

**ALDATILAN EŞİN EŞİNİN İLİŞKİ KURDUĞU ÜÇÜNCÜ  
KİŞİDEN MANEVİ TAZMİNAT TALEP EDİP  
EDEMEECEĞİ MESELESİ\***

*The Problem of Whether the Betrayed Spouse May Claim Non-pecuniary Damages from Third Person With Whom Her/His Spouse Has An Affair*

**L. Müjde KURT\***

**ÖZ**

Türk hukukunda üçüncü kişilerin evli kişiler ile ilişkiye girmesini yasaklayan bir kanun hükmü yoktur. Aldatılan eşin eşinin zina eylemini birlikte gerçekleştirdiği kişiden -kişilik hakkını ihlâl eden başkaca bir fiil olmadıkça- salt aldatma eylemine katıldığı için manevî tazminat talep edip edemeyeceği tartışmalı bir meseledir. Haksız fiil sorumluluğuna dayalı olarak bir kişiden manevî tazminat talep edilebilmesi için gerekli şartlardan biri failin fiili ile mağdurun bir kişilik hakkını ihlâl etmiş olmasıdır. Bu bakımdan aldatılan eşin üçüncü kişiden manevî tazminat talebi konusunda temel nokta üçüncü kişinin bu eylemi ile aldatılan eşin herhangi bir kişilik hakkını ihlâl edip etmediğidir. Bu çalışmada üçüncü kişinin salt zina eylemine katılmış olmasının hukuka aykırılık veya ahlâka aykırılık temelinde manevî tazminat talebine yol açıp açmadığı incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Eşler arası sadakat yükümlülüğü, zina, kişilik hakkı ihlâli, manevî tazminat, üçüncü kişi.

---

**Makalenin geliş tarihi:** 03.07.2018 **Makalenin kabul tarihi:** 20.01.2019

\* Bu makale 3-5 Mayıs 2018 tarihleri arasında Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi'nde düzenlenen 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumunda tarafımızca sunulmuş olan "Aldatılan Eşin Zina Eden Eşin İlişki Kurduğu Üçüncü Kişiden Manevî Tazminat Talep Edip Edemeyeceği Meselesi" başlıklı tebliğin içeriği geliştirilmiş ve gözden geçirilmiş halidir.

\* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

## ABSTRACT

In Turkish law having affair with a married person is not prohibited by any legal provision. It is controversial whether the betrayed spouse may claim non-pecuniary damages from the third person for pure adultery unless this person has violated her/his right of personality by another act. One of the conditions for the claim of compensation for the non-pecuniary damages based on tort liability is the violation of a personality right of the injured party by an act of the tortfeasor. Therefore the main point on the subject of the claim of non-pecuniary damages from the third person is whether the act of the third person violates any personality right of the betrayed spouse. In this paper, it is analyzed whether the mere participation in an act of adultery may cause tort liability on the base of the unlawfulness or the immorality.

**Keywords:** Duty of conjugal fidelity, adultery, violation of personality right, non-pecuniary damages, third person.

## GİRİŞ

Evlilik birliğinden doğan hak ve yükümlülükleri düzenleyen TMK. m. 185 f. 3'e göre "Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar." Bu hükümden anlaşıldığı üzere, eşler evlilik birliğinin devamı boyunca birbirlerine karşı sadakat yükümlülüğü altındadırlar. Sadakat yükümlülüğü sadece cinsel sadakati değil, duygusal, fikrî ve ekonomik sadakati de kapsamına alır.<sup>1</sup> Sadakatsizliğin konumuzu ilgilendiren boyutu, cinsel sadakatsizliktir.<sup>2</sup>

Bir eşin diğer eşe karşı cinsel sadakat yükümlülüğüne aykırı olarak zina eylemini gerçekleştirmesi, evlilik birliğini temelden sarsabilecek bir olgu olmasının yanında, aldatılan eşin ruh dünyası bakımından da olumsuz sonuçlara yol açabilir. Bu durumda aldatılan eşin kendisini aldatan eşten ve/veya aldatma eylemine iştirak eden üçüncü kişiden haksız fiil temelinde

<sup>1</sup> Hausheer, Heinz/ Reusser, Ruth/ Geiser, Thomas. (1999). *Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 ZGB*, Berner Kommentar Band/Nr. II/1/2, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht,(2. Aufl.), Hausheer, Heinz (Hrsg.). Bern: Stämpfli Verlag. Art. 159, N. 22, 23; Öztan, Bilge. (2015). *Aile Hukuku* (6. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi, s. 199; Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper. (2016). *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku* (11. Bası). İstanbul: Filiz Kitabevi, s.157.

<sup>2</sup> Bu çalışmada cinsel sadakatsizlik, zina ve aldatma terimleri birbirleri ile eş anlamlı olarak kullanılmıştır.

manevî tazminat talep edip edemeyeceği meselesi gündeme gelir. Çalışmamızın konusunu, aldatılan eşin diğer eşin zina eylemini birlikte gerçekleştirdiği üçüncü kişiden manevî tazminat talep edip edemeyeceği meselesi teşkil etmektedir. Aldatma ülkemizde gerçekleşen boşanmalar bakımından önemli sebeplerden birini teşkil etmektedir. Aldatıldığı için eşinden boşanan kişi, bu durumdan sorumlu tuttuğu eşinin beraber olduğu kişiye karşı hukuken ne yapabileceğini araştırdığında ilk akla gelen bu kişiye karşı manevî tazminat davası açmak olmaktadır. Bu tür durumlarda genelde davacı tarafın kadın, davalı tarafın da bir başka kadın olması uygulamada bu davaların “öteki kadın tazminatı” olarak adlandırılmasına yol açmıştır. Yargıtay’ın yakın tarihte oy çokluğu ile aldığı İçtihadı Birleştirme Kararı<sup>3</sup> ile bu tür tazminat taleplerini reddetmesine kadarki süreçte Yargıtay’ın aldatılan eşin üçüncü kişiden manevî tazminat talebini kabul ettiği kararlar yanında, reddettiği kararların da bulunması hukuk güvenliği bakımından sakıncalı bir durum teşkil etmekteydi. Yargıtay’ın İçtihadı Birleştirme Kararı bu konudaki hukukî belirsizliği ortadan kaldırmakla birlikte, konu halen tartışılmaya ve kamuoyunu meşgul eden güncel bir mesele olmaya devam etmektedir.

Manevî tazminat talebi, kişilik değerlerinin ihlâl edilmesi neticesinde manevî zarara uğrayan kişinin bu zararının giderilmesine ilişkin talebidir. Kişilik hakkının zedelenmesi nedeniyle uğranılan manevî zararın tazminini düzenleyen genel hüküm niteliğindeki TBK. m. 58 hükmü yanında, hukuk düzenimizde manevî tazminata ilişkin özel düzenlemeler de (örn. TMK. m. 121, m. 158 f. 2, m. 174 f. 2, TBK. m. 56) mevcuttur. Manevî tazminat talebinin şartları; mağdurun bir kişilik hakkının -hukuka uygunluk sebebi bulunmaksızın- ihlâl edilmiş olması (hukuka aykırılık), failin fiilinin kusurlu olması, bu fiilden ötürü mağdurun manevî bir zarara uğramış olması ve hukuka aykırı fiil ile doğan zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunmasıdır.<sup>4</sup> Bu şartlar göz önünde tutulduğunda, aldatılan eşin eşinin

<sup>3</sup> Yarg. İçt. Birl. BGK, 2017/5 E., 2018/7 K., 6.7.2018 T. (www.resmigazete.gov.tr, E.T.:8.12.2018).

<sup>4</sup> Rey, Heinz. (2008). *Ausservertragliches Haftpflichtrecht* (4. Aufl.). Zürich: Schulthess Verlag, N. 454; Schwenger, Ingeborg. (2009). *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (5. Aufl.). Bern: Stämpfli Verlag, N. 17.03 vd.; Eren, Fikret. (2017). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22. Bası). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 817 vd.; Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut. (2017). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-2*, (13. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 260 vd.; Keskin, A. Dilşad. (2016). *Objektif Manevî Zarar Teorisi Açısından Manevî Tazminat*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 142.

aldatma eylemini birlikte gerçekleştirdiği üçüncü kişiden haksız fiil temelinde manevî tazminat talep etme hakkının bulunup bulunmadığı konusunda çözümlenmesi gereken temel meseleler şunlardır:

- Üçüncü kişinin evli kişiyle ilişki kurmak biçimindeki eylemi hukuka aykırı mıdır? Bir eşin diğer eş tarafından aldatılmama hakkı (sadakat talep etme hakkı), sadece diğer eşe karşı ileri sürülebilecek nispi bir hak mıdır, yoksa herkesten ihlâl etmemesi beklenebilecek mutlak bir hak mıdır? Evli kişinin aldatılması, başlı başına onun kişilik hakkını ihlâl eden bir fiil olarak değerlendirilebilir mi?

- Üçüncü kişinin evli kişiyle ilişki kurmak biçimindeki eylemi, ahlâka aykırılık temelinde haksız fiil oluşturarak aldatılan eşe manevî tazminat ödeme borcu doğurur mu?

Bu çalışmada öncelikle aldatılan eşin aldatma eylemine katılan üçüncü kişiden manevî tazminat talebi konusundaki yargı içtihatlarını, ardından bu konuda doktrinde ileri sürülen görüşleri incelemeye, son aşamada ise bu görüşleri değerlendirmeye çalışacağız.

## I. Yargı İchtihatlarında Benimsenen Anlayış

### A. Yargıtay İchtihatları

Yargıtay, 2015 yılına kadarki içtihatlarında, aldatılan eşin aldatma fiiline katılan üçüncü kişiden manevî tazminat talep edebileceğine hükmediyordu. Yüksek Mahkeme bu kararlarında evlilik birliği üzerinde her bir eşin kişilik hakkı olduğunu, evli kişi ile evli olduğunu bilerek duygusal ve cinsel ilişkiye giren kişinin aldatan eş ile birlikte hareket ederek aldatılan eşin sosyal kişilik değerlerine saldırıda bulunduğunu kabul ediyordu. Bu kararlara göre, evli kişiyle ilişkiye giren kişinin sorumluluğu ahlâka ve adaba aykırılık nedeniyle gerçekleşen haksız fiilden kaynaklanmaktaydı.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Yarg. 4. HD., 1987/8959 E., 1988/1410 K., 15.2.1988 T.: “Olayımızda, ceza mahkemesi kararıyla da tesbit edilen zina eylemiyle; davacı ve davalı Binali'nin oluşturduğu evlilik birliği eylemler olarak dağılmış ve taraflar ayrı yaşamaya başlamışlardır. Evlilik birliğinin sağladığı manevi çıkarlar ve mutluluk kişinin manevi değerlerinden olup kişilik hakkının korunması altındadır. Davacının bu kişisel değeri suç sayılan bir eylemle tecavüze uğradığına göre Borçlar Kanununun 49. maddesindeki sayılan unsurlar gerçekleşmiştir.” Yarg. 4. HD., 2008/13455 E., 2009/1921 K., 10.2.2009 T.: “davalıların evlilik dışı birlikteliğinin resmi nikahlı eş olan davacının kişilik değerlerine zarar verdiği iddiası ile

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 2015 yılında bu içtihattan dönerek aldatma fiiline katılan üçüncü kişinin fiilinin haksız fiil teşkil etmediği, bu nedenle ondan manevî tazminat talep edilemeyeceği yönünde kararlar vermeye başlamıştır. 4. Hukuk Dairesi, bu içtihadına gerekçe olarak sadakat yükümlülüğünü ihlâl eden eşin eylemi birlikte geçirdiği kişinin aldatılan eşin beden ve ruh bütünlüğüne yönelik hukuka aykırı ve aldatılan eşin kişilik hakkını ihlâl eden bir fiilinin bulunmamasını göstermiştir. Mahkemeye göre sadakat yükümlülüğünün ihlâli sadakatsiz eş bakımından TMK. m. 174 uyarınca manevî tazminatı gerektirirken, eşin eylemi birlikte gerçekleştirdiği kişi bakımından kanunda herhangi bir düzenleme de bulunmadığına göre TBK. m. 58 uyarınca manevî tazminata hükmedilme şartları gerçekleşmemektedir.<sup>6</sup>

---

*manevi tazminat istenilmiştir. (...) Davalular arasında uzun süredir devam ettiği anlaşılan evlilik birlikteliğinin resmi nikâhlı eş olan davacının sosyal kişilik değerlerine zarar verir.” Yarg. HGK., 2010/4-129 E., 2010/173 K., 24.3.2010 T. “Davalı kadın da, evli olduğunu bilerek davacının eşiyle gayri resmi ilişkiye girmek ve ondan çocuk sahibi olmak suretiyle, gerek yasalarca gerek örf ve adet hukukunca korunmayan haksız bir davranış içine girmiştir. Bu davranış da açıkça haksız eylem niteliğindedir.(...) evli bir kimsenin evlilik dışı birlikteliği, diğer eşin sosyal kişilik değerlerine saldırı niteliğinde olduğu gibi, bu eyleme katılan kişinin eylemi de bundan ayrı düşünülemez. Dolayısıyla, bu eyleme evliliği bilerek katılan kişi de diğer eşin uğradığı zarardan sorumludur. Sonuç itibarıyla, davalının davacının eşi ile evli olduğunu bilerek duygusal ve cinsel ilişkiye girdiğinin tarafların ve mahkemenin kabulünde olmasına göre; davalının sorumluluğu ahlâka ve adaba aykırılık nedeniyle gerçekleşen "haksız fiil"den kaynaklanmakta; dava da yasal dayanağını haksız fiile ilişkin hükümlerden almaktadır. (www.kazanci.com, E.T.: 1.5.2018).*

