

YARGITAY HUKUK GENEL
KURULU'NUN 22.3.2017 TARİH,
2017/4-1334 ESAS VE 2017/545
KARAR SAYILI KARARI ÜZERİNE
ELEŞTİREL BİR YAKLAŞIM*

Prof. Dr. Bilge ÖZTAN**

Yrd. Doç. Dr. Hatice Tolunay OZANEMRE YAYLA***

Makalenin Geldiği Tarih: 26.08.2017 Kabul Tarihi: 06.09.2017

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

** Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı (Emekli Öğretim Üyesi)

*** Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı (Öğretim Üyesi)

ÖZ

Eşlerden birinin evlilik birliğinin getirdiği yükümlülüklerden biri olan “sadakat yükümlülüğü”nü ihlâl etmesi hâlinde, diğer eşin, eşiyile birliktelik kurmuş olan üçüncü kişiye karşı tazminat dâvası açma hakkına sahip olup olmadığı ve bu çerçevede, gerek yükümlülüğünü ihlâl eden eşin gerek üçüncü kişinin, sadakat yükümlülüğünün ihlâli nedeniyle zarar gören eşe karşı sorumlulukları özellikle Yargıtay Kararları çerçevesinde yeknesak olmaktan uzaktır. Yargıtay, vermiş olduğu bir Hukuk Genel Kurulu Kararı’nda (22.3.2017 t., 2017/4-1334 E. ve 2017/545 K.), sadakat yükümlülüğünün ihlâlinde, evli kişiyle cinsel birliktelik yaşayan üçüncü kişinin, yükümlülüğün ihlâlinden zarar gören eşe tazminat ödemesi gerektiğine çeşitli gerekçelerle karar vermiştir.

Bu çerçevede çalışmada, ilgili Yargıtay Kararında yer alan hukuki dayanakların irdelenmesiyle, sadakat yükümlülüğünün ihlâlinde, yükümlülüğü ihlâl eden eş ile üçüncü kişinin hukuki açıdan sorumluluk durumları aydınlatılmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sadakat yükümlülüğü, Evlilik dışı ilişki, Yargıtay Kararı, Sosyal kişilik değerleri, Tazminat sorumluluğu.

A CRITICAL APPROACH TO THE VERDICT OF SUPREME
COURT ASSEMBLY OF CIVIL CHAMBERS THAT DATED
22.3.2017, BASIS NO 2017/4-1334 AND VERDİCT NO 2017/545

ABSTRACT

In case one of the spouses violates the “duty of loyalty” that is one of the duties to be caused by the union of marriage, if the other spouse has the right to sue the third person having affair with the spouse, and the liabilities of either the spouse violating the duty or the third person on account of the violation of the duty of loyalty have been far from uniformity in the verdicts of the Supreme Court. In a verdict of the Supreme Court Assembly of Civil Chambers (dated 22.3.2017, 2017/4-1334 B. and 2017/545 V.), it was finalised that third person who had sexual intercourse with a married person requires to pay compensation to the spouse who is damaged due to the violation of the duty of loyalty on several grounds.

In this paper where there is such a framework, the legal grounds in related verdicts of the Supreme Court will be examined to be able to clarify the legal obligations of the spouse violating the duty of loyalty and third person in case of the violation of the duty of loyalty.

Keywords: Duty of Loyalty, Illicit Cohabitation, Verdict of the Supreme Court, Social Personality Values, Liability to Damage.

Giriş

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 22.3.2017 tarihinde vermiş olduğu bir Kararda (2017/1334 Esas ve 2017/545 Karar sayılı K.^[1]), evli bir erkekle ilişki yaşayan kadının, erkeğin eşinin talebi üzerine, bu eş tazminat ödemesine karar vermişti. Bu Kararda esas itibariyle Yargıtay, daha evvel 2010 yılında verilen bir Hukuk Genel Kurulu Kararında^[2] yer alan gerekçelere dayanmış bulunmaktaydı. Aşağıda ayrıntılı olarak ele alınan bu gerekçeler, genel itibariyle üçüncü kişinin davranışının, eşin kişilik haklarına ahlâka aykırı bir davranışta bulunmak suretiyle saldırıda bulunulduğuna, bunun da bir haksız fiil teşkil ettiğine ilişkindi. Yargıtay, 2017 yılında verdiği ve bu çalışmaya konu teşkil eden Hukuk Genel Kurulu Kararında da, aşağıda ayrıntılarıyla ele alınacak olan ve haklı gerekçelere dayanan aksi görüşe rağmen, evli bir kişiyle cinsel birliktelik yaşayan üçüncü kişinin bu davranışının, eşin evlilik birliği dolayısıyla söz konusu olan sadakat yükümlülüğünün ihlâli kapsamında, bilerek evli bir kişiyle cinsel ilişki kurması nedeniyle yasalar ve örf ve âdet hukuku tarafından korunmayan haksız bir davranış olduğu ve bu nedenle de bir haksız fiil teşkil ettiği kabul edilmiş; bu bağlamda ayrıca evli kişiyle birlikte olma davranışı bakımından, zarar gören diğer eşe karşı, birlikte olduğu eşle birlikte üçüncü kişinin de müteselsilen sorumlu olduğu; üçüncü kişinin sorumluluğunun da bu çerçevede ahlâka aykırı fiil bağlamında haksız fiile dayandığı kabul edilmiştir.

Oysa daha önce verilen bir Yargıtay Kararında^[3], evli bir kişiyle birlikte olan üçüncü kişiye, diğer eşin yönelttiği tazminat talebi reddedilmiş bulunmaktaydı.

Bu çalışmada, bu çerçevede, anılan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nda yer alan gerekçeler, hukukî açıdan değerlendirilecektir.

-
- [1] <http://proxy.cankaya-elibrary.com:9797/MuseSessionID=0210d1j6w/MuseProtocol=http/MuseHost=www.kazanci.com/MusePath/kho2/ibb/giris.htm> (s.e.t.: 25.08.2017)
- [2] Yargıtay HGK, 24.3.2010 tarih, 2010/4-129 Esas, 2010/173 Karar <http://proxy.cankaya-elibrary.com:9797/MuseSessionID=0210d1j6w/MuseProtocol=http/MuseHost=www.kazanci.com/MusePath/kho2/ibb/giris.htm> (s.e.t.: 25.08.2017)
- [3] Yargıtay 4. HD, 7.5.2015 tarih, 2014/6538 Esas ve 2015/5839 Karar s. Karar <http://proxy.cankaya-elibrary.com:9797/MuseSessionID=0210d1j6w/MuseProtocol=http/MuseHost=www.kazanci.com/MusePath/kho2/ibb/giris.htm> (s.e.t.: 25.08.2017)

I. Çalışmaya Konu Olan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı ile Bu Kararla Bağlantılı Diğer Kararların İçeriği

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 22.3.2017 tarihinde vermiş olduğu Kararda^[4], evli kadının, kocasının evlilik dışı ilişki yaşadığı kadından, evlilik birliğini ihlâl ettiği, fiilinin sosyal kişilik haklarına bir saldırı teşkil ettiği gerekçeleriyle tazminat isteyebileceğini kabul etmiştir. Yargıtay bu tazminat talebini üçüncü kişinin haksız fiiline dayandırmıştır. Yargıtay'ın bu konuya ilişkin kararlarında bir yeknesaklık bulunmamaktadır. Nitekim bu hususa ilişkin ilk karar, 2010 yılında verilmiş ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu söz konusu Karar'da^[5] evlilik dışı ilişkiye girmiş kadının, evli kadına tazminat ödemesine karar vermişti. Yargıtay 4'üncü Hukuk Dairesi 2015 tarihinde verdiği başka bir Kararda^[6] ise, evli kadının, diğer kadından tazminat isteyemeyeceğine hükmetmişti.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2017 tarihinde verilen Hukuk Genel Kurulu Kararının da dayanağını oluşturan 2010 tarihli Kararında eşin üçüncü kişiye karşı açtığı mânevî tazminat dâvasını kabul ederken, şu gerekçelere dayanmıştı: Evli kişinin üçüncü kişiyle ilişki kurması, diğer eşin sosyal kişilik değerlerine saldırı niteliğindedir. Bu işleme katılan üçüncü kişinin davranışı da aynı niteliktedir. Dolayısıyla, bu eyleme katılan üçüncü kişi de fiile katılmayan üçüncü kişiye karşı tazminatla sorumludur. Dâvalı, dâvacının eşi ile evli olduğunu bilerek duygusal ve cinsel ilişkiye girdiği için, dâvalının sorumluluğu, davranışı ahlâk ve adaba aykırılıktan kaynaklanmakta ve yasal dayanağını haksız fiile ilişkin hükümlerden almaktadır. Bu nedenle, üçüncü kişi mânevî tazminat ödemekle yükümlü tutulmalıdır.

Kararda dikkat edilmesi gereken noktalar, Hukuk Genel Kurulu'nun, zina fiiline katılan üçüncü kişinin davranışını, diğer eşin sosyal kişilik değerlerine bir saldırı olarak nitelendirmesi; dolayısıyla üçüncü kişinin davranışını diğer eşin kişilik hakkına saldırı olarak kabul etmesidir. Kararda yer alan bir diğer nokta ise, dâvalının sorumluluğunun ahlâka ve âdaba aykırılık nedeniyle haksız fiil olarak değerlendirilmiş olmasıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu Kararda üçüncü kişinin davranışının, neden evli eşin kişilik hakkını ihlâl ettiğini açıklamamış; sadece sorumluluğun ahlâk ve âdaba aykırı davranışa dayandığına işaret etmişti; ayrıca, fiilin haksız fiil olduğunu kabul etmiş; fakat üçüncü kişinin fiilinin neden hukuka aykırı olduğu noktası üzerinde bir açıklama yapmamıştı. Bu kararda dayanak noktası olarak kabul edilmiş olan üçüncü kişinin fiilinde

[4] Bkz. dpn. 1

[5] Bkz. dpn. 2.

[6] Bkz. dpn. 3.

“kişilik hakkının ihlâli” ile “haksız fiil”in bulunduğu ilişkin önermelerin kabul edilebilir nitelikte olup olmadığı aşağıda incelenecektir.

Bu Kararın verilmesinden sonra, Yargıtay 4’üncü Hukuk Dairesi tarafından 2015 yılında verilen bir Kararda, eşin üçüncü kişi ile ilişkisinin haksız fiil sorumluluğu kapsamına dâhil olmaması gerektiği üzerinde durulmuştur. Bu görüşün isabetli olduğuna açıklamalar aşağıda yer almaktadır.

