

*** EVLİLİK DURUMUNU BİLDİĞİ HALDE EVLİ BİR KİMSE İLE CİNSEL İLİŞKİ KURAN ÜÇÜNCÜ KİŞİ TAZMİNAT SORUMLUSU OLUR MU?**

(CAN A THIRD PERSON BE LIABLE FOR THE DAMAGES WHO ESTABLISHED SEXUAL RELATIONSHIP WITH A PERSON WHOM HE OR SHE KNOWS TO BE MARRIED?)

Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı * **

ÖZ

Yargıtay, 2018 yılında verdiği İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, üçüncü kişinin aldatılan eşe karşı sadakat yükümlüsü olmadığına, keza üçüncü kişinin aldatılan eşe karşı haksız fiil işlemiş sayılamayacağına, üçüncü kişiye aldatılan eşin kişilik hakkının ihlâlinden kaynaklanan bir sorumluluk yüklenemeyeceğine, aldatılan eşin yansına zararından da söz edilemeyeceğine ve TBK. 49/II hükmünün dahi üçüncü kişinin manevi tazminata mahkûm edilmesine dayanak olamayacağına karar vermiştir. Kanaatimizce, söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararı son derece isabetsizdir. Üçüncü kişinin aldatılan eşe karşı sadakat ile yükümlü olmadığı çok açıktır. Ancak aldatılan eşin şeref ve haysiyete ilişkin hakkının, TBK. 24 ve 25 anlamında kişilik haklarına dahil olduğu şüphesizdir. Üçüncü kişinin, evli olduğunu bildiği bir kişiyle cinsel birliktelik kurmasının, aldatılan eşin şeref ve haysiyetine ilişkin hakkını, aslında mutlak hakkını ihlal etmiş olması olayların büyük çoğunluğunda söz konusu olacaktır. Evlilik kurumu, bizim toplumumuzda, eşlere toplum içinde özel bir statü vermekte ve dolayısıyla sorumluluklar yüklemektedir. Söz konusu sorumluluklara aykırı hareket etmek, eşleri toplum içinde güç duruma düşüren ve onların manevi dünyasını yıkan niteliklere bürünebilir. Evlilik birliğinin sağladığı statü, eşlerin kişilik haklarının parçası olarak kabul edilmelidir. Bir kimsenin eşi ile, onun evli olduğunu bilerek cinsel ilişki kuran üçüncü kişi, doğrudan doğruya aldatılan eşin kişilik hakkına saldırmış olur. Dolayısıyla burada, yansına zararı değil, bizzat aldatılan

[#] Eserin Dergimize geliş tarihi: 17.01.2022. İlk hakem raporu tarihi: 15.03.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 20.07.2022. Onaylanma Tarihi: 20.07.2022.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölüm Başkanı

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-9757-258X

Esere Atf Şekli: Abdülkadir Arpacı, "Evlilik Durumunu Bildiği Halde Evli Bir Kimse İle Cinsel İlişki Kuran Üçüncü Kişi Tazminat Sorumlusu Olur Mu?", YÜHFD, C.XIX, 2022/Özel Sayı, s.27-41.

eşin şahsında oluşan manevi zarar söz konusudur. Kanaatimizce, bahsi geçen karar, başka bir içtihadı birleştirme kararı ile yürürlükten kaldırılmalıdır.

Anahtar sözcükler: Öteki kadın veya öteki erkek tazminatı, aldatılan eşin üçüncü kişiden tazminat istemi, aldatılan eşin kişilik hakkı

ABSTRACT

Turkish Supreme Court, in its 2018 decision of the joint chambers, has ruled that the third person is not obliged to be loyal to the spouse, and the third person shall not be deemed to have committed a tortious act against the deceived spouse, that the third person cannot be held responsible for the violation of the personality rights of the deceived spouse, and the compensation by way of reflection shall not be at stake and that even Art. 49/II of the Turkish Code of Obligation shall not be a basis for the third party to be condemned to moral damages. In our opinion, aforesaid decision of the joint chambers is highly inaccurate. It is quite obvious that the third person is not obliged to be loyal to the deceived spouse and the loyalty obligation belongs only to the spouse. However, there is no doubt that the deceived spouse's right to honour and dignity is included in the personal rights in terms of Art. 24 and 25 of the Turkish Code of Obligations. It will be the case in the vast majority of cases that the third person's sexual intercourse with a person whom he or she knows to be married violates the deceived spouse's right to honour and dignity, in fact, his or her absolute right. The institution of marriage, in our society, gives spouses a particular status in society and therefore imposes some responsibilities. Acting against the concerned responsibilities may put the spouses in difficult positions in the society and even destroy their spiritual world. The status provided by the marriage institution should be accepted as part of the personality rights of the spouses. A third person who has sexual relations with someone's spouse knowing that he or she is married directly attacks the personality of the spouse. Therefore, the issue here is not the compensation by way of reflection, but the moral damages inflicted on the deceived spouse himself or herself. In our opinion, concerned decision of the joint chambers shall be revoked with another decision of the joint chambers.

Keywords: *the other woman or man compensation, deceived spouse's claim for damages from the third person, personal rights of the deceived spouse*

I. Konunun Önemi

Mevzuat üretirken ve keza hukukî problemlere çözüm bulma çabası harcarken, “zaman ve zemin” kriterinin son derece önemli olduğu açıktır. Bunun gibi, dışarıdan kanun ithal ederken de söz konusu kriter aslâ gözardı edilemez. Aksi takdirde, halk ile mevzuat ve giderek hukuk düzeni barışık olamaz. Şâyet, halk ile hukuk arasında anlaşmazlık çıkarsa, bundan hem halk hem de hukuk zarar görür. Şu halde, başka ülkelerin kanun ve uygulamaları, keza yabancı mahkeme kararları, sırf bunlar “yabancı etiketli” oldukları için “sorgusuz sualsiz” benimsenirse, hukuka saygı açısından çok büyük sorunlar yaşanması kaçınılmaz olur. Her toplumun, kendine özgü hak, adalet ve ahlâk anlayışı vardır. Örf ve adetler, kabul tarzları her ülkede az veya çok değişiklik arzeder.

