

**TC
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**TÜRK VE AZERBAYCAN HUKUKUNDA AİLE İLİŞKİLERİNDEN DOĞAN
MANEVİ TAZMİNAT**

**HAZIRLAYAN
AGHADADASH SAFAROV**

YÜKSEK LİSANS

**DANIŞMAN
Yrd. Doç . Dr. Ayşe ARAT**

**KONYA
2017**

T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Bilimsel Etik Sayfası

Bu tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadarki bütün süreçlerde bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini, tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel kurallara uygun olarak atıf yapıldığını bildiririm.

Aghadash Safarov

A handwritten signature in blue ink, likely belonging to Aghadash Safarov.



T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Yüksek Lisans Tezi Kabul Formu

Öğrencinin	Adı Soyadı Aghadadash Safarov
	Numarası 134233001002
	Ana Bilim / Bilim Dalı Özel Hukuk/Özel Hukuk
	Programı Tezli Yüksek Lisans <input checked="" type="checkbox"/> Doktora <input type="checkbox"/>
	Tez Danışmanı Yrd.Doç.Dr. Ayşe Arat
	Tezin Adı Türk ve Azerbaycan Hukukunda Aile İlişkilerinden Doğan Manevi Tazminat

Yukarıda adı geçen öğrenci tarafından hazırlanan *Türk ve Azerbaycan Hukuku'nda Aile İlişkilerinden Doğan Manevi Tazminat* başlıklı bu çalışma *10/12/2017* tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda *eybirliği/oyçokluğu* ile başarılı bulunarak, jürimiz tarafından yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Ünvanı	Adı, Soyadı	İmza
Yrd. Doç. Dr.	Ayşe Arat	
Yrd. Doç. Dr.	Alper Uyumaz	
Yrd. Doç. Dr.	Mahmut Kizir	

TÜRK VE AZERBAJYCAN HUKUKUNDA AİLE İLİŞKİLERİNDEN DOĞAN MANEVİ TAZMİNAT

ÖZET

Manevi tazminat konusu, hukuki niteliği ve koşulları bakımından hukukta önemli ve tartışılan konulardan biridir. Bilindiği gibi Türk Hukukunda Manevi tazminat konusu Azerbaycan hukukuyla kıyaslamada daha geniş ve net düzenlenmiştir. Azerbaycan hukukunda bu konu ile ilgili neredeyse hiç düzenleme yoktur. Manevi tazminatın niteliği ile ilgili Türk hukukunda teoride farklı görüşler vardır. Manevi tazminatın teorik olarak açıklanması bakımından sadece mevcut kanuni düzenlemeler değil aynı zamanda, karşılaştırmalı hukuk incelenmesi yapmanın fayda sağlayacağı düşüncesiyle tez çalışmasında Azerbaycan ile karşılaştırmalı bir inceleme yapılmıştır. Yapılmış çalışmamızda kişilik haklarına saldırı sonucunda manevi tazminatın koşulları Azerbaycan hukuku ile karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Manevi tazminata ilişkin vurgulanması gerektiğini düşündüğümüzdiğer bazı konulara değinerek manevi tazminatın benzer kurumlarla karşılaştırması yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler:Türk ve Azerbaycan Hukuku,Manevi Tazminat, Türk Medeni Kanunu, Azerbaycan Medeni Kanunu, Zarar

NON PECUNIARY COMPENSATION IN TURKISH AND AZERBAIJAN FAMILY

LAW

ABSTRACT

Non pecuniary compensation is an important and discussed topic through specification and requirement. As you know pecuniary compensation is regulated largely and concrete in Turkish legal system in comparing with Azerbaijan law. There is no any more regulation in Azerbaijan legal system. There are many different opinions about specification of non pecuniary compensation in Turkish law. In theoretical terms the disclosure of compensation not only existing legal regulations, we also want to make comparisons with mutual legal Azerbaijan will benefit our work with the idea of doing a thesis examination. In our study, the result of an attack on personal rights conditions of the compensation law was examined in comparison with Azerbaijan. Referring to some other issues have made the comparison with similar institutions in compensation.

Key Words: Turkish and Azerbaijan Law, Non Pecuniary Compensation, Turkish Civil Code, Azerbaijan Civil Code, Damage,

İÇİNDEKİLER

Bilimsel Etik Sayfası	III
Yüksek Lisans Tezi Kabul Formu.....	IV
ÖZET	V
KISALTMALAR	XII
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ZARAR, MANEVİ ZARAR VE TAZMİNAT KAVRAMLARI, MANEVİ TAZMİNATIN TARİHİ GELİŞİMİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÖZELLİK ARZ EDEN HUSUSLAR

§ 1. ZARAR VE MANEVİ ZARAR KAVRAMLARI.....	3
I. Zararı Açıklayan Görüşler	3
A) Tabii Zarar Görüşü	4
B) MenfaatZarar Görüşü	4
C) Normatif Zarar Görüşü	5
II. Değerlendirme.....	7
III. Zararın Çeşitleri.....	8
A) Malvarlığı ve Şahısvarlığı Zararları	8
B) Maddi Zarar	9
C) Olumlu zarar-Olumsuz zarar	11
D) Mevcut Zarar	13
E) Müstakbel Zarar	13
F) Muhtemel Zarar	14
G) Doğrudan Dolaylı Zarar	15
IV. Manevi Zarar Kavramı.....	17
V. Manevi Zarar Konusundaki Görüşler	18

A) Subjektif Görüş.....	18
B) Objektif Görüş	19
C) Karma Teori.....	20
VI. Manevi Zarar Konusundaki Görüşlerin Değerlendirilmesi.....	21
§ 2. MANEVİ TAZMİNATIN TARİHİ GELİŞİMİ.....	23
I. Genel Olarak.....	23
A) Roma Hukukunda Manevi Tazminat	24
B) Alman Hukukunda Manevi Tazminat	24
C) Fransız ve İsviçre Hukukunda Manevi Tazminat	26
D) Türk Hukukunda Manevi Tazminat	26
1. Eski Hukukta Durum	26
2. Cumhuriyet Döneminde Durum.....	27
3. Medeni Kanun ve Borçlar Kanunundaki Düzenlemeler.....	27
§ 3. MANEVİ TAZMİNATIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÖZELLİK ARZ EDEN HUSUSLAR.....	28
I. Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği.....Hata! Yer işareti tanımlanmamış.	
A) Ceza Görüşü	29
B) Tatmin Görüşü	31
C) Sembol Görüşü.....	32
D) Telafi Görüşü	33
E) Sosyal Yardım Görüşü	35
F) Önleme ve Caydırma Görüşü.....	37
II. Görüşlerin Değerlendirilmesi	39
III. Özellik Arz eden Hususlar.....	45
A) Ayırt Etme Gücü Olmayan Kişilerin Manevi Tazminat Talep Edebilmesi	45
B) Tüzel Kişilerin Manevi Tazminat Talebi.....	47
C) Manevi Tazminata Talep Hakkı Veren Özel Hükümler.....	47
D) Manevi Tazminatın Özellikleri ve Bunların Manevi Tazminatın Belirlenmesinde Rolü	48

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK AİLE HUKUKUNDA MANEVİ TAZMİNAT

§ 4. AİLE KAVRAMI.....	51
I. Genel Olarak.....	51
A) Dar Anlamda Aile.....	54
B) Geniş Anlamda Aile	54
C) En Geniş Anlamda Aile	54
II. Aile Hukukundan Doğan Manevi Tazminatlar	55
§ 5. NİŞANLANMADAN DOĞAN MANEVİ TAZMİNAT	56
I. Nişanlanma Kavramı, Nişanlanmanın Önemi ve Hukuki Niteliği.....	56
II. Nişanlanma Sözleşmesinin Kurulması İçin Aranılan Şartlar	59
A) Nişanlanma Ehliyeti.....	59
B) Nişanlanma İradesi.....	60
C) Nişanlanma Engelleri	61
III. Nişanlılığın Sona Ermesi ve Hukuki Sonuçları	62
A) Nişanlılığın Sona Ermesinde Manevi Tazminat.....	63
B) Manevi Tazminat Davası ve Şartları.....	64
1. Geçerli Bir Nişanlanmanın Varlığı.....	64
2. Kişilik Haklarına Saldırının Olması	65
3. Nişanı Bozan Tarafın Kusurlu Olması	65
4. Tazminat İsteyen Nişanlının Kusursuz Olması.....	66
C) Manevi Tazminat Davasının Tarafları ve Kapsamı	67
D) Zamanaşımı.....	67
IV. Değerlendirme	68
§ 6. BOŞANMADAN DOĞAN MANEVİ TAZMİNAT	69
I. Boşanma Kavramı.....	69
A) Boşanma Konusundaki Görüşler	70
1. Boşanmaya Yer Vermeyen Görüş	71
2. Boşanmanın Serbest Olması Görüşü	71
3. Boşanmanın Sebebe ve Hâkim Hükümüne Dayanması Görüşü.....	72
B) Boşanmanın Dayandığı İlkeler	72
C) Boşanma Sebepleri.....	73
II. Boşanma Sebebiyle Manevi Tazminat	74

A) Boşanmaya Sebep Olan Olaylar Nedeniyle Manevi Tazminatın Şartları	75
1. Manevi Tazminat Talebi	75
2. Davacı Tarafın Kişilik Hakkının İhlali	76
3. Boşanma İle Manevi Zarar Arasında Uygun İlliyet Bağı.....	78
4. Boşanmaya Karar Verilmiş Olması	78
5. Davalı Tarafın Kusurlu Olması.....	79
B) Boşanma Davası Açmadan Manevi Tazminat Talep Edilebilmesi.....	79
C) Manevi Tazminatın Miktarı ve Şekli	80
1. Manevi Tazminatın Miktarı.....	80
2. Manevi Tazminatın Ödenme Şekli	81
V. Özel Boşanma Sebepleri Çerçevesinde Manevi Tazminat	82
A) Zina Sebebiyle Manevi Tazminat.....	82
1. Genel Olarak	82
2. Sadakatsiz Eşin Birlikte Olduğu Üçüncü Kişiye Yönelik Manevi Tazminatı	85
B) Hayata Kast, Pek Kötü ve Onur Kırıcı Davranış Sebebiyle Manevi Tazminat	93
C) Suç İşleme ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Sebebiyle Manevi Tazminat.....	95
C) Terk Sebebiyle Manevi Tazminat	96
E) Akıl Hastalığı Sebebiyle Manevi Tazminat	100
IV.Genel Boşanma Sebepleri Çerçevesinde Manevi Tazminat.....	104
A) Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebiyle Manevi Tazminat	104
B) Eşlerin Anlaşması Sbebiyle Manevi Tazminat	108
C) Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması Sebebiyle Manevi Tazminat.....	109
V. Değerlendirme	115
§ 7. BABALIK DAVASI SONUCU MANEVİ TAZMİNAT	117
I. Genel Olarak.....	117
II. Davanın Konusu.....	118
III. Davanın Şartları	119
IV. Davacılar	120
A) Ana.	120
B) Çocuk	121

V. Davalı	124
VI. Hak Düşürücü Süreler	125
VII. Babalık Davasında Manevi Tazminatın Şartları	126
VIII. Değerlendirme	127

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AZERBAYCAN HUKUKUNDA MANEVİ ZARAR VE AİLE HUKUKUNDAN DOĞAN MANEVİ TAZMİNAT

§ 8. AZERBAYCAN HUKUKUNDA MANEVİ ZARARIN DÜZENLENİŞ ŞEKLİ	129
I. Genel Olarak.....	129
II. Azerbaycan Hukukunda Zarar ve Manevi Zarar Kavramları	129
§ 9. AZERBAYCAN HUKUKUNDA KİŞİLİK HAKLARI.....	130
I. Genel Olarak.....	130
A) Azerbaycan Hukukunda Şeref ve Haysiyeğin Korunması	133
B) Azerbaycan Hukukunda Şeref ve Haysiyeğin İhlali Sonucunda Ortaya Çıkan Manevi Zarar ve Tazmini	135
C) Azerbaycan Hukukunda Kişilik Hakkı ile ilgili Düzenlemelerin Değerlendirilmesi.....	141
§ 10. AZERBAYCAN AİLE HUKUKUNDA MANEVİ TAZMİNAT	143
I. Genel Olarak.....	143
A) Nişanlanmadan Doğan Manevi Tazminat	144
B) Boşanmadan Doğan Manevi Tazminat.....	145
C) Babalık Davasından Doğan Manevi Tazminat	146
II. Değerlendirme.....	146
SONUÇ	147
KAYNAKÇA.....	151

KISALTMALAR

AD	: Adalet Dergisi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ARMK	: Azerbaycan Respublikası Medeni Kanunu
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz	: Bakınız
Bs	: Bası
C	: Cilt
EÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
H.D	: Hukuk Dairesi
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İKİD	: İlmî ve Kazai İçtihatlar Dergisi
K	: Karar
m	: Madde

No	: Numara
s	: sayfa
S	: Sayı
SSCB	:Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği
T	:Tarih
TAAD	:Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD	:Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TMK	:Türk Medeni Kanunu
v.d	: ve diğerleri
vd	:ve devamı
Y	:Yargıtay

GİRİŞ

Zarar sorumluluk hukuku kavramlarından biridir. Hukukta sorumluluk bir zararın varlığı halinde doğar. Genel anlamda zarar, maddi zararı ve manevi zararı kapsadığı söylenebilir. Bu çalışmada Azerbaycan ve Türk Aile Hukukunda Manevi zarar konusu incelenmiştir. Manevi zarar konusu Türk Hukukunda hem teorik hem de uygulamaya açısından genel kabul görmüş bir konudur. Ancak Azerbaycan hukuku açısından manevi zarar konusu yeni ve tartışmalı bir kavramdır. Ayrıca Azerbaycan Medeni Hukukunda manevi zarar konusu düzenlenmemiştir. Üstelik manevi zararlar ile ilgili çok az sayıda mahkeme kararı vardır. Bu nedenle bu tez konumda manevi zararın hem teorik hem de uygulamaya açısından Türk hukukundaki düzenlenmesinin Azerbaycan hukuku için yarar sağlayacağı düşünülmüş ve bu konu seçilmiştir.

Azerbaycan yetmiş bir sene boyunca Sovyetler birliğinin egemenliği altında kalmıştır. Bu yıllarda ülkemizin ekonomik, ticari, sanayi hayatında olduğu gibi hukuk sistemimize de Sovyetlerin etkisi büyük olmuştur. Öncelikle şunu belirtelim ki Sovyetler döneminde “özel mülkiyet” yasaktı. Yani Sovyetler döneminde kişilerin mülkiyet hakkı aşırı derecede sınırlanmıştı. Örneğin kişi istediği her şeyin mülkiyetini elde edemezdi. Sovyet Sosyalist Cumhuriyetleri Birliğinin ise bu kuralına karşı Azerbaycanda özel mülkiyete serbestlik tanıyacak bir yasanın kabulü ise mümkün değildi. Sonuçta bu durum özel mülkiyetin zayıf bir şekilde şekillenmesine neden olmuştur. Azerbaycan'ın 18 ekim 1991'de bağımsızlığını ilan etmesi yeni bir dönemin başlangıcı oldu. Bağımsızlıkla birlikte Azerbaycan Demokratik bir Cumhuriyet olduğunu dünyaya duyurdu. Tabii ki bu da Azerbaycan'ın hukuk sisteminin temelden değişmesine neden oldu. Azerbaycan'da özel hukuk ilişkilerini düzenleyen 1 Eylül 2000 yılında Medeni Kanunu (Azerbaycan Mülki Mecellesi) yürürlüğe girdi. Türk hukuk sisteminden farklı olarak Azerbaycan'da Özel Hukukla ilgili düzenlemeler Alman hukukunun etkisiyle Medeni Kanunda toplanmıştır. Yani Türk hukukunda olduğu gibi Azerbaycan Hukukunda ayrıca Ticaret Kanunu, Borçlar Kanunu yoktur. Ancak bunun yanında Türk hukukundan farklı olarak Azerbaycan hukukunda aile ilişkilerini düzenleyen Aile Kanunu (Aile Mecellesi) vardır. Aile Kanunu Azerbaycan Cumhuriyeti anayasasında belirtilmiş olan insan ve vatandaş hak ve hürriyetlerine uygun olarak aile ilişkilerinin yaranmasını ve güçlendirilmesini, onların sona ermelerini, aile ilişkilerinin taraflarının hukuk ve görevlerini, bu alanda devlet kurumlarının görevlerini, aile ilişkilerini kayıt yapan kurumların kurallarını düzenleyen normları içerir.

Manevi zarar kavramı Azerbaycan hukuku için yeni bir kavramdır. Bu yönden “Türk ve Azerbaycan hukukunda Aile İlişkilerinden Doğan Manevi Zarar Kavramı”, 1 Eylül 2000 tarihinde yürürlüğe giren Azerbaycan Medeni Kanununda düzenlenmiş, zarar kavramı ve mahiyetini, amacını, hukuki niteliğini ve diğer özelliklerini, doktrindeki ve uygulamadaki değişik mahkeme kararları ile önemli ölçüde gelişme kaydetmiş Türk hukukundaki manevi zarar kavramı ile karşılaştırılarak incelenmiştir. Bu konuda Azerbaycan hukukunda hiç bilimsel çalışmayapılmamıştır, uygulamada dahiyargı kararları azdır. Bu bakımdan, “Türkiye ve Azerbaycan Hukukunda Aile İlişkilerinden Doğan Manevi Tazminat” konusu ilk bilimsel çalışmadır. Çalışmanın amacı Türk ve Azerbaycan hukuk sistemindeki manevi zarar kavramlarının teorideki ve uygulamadaki farklı ve benzer noktalarını belirlemek ve bunları sistematik olarak incelemektir.

Tez konusunun zarar kavramını konu alan ilk bölümünde, genel zarar kavramı bununla ilgili ileri sürülen tabii zarar, menfaat ve normatif zarar görüşlerinden daha sonra, manevi zararı açıklama amaçlı güden objektif ve subjektif görüş ele alınmıştır. Tez konusunda manevi tazminatın niteliği konusundaki görüşler de incelenmiştir. Maddi zararın ne olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamakla birlikte manevi zarar konusunda öğretilerde tartışmalıdır. İlk bölümümüzde bununla ilgili görüşlere yer verilmiştir. Bu bölümde tez konusundaki manevi zararlarla ilgili görüşler, hukuki niteliği ve bu konuda diğer teorilere değinilmiş, bunlar üzerinden değerlendirme yapılmıştır. Bölümde tazminat davası ve tazminat kavramı da incelenmiştir.

Tez çalışmasının ikinci bölümünde ise Türk Aile hukukundaki manevi tazminat incelenmiştir. Burada nişanlanma, boşanma ve babalık davasının sonucu olarak manevi tazminatı doğuran durumlar, şartlar, görevli ve yetkili mahkemeler ele alınmıştır.

Son Bölümde ise Azerbaycan hukukunda manevi zarar ve Aile hukukunda nişanlanma, boşanma ve babalık davasından doğan manevi tazminat incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ZARAR, MANEVİ ZARAR VE TAZMİNAT KAVRAMLARI, MANEVİ TAZMİNATIN TARİHİ GELİŞİMİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÖZELLİK ARZ EDEN HUSUSLAR

§ 1. ZARAR VE MANEVİ ZARAR KAVRAMLARI

Zarar kavramı dar ve geniş anlamda olmak üzere ikiye ayrılır¹. Dar anlamda zarar, bir kimsenin malvarlığında isteği dışında meydana gelen bir eksilmedir. Ancak insanın malvarlığı yanında bir de kişisel varlığı vardır². Dar anlamda zarar ise aslında maddi zararı ifade etmektedir. O zaman dar anlamda zarar, zarar kavramını tam olarak karşılamamaktadır. Onun için kişinin kişisel ve maddi varlığında iradesi dışında meydana gelen bir eksilmeyi tam olarak kapsayan bir tanıma ihtiyaç vardır. Zarar, Türk ve Azerbaycan hukukunda daha çok maddi anlamda kabul görmekte, Yani daha çok maddi zararı kapsamaktadır. Söylediğimiz gibi kişinin bir kişisel varlığı (şeref, onur, sağlık, ün) ve bunun yanında bir de maddi malvarlığı vardır. Bu ikisini bir araya getirdiğimizde zararın tanımı tam olarak verilebilir. Yani zarar bir kişinin kişisel ve maddi varlığında isteği dışında meydana gelen bir eksilmedir. Diğer bir deyişle zarar kişinin isteğine aykırı olarak hukukça korunan maddi ve manevi varlıklarına yapılan tecavüzün meydana gelmesinden sonraki ve önceki durumlar arasındaki fark olarak tanımlanabilir³. Maddi ve manevi zararda ortak yön her ikisinin de hukuken korunan varlıklara tecavüzün sonucu olmasıdır⁴.

I. Zararı Açıklayan Görüşler

Zararla ilgili genel bilgi verildikten sonra, zararlarla ilgili görüşleri de incelemekte fayda vardır. Öğretide zararlarla ilgili tabii zarar görüşü, normatif zarar görüşü ve menfaat görüşü vardır. Bu görüşlerle ilgili aşağıda geniş bilgi vermeğe çalışılmıştır.

¹ TANDOĞAN, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku (Akit İçi ve Akdi Mesuliyet) İstanbul, 2010, s. 63; OĞUZMANM. Kemal / ÖZTurgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilip Güncelleştirilmiş 8. Bası, İstanbul 2010, s. 679; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, İstanbul 2009, s. 483; TEKİNAY, Selahettin Sulhi/AKMAN, Semet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler 7. Bası İstanbul, s. 548; TUNÇOMAĞ, Kenan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C I, 6. Bası , İstanbul 1976, s. 806.

²ATAAY, Aytekin, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, 3. Bası, İstanbul 1981, s. 86.

³ KARAHASAN, Mustafa Reşit, Tazminat Hukuku Manevi Tazminat s. 46, 6.Baskı, 2001.

⁴ TANDOĞAN, s. 63.

A) Tabii Zarar Görüşü

Alman hukukunda Hans Albrecht Fisherin zarar kavramını açıklamaya ilişkin çalışmalarda bulunmuştur. Fisher 1903 yılında “Alman İparatorluğu için Alman Medeni Kanununa göre Zarar” isimli eseriyle sonradan doğal zarar anlayışı olarak adlandırılacak görüşün önemli temsilcisidir⁵. Fisher monografisinde zararın günlük dilde kullanımından hareket eder ve zararın “Hukuk sujesinin hukuki değerlerinin ihlali yoluyla uğradığı kayıp” olduğunu belirtir⁶. Tanımdan anlaşıldığı gibi, zararın ortaya çıkmasında kimin veya neyin sebep olduğu önemli değildir⁷. Yani, tazminat yükümlüsü kural olarak sorumluluğa sebep olan olayın doğal sonucu olan bütün zararları tazmin etmelidir. Tabii zarar görüşünde malvarlığı haklar bütün olarak algılanmakta, malların da malvarlığına dahil hakların konusu olduğu, bu nedenle bu hakların kaybının zarar oluşturduğu belirtilmektedir⁸. Tabii zarar anlayışında ihlal edilen hakkın hem zarar görenin kendisine ifade ettiği değer hem de diğer malvarlığı değerleriyle bütünlüğü göz önünde bulunur.

Tabii zarar görüşüne göre zarar ihlal edilen haka konu olan maddi veya manevi varlıkta oluşan herhangi değişikliktir⁹. Başka deyişle bir haka konu olan maddi ve manevi varlıkta ihlaldan önceki ve sonraki durum arasındaki farktır.

B) Menfaat Zarar Görüşü

Öğretide “fark” veya “menfaat” görüşü adını alan bu görüş daha baskındır. Bu görüşe göre zarar, bir hakkın ihlali sonucu malvarlığındaki azalmadır¹⁰. Tabii zarar görüşünden farklı olarak menfaat görüşünde hakkın konusu olan varlık değil malvarlığı esas alınmaktadır. Menfaat görüşünde esas olan malvarlığındaki değer kaybıdır. Yani zarar malvarlığında oluşan bir eksilme olduğu için mutlaka para ile karşılanmalıdır. Menfaat görüşünde zararın miktarı,

⁵AYDIN,Elif, Akit dışı sorumlulukta Maddi Zarar ve Tazmini, Yüksek lisans tezi, s. 33 <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>; NOMER, Haluk N: Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996, s. 7.

⁶Eserin orijinal ismi “Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für Deutsche Reich” olup yazarın görüşleri ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. KARAKAŞ Fatma Tülay: Eleştirel Bakış Açısıyla Normatif Zarar Kuramı, Ankara 2004(YayınlanmamışDoktoraTezi)s.20vd. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>

⁷NOMER, s. 7.

⁸NOMER, s. 7; KARAKAŞ, s. 21 vd.

⁹ NOMER, s. 7.

¹⁰ OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ , M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2005. s. 514.

malvarlığındaki hakkın ihlali sonucu ile bu durum olmasaydı içinde bulunacağı durum karşılaştırılarak belirlenir. Tabii zarar görüşü ile menfaat görüşünün zararın tanımı konusunda bir birinden farklı olsalar da öğretilerde bu görüşlerin bir birini dışlayan görüşler olması kabul edilmemiştir¹¹.

Bu görüşte, zarar verici olay gerçekleşmeden önceki durum ile gerçekleşikten sonraki durum karşılaştırılmaktadır. Böyle bir karşılaştırma sadece fiili zararı verecektir. Zarar veren olay bazı hallerde zarar göreninin malvarlığını olumlu yönde etkileyebilir. Mesela, trafik kazası sonucu yaralanan şahıs hastanede tedavi gördüğü sürede işe gitmediğinden otopüs veya benzin parasından tasarruf etmiş olacaktır. Bu hallerde önceki durum ile sonraki durum arasında karşılaştırma yapılırken zarar veren olayın sağladığı yararlar da zararlardan düşülmektedir¹². Fark görüşünde zarar görenin malvarlığının fiili ve farazi durumu karşılaştırılırken zarar gören hukuki değerinin kendisinden ziyade zarar görenin malvarlığının geneli esas alınır. Menfaat görüşünde malvarlığındaki zarar iki aşamada tespit olunur: İlk olarak fark yani gerçek değişiklik fiili açıdan bulunur, sonra gerçek zararın para olarak değerlendirilmesi olan gerçek zarar bulunur¹³.

C) Normatif Zarar Görüşü

Öğretilerde zararın tanımı ve kapsamı ile ilgili görüşlerden biri de normatif zarar görüşüdür. Normatif zarar görüşü esasen Alman hukukunda kabul görmüş bir görüşdür¹⁴. Normatif zarar görüşünde de esas olarak menfaat görüşünden hareket edilerek malvarlığında bir eksilme, azalma bulunmayan durumlarda olayın niteliği gereği, bir zararın varlığı kabul edilir¹⁵. Bu görüşe göre, malvarlığında iktisadi anlamda bir eksilme bulunmaması durumunda da hukuki bir değerlendirmeye, tazminatla giderilebilecek bir zarar olduğu sonucuna varılabilecektir¹⁶. Örneğin; bazı malları kullanma imkânından veya tatil yapma imkânından haksız fiil sonucu

¹¹ Bununla ilgili ayrıntılı olarak bkz. **NOMER**, s. 16.

¹² Alman Medeni Kanununun Tazminatın türü ve kapsamı kenar başlıklı 249. maddesinin birinci fıkrasında “Tazminatla yükümlü olan tazminat yükleyen durum ortaya çıkmasaydı oluşacak durumu temin etmelidir” **AYDIN**, Elif, s. 29.

¹³ **AYDIN**, s. 29.

¹⁴ **NOMER**, s. 24.

¹⁵ **NOMER**, s. 17.

¹⁶ **EREN**, s. 490-491.

yoksun kalınması durumunun zarar olarak nitelendirilmesi ve bu zararların tazmin edilmesi gerektiği savunulmaktadır¹⁷.

Normatif zarar görüşü objektif zarar görüşüyle aynı doğrultuda bir tek malvarlığı değerinin somut ihlalinin tespiti ile ilgilidir. Bu ihlal piyasada objektif, parasal olarak ölçülebilir olmalıdır. Bu görüşe göre zarar, zarar görenin malvarlığındaki farkın tespitinden ziyade, normatif bir değerlendirmenin sonucudur. Tabii görüş taraftarları zararı hukuktan önce var olan bir kavram olarak gördüklerini hukukun ise bu zararın başkasına yüklenip yüklenmeyeceğine karar verme görevi olduğunu savunuyorlar¹⁸. Normativistlere göre ise zarar hukuki formdaki unsurdur. Normativistlerin şiddetle savundukları bazı mefaatlerin (yaşama, tatil) ve aktivitelerin (kullanma, işgücü) malvarlığı unsuru olarak tanınması zarara tamamen farklı bir boyut kazandırır. Toplumda boş zamanın malvarlığı değeri değil, bireysel bir değer olduğu genel olarak kabullenir. Boş zamanın parayla ölçülmesi imkânsız olduğu gibi, hiç bir malvarlığı bilançosunda yer almaz. Şahsın ne zaman hangi kapsamda boş zamanının ihlal edildiğini hissetmesi çok subjektif düzenlemelere, ihtiyaçlara ve değer tahminlerine bağlı olduğundan dolayı genellemeye kapalıdır. Ancak geniş anlamda eldeğştirebilen pazarda belli bir konuma sahip malvarlığı değerinde, yararlar ve hazlar bulunabilir: Bir sanat zevkinin tiyatro, konser bileti fiyatıyla ölçülmesi, tatil zevkinde aynı şekilde paket tura tekabül etmesi gibi.

Serozan, normatif zarar kavramının tazminat hukukunun sınırlarını genişlettiğine işaret ederek “normun koruma amacı” “hukuka aykırılık bağlantısı”ve “riziko alanı” gibi serbest takdir sürecini harekete geçirdiğini vurgulamaktadır.

Serozan normatif zararın asıl işlevinin piyasada herhangi bir nesnel değıştirme işlevi bulunmayan kimi öznel değerleri “metalaştıran” “komersiyalizasyon içtihatlarının” çıkırını açması olduğunu belirtmektedir. Böylece aslında manevi zarar kavramına yakışacak kimi gönül rahatlığı yoksunlukları manevi tazminata ilişkin yasal sınırlamaların çevresinden dolanılarak zarar- giderme elverişli kıldığını ifade eder¹⁹.

¹⁷ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 12.

¹⁸ AYDIN, s. 43.

¹⁹ SEROZAN, Rona, Manevi Tazminat İstemine değışik bir yaklaşım Prof. Dr. Haluk Tandoğanın Hatrasına Armağan, Yazar ifade edilen bu son eserinde aynı yerde, amacına ulaşması engellenmiş karşılığı elde edilememiş (frustriert) birtakım giderlerin (vergi, sigorta primi, faiz, amortisman giderlerinin) kabuğu altında

Türk hukukunda da normatif zarar görüşü kabul görmemiş ve bunun yerine tabii zarar görüşü genel kabul görmüştür. Nomer, zaman ve işgücü zarar teşkil etmemektedir ve bu değerlerin ekonomik niteliği olmasına rağmen zarar teşkil etmediğine göre kullanım kaybindan yoksunluğunun da zarar teşkil etmeyeceği kanatindedir²⁰. Bundan başka ekonomik hayatta neyin değer olup neyin değer olmayacağı belli olmadığından bu durum hukuki belirsizliğe yol açacaktır.

Sonuç olarak, normatif zarar maddi ve manevi zarar ayırımı açısından faydalı değildir. Türk hukukunda normatif zarar kavramıyla ulaşılmak istenen sonuca geleneksel maddi zarar anlatışı ile birlikte manevi tazminatla ulaşılabilir. Normatif zarar yazarlar tarafından da kavram olarak tanımlanmamıştır.

II. Değerlendirme

Türk hukukunda yukarıda belirtilen, görüşlerden “fark görüşü” benimsenmiştir. Yargıtay bir kararında belirtildiği gibi “zarar başka bir deyimle malvarlığındaki eksilme, gerek Alman ve gerekse Türk, İsviçre hukuklarındaki baskın görüşe göre mal varlığının zarar verici olaydan sonraki durumu ile bu olay meydana gelme idi mevcut olacak durumu arasındaki farktan ibarettir. Hukuk literatüründe fark teorisi adı ile anılan bu görüş zararı matematiksel açıdan ele almakta ve soyut biçimde değerlendirmektedir. Fark teorisi zararı bir bütün olarak ele almakta, alt ayırımlara gerek bırakmamakta ve bunların tümünü kapsamaktadır. Böylece zarar verici olayın malvarlığı üzerindeki tüm olumsuz etkileri zarar kavramına katıldığı gibi aynı zamanda bu olayın malvarlığı üzerindeki olumlu etkileri de malvarlığının hesap işlemine esas alınan iki farklı andaki durumuna yansıdığı ölçüde sonuca etkili olmaktadır²¹”.

Normatif zarar görüşünde ise esasen fark teorisi anlamında zarar olarak nitelendirilmeyen bazı değer kayıplarını zarar olarak değerlendirip, tazmin edilebilirliğini sağlamak temel amaçtır. Normatif zararda ne fiili zarar nede yoksun kalınan kâr olarak değerlendirilebilen, esasında manevi nitelik taşıyan bazı değerlerin maddi tazminata konu edilmesi amaçlanmaktadır. Örneğin bir aracı kullanma imkânından geçici olarak yoksunluk, tatil

“kabuk değiştirmiş tipik bir manevi tazminatın” yattığını belirtmekte; bu giderlerinin bir ayağının maddi tazminata diğer ayağının ise manevi tazminata bastığını vurgulamaktadır, s. 73.

²⁰NOMER s. 24.

²¹Yargıtay 4. HD. 12.01.1982 T., E13394, K.274. sinerjimevzuat.com.tr E. T 15.02. 2017

imkânın haksız fiil neticesinde kaçırılması hallerinde manevi olarak nitelendirebileceğimiz tatil veya boş zamanın haksız fiil neticesinde heba olması veya haksız fiil sonucunda arabanın kullanım imkânından mahrum kalması nedeniyle uğradığı zarar manevi nitelik taşımaktadır. Böyle bir durumda zarar gören aracının tamiri sırasında daha tutumlu olup başka bir araç kiralsaydı kiraladığı araç için yaptığı masrafları zarar verenden talep edebilecekti ancak zarar gören böyle yapmayıp tutumlu davranması halinde ortaya çıkan durumdan zarar verenin yararlanmaması amaçlanmaktadır. Böyle olunca zarar görenlerden araç kiralayacak durumda olanla olmayan arasında sosyal eşitsizliğin büyümesinin önlenmesi amaçlanır. Bu görüş ile maddi zararın temeli olan malvarlığı kavramından ve bunun karşılaştırılmasından uzaklaşmaktadır²². Aslında burada manevi zarar olarak nitelendirebileceğimiz durumun zorla maddi zarar haline getirme çabası vardır. Sonuç olarak belirtelim ki Türk hukukunda normatif zarar kavramıyla ulaşılmak istenen sonuca fark teorisi ile birlikte manevi tazminatla ulaşılabilir. Bundan başka manevi haz ve rahatlıktan yoksun kalmayı ayrıca maddi tazminat olarak tanımlanan tazminata cezalandırıcı bir nitelik kazandıracığı ifade edilebilir.

III. Zararın Çeşitleri

Zarar kavramı ile ilgili açıklamalardan sonra zararın çeşitlerine değinmekte fayda vardır. Zararın farklı açılardan gruplara ayrılması mümkündür. Aşağıda zararın çeşitleri ile ilgili genel bilgi verilmiştir.

A) Malvarlığı ve Şahısvarlığı Zararları

Bu ayırım haksız fiilin yöneldiği varlığın türüne göre yapılır. Haksız fiil bir kişinin malvarlığına yönelmişse malvarlığı zararı, şahıs varlığına yönelmişse şahısvarlığı zararından söz edilir²³. Örneğin: bir trafik kazasındaki arabanın uğradığı zarar malvarlığı zararıdır. Buna karşılık trafik kazası sonucu yaralanan ya da ölen kişi nedeniyle doğan zarar veya gerçek olmayan bir haber nedeniyle kişilik hakkının ihlal edilmesi nedeniyle doğan zarar şahısvarlığı zararıdır²⁴. Şahısvarlığı zararı, kişinin maddi veya maddi nitelikte olmayan kişisel varlıklarına yönelik

²² AYDIN, s.49.

²³ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2014, s. 473; TEKİNAY/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 558-559.

²⁴ KARAHASAN, s. 47.

haksız fiiller sonucu doğan zarardır²⁵. Maddi varlığa yönelik haksız fiil, yaralanma ya da ölüm sonucunu doğuran fiillerdir. Maddi nitelikte olmayan kişisel varlıklarına (şeref, ün, onur, sağlık, özel yaşam) yönelik fiil de şahıs varlığı zararına yol açan fiillerdir. Şahısvarlığı zararı maddi ve manevi zararlarla karıştırmamak gerekir. Malvarlığı veya şahıs varlığı zararları maddi veya manevi nitelikte olabilirler. Bir kimsenin yaralandığı zaman doğan zarar şahıs varlığı zararıdır. Fakat bunun sonucunda kişi şahısvarlığında, manevi olduğu kadar maddi zarara da uğrayabilir. Şahıs varlığı hakları veya bu hakkı oluşturan varlıklar malvarlığı kapsamına girmezler²⁶. Bu nedenle kişilik hakkı ve onu oluşturan değerler, para ile ölçülemez , miras yoluyla intikal etmezler, başkalarına devir ve temlik edilemezler.

Türk Borçlar Kanununda malvarlığı zararlarından farklı olarak, şahısvarlığı zararları konusunda düzenleme vardır. TBK. m 53 hükmü şahısvarlığına yönelik haksız eylemin ölüme yol açması halinde doğabilecek zararların neler olduğunu açıklamıştır. Bunlar, cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya dayatirlimesinden doğan kayıplar, ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplardır. TBK. m 54 ise haksız eylemin bedensel “cismani zarara yol açması” halinde aşağıdaki zararların doğabileceğini açıklamıştır. Bunlar, tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirlimesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlar olarak sıralanmıştır.

B) Maddi Zarar

Maddi zarar bir kişinin malvarlığında haksız bir fiil sonucunda isteği dışında meydana gelen ve para ile değerlendirilebilen bir zarardır. Yani maddi zarar kişinin malvarlığında meydana gelen bir azalmayı ifade eder²⁷. Haksız fiil ister malvarlığı olsun ister şahıs varlığı değerlerine yönelik olsun bunun sonucunda bir malvarlığı kaybı varsa doğan zarar maddi

²⁵ KILIÇOĞLU, s. 299.

²⁶ EREN, s. 473.

²⁷ GÜLEÇ, Selma, Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması, 5. Baskı, Ankara 2008, s. 148; OĞUZMAN/ ÖZ, s.483; EREN, s. 476-477; ANTALYA, s. 483; BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem Yeni Sosyo- Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı, İstanbul 2007, s. 85; TEKİNAY/AKMA/ ALTOP/ BURCUOĞLU, s. 559; TANDOĞAN, s. 65; NOMER, s. 8, İstanbul 1996; TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, Borçlar Hukuku Genel Hükümler , s. 548,

zarardır²⁸. Maddi zarar, kural olarak malvarlığında meydana gelen eksilme veya malvarlığının aktifinin artmasının engellenmesi şeklinde ortaya çıkar. Maddi zarar yalnız malvarlığında bir eksilmeyi değil aynı zamanda malvarlığında her hangi bir çoğalmanın karşısının alınmasını da kapsamaktadır. Malvarlığındaki eksilmenin tespiti, için zarar verici eylemden sonraki durum ile zarardan önceki durumu karşılaştırmak gerekir.

Zarar veren fiil sadece aktifin azalmasına değil, pasifin artmasına da sebebiyet vererek maddi zararın oluşmasına yol açabilir. Pasifin artması, bir borcun doğması veya fazlaşması şeklinde kendini gösterebilir. Örneğin, bir kişinin üçüncü kişinin hilesi sebebiyle, normal şartlarda hiç bir şekilde yapmayacağı bir sözleşmeyi yapması ve söz konusu sözleşme uyarınca borç altına girmesi, pasifinin artmasına neden olur²⁹. Maddi zarar, malvarlığının aktifinin azalması şeklinde de ortaya çıkabilir. Örneğin, kişinin malvarlığı içerisinde bulunan bir eşyanın kullanılmaz şekilde tahrip olunması, trafik kazasında yaralanan kişinin hastanede yapmış olduğu tedavi masrafları³⁰.

Maddi zarar sadece aktifin azalması veya pasifin artması şeklinde ortaya çıkmaz. Kazanç kaybı, hayatın olağan akışı içerisinde kişinin malvarlığının artmasının engellenmesi de sözleşme dışı sorumluluk alanında maddi zarara sebebiyet verir³¹. Örneğin, trafik kazası sonucu bacağı kırılan ünlü tiyatro sanatçısı bütün bir tiyatro sezonu çalışmamış ve kazanç kaybına uğramıştır. Ayrıca bacağına tam olarak iyileşememesi sebebiyle, her zaman baş rolde oynayan sanatçı artık sadece yardımcı rollerde oynayabilecektir, dolayısıyla geleceğe yönelik bir kazanç kaybı da söz konusudur³². Kazanç kaybı da zarar niteliği taşıyabilir. Kazanç kaybı mağduru aynı zamanda haksız fiil mağduru ise dolaylı zarar oluşur. Ancak kazanç kaybı mağduru aynı zamanda haksız fiil mağduru değil, üçüncü bir kişi ise yansıma zararı meydana gelir. Kazanç kaybı yalnız malvarlığının aktifinin artmasına engel olmakla değil, malvarlığının pasifinin azalmasına engel olunması yoluyla da kazanç kaybına sebebiyet verilebilir. Örneğin, (B), (A) nın arabasını, kendi arabasının çıkışını engelleyecek şekilde park etmesisonucunda borçlarının azalmasına yarayacak

²⁸KILIÇOĞLU, s. 300.

²⁹TANDOĞAN, s. 65.

³⁰ÇAKIRCA, Seda İrem, Yansıma Zararı, İstanbul, 2012, s. 26.

³¹TEKİNAY/ AKMAN/ ALTOP/ BURCUOĞLU, s. 559; EREN, s. 478; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 478; ANTALYA, s. 454.

³²ÇAKIRCA, s. 26.

bir iş görüşmesi fırsatını kaçırmıştır. Bu durumda (B), (A) nın hukuka aykırı fiili sebebiyle pasifinin azalması şansını kaçırmış ve maddi zarara uğramıştır³³.

Maddi zararın somut olarak kanıtlanması mümkündür. Çünkü kişinin malvarlığı elle tutulabilir ve gözle görülebilir niteliktedir³⁴. Bu yönden maddi zararın ispatı, manevi zarara daha somut verilere dayandığından daha kolaydır.

C) Olumlu zarar-Olumsuz zarar

Sözleşmeden doğan sorumluluk ile sözleşme dışı sorumluluğu bir birinden ayıran önemli fark sorumluluğun kaynağıdır. Daha açık bir ifadeyle söylersek sözleşme dışı sorumluluktan farklı olarak, sözleşmesel sorumluluğun kaynağını geçerli bir sözleşme oluşturur. Sözleşmesel sorumluluğun doğabilmesi için, borçlunun borca aykırı, kusurlu hareketi ile bir zarara sebebiyet vermiş olması gerekir. Sözleşme sorumluluğunda kusurun var olduğu kabul edilir³⁵. Dar anlamda sözleşme zararı, sözleşme kuralları çerçevesinde giderimi istenebilen herhangi bir zarar değil, sözleşme borçlusunun edimini yerine getirmemesinden doğan zarardır³⁶. Sözleşmeden doğan sorumluluk açısından zarar, olumlu ve olumsuz olmak üzere ikiye ayrılır.

Olumlu zarar alacaklının borçlunun sözleşmeden doğan borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi sebebiyle uğradığı zararı ifade eder³⁷. Yani burada iki farklı durumda olumlu zarardan söz edebileceğiz. birinci halde ya borçlu borcunu hiç ifa etmeyecek ya da gereği gibi ifa etmeyecek, bu durumlarda olumlu zarar söz konusu olacaktır. Olumlu zarar olarak, alacaklı ifadaki menfaatinin tazminini talep edebilir³⁸. Kural olarak olumlu zarar para ile tazmin edilir³⁹. Yargıtaya göre, alacaklının malvarlığının, borcun ifa edilmesi ile ulaşacağı durum ile borcun ifa edilmemesi nedeniyle alacağı durum arasındaki fark olumlu zarardır. Bu tür zararlarda borcun ifa edilmesindeki menfaatlerin gerçekleşmemesinden dolayı uğranılan zarar söz konusudur.

³³ÇAKIRCA, s. 27

³⁴KILIÇOĞLU, s. 300

³⁵HAVUTÇU, Ayşe, Her İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, s. 68, İzmir 1995; TANDOĞAN, Mesuliyet Hukuku, s. 426-427; VELİDEDOĞLU, s. 744-745; ERGÜNE, s. 57

³⁶ÇAKIRCA, s. 33

³⁷VELİDEDOĞLU, s. 744; TANDOĞAN, Mesuliyet Hukuku, s. 71; EREN, s. 1072.

³⁸TANDOĞAN, Mesuliyet Hukuku, s. 426-427.

³⁹ÇAKIRCA, s. 34.

Sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi, alacaklıyı, gerçekleşmesini beklediği menfaatlerden yoksun bırakır⁴⁰.

Olumsuz zarar ise geçerli olarak kurulup, hüküm doğurduğuna inanılan bir akdin hüküm ifade etmemesi veya kurulacağına inanılan bir akdin kurulmaması sebebiyle uğranılan zarardır⁴¹. Alacaklı kurulmuş akdin güven sebebiyle geçerliliğine inandığı için uğradığı zararın tazminini talep edebilir. Sözleşmenin kurulması ve ifa esnasında yapılan masraflar olumsuz zarar kalemlerini oluşturmaktadır⁴². Anlaşıldığı gibi olumlu zarar sözleşmede kararlaştırılmış ifanın ya hiç ya da gereğince ifa edilmemesinden kaynaklanır. Olumsuz zarar ise bir sözleşmedeki mefaati değil, bir sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu veya kurulacağı veya sözleşmenin geçersizliğine rağmen ifa edileceğine dair güvenden kaynaklanır. Olumlu zarar geniş anlamda bir güven ihlalinden kaynaklansa da, buradaki güven olumsuz zarar da olduğu gibi sözleşmenin geçerliliğine değil, sözleşmede kararlaştırılan borcun gereği gibi ifa edileceğine yöneliktir. Bir çok halde olumsuz zararın miktarı olumlu zarardan azdır. Ancak istisnai haller vardır ki olumsuz zarar olumlu zarardan fazla olabilir. Alacaklının kural olarak olumlu veya olumsuz zararı talep hakkı tanınmıştır. Sözleşmeyi feshetme hakkını düzenleyen TBK da m. 125/f.1 “ Temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir”. Maddenin ikinci fıkrası ise, “ Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir” şeklindedir. Olumsuz menfaatte zarar veren olaydan anlaşılması gereken şudur: Bir sözleşmenin kurulduğuna veya hüküm ifade ettiğine ya da o sözleşmenin ifa edileceğine ilişkin olarak sözleşmenin diğer tarafında uyandırılan güvenin boşa çıkarılmasıdır⁴³.

⁴⁰ Y. 13. HD, 26.03.1981 T., E.1411 , K.2138 ., bkz. KARAHASAN, Sorumluluk Hukuku, s. 86.

⁴¹ ERGÜNE, s. 36; KARAHASAN, Sorumluluk Hukuku, s. 87; EREN, s. 1079 vd.; Olumsuz zarar, kısaca, sözleşme yapılmıyaydı uğranılmayacak olan zarardır. TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s. 427; Ergüne'ye göre, olumsuz zararı tarif ederken her ne kadar sözleşme ifadesi kullanılsa da olumsuz zarar sorumluluğu sadece sözleşmelerde değil, tek taraflı borç ilişkilerinde de söz konusu olabilir. ERGÜNE, s. 36

⁴² ÇAKIRCA, s. 34.

⁴³ ERGÜNE, s. 39; EREN, s. 1079 vd.; VELİDEDEOĞLU, s. 745; Olumsuz zararın temelinde uyandırılan güvenin boşa çıkarılması olduğu için, sözleşmelere has bir zarar türü olduğu aşikârdır. Bu çerçevede olumsuz zarara güven zararı ismi de verilmektedir, KARAHASAN, Sorumluluk Hukuku; s. 86.

D) Mevcut Zarar

Böyle bir ayırımın esası, zararın meydana gelmesi zamanıdır. Mevcut zarardan bahsetmemiz için zarar belirlenmesine ilişkin olguların varsayılan nitelikte olmaması gerekir⁴⁴. Mevcut zarar, zararın, hesaplandığı tarihe kadar faili, kapsamı ve miktarı hesaplanmış zarardır⁴⁵.

E) Müstakbel Zarar

Müstakbel zarar ise, zararın hesaplandığı tarihe kadar var olmayan fakat başka hiç bir unsur olmadan ileride kesin olarak gerçekleşmesi beklenen zarardır⁴⁶. Bu zararı ileride gerçekleşecek olan bir kazanç yoksunluğu olarak da ifade edebiliriz. Müstakbel zarara en güzel örnek, destekten yoksun kalma zararıdır. Destekten yoksun kalma zararı BK. m. 53/b.3 de düzenlenmiştir⁴⁷. Müstakbel zararda dava zamanaşımı süresinin ne zaman başlayacağı; diğer bir ifade ile müstakbel zararın, kapsamının ve miktarının ne zaman öğrenilmiş sayılacağı konusunda uygulamada⁴⁸ müstakbel zararın miktarının ve kapsamının ne zaman öğrenilmiş sayılacağı ile ilgili bir birlik söz konusu değildir. Burada zararın öğrenilmesi onun kapsamının değil, varlığının öğrenilmesi anlamına gelmektedir⁴⁹. Zaman içinde değişmeyen ilk olduğu şekilde varlığını devam ettiren zararın, zarar gören tarafından öğrenilmesi, tazminat talebinde bulunabilmek için yeterlidir⁵⁰. Sonradan değişim gösteren zararlarda, zararın kapsamı gelişen duruma göre belirlenir, gelişme sona ermedikçe zararın gerçekleştiği kabul edilmez⁵¹. Beden bütünlüğünün

⁴⁴ BÜYÜKSAĞIŞ, s. 88-89.

⁴⁵ ANTALYA, O. Gökhan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I, İstanbul 2012, s. 459; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 518; BÜYÜKSAĞIŞ, s. 89.

⁴⁶ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 518; BÜYÜKSAĞIŞ, s. 89.

⁴⁷ eBK.m. 46/f.1 in "Cismani bir zarara دچار olan kimse külliyyen veya kısmen çalışmaya müktedri olmamasından ileride iktisaden maruz kalacağı mahrumiyetten tevellüt eden zarar ve ziyaynını ve bütün masraflarını isteyebilir." İfadesi, ekonomik geleceğin sarsılmasına sebebiyet veren haksız fiil tazminatına ilişkin somut bir düzenleme getirmektedir. TBK.m. 54 ise "Bedensel zararlar şunlardır: tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya dayıtirlmesinden doğan kayıplar. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar". Bu düzenleme ile eBK. 46/f.1 de yer alan masraf ayrıntıları ile belirtilmiştir.

⁴⁸ Y. 3.HD T. 04.11.2015 / E.2014/22045/ K.2015/17187 sinerjimevzuat.com.tr E.T 17.02.2017.

⁴⁹ BÜYÜKSAĞIŞ, s. 89.

⁵⁰ ÇAKIRCA, s. 32.

⁵¹ Yargıtayın verdiği bir karara konu olan olayda, sezeryan ameliyatı sırasında verilen HIV virüslü kan sebebiyle doğan çocuğu ve kendisi AİDS hastalığına yakalanan davacının devam eden bir zarara uğramadığı kabul edilerek ek tazminat talepleri reddedilmiştir.Y.4.HD.T.23.10.2001,E.2001/7908, K. 2001/10071(www.hukukturk.comarşivi). Kararın karşı oy yazısında ise "Kural olarak haksız eylemin meydana geldiği günde, zararda gerçekleşmiş olur.Ancak, haksız eylem nedeniyle zararın zaman içinde arttığı, gelişen bir durumun var olduğu hallerde, ilk eylemden sonra gerçekleşen zararlardan gelişen duruma göre ayrı bir zararın da var olduğu ve istenebileceğini kabul

ihlali gibi durumlarda, zarar görenin kazancı veya evlenme şansı gibi değerlerin kesin olarak belirlenmesini sağlayacak veriler olmadığı için her somut olayda değişen olgulara göre değerlendirme yapılmalıdır⁵². Örneğin, işverenin kusuru sonucunda ömür boyunca saçsız kalmak zorunda kalan bir kızın, sosyal çevrede yaşayan ve yaşıtı olan kızlarla kıyaslamada evlenme ve para kazanma şansının azaldığını göz önünde bulundurularak maddi tazminat talebinde bulunabilmesine olanak tanınmalıdır⁵³. Mustakbel zarar gelecekte gerçekleşecek bir kârdan mahrum olma şeklinde de ortaya çıkabilir. Ancak bunun miktarını belirlemek oldukça güçtür. Zararın miktarını, hâkim somut olayın durumu ve hayatın normal akışına göre takdir edecektir. Müstakbel zararın miktarının belirlenmesi, bir işi ve kazancı olan kişiler açısından zor olmamakla beraber, zarar görenin malvarlığında henüz bir kayba sebebiyet vermeyen durumlardır.