En son Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2017 tarihinde vermiş olduğu Kararda ise, Yargıtay, esas itibariyle 2010 tarihli Hukuk Genel Kurul Kararındaki görüşlere dayanmış bulunmaktadır. Nitekim bu Kararda dayanılan noktalar, şu şekilde toplanabilir: Kararda, üçüncü kişinin davranışının, evli eşin sosyal kişilik değerlerine saldırı olup olmadığı üzerinde durulmuş; eşlerin evlenmekle sadakat borcu altına olduğu kadar, aile birliğine karşı da sorumluluk altına girdikleri sonucuna varılmıştır. Üçüncü kişinin davranışının da, evli olduğunu bildiği bir kişiyle ilişkiye girmesi nedeniyle, yasalarca ve örf ve âdet hukukunca korunmayan haksız bir davranış olduğu ve açıkça haksız eylem niteliği taşıdığı sonucuna varılmıştır. Ayrıca dâvalı kadının da, evli eşin sadakatsizlik eylemine katılması nedeniyle gerçekleştirilmiş bulunan haksız fiilden diğer eşle birlikte ve müteselsilen sorumlu olduğu kabul edilmiştir. Sonuç olarak, dâvalının sorumluluğunun ahlâka aykırılık nedeniyle “haksız fiil”den kaynaklandığı ve bu nedenle yasal dayanağını haksız fiile ilişkin hükümlerden aldığı açıklanmıştır. Her ne kadar Kararda aksi görüş savunulmuş, Türk Medenî Kanunu’nun^[7] 185’inci hükmünün sadece eşler arasında hüküm ifade ettiği; eşlerin sadakat yükümlülüğünün mutlak değil, nispi bir hak olduğu; eylemin açık ve emredici bir kanun hükmüne aykırı olmadığı; ortada dâvalıya yönelik bir haksız fiil bulunmadığı; davranışın dâvacıya zarar verme kastını içermediği, ahlâka aykırılık unsurunun gerçekleşmesi için objektif ahlâka aykırılık unsurunun mevcut olması gerektiği; eylemde iştirak hâlinin söz konusu olamayacağı; dâvalının eyleminin kişilik değerlerine saldırı oluşturacak nitelikte olmadığı, bu nedenle kendisinin Borçlar Kanunu hükümlerine göre tazminat ödemekle yükümlü tutulamayacağı ve bu şekilde yasada olmayan bir sorumluluğun ihdas edilmesinin doğru olmadığı ileri sürülmüşse de^[8], Hukuk Genel Kurulu eş yararına tazminata karar vermiştir.

[7] 22.11.2001 kabul, 1.1.2002 yürürlük tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu (RG, 8.12.2001 t., S. 24607).

[8] Bu görüş öğretilerde de savunulmaktadır. Özellikle bkz. *Hegnauer, Cyril/Breitschmid, Peter*: Grundriss des Eherechts, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2000, N.15.32; *Oftinger, Karl/Stark, W. Emil*: Schweizerischer Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 5 Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 1995, § 16, N.134 vd.; *Schwenzer, Ingeborg*: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2009, s. 109, N.17.71; *Zeiter, Alexandra*: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht,

Bu şekilde mesele, son zamanlarda mahkeme kararlarını ve öğretiyi meşgul eden çözümü tartışmalı bir hukukî sorun hâlini almıştır.

II. Değerlendirmeler

Evli eşin, evlilik dışı ilişkiye katılmış olan üçüncü kişiden tazminat isteyip isteyemeyeceği sorununa, önce Türk Medenî Kanunu'nun 185'nci maddesindeki düzenlemenin hukukî mahiyetinin belirlenmesiyle başlamak yerinde olur. Bilindiği üzere, kanun koyucu Türk Medenî Kanunu'nun 185'inci maddesinin 2'nci fıkrası hükmünde, eşlerden evlilikte birbirlerine karşılıklı saygı, sevgi göstermelerini istemiş; bu maddenin üçüncü fıkrasında da eşlere sadakat yükümlülüğü yüklemiştir. Her eş, diğerinden sadakat yükümlülüğünü ihlâl edecek ilişkilerden kaçınmasını isteme hakkına "kanundan dolayı" (*ipso jure*) sahiptir. Kanun koyucu bu normu düzenlerken, eşler arasındaki ilişkilere karışmak istemediğinden, hükümde, düzenlediği bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi hâlinde taraflara uygulanacak bir yaptırım öngörmemiştir. Dolayısıyla düzenlenme tarzı itibariyle norm, yaptırımı olmayan bir eksik normdur^[9] (*lex imperfecta*).

Kanun koyucu, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin olarak Türk Medenî Kanunu'nun 195'inci maddesiyle, genel olarak evlilik birliğinin korunmasına ilişkin bir düzenlemeye gitmiştir. Bu düzenlemede, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi hâlinde, eşlerden birinin veya her ikisinin hâkimin müdahalesini isteyebilecekleri, bu hâlde ise hâkimin onları sadece uyarması, uzlaştırmaya çalışması ve eşlerin ortak rızaları ile uzman kişilerden yardım almalarının sağlanması gibi tedbirler üzerinde durulmuştur^[10].

2. Auflage, Herausgeber: Peter Breitschmid, Alexandra Rumo-Jungo, Schulthess Verlag AG, Zürich 2012, ZGB Art 159, N. 5; **Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 12. Bası, Vedat Kitapçılık Yayınları, İstanbul 2014, s. 259; **Öztaş, Bilge**: Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2015, s. 193; **Stark, Emile W.**: "Kann ein Dritter wegen Ehestörung zu Genugtuungszahlungen verpflichtet werden?" Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65 Geburtstag, Stämpfli Verlag AG, Bern 1986, s. 531; **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 287, dñn. 2; **Brückner, Christian**: Das Personenrecht des ZGB, Stämpfli Verlag AG, Zürich-Basel-Genf 2000, s. 140, N. 479; **Bucher, Andreas**: Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel-Genf-München 1999, s. 117, N. 471.

[9] **Serozan, Rona**: "Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümüne Aykırılıktan Ötürü Tazminat Talebine Yer olabilir mi?" İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Turhan ESENER'e Armağan, Cilt 15, Sayı 1, Ocak 2016, s. 452.

[10] **Dural, Mustafal Ögüz, Tufanl Gümüş, M. Alper**: Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, 4. Bası, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul 2011, s. 172, 173; **Kılıçoğlu, Ahmet, M.**: Aile Hukuku, 2. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2016, s. 265; **Öztaş**, s. 191. İsviçre Hukuku için bkz. **Padruitt, Willy**: Ehestörungsklage, Stämpfli Verlag AG, Bern 1954, s. 8 vd.; **Fankhauser, Rolandl Guilloid, Sarah**: Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch,

Türk Medenî Kanunu'nun 185'inci maddesinden de anlaşılacağı üzere, kanun koyucu maddeyi düzenlerken "Eşler, birlikte yaşamak ve birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmakla zorunludurlar" ifadesine yer vermiş ve böylelikle maddede öngörmüş olduğu yükümlükleri sadece eşlere yüklemiş, bu yükümlülüklerin eşler tarafından yerine getirilmesini aramıştır. Dolayısıyla, üçüncü kişiler açısından böyle bir yükümlülük söz konusu değildir. Bu itibarla madde düzenleme tarzı itibarıyla sadece eşlere yükümlülüğün yerine getirilmesini talep etme hakkı veren bir hükümdür^[11] ve bu şekilde, madde aracılığıyla eşler bakımından herkese karşı ileri sürülebilecek bir mutlak hak tanınmış değildir.^[12]

Türk Medenî Kanunu'nun 185'inci maddesi, Aile Hukuku Kitabı'nda yer alan bir hükümdür ve özel bir hükümdür. Kanun koyucu, burada, Aile Hukuku'nun özelliklerini gözönünde tutarak sadakat yükümlülüğüne ilişkin özel bir düzenlemeye gitmiştir. Aile Hukuku'ndaki bu özel düzenleme karşısında eşlerin Kanun'da öngörülen sadakat yükümlülüğünü yerine getirmemeleri durumunda Türk Borçlar Kanunu'ndaki^[13] hükümlere, dolayısıyla haksız fiil hükümlerine başvurulması gündeme gelmeyecektir. Aile Hukuku'nda düzenlenmiş olan "eşler arasında birbirlerine karşılıklı saygı, sevgi, özen gösterme, yardım etme, sadakat, aile onurunu koruma" gibi yükümlülüklerin hepsi, zorla yerine getirilmesi mümkün olmayan eksik yükümlülüklerdir^[14]. Kanun'da öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi hâlinde, evlilik birliğinin korunması için hangi tedbirlerin alınacağı, kanunkoyucu tarafından, Aile Hukuku'nda

Herausgeber: Andrea Büchler, Dominique Jakob, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel-Genf-München 2011, Art 171, N. 2 vd. özellikle N. 4, 5 ve 6; **Schwander, Ivo**: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser, 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014, Art 171, N. 9; **Hausheer, Heinz/Reusser, Ruth/Geiser, Thomas**: Berner Kommentar, Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, Art. 159-180 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Herausgeber: Heinz Hausheer, Stämpfli Verlag AG, Bern 1999, Art 172, N. 12 vd. özellikle N. 16; **Bräm, Verena**: "Der Schutz der ehelichen Gemeinschaft: Besonderheiten, Tendenzen, Widersprüche", Fam.Pra. ch, Stämpfli Verlag, Heft 3, 2006, s. 530; **Heberlein, Adrian/Bräm, Verena**: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Art. 1-456 ZGB, Herausgeber: Peter Breitschmid, Alexandra Rumo-Jungo, 2. Auflage, Schulthess Verlag AG, Zürich-Basel-Genf 2012, Art. 172, N. 1 vd.

[11] **Serozan**, Sadakat, s. 452; **Oğuzman/Öz**, s. 259.

[12] **Bräm, Verena**: Zürcher Kommentar, Bd. II/1c, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90-251 ZGB), 4. Auflage, Schulthess Verlag AG, Zürich 1998, Art. 159, N. 15.

[13] 11.1.2011 kabul, 1.7.2012 yürürlük tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (RG, 4.2.2011 t., S. 27836).