<sup>6</sup> Yarg. 4. HD., 2014/8569 E., 2015/5849 K., 7.5.2015 T.: “(...) davacının dava dışı eşinin davacıya yönelik sadakatsizlik eyleminin TMK.nın evlenmeyle eşe yüklediği ödevler arasında bulunan sadakat yükümlülüğünü ihlal sebebiyle anılan Kanunun 185. ve 174. maddeleri uyarınca boşanma sebebi ve istenmesi halinde manevi tazminatı gerektirir nitelikte olduğu kuşkusuzdur. (...) Zira dava dışı eş kendi iradesi ile bu birliğin tarafı olmayı kabul etmiş ve kendisine Kanunun yüklediği hak ve yükümlülükler altına girmiştir. Davalının eyleminin manevi tazminatı gerektirip gerektirmeyeceğine gelince, davalının doğrudan davacının bedensel veya ruhsal bütünlüğüne yönelik hukuka aykırı bir fiilde bulunduğundan söz edilemeyeceği gibi, Kanun'da yükümlülüğünü ihlal eden eşin eylemini birlikte gerçekleştirdiği kişiler yönünden herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Tüm bu nedenlerle, 818 Sayılı Borçla Kanununun 49 (TBK.nın 58) maddesine göre davalının fiilinin davacının kişilik haklarına saldırı niteliğinde olduğunun kabulü mümkün değildir.” Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 11.6.2015 tarihli bir başka kararında da aynı ifadelere yer vererek aldatılan eşin, aldatma eylemine katılan üçüncü kişiye yönelttiği manevî tazminat talebini reddetmiştir. Yarg. 4. HD., 2014/8510 E., 2015/7762 K., 11.6.2015 T. (www.kazanci.com, E.T.: 1.5.2018).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2017 yılında, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 2015 yılından itibaren verdiği kararlardan farklı olarak, aldatılan eşin eşinin aldatma eylemini birlikte gerçekleştirdiği üçüncü kişiden manevî tazminat talep edebileceğini kabul ederek tekrar eski içtihadı dönmüştür. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 22.3.2017 tarihinde verdiği kararda evli kişinin sadakat yükümlülüğünü ihlâl eden birlikteliğinin diğer eşin sosyal kişilik değerlerine saldırı niteliğinde olduğunu, bu eyleme evliliği bilerek katılan kişinin ahlâka ve adaba aykırılık nedeniyle gerçekleşen haksız fiil nedeniyle aldatılan eşe karşı manevî tazminat sorumluluğunun doğduğunu ifade etmiştir.<sup>7</sup> Ancak Hukuk Genel Kurulu aynı kararda aldatılan eşin çocuklarının aldatma fiiline katılan üçüncü kişiden manevî tazminat talep edemeyeceğini belirtmiştir.<sup>8</sup> Böylece, aldatılan eşin üçüncü kişiden manevî tazminat talebi bakımından, böyle bir talebi reddeden Yargıtay 4. Hukuk Dairesi ile kabul eden Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun içtihatları arasında farklılık meydana gelmiştir.

<sup>7</sup> Yarg. HGK., 2017/4-1334 E., 2017/545 K., 22.3.2017 T.: “evli kişilerle ilişki uzun süre suç sayılmış (...) tır. Bu tür eylemlerin daha sonraki yasal düzenlemeler sırasında suç olmaktan çıkarılmış olması, bu eylemin ahlaka aykırılığını ve dolayısıyla haksızlığını da ortadan kaldırmayacaktır. (...) Davacının eşinin evli olmasına rağmen bir başkası ile cinsel ve duygusal ilişkiye girmesi, evlilik sözleşmesi ile bağlandığı, sadakat borcu altına girdiği eşine karşı haksız eylem niteliğindedir. Davalı kadın da, evli olduğunu bilerek davacının eşiyle gayri resmi ilişkiye girmek ve ondan çocuk sahibi olmak suretiyle, gerek yasalarca gerek örf ve adet hukukunca korunmayan haksız bir davranış içine girmiştir. (...) Böylece, evli bir kimsenin evlilik dışı birlikteliği, diğer eşin sosyal kişilik değerlerine saldırı niteliğinde olduğu gibi, bu eyleme katılan kişinin eylemi de bundan ayrı düşünülemez. Dolayısıyla, bu eyleme evliliği bilerek katılan kişi de diğer eşin uğradığı zarardan sorumludur. (...) davalının davacının eşi ile evli olduğunu bilerek duygusal ve cinsel ilişkiye girdiğinin tarafların ve mahkemenin kabulünde olmasına göre; davalının sorumluluğu ahlâka ve adaba aykırılık nedeniyle gerçekleşen “haksız fiil”den kaynaklanmakta; dava da yasal dayanağını haksız fiile ilişkin hükümlerden almaktadır. (...) Ayrıca eşlerin bu yüzden boşanmış olup olmaları da önem taşımaz.” Aynı tespitler Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 29.3.2017 tarihli bir kararında da tekrar edilmiştir Yarg. HGK., 2017/4-1482 E., 2017/556 K., 29.3.2017 T. (www.kazanci.com, E.T.: 1.5.2018).

<sup>8</sup> Yarg. HGK., 2017/4-1334 E., 2017/545 K., 22.3.2017 T.: “Ne var ki (...)her iki çocuk lehine de manevi tazminata hükmedilmiş ise de; 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde düzenlenen sorumluluğu genişletmek olanaksız olduğu gibi, çocukları bu kapsamda değerlendirmek söz konusu değildir. Yansıma yoluyla da manevi tazminat istenilemeyeceğinden çocuklar yönünden Özel Daire bozma kararına uyularak davanın reddine karar vermek gerekirken,(...)”. (www.kazanci.com, E.T.: 1.5.2018).

Aldatılan eşin eşiyile birlikte olan üçüncü kişiden manevî tazminat talebi konusundaki içtihat farklılığı Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 6.7.2018 tarihinde verdiği İçtihadı Birleştirme Kararı ile giderilmiştir. Yargıtay söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararında evlilikte sadakat yükümlülüğünün eşlere ancak birbirlerine karşı ileri sürülebilecekleri nispi bir hak bahşettiğini, eşlerin bu konuda herkese karşı ileri sürülebilecek mutlak bir hakları bulunmadığını, aldatma eylemine katılan üçüncü kişinin salt bu eylemi ile özel bir koruma normunu veya bir mutlak hakkı ihlâl etmiş olmayacağını belirtmiştir. Mahkeme bu kararda evlilik birliği ve evlilik hayatının kişiye sağladığı statünün eşlerin kişilik hakkının bir parçası olmadığını, bu bakımdan evli kişi ile birlikte olan üçüncü kişinin bu davranışının aldatılan eşin kişilik hakkına saldırı teşkil etmediğini ifade etmiştir. Mahkeme, üçüncü kişinin eylemi hukuka aykırı olmadığı ve haksız fiil teşkil etmediği için TBK. m. 49 f. 1 temelinde tazminat sorumluluğunun şartlarının; eylem ahlâka aykırı olmakla birlikte üçüncü kişi salt birlikte olduğu kişinin eşine zarar vermek amacıyla hareket etmedikçe de TBK. m. 49 f. 2 temelinde tazminat sorumluluğunun şartlarının gerçekleşmeyeceğine hükmetmiştir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre, aldatılan eş, üçüncü kişi onun başkaca bir kişilik hakkını ihlâl etmedikçe, salt evli kişiyle birlikte olduğu için üçüncü kişiden manevî tazminat talep edemez.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Yarg. İçt. Birl. BGK, 2017/5 E., 2018/7 K., 6.7.2018 T.: “zina suçunun (...) TCK'da suç olarak düzenlenmemesinin yanı sıra Medeni Hukuk alanında da evli bir kişiyle birlikte olmayı yasaklayan bir hukuk kuralına rastlanmaması karşısında, üçüncü kişinin aldatılan eşe karşı bu nedenle sorumlu olduğunu düzenleyen herhangi bir norm bulunmamaktadır. (...) Dolayısıyla hukuka aykırılık koşulu gerçekleşmeyen bir eylem nedeniyle TBK'nın 49. maddesinin 1. fıkrası gereğince haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olmadığı açıktır.(...) evlilik birliği ve evlilik hayatının kişiye toplum nezdinde sağladığı statü, eşlerin kişilik haklarının bir parçası olmayıp, eşlerin birbirleri üzerinde herhangi bir kişilik hakkı da bulunmamaktadır.(...) Üçüncü kişinin sadakat yükümlülüğünün bulunmaması nedeniyle, evli eşle birlikte olan üçüncü kişinin bu davranışının diğer eşin kişilik haklarına doğrudan bir saldırı niteliğinde olduğu söylenemez.(...) Evli bir kişiyle birlikte olan üçüncü kişinin eyleminin ahlâka aykırı olduğunu söylemek mümkündür ancak üçüncü kişinin TBK'nın 49. maddesinin 2. fıkrasına göre tazminatla sorumlu olduğunu kabul edebilmek için birlikte olduğu kişinin evli olduğunu bilmesine rağmen bu fiili işlemi yeterli değildir. (...) Evli kişiyle birlikte olan üçüncü kişinin sırf diğer eşe zarar verme kastıyla hareket ettiğinden bahsedilemediği taktirde, artık üçüncü kişinin bu fiili TBK 49/2 ye göre tazminatı gerektirmeyecektir. (...) üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen başkaca bir kişilik hakkı ihlali bulunmadıkça, salt evli bir kişiyle birlikte olmak şeklindeki

## B. İsviçre Federal Mahkemesi İçtihatları

İsviçre Federal Mahkemesi herkesin evlilik birliğini ihlâl etmeme yükümlülüğü altında olduğunu, bu birliğin eşlerin kişilik haklarının bir parçası olduğunu kabul etmektedir.<sup>10</sup> İsviçre Federal Mahkemesi'nin aldatılan eşin eşinin ilişki kurduğu üçüncü kişiden manevî tazminat talep edebileceğini kabul ettiği eski tarihli bazı kararlar da mevcuttur.<sup>11</sup> Ancak Federal Mahkeme aldatılan eşin eşinin ilişki kurduğu kişiden prensip olarak manevî tazminat talep edebileceğini kabul ettiği bu kararlarında dahi manevî tazminata hükmetmek konusunda çekimser davranmış ve tazminat talebini çok sıkı şartlara tâbi tutmuştur. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi 1958 tarihi bir kararında aldatılan eşin kişilik hakkının ağır ihlâli şartının gerçekleşmediğinden bahisle aldatma eylemine katılan kişiye yönelttiği manevî tazminat talebini reddetmiştir. Buna gerekçe olarak da somut olayda davacı ile eşinin evliliğinin zaten çökmüş, mutsuz bir evlilik olmasına dayalı olarak aldatılmanın davacıda sağlıklı bir evlilik ilişkisinin ihlâl edilmesinde olacağı kadar sert etki yaratmayacak olmasını göstermiştir.<sup>12</sup>

Belirtmek gerekir ki, İsviçre Federal Mahkemesi'nin aldatılan eşin aldatma eylemine katılan kişiden prensip olarak manevî tazminat talep edebileceğini kabul ettiği kararları eski tarihli olup, İsviçre'de ilerleyen süreçte pek çok değişiklik meydana gelmiştir. Örneğin, 1 Ocak 1990'da İsviçre Ceza Kanununda yapılan değişiklikle zina suç olmaktan çıkarılmış; 1 Ocak 2000 tarihinden itibaren ise İsviçre Medeni Kanunu'nda yapılan değişiklik ile zina mutlak bir boşanma sebebi olmaktan da çıkarılmış; İsviçre doktrininde zina eyleminin aldatılan eşin kişilik hakkının ihlâli olmadığı görüşü yaygınlaşmıştır.<sup>13</sup> Tüm bu gelişmeler karşısında İsviçre Federal Mahkemesi'nin bugün böyle bir konuda karar verecek olsa, salt zinaya

---

*eyleminden dolayı aldatılan eşin üçüncü kişiden manevi tazminat isteyebilmesinin mümkün bulunmadığı sonuç ve kanaatine varılmıştır.*" (www.resmigazete.gov.tr, E.T.:8.12.2018).

<sup>10</sup> Örneğin bkz. BGE 43 II 309; BGE 78 II 289; BGE 84 II 329; BGE 108 II 348; BGE 109 II 4.

<sup>11</sup> Örneğin bkz. BGE 78 II 289; BGE 84 II 329; BGE 109 II 4.

<sup>12</sup> BGE 84 II 329. İsviçre Federal Mahkemesi bu kararında aldatılan eşin aldatma eylemine katılan kişiden manevî tazminat talebinin bu kişinin ağır kusurlu davranmış olması ve davacının kişilik hakkını ağır biçimde ihlâl etmiş olmasına bağlı olduğunu, bu şartların da istisnai olarak gerçekleşebileceğini belirtmiştir.

<sup>13</sup> Bu konuda bkz. Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Rumo-Jungo, Alexandra. (2002). *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (12. Aufl.). Zürich: Schulthess Verlag, s. 287 dn. 2.



dayalı olarak manevî tazminat talebini prensip itibariyle olsa dahi kabul edebileceği son derece şüphelidir.

### C. Alman Federal Mahkemesi'nin Görüşü

Alman Federal Mahkemesi, evlilik birliğinden doğan sadakat yükümlülüğünün ihlâlinden dolayı aldatan eşe veya aldatma eylemine katılan üçüncü kişiye karşı haksız fiil temelinde tazminat talebinde (AMK. m. 823 f. 1) bulunulamayacağı görüşündedir. Zira Mahkemeye göre burada eşin kişisel alanını ilgilendiren ve münhasıran aile hukuku kuralları içerisinde çözümlenmesi gereken bir mesele mevcut olup, bu mesele haksız fiil alanının dışında değerlendirilmelidir.<sup>14</sup> Alman Federal Mahkemesi, aldatılan eşin eşinin kendisini aldattığı kişiye yönelttiği manevi tazminat talebini reddettiği bir kararında, zina eyleminin haksız fiile dayalı bir talebe dayanak oluşturmayacağını belirtmiştir. Mahkemeye göre, aldatma eylemi, eşlerden birinin katılımı olmadan mümkün olmadığına göre, eşler arasında evlilik içi bir mesele söz konusu olup, haksız fiil alanını ilgilendiren bir durum yoktur. Sadece aldatan eş bakımından evlilik hukukuna aykırı olarak değerlendirilebilecek olan kusurlu bir fiil söz konusu olup, aldatma eylemine katılan üçüncü kişinin aldatan eşin bir haksız fiiline katılımı söz konusu değildir.<sup>15</sup>

## II. Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

Doktrinde eşin aldatma eylemini birlikte gerçekleştirdiği kişinin bu davranışının hukuka aykırılık (TBK. m. 49 f. 1) veya ahlâka aykırılık (TBK. m. 49 f. 2) temelinde haksız fiil teşkil ederek manevî tazminata sebep olup olamayacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir.

