaktır. Bu ihlalin sonuçları ise TMK. m. 161, 167, 168, 236 hükümlerinde bir takım yaptırımlara bağlanmış olduğundan, zina yapan eşin ilişki kurduğu kadın/erkek, aldatılan eşin hiçbir mutlak hakkını ihlal etmiş olmaz¹⁶.

Sonuç olarak, zinayı suç sayan ya da yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmadığına göre, evli kişiyle birlikte olan kadının/erkeğin davranışının hukuka aykırılığından bahsedilmeyecek ve bu kişinin haksız fiil nedeniyle sorumlu olması söz konusu olmayacaktır. Aslında bir fiilin haksız fiil teşkil edip etmediğini değerlendirirken, fiilin hukuka aykırı olmadığı tespit edilirse artık haksız fiilin diğer unsurlarının tetkik edilmesi boşa sarf edilmiş bir çabadan ibaret olacaktır¹⁷. Zira fiil hukuka uygun olunca, kusurun varlığı konusunda bir araştırma yapmaya gerek kalmayacaktır. Eş söylemle,

¹⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 156 ve dn. 7'de anılan yazarlar; Gümüş, s. 7 ve dn. 25'de anılan yazarlar.

¹⁵ Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 259 vd.

¹⁶ Yazarlar aynı zamanda, evli eşlerin birbirlerinin malı olmadığını ve aralarında mülkiyet ilişkisi olmadığını, birbirlerinin beden bütünlüğü üzerinde hak iddia edemeyeceklerini, günümüzde evliliğin sadece iki kişi arasında akdedilmiş bir sözleşme niteliğinde olduğunu, yoksa evli kişilerle toplum arasında yükümlülükler doğuran kamusal bir statünün olmadığını da belirtmişlerdir (Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 260).

¹⁷ Kaneti, s. 34; Fikret Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağlı Teorisi*, Ankara 1975, s. 138.

kişi hukuka uygun davranmışsa artık başka türlü davranmasının mümkün olup olmadığı araştırılmasına gerek yoktur.

II. Ahlaka Aykırı Fiile Zarar Verme

Türk Borçlar Kanunu m. 49/II uyarınca zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille bir başkasına kasten zarar veren bu zararı gidermekle yükümlüdür. Görüldüğü üzere bu hükümdeki şartlar TBK. m. 49/I ile benzerlik göstermektedir. Ancak TBK. m. 49/II anlamında sorumluluk için fiil ahlaka aykırı olmalıdır ve kusur bu defa kast derecesinde olmalıdır. Yine manevi zarara ve nedensellik bağına bu sorumluluk için de ihtiyaç vardır. Belirtelim ki ahlaka aykırı fiil, aynı zamanda hukuka aykırı fiil niteliğindeyse TBK. m. 49/II değil, TBK. m. 49/I uygulama alanı bulur zira TBK. m. 49/I kaynaklı sorumlulukta kusurun kast derecesinde olmasına gerek yoktur.

Ahlaka aykırı fiilden kasıt, kişinin işlediği fiilin hukuka aykırılık teşkil etmese de sosyal ve genel ahlak kurallarına aykırılık teşkil etmesidir. Ancak bu hükümde anılan ahlak, bireysel ahlak olmayıp sosyal ve genel ahlaktır¹⁸. Genel ahlak ise mutlak ahlaki değerler, bazı durumlarda hak ve adalet duygusu, bazı durumlarda belirli bir toplumun güncel görüş ve düşünceleridir¹⁹. Yoksa ahlak kavramı somut olayda ilgili kişilerin veya hâkimin ahlak anlayışı anlamına gelmez.

Şimdi, evli bir kişiyle birlikte olan kadın/erkeğin bu fiilin ahlaka aykırı olduğu özellikle birlikte olduğu kişinin evli olduğunu bilmesine rağmen bu fiili işlemesinin ahlaka aykırı olduğu söylenebilecektir. Ancak TBK. m. 49/II salt ahlaka aykırı fiille sonuç bağlamamış, bu fiilin aynı zamanda kasten zarar verme amacıyla işlenmesine sonuç bağlamıştır. Yargıtay'ın ise ahlaka aykırı fiilin varlığını tespit ettiği ancak bu fiilin kasten işlenmesi zorunluluğunu göz ardı ettiği ortadadır. Göz ardı edilmemesi gereken boyutuyla biraz önce değindiğimiz üzere haksız fiilde hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmemişse, diğer unsurların irdelenmesine gerek yoktur. Oysa burada tam tersi olarak, ahlaka aykırı bir fiilin varlığı halinde bu defa diğer tüm unsurların birlikte gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmalıdır. Diğer unsurlar ise manevi zarar, nedensellik bağı ve kusurun kast derecesidir. Şimdi bu unsurlara bakalım.