[14] **Oğuzman/Öz**, s. 259; **Serozan**, Sadakat, s. 452.

düzenlenen özel kurullarla ve sınırlı sayıda olmak üzere öngörülmüş; birliğin korunması için, Aile Hukuku Kitabı'nda yer verilen 195'inci madde aracılığıyla, açıkça evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi hâlinde, eşlerin ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilecekleri hükme bağlanmıştır. Hâkimin bu durumda alacağı tedbirler de yine aynı maddede belirtilmiştir. Bu çerçevede hâkim, eşlerin birlikte veya ayrı ayrı kendisine başvurması hâlinde, sadece eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır, onları uzlaştırmaya çalışır ve onların ortak rızası ile uzman kişilerden yardım ister; gerektiği takdirde, eşlerden birinin isteği üzerine kanunda öngörülen önlemleri alır. Maddenin açık ifadesinden de anlaşılacağı üzere, hâkim, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi hâlinde alınacak tedbirler için, Türk Borçlar Kanunu'ndaki hükümlere başvuramaz.^[15] Bu şekilde kanun koyucu, bilinçli olarak Aile Hukuku'nun özelliklerini gözönünde tutmak suretiyle bu hukuk dalına özgü kapalı ve katı çerçeve içinde tahdidî (*numerus clausus*) sayıda hüküm öngörmüştür. Özel hükmün varlığı hâlinde genel hükme başvurulamayacağı kuralı gereği, bu çerçeve, genel haksız fiil kurallarıyla genişletilemez. Çerçeve çatlatılamaz^[16].

Kanun koyucu, sadakat yükümlülüğünü ihlâl eden eşe karşı, diğer eşin boşanma dâvası açabileceğini ve ancak bu durumda Türk Medenî Kanunu'nun 174'üncü maddesindeki^[17] koşulların da oluşması şartıyla, mânevî tazminat istenebileceğini hükme bağlamıştır^[18]. Dolayısıyla Kanun'da, eşlerden birinin sadakat yükümlülüğünü ihlâl etmesi hâlinde, diğer eşe, evlilik birliği devâm ederken mânevî tazminat dâvası açma hakkı verilmemiştir.

Bu bağlamda mesele, sadakat yükümlülüğünü ihlâl eden eş ile birlikte olan üçüncü kişinin, diğer eşe karşı bir tazminat yükümlülüğü altına girip girmeyeceğidir.

Aile Hukuku'nda üçüncü kişinin davranışına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, üçüncü kişinin tazminatla yükümlü tutulup tutulmayacağı

[15] İlgili yükümlülüklerin ihlâli halinde Aile Hukuku'na özgü tedbirlerin veya boşanmanın gündeme gelebileceği hakkında bkz. CHK-*Zeiter*, ZGB Art. 159, N. 14.

[16] *Serozan*, Sadakat, s. 453.

[17] Türk Medenî Kanunu'nun "V. Boşanmada Tazminat ve Nafaka, 1. Maddî ve Mânevî Tazminat" kenar başlığını taşıyan ilgili 174'üncü maddesi şu ifadeyi taşımaktadır: "Mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan uygun bir maddî tazminat isteyebilir (f. 1). Boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevî tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir (f. 2)."

[18] *Jäggi, Peter*: "Vom Schutz der Ehehlichen Gemeinschaft" Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge, Band 7(1956), Erster Halbband, Helbing Lichtenhahn Verlag, s. 59.

doğrudan doğruya sorumluluk hukuku çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu durumda da üçüncü kişinin davranışı bakımından haksız fiilin unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediği hususu üzerinde durulmalıdır. Türk Borçlar Kanunu'nun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan hükme göre, "kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı tazminle yükümlüdür". O hâlde burada incelenmesi gereken husus, üçüncü kişinin davranışının hukuka aykırı olup olmadığıdır. Çünkü haklı olmayan her davranış, hukuka aykırı bir davranış değildir^[19].

Bu çerçevede üzerinde durulması gereken mesele, Türk Borçlar Kanunu'nun 49'uncu maddesi 1'inci fıkrasına göre, üçüncü kişinin tazminatla sorumlu tutulup tutulmayacağı, yani fiilin hukuka aykırı olup olmadığıdır. Yoksa Türk Borçlar Kanunu'nun 49'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan hükmün şartları gerçekleşmişse, kişinin tazminat ödemekle yükümlü tutulabileceği açıktır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 49'uncu maddesinin 2'nci fıkrasına göre "Ahlâka aykırı bir fiil ile başkasına kasten zarar veren bu zararı gidermekle yükümlüdür". Bu hâlde "zarar" kavramına mânevî zararın da dâhil olduğu şüphesizdir. Ancak, kanun koyucu, söz konusu hükme göre tazminat talep edilebilmesi için, ilk fıkra hükmünden farklı olarak iki şartın bir arada bulunmasını kesinlikle aramıştır.^[20] Bunlardan biri fiilin "ahlâka aykırı" olması, diğeri de failin "kast"ının bulunmasıdır. Ahlâka aykırılığın tespiti için objektif ahlâka aykırılık unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmalıdır.^[21] Hukuka aykırı fiillerde "kast"

[19] Aşağıda da ele alınacağı üzere, bir fiilin hukuka aykırı olduğunun kabul edilebilmesi için fiil sonucunda bir mutlak hakkın veya zilyetliğin ihlâl edilmiş olması ya da fiilin, o tür zararların ortaya çıkmasına engel olma amacı taşıyan bir koruma normuna aykırı olması gerekir.

[20] Önemle belirtilmelidir ki bu halde TBK m. 49/I hükmünün diğer şartları olan fiil, zarar ve nedensellik bağı, aynı şekilde TBK m. 49/II hükmü bakımından da aranacaktır. Bu konuda açıklama için bkz. *Brehm, Roland*: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, Herausgeber: Heinz Hausheer, Hans Peter Walter, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2013, Art. 41, N. 238; *Huguenin, Claire*: Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Auflage, Schulthess Verlag AG, Zürich 2014, N. 1958; *Schönenberger, Beat*: Kurzkommentar OR Art. 1-529, Herausgeber: Heinrich Honsell, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2008, Art. 41, N. 38; *Rey, Heinz*: Ausserverträgliches Haftpflichtrecht, 3. Auflage, Schulthess Verlag AG, Zürich Basel Genf 2003, § 6, N. 792; *Oğuzman/Öz*, s. 64.

[21] Bu çerçevede kişilerin bireysel ahlâk anlayışları değil, topluma egemen olan objektif ahlâk anlayışı esas alınır. BK-*Brehm*, OR Art. 41, N. 240 vd.; *Müller, Christoph*: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, Herausgeber: Andreas Furrer, Anton K. Schnyder, 2. Auflage, Schulthess Verlag AG, Zürich-Basel-Genf 2002, Art. 41, N. 55; *Honsell, Heinrich/Isenring, Bernhard/Kessler*,

unsurunun esas itibarıyla doğrudan kastı^[22] ve dolaylı kastı^[23] kapsadığı kabul edilmekle birlikte^[24], Türk Borçlar Kanunu'nun anılan 49'uncu maddesi 2'nci fıkrası hükmünde yer alan sorumluluğun söz konusu olabilmesi için fiili işleyen kişinin sırf belli bir kişiye zarar vermek amacıyla, başka bir ifadeyle belli bir kişinin bir zarara uğrayacağını bilerek ve uğramasını isteyerek^[25] ilgili ahlâka aykırı fiili işlemesi aranır.^[26] Bu çerçevede, ihlâl fiiline katılan üçüncü kişinin, bu fiili işlerken, kendi duygularını tatmin arzusu olmaksızın, sırf evli eşin acı, ıstırap çekmesine neden olmak amacıyla ilgili davranışı gerçekleştireceğinin kabulü de genel olarak hayatın normal akışına ters düşecektir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrası çerçevesinde haksız fiil sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için, davranışın hukuka aykırı

Martin A., Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2013, § 7, N. 4.

- [22] “Doğrudan kast” kavramına ilişkin açıklamalar için bkz. **Oftinger/Stark**, Bd. I, s. 219, dpn. 119; **Oftinger, Karl/Stark, Emil W.**: Schweizerisches Haftpflichtrecht Zweiter Band: Besonderer Teil–Erster Teilband: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung, 4. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 1995, s. 8, N. 23; Bd. II/1, s. 70, dpn. 315; **BeK-Brehm**, OR Art. 41, N. 193; **Huguenin**, OR AT/BT, N. 1976; **Keller, Alfred**: Haftpflicht im Privatrecht, Band I, 6. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2002, s. 118.
- [23] “Dolaylı kast” kavramına ilişkin açıklamalar için bkz. **Honsell/Isenring/Kessler**, § 6, N. 30; **CHK-Müller**, OR Art. 41, N. 14; **BeK-Brehm**, OR Art. 41, N. 195; **Huguenin**, N. 1976; **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 575; **Oğuzman/Öz**, s. 55.
- [24] Özel hukukta kast kavramının hem doğrudan hem dolaylı kastı kapsadığı hakkında bkz. **Oftinger/Stark**, Bd. I, s. 219, dpn. 119; **Honsell/Isenring/Kessler**, § 6, N. 30; **CHK-Müller**, OR Art. 41, N. 14; **Huguenin**, OR AT/BT, N. 1976; **Keller**, s. 118; **Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre**: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 3. Bası, Vedat Kitapçılık Yayınları, İstanbul, 2015, § 18, N. 11; **Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/Altop, Atilla**, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Filiz Kitabevi Yayınları, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 493; **Oğuzman/Öz**, s. 55. Önemle belirtilmelidir ki, ahlâka aykırı fiillerden sorumluluk bir tarafa bırakılacak olursa, hukuka aykırı fiillerden sorumlulukta, kastın varlığında, hangi derecesinin bulunduğu önemi yoktur. Bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 493; **CHK-Müller**, OR Art. 41, N. 14.
- [25] Bu halde kastedilen doğrudan kastın birinci derecesi ve bu çerçevede belli bir zarar sonucunun doğacağı bilinerek ve bu zarar sonucunun doğması istenerek fiilin gerçekleştirilmesidir.
- [26] **Kılıçoğlu, Ahmet M.**; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2016, s. 296; **Serozan, Rona**, Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık Yayınları, İstanbul 2014, s. 240; **Eren**, s. 600; **Hatemi/Gökyayla**, § 15, N. 7, § 18, N. 15.

olması^[27] aranan unsurlardan biridir^[28]. Bir davranışın hukuka aykırılığı ise, bir mutlak hakkın ve bu çerçevede bir kişilik hakkının^[29] veya belli bir zarar sonucunun doğmasını engellemek üzere öngörölmüş bir davranış normunun ihlâli hâlinde söz konusu olur.^[30]