F) Muhtemel Zarar

Muhtemel zarar ise, mevcut olamayan ve fakat ek bir riskin gerçekleşmesi sonucunda doğma ihtimali bulunan bir zarardır. Haksız bir fiil sonucunda, beden bütünlüğü ağır bir şekilde zedelenen kişinin ameliyat sırasında ölme ihtimali karşısında doğabilecek zararlar muhtemel zarar kalemlerini oluşturur⁵⁴. Zararın talep edilebilmesi için, riskin gerçekleşmesi ve zararın doğması gerekir.

etmek gerekir. Bunun içinde her somut olayda, zarar arttırıcı bir durumun bulunup bulunmadığını değerlendirilmesi gerekmektedir. Somut olay ve olgular birlikte değerlendirildiğinde, davacıların almış oldukları bu ölümcül mikrop nedeniyle vücut ve ruh bütünlüklerinin zaman içinde giderek artmak suretiyle bozulduğu düşünüldüğünde, olayın seyrinde gelişen durumun var olduğu kabul edilmedir. Bu hastalık ve vücuttaki zayıflık ilkmiktopyun alınmasıyla meydana gelmemiştir. Zamanın geçmesi ile hastalık ilerlemekte, içinde yaşanan ortam itibariyle boyutları ağırlaşmakta ve kişi giderek güçsüzleşmektedir. İlk başlarda az da olsa gelir getirecek bir iş yapabilme olanağına sahip iken, giderek kendi zorunlu gereksinimlerini dahi karşılayamaz, hatta başkalarının yardımına ihtiyaç duyma konumuna gelebilmektedir. Bu yönden zararın giderek artacağı ve kısa zaman biçiminde öldürücü noktaya götüreceği hastalığın doğal bir sonucudur” ifadeleri ile haklı olarak davacıların somut olayın özelliği itibariyle yeni gelişen duruma göre önceki miktara ilave olarak maddi tazminat isteminde bulunabilecekleri iddia edilmiştir. Davacının bebekken yakalandığı hastalığın sonuçlarının dava tarihi ile sınırlı kalmayacağı açıktır. Davacı hayatta kaldığı sürece giderek aratacak olan hastalığın sonuçları ile maddi ve manevi olarak yüzleşmek zorunda kalacaktır. Yargıtayın bu kararı sonucunda iç hukuku tüketen davacı anne-baba Avrupa İnsan Hakları mahkemesine başvurmuş ve bu dava sonucunda AİHM Türkiyenin hak ihlalinde bulunduğu ve 300.000 euro maddi 78.000 euro manevi tazminat ödemesine karar vermiştir. (Olay vTürkiye, Başvuru No: 4864/05, http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/oyal4864_05.pdf).

⁵² BÜYÜKSAĞIŞ, s. 92-93.

⁵³ Y.10 HD., 20.05.1976 T., 1975/8355 E., 1976/3924 K. www.hukukturk.com arşivi E.T 18.02.2017.

⁵⁴ OĞUZMAN/ ÖZ s, 518.

Roma hukukunda muhtemel zarar “damnum infectum” şeklinde ifade edilmektedir. Damnum infectum henüz gerçekleşmemiş ve gerçekleşmesinden endişe duyulan tehlikeli bir durum nedeniyle ortaya çıkma ihtimali olan zararlardır⁵⁵. Roma hukukunda tehlikeli bir durumda bulunan komşu bina sebebiyle zarara uğrama tehditiyle karşı karşıya bulunan taşınmaz malikine bir teminat verilirdi. Tehlike, bina üzerinde yapılan yapı eserinden, yerinden veya o binada yapılan her türlü faaliyetten doğabilirdi⁵⁶. Tehlike arz eden komşu bina nedeniyle zarara uğrayabileceğini öngören taşınmaz maliki, praetordan tehlikeli durumu oluşturan taşınmazın malikinden teminat vermesini isterdi. Praetor duruma göre, tehlike arzeden durumdan dolayı, o taşınmazın malikinin, gelecekte bir zarar meydana, bu zararın tazmin edileceğine ilişkin bir taahhütte bulunmasına karar verebilirdi. Stipulatio⁵⁷ ile verilen bu taahhüt ile tehlike arzeden taşınmazın maliki, risk nedeniyle ortaya çıkabilecek muhtemel zararı karşılamayı taahhüt ederdi.

G) Doğrudan Dolaylı Zarar

İllyet bağı⁵⁸ doğrudan ve dolaylı zararlarla sıkı ilişkili olan bir kavramdır. İllyet bağı olgusu, ortaya çıkan zararın, işlenen fiilden doğup doğmadığını tayin etmekle ilgilidir. Doğrudan zarar, hukuka aykırı bir fiile maruz kalan kimsenin bu fiil sebebiyle araya ilave sebep girmeksizin uğradığı zarardır. Bunlar haksız fiilin doğrudan doğurduğu sonuçlardır. Örneğin, kişinin sakat kalması sonucu çalışma gücünün kaybı doğrudan zararlardır. Hukuka aykırı fiil sonucunda meydana gelen doğrudan zararın tazmin edileceği tartışmasızdır.

Doğrudan zarar, zarar veren fiilin ilk ve en yakın neticesidir. Dolaylı zarar haksız fiilin ilk neticesi olan zarara bağlı bulunan ve ondan doğan zararlardır⁵⁹. Dolaylı zararda zarar veren

⁵⁵ “Damnum infectum” tehlike arz eden bir binanın veya evin, kısmen veya tamamen yıkılmasına bağlı olarak veya inşaat için yapılan bir harfiyat sebebiyle komşuya verilemesi muhtemel zarardır. **UMUR**, Ziya, Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Mehfumlar Hakların Himayesi, İstanbul 1982, s. 54; **TAHİROĞLU**, Bülent, Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları, 3. Bası, İstanbul 2001, s. 89.

⁵⁶ **TAHİROĞLU**, s. 89.

⁵⁷ Stipulatio, eski hukuk zamanından beri, sözlü şekle tabi tek taraflı, dar hukuk davaları doğuran akit. Roma hukukunun borç doğurucu, genel akit tipi olduğu için, çok çeşitli yerlerde kullanılan stipulatio taraflardan birisinin, belli kelimeler kullanarak sorduğu soruya, diğer tarafın, aynı kelimeler ile kayıtsız şartsız olarak kabul cevabı vermesiyle meydana gelirdi, **UMUR**, Lügat, s. 202.

⁵⁸ Zararla fiil arasında illyet bağının olması, zararın fiilin bir neticesi olarak ortaya çıkması, yani fiil olmadan zararın meydana gelmeyeceğinin muhakkak olarak görülmesi demektir. **TANDOĞAN**, Mesuliyet Hukuku, s. 71; **OĞUZMAN/ ÖZ**, s.517; **KILIÇOĞLU**, s. 211; **EREN**, s. 496.

⁵⁹ **TANDOĞAN**, Haluk, Mukayeseli Hukuk, Hususiyile Türk - İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963, s. 7-8; **OĞUZMAN/ ÖZ**, s. 516-517.

olay ile zarar arasında zararı daha uzak bir netice olarak gösteren haller vardır⁶⁰. Örneğin, yaralanan bir kişinin yaptığı tedavi masrafları doğrudan zarardır. Hastanede yapılan tetkiklerde yaralanan kişide bir yanık meydana gelmesi dolaylı zarardır⁶¹.

Dolaylı zarar haksız fiilin doğrudan sonucu olmayan, dolaylı olarak bu fiil nedeniyle ortaya çıkan zarardır⁶². Haksız fiil sonucu sakatlanan kişinin, bu fiilin sonucu aynı günde imza etmek zorunda olduğu sözleşmeyi haksız eylem sonucu imzalamadığı takdirde bu sözleşmenin başka biri tarafından imzalanması sonucunda, kaçırılan bu sözleşme yapma fırsatı nedeniyle uğranılan zarar dolaylı zarardır. Bazı yazarlar⁶³, dolaylı zararın; hukuka aykırı fiilden doğrudan zarar gören kişiler dışındaki kimselerin, başka bir deyişle üçüncü kişilerin uğradıkları zarar olduğunu belirtse de, dolaylı zarar ile dolaylı zarar gören kavramı arasında fark olduğu için bu görüşe katılmıyorum. Dolaylı zarar haksız fiilin doğrudan yöneldiği kişinin uğradığı zararken, dolaylı zarar gören ise, haksız fiilin yöneldiği kişi dışında kalan üçüncü kişiler, yani yansıma yoluyla zarara uğrayanlardır. Dolaylı zararın mağduru, dolaylı zarar gören demek değildir.

Doğrudan zarar kişinin hukuka aykırı fiil sonucunda doğrudan doğruya uğradığı zararsa, dolaylı zarar kişinin hukuka aykırı fiil sonucunda dolaylı olarak zarara uğramasıdır. Başka bir deyişle, doğrudan zarar hukuka aykırı bir fiilin ilk ve en yakın neticesidir. Dolaylı zarar ise haksız bir fiilin ilk neticesi olarak oluşan zarara bağlı olan ve ilk zarar nedeniyle ortaya çıkan zarardır. Doğrudan zararda, zararın tazminini isteme hakkı kural olarak zarar görene tanınmış bir haktır. Kural olarak zarar gören dışındaki üçüncü kişilerin bu zararın tazminini isteme hakkı yoktur⁶⁴. Zira üçüncü şahıslar bu eylemden doğrudan değil dolaylı olarak etkilenen şahıslardır.

Yargıtay da verdiği bir kararında uygun illiyet bağına vurgu yaparak sadece doğrudan zararların tazmin edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Bahsi geçen kararda, annesi bir tramvay kazasında ağır şekilde yaralanan bir kişi, duyduğu üzüntü nedeniyle, psikolojik bir hastalığa yakalanmış, bu sebeple de zarar verenden tazminat talep etmektedir. Yargıtay, tramvay kazası ile

⁶⁰ TANDOĞAN, Haluk, Üçüncü Şahsın Zararı, Ankara 1963, s. 9-10.

⁶¹ TANDOĞAN, Mesuliyet Hukuku, s. 70.

⁶² GÖKYAYLA, Emre, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara, 2004, s. 54.

⁶³ GÖKYAYLA, s. 59.

⁶⁴ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul, 2008, s. 481.

psikolojik hastalığa yakalanma arasında doğrudan bir illiyet olmadığından hareketle, zarar verenin, zararın tazminine mahkûm edilemeyeceğine karar vermiştir⁶⁵.

IV. Manevi Zarar Kavramı

Tez çalışmasında esas konu aile ilişkilerinden doğan manevi tazminat olduğu için manevi zarar ile ilgili daha ayrıntılı bilgi verilmiştir. İnsanın maddi varlığı yanında bir de hukuken korunan bir manevi varlığı olduğu bir gerçektir. Hukuk düzeni başkalarını zorlamama ahlak kuralını öngörüp, insanın bedenini ve maddi varlığını korurken insanın manevi varlığına saldıran ve manevi bütünlüğüne zarar veren eylemlere karşı kayıtsız kalmayacağı için manevi zarar müessesesi meydana gelmiştir⁶⁶. Manevi zarar bir kişinin malvarlığı dışındaki değerlerinde iradesi dışında meydana gelen bir eksilmedir. Kişinin malvarlığında bir eksilme olduğunda bunu para ile değerlendirebilmek mümkün kılınsa da, kişisel değerlerindeki eksilmenin parayla değerlendirilebilmesi zorunluğu vardır⁶⁷.

Manevi zarar genellikle kişinin haksız fiil sonucunda kişisel değerlerine yapılan saldırıdır⁶⁸. Yani, manevi zarar kişinin fiziksel acıları, sıkıntıları, üzüntüleri, yaşama sevincinin azalması ve ruhsal dengesinin bozulması gibi durumları kapsayan bir kavramdır⁶⁹. Kişinin şahıs varlığı maddi ve maddi nitelikte olmayan kişisel değerlerden oluşmaktadır. Maddi kişisel değerleri kişinin bedensel bütünlüğü oluşturur. Maddi olmayan kişisel değerleri ise, kişinin şeref ve haysiyet, özel yaşam, isim, resim gibi diğer değerleri oluşturur⁷⁰. Manevi zarar bir kişinin şahıs varlığına yönelik haksız fiil sonucu ortaya çıktığını, amma bunun yanında

⁶⁵ **Y. 4. HD, 17.07. 1942 T., 1890 E., 2049 K.**, bkz. **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s. 70-71.

⁶⁶ **SAYMEN**, Ferit, H, Manevi Zarar ve Tazmini Sureti (Doktora Tezi) İstanbul 1940.

⁶⁷ **KARAHASAN**, s . 56.

⁶⁸ M. Kemal,**OĞUZMAN/ ÖZ** Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilip Güncelleştirilmiş, 8. Bası, İstanbul 2010, s. 679; Mustafa **DURAL/Tufan ÖĞÜZ**, Türk Özel Hukuku C.II Kişiler Hukuku, İstanbul 2006, s.149; Hüseyin **HATEMİ**, Medeni Hukuku'a Giriş, 5. Bası İstanbul 2011.**ERTAŞ**, Şeref, Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tespiti, Prof. Dr. İhsan Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1990, s. 65-11; **GÜRSOY** Kemal Tahir, Manevi Zarar ve Tazmini, AÜHFD, C. XXX, S. 1-4,1993, s. 7-55; M. Kemal **OĞUZMAN/ Özer SELİÇİ/ Saibe Oktay ÖZDEMİR**, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler) 11. Bası, İstanbul 2011, s. 200-201; **ANTALYA**, O Gökhan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012, s. 506.

⁶⁹ **TEKİNAY**, Selahattin Sulhi/ **AKMAN** Sermet/ **BURCUOĞLU** Haluk/ **ALTOP** Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1988, s. 876; **ERTAŞ**, s. 65.

⁷⁰ **KILIÇOĞLU**, s. 300.

malvarlığına yönelik haksız bir fiil sonucu da manevi zarar söz konusu olabilmektedir⁷¹. Örneğin: Kişi için değeri yüksek bir eşyasının parçalanması nedeniyle duyduğu ızdırıp sonucu manevi zarara uğraması mümkündür. Bu halde maddi zararda olduğu gibi manevi zarar da kişinin malvarlığına veya şahıs varlığına yönelik bir haksız fiil sonucu meydana çıkabilecek zarardır. Şahıs varlığı zarar ile manevi zarar arasındaki fark, şahıs varlığı zararının hem maddi hem de manevi zarara neden olmasıdır.

Manevi zararlar ile ilgili bir Yargıtay kararında, manevi zarar aşağıdaki gibi tanımlanmıştır. “Şahsın kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen eksilmeye manevi zarar denir. Manevi zarar, buna uğrayan kişinin genellikle maddi veya manevi acı duymasına sebep olur. Ancak manevi zarar duyulan acı ve çekilen ızdırıp değildir. Acı ve ızdırıp manevi zararın sadece sonucu olabilir. Öyleyse manevi zarar, kişilik hak ve değerlerinde irade dışında meydana gelen objektif eksilmedir⁷²”.

V. Manevi Zarar Konusundaki Görüşler

Manevi zararlar ile ilgili genel kabul gören iki görüş vardır; bunlar objektif ve subjektif görüşlerdir. Konu ile ilgili olarak bu görüşleri ayrılıkta incelemekte fayda olduğu kanaatindeyim. İlk olarak subjektif görüş incelenmiştir.

A) Subjektif Görüş

Öğretideki hâkim görüşe göre manevi zararın doğması için zarar gören kişinin acı ve ızdırıp çekmesi gerekir⁷³. Zarar görenin manevi varlığına hukuka aykırı fiille yapılan saldırı sonucunda, zarar gören rahat ve mutluluk duyguları, huzur, yaşam sevicinde eksilme hissetmeli, iç dengesi ve özellikle ruhsal bütünlüğü bozulmalıdır⁷⁴. Bir insanın kolunu kaybetmesi doğrudan maddi talep hakkını doğurmaz. Maddi tazminatı talep hakkı, bu olayın olumsuz sonuçlarının kişinin malvarlığına yansımalarıyla ortaya çıkar. Aynı şekilde de bir insanın kolunu kaybetmesinin

⁷¹ AKINCI, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, s. 183.

⁷² Y. 4HD, 18.12.1986, E 86/7598, K 86/8412sinerjimevzuat.com.tr . E.T, 18.02.2017.

⁷³ KILIÇOĞLU, Mustafa, Tazminat Hukuku İstanbul, 2010 s. 954; ERTAŞ, Şeref: “Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tespiti”, İlhan E. Postacıoğlu’na Armağan, İstanbul 1990, s. 65 vd; FRANKO, Nisim İ, Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararın Tazmini, Doktora Tezi, Ankara 1973, s. 142; TUNÇOMAĞ Kenan: Türk Borçlar Hukuku Cilt I Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976, s, 492.

⁷⁴ TANDOĞAN, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku İstanbul 2010 s.330.

olumsuz sonuçları kişinin psikolojik varlığına yansdıktan sonra manevi tazminat talep hakkı ortaya çıkacaktır. Özetlersek kaybın bilince varılmasıyla duyulan acılardan dolayı manevi tazminat talep hakkı ortaya çıkar⁷⁵. Subjektif görüşe göre saldırı sonucu zarar gören acı ve üzüntü hissetmemişse, manevi zarar talep etme hakkı doğmayacaktır ve zarar gören manevi tazminat talep etme hakkından sözedilemez⁷⁶. Doktrinde savunulan bir görüşe göre ise, zarar gören kişi ayırt etme gücüne sahip değilse bu kişinin manevi zarara uğradığı kabul edilmemektedir⁷⁷. Bunun nedeni şöyle açıklanmaktadır. Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin acı ve üzüntüyü hissetmesi mümkün değildir⁷⁸. Bu görüşü kabul edilirse bu zaman tüzel kişilerin de manevi tazminatı talep etme hakkı yok demektir. Çünkü tüzel kişilerin acı ve üzüntüyü hissetmesi mümkün değildir⁷⁹. Bu nedenle subjektif görüş manevi tazminatın belirlenmesinde isbetli değildir.

B) Objektif Görüş

Objektif görüşe göre, herhangi bir hukuki saldırı sonucunda zarar görenin manevi varlığında objektif olarak bir eksilme meydana geliyorsa bu zaman manevi zarardan sözedilebilir⁸⁰. Kişilerin hukuken kişi olmalarının sonucu olarak yaşam, şeref, hürriyet, vücut bütünlüğü, resim gibi hukuken korunan değerleri vardır. Kişilik haklarının ihlali sonucunda ruhsal ya da fiziksel zararlar ortaya çıkabilir. Bu durumda her bir zarar, tüm manevi zararın bir parçasıdır⁸¹. Bunların ayrı ayrı hesaplanıp manevi zararın bir bütün olarak belirlenmesi gerekir. Bu görüşe göre zarara uğramış kişinin ayrıca acı çekmesi gerekmez⁸². Objektif görüşü savunan yazarlar arasında da farklılıklar vardır. Bu görüşün katı şekilde uygulanmasına taraf olanların görüşüne göre; hukuka aykırı fiilden doğan ruhsal acı ve ızdıraplar, bedensel ve özellikle ruhsal

⁷⁵ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU** Necip; “ Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler” Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları Ankara 1977, s. 149.

⁷⁶ **ÇETİN**, Pınar, Manevi Tazminat Davasının Hukuki Niteliği ve Özellikle Tazminat Miktarının Belirlenmesi, s. 8

⁷⁷ **ÇETİN**, s. 9-10.

⁷⁸ **ÇETİN**, s. 10.

⁷⁹ **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 668.

⁸⁰ **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014, s. 532.

⁸¹ **ARAT**, Ayşe, “6098 sayılı Borçlar Kanunu m. 58’e göre Manevi Tazminatın Belirlenmesine , 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 49/II nin Kaldırılmasının Etkisi”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII, S. 3-4, 2013 s. 187-206.

⁸² **ÇETİN**, s. 11.

bir hastalığa neden olacak kadar ağır ve yoğun ise, zarar, yansıyan ve takip eden bir zarar olarak tazmini gerekli manevi zarar niteliği kazanabilir⁸³.

Diğer bir görüş ise objektif görüşün katı bir şekilde uygulanmasını eleştirir. Bu görüşe göre manevi zarar birden fazla kalemde ele alınmalıdır⁸⁴. Çünkü manevi zararı sadece kişilik haklarının ihlali sonucu zarar görenin acı ve ızdırap görmesi olarak değerlendirmek, acı ve ızdırapın duyulmaması halinde manevi zararı yok saymak bir eksiklik oluşturacaktır. Aynı anda zarar görenin kişilik haklarının ihlali sonucunda duymuş olduğu belli yoğunluktaki acı ve ızdırapların manevi zarar olarak değerlendirilmemesi bir eksikliktir. Duyulmuş acı ve ızdırapların çok yoğun olması ya da yansıma yoluyla bir ruh hastalığına neden olmasına gerek yoktur. Ancak sosyal hayatta her zaman duyulabilecek olan, hafif acı ve ızdıraplar da manevi zarar olarak nitelendirilmez⁸⁵.

C) Karma Teori

Dikkat edilirse manevi zararda iki unsur vardır. Birincisi “kişilikte objektif olarak meydana gelen azalmadır”. Manevi zararın ortaya çıkması için ise bu unsur yeterli değildir. Bunun için subjektif nitelikte olan bir unsurun daha eklenmesi gerekir. Subjektif nitelikteki bu unsur ise kişilik değerlerindeki objektif eksilmenin; acı çekerek, ruhsal huzuru kaybederek bilince varılması suretiyle olur⁸⁶. Manevi zarar kişinin kişilik değerlerindeki objektif azalma ile kişinin bu azalmanın bilincine vararak acı çekmesi ile ortaya çıkar⁸⁷.

Bir görüşe göre objektif teori subjektif teori ile tamamlanmalıdır⁸⁸. TBK. 58. maddesinde genel olarak düzenlenen tazmini gereken manevi zarar, kişilik değerlerinin zedelenmesi sonucu mağdurun kişiliğine yansıyan elem, ızdırap, acı, üzüntü ve yaşama sevincinin duygusal kaybın, objektif olarak da, ruhsal huzurun bozulması veya kaybedilmesi niteliğinde olması gerekir⁸⁹. Kişilik değerlerine nitelikli bir saldırı halinde, tazmini gereken manevi zarar söz

⁸³ EREN, s. 533, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler (MK.. m. 24, BK. m.49), Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, İstanbul1980,s. 141-180; ARIDEMİR Arzu Genç, Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, İstanbul 2008, s. 179. Vd.

⁸⁴ EREN, s. 535.

⁸⁵ EREN s. 535.

⁸⁶ ARAT, s. 187.

⁸⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 147; ARIDEMİR, s.181.

⁸⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 147; EREN, s. 229.

⁸⁹ EREN, s. 230

konusudur. Subjektif unsur olarak, nitelikli bir saldırı içinde, bir taraftan kişinin içsel yönüne etkili olmalı yani kişinin ruhsal yönü yönü üzerinde etkili olmalı; diğer taraftan da, dışsal yönüyle de onun ekonomik ve sosyal yaşamında etkili olmalıdır⁹⁰. Bütün bunlarla birlikte, objektif değerlendirme yönünde bu etkilerin manevi zarar doğurmaya kabulünün haklı olması gerekir.

VI. Manevi Zarar Konusundaki Görüşlerin Değerlendirilmesi

Değerlendirme açısından subjektif görüşe bakılırsa, subjektif görüşe göre bazı kişilerin hukuken kişi olarak kabul edilmesine rağmen, manevi tazminat talebinden yoksun kalması üzerinde yoğunlaşmıştır. Subjektif görüşde ayırt etme gücü olmayan gerçek kişilere ve tüzel kişilere manevi tazminat talep hakkı tanınmamaktadır. Bu kişilerin kişilik haklarının tamamına veya bir kısmına sahip oldukları açıkça bellidir. Hukuk, herkesin kişilik hakkını koruduğu gibi bu kişilerinde haklarını korumaktadır⁹¹. Aksi düşünce, hukukun evrensel ilkelerine zıt bir düşüncenin doğmasına neden olacaktır. Durumu aşağıdaki örneklerle açıklayabiliriz. Gerçek kişilerin sahip olduğu resim, isim, şeref ve haysiyeti gibi haklar tüzel kişiler içinde mevcuttur. Bu zaman gerçek kişiler için getirilen hukuki korumaların tüzel kişilere tanınmaması adaletsizliğe ve hukuki güvenin zedelenmesine yol açacaktır. Bir kişinin ayırt etme gücüne sahip olmadığı için ona yapılan saldırıya karşı tazminat hakkının tanınmaması ancak ayırt etme gücüne sahip birinin ona hakaret edilmesi sonucunda manevi tazminat talep etmesi hakkı tanınmasına sebep olur. Görüldüğü gibi bu durumlarda subjektif teoriden hareket ettiğimizde haksız sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Subjektif görüş tüzel kişilere manevi tazminat hakkını şu şekilde tanımaktadır. Tüzel kişinin organlarını gerçek kişiler oluşturur ve bu nedenle gerçek kişilerin duymuş olduğu acı ve ızdıraplar tüzel kişinin duymuş olduğu acı ve ızdırap olarak kabul edilir. Manevi zararın varlığı, kişilerin manevi varlıklarının hukuka aykırı bir fiille saldırıya uğraması durumunda iç dünyasındaki yaşadıklarına bağlanmıştır⁹². Şu anki dünyamızda kişinin iç dünyasındaki yaşantılarını kayıt edecek bir araç olmadığı için manevi zararın tespit edilmesi de çok zordur. Subjektif görüşteki hukuka aykırılıklar ve eksiklikler nedeniyle bu görüşün uygulanmaması gerektiği savunulabilir.

⁹⁰ EREN, s. 230

⁹¹ EREN, s. 535.

⁹² NOMER, Haluk Borçlar Hukuku Genel Hükümler İstanbul 2013, s. 184.

Objektif görüşle ilgili eleştirilerin başında, kişilik değerleri olanların gördükleri acı ve ızdıraplar sonucunda manevi zararı talep edememe durumu vardır. Bir insanın iç dünyası ile kişilik değerleri arasında çok sık bir bağlantı vardır. Bir kişilik değerinin varlığı insanın aynı değere iç dünyasında ne kadar yer ayırması ile ilgilidir⁹³. Bununla ilgili örnek verecek olursak; doğu toplumunda aile ve topluma ilişkin değerler ön plandaiken, batıda birey ve bireyin gelişimine ilişkin değerler daha öndedir. Tüm bunlar toplumların hukuk düzenlerine de yansımıştır.

Bir diğer eleştiri ise manevi zararın tam anlamda hangi anda doğduğu ile ilgilidir. Manevi zarar hukuka aykırı fiilin gerçekleştiği anda değil, hukuka aykırı fiille zarar görenin psikolojik varlığı olumsuz etkilendiğinde meydana gelir⁹⁴.

Açıklanan görüşlerden, objektif zarar teorisinin manevi zararın belirlenmesi açısından daha isabetli olduğu ileri sürülebilir. Subjektif görüş kimi kişileri, hukuken kişi kabul etmesine rağmen, manevi tazminat talep hakkından yoksun bırakmıştır. Ayırt etme gücü yerinde olan kişiler manevi varlıklarına yönelik bir saldırı sonucunda manevi tazminat talep etmek hakkına sahipken, ayırt etme gücü olmayan kişiler ile yine bu tür saldırılarla karşılaşma ihtimali olan tüzel kişilere aynı hakkın tanınmaması, hakkaniyete uygun olmayacaktır⁹⁵. Bu durumu ortadan kaldırmak için tüzel kişilerin manevi zarar görmelerinin mümkün olduğu ve dolayısıyla tüzel kişilere manevi tazminat davası açma hakkı tanınması görüşü ileri sürülmüştür⁹⁶. Ayırt etme gücü yerinde iken uğradığı saldırı sonucunda ayırt etme gücünü yitirmiş olan kişilere, saldırıdan önce de ayırt etme gücü yerinde olmayan kişilerden farklı olarak, manevi tazminat talebi hakkının tanınması gerektiği savunulmuştur. Bunu savunan yazarlar, bu kişilerin temyiz kudretlerini, manevi zararın gerçekleşmesinden sonra kaybettikleri görüşündedir. Bu yüzden de, bu kişilerin, saldırıdan önce temyiz kudretleri yerinde olmayan kişilerle aynı şekilde değerlendirilmemesi gerektiğini savunmaktadırlar. Ancak, bu durumda, manevi tazminat davasını, manevi zarar gören adına, kanuni temsilcisi açacaktır⁹⁷. Subjektif görüşle ilgili yaptığımız açıklamalardan

⁹³ ÖNCÜ, Azim/ASLAN Bayram Haksız Fiilden Doğan Manevi Zarar , Ankara, 2014, s. 12.

⁹⁴ KOCAYUSUFPAŞOĞLU, s. 149.

⁹⁵ BELEN, Herdem: Fikri Hukukta Manevi Haklar ve Manevi Tazminat Talebi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1996 , s. 46 <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> ; EREN, Borçlar, s. 501.

⁹⁶ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 685.

⁹⁷ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 685.

anlaşılacağı gibi, manevi zararın subjektif görüşe göre değerlendirilmesi çok zordur. Kişinin duygularının, ne tür bir acı veya üzüntü hissettiğinin ispatı, bunu somut olarak ölçen bir kriter olmadığı için mümkün değildir⁹⁸. Ancak objektif olarak kişilik hakkını ihlal eden bir hukuka aykırı davranışın manevi zarara yol açacağı kabul edilir. Bu görüş gereğince, kişilik değerlerine hukuka aykırı bir eylemle saldırıda bulunmuş kişilerin acı ve benzeri duygular yaşayıp yaşamadıklarının, yaşamışlarsa bunun boyutları ve niteliğinin ne olduğunun belirlenmesi söz konusu olacaktır. Bu davranış sonucunda kişinin duyduğu acı, ruhsal çöküntü doğrudan doğruya tespit edilemez⁹⁹. Bu durumda hâkim, hayatın normal akışı ve yaşam tecrübeleri çerçevesinde kişinin ne ölçüde etkilenmiş ve zarar görmüş olabileceğini takdir etmelidir¹⁰⁰.

Doktrinde manevi zarar açısından genel olarak subjektif teori benimsenmektedir¹⁰¹. Yargıtay kararlarında, manevi zararın kişilik hakkının ihlali sebebiyle kişide oluşan acı, keder, elem ile yaşama zevkinde azalmayı ifade edeceği belirtilmiştir¹⁰². Yargıtayın objektif teoriye yakın görüşleri de, içtihatları da vardır¹⁰³

Ş 2. MANEVİ TAZMİNATIN TARİHİ GELİŞİMİ

I. Genel Olarak

Manevi tazminat eski toplumlardan farklı olarak, modern toplumlarda gelişmiş ve uygulamaları bulmuş bir kavramdır. Gelişmiş toplumlarda maddi zararlarla birlikte manevizarardaartmaktadır¹⁰⁴. İlk zamanlarda zor kabul edilen bu müessese, daha sonralar ekonomik hayatın akışına ve çağımızın inkişafına uyularak modern hukuk düzenleri tarafından

⁹⁸ ARAT, s. 188.

⁹⁹ ARAT, s. 188.

¹⁰⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 148.

¹⁰¹ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 253; ERTAŞ, s. 65; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 146; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY – ÖZDEMİR, s. 179.

¹⁰² “Manevi zarar, malvarlığında bir azalmayı değil ve fakat kişilik haklarına vaki tecavüz nedeniyle bir kimsenin duyduğu cismanî ve manevî acı ve ızdırabı, elem ve böylece yaşama zevkinde bir azalmayı ifade eder.” Y. 3HD., 03.05.1999, E.3968, K.4509sinerjimevzuat.com.tr. E.T. 21.02.2017

¹⁰³ “Manevî tazminata hükmedilebilmesi için davaya konu olan olayın, özellikle manevî zararın esaslı unsurunu teşkil eden kişilik değerlerindeki objektif eksilme noktasına ulaştığının saptaması gerekir.” Y.1 HD., 08. 04. 1996, E. 3713/K 4111 ARAT, s. 189. “Manevî Tazminat zarar görenin fiziki, sosyal ve duygusaldeğerlerinde, bedensel bütünlüğünün iradesi dışında ihlali hallerindemeydan gelen eksilmenin giderilmesi, tazmin ve telafi edilmesidir.” YHGK. E. 2012/4-179, K.2012/412 T. 27.06.2012 <http://www.kazancihukuk.com>.

¹⁰⁴ SAYMEN, F. Hakkı/ELİBİR, H. Kemal, Türk Borçlar Hukuku, Ümumi Hükümler, İstanbul 1966, s. 13; KARAHASAN, Mustafa Reşit, Tazminat Davaları, İstanbul 1976, s. 773.

da kabul görmüştür. Zamanla kapsamı genişletilerek uygulanan bir kurum haline gelmiştir. Roma, Fransız, Cermen hukuklarında da manevi tazminat kabul edilir¹⁰⁵.

A) Roma Hukukunda Manevi Tazminat

Manevi tazminatla ilgili ilk izlere Roma hukukunda rastlanır¹⁰⁶. Nitekim Roma hukukunda gayri maddi menfaatler “actio injuriarum” korunuyordu. İnjurya bir kişinin şahsiyetini kasten önemsememektir. Bu müessir bir felle olabileceği gibi sözle de mümkündür. Ancak eski Roma Hukukunda sadece iniuria realis bazı münferit halleri düzenlenmiştir¹⁰⁷. Bunlar arasında 12 Levha Kanununda düzenlenmiş olan 25 asseslik hafif bir iniuria hali ile membrum ruptum (bir üzümlü sakatlanması) ve Os fractum (kemik kırmak ve çıkarmak) halleri sayılabilir¹⁰⁸. Ancak 12 levha kanunundaki hükümler mağduru korumayayemediğinden praetor iniuriarum hakkındaki umumi edictumla istinaden mağdura bir “actio iniuriarum”¹⁰⁹ tanıyarak iniuria kavramını inkişaf ettirdi¹¹⁰. Ancak gerek şahsiyetin, gerekse diğer manevi varlıkların bu suretle korunması, hiç bir zaman bu günkü anlamda manevi zararın tazmini, acı ve üzüntünün giderilmesi amacıyla olmamıştır. Ne varki cezai nitelikleri ağır olan actio iniuriarum bu amaca hizmet etmişlerdi. Bu suretle “hür bir kimsenin yararlanması fikrinden hareket eden” bu kavram yalnız tahkire inhisarla kalmayıp fikri hakları da içine alacak şekilde inkişaf edip şahsiyetin korunmasını sağlamıştır.¹¹¹.

B) Alman Hukukunda Manevi Tazminat

Roma Hukukundan önce Almanyada mevcut olan Cermen hukukundamaddi zararlar manevi zarar arasında her hangi bir ayırım gözetilmeksizin maddi malvarlığıyla, manevi

¹⁰⁵ ÜNAL, s. 402.

¹⁰⁶ ÜNAL, Mehmet, Manevi tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü, s.40.

¹⁰⁷ TOPUZ, Murat, İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, s. 115 (Doktora Tezi)

¹⁰⁸ ERDOĞMUŞ Belgin, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, 2. Bası, İstanbul 2006, s. 131-132; TAHİROĞLU, Bülent, Roma Hukukunda Iniuria, İstanbul 1969, s. 23 vd; RADO Türkan, Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 2001, s. 196 vd.

¹⁰⁹ TAHİROĞLU, Iniuria, s. 228 vd.; Iniuria, Iustinianus Dönemi’ne kadar genişleyerek gelişimini sürdürmüştür. Fakat iniuria’nın genel çerçevesini 12 Levha Kanunu’ndaki düzenlemeler ve praetor edictum’larının çizdiği sınırlar oluşturmuştur. Iustinianus Dönemi’nde sadece ağır nitelik taşıyan iniuria’larda kabul edilen, mağdur isterse actio iniuriarum’u isterse kamu davasını açabilmesi imkânı tüm şahsiyete tecavüzlerde kabul edilmiştir; ERDOĞMUŞ, Borçlar Hukuku, s. 132.

¹¹⁰ ÜNAL, s. 403

¹¹¹ TAHİROĞLU, s. 20-23.

malvarlığı bir arada fakat ayrı ayrı yollarla korunuyordu. On beşinci yüzyılda Roma Hukukunun Almanya’da kabulünden sonra, Roma hukukundaki gayri maddi varlıkların korunmasına ilişkin davalar da, Pandekt Hukukuna intikal etti¹¹². Bu dönemde manevi menfaatlerin korunması istisnai bir durum arz etmekte idi. Pandekt hukukunda menfaat kavramı hukukçuların tesiriyle yalnız maddi menfaata munhasır kaldı. Pandekt hukukçuları o yüzden manevi zararın tazminini kabul etmiyorlardı. Almanyada bu dönemde gayri maddi mafaatlari koruyan iki hukuki kurum vardı : Schmerzengeldklage ve Busse¹¹³. “Acı parası davası” anlamına gelen bunlardan birincisi, mağdurun cismani zararlar sebebiyle duymuş olduğu ızdıraplarına karşılık failden talep edeceği meblağı ifade eder. Manevi tazminatla ilgili Pandekt hukukunun esas kaynağı 1502 tarihli “Censtitutio Criminalis Carolina” adlı kanundur. Kanunun 20 maddesi “Schmerzengeldi” aşağıdaki gibi açıklıyordu: Schmerzengeld yalnız cismani zararlardan doğan ızdırapların tazminine ilişkin olmasına karşılık “Busse” hakaret ve cürüm isnadı sebebiyle meydana gelen manevi zararların tazminine ilişkin bulunmaktadır¹¹⁴. Buradan anlaşılır ki Pandekt hukukunda manevi tazminat kanunda sayılan üç halde meydana geliyor. Bunlar hakaret, cürüm isnadı ve cismani zarar halleridir¹¹⁵.

Manevi zararlarla ilgili dar düşünceli görüşleri 19.yüzyılda şiddetle hissedilmeye başlandı. Bundan dolayı Medeni Kanunun kodifikasyonunun önce bazı manevi menfaatlere kanununu bir himaye tanımıştı. Bu alandaasıl hamlenin Alman Medeni Kanununda beklenirken, bu kanunun Cermen hukukundaki tahditkar sisteme bağlı kalmıştır. BugünküAlman Kanunundamanevi tazminat, vücut veya sağlığa sebep olan zarar, kadının özgürlüğünü engelleyici suç veya hakarete maruz kalması veya tehdit maduniyet ilişkisinin kötüye kullanılması ile evlilik dışı cinsi münasebetin kurulmasından sonra, kızın lehine olarak, nişanın bozulması halerine mahsus kalmıştır¹¹⁶.Verdiğimiz açıklamalardan anlaşıldığı gibi, Alman Kanun Koyucusu Cermen ve Pandekt Hukukuna sadık kalarak manevi zararın tazminini istisnai hallerde kabul etmiştir.

¹¹² ÜNAL, s. 403.

¹¹³SAYMEN, s. 30.

¹¹⁴SAYMEN, s. 34.

¹¹⁵ÜNAL, s. 403.

¹¹⁶SAYMEN, s. 38 – 45.

C) Fransız ve İsviçre Hukukunda Manevi Tazminat

Fransız Hukukunda ise manevi zararın tazmini hiç bir sınırlamaya tabi tutulmadan kabul edilmiştir¹¹⁷. Eski Fransız Hukuku¹¹⁸ ve intikal sonrası Fransız Hukuku¹¹⁹ manevi tazminatı geniş ölçüde uygulayarak kabul ettiği gibi bu günkü Fransız Medeni Kanunu da bu kurumu herhangi bir sınırlamaya tabi tutmayarak maddi zararların tazmini ile aynı ölçüde beraber şartlarda benimsemiştir¹²⁰.

İsviçrede Medeni Kanunuyapılmadan önce bazı kanton kanunları manevi tazminatı vermiştir. Bunlar arasında Bern(m.996) Lucerne (m.718) Züriç (1844-1845) kanton kanunları sayılabilir. Ölüm ve cismani zarar hallerinde mağdurlar bu kanunlara dayanarak bir miktar manevi tazminat talebinde bulunabilirler¹²¹. 1881yılındayürürlüğe giren İsviçre Borçlar Kanununun 54. maddesi: “ Hâkim hususi halleri ve ezcümle hile ve ağır kusuru dikkataalarak cismani zarar halinde mağdura ve adam öldüğü halde ölünün ailesine, müşahede edilen zararın tazmininden başkaadalete muvafık bir tazminata da hükmedilebilir¹²² ” düzenlenmesini getirmiştir. Bu hüküm bu günkü İsviçre Borçlar Kanununun 47. maddeye intikal ederek hem cismani zarar halinde manevi tazminat talebinin şartlarını hafifletmiş, hem de davaedebileceklerin sayısını çoğaltmıştır¹²³. İsviçre Borçlar Kanunu manevi tazminat konusunda büyük bir formüle ulaşmıştır.

D. Türk Hukukunda Manevi Tazminat

1. Eski Hukukta Durum

Manevi tazminatın tarihi ile ilgili Türk Medeni ve Borçlar Kanunundaki durumdan önce Türkiye’de yürürlükte olan İslâm hukukundaki duruma değinmekte yarar vardır. Manevi tazminatın İslâm hukuku bakımından meçhul olduğu bazı yabancı¹²⁴, Türk hukukçuları ve Yargıtay¹²⁵ tarafından benimsenmiştir¹²⁶. Halbuki diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak İslam

¹¹⁷VELDET Hıfzı; Umumi Bakımdan Zarar ve Tazminat İstanbul 1944, s . 747.

¹¹⁸“1670 tarihli emirnameden-Büyük ihtilale kadar olan devre” bkz. SAYMEN s. 22.

¹¹⁹“Büyük ihtilalden 1802’e kadar olan devre” SAYMEN s. 25.

¹²⁰ SAYMEN, s. 25 vd.

¹²¹ ÜNAL, s. 404.

¹²² ÜNAL, s. 404.

¹²³ SAYMEN, s. 50.

¹²⁴ ÜNAL, s. 405.

¹²⁵ HGK.25/5/1965-787/225ve26/6/1965, -807/228 , KARAHASAN,s. 871.

Hukukunda bu kuruma daha önce ve geniş bir şekilde yer verilmiştir. İslâm hukukunda her bir zararın adilene şekilde tazmini ve tatmini çok önemli bir kuraldır. Nitekim bunun en iyi örneğini İslâm Hukukun iyi bilinen kurumu “diyet” teşkil eder. Diyet ile bir şahsın cismani bütünlüğü korunmaktadır. Diyet kisası gerektiren öldürme olayları hariç, haksız yere öldürülenin yakınlarına, bunların yakınlık dereceleri uzak olsa bile ödenecek bir meblağdan ibarettir. Diyet olarak adlandırılan bu tür tazminatın hesap ve takdirinde kullanılmak için İslâm hukukçuları cetveller hazırlamışlar. Bu cetveller girmeyen hallerde tazminat tutarı bilirkişilerce tayin olunurdu¹²⁷. Bundan başka İslâm hukukunda bir kimseye korkutarak zarar veren, hamile kadının çocuk düşürmesine neden olan, tehlikede olan kimseye görüp yardım etmeyen kimse tazminat vermekle mükellef idi. İlave olarak Sultan Süleyman 1256 tarihli¹²⁸ Ceza Kanunnamesinde manevi tazminata ilişkin hükümlere yer vermiştir. Görüldüğü gibi yukarıda verilenlerden aksine olarak İslâm hukukunda manevi tazminat daha detaylı incelenmiştir.

2. Cumhuriyet Döneminde Durum

3. Medeni Kanun ve Borçlar Kanunundaki Düzenlemeler

Türk Medeni Kanununu ve Borçlar Kanununda manevi tazminat çeşitli ilişkilere bağlı olarak düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanununun 26/II, 121. maddelerinde manevi tazminata ilişkin düzenlemeler vardır. Medeni Kanunun 26/II ye göre: “Adı haksız olarak kullanılan kişi buna son verilmesini; haksız kullanan kusurlu ise ayrıca maddî zararının giderilmesini ve uğradığı haksızlığın niteliği gerektiriyorsa manevi tazminat ödenmesini isteyebilir”. Medeni Kanunu 121. maddesinde ise nişanlanmadan doğan manevi tazminat konusu düzenlenmiştir. 121. madde gereğince “Nişanın bozulması yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevi tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir”. Tezinişanlanma ile ilgili bölümünde nişanlanmadan doğan manevi tazminat konusunda bu madde etrafında daha geniş bilgi verilmiştir.

Türk Borçlar Kanununun 56 ve 58/II de manevi tazminata ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. TBK'nın Manevi tazminat başlığı taşıyan 56. maddesindeki düzenleme aşağıdaki gibidir: “Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın

¹²⁶SAYMEN, s. 99.

¹²⁷ÜNAL, s. 406.

¹²⁸SAYMEN, s. 100.

özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir. Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir”. Ancak kişilik hakkının ihlaline bağlı olarak en genel ve saf düzenleme TBK. m. 58 de yer almaktadır¹²⁹. Kişilik hakkının zedelenmesi başlıklı maddede “ kişilik hakkından zarar, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para isteyebilir demesiyle birlikte, aynı zamanda hâkime paradan başka bir tazminat hükmedebilme imkânı tanımaktadır. Manevi tazminat kişilik değerlerinin ihlaline dayanan bir tazminattır. Manevi tazminatın amacı, bir kişinin hukuka aykırı olarak bozulan manevi dengesini eski haline getirebilmek ve bir tatmin duygusu oluşturabilmektir¹³⁰.

§ 3. MANEVİ TAZMİNATIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Uğranılmış zararın giderilmesine tazminat denir. Maddi zararlarda amaç, maddi varlıklarda ortaya çıkan eksilmenin bir miktar parayla giderilmesidir. Manevi zararda ise maddi zarardan farklı olarak, kişinin manevi varlığındaki eksilmenin hangi miktarda olduğunu net olarak belirlemek maalesefki maddi zararda olduğu gibi kolay değildir. Bu durum manevi tazminatın hukuki niteliğinin ne olduğu sorusunu tartışılmasını gerektirir.

Manevi tazminatın tamamen giderilmesinin mümkün olmaması, bu yönde kanunda bir açıklık olmamasından dolayı manevi tazminatın hukuki niteliğinin ne olduğu öğretide tartışılmıştır.. Öğretide manevi tazminatın hukuki niteliği ile ilgili farklı görüşler vardır. Ancak ileri sürülmüş bu görüşler farklı sınıflandırma ile ele alınmıştır¹³¹. Bazı yazarların görüş olarak kabul ettikleri düşünceyi diğer yazarlar manevi tazminatın hukuki niteliği olarak adlandırmışlardır¹³². Budurum, görüşler arasındaki farkların belirsizleşmesine yol açmaktadır. Bunun için manevi tazminatın hukuki niteliğini belirleyen görüşlerin ayrıca başlıklar altındaincelenmesi daha doğru olacaktır. Bu doğrultuda öğretide manevi tazminatın hukuki

¹²⁹ARAT, s.194.

¹³⁰ARAT, s. 194.

¹³¹Örneğin: öğretide telafi görüşü ve tatmin görüşü olarak adlandırılan görüşler, AKKUŞ tarafından birincisi objektif ikincisi ise subjektif görüş olarak adlandırılmıştır.EREN, Borçlar Hukuku, s. 784 vd; ÇETİN, s. 46 vd.

¹³² Örneğin: tatmin etme Ertaş tarafından, Genugtuung adıyla, manevi tazminatın bir fonksiyonu olarak ele alınırken ERTAŞ s. 70. Vd; Eren, Saymengibi yazarlar tarafından manevi tazminatın hukuki niteliği ile ilgili öne sürülmüş bir görüştür.EREN, Borçlar, s. 749; SAYMEN, s. 92.

niteliği ile ilgili olarak tatmin görüşü, telafi görüşü, ceza görüşü, sosyal yardım görüşü, önleme ve caydırma görüşü sayılabilir. Yeri geldikçe yukarıda söylediğimiz görüşlerle ilgili yazarların sistematüğın ya da terminoloğının dışına çıkan düşüncelerine de değinilmiştir.

A) Ceza Görüşü

Ceza görüşü, manevi tazminatın amacı manevi zarara uğramış mağdurun manevi zararının giderilmesi değil, bu zarar yol açan failin cezalandırılması düşüncesine dayandırmaktadır¹³³. Bu görüşe göre manevi tazminat her ne kadar özel hukuk kapsamında bir kavram olsada, ceza karakteri taşıyan bir çeşit özel hukuk cezasıdır. Ceza görüşüne göre manevi zarar veren sebep olan kişinin bu zararın sonucunda zarar görene manevi tazminat olarak bir miktar para ödemesi, mağdurun intikam duygusunu giderir ve zarar vereninin malvarlığında meydana gelen eksilme mağduru memnun ediyor¹³⁴. Bu durumda manevi zarar verenin zarar görene belli miktar para ödemesi, zarar sonucunda cezalandırılması, zarar gören kişide psikolojik rahatlamanın olmasını sağlamaktadır. Ceza niteliği taşıdığı öne sürülen manevi tazminatla ceza hukukundaki ceza kavramı arasındaki fark ise zararın karşılığının devlete değil zarar gören şahsın kendisine ödenmesidir¹³⁵. Ceza görüşünde zarar verenin kusuru ortaya çıkan manevi zarardan daha çok önemsenir. Buna göre zarar verenin kusurunun manevi zarara göre ölçülmesi daha kolaydır. Yani burada değerlendirilecek olan manevi zarar değil, zarar veren kişinin ne derecede kusurlu olduğudur. Böyle olunca değerlendirmenin kusurağırlık verilerek yapılması manevi tazminat miktarının dayüksek olarak belirlenmesine yol açar. Tazminat miktarının yüksek olması manevi tazminatağırlık bir yaptırım haline getirir. Manevi tazminatın cezaniteliğı taşıdığına diğeri bir gerekçe ise bir yandan da özel hukuk alanındaki kavramın ceza kanunundaki boşlukları doldurmaya yarayacak olmasıdır. İsviçre Medeni Kanununda da manevi tazminatın ceza nitelikte olduğun önerisi hazırlanmış ancak kabul edilmemiştir¹³⁶. Önerinin esası, ceza

¹³³ **KARAYALÇIN**'a göre manevi tazminatın ceza niteliğı taşıdığı yönündeki bu görüş, ilk olarak önceden "Hususi Hukukta Kusur" adlı eserinde özel hukuk cezası fikrine karşı çıkmış olan R Van Jhering tarafından, bu yazarın "Hukuk Uğrunda Savaş" adlı eserinde ortayaatılmıştır. **KARAYALÇIN** Yaşar "Türk Hukukunda Şeref Haysiyetin Korunması" AÜHFD C:XIX, S,1-4, 1962, s. 263- 264, Daha sonralar **KILIÇOĞLU**, Hukuksal Nitelik, s. 15.

¹³⁴ **ÇETİN**, Pınar, "Manevi Tazminat Davasının Hukuki Niteliğı Ve Özellikle Tazminat Miktarının Belirlenmesi" Yüksek Lisans Tezi, 2007 s. 50 <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>.

¹³⁵ Kılıçoğlun bu farkı devlet lehine değil mağdur lehine bir para cezası ile ifade etmiştir, **KILIÇOĞLU**, s. 15.

¹³⁶ **SAYMEN**, s. 83 .

verilmesiyle sonuçlanmış bir fiilden dolayı, zarar verene bir de manevi tazminat talebinin ileri sürülmemesi düşüncesine dayanmıştır.

Bir görüşe göre, ceza görüşünün özel hukuk kapsamında ceza niteliğinde olması için, manevi tazminatın üç şartı bir aradayerine getirmesi lazımdır¹³⁷. Bunlar objektif, subjektif ve teolojik kıstaslardır. Tazminat miktarının zarardan bağımsız hesaplanması objektif kıstasta kendini ihtiva eder¹³⁸. Bunun için bunlar ayrı ayrı kavramlardır Yani zarar tazminat miktarını belirlemez.

Subjektif kıstasta ise kusurun varlığı cezanın temelini oluşturur. Manevi tazminatın, özel hukuk içerisinde kendine özgü bir ceza niteliğinde olduğunu kabul edersek, bu ceza, tamamen kusurun değerlendirilmesi sonucunda belirlenir.

Cezanın niteliğini, amacı açısından ele alınırsa bu zaman teolojik kıstastan sözetmiş oluruz. Burada söz konusu ceza ise, temel amaç, zararı gidermek değil, zarar vereni cezalandırmaktır. Yani tazminatta mağdur esas alınırken, cezada önemsenen faildir. Burada manevi tazminatın ceza niteliği taşıyabilmesi için bu üç kıstasın bir arada olmasını yeterli görmüştür.

Başka bir görüş¹³⁹ manevi tazminatın amacının, zarar veren kişinin cezalandırılması olduğunu belirtir¹⁴⁰. Buradaki amaç zarar görenin zararının giderilmesi değil, zarar verenin cezalandırılmasıdır. Yazara göre zarar verici fiilin ceza kanunu kapsamında olmaması durumunda zarar gören, gereken hukuki korumayı özel hukuktan talep edecektir.

Diğer bir görüş, değişik bir yaklaşımla, manevi tazminatın, kusurlu olan kişi bir ceza, zarar gören kişi için ise, bminat niteliğinde olduğunu ileri sürerek, kısmen de olsa, manevi tazminatın ceza karakteri taşıdığı görüşüne katılmıştır¹⁴¹.

¹³⁷ SAYMEN, s. 84.

¹³⁸ ÇETİN, s. 50.

¹³⁹ ÇETİN, s. 51

¹⁴⁰ SAYMEN, s. 86.

¹⁴¹ BELGESAY, Mustafa Reşit, "Kimler Manevi Tazminat İsteyebilir?", Hukuk Gazetesi, S. 13, s. 2.

B) Tatmin Görüşü

Tatmin görüşüne göre, manevi tazminatın amacı manevi zarar uğramış olan kişinin, yaşadığı acı üzüntü ve diğer duyguları dindirmek, hafifletmek ve dolayısıyla zarar gören kişinin tatmin duygusu yaşamasını sağlamaktır¹⁴². Bu görüşün temelinde manevi tazminatın, gerçek anlamda tazminat olmadığı düşüncesi vardır. Buna göre malvarlığında ortaya çıkar. Tazminat da, bu eksilmeyi gidermeye yöneliktir. Manevi zarar ise, kendisine özgü nitelikleri nedeniyle, ölçülemez. Buradan hareket ederek. manevi zarar, gerçek anlamda bir zarar sayılmayacağı gibi; manevi tazminatın da, gerçek anlamda bir tazminat olduğunun kabul edilmesimümkün değildir. Dolayısıyla kişinin manevi değerlerinde meydana gelen acı üzüntü ızdırıp ve diğer duyguların manevi tazminatla giderilmesi, zarara uğramış kişinin kendi ruhsal ve psikolojik yaşamındaki sarsıntıyı gidermeye yöneliktir¹⁴³. Burada amaç zarar göreni tatmin etmektir. Alman hukukunda manevi tazminatın tatmin niteliğinde olması ile ilgili “acı için sevinç” ifadesi kullanılmıştır¹⁴⁴. Burada “acı için sevinç” ifadesinin anlamı, zarar gören şahsın çektiği acı üzüntülerin, manevi psikolojik durumundaki dengesizliğin bir miktar para ödenmesi ile dengenin sağlanması amacına hizmet ediyor. Manevi zarara uğrayan kişinin, yaşadığı olumsuz duyguların, manevi tazminatın ödenmesiyle elde edilen parayı, keyfini yerine getirecek, olumlu duygular sağlayacak şekilde kullanacağı düşüncesiyle de açıklanmaya çalışılmıştır¹⁴⁵. Bir başka açıklama verilirse, kişinin kişilik değerlerindeki eksilme, manevi tazminat ile elde ettiği bir miktar para ile malvarlığında bir artış meydana getirecek ve bu da zarar görende bir tatmin duygusu yaratacaktır¹⁴⁶. Manevi zarar gören kişinin zarar veren şahıstan intikam alma duygusunun oluşması doğal bir haldir. Manevi tazminin ödenmesi zarar gören kişide itikam duygusunun azalması için bir araçtır. Ancak burada dikkat edilecek bir diğer husus, tatmini yaratacak olan yalnız tazminat miktarı olarak ödenen bir miktar para değildir. Hukukun Yani devletin, zarar veren kişinin üzerine belli bir miktarda para ödemesi yükümlülüğünü koyması da zarar gören kişide bir tatmin duygusu

¹⁴² SAYMEN, s. 93; KILIÇOĞLU, Hukuksal Nitelik s. 21; KILIÇOĞLU, Mustafa: Tazminat Hukuku, Ankara 2005, s. 874; KILIÇOĞLU, Mustafa: Tazminat Esasları ve Hesaplama Yöntemleri, Ankara 1998, s. 153; TANDOĞAN Mesuliyet, s. 330-331; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s. 655; TUNÇOMAĞ, s. 492, 500-501.