<sup>14</sup> BGHZ 23, 215 = NJW 1957, 670; BGHZ 23, 279 = NJW 1957, 671; BGHZ 48, 82 = NJW 1967, 2008; BGHZ 57, 229; BGH NJW 1973, 991. Alman doktrininde "evlilik birliği"nin haksız fiillerin koruma alanına girip girmediği tartışmalıdır. Bu konuda bkz. Schulze, Reiner. (2017) *Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar* (9. Aufl.), Baden-Baden: Nomos, § 823 BGB, N. 44; Roth, Andreas. (2017). *Münchener Kommentar zum BGB, Band 8, Familienrecht I*, Säcker, F. J./ Rixecker, R./Oetker, H./Limperg, B. (Hrsg.), (7. Aufl.). München: C. H. Beck, § 1353 BGB, N. 48.

<sup>15</sup> BGH NJW 1973, 991.

## A. Üçüncü Kişinin Fiilinin Hukuka Aykırılık Temelinde Manevî Tazminata Esas Teşkil Edip Edemeyeceği

### 1. Genel Olarak

Haksız fiil sorumluluğu bakımından hukuka aykırılık; başkalarına zarar vermeyi yasaklayan veya zararlı sonucu önlemek için belirli biçimde davranmayı emreden genel davranış kurallarının ihlâl edilmesidir.<sup>16</sup> Kişilerin evli kişilerle cinsel ve/veya duygusal ilişkiye girmesini yasaklayan özel bir koruma normu mevcut değildir. O halde evli kişi ile ilişkiye giren kişinin bu fiilinin hukuka aykırı sayılması ancak bu fiil ile bir mutlak hak ihlâl ediliyorsa söz konusu olabilir. Bu noktada, evli kişiyle ilişkiye giren üçüncü kişinin, bu ilişki nedeniyle aldatılan eşin mutlak hakları arasında yer alan kişilik haklarından birini ihlâl edip etmediği üzerinde durulmalıdır.

Kuşkusuz, başkasının eşi ile beraber olan kişi, sadece evli kişiyle ilişki kurmakla kalmayıp ayrıca başlı başına aldatılan eşin bir kişilik hakkını ihlâl eden eylemlerde de bulunmuşsa, aldatılan eş ondan salt bu hukuka aykırı davranışları nedeniyle manevî tazminat talep edebilir. Örneğin, üçüncü kişi, kişinin eşi ile ilişki kurmakla kalmamış, ona iftirada bulunmuş veya hakaret etmişse, onunla alay ederek küçük düşürmüşse, aldatılan eşin şeref ve haysiyeti üzerindeki kişilik hakkını ihlâl etmiş olur.<sup>17</sup> Keza, üçüncü kişi ilişki kurduğu eş sayesinde öğrendiği aldatılan eşe ilişkin bazı sırları başkalarına yaymışsa, aldatılan eşin özel hayatın gizliliğine ilişkin kişilik hakkını ihlâl etmiş olur.<sup>18</sup> Bu tür davranışların manevî tazminat talebi bakımından hukuka aykırılık unsurunu gerçekleştireceği açıktır. Aşağıda, sadece aldatma fiilinin başlı başına aldatılan eşin bir kişilik hakkını ihlâl edip etmediği sorunu üzerinde durulacaktır.

<sup>16</sup> Brehm, Roland. (2013). *Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR*, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, (4. Aufl.), Hausheer, Heinz/ Walter, Hans Peter (Hrsg.). Bern: Stämpfli Verlag, Art. 41, N. 33 vd.; Eren, s. 611 vd.; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 15 vd.

<sup>17</sup> Demircioğlu, Reyhan. (2016). "Aldatılan Eş Tarafından Üçüncü Kişiyeye Yöneltilen Manevî Tazminat Taleplerinde Hukuka Aykırılık Unsuru", *AÜHF Dergisi*, C. 65, S. 3, s. 687-721, s. 714; Serozan, Rona. (2016). "Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümüne Aykırılıktan Ötürü Tazminat Talebine Yer Olabilir mi?" *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Turhan Esener'e Armağan Cilt II*, C. 15, S. 1, s. 451-458, s. 456; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 265.

<sup>18</sup> Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 261.

## 2. Evli Kişinin Aldatılmasının Onun Herhangi Bir Mutlak Hakkını İhlâl Edip Etmediği Sorunu

Mutlak haklar arasında yer alan kişilik hakları; bir kişinin sadece var oluşundan, kişi oluşundan dolayı sahip kabul edildiği değerler üzerindeki, herkese karşı ileri sürülebilen, değeri para ile ölçülemeyen, vazgeçilemeyen, devredilemeyen haklardır.<sup>19</sup> Salt evli kişi ile ilişkiye girme eyleminin aldatılan eşin şeref ve haysiyeti veya evlilik birliği üzerindeki kişilik hakkını ihlâl edip etmediği konusunda doktrinde farklı yaklaşımlar mevcuttur.

### a. Aldatılan Eşin Şeref ve Haysiyeti Üzerindeki Kişilik Hakkı Bakımından

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, zina eylemi aldatılan eşin bulunduğu çevrede küçük düşürerek onun şeref ve haysiyetinin ihlâlüne neden olur. Zina eylemine katılan üçüncü kişi de bu fiili ile aldatılan eşin şeref ve haysiyetini ihlâl ettiği için onun uğradığı manevî zararı tazminle yükümlüdür.<sup>20</sup> Bir başka görüşe göre, evli kişi ile birliktelik kurmanın diğer eşin şeref ve haysiyetini ihlâl edip etmediği hukuk tekniği ve teorisinin dışında kalan, bu konuda benimsenecek hukuk politikasına ilişkin bir sorundur.<sup>21</sup> Buna karşılık, Türk doktrinindeki hâkim görüş, salt aldatma

<sup>19</sup> Deschenaux, Henri/Steinauer, Paul-Henri. (2001). *Personnes physiques et tutelle* (4. éd.), Berne: Stämpfli Verlag, N. 518, 529 vd.; Bucher, Andreas. (2009). *Personnes physiques et protection de la personnalité* (5. éd.), Bâle: Helbing Lichtenhahn Verlag, N. 430; Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe. (2014). *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (14. Bası). İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 154. Yaygın kabul gören bir sınıflandırmaya göre, kişilik değerleri fizikî, duygusal ve sosyal kişilik değerleri olarak üçe ayrılır. Fizikî kişilik değerleri, kişinin sadece fizikî varlığına bağlı olarak sahip olduğu örneğin, vücut bütünlüğü, hareket özgürlüğü gibi değerlerdir. Duygusal kişilik değerleri; kişinin duygusal ilişkiler ağı içinde yaşayan bir varlık olmasının beraberinde getirdiği değerlerdir. Örneğin, kişinin yakınları ile ilişki kurma hakkı bu kapsamda değerlendirilmektedir. Sosyal kişilik değerleri ise, kişinin toplum içinde yaşayan bir varlık olmasının beraberinde getirdiği değerlerdir. Örneğin, kişinin şeref ve haysiyeti, özel hayatı bu tür değerlerdendir. Üçlü ayırım ve örnekler için bkz. Deschenaux/Steinauer, N. 540 vd.; Bucher, N. 440 vd.; Roberto, Vito. (2002). *Schweizerisches Haftpflichtrecht*. Zürich: Schulthess Verlag, N. 456; Eren, s. 558.

<sup>20</sup> Franko, Nisim. (1973) *Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevî Zararın Tazmini*. Ankara: Doruk Yayınevi, s. 57-59.

<sup>21</sup> Demircioğlu, s. 715. Yazara göre, yargı uygulaması ile bu konuda bir hukuk politikası tercihi yapılmalı; bu yapılırken de Türk toplumunda şeref ve haysiyete verilen anlam ile cinsler arası eşitlik ilkesi göz önünde tutulmalıdır.

eylemine katılmanın aldatılan eşin şeref ve haysiyetini ihlâl etmediği yönündedir.<sup>22</sup>

### **b. Aldatılan Eşin Evlilik Birliği Üzerindeki Kişilik Hakkı Bakımından**

Evlilik birliğinin bir kişilik değeri olup olmadığı ve evlilik birliği bir kişilik değeri olarak kabul edilse dahi salt aldatma eyleminin aldatılan eşin bu kişilik değerini ihlâl edip etmediği meseleleri hakkında doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir:

#### **aa. Eşlerin Evlilik Birliğine İlişkin Olarak Kişilik Hakkı Bulunduğu Görüşü**

Bir görüşe<sup>23</sup> göre, aile ilişkileri ve bu kapsamda olmak üzere evlilik, nişanlılık, soybağı ilişkileri kişinin duygusal kişilik değerleri arasında olup bu değerler üzerinde kişinin kişilik hakkı vardır. Zira bu ilişkiler kişiler arasında özel, duygusal, üçüncü kişilerden gelen saldırılara karşı korunmaya layık bir bağ yaratır. Buna göre, evlilik ilişkisi (evlilik birliği), duygusal kişilik değeri olarak, TMK. m. 24 (İMK. m. 28) anlamında kişinin hukuken korunması gerekli olan kişilik değerleri arasındadır. Eşlerden her birinin evlilik birliğinin ihlâl edilmemesine yönelik herkese karşı ileri sürebileceği bir kişilik hakkı vardır.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Serozan, Rona. (2017). *Medenî Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku* (7. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 464; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 173-174; (eşlerin birbirlerinin onurunun ve saygınlığının bir parçası olmadığını ifade eden) Oğuzman/Öz, Cilt-2, s.264.

<sup>23</sup> Deschenaux/Steinauer, N. 554; Bucher, N. 444; BK-Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 159, N. 12; Landolt, Hardy. (2007). *Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Zweite Lieferung, Art. 45-49 OR, ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1c/2, (3. Aufl.)*, Gauch, Peter/Schmid, Jörg (Hrsg.). Zürich: Schulthess Verlag, Art. 49, N. 630; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 156; Eren, s. 817 dn. 254. Bu yazarlar evlilik birliğini “duygusal kişisel değeri” olarak değerlendirilmektedir. Buna karşılık Türk hukukunda bazı yazarlar evlilik birliğini “sosyal kişilik değeri” olarak nitelendirmektedir. Örneğin, Keskin, s. 206 dn 339. Yargıtay’ın evlilik birliğini “sosyal kişilik değeri” olarak nitelendirdiği kararları mevcuttur. Örneğin, Yarg. HGK., 2017/4-1334 E., 2017/545 K., 22.3.2017 T. (www.kazanci.com, E.T.: 1.5.2018). Ancak 6.7.2018 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında Yargıtay’ın evlilik birliğini artık bir kişilik değeri olarak kabul etmediği görülmektedir. Yarg. İkt. Birl. BGK., 2017/5 E., 2018/7 K., 6.7.2018 T.: “evlilik birliği ve evlilik hayatının kişiye toplum nezdinde sağladığı statü, eşlerin kişilik haklarının bir parçası olmayıp, eşlerin birbirleri üzerinde herhangi bir kişilik hakkı da bulunmamaktadır (...).” (www.resmigazete.gov.tr, E.T.:8.12.2018).

<sup>24</sup> Aebi-Müller, Regina. (2016). *Art. 28, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB* (3. Aufl.),

Aile ilişkisini ve evlilik birliğini birer kişilik değeri olarak kabul eden bazı yazarlar,<sup>25</sup> kişilik hakkı ihlâli meselesini evlilik birliğine yönelmiş ihlâle eşlerden birinin katılımının olup olmamasına göre farklı değerlendirmektedirler. Diğer bir deyişle, evliliğe dışarıdan gelen müdahaleler ile duygusal ilişkinin tarafları arasındaki durumu farklı ele almaktadırlar. Eşlerden hiçbirinin rızası, katılımı olmaksızın, tümüyle üçüncü kişinin aile ve evlilik ilişkisine zarar vermesi eşlerden her birinin aile bütünlüğüne ve evlilik birliğine ilişkin kişilik hakkını ihlâl eder. Örneğin, üçüncü bir kişinin evlilik içinde doğmuş bir çocuğun babasının koca değil, kendisi olduğunu ısrarla ileri sürmesi eşlerin aile hayatına ilişkin kişilik hakkına zarar verir. Bu kapsamda her bir eş bu kişilik hakkı ihlâlinin durdurulmasını (TMK. m. 25 f. 1) talep edebileceği gibi, kişilik hakkını ihlâl eden kişiden manevî tazminat (TMK. m. 25 f. 3, TBK. m. 58) da talep edebilir.<sup>26</sup> Buna karşılık, eşler arasındaki ilişkiler ve özellikle bir eşin diğer eşi aldatması suretiyle evlilik ilişkisinin zarar görmesi bakımından durum farklıdır. Bu durumda aldatılan eş, TMK. m. 25 f. 1 (İMK. m. 28a f. 1) hükmünde düzenlenen koruyucu davalardan yararlanamaz. Örneğin, aldatılan eş, eşine veya eşi ile ilişki kuran üçüncü kişiye karşı bu ilişkiyi sona erdirmesi için “durdurma davası” açamaz.<sup>27</sup> Bu durumda sadece aile hukukuna özgü yaptırımlar söz konusu olur.<sup>28</sup>

Evlilik birliğinin kişiliğin hukuken korunmaya değer bir parçası olduğunu kabul eden yazarlar arasında sadakat yükümlülüğünün ihlâli

---

Breitschmid, Peter / Jungo, Alexandra (Hrsg.), Zürich: Schulthess Verlag, Art. 28, N. 15; BK-Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 159, N. 12; Bräm, Verena. (1998). *Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 ZGB*, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Band/Nr. II/1c, (3. Aufl.), Bräm, Verena (éd.). Zürich: Schulthess Verlag, Art. 159, N. 66; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 156; Eren, s. 817.