Türk Medenî Kanunu'nun 24'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında, bir kişilik hakkının ihlâli hâlinde uygulanacak yaptırım düzenlenmiş bulunmaktadır. İlgili hükme göre "Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir". Bir kişilik hakkının ihlâlinin bulunup bulunmadığını tespit edebilmek içinse, önce "kişilik hakkı" kavramının tanımlanması gerekir. Öğretide "kişilik hakkı" kavramı üzerinde değişik tanımlar yapılmıştır^[31]. Ancak, bütün bu tanımlarda müşterek olan hususlar, 'kişilik haklarının mutlak hak olduğu', bu nedenle de 'herkese

[27] Günümüzde hem Türk hem İsviçre Hukukları bakımından, hukuka aykırılık konusunda, objektif hukuka aykırılık teorisi kabul edilmektedir. Objektif hukuka aykırılık teorisinde, üçüncü kişinin hukukun korunması için menfaatine zarar veren davranış teorisinin çekirdeğini oluşturur. (Bkz. Bkz. BeK-*Brehm*, OR Art. 41, N. 33c; *Eren*, s. 584) Bu görüşe göre hukuka aykırılık kişilik hakkına veya malvarlığı hakkına zarar verilmesini engellemeye yönelik bir emir veya yasak içeren bir emredici kurala aykırılık halinde söz konusu olur. (Bkz. von Tuhr, *Andreas/Peter, Hans*: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Schulthess Verlag AG, Zürich 1979, s. 408, 409; BeK-*Brehm*, OR Art. 41, N. 33c; CHK-*Müller*, OR Art. 41, N. 42; *Keller*, s. 107; *Kılıçoğlu*, Borçlar, s. 295; *Eren*, s. 584) Sübjektif hukuka aykırılık teorisinde ise, zarar sonucunu doğuran her fiil, failin bu zararı vermek konusunda bir yetkisi bulunmuyorsa, hukuka aykırı olarak nitelendirilmektedir. Bu teorisinin İsviçre Hukuku'nda ortaya çıkışı ve daha önceleri bu görüşü savunan yazarlar hakkında bilgi için bkz. BK-*Becker*, OR Art. 41, N. 37; BeK-*Brehm*, OR Art. 41, N. 33e. Yine görüş hakkında bu yazarların yanı sıra ayrıca bkz. Görüşe ilişkin bu açıklama için bkz. *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 476; BaK-*Schnyder*, Art. 41, N. 32; *Rey*, § 6, N. 677; *Oftinger/Stark*, Bd. I, s. 171, dpn. 21; *Huguenin*, OR AT/BT, N. 1943.

[28] *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 475; *Oğuzman/Öz*, C. II, s. 11-12; *Honsell/Isenring/Kessler*, § 1, N. 5; *Huguenin*, OR AT/BT, N. 1843; *Keller*, s. 132.

[29] Mutlak hakların ihlâlinde hukuka aykırılığın söz konusu olması bağlamında mutlak hak kavramını açarak kişilik haklarının ihlâlinde hukuka aykırılığın söz konusu olacağı ifadesi için bkz. *Huguenin*, OR AT/BT, N. 1944; *Oftinger/Stark*, Bd. I, s. 176, N. 26; *Oğuzman/Öz*, s. 55.

[30] Bu bağlamda bir mutlak hakkın veya davranış normunun ihlâlinde hukuka aykırılığın söz konusu olacağı hakkında bkz. BeK-*Brehm*, OR Art. 41, N. 35, 37e; *Huguenin*, OR AT/BT, N. 1942, N. 1950, 1951; *Honsell/Isenring/Kessler*, § 4, N. 2 vd., N. 26 vd., özellikle N. 27a; *von Tuhr/Peter*, s. 409; *Keller*, s. 107 vd.; *Oğuzman/Öz*, s. 64; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 482.

[31] Değişik tanımlar için bkz. *Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Rumo-Jungo, Alexandra*: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage, Schulthess Verlag AG, Zürich-Basel-Genf 2002, s.76; *Hausbeer, Heinz/Aebi-Müller, Regina, E.*: Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2012, s.128; *Helvacı, Serap*: Gerçek Kişiler, Arıkan Yayınları, İstanbul 2006, s. 3.

karşı ileri sürülebildiği', 'kişiye, kişi olması nedeniyle tanındığı', bu özelliğin 'doğumla başlayıp ölümle sona erdiği', 'kişilik haklarının kullanımının sınırsız olmadığı', 'bir kimsenin kişilik haklarının sınırının diğer bir kimsenin kişilik haklarının başladığı yer olduğu'dur^[32].

Kişilik haklarının kapsamına, kişisel özgürlüğün dâhil olduğu Türk Medenî Kanun'un 23'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında^[33] açıkça vurgulanmıştır. "Kişisel özgürlük" ayrıca Anayasa'nın 17'nci maddesinde^[34] de garanti altına alınmıştır. Anayasa'nın 17'nci maddesi bir kimsenin kişiliğini serbestçe oluşturmasını, geliştirmesini hükme bağlamış; yine Anayasa'nın 13'üncü maddesi^[35], kişinin üçüncü kişilerle özgürce ilişki kurmasını güvence altına almış ve kişilerin ilişki kurmalarının sınırlarının yasayla ve ölçülülük ilkesi çerçevesinde belirleneceğini vurgulamıştır. Bu bağlamda, ölçülülük ilkesine ters düşecek ve yasaların sınırlarını aşacak şekilde kişi özgürlüğü sınırlanamayacaktır^[36].

Kişinin özgürlüğü cinsel özgürlüğünü de kapsadığından^[37], kişi, fiili ceza hukuku normlarına göre suç teşkil etmediği sürece, dilediği kişiyle cinsel ilişki kurma özgürlüğüne sahiptir. Bu özgürlük, sadakat yükümlülüğü aracılığıyla sınırlanamaz.

[32] Ayrıntılı bilgi için bkz. **Oğuzman, Kemall Selici, Özerl Oktay Özdemir, Saibe**: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 15. Bası, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul 2015, s. 135 vd.; özellikle, s. 154; **Helvacı**, s. 74 vd.

[33] TMK m. 23/II hükmü şu ifadeyi taşımaktadır: "Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez ve onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz."

[34] Anayasa'nın "I. Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı" kenar başlığını taşıyan 17'nci maddesi şu ifadeyi taşımaktadır: "Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir (1). Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz (2). Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz (3). (Değişik: 7.5.2004-5170/3 md.) Meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır (4)."

[35] Anayasa'nın "II. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlığını taşıyan ilgili 13'üncü maddesi "(Değişik: 3.10.2001-4709/2 md.) Temel hak ve hürriyetler, özlere dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

[36] **Serozan**, Sadakat, s. 454.

[37] **CHK-Aebi-Müller**, ZGB Art. 28, N. 11.

Kişi özgürlüğünün, bir kimsenin dilediği kişiyle ilişki kurma özgürlüğünü de kapsadığı noktasından hareket edildiğinde, her tür ilişki bakımından söz konusu ilişkiyi kurma hakkının kişilik hakkı olarak kabul edilmesinin mümkün olup olmadığı sorusunun yanıtlanması gerekir.

İnsanlar doğumlarından ölümlerine kadar pek çok ilişki içine girerler. Bu ilişkilerin bir kısmı insanların hayatı süresince devâm eder; bir kısmı ise zaman içinde sona erer. Bilindiği gibi, bir ilişkinin kurulması iki tarafın serbest iradelerine dayanır. Bu hâlde, bütün bu ilişkiler devâm etsin veya etmesin, ilişkinin kendisinin hukuken korunan bir değer olup olmadığı sorusunun yanıtlanması gerekir. Bu çerçevede acaba, söz konusu ilişkinin kendisi bir kişilik hakkı mıdır? Bir kimse bir kişiyle kurmuş olduğu ilişkiyi yaşamı boyunca devâm ettirmek zorunda mıdır? İlişki kurduğu kişi, karşı tarafı bu ilişkiyi devâm etmesi için zorlayabilir mi?

Bir kimse, bu ilişkiyi evlendiği kişi ile kurabileceği ve devâm ettirebileceği gibi, evli olsun veya olmasın üçüncü kişiyle de kurulabilir. Bir ilişkinin kurulması ve devâm ettirilmesi ilişkiye taraf olanların temel kişisel ilişki kurma özgürlüğüne dayanır. Kurulmuş olan bir ilişkinin sona erdirilmesi de yine her iki tarafın veya taraflardan birinin kişisel özgürlüğünü kullanmasıyla olur.

Evlilik birliğinde sadakat yükümlülüğünü ihlâl eden eş de, kişi olması nedeniyle, hukuken korunan bir kişilik alanına sahiptir. Bu husus görmezlikten gelinemez. Herkes, dolayısıyla evli eş de, kişilik alanına dâhil ilişkilerini suç teşkil etmemek kaydıyla dilediği gibi düzenleme özgürlüğüne sahiptir. Herkes bu ilişkisini eşiyile sürdürebileceği gibi, üçüncü bir kişiyle de sürdürebilir.^[38] İlişkinin ihlâlinin veya sona erdirilmesinin mağduru olan eşin kişilik haklarının sınırı, ilişkiyi ihlâl eden eşin kişilik haklarının başladığı yerdir. Hatta üçüncü kişinin kişilik hakkının başladığı yer de, yine mağdur olan eşin kişilik hakkı bakımından bir sınır oluşturur^[39].

Ahlâkî açıdan bakıldığında, ilişkiden zarar gören eşin kişilik hakkının, zarar veren eşin ilişki kurma özgürlüğüne dayalı kişilik hakkından ağır bastığı düşünülebilir. Ancak, burada sorulması gereken soru, kişinin Türk Medenî Kanunu'nun 23'üncü maddesinin 2'nci fıkrası hükmünde yer alan "hiç kimse özgürlüğünden vazgeçemez veya onları hukuka ve ahlâka aykırı olarak sınırlandırmaz" kuralı ile Anayasa'nın 17 ve 13'üncü maddelerinde vurgulanan hükümler karşısında, evlilikte kanun koyucunun öngördüğü sadakat yükümlülüğünün

[38] Stark, s. 523.

[39] Stark, s. 523.

hayat boyu devâm etmesi gerektiği, zira eşlerin başka kişilerle ilişki kurma haklarının sınırlandırılmış olduğu görüşünün hukuk mantığıyla örtüşüp örtüşmediğidir.