§ 3. Manevi Zarar

Haksız fiilin bir diğer unsuru zarardır ve zarar kişinin malvarlığının rızası dışında azalmasıdır. Zarar verici fiil olmasaydı kişinin malvarlığının içinde bulunacağı durum ile zarar verici fiil sonucu kişinin malvarlığının aldığı durum arasındaki fark

¹⁸ Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 64; Eren, *Borçlar Genel*, s. 600.

¹⁹ Eren, *Borçlar Genel*, s. 600.

zararı oluşturur. Zararın dar ve geniş olmak üzere iki anlamı vardır. Dar anlamda zarar, kişinin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi ifade ederken, geniş anlamda zarar, kişinin sadece malvarlığındaki azalmayı değil kişi varlığında uğradığı zararı da ifade eder.

Manevi zararlar kast edilen kişilik hakkına karşı tecavüz halinde, kişinin duyduğu acı, elem ve ızdıraptır. Ancak manevi tazminat bakımından dikkat edilmesi gereken husus ölüm ve ağır bedensel zararlar dışında, başkaca kişilik hakkına saldırı nedeniyle yansıma zarar tazminine Kanun'un izin vermemiş olmasıdır. Eş deyişle hiç kimse (istisnai boyutuyla; ölüm ve ağır bedensel zarar dışında; TBK. m. 56/II) en yakını dahi olsa bir başkasının örneğin özel hayatının gizliğinin ihlal edilmesi nedeniyle manevi tazminat talep edemeyecektir.

Şimdi çalışma konumuza dönelim. Eşinin bir başka kadın/erkek ile birlikte olması nedeniyle kişinin ızdırap çekmesi, acı ve elem duyması doğal sonuçtur. Ancak acaba bu manevi zarar ahlaka aykırı fiil ile uygun nedensellik bağı içinde olan zarar mıdır? Zira tek başına zararın varlığı da yeterli değildir, bu zararın ahlaka aykırı fiille uygun nedensellik bağı içinde olması gerekir.

§ 4. Uygun Nedensellik Bağı

Kişinin manevi tazminat talep edilebilmesi için kişilik hakkına hukuka/ahlaka aykırı tecavüzle manevi zarar arasında uygun bir nedensellik bağı bulunmalıdır²⁰. Bu durumda saldırı teşkil eden fiilin hayat tecrübelerine göre olayların normal akışında ileri sürülen manevi zararı meydana getirmeye elverişli olduğunun kabul edilmesi uygun nedensellik bağının bulunduğu anlamına gelir²¹ ve fiil ile zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunup bulunmadığı her somut olayda hâkim tarafından takdir edilir.

Yargıtay'ın anılan kararlarında, haksız fiilin diğer unsurlarının varlığı veya yokluğu gözetilmeksizin sadece davranışın elem ve ızdıraba yol açması boyutu nazara alınmış ancak bu defa da haksız fiil nedeniyle fiille nedensellik bağı içindeki tüm zararların değil sadece uygun nedensellik bağı içindeki zararların talep edilebileceği göz ardı edilmiştir. Yargıtay'a göre ahlaka aykırı bir fiil vardır ve bu davranış elem ve ızdıraba yol açmıştır, bu nedenle fiilin yol açtığı zarar tazmin edilmelidir. Ancak görüldüğü üzere Yargıtay bir başka noktayı kaçırmaktadır. O da kişinin ahlaka aykırı fiilinden sorumlu olabilmesi için bu ahlaka aykırı fiilin kasten işlemiş olması zorunludur.

²⁰ Uygun nedensellik (illiyet) bağı teorisi için bkz. Eren, *Uygun İlliyet Bağı*, s. 131 vd.; Atamer, s. 42 vd.