Meselâ, ülkemiz insanının başkalarının eşe veya kardeşe bakış tarzını bile hassasiyetle takip ettiğine, eşe veya anneye, kız kardeşe söylenen ve ağır olmayan bir sözü dahi önemli mesele saydığına şahit olurken, aynı davranış biçimlerinin birçok batı ülkesinde sıradan olaylar olarak karşılandığını görebilmekteyiz. Hatta, insanımızın son derece ağır karşıladığı bir sözün, anılan toplumlarda kolayca tolere edilebildiğini söylemeye bile gerek olmadığı orta yeredir. Elbette, bazı davranışlar her zaman ve her yerde kötü karşılanır. Bununla beraber, yukarıda varılan sonuçları doğrulayan çok örnek de vardır.

Görülüyor ki, hukuk kuralları, meselâ fizik kurallarının aksine, her zaman evrensel değildir. Hukukun, temel evrensel prensiplerden kayıtsız olduğu elbette aslâ söylenemeyecektir. Evrensel prensiplere dayanmayan pozitif hukuk düzenlemeleri elbette şiddetle eleştirilmelidir. Bu kabil kurallar kesinlikle doğru olmaz. Ancak, hukuk kurallarının ve hukukî içtihatların yukarıda açıklanmaya çalışılan yerel (lokal) olma özelliğine uyması gerektiği de ortadadır. Önemli olan, uygun ve âdil dengeyi, “altın orta”yı bulmaktır. Meseleye bu açıdan bakınca, YİBBGK’nun 06.07.2018 tarih ve E. 2017/5, K. 2018/7 sayılı kararını ele almak gerektiği sonucuna varılacaktır. Zira, Yüksek Mahkeme’nin bu kararında, evli bir kimse ile ve onun evli olduğunu bilerek cinsel ilişki kuran kişinin tazminat borçlusu olamayacağı kanaatine varılmak suretiyle son derece isabetsiz bir sonuca ulaşılmış, böylece, toplumu, onun konuya ilişkin telâkileri açısından çok yakından ilgilendiren bir konuda hararetli tartışmaların yaşanmasına yol açılmıştır. Biz de, bu önemli konuya kayıtsız kalmayı doğru bulmadığımız için, konuya ilişkin kararı, bu kararın gerekçelerini ve sonuçlarını ele almak istemiş bulunuyoruz.

Konu, görüldüğü üzere, son derece önemlidir.

II. Yargıtay'ın Konuya İlişkin Görüşü ve Bu Görüşün Bütün Yönleriyle Sorgulanması

Yargıtay'ın yukarıda gösterilen İçtihadı Birleştirme Kararı¹, işaret edildiği üzere, konu bakımından son derece yanlış bir sonuca varmış bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme'nin oy çokluğu ile alınan bu kararının "I GİRİŞ", "II KAVRAM, KURUM VE YASAL DÜZENLEMELER", "III BİLİMSEL GÖRÜŞLER" başlıklı kısımlarında, bizce, önemli bölümleri itibariyle lüzumundan fazla sayılması gereken ayrıntılı bilgi ve tespitlere yer verilmiştir. Biz, bu çalışmada söz konusu kısımların naklinde yarar görmemekteyiz. Zira, ihtiyaç olduğu takdirde, ilgili kitap ve kayıtlara bakılmak suretiyle bunlara kolayca erişilebilir. Buna karşılık, kararın "IV GEREKÇE" başlıklı kısmını, gerektiği zaman yukarıda anılan öteki kısımlara da atıf yapılmak suretiyle incelememiz şarttır.

Çalışma konumuzu teşkil eden İçtihadı Birleştirme Kararının "V SONUÇ" başlıklı kısmı (hüküm fıkrası) aynen şöyledir:

"Yukarıda açıklanan yasal düzenlemeler, yargısal ve bilimsel içtihatlarla bu çerçevede yapılan değerlendirmeler sonucunda (evlilik birliği devam ederken eşlerden biri ile evli olduğunu bilerek birlikte olan üçüncü kişiye karşı diğer eşin manevi tazminat isteminde bulunamayacağı) yönünde 06.07.2018 günü üçüncü görüşmede oy çokluğu ile karar verilmiştir".

Görüldüğü üzere, Yüksek Mahkeme, böyle bir olayda manevi tazminat talebi şartlarının oluşmadığı sonucuna varmıştır.

Bu kararın gerekçelerini; karar metninin "IV GEREKÇE" başlıklı kısmından özet çıkarmak suretiyle şu şekilde tespit edebiliriz:

a) Medeni Kanun'un 185. maddesinde söz konusu edilen sadakat yükümlülüğü sadece eşler arasında mevcuttur (TMK. 185/III). Sadakat yükümlülüğüne uymayı isteme hakkı, nisbi bir hak olduğundan, bu hakkı ancak eşler birbirlerine karşı ileri sürebilirler. Sadakat yükümlülüğüne aykırılık şeklindeki davranış tarzına çeşitli yaptırımlar bağlandığı görülmektedir. Bunlardan biri de, TMK. 174/II hükmünde kendini göstermektedir. Buna göre, boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf (eş), diğerinden manevi tazminat isteyebilecektir. Bu madde gereğince, manevi tazminat, sadece kusurlu olan eşten ve ancak boşanma davası ile birlikte istenebilecektir. Bir kimsenin eşi tarafından aldatılmamayı isteme hakkı şeklinde herkese karşı ileri sürebileceği mutlak bir kişilik hakkı yasalarda yer almamaktadır. Bu