¹⁴³ KILIÇOĞLU, Hukuksal Nitelik, s. 21.

¹⁴⁴ Bu ifadenin Alman hukukundaki karşılığı, “Lust Für Leid Gedanke” şeklindedir. KILIÇOĞLU, Hukuksal Nitelik, s. 12.

¹⁴⁵ SAYMEN, s. 92.

¹⁴⁶ TANDOĞAN s. 330-331.

yaratır¹⁴⁷. Bu görüşün, yalnızca, yapılan saldırının ne derece haksız olduğu ve zarar verenin kusurunu esas almasınedeniyle, manevi değerlere yapılan bir haksız saldırısonucunda herhangi bir zarar doğmamışolmasıdurumunda da, uygulama alanıbulabileceği, öğretime bu görüşle birlikte öne sürülmüştür¹⁴⁸. Ayrıca manevi tazminatın, bir tatmin aracı olması, maddi sıkıntı içinde olan kişilere manevi tazminat ödenmesi, düşüncesi bu görüş taraftarlarına göre daha belirgindir¹⁴⁹.Çünkü kişinin manevi değerlerinde ihlal sonucunda gerçek olarak bir tazmin mümkün olmasa da, ödenen para sonucunda ihlal sonucu doğan sıkıntıyı hafifletir ve yerine huzur ve tatmin duygusu sağlar. Bundan başka manevi zararı gerçek anlamda tazmin edecek daha iyi bir yöntem yoktur¹⁵⁰. Bu görüşe göre manevi zararın, zarar göreni tatmin etmeye yönelik bir kavram olduğu kabuledebilir. Zarar görenin manevi tazminatı talephakı, zarar gören kişinin çektiği acı, ızdırıp ve diğer benzeri duygulara dayandığından tarafların barışması veya zarar görenin zarar vereni affetmesi durumunda ileri sürülemez. Böyle durumlarda kişinin yaşamış olduğu duyguların devam ettiğinden söz edilemez. Zarar görenle zarar verenin barışmış olması bu duyguların etkisinin geçmiş olduğunun göstergesidir¹⁵¹.

C) Sembol Görüşü

Sembol görüşü Demoungue tarafından ortayaatılmış bir görüşdür¹⁵². Bu görüşe göre manevi zarar gören kişinin, Yani kişisel varlığında bir eksilme olan şahsın manevi değerlerindeki eksilmenin manevi tazminatla karşılanması sembolik nitelik taşır. Yazara göre kişinin acısının, üzüntüsünün araştırılması ve bununla ilgili manevi tazminata hükmedilmesi gereksizdir. İvazında manevi tazminat yerine kişinin kişilik haklarının haksız olarak ihlali beyanyeterli kabul edilmelidir. Buradaki amaç manevi tazminatın, kişilik değerlerinin ihlali sonucu şahsın manevi zararını gidermekten daha çok, gerçekleştirilmiş olan fiilin haksızlığını ortaya koymayayönelik bir hukuki kavram olarak ele alınmasıdır. Bir görüşte, kişilerin uğradığı manevi zararların tamamen tazmin olunması fikrinden vazgeçilmelidir denilmektedir. Buradaki Yani manevi

¹⁴⁷ TANDOĞAN s. 330-331.

¹⁴⁸ ERTAŞ, s. 71.

¹⁴⁹ KLIÇOĞLU, Hukuksal Nitelik, s. 21.

¹⁵⁰ SAYMEN, s. 94 .

¹⁵¹ ÇETİN, s. 55.

¹⁵² SAYMEN, s. 90 .

tazminat davasındaki amaç, kişinin manevi değerlerindeki eksilme ve kişilik haklarının ihlalinin belirlenmesidir¹⁵³.

Yazar, Sembol niteliğindeki manevi tazminatla, fiilin haksızlığının ortaya konulmasının hakların ihlalini yaptırımsız bırakmamak anlamına geleceğini belirterek, manevi değer ve hakların manevi tazminat davasının bu şekilde ele alınmasıyla da garanti altına alınabileceğini savunmaktadır¹⁵⁴.

D) Telifi Görüşü

Bu görüş zarara uğramış kişinin zararının aynen ve ya nakden telifi edilmesi düşüncesine dayanır¹⁵⁵. Bu görüşü savunan yazarların açıklamaları ise bir birinden farklıdır. Bir görüş¹⁵⁶ manevi zararlarla ilgili savunduğu objektif görüş esasında, telifi görüşünü objektif esaslara dayandırırken, bazı yazarlar¹⁵⁷ subjektif görüşü içeren bir tanım yapmış ve manevi tazminatı kişilik haklarına olan saldırcı sonucu kişide oluşan olumsuz duyguları telifi etme amacı taşıdığını belirtmiştir. Başka bir yazar ise, manevi tazminatın ödenmesi zarar görenin iç dünyasındaki olumsuzluğun telifi edilmesidir¹⁵⁸. Eren'e göre, manevi zararda aynen tazmin söz konusu olduğu durumlarda, manevi tazminatın amacı, kişinin manevi değerlerinin saldırıdan önceki duruma getirmektir¹⁵⁹. Aynen tazminde amaç hukuki değerlerin korunmasıdır.

Nakden tazminle manevi zararı telif etmek ise mümkün değildir. Zira, manevi değerlerdeki bir zarar maddi bir değerle telifi edilemez. Mesela, hukuka aykırı bir saldırı sonucunda bacağına kaybeden birine yeniden bacak takılması ve bundan doğan manevi zararın tamamen giderilmesi imkânsızdır. Ama böyle oluncada manevi zararın nakden karşılanacağını uygun olmayacağı sonucuna varmak doğru olmazdı¹⁶⁰. Bunun nedeni kişilik değerlerinde bir

¹⁵³ ÇETİN, s. 55.

¹⁵⁴ ÇETİN, s. 55.

¹⁵⁵ OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-Özdemir Saibe, Kişiler Hukuku(Gerçek ve Tüzel Kişiler) 8. Baskı İstanbul 2005, s.167 vd; OĞUZMAN/ ÖZ, s, 679; FRANKO, Nisim, Şeref ve Haysiyete Tecavülden Doğan Manevi Zararın Tazmini, Doktora Tezi, Ankara 1973, s. 126.

¹⁵⁶ EREN, s. 750 vd.

¹⁵⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 167 vd.

¹⁵⁸ FRANKO, s. 126.

¹⁵⁹ EREN, s.751.

¹⁶⁰ EREN, s. 751.

eksilme olan kişinin bu eksilmenin nakden yani para ile ölçülmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle kabul edilmediği durumunda, zarar görenin, hukuki korunmadan yararlanmadığı sonucunun doğmasıdır¹⁶¹. Nakden tazmin hukuki korumanın hiç olmamasından daha iyidir ve tazmin için paradan daha iyi bir aracın olmamasıda kabul edilebilir. Nakden tazminle, manevi zararların para ile karşılanabiliyor olması ahlâki bir sorun olarak değerlendirilmemelidir. Nakden tazmin Borçlar Kanunu ve Medeni Kanunun maddelerinde de öngörülmüştür. Bu da, manevi değerlerin ihlali sonucunda, taminat olarak, zarar verenin, zarar görene bir miktar para ödemesini kanun koyucunun uygun bulduğunu gösterir. Manevi değerlerdeki eksilmenin parayla tazmin edilmesinin ahlâken yanlış olmadığı düşüncesi Anayasa mahkemesinin bir kararında şöyle ifade olunmuştur: “İvaz karşılığı kendisine hakaret yapması için anlaşmayapan kimse ile hakarete uğrayıp manevi tazminat isteyen kimse arasında ahlâk açısından fark bulunmadığı yolundaki bir iddianın savunulabilecek, deseteklenebilecek yanı, hatta mantık sınırları içinde bir yeri yoktur¹⁶²”. Nakden tazmin telafi görüşünün objektif olma niteliğine de uygundur¹⁶³. Tatmin görüşü ve ceza görüşünden farklı olarak, bu görüşte zarar görenin acı ve üzüntü duygularını hissedip etmediği göz önüne alınmadan, kendisine, manevi zararını gidermek amacıyla, bir miktar para ödenmesi bunun göstergesidir. Acı üzüntü gibi duyguların ortaya çıktığı durumda telafi edilmesi gereken bir zararın varlığı düşüncesi maddi ve manevi tazminat arasında dengesizlik yaratır. Maddi tazminata hak kazanmak için bildiğimiz gibi kişinin oluşan zararı hissetmesi gerekli değilse, manevi tazminatta bunun aranması ve dolayısıyla bazı kişilere bundan dolayı manevi tazminat talep hakkı verilmemesi maddi değerlerin manevi değerlerden daha üstün tutulması anlamına gelir¹⁶⁴. Bu nedenle manevi ve maddi tazminat arasında bir denge oluşturulması gerekir. Maddi tazminat, maddi malvarlığındaki eksilmeyi karşıladığı gibi manevi tazminatta da manevi varlıklardaki eksilmeyi giderme amacı taşımalıdır. Objektif ölçütlerle telafi görüşünün savunulması, zarar görenin subjektif durumunun, Yani ayırt etme gücünün yerinde olup olmadığını veya acı ve üzüntü yaşamışsa onu ne derecede yaşadığının araştırılması manevi tazminatın incelenmesi alanı dışında kalır.

¹⁶¹ **EREN**, s. 751.

¹⁶² Anayasa Mahkemesi 11.2.1969, 32/12 , R.G 2.7.1969 , s. 13238.

¹⁶³ **EREN**, s. 751.

¹⁶⁴ **ÇETİN**, s. 58.

E) Sosyal Yardım Görüşü

Türk hukukundason sosyal yardım görüşü Serozan tarafından savunulmaktadır¹⁶⁵. Serozan manevi tazminatın niteliği ile ilgili görüşleri eleştirerek, bir manevi zararın gerçekleşmiş olduğu durumda, zarar gören kişiye ödenecek olan manevi tazminatın, zarar görenin çektiği acıya karşılık ödenecek bir para olarak kabul edilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Bir başka deyişle, manevi tazminatta amaç, kişiye, kendisini daha iyi hissetmesi, keyfinin yerine gelmesi için bir miktar para ödenmesini, çektiği acıya bir miktar para ödemekle avutulmasını sağlamak olmamalıdır¹⁶⁶. Yazara göre Türk hukuku, tazminat, zenginleşmenin iadesi ve kazanç devri yaptırımlarından oluşan bir nesnel onarım ve denkleştirme programına sahiptir¹⁶⁷. Manevi tazminatın, gönül acısının karşılığını oluşturma özelliği, bu programla bağdaşmaz ve bunun yanında, deyimden karşıladığı duygular da manevi tazminatın konusu ve ölçüsü olamaz¹⁶⁸. Bilindiği gibi maddi zarar hesaplanabilir bir zarardır. Manevi zararın ise takdir edilir nitelikte olduğu düşüncesi artık günümüzde geçerliliğini kaybetmiştir¹⁶⁹. Hukuk geliştikçe artık manevi zararlarda maddi bir boyut kazanmış ve malvarlığı zararların içine dahil olmuştur. Tüm bunların sonucunda maddi zararlar manevi zarar arasındaki sınır giderek açılmaya başlamıştır.” Bunun yanı sıra şu da kabul edilmelidir ki, malvarlığı zararlarından olan dolaylı sonuç zararlarının, özel olarak saptanan yoksun kalınan kârın ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararların sarsılmasından hesaplanmasında, manevi zararın hesaplanmasında karşılaşılanlara benzer güçlükler içerir¹⁷⁰. Bu güçlükler ise esas olarak maddi hukukla değil usul hukukuyla ilgilidir. Manevi tazminatın denkleştirme programı içerisinde özelliği ancak sosyal yardım olabilir. Bunun anlamı, zararın kanıtlanamadığı; bir başka deyişle, gizli kaldığına da maddi tazminatın amacının herhangi bir sebeple gerçekleştirilemediği durumlarda, manevi tazminatın, yoksulluk nafakası gibi, maddi tazminatı tamamlayıcı ve onu düzeltici bir hukuki niteliğe sahip olmasıdır.

¹⁶⁵ SEROZAN, Rona, “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, Ankara, 1990, s. 86.

¹⁶⁶ SEROZAN, s. 84.

¹⁶⁷ SEROZAN, s. 82.

¹⁶⁸ SEROZAN, s. 83.

¹⁶⁹ Bu düşünce için Bkz, ZEN-RUFFİNEN, Piermarco:”İsviçre Sorumluluk Hukukunda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı ve Manevi Tazminat Konusunda Yeni Gelişmeler”, (Çeviren HALUK Burcuoğlu), İstanbul barosu dergisi, C:59, S: 4-5-6, 1985, s. 370.

¹⁷⁰ SEROZAN, s. 86.

Manevi tazminatta amaç, maddi tazminat, kazanç devri ve zenginleşmenin iadesi yolları ile kişinin uğradığı zararın giderilemediği durumlarda zayıf durumda bulunan kişileri korumak için tamamlayıcı ve düzeltici bir fonksiyon icra etmek olmalıdır¹⁷¹. Buradan onu söyleye biliriz ki, manevi tazminat maddi tazminatın amacına ulaşmaması durumunda, bir sosyal zorunluluk da doğmuşsa, işletilecektir. Sosyal yardım görüşünce manevi tazminatın, maddi tazminatı tamamlayıcı fonksiyonun yanında bir ikinci işlevi de vardır. Bu caydırılık ve önleyicilik işlevidir. Bu işlevde amaç sosyal yönden zayıf olanların güçlü olanlar karşısında korunması ve manevi tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınmasıdır¹⁷². Sosyal yardım görüşü, manevi tazminatın tarihsel kökenli ve sosyal yardım amaçlı bir kavramıdır. Manevi tazminatın, günümüzde, sosyal yardım amaçlı bir hukuki kavram olarak ele alınması, bu kavramın özüne dönmüş olması bir yana, sosyal, ekonomik entelektüel yönden zayıf kişilerin rehabilitasyonunu sağlayacak bir araca dönüşmüş ve edimleri yeterli olmayan sosyal sigortaları tamamlayan bir acil yardım, bir sosyal servis niteliği kazanmış olduğunun da kabul edilmesi anlamına gelecektir¹⁷³. Sosyal yardım görüşü değerlendirilirse, şöyle diyebiliriz ki, manevi tazminat son çare olarak maddi tazminatın amacına ulaşılması durumunda, sosyal bir zorunluluk varsa işletilir. Anlaşılan o ki, manevi tazminat davası her türlü kişilik ihlalinde başvurulacak bir yol değildir. Hangi durumlarda ne tür ihlallerde manevi tazminat davasının açılacağı ise normun amacı teorisine¹⁷⁴ göre belirlenir. Bu teori haksız fiilin unsurlarından hukuka aykırılığa ilişkindir ve zarar veren kişinin, fiilinin yol açtığı zararlı sonuçların hangilerinden sorumlu tutulacağı belirlenirken, ihlal edilen kuralın korumaamacının araştırılması gereğine dayanır. Yani, ihlal edilen kuralın korumaamacı gütmeyeceği zararlar sorumluluk kapsamına girmeyecektir¹⁷⁵. Sonuç olarak manevi tazminat her türlü kişilik ihlali zararlarında ortaya çıkmaz. Hangi tür , hangi ağırlıktaki zararlar manevi tazminat davasının açılacağı normun korumaamacı teorisine göre belirlenecektir. Manevi tazminat miktarının belirlenmesi ise kişinin ekonomik gücüyle ters orantılı olacaktır. Ekonomik bakımdan daha güçlü olan kişi daha düşük tazminat alırken, ekonomik açıdan zayıf

¹⁷¹ SEROZAN, s. 86.

¹⁷² KARAYALÇIN, s. 262 vd.

¹⁷³ SEROZAN, s. 87

¹⁷⁴ Sorumluluğun sınırlandırılması işlevi olan ve hukuka aykırılık bağı adıyla da anılan normun koruma amacı teorisi için Bkz, EREN, Fikret “Hukuka Aykırılık Bağı ve Normun Koruma Amacı Teorisi” Mahmut Koloğluna armağan Ankara 1975, s. 461-491; TANDOĞAN Haluk, “Hukuka Aykırılık”, C10, S. 1, 1979, s. 1-21

¹⁷⁵ TANDOĞAN, Hukuka Aykırılık, s. 2; EREN, Hukuka Aykırılık, s. 462.

olan kişiye dahayüksek miktarda manevi tazminat ödenecektir. Bununlada sosyal yardım niteliğindeki manevi tazminat, dengeyi sağlama işlevini bu şekilde yerine getirmiş olacaktır¹⁷⁶.

F) Önleme ve Caydırma Görüşü

Manevi Tazminatın niteliği konusundaki görüşlerden bir diğeri önleme ve caydırma görüşüdür. Önleme ve caydırma niteliğindeki bu görüşe farklı biçimlerde rastlanır. Karayalçın ceza görüşünü, manevi tazminatın önleyici ve cezai fonksiyonuna sahip olduğu savunarak bu iki niteliği bir arada ele almıştır¹⁷⁷. Yazara göre genel olarak manevi tazminatın, ceza ve önleme fonksiyonları yoktur¹⁷⁸. Oysa manevi tazminat, ceza ve önleme fonksiyonlarını yerine getirmeli, zarar verene bir ceza verilmesinin yanında, kişilik haklarında oluşabilecek ihlali önleme amacı gütmelidir. Bir görüşe göre haksız fiil hukukunun önleyici bir fonksiyonunun olabilmesi için aşağıdaki şartlar gereklidir. İlk olarak davalının haksız fiil sonucunda malvarlığında oluşan artışın, davacının zararından artık olması durumunda, haksız fiil sonucunda oluşan artışın geri verilmesi gerekir. İkinci bir şart davalının malvarlığının haksız olarak artmamış olması durumunda davalı sadece yükümlü olduğu zararı öder. Davalının malvarlığının haksız olarak artmamış olması durumunda, davalının yalnız zararı ödemekle yükümlü kılınması sonucunda zarar miktarının, davalıya haksız fiil yapmaması yönünde yeterli bir maddi yaptırım oluşturmaması olasılığına bağlıdır¹⁷⁹. Böyle durumlarda davalının zarar dışında, özel ceza niteliğinde bir miktarı dadavacıya ödemeye mahkum edilmesi gerekir. Önleyici fonksiyon bu şekilde sağlanmış olur. Aynı anda cezalandırıcı manevi tazminat düşüncesinin kabulü, kişilerin kişilik haklarının daha etkili bir şekilde korunmasını sağlayacaktır.¹⁸⁰

Başka bir yazara göre ise manevi tazminatın ceza özelliği yoktur¹⁸¹. Yazara göre, manevi tazminat kendisine özgü özel bir hukuk yaptırım niteliğindedir. Manevi tazminatın ceza ile ortak noktalarının olması onun cezai nitelikte bir yaptırım olması anlamına gelmez. Buna göre, manevi zararın oluşması, zarar gören üzerinde iki çeşit etki yaratır¹⁸². Birincisi, şahsın uğradığı saldırı sonucundaki öfke ve duygulardır. İkincisi ise, şahsın bozulmuş olan psikolojisi ve bunun yanında

¹⁷⁶ SEROZAN, s.91.

¹⁷⁷ KARAYALÇIN, s. 251.

¹⁷⁸ KARAYALÇIN, s. 261-267.

¹⁷⁹ KARAYALÇIN, s. 262.

¹⁸⁰ KARAYALÇIN, s. 274.

¹⁸¹ ERTAŞ Şeref, "Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tespiti", İsatnbul 1990, s. 81.

¹⁸² ERTAŞ, s. 81.

yaşama arzusu ve sevincinin azalmasıdır. Manevi tazminat, yukarıda söylenen bu iki etkinin giderilmesine yönelik bir yaptırımdır. Buradan manevi tazminatın iki işlevinin olduğu ileri sürülebilir. Bunlardan ilki, oluşan etkiyi gidermeye yönelik olan zarar göreni tatmin etmedir. Diğeri, kişi üzerindeki ikinci etkiyi giderme amacı taşıyan manevi zararın denkleştirilmesidir. Ertaş'a göre, bu görüşe dayanarak manevi tazminatın miktarını, hâkim, her bir olayda zararın etkilerinin hangisi daha ağırorsa ona göre belirleyecektir¹⁸³. Zarar görenin duyduğu öfke ve duygular ön plandaysa, manevi tazminat, zarar göreni tatmin etmeye yönelik olacaktır. Oluşan manevi zarar zamanı, zarar görenin psikolojik dengesinin bozulmasına karar verildiğinde ise, manevi tazminat zararı denkleştirmeye yönelik olacaktır. Yazara göre, manevi tazminatta önleyicilik işlevi tatmin işlevine bağlı olarak ortaya çıkacaktır¹⁸⁴. Bu yüzden manevi tazminat ceza niteliği taşımamakla beraber “cezai renkler” taşımaktadır. Manevi tazminatın ceza niteliği taşıması, zarar göreni tatmin etme işlevinin, zarar veren ve toplum üzerindeki etkisinde açık şekilde görülür. Manevi tazminat miktarının yüksek tutulmasıyla, manevi tazminat, cezayaptırımı gibi toplum üzerinde önleyici ve korkutucu bir etki yaratacaktır. Bu durumda kişiler dahayüksek manevi tazminat ödememek için, diğerlerinin kişilik haklarına karşı saygılı davranacaklar, aynı zamanda başka manevi zararlarında doğmasının da önü alınmış olacaktır.

Serozan ise sosyal yardım görüşünü savunmakla beraber, bu görüşü manevi tazminatın birinci işlevi olarak nitelendirmiş, ikinci işlevinin ise önleme ve caydırma olduğunu bildirmiştir¹⁸⁵. Manevi tazminatta, önleme ve caydırma sosyal boyutlarda ele alınmalı, güçlü konumda olanı, daha zayıf konumda olana zarar vermektен caydırmalı ve bunu önlemeye yönelik olmalıdır¹⁸⁶. Manevi tazminatın önleme niteliğinin sosyal yardım çerçevesinde uygulanması, çeşitli alanlarda etkisini gösterebilir. Bunlar özellikle çevreye verilen zararlar, iş kazaları, haksız ihbarlar ile haksız tutuklamalar alanlarında ortaya çıkabilir¹⁸⁷. Mesela, iş kazaları sonucunda açılan manevi tazminat davalarında, işverenin işçiye bir miktar tazminat ödemesi, işverenleri bazı açılardan zorlayacak ve iş kazalarını önlemekte etkili olacaktır¹⁸⁸. Aynı şekilde meslek hastalıkları ile ilgili manevi tazminat için de geçerli olacaktır. Çevreyi kirleten işletmelere karşı

¹⁸³ **ERTAŞ**, s. 82.

¹⁸⁴ **ERTAŞ**, s. 82.

¹⁸⁵ **SEROZAN**, s. 88.

¹⁸⁶ **SEROZAN**, s. 88.

¹⁸⁷ **AYDIN**, s. 110.

¹⁸⁸ **AYDIN**, Ufuk, “İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları”, Eskişehir 2002. s. 110

yüksek miktarda manevi tazminat talebi ileri zamanlarda çevreyi kirlenmesinin önünü alacak ve manevi tazminatın önleyici olma fonksiyonu kendini göstermiş olacaktır¹⁸⁹.

Manevi tazminatın önleme ve caydırma niteliğine sahip olması diğer görüşlerden bağımsız olarak ele alınmalıdır¹⁹⁰. Çünkü, manevi tazminatın önleme ve caydırma olması öne sürülmüş diğer görüşlere bağlı değildir. Manevi tazminatın önleyici ve caydırma nitelikli bir yaptırım olması, onun, ceza, tatmin, sosyal yardım görüşleriyle birlikte ele alınmasını gerektirmez. Bu görüşe göre manevi zarar objektif görüşe göre belirlenecektir. Somut olayda, zarar görenin yaşadığı olumsuz duygular, zararın kapsamında değerlendirilmez, bunlar manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde esas alınır. Önleme ve caydırma niteliği, kişilerin diğer kişilerin manevi değerlerine karşı haksız fiil işlemlerini zorlaştırır, bununlada manevi değerler daha iyi korunmuş olacaktır¹⁹¹. Manevi tazminatın bu nitelikleri taşıması durumunda ise, kişilerin manevi değerlerinin saldırıya uğrama ihtimalleri dahada artar, manevi tazminatı ise etkisiz bir kavram olmaktan öteye götürmeyecektir¹⁹². Günümüzde toplumun gelişmesi ile insana verilen değer de artmıştır. Yeni kişilik değerleri ortaya çıkmış ve bunlarda koruma altına alınmıştır. Tüm bu gelişmeler sonucunda, hukukun, toplumun değerlerinin etkisiz yaptırımlar uygulayarak değil, daha etkili yaptırımlar uygulayarak koruma altına alınması gerekir. Bu nedenle, manevi tazminat, önleme ve caydırma niteliğinde bir hukuki kavram olarak uygulanmalıdır.

II. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Manevi tazminatın ceza niteliğinde olduğu görüşü, esas olarak mağdurun zararının giderilmesine değil, zarar verenin cezalandırılmasına dayandığından bu görüşün kabul edilmesi durumunda cezanın miktarının yüksek tutulması ihtimali büyüktür. Budurumda belirlenen tazminat miktarı, zarar verenin cezalandırılmasına hizmet edecek ve bu kişinin fiilinin ağırlığıyla orantılı olarak artacak ya da azalacaktır. Sonuç olarak ceza niteliğindeki tazminatın ödenmesi zarar veren kişinin zarar verici fiil oranında cezalandırılması anlamına gelecektir.

¹⁸⁹ SEROZAN, s. 89.

¹⁹⁰ ÇETİN, s. 67.

¹⁹¹ SEROZAN; s. 88; ARIDEMİR, s. 10.

¹⁹² ÇELİK, Manevi Tazminatın Ölçüsü, s. 6.

Manevi tazminatın ceza niteliğinde olduğu görüşü ile ilgili bir çok eleştiri¹⁹³ vardır. İlk olarak şunu belirtelim ki, manevi tazminat özel hukuk kapsamındaki bir kavramdır. Ceza kavramı ise bildiğimiz gibi kamu hukukuna aittir. Borçlar hukukunda düzenlenmiş olan manevi tazminatın amacı, zarar vereni cezalandırmak değil, zarar görenin zararını gidermektir¹⁹⁴. Zarar gören kişinin kendisini zarara uğratan kişiye karşı dava açmak hakkı zaten vardır. Bunun yanında zarar gören kişiye ceza karakteri taşıyan manevi tazminat talephakı verilmesi, zarar veren kişinin aynı zarar verici eylemden dolayı iki kez cezalandırılmasına neden olacakki bu dahakniyete aykırıdır.

Manevi tazminatın ceza niteliğindeki görüşüne yapılan eleştirilerden¹⁹⁵ biride, bunun “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesine aykırı olmasıdır. Bu ilkeye göre her suç ve suça karşılık öngörülmüş olan ceza kanundayır alır. Bu durumda hiç kimseye kanun da suç olarak belirtilmeyen eylemlere göre suçlanamaz ve bunun için kimseye kanunda belirtilmiş olanların dışında cezaverilemez. Bu ilkenin işlevinin amacı, kişilerin hangi fiili durumunda hangi yaptırımla karşılaşacaklarını bilmelerini sağlamaktır. Bildiğimiz gibi manevi tazminat ayol açabilecek eylemlerin çeşitli olması Yani kanunda belirli sayıda olmaması, manevi tazminat miktarının belirlenmeside tamamen hâkimin yetki alanına bırakmıştır.

Bu görüşe getirilen bir diğer eleştiri ise cezaların kişiselliği ilkesidir. Bu ilke ceza hukukunun temel ilkelerindedir. Bu ilkeye göre bir kimsenin işlediği bir suç nedeniyle başkası sorumlu tutulamaz. Yalnız suçlu olan kişi cezalandırılır. Bunun doğal sonucu olarak, suç işleyen kişinin ölmesi durumunda mirasçıları ya da herhangi başka bir kişi bu suçdan dolayı sorumlu tutulamaz. Manevi tazminatta ise durum farklıdır. Zarar veren kişinin ölmesiyle sorumluluk zarar verenin mirasçılarına geçer. Yani zarar verenin ölmesiyle zarar görenin tazminat hakkı ortadan kalkmayacak o, tazminat talep hakkını zarar verenin mirasçılarından isteyebilir¹⁹⁶. Ceza görüşünde bir diğer eleştiri ise, manevi tazminattan dolayı müteselsil sorumlulukla ilişkindir.

¹⁹³ **KILIÇOĞLU**, Hukuksal Nitelik, s. 16-17; **BELEN**, Herdem: Fikri Hukukta Manevi Haklar ve Manevi Tazminat Talebi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1996 <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>; **ÇAVUŞOĞLU**, Pelin, Manevi Tazminat Kavramı ve Türk Hukukunda Ele Alınış Biçimi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Eylül 2001, s. 53. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>

¹⁹⁴ **KILIÇOĞLU**, Hukuksal Nitelik, s. 16; **ÇAVUŞOĞLU**, s. 53.

¹⁹⁵ **KILIÇOĞLU**, Hukuksal Nitelik, s. 17; **SAYMEN**, s. 86 vd.

¹⁹⁶ **KILIÇOĞLU**, Hukuksal Nitelik, s. 16.

Ceza hukukunda suçu birlikte işlemiş olan kişiler, kendi eylemlerinden dolayı ayrı ayrı sorumlu tutulur. Yani bu kişilerin hiç birine diğer faillerin cezası yüklenmez. Manevi zararda birden çok kişinin bir arada zararlayol açmış olması durumunda ise, manevi tazminatta bu kişiler müteselsil olarak sorumlu tutulur. Bu da müteselsil sorumluluk altında olan kişilerin her birinden, zarar gören manevi tazminatın tamamını isteyebileceği anlamına gelir. Bu nedenlerle, manevi tazminatın ceza niteliğinde olduğu görüşü cezaların kişiselliği ilkesine uymamaktadır.

Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki, manevi tazminatın doğuşu cezalandırma düşüncesine dayanmaktaysa da, tarihsel gelişim süreci içinde ceza kavramı, özel hukuk alanından çıkarılmış ve kamu hukuku kapsamına alınmıştır¹⁹⁷. Böylece özel hukukun cezalandırma işlevi ortadan kalkmıştır. Bu sebeplerle manevi tazminatın ceza niteliği taşımadığının kabul edilmesi yerinde olacaktır.

Tatmin görüşüne getirilen eleştirilerden biri ise bu görüşün ancak manevi zarar açısından subjektif görüşün kabul edilmesi durumunda geçerlilik kazanabilmesidir¹⁹⁸. Bildiğimiz gibi subjektif görüşde, manevi zarar, manevi değerleri haksız olarak ihlal edilen kişinin, bu ihlalden dolayı yaşadığı acı, üzüntü ve benzeri duygular olarak tanımlanır. Aynı zamanda tatmin görüşü de, kişinin yaşadığı olumsuz duyguların tatmin edilmesi düşüncesine dayandığından, subjektif görüşün kabul edilmemesi durumunda bu görüşünde dayanağının kalmayacağı açıktır.

Burada Yani tatmin görüşünde, kişinin temyiz kudretinin yerinde olmaması durumunda, kişinin manevi tazminat olarak bir miktar paranın ödenmesiyle bir tatmin duygusu yaşamayı mümkün olmayacaktır. Tüzel kişilerde gerçek kişilere özgü olan duygu, hissetme gibi benzeri özelliklerin olmaması, manevi tazminatın ödenmesiyle bu kişilerde tatmin duygusunun yaratılacağından söz edilemez¹⁹⁹.

Kusursuz sorumluluğun söz konusu olduğu durumlarda da, zarar verenin haksız fiilinden dolayı, örneğin: istihdam eden kişinin istihdam ettiği kişinin verdiği manevi zarardan dolayı, kusurlu olmamasına rağmen sorumlu tutulması mümkündür. Burada zararı veren istihdam edilen kişiyken, manevi tazminatı ödemekle yükümlü kılınan kişi istihdam eden olacaktır. Bu görüşde,

¹⁹⁷ ÇAVUŞOĞLU, 68.

¹⁹⁸ EREN, Borçlar, s. 750; AKBULUT, Çığdem: 3444 Sayılı Kanunla Değiştirilen Medeni Kanunun 24 ve 24 a, Borçlar Kanununun 49 uncu Maddelerine Göre, Kişilik Hakkının İhlalinden Doğan Manevi Tazminat Talebinin Hukuki Niteliği ve Şartları (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1989.

¹⁹⁹ EREN, s. 750.

kişiyeye zarar verenden başka bir kişinin ödeme yapması nedeniyle, zarar görenin tam anlamıyla tatmin edilmeyeceği anlamına gelir. Böylelikle, şunu belirtelim ki, kusursuz sorumluluğayol açan durumlar, manevi tazminatı zarar görende tatmin duygusu sağlaması gereken bir kurum olarak gören tatmin görüşüyle bağdaşmamaktadır.

Tatmin görüşü sigortacının, sigorta sözleşmesi gereğince manevi tazminat ödemesini açıklamaktayetersiz kalmaktadır²⁰⁰. Burada sebep, sigortacının tazminat ödeme borcunun, kusura değil, sözleşmeye dayanmasıdır. Başka deyişle sigortacı manevi zarara kusuruylayol açmaz, ancak, sözleşme gereğince manevi tazminatı ödemekle yükümlü tutulur.

Bir başka görüşde, tatmin görüşünün bünyesinde pek çok tutarsızlık barındırdığına ilişkindir²⁰¹. Buna göre, tatmin görüşünün kabul edilmesiyle, zarar görene, zarar verenin ceza davasındaalacağı mahkumiyet kararının manevi tazminat miktarında bir indirimye yol açmaması için, ceza davası açmayayönelik ihbar ve şikâyetini, manevi tazminat davası hükmünün kesinleşmesinden sonraya ertelenmesini öğütlemekde yadırganmamalıdır²⁰².

Bunun yanında kişiyeye ödenecek paranın, bu kişi tarafından acılarını dindirmek amacıyla mı yoksa her hangi başka bir amaçla mı kullanacağı sorunu da hukukun alanı dışındadır²⁰³. Bu görüşe göre ödenecek manevi tazminat zarar görenin olumsuz duygularını etkilemektedir. Bunun yanında ödenecek olan bir miktar parayı zarar görenin başkaamaçlarla kullanması da mümkündür. Burada zarar görene ödenen paranın hangi yönde harcanacağı, manevi tazminatın hukuki niteliğini belirlemede objektif ölçü olmaktan uzaktır. Dolayısıyla bu değerlendirme hukukun alanı dışında kalır²⁰⁴.

Bu yönde Alman hukukçularının da görüşlerine değinmekte fayda vardır. Alman hukukçusu Gierke manevi tazminatın, özel cezanın alternatifini olduğu görüşünü ileri sürmüştür²⁰⁵. Gierke göre manevi tazminatın özel hukuk içindeki yeri özel cezanın pozitif hukukun dışına çıkarılmasına bağlı olarak, o orandaartmaktadır.

²⁰⁰ EREN, s. 750; SEROZAN, s. 84; AKBULUT, s. 48-49.

²⁰¹ SEROZAN, s. 85.

²⁰² SEROZAN, s. 85.

²⁰³ SEROZAN, s. 84, ÇAVUŞOĞLU, s. 52.

²⁰⁴ ÇETİN, s.76.

²⁰⁵ ERTAŞ, s. 74.

Başka bir görüş ise, özel hukukun bazı değerleri koruması altınaalmış olmasının, aynı yönden bir de ceza hukukunun koruması gereksiz kıldığını savunmuştur²⁰⁶. Hemler manevi tazminatın kişiliği koruması altınaaldığını ve bu nedenle ceza hukukunda bu alana müdahale edilmemesini gerekli kılmıştır.

Manevi tazminat talephakının mirasçılara geçebilmesi ve manevi tazminatı sigortacının da ödemesinin mümkün olması bu kavramın özel ceza değil, tatmin edici bir karakter taşıdığının isbatıdır.

Sembol görüşü ise, manevi tazminat davası sonucunda, uğranılan manevi zararın giderilemeyeceği yönünde eleştirilmiştir²⁰⁷. Bu görüşün eleştirilmesindeki neden ise, meydana gelen zararın, sembolik bir dava ile giderilmesinin mümkün olmayacağı düşüncesidir. Uygulamada zarar veren kişi çoğu davada, zararın varlığını kabul etmektedir. Manevi tazminat davalarında, zarar veren kişinin öne sürdüğü itirazların, genellikle davacının davaaçma ehliyetinin olmaması veya hükmedilen manevi tazminat miktarının fazlalığı ile ilgili olduğu görülmektedir. Böyle durumlarda, mahkemenin fiil haksızlığının belirlemesi ve bu yönde karar alması, fazla anlam ifade etmeyecektir²⁰⁸. Sembolik bir manevi tazminatlayetinilmesi mümkün olan durumların yanında, bunun mümkün olmadığı durumları gözardı ettiğinden, bu görüşün kabul edilmesi doğru olmazdı²⁰⁹.

Telafi görüşü, oluşan manevi zararın telafi edilmesi olarak görülür. Bu görüşe getirilen eleştiriler genellikle zararın karşılığı olarak ödenen parayla manevi zararın telafi edilip edilmeyeceğidir. Manevi zararın nakden tazmin yoluyla tam olarak karşılanmayacağını Saymen şöyle açıklamıştır. Bir kişinin para koleksiyonunda ender bulunan bir paranın çalınması, bu kişinin manevi değerlerinin ihlali niteliğindedir. Bu pulun değeri olarak bir miktar paranın zarar görene ödenmesi zararın tazmini olarak değerlendirilemez. Buradagerçek anlamda tazmin paranın koleksiyonayeniden konulmasıdır²¹⁰. Zarar yalnız bu şekilde telafi edilmiş olabilir. Anlattığımız olayda zararın parayla karşılanması doğru bir yoldur. Burada, zararın telafi edilmiş

²⁰⁶ **ERTAŞ**, s. 75.

²⁰⁷ **SAYMEN**, s. 90.

²⁰⁸ **SAYMEN**, s. 90-91.

²⁰⁹ **SAYMEN**, s. 91.

²¹⁰ **SAYMEN**, s. 92.

olduğunun, manevi tazminatın telafi niteliğinde olduğunun söylenilebilmesi, zarar ile ödenen tazminat arasındaki nitelik farkından dolayı mümkün değildir²¹¹.

Serozanın savunduğu sosyal yardım görüşüne göre, manevi zararın kendine özgü bir hukuki niteliği vardır ve bunun maddi tazminat ve diğer benzeri hukuki kavramlardan ayrı tutulması doğru değildir. Sosyal yardım görüşüne göre manevi tazminat maddi tazminatın tamamlayıcısı niteliğindedir. Dolayısıyla oluşan manevi zarar sonucunda, zarar görenin zarar verene bir miktar manevi tazminat ödemesi, maddi tazimat işlevine benzer bir işlev olacaktır. Serozana göre, manevi değerler, hukukun gelişim süreci içerisinde, maddileşerek maddi zarar kapsamına dahil olmuştur²¹². Böylece, manevi tazminat, maddi tazminata benzer bir nitelik kazanacak ve sonuç olarak amaç sosyal dengenin kurulması ve yahut taraflar arasındaki eşitsizliğin giderilmesini sağlamak olacaktır.

Ekonomik açıdan güçlü olanın, ekonomik açıdan zayıf olanın manevi değerlerini ihlal etmesi sonucunda, davalarda, hâkim zarar gören lehine dahayüksek manevi tazminata hükmedecektir. Bu durumda, manevi zararın tazmin edilmesiyle birlikte sosyal denge de sağlanmış olacaktır. İşverenin işçiye, çevreyi kirleten şirketin çevre halkına karşı her hangi bir manevi zarar vermesi durumunda zarar veren tarafın, zararlı fiili işleminde, gücünün rolü olduğu ortadadır²¹³. Bu gibi örneklerde varolan sosyal eşitsizlik, güçlü olan tarafın, gücünü kullanarak zayıf konumda olan kişilere manevi zarar vermesini kolaylaştıracaktır.

Tartışılacak olan bir diğer nokta ise, manevi tazminata, her durumda sosyal yardım yüklemenin doğru olup olmadığıdır. Burada ilk olarak dikkat edilecek nokta, eşitsizliği giderme amacınayönelen manevi tazminatın miktarının nasıl belirleneceğidir. Örneğin, bir şirketin aynı işlemle, sosyal ve ekonomik açıdan biri diğerinden farklı olan iki kişinin manevi değerlerini haksız olarak ihlal edeceği durumda, bu kişilere ödenilecek olan manevi tazminatın nasıl belirleneceğidir. Olayda şirket daha güçlü konumdadır. Ancak zarara uğramış kişilerinde sosyal ekonomik açıdan durumları farklıdır. Şirketin zararı sonucunda sosyal ve ekonomik durumu kötü olan kişinin hakları dahah kolay ihlaledilebilir gerekçesiyle, manevi tazminat miktarında her hangi bir fark olabilir mi? Düşünülür ki burada objektif bir değerlendirme olmalıdır. Şirketin

²¹¹ SAYMEN, s. 92.

²¹² Yazarın bu yargısına ilişkin verdiği örnekler için bakın, SEROZAN, Yaklaşım, s. 79.

²¹³ SEROZAN, Yaklaşım, s. 88 vd.

gücünü kullanarak kişilere zarar vermesi sonucunda vatandaşların zarar görmesini kolaylaştırdığı bir gerçektir. Bu zaman vatandaşların kendi aralarında bir ayırımı tabi tutulmaları hukuka uygun değildir. Burada hâkimin araştıracağı konu vatandaşların uğradığı zararın şekli ve ağırlığıdır.

Bir diğer görüş ise önleme ve caydırma görüşüdür. Bu görüş Karayalçın tarafından, manevi tazminatın cezai nitelikte bir yaptırım olduğu görüşüyle birlikte savunulmuştur²¹⁴. Ancak manevi tazminatın, cezai nitelikte olmaması halinde bile bu nitelikten tamamen bağımsız olarak, önleyici ve caydırıcı olması mümkündür. Ceza ve önleme fonksiyonun ele alınarak savunulması, zarar verenin, malvarlığının gerçekleştirdiği haksız ihlal sonucundaartmaması bir de zarar verenin bunun dışındaaynı zamanda bir miktar para ödemesiyle yükümlü kılınması durumunda ortaya çıkar. Kişiye kanunda belirlenmemiş bir cezanın verilmesi ceza hukukunun temel ilkelerine aykırı olması ile birlikte, hâkimi her olaydaayrı bir değerlendirmeyle, önleyiciliği sağlamak için belli bir miktar para cezası belirlemek durumunda bırakacaktır. Ancak bu durumlarda, benzer fiiller nedeniyle kişilerin farklı para cezaları ödemek zorunda kalacak olmaları da gözden kaçırılmamalıdır. Sınırları belli olmayan bir cezanın hâkimlerce takdir edilmesinin hukuca kabul edilmesi oldukça zordur.

Ertaş'a göre ise, önleme ve caydırma manevi tazminatın önleme ve caydırma niteliğinin, tatmin görüşü bünyesinde ele alınması da, ceza görüşü bünyesinde ele alınması gibi objektif ölçütlerdenyoksun bir manevi tazminat anlayışını yansıtmaktadır²¹⁵.

Manevi tazminatın önleme ve caydırma niteliğinin objektif ölçütlere dayandırılması, manevi zarara ilişkin görüşlerden objektif görüşün benimsenmesini gerektirir. Bu durum manevi zararın subjektif görüşe göre yaratacağı ve haksızlığayol açacağı sonuçların önüne geçecek ve manevi tazminatın daha kapsayıcı ve daha etkin olarak uygulanabilmesinin önünü açacaktır²¹⁶.

III. Özellik Arz eden Hususlar

A) Ayırt Etme Gücü Olmayan Kişilerin Manevi Tazminat Talep Edebilmesi

Doktrinde ayırt etme gücü olmayan kişilerin manevi tazminatı talep edip etmeyeceği konusunda tartışmalar vardır. Bu yönde, subjektif görüş taraftarlarına göre, uğradıkları

²¹⁴ KARAYALÇIN, s. 274-275.

²¹⁵ ERTAŞ, s. 80-81.

²¹⁶ ÇETİN, s. 87.

saldırıdan acı ve elem duymayacak ayırt etme gücü olmayanların manevi zararı oluşmadığından manevi tazminatı talep edemeyeceklerdir²¹⁷. Subjektif görüşle manevi zararı izah edenlerin çoğu ayırt etme gücünden yoksun olanların farklı gerekçelerle manevi zarara uğrayabileceklerini kabul etmemektedir²¹⁸.

Objektif görüş açısından manevi zararı açıklayanlar ise, kişilikte meydana gelen eksilmeyi yeterli gördüklerinden ve zarar görenin psikolojik tepkilerini dikkate almadıklarından, bu kişilerin manevi tazminat talep edebileceklerini kabul etmektedirler. Ayırt etme gücünden yoksun bulunan kişilerin fiziksel acı ve ızdırabı duyabildiği durumlarda, ayırt etme gücü olmayanın bu acıyı veya ızdırabı hissetmediği söylenemez²¹⁹. Bu hallerde hâkim objektif ölçütle yetinerek aynı saldırıya muhatap olan ayırt etme gücü olan kişinin duyacağı acıyı veya elemi esas alarak manevi zararın varlığını ve miktarını belirleyecektir²²⁰.

Ayırt etme gücü olanın sonradan iyileşme ihtimali varsa veya küçüğün sonradan büyüyerek ayırt etme gücü kazanması gelecekte mümkün ise, genel olarak kişilik hakkını koruyan TBK. m. 58 hükmüne dayanarak acıyı sonradan hissedebileceğinden, subjektif unsur gerçekleştiğinden , manevi tazminat talep edilebilir²²¹.

İsviçre Federal Mahkemesinin yeni kararlarında, manevi zarar talebinde zarar görenin bedensel bütünlüğünün ihlalinde zarar görenin kendi durumunun farkında olmasını gerekli görmektedir²²². İsviçre Federal Mahkemesi, ağır bir zarar ile sürekli olarak bakımı gereken bir çocuğun ayırt etme gücünü kaybetmesi durumunda bile manevi tazminattalep edilebileceği kabul edilmektedir²²³.

²¹⁷TEKİNAY/BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 668; FRANKO, s. 177; OĞUZMAN/ ÖZ, C.2, 4. Bölüm s. 1.

²¹⁸ANTALYA, s. 230

²¹⁹ Fiziksel acı dışında kişinin yaşam sevincinin azalması, iç huzurunun bozulduğuna dayanarak manevi tazminat talep edemeyeceği görüşündedir. ARIDEMİR, s. 194.

²²⁰ARPACI, Abdülkadir, Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler, İstanbul, 2000, s. 149.

²²¹AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 661- 668.

²²²ANTALYA, s. 231.

²²³ANTALYA, s. 231.

B) Tüzel Kişilerin Manevi Tazminat Talebi

Doktrin²²⁴ ve uygulamada hangi görüşle açıklanırsa açıklansın, tüzel kişilerin manevi tazminat talep edebileceği kabul edilmektedir. Aksi görüş ise tüzel kişilerin gerçek kişiye has manevi zarar olarak acı, eylem, ızdırap ve yaşama sevincinde azalma söz konusu olamayacağından dolayı tüzel kişilerin manevi zararından bahsedilmeyeceğinden, bunların kişilik hakkının korunmasının TMK. m. 25/I ve II'deki davalarla sağlanacağını savunmaktadır²²⁵. Manevi zararın objektif görüşle açıklandığı durumlarda ise tüzel kişiliğin manevi tazminat talep edeceği ile ilgili tereddüt bulunmamaktadır.

C) Manevi Tazminata Talep Hakkı Veren Özel Hükümler

TBK. m. 56, TBK. m. 58'e göre özel bir hükümdür. Ölüm halinde ve bedensel zarara uğranılması halinde mağdur manevi tazminatını TBK. m. 56 çerçevesinde; özel bir hüküm manevi tazminatı yaptırma bağladığı takdirde ve diğer kişilik hak değerlerinin ihlalinde TBK. m. 58'e göre talepte bulunabilecektir.

TBK. m. 56 ve 58 hükmü sorumluluk kuralı değildir²²⁶. Bu hükümle manevi tazminatın özel koşulları, türleri ve belirlenmesine ilişkin ölçütler verilmektedir²²⁷. Özel hüküm olarak düzenlenen tazmini gereken bazı manevi zararların tazmini için ise, objektif teori kapsamında örneğin TBK. m.56 uyarınca bedensel bütünlüğün zedelenmesinde kişilik değerlerinin azaldığını, yani objektif eksilmenin yeterli olduğunu kabul edilebilir. Özel hükümle tazmini gereken zararda objektif unsurun yeterli olduğu haller hükmün ratio legisi ile belirlenir. Tek başına subjektif unsur tazmini gereken manevi zarar niteliğinde değildir.

Landlot, manevi zararın iki yönünün bulunduğunu subjektif manevi zararda, kişilik hakkı zedelenmesi sonucu zarar görenin acı ve elem duymuş, yaşama sevincinin azalmış olduğunu,

²²⁴ TANDOĞAN, s. 333; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 667; GÜRSOY, s. 12; ARIDEMİR, s. 189.

²²⁵ KILIÇOĞLU, Ahmet Mustafa, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, s. 271, Ankara 1993; FRANKO, s. 190; SEROZAN, Rona, Kişilik hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler, MHAD, C. 11, S.14, 1977, s. 93-112.

²²⁶ ANTALYA, s. 232.

²²⁷ ANTALYA, s. 232.

objektif manevi zararda ise ölüm ve beden ihlali sonucunda zarar görenin yaşam düzeyinin ihlalinin söz konusu olduğunu ifade etmiştir²²⁸.

Manevi zararı düzenleyen özel hükmün yorumundan, objektif unsur yanında subjektif unsurun da aranması gerektiği sonucuna varılırsa, TBK.m.58 hükmünde olduğu gibi her iki unsur birlikte manevi zararı oluşturur.

D) Manevi Tazminatın Özellikleri ve Bunların Manevi Tazminatın Belirlenmesinde Rolü

TMK.m.25/III kişilik hakkına saldırıyı koruyan davalar içerisinde manevi tazminatı düzenlemiştir. TBK.m.58 kişilik hakkına saldırı sebebiyle manevi tazminatı genel olarak düzenlemiştir. TBK sistematigi içinde bakılırsa, TBK. m. 56/IV. Özel Durumlar, Ölüm ve bedensel zararlar içinde, manevi zarar kenar başlığı altında; TBK.m.58, kişilik hakkınınin zedelenmesi kenar başlığı altında düzenlenmiştir. Bu yüzden TBK. m. 56 ve 58 özel hükümdür. TBK'nın manevi tazminata talep hakkı veren 56 ve 58. maddeleri haksız fiil hukukunda kural olarak genel hüküm uygulama alanı bulur²²⁹. Aynı şekilde borca aykırılıkta, özellikle sözleşmeye aykırılıkta da genel hüküm olarak uygulama alanı bulur.

Manevi tazminat sadece özel hukuk alanında uygulanması sınırlı bir hüküm değildir. Kamu hukuku alanında da devletin sorumluluğunu gerektiren bir sorumluluk olgusu olmalı ve bu sorumluluk olgusundaki devletin fiili zarar görenin kişilik hakkını zedelemelidir. İdari hukuku alanında özellikle devletin sorumluluğunda, devletin kişilik hakkının ihlalden sorumluluğunda manevi tazminata ilişkin TBK. m.56 ve 58 kıyasen uygulama alanı bulur.

Türkiye AİHS'e 1954 yılında taraf olmuş Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel başvuru yolunu AİHM'nin zorunlu yargılama yetkisini de kabul etmiştir. AİHM, AİHS m. 41 hükmüne dayanarak "Eğer mahkeme bu sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeciler Taraf'ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırılabiliyorsa, mahkeme gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazminat verilmesine hükmeder²³⁰. Bireysel başvurunun amacı, Anayasada güvence altına alınan temel

²²⁸ ANTALYA, s. 232.

²²⁹ ANTALYA, s. 242.

²³⁰ Bu hüküm sözleşme tarafı iç hukukunda mahkemelerin doğrudan uygulayabileceği hüküm değildir.

hak ve özgürlüklerin ihlali gerçekleşmişse ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak ve kararlarının olumlu etkisiyle hakların ihlal edilmesini önlemektir. Temel Hak ve özgürlüklere, yaşama hakkı, işkence ve eziyet yasağı, zorla çalıştırma yasağı, kişi hürriyeti ve güvenliği, hak arama hürriyeti, suç ve cezaların kanuniliği, özel hayata, aile hayatına, konut ve haberleşmeye saygı, düşünce, din ve vicdan hürriyeti, mülkiyet hakkı, serbest seçim hakkı, temel hak ve hürriyetlerin korunması, eğitim ve öğretim hakkı ve ödevi, eşitlik ve etkili başvuru hakkı bu kapsamda örnek olarak sayılabilecek haklardandır²³¹.