²¹ Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 44, 45; Eren, *Borçlar Genel*, s. 544; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 573.

§ 5. Kusur

Hukuka aykırılık haksız fiilin objektif unsuru; kusur ise sübjektif, öznel yani kişiye özgü unsurdur. Gerçekten de kusurdan söz edebilmek için ortada öncelikle hukuka aykırılık unsuruna ihtiyaç vardır. Aksi takdirde kişi istediği kadar bilinçli bir iradeyle davranışının sebebi olarak belirli bir sonuca yönelmiş olsun, ortada hukuka aykırılık olmadığından kusurdan söz edilemeyecektir.

Kusur, hukuka aykırı sonucu istemek veya istememiş olmakla beraber hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için yeter derecede irade ortaya koymamak şeklinde tanımlanır²². Diğer yandan TBK. m. 49/I uyarınca haksız fiilden sorumlu olmak bakımından kusurun derecesinin önemi yoktur, kusurun derecesi tazminatın belirlenmesinde önem arz eder. Kusur kast veya ihmâl şeklinde, ihmâl ise ağır veya hafif ihmâl şeklinde ortaya çıkmış olabilir.

Kast, kişinin hukuka aykırı fiili bilerek ve bunun sonuçlarını isteyerek işlemesi anlamına gelir ve kusurun en ağır derecesidir²³. *İhmâl*, kişinin hukuku aykırı sonucu arzu etmemesine rağmen bu sonucun ortaya çıkmaması için yeter derece irade kullanmaması, hal ve koşullara göre gereken dikkat ve özeni göstermemesi anlamına gelir²⁴. *Ağır ihmâl*, kişinin hukuka aykırı sonuç doğuran fiili işlerken böyle bir fiil işleyen herkesin gösterdiği dikkat ve özeni göstermemek anlamına gelir²⁵. Yani kişi içinde bulunduğu şartlara göre göstermesi gereken asgari dikkat ve özeni göstermemiştir. *Hafif ihmâlde*²⁶ ise kişi hukuka aykırı fiili işlerken herkesin göstermesi gereken dikkat ve özeni değil de, dikkatli ve tedbirli bir kimsenin göstereceği dikkat ve özeni göstermeyerek hukuka aykırı fiili işlemiştir.

Şimdi çalışma konumuz bakımından evli kişiyle birlikte olma fiilini işleyen kişinin, kastından, ağır veya hafif ihmâlinde söz edilebilir mi, bunun üzerine düşünelim. Evli kişiyle birlikte olan kadın veya erkek acaba bu fiili ile sırf birlikte olduğu kişinin eşine zarar vermeyi mi istemektedir? Ya da bu kişi birlikte olduğu kadın/erkeğin eşine herkesin göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermediği için mi zarar vermektedir? Ve son olarak kişi herkesin göstermesi gereken özeni değil de tedbirli ve dikkat bir insanın göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle mi

²² Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 53; Eren, *Borçlar Genel*, s. 569; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 492.

²³ Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 55; Eren, *Borçlar Genel*, s. 574; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 493.

²⁴ Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 56; Eren, *Borçlar Genel*, s. 579; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 494.

²⁵ Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 57; Eren, *Borçlar Genel*, s. 580; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 495 (Şuurlu ihmâl).

²⁶ Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 57; Eren, *Borçlar Genel*, s. 580; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 495 (Şuursuz ihmâl).

zarara sebep olmaktadır? Kanımızca bu kurgulardan herhangi birinin gerçekleşmesi mümkün değildir. Ancak bu konuda OĞUZMAN/ÖZ'ün²⁷ dediği gibi fiilin kast derecesine yani kişinin evli kadın/erkeklerle birlikte olmasının amacının salt birlikte olduğu kadının/erkeğin eşine zarar vermek olduğu durumlara film senaryolarında rastlanabilir. HATEMİ/GÖKYAYLA²⁸, zarar verme kastının bulunmadığı hallerde ya da birlikte olduğu kişinin evli olup olmadığını dahi bilmeyen kişilerin tazminata mahkûm edilmesinin uygun olmadığını, bu durumda içtihatla adeta kusursuz sorumluluk yaratıldığına dikkate çekmiştir. Zira yazarlara göre Kanun'da evli bir kimseyle birlikte olan kişi bakımından kabul edilmiş bir sorumluluk düzenlenmiş değildir.