¹ 06.07.2018 tarih ve E. 2017/5, K. 2018/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı www.resmigazete.gov.tr 10 Mayıs 2020; Lexpera, 10.04.2020.
YUHFD Cilt. XIX Özel Sayı (2022)

nedenle, aldatma eylemine katılan üçüncü kişinin aldatılan eşin mutlak hakkını ihlâl etmesi söz konusu değildir. Evlilik birliğinin tarafı olmayan ve dolayısıyla sadakat yükümlülüğü bulunmayan üçüncü kişinin eşler arasındaki evlilik sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerle uyma zorunluluğu yoktur.

b) Meseleye haksız fiil açısından bakılınca da, evli bir kişiyle evli olduğunu bilerek birlikte olan kişinin sorumlu olmayacağı anlaşılmaktadır. Zira, zina suç olmaktan çıkarıldığı gibi, medeni hukuk alanında da evli bir kişiyle birlikte olmayı yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmamaktadır. Bu durumda hukuka aykırılıktan söz edilemez. Hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşebilmesi için, bir özel koruma normunun veya mutlak bir hakkın ihlâl edilmesi gerekmektedir.

c) Bu konuda, TMK. 24 ve 25 hükümlerinde düzenlenen kişilik hakkı noktası da ele alınmalıdır. Evlilik birliğinin sağladığı statü eşlerin kişilik haklarının parçası olarak kabul edilemeyecektir. Evlilikte, ilgili kurallara her aykırılık diğer eşin kişilik hakkına saldırı olarak değerlendirilemez. Burada, TMK. 174 hükmündeki şartlar aranmalıdır. Evli bir kimsenin, eşi tarafından sadakatsizliğe uğratılmaması gibi temel koruma normu bulunmamaktadır. Üçüncü kişinin sadakat yükümlülüğü bulunmamaktadır. Üçüncü kişinin evli eşle birlikte olması diğer eşin kişilik haklarına saldırı teşkil etmeyecektir.

d) Ölüm ve ağır bedensel zarar dışında başkaca kişilik hakkına saldırı nedeniyle yansıma yoluyla zarar tazminine kanun (TBK. 56/II) izin vermemiştir. Hukuka aykırılık bağı bulunmaması nedeniyle, hiç kimsenin, bir başkasının onur ve saygınlığına, özel hayatının gizliliğine veya sırlarına yönelik bir saldırıdan dolayı yansıma yoluyla manevi zarar gördüğü iddiasıyla manevi tazminat istemesine imkân bulunmamaktadır. Eylem doğrudan kendisine yöneltilmeyen kişi, bu eylemden dolayı yansıma zararlarının tazminini isteyemez. Bunu mümkün kılan açık bir düzenleme yoktur.

Esasen, aldatılan eşin yansıma zararından da bahsedilemez. Zira, üçüncü kişinin, cinsel birliktelik yaşadığı eşe karşı da hukuka aykırı bir fiili söz konusu değildir. Zina eden eşin hukuki bir zararı bulunmadığı için, aldatılan eşin de yansıma zararından söz edilemeyecektir. Diğer eşin, üçüncü kişinin fiili yüzünden apaçık bir manevi zarara uğradığı kabul edilse dahi, bu zararların giderilmesi için bu yönde açık bir düzenleme gerekmektedir.

e) TBK. 49/II hükmünün uygulanabilmesi için, evli bir kimseyle birlikte olan üçüncü kişinin, birlikte olduğu kişinin evlilik durumunu bilmesi yetmeyecek, ahlâka aykırı fiili kasten zarar verme amacıyla işlemesi de gerekecektir. Evli olduğunu bildikleri bir kişiyle ilişkiye giren tüm

üçüncü kişilerin aldatılan eşe zarar vermeyi bilerek ve isteyerek hareket ettiklerine dair bir ön kabul yerinde değildir. Evli olduğunu bildiği bir kişiyle ilişkiye giren üçüncü kişi, aldatılan eşin zarara uğrayacağını biliyor ve doğrudan doğruya bu sonucun gerçekleşmesini istememekle birlikte, gerçekleşmesini göze alıyorsa, ihtimali kastla hareket etmiş kabul edilecektir.

f) Konuya ilişkin olarak, müteselsil sorumluluk meselesini de ele almak gerekmektedir. TBK. 61’de düzenlenen müteselsil sorumluluğun uygulanabilmesi için, aldatan eşten başka, üçüncü kişinin de hukuka (veya ahlâka) aykırı fiil ile zarar vermesi aranacaktır. Konumuz açısından üçüncü kişinin fiili haksız fiil olarak nitelendirilemez. Bu kişinin, yalnızca aldatma fiiline iştirâk etmesi nedeniyle aldatan eşle birlikte müteselsilen sorumlu tutulması mümkün olmaz.

g) Buna karşılık, üçüncü kişinin eylemi, sadakatsizlik olgusundan farklı olarak bağımsız ve özel nitelikli bir kişilik hakkı ihlali durumunda ise, tazminat sorumluluğu doğacaktır. Meselâ, aldatma eylemiyle bağlantılı olarak aldatılan eşin konut dokunulmazlığı ihlâl edilmişse, onun özel yaşamına müdahale edilmişse veya ona ait sır alana girilmişse, bazı özel bilgiler ifşa edilmişse, üçüncü kişi tarafından kullanılan söz ve ifadeler aldatılan eş bakımından onur ve saygınlığı zedelemişse hukuka aykırılık unsurunun gerçekleştiği şüphesizdir.

h) Şu hale göre, gerçekleştirilen başkaca bir kişilik hakkı ihlâli bulunmadıkça, sadece evli bir kişiyle birlikte olmak şeklindeki eyleminden dolayı, üçüncü kişi, aldatılan eşe karşı manevi tazminat sorumlusu olmayacaktır.