Anayasa Mahkemesi esasa ilişkin olarak bir temel hakkın ihlalinin tespiti kararı ile birlikte ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere de hükmetmesi eğer yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar yoksa başvuru lehine uygun bir tazminata hükmedilebilir. Tazminat maddi veya manevi tazminat şeklinde olabilir. Anayasa Mahkemesi temel hak kişilik hakkı niteliğinde ise manevi tazminata hükmederken, genel hüküm olan TBK. m. 56 ve 58 hükmüne göre manevi tazminatın unsurlarının mevcut olup olmadığını karar verecek ve mevcut ise manevi tazminat miktarını belirleyecektir. Manevi tazminatın mirasçıya geçmesi konusunda doktrinde manevi tazminatın amaç ve unsuruna ilişkin farklı yaklaşımlara bağlı farklı görüşler ileri sürülmüştür. Manevi tazminatın tatmin veya denkleştirme fonksiyonunu atfeden subjektif görüş, manevi tazminatı kişiye sıkı surette bağlı hak olarak görürken²³², diğer bir görüş manevi tazminat talebini alacak hakkı olarak görmektedir²³³. TMK. m. 25/IV hükmü , manevi tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmedikçe kural olarak temlik edilemez, ve miras bırakan tarafından ileri sürülmedikçe mirasçıya intikal etmez özelliğe sahiptir, demek suretiyle karma görüşü benimsemiştir²³⁴. Bu yaklaşım manevi tazminatın objektif ve subjektif unsurlarını birlikte arayan karma görüşe uygundur.

İsviçre Hukukunda hâkim görüş, manevi tazminat talebinin kişiye sıkı surette bağlı hak olmaması sebebiyle, talebin devredilebilir ve mirasçılara geçebilir yönünde olmasına karşın²³⁵, İsviçre Federal Mahkemesi önceleri²³⁶ talebin devredilebilir ve mirasçıya geçebileceğini kabul

²³¹ **ANTALYA**, s. 243.

²³² **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.669.

²³³ **EREN**, s. 788, **SEROZAN** Rona, Kişiyeye Sıkı Biçimde Bağlı Sayılan Manevi Hakların Mirasçıya Geçebilirliği, s. 260, Ankara 2006.

²³⁴ **TANDOĞAN**, s. 339.

²³⁵ **ANTALYA**, s.245.

²³⁶ **ANTALYA**, s. 242.

ederken yeni bir kararında²³⁷ talebin mirasçıya geçişi konusunda, hak sahibinin manevi tazminat talebini sağlığında ileri sürmesi gerektiğini kabul etmiştir.

OR. Art. 49 kişilik hakkı ihlali başka türlü giderilemiyorsa manevi tazminat talep edilebileceğini düzenlemiştir. OR. Art 49 genel olarak manevi tazminatın hukuki olguları arasında sayılan manevi zararın başka bir şekilde giderilememesinden hareketle manevi tazminatın ikincil veya istisna nitelikte olduğunu ileri sürmüştür. Türk hukuku yönünden TBK . m. 58 hükmü böyle bir hukuki olguyu aramadığından, manevi tazminatın ikincil, bağlı veya yardımcı nitelikte olduğu savunulamaz. Bu yaklaşım manevi tazminat talebinin bağımsızlığı ile de bağdaşmaz. Manevi tazminatı denkleştirme programının tüm yolları tüketildikten sonra, maddi tazminatın yetersiz kaldığı sosyal sorumluluk hallerinde işletilen yedek bir yaptırım olmalıdır görüşü aynı gerekçelerle isabetli değildir²³⁸.

²³⁷ BGE 118 II 404 E 3a. **ANTALYA**, s. 245.

²³⁸ **SEROZAN**, Manevi Tazminat, s.84; **SEROZAN**, s. 65; **ERLÜLE**, s.88

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK AİLE HUKUKUNDA MANEVİ TAZMİNAT

§ 4. AİLE KAVRAMI

I. Genel Olarak

Her bir sağlam düşünceli ve eğitilmiş fert, güçlü ve sağlam bir aile, sağlam ve güçlü bir aile güçlü bir toplum güçlü ve sağlam toplum ise güçlü bir devlettir. Bildiğimiz gibi aile toplumun temelidir. İnsan daha doğarken aile dediğimiz toplumun içinde dünyaya göz açar, orada yaşar büyüyor ve topluma katılırlar. Zamanla değişikliklere uğramış aile, tarihin ilk devirlerine kadar uzanan oldukça eski bir kurumdur²³⁹. Ailenin tarihi ve sosyolojik yönden incelenmesi, mahiyeti ve yapısı itibarıyla geçirdiği değişikliklerin neler olduğunun saptanması, başka hukuk dallarının, örneğin hukuk tarihi ve hukuk sosyolojisinin görev alanlarına girmektedir²⁴⁰. Ailenin önemi ve işlevi herkes tarafından bilinmekte ve kabul edilmektedir. Sık sık duymuş olduğumuz aile terbiyesi, aile şerefi, aile geleneği ifadeleri ailenin toplum içerisindeki işlev ve önemini belirtmektedir. Belirttiğimiz gibi aile bir milletin bir devletin doğuşu ve varoluşunda çok önemli bir unsurdur. Toplum ilişkilerinin huzur sağlık barış ve güvenlik içinde yürüebilmesi için aile kurumunun sağlam temellere oturtulması ve özlenen ideal bir hukuki düzenlemeyle kavuşturulmaya mümkün olabilir. Bu yüzden kanun koyucular aile kurumunun önemini göz önüne alarak onu kanundan uzak koymamış aileni kollayıcı ve koruyucu pek çok kural koymuşlar. Nitekim 1982 tarihli Türk Anayasasında “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler başlığını” taşıyan üçüncü bölümün 41. maddesinde ailenin korunması kenar

²³⁹ **BÜLENT**, Köprülü/ **SELİM**, Kaneti, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul 1989, s. 3; “Bilindiği üzere aile çok bileşenli toplumsal bir sistemdir. Bu anlamda aile, karı-koca sisteminden ibaret değildir. Etkileşim çok boyutludur. Karı-koca ilişkisi çocuğu, çocuk toplumu, toplum gelecek kuşağı etkiler ve belirler.” Ömer, Uğur **GENÇCAN**, Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, Ankara 2008, s. 83. Gerçekten evlilik ve aile, toplumu, ilk etapta da kişileri birçok yönden etkilemektedir. Evlilik birliğinin ve boşanmanın eşleri psikolojik olarak nasıl etkilediği hakkında bkz. **MELİS**, Sedef Timur, “Boşanma Sürecinde Olan ve Olmayan Evli Bireylerin Psikolojik İyi Oluş Düzeylerini Etkileyen Faktörlerin İncelenmesi”, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü Eğitim Bilimleri Anabilim Dalı Rehberlik ve Psikolojik Danışmanlık Programı, Yüksek Lisans Tezi, 2008, s. 20; **SAYMEN**, Ferit Hakkı/ **ELBİR**, Halid, Kemal, Türk Medeni Hukuku, C III Aile Hukuku B. 2 İstanbul 1960, s. 120; **TANDOĞAN**, Haluk, Aile Hukuku ve Ders Notları, Ankara 1960, s. 1; **ÜNAL** Mehmet, Türk Hukukunda Aile Başkanının Sorumluluğu, Ankara 1979, s. 3; **HATEMİ**, Hüseyin/ **SEROZAN** Rona, Aile Hukuku, İstanbul, 1993, s. 377,378.

²⁴⁰ **AKINTÜRK** Turgut/ **KARAMAN** Ateş Derya, Aile Hukuku, C.2, 17. Baskı, İstanbul 2015, s. 3.

başlığı altında şöyle denmektedir:“Aile Türk Toplumunun temelidir ve eşler arasındaki eşitliğe dayanır”²⁴¹. Devlet ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.

Aile kavramı zamanla mahiyeti ve kapsamı değişen, çevresi genişleyip daralan bir kurumu ifade eder. Her çağın her milletin kendine özgü bir aile kavramı vardır. Eski zamanlarda ailenin içeriğine anne baba ve evlenmemiş çocuklar değil, evlenmiş çocuklar ile onların eş ve çocukları, büyük anne ve büyük babalar, halalar teyzeler onların çocukları dahil bulunuyordu. Gördüğümüz gibi o zamanlar ailenin kapsamı çok genişti. Aile yapısının bu kadar çok geniş olmasının nedeni çeşitli sebep ve zorunluluklardan doğuyordu. Bu sebeplerin başında ailenin dışa karşı korunması geliyordu. O zamanlarda bildiğimiz gibi günümüzdeki gibi hukuk düzeni mevcut değildi. Ailenin dıştan gelen tehlikelere karşı korunması bizzat aileyi oluşturan bireylere düşmekteydi. Eski devirlerde ekonomik hayat günümüzdeki gibi işbölümüne dayalı değildi. Aile yapısının bu kadar geniş olması bu gibi nedenlerden meydana gelmiştir²⁴².

Siyasal ve ekonomik hayattaki değişimler zamanla aile yapısında etkisini göstermiştir. Ailenin dışa karşı korunması artık aile bireylerinin üzerine düşen görev olmaktan çıkmış, herkesin kendi ihtiyaçlarını bizzat sağlamak ortadan kalkmış ve işbölümüne dayalı modern ekonomik hayata geçilmiştir. Tüm bu saydıklarımız aile yapısının daralmasına neden olmuştur. Artık eski devirlerin kalabalık ailelerinin yerini, kentlerde daha az nüfuslu bir kaç kişiden oluşan aileler almıştır. Medeni Kanununda aileni bir birinden farklı kılan üç aile kavramı bulunmaktadır.

Hukuk bilindiği gibi, gerek toplum halinde yaşayan bireylerin bir birle gereksede direk toplumla olan ilişkilerini düzenleyen uyulması zorunlu olan hukuk kurallarının bütünüdür. Toplum ise bilindiği üzere aile dediğimiz küçük insan topluluklarının bir araya gelmesiyle oluşur. Buradan anlaşıldığı üzere hukukun düzenleme alanına aile dediğimiz küçük insan

²⁴¹41.maddeye “ve eşler arasındaki eşitliğe dayanır” cümlesi 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının bazı maddelerinin değiştirilmesi Hakkında Kanunun” 17.maddesiyle eklenmiştir. RG. 17.10.2001. S. 24556

²⁴² “Ailenin giderek parçalanması ve küçülmesi olayı, bu sosyal kuruluşun bir gün yok olacağı anlamını asla taşımamaktadır. Sovyet Rusya'nın 1917'den sonra gerçekleştirmeyi istediği bu varsayım, daha 1926 yılından itibaren Aile Hukukunu yeniden düzenlemeye başlayıp 1946 yılında ciddi evlenme ve boşanma hükümleri getirilmesi ile sonuçlandı.” **EROL** Cansel, “Boşanmanın Dayandığı Hukuki Sebepler”, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, C. 2, Yıl 1977, s. 67 ve 68. <http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/385.pdf>

topluluğu da dahil olacaktır²⁴³. Evlilik birliği dediğimiz birlik, koca ve karı olarak isimlendirilen iki kişinin birbirine karşı hak ve yükümlülükleri doğar. Daha sonrasında çocukların olmasıyla bu birlik daha da genişleyecektir. Böyle olunca anne ve babanın şahısları ve malları ile ilgili bir takım hak ve yükümlülükleri de ortaya çıkacaktır²⁴⁴. Tüm bu ilişkileri düzenlemek için bir takım hukuk kurallarına ihtiyaç vardır. Aile ilişkileri diyebileceğimiz bütün bu ilişkileri düzenleyen hukuk kuralları “ aile hukukunu” oluşturur.

Aile hukukunun medeni hukukun diğer dallarından farklı bir takım özellikleri vardır. Bu özellikleri kısaca belirtmekte fayda vardır. Türk aile hukukunda süreklilik ve birlik²⁴⁵, zayıfların korunması²⁴⁶, düzenlenme serbestliğinin bulunmaması²⁴⁷, devletin karışması²⁴⁸ ve eşler arasında eşitlik²⁴⁹ ilkeleri vardır

²⁴³ AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 5.

²⁴⁴ AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 7.

²⁴⁵ Aile hukukunda düzenlemeler arasına giren ilişkiler mahiyeti itibarile sürekli ilişkilerdir. Hukukun diğer dalları olan borçlar hukukundaki hizmet, kira sözleşmelerinin de süreklilik arz ettiğini söyleyebiliriz ancak bu süreklilik nisbi sürekliliktir. Bildiğimiz gibi yukarıda söylediğimiz sözleşmelerde süreklilik taraflarca anlaşılır ve diledikleri anda sözleşmeye son verme imkanları da vardır. Bazı hallerde sözleşmeyi tek taraflı olarak ortadan kaldırma imkanları da vardır. Aile ilişkileri bakımından ise durum tamamen farklıdır. Evlenme sözleşmesiyle doğan dar anlamdaki aile, zamanla ana baba çocuklardan oluşan geniş anlamdaki ailede ortaya çıkan ilişkiler eşlerin ana baba ve çocukların anlaşmalarıyla veya onların tek taraflı irade ifadesi ile ortadan kaldırılamaz. Aile birliği, Medeni Kanunda açıkça gösterilmiş olan sebepler dışında ortadan kaldırılamaz. Hatta Katolik Hukukunda evlilik birliğinin hiç bir zaman ortadan kadirilmeyeceği belirtilmiştir, yani evlilik birliği ebedidir. SAYME/ ELBİR, Türk Medeni Hukuku, C III Aile Hukuku B. 2 İstanbul 1960 s. 7; TANDOĞAN, Haluk, Aile Hukuku ve Ders Notlar; Ankara 1960, s. 3; ZEVKLİLER Aydın- Acabay/ GÖKYAYLA Emre, s. 640; FEYZİOĞLU, Feyzi, Aile Hukuku Bası. 3, s. 14; ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, 5. Bası Ankara 2004, s. 5.

²⁴⁶ Zayıfların korunması ilkesinin kabulü aile hukukunun özelliklerinden biridir. Medeni Kanunda zayıfların korunması ilkesi ile çocukları ana ve babalarına karşı korunmaktadır. Bildiğimiz gibi yeni Medeni Kanunda karı-koca eşitliği tam anlamıyla sağlanmıştır. Eski Medeni Kanunda ise aksine olarak karıyı kocaya karşı koruyan hükümlere yer verilmemiştir. Medeni Kanunun 360.maddesi gereğince çocuklar ana ve balarna karşı korunmaktadır. Hatta Medeni Kanunun evlilik içinde değil evlilik dışında bile doğmuş çocukları da belli hükümlerle koruma altına almıştır. AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 10; OĞUZMAN, M, Kemal/ DURAL, Mustafa, Aile hukuku, 2. Bası, İstanbul, s. 3.

²⁴⁷ Aile hukukuna giren ilişkiler ve kurumlar sadece kanunda düzenlenmiş olanlardır. Yani bunlar kapalı adettir (numerus clausus). Eşler kanunda düzenlenmemiş bir ilişkiyi veya kurumu aralarında bir anlaşma yaparak kura veya düzenleye bilmezler. Mesela, Medeni Kanunda eşlerin mallarının yönetimiyle ilgili sadece dört mal rejimi kabul edilmiştir. Bunlar edinilmiş mallara katılma, mal ayrılığı, paylaşmalı mal ayrılığı veya mal ortaklığı türlerinden herhangi birini seçebilirler. Ancak aralarında anlaşarak başka bir mal rejimini yaratamazlar. OĞUZMAN/ DURAL, s.4.

²⁴⁸ Bildiğimiz gibi aile hukuku ilişkileri diğer hukuki ilişkilerden daha büyük öneme sahiptir. Bu yüzden, devlet aile hukuku alanına diğer hukuk alanlarına nisbette daha çok karışmak zorundadır. Aile ilişkilerinin kurulmasında, devamında ve sona ermesinde devlet, daha geniş çapta müdahale ve denetleme görev ve yetkisine sahiptir. Evlenmenin “resmi bir memur önünde yapılması”, “hükümsüzlük hallerinde mutlak davasının” Cumhuriyet savcısı

A) Dar Anlamda Aile

Sadece eşlerden oluşan birliği ifade eden aile dar anlamda ailedir. Medeni Kanunda ilk olarak dar anlamdaki aileyi düzenlemektedir. Bu aile türü doktrinde hemen hemen bütün yazarlar tarafından evlilik birliği şeklinde isimlendirilmiştir²⁵⁰.

A) Geniş Anlamda Aile

Ana baba, ve çocukların oluşturduğu topluluğu ifade eden aile geniş anlamda aileni ifade eder. Medeni Kanunun ikinci kısmında geniş anlamda aile düzenlenmiştir. Bu anlamdaki aileye velayet ailesi diyebiliriz²⁵¹. Çünkü geniş anlamda aileyi düzenlemekte olan hükümlerin büyük bir kısmı velayet kurumuna, Yabancı babanın çocuklar karşısındaki yükümlülükleri ile çocukların ana babalarına karşı olan hak ve ödevlerine ilişkin bulunmaktadır.

B) En Geniş Anlamda Aile

Ev başkanının yönetimi altında hep birlikte aile halinde yaşayan bireylerden oluşmuş bulunan insan topluluğuna en geniş aile denir²⁵². Medeni Kanun bu anlamdaki aileyi düzenlemiştir. Önceki Medeni Kanununda “ev resiliği” adı altında düzenlenmiş olduğu bu kuruma, yeni Medeni Kanunda ev düzeni adıyla 367.maddede yer verilmiştir. Bu düzene kan ve

tarafından resen açılabilmesi, “evlenmenin iptalinin ve boşanmanın” mahkeme hükmüyle olması devletin aile ilişkilerine karışmasının bir göstergesidir.

²⁴⁹ Eşler arasındaki eşitlik ilkesi aile hukukundaki egemen ilkelerden biridir. Esasen kişiler arasındaki eşitlik ilkesi bütün dünyada geçerlidir. Türk aile hukukunda da eşler arasındaki eşitlik ilkesi kabul edilmiştir. Medeni Kanunda aile hukukunda kadın-erkek eşitliğini bozduğu iddia edilen hükümlerin hiç birine, evli kadınları kocalarına karşı koruma amacına yönelik olup olmadıklarına bakmaksızın bünyesinde yer vermemiş, böylece eşler arasındaki eşitliği korumuştur²⁴⁹. Öte yandan yukarıda belirttiğimiz gibi, Anayasamızın 41.maddesine yapılan değişiklikle, ailenin “eşler arasındaki eşitliğe” dayandığı açık ve net olarak ifade edilmiştir. RG. 17. 10. 2001, S.24556.

²⁵⁰ **VELİDEDEOĞLU**, s. 6; **SAYMEN/ELBİR**, s. 120; **TANDOĞAN**, s. 1; **ZEVKLİLER**, s. 647; **HATEMİ /SEROZAN**, s. 3.

²⁵¹ **AKINTÜRK/KARAMAN**, s. 6.

²⁵² **İPEK**, Ali, İhsan, Türk Hukukunda Genel Boşanma Sebepleri, 1. Baskı, Ankara 2008, s. 15; Bilge **ÖZTAN**, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004, s. 3, 4; **HELVACI/ ERLÜLE**, s. 127; **KAÇAK**, Nazif, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma Davaları, Ankara 2007, s. 19; Turgut, **AKINTÜRK**, Turgut/ **KARAMAN**, Derya, Ateş Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku, Yenilenmiş 14. Bası, İstanbul 2012, s. 4 vd.; Bknz. Hüseyin Hatemi, Aile Hukuku I, İstanbul 2005, s. 1 vd.; **KÖPRÜLÜ/ KANETİ**, s. 3 vd.

kayın hısmı sıfatıyla, gerek bir sözleşme ilişkisi dolayısıyla aynı çatı altında biraradayaşamakta olan kişileri tâbi kılmıştır²⁵³.

II. Aile Hukukundan Doğan Manevi Tazminatlar

Türk aile hukukunda nişanlanma, boşanma ve babalık davasında doğan manevi tazminatı doğuran durumlar tezmizde incelenmiştir. Medeni Kanun, nişanın bozulması yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan kusursuz nişanlının acılarının giderilmesine de imkan vermiştir. Manevi tazminat kenarbaşlığında taşıyan 121'nci maddeye göre, “nişanın bozulması yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevi tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir”. Önceki Medeni Kanunun 85. maddesinin ikinci fıkrası, nişanın bozulması halinde manevi tazminat istemi ve bu hakkın mirasçılara geçmesinin şartlarını özel olarak düzenlemiştir. Aynı maddeyi karşılayan yeni Medeni Kanunun 121. maddesinde ise, nişanın bozulması nedeniyle manevi tazminat isteminin mirasçılara geçmesinin şartlarına ilişkin eski Medeni Kanunun 85. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne yer verilmemiştir. Çünkü söz konusu hüküm, yeni Medeni Kanunun 25. maddesinin dördüncü fıkrasında genel hüküm haline dönüştürülmüştür.

TMK.m.174/II'ye göre boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevi tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir. Boşanma sonucunda taraflardan biri çoğu zaman acı çekmek, üzüntüye kapılmak ve ruhsal çöküntüye uğramak sorunuyla karşı karşıya kalmakta, kusursuz veya daha az kusurlu eşin kişilik hakları çoğu kez belirgin bir şekilde saldırıya uğramakta; zina, hayata kast, pek fena davranışlar, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme gibi özel boşanma sebeplerine dayalı boşanma davalarında kişilik haklarına yapılan ağır saldırı belirgin bir hal almakta, bozulan ruh dengesini yeniden kurmak için bir denkleştirme aracına ihtiyaç duyulmaktadır. Bu aşamada manevi tazminat olarak uygun bir para ödenmesi öngörülmüştür.

Türk aile hukukunda babalık davasında manevi tazminat talep edebilme konusunda ise durum farklıdır. Nişanlanma ve boşanmadan farklı olarak babalık davasında manevi tazminat talep edebilme hakkı düzenlenmemiştir. eTMK'da ise babalık davasında manevi tazminat talep edebilme hakkı düzenlenmiştir. Bugün için babalık davalarına bağlı olarak manevi tazminat

²⁵³ HATEMİ/ SEROZAN bu insan topluluğunu “ev” veya “ev topluluğu” şeklinde isimlendirmektedirler s. 3.

talebinde bulunulamıyorsa da ana tarafından genel hükümlere istinaden genel mahkemelerde manevi tazminat istenilebilir. İlerde aile hukukunda manevi tazminatı doğuran durumlar ayrıntılı olarak incelenmiştir.

§ 5. NİŞANLANMADAN DOĞAN MANEVİ TAZMİNAT

I. Nişanlanma Kavramı, Nişanlanmanın Önemi ve Hukuki Niteliği

Medeni Kanunda “Nişanlanma²⁵⁴” başlıklı 118.maddesinde “nişanlanma evlenme vaadiyle olur demekle yetinmiştir”. Ancak bu maddenin nişanlanma kavramını açıklığa kavuşturmadığı düşünülebilir. “Nişanlanma, ileride birbirleriyle evlenmek isteyen ayrı cinsten iki kişinin, bu konudaki niyetlerini aralarında dile getirmeleri, birbirlerine karşı açıklamalarıdır”²⁵⁵. Yani kadınla erkek birbirine evlenme vaadinde bulunmakla nişanlanmış olurlar, nişanlanmakla aralarında hukuki ilişki doğar²⁵⁶. Nişanlılık sonucunda kişilerin, yani nişanlılar arasında kurulan hukuki ilişkiye nişanlılık denir.

Nişanlanma iki ayrı cinsten olan kişinin bu yoldaki iradelerini karşılıklı olarak açıklamalarıdır. Yani buradan da gördüğümüz gibi iki kişi evlenmeden önce evlenme vaadinde bulunmaktadırlar. Böyle olunca karşımıza bir soru çıkabilir, acaba evlemeden önce kadın ile erkeğin evlenme vaadinde bulunmaları mutlaka gerekli midir? Bu soruya cevap vermek için nişanlanmanın medeni hukuk yönünden önemi olup olmadığı incelenmiştir. Tarafların birbiriyle evlenmeden önce nişanlı olmasının önemi çeşitli hukuk sistemlerinde ve doktrinde farklı sonuçlara bağlanmıştır. Bazı hukuk sistemleri nişanlanmayı önemli sayarak hukuk sistemlerinde nişanlanmanı düzenlerken bazıları da buna hiç gerek duymamıştır. Türk hukuk sisteminde nişanlanmanın düzenlenmesine rağmen Azerbaycan hukuk sisteminde nişanlama ile ilgili hiç bir düzenleme yoktur. Doktrinde baskın olan görüşe göre evlenmeden önce nişanlanmanın gerekliliği ifade edilmiştir²⁵⁷. Fikrimce nişanlanma evliliğin ön şartı olarak kabul edilmelidir. Çünkü evlenmeden önce evlenecek olan kimselerin birbirilerini yakından tanımaları, birbirilerinin ailelerine girerek onları yakından tanımalı aile biçimini, gelenek ve göreneklerini öğrenmeleri açısından nişanlanma büyük önem taşır. Medeni Kanunda nişanlanma evlenmenin

²⁵⁴ Nişan Farsça bir kelime olup oradan Türkçeye geçmiştir. Eski Türkçede Özellikle batı Türkleri arasında nişan kelimesine karşılık olarak “adahlı, adahlı, adağlı” kelimeleri vardır.

²⁵⁵ AKINTÜRK/KARAMAN, s. 24.

²⁵⁶ ZEVKLİLER/ ACARBAY/ GÖKYAYLA, s. 678; KOÇ, s. 11; Hüseyin, HATEMİ ve KALKAN, Burcu, OĞUZTÜRK, Aile Hukuku, C.I, 2. B, İstanbul 2013, s. 3; AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 26 .

²⁵⁷ SAYMEN/ ELBİR, s. 41; TANDOĞAN, s. 8.

ön şartı olarak kabul edilmiştir. Birbiriyle evlenecek olan kadın ve erkek evlendirme memuruna birlikte başvururlar. Evlendirme memuru belediye bulunan yerlerde belediye başkanı, köylerde ise muhtardır. Evlendirme memuru karşısında evlenme kararını açıklayabilmesi için önceden kendi aralarında bir karar Yani birbirileri ile evleneceklerine ilişkin irade beyanında bulunmaları gerekir ki, bu da nişanlanmadan başka bir şey değildir.“Akıntürk’e göre taraflar birbirilerine karşı evlenme vaadinde bulunmamış Yani nişanlanmamış olsalar bile, evlendirme memurluğunabirlikte yaptıkları başvuruda evlenme kararlarını sözle veyayazılı olarak açıklamakla o anda nişanlanmış olurlar”. Bunun aksine Tekinay’a göre ise “hayattaki olayların yürüyüşüne göre bakılırsa, hemen her zaman evlenmeden önce kadınla erkek biririlerine evlenme vaadinde bulunurlar. Fakat buradan kesin bir hukuk prensibi çıkarmaya ve “nişansız nikah” olmaz demeye imkaân yoktur. Bir erkeğin, flört ettiği kadına haber vermeden önce, evlenmek için bütün formaliteleri ve ilan işlemini yaptırmış, sonra da sırf sürpriz olsun diye birden bire evlendirme memurunun ve iki tanışın karşısına çıkarmış olması pek ala düşünülebilir. Bu durumda erkek gibi kadında resmi memura evlenme iradesini bildirirse önceden bir nişan münasebeti kurulmuş olmasa da, müteber bir evlenme vücuda gelir²⁵⁸. Şunu da belirtelim ki nişanlanmanın evlenmeden önce gelmesi, yani tarafların nişanlanmış olmaları gereklidir. Bu yönüyle Medeni Kanunun nişanlanmanın önemini dikkate alarak ona 6 madde ayırmıştır. Eski devirlerden bu günümüze kadar nişanlanma evlenmeye başlangıç olarak kabul edilmiş bir kurum olmuştur²⁵⁹.

Azınlıkta kalan görüşise²⁶⁰, nişanlanma aşaması geçirilmeden de evlenilebileceğini ileri sürmektedir. Buna örnek olarak da, bir erkeğin, evlenmek istediği kadının haberi olmaksızın tüm

²⁵⁸ **TEKİNAY**, Türk Aile Hukuku, B.2 İstanbul, 1990, s. 11.

²⁵⁹ Kavram olarak nişanı ele almak gerektiğinde İslam hukukundaki “Hıtbe” kavramına değinmemizde fayda vardır. Hıtbe “Hatabe” fiilinden masdar olup kadını evliliğe davet anlamına gelir. İslam hukukunda nişan bu başlık altında incelenmektedir. Bu anlamda nişanlamayı kapsayacak şekilde, Türk örf ve adetlerinde yer alan “kız isteme”, “ söz vermek” gibi nişanın diğer bütün safhalarını da içine almaktadır. Nişanlanma İslam Hukukunda Roma Cermen hukukundan farklı olarak bir hukuki müessese gibi tanzim ve tartip edilmemiştir. **ERTUÇ**, Hüseyin, İslam Hukuku Açısından Nişanlanma, Yüksek Lisans Tezi,Erzurum, 1999, s. 12; Eski Roma hukukunda ise Nişanlanma şekle bağlı bir muamele ile yapılmıştır. Bu devirde daha çok kızın Pater familiası ile erkeğin pater familiası arasında yapılan bir muameledir. Şekle bağlı bu muamele bir soru ve ona uygun bir cevaptan oluşmaktaydı. Bu muamele evlenmenin meydana gelmemesi halinde tazminat talebine hak verilirdi.**AYİTER**, Kudret, Roma Hukuku Dersleri, Aile Hukuku, Ankara 1963, s. 5.

²⁶⁰**GÜCÜN**, Cevat, Abdürrahim, Nazari ve Ameli Hukuk Davaları, C.III, I. Kısım, Şahıs ve Aile Hukuku Hakkında İzahlar, Düşünceler, Tenkitler, Tatbikat ve İçtihatlar, İstanbul 1951, s.146;**TEKİNAY**, Türk Aile Hukuku, 3. b, İstanbul, 1978, s. 9.

evlenme işlemlerini tamamlayıp, onu sürpriz bir şekilde nikah masasına oturtması gösterilir²⁶¹. Ancak böyle bir durumun gerçekleşme olasılığı Türk hukukunda, her iki eş adayının, evlendirme memuruna birlikte başvurarak evlenmek istediklerini bildirmelerinin zorunlu olduğunu düzenleyen kanun karşısında pek de mümkün gözükmemektedir.

Kavram olarak anlam ve önemini anlattığımız nişanlanmanın hukuki mahiyeti tartışmalıdır. Nişanlanmanın hukuki mahiyeti ile ilgili çeşitli fikirler ortaya atılmıştır. Nişanlanma ile ilgili ön sözleşme²⁶², bağımsız sözleşme²⁶³ ve karar²⁶⁴ görüşleri var

²⁶¹TEKİNAY, nişansız nikah olabileceğini başka örneklerle açıklamaya çalışmıştır. Örneğin, ayırt etme gücünden yoksun bir kimse, evlendikten sonra temyiz kudretini kazanmasına rağmen yaptığı evliliği iptal ettirmeyebilir. Bu durumda, evlenmeden önce, geçerli bir nişanlanma ilişkisinin kurulduğu kabul edilemez. **TEKİNAY**, s. 10.

²⁶²Hukukçuların bazıları nişanlanmayı ön sözleşme olarak kabul etmişler. Tarafların arzuladıkları sözleşmeyi ileride yapmayı ileride karşılıklı olarak taahhüt etmelerine sözleşme yapma vaadi veya ön sözleşme denir. Nişanlılık da evlenmeden önce yapılan bir evlenme vadidir. Tek taraflı olan bir vaad ise taraflar arasında hiç bir bağ yaratmaz²⁶². Bu sebeple nişanlanma her iki tarafa borç yükleyen bir akittir. Nişanlanma bir evlenme mükellefiyeti meydana getirdiğinden, evlenme akdine nisbetde bir ön akittir. Ancak nişanlanmanın bir ön sözleşme olması bağlı pek çok itirazlarda ileri sürülmüştür. Bilindiği gibi ön sözleşmede taraflardan biri vaadini yerine getirmezse, bunun yerine getirilmesi kendisinden dava yoluyla istenebilir. Nişanlılıkta ise durum farklıdır. Medeni Kanununun 119.maddesi gereğince “Nişanlılık, evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermez” demekle, vaadi yerine getirmeyen nişanlının ifaya zorlanamayacağını belirtmiştir. Sözleşme vaadini yerine getirmeyen tarafın tazminat ödemesi cezai şart olarak kararlaştırılabilir. Ancak Medeni Kanun 119/f.2 gereğince “Evlenmeden kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatı veya cezai şartı dava edilemez, ancak yapılan ödemelerde geri istenemez” demesi ön sözleşmedeki durumun tamamen aksinedir. Şekil bakımından da nişanlanmanın ön sözleşme olduğunun kabulüne imkân yoktur. Borçlar Kanunu 29/f.2 göre “Kanunda öngörülen ayrık durumlar dışında, ön sözleşmenin geçerliliği ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlıdır”. Oysa kanunda evlenme bir bakıma merasime bağlı kılındığı halde, nişanlanma için her hangi bir şekil öngörülmemiştir. **VELİDEDEOĞLU**, s. 22; **OĞUZOĞLU**, s. 15; **BERKİ**, s. 113; **TANDOĞAN**, s. 8; **OĞUZOĞLU**, Hüseyin Cahit, Şahsın Hukuku ve Aile Hukuku, B.3, Ankara 1956, s. 15.

²⁶³Bağımsız sözleşme görüşüne göre nişanlanma bir ön sözleşme değil bağımsız bir sözleşmedir. Bağımsız sözleşme taraftarı olan bir görüşe göre “ nişanlama ile taraflar bir birine sadık kalmak evlilik birliğinin kurulması ve yaşatılması için gerekli hazırlıkları yapmak gibi yükümlülükler altına girer. Mesela bağımsız bir ev açacak, evlilik birliğinin devamını sağlayan bir iş veya meslek arayıp bulacaktır. Bunları yapmayan nişanlı, sadece evlenmeye hazır olduğunu söylemekle nişanlanmadan doğan yükümlülüklerini yerine getirmiş sayılmaz. Bu yüzden nişanlanmaya bir ön akitten daha fazladeğer vermeye onu bağımsız bir aile hukuku sözleşmesi olarak görmek daha isbetli olacaktır. Diğer görüş ise nişanlanmayı Medeni Kanunda aile hukukuna taalluk eden bir sözleşme olarak kabul eder ve izafe ettiği bir takım hükümlere bu akitte hakiki bir mukavele mahiyetini görür diyerek nişanlanmanın bağımsız bir aile hukuku akdi olduğunu kabul eder. Ancak diğer görüşte olduğu gibi bağımsız sözleşme görüşüne karşı da itirazlar vardır. Bir diğer görüş ise eğer nişanlanma bir akit ise, bu akdin mevzu bir evlenme vaadi olmak lazımdır. Medeni Kanununun 118/f.1 de böyle bir tabir kullanılmaktadır. **ARSEBÜK**, Esat, Aile Hukuku, C.II, Ankara, 1940, s. 522-523, ; **TEKİNAY**, s. 8; **FEYZİOĞLU**, s. 23; **OĞUZMAN/DURAL**, s. 28; **YAVUZ**, Nihat Uygulamada Nişanlanma Davaları, Ankara, 1995, s. 43; **KOÇ**, s. 20.

²⁶⁴Yazarlar ön sözleşme ve bağımsız sözleşme görüşlerini eleştirerek karar görüşünü savunmuştur. Yazarlara göre nişanlanmada iki irade vardır. Bu iradeler bir birine uygundur fakat karşılıklı değildir. Borçlar hukukunda iradelerin karşılıklı olması, tarafların bunu bir birine karşı beyan etmelerini ifade etmez, maksat iradelerin içeriklerinin bir birine ayarlı ve paralel olarak aksi istikametlerde tecelli etmesidir. İki irade beyanı karşılaşınca akit tamam olur.

II. Nişanlanma Sözleşmesinin Kurulması İçin Aranan Şartlar

Nişanlanma sözleşmesinin geçerli kurulması için aranan bazı şartlar vardır. Yani sözleşmenin geçerliliği bu şartların varlığına bağlıdır. Bunlar: nişanlanma ehliyeti, nişanlanma iradesi ve nişanlanma engelleridir.

A) Nişanlanma Ehliyeti

İki ayrı cinsten olan, Yani kadın ile erkeğin aralarında bir nişanlanmayabilme yeteneğine hukuken sahip bulunmalarına nişanlanma ehliyeti denir. Nişanlanma ehliyeti Medeni Kanunda ayrıca düzenlenmemiştir. Nişanlanma ehliyetini genel kurallardan sonuç çıkarmak suretiyle belirlemek gerekir²⁶⁵. Gerçek kişiler bilindiği üzere, tam ehliyetli, sınırlı ehliyetli, sınırlı ehliyetsiz ve tam ehliyetsiz olarak dörde ayrılmaktadır. Bunlara göre nişanlanma ehliyeti belirlenmiştir.

Tam ehliyetliler, Yani temyiz kudretine sahip ve reşit olan aynı zamandakısitli bulunmayan erkek ve kadınlar her türlü hukuki işlemleri kendi başlarınyapabildiklerinden, nişanlanmaya da tam ehil bulunmaktadırlar. Bu durumda kadın ve erkeğin nişanlanmak için her hangi bir kimseden izin almasına gerek yoktur.

Sınırlı ehliyetliler, mesela kendilerine yasal danışman atanmış olan kişiler de nişanlanma ehliyetine tam olarak sahiptirler. Bu katagorideki kişiler nişanlanmak için yasal danışmanlarınmüspet iznini almak zorunda değiller. Medeni Kanununun 429.maddesinde²⁶⁶yasal danışmanın oyunu gerektiren haller 9 bent halinde sayılmıştır. Bunlarınarasında nişanlanmayoktur.

Nişanlanmada tarafların irade ifadeleri aksi istikamette değil aynı istikamettedir. Bunlar birleşince nişanlanma meydana gelir. Böyle beyan olunan iradelerle meydana gelen muameleye akit değil, karar adı verilir. Bağımsız sözleşme taraftarı olan bir yazar karar sözleşmesine karşı itirazını şu şekilde bildiriyor: “Biz bu görüşün isabetli olmadığı kanısındayız. Akitlerle kararları, iradelerin bir birine zıt veya aynı yönde olmalarına göre ayırmak mümkün değildir. Adi bir şirket kurmak için birkaç kişi arasında yapılan anlaşmanın akit mahiyetinde sayılması da bunu gösterir. Adi şirkette iradeler aynı yönde ve çok defa içerik itibariyle aynı olmalarına rağmen ortada bir karar yoktur. Aynı karardan bahsedebilmek için birden ziyade kimsenin, kendilerine oy hakkı veren bir hukuki münasebet içinde bu hakkı kullanarak yaptıkları bir anlaşma bulunmalıdır. Kısacası karar oy haklarının kullanılması ile meydana gelen hukuki işlemidir. Nişanlanmada ise böyle bir mahiyet yoktur. **SAYMEN/ ELBİR**, s. 43; **TEKİNAY**, s. 8-9.

²⁶⁵ **OĞUZMAN/ DURAL**, s. 27; **AKINTÜRK/ KARAMAN**, s. 31.

²⁶⁶ Medeni Kanununun 429. maddesi gereğince yasal danışmanın oyunu gerektiren haller şunlardır: Dava açma ve sulh olma, taşınmazların alımı, satımı, rehnedilmesi ve bunlar üzerinde başka bir aynî hak kurulması, kıymetli evrakın alımı, satımı ve rehnedilmesi, olağan yönetim sınırları dışında kalan yapı işleri, ödünç verme alma, ana parayı alma, bağışlama, kambiyo taahhüdü altına girme, kefil olma.

Sınırlı ehliyetsizler, ayırt etme gücüne sahip küçükler ile kısıtlıların nişanlanma ehliyetleri yukarıda söylediğimiz iki durumda olduğu gibi tam değildir. Medeni Kanunun 118/f.2 de yasal temsilcilerin izni olmadan nişanlanmanın küçük ve kısıtlıyı bağlamayacağını açıkça belirtmiştir. Yasal temsilcinin rızası izin veya icazet şeklinde de olabilir²⁶⁷.

Tam ehliyetsizler ayırt etme gücünden yoksun buldukları için yapacakları her türlü hukuki işlem ve nişanlanma sözleşmesi de hukuki sonuç doğurmaz Yani hükümsüzdür. Tam ehliyetsizlerin nişanlanma ehliyetleri yoktur, hattayasal temsilcilerin rızası ile bile nişanlanamazlar²⁶⁸. Ancak ayırt etme gücünden sürekli değilde geçici olarak yoksun bulunanların bu durumda iken yapacakları nişanlanmanın yaptırımı evlenmeye kıyasen bu kadar ağır değildir, böyle bir nişanlanma mutlak butlan değil nisbi butlan yaptırımına tâbidir²⁶⁹.

B) Nişanlanma İradesi

Hukuki mahiyeti itibariyle nişanlanmanın sözleşme olarak kabul ettiğimize göre, nişanlanmanın kurulabilmesi için nişanlanacak olan erkek ve kadının nişanlama iradelerini bir birilerine karşılıklı olarak açıklamaları gerekir. Dolayısıyla sadece tek tarafın irade ifadesiyle nişanlanma oluşmaz²⁷⁰. Burada açıklanacak olan iradenin sonucunda erkek ve kadın birbirilerine evlenmeyi vaadedecektir. Nişanlanma tek taraflı hukuki işlem olmadığı içindir ki, taraflar iradelerini karşılıklı olarak açıklamalıdır²⁷¹. Nişanlanmak isteyen tarafların iradeleri açık olabileceği gibi örtülü de olabilir. Medeni Kanununda evlenmenin şekli ile ilgili dahaayrıntılı düzenleme olsa da nişanlanmanın şekli ile ilgili bir düzenlenmeyoktur. Yani sadece tarafların açıkca yazılı olarak evlenme vaadinde bulunmaları durumunda değil, bunu gösteren davranışların varlığı halinde bile nişanlanma sözleşmesinin kurulduğundan bahsedebiliriz. Nitekim Yargıtayın

²⁶⁷Eski Medeni Kanunun dönemde, sınırlıehliyetsizin ana babası, onun tek başına yaptığı nişanlanmaya icazet verip vermemek konusunda anlaşamazlarsa, babanın oyu geçerliydi (eMK md.263); Evlenmeye, ana ve babanın, mutlaka birlikte izin vermeleri gerektiği hakkındaki eski Medeni Kanunun 90. maddesindeki (MK md.126) kural, menfaatler durumu aynı olduğu için, nişanlanmada da kıyas yoluyla uygulanmalıydı. **ZEVKLİLER/ACARBEY/GÖKYAYLA** s. 756. Aynıyönde görüş için ayrıca bkz. **ÖZTAN**, s. 41; **KOÇ**, s. 34.

²⁶⁸**TUĞBA**, Balkaya, Nişanlılık Hukuku ve Nişanlılıktaki Tazminat Davaları, İstanbul 2005, s. 7.

²⁶⁹**VELİDEDEOĞLU**, s. 24; **SAYMEN/ELBİR**, s. 45; **AKINTÜRK**, s. 26.

²⁷⁰**KOÇ**, s. 20; **AKINTÜRK/KARAMAN**, s. 34.

²⁷¹**AKINTÜRK/KARAMAN**, s. 34.

1949 tarihli bir kararında mücerret evlenme vaadinde bulunmak nişanlanma değildir, nişanlanmanın meydana gelebilmesi için örf ve adete uygun bir şekilde yapılması olması gerekir, demiştir²⁷². Yargıtayın yeni tarihli kararları ise tamamen farklı yödedir. Nişanlanmanın evlenme vaadiyle meydana geleceği, örf ve adet uyarınca merasimin yapılmamış olmasının nişanlanma olmadığı anlamına gelmeyeceği belirtilmiştir²⁷³. Sonuç olarak belirtelim ki, nişanlanma her hangi bir şekle tabi değildir, nişanlanma iradesi açık ve örtülü şekilde olabilir. Ancak açık irade ifdesi ile yapılmamış olan bir nişanlanmanın saptanması mümkündür. Bu zaman hâkim hal ve şartlara göre taraflar arasında bir nişanlanma sözleşmesinin olup olmadığını saptayacaktır. Şunu da belirtelim ki nişanlanma sıkı olarak kişiye bağlı bir hak olduğu için nişanlanma sözleşmesi temsilci vasıtasıyla yapılamaz. Nişanlanma evlenmeden farklı olarak şarta bağlı bir hukuki işlemdir. Yani nişanlanmanın ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına ve hukuka aykırı olmaması şartıyla şarta bağlı olarak yapılması mümkündür.

C) Nişanlanma Engelleri

Medeni Kanunda evlenme engelleri düzenlenmiş olsada nişanlanma engelleri ile ilgili her hangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Burdan şu soru ortaya çıkabilir, acaba evlenme engelleri aynen nişanlanmada da söz konusu olabilir mi? Mesela evlenmeleri bir biriyle yasaklanmış olan yakınlar nişanlanabilirler mi? Evli olan kimse nişanlanabilir mi? Aşağıda bu sorulara cevap bulmaya çalışacağız.

Nişanlanma medeni hukuk sözleşmesi olduğu için, sözleşme özgürlüğünü sınırlayan haller hukuka, kişilik haklarına, hukukun emredici kurallarına genel ahlâka aykırılık ve imkânsızlık nişanlanma için de söz konusu olacaktır. Evlenme engellerinin nişanlanma hakkında söz konusu olup olmayacağı hakkında şu sonuca varılmaktadır. Kesin evlenme engelleri, geçerli bir nişanlanmanın yapılmasını önlerse de, kesin olmayan evlenme engellerinin bulunmasına karşın yapılmış olan nişanlanma geçerlidir²⁷⁴. Kesin evlenme engelleri, akıl hastalığı, yakın derece kan ve kayın hısımlığı, evlatlılık ilişkisi ve mevcut evliliğidir. Akıl hastalığına yakalanmış olanlar evlenmelerinde tıbbi sakınca bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporu ile

²⁷² 2. HD. 8. 9. 1949, 2871/4269, OLGAÇ, Senai, İlmî ve Kazaî İçtihatlarla Türk Medeni Kanunu, İstanbul 1967, s. 147.

²⁷³ 6. HD. 17.3.1958, 2204/2256, (OLGAÇ, s. 87).

²⁷⁴ SAYMEN/ ELBİR, s. 50; VELİDEDEOĞLU, s. 27; ZEVKLİLER, s. 664; ZEVKLİLER, s. 664; KÖPRÜLÜ/ KANETİ, s. 50; ÖZTAN, s. 30; FEYZİOĞLU, s. 35.

anlaşılmadıkçaasla nişanlanamayacakları²⁷⁵ gibi kanunda gösterilmiş olan derecede yakın kan veya kayın hısımları da birbiriyle nişanlanamazlar²⁷⁶.

Kesin olmayan evlenme engelleri, nişanlanmanın geçerli şekilde meydana gelmesini önlemezler²⁷⁷. Nitekim kadın için söz konusu olan üç yüz günlük bekleme süresine uyulmaksızın yapılmış olan nişanlanmaların geçerli olacağı kabul edilmektedir.

Diğer bir soru ise nişanlı olan bir kimsenin tekrar tekrar nişanlanması halinde durumun ne olacağıdır. Böyle bir durum çifte nişanlanma olacaktır ki, bu durum ahlakaaykırı görülmekte ve geçersizdir. Ancak ikinci nişanlanma örtülü olarak birinci nişandan dönüldüğü anlamına geliyorsaikinci nişanlanma geçerli kabul edilmektedir. İkinci nişanlanma ilk nişanlanmayı bozmak niyetiyle yapılmışsa: ikinci nişanlanmayine geçerli kabul edilebilir.

III. Nişanlılığın Sona Ermesi ve Hukuki Sonuçları

Kısaca olarak konu ilgili olarak nişanlanmanın sona erme nedenlerini değinilmiştir. Nişanlanmanın sona erme erme nedenlerinden en mutlu ve normal olanı nişanlıların birbiriyle evlenmeleridir²⁷⁸. Nişanlılardan birinin ölmesi veya gaipliğine karar verilmiş olması durumunda da nişanlılık kendiliğinden sona erer. Nişanlılardan birinin başka bir erkek veya kadınla ikinci defa nişanlanırsa bu durumda mevcut nişanlanma kendiliğinden sona ermiş olur. Diğer bir sona erme nedeni ise nişanlılığın bozucu şarta bağlı olarak yapılmış olmasıdır. Nişanlanma sözleşmesinden sonra kesin bir evlenme engelini ortaya çıkması, imkânsızlık, anlaşma, irade bozukluğu hallerinde nişanlılık sona erer.

Nişanlanma sözleşmesinin sona ermesiyle nişanlıların kişisel durumunda kendiliğinden değişiklik meydana gelir. Bu durumda nişanlılar nişanlı olma durumundan çıkarlar ve nişanlanmadan önceki kişisel duruma geri dönerler. Nişanlılığın ortadan kalkmasıyla nişanlanma

²⁷⁵ MK. m 133'e göre, "Akıl hastaları, evlenmelerinde tıbbî sakınca bulunmadığı resmî sağlık kurulu raporuyla anlaşılımadıkça evlenemezler".

²⁷⁶ MK. m. 129, "Aşağıdaki kimseler arasında evlenme yasaktır:

1. Üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında,
2. Kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında,
3. Evlât edinen ile evlâtlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında.

²⁷⁷ **KÖPRÜLÜ/ KANETİ**, s. 50; **SAYMEN/ ELBİR**, s. 50; **FEYZİOĞLU**, s. 35; **VELİDEDEOĞLU**, s. 27; **ARSEBÜK**, s. 525.

²⁷⁸ **TUĞBA**, Balkaya, s. 12.

sözleşmesinden doğan yükümlülükler tabii olarak ortadan kalkar. Medeni Kanunun nişanlılığın hukuki sonuçlarını hediyeğin geri verilmesi ve tazminat olarak iki başlık altında toplamıştır. Nişanlanmada manevi tazminat konusu dahaayrıntılı olarak incelenmiştir.

A) Nişanlılığın Sona Ermesinde Manevi Tazminat

Nişanlılardan birinin haklı bir sebep olmadan tek taraflı olarak nişanı bozması veya nişanın bozulmasına tek taraflı olarak sebebiyet vermiş olması sonucunda bu yüzden meydana gelmiş zararlardan dolayı diğer nişanlıya tazminat hakkı tanınmıştır²⁷⁹. Yani tazminat davaları nişanın haklı bir sebep olmadan veya taraflardan birine yükletilebilen bir sebep yüzünden bozulması halinde söz konusu olabilir. Nişanlılardan birinin haklı bir sebebe dayanarak nişanı bozması halinde tazminat davası söz konusu olmayacaktır. Hangi hallerin nişanın bozulması için haklı bir sebep olacağı ise hâkimin takdirine bağlı kalmıştır. Hâkim ileri sürülen sebebin haklı olup olmadığını takdir ederken tarafların sosyal durumlarına ve toplumun görüşlerine bakmalı, söylenilen sözlerin ve takınılan tavırların gerçek anlamını araştırmalıdır. İleri sürülen sebeplerin doğruluğu Medeni Kanunun 4.maddesince takdir edilecektir. Doktrinde genellikle, sadakatsizlik, kötü hayat sürme, evlenmenin sebepsiz olarak geciktirilmesi, nişanlıya karşı muhabbetsiz ve küstahça davranışlar, kumarbazlık, ayyaşlık, nişanlılardan birinin cezai bir mahkumiyete çarpılması veya cezai mahkumiyetini gizlemesi nişanlının, manen ve maddieten ihmal edilmesi²⁸⁰. Nişanın bozulması için ileri gelen sebebin haklı sayılması için diğer tarafın mutlaka kusurlu olması gerekmez. Kusur olmadan bile haklı bir sebep mevcut olabilir. Örneğin nişanlılardan birinin ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde durum böyledir²⁸¹. Buradan görünen

²⁷⁹ Önceki Medeni Kanunun 85. maddesinde (MK md.121) "manevî tazminat isteyen tarafın kusursuz olması" ve nişanın bozulmasından dolayı "şahsen fahişbir surette mutazarrır olma" koşulu aranıyor ve bu takdirde manevî zararın telafisi için münasip bir tazminat isteyebileceği öngörülüyordu. Oysa eBK' nın 49'uncu (TBK md.58) maddesinde 3444 sayılıKanunla yapılan değişiklikle manevî tazminatta "zararın ve kusurun ağırlığı" koşulu kaldırılmıştır. Bu değişikliğe rağmen niteliği ve amacıaynıolan bu maddedeki manevî tazminatın ağır zarar koşuluna bağlitutulmasıhaklıve yerinde görülmemiştir. Öte yandan maddede hükmedilecek manevî tazminatın bir miktar paranın ödenmesi seklindeki bir tazminat olduğu açıkça vurgulanmış, burada manevî tazminatın diğer şekillerine yer verilmediği ifade edilmek istenmiştir". Bkz. **ABİK**, Yıldız, "Nişanlanma ve Nişanlılık", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2, C.54, 2005, s. 65-152.

²⁸⁰**SAYMEN/ ELBİR**, s. 59, **TEKİNAY**, s. 38-39.

²⁸¹**SAYMEN/ ELBİR**, s. 59.

o ki, nişanlının tek taraflı irade açıklamasıyla ve ancak haklı bir sebep olmadan veya nişanlılardan birine yükletilebilen bir sebeple bozulması halinde söz konusu olacaktır²⁸².

Manevi tazminat, kişilik hakkını oluşturan şeref, haysiyet gibi kişisel değerlere hukuka aykırı olarak yapılan saldırı nedeniyle, zarar gören nişanlının duyduğu üzüntü ve çektiği sıkıntılar yüzünden, yaşama sevincinde meydana gelen azalmanın, kısmen de olsa telafi edilmesini sağlayan bir medeni hukuk yaptırımıdır²⁸³.

B) Manevi Tazminat Davası ve Şartları

Medeni Kanun kusursuz olarak nişanın bozulması yüzünden, diğer tarafın uğradığı maddi zararların yanında, manevi zararların da giderilmesine imkân tanımıştır. Manevi tazminat kenar başlığını taşıyan 121.maddeye göre “nişanın bozulması yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevi tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir”. Haklı bir neden olmadan nişanın bozulmasına sebep olan veya nişanı bozan taraftan diğer tarafın manevi bir zarara uğraması halinde tazminat talep edebilmesi hukuken kabul edilmiş bir haktır. Nişanın bozulması sebebiyle, terk edilmiş veya ayrılmak zorunda bırakılmış nişanlı açısından, hayata küskünlük, hayal kırıklığı, acı çekmek, sosyal çevrede dedi kodulara konu olmak gibi durumlar muhtemeldir. Bu tarz olayların karşı tarafa manevi olarak zarar verdiği açıktır²⁸⁴. Nişanın bozulması sonucu olarak Medeni Kanun manevi tazminatı öngören koşulları belirtmiştir. Ancak her nişan bozulması halinde manevi tazminat borcu doğmaz. Böyle bir tazminat talebinde bulunmak için, aşağıdaki şartların gerçekleşmesi gerekir.