Belirtelim ki evli kişiyle birlikte olan kadın/erkeğin bu davranışının ahlaka aykırı olduğu kabul edilecek olsa bile, TBK. m. 49/II'de uyarınca bu davranış nedeniyle tazminat talep edebilmek için davranışın kasten icra edilmiş olması gerekir. Eş deyişle, evli kişiyle birlikte olan kadın/erkeğin birlikte olurken ki amacının diğer eşe kasten zarar vermek olması gerekmektedir. Somutlaştırmak gerekirse; bir işyerinde birbirlerine husumet besleyen iki kadının/erkeğin arasındaki bu sürtüşme sonucu, diğerinin eşine hiçbir duygusal yakınlık hissetmediği halde onunla cinsel ilişkiye girmesi ve bunu kayda alıp diğer eşe kasten belli ederek boşanma sürecine girmesini sağlama amaçlı yapılması halinde manevi tazminat davasında haklılık olabilecektir. Ancak bu örnekte manevi tazminata doğuran fiil salt cinsel ilişki fiili değil, evli kişiyle cinsel ilişkiye giren kadın/erkeğin fiillerine eklenen diğer koşullardır.

Sonuçta evli kişiyle birlikte (bu kişinin evli olduğunu bilerek) birlikte olan kadın/erkeğin TBK. m. 49/II anlamında "ahlaka aykırı amaçla bir başkasına zarar verme kastına" sahip olduğunu söylemek çok güçtür. Zira bu davranışın altında "mağdura zarar verme kastı" olmadığından, evli kişiyle birlikte olan kadın/erkeğin TBK. m. 49/II anlamında sorumlu olması mümkün olmaz.

§ 6. Manevi Tazminat Davasında Taraflar

Buraya kadar evli kişiyle birlikte olma fiilinin birlikte olunan kişinin eşine yönelmiş bir haksız fiil olmadığını tespit etmiş bulunuyoruz. Konuyu bir de manevi tazminat davasındaki taraflar bakımından irdeleyelim ve Yargıtay uygulamasının ne denli hatalı olduğunu sorduğumuz ancak bir türlü cevaplandıramadığımız sorularla ortaya koymaya çalışalım.

²⁷ Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 260.

²⁸ Hatemi/Gökyayla, s. 119.

I. Davacı

Manevi tazminat davasında davacı, kişilik hakkına hukuka aykırı veya ahlaka aykırı şekilde saldırılan kişidir. Zarar başlığı altında manevi tazminat talep edebilecek kişinin yansıma yoluyla zarara uğramamış olması gerektiğine değinmiştik zira hukuka aykırılık bağının bulunmaması bu kişilerin manevi tazminat talep etmelerine engel olur.

Konumuz bakımından Yargıtay'ın kabul ettiği üzere aldatılan eş davacıdır zira Yargıtay fiilin doğrudan aldatılan eşe yöneldiğini kabul etmektedir. Bu yönde hatalı kararlar başka sorunlara da gebe dir. Benzer şekilde çocuk da anne/babasının birlikte olduğu kadın/erkeğe manevi tazminat davası yöneltebilecek, bu fiilin anne babasının boşanmasına, aile düzeninin bozulmasına sebep olduğundan bahisle ya da bu fiil nedeniyle kendi psikolojisinin de bozulduğundan, “*mutlu ve huzurlu bir ailede büyüme hakkının*” ihlal edildiğinden bahisle manevi tazminat talep edebilecektir²⁹.

Konuya ilişkin biraz daha ironi yapalım; kadının/erkeğin birlikte olduğu kişiye karşı birlikte olduğu evli kadın/erkeğin aile üyeleri (anne babası) veya diğer eşin aile üyeleri, şeref ve haysiyetlerinin, aile soyadlarının zedelendiğinden bahisle manevi tazminat davacısı olabilecektir³⁰. Nişanlılardan birinin diğerini aldatması halinde, yine nişanlılık ilişkisinde de aile birliğinde olduğu gibi benzer şekilde sadakat yükümlülüğü yer aldığına göre aldatılan nişanlı, nişanlısının birlikte olduğu kadına/erkeğe karşı manevi tazminat davası açabilecektir³¹. Bir adım daha ileri gidelim, aralarında imam nikahı bulunan ve birlikte yaşayan kadın/erketen birinin bir başkasıyla birlikte olması, iki sevgiliden birinin bir başkasıyla birlikte olması gibi kurgularda dahi acaba manevi tazminat talep edilebilecek midir?