<sup>25</sup> Deschenaux/Steinauer, N. 555; Bucher, N. 445; CHK-Aebi-Müller, Art. 28, N. 15; BK-Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 159, N. 12; ZK-Bräm, Art. 159, N. 69; Roberto, N. 471; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 156.

<sup>26</sup> ZK-Bräm, Art. 159, N. 67; BK-Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 159, N. 12. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre de aile birliği eşlerin bir kişilik değeridir. Mahkeme, bir erkeğin tekrarlayan davranışlarıyla evlilik içinde doğmuş bir çocuğun babasının koca değil kendisi olduğunu iddia etmesinin eşlerin ve çocuğun aile hayatlarının ihlâli kapsamında kişilik hakkı ihlâli olduğunu ifade etmiştir. BGE 108 II 344, 348.

<sup>27</sup> ZK-Bräm, Art. 159, N. 69; BK-Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 159, N. 12; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 156.

<sup>28</sup> Roberto, N. 471; ZK-Bräm, Art. 159, N. 69; Bucher, N. 445. Buna göre, evlilikten doğan yükümlülüklerin ihlâlinin eşler arasındaki yaptırımı örneğin, evlilik birliğini koruyucu düzenlemelere başvurma, boşanma veya ayrılık davası açma olabilir.

halinde aldatılan eşin, aldatan eşten veya eşin beraber olduğu üçüncü kişiden manevî tazminat talep edip edemeyeceği konusunda görüş birliği yoktur. Bazı yazarlara göre, aldatan eş ve eylemi birlikte gerçekleştirdiği kişi, aldatma eylemi ile aldatılan eşin evlilik birliği üzerindeki kişilik hakkını ihlâl etmiş olurlar. Bu bakımdan, aldatılan eş, boşandığı takdirde,<sup>29</sup> kendisini aldatan eşten TMK m. 174 f. 2 (İMK. (e) m. 151 f. 2<sup>30</sup>) uyarınca, aldatma eylemine katılan üçüncü kişiden ise, kişilik hakkı ihlâline bağlı haksız fiil temelinde TBK. m. 58'e (İBK. m. 49) dayalı olarak manevî tazminat talep edebilir.<sup>31</sup> Buna karşılık, bazı yazarlar, aldatma durumunda aldatılan eşin, aldatan eşten de aldatma fiiline katılan üçüncü kişiden de salt bu sebeple manevî tazminat talep edemeyeceğini savunmaktadırlar. Bu görüşe göre, eşlerden birinin aldatma fiiline iştirak etmek suretiyle evlilik birliğinin ihlâline özgür iradesiyle katılması halinde, evlilik birliği ihlâlinin hukuka aykırılık unsuru ortadan kalkar. Zira evlilik birliği duygusal bir kişilik değeri olarak ancak ortada yaşayan, gerçek bir evlilik varsa korunabilir. Korunma ihtiyacı ancak her bir eş evlilik birliğini korumak istiyorsa vardır. Oysa bir eş diğerini aldatıyorsa ortada artık korunacak gerçek bir ilişki yok demektir.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> Aldatılan eşin boşanmadığı halde kendisini aldatan eşten sadakat yükümlülüğünün ihlâli sebebiyle TBK m. 58 (İBK. m.49) uyarınca manevî tazminat talep edip edemeyeceği tartışmalıdır. Hâkim görüşüne göre, aldatılan eş diğer eşe karşı, ondan boşanmadıkça, zinaya dayalı olarak manevî tazminat davası açamaz. Stark, Emil W. (1986). "Kann ein Dritter wegen Ehestörung zu Genugtuungszahlungen verpflichtet werden?" *Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65. Geburtstag*. Bern: Stämpfli Verlag, s. 515-533, s. 530; Oftinger, Karl/Stark, Emil W. (1995). *Schweizerisches Haftpflichtrecht Zweiter Band: Besonderer Teil - Erster Teilband: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung*, (4. Aufl.). Zürich: Schulthess Verlag, s. 51, N. 146; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 156; Öztan, s. 194; Öztan, Bilge/Ozanemre-Yayla, Hatice Tolunay. (2017). "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.3.2017 Tarih, 2017/4-1334 Esas ve 2017/545 Karar Sayılı Kararı Üzerine Eleştirel Bir Yaklaşım", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 75, S. 2017/3, s. 197-225, s. 213. Aksi görüşte: ZK-Bräm, Art. 159, N. 70; Badur, Emel/Turan-Başara, Gamze. (2016). "Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlâlinden Kaynaklanan Manevî Tazminat İstemi", *AÜHF Dergisi*, C. 65, S. 1, s. 101-136, s.123.

<sup>30</sup> İMK. (e) m. 151 hükmü yürürlükten kaldırıldığı için İsviçre Medeni Kanununda artık boşanmanın malî sonuçları arasında manevî tazminat talebine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu bakımdan, İsviçre hukukunda boşanma durumunda da aldatılan eşin aldatan eşe karşı manevî tazminat talebinin dayanağı manevî tazminata ilişkin genel hüküm niteliğindeki İBK. m. 49 olacaktır. Bkz. ZK- Landolt, Art. 49, N. 638.

<sup>31</sup> ZK-Bräm, Art. 159, N. 69; ZK-Landolt, Art. 49, N.631, 638; BK-Brehm, Art. 49, N. 69; Eren, s. 817 ve oradaki dn. 254.

<sup>32</sup> Roberto, N. 471; BK-Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 159, N. 12. Son zikrettiğimiz yazarlara göre, zina bir haksız fiil oluşturmaz. Evliliğe dayalı yaşam ortaklığının muhafazası

Diğer bazı yazarlar ise, aldatılan eşin zina eden eşe karşı boşanma davası ile birlikte manevî tazminat davası (TMK. m. 174 f. 2) açabileceğini kabul etmekte; ancak üçüncü kişinin bir eşin kişilik hakkını ihlâl eden davranışına diğer eş katıldığı takdirde, bu katılımın üçüncü kişinin fiilinin hukuka aykırılığını ortadan kaldıracığını, bu nedenle aldatılan eşin üçüncü kişiden manevî tazminat talep edemeyeceğini ileri sürmektedirler.<sup>33</sup>

#### **bb. Eşlerin Evlilik Temeline Dayalı Duygusal İlişkiye Dair Kişilik Hakkı Bulunduğu Görüşü**

Çetiner'e göre, evlilik, evlilik birliği veya evlilik hayatı eşlerin kişilik hakkına dâhil bir unsur değildir. Zira evlilik ilişkisi yalnız eşler arasında geçerli bir ilişki olup, evliliğin mutlak hak kapsamında koruma altına alınması onun aile hukuku sözleşmesi niteliği ile bağdaşmaz. Bununla birlikte, evlilik temeline dayalı olarak eşlerin sahip olduğu duygusal varlıklar duygusal kişiliğin unsurlarındandır. Her bir eşin evlilik temeline dayalı duygusal ilişkisine dair kişilik hakkı vardır.<sup>34</sup> Bu görüşe göre, bir eşin diğerini aldatması, aldatılan eşin evlilik temelinde sahip olduğu duygusal varlıkların, dolayısıyla kişilik hakkının ihlâlidir. Bu durumda gerek aldatan eş, gerekse de aldatma eylemini birlikte gerçekleştirdiği üçüncü kişi, kural olarak, aldatılan eşin bir kişilik hakkını ihlâl etmiş olur. Bu nedenle, aldatılan eş, kural olarak, diğer eşten de üçüncü kişiden de manevî tazminat talep edebilir.<sup>35</sup>

#### **cc. Eşlerin Kişisel İlişki Kurma, Düzenleme, Korumaya İlişkin Kişilik Hakkı Bulunduğu Görüşü**

Doktrinde savunulan bir başka görüşe göre, kişinin dilediği kişi ile ilişki kurma, ilişkiyi devam ettirme, dilediğinde sona erdirmeye hakkı, kişi

---

doğrudan da aldatan eşe veya aldatmaya katılan üçüncü kişiye açılacak önleme, durdurma, maddî veya manevî tazminat davaları üzerinden dolaylı olarak da cebren sağlanamaz.

<sup>33</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, s. 156.

<sup>34</sup> Çetiner, Bilgehan. (2016). "Aldatılan Eş Manevî Tazminat Talep Edebilir mi?", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. M. İlhan Uluşan'a Armağan Cilt-1*, C. 15, S. 2, s. 513-528, s. 524 vd.

<sup>35</sup> Ancak yazara göre aldatmanın gerçekleştiği dönemde evliliğin zaten sarsılmış olduğu özellikle eşler arasında geçimsizlik varken, eşler ayrı yaşarken aldatma eyleminin gerçekleştiği durumlarda evlilik temelli özel ve yoğun duygusal ilişkinin, dolayısıyla aldatılan eşin kişilik hakkının ihlâlinden söz edilemez. Bu durumda, aldatan eş veya aldatma eylemini birlikte gerçekleştirdiği üçüncü kişiden manevî tazminat talep edilemez. Çetiner, s. 525-526.

özgürlüğü kapsamında onun kişilik haklarına dâhildir. Kişilik hakkı olan husus, evlilik ilişkisinin kendisi değil; bir kişisel ilişkiyi kurma, düzenleme hakkıdır. Yoksa bizatihi evlilik ilişkisi üzerinde eşlerin kişilik hakkı yoktur. Kişi evlenmekle kişi özgürlüğünden vazgeçmiş sayılamayacağına göre, evlilik ilişkisini sona erdirmeye, eşinden başka kişi ile (suç teşkil eden bir fiile vücut vermemek kaydıyla) cinsel ilişki kurma hakları da kişi özgürlüğü kapsamında onun kişilik haklarına dâhildir<sup>36</sup>. Boşanma halinde kusursuz eşin diğer eşten manevî tazminat talebini düzenleyen TMK m. 174 f. 2 (İMK. (e) m. 151 f. 2) hükmü, kişilik hakkı ihlâline dayalı olmayan, sadece boşanma durumu için düzenlenmiş, aile hukukuna özgü ve sadece eşler arasındaki ilişkiye ilişkin olan özel bir hükümdür. Bu hükümden bir eşin kişisel özgürlüğünün sınırlandırıldığı anlamına gelecek bir sonuç çıkarılamaz.<sup>37</sup>

Bu görüşe göre, evlilik ilişkisi bakımından, bir eşin ilişkisini korumaya dair kişilik hakkı, diğer eşin bir ilişkiyi düzenleme ve sona erdirmeye, dilediği kişi ile ilişki kurmaya yönelik kişi özgürlüğüne ilişkin kişilik hakkı ile ve üçüncü kişinin de dilediği kişi ile ilişki kurma kişilik hakkı ile sınırlıdır. Bir kimse eşini evlilik ilişkisini devam ettirmeye, başkası ile cinsel, duygusal ilişki kurmamaya zorlayamayacağı gibi, üçüncü kişiyi de eş ile ilişkiyi kesmeye zorlayamaz. Aldatan eş de onun aldatma fiilini gerçekleştirdiği üçüncü kişi de kişi özgürlüklerinin bir parçası olan dilediği kişi ile ilişki kurma hakkını, yani bir kişilik haklarını kullanmaktadırlar. Bu itibarla, ne aldatan eşin, ne de üçüncü kişinin eylemi aldatılan eşin kişilik hakkını ihlâl eder niteliktedir. Bu bakımdan aldatma eylemi haksız fiil sorumluluğunu gerektiren hukuka aykırı bir fiil değildir.<sup>38</sup>

#### **dd. Eşlerin Evlilik Birliğine İlişkin Kişilik Hakkı Bulunmadığı Görüşü**

Doktrinde ileri sürülen bir diğer görüşe göre, evlilik ilişkisi kendi başına bir kişilik değeri teşkil etmez. Evlilik sözleşmesi eşler arasında akdedilen bir

<sup>36</sup> Oftinger/Stark, s. 49-50, N. 141; Stark, s. 523; Öztan/Ozanemre-Yayla, s. 211.

<sup>37</sup> Oftinger/Stark, s. 50-51, N. 145; Öztan/Ozanemre-Yayla, s. 217.

<sup>38</sup> Oftinger/Stark, s. 49-50, N. 141; Öztan/Ozanemre-Yayla, s. 211. Oftinger/Stark'a göre, aldatılan eş boşanma gerçekleştiği takdirde aldatan eşten aile hukukuna özel bir hüküm olan TMK m. 174 f. 2 (İMK. (e) m. 151 f. 2) hükmü çerçevesinde manevî tazminat talep edebilmekte; buna karşılık, boşanma söz konusu değilse aldatan eşten manevî tazminat talep edememektedir. Aldatılan eşin boşanmadığı takdirde kendisini aldatan eşten manevî tazminat talep edememesine rağmen, üçüncü kişiden manevî tazminat talep edebilmesi tatmin edici bir çözüm olmaz. Oftinger/Stark, s. 51, N. 146.



sözleşme olup, evlilik sözleşmesinden doğan sadakat beklentisi (TMK. m. 185 f. 3) de sadece diğer eşe karşı ileri sürülebilen nispî bir hak teşkil eder. Bir kişinin “eşi tarafından aldatılmama hakkı” biçiminde herkese karşı ileri sürebileceği bir kişilik hakkı (mutlak hakkı) yoktur. Buna bağlı olarak, evlilik dışı ilişki kuran eş, diğer eşin ayrıca başka bir kişilik hakkını (örneğin, şeref ve haysiyetini) ihlâl etmedikçe, sadece aldatma fiili ile eşin bir kişilik hakkını ihlâl etmiş olmaz.<sup>39</sup>

Evlilik ilişkisinin ve buna bağlı sadakat talebinin mutlak bir hakka değil, sadece eşler arasında geçerli nispî bir hakka vücut verdiği görüşünü savunan yazarlar arasında, sadakat yükümlülüğünün ihlâli temelinde manevî tazminat talebinin hem aldatan eşe, hem de onun ilişki kurduğu üçüncü kişiye mi yöneltilemeyeceği, yoksa sadece üçüncü kişiye mi yöneltilemeyeceği konusunda farklı görüşler mevcuttur:

Serozan’a göre, eşini aldatan tarafın fiili de aldatma eylemine katılan üçüncü kişinin fiili de diğer eşin kişilik hakkını ihlâl etmez; bu bakımdan hukuka aykırı değildir. Kişi eşini aldatıyorsa, bu durum ortada korunmaya lâyık ihlâl elverişli, sağlıklı bir evlilik ilişkisi bulunmadığını, haksız fiil korunmasını gerektirecek bir halin söz konusu olmadığını gösterir. Zinanın artık cezaî alanda suç sayılmaması zinanın haksız fiil sorumluluğuna yol açmaması gerektiği görüşünü destekler. Sadakat yükümlülüğü “eksik bir yüküm” niteliğinde olup, yerine getirilmesi zorla sağlanamaz.<sup>40</sup> Eşin sadakatsizliği karşısında, sadakatsiz eşe veya onun birlikte olduğu üçüncü kişiye karşı haksız fiil temelli davalar (önleme, durdurma, maddî ve manevî tazminat davaları) açılmaz. Zira bu tür haksız fiil yaptırımlarının uygulanması, sadakatsiz eşin ve onun birliktelik yaşadığı üçüncü kişinin dilediği kişiyle özgür biçimde ilişki kurmaya yönelik anayasal temel haklarının ölçsüz biçimde sınırlanması anlamına gelir. Evli kişinin eşinden başkası ile ilişki kurması ilişkinin her iki tarafı açısından ahlâkî (etik) sorumluluk doğurabilecek olmakla birlikte, bu husus hukuk alanının konusuna girmez.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> Serozan, *Medenî Hukuk*, s. 464; Serozan, *Sadakat Yükümü*, s. 452; Oğuzman/Öz, *Cilt-2*, s. 263-264. Salt evli kişi ile ilişki kurmanın diğer eşin bir kişilik hakkını ihlâl etmediği yönünde: Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 173-174.