Görüldüğü üzere, Yargıtay, yukarıya aldığımız kararını, üçüncü kişinin aldatılan eşe karşı sadakat yükümlüsü olmadığı, üçüncü kişi tarafından haksız fiil de işlenmiş sayılamayacağı, üçüncü kişiye kişilik hakkını ihlâlden dolayı da sorumluluk yüklenemeyeceği; burada, aldatılan eşin yansıma zararından da söz edilemeyeceği ve TBK. 49/II hükmünün dahi üçüncü kişinin manevi tazminata mahkûm edilmesinin hukukî mesnedi olamayacağı, zira bu hükmün tatbiki için aldatılan eşe zarar verme kasdının aranacağı gerekçelerine dayandırmıştır. Yüksek Mahkeme, aynı gerekçelerle, aldatan eşle ilişkiye giren üçüncü kişinin eşle birlikte müteselsil sorumluluğunun dahi bulunmadığını belirtmiştir.

Hemen ifade edelim ki, söz konusu gerekçelerden hiç biri, aldatan eş ile cinsel ilişkiye giren ve evlilik durumunu bilerek bu fiili işleyen üçüncü kişinin (öteki kadın veya öteki erkeğin) manevi tazminat sorumlusu olmadığı yönündeki İçtihadı Birleştirme Kararının hukuka uygun ve isabetli

olduğunu göstermeye yetmeyecektir. Bu gerekçeleri birer birer ele almamız gerekiyor.

a. Üçüncü kişinin, aldatılan eşe karşı sadakat yükümlüsü olmadığı gerekçesi.

Hemen belirtelim ki, üçüncü kişinin aldatılan eşe karşı sadakat ile yükümlü olmadığı çok açıktır. Bu kadar açık olan bir durumun üzerinde durmaya asla gerek yoktur. Gerçekten, üçüncü kişi, aldatılan eş ile evli değildir ki, onun sadakat yükümünden söz edilebilsin. Görülüyor ki, Yargıtay'ın bu gerekçesi, inceleme konumuzu oluşturan karar açısından üzerinde durulmayı hak etmemektedir.

b. Üçüncü kişinin, haksız fiil işlemiş sayılmayacağı gerekçesi.

Yukarıda nakledildiği üzere, Yüksek Mahkeme, zinanın suç olmaktan çıkarıldığını, medeni hukuk anlamında da evli bir kişiyle birlikte olmayı yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmadığını ileri sürerek somut olayda hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmediği sonucuna varmıştır. Yargıtay, hukuka aykırılıktan söz edilebilmesi için, bir özel koruma normunun veya mutlak bir hakkın ihlal edilmesi gerektiğini de belirtmiştir.

Bu gerekçesinin de yerinde olmadığı hemen söylenmelidir. Bir kimsenin evli olduğunu bilerek onunla cinsel birleşme eylemini işlemek, kesinlikle hukuka aykırıdır. Yüksek Mahkeme'nin söz konusu gerekçesinde yokluğunu öne sürdüğü hukuk kuralı ve mutlak hakkın ihlali olguları, bu görüşün tam aksine, karara konu teşkil eden somut olay bakımından mevcut bulunmaktadır.

Bilindiği gibi, kişilerin şeref ve haysiyetleri, toplum içindeki pozisyonları, onların kişilik hakkı cümlesindedir. Öte yandan, kişilik hakkının ihlal edilmemesi gerektiğini bildiren hukuk kuralı da, hukuk sistemimizde mevcut bulunmaktadır. Gerçekten, özellikle TMK. 24/I ve TBK. 58/I hükümleri burada hemen zikredilmelidir. Yargıtay, evli bir kimseyle birlikte olmayı yasaklayan ve medeni hukuk alanında mevcut olan bir hukuk kuralı bulunmadığını ifade etmekte ise de, kanunların kazuistik yöntemle sevkedilmelerinin modası çoktan geçmiştir. Diğer bir deyişle, biraz önce gösterilen hükümler (hukuk kuralları), kişilik hakkının “her türlü” ihlalini kapsayan yasal düzenlemelerdir. Şeref ve haysiyetin somut bir olayda ihlal edilip edilmediğinin tespiti bakımından, toplumun ahlaki ve manevi değer yargılarının önemli bir kriter olduğu da şüphesizdir². Şeref ve haysiyetin, kişiye toplum tarafından objektif değerlendirme sonucu verilen

² A. Arpacı, *Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler*, İstanbul 1993, s. 127.

kıymetlerin toplamı olduğu gerçeği³ varılan bu sonucun gerekçesidir. Ayrıca, herkesin, insan olmak hasebiyle, doğuştan sahip olduğu şeref ve haysiyet de burada anılmalıdır⁴. Şu hâlde, şeref ve haysiyetin, birden fazla kaynağı mevcuttur⁵.

Görüldüğü üzere, şeref ve haysiyet, çoğu kez, zaman ve zemine göre şekil alabilen, yani nisbi bir nitelik taşıyan kavram olsa da, kişilik hakkı değerlerindedir⁶. Diğer yandan, belirtildiği üzere, kişilik hakkı kanun tarafından korunmuş olduğundan, son tahlilde, şeref ve haysiyetin ihlali de yasaklanmıştır. Kanunun, bu ihlal eylemine manevi tazminat yaptırımını bağladığını dahi görmekteyiz (TMK. 25/III; TBK. 58/I).

Bundan başka, kişilik hakkının, bir başka anlatımla şeref ve haysiyete ilişkin hakkın, mutlak haklardan olduğunda da şüphe yoktur⁷.

Burada, bir kimsenin, evli olduğunu bildiği bir kişiyle cinsel birliktelik kurmasının, aldatılan eşin şeref ve haysiyetine ilişkin hakkını, yani kişilik hakkını ihlal etmiş olup olmayacağı meselesini daha yakından halletmemiz gerekmektedir. Zira, anılan eylem kişilik hakkının ihlali ise, hem konuya ilişkin yasa hükümleri hem de mutlak bir hak çiğnenmiş olacak, dolayısıyla, Yüksek Mahkeme'nin konuya ilişkin ret gerekçesinin de isabetsiz olduğu sonucuna varılacaktır.