Görüldüğü üzere Yargıtay hatalı kararıyla bir çok cevapsız soruyu beraberinde getirmiş ve başka hatalı uygulamaların ortaya çıkmasına adeta fırsat vermiştir.

II. Davalı

Manevi tazminat davasında davalı manevi zarara yol açan fiili işleyen kişidir ve çalışma konumuz bakımından bu kişi evli kişiyile birlikte olan kadın/erkektir. Ancak cinsel ilişki fiilinin tek kişi tarafından yerine getirilmesinin mümkün olmadığı da ortadadır yani bu fiile davacının (manevi tazminat talep eden eşin) evli olduğu kişinin katılımı zorunludur. Hal böyle olunca acaba bu kişilerin müteselsil sorumluluğundan mı bahsedilecektir³²? Zira hukuka aykırı fiilden birden fazla kişi sorumluyorsa,

²⁹ Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 260.

³⁰ Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 260.

³¹ Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 260.

³² Müteselsil sorumluluk hakkında ayrıca bkz. Metin Gürkanlar, *Bir Zarara Birlikte Neden Olan Birden Çok Kişinin Sorumluluğu* (BK. m. 50), Ankara 1982, s. 16 vd.

TBK. m. 61 uyarınca birden fazla kişinin birlikte bir zarara sebep olmalarına dayalı olarak müteselsil sorumluluk söz konusu olur. Hal böyle olunca davalılar, davacının kendi eşi ve eşinin birlikte olduğu kadın/erkek olmalıdır. Acaba bu konuda davalı birlikte olduğu evli kişinin fer'i müdahil olarak davada kendisine yardım etmesini talep edebilecek midir?

Müteselsil sorumluluk kabul edilecek olursa, bu davanın müteselsil sorumlulara aynı anda yöneltilmesi zorunlu değildir zira müteselsil sorumlulardan her biri zararın tamamından sorumludur³³. Ancak dışa karşı tek başına sorumlu olan müteselsil sorumlular iç ilişkide birbirlerine karşı sorumlu olurlar. Türk Borçlar Kanunu m. 62/II uyarınca, tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur. Ekstrem bir örnek vermek gerekirse; evli kadın/erkek aynı anda birden fazla kişiyle örneğin aynı anda üç kişiyle cinsel ilişkiye girmişse, bu defa fail sayısı artacak ve bu failer arasında müteselsil sorumluluk gündeme gelecek, birden fazla failin iç ilişkide birbirlerine rücu etmesi söz konusu olacaktır.

Diğer yandan kadın/erkeğin birbirinden haberdar olmayan kadın/erkeklerle bu defa farklı zamanlarda birlikte olması durumunda cinsel ilişkiye katılan farklı kişilerden ayrı ayrı tazminat talep edilip edilemeyeceği sorulacak mıdır? Bu durumda ise aynı zarara birlikte sebebiyet verme iradesi konusunda tereddüt yaşanacaktır. Çünkü erkek/kadının birden fazla kişi ile cinsel beraberliğinde diğerlerinin birbirlerinden haberi yoksa birlikte haksız fiil işleme iradesinden söz edilemez. Yargıtay kararı ise bu kişilerin her birine ayrı ayrı dava açılması sonucuna götürecektir.

OĞUZMAN/ÖZ'ün konuya ilişkin bir başka örneğine yer verelim³⁴. Yazarlar Yargıtay'ın bu kararı karşısında eşi seks işçisiyle birlikte olan kadın/erkeğin eşinin seks işçisinden manevi tazminat talep edip edemeyeceği üzerinde düşünmüşlerdir. Ki bu ihtimalde seks işçilerinden manevi tazminat istenebilecekse, seks işçisinin birlikte olduğu kişinin evli olduğunu bilip bilmemesi sonuçlar bakımından fark yaratacak, hatta seks işçisine birlikte olduğu kadın/erkeğin evli olup olmadığını araştırma yükümü yükletilmiş olacaktır.