Hukuk düzeni de evlilik birliğiyle kurulan ilişkinin hayat boyu devâm etmesi gereğine karşı olumsuz bir tutum benimsemiştir. Nitekim, kanunkoyucu, Türk Medenî Kanunu'nun 23'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında, bu görüş doğrultusunda kural olarak kişilerin özgürlüklerinden vazgeçemeyecekleri^[40] hükmünü getirmiş; öte yandan yine Kanun'un 161-166'ncı maddelerinde eşlerin çeşitli nedenlerle evlilik birliğini sona erdirebileceklerini hükme bağlamış ve böylelikle eşlere, kurmuş oldukları evliliği ömür boyu devâm ettirme yükümlülüğü yüklememiş bulunmaktadır. Bu şekilde, eşlere, anlaşarak veya tek başlarına bu ilişkiyi devâm ettirmeme kararı alma imkânı Kanun'la tanınmıştır. Bu durumda belki eşin önce boşanma dâvası açması ve sonra bir üçüncü kişi ile ilişki kurması gerektiği görüşü ileri sürülebilir. Ancak bu görüşe dayanılacak olursa, bu durum mağdur eşe hiçbir yarar sağlamayacak, sadece eşin üçüncü kişiyle ilişki kurma süreci biraz uzamış olacak; cezaî bir bekleme süresi konmuş olacaktır.

Esasında, eşlerden birinin bu ilişkiyi ihlâl etmesi, sadece hukuk düzeni tarafından korunan kendi kişisel özgürlük alanı içinde kalan bir husustur. Bir diğer ifadeyle, eş, diğer eşin kişilik alanını ihlâl etmemektedir. Bir ilişkiyi özenle devâm ettirmek veya sona erdirmek her iki tarafa verilmiş bir haktır ve her iki tarafın kendi özgürlük alanına dâhildir. Eş bu ilişkiyi ihlâl etmekle, diğer eşin kişilik alanına müdahale etmiş olmamaktadır.

Üçüncü kişinin fiili de hukuk düzeni tarafından koruma altına alınmış olan kendi kişisel özgürlük alanı içinde kalır; üçüncü kişi de bu alan içinde ilişkilerini dilediği şekilde kurma hakkına sahiptir.^[41] Yukarıda da ifade edilmiş olduğu üzere, üçüncü kişinin kişilik alanının başladığı yerde, sadakat yükümlülüğünün ihlâlinde zarar gören eşin kişilik alanı sona erecektir.

Yukarıda da belirtilmiş olduğu üzere kişilik hakkı ve bu çerçevede, kişinin kişisel özgürlük alanı içinde ilişkilerini serbestçe kurma hakkı herkes için geçerli olduğundan, evlilik birliğini ihlâl eden eş için de geçerlidir.

Sadakat yükümlülüğünün ihlâlinin hukuka aykırı olduğu yolunda bir norm, Aile Hukuku normları arasında yer almamaktadır. Kanun koyucu, eşlerden birinin sadakat yükümlülüğünü ihlâl etmesi hâlinde, diğer eşe evlilik birliği

[40] *Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir*, s. 154; *Dural/Öğüz*, s. 146 vd. TMK m. 23 hükmünü karşılayan İsv.MK m. 27 çerçevesinde hiç kimsenin özgürlüğünden vazgeçemeyeceğine ilişkin olarak bkz. *CHK-Aebi-Müller*, ZGB Art. 27, N. 6.

[41] Cinsel ilişki kurma hakkının, kişinin kişilik haklarına dâhil olduğuna ilişkin olarak bkz. *CHK-Aebi-Müller*, ZGB Art. 28, N. 11.

içinde, davranışın durdurulmasına, önlenmesine yönelik bir dâva açma hakkı tanımamış^[42] olduğu gibi tazminat dâvası açma hakkı da vermemiştir. Hâlbuki bir davranış kişilik haklarına aykırılık nedeniyle hukuka aykırı ise, o davranışın durdurulmasının, önlenmesinin ve davranış nedeniyle uğranılan zarar bakımından tazminat talep edilebilmesinin mümkün olması gerekir. Norm böyle bir yaptırım öngörmüyorsa, o davranışı hukuka aykırı olarak kabul edilmesi mümkün değildir; çünkü bir davranışın hem kişilik haklarına aykırılık nedeniyle hukuka aykırı olduğunu kabul etmek, hem taraflara o davranışa karşı durdurma dâvası açma hakkı tanımamak hukuk mantığıyla bağdaşmaz. Kanun koyucu çok açık bir şekilde eşe, diğer eşin sadakat yükümlülüğünü ihlâl etmesi hâlinde ona karşı tazminat dâvası açma hakkını, ancak boşanma dâvası açması hâlinde ve Türk Medenî Kanunu'nun 174'üncü maddesinin 2'nci fıkrasındaki şartlar oluşmuşsa tanımış bulunmaktadır.

Türk Medenî Kanunu'nun 174'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında “boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan mânevî tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir” hükmüne yer verilmiştir. Burada sorulması gereken soru, söz konusu hükümde kanun koyucunun sadakat yükümlülüğünün ihlâlini, Türk Medenî Kanunu'nun 24'üncü maddesi anlamında bir kişilik hakkı olarak mı nitelendirmiş olduğudur. Yoksa Türk Medenî Kanun'un 174'üncü maddesinin 2'nci fıkrası özel bir koruma normu mudur? Bu çerçevede hükümde geçen “kişilik hakkının ihlâli” kavramının, Türk Medenî Kanunu'nun 24'üncü maddesindeki kişilik hakkı kavramından farklı bir içeriğe sahip olduğunun kabul edilmesi mümkün müdür?

Sadakat yükümlülüğünü ihlâl eden eşle birlikte olan üçüncü kişinin, bu davranışıyla, eşler arasındaki ailevî ilişkilerin bozulmasına neden olduğu yahut katkıda bulunduğu şüphesizdir. Çünkü, eşlerden birinin üçüncü kişiyle kurduğu böyle bir ilişkinin eşler arasındaki güven duygusunu sarsması kaçınılmazdır. Sadakat yükümlülüğünü ihlâl etmemiş olan eşin bu ihlâl dolayısıyla mânevî açıdan zarar görmüş olması, üzüntü duymuş olması mümkündür. Ancak eşin davranışının haklı olmayışı, o davranışın mutlaka Türk Borçlar Kanunu'nun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrası anlamında hukuka aykırı olması sonucunu yaratmaz. Bir ilişkinin bozulması sonucunu doğuran davranış, her zaman o

[42] Eşlerden birinin sadakat yükümlülüğünü ihlâl etmesi hâlinde, yükümlülüğü ihlâl eden eş aleyhine diğer eşin TMK m. 24/I hükmünü karşılayan İsv.MK m. 28/I hükmünde yer alan korumadan yararlanamayacağı, başka bir ifadeyle saldırının durdurulması talebinde bulunamayacağı hakkında bkz. BK-*Hausbeer/Reusser/Geiser*, Vorbem. zu ZGB Art. 171, N. 24 vd; ZK-*Bräm*, ZGB Art. 159, N. 69; *Hegnauer/Breitschmid*, N. 15.27.

fiilin aynı zamanda hukuka aykırı olması anlamına gelmez^[43]. Türk Medenî Kanunu'nun 185'inci maddesi, yukarıda da vurgulanmış olduğu gibi, Aile Hukuku'na özgü özel bir hükümdür. İlgili hüküm bu çerçevede yaptırımı olmayan, bir diğer ifadeyle eksik bir hükümdür ve sadece eşler arasında uygulanacağı öngörülen bir hükümdür. Bu hüküm sadakat yükümlülüğünün ihlâli hâli bakımından bir yaptırım getirmemiştir. O hâlde, yukarıda da belirtilmiş olduğu üzere, bir eylemin durdurulması için, durdurma dâvası açma imkânı kanun koyucu tarafından düzenlenmemişse, kanun koyucu bunu istememişse, o eylemin kişilik haklarına aykırılık nedeniyle hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi hukuk kurallarıyla bağdaşmaz.^[44] Kanun koyucu Türk Medenî Kanunu'nun 185'inci ve devâmı maddelerinde, sadakat yükümlülüğünün ihlâli hâlinde, durdurma dâvasının veya eşe karşı tazminat dâvasının açılmasını istememiştir. Kanun koyucu Aile Hukuku'nda müessesenin kendine özgü yapısı nedeniyle, bu müessesenin mahiyetine uygun özel hükümler öngörmüştür. Bu hükümler sınırlı sayıdadır; artırılmaz. Dolayısıyla, mevcut hükümleri atlayarak veya bu hükümleri Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan haksız fiil hükümlerini de dâhil ederek genişletmek, aile kurumunun hukukî mahiyeti ile bağdaşmaz.

Sonuç itibarıyla sadakat yükümlülüğünün ihlâl eden eşin fiili hukuka aykırı bir fiil olarak nitelendirilemez.

Burada ilişkiyi kuran eşin davranışı kendi kişisel özgürlüğüne dayanırken ve bu ilişki zorunlu olarak tek yanlı olmayıp üçüncü bir kişinin fiilini de gerektirdiğinden, üçüncü kişinin fiili de haksız fiil olarak nitelendirilemeyecektir. Aksinin kabulü hukuk mantığıyla bağdaşmaz. Bu çerçevede, bir fiili, fiile katılanlardan biri için farklı, bir diğeri için farklı şekilde nitelemek kabul edilebilir bir çözüm şekli olamaz.^[45] Ayrıca, sadakat yükümlülüğünün ihlâl etmemiş olan eşin, sadakat yükümlülüğünü ihlâl etmiş eşine karşı, daha evlilik birliği devâm ederken bir yaptırım uygulanmasını talep etmesi mümkün değilken, aynı fiile ortak olan üçüncü kişiye karşı yaptırım uygulanmasını talep etme hakkına sahip

[43] Bu durum esas itibarıyla, objektif hukuka aykırılık çerçevesinde hukuka aykırılığın ancak bir mutlak hak veya zilyetlik yahut bir koruma normu ihlâl edilmişse söz konusu olacağına ilişkin kabulün bir sonucudur. Hukuka aykırılığın belirlenmesinde objektif hukuka aykırılığın esas alınacağı kabul edilmektedir. Bkz. *Oftinger/Stark*, Bd. I, s. 174, N. 22; *BeK-Brehm*, OR Art. 41, N. 33c; *Huguenin*, OR AT/BT, N. 1942; *CHK-Müller*, OR Art. 41, N. 43; *Honsell/Isewring/Kessler*, § 4, N. 1; *Oğuzman/Öz*, s. 64; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 476.

[44] *BK-Hausbeer/Reusser/Geiser*, ZGB Art. 159, N. 12.

[45] Bir fiilin, fiile katılanlardan biri için hukuka uygun diğer için hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi, ancak fiile katılanlardan birinin fiili bakımından bir hukuka uygunluk nedeni mevcutsa söz konusu olur. Sadakat yükümlülüğünün ihlâl eden eşin bu fiilinin hukuka aykırı olmaması ise, bir hukuka uygunluk sebebinden kaynaklanmamaktadır.

olduğunun kabul edilmesi, eşitlik ilkesine de açıkça aykırıdır.^[46] Bu bağlamda, sadakat yükümlülüğünün ihlâli nedeniyle zarar gören eş, üçüncü kişiye karşı evlilik birliğinin ihlâli fiiline dayanarak tazminat dâvası açamaz.