Derhal ve önemle ifade etmeliyiz ki, ülkemiz halkı, bir kimsenin eşine söz ile cinsel saldırıda bulunulması karşısında, o kimsenin kayıtsız kalmasını kesinlikle hoş karşılamayacak, hatta söz konusu kimseye çok ağır sıfatlar yakıştıracaktır. Bizdeki bu genel tepkiyi, eleştiresek de eleştirmesek de realite budur. Aynı şekilde, mesela karısına sözle cinsel saldırıda bulunulan bir kimse, bizdeki telakkilere göre, bundan çok büyük elem ve acı duyar. Söz konusu manevi zarar, o kimseyi, çok şiddetli tepki göstermeye de sevkeder. Toplumumuz açısından gerçeğin bu şekilde olduğunu, hiç kimse de inkar edemeyecektir.

Şu hale göre, cinsel eylemin eşine sözle yöneltilmesine bile tahammül etmesi beklenmeyen ve tahammül de edemeyen bir kimse, hem de eşinin evli olduğunu bildiği halde onunla cinsel eylemi fiilen icra eden kişi

³ Arpacı, aynı eser, s. 127 ve orada 110 no.lu dipnotunda gösterilen M. Dural, Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, İstanbul 1987, s. 135.

⁴ Arpacı, aynı eser, s. 126.

⁵ Arpacı, aynı eser, s. 126-127.

⁶ Arpacı, aynı eser, s. 127.

⁷ Arpacı, aynı eser, s. 100 ve orada 12 no.lu dipnotunda gösterilen J. M. Grossen, Schweizerisches Privatrecht, zweiter Band, Das Recht der Einzelpersonen, Basel und Stuttgart 1967, s. 312; Arpacı aynı eser, s. 126.

karşısında, kişilik hakkına saldırılmış bir insan olarak kabul edilmeyecek midir? Başka bir deyişle, bir kimsenin eşi ile sadece kavlen (söz ile) cinsel ilişkide bulunma kurgusu kişilik hakkına saldırı sayılırken, yani sövme fiili haksız eylem olarak telakki edilirken, bu kavli kurguyu fiilen gerçekleştiren, yani onun eşi ile gerçekten cinsel ilişkide bulunan kişi karşısında hukuk düzeni nasıl ve hangi gerekçeyle kayıtsız kalabilecektir? Ceza hukuku bir tarafa, sövme fiilinin medeni hukuk açısından düpedüz bir haksız fiil olduğu konusunda kanıt göstermek, herhalde bizden beklenemeyecektir.

Görülüyor ki, bir eylemin hayali (kurgusu) ve bunun açığa vurulması haksız fiil (kişilik hakkına saldırı) iken, aynı eylemin gerçekleştirilmesinin masum bir davranış tarzı sayılması, en yaman çelişkilerden biri kabul edilmek gerekmektedir. Şunu da belirtmeliyiz ki, Yüksek Mahkeme'nin incelemekte olduğumuz içtihadı, açıktır ki, söz konusu zina eylemi aleniyete kavuştuğu için mevcuttur. Diğer bir deyişle, şayet anılan eylem sadece iki kişi arasında kalmış olsaydı, zikri geçen Yargıtay görüşü elbette gündemde bulunamazdı. Demek oluyor ki, Yüksek Mahkeme'nin bu kararından, eylemin başkaları tarafından anlaşılması olduğu çıkarımını rahatlıkla yapabilmekteyiz.

Yeri gelmişken şunu da ifade etmekte yarar görmekteyiz: Acaba bir kimsenin eşine sövmek eşe kavli saldırı olacağı ve zinada ise gönüllü birliktelik niteliği bulunacağı için yukarıda verilen örneğe itiraz edilebilecek midir? Derhal belirtelim ki, bu sorunun cevabı olumsuzdur. Gerçekten, toplumumuz, mesela, “senin eşini kandırıp onunla zina yapacağım” sözünü de elbette çok ağır hakaret olarak algılayacaktır. Başka anlatımla, bu kabil söylemler de haksız fiil niteliği taşıyacağından, bu kurguların fiilen tahakkuk etmesi evleviyet ilkesi gereğince aldatılan eşe karşı kişilik hakkı ihlali, yani haksız fiil olacaktır.

Öyleyse, Yargıtay'ın ikinci gerekçesi de, verilen kararın hukuki mesnedi olamayacaktır. Yapılan açıklamalardan anlaşılmalıdır ki, incelemekte olduğumuz ret kararı, ülkemiz şartlarında, hem sübjektif hem de objektif telakki açısından⁸ isabetsizdir.

⁸ Arpacı, aynı eser, s. 146-147 ve 146. Sayfada 200 no.lu dipnotunda gösterilen N. Kocayusufpaşaoğlu, Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, İstanbul 1980, s.144-145.

c. Evlilik birliğinin sağladığı statünün, eşlerin kişilik haklarının parçası olarak kabul edilemeyeceği, evli kimsenin eşi tarafından sadakatsizliğe uğratılmaması gibi temel koruma normunun bulunmadığı gerekçesi.