1. Geçerli Bir Nişanlanmanın Varlığı

Nişanın bozulmasından dolayı manevi tazminat davasının açılabilmesi için, ilk şart geçerli bir nişanlanma sözleşmesinin olmasıdır²⁸⁵. Ancak atarflar aralarında evlenme iradesi olmadan birlikte yaşıyorlar ve daha sonra erkek evlenmeyi tek taraflı olarak sona erdirmişse, kadın nişanın bozulması nedeniyle manevi tazminat talebinde bulunamaz²⁸⁶.

²⁸²AKINTÜRK/KARAMAN, s. 51.

²⁸³KOÇ, s.107.

²⁸⁴KARAHASAN, s. 283.

²⁸⁵ÖZTAN, s. 87.

²⁸⁶HATEMİ/SEROZAN, s. 55; ÖZTAN, s. 87.

2. Kişilik Haklarına Saldırının Olması

Kişinin yaşamı, beden ve ruh tamlığı, onur ve ünü, resmi, gizliliği gibi varlıkların bütünü kişiliği oluşturur. Kişinin hayat, beden ve sağlığına ilişkin değerlerin maddi bir varlığı vardır. Kişisel varlıkların bütününden meydana gelen kişilik, genel bir kişilik hakkının konusunu oluşturur. Eski Medeni Kanunda ancak ağır şekilde kişilik hakkına saldırının nişanlılığın sona ermesinde manevi tazminat borcu doğuracağı hükme bağlanmıştı. Yeni kanunda ise saldırının derecesinden söz edilmemiştir. Ancak şübhesizki, nişanın bozulması zamanı manevi tazminattan sözedilebilmesi için kişilik haklarına belirli ölçüde saldırı gerçekleşmelidir. Çünkü önceden söylediğimiz şeref, haysiyet, ün gibi kişilik haklarına saldırının manevi anlamda kişide zarar oluşturması halinde manevi tazminattan sözedilebilir²⁸⁷. Kişilik haklarına saldırıya örnek olarak bir tarafın diğer tarafla evlenmeye kesin kararlı olmasına rağmen nişanlılık ilişkisini devam ettirmesi, sadaktsizliği, nişanı sebepsiz yere uzatması, nişanlıktan doğan görevlerin yerine getirmemesi, nişanlıyı bırakıp kaçması, şeref ve haysiyetini zedeleyici hareketlerde bulunması gösterilebilir.

Kişilik haklarının saldırıya uğraması ifadesine Medeni Kanunun 121.maddesinde yer vermiştir. Yani burada kişilik hakkına olan saldırının derecesi belirlenmemiştir. Bu maddedeki kişilik haklarının saldırıya uğraması ifadesinden anlaşılan kişilik hakkına hukuka aykırı bir saldırının varlığıdır²⁸⁸.

3. Nişanı Bozan Tarafın Kusurlu Olması

Manevi tazminatın istenebilmesi için nişanı bozan tarafın kusurlu olması aranır. Ancak bu halde kusurun ağırlığı aranmaz²⁸⁹. Medeni Kanunun 121.maddesinde kusurun ağırlığı aranmaz, kusurun varlığı yeterlidir²⁹⁰. Durum böyle olunca nişanın bozulmasına neden olan tarafın kusuru

²⁸⁷ BALKAYA, s. 19.

²⁸⁸Nişanlı kızın iftial edilmesini, alışılmış nişanlılık münasebetleri ötesinde çok samimi bir suretle devam eden ilişkiden sonraya da taraflardan birinin diğeri hakkında iffet, namus veya sağlık bakımından yakışık almayan dedikodular çıkarması nedeniyle nişanın bozulması durumlarında nişanlının evlenme şansının azalması kişilik hakkına hukuka aykırı bir saldırı olarak değerlendirilebilir. ÖZTAN, s. 88-89.

²⁸⁹ Manevi tazminat davası açacak taraf için nişanın bozulması nedeniyle manevi varlıklarında ağır bir zararın bulunması aranır. HGK, 10.7.1991, 466/172; Nişanın bozulmasında meydana çıkan eylem ve üzüntü her zaman ağır zarara yol açmaz 3.HD, 3.12.1990, 3466/9910inerjimevzuat.com.tr. E.T 04.03.2017

²⁹⁰Eski Türk Medeni Kanununda manevi tazminat alacağı iki fıkra halinde düzenlenmiştir. Birinci fıkra “fahiş bir surette” zarara uğrayan kişinin manevi tazminat talep edebileceğini öngörmekteydi. İkinci fıkra ise manevi tazminat

hafif olsa, yani nişan onun ihmaliyle neden olduğu bir olayla bozulmuş olsayine de manevi tazminat istenebilecektir²⁹¹. Nişanın haklı bir nedene dayanmadan bozulması halinde, daima bir kusurun var olduğu kabul edilir²⁹². Burada kusurun ağırlığı sadece manevi tazminat miktarının belirlenmesinde önem taşır.

Kanunen hangi hareketlerin kusurlu olduğu belirlenmemiştir. Bu durumda hangi nedenlerin haklı hâgilerinin haksız olacağını belirlemek hâkimin takdir yetkisine kalmıştır. Hâkim tarafların nişanın bozulmasına etki eden davranışlarına bakarak karar verecektir.

4. Tazminat İsteyen Nişanlının Kusursuz Olması

Nişanlılardan biri nişanın bozulmasında diğer tarafla birlikte kendisi de kusurlu bulunuyorsa, manevi tazminat talep edemez. Manevi tazminat lafzından daanlaşılacağı gibi manevi tazminat kusurlu taraftan istenir. Bu halde kusurlar birbirine mahsup edilerek tazminat miktarından bir indirim yapılması söz konusu değildir. Yani bu durumda Borçlar Kanununun 52.maddesi uygulanamaz²⁹³. Nişanın bozulmasında kusurlu olan veya bozulma sonucunda doğuracak süre zarfında nişanı bozacak eylemlere rıza gösteren taraf bu sebepleri ileri sürerek manevi tazminat talebinde bulunamaz²⁹⁴.

alacağının mirasçılara intikal edip etmeyeceği sorunuyla ilgiliydi. O zamana göre kişilik hakkının korunmasıyla ilgili genel hüküm eski Medeni Kanununun 24.maddesinde yer almakta, bundan doğan manevi tazminat ise Borçlar Kanununun 49. maddesinde düzenlenmekteydi. 1988 tarihli 3444 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle Medeni Kanununa yeni 224/a maddesi eklenmiştir. Borçlar Kanununa yapılan değişiklikle “Şahsi menfaatleri haleldar olan kimse hata vukuunda zarar ve ziyan ve hatanın hususi ağırlığı icap ettiği surette manevi zarar namı ile nakdi bir meblağ itasının dava edebilir” hükmü şu şekli almıştır “Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi. Uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir”.

²⁹¹ AKINTÜRK, s. 51; ÖZTAN, s. 89.

²⁹² TEKİNAY, s. 54; FEYZİOĞLU, s. 70; ARSEBÜK, s. 538.

²⁹³ TEKİNAY, s. 55; SAYMEN/ ELBİR, s. 62.

²⁹⁴ Yargıtay 4HD.05.02. 10032/1274, “Üniversite mezunu ve ergin bir kişi olup, resmi nikahsız olarak davalı ile karı-koca hayatı yaşamış ve daha sonra tarafların anlaşamaması nedeniyle bu birliktelik sona ermiştir. Üniversite mezunu ve reşit kişi olan davacının yasal bir evliliğin nasıl gerçekleşeceğini bilmemesi düşünülemez. Birliktelik için başlangıçta yapılması gereken nikah akdinin en sona bırakılmasının hiç bir haklı nedeni olmaz. Amaç evliliklikse nikahın baştan göz ardı edilmesi, kişi için ağır bir kusurdur. Hiç kimse kendi kusurunun getirdiği sonuç, acı da olsa, ızdırapta verse katlanmaktan kurtulamaz. Davacının kendi eylem ve davranışlarıyla öngörülebilir sonucu, tazminata dönüştürmek istemesi, bundan karşı yanı sorumlu tutması hukuken mümkün değildir. Kişi haklı olduğu ölçüde hukukun himayesindedir”. www.kazanci.com

C) Manevi Tazminat Davasının Tarafları ve Kapsamı

Manevi tazminat isteme hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Bu yönüyle, Medeni Kanunun 16/f.1 gereğince ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar yasal temsilcilerinin iznine ihtiyaç olmadan manevi tazminat davasını bizzat açabilirler. Diğer taraftan manevi tazminatı kişilik hakları çiğnenmiş olan kusursuz nişanlının bizzat kendisi isteyebilir. Kusursuz nişanlının veli veya vasisi böyle bir istemde bulunamaz. Manevi tazminat nişanlılar arasında açılır, nişanlıların ana ve babaları ilgililer manevi tazminat isteyemezler²⁹⁵. Bu hak kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için başkalarına devredilemeyeceği gibi, mirasçılara da geçemez. Ancak bu kural Medeni Kanunun 25/f.4 hükmü ile değiştirilmiş bulunmaktadır. Hükme göre “manevi tazminat istemi karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçemez”. O halde denilebilir ki, nişanın bozulması durumunda kişilik hakkı çiğnenmiş olan nişanlının manevi tazminat istemi kusurlu nişanlı tarafından kabul edilmişse sağlararası bir işlemle başkasına devredilebilir. Kusursuz olan nişanlı ölümden önce manevi tazminat istemini ileri sürmüşse, bu hak ölümden sonra mirasçılara geçecektir.

Manevi tazminatın şartları varsa hâkim takdir hakkını kullanarak, tarafların, toplumsal, kültürel ves. özelliklerine bakarak manevi tazminatı belirler. Medeni Kanunun 121.maddesi gereğince hâkim sadece paraya hüküm edebilir²⁹⁶. Başka türlü karar yoluna, örneğin özür dileme yoluna başvurulamaz.

D) Zamanaşımı

Medeni Kanundanişanlılığın sona ermesinden doğan istemleri bir yıllık zamanaşımına tabi tutmuştur. Zamanaşımı süresinin başlangıcı nişanın sona erme tarihidir. Zamanaşımının nişanın bozulduğu tarihten itibaren zamanaşımının işlemeye başlaması bazı hâllerde adalete

²⁹⁵ AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 56.

²⁹⁶Eski Medeni Kanunda manevi tazminatın parayla mı ya da başka bir uygun şekilde mi hükmedilmesi konusunda bir düzenleme benimsenmemiştir. Bu yüzden doktrinde iki görüş vardır. Birinci görüş savunular (Akıntürk, Gökyayla, Zevkliler, Tekinay) manevi tazminatın parayla ödenmesi kanaatindeydiler. Diğer ikinci bir görüşü savunular ise (Öztan, Saymen/ Elbir, Franko İ. Nismi) para dışında bir manevi tazminata da hükmedilebilmesi kanaatindeydiler. Örneğin, mahkeme kararı ile kınama, kınama kararının ilanı, açık özür dileme. Ancak yeni Medeni Kanunda uygun bir miktar para ödenmesinden bahsedildiği gibi, aynı maddenin gerekçesinde de manevi tazminatın para dışındaki diğer şekillerine yer verilmediği belirtilmektedir.

aykırı sonuçlar doğurduğu için bu durumlarda başlama tarihinin nişanın bozulduğunun öğrenme tarihi olması görüşü de savunulmaktadır²⁹⁷. Bir görüşe göre ise “nişanın gönderilen bir yazı ile bozulması halinde bir yıllık sürenin yazının karşı tarafa ulaştığı tarihte işlemeye başlayacağı, ancak nişanın bozuması bir haberci ile bildirilmişse veya kanaat verici bir davranışla nişan bozulmuşsa, karşı tarafın öğrenme tarihinden itibaren bir yıllık sürenin işlemeye başlayacağı kabul edilir²⁹⁸”.

Bir yıllık zamanaşımı süresi, nişanlılığın sona ermesinden doğan bütün istem haklarında geçerlidir. Maddi, manevi tazminat davaları veya hediyelerin geri verilmesine ilişkin davalarda bu süre içinde açılmalıdır.

IV. Değerlendirme

Nişanlanma sözleşmesinin hukuki niteliği gereği bir sözleşme olduğu düşünülebilir. Ancak kendine özgü yapısı olan bağımsız bir aile hukuku sözleşmesidir. Nişanlanma sözleşmesinin hukuki sonuçları, bu özel nitelikten ortaya çıkar ve sözleşmeler ile ilgili genel hükümler nişanlanma sözleşmesine de uygulanır. Bu uygulama, nişanlanmanın özellikleri ve borçlar hukuku hükümlerinin aile hukukuna ait bir sözleşmeye uygulanması imkanı ile sınırlıdır. Ancak nişanlanma sözleşmesinin diğer sözleşmelerden farkı, nişanlanmanın doğal sonucu olan evlenmenin gerçekleşmemesi halinde tarafların evlenmeye zorlanamamasıdır. Tam ehliyetliler ve sınırlı ehliyetliler herhangi bir kişi veya merciden izin almadan, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olan nişanlanma sözleşmesini tek başlarına yapabilirler. Tam ehliyetsizler ayırt etme gücünden yoksun oldukları için, yapacakları nişanlanma sözleşmesi de hukuki sonuç doğurmaz. Sınırlı ehliyetsizlerin yapmış oldukları nişanlanma sözleşmesinin bunlar için bağlayıcı olabilmesi için yasal temsilcilerinin (veli veya vasi) onayı gereklidir.

Nişanlanma evlenme vaadi olduğu için, kesin evlenme engelleri geçerli bir nişanlanmanın yapılmasına engel olurken, kesin olmayan evlenme engellerinin bulunduğu bir nişanlanma geçerlidir.

²⁹⁷ **TEKİNAY**, s. 52; **SİRMEN**, Lale, Ayşe, Nişanın bozulmasında Manevi Tazminat, Ankara Hukuk Fakültesi 50.YılAramağani, C.I, S. 13, 1977, s. 359-379.

²⁹⁸ **OĞUZMAN/ DURAL**, s. 59.

Nişanlanma tek taraflı olarak bozulabileceği gibi tarafların anlaşması ile de sonaerebilir. Ancak haklı bir sebebe dayanmayan tek taraflı bozmalarda, haksız olarak nişanı bozan taraftan maddi ve manevi tazminat talep edilebilir. TMK m.121'in metninden hakimin manevi tazminat davasının şartları varsa, sadece paraya hükmedebileceği açıkça anlaşılmaktadır. Manevi tazminatın diğer şekilleri (örneğin mahkeme kararıyla kınama, kınama kararının ilanı , açıkça özür dileme) nişanlanma nedeniyle talep edilebilecek manevi tazminat arasında yer almamaktadır. Manevi tazminat talebi isteme hakkı bulunan nişanlının, talepte bulunmadan önce ölmesi halinde, mirasçılarının onun hakkı olan manevi tazminatı isteyip isteyemeyeceklerine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle bu konuda TMK m. 25'teki genel hüküm uygulanacak ve nişanlı manevi tazminat talebinde bulduktan sonra ölmüşse, manevi tazminat talebi mirasçılara geçecektir.

§ 6. BOŞANMADAN DOĞAN MANEVİ TAZMİNAT

I. BOŞANMA KAVRAMI

Evliliği sona erdiren sebeplerden biri de boşanmadır. Boşanma “ eşler henüz hayatta iken bir eşin kanunda öngörülmüş olan sebeplerden birine dayanarak açacağı dava sonucunda evlilik birliğine hâkim kararıyla son verilmesidir²⁹⁹”. Bu kurum kamuoyunda ilgi çeken, sıcaklığını her zaman koruyan bir kurumdur.

Boşanmanın tarihine baktığımızda eski devrlerde de uygulanan bir kurum olduğunu görüyoruz. İslâm hukukunda bile boşanma vardı ve boşanmahakı kural olarak kocaya tanınmıştı. Hatta kocaya tanınan bu imkân mahkeme dışı bir imkândı. Koca istediği zaman bu imkândan tek taraflı olarak yararlanabiliyor ve karısını boşayabiliyordu. Kocanın karısını boşaması bazı şartlara bağlanmış olsa dayine de kocanın ağzından “boş ol” sözü çıkınca eşler boşanıyordu³⁰⁰. Kural olarak İslâm hukukunda kadının eşini boşamahakı yoktur.

Roma hukukundahâkim kararına gerek olmaksızın boşanma mümkündür. Çünkü Roma Hukuku evlenmeyi karı ve kocanın iradelerine bağlı sözleşme olarak kabul ediyordu. İster karı, isterse de koca tek taraflı irade ifadeleri ile evlilik ilişkilerine son vere biliyordu. Cermen

²⁹⁹ AKINTÜRK/KARAMAN, s. 236; HATEMİ/ SEROZAN, s. 206-207; TEKİNAY, s. 166 vd.

³⁰⁰ AKINTÜRK/KARAMAN, s. 235.

hukukunda kocanın tek yanlı olarak karısını boşaması “kadının evden uzaklaştırması” ile olabiliyordu. Ancak bu yolla evliliğin sona erdirilebilmesi, kadının zinası ve çocuk doğuramaz (kısırlık) gibi belli hâllerde mümkün idi. Franklar devrinde ise karıya istisnai durumda kocasının kötü davranması durumunda onu terk etme hakkı tanınmıştı³⁰¹.

Kilise hukukunda özellikle, Katolikliğin egemen ve yaygın olduğu dönemlerde evlilik ebedi ve kutsal sayılmış, İsanın İncildeki “allahın birleştirdiğini kimse ayıramaz” sözüne dayanarak gerek kadının gerekse de erkeğin boşanmaları yasaklanmıştı³⁰². Buna karşın reformasyondan sonra Protestanlık evliliğin kutsal bir bağ olduğu görüşünü kabul etmeyerek, boşanmayasağını benimsemedi ve bu yasağa karşı tavır aldı³⁰³.

Boşanma aile hukukunda kamuoyunun en çok ilgisini çeken kurumlardan biridir. Bilindiği gibi belli süre için evlenmek ne toplumun genel ahlakına ne de hukuk düzenine uymaz. Eşler arasında kurulan evlilik birliğinin onlar hayatta iken ortadan kalkmaması gerekir. Çünkü aile toplumu oluşturan küçük insan birliğidir. Ailenin düzen ve esenlik içinde devam etmesi, olur olmaz sebeplerle dağılmaması, yeni kuşakların sağlam, karakterli ve çok iyi yetişmiş bir kuşak olabilmesi için gereklidir³⁰⁴.

A) Boşanma Konusundaki Görüşler

Boşanma konusunda bir birine tamamen ters düşen eğilim ve düşünceler söz konusudur. Çeşitli hukuk sistemlerinde boşanma ile ilgili etkili olan görüşleri üç noktada toplayabiliriz³⁰⁵. Bunlar: Boşanmaya yer vermeyen görüş, boşanmanın serbest olması görüşü ve boşanmanın bir sebebe dayanarak hâkim hükmüyle gerçekleşmesi görüşleridir.

³⁰¹ GÜRSOY, Kemal, Tahir, Boşanma Hukukunun Tarihi Gelişimine Genel Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Eğilimler, Ankara Hukuk Fakültesi, 50. Yıl Armağanı C.II Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, s. 1. vd.

³⁰² AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 236.

³⁰³ GÜRSOY, s. 3; TEKİNAY, s. 167.

³⁰⁴ VELİDEDEOĞLU, s. 177.

³⁰⁵ SAYMEN/ ELBİR, s. 235; VELİDEDEOĞLU, s. 178; TEKİNAY, s. 116; TANDOĞAN, s. 169.

1. Boşanmaya Yer Vermeyen Görüş

Bu görüş 10.yüzyıldan itibaren Katolik Kilise Hukuku tarafından benimsenen ve uzun süre uygulanan bir görüştür³⁰⁶. Bu görüşe göre evlilik hristiyanlar arasında kutsal olgulardan sayılıyor ve evlilik kocanın iradesi ile değil, ölümle son bulacağı kabul ediliyordu. Bu görüşün esası, “tanrının birleştirdiğini kul ayıramaz” kuralını içeren incilden esinlenmektedir. Evlilik bağının tamamen ve kesin olarak ortadan kaldırılması söz konusu değildir. Katolik kilisesi tarafından kabul edilmiş ve savunulmuş olan bu görüş uzun bir süre boyunca egemen olmuş ve bu düşünceyi etkisiz kıla bilmek için bir hayli çaba harcanmıştır. Bu görüş Arjantin’de 1987 yılında kaldırılmış olmakla birlikte katolikliğin ağır etkisi altındaki Güney Amerika devletlerinde hâlayürlüktedir³⁰⁷.

Uzun yıllar Katolik kilisesinin etkisi altında kalan İtalya’da 1970 yılında yapılan kanun değişikliği ile boşanmanın kabul edilmesinin ardından beş ay içerisinde beş milyon çift boşanmak için mahkemeye başvurmuştur³⁰⁸.

2. Boşanmanın Serbest Olması Görüşü

Bu görüş bireyci düşüncelere dayanmaktadır. Bu görüşe göre evlilik tarafların iradeleriyle kurulduğuna göre, onların serbest iradeleri ile ortadan kaldırılabilir. Eşler karşılıklı anlaşma ile evlilik ilişkilerine diledikleri zaman son verebilirler. Genellikle kocanın tek taraflı irade ifadesi ile de evlilik ilişkisine son verilebilir. Serbest boşanma görüşü dediğimiz bu görüşe Roma, Cermen, Babil ve İbrani Hukuklarında eşlerin karşılıklı anlaşmaları veya kocanın tek taraflı anlaşmasıyla tarafların boşanmalarınaimkân verilmişti³⁰⁹. Buna İslâm hukukunda “Talâk” denir³¹⁰. Talâk ise kocanın hiç bir sebep göstermeden tek taraflı olarak karısını boşayabilmesini ifade etmekteydi³¹¹.

³⁰⁶ GENÇCAN, s. 84; ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 367; TUTUMLU, Mehmet Akif, Evliliğin Butlanı Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, s. 20, Ankara 2006; AKINTÜRK/KARAMAN, s. 238.

³⁰⁷ AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 238.

³⁰⁸ CANSSEL, Erol, Boşanmanın Dayandığı Hukuki Sebepler, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, C. 2, Yıl, 1977, s. 67-113, 1981 yılına kadar İspanya’da 1978 yılına kadar Portekizde bu sistem benimsenmiştir; ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 368 AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 238; TUTUMLU, Boşanma, s. 21.

³⁰⁹ GÜRSOY, Tarihi Gelişim, s. 1; ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 367; TUTUMLU, s. 21; AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 238; Rusya’da eşlerden her birine evlilik birliğini bozma hakkına dair bkz CANSSEL, s. 73.

³¹⁰ GENÇCAN, s. 87; ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 367.

³¹¹ AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 239.

3. Boşanmanın Sebebe ve Hâkim Hükmüne Dayanması Görüşü

Bu görüş ne serbest boşanama görüşü gibi liberal ne de boşanmayayer veremeyen görüş kadar liberaldir. Görüş esasen Katolik Kilisesi hukukuna karşı Protestan Kilisesi hukukunun tepkisi olarak ortaya çıkmıştır³¹². Bu görüşe göre boşanmayolu ile evlenmeye son vermek mümkündür. Ancak bunun için kanunda öngörölmüş bir sebep olmalı ve ayrıcahâkimin hükmüyle gerçekleşmesi gerekir. Modern hukuk sistemleri büyük bir kısmı bu gün bu görüşü benimsemiş onu belli sebeplerin varlığına ve hâkimin hükmüne bağlamışlar. Türk Medeni Kanunu da boşanmada bu görüşe uymuştur. Ancak Türk İsviçre Medeni Kanunları boşanmayanında “Ayrılık” kurumuna dayer vermiştir.

Sebebe dayanan boşanma görüşü de diyebileceğimiz bu görüş, ancak kanunda öngörölmüş olan genel bir boşanma sebebinin veyaayrı ayrı sayılan sebeplerden birinin var olması halinde söz konusu olabilmektedir.

B) Boşanmanın Dayandığı İlkeler

Boşanmanın dayandığı ilkeleri dört noktada toplayabiliriz. Bunlar “kusur³¹³”, “irade³¹⁴”, “temelden sarsılma³¹⁵” ve “elverişsizlik³¹⁶” ilkeleridir. . Bu ilkere Medeni Kanunun 166.

³¹² ÖZTAN, Aile Hukuku s. 368.

³¹³ Kusur İlkesine göre boşanma eşlerden birinin kusurlu olması halinde mümkündür. Boşanma davasını açma hakkı, kusurlu olmayan eşe tanınır. Zira bu kabahatli tarafa karşı bir ceza olmakla beraber aynı zamanda ve daha ziyade tecavüze uğrayan ve zarar gören eşin menfaatleri için zaruri bir himaye addediliyor ve kendisi için birlikte hayatın devam ettirilmesi bu şartlar altında artık imkânsız olur. Kusur ilkesine göre boşanmanın gerçekleşebilmesi için eşlerden birinin buna sebep olabilecek ağırlıkta bir kusurunun varlığı şarttır. Kusur ilkesi, kusursuz olan eşin korumaya yönelik bir ilkedir. AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 240.

³¹⁴ İrade ilkesine göre, evlilik eşlerin birlikte açıkladıkları ortak iradeleriyle kurulur ve yine onların iradeleriyle sona erdirilir. Buna göre, eşlerden birinin veya beraberce boşanma isteminde bulunması halinde mahkeme veya yetkili makam boşanmaya karar verecektir. KÖPRÜLÜ/ KANETİ, s. 143; ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 371; AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 241.

³¹⁵ Temelden sarsılma ilkesi bazılarına göre “toplum menfaati ilkesi”(Velidedeoğlu, s. 184) bazılarına göre ise “düzen bozukluğu ilkesi”(Tandoğan, s.72; Feyzioğlu, s. 253; Öztan, s. 211) olarak adlandırılmaktadır. Bu ilkeye göre evlilik birliği temelden sarsılmışsa artık bu birliği devam ettirmenin hiç bir faydası ve anlamı yoktur. Burada kusur ikinci planda kalmaktadır. Evlilik birliği her şeyden önce eşlere ve çocuklara mutluluk getirmeli, onların gelişimlerine yardımcı olmalıdır. Birlik temelinden sarsılmış ve aile düzeni bozulduğunda mutluluk değil, acı, üzüntü ve elem getirir; böyle olunca toplumunda bu birliğin devam etmesinde hiç bir yararı kalmaz. Temelden sarsılma ilkesi kusur ilkesi gibi subjektif değil, objektif esaslara dayanmaktadır ve hâkime boşanma hususunda takdir serbestliği vermektedir.

³¹⁶ Elverişsizlik ilkesi diğer ilkelerden daha sonra ortaya çıkmıştır. Bu ilkeye uygunsuzluk ilkesi de denilmektedir. Bu ilkeye göre eşlerden biri, ortaya çıkacak ruhsal ve bedensel sağlığının önemli derecede bozulması sonucunda evlilik hayatını ve özellikle ondan doğan yükümlülükleri yerine getirmeye elverişsiz bir duruma gelmişse, artık bu evliliğe son verilmelidir. Bedensel ve ruhsal bozukluklara örnek olarak, iktidarsızlık, cinsi sapkınlık, akıl hastalığı,

maddesinde düzenlenen ve mahiyetine bakıldığında “eylemli ayrılık ilkesi³¹⁷” denebilecek bir diğer ilkeyi de ekleyebiliriz.

Temelden sarsılma ilkesi Medeni Kanun tarafından genellikle kabul edilmiş bir ilkedir. Ancak eski Medeni Kanun esas itibarıyla temelden sarsılma ilkesini kabul etmiş olmakla birlikte, kusur ve elverişsizlik ilkesine de yer vermiştir³¹⁸. Eylemli ayrılık ve irade ilkesi ise eski Medeni Kanunda olduğu gibi yeni Medeni Kanun tarafından benimsenerek aynen korunmuştur.

Medeni Kanunun boşanma sebeplerini belirlerken bir tek ilkeye bağlanmadığını, aksine birden çok ilkeyi hatta son değişiklikle mevcut bütün ilkeleri benimseyerek adeta bir karma sisteme yer verdiğini söylenilebilir³¹⁹.

C) Boşanma Sebepleri

Türk Medeni Kanunu'nda, boşanma sebepleri sınırlı olarak belirlenmiştir. Bu durum Medeni Kanunumuzda boşanma konusunda belirli sebeplere dayanarak hakim kararı ile boşanma sisteminin kabul edilmiş olmasının bir sonucudur. Bu sebeple ancak kanunda sınırlı sayıda belirlenmiş olan boşanma sebeplerinden birine dayanılarak boşanma davası açılabilir ve boşanmaya karar verilebilir. Boşanma sebepleri belirli bir olguya dayanıp dayanmamalarına göre özel boşanma sebepleri ve genel boşanma sebepleri şeklinde, hakim takdir yetkisi bakımından ise mutlak boşanma sebepleri ve nisbi boşanma sebepleri şeklinde sınıflandırılmaktadır. Boşanma sebeplerinin belirli bir olay veya olguya dayanması durumunda özel boşanma sebeplerinden söz edilir. Boşanma sebeplerinden zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, terk ve akıl hastalığı özel boşanma sebepleridir. Belirli bir olay veya olguya dayanmayan boşanma sebepleri ise

kısırlık gibi hastalıklar gösterilebilir. Elverişsizlik ilkesince boşanmaya karar verilmesi için davacı eş yönünden ortak hayatı çekilmez hale getiren olaylarda davalı eşin kusurunun bulunmasına gerek yoktur . **KÖPRÜLÜ/ KANETİ**, s. 144; **AKINTÜRK/ KARAMAN**, s. 242.

³¹⁷Eşlerde ortak hayatı birlikte sürdürme istek ve inancı kalmamışsa, sürekli olarak bir birlerinden ayrı yaşama eğilimi köklemişse, artık bu evliliği sürdürmeye hiç bir yarar kalmamıştır. Eşlerin seyledikleri bu tür davranışlar, eşlerin birlikte yaşama ve evlilik birliğini sürdürme isteklerinin kalmadığını ve iradelerinin evlilik birliğini sona erdirmeye yönünde olduğunu gösteresidir. Burada eşlerin kusurları veya evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığı önem taşımamaktadır. Önemli olan eşlerin ayrı yaşamalarıdır. Bu ilkenin uygulanmasında önemli husus, eşlerin boşanmalarına karar verebilmeleri için ne kadar süre ayrı yaşamış ve bir araya gelmemiş olmaları gerektiğinin saptanmasıdır. Bu konuda yazarların de haklı olarak ifade ettikleri gibi , “ eylemli ayrılık süresinin kısaltılması tek yanlı boşanmaya yol açar,uzun tutulan süre ise yeni bir yaşamı başlatmak olanağını yok eder. **KÖPRÜLÜ/ KANETİ**, s. 144.

³¹⁸ **SAYMEN/ ELBİR**, s. 241; **BİRSEN**, s. 311.

³¹⁹ **AKINTÜRK/ KARAMAN**, s. 243.

genel boşanma sebepleridir. Boşanma sebeplerinden evlilik birliğinin sarsılması, eşlerin anlaşması ve ortak hayatın yeniden kurulamaması genel boşanma sebepleridir.

Mutlak boşanma sebeplerinde, kanunda belirlenmiş olan boşanma sebebinin gerçekleştiğinin ispatlanması halinde hakim ayrıca başka bir şart aramadan boşanmaya karar verebilmektedir. Boşanma sebeplerinden zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, terk, eşlerin anlaşması ve ortak hayatın yeniden kurulamaması mutlak boşanma sebepleridir³²⁰. Nisbi boşanma sebeplerinde ise, kanunda belirlenmiş olan boşanma sebebinin gerçekleştiğinin ispatlanması yanında ayrıca söz konusu boşanma sebebinin davacı eş için ortak hayatı çekilmez hale getirdiğinin de ispatlanması gereklidir. Boşanma sebeplerinden suç işleme, haysiyetsiz hayat sürme, akıl hastalığı ve evlilik birliğinin sarsılması nisbi boşanma sebepleridir.

Burada boşanma sebeplerini alışlageldiği şekilde özel boşanma sebepleri ve genel boşanma sebepleri şeklinde iki ayrı başlık altında ele alıp, boşanma sebepleri-nin her biri için TMK'nın 174. maddesinin 2. fıkrası uyarınca manevi tazminat talep edilip edilemeyeceği konusunu incelenmiştir.

II. Boşanma Sebebiyle Manevi Tazminat

Türk hukukunda boşanmanın “sebebe ve hâkimin hükmüne dayanması” görüşü kabul edilmiştir. Boşanma sebepleri Medeni Kanunda sınırlı sayıda belirtilmiştir. Durum böyle olunca kanunda belirtilmiş olan sebeplerden biri bulunduğu halde hâkimin hükmüyle boşanmak mümkün olur. Medeni Kanundaki boşanma sebepleri mahiyetleri ve kapsamaları bakımından birbirinden farklıdır. Bunların bir kısmı, zina, hayata kast, pek kötü ve onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, terk, akıl hastalığı gibi belli olgulara dayanır. Bunlar özel boşanma sebepleridir. Belirli olguya dayanmayan boşanma sebepleri ise genel boşanma sebepleridir. Evlilik birliğinin sarsılması, eşlerin anlaşması, eylemli ayrılık genel boşanma sebepleridir³²¹.

Boşanma sebepleri bazen “mutlak boşanma sebepleri” ve “nisbi boşanma sebepleri” olmakla ikiye ayrılır. Mutlak boşanma sebeplerinde, boşanmaya sebep olarak kanunda belirlenen olgunun veya olayın ispatı durumunda hâkim bunun diğer eş için ortak hayatı çekilmez duruma getirip getirmediğini araştırmak zorunda olmadan karar verecektir.

³²⁰ GENÇCAN, s. 1050-106.

³²¹ KÖPÜRLÜ/ KANETİ, s. 189; PETEK, s. 44; AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 243.

Nisbi boşanma sebeplerinde ise, boşanmaya sebep olarak kanunda öngörölmüş olan olgunun veya olayın gerçekleşmiş olması veya ispatlanmış olması geçerli değildir. Hâkimin ayrı olarak ortaya çıkmış olan durumun diğer eş için ortak hayatı çekilmez duruma getirip getirmediğini ve ancak bu şart da gerçekleşmişse boşanmaya karar vermesi gerekecektir³²².

A) Boşanmaya Sebep Olan Olaylar Nedeniyle Manevi Tazminatın Şartları

Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesinin bir takım hukuki sonuçları vardır. Mahkeme kararı sonucunda ortaya çıkacak olan bu sonuçlar boşanmanın hukuki sonuçlarıdır. Bunun sonunda taraflar maddi tazminat talebinde bulunacağı gibi manevi tazminat talebinde de bulunabilirler. Tez konumuzdaki önemi açısından boşanmada manevi tazminatın şartları incelenmiştir.

Doktrinde boşanmanın hukuki sonuçları ile ilgili çeşitli fikirler vardır. Bir fikire göre boşanmanın hukuki sonuçlarından bazıları hâkimin verdiği boşanma kararındayer alan veyaalması gereken muhtemel sonuçlardır³²³, bazıları ise, boşanma kararındayer almadıkları halde kendiliğinden doğan sonuçlardır³²⁴. Burada manevi tazminat boşanmahakında kararındayer alan veyaalması gereken muhtemel sonuçlardır. Başka bir ayrıma göre boşanmanın hukuki sonuçlarından bazıları her boşanma olayında mutlaka ortaya çıktığı halde³²⁵, bazıları her boşanmada ortaya çıkmaz. Gördüğümüz gibi bu ayrımda manevi tazminat talebi her boşanma sonucunda ortaya çıkmayabilir. Evlilik birliği kamu düzenini yakından ilgilendiren bir kurum olduğu için kurulması gibi sona ermesi de bir takım koşullara tabidir. Konumuzla illigi evlenmenin sona ermesinin sonuçlarından olan manevi tazminat talebi aşağıdaki koşulların gerçekleşmesine bağlıdır.

1. Manevi Tazminat Talebi

Boşanmaya neden olan olaylar sebebinden manevi tazminatı zarar gören ya boşanma davası ile birlikte ya daayrı bir dava ile talep edebilecektir. Boşanma davasındahâkim hüküm altınaalınmasa bile, iştirak nafakası, velayet gibi bir talepde bulunmasadahâkim tarafından resen karar verilmesi gerekir. Ancak manevi tazminat talebinde bulunulmadığı halde hâkimin bu

³²²SAYMEN/ELBİR, s. 241-242; TANDOĞAN, s. 73.

³²³ AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 287; ÖZTAN Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, 37.Bası, Ankara 2012, s. 478

³²⁴ÖZTAN, Temel Kavramlar, s. 478.

³²⁵ AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 287.

konuda resen karar alması mümkün değildir³²⁶. Manevi tazminat talebinin boşanmaya ilişkin hükmün kesinleşmesine kadar, yargılamanın her aşamasındayazılı veya sözlü olarak yapılabilir. Sözlü taleplerin hukuki sonuç doğurması için mahkemece duruşma tutanağına geçirilmesi gerekir.Dava dilekçesinde davacının talebinin açık olmaması, örneğin “davalıdan10.000 TL tazminat istiyorum”, “tazminat istiyorum”, “10.000 TL istiyorum” şeklinde ifadelerin yer alması durumunda hâkim tarafından talebin açıklattırılması, talep edilen tazminatın maddi tazminat mı yoksa manevi tazminat mı olduğu, eğer her ikisi de talep ediliyorsa ne kadarının maddi tazminat ne kadarının manevi tazminat olduğu konularının açıklığa kavuşturulması gereklidir³²⁷.

2. Davacı Tarafın Kişilik Hakkının İhlali

Kişilik hakkı kişinin kendisine ait olan ve kişiliğini oluşturan kişi olması nedeniyle sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez tüm kişilik değerleridir. Başkalarına devri mümkün olmayan, parayla ölçülemeyen, miras yoluyla geçmeyen, haczedilemeyen, kişiye özel mutlak haklardan olup Anayasa ile güvence altına alınan herkesçe saygı gösterilmesi ve zarar verilmemesi gereken değerlerdir³²⁸. Kişilik hakları, genel olarak kişiyi toplumdaki diğer insanlardan ayıran, bireysel unsurları oluşturan haklar olup; bedensel ve ruhsal sağlık, şeref ve haysiyet, giz alanı, görüntü ve isim üzerindeki haklar gibi geniş kapsamlı hakları ifade eder.Eski Medeni Kanun manevi tazminata hükmedebilmek için, şahsi menfaatlerinin ağır bir surette zarar görmesi koşulunu ararken; TMK.m.174/2’de “kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf” denilmek suretiyle manevi tazminat istenebilmesi için kusursuz veya daha az kusurlu eşin kişisel değerlerinin zedelenmesinin ağır surette olması zorunluluğu kaldırılmıştır³²⁹. 4721 sayılı Kanun’un 174/2 maddesi ile kişilik haklarının ihlalinde herhangi bir ağır-hafif şeklinde derecelendirme yapılmamış, manevi tazminata hükmetmek

³²⁶ AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 301.

³²⁷Y. 2.HD. 04.07.2006 tarih ve 1845/10728 E., K., “...Davalı kadın boşanmaya bağlı olarak 50.000.00 YTL maddi ve manevi tazminat isteminde bulunmuştur. Ne kadarının maddi tazminat ne kadarının manevi tazminat olduğu açıklattırılmadan yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.” GENÇCAN, s. 1002;Y. 2. HD. 11.05. 1998 tarih ve 4778/5679 E., K.,; “...Davacı dilekçesinde tazminat istemiş ise de niteliğinin ne olduğunu belirtmemiştir. Mahkemece yapılacak iş Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasının 75. maddesinden de yararlanılarak isteğin maddi veya manevi, yahut ne kadarının maddi ne kadarının manevi tazminat olduğunu açıklattırmak delilleri değerlendirip hasil olacak sonuca göre bir karar vermektir.” TUTUMLU, Boşanma, s. 475.

³²⁸KICALIOĞLU, s. 49.

³²⁹BULUT, s. 11.

için kişilik hakkının saldırıya uğraması yeterli görülmüştür. Saldırının derecesi manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde rol oynar³³⁰.

Kişilik hakkının, kişinin yaşam alanlarına göre çeşitli şekillerde görünümü söz konusudur. Kişilik hakkının kapsamında yer alan değerlerin sınırlı bir şekilde sayılması da mümkün değildir. Kişilik hakkının kapsamında yer alan değerlerin boşanmaya sebep olan olaylar nedeniyle ihlal edilmesi halinde davacı tarafın TMK'nın 174. maddesinin 2. fıkrası uyarınca manevi tazminat talep etme hakkı doğmaktadır. Hangi hallerde kişilik hakkının ihlal edilmiş olacağı konusunda bir sınırlama yapmaktamümkün değildir. Hüküm tarihinde geçerli olan değer yargılarına göre bu durumun takdiri zaman içinde değişebilir. Örneğin eski tarihli bir kararında Yargıtay "...kocanın zina fiilini işlemiş olması (boşanma davasında), karısı lehine manevi tazminata hükmolunmasını gerektirmez..." şeklinde karar vermiştir³³¹. Ancak bugün için zina halinde aldatılan eş lehine manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği tartışma konusu dahi değildir.

Kişilik hakkının ihlal edilmesine dair bazı Yargıtay kararlarından örnek verilmesi gerekirse, diğer koşullarla birlikte; eşinin hastalığı ve tedavisi ile ilgilenmemişse³³², eşine şiddet uygulamışsa³³³, sadakatsizlikte bulunmuşsa³³⁴, eşini evden kovmuşsa³³⁵, eşini tehdit etmişse³³⁶,

³³⁰ TUTUMLU, s. 452.

³³¹ İMRE, s. 810.

³³² Y. 2. HD. 30.06.2005 tarih ve 9973/10409 E., K., "...davalı eşinin hayati önem taşıyan böbrek ameliyatı ile ilgilenmediği anlaşılmaktadır. Bu davranış kişilik haklarına saldırı teşkil eder."

³³³ Y. 2. HD. 12.10.2005 tarih ve 11602/14028 E., K., "...Davalı (koca) tanık beyanlarında geçen olaylardan sonra evlilik birliği devam etmiştir. Taraflar arasındaki en son olay barışmak üzere gelen davalı kocanın davacı eşini tekme tokat dövmesidir. Türk Medeni Kanununun 174/2 maddesi, boşanmaya sebebiyet vermiş olan olaylar yüzünden kişilik hakları saldırıya uğrayan tarafın, kusurlu olandan manevi tazminat isteyebileceğini öngörmüştür. Toplanan delillerden evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda tazminat isteyen kadının ağır ya da eşit kusurlu olmadığı, bu olayların kişilik haklarına saldırı teşkil ettiği anlaşılmaktadır." GENÇCAN, s. 971.

³³⁴ Y. 2. HD. 17.07.2006 tarih ve 4947/11093 E., K., "...Toplanan delillerden, kocanın ayrılık dönemi içerisinde bir başka kadınla ilişki kurduğu anlaşılmaktadır. Türk Medeni Kanununun 174/2 maddesi, boşanmaya sebebiyet vermiş olan olaylar yüzünden kişilik hakları saldırıya uğrayan tarafın, kusurlu olandan manevi tazminat isteyebileceğini öngörmüştür. Toplanan delillerden evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda tazminat isteyen kadının ağır ya da eşit kusurlu olmadığı, bu olayların kişilik haklarına saldırı teşkil ettiği anlaşılmaktadır." GENÇCAN, s. 974.

³³⁵ Y. 2. HD. 12.09.2005 tarih ve 9455/11854 E., K., "...Toplanan delillerden davacı kocanın eşini evden kovduğu, birlik görevini yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Türk Medeni Kanununun 174/2 maddesi, boşanmaya sebebiyet vermiş olan olaylar yüzünden kişilik hakları saldırıya uğrayan tarafın, kusurlu olandan manevi tazminat isteyebileceğini öngörmüştür. Toplanan delillerden evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda tazminat isteyen kadının ağır ya da eşit kusurlu olmadığı, bu olayların kişilik haklarına saldırı teşkil ettiği anlaşılmaktadır." GENÇCAN, s. 978.

davalı taraf aleyhine manevi tazminata hükmedilecektir. Manevi tazminat isteminde bulunmak için aranan bir diğer şart davacı tarafın kişilik hakkının zedelenmiş olmasıdır. Önceki Medeni Kanunda zedenin ağır olması şartı aranıyordu. Yeni Medeni Kanun ise bu konuda yeni düzenleme getirmiştir. Bunlardan birincisi tazminat isteyen tarafın, kusursuz olması şartının kaldırılması, diğeri de zedelenmenin ağır olmasının gerekmemesidir. Davacının kişilik hakkının hangi hallerde zedelenmiş olduğu, boşanmaya sebep olmuş olayların mahiyetine ve davacının duyduğu eylem ve üzüntünün derecesine göre belirlenir. Mesela, eşlerden birinin kusuru sonucu başveren boşanmada diğer eş büyük bir manevi iztirabamaruz kalmış, bu yüzden sıhhat ve sınırlarında bir rahatsızlık ortaya çıkmışsa bu durumda onun için manevi tazminat talep hakkı doğacağını kabul etmek gerekir³³⁷.

3. Boşanma İle Manevi Zarar Arasında Uygun İlliyet Bağı

Manevi zarara uğradığını iddia edip, manevi tazminat talep eden tarafın tazminat talebinin kabul edilebilmesi için iddia ettiği manevi zararın boşanma sonucu olması gerekir. Örneğin, kişi boşanma sonucu psikolojik bunalıma girip tedavi gördüğünü kanıtlarsa, ancak yapılan yargılama sonucunda psikolojik bunalıma girmesinin esas sebebinin boşanma değil, bir yakınına kaybetme olduğu anlaşılırsa illiyet bağı yokluğu nedeniyle tazminat istemi reddedilecektir. Manevi tazminat isteyen taraf, manevi zarara uğradığını ve bu zararının da boşanma nedeniyle gerçekleştiğini ispatladığında illiyet bağı kurulmuş olacaktır. Sözü edilen illiyet bağı bir çok olayda yaşam deneyimleri gereği mevcuttur. Örneğin, çok sevdiği eşinin zina etmesi evi terk edip bir başkası ile yaşamaya başlaması olaylarında illiyet bağı mevcut olup başka kanıt gerektirmeyebilir.

4. Boşanmaya Karar Verilmiş Olması

³³⁶ **Y. 2. HD. 22.06.2006 tarih ve 3755/9945 E., K.**, "...Davacıyı tehdit eden davalı boşanmaya sebep olan olaylarda tam kusurludur.Türk Medeni Kanununun 174/2 maddesi, boşanmaya sebebiyet vermiş olan olaylar yüzünden kişilik hakları saldırıya uğrayan tarafın, kusurlu olandan manevi tazminat isteyebileceğini öngörmüştür. Toplanan delillerden evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda tazminat isteyen kadının ağır ya da eşit kusurlu olmadığı, bu olayların kişilik haklarına saldırı teşkil ettiği anlaşılmaktadır."GENÇCAN, s. 983.

³³⁷AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 300

Boşanmaya sebep olan olaylarda manevi tazminat talebinde bulunmak için boşanmaya karar verilmiş olması gerekir. Çünkü manevi tazminat boşanmanın hukuki sonuçlarından biridir. Bu yüzden boşanma davası reddedilecekse boşanmanın hukuki sonuçlarından olan manevi tazminata hükmedilemeyecektir³³⁸. Ancak boşanma talebi değilde evlilik birliği içerisinde yaşanan bir olay nedeniyle manevi tazminat talebinde bulunmak için genel hükümlere dayanarak manevi tazminat talep edilebilecektir³³⁹.

5. Davalı Tarafın Kusurlu Olması

Manevi tazminat isteminde bulunabilmek için davalı tarafın kusurlu olması şarttır. Kanun koyucu burada davalının kusurunun ağır olması şartını aramamıştır. Kusurun hafif olması durumunda da manevi tazminat talepedilebilir³⁴⁰. Burada önemli olan davalının davacı tarafın kişilik hakkına saldırı oluşturan eylemi gerçekleştirirken kusurlu hareket etmesidir. Kusur sosyal durumlara göre değişebilen göreceli bir kavramdır. Bu nedenle hangi davranışın ne dercede kusurlu bir davranış oluşturacağını önceden belirlenmesi mümkün değildir. Manevi tazminata hükmedilmesi ve miktarı konusunda tarafların kusurlarının önemi ve kusur kavramının göreceliği sebebiyle gerekirse uzman ve bilirkişilerden yararlanılmalıdır. Manevi tazminat davasında aile mahkemeleri bünyesinde bulunan sosyal çalışmacı ve psikologlardan faydalanılabilir.

A) Boşanma Davası Açmadan Manevi Tazminat Talep Edilebilmesi

TMK.m.24 kişiliğin hukuka aykırı her türlü saldırıya karşı korunmasını düzenlemekte, BK.m.58'e göre şahsiyet hakkı hukuka aykırı şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık bir miktar para ödenmesini talep edebilmektedir. TMK.m.174/II boşanma halinde

³³⁸ **Y.2HD. 15.12.1003 15665/16730 E, K.** Türk Medeni Kanununun 174/f.2 de manevi tazminat boşanma hükmünün kesinleşmesi ile gündeme gelir. Oysa boşanma istemi reddedilmiştir. Manevi tazminat istemiyle ilgilikarar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi yerine davalı yararına yazılı şekilde manevi tazminata karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir www.kazanci.com E.T 14.05.2017

³³⁹ **Y.2HD. 09.04.2008 4578/4928 E,K,..** Tarafların evliliği devam etmektedir. Davacı kadın, davalı eşinin başka bir kadınla yaşadığını ve kendisine şiddet uyguladığını ileri sürerek davalıdan manevi tazminat istemiştir. Manevi tazminat isteği Medeni Kanunun 174/f.2 ye dayalı olmayıp, Borçlar Kanununun 49.maddesine dayalıdır www.kazanci.com E.T 14.05.2017

³⁴⁰ **ÖZTAN**, Aile Hukuku, s. 493.

manevi tazminatı düzenlemekte, BK.m.58 ile olan ilişkisinde özel hüküm-genel hüküm ilişkisi içerisine girmektedir. Türk Hukuku'nda da evlenme ile kişisel haklar ortadan kalkmadığı için, evli olmayan kişiler arasında nasıl BK.m.58 uygulanıyorsa, evli kişiler arasındaki kişilik haklarının ihlali halinde de bu hüküm aynen uygulanabilmelidir. Bu durumda boşanan eş, manevi tazminat talebi için isterse TMK.m.174 gereğince dava açabileceği gibi, BK.m.58 gereğince de dava açabilir. Ancak, boşanma davası ile birlikte manevi tazminat talebinde bulunması sonucunda bu istemi doğrultusunda karar verildikten sonra, artık BK.m.58'e göre manevi tazminat talebinde bulunulamaz. Manevi tazminata konu eylem için BK.58 ve TMK.24. maddeleri dikkate alınarak manevi tazminata karar verildikten sonra aynı maddi olaylara dayanarak TMK.m.174/II hükmüne göre manevi tazminat istenemez. Burada hakların yarışması söz konusu olup, davacı taraf seçimini yapıp manevi tazminata mahkemece karar verildikten sonra bu haktan vazgeçilemez³⁴¹. Yani, kişi "bir de gidip BK. m. 58' e göre yeniden tazminat alayım." Diyemez.

Hukukun genel ilkelerine göre, genel hüküm-özel hüküm karşı karşıya geldiğinde genel kanun özel kanun ilişkisinde olduğu gibi özel hükme öncelik tanınmalıdır. Manevi tazminat boşanmadan kaynaklandığı ve boşanmanın sebep olduğu olayların neticesinde oluştuğu düşünülürse davacı tarafın boşanma neticesinde ruhen yıpranmışlığını boşanma davasında ispatlamasının daha kolay olduğu görülecektir. Ayrıca, BK.m.58'den farklı olarak TMK.m.174'te manevi tazminat olarak mutlaka uygun miktarda bir para öngörülmekte, BK.m.58/son da yer alan tazminat yerine ikame kararlar verilebilmesi mümkün olmamaktadır. Bu açıdan bakıldığında TMK.m.174'ün öszel hükmüne dayanmak, gerek ispat gerekse çıkar ilişkisi açısından davacı taraf açısından daha isabetli ve karlı olacaktır.

A) Manevi Tazminatın Miktarı ve Şekli

1. Manevi Tazminatın Miktarı

Manevi tazminatın miktarı maddi tazminatta olduğu gibi hâkim tarafından belirlenir. Bu durumda hâkim, manevi tazminat isteminde bulunan tarafın kişilik hakkının boşanma yüzünden ne suretle ve ne derecede zedelenmiş olduğunu saptaması gerekir. Manevi tazminatın miktarı

³⁴¹ÖZTAN, s. 380-381.

hâkim tarafından, boşanmaya yol açan olayın ağırlığına göre belirlenecektir³⁴². Manevi tazminat miktarının davalının mali gücüyle orantılı olması da gerekir³⁴³. Hâkimin manevi tazminat olarak belli bir miktar paraya hükmetmesi şarttır. BK.m. 58/I’de olduğu gibi hâkim paradan başka bir şeye hükmedemez. Aynı zamanda MK.m. 174/II’de açık bir şekilde “uygun bir miktar para ödenmesinden” söz edilmektedir. Maddi tazminatta olduğu gibi manevi tazminata da talep üzerine hükmedilir. Manevi tazminat boşanma davası görülürken istenebileceği gibi, daha sonra açılacak bir davayla da istenebilir.