<sup>40</sup> Serozan, *Sadakat Yükümü*, s. 452-453. Yazara göre, sadakat yükümlülüğünün ihlâlinin yaptırımları, aile hukuku hükümleri ile sınırlı sayıdaki belirli yaptırımlarla (örneğin, aldatılan eşin zina sebebiyle boşanma davası açabilmesi (TMK. m. 161)) düzenlenmiştir.

<sup>41</sup> Serozan, *Sadakat Yükümü*, s. 453-454.

Bir başka görüşe göre ise, evlilik sözleşmesi sadece sözleşmenin tarafı olan eşler bakımından sadakat yükümlülüğü ve buna karşılık gelen nispi bir hak doğurduğundan, bu yükümlülük üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Bu nedenle, aldatılan eş, TMK. m. 174 f. 2 uyarınca zina eden eşe karşı manevî tazminat davası açabileceği<sup>42</sup> halde, salt aldatma fiiline dayalı olarak aldatma eylemine iştirak eden üçüncü kişiye karşı manevî tazminat davası açamaz.<sup>43</sup> Oğuzman/Öz'e göre, aldatılan eşin aldatma eylemine iştirak eden üçüncü kişiden manevî tazminat talebine imkân tanıyarak Türk Ceza Kanunu'ndan kaldırılan zina suçuna tazminat hukuku aracılığı ile özel hukuk sahasında bir alternatif üretilmeye çalışılmamalıdır. Öte yandan, aldatılan eşe böyle bir tazminat hakkı tanınması, onun olaylardan etkilenen çocuklarının da üçüncü kişiden manevî tazminat talep edip edemeyeceği, ücret karşılığı evli kişi ile birlikte olan seks işçisinden de manevî tazminat talep edilip edilemeyeceği gibi cevaplanması güç pek çok tartışmalı sorunu da beraberinde getirerek belirsizlik yaratacaktır.<sup>44</sup>

#### **ee. Eşlerin Evlilik Birliğine İlişkin Kişilik Hakkı Bulunup Bulunmadığının Hukuk Politikasına İlişkin Bir Tercih Meselesi Olduğu Görüşü**

Demircioğlu'na göre, evlilik birliğinin eşlerin kişiliğinin bir parçası, bir kişilik değeri olarak kabul edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi meselesi hukuk teorisinin dışında kalan, hukuk politikasına ilişkin bir tercih sorunudur. Ancak yargı uygulaması tarafından evlilik birliği bir kişilik değeri olarak kabul edilse dahi eşlerden birinin rızasıyla gerçekleşen sadakatsizlik eyleminin diğer eşin bu kişilik hakkını ihlâl edip etmediği yine de tartışılabilir. Zira sadakatsizlik eyleminin diğer eşin evlilik birliğine ilişkin kişilik hakkını ihlâl ettiğinin kabulü bu kabule bağlı başkaca hukukî

<sup>42</sup> Badur/Turan-Başara, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin ihlâlinin de kişinin duygu dünyasını etkileyerek kişilik hakkı ihlâli sonucu doğurarak manevî tazminata yol açabileceğine işaret ederek, nispi bir hak doğuran sadakat yükümlülüğünün ihlâlinin de diğer eşin kişilik hakkını ihlâl edebileceğini savunmaktadırlar. Badur/Turan-Başara, s. 116. Bununla birlikte, bu yazarlara göre, eşler arasında sadakat yükümlülüğünü öngören TMK. m. 185 f. 3 hükmü emredici bir hüküm olup, bu hükmü ihlâl ederek eşini aldatan kişinin eylemi TBK. m. 49 f. 1 anlamında "hukuka aykırı bir fiil" teşkil etmektedir. Bu nedenle aldatılan eş, boşanma davası açmadan da TBK. m. 58 uyarınca aldatan eşten manevî tazminat talep edebilir. Badur/Turan-Başara, s. 124.

<sup>43</sup> Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 264; Badur/Turan-Başara, s. 120, 125.

<sup>44</sup> Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 264 dn. 30 ve dn. 31.

soruların da benimsenen bu hukuk politikasına uygun olarak cevaplandırılmasını gerektirir.<sup>45</sup>

### **B. Üçüncü Kişinin Fiilinin Ahlâka Aykırılık Temelinde Manevî Tazminata Esas Teşkil Edip Edemeyeceği**

Evli olduğu halde eşinden başkası ile ilişki kuran eşin davranışının da, evli olduğunu bilerek evli kişiyle ilişkiye giren üçüncü kişinin davranışının da ahlâka aykırı olduğu genel kabul görmektedir.<sup>46</sup> TBK m. 49 f. 2'ye göre, “Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlâka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.” Üçüncü kişilerin evli kişiler ile duygusal ve/veya cinsel beraberlik yaşamasını yasaklayan bir hukuk kuralı hukuk düzenimizde mevcut değildir. Bununla birlikte, evli kişiyle ilişki kuran üçüncü kişinin bu eyleminin “ahlâka aykırı davranışla başkasına kasten zarar verme” (TBK. m. 49 f. 2) çerçevesinde manevî tazminata yol açıp açamayacağı tartışmalı bir meseledir.

Bir görüşe göre, evli kişi ile zina yapan üçüncü kişi şayet karşısındaki kişinin kiminle evli olduğunu bile bile bu eylemi gerçekleştirmişse, kastla gerçekleştirilmiş ahlâka aykırı eylem kapsamında bir haksız fiil söz konusu olacağından, aldatılan eş TBK. m. 49 f. 2 ve TBK. m. 58 hükümleri uyarınca bu üçüncü kişiden tazminat talep edebilir.<sup>47</sup> Yargıtay'ın 6.7.2018 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'ndan önce vermiş olduğu üçüncü kişiyi manevî tazminat ödemeye mahkûm eden bazı kararlarında da üçüncü kişinin aldatma

<sup>45</sup> Yazar, ailenin aldatılan eş dışındaki tüm fertlerinin de evli kişiyle birliktelik yaşayan üçüncü kişiden manevî tazminat talep edip edemeyeceği; aldatılan eşin kişilik hakkının ihlâl edilmiş sayılması için cinsel birliktelikte süreklilik aranıp aranmayacağı meselelerini bu tür sorunlara örnek olarak göstermektedir. Demircioğlu, s. 716.

<sup>46</sup> Demircioğlu, s. 707; Öztan/Ozanemre-Yayla, s.207-208; (Bu tür bir davranışın ahlâki (etik) sorumluluk doğurabileceğini belirten) Serozan, *Sadakat Yükümü*, s. 454; Badur/Turan-Başara, s. 126. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir. Örneğin, Yarg. HGK., E. 2010/4-129, K.2010/173, T. 24.3.2010 (www.kazanci.com, E.T.: 1.5.2018). İsviçre Federal Mahkemesi de zinayı ahlâka aykırı bir eylem olarak nitelendirmektedir. Bkz. BGE 98 IV 86 (88). İsviçre Federal Mahkemesi, bir ceza davasında zina suçunun İsviçre Ceza Kanunu'ndan çıkarılmasının, bu davranışın ahlâken onaylanan bir davranış olduğu anlamına gelmediğini belirtmiştir. Bkz. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 14.3.2007 tarihli, 6S\_5/2007 sayılı kararı (https://www.swisslex.ch, E.T.: 1.5.2018).

<sup>47</sup> Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet. (1965). *Türk Medenî Hukuku C. II, Aile Hukuku* (5. Bası). İstanbul: Nurgök Matbaası, s. 260.

eylemine katılımını TBK. m. 49 f. 2 kapsamında ahlâka aykırı fiil ile başkasına kasten zarar verme olarak değerlendirdiği görülmektedir.<sup>48</sup>

Doktrindeki ağırlıklı görüş ise, üçüncü kişinin aldatma eylemine katılmış olmasının onun ahlâka aykırılık (TBK. m. 49 f. 2) temelinde manevî tazminat sorumluluğuna yol açmayacağı yönündedir. Bu görüşteki yazarların çoğunluğu görüşlerini bu tür olaylarda “kast” unsurunun eksik oluşu ile gerekçelendirmektedir. Bu yazarlara göre, TBK. m. 49 f. 2 çerçevesinde zararı tazmin yükümlülüğünün doğması için, dolaylı (ihtimalî kast), yani aldatma fiiline katılan üçüncü kişinin birlikte olduğu kişinin evli olduğunu, aldatılan eşin bu fiil neticesinde manevî zarara uğrayacağını bilmesi, öngörmesi, göze alması yeterli değildir. Evli kişiyle ilişkiye giren kişinin mutlaka doğrudan kastla hareket etmesi, yani aldatılan eşin manevî zarara uğramasını doğrudan istemesi de gerekir. Bu görüşe göre, üçüncü kişi ancak evli kişiyle onu sevdiği için veya başkaca kendi menfaatleri için değil de sırf onun eşine zarar vermek, acı çektirmek için o kişi ile beraber oluyorsa, aldatılan eşe ahlâka aykırı fiil ile doğrudan kastla zarar vermiş olur. Ancak nadiren rastlanabilecek bu tür bir durumda, aldatılan eşin bu üçüncü kişiden TBK. m. 49 f. 2'ye dayalı olarak manevî tazminat talep etmesi mümkün olur.<sup>49</sup> Yargıtay da 6.7.2018 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı ile bu görüşü benimsemiştir.<sup>50</sup>

<sup>48</sup> Örneğin, Yarg. HGK., E. 2010/4-129, K.2010/173, T. 24.3.2010: “davalının davacının eşi ile evli olduğunu bilerek duygusal ve cinsel ilişkiye girdiğinin tarafların ve mahkemenin kabulünde olmasına göre; davalının sorumluluğu ahlaka ve adaba aykırılık nedeniyle gerçekleşen "haksız fiil"den kaynaklanmakta; dava da yasal dayanağını haksız fiile ilişkin hükümlerden almaktadır.” (www.kazanci.com, E.T.: 1.5.2018).

<sup>49</sup> Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 264 dn. 30; Öztan/Ozanemre-Yayla, s. 208; Badur/Turan-Başara, s. 127; Demircioğlu, s. 708 dn. 79.

<sup>50</sup> Yarg. İçt. Birl. BGK, 2017/5 E., 2018/7 K., 6.7.2018 T.: “Evli bir kişiyle birlikte olan üçüncü kişinin eyleminin ahlâka aykırı olduğunu söylemek mümkündür ancak üçüncü kişinin TBK'nın 49. maddesinin 2. fıkrasına göre tazminatla sorumlu olduğunu kabul edebilmek için birlikte olduğu kişinin evli olduğunu bilmesine rağmen bu fiili işlemi yeterli değildir. (...) üçüncü kişinin aldatma eylemine katılmasının, aldatan eşe karşı duyduğu duygusal yakınlıktan kaynaklanması veya eylemin para karşılığı gerçekleşmesi de olasıdır. Bu durumlarda da eylem ahlâka aykırı kabul edilse bile aldatılan eşe kasten zarar verme amacı taşıdığını söylemek her zaman mümkün değildir. Kanunda belirtildiği anlamda kasten zarar verme amacının gerçekleşmesi için üçüncü kişinin ahlâka aykırı bu fiili, salt birlikte olduğu kişinin eşine zarar verme kastıyla işlemiş olması gerekmektedir.” (www.resmigazete.gov.tr, E.T.:8.12.2018).