Demek ki evli kişiyle birlikte olup manevi tazminat ödemek zorunda kalan kadın/erkek birlikte olduğu kadın/erkeğe (veya cinsel ilişkiye iştirak eden birden fazla kişi varsa bu kişilere) fazladan ödediği kısım için rücu edebilmelidir. Yine TBK. m. 62/I uyarınca hakim tazminatın paylaştırılmasında bütün durum ve koşullar, sorumlulara yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğunu nazara alacak olduğundan, birden fazla faile tazminatı paylaştırırken, hakim oldukça titiz bir araştırma yapmak zorunda kalacaktır.

³³ Gürkanlar, s. 91.

³⁴ Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 260.

Tekrar önemle altını çizelim Yargıtay'ın uygulaması ne tarafından tutulursa tutulsun hukuki sorunları çözmek yerine adeta arttırmakta ve durumu içinden çıkılmaz hale sokmaktadır.

§ 7. Manevi Tazminatın Belirlenmesi

Türk Borçlar Kanunu m. 51/I uyarınca hakim tazminatın kapsamını ve ödeme biçimini durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler. Bu hüküm uyarınca hakim tazminatın miktarını belirlerken, failin kusurunu ve durumun gereğini nazara alır. Yine tazminatın belirlenmesinde indirim sebepleri de nazara alınır. Zira TBK. m. 52'de mağdurun rızası, mağdurun birlikte kusuru, mağdurun bünyesinden kaynaklanan etkenler, failin mağdura yardımı sırasında zarar vermiş olması gibi nedenler tazminatta indirim sebebi olarak düzenlenmiştir.

Evli kişiyile birlikte olan kadını/erkeği manevi tazminatla yükümlü tutarken hakim bu indirim sebeplerini nazara alması gerekir. Şimdi, kendisinden manevi tazminat talep edilen taraf, aldatılan eşin (manevi tazminat talep eden tarafın) evlilikten doğan yükümlülüklerini ihlal ettiğini ileri sürerek tazminatta indirim yapılmasını hâkimden talep edebilecek midir³⁵? Bu sonucun kabul edilmesi gerçekten ancak trajikomik olarak değerlendirilebilir.

Diğer yandan TBK. m. 58/II uyarınca hakim bir tazminat ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırılabilir veya bunu tazminata ekleyebilir, özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir. Ancak çalışma konumuz açısından hâkimin farklı bir giderim biçimi kararlaştırmasının, örneğin saldırıyı kınayan bir karar vererek bu kararın yayımlanmasına karar vermesinin, bu defa evli kişiyile birlikte olan kadının/erkeğin kişilik hakkında saldırı teşkil edeceği unutulmamalıdır.

§ 8. Manevi Tazminat Davasında Zamanaşımı

Manevi tazminat davası haksız fiil temelli bir talep olduğundan, TBK. m. 72 uyarınca tazminat istemi zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

Evli kişiyile birlikte olan kadının/erkeğin manevi tazminat ödemeye mahkûm edilmesi zamanaşımı bakımından birçok soruyu beraberinde getirir. Örneğin TMK. m. 161 uyarınca zina nedeniyle boşanma davası açmaya hakkı olan tarafın boşanma davasını, zinayı öğrenmesinden itibaren altı ay içinde açması gerekir. Diğer yandan aynı hükmün son fıkrası uyarınca, affeden taraf zina nedeniyle boşanma davası

³⁵ Bkz. Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 260.

açamaz. Yine eşler arasında affedilen olay nedeniyle manevi tazminat talep etmek mümkün değildir³⁶. Şimdi, aldatılan eş, aldatan eşine karşı süresinde boşanma davası açmasa veya eşini affetse dahi eşinin birlikte olduğu kadına/erkeğe karşı manevi tazminat davası açabilecektir. Görüldüğü üzere aldatılan eş evli olduğu sürece zina yapan kendi eşine karşı tazminat davası açamazken, eşinin birlikte olduğu kadına/erkeğe manevi tazminat davası açabilmesi gerçekten kabul edilemez bir sonuçtur.