Manevi tazminatın miktarı belirlenirken hâkim, zararın ağırlığı ve oluş biçimi, kusur oranları, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, yaşları, evliliğin devam süresi ve diğer hususları araştırıp sonuca göre karar vermelidir³⁴⁴. Bu durumda diğer gereken hususlar ise tarafların yaşadıkları çevre, paranın alım gücü, kişilik haklarına yapılan saldırı ile ihlal edilen mevcut veya beklenen menfaat, sosyal statüleri de gözetilmesi gereken hususlardır³⁴⁵. Manevi tazminat miktarının belirlenmesinde diğer önemli ölçü, verilen tazminatla talep eden tarafın zeninleşmemesidir. Manevi tazminatın miktarı, davacı tarafın kişilik haklarına yapılan saldırının gösterdiği özellikler, bozulan ruhsal denge, duyulan elem ve acı, zedelenen kişisel hakların ağırlığı ile orantılı olmalıdır³⁴⁶

2. Manevi Tazminatın Ödenme Şekli

Maddi tazminatın ödenmesine toptan veya irat şeklinde karar verilirken, manevi tazminatın irat biçiminde ödenmesine karar verilemez³⁴⁷. İradın sözlük anlamı gelir olup, manevi tazminatta amaç mal varlığı değerindeki azalmayı gidermek olmadığından, kanun koyucu manevi tazminatın irat şeklinde ödenmesini yasaklamıştır. Manevi tazminata mutlaka uygun bir miktar para olarak hükmedilmeli aynı veya özür dileme gibi hüküm kurulmamalıdır. TMK.m.174’de de “uygun bir miktar para” denilerek bu husus açıklığa kavuşturulmuştur.

Anayasa Mahkemesi, paranın manevi zararları karşılamak üzere kullanılabilmesi, hiçbir zaman manevi kaybı getirip yerine koyduğu yahut manevi varlığın bir bölümünün onunla mübadele edildiği anlamını taşımadığını, paranın bu alanda gördüğü işin, kişilik hakları ve

³⁴²OLGAÇ, s. 271.

³⁴³AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 301.

³⁴⁴OF Emine Serin, Boşanma Davalarında Manevi Tazminat. TAAD, C. 3, S.10, 2012, s.253-276.

³⁴⁵AKINCI, s.185.

³⁴⁶KICALIOĞLU, s. 50.

³⁴⁷KAÇAK, s. 34; KICALIOĞLU, 51-52.

yararları zedelenen kimsenin duyduğu ağır manevi acıyı bir dereceye kadar yumuşatıp yatıştırmaktan; bozulan manevi dengeyi onarıp düzeltmekten; bir teselli, bir avunma, bir ruhi tatmin aracı olmaktan ibaret olduğunu belirtmiş, paranın ödeme aracı olarak kabul edilmesinin gerekçesini açıklamıştır³⁴⁸.

Manevi tazminata tarafların anlaşmaları dışında, Türk parası olarak hükmedilir. Tarafların manevi tazminatın miktarı konusunda ve hangi para ile ödeneceği konusunda sözleşme yapmaları mümkündür. Ancak, bu sözleşmenin TMK.184/5 maddesi gereğince hakim tarafından tasdik edilmesi gerekecektir. Yine TMK.166/3 maddesi gereğince, açılan boşanma davalarında tarafların yaptığı manevi tazminata ilişkin anlaşmayı hakim uygun bulmalıdır. Manevi tazminat sadece toptan ödenebileceğinden taksit şeklinde ödenmesine ve bölünerek ödenmesine karar verilemez. Ayrıca, maddi tazminattan farklı olarak manevi tazminatın kaldırılması veya miktarının değiştirilmesi mümkün değildir³⁴⁹.

Manevi tazminat alan eşin daha sonra başkası ile evlenmesi, başka biri ile evli olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması veya eşlerden birinin ölümü gibi hallerde manevi tazminatın iadesi ve istenemeyeceği gibi, mirasçılar da iade talebinde bulunamazlar. TMK.m.174/2'ye dayalı manevi tazminat talep eden eşin ölümü halinde dava hakkı mirasçılara intikal etmez.

V. Özel Boşanma Sebepleri Çerçevesinde Manevi Tazminat

A) Zina Sebebiyle Manevi Tazminat

1. Genel Olarak

Medeni Kanununun 185.maddesi gereğince eşlerin birbirine karşı sadakatli davranmak yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülüğün ihlali evlilik birliğini ağır surette tahrip edeceğinden Medeni Kanun zinayı boşanma sebebi olarak kabul etmiştir³⁵⁰. Zina bir evli erkeğin karısından başka bir kadınla veya evli bir kadının kocasından başka bir erkekle isteyerek cinsel bir ilişkide bulunması demektir. Medeni Kanununun 161/f.1 de “eşlerden biri zina ederse, diğer eş dava açabilir demıştır”. Medeni Kanununun 161.maddesi hem karının hem de kocanın zinasını kapsamakta, böylelikle zina konusunda eşler arasında fark görmemiştir.

³⁴⁸ KARAHASAN, s. 419.

³⁴⁹ GENÇCAN, s. 737.

³⁵⁰ AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 245; HARUN, Bulut, Aile Hukukunda Boşanma Davaları ve Yabancı Unsurlu Davalar, 1.bası. İstanbul, 2007, s. 4; KÖPRÜLÜ/ KANETİ, s. 150.

Eylemin zina olarak kabul edilebilmesi için eşlerden birinin kusurlu olması³⁵¹ ve eşler arasında evlilik ilişkisinin bulunması şarttır. Evlilik birliği kurulmadan önce veya evlilik birliği sona erdikten sonra gerçekleşen zina sebebiyle boşanma davası açılmaz. Boşanma davası, evlilik birliğinin resmi olarak devam ettiği ancak eşlerin fiili olarak ayrı yaşadıkları, haklarında ayrılık kararı bulunduğu veya gaiplik kararının bulunduğu durumlarda gerçekleşen zina olaylarında açılabilir. Bu durumlarda eşlerin karşılıklı olarak sadakat yükümlülükleri devam etmektedir³⁵². Zina mutlak bir boşanma sebebi olduğu için zina olayının ispatlanması halinde mahkemece hayatın davacı eş açısından çekilmez hale gelip gelmediği araştırılmaksızın boşanmaya karar verilecektir³⁵³. Zina sebebine dayanarak dava açma hakkı iki halde ortadan kalkabilir. Birincisi zina etmiş eşin affedilmesi durumunda, bu durumda affaçık olduğu gibi zımni de olabilir³⁵⁴. İkincisi ise, hak düşürücü nitelikte olan sürelerin geçirilmesi halidir³⁵⁵. Hak düşürücü sürenin geçmesi halinde boşanma davası açılmayacaktır. Zinanın bir kez gerçekleşmiş olması boşanma davası için yeterlidir. Her yeni bir zina eylemi gerçekleştikçe yeni davahakı doğacak ve bu yüzden her eylem için hak düşürücü süre ayrıca göz önüne alınacaktır.

Eşlerden her birinin zinası sebebiyle diğer eş boşanma davası açabilir. Her iki eşin de zina etmeleri boşanma davası açabilmelerine engel oluşturmaz. TMK'nın 161. maddesi anlamında zina, bir eşin, evlilik devam ederken, karşı cinsten eşi dışında bir kişi ile isteyerek cinsel ilişkiye girmesidir. Cinsel ilişkiye girmeksi-zin, flört etme, telefonla vb. yollarla görüşme ve öpme, sarılma gibi yakın bedeni temaslar zina sayılmamaktadır. Yine eşin aynı cinsten bir kişi ile veya bir hayvanla cinsel ilişkiye girmesi de zina olarak kabul edilmemektedir. Ancak bu tür davranışlar sebebiyle haysiyetsiz hayat sürme veya evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle boşanma davası açılabilir.

Zinanın boşanma davasına konu olabilmesi için zina olayının evlilik birliği içe-risinde iken gerçekleşmiş olması gereklidir. Evlilik birliği kurulmadan önce veya so-na erdikten sonra gerçekleşen zina olayı sebebiyle boşanma davası açılmaz. Evlilik birliğinin resmi olarak devam

³⁵¹ **KÖPÜRLÜ/ KANETİ**, s. 151; **ÖZTAN**, Aile Hukuku, s. 378.

³⁵² **ÖZTAN**, Aile Hukuku, s. 376; **HARUN** Bulut, s. 7.

³⁵³ **HARUN**, Bulut, s. 6; **KÖPRÜLÜ/ KANETİ**, s. 150; **ÖZTAN**, s. 375.

³⁵⁴ **AKINTÜRK/ KARAMAN**, s. 247, **HARUN**, s. 6.

³⁵⁵ Medeni Kanununun 161/f.2 ye göre “dava hakkı olan eşin boşanma sebebini öğrenmesinden başlayarak altı ay ay ve her halde zina eyleminin üzerinden beş yıl geçmesiyle dava hakkı düşer”.

ettiği ancak eşlerin fiili olarak ayrı yaşadıkları, hakla-rında ayrılık kararı bulunduğu veya gaiplik kararının bulunduğu durumlarda gerçek-leşen zina olayı da boşanmaya sebep oluşturur. Çünkü bu durumlarda da eşlerin kar-şılıklı olarak sadakat gösterme yükümlülükleri devam etmektedir.

Zinanın boşanma davasına konu olabilmesi için zina olayının evlilik birliği içe-risinde iken gerçekleşmiş olması gereklidir. Evlilik birliği kurulmadan önce veya so-na erdikten sonra gerçekleşen zina olayı sebebiyle boşanma davası açılmaz. Evlilik birliğinin resmi olarak devam ettiği ancak eşlerin fiili olarak ayrı yaşadıkları, hakla-rında ayrılık kararı bulunduğu veya gaiplik kararının bulunduğu durumlarda gerçek-leşen zina olayı da boşanmaya sebep oluşturur. Çünkü bu durumlarda da eşlerin karşılıklı olarak sadakat gösterme yükümlülükleri devam etmektedir.

Zina sebebine dayanarak dava açma hakkı iki halde ortadan kalkar. İlk hal zina yapan eşin affedilmesi durumunda affeden eşin dava hakkının ortadan kalkması halidir. Af, açık olabileceği gibi zımni de olabilir³⁵⁶. İkinci hal ise, hak düşürücü nitelikte bulunan sürelerin geçirilmesi sebebiyle dava hakkının ortadan kalkması halidir. Buna göre dava hakkı bulunan eşin zina olayını öğrenmesinden itibaren altı ay ve zina olayının gerçekleşmesinden itibaren her halükarda beş yıl içerisinde boşanma davasını açması gereklidir. Aksi takdirde hak düşürücü süreyi geçirmiş olması nede-niyle zina sebebine dayanılarak açılan boşanma davası reddedilecektir³⁵⁷. Zina olayının bir kez gerçekleşmiş olması boşanma için yeterlidir. Her zina eylemi sonucunda yeni bir dava hakkı doğacağından her eylem için hak düşürücü süre ayrıca göz önüne alınacaktır³⁵⁸.

Bir eşin zinası, evlilik birliğinin eşlere yüklediği sadakat yükümlülüğünün ağır bir surette ihlalini oluşturmasının yanında diğer eşin kişilik hakkının kapsamında yer alan ruhsal bütünlüğüne bir saldırı niteliğinde olması sebebiyle kişilik hakkına da saldırı oluşturmaktadır.

Kişilik hakkına saldırı oluşturması sebebiyle, eşlerden birinin zinası sebebiyle boşanmaya karar verilmesi halinde, diğer eşin TMK'nın 174. maddesinin 2. fıkrası uyarınca manevi tazminat talep edebilme hakkı bulunmaktadır. Yargıtay konuyla ilgili kararlarında, "...Toplanan delillerden, kocanın ayrılık dönemi içerisinde bir başka kadınla ilişki kurduğu...bu olayların kişilik haklarına saldırı oluşturduğu anlaşılmaktadır. O halde mahkemece, tarafların sosyal ve

³⁵⁶ AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 247.

³⁵⁷ ÖZTAN, s. 379.

³⁵⁸ BULUT, s. 14; OĞUZMAN/ DURAL, s. 116.

ekonomik durumları, tazminata esas olan fiilin ağırlığı ile hakkaniyet kuralları dikkate alınarak kadın yararına uygun miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekir...³⁵⁹”, “...Davacının sadakatsiz davranışlarda bulunduğu, evlilik harici bir çocuğu olduğu anlaşılmaktadır...Türk Medeni Kanununun 174/2. maddesi, boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakları saldırıya uğrayan tarafın, kusurlu olandan manevi tazminat isteyebileceğini öngörmüştür...O halde mahkemece, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, tazminata esas olan fiilin ağırlığı ile hakkaniyet kuralları dikkate alınarak kadın yararına uygun miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekir...³⁶⁰”, “...Davalı kocanın başka bir kadınla ilişkisi olduğu sabittir. Bu olayların kişilik haklarına saldırı teşkil ettiği anlaşılmaktadır. Türk Medeni Kanununun 174/2. maddesi, boşanmaya sebebiyet vermiş olan olaylar yüzünden kişilik hakları saldırıya uğrayan tarafın, kusurlu olandan manevi tazminat isteyebileceğini öngörmüştür. O halde uygun miktarda manevi tazminata hükmedilmesi öngörülmüştür³⁶¹.

2. Sadakatsiz Eşin Birlikte Olduğu Üçüncü Kişiye Yönelik Manevi Tazminatı

Sadakat kelimesi arapça kökenli bir kelime olup “içten bağlılık” hukuk sözlüğünde ise “kişiye ve fikirlere bağlılık” olarak tanımlanmıştır. MK 185/3. maddesinde eşlerin bir birilerine sadık kalmak zorunda olukları düzenlenmiştir. Sadakat yükümlülüğünün tanımı Medeni Kanununda yapılmamıştır. Sadakat yükümlülüğü her iki eş açısından cinsiyet ayrımı yapılmaksızın, geçerli ve eşit derecede bağlayıcıdır. Sadakat yükümlülüğü eşler arasında, evliliğin kurulmasıyla başlayıp, evlilik birliğinin her hangi nedenle sona ermesine kadar devam eder³⁶². Eşlerin fiilen ayrı yaşamaları veya verilen ayrılık kararı ya da boşanma davası açılmış olması³⁶³, sadakat yükümlülüğünün sonlanmasına neden olmaz. Sadakat yükümlülüğünün en önemli görünümü, cinsel sadakattir. Yani eşlerin birbirileri haricindeki kimseyle cinsel ilişki kurmamalı veya bu amaçla bir yakınlaşma yaşamamaları gerekir. Sadakat yükümlülüğü, sadece eşler arasındaki cinsel sadakati kapsamaktan ibaret değildir. Eşlerin birbirilerinden gizli iş

³⁵⁹ GENÇCAN, s. 973

³⁶⁰ Y. 2. HD. 17.02.2005 tarih ve 157/2270 E., K., GENÇCAN, s. 975.

³⁶¹ Y. 2. HD. 15.03.2004 tarih ve 2294/3149 E., K., İPEK, s. 264.

³⁶² DEMİRCİOĞLU, H. Reyhan, Aldatılan Eş Tarafından Üçüncü Kişiye Yöneltilen Manevi Tazminat Taleplerinde Hukuka Aykırılık Unsuru, AÜHFD, C. 65, S. 3, 2016, s. 687-721.

³⁶³ Y. 2. HD. E. 20330, K. 9692, T. 11.5.2015 “Evlilik sona erinceye kadar eşlerin sadakat yükümlülükleri devam eder. Davalının dava tarihinden sonra da olsa, üç ayrı erkekle çok sayıda telefon görüşmesinin olduğu anlaşılmaktadır. Bu durum sadakat yükümlülüğünün ihlali niteliğindedir. Bu olaylar tartışılıp, değerlendirilmeden hüküm tesisi doğru bulunmamıştır. Hükmün bu sebeple bozulması gerektiği düşüncesiyle sayın çoğunluğa katılmıyorum. (sinerjimevzuat.com.tr).

yapmamaları, karşı taraf için önemli olan gerekçeleri gizleyerek yalan söylememeleri, dürüst davranmaları gibi bir takım zorunluluklar da sadakat yükümlülüğü kapsamında değerlendirilir. Bir görüşe³⁶⁴ göre üçüncü kişilerle kurulacak ilişki, sadakatsizliğe varmasa bile; evlilik birliğinin huzurunu bozacak samamiyet düzeyinde olmamalıdır.

Eşler arasındaki sadakat yükümlülüğünün ekonomik boyutlarıylada gündeme gelmesi mümkündür. İsviçre Medeni Kanununun (ZGB) aksine TMK’nda eşlerin sadakat yükümlülüğü kapsamında birbirlerine ekonomik durumları ve malvarlıkları ile ilgili bilgi vermelerine dair özel bir düzenlenmeye yer verilmemiştir³⁶⁵. Buna rağmen malvarlığı ve ekonomik alanlardaki gereklilikler tartışmasız olarak sadakat yükümlülüğünün kapsamına dahil olmaktadır. ZGB’nin 170. maddesinde eşlerden her birinin diğerinin geliri, malvarlığı ve borçları konusunda bilgi talep edebileceği; mahkemenin ise talep üzerine, eşi veya üçüncü kişiyi gerekli bilgi ve belgeleri vermekle yükümlü kılabileceği düzenlenmiştir³⁶⁶.

Sadakat yükümlülüğünün ihlalden kaynaklanan manevi tazminat davasının kimlere veya kime karşı açılması sorusunun cevaplandırılması için, ilk olarak sadakat yükümlülüğünün hukuki niteliğini tespit etmemiz gerekir. Bu konuda ilk olarak açıklığa kavuşturulması gereken husus sadakat yükümlülüğünün mutlak hak mı yoksa nisbi hak mı olduğu hususudur. Bilindiği üzere mutlak hak herkese karşı ileri sürülen ve herkesi bu hakkı ihlal etmeme yükümü altına sokan haktır. Sadakat yükümlülüğünü mutlak hakla nisbi hakk arasında değerlendirilirse, bu yükümlülüğün ihlali halinde açılacak manevi tazminat davasının kime karşı yöneltileceğinin belirlenmesi açısından önem taşıyacaktır. Sadakat yükümlülüğünü eşler arasında geçerli olan bir nisbi hak olarak değerlendirilirse, bu hak sadece diğer eş tarafından ihlal edilebilecek ve manevi tazminat talebi sadece diğer eşe karşı ileri sürülebilecektir. Sadakat yükümlülüğünü mutlak hak olduğu varsayıldığında ise her kесе karşı ileri sürülebilecek ve herkes tarafından ihlal edilebilecek bir nitelik kazanacaktır³⁶⁷.

³⁶⁴ ÖZTAN, s. 199.

³⁶⁵ KILIÇOĞLU, Aile, s. 209.

³⁶⁶ BADUR, Emel/ TURAN, BAŞARA, Gamze Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlalden Kaynaklanan Manevi Tazminat İstemi, AÜHFD, C. 65, S. 1, 2016, s. 100-136. ergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/2080/21545.pdf

³⁶⁷ İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında sadakat yükümlülüğünün herkese karşı ileri sürülebilecek ve her kesin uymakla yükümlü olduğu bir mutlak hak niteliğinde olduğu ifade etmiştir. BGE 78 II 289, 291-292 BADUR/BAŞARA, s. 112.

Evlilik birliğini meydana getiren evlenme işleminin, öğretide bir aile hukuku sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir³⁶⁸. Bu sözleşmenin yapılmasıyla birlikte eşler karşılıklı hak ve yükümlülükler altına girer. Bu hak ve yükümlülüklerle ilişkin temel norm TMK'nun 185. maddesidir. Maddeye göre eşler evlilik birliğinin huzurunu ve mutluluğunu sağlamak için ellerinden geleni yapmak ve ve bu huzuru bozacak davranışlardan kaçınmakla yükümlüdürler.

Bilindiği üzere, evlilik birliğini meydana getirmek için kurulan evlenme , bir sözleşme niteliğinde olmasından dolayı, yalnız sözleşmenin tarafları olan eşler için bir takım hak ve yükümlülükler doğurmaktadır. Evlilik birliğinin devamı sırasında öngörülen sadakat yükümlülüğü eşler arasında geçerli olup, eşler bu yükümlülüğün ihlalini ancak birbirinden talep edebilir. Bu açıdan yaptığımız değerlendirmeden, sadakat yükümlülüğünün sadece eşlerden her birinin diğer eşe karşı ileri sürebileceği nisbi hak olduğu sonucuna varılabilir³⁶⁹.

Aldatılan eşin, sadakat yükümlülüğünün ihlali nedeniyle manevi zarara uğraması ihtimali yüksektir. Sadakat yükümlülüğünün ihlali nedeniyle manevi zarara uğramış kişi, bu zararı ispatlamakla yükümlüdür. Sadakat yükümlülüğünün istisnai durumlarda aldatılan kişide manevi zarara yol açamaması mümkündür. Sadakat yükümlülüğünün karşılıklı anlaşmayla kaldırılmasının mümkün olmayacağı açıklanmış olmakla birlikte; tarafların fiilen “açık” bir ilişki yürütmek konusunda anlaşmış olmaları halinde, artık bu aldatılma nedeniyle üzüntü duymaları hayatın olağan akışına uygun kabul edilmeyeceğinden, manevi zararları da gündeme gelmeyecektir³⁷⁰. Aşağıda ise manevi tazminatın kimden veya kimlerden talep edileceği meselesi tartışılmıştır.

³⁶⁸ DURAL/ ÖGÜZ/ GÜMÜŞ, s. 50; ÖZTAN, s. 125; ZEVKLİLER/ ACABEY/ GÖKYAYLA, s. 740.

³⁶⁹ Alman Federal Mahkemesi (BGH) karısı tarafından aldatılan kocanın karısına karşı zina nedeniyle açtığı boşanma davası için yargılama giderlerini, zina fiiline katılan erkekten talep ettiğinde, zinayı boşanma sebebi sayan normun korumayı amaçladığı hukuksal varlığın evlilik birliği olduğu gerekçesiyle bu talebi reddetmiştir. BGH 21.03.1956- IV ZR 195/54, NJW 1956, Heft 31/32, s. 1149-1150. Tazminat yükümlülüğünden sözedilebilmesi için, sorumluluğun dayanağı olan kuralın korumayı amaç edindiği hukuksal varlıkların ihlal edilmesi gerekir. KILIÇOĞLU, Borçlar, s. 302. Federal Mahkeme'nin anılan kararından da sadakat yükümlülüğünün bir kişilik hakkı olarak nitelendirilmediği anlaşılmaktadır. Aksi takdirde, sadakat yükümlülüğünün kişilik haklarından olduğu kabul edilseydi, bu yükümlülüğe aykırı davranışın kişilik hakkının ihlali sonucunu doğuracağı gerekçesiyle tazminat talebi kabul edilirdi.

Buna karşılık İsviçre Federal Mahkemesi, zinâ sonucu dünyaya gelen çocuğun nesebinin reddi için kocanın açtığı davaya ilişkin yargılama giderlerinin, üçüncü kişiden tazmin edilebileceğine karar vermiştir. İsviçre Federal Mahkemesi bu kararında, eşler arasındaki ilişkiyi korunan kişilik varlıklarından kabul ettiğinden, bu ilişkiye yönelik saldırı fiilini de kişilik haklarının zedeleyici bulmuş ve aldatılan eşin tazminat talebini kabul etmiştir (BGE 109 II 4, BADUR/ BAŞARA, s. 113)

³⁷⁰ BADUR/ BAŞARA, s. 117

Bir eşin zinası eşler arasındaki sadakat yükümlülüğünün ihlalini oluşturması sonucunda diğer eşin ruhsal bütünlüğünde saldırı ile sonuçlanacak ki bu zaman kişilik hakkına saldırı meydana gelecektir. Sadakat yükümlülüğüne aykırı davranmakla evlilik birliğinin ihlaline neden olması halinde, eşe yöneltilecek olan manevi tazminatı üç bakımdan incelenmiştir. Bunlardan birincisi boşanma sonucuna bağlı olan ve eşe yöneltilecek olan manevi tazminat talebidir. Diğerleri ise boşanma olmadan evlilik birliği devam ederken, eşlerden birinin diğerine yönelteceği, bir diğeri ise aldatmaya katılan üçüncü kişiye karşı manevi tazminat talebinin yöneltilip yöneltilmeyeceğidir. Böylelikle kişilik hakkına saldırı sonucunda Medeni Kanunun 174/f.2 gereğince manevi tazminat talep hakkı doğmaktadır. TMK'nın 174/2. Maddesinde tazminat talep edecek olan tarafında kusursuz olmasından söz edilmeyip, kendisine tazminat talebi ileri sürülmüş olan tarafın kusurlu olması şartı öngörülmüştür. Hükümün gerekçesinde davalının kusurlu olması şartının arandığı her olayda davacının kusursuz olması gerektiğinden, böyle bir şartın maddede yer almasına gerek olmadığı belirtilmiştir. Manevi tazminat talep edecek eşin kusurunun bulunmaması şart değildir. Davacının hiç kusursuz olması değil, davalıya oranla daha az kusurlu olması, manevi tazminat için yeterli olacaktır³⁷¹. Tazminat talep edecek olan kişinin kusuru, boşanmaya sebep olan olaylara nispete ikincil nitelikte ise, yani boşanma kararının verilmesine neden olacak ağırlıkta değilse, hâkim tazminata hükmedebilir³⁷². Davacının kusuru davalının kusurundan daha ağır ise, bu durum davalının fiili ile davacının uğradığını iddia ettiği zarar arasındaki illiyet bağına kesen sebep olarak göz önünde tutulur ve tazminat talebi reddedilir³⁷³. Her iki tarafın boşanmaya sebep olan olaylarda eşit derecede kusurlu ise manevi tazminat talebinin reddi gerekir³⁷⁴.

Manevi tazminat isteminde bulunan eş, uğradığı zarar ile boşanma arasında bir illiyet bağının olduğunu ispatlamalıdır. Örneğin, boşanma sonrasında davacının psikolojik bunalıma girdiği kanıtlanmış, ancak bunun sebebinin boşanmaya karar verilmesi değil, bu sırada bir yakınının kaybetmiş olması ise, bu durumda illiyet bağının yokluğu nedeniyle tazminat talebi reddedilecektir. Aldatma nedeniyle boşanma halinde ise, davacının manevi zararının boşanmaya

³⁷¹ DEMİRCİOĞLU, s. 696.

³⁷² ÖZTAN, s. 286; DURAL/ÖĞUZ/GÜMÜŞ, s. 148

³⁷³ BADUR/ BAŞARA, s. 118.

³⁷⁴ Yargıtayın boşanmaya sebep olan olaylar nedeniyle tarafların eşit kusurlu olduğundan bahisle, manevi tazminatın reediyle ilgili verdiği kararlar için bkz; Y. 2. H.D., E. 2350, K. 3564, T. 13.03.2003; Y. 2. H.D., E. 12862, K. 15091, T. 07.11.2005; Y. 2. H.D., E. 8855, K. 10305, T. 10.07.2008 sinerjimevzuat.com.tr E.T. 07.03.2017

sebeb olan olaydan kaynaklandığı, başka bir kanıtı ihtiyac olmadan, hayat tecrübeleri gereği kabuledilebilir³⁷⁵.

TMK'nın 174/2. maddesinde manevi tazminata hükmedilebilmesi için TMK'nın 24. maddesinde yer alan hukuka aykırılık unsurundan söz etmemiştir. TMK'nın 174. maddesi gereğince hukuka aykırılık unsurunun boşanmaya neden olan filler bakımından gerçekleşmiş olması gerekir³⁷⁶. Yargıtay, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin tek başına kişilik haklarına saldırı oluşturmayacağı ve hukuka aykırılık unsurunun meydana gelmediği gerekçesiyle manevi tazminat isteminin reddine karar vermiştir³⁷⁷.

Açıklanan bilgiler üzerinden değerlendirme yaparsak, evlilik birliğinin beraberinde getirdiği sadakat yükümlülüğünün ihlali sonucunda boşanan kusursuz veya daha az kusursuz eşin, diğer eşin sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışının kişilik haklarına saldırı teşkil eden bir fiil olduğunu ispat etmesi şartıyla, kusursuz eş lehine manevi tazminata hükmedebilir³⁷⁸.

Burada değinilmesi gereken bir diğer konu, evlilik birliği devam ederken eşlerden biri eşlerden birinin evlilik birliğinden doğan sadakat yükümlülüğüne aykırı davranması halinde, diğer eşin boşanma davası açmadan bağımsız olarak manevi tazminat talebinde bulunup bulunamayacağıdır. Öncelikle şunu belirtelim ki, aldatılan eşin TMK'nın 163/3. maddesi uyarınca zinayı affetmesinin, aynı fiil nedeniyle ortaya çıkan manevi tazminat talebinden de feragat etmesi anlamına gelmeyecektir. Sadakat yükümlülüğüne aykırı fiili sebebiyle evlilik birliğinin eşlerden birinin ihlali gerekçesiyle, diğer eşin boşanma davası açmadan, evlilik birliğini korumaya yönelik hükümlerden yararlanarak, sadakat yükümlülüğünü ihlal eden eşe karşı manevi tazminat davası açamayacağı ileri sürülmüştür. Bu hususu, özel hüküm-genel hüküm ilişkisi kapsamında değerlendirmemiz gerekir. Kişilik hakları ihlal edilen eşin evlilik birliği devam ederken, TMK'nın 24. maddesine dayanarak manevi tazminat talebine dayanamayacağı sonucuna varılmıştır. Evlilik birliğini koruma amaçlı düzenlenen TMK'nın 195. maddesinde, kişilik hakkı ihlal edilen eşin, diğer eşten manevi tazminat talep edebileceğine

³⁷⁵ BADUR/BAŞARA, s. 119.

³⁷⁶ ÖZTAN, s. 828.

³⁷⁷ Y. 2. H.D., E. 19200, K. 2220, T. 25.02.2008; 2. H.D., E. 19425, K. 410, T. 21.01.2009 .sinerjimevzuat.com.tr E.T 10.03. 2017

³⁷⁸ Y. 2. H.D., E. 677, K. 2556, T. 22.02.2005; Y. 2. H.D., E. 3280, K. 17899, T. 27.12.2007 .sinerjimevzuat.com.tr E.T. 10.03.2017.

ilişkin düzenlenmeye yer verilmemiştir. Bilindiği üzere, TMK'nın 195.maddesi, 24.maddeye göre özel hüküm niteliğindedir. Aynı konuyu düzenleyen, özel hükmün varlığı halinde, genel hükmün uygulanmayacağı gerekçesiyle kişilik hakları ihlal edilen eşin, evlilik birliği devam ederken, TMK'nın 24.maddesine dayanarak diğer eşten manevi tazminat talebinde bulunmayacağı kabul edilmektedir. Ne TMK'nın 195.vd ne de 24.maddelerine dayanarak, eşlerden birinin sadakat yükümlülüğüne aykırı davranması halinde aldatılan eşin boşanma davası açmadan manevi tazminat talebi ileri sürmesi mümkündür. Manevi tazminat talebi BK'nın 49 ve devamındaki düzenlenmeler çerçevesinde değerlendirilecektir. Bildiğimiz üzere, TMK'nın 5.maddesine göre "Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır". TBK TMK'nın ayrılmaz bir parçası ve onun tamamlayıcısıdır. Sadakat yükümlülüğünün ihlali halinde, boşanma davası açmayan, TBK'nın genel hükümlerinden hareketletazminat davası açabilmesi mümkündür. Boşanma davası açmadan, sadakat yükümlülüğünün ihlali halinde TBK'nın 58.maddesi kapsamında manevi tazminat talebinde bulunulması için, sadakat yükümlülüğünün ihlali sonucunu doğuran fiilin, TBK'nın 49/. maddesi gereğince, hukuka aykırı bir fiil olarak nitelendirilmesiyle mümkündür. Fiilin 49/1.maddesi kapsamında hukuka aykırı bir fiil olarak nitelendirilmesi için, hukuki bir varlığı her şeyden önce bir kişilik hakkını veya emredici bir normu ihlal etmesi gerekir³⁷⁹.

Yukarıda açıkladığımız üzere, aldatılan eşin aldatılma nedeniyle uğradığı manevi zararın tazminini sadakat yükümlüsü olan eşinden talep edebileceği konusunda bir duraksama yoktur. Tartışılan nokta, aldatılan kişinin sadakat yükümlülüğünü ihlal eden kişiyle birlikte veya sadakat yükümlüsünü sorumlu tutmadan, sadece aldatmaya katılan kişiden manevi tazminatı talep edip etmeyeceğidir. Aldatılan eşin üçüncü kişiden, manevi tazminat isteminde bulunabilmesi için farklı seçenekler vardır.

Bunlardan birincisi, aldatılan kişinin üçüncü kişiden, bu kişinin aldatmaya katıldığı için kişilik hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle uğradığı manevi zararın tazminini istemesidir. Buradaki manevi tazminat talebi, sadakat yükümlülüğünün eşlerin kişilik haklarının bir parçası olması

³⁷⁹ BADUR/ BAŞARA, s. 123.

esasına dayanır³⁸⁰. Aldatılan eşin üçüncü kişiden manevi tazminat talebinde bulunabilmesi için, TBK'nın haksız fiil sorumluluğuna ilişkin temel düzenlenmesi olan 49. ve haksız fiil sonucunda maddi varlığı bulunmayan kişilik değerlerinin zedelenmesine ilişkin 58.maddelerine dayanması mümkündür³⁸¹. TBK'nın 49/2. maddesi kapsamında üçüncü kişinin haksız fiil sorumluluğundan söz edebilmemiz için, olayda ahlaka aykırılık ve kasten zarar şeklinde iki unsurun birleşmesi gerekir. Üçüncü kişinin fiilinin genel ahlâka aykırı olabileceği konusunda pek kuşku bulunmamaktadır. İlâveten üçüncü kişinin evli olduğunu bilmiyorsa, aldatılan eşin zararından sorumlu tutulabilmesi için, evli bir kişiyle ilişkiye girme, aldatmaya taraf olma fiilini, zarar görene zarar verme kastıyla gerçekleştirmiş olması gerekir³⁸².

Öğretide³⁸³ olası kastın (mağdurun zarar görmesini göze alarak, fakat bunu özellikle istemiş olmadan hareketi gerçekleştirmenin) TBK'nın 49/2. maddesi anlamında sorumluluğu doğurmaya yeterli olmadığı kabul edilmektedir. Bazı yazarlar³⁸⁴ kendi fikirlerini aşağıdaki örnek üzerinden şöyle açıklamaktadır. Örneğin; A'nın B'ye sattığı malı teslim etmesinden önce daha yüksek fiyat vererek A'dan satın ve teslim alan C bu hareketiyle B'nin zarar görmesine bilerek yol açmış olsa bile TBK'nın 49/2.maddesi uyarınca B'nin uğradığı zarardan sorumlu tutulamayacaktır. C'nin zarardan sorumlu tutulabilmesi için B'nin zarar görmesini isteyerek hareket etmesi gereklidir. B'nin zor duruma düşmesini bu durumdan yararlanmayı istemesi veya intikam alma amacıyla hareket etmesi gibi hallerde C'nin tazminat sorumlusu olacağı belirtilmektedir. Partnerinin evli olduğunu bilerek ilişkiye giren kişi açısından da durum aynıdır. Üçüncü kişinin amacı partnerinin eşine zarar vermek ise, TBK'nın 49/2.maddesi uyarınca sorumlu tutulacağına şüphe yoktur³⁸⁵.

Aldatılan eşin üçüncü kişiden manevi tazminat talep etmesi için, üçüncü kişinin fiilinin aldatılan kişinin his âlemini etkileyerek manevi zarara sebebiyet verdiğinin ispatlanması gerekir.

³⁸⁰ **BADUR/ BAŞARA**, s. 124; Yargıtay Genel Kurulu, “Evli bir kimsenin evlilik dışı birlikteliği, diğer eşin sosyal kişilik değerlerine saldırı niteliğindedir” ifadesiyle sadakat yükümlülüğünün kişilik haklarına dahil olduğu yönündeki görüşünü açıklamıştır. **Y. H.G.K., E. 4-129, K. 173, T. 24.03.2010.**

³⁸¹ **KILIÇOĞLU**, Aile, s.208.

³⁸² **BADUR/ BAŞARA**, s. 125.

³⁸³ **OĞUZMAN/ ÖZ**, s. 64.

³⁸⁴ **OĞUZMAN/ ÖZ**, s. 63-64.

³⁸⁵ **OĞUZMAN/ ÖZ** bu konudaki düşüncesini “Sadece bazı film senaryolarında görülecek şekilde, üçüncü kişinin evli kadın veya erkekle ondan hoşlandığı için değil sırf kocasına veya karısına zarar vermek için ilişki kurduğu durumlar dışında TBK'nın 49/2.maddesinin şartları gerçekleşmez,” ifadesiyle ortaya koymuştur, s. 252

Aldatma fiilinin eşin eşin his alemini etkilemediğine, hâkim her somut olayın şartlarına göre karar verecektir. İsviçre Federal Mahkememesi, aldatılan eşin evlilik birliğini ve mutluluğunu ihlal ettiğini ileri sürerek açtığı üçüncü kişiye karşı açtığı tazminat davasını, somut olayın şartlarını dikkate alarak zina fiilinin aldatılan eşin his alemini etkilemediğini ve manevi tazminata sebep olacak manevi zararın olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Her ne kadar daha önce açılan boşanma davası reddedilmiş ise de, eşler arasındaki ilişki daha önce sarsılmıştır. Böyle sarsılan bir evlilikte zina fiili sebebiyle aldatılan eşin his aleminin ihlal edildiğinden söz edilemeyeceğinden ve dolayısıyla tazminatı gerektirecek bir manevi zarar söz konusu olmayacağından, manevi tazminat talebinin reddi gerekir³⁸⁶.

Haksız fiil kurallarına göre aldatılan eşin üçüncü kişiden manevi tazminat talebinin diğer kaynağı, Yargıtay kararında³⁸⁷ müteselsil sorumlulukla ilgili hükümler gösterilmektedir. Ancak üçüncü kişilerin davranışları gereği sorumlu tutulabilmeleri, söz konusu normun ön şartıdır. Üçüncü kişinin ve aldatan eşin birlikte bir zarara sebep olup, müteselsil sorumlu olmaları için, üçüncü kişinin fiilinin de hukuka aykırı olması gerekir. Eğer üçüncü kişinin fiili, haksız fiil niteliğinde ise; aldatan eşle birlikte TBK'nın 61.maddesi çerçevesinde müteselsil sorumlu tutulacaktır. Aksi halde ise üçüncü kişinin sadece aldatma fiiline iştirak etmesi nedeniyle sorumlu tutulması imkânsızdır³⁸⁸. Yargıtay Genel Hukuk Kurulu kararında üçüncü kişinin fiilinin hukuka aykırı olduğunu apriori(öncül kabul) olarak kabul etmiştir³⁸⁹.

³⁸⁶ BGE 78 II 289, BADUR/BAŞARA, s. 127.

³⁸⁷ **Y. H.G.K., E. 4-129, K. 173, T. 24.03.2010**“ Haksız fiil nedeniyle sorumluluk hallerinden birisi ahlaka aykırı; bir fiil ile bilerek başka bir kimsenin zarara uğramasına neden olmaktır. Davalı kadın da, evli olduğunu bilerek davacının eşiyle gayriresmi ilişkiye girmek ve ondan çocuk sahibi olmak suretiyle, gerek yasalarca gerek örf adet hukukunca korunmayan bir haksız davranış içerisine girmiştir. Bu davranış haksız fiil niteliğindedir. Evli bir kimsenin evlilik dışı birlikteliliği, 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”. **Y. 4. H.D., E. 18816, K. 193, T. 13.01.2014; Y. 4. H.D., E. 5901, K. 2857, T. 20.02.2014**sinerjimevzuat.com.tr E.T. 13.03.2017

³⁸⁸ “Dava konusu eylemin gerçekleştiği tarih itibariyle yürürlükte bulunan 6098 aylı TBK'nın müteselsil sorumluluğa dair hükümlerinin de uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Zira söz konusu kanunun 61.maddesinde haksız fiil sebebiyle müteselsilen sorumluluğa gidilmesi için, zarara birlikte sebebiyet verilmiş olması gerekir. Aldatma şeklindeki eylemin, eş olmayan davalı tarafından asli olarak işlenmesinin mümkün olmayacağı kuşkusuzdur.**Y. 4. H.D., E. 11663, K. 8461, T. 24.06.2015**, sinerjimevzuat.com.tr E.T. 15.03.2017.

³⁸⁹ Evli kişilerle ilişki uzun süre suç sayılmış ve aile kurumu bu yolla da koruma altına alınmıştır. Bu davranışların sonradan yasalardan çıkarılmış olması, bu hareketlerin ahlaka aykırılığını ve dolayısıyla haksızlığını da ortadan kaldırmayacaktır. Çünkü, bir eylemin ceza kanununa göre suç teşkil etmemesi ve müeyyidesinin düzenlenmemiş olması , borçlar hukuku hükümlerine göre ahlaka ya da hukuka aykırı olarak kabul edilmesine engel teşkil etmemektedir, diyerek bu konudaki görüşünü doktrinel görüşlere katılmadan açıklamıştır.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi aldatılan eşin üçüncü kişiden manevi tazminat istemini, diğer manevi tazminat taleplerindeki müteselsil sorumluluklardan farklı görmemiş, eşi aleyhine boşanma ve manevi tazminat davası açmadan, sadece üçüncü kişiden tazminat isteyen kişinin hakkını kötüye kullanmadığına hükmetmiştir³⁹⁰. Aldatma olayından sonra kendi eşinden boşanmayan ve manevi tazminat isteminde bulunmayan kişinin, manevi zarardan sadece üçüncü kişiyi sorumlu tutması, hakkaniyetle bağdaşmamaktadır. Ayrıca aldatılan eşin, manevi tazminat isteminin haksız fiil sebebiyle manevi tazminat istemlerindeki müteselsil sorumluluklardan farklı olarak ele alınması zorunludur³⁹¹. Dolayısıyla, Yargıtayın bu görüşü isabetli değildir.

Yargıtayın konu ile ilgili bazı kararlarında “Toplanan delillerden kocanın ayrılık dönemi içinde başka bir kadınla ilişki kurduğu, bu olayların kişilik haklarına saldırı oluşturduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece tarafların sosyal ekonomik durumları tazminata esas olan fiilin ağırlığı ile hakkaniyet kuralları dikkate alınarak kadın yararına uygun miktarına manevi tazminata hükmedilmesi gerekir”³⁹². Davalı kocanın başka bir kadınla ilişkisi olduğu sabittir. Medeni Kanununun 174/2.maddesi boşanmaya sebebiyet vermiş olaylar yüzünden kişilik hakları saldırıya uğrayan tarafın, kusurlu olan taraftan manevi tazminat isteyebileceği öngörülmüştür. Bu olayların kişilik haklarına saldırı oluşturduğu tesbit edilmiştir. Uygun miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekir³⁹³.

B) Hayata Kast, Pek Kötü ve Onur Kırıcı Davranış Sebebiyle Manevi Tazminat

Hayata kast eşlerden biri tarafından diğerinin hayatına karşı yapılmış acı sonuç doğuran davranıştır. Örneğin eşini öldürme girişiminde bulunmak, onu intihara teşvik etmek gibi davranışlar hayata kast kavramına girer³⁹⁴. Ancak bu mahiyetde olmayan fiiller, öldürme tehditleri hayata kast sayılmaz³⁹⁵. Eşlerden birinin diğerinin hayatına kast etmesi veya kendine

³⁹⁰ “Davacının kendi eşi aleyhine, boşanma davası açmamış olması hakkın kötüye kullanılması olarak düşünülemez. Yine davacının kendi eşi aleyhine manevi tazminat açmamış olması müteselsil sorumluluk esaslarına göre davalıya yönelik talep hakkından vazgeçtiği anlamına gelmez”. **Y. 4. H.D., E. 1646, K. 916, T. 24.1.2013** sinerjimevzuat.com.tr E.T. 15.03.2017.

³⁹¹ **BADUR/BAŞARA**, s. 130.

³⁹² **Y. 2. HD. 17.07.2006 4947/11093 E, GENÇCAN**, s. 974.

³⁹³ **Y.2HD.15.03.2014, 2294/3149E, İPEK**,s. 264.

³⁹⁴ **AKINTÜRK/ KARAMAN**, s. 249.

³⁹⁵ **VELİDEDEOĞLU**, s. 199; **TEKİNAY**, s. 207; **ÖZTAN**, s. 223.

pek kötü veya onur kırıcı davranış sergilemesi halinde diğer eşin boşanma davası açabilme hakkı bulunmaktadır³⁹⁶. Buradaki boşanma sebebi kusura dayanan boşanma sebebidir. Hayata kast ile ölüm sonucu doğurabilecek eylemlerde bulunmak boşanma sebebi sayılmıştır³⁹⁷. Sadece öldürme tehdidinde bulunmak hayata kast sayılmamaktadır³⁹⁸. Eşlerden birinin hayatına kast edilmesi durumu ceza mahkemesinde de yargılamayabilmesini gerektiren bir durumdur. Bu durumda boşanma davasında ceza davasının sonucunun beklenmesi gereklidir.

Eşe yapılan eziyetler, onun bedensel ve ruhsal sağlığını tehlikeye düşürecek davranışlar, eşini hapsedmek, aç bırakmak, dövmek ve normal cinsel ilişkiye zorlamak gibi ağır hareketler pek kötü ve onur kırıcı davranıştır³⁹⁹. Medeni Kanunda onur kırıcı davranışlar açısından “ağır” olma şartı aranmaktadır. Eski Medeni Kanunda “onur kırıcı” davranışa yer verilmemiştir. Ancak yeni Medeni Kanuna “onur kırıcı davranış” eklenmiş ve önceki Medeni Kanundaki eksiklik giderilmiş olmuştur. Böylece eşlerden birinin diğerine karşı onur kırıcı davranışı da boşanma sebebi olmuştur. Söz konusu olayların ispatı durumunda mahkemece ortak hayatın davacı eş açısından çekilmez hale gelip gelmediğini araştırmaksızın boşanmaya karar verebilir. Zinada olduğu gibi hayata kast ve pek kötü veya onur kırıcı davranış hallerinde de boşanma sebebinin öğrenilmesinden itibaren altı ay ve her halükarda sebebin gerçekleşmesinden itibaren beş yıl içerisinde boşanma davası açılabilir. Zinada olduğu gibi Medeni Kanunun 162/f.3 gereğince burada da affeden eşin dava hakkı bulunmamaktadır.

Bir eşin diğerinin hayatına kast etmesi, ona karşı pek kötü onur kırıcı davranış sergilemesi, diğer eşin kişilik hakkı kapsamındaki hayat ve vücut bütünlüğüne ve şeref, onur ve saygınlığına saldırı oluşturduğu muhakkaktır. Tüm bu saldırılara uğrayan eş, Medeni Kanunun 174/f.II uyarınca manevi tazminat talep etme hakkı bulunmaktadır⁴⁰⁰. Yargıtay TMK'nın 174/2.

³⁹⁶ Medeni Kanunun 162/f.1 “Eşlerden her biri diğer tarafından hayatına kast edilemesi veya kendisine pek kötü davranılması ya da ağır derecede onur kırıcı bir davranışta bulunması sebebiyle boşanma davası açabilir.

³⁹⁷ HARUN Bulut, Boşanma, s. 15; ÖZTAN, s. 383.

³⁹⁸ ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 383.

³⁹⁹ SAYMEN/ ELBİR, s. 247; TEKİNAY, s. 208; ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 223.

⁴⁰⁰ Davalı tanık beyanlarında geçen olaylardan sonra evlilik birliğine devam etmiştir. Taraflar arasındaki en son olay barışmak üzere gelen davalı kocanın davacı eşini tekme tokat dövmesidir. TMK'nın 174/2. maddesi, boşanmaya sebebiyet vermiş olaylar yüzünden kişilik hakları saldırıya uğrayan tarafın, kusurlu olandan manevi tazminat isteyebileceğini öngörmüştür. Mahkemece tarafların sosyal ve ekonomik durumları, tazminata esas olan fiilin ağırlığı ile hakkaniyet kuralları dikkate alınarak kadın yararına uygun miktarda tazminata hüküm edilmesi gerekir. **Y. 2. HD. Y. 2. HD. 01.02.2007 tarih ve 13211/954 E** sinerjimevzuat.com.tr E.T. 18.03.2017

maddesi boşanmaya sebebiyet vermiş olaylar yüzünden kişilik hakları saldırıya uğrayan tarafın, kusurlu olandan manevi tazminat isteyebileceğini öngörmüştür⁴⁰¹.

C) Suç İşleme ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Sbebeyle Manevi Tazminat

Medeni Kanunun m. 163'e göre "Eşlerden biri küçük düşürücü bir suç işlese veya veya haysiyetsiz hayat sürer ve sebeplerden dolayı onunla birlikte yaşamayı diğer eşten beklenmezse, bu eş her zaman boşanma davası açabilir". Böylece boşanma sebebi olarak sayılan suçlar, küçük düşürücü, Yani utanç verici yadayüz kızartıcı suçlardır⁴⁰². Doktrinde de belirtildiği gibi bunlar "ahlâk düzenin dahayüksek bir şekilde reddettiği, meydana çıktığı zaman normal olarak insanın yüzünü kızartan suçlardır"⁴⁰³. Örnek olarak, güveni kötüye kullanma,sahtecilik,zimmet gibi suçları gösterilebilir.

Haysiyetsiz hayat sürme, toplumun anlayışına göre sürekli olarak namus,şeref ve haysiyet kavramlarıyla bağdaşmayacak biçimde yaşamaktır. Mesela şerefsiz bir işle meşgul olma, ayyaşlık, kumarbazlık, esararkeşlik gibi haller bir kimsenin haysiyetsiz hayat sürdürdüğünün göstergesidir. Ancak bu hallerin sürekli olması gerekir. O yüzden evlilik süresince bir iki defakumar oyanayan bir eş için haysiyetsiz hayat sürüyor denilemez. Haysiyetsiz yaşam sürmenin boşanma sebebi olması için bu durumun evlenmeden sonra başlayıp hala sürdürülmesi gerekir⁴⁰⁴. Suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme ile bağlı kanunda herhangi bir hak düşürücüsüre belirlenmemiş, hatta davanın her zaman açılacağı belirlenmiştir. Ancak eşin rıza göstermesi, affedilmesi, bu durumlarda iştirak edilmesi veya eşin böyle davranışlara teşvik edilmesi hallerinde davahakının bulunmadığı kabul edilmelidir⁴⁰⁵.

Kanunda suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanma davası açılması için hak düşürücü bir süre belirlenmemiştir. Davanın her zaman açılacağı belirtilmiştir. Suçun

⁴⁰¹ Boşanmaya neden olan hadiselerde eşine şiddet uygulayan çocuklarının kendisinden olmadığını söyleyen hastalığında ilgilenmeyen, kızını istemiyorum gelin alın şeklinde sözler sarf eden davalı koca daha ağır kusurludur. TMKnın 174/2. maddesi boşanmaya sebebiyet vermiş olaylar yüzünden kişilik hakları saldırıya uğrayan tarafın, kusurlu olandan manevi tazminat isteyebileceğini öngörmüştür. Mahkemece tarafların sosyal ekonomik durumları, tazminata esas olan fiilin ağırlığıyla hakkaniyet kuralları dikkate alınarak kadınıyararına uygun miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekir. **Y. 2. HD. 05.11.2007 tarih ve 8218/15225 E., K.,**(sinerjimevzuat.com.tr E.T. 18.03.2017

⁴⁰² **AKINTÜRK/ KARAMAN**, s. 252.

⁴⁰³ **TEKİNAY**, s. 211.

⁴⁰⁴ **SAYMEN/ ELBİR**, s. 249; **VELİDEDEOĞLU**, s. 206;**TANDOĞAN**, s. 81.

⁴⁰⁵ **KÖPRÜLÜ/ KANETİ**, s. 156; **ÖZTAN**, Aile Hukuku, s. 92.

işlenmesinden ve haysiyetsiz hayat sürmenin sona ermesinden sonra eşin affedilmesi, böyle hallere rıza gösterilmesi, bu durumlara iştirak edilmesi veya eşin bu durumlarda iştiraka teşvik edilmesi dava hakkının bulunmadığı kabul edimelidir⁴⁰⁶.

Yukarıda belirtilen durumlarda manevi tazminat isteminde bulunulması için, haysiyetsizce hayat sürme veyayüz kızartıcı suç olarak kabul edilen eylemlerin aynı zamanda manevi tazminat talep eden eşin kişilik hakına saldırı oluşturması lazımdır. Böylelikle suç veya haysiyetsiz hayat sürmeye dayanak gösterilen süreklilik gösteren davranışlar, diğer eşin kişilik hakına saldırı oluşturmuyorsa manevi tazminat talep etmek mümkün olmayacaktır⁴⁰⁷. Yargıtay küçük düşürücü suç işleme ile ilgili kararında boşanmaya karar verilmesi gerekirken, davanın reddedilmesi usul ve kanuna aykırıdır şeklinde karar vermiştir⁴⁰⁸.

D) Terk Sbebeyle Manevi Tazminat

Medeni Kanunun eşlerden birinin, ortak hayata devam etmemek üzere ortak konuttan ayrılarak diğer eşi bırakıp gitmesiniveya haklı bir sebep olmadan ortak konuta dönmemesiniboşanma sebebi olarak göstermiştir. Medeni Kanunun 164/f.1'e göre " eşlerden biri evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla diğerini terk ettiği veya haklı bir sebep olmadan ortak konuta dönmediği takdirde ayrılık en az, altı ay sürmüş ve bu durum devam etmekte ve istem üzerine hâkim veya noter tarafından yapılan ihtar sonuçsuz kalmış ise, terk edilen eş boşanma davası açabilir".

Eşler ortak konutta bir arada oturdukları sürece, cinsel ilişki kurmasalar, konuşmasalar, ayrı odalarda yaşasalar bile, terkden sözedilemez. Zira bu durumda ortak hayatı az çok devam

⁴⁰⁶ **KÖPRÜLÜ/ KANETİ**, s.156; **AKINTÜRK/ KARAMAN**, s. 254; **ÖZTAN**, Aile Hukuku, s. 392.

⁴⁰⁷Haysiyetsiz hayatın varlığından sözedilebilmesi için yaşanan toplumun değer yargılarına ters düşen namus, şeref gibi kavramlarla bağdaşmayan bir hayat biçimini benimsemek ve devamlılık arz edecek şekilde yaşamış olmak gerekir. Haysiyetsiz hayat sürmeye örnek olarak, genel ev çalıştırmak, muhabbet tellallığı yapmak, ayyaşlık, kumarbazlık, vs. Gibi şeyler gösterilmektedir. Bu itibarla haysiyetsizce hayatın unsuru toplumun diğer yargılarıyla bağdaşmayan, toplumca hoş görülme ve ayıplanan davranış, diğeri ise davranışların süreklilik arz etmesi, bu şekildeki bir davranışın bir hayat biçimi olarak benimsenmiş olmasıdır. **Y.2.HD. 1992/8579 E, 1992/9036, www.kazanci.com** E.T 05.04.2017.