Türk Medenî Kanunu'nun 174'üncü maddesinin 2'nci fıkrası, boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan tarafın, diğer eşten mânevî tazminat isteyebileceğini öngörmüştür. Maddenin yorumundan, her eşin diğer eşe karşı olan ilişkisinin ve bu çerçevede sadakat yükümlülüğünün bir kişilik hakkı olduğu sonucu çıkarılır ve bu yorumdan hareket edilecek olursa, Türk Medenî Kanunu'nun 174'üncü maddesinin 2'nci fıkrasının, Türk Medenî Kanunu'nun 24'üncü ve Türk Borçlar Kanunu'nun 58'inci maddelerinin bir uygulaması olduğu sonucuna varılır. Bu düşünce tarzından hareket edildiğinde ise, Türk Medenî Kanunu'nun 174'üncü maddesinin 2'nci fıkrası hükmü aşılırsa, Türk Medenî Kanunu'nun 24'üncü ve Türk Borçlar Kanunu'nun 58'inci maddelerine^[47] göre, üçüncü kişinin davranışının da hukuka aykırı olduğu sonucuna varılacaktır. Ancak, bu görüş benimsenecek olursa, yukarıda belirtilen kişilik kavramının tanımından, kişinin davranış özgürlüğü yolunda kanun koyucunun vurguladığı değer hükümlerinden ayrılmış olur.

Her şeyden önce, Türk Medenî Kanunu'nun 174'üncü maddesinin 2'nci fıkrası hükmünde öngörülen düzenlemeyle, sadece boşanma dâvası nedeniyle, kişilik hakları ihlâl edilen eşe mânevî tazminat talep etmek hususunda bir hak tanınmıştır. Hâkimin evlilik birliğini sona erdirmeyip, ayrılık kararı vermesi durumunda ise, eşin bu şekilde diğer eşten tazminat talep etme hakkı söz konusu değildir. Aynı şekilde yukarıda da ifade edilmiş olduğu üzere Türk Medenî Kanunu'nun 197'nci maddesinde, eşe, ortak hayat sebebiyle kişiliğinin, ekonomik güvenliğinin veya aile huzurunun ciddî biçimde tehlikeye düşmesi hâli bakımından, ayrı yaşama hakkı tanınmışken, tazminat talep etme hakkı öngörülmemiştir.

Eşler arasındaki sadakat ilişkisi özel bir kişilik hakkı olarak kabul edilecek, bir diğer deyişle eşler arasındaki sadakat ilişkisinin bir kişilik hakkı olarak diğer eşin kişisel özgürlüğü ile sınırlanmadığı kabul edilecek olursa, o zaman da şu sonuca varılması gerekir: Eşler arasındaki sadakat ilişkisinin ihlâli, eğer bir

[46] *Serozan*, Sadakat, s. 455.

[47] "3. Kişilik hakkının zedelenmesi" kenar başlığını taşıyan TBK m. 58 şu ifadeyi taşımaktadır: "Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevî zarara karşılık manevî tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir (f. 1). Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir (f. 2)."

kişilik hakkının ihlâli ise, o ilişkinin ihlâli sadece boşanmanın gerçekleşmesi hâlinde tazminata yol açmamalıdır. Çünkü fiil hukuka aykırıysa, boşanma dâvası açılmadan önce de hukuka aykırıdır. Bir fiilin hukuka aykırılığı, kişinin hukukî değerlerini ihlâl etmesi hâlinde söz konusu olur^[48]. Bu çerçevede eğer, zarara neden olan fiil bakımından bir hukuka uygunluk nedeni mevcutsa, fiilin hukuka uygun olduğu kabul edilir.^[49] Hukuka uygunluk nedenleri, zarar gören kişinin rızası ile zarar veren kişinin üstün bir menfaatinin bulunması hâlleridir(TMK 24/II). Burada, mesele ile ilgili sorulması gereken soru şudur: Sadakat yükümlülüğünün ihlâli, kişilik hakkının ihlâli hâllerinden biri olarak kabul edilecek olursa, evlilik birliğinin boşanmayla sonuçlanmasına gidilmediği durumlarda, bu ihlâl hukuka uygun olarak mı kabul edilecektir? Bir diğer ifadeyle aynı fiil evlilik birliği devâm ettiği süre içinde hukuka uygun, boşanma dâvası açıldığında hukuka aykırı olarak mı nitelendirilecektir?

Fiilin hukuka uygun olması sonucunu doğuran nedenlerden biri, zarar görenin fiile rıza göstermiş olmasıdır. Bu durumda, acaba, boşanma dâvası açılmaması, diğer eş tarafından fiile rıza gösterilmiş olduğu şeklinde yorumlanıp, sadakat ilişkisinin ihlâli hâlinde, bu fiilin hukuka uygun olduğunun kabul edilmesi, hukuk mantığıyla bağdaştırılabilecek midir? Ayrıca, eşin sadakat ilişkisinin ihlâline boşanma dâvası açmamak suretiyle rıza göstermiş sayılması, öğretide ve mahkeme kararlarında reddedilmektedir.

Fiili hukuka uygun hâle getiren bir diğer neden, zarar veren kişinin üstün yararının bulunmasıdır (TMK m. 24/II). Sadakat yükümlülüğünün ihlâlinde böyle bir durumun söz konusu olmayacağı ise açıktır.

Öğretide ileri sürülen bir diğer düşünce^[50], dogmatik bir ihtimâl olarak eşler arasındaki kişisel ilişkilerin Türk Medenî Kanunu'nun 24'üncü maddesi kapsamında korunan bir hukukî değer(kişilik hakkı) olarak yapılandırılmasının mümkün olup olmadığına ilişkindir. Bu düşünce kabul edilecek olursa, her eşe Türk Medenî Kanunu'nun 174'üncü maddesinin 2'nci fıkrası aşılacak suretiyle, yine Kanun'un 24'üncü ve Türk Borçlar Kanunu'nun 58'inci maddelerindeki hükümlere göre, bir hak tanımak gerekir. Bu durumda da sadakat yükümlü-

[48] *Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan*: Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2016, s. 149, N. 741. Bir fiilin ne zaman hukuka aykırı sayılacağına ilişkin olarak ayrıca bkz. *von Tuhr/Peter*, s. 409; *Keller*, s. 107 vd; BeK-*Brehm*, OR Art. 41, N. 35, 37e; *Huguenin*, OR AT/BT, N. 1942, N. 1950, 1951; *Honsell/Isenring/Kessler*, § 4, N. 2 vd., N. 26 vd, özellikle N. 27a; *Oğuzman/Öz*, s. 64; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 482.

[49] *von Tuhr/Peter*, s. 416 vd; *Rey*, § 6, N. 758 vd; BK-*Brehm*, OR, Art. 41, N. 60 vd; *Keller*, s. 111 vd; *Eren*, s. 601 vd. Kişilik hakkına saldırı niteliğindeki fiillerde hukuka uygunluk sebepleri için bkz. CHK-*Aebi-Müller*, ZGB Art. 28, N. 30 vd.

[50] *Stark*, s. 530.

lüğünü ihlâl eden eşe karşı, diğer eş, evlilik birliği devâm ederken de tazminat dâvası açabilecektir. Bu çözüm yolu benimsenecek olursa, eş, evlilik birliği devâm ettiği süre içinde Türk Medenî Kanunu'nun 24'üncü ve Türk Borçlar Kanunu'nun 58'inci maddelerindeki hükümlere göre; boşanma hâlinde ise Türk Medenî Kanunu'nun 174'üncü maddesinin 2'nci fıkrası hükmüne göre tazminat talep edebilecektir.

Bu görüşün kabulü hâlinde, Türk Medenî Kanunu'nun 174'üncü maddesinin 2'nci fıkrası hükmünün bir anlamı kalmayacak; maddenin içi boşaltılmış olacaktır. Bu ise yürürlükteki Kanun ile bağdaştırılamaz.

Öğretide ve uygulamada kabul edilen görüşe göre, sadakat yükümlülüğünü ihlâl eden eşten sadakat yükümlülüğünün ihlâli nedeniyle sadece Türk Medenî Kanunu'nun 174'üncü maddesinin 2'nci fıkrası hükmünde yer alan koşulların oluşması şartıyla, açılmış bir boşanma dâvası sırasında mânevî tazminat talep edilebilir^[51]. Bu çerçevede, Türk Medenî Kanunu'nun 24'üncü^[52] ve Türk Borçlar Kanunu'nun 58'inci maddeleri, eşlerden birinin sadakat yükümlülüğünü ihlâl etmesi hâlinde uygulama alanı bulmayacaktır. Türk Medenî Kanunu'nun 174'üncü maddesinin 2'nci fıkrası hükmünde düzenlenmiş olan tazminat yükümlülüğü, sorumluluk hukuku anlamında bir hukukî yararın (kişilik hakkının) ihlâlüne dayanmamaktadır. Türk Medenî Kanun'un 174'üncü maddesinin 2'nci fıkrası hükmü, daha ziyade Aile Hukuku'na özgü, özel bir hükümdür ve söz konusu hükümde öngörülmüş olan hukuki yarar (kişilik hakkı), diğer eşin kişisel özgürlüğünü sınırlamaz.^[53]

Üzerinde durulması gereken bir diğer mesele, eşin sadakat ilişkisini ihlâl fiiline katılan üçüncü kişinin bu davranışının Aile Hukuku hükümleri ile çatışıp çatışmadığıdır.

Türk Medenî Kanunu'nun 185'inci maddesinin 3'üncü fıkrası hükmü, yukarıda da birçok kereler tekrar edildiği üzere, evlilik birliği devâm ederken eşler arasında sadakat yükümlülüğünün ihlâli hâlini düzenleyen bir hükümdür. Bu yükümlülük evlilik birliğinin kurulmasıyla başlar ve evlilik birliğinin sona ermesiyle de son bulur. Evlilik birliğinin ölümle, boşanma ile sona ermesi arasında fark yoktur. Kısaca eşler arasında öngörülen sadakat ilişkisi kişilik

[51] *Stark*, s. 530

[52] TMK m. 24 hükmünü karşılayan İsv.MK m. 28 hükmünün evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin ihlâlinde gündeme gelmeyeceğine ilişkin olarak bkz. *Hegnauer/Breitschmid*, N. 15.27; *ZK-Bräm*, ZGB Art. 159, N. 69; *BK-Hausbeer/Reusser/Geiser*, Vorbem. zu ZGB Art. 171, N. 24 vd.