Bir kere, bu görüşün yanlışlığının son derece açık olduğunu hemen söylemek gerekiyor. Zira, evlilik birliği kurulunca, Yüksek Mahkeme'nin görüşünün aksine, eşlerin yekdiğerine karşı sadık olma yükümü vardır. Bu husus, kanun tarafından hiçbir tereddütte yer bırakmayacak kadar açık bir şekilde şöyle vurgulanmıştır: “Eşler (...) birbirine sadık kalmak (...) zorundadırlar (TMK. 185/III). Bu hüküm, eşlerin sadakat yükümünün bulunduğu dair koruma normundan başka bir şey değildir. Şayet bu düzenlemeyi “koruma normu” olarak kabul etmezsek, normu yaptırımsız bırakmak gibi yanlış bir yorum yapmış oluruz. Bilindiği gibi, hukuk kuralları, yaptırımsız olamazlar. Sadece, “düzen kuralı” denilen bazı kuralların yaptırımı yoktur ki, bu sonuca da, ilgili kuralın sözünden veya amacından hareket edilerek ulaşılabilir. Burada ise, aile birliğinin devamı gibi kamu düzenini yakından ilgilendiren bir konu ile karşı karşıyayız. O halde, eşlerin yekdiğerine sadakatle davranma yükümünün yaptırımsız olması düşünülemez. Nitekim, Yargıtay da, incelemekte olduğumuz kararında, sadakat yükümüne aykırılığın yaptırımını gösteren TMK. 174 hükmüne atıf yapma gerekliliğini hissetmiş bulunmaktadır. Bu hüküm, boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan tarafın, kusurlu olan diğer taraftan manevi tazminat isteyebileceğini belirtmektedir (TMK. 174/III). Yargıtay, ancak bu hükümdeki şartların varlığı halindedir ki, evlilikle ilgili kurallara aykırılığa yaptırım bağlanabileceğini belirtmektedir. Oysa, bu düşünce tarzında da isabet yoktur. Gerçekten, TMK. 174/II hükmü, meseleyi kendi konusu olan boşanma açısından ele almakla yetinmiş, boşanma olgusu dışında kalan ihtimallerde de manevi tazminatın söz konusu olmasını engellemiştir. Hükmün sevk amacının, eşlerin, boşanma söz konusu değilse, birbirlerini küçük düşürecek her türlü sadakatsizliği yapmakta serbestliğe sahip bulduklarını ifade etmek olamayacağı çok açıktır. Eşlerin boşanma yoluna başvurmamış olmaları veya açtıkları boşanma davasının yanlış bir kararla reddedilmiş bulunması, sadık kalmama eyleminin ödülü olarak da düşünülemez.

Esasen, TMK. 174/II hükmü mevcut olmasaydı bile, TMK. 24/I ve TBK. 58/I hükümleri sayesinde, eşinin kişilik hakkına saldıran kusurlu eşin manevi tazminat ödemeye mahkûm edilebileceği orta yerdedir. Çünkü, kişilik hakkını bu koruyan hükümler, konuya ilişkin genel ve temel

düzenlemelerdir. Öte yandan, bu hükümlerin, boşanma gibi bir şart getirmediği de açıktır.

Kişilik hakkı saldırıya uğrayan eş, saldırıda bulunan eşine karşı çeşitli özel sebeplerle boşanma davası açmak istemeyebilecektir. Bu davranış biçimi mihaniki olarak, her olayda, manevi tazminat talebi hakkından feragat edildiği şeklinde yorumlanamaz. Her somut olayın özelliğine bakılarak hukuki tavır alınmalıdır. Kaldı ki, incelemekte olduğumuz olayda, manevi tazminat davasının muhatabı, eşin ihanetine ortak olan üçüncü kişidir. O halde, bu olayda boşanma sorunu da söz konusu olamaz.

Yukarıda değinildiği üzere, Yargıtay, evlilik birliği statüsünün eşlerin kişilik haklarının parçası olarak kabul edilemeyeceği gerekçesini de öne sürmektedir ki, bu gerekçeyi kabul etmek dahi, hukuken mümkün görülemez. Yukarıda ilgili yerlerde açıklandığı üzere, bir kimsenin eşi ile “kavlen” cinsel ilişkide bulunan (yani, eşe söven) kişiye yaptırım uygulamasına karşılık, cinsel ilişkiyi fiilen gerçekleştiren kişiye de adeta “eline sağlık” dercesine bu konuda sessiz kalan bir hukuk düzeni düşünülememelidir. Yine yukarıda izah edildiği üzere, kişilik hakkı kavramı, toplumların değer yargıları ile yakından ilgilidir. Konuya, doğru olan bu açılardan bakınca, evlilik statüsünün eşlerin kişilik haklarının parçası olduğu hemen anlaşılacaktır. Yüksek Mahkeme’ye bu hususta katılmayı mümkün görmemekteyiz. Hele hele, inceleme konumuzu oluşturan İçtihadı Birleştirme Kararı, toplumumuz açısından hiç isabetli görülemeyecektir.

d. Ölüm ve ağır bedensel zarar dışında başkaca kişilik hakkına saldırı nedeniyle yansıma yoluyla zarar tazminine kanunun izin vermediği gerekçesi.

Bu gerekçenin de isabetli olmadığı orta yerdedir. Yargıtay, bu gerekçesini TBK. 56/II hükmüne dayandırmıştır. Önemle ifade edilmelidir ki, somut olayda aldatılan eşin zararı, yansıma zararı niteliğinde değildir. Bu zarar, yukarıdan beri yapılan açıklamalardan da kolayca anlaşılacağı üzere, bizzat aldatılan eşin şahsında oluşan manevi zarardır. Bir kimsenin eşi ile, onun evli olduğunu bilerek cinsel ilişki kuran üçüncü kişi, doğrudan doğruya aldatılan eşin kişilik hakkına saldırmıştır. Burada, doğrudan zarar ile yansıma zararı yekdiğerine karıştırılmamalıdır.

Yargıtay, aldatan eşin de zarara uğramadığını belirtmiş, böylece, orta yerde bir zarar olmadığı için bunun yansımasının da olamayacağını ispatlamaya çalışmıştır. Ne var ki, açıklandığı üzere, üçüncü kişiye karşı açılan manevi tazminat davası, bu gibi hallerde yansıma zararı ile asla ilgili değildir. Yargıtay’ın, söz konusu gerekçesindeki hukuka aykırılık bağı

yokluğu argümanı da bu olayda verilen kararın mesnedi olamaz. Konunun hukuka aykırılık bağı ile ilgisi yoktur.