Aldatma eylemine katılan üçüncü kişinin davranışının TBK. m. 49 f. 2 kapsamında manevî tazminat sorumluluğuna yol açmayacağını kabul eden bir başka görüşe göre ise, TBK. m. 49 f. 2 hükmü uyarınca tazmini talep edilebilecek zarar münhasıran maddî zarar olup, bu hüküm manevî zararların tazminini kapsamaz. Bu görüşe göre, üçüncü kişinin salt aldatma eylemine katılmış olması, aldatılan eş bakımından kişilik hakkı ihlâli meydana getirmedikten, aldatma eylemine ek olarak gerçekleşen bağımsız bir kişilik hakkı ihlâli söz konusu olmadıkça TBK. m. 58 kapsamında manevî tazminat sorumluluğuna da yol açmaz.<sup>51</sup>

### III. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Evli kişi ile ilişkiye giren üçüncü kişinin aldatılan eşe karşı manevî tazminat sorumluluğunu düzenleyen özel bir hüküm bulunmadığına göre, mesele Türk hukukunda manevî tazminatı düzenleyen genel hüküm olan TBK. m. 58 çerçevesinde incelenmelidir. Manevî tazminat talebi bakımından kişilik hakkı ihlâli hem hukuka aykırılık unsuru, hem de zarar unsuru bakımından önemlidir. Kişilik hakkının ihlâli, mutlak bir hakkın ihlâli niteliğinde olduğundan, bir hukuka uygunluk sebebi bulunmadıkça, hukuka aykırı bir fiil teşkil eder. Öte yandan, manevî tazminat, kişinin kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen azalmanın, yani manevî zararın tazmin edilmesini amaçlar. Kişinin kişilik değerlerindeki azalma ise ancak onun bir kişilik hakkının ihlâli suretiyle meydana gelebilir. Bu bakımdan Türk-İsviçre hukukunda kişilik hakkı ihlâli meydana gelmeksizin manevî tazminata hükmedilmesi söz konusu olamaz.<sup>52</sup>

Evli kişiyle ilişkiye giren üçüncü kişinin diğer eşe karşı manevî tazminat sorumluluğunun bulunup bulunmadığı belirlenirken temel mesele üçüncü kişinin bu eyleminin aldatılan eşin bir kişilik hakkını ihlâl edip etmediğidir. Aldatma eylemine katılan üçüncü kişi sadece bununla kalmayıp, bu fiiline ek olarak gerçekleştirdiği bazı davranışlar ile aldatılan eşin bir kişilik hakkını ihlâl etmiş olabilir.<sup>53</sup> Bu tür durumlarda zina eylemine

<sup>51</sup> Kapancı, Kadir Berk. (2016). *Ahlâka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini (TBK. m. 49 f. 2)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 108-109.

<sup>52</sup> Rey, N. 475; Schwenger, N. 17.10; Keskin, s. 142; Kapancı, s. 184.

<sup>53</sup> Üçüncü kişi sadece evli kişi ile ilişkiye girmekle kalmayıp, doğrudan ilişki kurduğu kişinin eşini hedef alan davranışlarda bulunarak onu taciz ve rahatsız etmek suretiyle aldatılan eşin psikolojisini hastalık boyutuna ulaştıracak derecede bozmuşsa, aldatılan eşin "ruhsal

katılmaktan bağımsız olarak başlı başına kişilik hakkı ihlalleri bulunduğundan, diğer şartlar da gerçekleştiğinde, aldatılan eşin üçüncü kişiden manevî tazminat talep edebileceği açıktır. Bizi ilgilendiren mesele ise salt aldatma eyleminin tek başına aldatılan eşin bir kişilik hakkını ihlâl edip etmediğidir.

#### **A. Aldatma Eyleminin Aldatılan Eşin Bir Kişilik Hakkını İhlâl Edip Etmediği Bakımından**

Kanaatimizce, evli kişinin eşi tarafından aldatılması, tek başına, onun şeref ve haysiyeti üzerindeki kişilik hakkını ihlâl eden bir eylem teşkil etmez. Toplumun kişilerden beklediği niteliklerden birinin veya birkaçının bir kişide bulunmadığı veya eksik olduğu düşüncesini uyandıran ve toplumda o kişiyi küçük düşürmeyi hedefleyen her türlü beyan veya davranışın şeref ve haysiyetin ihlâli teşkil edeceği kabul edilmektedir.<sup>54</sup> Evli kişinin eşi tarafından aldatılması, tek başına, toplumun kişilerde bulunmasını gerekli gördüğü bir niteliğin aldatılan eşte bulunmadığı düşüncesini uyandırmaz. Aksine zinanın meydana gelmesi eşini aldatan kişide ve evli kişi ile ilişkiye giren kişide toplumun aradığı bazı ahlâki niteliklerin eksik olduğunu ortaya koyar.<sup>55</sup>

Evlilik birliği üzerinde eşlerin kişilik hakkı olup olmadığı ve aldatma eyleminin bu kişilik hakkını ihlâl edip etmediğine gelince, kanaatimizce aile

---

bütünlüğü” ihlâl edildiği için kişilik hakkı ihlâl edilmiş olur. Bu tür bir ihlâl örneğin, aldatılan eşe sürekli telefon açarak veya mesajlar yollayarak bu kişi üzerinde psikolojik baskı kurmak ya da ona eşi ile olan ilişkilerine dair ispat vasıtalarını yollamak suretiyle gerçekleşmiş olabilir. Öte yandan, üçüncü kişi, salt aldatma eylemine katılmakla kalmayıp, aldatılan eşi toplum nazarında küçük düşürmeyi hedefleyen, onda toplumun gerekli gördüğü bazı vasıfların bulunmadığı iddiası içeren beyanlarda bulunmuşsa, aldatılan eşe hakaret etmişse veya iftirada bulunmuşsa, onun “şeref ve haysiyeti” üzerindeki kişilik hakkını ihlâl etmiş olur. Yahut bir eş üçüncü kişiyi eşi ile oturdukları konuta alarak zina eylemini burada gerçekleştirdiyse, üçüncü kişi, ortak konuta girilmesi konusunda rızası bulunmayan aldatılan eşin konut dokunulmazlığını ihlâl etmek suretiyle onun “özel alanı”na ilişkin kişilik hakkını ihlâl etmiş olur.

<sup>54</sup> ZK-Landolt, Art. 49, N. 110; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 168; Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan. (2016). *Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku* (17. Bası). İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 129; Keskin, s. 177-178.

<sup>55</sup> Zina eylemini gerçekleştirmek toplumun ahlâken hoş görmediği bir davranış biçimi olduğundan, bir kişiye zina etmediği halde zina isnadında bulunulması o kişinin şeref ve haysiyetini ihlâl eder. Bu yönde: İsviçre Federal Mahkemesi'nin 14.3.2007 tarihli, 6S\_5/2007 sayılı kararı (<https://www.swisslex.ch>, E.T.: 1.5.2018).

bütünlüğü ve bu kapsamda evlilik birliği, her bir eşin hukuken korunmaya değer kişilik değerleri arasındadır. Bununla birlikte, bu değerlere tümüyle dışarıdan gelen saldırılar ile bir eşin rızaya dayalı katılımı ile gerçekleşen sadakatsizlik biçimindeki ihlallerin farklı ele alınması gerektiği görüşüne<sup>56</sup> katılıyoruz. Eşlerden birinin katılımı olmaksızın tümüyle üçüncü kişilerden kaynaklanan ve aile huzurunu bozan davranışlar her bir eş açısından kişilik hakkı ihlali teşkil edebilir. Örneğin, bir kişinin, asılsız söylentiler çıkararak eşlerin arasını bozmaya uğraşması veya o evlilikte doğan çocuğun aslında kocadan olmadığı iddiasını yayması, aile huzurunu, evlilik ilişkisini tehlikeye atacağından bu kapsamda değerlendirilebilir. Zira bu tür durumlarda evlilik her iki eşin de bağlılık duyduğu, yürütmek istediği, sağlıklı, bu itibarla da hukuken korunmaya değer bir “bütünlük” teşkil etmekte olup, toplumun diğer tüm bireylerinin bu bütünlüğe saygı göstermesi, zarar vermemesi beklenebilir. Buna karşılık, evlilik birliği eşlerden birinin iradî katılımı ile zarar görmüşse, bir eş diğerini aldatmışsa, durum farklı değerlendirilmelidir. Bir eş diğerini aldatıyorsa, ortada zaten hukuken korunmaya lâyık, sağlıklı, yaşayan, yolunda giden bir evlilik bulunmadığı görüşüne katılıyoruz.<sup>57</sup> Gerçekten de eşlerin elbirliğiyle sahiplenmedikleri, eşlerden birinin kendi rızası ile başkası ile ilişkiye girdiği bir evlilikte, eşler arasında korunmaya lâyık bir yakın duygusal ilişkinin varlığından, bir “bütünlük”ten söz etmek güçtür. Evlilikteki ruhsal ve duygusal bütünlük zaten bozulmuştur ki bir eş diğerini aldatabilmiştir.

Salt aldatma eyleminin aldatılan eşin bir kişilik hakkını ihlâl edip etmediğinin tespitinde üzerinde durulması gereken konu, sadakat yükümlülüğünün hukukî niteliğidir. Evli kişilerin birbirlerine karşı sadakat yükümlülüğü (TMK. m. 185 f. 3) cebren icrası mümkün olmayan bir eksik borç veya aile hukukuna özgü bir ödev olarak değerlendirilmektedir.<sup>58</sup> Bu yükümlülük sadece eşler tarafından ihlâl edilebildiği ve sadece eşe karşı ileri sürülebilmesi itibarıyla diğer eşe mutlak değil, ancak nispi bir hak bahşeder.

<sup>56</sup> Bu görüş için bkz. yukarıda II, A, 2, b, aa.

<sup>57</sup> Biz, eşlerden birinin aldatma eylemine katılımının üçüncü kişinin davranışını hukuka uygun hale getirdiği görüşüne (Bu görüşte: Dural/Öğüz/Gümüş, s. 156) katılmıyoruz. Zira kanaatimizce burada esasen hukuka aykırı bir fiilin bir eşin rızası nedeniyle hukuka uygunluk sebebinden yararlanması değil, doğrudan hukuka aykırı olmayan bir fiil söz konusudur. Aldatma gerçekleşirse, ortada sağlıklı, sorunsuz bu itibarla da korunmaya lâyık bir evlilik birliği yoktur ki buna ilişkin menfaat ihlâl edilmiş olsun.

<sup>58</sup> Serozan, *Sadakat Yükümü*, s. 452; Öztan/Ozanemre-Yayla, s. 204; Kapanacı, s. 104.

Sadakat yükümlülüğünün ihlâlinin sonuçları aile hukuku hükümleri arasında ve sadece yükümlülüğünü ihlâl eden eş bakımından düzenlenmiştir.<sup>59</sup>

Boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden “*kişilik hakkı*” saldırıya uğrayan tarafın kusurlu taraftan manevî tazminat talep edebileceğini öngören TMK. m. 174 f. 2 hükmünden<sup>60</sup> ve aldatılan eşin bu hükme dayalı olarak aldatan eşten manevî tazminat talep edebilmesinden, aldatan eşin aldatma fiili ile diğer eşin bir “*kişilik hakkını*” ihlâl etmiş olduğu sonucu çıkarılamaz. Kanaatimizce, aldatılan eşin bu hükme dayalı olarak aldatan eşten manevî tazminat talep edebilmesi için salt zina eyleminin gerçekleşmiş olması yeterli değildir. Davalı eşin zina yapması onun boşanmaya sebep olan olaylar bakımından kusurlu olduğunu ortaya koyma işlevi görür. TMK. m. 174 f. 2 çerçevesinde aldatılan eşin aldatan eşten manevî tazminat talep edebilmesi için mutlaka ayrıca bir kişilik değeri ihlâlinin (örneğin, şeref ve haysiyetin ihlâli, özel hayatın ihlâli) gerçekleştiğinin de davacı tarafından ortaya konulması gerekir.<sup>61</sup>

Yargıtay’ın İctihadı Birleştirme Kararında aldatma eylemine katılan üçüncü kişinin bu davranışının aldatılan eşin bir kişilik hakkını ihlâl etmediği belirtilmekte ve bu durum üçüncü kişinin sadakat yükümlülüğü bulunmamasına dayandırılmaktadır. Buna bağlı olarak da kararda aldatılan eşin boşandığı takdirde aldatan kusurlu eşten TMK. m. 174 f. 2’ye dayalı

<sup>59</sup> Öncelikle, zina mutlak bir boşanma sebebi sayılmıştır (TMK. m. 161). Ayrıca, sadakat yükümlülüğünü ihlâl eden eşin zina eylemi bu eş bakımından kusurlu bir davranış olduğundan, boşanmanın malî sonuçlarından olan maddî ve manevî tazminat davalarında (TMK. m. 174) davalının kusurlu olması şartının gerçekleşmesini sağlar. Öte yandan, zina nedeniyle boşanma halinde, zina etmiş olmak, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde zina fiilinde bulunan eşin artık değerdeki pay oranının hâkim tarafından azaltılmasına veya kaldırılmasına yol açabilir (TMK. m. 236 f. 2).

<sup>60</sup> Belirtmek gerekir ki mehzaz İsviçre Medenî Kanunu’nun TMK. m. 174 f. 2’ye karşılık gelen İMK. (e) m. 151 f. 2 hükmü artık yürürlükte değildir. İsviçre’de 1.1.2000’de yürürlüğe giren 26.6.1998 tarihli kanun değişikliği kapsamında boşanma hükümleri arasında yer alan İMK. (e) m. 151 de yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni getirilen boşanma düzenlemesinde boşanmaya bağlı maddî ve manevî tazminat taleplerini düzenleyen İMK. (e) m. 151 benzeri bir hükme yer verilmemiştir. İMK. m. 125 hükmü boşanmanın malî sonuçları bakımından sadece nafaka talebine yer vermiştir. Böylece İsviçre’de boşanma durumunda bir eşin diğer eşten manevî tazminat talebi artık manevî tazminatı düzenleyen genel hüküm niteliğindeki İBK. m. 49’a (TBK. m. 58) tâbidir. Bu konuda bkz. BK-Hausheer/Reusser/ Geiser, Art. 159, N. 12.

<sup>61</sup> Bu nedenle, TMK. m. 174 f. 2 hükmünün eşin kişilik hakkının ihlâline dayalı bir hüküm olmadığı görüşüne (Bu görüşte: Oftinger/Stark, N. 145; Öztan/Ozanemre-Yayla, s. 217) katılmıyoruz.



olarak manevî tazminat talep edebileceği belirtilmektedir.<sup>62</sup> Oysa kanaatimizce aldatma eylemine katılan üçüncü kişinin bu eylemi ile aldatılan eşin bir kişilik hakkını ihlâl edip etmemesi onun sadakat yükümlülüğü bulunup bulunmamasından bağımsız bir konudur. Bu mesele evlilik birliğinin aldatılma söz konusu olduğunda bir eşin hukuken korunmaya lâyık bir değerini teşkil edip etmediği ile ilgilidir. Bu konuda korunmaya lâyık bir değer ya vardır ya yoktur. Aynı eylemi (aldatma eylemini) birlikte gerçekleştiren iki kişiden birinin aldatılan eşin kişilik hakkını ihlâl ettiği, diğerinin ise etmediği sonucuna varılamaz. Bu bakımdan Yargıtay'ın aldatılan eşin başka bir kişilik hakkı ihlâli bulunmaksızın salt aldatılma nedeniyle aldatan eşten (kişilik hakkı ihlâlini şart koşan) TMK. m. 174 f. 2'ye dayalı olarak manevî tazminat talep edebileceği anlamına gelen ifadelerini isabetli bulmuyoruz.