[53] *Stark*, s. 531.

hakkından kaynaklanan, yani kişiye kişi olması nedeniyle tanınan, doğumundan ölümüne kadar devâm eden, herkese karşı ileri sürülebilen bir hak değildir. Kanun koyucunun düzenlediği bu norm (TMK m. 185/III), özel bir normdur ve sadakat ilişkisinin ihlâli hâlinde, eşin boşanma dâvası açması durumunda, Türk Medenî Kanunu'nun 174'üncü maddesinin 2'nci fıkrası hükmünün aradığı şartlar oluşmuşsa, diğer eşten tazminat isteme hakkının bulunduğu düzenlendiği bir hükümdür.

Sadakat yükümlülüğünün ihlâli sadece eşler arasında geçerlidir. Türk Medenî Kanunu'nun 185'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında düzenlenmiş olan bu yükümlülüğün kapsamına üçüncü kişi dâhil edilemez.^[54] Ayrıca Aile Hukuku hükümleri arasında üçüncü kişinin fiilinin Borçlar Hukuku anlamında hukuka aykırı olduğuna ilişkin bir hüküm de yer almamaktadır. Sadakat yükümlülüğünü ihlâl eden eşin davranışı bile sorumluluk hukuku anlamında haksız fiil olarak kabul edilmezken, aynı fiile taraf olan üçüncü kişinin fiilini farklı bir şekilde nitelendirmek hukuk mantığı ile bağdaşmaz.

Ayrıca sadakat ilişkisinin herkese karşı ileri sürülebilen sınırsız bir kişilik hakkı olduğuna ilişkin bir dayanak noktası Aile Hukuku'ndaki hükümler arasında yer almamaktadır. Bu durumda, üçüncü kişinin fiilinin Türk Borçlar Kanunu'nun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrası anlamında hukuka aykırı fiil olarak nitelendirilebilmesine imkân yoktur.

Evlilik birliğini ihlâl eden eşin ve fiile iştirak eden üçüncü kişinin müteselsil sorumlu olup olmadıkları hususuna gelince, sadakatle yükümlü olan eş bu yükümlülüğü ihlâl etmiştir; dolayısıyla fiilde asıl sorumlu olan üçüncü kişi değildir. Evliliği ihlâl eden kişinin, yukarıda yapılan açıklamalarda yer alan bütün hususlar göz ardı edilerek üçüncü kişi olduğu kabul edilecek olursa, hem sadakat yükümlülüğünü ihlâl eden eşin hem de üçüncü kişinin müteselsil olarak sorumlu olmaları gerekir (TBK m. 61). Hâlbuki Türk Medenî Kanunu'nun 174'üncü maddesinin 2'nci fıkrası hükmüne göre sadakat yükümlülüğünü ihlâl eden eşe karşı tazminat dâvası ancak boşanma dâvasının açılması hâlinde mümkündür. Dolayısıyla üçüncü kişinin fiili haksız fiil olarak kabul edilecek olursa, bir yandan evlilik birliği devam ediyor olduğundan müteselsil sorumlu olan kişilerden birine dâva açılmıyor olması şeklinde, diğer yandan da üçüncü kişinin zararı tazmin ettiği takdirde fiili işleyen eşe rücu etme imkânına sahip olmaması şeklinde kabul edilmesi mümkün görünmeyen iki ayrı sonuç ortaya çıkacaktır.

[54] BK-*Hausheer/Reusser/Geiser*, ZGB Art. 159, N. 12; ZK-*Bräm*, Art. 159, N. 15.

Kişilik hakkı açısından evlilik birliğinde sadakat yükümlülüğünün ihlâlinde fiile katılan üçüncü kişinin bu davranışının Türk Borçlar Kanunu'nun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrası anlamında hukuka aykırı olarak nitelendirilemeyeceği, Aile Hukuku'nda da aksine bir düzenleme bulunmadığı ve durdurma dâvasının imkânsızlığı ile mânevî tazminatın kabulünün dogmatik olarak bir arada düşünülemeyeceği, Türk Medenî Kanun'un 174'üncü maddesinin 2'nci fıkrası hükmüne göre, mânevî tazminatın sadece boşanma dâvasının açılması hâlinde mümkün olduğu hususları gözönünde tutulursa, üçüncü kişiden tazminat istenemeyeceğinin kabulü gerekir.

Sonuç

Her eş, Türk Medenî Kanunu'nun 185'inci maddesinde yer alan düzenleme gereği diğer eşten sadakat yükümlülüğünü ihlâl edecek ilişkilerden kaçınmasını isteme hakkına sahiptir. Zira ilgili hükümde, eşlerin birbirlerine sadakat göstermeleri, yine eşlere bir yükümlülük olarak yüklenmiş ve yine Kanun'un 195'inci maddesinde de evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi hâlinde uygulanmak üzere, eşlerden birinin veya her ikisinin hâkimin müdahalesini isteyebilmesi, hâkimin onları sadece uyarması, uzlaştırmaya çalışması ve eşlerin ortak rızalarıyla uzman kişilerden yardım almalarının sağlanması gibi tedbirlere yer verilmiştir.

Bu çerçevede Türk Medenî Kanunu'nun anılan 185'inci maddesi, yaptırım olmayan, eksik norm teşkil eden bir hüküm içermektedir ve üçüncü kişilere değil, sadece eşlere yükümlülük yükleyen ve bu bağlamda eşler bakımından nispi hak yaratan bir hükümdür. Dolayısıyla eşlerin esas itibarıyla, sadakat yükümlülüğünden kaynaklı olarak üçüncü kişilere karşı ileri sürebilecekleri bir mutlak hakları söz konusu değildir.

Öte yandan Türk Medenî Kanunu'nun ilgili 185'inci maddesi, Kanun'un Aile Hukuku Kitabı'nda yer alan özel bir hükümdür. Kanun koyucu, burada, Aile Hukuku'nun özelliklerini gözönünde tutarak sadakat yükümlülüğüne ilişkin özel bir düzenlemeye gitmiştir. Aile Hukuku'ndaki bu özel düzenleme karşısında eşlerin Kanun'da öngörülen sadakat yükümlülüğünü yerine getirmeleri durumunda, Kanun'un 195'inci maddesinde özel olarak düzenlenmiş bir takım hususların gündeme gelebileceği düzenlenmiş olduğundan, evlilik birliği devâm ettiği müddetçe, Borçlar Kanunu'ndaki hükümlere, dolayısıyla haksız fiil hükümlerine başvurulması gündeme gelmeyecektir.

Kanun koyucu, sadakat yükümlülüğünü ihlâl eden eşe karşı, diğer eşin boşanma dâvası açabileceğini ve ancak bu durumda Türk Medenî Kanun'un

174'üncü maddesindeki şartlar oluşmuşsa, mânevî tazminat istenebileceğini hükme bağlamış olduğundan, eşlerden birinin sadakat yükümlülüğünü ihlâl etmesi hâlinde, evlilik birliği devâm ederken diğer eşin mânevî tazminat dâvası açması mümkün değildir.

Aile Hukuku'nda evli kişiyle birlikte olan kişinin bu davranışının sonuçlarına ilişkin özel bir hükme yer verilmiş olmadığından, üçüncü kişinin tazminatla yükümlü tutulup tutulmayacağı doğrudan doğruya sorumluluk hukuku çerçevesinde belirlenmelidir.

Bu hâlde üçüncü kişinin sorumlu tutulacağına ilişkin özel bir sorumluluk normu ihdas edilmiş değildir.

Üçüncü kişinin davranışı, Türk Borçlar Kanunu'nun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrası anlamında hukuka aykırı fiil olarak değerlendirilemez. Zira hukuka aykırılık olarak değerlendirilebilecek bir mutlak hak ihlâli veya sadece bu tür zararlar bakımından evli eşle birlikte olan kişinin tazminat ödemesini gerektiren özel bir koruma normu söz konusu değildir.

Bir mutlak hakkın ve bu çerçevede bir kişilik hakkının ihlâl edilmiş olmadığı sonucuna, bir yandan sadakat yükümlülüğünün sadece eşler bakımından getirilmiş bir yükümlülük olması nedeniyle ilgili yükümlülüğün nispi etkisinden; öte yandan, kişilerin evli veya evli olmayan kişilerle cinsel ilişki kurabilmelerine ilişkin özgürlüklerinden yola çıkılarak ulaşılmaktadır. Bu çerçevede, kişilerin istedikleri kişiyle ve bu bağlamda evli bir kişiyle cinsel ilişki kurabilmeye ilişkin Anayasal güvence kapsamında yer alan özgürlüğü, eşler arasında geçerli olan sadakat yükümlülüğü aracılığıyla, ölçsüz ve yasal olmayan bir şekilde sınırlandırmaz. Öte yandan hâlihazırda hiç kimse, yasal anlamda, kurduğu bir ilişkiyi ilâhiyene devâm ettirme yükümlülüğü altına konulamayacağından, sadakat yükümlülüğü eşler açısından bakıldığında dahi, onların diledikleri kişiyle cinsel ilişki kurma haklarını ortadan kaldıran bir hüküm olarak değerlendirilemez. Hâlihazırda kanun koyucu da evlilik birliğini muhakkak, eşler yaşadığı müddetçe devâm etmesi zorunlu bir birlik olarak telakki etmemiştir. Bu bağlamda evlilik birliğini devâm ettirmek veya sona erdirmek kanunla eşlere tanınmış bir hak olduğundan, sadakat yükümlülüğünü ihlâl eden eş, diğer eşin kişilik alanını ihlâl etmiş de olmamaktadır.

Üçüncü kişinin, evli kişiyle cinsel birliktelik kurmasının kişilik haklarının ihlâli kapsamında hukuka aykırı davranış olarak nitelendirilmesi önündeki bir diğer engel de, ilgili davranışın önlenmesi veya durdurulması için dâva açma imkânının Kanun'da düzenlenmemiş olmasıdır. Hâlbuki bir davranış hukuka

aykırı ise, o davranışın durdurulması, önlenmesi ve bu bağlamda tazminat talep edilebilmesi gerekir.

Üçüncü kişinin davranışı aracılığıyla eşler arasındaki ailevi ilişkiler zarar görmüş ve fiile katılmayan eş, bu ihlâl dolayısıyla mânevî açıdan zarar görmüş olabilir. Ancak eşin davranışının haklı olmayışı, o davranışın mutlaka Türk Borçlar Kanunu'nun 49'uncu maddesi anlamında hukuka aykırı olması sonucunu doğurmaz.