Yüksek Mahkeme, hukuka aykırılık bağından hareketle, mesela özel hayatın gizliliğinin ihlâli, onur ve saygınlığın keza ihlâl edilmesi gibi hallerde de yansıma zararının giderilmesinin istenemeyeceğini, zira bunu mümkün kılan açık bir düzenleme bulunmadığını gerekçesinde dile getirmiştir. Yeniden ve önemle vurgulayalım ki, incelemekte olduğumuz olay bakımından yansıma zararı değil, ama, doğrudan doğruya aldatılan eşe yönelen haksız fiil (kişilik hakkının ihlâli eylemi) nedeniyle oluşan manevi zarar söz konusudur.

e. TBK m. 49/II hükmünün tatbiki için, üçüncü kişinin, birlikte olduğu kimsenin evli olduğunu bilmesinin yeterli olmayacağı, ayrıca aldatılan eşe zarar verme kastının bulunması gerektiği gerekçesi.

Ele aldığımız olayda TBK. 49/II hükmü değil, TMK. 24/I ve TBK. 58/I hükümleri uygulanacaktır. Yargıtay, aldatan eş ile birlikte olan üçüncü kişinin aldatılan eşe yönelen bir haksız fiil işlediğini kabul etmediği için, sorumluluk bakımından yegâne akla gelebilen düzenleme olarak TBK. 49/II'yi söz konusu etmiş ve bu hükmün uygulama şartlarından olan kast unsurunun bulunmadığını belirtmiştir.

Söylemek isteriz ki, bir kimsenin evli olduğunu bilerek onunla cinsel ilişki kurmak, en azından ülkemiz toplumunun anlayışına göre ahlâka aykırıdır. Öte yandan, Yargıtay'ın mutlak ve kesin olarak ifade ettiğinin aksine, şayet işlenen ahlâka aykırı fiil, hakkaniyet duygusunu aşırı ölçüde rencide ediyorsa, TBK. 49/II hükmünün uygulanması için ihtimali kast dahi yeterli olacaktır⁹. Kaldı ki, belirtildiği üzere, burada başvurulması gereken hükümler, TMK. 24/I ve TBK. 58/I'dir.

Şunu önemle ve yeniden belirtmek isteriz ki, hukukumuzda, kişilik hakları birer birer sayılmış değildir. Gerçi, bazı özel kişilik hakları gösterilmiş olabilir. Ne var ki, işaret edildiği üzere, Medeni Kanunumuz, birer birer sayma yoluna gitmemiş, çerçeve hükümler getirmeyi tercih etmiştir¹⁰. Hukukumuzda, kişilik hakları konusunda kanunun çizdiği çerçevenin içini hâkim dolduracaktır¹¹. Bu yöntemin daha doğru olduğuna yukarıda işaret edilmişti. İşte, Yüksek Mahkeme, incelemekte olduğumuz ve bizce isabetsiz olan kararı verirken, muhtemelen bu hususu sehven gözden

⁹ M.K. Oğuzman/M.T. Öz, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt:II, İstanbul 2016, s.67, dpn.180 ve s.66 dpn. 173'te gösterilen eserler; keza s. 67'de zikri geçen Yargıtay kararı.

¹⁰ Arpacı, anılan eser, s.101.

¹¹ Arpacı, aynı eser, s.101.

kaçırmıştır. Bu itibarla, evlilik statüsünün de, evli kişilerin kişilik haklarının bir parçası olarak kabul edilmesi gerektiği açıktır.

f. Aldatan eşle üçüncü kişinin, aldatılan eşe karşı müteselsilen sorumlu olacağıın kabul edilemeyeceği gerekçesi.

Yüksek Mahkeme, üçüncü kişinin, aldatılan eşe karşı haksız fiil işlemiş sayılmayacağı, onun, sadece aldatma fiiline iştirak etmesinin müteselsil sorumluluğa sebep olamayacağı görüşünü savunmuştur.

Yargıtay'ın bu gerekçesi de, diğerleri gibi son derece isabetsizdir. Zira, yukarıdan beri gerekçeleriyle birlikte açıklandığı üzere, üçüncü kişinin inceleme konumuzunu teşkil eden eylemi, kesinlikle aldatılan eşin kişilik hakkına haksız saldırı niteliğini taşımaktadır. Öte yandan, aldatan eş dahi, aldatıldığı eşine karşı kişilik hakkı ihlâli dolayısıyla haksız fiil işlemiş durumdadır. Bu eş, ayrıca, evlilik sözleşmesini de ihlâl etmiş durumdadır. Hal böyle olunca, üçüncü kişi ile aldatan eşin, aldatılan eşe karşı müteselsilen sorumlu oldukları noktasında tereddüte asla yer yoktur (TBK. 61). Aldatan eşin ve bu fiile evlilik durumunu bilerek iştirak eden üçüncü kişinin, müteselsilen sorumlu olduklarını kabul etmemek, hem hukuk tekniği hem de menfaatler durumu ölçüğünde hiçbir gerekçeyle mümkün görülemez.

g. Üçüncü kişinin eylemi, sadakatsizlik olgusundan farklı olarak, mesela konut dokunulmazlığını ihlâl, sırrın ifşası gibi özel nitelikli bir kişilik hakkı ihlâli durumunda ise, bu bağımsız ihlâllerin tazminat sorumluluğunu doğuracağı gerekçesi.

Bu gerekçeye, aslında gerek olmadığı hemen söylenmelidir. Çünkü, gerekçede gösterilen örneklerin haksız fiil olduğu hususu son derece açıktır. Öte yandan, üçüncü kişinin, aldatılan eşe karşı sadakat ile yükümlü olmadığı da bilinen bir şeydir.

h. Yargıtay'ın bu son gerekçesi de, özetle, şu şekildedir: Gerçekleştirilen başkaca bir kişilik hakkı ihlâli bulunmadıkça, sadece evli bir kişiyle birlikte olmak şeklindeki fiil, fiili işleyen üçüncü kişiyi aldatılan eşe karşı tazminat sorumlusu kılmayacaktır.