⁴⁰⁸Yüz kızartıcı suç deyimi, her halde hızsızlık ve benzeri gibi belli suçlara munhasır değildir. Ahlaki rezalet ve kötü bir karakter ürünü olan fiiller, bu deyimine içine girer. Onun için bu davalarda suçun türü sebebi ve saiki, işlendiği şartlar da göz önünde tutulmalıdır. Davalı başkasını öldürmeye teşebbüs etmek suçundan on altı yıl ağır hapse mahkum edilmiş olup, az önce açıklanan ilkeler karşısında yüz kızartıcı suç olarak kabulü zorunludur. Öyle ise boşanmaya karar verilmesi gerekirken davanın reddedilmesi usul ve kanuna aykırıdır. **Y.2.HD. 1983/4692 E, 1983/4691K, www.kazanci.com** E.T 05.04. 2017.

etmekte ve eşlerin bir araya gelme ihtimali hala bulunmaktadır⁴⁰⁹. Terkin kabuledilmesi için, ortak hayata son verilecek şekilde gerçekleşmesi, koca ve karını ortak konutu bırakıp başka bir yere yerleşmesi ve bir daha ortak konuta dönmemesi veya diğer eş tarafından ortak konuta alınmaması bu şekildedir⁴¹⁰. Eşlerden birinin haklı ve inandırıcı sebep olmadan ortak konuta hiç gelmemesi de terk sayılır⁴¹¹.

Evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri⁴¹² yerine getirmemek amacıyla eşlerden birinin ortak konutu terk etmesi veya ortak konuttan bu amaçla ayrılmasına rağmen haklı bir sebep olmaksızın konuta dönmemesi, terke dayalı boşanma davası için gereklidir. Askerlik, yakınları ziyet etme, öğrenim, tedavi, sebeplerle eşlerden birinin konuttan ayrı yaşaması terk sayılmayacaktır. Zira bu gibi hallerde ayrı yaşayan eş, evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri yerine getirmeme amacı taşımamaktadır. Buradan belli oluyor ki, ortak konuttan ayrılarak başka bir yerde oturma hakkının bir sebebe dayanmaması ve evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri yerine getirmeme amacıyla gerçekleşmesi durumunda teknik anlamda terk sayılmayacak; bura önemli olan ayrı yaşama değil, ayrı yaşayan eşin amacı ve niyetidir⁴¹³.

Terk nedenine dayanarak eşlerden birinin boşanma davası açabilmesi için, eşlerden birinin ortak konuttan evliliğin kendisine yüklediği görevleri yerine getirmemek amacıyla ve kendi iradesiyle haklı bir sebep olmaksızın ayrılmış olması gerekir. Ancak burada, ayrı yaşamının haklı bir nedene dayanmaması ve evliliğin yüklediği yükümlülükleri yerine getirmeme maksadının bulunması şarttır⁴¹⁴.

Terk nedenine dayanarak boşanmanın talepedilmesi için, terk olayının üzerinden en az altı ay geçmiş olmalıdır. Altı aylık süre dolmadan eş eve dönmüşse ve yeniden birlikte yaşamaya başlanılmışsa artık bu süre kesilmiş olur. Bildiğimiz üzere, hukuk düzeni hakkın kötüye kullanımı niteliğindeki davranışları korumamaktadır. Sürenin kesilmesini sağlamak için

⁴⁰⁹ **BİRSEN** Kemalleddin, Medeni Hukuk Dersleri, Umumi Esasar-Şahsın Hukuku-Aile Hukuku-Miras Hukuku , İstanbul 1963, s. 266; **FEYZİOĞLU**, s. 289; **OĞUZMAN/DURAL**, s. 119; **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s. 157-158

⁴¹⁰ **HASAN**, Petek, Terke Dayalı Boşanmada Manevi Tazminat, DEÜHFD, C. 12, S. 2, Yıl 2010 , s. 43-78.

⁴¹¹ **FEYZİOĞLU**, s. 279-280; **TEKİNAY**, s. 215; **KÖPRÜLÜ/ KANETİ**, s. 158; **AKINTÜRK/ KARAMAN**, s. 254-255.

⁴¹² Evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri; mutluluğu sağlama, çocuklara bakma ve onları yetiştirme, sadık kalma ve yardımlaşma, birliği bereberce yönetme şeklinde ifade edebilir. **HASAN**, s. 4.

⁴¹³ **FEYZİOĞLU**, s. 280-282; **TEKİNAY**, s. 217; **KÖPRÜLÜ/ KANETİ**, s. 158-159.

⁴¹⁴ **HARUN**, Bulut, Boşanma, s. 33; **ÖZTAN**, Aile Hukuku, s. 392.

ortak konuta geri dönen ve daha sonra evi yeniden terk eden eş için, sürenin kesildiğinden söz edemeyiz⁴¹⁵. Terke dayalı boşanma davası açılması için altı aylık sürenin üstünde başka bir üst süre bulunmamaktadır. Dava sonuçlanmadan önce taraflar bir araya gelmişse ve birlikte yaşamaya başlamışsa artık bu durumda davanın konusu kalmayacağından boşanma talebinin reddine karar verilmelidir⁴¹⁶. Bununla birlikte eğer şartlar gerçekleşmişse dava hakkı doğduktan sonra eşin ortak hayata dönme talebinde bulunmuş olması dava hakkını etkilemeyecektir. Eğer eş bir süre sonra yeniden konutu terk ederse altı aylık süre yeniden başlar.

TMK'nın m.164/f.2'ye göre terk edilen eşin boşanma davası açmadan önce hâkime başvurarak terk eden eşe ihtarda bulunulmasını istemesi gerekir. Daha sonrasında 6217 sayılı Kanunla TMK'nın 164.maddesine yapılan değişiklikle, noterlerin terke dayalı boşanmada ihtar gönderebilmesi imkânı getirilmiştir⁴¹⁷.

Terk eden eşe eve dönmesi için, eşini terke zorlayan eş ise eve kabul etmesi için ihtar gönderilmiş ve ihtar uyulmamış olması gerekir. İhtar fiili ayrılığın başladığı tarihten itibaren dört ay geçtikten sonra gönderilir. Bu sürenin hesaplanmasında her türlü tatil günleri süreye dahildir. Sürenin son gününün tatile rastlaması durumunda süre uzamaz⁴¹⁸. Terkin gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemeyen, hâkim terk eden eşe iki ay içerisinde ortak konuta dönmelerini ihtar eder ve dönmemesi durumunda kendisine karşı terke dayalı boşanma davası açabileceği yönünde uyarıda bulunur. Adresinin bilinmemesi durumunda terk eden eşe ilan suretiyle ihtarda bulunulabilir. Eğer eşlerin bir araya gelmeleri hususunda hiç bir umut kalmamış olsa bile ihtar gönderilmesi gerekir. İhtar tebliğinden iki ay içerisinde terkin sona ermemesi halinde diğer eşin boşanma davası açabileceği terk eden eşe ihtar edilir⁴¹⁹. Terk mutlak boşanma sebebi olduğu için, boşanma davasında müşterek hayatın davacı eş açısından çekilmez hale gelip gelmediği araştırılmayacaktır.

Terke dayanarak boşanma davasının açılması için, Medeni Kanunun 164/f.2 maddesince terk gerçekleştikten itibaren en az dört ayın geçmesinden sonra terk eden eşin ortak konuta dönmesi için ihtarda bulunulması gerekir. Terk eden eş ortak konuta dönmesi için ihtarda

⁴¹⁵ OĞUZMAN/ DURAL, s. 120; AKINTÜRK/KARAMAN, s. 256; BİRSEN, s. 267.

⁴¹⁶ FEYZİOĞLU, s. 283; TEKİNAY, s. 220

⁴¹⁷ RG: 14.4. 2011, S. 27905

⁴¹⁸ KÖPRÜLÜ/ KANETİ, s. 160; AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 256

⁴¹⁹ AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 256-257; ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 395

bulunulması ihtar gönderen eşin aralarında yaşanan olayları hoş gördüğü, diğer eşi affettiği anlamına gelmekte, ihtardan önceki olaylar boşanma sebebi yapılmamakta, ancak eşlerin bir araya gelmelerinden sonra gerçekleşen olaylar nedeniyle boşanma davası açılabilmektedir⁴²⁰. Terke dayalı boşanma davasında gönderilen ihtarın yukarıda belirtildiği şekilde ihtara kadarki bütün olayların ihtar gönderen eş tarafından affedildiği şeklinde yorumlanması sebebiyle davacı eşin manevi tazminat talep hakkının olmadığı kabul edilir⁴²¹. Diğer boşanma sebeplerinin terke dayalı boşanma davasında ileri sürülebilmesi mümkün değildir. Davacı kural olarak birden fazla boşanma sebebinin hepsine birden dayanabilir. Birden fazla sebep varsa sadece birine dayanmak zorunda değildir. Bu durumda, davacı birden fazla hukuki sebebe dayanması anlamına gelen, davaların yarışmasından söz edilir⁴²². Ancak bu durumda boşanma nedenlerinin saik açısından çatışmaması ve evlilik birliğini sona erdirmeye isteği yönünden çelişmemesi gerekir. Örneğin hem terk sebebine dayanarak boşanma davası açtığı eşi için ihtar çekmek, hem de şiddetli geçimsizliği ileri sürerek boşanma talebinde bulunmak birbiriyle çelişmektedir⁴²³.

Terke dayalı boşanma davalarında manevi tazminat talep etmek çok zordur. Zira bu sebebe dayanarak boşanma davası açmak için ilk önce ihtarda bulunmak gerekecektir. İhtarla birlikte o ana kadarki bütün olaylar affedilmiş sayılacağından, ancak ihtardan sonraki olaylara dayanarak manevi tazminat isteminde bulunulabilecektir. Bu yüzden manevi zararları bulunan kişilerin, terke dayalı boşanma davası açmak yerine, davadan önce ihtar göndermeden bile, evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebinin (veya diğer sebepleri) tercih etmeleri, manevi tazminat alabilmeleri için zorunluluk çıkaracaktır⁴²⁴. Terk nedenine dayalı diğer bir yargıtay kararında ise boşanmayı gerektiren olayın varlığı kanıtlanamamıştır⁴²⁵. Bir görüşe göre terke

⁴²⁰ **HARUN**, Bulut, Boşanma, s. 35.

⁴²¹ **PETEK**, s. 18.

⁴²² **PETEK**, s. 18.

⁴²³ **PETEK**, s. 19.

⁴²⁴ Yargıtay terke dayalı boşanma davasında ihtar gönderen eşin maddi tazminat talebinden de vazgeçtiği yönünde bir karar vermiş değildir. TMK'nın m.174/f.1 de, mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu tarafın, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebileceğini düzenlemiştir. **HASAN** Petek'in kanaatinca Yargıtayın manevi tazminat talebi bakımından vardığı sonuç isabetli olmadığı gibi, bu sonucun da maddi tazminat yönünden de aynen kabul edilmesi mümkün değildir. **HASAN**, s. 19

⁴²⁵ Davaya terk hukuki nedenine dayalı boşanma istemine ilişkindir. Davacı koca davalı kadına ihtar çekerek ihtar tarihine kadar olan kusurlarını affetmiştir. Davacının maddi ve manevi isteminin reddi gerekirken..." Davacı tank beyanlarında geçen olaylar davacının terk nedenine dayanarak, 21.07.2000 tarihinde açtığı davadan önce geçen olaylardır. Davacı koca terk nedeniyle davaya esas olan ihtarnameyi davalıya göndermekle önceki olayları

dayalı boşanma davası açılmadan önce gönderilen ihtar şartlı ihtar niteliği taşımaktadır. Ortak konutu terk eden eşine samimi duygularla eve dön çağırısı yapılarak, önceki olayların affedildiği ve ortak hayatın tekrar kurulması isteği bildirilmekte, eğer çağrıya olumlu cevap verilmezse terke dayalı boşanma davası açılacağı ve önceki olayların affedilmemiş sayılacağı ihtar edilmektedir. İhtarın Fonksiyonunu bu şekilde anlaşılarsa, ihtara rağmen eve dönmeyen eş için şart gerçekleşmemiş ve önceki olaylar affedilmemiş sayılacağından, ona karşı terke dayalı boşanma davası açılabileceği gibi, ondan manevi tazminat da talepedilebilir⁴²⁶.

Şöyle anlaşılır ki, eşe ihtar gönderilmesinin, eve dönmesi halinde affedileceği, aksi halde ise ihtardan önceki olayların affedilmemiş sayılacağı yönde ihtarında bulunulduğu şeklinde yorumlanması gereklidir. Kişinin evlilik birliği içerisinde karşı tarafın kusurundan kaynaklanan ve kişiliğinde saldırı niteliğinde olan olayları ispat etmek çabası içerisinde girmesinin yorucu ve sürecin yıpratıcı olduğu açıktır. Terk edilen eş bir an önce boşanabilmeli ve kendi hayatınaynön verebilmelidir. Daha sonrasında ise zamanaşımı süresi içinde 174/f.2 ye dayanarak manevi tazminat isteminde bulunabilir. Terke dayalı boşanma davası açılabilmesi için, terk eden eşe ihtar gönderilmesi ve ortak konuta dönmesi çağırısında bulunulması kanuni zorunluluktur. Olumlu cevap alınmazsa eşe karşı boşanma davası açılır. Eğer eş icaba uygun hareket ederek ortak konuta dönerse manevi tazminat ödemekten kurtulur. Ortak konuta dönmemesi halinde ise kendisine karşı hem terke hem de diğer sebeplere dayalı boşanma davası açılabileceği gibi, kendisinden manevi tazminat talebinde de bulunulabilir⁴²⁷.

E) Akıl Hastalığı Sebebiyle Manevi Tazminat

Medeni Kanunda sayılan boşanma sebeplerinden biri de akıl hastalığıdır. Bazı şartların gerçekleşmesi durumunda akıl hastalığı nedenine dayanarak boşanma davası açılabilir. Medeni Kanunun 165.maddesinde akıl hastalığı düzenlenmiştir. “Eşlerden birinin akıl hastası olup da ortak hayat diğer eş için çekilmez hale gelirse, hastalığın geçmesine olanak bulunmadığıresmi sağlık kurulu raporu ile tespit edilmek koşuluylabu eş boşanma davası açabilir”denilmektedir. Şüphesiz ki buradaakıl hastalıklarının ne olacağı tıp bilimi tarafından belirlenecektir.Akıl

affetmiştir. Artık bu nedenlere dayanarak boşanma talebinde bulunulmaz. Toplanan delillere göre ilk davadan sonra taraflar bir araya gelmediği gibi boşanmayı gerektiren yeni bir olayın varlığı da kanıtlanmamıştır. **Y.2HD.17.02.2005 274/2213E, K, KAÇAK**, Boşanma s. 104.

⁴²⁶ **PETEK**, s. 19.

⁴²⁷ **FEYZİOĞLU**, s. 293; **DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ**, 109-110.

hastalığı nisbi bir boşanma sebebidir⁴²⁸. Bu yüzden eşin akıl hastası olması tek başına olarak boşanma nedeni olmayacaktır. Yani bu durumun diğer eş için çekilmez hale gelmesi gerekir⁴²⁹.

Bir görüşe göre⁴³⁰ MK. m. 165'te hükme bağlanan akıl hastalığını evlenmeye engel teşkil edecek akıl hastalığı şeklinde anlamak gerekir. Evlenmeye engel teşkil etmeyen akıl hastalığında ise, eş MK. m. 166'da öngörülen evlilik birliğinin sarsılması nedenine dayanarak boşanma davası açmalıdır. Bu görüş savunulacak olursa evlilik birliğinin sarsılmasında aranılacak olan, kusurun ne olacağıdır. Çünkü evlenmeye engel teşkil etmeyecek bir akıl hastalığının kusuru ortadan kaldırıp kaldırmayacağını da tespiti gerekmektedir. Ancak kusuru ortadan kaldırıyorsa bu görüş desteklenebilir.

İlaçla kontrol altına alınamayan ve kişinin bütün normal, ruhsal ve bensele görevlerini felce uğratan nöbetlerle, karakter bozukluğuna dayanan psikopat halleri ve ayrıca ağır kişilik ve karakter bozuklukları ile bir arada olması halinde alkol ve ilaç bağımlılığı da bu kapsam altında düşünülmektedir. Kişilik ve karakter bozukluklarının alkol ve ilaç bağımlılığı ile bir arada tutulması yanlış sonuçlara yol açabilir. Çünkü sorunun kaynağı alkol ve benzerinden ziyade kişilikte yatmaktadır⁴³¹.

Değnilmesi gereken bir diğer nokta hastalığın hangi dönemde ortaya çıktığı sorunudur. Zamansal olarak hastalığın evlilik içinde veya daha önce başlamış olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Gerek eMK. m. 133'te gerekse Medeni Kanun'un 165. maddesinde belirtilmemiş olmakla birlikte bazı yazarlara göre⁴³² akıl hastalığının evlilikten sonra ortaya çıkması aranmaktadır. Bu görüşe göre evlenmeden önceki akıl hastalığı kesin evlenme engellerinden biri olduğu için ancak mutlak butlan nedeni olabilir düşüncesi bulunmaktadır. Oysa mutlak butlan sebebi olması ve butlan talebi yerine, akıl hastalığı nedeni ile boşanmanın talep edilmesinde de yasal bir engel bulunmamaktadır. Ancak evlenmeden önce olan akıl

⁴²⁸ AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 260; ARAS, s. 191; BULUT, Boşanma, s. 36; DURAL/ ÖĞUZ/GÜMÜŞ, s. 112; GENÇCAN, s. 278; HELVACI / ERLÜLE, s. 158; OĞUZMAN/DURAL, s. 122; ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 401; ÖZUĞUR, s. 208; ZEVLİLİLER/ HAVUTÇU/ERTAŞ/ GÜRPINAR, s. 297.

⁴²⁹ ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 401; HARUN Bulut, Boşanma, s. 36.

⁴³⁰ ÖZTAN, s. 400.

⁴³¹ ÖZTAN, s. 400.

⁴³² ZEVLİLİLER/ ACABEY/ GÖKYAYLA, s. 900; BULUT, s. 36.

hastalığı evlenmeden sonra da devam ediyorsa eş dilerse butlan, dilerse boşanma davası açabilecektir⁴³³.

Hastalığın evlilik öncesi ya da sonrası ortaya çıkmasının bir önemi olmadığı düşünülebilir. Evlilik öncesi ortaya çıkan bir akıl hastalığında diğer eş dilerse mutlak butlan davası dilerse boşanma davası açabilir. Ancak butlan davasında evlilik birliğinin çekilmez bir hal aldığıın ispatlanması gerekmemektedir. Bu da Medeni Usul Hukukunun konusunu oluşturmaktadır. Ayrıca kanun koyucu bu durumu istemiş olsaydı maddenin düzenlemesinde hastalığın başlangıç evresinin evlilik öncesi mi yoksa sonrası mı olacağını da belirtebileceği kanaatindeyim.

Eski Medeni Kanun akıl hastalığına dayalı boşanmada hastalığın üç yıl devam etmesi koşulunu arıyordu. Bu süre her türlü teşhis ve tedavi yanılmalarını ortadan kaldırmak; diğer eş yeterince bir dayanma ve sabır denemesi yaptırmak için tanınmıştı. Medeni Kanunda bu üç yıl şartı kaldırılmıştır. Bu üç yıl şartında üç yılın tamamının evlilik içerisinde olması gerekmiyordu. Örneğin bir kimse evlenmeden önce iki yıl boyunca akıl hastası ise evlendikten sonra diğer eş için evlilik çekilmez bir hal almış ise, evlendikten bir yıl sonra boşanma davası açabilecekti. Böylelikle akıl hastalığının evlenme tarihinden itibaren üç yıl devam etmesi şart değildi. Evlenmeden önce başlamış bir akıl hastalığının üç yıl devamı yeterli idi.

Akıl hastalığındaki devamlılık kesilirse, üç yılın yeniden hesaplanması gerektiği ileri sürülmüştü⁴³⁴. Ayrıca akıl hastalığına yakalanan kişinin bu hastalığa yakalanmakta kusuru varsa sürenin kısaltılması gerekliliği de belirtilmişti. Yine bu üç yıllık sürenin azaltılamayacağı ve ortadan kaldırılamayacağı fikri de vurgulanmıştı.

Akıl hastalığına dayalı boşanmada eşlerden birinin akıl hastalığına yakalanması yetmemekte aynı zamanda da bu durumun diğer eş için çekilmez bir hal alması gerekmektedir. Bu nedenle de akılı hastalığına dayalı boşanma nisbi boşama sebeplerinden biridir⁴³⁵. Nisbi boşanma sebebi olduğu için de hâkime takdir hakkı verilmektedir. Ortak hayatın çekilmez hale gelmesini tespit edecek olan hâkimdir. Hâkim bu tespitini resim sağlık kurulu raporuna göre

⁴³³ ZEVKLİLER/ ACABEY/ GÖKYAYLA, s. 901; TUTUMLU, s. 208

⁴³⁴ BERKİ, Şakir, Boşanma ve Ayrılık, AÜHFD, C. 32, S. 1, 1975, s. 142.

⁴³⁵ FEYZİOĞLU, s. 249.

yapacaktır. Hâkim akıl hastalığını re'sen araştıracaktır⁴³⁶.Çekilmezliğin var olup olmadığını hâkim objektif olarak ve diğer eş yönünden durumu sübjektif olarak takdir edecektir⁴³⁷. Çekilmezlik şartı her türlü delile ve özellikle tanıklarla ispat edilebilir. Hâkim bu durumda kanaat sahibi olabilmek için, hastalığın dışarıya yansıyan görünümünü incelemelidir⁴³⁸.

Boşanma sebeplerinin özel ve genel boşanma sebepleri olarak ikiye ayrıldığı daha önce belirtilmişti. Özel boşanma sebeplerinin akıl hastalığı sebebiyle boşanmayla bağının tespitinde esas alınacak ölçüt kusurdur. Örneğin zinaya dayalı boşanmada zina edenin kusurlu olması gerekmektedir. Hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı bir davranışa dayalı boşanmada kusura dayanan boşanma sebeplerindedir. Bu nedenle akıl hastası olan eşin diğerini öldürmeğe kalkışması halinde hayata kast değil, akıl hastalığı sebebiyle boşanma davası açılabilir⁴³⁹. Yine suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme ve terke dayalı boşanma da kusura dayalı boşanma sebeplerinden olduğu için bu durumda da akıl hastası bir eşe bu sebepler gerçekleşmiş olsa bile kusur isnat edilemeyeceğinden boşanma davası açılmaz. Örneğin akli hastası bir eşin evi terk etmesi durumunda kusur olmadığı için açılan boşanma davası dinlenmez.

Genel boşanma sebeplerinden olan evlilik birliğinin sarsılması da kusur ilkesine dayandığı için akıl hastası bir eşe karşı da bu sebeple boşanma davası açılmaz⁴⁴⁰. Yargıtay da akıl hastası olan kişinin eylemleri iradi olmadığından çekilmezliğe dayalı olarak açılan boşanma davasının reddinin gerektiğini vurgulamıştır.Görüldüğü üzere terk ve akıl hastalığına dayalı boşanma dışındaki özel boşanma sebepleri aynı zamanda genel boşanma sebebi de olabilir. Örneğin haysiyetsiz hayat sürme bir taraftan özel bir boşanma sebebi iken, diğer taraftan da bu sebepten ötürü evlilik birliği temelinden sarsılmış olabileceğinden aynı zamanda genel bir boşanma sebebi olarak görülebilir.

⁴³⁶ **Y. 2. HD. 08.06.1987 T. ve E. 4339, K. 5015.** “Dava ve taraf ehliyeti kamu düzenine ilişkin olup, mahkemelerce doğrudan doğruya göz önünde tutulur. Dava dilekçesinde davalının doğuştan geri zekalı olduğu ve tedavinin de mümkün bulunmadığı ileri sürülmüş ve bu iddia bir kısım davalı tanıklarınca doğrulanmış bulunmasına göre, mahkemece yapılacak iş HUMK. m. 42 uyarınca Sulh Mahkemesine yazı yazılması, davalının vesayet altına alınması gerekip gerekmediğinin araştırılması, bu hususun bekletici mesele sayılması ve sonucuna kadar yargılamanın bekletilmesinden ibarettir. Bu yön göz önünde tutulmadan yargılamaya devam olunarak işin esası hakkında kara verilmesi usul ve kanuna aykırıdır. **ESAT**, s. 296

⁴³⁷ **DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ**, s. 114; **ÖZTAN**, s. 401.

⁴³⁸ **TEKİNAY**, s. 190.

⁴³⁹ **AKINTÜRK/ KARAMAN**, s. 240.

⁴⁴⁰ **ÖZTAN**, s. 401; **FEYZİOĞLU**, s. 252.

Akıl hastalığına dayalı boşanmanın gerek sadece özel bir boşanma sebebi olması gerekse kusurun aranmadığı tek boşanma sebebi olmasından dolayı diğerlerinden farklı bir yere sahiptir. İyileşmesi mümkün olmayan akıl hastalıklarının dışında eşlerden birinde başka bir hastalık varsa bu durumda akıl hastalığına dayalı boşanma davası açılmaz, ama şartları gerçekleştiğinde evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı boşanma davası açılabilir ya da evlilik öncesi bir hastalık ise nisbi butlan davası açılabilir. Kısırlık, cinsel hastalıklar vs. örnek gösterilebilir⁴⁴¹.

Akıl hastalığına dayanarak boşanma davası açılması için kanunda bir hak düşürücü süre bulunmamıştır. Bu yüzden diğer eşin her zaman boşanma davası açmahakı bulunmaktadır.

Eşlerden birinin akıl hastası olması durumunda, diğer eşin bu nedene dayanarak manevi tazminat davası açması mümkün değildir. Yukarıda da söylediğimiz gibi eşin manevi tazminat talebinde bulunması için Medeni Kanunun 174/f.2 gereğince kişinin kişilik hakına saldırı oluşmalı ve kusurlu olan taraf saldırı yüzünden manevi tazminat yükümlülüğü altına girecektir. Akıl hastalığına dayalı boşanmada, akıl hastası olan eşe kusur isnat edilemeyeceği için bu eşten MK. m. 174 gereği maddi ve manevi tazminat talep edilemez Medeni Kanunun 165.maddesinde ise iyileşme olanağı bulunmayan bir akıl hastalığı bulunduğu resmi sağlık kurulu raporu ile sabir olan eşin davranışlarının iradi olmaması sebebiyle gerçekleştirdiği davranışları nedeniyle kendisine atfedilebilecek bir kusuru bulunmadığından davranışları manevi tazminat konusu oluşturmamaktadır⁴⁴².

IV.Genel Boşanma Sebepleri Çerçevesinde Manevi Tazminat

A) Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebiyle Manevi Tazminat

Bu boşanma sebebi Medeni Kanunun 166.maddesinde düzenlenmektedir. Evlilik birliği ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecedetemelinden sarsılmış olursa eşlerden her biri boşanma davası açabilir. hallerde davacının kusuru daha ağır ise, davalının

⁴⁴¹EROL, Yasemin, Akıl Hastalığına Dayalı Boşanma, SÜHFD, C.19, S. 1, 2011, s. 119-149.

⁴⁴² Y.2HD 24.03.2008 2007/6414 E, 2008/4020 K, Davacının akıl hastası olduğu ve Medeni Kanunun 405. maddesi gereğince kendisine vasi atandığı anlaşılmaktadır. Davalı tanıkları, davacının eylemlerinin akıl hastalığı döneminde gerçekleştiğini belirlemişlerdir. Bu nedenle davacının eylemleri iradi değildir. Davacıya kusur yüklenemez. Medeni Kanundaki 174/f.2 koşulları oluşmamıştır dolayısıyla manevi tazminat isteminin reddi gerekirken ARAS, s. 362; Y. 2. HD. 04.07.2006 tarih ve 1845/10728 E., K. Davalı kadının şizofreni denilen akıl hastası olduğu, hareketlerinin iradi olmadığı. Hastalığı sırasında kocanın kadının tedavisi ile ilgilenmediği anlaşılmıştır. Toplanan delillerden evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda tazminat isteyen kadının ağır ya da eşit kusurlu olmadığı, bu olayların kişilik haklarına saldırı teşkil etmediği anlaşılmaktadır” şeklinde karar verilmiştir inerjimevzuat.com.tr E.T. 10.04. 2017

açılan davaya itiraz hakkı vardır. Bununla beraber bu itiraz hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir denilmektedir⁴⁴³. Bu boşanma sebebinin önemi, uygulamaların geniş olması ve genel boşanma niteliğini taşımasıdır.

Evlilik birliğinin temelden sarsılmış olması eşler arasında çok ciddi ve şiddetli bir geçimsizlik ve anlaşmazlık bulunması demektir⁴⁴⁴. Bu durumda eşler arasında evlilik birliğini sürdürecekt ruh ve istek kalmayacak, eşler arasındaki bu anlaşmazlıklar onlarda devam etme yönündeki ruh ve bilinci söndürecek⁴⁴⁵. Eşler arasındaki anlaşmazlık ve geçimsizliği evlilik birliğini temelinden sarsacak derecede olmasını kanunkoyucu aramış ve durumun takdirini hâkime bırakmıştır. Eşler bakımından çekilmez hale gelmiş birlikteliklerin devamı, eşler bakımından olduğu kadar toplum içinde büyük bir tehlike olarak ortaya çıkaracaktır. Bu tür evliliklerin devam etmemesi, devam etmesine nazaran daha faydalı sonuçlar doğurabilir⁴⁴⁶. Gençcan evlilik birliğini mutlak ve nispi boşanma sebepleri arasındaki farkdan yola çıkarak bir eve benzetmiştir⁴⁴⁷.

Kusur olmadan bile evlilik birliğinin temelden sarsılması ve bu sebeple boşanmaya karar verilmesi mümkündür. Evlilik birliğinin sarsılması sonucunda, boşanmaya karar verilebilmesi için, evlilik birliğinin temelden sarsılmasının yanında eşler arasındaki anlaşmazlık ve geçimsizlik sebebiyle ortak hayatın çekilmez hale gelmesi de gerekir⁴⁴⁸. Evlilik birliğinin temelden sarsılması nedeniyle boşanma davası açmaktaki her iki eşe tanınmıştır. Kusuru daha ağır olan eş davacı da olabilir. Kusuru daha ağır olan eşin davacı olması durumunda diğer eşin açılmış olan boşanma davasına, davacı eşin evlilik birliğinin sarsılmasında kusurunun daha ağır olduğunu ileri

⁴⁴³ AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 261.

⁴⁴⁴ OĞUZMAN/ DURAL, s. 124.

⁴⁴⁵ VELİDEDEOĞLU, s. 184.

⁴⁴⁶ VELİDEDEOĞLU, s. 161.

⁴⁴⁷ Gençcan evlilik birliğini eve benzetmiştir. Buna göre, mutlak boşanma sebepleri bu ev için kıyamettir ve kıyamette her şey yerle bir olacağından herkesin evi yıkılacaktır. Nispi boşanma sebepleri ise depreme benzetmiş ve depremin her evi yıkıp yıkmayacağını depremin şiddetinin yanı sıra evin dayanıklılığı belirler. Evlilik birliğinin temelinden sarsılması koşulu depremin şiddeti, çekilmezlik koşulu ise evin dayanağıdır. Bu yüzden iki şiddetinde bir deprem bile dayanıksız bir evin çökmesine yeterli iken, sekiz şiddetinde bir depremin yıkmadığı evler olabilir. GENÇCAN, s. 284-285.

⁴⁴⁸ ÖZTAN, Aile Hukuku, . s. 410.

sürerek itiraz edebilme hakkı bulunmaktadır⁴⁴⁹. Bu şekilde bir itiraz üzerine, davacı eşin kusurunun davalı eşin kusurundan daha fazla olduğunun ispat edilmesi halinde boşanma davasının reddine karar verilebilir.

Evlilik Birliğinin temelinden sarsılmasında davacının davalıdan daha fazla kusurlu olduğu itiraz yoluyla ispat edilirse, davanın reddedilmesi gerekir. Buradaki sonuç, kimsenin kendi kusuruna dayanarak hak kazanamaması ilkesinden doğan bir sonuçtur⁴⁵⁰.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında davacının daha fazla kusurlu olduğunun belirlenmesinde nasıl bir ölçü kullanılacağı önceden saptanamaz⁴⁵¹. Bununla ilgili bir Yargıtay kararında açıklama verilmiştir⁴⁵²”. Burada ele alınmış olan konu, kocanın evlilik birliğine sadakatsizlik sayılan davranışının mı, yoksa kararın onur kırıcı tepkisinin mi daha ağır kusur sayılması gerekeceğidir.

TMK m.164/1 hükmüne dayanarak açılanevlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle boşanma davasında ispat yükü davacının üzerindedir. TMK m.184 gereğince aile mahkemesi hâkimi boşanma davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmediği, bunları ispatlanmış saymayacak ve tarafların bu konudaki kararları ile bağlı

⁴⁴⁹ ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 410; AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 266; GENÇCAN, s. 294; KÖPRÜLÜ/ KANETİ, s. 169; OĞUZMAN/ DURAL, s. 125.

⁴⁵⁰Yargıtay “ kendisinin çocuk yapma yeteneği olmadığı yolunda yersiz bir kanaate ulaşmış ve bu durumu herkese anlatmış, onları inandırmış, böylece çevrede kadının iffeti ve çocuğun nesebi konusunda dedikodu niteliğini aşmayan düşünce ve fikirlerin doğmasına yol açan kocanın, kendi eylemine ve kusuruna dayanarak boşanma davası açamayacağına” kararını vermiştir. **Y. 2.HD. 9. 12. 1985, 10185/10406**, YKD. 1986, S. 6, s. 791.

⁴⁵¹ AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 267.

⁴⁵²“Kusur çoğu kez kişilerin sosyal ve kültürel yapılarına, değer yargılarına ve çevrelerine göre değişen bir ölçüde soyut, görel bir kavramdır. O halde önceden şu ya da bu eylemin ya da davranışın daha ziyade kusur veya daha az kusur olarak kabulü ve bu konuda kesin, değişmez, nesnel bir ölçü konulması olanak dışıdır. Bu nedenle TMK’nın 166. maddesine dayanılarak açılan boşanma davalarında , taraflardan hangisinin tutum ve davranışının daha ziyade kusur sayılacağını, başka bir deyişle kusurun hangi tarafa daha ziyade ait olduğunu saptamak ve değerlendirmek hâkimin takdir yetkisine aittir. Hâkim bu konuda takdir yetkisini ve hakkını olayların kendi yapılarına ve oluşlarına özgü yönleri içinde kullanacaktır. Önceden somut bir kural koymak, belli bir ölçü getirmek, hâkimin takdir yetkisini ve hakkını önleyici ve bağlayıcı nitelik taşıyacağından, sakıncalı bir uygulama sayılmak gerekir. Y. İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, 3.7. 1978, 5/6, İBD. 1979 S.1, s. 107, Bu Karar İçtihadı Birleştirme Kararı Niteliğinde değildir, içtihadı birleştirmeye gerek bulunmadığına ilişkin bir karardır, OĞUZMAN/DURAL, s. 126.

olmayacaksa da taraflar eğer bir delil göstermeyeceklerini bildirmişlerse, hâkimin ispatlanmayan davanın reddine karar vermesi gerekir⁴⁵³.

Evlilik birliğini temelden sarsılmasına neden olan olaylar çeşitli olduğuna göre önceden saymakla sınırlanır. Yargıtay kararlarında evlilik birliğini temelinden sarsabilecek nitelikte aşağıdaki olay ve davranışlar görülmektedir: Karının kocası hakkında erkekliği yok, kocalık yapamıyor, şeklinde beyanlarda bulunması⁴⁵⁴, kadının kocasına karşı saygısızlık ve sadakatsizliğini gösteren sözler sarfetmesi ve ona hakaretlerde bulunması, onunla alay etmeğe başlaması⁴⁵⁵, eşine şiddet uygulaması⁴⁵⁶, ortak hayatı çekilemez hale getiren aşırı kıskançlık⁴⁵⁷, kocanın başka bir kadınla ters ilişkide bulunması⁴⁵⁸, eşini evden kovması⁴⁵⁹.

Evlilik birliğinin temelden sarsılmasına neden olan olaylarda eşlerin kusurları bulunmuyorsa Medeni Kanun 174/f.2 gereğince manevi tazminata hükmedilmesi mümkün değildir. Bir görüşe⁴⁶⁰ göre Türk boşanma hukukunda, gerek uygulamada gereksede mevzuatta kusur geçerlidir. Bunun hem boşanmaya yol açan sebepleri sayan hükümler açısından hem boşanmanın mali sonuçlarını düzenleyen hükümlere göre savunulabileceğini, sonuç olarak kusur ilkesinden soyutlanmış bir Türk hukuku boşanma sistemi düşünülmeceğini belirtmekle birlikte Y.2.HD'nin uygulamasında bir usul kuralı olarak yerleşmiş bulunan davalının az da olsa kusuru bulunması gerektiğine ilişkin uygulamanın çok katı olarak uygulanmaması gerektiğini savunmuştur.

⁴⁵³Y. 2. HD, 14.12.2006 10921-17635, "TMK'nın 184/3.maddesi uyarınca, boşanma davalarında tarafların bu konudaki her türlü ihtarları hakimi bağlamaz. Taraflar bir delil göstermeyeceklerini bildirmişler. Gerçekleşen bu durum karşısında kanıtlanamayan davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde kabulü usul ve yasaya aykırı bulunmuştur. sinerjimevzuat.com.tr E.T. 05.05.2017.

⁴⁵⁴ HGK. 8.11. 1961, 2/67-42, OLGAÇ Senâî: Kazaî ve İlmî İctihatlarla Türk Medeni Kanunu Şerhi İstanbul 1967.

⁴⁵⁵ Y. 2. HD. 17.07.2006 tarih ve 4947/11093 E., K.; Y. 2. HD. 13.02.2007 tarih ve 14066/1843 E., K., GENÇCAN, s. 974.

⁴⁵⁶ Y. 2. HD. 12.10.2005 tarih ve 11602/14028 E., K.; Y. 2. HD. 01.02.2007 tarih ve 13211/954 E., K., GENÇCAN, s. 971.

⁴⁵⁷ HGK. 26. 4. 1972, 2-589/262, İKİD, 1972, s. 1249.

⁴⁵⁸ HGK. 9.1. 1963, 2-74/3 OLGAC, s. 147.

⁴⁵⁹ Y. 2. HD. 12.09.2005 tarih ve 9455/11854 E., K.; Y. 2. HD. 15.12.2005 tarih ve 14760/17577 E., K., GENÇCAN, s. 978

⁴⁶⁰ KÖSEOĞLU, Bilal, "Boşanma Hukukunda Kusur İlkesinin Önemi" Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y.1, S.1, 2006, s.7-14.

Bilindiği üzere, kusur maddi ve manevi tazminat ile yoksulluk nafakasının tayininde önem arz eder. Eşler eşit derecede kusurlu ise hiçbirisi maddi ve manevi tazminat talep edebilmeyecek, ancak şartları varsa yoksulluğa düşen eş adına nafakaya hükmedilecektir. Eğer kusurun tamamı davacı eşte ise ve bu durum davalı tarafından ileri sürülmüşse, kimse kusurundan dolayı menfaat elde edemez ilkesi gereğince açılan dava reddedilecektir. Boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden manevi tazminata hükmedilmesi için kusurun varlığı şarttır. Evlilik birliğinin sarsılmasına sebebiyet veren olaylar eşlerin kusurlu davranışlarından kaynaklanıyorsa, kusurlu davranışın diğer eşin kişilik hakına saldırı oluşturup oluşturmadığına bakılmalıdır. Evlilik birliğinin sarsılmasına sebebiyet veren olayın kusurlu olmama ihtimali de vardır. Evlilik birliğinin temelini sarsılması ile birlikte kişilik hakına saldırı oluşturmayan durumlardamevcuttur. Yargıtaya göre, düğün yapılmaması, cinsel ilişkinin başarılı olmaması gibi durumlarda davacı eşlehine manevi tazminata hüküm edilmesi mümkündür.

B) Eşlerin Anlaşması Sebebiyle Manevi Tazminat

Önceki Medeni Kanunda eşlerin anlaşmalı boşanması diye bir kavramayer verilmemişti. Ancak sonrdan 1988 yılında 3444 sayılı Kanunlayapılan değışmeden sonraboşanma sebepleri arasında eşlerin anlaşmalı boşanması da eklenmiştir. Bu yeni Medeni Kanunun 166.maddesinde üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Medeni Kanunun 166/f.3 göre “Eşlerin anlaşması üzerine boşanmaya karar verilebilmesi için öncelikle eşler arasındaki evliliğin en az bir yıl sürmüş olması gereklidir. Buradaki bir yıllık sürenin eşlerin resmi olarak evlendikleri tarihten boşanma davasının açıldığı tarihe kadar geçmiş olması gereklidir.

Kanunkoyucunun bu boşanma sebebini ayrı bir başlık altında düzenlemeyerek, “evlilik birliğinin temelinden sarsılması” başlıklı madde altında düzenlenmesinden de anlaşılacağı üzere, burada en az bir yıl devam etmiş bir evlilikte eşlerin birlikte başvurması ya da eşlerden birinin açtığı davanın diğer eşçe kabulü evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğuna kesin karine sayılmıştır⁴⁶¹. Bunun isabetli olduğu düşünülebilir.

Evliliğin en az bir yıl sürmüş olması koşuluyla, eşlerin birlikte başvurmaları halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayıldığından hâkimin evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığı, eşlerin kusurlu olup olmadıkları ya da boşanmanın hangi nedene

⁴⁶¹AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 269; ÖZTAN, s. 127; HATEMİ/ SEROZAN, s. 237.

dayandığı yönünde bir araştırma yapma yükümlülüğü olmadığı gibi, bu bakımdan takdir yetkisi dahi olmayacaktır⁴⁶².

Durum böyle olunca boşanma kararı verilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerini serbestçe açıkladığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim çocukların menfaatini göz önüne alarak uygun anlaşmada gerekli değişiklikleri yapabilir. Bu değişiklikler taraflar tarafından kabul edilirse boşanmaya hükmedilir⁴⁶³. Çünkü evlilik birliğinin kanunkoyucu en az bir yıl devam etmiş evlilikte eşlerden birinin açtığı davayı diğersinin kabul etmesini veya her iki eşin birlikte boşanma başvurusunda bulunmasını, evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğuna karine saymıştır.

Medeni Kanununun 166/f.3 gereğince eşlerin anlaşarak boşanmak istemesi durumunda manevi tazminat konusunda daanlaşmaya varması gerekir. Boşanma davasında eşlerin anlaşmaları manevi tazminata hükmedilecektir. Taraflar bu konuda talepte bulunmamışsa manevi tazminat talebinden vazgeçtikleri kabul edilir. Eşlerin boşanma sırasında manevi tazminat talebinde anlaşmaları gerektiğinden, Medeni Kanununun 174/f.2 gereğince manevi tazminata boşanma sonrasında talepte bulunamazlar. Hüküm uyarınca tarafaların boşanmaya karar vermeleri için, eşlerin boşanmanın mali sonuçları hakkında ve boşanma kapsamındaki manevi tazminat konusunda anlaşmaya varmaları gerekir⁴⁶⁴.

D) Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması Sebebiyle Manevi Tazminat

Ortak hayatın yeniden kurulamaması, doktrinde “eylemli ayrılık⁴⁶⁵” ve “fiili ayrılık⁴⁶⁶” şeklinde isimlendirilmiştir. Eski Medeni Kanunayapılan değişiklikle ortak hayatın yeniden kurulamaması genel boşanma sebepleri arasına girmiştir. Bu olgunun boşanma sebebi olarak kabul edilmesindeki amaç birbirileriyle ortak hayat sürdürme konusunda hiçbir şekilde anlaşamayan, uzun bir süre boyunca ayrı yaşayan eşlerin boşanmalarına “maddesel olarak çökmüş

⁴⁶² ÖZTAN, s. 725.

⁴⁶³ AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 269.

⁴⁶⁴ Taraflar Alman Mahkemesinin kesinleşen kararına göre Türk Medeni Kanununun 166/f.3 gereğince anlaşmalı olarak boşanmışlardır. Bu kararın tenzifine karar verilmiş temyiz edilmemek suretiyle kesinleşmiştir. Taraflar anlaşmalı olarak boşanmış olmakla davacı-davalı kadının manevi tazminat ve yoksulluk nafakası isteğinin kabulü usül ve yasaya aykırıdır. **Y.2.HD.19.06.2007 1463110407E, K**, GENÇCAN, s. 1005.

⁴⁶⁵ KÖPRÜLÜ/ KANETİ, s. 176.

⁴⁶⁶ OĞUZMAN/ DURAL, s. 129.

olan evliliklerin hukuksal yönden de sona ermesine imkân sağlamaktır”⁴⁶⁷. Medeni Kanununun 166/f.4 gereğince “ boşanma sebeplerinden her hangi biri ile açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten başlayarak üç yıl geçmesi halinde , her ne sebeple olursa olsun, ortak hayat yeniden kurulamamışsa evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verilir”. Bu nedenle boşanmaya karar verilmesi için öncelikle daha önceden açılmış ve reddedilmiş bir boşanma davası olmalıdır. Boşanma davası sonucunda mahkemece yetkisizlik veya görevsizlik kararı verilmesi, dava dilekçesinin reddedilmesi veya tarafların davayı takip etmemeleri nedeniyle davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi sonucunda bu davanın açılması mümkün değildir. Önceden taraflar arasında evlenmenin iptali davasının görülmüş olması da bu davanın açılmasına imkân tanımamaktadır⁴⁶⁸. Eşlerin çocuklarını görmek veya hasta ziyaretleri gibi insani ilişkilerin gereği olarak bir araya gelmeleri halinde ortak hayatın yeniden kurulduğu söylenemez.

Bu hükme göre Boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılan davanın reddi, redd kararının kesinleşmesi üzerinden üç yıl geçmesine rağmen ortak hayatın kurulamaması ve taraflardan birinin mahkemeye başvurusu üzerine boşanma kararı verilecektir. Burada hâkimin boşanma kararı verebilmesi için eşlerin kusur durumlarını araştırması gerekmemektedir⁴⁶⁹. Zira nasıl eşlerin boşanma konusunda anlaşmaları evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına kesin bir karine teşkil teşkil ediyorsa, eşlerin üç yılı fiili olarak ayrı geçirmeleri de evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına ilişkin kesin bir karine teşkil edecektir⁴⁷⁰.

Yine redle sonuçlanan boşanma davasında, eşlerden birinin diğerine göre daha az, daha fazla kusurlu olması veya tamamen kusursuz olmasının da açılacak dava bakımından bir özelliği bulunmayacaktır. Örneğin, eşlerin 3 yıllık ayrılık süresi içinde başka kadın ve erkeklerle cinsel ilişkiye girmiş olmalarının da yeni davanın kabulüne engel olmayacağı düşünülmektedir⁴⁷¹.

⁴⁶⁷ AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 272.

⁴⁶⁸ HARUN, Bulut, Boşanma, s. 61.

⁴⁶⁹ **Y. 2 HD, 17.12.2008, 17762/17188**: Türk Medeni Kanununun 166/son maddesi uyarınca boşanmaya karar verilebilmesi için boşanma sebeplerinden herhangi biri ile açılmış ve reddedilmiş olan davada kararın kesinleşme tarihinden itibaren üç yılın geçmesi ve evlilik birliğinin yeniden kurulamaması yeterlidir. Boşanma kararı verilebilmesi için eşlerin kusur durumlarının araştırılması söz konusu değildir. Davacı koca tarafından açılan ve reddedilen dava 15.4.2003 tarihinde kesinleşmiş olup, bu dava üç yıllık fiili ayrılık süresi sonunda açılmıştır. Bu durumda TMK 166/son maddesi koşulları gerçekleşmiştir. Boşanmaya karar verilmesi gerekirken yasak olmayan gerekçeyle davanın reddi doğru olmamıştır. GENÇCAN, s. 662.

⁴⁷⁰ TUTUMLU, s. 1097, ÖZTAN, s. 136.

⁴⁷¹ TUTUMLU, s. 1091.

Hangi eş tarafından hangi nedene dayalı olarak açıldığı önemli olmaksızın, açılmış bir davanın reddedilmiş olması aranmaktadır⁴⁷². Yani önemli olan daha önce bir boşanma davasının açılmış ve mahkemece reddedilmiş olmasıdır. Hatta reddedilen davanın ortada hiçbir boşanma sebebi yokken açılmış bir dava olmasının da bir önemi bulunmamaktadır. Ancak, burada davanın esasa ilişkin nedenlerle reddedilmiş olması gerekir. Örneğin, yetkisizlik kararı verilmesi sonucu reddedilen dava, TMK m. 166 anlamında redle sonuçlanan dava olarak kabul edilmeyecektir⁴⁷³.

Taraflar arasında reddedilip kesinleşen birden fazla dava bulunması durumunda hâkimin üç yıllık süreyi hangi kararı esas alarak hesaplayacağı sorusuna verilecek cevap önemlidir. Yargıtay, üç yıllık bekleme süresinin geçmiş olması koşulunu gerçekleştiren herhangi bir ret kararına dayanılarak boşanma davası açılabilirliğini düşünmektedir⁴⁷⁴.

Bekleme süresinde dava açılmış olması tarafların bir araya gelmediklerinin de delili sayılacaktır.

Uygulamada, üç yıllık bekleme süresini bir an önce başlatabilmek için bir pilot boşanma davası açılmakta ve ilk oturumda boşanma davasından feragat edilmektedir. Zira Yargıtay feragat sebebiyle davanın reddine karar verilmiş olması durumunu TMK 166/4 anlamında “red ile sonuçlanan dava” olarak kabul etmektedir⁴⁷⁵. Üç yıllık süreyi, feragatin şeklen kesinleşmesini beklemeksizin mahkemeye ulaşma tarihinden itibaren hesaplamaktadır.

⁴⁷²GENÇCAN, s. 634; Dava niteliğinde olmayan örneğin bir ihtar veya delil tespiti kararının bu maddenin uygulanmasında esas alınması mümkün değildir. TUTUMLU, s. 1079.

⁴⁷³TUTUMLU, s. 1106

⁴⁷⁴Y. 2. HD, 28.9.2004, 9695-10824: “...Türk Medeni Kanununun 166/son maddesi uyarınca boşanmaya karar verilebilmesi için boşanma sebeplerinden herhangi biri ile açılmış ve reddedilmiş olan davada kararın kesinleşme tarihinden itibaren üç yılın geçmesi ve evlilik birliğinin yeniden kurulamaması yeterlidir. Reddedilen davanın taraflar arasındaki son dava olması koşul değildir. Reddedilen ilk dava 6.5.2000 tarihinde kesinleşmiş olup, bu dava fiili üç yıllık ayrılık süresi sonunda açılmıştır. Evlilik birliği yeniden kurulamadığından davanın kabulü gerekir. Daha sonra açılmış olan davanın kesinleşme tarihine göre üç yıllık sürenin dolmadığından söz edilerek davanın reddi bozmayı gerektirmiştir.” GENÇCAN, s. 630

⁴⁷⁵Y. 2. HD, 8.5.2006, 957/6992: “...Davacının temyiz itirazı yönünde yapılan incelemeye gelince; feragat tek yanlı bir irade açıklaması olup, feragat tarihinde kesin hüküm sonuçlarını doğurur. Dava TMK 166/4 maddesine dayalıdır. Bu davaya dayanak oluşturan 2000/218 esas sayılı boşanma davasında davacı Mükerrerem 4.1.2002 tarihinde davasından feragat etmiş ve temyize konu dava da yasal üç yıllık süre geçtikten sonra 28.1.2005 tarihinde açılmıştır. Toplanan kanıtlara göre de ilk davadan sonra evlilik birliğinin yeniden kurulamadığı da belirlenmiştir. TMK 166/son madde koşulları olduğu halde davanın kabulü yerine yazılı gerekçeyle reddi doğru değildir.” GENÇCAN, s. 632.

Bazı yazarlar⁴⁷⁶, Yargıtay'ın açılmış olan boşanma davasının feragatle sonuçlanması halinde de, üç yıl içinde ortak hayatın kurulamaması durumunda da TMK 166/4'e göre boşanma davası açılabileceğine ilişkin görüşünü doğru bulmamaktadır. Zira kanun açılmış olan davanın reddini aramaktadır. Oysa davadan feragat davanın reddi değildir. Tam aksine, boşanma davasından feragat çoğunlukla boşanma sebebinin ortadan kalktığını gösterir.

Ancak burada Yargıtay feragatle sonuçlanan her davayı, sağlayacağı dava hakkı bakımından birbirinden farklı değerlendirmektedir. Şöyle ki; açtığı ilk boşanma davası feragat nedeniyle reddedilen eş, üç yıl sonra açacağı ikinci boşanma davasından da feragat ederse, açacağı yeni, üçüncü davada feragat nedeniyle reddedilen ilk davayı esas alarak boşanma isteğinde bulunamayacaktır. Zira ilk davadaki feragat nedeniyle doğan dava hakkından, ikinci davada vazgeçmiş olacaktır⁴⁷⁷.

Kanunkoyucu eşlerin önceki davanın reddi sonrasında üç yıl bir araya gelmemiş olmalarını istemektedir. Burada üç yıllık süre ilk davada verilen red kararının kesinleşmesinden itibaren hesaplanacak ve yeni boşanma davası açıldığı zaman bu sürenin dolmuş olması aranacaktır⁴⁷⁸. Burada Kanunkoyucunun neden kesinlikle boşanmanın reddi kararının kesinleşmesini istediği hususunda maddenin gerekçesinde herhangi bir açıklama olmasa da, O'nun üç yıllık sürenin hesabında hâkime bir kolaylık sağlama amacı güttüğü söylenebilir⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 120.