§ 9. Boşanma Halinde Manevi Tazminatı Düzenleyen Hükümler Açısından Değerlendirme

Bu başlık altında boşanma halinde manevi tazminatı düzenleyen TMK. m. 174, 176 ve 178 hükümlerini genel olarak değerlendirerek, çalışma konumuzun hakkında Yargıtay'ın kararının hatalarını bir kez daha ortaya koyalım. Türk Medenî Kanunu m. 174/II uyarınca boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevi tazminat olarak uygun bir para ödenmesini isteyebilir³⁷. Görüldüğü üzere bu hüküm uyarınca manevi tazminat talep edebilmek için eşlerin boşanmış olması gerekir. Yoksa evlilik birliği devam ederken, boşanmaya sebep olayın vukuundan sonra, eşlerden biri boşanma talep etmeksizin bu olaya dayanarak eşinden manevi tazminat talep edemez. Burada boşanmaya sebep olan olay zina, terk, pek kötü muamele şeklinde bir sebep olabilir. Demek ki zina fiiline rağmen eşine boşanma davası açmayan ve bu nedenle eşinden manevi tazminat talep edemeyen kadın/erkek, eşinin birlikte olduğu kadından/erkekten manevi tazminat talep edebilecektir.

Diğer yandan zina nedeniyle açılan boşanma davası sonucu zina yapan eş aleyhine manevi tazminata hükmedilmiş olduğunu ve yine eşin zina yaptığı kadın/erkek hakkında da manevi tazminata hükmedildiğini düşünelim. Bu durumda bir fiili birlikte işleyen kişiler aynı fiil nedeniyle çifte tazminata mahkûm edilmiş olmazlar mı? Ya da yine bu kurguda manevi tazminat ödeyen kadın/erkek, ödediği tazminat nedeniyle birlikte olduğu kadına/erkeğe rücu ettiğinde, rücu edilen ve zina nedeniyle kendi eşine manevi tazminat ödeyen kadın/erkek, kendisi de manevi tazminat ödediğinden bahisle bu rücu talebini kabul etmeyecektir. Tam tersi, zina nedeniyle açılan boşanma davasında eşine manevi tazminat ödemeye mahkûm edilen kadın/erkek, evlilik dışı ilişkiye girdiği kadına/erkeğe, boşanma nedeniyle kendi eşinde ödediği manevi tazminat için rücu edebilecek midir? Bu soruların garipsenmesi doğaldır. An-

³⁶ Yargıtay HGK. 2008/2-571 E, 2008/561 K, 24.9.2008 T (www.kazanci.com). Benzer şekilde Yargıtay 2. HD. 2004/5985 E, 2004/6650 K, 24.5.2004 T kararında "Davalı kadın açmış olduğu boşanma davasından 10.12.2002 tarihinde feragat etmiştir. Bu tarihten önceki kocanın davranışları affedilmiş en azından hoşgörüsü ile karşılanmıştır" şeklindeki tespitiyle kadının manevi tazminat istemini reddetmiştir (www.kazanci.com).

³⁷ Boşanmada manevi tazminatın şartları için ayrıca bkz. Hasan Petek, "Terke Dayalı Boşanmada Manevi Tazminat", *DEÜHFD*, Cilt 12, S.2, 2010, s. 55 vd.

cak bu yönde karar veren Yargıtay'ın bu ihtimallerle ve bu tür taleplerle karşılaşması da ihtimal dâhilindedir.

Diğer yandan boşanma halinde manevi tazminatın irat biçiminde ödenmesine karar verilemeyeceği gibi (TMK. m. 176/II) manevi tazminatın uygun bir miktar para ödenmesi dışında bir giderim biçimi söz konusu olmaz (TMK. m. 174/II). Dolayısıyla boşanma halindeki manevi tazminat TBK. m. 58'den farklılaşmamaktadır. Yani boşanma halinde hakim diğer bir giderim biçimine hükmedemez. Bu hükmün ratio legisi, boşanma nedeniyle meydana gelen olayların kişilerin özel hayatına dâhil olması, örneğin bir boşanma yargılamasında zina nedeniyle eşlerden biri aleyhine manevi tazminata hükmedilse bile hâkimin bu fiili kınayan bir karar vererek, bunun aynı zamanda yayınlanmasına karar verememesidir. Şimdi boşanma davasında hal böyle iken diğer kadına/erkeğe yöneltilen manevi tazminat davasında, hâkimin TBK. m. 58'deki diğer giderimlerden birine karar vermesinin önündeki engel kalkar. Hâkim evli kadınla/erkek ile birlikte olan kişinin fiilini kınayan kararın yayınlanmasına karar verdiğinde ise TMK. m. 174/II'nin içi tamamen boşaltılmış olur.