Eşin aldatılmasının onun bir kişilik hakkını ihlâl ettiğini söyleyebilmek için, onun aldatılmama hakkının herkese karşı ileri sürülebilecek bir hak<sup>63</sup> olduğunu kabul etmek gerekir. Oysa eşler arasında söz konusu olan sadakat yükümlülüğünden, herkese karşı etkili olabilecek, tüm toplumun riayet etmesi gereken bir davranış kuralı<sup>64</sup> (evli kişiler ile ilişki kurma yasağı)

<sup>62</sup> Yarg. İçt. Birl. BGK, 2017/5 E., 2018/7 K., 6.7.2018 T.: “*aile hukukunda evlilik birliğinin devamı sırasında eşlerden birinin sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışına karşı diğer eşin başvurabileceği çeşitli hukuki yollar ve uygulanacak yaptırımlar düzenlenmiştir. Bu yaptırımlardan biri olan ve TMK'nın 174. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemeye göre "Boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevî tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir". Bu madde gereğince manevi tazminat sadece kusurlu olan diğer eşten ve ancak boşanma davası ile birlikte istenebilir. (...) Eşlerden biri yalnızca diğer eşten sadakat yükümlülüğüne uygun davranmasını talep edebilir. Üçüncü kişinin sadakat yükümlülüğünün bulunmaması nedeniyle, evli eşle birlikte olan üçüncü kişinin bu davranışının diğer eşin kişilik haklarına doğrudan bir saldırı niteliğinde olduğu söylenemez.*” (www.resmigazete.gov.tr, E.T.:8.12.2018).

<sup>63</sup> Kişilik haklarının herkese karşı ileri sürülebilen haklardan olduğu konusunda bkz. Deschenaux/Steinauer, N. 530; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 155; Dural/Öğüz, s. 103.

<sup>64</sup> Kanaatimizce, TMK. m. 185 f. 3'te düzenlenen sadakat yükümlülüğünün eşler bakımından dahi olsa emredici bir davranış kuralı getirdiği söylenemez. Zira davranış kuralları (temel koruma normları) genel nitelikte olup herkese hitap eder ve bu kuralların korumayı amaçladığı varlıklar kişilerin sahip olduğu mutlak haklardır. (Davranış kurallarının bu nitelikleri konusunda bkz. Eren, s. 613, 617.) Oysa sadakat yükümlülüğü herkese yönelik olmadığı gibi, diğer eşin mutlak bir hakkını (örneğin, bir kişilik hakkını) korumaya yönelik de değildir. Hem sadakatsizliğin diğer eşin kişilik hakkını ihlâl etmediği, hem de buna rağmen hukuka aykırı olduğu ileri sürülemez. TMK. m. 185 f. 3 ile eşlere sadakat

çıkarılamaz. Bu husus, sadakat yükümlülüğünün nispi niteliğine aykırıdır. Mesele eşler arası sadakat olduğunda, toplumun geri kalanının evliliklerde sadakatsizliğe yol açmama gibi bir yükümlülüğü yoktur. Üstelik doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere bu noktada diğer eşin ve üçüncü kişinin dilediği kişi ile dilediği türden kişisel ilişkiler kurma biçimindeki “kişi özgürlüğüne” ilişkin kişilik haklarının da hesaba katılması gerekecektir. Eşin aldatılmamaya ilişkin menfaati karşısında, diğer eşin ve üçüncü kişinin de ilişkilerini serbestçe düzenleme menfaatleri yer almaktadır.<sup>65</sup>

Şayet herkes evli kişiler ile ilişkiye girmemekle yükümlü olsaydı ve bu tür bir ilişki aldatılan eşin kişilik hakkının ihlali niteliğinde olsaydı, o zaman evli kişiyle ilişkiye giren kişinin aile bütünlüğünü de bozduğundan bahisle, o evlilikteki çocuklara karşı da manevî tazminat yükümlülüğünün söz konusu olması gerekirdi. Bu bakımdan, Yargıtay’ın evlilik birliğini bir kişilik değeri olarak görmediğini ifade ettiği 6.7.2018 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı öncesinde vermiş olduğu hem aldatma eylemini evlilik birliğine, aile bütünlüğüne karşı meydana gelmiş bir kişilik hakkı ihlali sayan, hem de çocuklar bakımından manevî tazminat taleplerini reddeden kararlarını kendi içinde çelişkili buluyoruz.<sup>66</sup>

Kişilik haklarının önemli bir özelliği, savunma sağlayan haklar olmaları, hakkı ihlâl edilen kişiye kişiliği koruyan davalardan yararlanma hakkını bahşetmeleridir.<sup>67</sup> Şayet aldatma eylemi aldatılan eş bakımından bir kişilik hakkı ihlali olsaydı, her kişilik hakkı ihlâlinde olduğu gibi, gerek aldatan eşe, gerekse de aldatma eylemine iştirak eden üçüncü kişiye karşı saldırının önlenmesi veya saldırının durdurulması davaları (TMK. m. 25 f. 1) açılarak ihlâlin önlenmesi veya durdurulabilmesi gerekirdi. Oysa bu tür davalar, bir yandan evliliğin korunmasına ilişkin hükümlerde böyle bir imkân tanınmadığı, diğer yandan da aldatan eşin ve onun eylemi birlikte

---

yükümlülüğü yüklenmesi, bir davranış kuralı değil, evlilik akdine dayalı eksik bir yükümlülüğün kanun tarafından düzenlenmesidir. Bu nedenle, aldatan eş bakımından sadakatsizlik eyleminin, kişilik hakkı ihlâlinde dolayı değil, eşler açısından emredici bir davranış normu olarak kabul ettikleri TMK. m. 185’in ihlali nedeniyle hukuka aykırı olduğunu ve haksız fiil teşkil ettiğini savunan Badur/Turan-Başara’ya katılmıyoruz. Söz konusu görüş için bkz. Badur/Turan-Başara, s. 125, 132.

<sup>65</sup> Bu konuda bkz. yukarıda II, A, 2,b,cc.

<sup>66</sup> Örn. bkz. Yarg. HGK., 2017/4-1334 E., 2017/545 K., 22.3.2017 T (www.kazanci.com, E.T.: 1.5.2018).

<sup>67</sup> Deschenaux/Tercier, N. 530a; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 157.

gerçekleştirdiği kişinin özgürlüklerinin (diledikleri kişi ile ilişki kurmaya yönelik kişilik haklarının) ölçüsüz kısıtlanması niteliğinde olacağından, haklı olarak, kabul görmemektedir.<sup>68</sup>

Aldatma eylemine katılan üçüncü kişinin bu eylemi ile aldatılan eşin bir kişilik hakkını ihlâl ettiği kabul edilirse, aldatılan eş ister boşansın, ister boşanmasın üçüncü kişiden TBK. m. 58'e dayalı olarak manevî tazminat talep edebilecektir. Oysa doktrinde hâkim görüş aldatılan eşin boşanmadıkça kendisini aldatan eşten sadakatsizlik temelinde manevî tazminat talep edemeyeceği yönündedir.<sup>69</sup> Bu nedenle, boşanmama durumunda kendisini aldatan eşten sadakatsizlik nedeniyle manevî tazminat talep edemeyen eşin, üçüncü kişiden manevî tazminat talep edebilmesindeki çelişki doktrinde, kanaatimizce haklı olarak, eleştirilmektedir.<sup>70</sup>

Yargıtay bazı içtihatlarında zinanın suç olmaktan çıkarılmasının bu eylemin ahlâka aykırılığını, dolayısıyla haksızlığını ortadan kaldırmayacağını ifade etmekte idi.<sup>71</sup> Oysa bir eylemin ahlâka aykırı olması, onun hukuka aykırı olmasını zorunlu kılmaz. Hukuk düzeni zinayı korumadığı gibi, yasaklamamıştır da. Ayrıca "suç" sayılmayan bir fiilin "haksız fiil" teşkil etmesi mümkün ise de, kanun koyucunun bir fiili önceden suç sayarken, sonradan suç olmaktan çıkarmasındaki gaye de gözden

<sup>68</sup> Sadakatsizlik halinde kişiliği koruyucu davaların açılmayacağı yönünde: Roberto, N. 471; ZK-Bräm, Art. 159, N. 69; BK-Hauheer/Reusser/Geiser, Art. 171, N. 24; Öztan/Ozanemre-Yayla, s. 213; Serozan, *Sadakat Yükümü*, s. 455; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 156.

<sup>69</sup> Aldatılan eşin boşanma davası açmadıkça diğer eşten sadakatsizliğe dayalı olarak manevî tazminat talep edemeyeceği yönünde: Stark, s. 530; Oftinger/Stark, s. 50, N. 146; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 156; Öztan/Ozanemre-Yayla, s. 217. Aksi görüşte: Aldatılan eşin boşanma davası açmadan da sadakatsizlik nedeniyle diğer eşten TBK. m. 58'e (İBK. m. 49) göre manevî tazminat talep edebileceği yönünde; ZK-Bräm, Art. 159, N. 70; Badur/Turan-Başara, s. 132.

<sup>70</sup> Bu eleştiri için bkz. Oftinger/Stark, s. 50, N. 146; Öztan/Ozanemre-Yayla, s. 218.

<sup>71</sup> Örn. bkz. Yarg. HGK., 2017/4-1334 E., 2017/545 K., 22.3.2017 T.; Yarg. HGK., 2017/4-1482 E., 2017/556 K., 29.3.2017 T. (www.kazanci.com, E.T.: 1.5.2018). Buna karşılık Yargıtay'ın 6.7.2018 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında zina fiilinin suç olmaktan çıkarılması, kanaatimizce de isabetli olarak, bu fiilin hukuka aykırı olmadığına ilişkin bir argüman olarak değerlendirilmiştir. Yarg. İçt. Birl. BGK, 2017/5 E., 2018/7 K., 6.7.2018 T.: "765 sayılı TCK'dan zina suçunun çıkarılması ve 5237 sayılı TCK'da suç olarak düzenlenmemesi (...) karşısında, üçüncü kişinin aldatılan eşe karşı bu nedenle sorumlu olduğunu düzenleyen herhangi bir norm bulunmamaktadır. Bu durumda üçüncü kişinin eyleminin herhangi bir koruma normunu ihlâl ettiği söylenemeyeceğinden bu yönden hukuka aykırı kabul edilmesine olanak bulunmamaktadır." (www.resmigazete.gov.tr, E.T.:8.12.2018).

kaçırılmamalıdır. 2004 tarihli Türk Ceza Kanunu'nda zina fiilinin bir suç olarak düzenlenmemesindeki gayenin kanun koyucunun bu hususu ahlâk alanına terk etmek istemesi olduğu pekâlâ düşünülebilir.

Özetle, salt aldatma eylemi aldatılan eşin bir kişilik hakkını ihlâl etmediği için gerek sadakatsiz eş, gerekse de aldatma eylemine katılan üçüncü kişi bakımından hukuka aykırı (TBK. m. 49 f. 1) ve bu itibarla haksız bir fiile vücut vermez.

### **B. Aldatma Eylemine Dayalı Olarak Bu Eyleme Katılan Üçüncü Kişiden Ahlâka Aykırılık Temelinde Manevî Tazminat Talep Edilip Edilemeyeceği Bakımından**

Manevî tazminat talebinin koşullarından biri tazminat talep eden kişinin “kişilik hakkının ihlâl edilmiş olması”<sup>72</sup> olduğuna göre, salt ahlâka aykırı eylemden ötürü kişinin bir zarara uğramış olması manevî tazminata hükmedilmesi için yeterli değildir. Ahlâka aykırı davranışın haksız fiil temelinde manevî tazminat sorumluluğuna yol açabilmesi için fiilin ayrıca kişilik hakkı ihlâline de neden olmuş olması gerekir. Salt aldatma eyleminin aldatılan eşin bir kişilik hakkını ihlâl ettiğini kabul etmediğimiz için, üçüncü kişinin aldatma eylemine katılımı ahlâka aykırı bir fiil olarak değerlendirilebilir ise de, ortada salt bu nedenle gerçekleşen bir kişilik hakkı ihlâli olmadığından, ahlâka aykırılık dolayısıyla manevî tazminata da hükmedilemez. Esasen kişilik hakkı ihlâlinin bulunmayışı, -daima kişilik hakkı ihlâli ile bağlantılı olarak tanımlanan- manevî zararın da gerçekleşmesine engel olacağından manevî tazminatın zarar unsuru da gerçekleşmeyecektir.<sup>73</sup>

Doktrinde, aldatma eylemine katılan üçüncü kişiye “kasten ahlâka aykırı fiil ile başkasına zarar verdiği” ileri sürülerek manevî tazminat talebi yöneltilemeyeceği görüşü, ağırlıklı olarak üçüncü kişide kast unsurunun

<sup>72</sup> Kişilik hakkı ihlâli bulunmayan hallerde salt ahlâka aykırılık ve zarar verme kastının TBK. m. 49 f. 2 uyarınca manevî zarar tazminatına yol açıp açmayacağı konusunda bkz. Kapancı, s. 181 vd.