Türk Medenî Kanunu'nun 174'üncü maddesi 2'nci fıkrası hükmünde mânevî açıdan zarar gören eşe, sadece boşanma dâvası açması hâlinde mânevî tazminat talep etmek hususunda bir hak tanınmıştır. Hâkimin evlilik birliğini sona erdirmeyip, ayrılık kararı vermesi durumunda eşin böyle bir talep hakkı söz konusu değildir. Aynı şekilde Türk Medenî Kanun'un 197'nci maddesinde eşe, ortak hayat sebebiyle kişiliğinin, ekonomik güvenliğinin veya aile huzurunun ciddi biçimde tehlikeye düşmesi hâli bakımından, ayrı yaşama hakkı tanırken, tazminat talep etme hakkı tanınmamıştır. Bu nedenle, sadakat yükümlülüğünün "eşler arasında geçerli bir özel kişilik hakkı" olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir. Zira eş, evlilik birliği devâm ederken, diğer eşten sadakat yükümlülüğünün ihlâline dayanarak bir tazminat talep etme hakkına sahip değildir. Eğer sadakat yükümlülüğünün ihlâlinin eşin kişilik hakkını zedelediği kabul edilecek olursa, neden bu dâvanın evlilik birliği devâm ederken açılmadığı sorusu yanıtızsız kalacaktır. Zira bir davranış hukuka aykırıysa her durumda hukuka aykırıdır ve ilgili hukuka aykırı fiil sonucunda oluşan zararların tazminini talep etme imkânı verir. Bu hâlde boşanma dâvası açılmadığı için, eşin sadakat yükümlülüğünün ihlâli fiile rıza gösterdiği, bu nedenle de fiilin hukuka uygun hâle geldiği ve bu nedenle tazminat dâvasının açılmıyor olduğu görüşü de yerinde değildir. Zira bu görüş, "boşanma dâvası açılmamasının" sadakat yükümlülüğünün ihlâli hâli bakımından bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmesi gibi, kabulü mümkün olmayan bir sonuç yaratır. Bu bağlamda sadakat yükümlülüğünü ihlâl eden eş dahi, diğer eşin kişilik hakkını ihlâl etmiş sayılmayacağından, üçüncü kişinin fiilinin, fiile katılmayan eşin kişilik hakkının ihlâli nedeniyle hukuka aykırı olduğu da ileri sürülemez.

Öte yandan eşlerin sadakat yükümlülüğünün ihlâl edilmemesine ilişkin haklarının Türk Medenî Kanunu'nun 24'üncü maddesi çerçevesinde koruma altında bulunan bir kişilik hakkı olarak değerlendirilmesi de mümkün değildir. Zira bu görüşün kabulü, eşin boşanma dâvası açması gerekmeksizin, evlilik birliği devâm ederken Türk Borçlar Kanunu'nun 58'inci maddesi çerçevesinde tazminat dâvası açabileceğinin kabulü sonucunu doğurur ki bu da Türk Medenî Kanunu'nun 174'üncü maddesinin 2'nci fıkrası hükmünün boşa çıkarılması,

ilgili hükmün içinin boşaltılması anlamına geleceğinden mümkün değildir. Bu bağlamda Türk Medenî Kanunu'nun ilgili 174'üncü maddesi 2'nci fıkrası hükmü, kişilik hakkının ihlali nedeniyle tazminat sorumluluğunun düzenlendiği bir hüküm olmayıp, daha ziyade Aile Hukuku'na özgü özel bir hükümdür ve söz konusu hükümde öngörülmüş olan hukuki yarar, diğer eşin kişisel özgürlüğünü sınırlamaz.

Bu şekilde sadakat yükümlülüğünü ihlâl eden eşin davranışının bile sorumluluk hukuku anlamında hukuka aykırı bir fiil olarak kabul edilmesi mümkün değilken, aynı fiile taraf olan üçüncü kişinin fiilinin farklı bir şekilde nitelenmesi hukuk mantığıyla bağdaşmaz.

Evli kişiyle cinsel ilişki kuran kişinin bu davranışı nedeniyle Türk Borçlar Kanunu'nun 49'uncu maddesinin 2'nci fıkrası çerçevesinde sorumlu tutulması ise, ancak, üçüncü kişi, evli kişiyle, sırf fiile katılmayan eşe zarar vermek amacıyla cinsel birliktelik kurmuşsa söz konusu olacaktır. Zira ahlâka aykırı fiillerden sorumlulukta, özellikle bu şekilde taraflar arasında hüküm doğuran nispi etkili hukuki ilişkilerde zarar verme kastıyla hareket edilmiş olması şarttır.

Sonuç olarak, Yargıtay'ın, konuya ilişkin olarak, Türk Medenî Kanunu'nun 185'inci maddesi 3'üncü fıkrası hükmünün yaptırımsız bir norm olduğunu gözönünde tutması ve sadakat yükümlülüğü karşısında, kişilik hakkına, kişinin davranışlarını özgürce düzenlemesi temel değerlerine öncelik vermesinin kanun koyucunun iradesine daha uygun düşeceği kanaatini taşımaktayız.

KAYNAKÇA

Aebi-Müller, Regina E., Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Art. 1-456 ZGB, Herausgeber: Peter Breitschmid, Alexandra Rumo-Jungo, 2. Auflage, Schulthess Verlag AG, Zürich-Basel-Genf 2012.

Bräm, Verena: “Der Schutz der ehelichen Gemeinschaft: Besonderheiten, Tendenzen, Widersprüche”, Fam.Pra. ch, Stämpfli Verlag, Heft 3, 2006, s. 519- 575.

Bräm, Verena: Zürcher Kommentar, Bd. II/1c, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90-251 ZGB), 4. Auflage, Schulthess Verlag AG, Zürich 1998.

Brehm, Roland: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, Herausgeber: Heinz Hausheer, Hans Peter Walter, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2013.

Brückner, Christian: Das Personenrecht des ZGB, Stämpfli Verlag AG, Zürich-Basel-Genf 2000.

Bucher, Andreas: Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel-Genf-München 1999.

Dural, Mustafal Ögüz, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2016.

Dural, Mustafal Ögüz, Tufan/ Gümüş, M. Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, 4. Bası, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul 2011.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

Fankhauser, Roland/ Guillod, Sarah: Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Herausgeber: Andrea Büchler, Dominique Jakob, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel-Genf-München 2011.

Hatemi, Hüseyin/ Gökyayla, Emre: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 3. Bası, Vedat Kitapçılık Yayınları, İstanbul 2015.

Hausheer, Heinz/ Aebi-Müller, Regina, E.: Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2012.

Hausheer, Heinz/ Reusser, Ruth/ Geiser, Thomas: Berner Kommentar, Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, Art. 159-180 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch,

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.3.2017 Tarih, 2017/4-1334 Esas
Ve 2017/545 Karar Sayılı Kararı Üzerine Eleştirel Bir Yaklaşım

Das Familienrecht, Das Eherecht, Herausgeber: Heinz Hausheer, Stämpfli Verlag AG, Bern 1999.

Heberlein, Adrian/Bräm, Verena: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Art. 1-456 ZGB, Herausgeber: Peter Breitschmid, Alexandra Rumo-Jungo, 2. Auflage, Schulthess Verlag AG, Zürich-Basel-Genf 2012.

Hegnauer, Cyrill/Breitschmid, Peter: Grundriss des Eherechts, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2000.

Helvacı, Serap: Gerçek Kişiler, Arıkan Yayınları, İstanbul 2006.

Honsell, Heinrich/Isewring, Bernhard/Kessler, Martin A., Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2013.

Huguenin, Claire: Obligationenrecht, Allgemeiner und Besondererteil, 2. Auflage, Schulthess Verlag AG, Zürich 2014.

Jäggi, Peter: "Vom Schutz der Ehelichen Gemeinschaft" Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge, Band 7(1956), Erster Halbband, Helbing Lichtenhahn Verlag, s. 55-67.

Keller, Alfred: Haftpflicht im Privatrecht, Band I, 6. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2002.

Kılıçoğlu, Ahmet M.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2016. (Borçlar)

Kılıçoğlu, Ahmet, M.: Aile Hukuku, 2.Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2016, s. 265.

Müller, Christoph: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, Herausgeber: Andreas Furrer, Anton K. Schnyder, 2. Auflage, Schulthess Verlag AG, Zürich-Basel-Genf 2002.

Oftinger, Karl/Stark, Emil W.: Schweizerisches Haftpflichtrecht Zweiter Band: Besonderer Teil-Erster Teilband: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung, 4. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 1995, s. 8, N. 23; Bd. II/1, s. 70, dpn. 315.

Oftinger, Karl/Stark, W. Emil: Schweizerischer Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 5 Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 1995.

Oğuzman, Kemall/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 15. Bası, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul 2015.

Oğuzman, M. Kemall/Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 12. Bası, Vedat Kitapçılık Yayınları, İstanbul 2014, s. 259.

Öztañ, Bilge: Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2015.

Padrutt, Willy: Ehestörungsklage, Stämpfli Verlag AG, Bern 1954.

Rey, Heinz: Ausservederträgliches Haftpflichtrecht, 3. Auflage, Schulthess Verlag AG, Zürich Basel Genf 2003.

Schönenberger, Beat: Kurzkommentar OR Art. 1-529, Herausgeber: Heinrich Honsell, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2008.

Schwander, İvo: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser, 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014.

Schwenzler, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2009.

Serozan, Rona, Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık Yayınları, İstanbul 2014.

Serozan, Rona: “Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümüne Aykırılıktan Ötürü Tazminat Talebine Yer olabilir mi?” İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Turhan ESENER’e Armağan, Cilt 15, Sayı 1, Ocak 2016, s. 451-458. (*Sadakat*)

Stark, Emile, W: “Kann ein Dritter wegen Ehestörung zu Genugtuungszahlungen verpflichtet werden?” Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65 Geburtstag, Stämpfli Verlag AG, Bern 1986, s. 515-533.

Tekinay, Selahattin Sulbil/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/Altop, Atillâ, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Filiz Kitabevi Yayınları, 7. Bası, İstanbul 1993.

Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörgl/Rumo-Jungo, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage, Schulthess Verlag AG, Zürich-Basel-Genf, 2002.

von Tuhr, Andreas/Peter, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Schulthess Verlag AG, Zürich 1979.

Zeiter, Alexandra: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Auflage, Herausgeber: Peter Breitschmid, Alexandra Rumo-Jungo, Schulthess Verlag AG, Zürich 2012.