Belirtelim ki, yukarıdaki gerekçelerden bu son gerekçenin de yeni bir hukuki sebebin ifadesi olmadığı anlaşılmaktadır.

Görülüyor ki, incelemekte olduğumuz kararın bütün gerekçeleri, kararın hukuki dayanağı olmaktan uzaktır. Evli olduğunu bilerek bir kimse ile cinsel ilişki kurmak, hangi açıdan bakılırsa bakılsın, aldatılan eşin kişilik hakkına haksız saldırıdır. Ayrıca, önemle ifade edelim ki, aldatılan eşin konuya ilişkin zararı yansıma zararı da değildir. Burada, bizzat aldatılan eşe karşı

haksız fiil işlenmiştir. Bu fiilden dolayı, aldatılan eş, doğrudan doğruya TBK. 58/I hükmüne dayanarak manevi tazminat isteyebilecektir. Bu hususta TMK. 24-25 hükümlerini de zikretmek gerekiyor. Şu halde, aldatılan eşin manevi tazminat talebi bakımından TBK. 49/II hükmünün şartları da aranmayacaktır. Bundan başka, zinanın suç olmaktan çıkarılmasının dahi, Yüksek Mahkeme'nin söz konusu kararının gerekçesi olamayacağı orta yerdedir. Oysa, ilgili kararın gerekçeleri arasında, yukarıda değinildiği üzere, zinanın suç olmaktan çıkarılması da gösterilmiştir. Açıktır ki, bir eylemin suç olmaması, onun haksız fiil olmadığını göstermez. Şu da var ki, haksız fiilin kusur unsurunun gerçekleşmiş olması için kastın türü önem taşımadığı gibi, kast niteliğinde bulunmayan kusurlar da, yani hafif olsa bile ihmal de yeterlidir. Demek oluyor ki, ele aldığımız İçtihadı Birleştirme Kararı isabetli değildir.

III. Görüşümüz

Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşılmaktadır ki, YİBBGK.'nun 06.07.2018 tarih ve E. 2017/5, K. 2018/7 sayılı ve oy çokluğu ile alınmış kararı isabetsizdir. Bu isabetsizlik, hem hukuk tekniği hem de hakkaniyet ilkesi ve menfaatler durumu bakımından son derece barizdir.

Bir kimsenin evli olduğunu bilerek onunla cinsel ilişkiye giren üçüncü kişi, bu çirkin ve hem hukuka hem de toplumumuzun haklı ahlâk anlayışına aykırı eylem dolayısıyla, bu eylem ortaya çıkınca aldatılan eşin nasıl bir manevi yıkıntıya uğrayacağını ve toplum içinde ne kadar ağır bir kişilik eksilmesi ile karşı karşıya kalacağını, giderek ilgili yuvanın yıkılacağını ve varsa çocukların da akıl almaz zararlar göreceğini bilmektedir ve bunu istemese de göze almaktadır. “Evlilik statüsünün eşlerin kişilik haklarının parçası olarak kabul edilemeyeceği” gibi isabetsiz gerekçelerle, eşlerin yekdiğerine ihanetleri hukuken asla tolere edilemez. Anılan gerekçenin tam aksine, bir eşin ihaneti, aldatılanın kişilik hakkına hukuka aykırı ve ağır bir saldırıdır. Bunun tersi yöndeki fikirler, kesinlikle “kişilik hakkı teorisine” aykırı düşer. Yukarıda ilgili yerlerde belirtildiği üzere, hukukumuzda kişilik hakları birer birer sayılmış değildir. Kişinin ister doğuştan, isterse toplum tarafından kazandırılan türden olsun her türlü kişilik değerleri hukuki koruma altındadır. Evlilik kurumu, özellikle bizde ve bize benzeyen toplumlarda, eşlere toplum içinde özel bir statü vermektedir. Bu statünün eşlere yüklediği sorumluluklar mevcuttur ve bunlara aykırı hareket, bazen aile dışına yansıyan ve giderek eşleri toplum içinde güç duruma düşüren ve onların manevi dünyasını yıkan niteliklere bürünür. İşte, evli biriyle onun evli olduğunu bildiği halde cinsel ilişkiye (ve hatta her türlü cinsel

birlikteliğe) giren kimse de, aldatılan eşin kişilik hakkına saldırmış olacaktır. Bu sonuca varılması için kanunda anılan ilişkiyi yasaklayan açık bir hüküm bulunması da, Yargıtay'ın ele aldığımız kararının gerekçesinde ileri sürüldüğünün aksine, kesinlikle gerekli değildir.

Eleştirdiğimiz kararın, hukukumuz açısından çelişkili sonuçlar doğuracağını gösteren ve yukarıda sergilenen örnekleri, burada tekrar etmeyi gereksiz bulmaktayız.

Sonuç olarak söylemeliyiz ki, söz konusu karar, bir an önce, başka bir içtihadı birleştirme kararı ile yürürlükten kaldırılmalıdır. Bu hususta yasal düzenlemeye gidilmesi de elbette mümkündür. Ancak, biz, yasal müdahale yerine, yargısal müdahalenin daha uygun olacağını düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

ARPACI, A., *Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler*, İstanbul 1993

DURAL, M., *Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler*, İstanbul 1987

GROSSEN, J. M., *Schweizerisches Privatrecht, zweiter Band, Das Recht der Einzelpersonen*, Basel und Stuttgart 1967

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N., *Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu*, İstanbul 1980

OĞUZMAN, M.K., ÖZ, M.T., *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Cilt: II, İstanbul 2016