<sup>73</sup> Objektif teoriye göre manevî zarar; kişilik hakkının ihlâli fiili ile mağdurun kişilik değerlerinde meydana gelen objektif eksilmedir. Bkz. Eren, s. 556, 818. Sübjektif teoriye göre ise, manevî zarar; kişilik haklarına karşı tecavüzden dolayı mağdurun duyduğu acı, elem ve ızdıraptır. Bkz. Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 268. Hangi teori benimsenirse benimsensin, manevî zarar kavramı kişilik hakkı ihlâli ile bağlantılı olarak tanımlandığından, kişilik hakkı ihlâli yoksa manevî zarardan da söz edilemeyecektir.

bulunmaması ile gerekçelendirilmektedir. Bu görüşteki yazarlar TBK. m. 49 f. 2 kapsamında tazminat sorumluluğunun gerçekleşmesi için failin doğrudan kastla hareket etmiş olmasının gerekli olduğunu, aldatma eylemine katılan kişinin ise ancak istisnaen doğrudan kastla hareket edeceğini ileri sürerek, kural olarak bu hükme dayalı olarak manevî tazminat talebinin şartlarının gerçekleşmeyeceğini ifade etmektedirler.<sup>74</sup> Yargıtay'ın 6.7.2018 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında da bu görüş benimsenmiştir.<sup>75</sup> Oysa doktrinde pek çok yazar TBK. m. 49 f. 2'ye dayalı sorumluluğun gerçekleşmesi için kast türleri arasında bir ayırım yapmamakta, kastın her türünün bu sorumluluğa yol açabileceğini kabul etmektedir.<sup>76</sup> Bu son görüş kabul edildiğinde üçüncü kişi evli kişi ile evli olduğunu bilerek ilişkiye girdiğinde bundan aldatılan eşin zarar görebileceğini bilebilecek ve bunu göze almış durumda olduğunda da (ihtimali kast ile hareket ettiğinde de) TBK. m. 49 f. 2 anlamında kast unsuru gerçekleşir. Bize göre, ahlâka aykırılığa dayalı manevî tazminat talebi ile ilgili olarak meseleye “kast” unsurunun eksikliği bakımından değil, “kişilik hakkı ihlâli” unsurunun eksikliği bakımından yaklaşılacak ahlâka aykırı davranış temelinde manevî tazminat talebi reddedilmelidir. Dolaylı kastın da TBK. m. 49 f. 2'ye dayalı sorumluluk için yeterli olduğu kabul edilse dahi, sadece kast unsurunun varlığının kabulü manevî tazminat talebinin kabulüne yol açamaz. Zira bağımsız bir kişilik hakkı ihlâli olmaksızın salt aldatma eyleminin gerçekleştiği durumlarda,

<sup>74</sup> Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 264 dn. 30; Demircioğlu, s. 708; Öztan/Ozanemre-Yayla, s. 208; Badur/Turan-Başara, s. 127. Bu yazarlar, üçüncü kişinin ancak aldatılan eşin zarara uğrayacağını bildiği ve bunu doğrudan istediği istisnaî durumlarda TBK. m. 49 f. 2 anlamında bir kastın varlığının kabul edilebileceğini savunmaktadırlar. Üçüncü kişinin aldatma eylemine katılırken doğrudan aldatılan eşin manevî zarara uğramasını istememekle birlikte, bu sonucu göze almış olmasını (ihtimalî kastı) ise manevî tazminat talebi için yeterli görmemektedirler.

<sup>75</sup> Yarg. İçt. Birl. BGK, 2017/5 E., 2018/7 K., 6.7.2018 T.: “*Kanunda belirtildiği anlamda kasten zarar verme amacının gerçekleşmesi için üçüncü kişinin ahlâka aykırı bu fiili, salt birlikte olduğu kişinin eşine zarar verme kastıyla işlemiş olması gerekmektedir. Evli kişiyle birlikte olan üçüncü kişinin sırf diğer eşe zarar verme kastıyla hareket ettiğinden bahsedilemediği taktirde, artık üçüncü kişinin bu fiili TBK 49/2 ye göre tazminatı gerektirmeyecektir*”. (www.resmigazete.gov.tr, E.T.:8.12.2018).

<sup>76</sup> Örneğin bkz. Oftinger/Stark, s. 69,N. 219; Rey, s.183 N. 798; Schwenzer, N. 51.04; Barlas, Nami. (2010). “Başkasının Sözleşme İlişkinine Müdahale Sebebiyle Sorumluluk”, *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan Cilt I*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 415-440, s. 425 ve 429; Çağlayan-Aksoy, Pınar. (2016). *Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 372.

manevî tazminatın bir diğer unsuru olan aldatılan eşin bir kişilik hakkının ihlâl edilmiş olması unsuru mevcut değildir.

Kanaatimizce, ergin bireylerin karşılıklı rızaya dayalı cinsel ilişkileri - eşler arasında geçerli olup aile hukuku hükümlerinden doğan yaptırımlar hariç- hukukun iştiğal alanı dışında bırakılmalıdır. Türk toplum hayatına hâkim olan ahlâki telakkiler dikkate alındığında, evli kişiler ile ilişkiye girme davranışı kuşkusuz ahlâken tasvip edilmeyecek, kınanabilir bir davranıştır. Ancak bu kınama, ahlâk alanına bırakılmalı ve yaptırımı toplumun hoş görmemesi, ayıplaması biçiminde gerçekleşmelidir. Nitekim zina eyleminin diğer modern ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de Ceza Kanunu kapsamında suç olarak değerlendirilmiyor olması bu tespiti destekler niteliktedir.

## SONUÇ

Evli kişiler için TMK. m. 185 f. 3 hükmünün düzenlediği sadakat yükümlülüğü, sadece eşler arasında geçerli olan ve eşler arasında dahi cebren yerine getirilmesi mümkün olmayan bir eksik yükümlülüktür. Bu yükümlülüğün ihlâlinin sonuçları aile hukuku hükümleri arasında ve münhasıran ihlâlde bulunan eş bakımından düzenlenmiştir. Evlilik akdinin kurulmasına bağlı olarak eşler arasında doğan nispî nitelikteki sadakat yükümlülüğünden toplumun tüm fertlerine yönelmiş bir yasak, evli kişiler ile ilişki kurmama yükümlülüğü biçiminde bir davranış kuralı türetilemez.

Evli kişiler ile ilişkiye girmeyi yasaklayan bir hukuk kuralı mevzuatımızda mevcut değildir. Evlilik birliği üzerinde eşlerin kişilik hakları bulunmakla birlikte, evlilik birliğine tümüyle dışarıdan gelen müdahaleler ile eşlerden birinin rızası ve katılımı ile gerçekleşen ihlâller aynı biçimde değerlendirilemez. Bir eşin aldatma eylemine özgür iradesiyle katıldığı noktada, ortada sağlıklı, eşlerin elbirliğiyle ayakta tutmak istedikleri, ruhen ve duygusal olarak birlik arz ettikleri bu bakımdan da hukuken korunmaya lâyık olan bir bütünlükten söz edilemeyeceğinden, salt aldatma eylemi ile aldatılan eşin evlilik birliği üzerindeki kişilik hakkı ihlâl edilmiş olmaz. Sadece aldatılmış olmak aldatılan eşin şeref ve haysiyetinin ihlâli niteliğinde de değildir. Evli kişiyle ilişkiye giren kişi, salt bu fiili ile aldatılan eşin herhangi bir kişilik hakkını ihlâl etmiş olmadığından, onun bu eylemi TBK. m. 49 f. 1 anlamında hukuka aykırı bir eylem değildir.

Üçüncü kişinin evli kişi ile ilişki kurması ahlâka aykırı bir davranış olmakla birlikte, ortada bir kişilik hakkı ihlâli bulunmadığından ve kişilik hakkı ihlâli bulunmaksızın ahlâka aykırılık temelinde de olsa manevî tazminata hükmedilemeyeceğinden üçüncü kişiden manevî tazminat talebi TBK. m. 49 f. 2 hükmüne de dayandırılmaz.

Aldatılan eşin üçüncü kişiden manevî tazminat talebini düzenleyen özel bir kanun hükmü bulunmadığı gibi, kişilik hakkının ihlâli unsuru mevcut olmadığı için salt aldatma eylemine iştirak bakımından aldatılan eşin TMK. m. 25, TBK. m. 58 hükümleri çerçevesinde üçüncü kişiden manevî tazminat talebinde bulunması için gerekli şartlar da mevcut değildir.

Üçüncü kişinin evli kişi ile ilişkiye girmiş olması hukuk alanını ve bu kapsamda haksız fiil sorumluluğunu ilgilendiren bir mesele değildir. Bu davranışın yaptırımını ahlâk alanına bırakılmalı ve bu yaptırım toplumun bu kişiyi ayıplaması, kınaması biçiminde gerçekleşmelidir. Zina fiilinin ceza hukuku bakımından suç teşkil etmemesi de bu tespiti teyit eder niteliktedir.

Yargıtay'ın 6.7.2018 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı ile aldatılan eşin aldatma eylemine katılan üçüncü kişiden manevî tazminat talep etmesi konusunda yeknesak olmayan yargı kararlarının hukuk güvenliği ve öngörülebilirlik bakımından doğurduğu sakıncaların giderilmiş olması çok olumlu bir gelişmedir. Bu karar ile üçüncü kişinin sadece aldatma eylemine katılmış olmasının tek başına manevî tazminatı gerektirmediği anlayışının benimsenmiş olmasının isabetli olduğu görüşündeyiz.

**KAYNAKÇA**

- Aebi-Müller, Regina. (2016). *Art. 28, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB* (3. Aufl.), Breitschmid, Peter / Jungo, Alexandra (Hrsg.), Zürich: Schulthess Verlag.
- Badur, Emel/Turan-Başara, Gamze. (2016). “Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlâlından Kaynaklanan Manevî Tazminat İstemi”, *AÜHF Dergisi*, C. 65, S. 1, s. 101-136.
- Barlas, Nami. (2010). “Başkasının Sözleşme İlişkinde Müdahale Sebebiyle Sorumluluk”, *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan Cilt I*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 415-440.
- Bräm, Verena. (1998). *Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 ZGB*, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Band/Nr. II/1c, (3. Aufl.), Bräm, Verena (éd.). Zürich: Schulthess Verlag.
- Brehm, Roland. (2013). *Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR*, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, (4. Aufl.), Hausheer, Heinz/ Walter, Hans Peter (Hrsg.). Bern: Stämpfli Verlag.
- Bucher, Andreas. (2009). *Personnes physiques et protection de la personnalité* (5. éd.), Bâle: Helbing Lichtenhahn Verlag.
- Çağlayan-Aksoy, Pınar. (2016). *Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Çetiner, Bilgehan. (2016). “Aldatılan Eş Manevî Tazminat Talep Edebilir mi?”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. M. İlhan Uluşan’a Armağan Cilt-1, C. 15, S. 2, s. 513-528.
- Demircioğlu, Reyhan. (2016). “Aldatılan Eş Tarafından Üçüncü Kişiyeye Yöneltilen Manevî Tazminat Taleplerinde Hukuka Aykırılık Unsuru”, *AÜHF Dergisi*, C. 65, S. 3, s. 687-721.
- Deschenaux, Henri/Steinauer, Paul-Henri. (2001). *Personnes physiques et tutelle* (4. éd.), Berne: Stämpfli Verlag.



- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan. (2016). *Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku* (17. Bası). İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper. (2016). *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku* (11. Bası). İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Eren, Fikret. (2017). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22. Bası). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Franko, Nisim. (1973) *Şeref ve Haysiyete Tecavülden Doğan Manevî Zararın Tazmini*. Ankara: Doruk Yayınevi.
- Hausheer, Heinz/ Reusser, Ruth/ Geiser, Thomas. (1999). *Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 ZGB*, Berner Kommentar Band/Nr. II/1/2, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht,(2. Aufl.), Hausheer, Heinz (Hrsg.). Bern: Stämpfli Verlag.
- Kapancı, Kadir Berk. (2016). *Ahlâka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini (TBK. m. 49 f. 2)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Keskin, A. Dilşad. (2016). *Objektif Manevî Zarar Teorisi Açısından Manevî Tazminat*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Landolt, Hardy. (2007). *Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Zweite Lieferung, Art. 45-49 OR, ZK - Zürcher Kommentar* Band/Nr. V/1c/2, (3. Aufl.), Gauch, Peter/Schmid, Jörg (Hrsg.). Zürich: Schulthess Verlag.
- Oftinger, Karl/ Stark, Emil W. (1995). *Schweizerisches Haftpflichtrecht Zweiter Band: Besonderer Teil - Erster Teilband: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung*, (4. Aufl.). Zürich: Schulthess Verlag.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut. (2017). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-2*, (13. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe. (2014). *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (14. Bası). İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Öztaş, Bilge. (2015). *Aile Hukuku* (6. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi.

- Öztañ, Bilge/Ozanemre-Yayla, Hatice Tolunay. (2017). “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 22.3.2017 Tarih, 2017/4-1334 Esas ve 2017/545 Karar Sayılı Kararı Üzerine Eleştirel Bir Yaklaşım”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 75, S. 2017/3, s. 197-225.
- Rey, Heinz. (2008). *Ausservertragliches Haftpflichtrecht* (4. Aufl.). Zürich: Schulthess Verlag.
- Roberto, Vito. (2002). *Schweizerisches Haftpflichtrecht*. Zürich: Schulthess Verlag.
- Roth, Andreas. (2017). *Münchener Kommentar zum BGB, Band 8, Familienrecht I*, Säcker, F. J./ Rixecker, R./Oetker, H./Limperg, B. (Hrsg.), (7. Aufl.). München: C. H. Beck.
- Schulze, Reiner. (2017) *Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar* (9. Aufl.), Baden-Baden: Nomos.
- Schwenzer, Ingeborg. (2009). *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (5. Aufl.). Bern: Stämpfli Verlag.
- Serozan, Rona. (2017). *Medenî Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku* (7. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık. (Kısaltma: Serozan, *Medenî Hukuk*)
- Serozan, Rona. (2016). “Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümüne Aykırılıktan Ötürü Tazminat Talebine Yer Olabilir mi?” *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Turhan Esener’e Armağan Cilt II*, C. 15, S. 1, s. 451-458. (Kısaltma: Serozan, *Sadakat Yükümü*).
- Stark, Emil W. (1986). “Kann ein Dritter wegen Ehestörung zu Genugtuungszahlungen verpflichtet werden?” *Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65. Geburtstag*. Bern: Stämpfli Verlag, s. 515-533.
- Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Rumo-Jungo, Alexandra. (2002). *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (12. Aufl.). Zürich: Schulthess Verlag.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet. (1965). *Türk Medenî Hukuku C. II, Aile Hukuku* (5. Bası). İstanbul: Nurgök Matbaası.