Boşanma nedeniyle boşanmaya sebep olan eşten manevi tazminat talebi boşanma hükmünün kesinleşmesinden itibaren bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar (TMK. m. 178)

Şimdi, zina nedeniyle boşanma davası açıldığını, bu davanın iki yıldan uzun sürdüğünü kabul edelim. Boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren aldatılan kadın/erkek boşandığı eşine manevi tazminat talebini yöneltebilecektir. Ancak aynı fiil nedeniyle eşinin birlikte olduğu kadına/erkeğe manevi tazminat yöneltmesi fiil ve failin öğrenilmesinden itibaren iki yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağından, artık ona karşı bir talebi söz konusu olamayacaktır.

SONUÇ

Bu çalışmada Yargıtay'ın evli kişiyile birlikte olan kadını/erkeği aldatılan kadın/erkeğe manevi tazminat ödemeye mahkûm eden kararlarının ne denli hatalı ve sakıncalı olduğunu irdelemeye çalıştık. Yargıtay, TBK. m. 49/I, TBK. m. 49/II koşulları oluşmamış olmasına rağmen evli kişiyile birlikte olan kadın/erkeği manevi tazminat ödemeye mahkum etmiş, adeta bu yönde kararlarıyla bir Medenî Hukuk cezası yaratmıştır.

Evli kişiyile birlikte olma fiili TBK. m. 49/I anlamında hukuka aykırı olmadığından artık haksız fiilin diğer unsurlarının varlığı ve yokluğu hususlarında değerlendirme yapmak mümkün değildir. Bu fiil ahlaka aykırı kabul edilse dahi (TBK. m. 49/II), bu defa ise fiilin kasten işlenmiş olmasından bahsetmek mümkün değildir. Evli kişiyile birlikte olma fiili, haksız fiilin unsurlarını barındırmasa da manevi tazminatı çeşitli açılardan değerlendirdik ve çalışma içinde belki de komik olarak veya

trajikomik olarak değerlendirilebilecek birçok soru yönelttik. Bu soruların mantıklı, tutarlı ve hukuka uygun cevaplarını ise bulamadık. Sonuçta Yargıtay bu yöndeki kararlarından en kısa sürede vazgeçmelidir. Bizim için sevindirici olan ise bu çalışmanın yapıldığı sırada Yargıtay'ın aksi yönde en azından bir kararının çıkmış olmasıdır.

KAYNAKÇA

- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN Derya: *Aile Hukuku*, İstanbul 2015.
- ATAMER, Yeşim: *Haksız Fillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları*, İstanbul 1996.
- EREN, Fikren: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2012 (Eren, *Borçlar Genel*)
- EREN, Fikret: *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi*, Ankara 1975 (Eren, *Uygun İliyet Bağı*).
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Aile Hukuku*, İstanbul 2014.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK. m. 185-281)*, İstanbul 2008.
- GÜRKANLAR, Metin: *Bir Zarara Birlikte Neden Olan Birden Çok Kişinin Sorumluluğu (BK. m. 50)*, Ankara 1982.
- HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, İstanbul 2015.
- HATEMİ, Hüseyin: *Medenî Hukuk'a Giriş*, İstanbul 2013.
- KANETİ, Selim: *Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru*, İstanbul 2007.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: *Aile Hukuku*, Ankara 2015.
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt II, İstanbul 2014 (Oğuzman/Öz, *Cilt II*).
- ÖZTAN, Bilge: *Aile Hukuku*, Ankara 2004.
- PETEK, Hasan: "Terke Dayalı Boşanmada manevi Tazminat", *DEÜHFD*, Cilt 12, S.2, 2010, s. 47-78.
- TEKİNAY, Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1993.