⁴⁷⁷ Y. 2. HD, 28.6.2006, 3861-9924: “ Davacı koca tarafından Sandıklı Asliye Hukuk Mahkemesine açılan ilk boşanma davası, davacının 17.11.1998 tarihli duruşmadaki feragat beyanından dolayı reddedilmiştir. Bu red kararından itibaren tarafların üç yıl süreyle bir araya gelemedikleri gerekçesiyle 3.1.2003'te açılan ikinci boşanma davası da yine davacı kocanın feragat nedeniyle reddedilmiş ve red kararı 13.9.2004 tarihinde kesinleşmiştir. Davadan feragat eden taraf, feragat ettiği dava ile istediği maddi haktan talep sonucundan vazgeçmektedir. Feragat iradesi mahkemenin ve diğer tarafın kabulüne bağlı bulunmamaktadır. Tek taraflı hukuki işlemdir, feragatle düşen hak taraflar arasında yeni bir davanın konusunu oluşturamaz. Koca tarafından TMK 166/son maddesine dayalı olarak 3.11.2003 tarihinde açılan dava 5.4.2004'te feragat sebebiyle reddedilmiş, koca yeniden 23.2.2005 tarihinde, 17.11.1998'de reddedilen davayı esas alarak boşanma isteğinde bulunmuştur. Oysa 5.4.2004'teki feragatle 17.11.1998 gün 1998/348 sayılı dava ile doğan haklarından vazgeçilmiştir. 5.4.2004 tarihinden itibaren yasanın aradığı üç yıllık fiili ayrılık süresi de dolmamıştır. Mahkemece davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır. sinerjimevzuat.com.tr. E.T. 06.06.2017

⁴⁷⁸ DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 120; TEKİNAY, s. 270.

⁴⁷⁹ ÖZTAN, s. 135.

Reddedilen davaya ait karar Türk mahkemelerinden alınmış bir karar olabileceği gibi, bir yabancı mahkeme kararı da olabilir⁴⁸⁰.Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, üç yıllık sürenin, yabancı mahkeme kararının yetkili Türk mahkemeleri tarafından tanındığına ilişkin kararın kesinleştiği tarihten itibaren hesaplanacak olmasıdır.

Ancak bu üç yıl içinde eşlerin çocuklar amacıyla ara sıra bir araya gelmiş bulunmaları, aralarında ortak hayatın yeniden kurulmuş olduğunu göstermeyecektir⁴⁸¹. Benzer şekilde gidecek yeri olmadığı için zorunlu sebeplerle eşlerin bir araya gelmeleri de ortak hayatın yeniden kurulmuş sayılmasını gerektirmez.Ancak bu üç yıllık dönem içinde kısa süreli de olsa “karı koca olarak birlikte yaşamak” evliliğin devam etmesi ihtimali bulunduğunu göstereceğinden, süreyi kesecek ve bu sebebe dayalı olarak boşanmayı engelleyecektir⁴⁸².Yargıtay’ın getirdiği ölçüt ile burada karı kocanın evlenmenin genel hükümlerinde tanınan hakların kullanılması, yükletilen görevlerin yerine getirilmesini üstlenecek şekilde bir araya gelip gelmedikleri hususu araştırılacaktır.

Üç yıllık süre hakkın varlık şartı yani dava şartı olduğu için hâkim bunu re’sen göz önünde bulundurur.Hâkim öncelikle dosyayı ilgili mahkemesinden getirtmeli, reddedilen boşanma davasına ilişkin ret kararının kesinleşip kesinleşmediğini,tebligatın usulüne uygun olup olmadığını dikkatle incelemeli, reddedilen boşanma davası kesinleşmemişse davayı reddetmelidir⁴⁸³.

Burada önem taşıyan bir başka mesele de; eşlerden birinin açtığı boşanma davasında, hâkimin ayrılık kararı vermesi halinde, ayrılık süresi sona erdiğinde TMK’nin

⁴⁸⁰AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 273; Boşanmaya ilişkin yabancı mahkeme ilamı Türk Mahkemelerince tenfiz ve tanınması yapılmadıkça hüküm ifade etme. GENÇCAN, s. 634

⁴⁸¹Y. 2. HD, 14.6.2004, 6987/7717: “...Tarafların ...yılından beri ayrı yaşadıkları, davacı kocanın başka kadınla ilişkisinin sürdüğü, özellikle okular tatil olduğunda çocukların davalı anneleriyle görüşmelerini sağlamak amacıyla bir, iki günlüğüne davacının davalının evinde kaldığı anlaşılmaktadır. Yasanın aradığı şekilde eşler arasında ortak hayatın yeniden kurulduğunu gösteren dosyada bir kanıt bulunmamaktadır. TMK 134/son madde koşulları oluşmuştur. Davanın kabulüyle boşanmaya karar verilecek yerde, davalı tanık beyanları ile yanlış yorumlanarak davanın reddi, usul ve yasaya aykırıdır.”GENÇCAN, s. 643.

⁴⁸²DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 177.

⁴⁸³Y 2 HD, 22.3.2004, 2803/3621: “...Çan Asliye Hukuk Mahkemesi’nin ...esas ...karar sayılı dosyasında gerekçeli kararın davalı kadına Tebligat Kanunu 21. maddesine göre tebliğ edildiği, tebligat parçasında davalının evde bulunmama sebebi belirtilmediği gibi, komşu imzasının da alınmadığı, yapılan karar tebliğinin geçersiz olup, kararın kesinleşmediği anlaşılmıştır. Davada TMK 166/son şartları oluşmadığı halde duruşmaya devamlı yazılı şekilde boşanmaya karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.”GENÇCAN, s. 636

166/4 . maddesi uyarınca dava açılıp açılmayacağıdır⁴⁸⁴. Fıkrayı dar yorumlayarak, sadece boşanma davasının reddinin kesinleşmesinin önem taşıdığı, dolayısıyla ayrılık kararına bu fıkranın uygulanamayacağı ileri sürenler⁴⁸⁵ bulunmakla birlikte, maddenin dar yorumundan vazgeçerek, amaçsal yorum metodu ile fıkrayı yorumlamanın daha isabetli olacağını düşünenler de vardır⁴⁸⁶.Amaçsal yorumla hâkimin ayrılık kararı verdiği durumları da boşanmanın reddi olarak düşünmek ve ayrılık süresince bir araya gelememiş eşlere TMK 166/4'e dayanarak dava açma imkanı tanımak daha yerinde olabilir.

Bir görşe göre⁴⁸⁷,redle sonuçlanan davanın kesinleşmesinden itibaren üç yıl boyunca evlilik birliğinin yeniden kurulamadığı, eşlerin bir araya gelmediği vakiasının her iki tarafça ifade ve kabul edilmesine rağmen, davacıyı delil ile ispata zorlamanın TMK'nin 184/3. maddesinin şekli ve katı bir yorumu anlamına geleceğininve bu durumun TMK'nin 166/4. maddesinin amacına uygun düşmeyeceğini düşünmektedir.

Yukarıdaki şartlar gerçekleştiği takdirde eşlerden herhangi biri dava açarak boşanma isteminde bulunabilecektir. Daha önce reddedilen davada davacı ya da davalı olmak, evlilik birliğinin temelinden sarsılması ya da ortak hayatın kurulamamasında kusurlu ya da kusursuz olmak davayı açmak yönünden önem arzetmez⁴⁸⁸. Davalı eşin, TMK166/1'e dayalı olarak açılan boşanma davasındaki aksine burada davacı eşin daha kusurlu olduğu yönünde bir def'i hakkına sahip olmaması karşısında; boşanmaya yol açan olguların sorumlusu olan eşin daha önce açtığı boşanma davası reddedildikten sonra, yine kendisi ortak hayatı kurmaktan kaçınsa dahi üç yıllık sürenin sonunda yeniden bir boşanma davası açabileceği söylenebilir⁴⁸⁹. Hatta eğer tüm şartlar gerçekleşmişse hâkim de boşanma kararı vermek zorundadır. Doktrinde bu bu hüküm tartışma konusu olmuş ve bazı yazarlar tarafından eleştirilmiştir. Bir grup yazar⁴⁹⁰, bu hükmün yerinde olmadığına ilişkin görüşlerini şöyle ifade etmiştir: “Doğrusu bu hükmün yerinde olup olmadığı tartışılabilir. Çünkü bir ölçüde boşanmaya sebep olan olaylarda kusurlu olan eşe prim verilmektedir. Şöyle ki, daha kusurlu,

⁴⁸⁴ Davacının isteği veya hâkimin barışma ihtimali görmesi dolayısıyla “ ayrılığa” hükmedilmiş ise, TMK Md. 172/2 uyarınca bu sürenin sonunda ortak hayat yeniden kurulamamışsa eşlerden her biri boşanma davası açabilir.

⁴⁸⁵HATEMİ/ SEROZAN, s. 236.

⁴⁸⁶ ÖZTAN, s. 727; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 121.

⁴⁸⁷ TUTUMLU, s. 1096.

⁴⁸⁸ DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 121; OĞUZMAN/ DURAL, s. 131.

⁴⁸⁹ OĞUZMAN/ DURAL, s. 131.

⁴⁹⁰ DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 121-122.

örneğin zina yapan eşin daha önce TMK 166/1'e göre açtığı dava, davalının, onun daha kusurlu olduğu def'ini ileri sürdüğü için reddedilmesinden sonra zina yapan eş, üç yıl bekleyip, TMK 166/4'e göre dava açarak, boşanmayı elde edebilir.

Başka bir görüş⁴⁹¹, benzer şekilde, ne kadar haksız ve kusurlu olursa olsun boşanmak isteyen tarafa, sadece belli bir sürenin geçmesi üzerine, mutlak olarak boşanma imkanı sağlayan bu hükmün ülkemizde kocanın keyfi olarak karısını boşayabilme geleneğini canlandıracağına ilişkin endişelerini dile getirmiş, hatta bu hükmün Anayasanın 41/2 maddesine aykırı olduğunu belirtmiştir.

Eşler üç yıl süre içerisinde kısa süreli de olsa bir araya gelmemişlerse, gerek şekli gerekse esas olarak son bulmuş bir evliliği devam ettirmenin gerek fertler gerekse de toplum açısından bir getirisi olmayacaktır. Bu açıdan bakıldığında ise, konulan hükmün yerinde bir hüküm olduğu ortaya çıkmaktadır.

Ortak hayatın kurulmaması sebebiyle boşanma halinde, manevi tazminata konu oluşturacak başka bir olayın bulunulmaması durumunda salt ortak hayatın yeniden kurulamaması sebebine dayanılarak manevi tazminat talebinde bulunulamaz. Çünkü ortak hayatın kurulmamış olması tek başına kişilik hakına saldırı oluşturmaz⁴⁹². “Dava TMK'nın 166/son maddesindeki fiili ayrılık nedenine dayalı olarak açılıp sonuçlanmıştır. Davaya temel oluşturan kocanın açtığı...esas sayılı dava; geçimsizliğin ispat edilemediği gerekçesiyle, daha sonra kadının açtığı..esas sayılı dava da aynı gerekçeyle reddedilmiştir. Davalının kişilik haklarına davacı tarafından yapılan bir saldırının varlığı ispat edilemediğinden davalının manevi tazminat isteğinin reddi gerekirken kabulü doğru bulunmamıştır⁴⁹³” şeklinde karar verilmemiştir.

V. Değerlendirme

Buraya kadar gördüğümüz üzere gerek TMK'nın 25. maddesinde düzenlenen kişiliği koruyan davalar, gerekse TBK'nın 58. maddesinde genel olarak düzenlenen manevi tazminat ile

⁴⁹¹TEKİNAY, s. 196-197.

⁴⁹² Y.2.HD 11.10.2005 11473/1392E, K, Gerek reddedilen boşanma davasında gerekse geçen üç yıllık fiili ayrılık süresi içinde davacıdan kaynaklanan, davalının kişilik haklarını zedeleyici nitelikte herhangi bir maddi hadisenin varlığı kanıtlanamamıştır. Davalının manevi tazminat isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde manevi tazminata hükmedilmesi doğru görülmemiştir www.kazanci.com E.T 08.05.2017

⁴⁹³Y. 2. HD. 03.02.2003 tarih ve 423/1491 E., K., İPEK, s. 244

TMK'nın 174. maddesinin 2. fıkrası aynı amaca, yani kişilik hakkının korunmasına hizmet etmektedir. TMK'nın 25. maddesinde saklı olduğuna değinilmekle yetinilen manevi tazminat davası genel olarak TBK'nın 58. maddesinde düzenlenmiş, manevi tazminatın aile hukukundaki görünümü ise TMK'nın 174. maddesinin 2. fıkrasında yer almıştır. Kişilik hakkını koruyan davalar ile TBK'nın 58. maddesi ve TMK'nın 174. maddesinin 2. fıkrasının amacı aynı olmakla birlikte, söz konusu düzenlemeler arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. İlk olarak, TMK'nın 25. maddesinde düzenlenen saldırıya son verilmesi, saldırı tehlikesinin önlenmesi ve saldırının hukuka aykırılığının tespiti davalarının açılabilmesi için saldırıya uğrayan kişinin zararının varlığı gerekli değildir. TBK'nın 58. maddesi ile TMK'nın 174. maddesinin 2. fıkrası uyarınca manevi tazminat talebinde bulunulabilmesi için kişilik hakkı saldırıya uğrayan kişinin manevi bir zararının bulunması şarttır. İkinci olarak kişiliği koruyan davalarda saldırıda bulunanın kusurunun varlığı da aranmaz. Ancak, TBK'nın 58. maddesi, yani genel hüküm uyarınca manevi tazminat talebinde bulunulabilmesi için saldırıda bulunanın kusuru veya bir kusursuz sorumluluk halinin varlığı gerekli iken TMK'nın 174. maddesinin 2. fıkrası uyarınca manevi tazminat talebinde bulunulabilmesi için davalının kusurunun varlığı gereklidir. Türk Borçlar Kanunu'nun 56. ve 58. maddeleri uyarınca talep edilen manevi tazminat ile TMK'nın 174. maddesinin 2. fıkrası uyarınca talep edilen manevi tazminat arasında birçok hususta farklılık bulunmaktadır. Bu farklılıkları kusur, davanın tarafları, davanın konusu, görevli ve yetkili mahkeme, zamanaşımı, harç, faiz ve vekalet ücreti şeklinde sıralayabiliriz. Burada özellikle bir hususa değinmek gerekmektedir. Yukarıda değindiğimiz üzere, boşanmaya sebep olan olaylar nedeniyle manevi tazminat, ancak evlilik birliği içerisinde gerçekleşen olaylar için talep edilebilir iken, TBK'nın 56. ve 58. maddeleri uyarınca talep edilecek manevi tazminatta bu şekilde bir sınırlama yoktur. Bu sebeple evlilik birliği içerisinde gerçekleşen bir olay sebebiyle boşanma talep edilmeksizin duruma göre TBK'nın 56. veya 58. maddesi uyarınca manevi tazminat talebinde bulunulabilir. Kusur konusunda yapılacak değerlendirme bakımından da TBK'nın 56. ve 58. maddeleri uyarınca açılacak manevi tazminat davası ile TMK'nın 174. maddesinin 2. fıkrası uyarınca açılacak manevi tazminat davası arasında farklılık bulunmaktadır. İlkinde saldırıda bulunan failin eyleminin, kişilik hakkına saldırı oluşturan kusurlu bir davranış olup olmadığı (kusurun objektif yönü) ve failin ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı (kusurun subjektif yönü) tespit edilecektir. TMK'nın 174. maddesinin 2. fıkrası uyarınca açılan manevi tazminat davasında ise, kişilik hakkına

saldırı oluşturduğu iddiasıyla manevi tazminat talebine konu olan eylem için davalının kusurunun bu yönlerden değerlendirilmesi nden önce, tarafların evlilik birliğinin sona ermesine sebebiyet veren olaylardaki kusurları tartışılacaktır. Yargılama sonucunda evlilik birliğinin sona ermesine sebebiyet veren olaylarda ağır kusurlu veya eşit kusurlu olduğuna kanaat getirilen eşin manevi tazminat talebi reddedilecektir.

Boşanmaya sebep olan olaylar nedeniyle talep edilen manevi tazminatın değerlendirmesi bakımından, TBK'nın 56. veya 58. maddesi uyarınca açılacak manevi tazminat davaları ile TMK'nın 174. maddesinin 2. fıkrası uyarınca açılacak manevi tazminat davasında kusura ilişkin yapılacak değerlendirmedeki ve söz konusu davaların konusundaki farklılık yanında göz önüne alınması gereken başka hususlar da bulunmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, TBK'nın 56. ve 58. maddeleri uyarınca talep edilen manevi tazminat ile TMK'nın 174. maddesinin 2. fıkrasında yer alan hüküm uyarınca talep edilen manevi tazminatın miktarının takdirinde göz önüne alınacak hususlar benzerlik göstermektedir. Ayrıca, TMK'nın 174. maddesinin 2. fıkrası uyarınca açılacak manevi tazminat davasında hüküm altına alınacak olan manevi tazminatın miktarının takdirinde evlilik birliğinin sona ermiş olmasının bir etkisi bulunmamaktadır. Manevi tazminatın boşanma davası ile birlikte talep edilmesi halinde harç konusunda kolaylık bulunmakla birlikte haklı çıkacak eş yararına vekalet ücretine hükmedilememesi sebebiyle bu kolaylığın da fazla bir önemi kalmamaktadır. Ayrıca TBK'nın 56. veya 58. maddesi uyarınca talep edilen manevi tazminata, kişilik hakkına saldırı oluşturan eylemin gerçekleştiği tarihten itibaren faiz işletilmesine karar verilmesi mümkün iken, TMK'nın 174. maddesinin 2. fıkrası uyarınca talep edilen manevi tazminata en erken boşanma hükmünün kesinleşmesinden itibaren faiz işletilebilir. Bu sebeplerle TMK'nın 174. maddesinin 2. fıkrasında manevi tazminata ilişkin özel bir düzenleme getirilmesinin zorunlu olmadığı, kişilik hakkının korunması bakımından TBK'nın 56. ve 58. maddelerinin yeterli ve hatta daha etkin olduğu düşünülebilir..

§ 7. BABALIK DAVASI SONUCU MANEVİ TAZMİNAT

I. Genel Olarak

Evlilik dışında doğmuş olan çocuğun doğal babası, çocuğunu kendi isteğiyle her zaman tanıyabilir. Buna “tanıma” denir. Tanıma doğal babanın arzusuna, vicdanına ve hatta insafına

kalmış olan yoldur. Doğal babayı kendinden doğan çocuğu tanımaya hukuken zorlamak mümkün değildir. Tanıma babalığın hukuken belirlenmesinde ve çocuk ile babası arasında soybağı ilişkisinin kurulmasında her zaman yeterli bir çözüm yolu değildir. Bu yüzden kanun koyucu, evlilik dışında doğmuş olan çocuğunu bizzat kendi isteğiyle tanımayan doğal babaların babalıklarının yargı yoluyla belirlenmesi imkânını getirmiştir⁴⁹⁴.

Bilindiği gibi kişinin kişilik haklarına karşı haksız bir saldırı sebebiyle saldırıya uğrayanın manevi acı üzüntü ve eylem duyması, şahsın normal yaşamının bozulmasıdır. Zarara uğrayanın malvarlığında bir azalma olmasa bile ruhsal ve manevi değerlerindeki bir eksilme nedeniyle manevi zararın meydana geleceği açıktır. Babalık davasındaki zarar, kişinin kişilik haklarına yapılan saldırı sonucu kişinin şeref ve onurunda ruhsal yaşamında oluşan zarardır. Evlilik dışı ilişkide saldırıya uğrayan kadının namus ve onurunda bir zedelenme ve lekelenme meydana gelir. Kanunkoyucu babalık davasındaki olay nedeniyle, ananın uğramış olduğu üzüntülerin ruhsal bozuklukların giderilmesi için anayarasına bir miktar paranın manevi tazminat olarak verilmesine olanak sağlamıştır.

II. Davanın Konusu

Babalık hükmü açılacak bir dava sonucunda verilecektir. Bu sonucun alınmasını sağlayacak dava babalık davasıdır. Davanın konusu, çocuk ile baba arasındaki soybağının mahkemece belirlenmesidir. Önceki Medeni Kanunda iki türlü babalık davası düzenlenmişti. Birinci davanın sonucunda düzgün olmayan soybağı ilişkisi kuruluyordu ki, bu davaya “kişisel sonuçlu babalık davası” deniyordu. İkinci tür davada ise baba ile çocuk arasında her hangi bir soybağı ilişkisi kurulmuyor, sadece babanın çocuğa ve anaya parasal ödemede bulunmasına karar veriliyordu ki, mahiyetini yansıtır biçimde bu dava “mali sonuçlu babalık davası” adlandırılıyordu⁴⁹⁵.

Yeni Medeni Kanunda ise iki türlü bablık davası değil, çocuk ile baba arasında soybağının kurulması sonucunu doğuran bir tek dava düzenlenmiştir. Konumuzla ilgili olarak babalık davasında manevi tazminat incelenmiştir.

⁴⁹⁴TEKİNAY, s. 572; KÖPRÜLÜ/ KANETİ, s. 270; OĞUZMAN/ DURAL, s. 337

⁴⁹⁵AKINTÜRK/KARAMAN, s. 358.

III. Davanın Şartları

Babalık davasının ilk şartı, durumun doğasından kaynaklanan şarttır. Yani davanın açılabilmesi için, çocuğu doğuran ananın belli olması gerekir. Çocuğun anası belli değilse babalık davası açılmaz⁴⁹⁶.MK. m. 301/III gereğince, dava ana veya çocuk tarafından açılmışsa Churiyet savcısına ve Hazineye, ana tarafından açılmışsa kayyıma, kayyım tarafından açılmışsa anaya ihbar edilir. Cumhuriyet savcısına ihbar edilmesi zorunluluğu, babalık davasının kamu düzeniyle ilgili olması sebebine dayanır⁴⁹⁷.

Diğer bir şart ise, çocuk ile başka bir erkek arasında soybağı ilişki bulunmamasıdır⁴⁹⁸. Baba olduğu erkekten başka bir erkekle arasında soybağı ilişkisi bulunan çocuk, bu bağ geçersiz kılınmadıkça; babalık davasında baba olduğu iddia edilen kişiye babalık hükmü ile bağlanamaz. Çocuğun başka bir erkekle soybağı ilişkisi bulunması ananın hamile kaldığı sırada başka bir erkekle evli olması ve soybağının reddi yoluna gidilmemesi nedeniyle, doğan çocuk ile koca arasında soybağı ilişkisinin bulunmasından kaynaklanabileceği gibi; tanıma yolu ile çocuk ile bir erkek arasında soybağı ilişkisi kurulmuş olmasından veya evlat edinilmiş olmasından kaynaklanabilir.

Son olarak belirteceğimiz şart ise, babalık davasında kanun tarafından getirilen bir takım ihbar yükümlülüklerinin yerine getirilmesidir. Davanın taraflarını düzenleyen 301.maddenin üçüncü fıkrasının, babalık davasını Cumhuriyet Savcısına ve Hazineye ihbar edilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır. Dava ana tarafından açılmışsa kayyıma , kayyım tarafından açılmışsa anaya da ihbar edilmesi düzenlenmiştir. Kanun koyucu tarafından getirilen bu zorunluluklar değişik nedenlere dayanmaktadır⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 471-472; ÖZTAN, s. 557.

⁴⁹⁷ 2.HD. 16.2.2004, 887/1716, RG. 9. 3. 2004, S. 25397.

⁴⁹⁸DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 471; OĞUZMAN/DURAL, s. 337; SEROZAN, s. 211. Bir erkek ile arasında soybağı ilişkisinin bulunmasının; bir çocuğun soybağı ilişkisi yönünden başka bir erkeğe bağlanmasına engel oluşturması, Türk hukuku açısından genel bir kuraldır. Nitekim tanıma kurumu ilgili olarak bu husus bir şart olarak, açıkça kanununda da yer almıştır. (TMK m. 295/f.3'e göre; başka bir erkekle soybağı bulunan çocuk, bu bağ geçersiz kılınmadıkça tanınmaz.

⁴⁹⁹ İhbar zorunluluğunu öngören TMK'nın 301.maddesinin gerekçesinde; davanın hazineye ihbar edilmesinin nedeni olarak, babalık davasının dokunduğu çıkarların korunması, Cumhuriyet Savcısına ihbar edilmesinin nedeni olarak ise, davanın kamu düzenine ilişkin olması gösterilmiştir.(GEREKÇE, S. 425) Yargıtay kararında ise " 4721 sayılı TMK'nın 301.maddesi ise babalık davasında davanın babaya, baba ölmüşse mirasçılara açılacağı öngörülmüş, işin kamu düzenini ilgilendirdiği dikkate alınarak Cumhuriyet savcısı ile Hazineye'de ihbar edileceği kuralı getirilmiştir. **Y.2HD, T. 15.01.2002, E. 2001/16705, K. 2002/26 26, YKD, C.28, S. 5, 2002, s. 697-698.**

Hazine ve Cumhuriyet Savcısı'nın babalık davası açma hakları yoktur⁵⁰⁰. Kanun babalık davasının davacıları tarafından açılan davanın, bu iki makama ihbar edilmesi gerektiğini düzenlemiştir.

Medeni Kanunun 301/f.1 e göre “ Çocuk ile babaarasındaki soybağının mahkemece belirlenmesini ana ve çocuklar isteyebilirler”. Yani maddeden de anlaşıldığı üzere davaaçmahakı ana ve çocuğa tanınmıştır. Ana ve çocuk babalık davasını ayrı ayrı açabilecekleri gibi birlikte de açabilirler⁵⁰¹. Bu nedenle birinin kaybettiği dava diğeri için kesin hüküm teşkil etmez; birinin davadan feragati diğeri etkilemez⁵⁰².

IV. Davacılar

A) Ana

Ana babalık davasını bağımsız olarak açabilir ve kendisi için tazminat isteminde bulunabilir. Davaana tarafından açılmışsa, davada temsil edilebilmek için çocuğa kayyım atanması gerekir. Ana çocuğundan bağımsız olarak davaaçtığı için, babası tarafından tanınmış veya ölü doğmuş yahut hükümden önce ölmüş olsa bile, anaçacağı dava ile kendisi için Medeni Kanunun 304.maddesinde belirtilen “doğum giderleri, doğumdan önceki ve sonrakialtışlarhaftalık geçim giderleri, gebelik ve doğumun getirdiği diğeri giderlerin” karşılanmasını isteyebilir.Ayırt etme gücünden yoksunsa onun adına babalık davasını yasal temsilcisi açar⁵⁰³. Ana öldüğü takdirde maddi tazminatı isteme hakkı mirasçılara geçerse, manevi tazminat isteme hakkı geçmez. Diğeri yandan,ana, Borçlar Kanunu m.58'e dayanarak manevi tazminat isteminde bulunmuşsa, Medenin Kanununun 25.maddesine kıyasen manevi tazminatdavasının misraçılara geçtiği kabul edilir⁵⁰⁴. Yargıtay 2005 yılında verdiği kararda ise

⁵⁰⁰ “Babalık davasının anne veya çocuk tarafından açılacağı Cumhuriyet Savcısının babalık davası açmaya hakkı olmadığı gözetilmeksizin Cumhuriyet Savcısının açtığı davanın da kabulü doğru değildir.” **Y.2HD, T. 29. 04. 2002, E. 42002/236, K. 2002/5592 GENÇCAN**, s. 1382.

⁵⁰¹ **KÖPRÜLÜ/ KANETİ**, s. 270; **TEKİNAY**, s. 572 .

⁵⁰²**DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ**, s. 472; **OĞUZMAN/ DURAL**, s. 337; **SAYMEN/ ELBİR**, s. 429; **ÖZTAN**, s. 558

⁵⁰³ **ÖZTAN**, s. 436; **HATEMİ/ SEROZAN**, s. 390.

⁵⁰⁴ **Y. 2HD, T. 10.03.2004, E. 2004/2037, K. 2004/2972** Ancak 305. maddenin 4721 sayılı Medeni Kanuna alınmamış olması, ananın genel hükümlere göre manevi tazminat istemesine engel değildir. Ana Borçlar Kanununun 49. maddesine (BK. 58) dayanarak manevi tazminat talep edebilir. 49. maddeye dayanan manevi talep isteği ise hak düşürücü süreye değil zamanaşımına tabiidir. Zamanaşımı ise dermeyan edilmediği surette hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınmaz. Olayda davalının zamanaşımı def'i bulunmamaktadır. O halde davalının suç teşkil eden eylemi nedeniyle, şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan davacı için uygun miktarda

“ Türk Medeni Kanununun 304. maddesi babalık davalarında annenin mali haklarını düzenlemiştir. Bu düzenlemede ana için manevi tazminata yer verilmemiştir⁵⁰⁵”.

Yargıtayın babalık davasına bağlı olarak ananın manevi tazminat talebinde bulunması ile ilgili Medeni Kanun’da bir hüküm bulunmaması gerekçe gösterilerek, ananın manevi tazminat talep edemeyeceği yönde kararının isabetli olmadığı düşünülebilir; gebeliğe yol açan cinsel ilişki veya yapay döllemenin, ananın kişilik haklarına hukuka aykırı bir tecavüz teşkil ettiği hallerde, ana tarafından genel hükümler uyarınca manevi tazminat istenebileceği görüşü ise isabetlidir⁵⁰⁶.

4721 sayılı Kanunda 743 sayılı Medeni Kanundan farklı olarak ananın manevi tazminat isteyebileceğine dair her hangi bir hükme yer verilmemiştir. Eski Medeni Kanundaki hükme göre babanın evelenme vaadiyle anayla ilişkiye girmesi, kurulan cinsel ilişkinin bir suç niteliğinde olması veya babanın nüfusunu kötüye kullanması hallerinde ya da ananın cinsel ilişki esansında ergin olmaması halinde, ana manevi tazminat talebinde bulunma imkânına sahiptir. Yukarıda söylediğimiz gibi babalık davasında manevi tazminat talebinde bulunmak için her ne kadar 4721 sayılı Medeni Kanunda düzenleme bulunmasa dahi, ana Medeni Kanundaki ve Borçlar Kanunundaki genel hükümlere dayanarak manevi tazminat talebinde bulunabilecektir.

B) Çocuk

Çocuk ergin ise babalık davasını bizzat açmahakına sahiptir. Ana ve çocuğun dava hakları birbirinden bağımsız olduğu için, ananın açtığı dava reddedilmiş olsa bile veya hiç dava açmamış olsa bile çocuk yine dava açmahakına sahiptir⁵⁰⁷. Ana, dava açıldıktan sonra çocuğun menfaatine aykırı olarak davada sulh olsa veya dava açmaktan feragat etmiş olsa dahi

manevi tazminat takdiri gerekirken, isteğin reddi uygun görülmemiştir⁵⁰⁴” demek suretiyle doktrinindeki görüş doğrultusunda karar vermiştir. sinerjimevzuat.com.tr E.T. 20.05.2017

⁵⁰⁵ **Y.2HD, T. 04.07.2005, E. 2005/7948, K. 2005/10455; Y.2HD, T. 27.10.2005, E. 2005/12230, K. 2005/15021** Davacı ananın manevi tazminat talebinin reddi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır demek suretiyle babalık davası ile bağlantılı mali haklara ilişkin Medeni Kanun’daki düzenlemelerde, manevi tazminata yer verilmemesi sebebiyle ananın, babalık davasında manevi tazminat talep edemeyeceği yönünde karar vermiştir. sinerjimevzuat.com.tr E.T. 20.05.2017

⁵⁰⁶ **AKALIN,** Tuğba, Babalık davası, Yüksek Lisans Tezi, s. 116. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>

⁵⁰⁷ **VELİDEDEOĞLU,** s. 423, **OĞUZOĞLU,** s. 287; **SAYMEN/ ELBİR,** s. 430; **TANDOĞAN,** s. 211; **BELGESAY,**s. 273.

çocuğu davahakı yine kalmaktadır. Babalık davası çocuğun doğumundan önce veya sonra açılabilir. Ana, çocuk ve onların mirasçılarının dışında başkalarının, özellikle de doğal babanın dava açmaması mümkün değildir. Zaten doğal babanın dava açmasına hiç gerek yoktur⁵⁰⁸.

Çocuk ergin olmayıncaya kadar dava ehliyetine sahip bulunmadığından, davayı bizzat açması mümkün değildir. Bu durumda çocuk adına davanın bir başkası tarafınan açılmasına ihtiyac vardır. Medeni Kanunda henüz ergin olmamış çocuk adına davanın kayyım tarafından açılacağı hükme bağlanmıştır. Ancak kayyım atanmadığı durumda veya kayyım dava açmamış olduğu durumda ananın çocuk adına dava açabileceğini kabul edenler vardır⁵⁰⁹.

Babalık davasının kişiye sıkı surette bağlı olduğunu savunan bir görüşe⁵¹⁰ göre, ayırt etme gücüne sahip bir çocuğun ergin olmasa dahi babalık davasını, kanuni temsilcisinin iznine tabi olmadan bile bizzat açabileceğini ve davayı bizzat kendisinin yürütebileceğini ifade etmektedirler. Bu görüşten çıkan sonuca göre; babalık davasının kanuni temsilci tarafından açılması çocuk ayırt etme gücüne sahip olmadığı hallerde mümkündür. Ananın kanuni temsilci olması durumunda ise, babalık davası açısından ana ile çocuk arasında menfaat çatışması ihtimali nedeniyle ananın çocuk adına bablık davası açamayacağı; çocuk adına ananın babalık davası açabilmesi için TMK'nın 426.maddesinin 2.bendi uyarınca, çocuğa kayyım tayin edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵¹¹.

TMK'daki konuya ilişkin düzenlemelerden de anlaşıldığı gibi; ergin olmayan çocuk adına bablık davasının kayyım tarafından açılacağı benimsenmiştir. TMK'nın 301/f.1 maddesi çocuğa bablık davası açma hakkı vermiş; ancak ana tarafından açılan davanın kayyım, kayyım tarafından açılan davanın ise anaya ihbar edileceğini belirtmiştir(TMK 301/f.3). Bu düzenlemelerde çocuk tarafınan açılan davanın anaya, ana tarafından açılan davanın çocuğa ihbarından bahsedilmemiştir. Bu durum ergin olmayan çocuk adına davanın kayyım tarafından açılacağını belirlemektedir. Medeni Kanununun 303.maddesi fikrimizi destekleyici niteliktedir. Maddeye göre çocuğun babalık davası açmaya yönelik hak düşürücü süre, kendisine kayyım

⁵⁰⁸ **2.HD. 27.5.2003 6477/7734, RG. 27.6.2003, S,25151, s, 51**Baba olduğunu iddia eden kişi babalık davası açamaz. Tanıma mümkün iken dava açmakta hukuki yarar yoktur. www.kazanci.com E.T 01.06.2017

⁵⁰⁹ **BERKİ**, s.246; **BELGESAY**, s.273.

⁵¹⁰ **DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ**, s. 472; **ÖZTAN**, s. 559; **SEROZAN**, s. 213.

⁵¹¹ **DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ**, s. 472; **SEROZAN**, s. 213.

atanmış olup olmamasına göre düzenlenmiştir. TMK'nın m. 303/f.2 gereğince eğer çocuğa kayyım atanmışsa çocuğun babalık davası açma hakkına ilişkin hak düşürücü süre, atama kararının kayyıma tebliği ile başlayacaktır. Buradan anlaşılır ki, ergin olmayan çocuğun da bizzat dava açmaya hakkı olduğu kanun tarafından kabul edilseydi, ergin olmayan çocuğun dava hakkına ilişkin hak düşürücü süre kayyımın atanması ile bağlantılı düzenleme ve çocuğa ilişkin hak düşürücü süre atama kararının kayyıma tebliğinden itibaren başlatılmazdı. 303/f.2'ye göre çocuğa hiç kayyım atanmaması durumunda, çocuğun babalık davası açma hakkını ergin olmasından itibaren bir yıl içinde kullanması gerekir. Ergin olmayan çocuğa babalık davası açma hakkının bizzat verilmemesinde maksat, babalık davası açma konusunda çocuğu her türlü baskı ve etkiden uzak kalması ve kendinden daha tecrübeli daha bilgili bir kayyım tarafından haklarının en iyi şekilde korunmasını sağlamaktır. Vesayet makamınca atanan kayyım TMK'nın m.462/f.8 uyarınca dava açmak için vesayet makamından izin almak zorundadır. Evlilik dışı çocuğa atanan kayyımın babalık davasına ilişkin yetkisi, atama kararında açıkça belirtilmişse, babalık davası açması için vesayet makamından izin almasına gerek olmadığı ifade edilmektedir⁵¹².

TMK'nın 28.maddesi uyarınca ölü doğması halinde çocuğun hak ehliyetini hiç kazanamamış ve hukuk sahnesine bir kişi olarak çıkmamış sayılacağından, babalık davası açma konusunda da hak sahibi olamaz ve mirasçılarının olmasından da bahsedemez. Çocuğun sağ olarak doğmasından sonra dava açmadan veya dava sırasında ölmesi halinde, çocuğun mirasçılarının babalık davası açıp açmayacağı veya açılmış olan davaya devam edip edemeyecekleri tartışmalıdır.Doktrinde maddi ve manevi menfaatleri⁵¹³ göz önünde bulundurularak; babalık davası açma ve davayı takip etme hakkının, çocuğun mirasçılara geçeceği kabul edilmektedir⁵¹⁴.

Doktrinde, çocuğun babalık davası açılmadan önce veya dava devam ederken ölmesi durumunda, dava hakkının çocuğun mirasçılara geçeceği, mirasçıların dava açabilecekleri,

⁵¹² GÜMÜŞ, s. 163. Bu konuda ayırdüzenlemeye sahip Eski Medeni Kanun döneminde bazıyazarlar ise, babalık davasıaçmak için atanmışolsa bile, kayyımın dava açmak için sulh mahkemesinden izin alması gerektiğini ifade etmişlerdir. Bu görüşte bkz. BELGESAY, s. 276, 277; GÖNENSAY, Samim, Medeni Hukuk, C.2, Aile Hukuku, Nesep, Velayet, Vesayet, İstanbul. 1940, s. 101.

⁵¹³ Mirasçıların çocuğun menfatleri veya çocuğun babasının tespit edilmesi ile soyadı ve vatandaşlık gibi konularda elde edilecek menfaatler, örnek olarak sayılabilir. FEYZİOĞLU/ÖZAKMAN/SARIAL, s. 548

⁵¹⁴ AKINTÜRK, s. 372; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 473; HATEMİ/ SEROZAN, s. 390; OĞUZMAN/ DURAL, s.338; SEROZAN, s. 213

fakat çocuk lehine nafaka isteminde bulunabilmeleri için, çocuk ölmeden önce bu davanın açılmış olması gerekeceği, zira çocuğun ölümünden sonra nafaka isteme hakkının son bulacağı kabul edilmektedir⁵¹⁵. Burada da çocuğun manevi tazminatı talep edebileceği yönünde düzenleme getirilmemiştir.

V. Davalı

Babalık davasında, davalı doğal olarak baba olduğu iddia edilen kişidir.. Medeni Kanunun 301/f.1 gereğince dava baba ve onun mirasçılara karşı açılır. Babanın halen evli olması ona karşı davaaçılmasına engel değildir. Bir görüşe göre babanın hiç bir mirasçısı yoksa dava devlet mirasçı olduğundan hazineye karşı açılması gerekir⁵¹⁶. Babalık davasında baba olduğu iddia edilen erkek tam ehliysiz, yani ayırt etme gücünden yoksun ise, dava davalı erkeğin kanuni temsilcisi tarafından yürütülecektir⁵¹⁷. Bir görüşe göre erkek sınırlı ehliysiz olması durumunda davayı kanuni temsilcisinin katılımına gerek olmadan yürütebilecektir. Bunun esası babalık davasının kişiye sıkı sıkı bağlı bir hak olmasıdır⁵¹⁸. Başka bir görüşe göre, babalık davası sonucunda birtakım maddi sonuçlar doğabileceğinden, ayırt etme gücüne sahip sınırlı ehliysizin davalı olduğu babalık davasında, kanuni temsilcinin de yer alması gerekir⁵¹⁹. Şahsi sonuçlu babalığa Eski Medeni Kanunun döneminde, babalığına hüküm edilmesi gereken erkeğin anayı evlenme vaadiyle kandırdığı ana üzerindeki nüfuzunu kötüye kullandığı veya ana ile arasındaki ilişkisinin bir suç teşkil ettiği hallerde hükmedilebildiği için, babanın cinsel ilişki sırasında ayırt etme yeteneğine sahip olup olmadığı, babalık davaları açısından önem taşımaktaydı. Mali sonuçlu babalık davalarında, baba olduğu iddia edilen şahsın cinsel ilişki sırasında ayırt etme yeteneğine sahip olmamasının önem taşımadığıydı⁵²⁰.

⁵¹⁵TEKİNAY, s. 577; OĞUZMAN/ DURAL, s.339; FEYZİOĞLU, s. 548; HATEMİ/SEROZAN, s.390.

⁵¹⁶VELİDEDEOĞLU, s.243; Aynı yönde bkz, GÖNENSAY, s. 98; ZEVKLİLER, s. 908; KÖPRÜLÜ/ KANETİ, s. 271; BELGESAY, s. 273.

⁵¹⁷DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 473;FEYZİOĞLU/ ÖZAKMAN/ SARIAL, s. 552; ÖZTAN, s. 559.

⁵¹⁸TEKİNAY, s. 578; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 473; ÖZTAN, s. 559.

⁵¹⁹OĞUZMAN/ DURAL, s. 340. Eski Medeni Kanun açısından bazı yazarlar mali sonuçlu babalık davası veya hem mali sonuçlu hemde şahsi sonuçlu babalık davası söz konusu olduğu zaman kanuni temsilcinin davayı yürütmesi gerektiğini, sadece şahsi sonuçlu babalık davasında ise sınırlı ehliysizin bizzat davayı yürütebileceğini savunmaktaydı. SAYMEN/ ELBİR, s. 431; FEYZİOĞLU/ ÖZAKMAN/ SARIAL, s. 552.

⁵²⁰TEKİNAY, s. 578; FEYZİOĞLU/ ÖZAKMAN/ SARIAL, s. 552.

Şahsi sonuçlu babalık davalarında baba olduğu iddia edilen kişinin cinsel ilişki sırasında ayırt etme gücüne sahip olup olmamasının önem taşımadığı; bu konuda ananın cinsel ilişkiye, evlenme vaadinin ya da nüfuzu suiistimal veya suç teşkil eden hareketin etkisi altında girip girmediği konusunda bir değerlendirme yapılması gerekmektedir⁵²¹. Yeni kanunda ise tek çeşit babalık davası düzenlendiğinden ve babalık hükmü verilmesi için çocuğun baba olması iddia edilen erkekten olmasının ispatı yeterli görülmektedir. Böylece yeni kanunla, baba olduğu iddia edilen erkeğin cinsel ilişki sırasında ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı hususunun önemi kalmamaktadır.

Kanununda ölen kişinin mirasçuları arasında ayırım yapılmadığı için, dava mirasta hak sahibi olan tüm mirasçılara karşı açılacaktır. Mirasçı tek kişi ise dava bu kişiye, birden çok ise dava tüm mirasçılara karşı açılacaktır. Mirasçılar arasında babalık davasının davalısı olması bakımından zorunlu dava arkadaşlığı vardır⁵²².

VI. Hak Düşürücü Süreler

Babalık davası, Medeni Kanunun 303/f.2'e göre ana davayı çocuğun doğumundan itibaren bir yıl içinde açabilir⁵²³. Bir yıllık süre zamanaşımı olmayıp hak düşürücü süredir. Yani bu sürenin sonunda ananın dava açmama hakkı düşer. Yargıtay ise bir kararında ana ile çocuğun menfaatleri arasında bir çatışma olmasa bile bir kayyımın atanması ve davanın mutlaka kayyım tarafından açılması gerektiğini içtihat etmiştir⁵²⁴.

Bir yıllık süre ananın dava hakkı bakımından, çocuğun doğum tarihinden itibaren işlemeye başlar. Çocuk bakımından ise durum farklıdır. Medeni Kanunun m.303/II hükmü

⁵²¹TEKİNAY, s. 578; VELİDEDEOĞLU, s. 434-435; ÖZTAN, s. 559; OĞUZMAN/ DURAL ise baba olduğu iddia edilen erkek hakkında şahsi sonuçlu babalık hükmü kurulabilmesi için, erkeğin evlenme vaadinde bulunduğu ya da anayı zorlayıcı hareketlerde bulunduğu sırada temyiz kudretine sahip olması gerektiğini ifade etmekteydi. S. 359.

⁵²²DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 473. Maddi hukuk tarafından bir hakkın, birden fazla kişi tarafından veya birden fazla kişiye karşı kullanılmasını zorunlu kıldığı hallerde, bu hak dava konusu yapıldığı zaman, ohakla ilgili olan birden fazla kişi zorunlu dava arkadaşı durumundadırlar. Miras ortaklığı ile ilgili davalarda zorunlu dava arkadaşlığı öngörülmüştür. Bu nedenle miras ortaklığı ile ilgili davalarda, tüm mirasçılar beraberce davacı veya davalı olmak durumundadırlar (KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.3, 6.Bası, İstanbul 2001)

⁵²³ Bazı yazarlar babalık davasının kısa bir süreyle kayıtlı olması doğru bulmamakta hiç olmazsa sürenin üç yıla çıkarılması ve zamanaşımı süresi olması gerektiğini ileri sürmektedirler. SAYMEN/ELBİR, s. 431; TEKİNAY, s. 579.

⁵²⁴Y. 2. HD. 16. 12. 1974, 8196/9034, YKD. 1975, S. 10, s.16

çocuk yönünden bir yıllık hak düşürücü süreni kendisine kayyım atandığı tarihten itibaren başlatmak üzere metne almış ancak bu düzenleme Anayasa Mahkemesinin 27.10.2011 tarihli kararı⁵²⁵ ile iptal edilmiştir. Medeni Kanunun m. 303/III gereğince, çocuk ile başka bir erkek arasında halen bir soybağı ilişkisi varsa, bir yıllık hak düşüm süresi bu ilişkinin ortadan kalkmasından itibaren işlemeye başlayacaktır. Davalı doğal baba hileli hareketleriyle bu sürenin geçmesine sebep olmuş, mesela, anaya kendisiyle evleneceğini veya çocuğu tanıyacağını, bu itibarla boş yere dava açmamasını söylemiş ve onu böylece oyalamış iken, sonradan davanın bir yıllık süre içinde açılmamış olduğunu iddia etmesi, hakkın kötüye kullanımı hesap olunacak ve tabiatıyla de hukuk düzeni tarafından korunmayacaktır⁵²⁶. Nitekim Medeni Kanunun 303/4'e göre "bir yıllık süre geçtikten sonra gecikmeyi haklı kılan sebepler varsa, sebebin ortadan kalkmasından itibaren bir ay içinde dava açılabilir" hükmüyle bu imkân tanınmıştır. Söz konusu bir aylık süre ise Anayasa Mahkemesinin 15.3.2012 tarihli kararı ile çocuk yönünden iptal edilmiştir⁵²⁷.

Medeni Kanunu 303.maddesi gereğince ana gebe kaldığı sırada evli ise, çocukla bir başka erkek arasında soybağı ilişkisi varsa, bir yıllık süre çocuğun doğumundan değil, bu ilişkinin ortadan kalkmasından, yani soybağının reddine dair mahkeme hükmünün kesinleşmesinden itibaren işlemeye başlar. Hüküm kesinleşmeden önce çocuğun babasının başkası olduğu iddiasıyla babalık davası açılmaz.

VII. Babalık Davasında Manevi Tazminatın Şartları

Babalık davasındaki tazminatta zarar, kişilik haklarına karşı yapılan saldırının kişinin cinsel onur ve şerefinde meydana getirdiği ruhsal ve manevi bozukluktur. Manevi tazminatın niteliği hakkında görüşleri değerlendirirken manevi tazminatta amaç zarar vereni cezalandırmak değil zarar görenin bozulan duygusal yaşamındaki bozukluğu düzeltmek için malvarlığının bir miktar çoğaltılmasıdır. Eski Medeni Kanun hangi hallerin ananın kişilik hakını ihlal edeceği ve dolayısıyla manevi tazminat talebine esas olabileceğini tahdidi olarak saymıştır. Eski Medeni

⁵²⁵ E. 2010/71, K. 2011/143

⁵²⁶ **TEKİNAY**, s. 583; **TANDOĞAN**, s. 212; **VELİDEDEOĞLU**, s. 474; **KÖPRÜLÜ/ KANETİ**, s. 272; **OĞUZMAN/ DURAL**, s. 342

⁵²⁷ E. 2011/116, K. 2012/39. RG. S.28360.

Kanuna göre, “ babanın cinsel ilişkiden önce anaya evlenme vaad etmesi⁵²⁸, cinsel ilişkinin bir suç oluşturması⁵²⁹, ananın cinsel ilişki sırasında reşit olmaması⁵³⁰ veya cinsel ilişkinin babanın ana üzerindeki nüfuzunu kötüye kullanması suretiyle gerçekleştirilmesi hallerinde manevi tazminat talebinde bulunmak mümkün idi”. Yeni Medeni Kanunda ise bu şekilde sınırlayıcı bir hüküme yer verilmemiştir. Bununla birlikte gebeliğin kişiliğe saldırı sonucu olduğu bütün hallerde anaya Borçlar Kanununun m.58 ve Medeni Kanununun 25.maddelerine dayanarak manevi tazminat istenebilir⁵³¹. Ana öldüğü takdirde, doğum dolayısıyla yapmış olduğu harcamaların karşılanmasını isteme hakkı mirasçılara geçse de, manevi tazminat isteme hakkı geçmez. Bununla beraber, ana ölmeden önce talep etmişse Medeni Kanun’un 25. maddesine kıyasen manevi tazminat davası hakkının mirasçılara geçtiği kabul edilmektedir. Babalık davasının sonucu olan manevi tazminat talebinde bulunabilmek için ananın gebe olması ön şarttır. Ölü doğum, düşük veya eksik doğumda bu hak kullanılabilir.

VIII. Değerlendirme

Babalık davası açma hakkı kişiye sıkı surette bağlı bir haktır ve Medeni Kanun’u 301. maddesi, babalık davası açma hakkını ana ve çocuğa ayrı ayrı tanımıştır(TMK m.301/f. 1).

⁵²⁸ Davalı erkeğin evli olmasına rağmen yaptığı evlenme vaadi ananın iyiniyetli olması koşuluyla geçerli kabul edilmekte ve ananın tazminata hak kazanacağı düşünülmekteydi. Ana davalı erkeğin evli olduğunu biliyor ancak davalının karısını boşayıp kendisiyle evleneceğine hatta davalının karısına karşı boşanma davası açtığına dair beyanlarına güvenerek davalıyla cinsel ilişkiye girmişse ana tazminata yine hak kazanırdı. Hatta ana ile davalı erkek arasında kesin bir evlenme engeli bulunmasına rağmen ana bu durumu bilmiyorsa hakkında tazminata hükmedilebileceği kabul edilmekteydi. Davalı erkeğin reşit ya da kısıtlı olup olmaması ve bu durumda kanuni temsilcinin izin verip vermemesi yapılan evlenme vaadi için önemli değildi ve vaadin geçerliliğini etkilemezdi. **KARAHASAN**, s. 335.

⁵²⁹ Burada cinsel ilişkinin ceza kanunu açısından bir cürüm oluşturması önemliydi. Davalı baba hakkında ceza yargılamasında yargılama yapılması şart değildi. Ancak ceza mahkemesinde yargılama yapılmış ve davalı baba mahkumiyet kararı almış ise bu kararın hukuk hakimini bağlayıcı kabul edilmekteydi. Ana ve davalı babanın başka kişilerle evli olmalarına rağmen zinada bulunmaları halinde durumun ne olacağı belli değildi. Zina fiili suç olarak kabul edildiğinden ana lehine manevi tazminata hükmedilebilecek miydi? Kanunun madde hükmünü düzenlemedeki amacı, masum anayı kusurlu olan erkeğe karşı korumak olduğundan ananın davalı erkeğe kusur yönünden iştirak etmesi onun manevi tazminat hakkını sonlandıracağı kabul edilmekteydi. Bu durumda aldatılan eşlerin tazminat hak edecekleri kabul edilmekteydi. **BELGESAY**, s. 288.

⁵³⁰ Ana cinsel ilişki zamanında reşit değilse manevi tazminata hak kazanırdı. Doktrinde bazı yazarlar, bu durumda manevi tazminata hükmedilmesinin nedenini ananın tecrübesizliğinden yararlandığı ve güveninin kötüye kullanıldığı düşününce aramaktaydılar. Ana kendi isteğiyle, herhangi bir kandırma söz konusu olmaksızın davalı erkek ile birlikte olmuşsa ya da cinsel ilişki konusunda zaten tecrübeli ise ananın manevi tazminat davası açamayacağı düşünülmekteydi. Buna karşılık bir kısım yazarlar, reşit olmayan ana tamamen kendi rızasıyla da olsa cinsel ilişkiye girmişse tazminata hak kazanacağını savunmaktaydılar. Ananın, ana ve babasının bu ilişkiye rıza göstermeleri önemli değildi. **OĞUZMAN/ DURAL**, s. 355; **VELİDEDEOĞLU**, s. 341; Davalı erkek kusurlu değilse, ananın küçük olduğunu bilmiyorsa ve gerekli özeni göstermesine rağmen bunu öğrenememişse dahi sonuç değişmez, ana manevi tazminata hak kazanırdı. **KARAHASAN**, s. 338.

⁵³¹ **BAYGIN**, Cem, Kan Bğına Dayanan Soybağı, AÜEFĐ, C. IV, S.1-4, 2002, s. 255-284.

Doğumdan önce veya doğduktan sonra ayırt etme gücüne sahip olanakadar çocuğun, babalık davası açma hakkını bizzat kullanamayacağı açıktır. Kişiyeye sıkı surette bağlı haklar ise, kişinin ayırt etme gücüne sahip olmaması halinde kanuni temsilcisi tarafından kullanılır. Evlilik dışı çocuğun kanuni temsilcisi ise kural olarak velisi olan anadır(TMK m. 337/ f. 1). Bu nedenle, normalde çocuğun ayırt etme gücüne sahip olmadığı dönemde, çocuk adına babalık davası açma hakkının, anatarafından kullanılması gerekmektedir. Ancak Medeni Kanun'un 426. maddesinde, bir işte yasal temsilci ile küçüğün veya kısıtlının menfaatinin çatışması halinde, küçüğe veya kısıtlıya temsil kayyımı atanacağını hükme bağlamıştır(TMK m.426/b.2). İşte babalık davası da, ana ve çocuğun menfaatinin çatıştığı kabul edilen hallerden birisidir. Bu nedenle çocuğun ayırt etme gücüne sahip olmadığı dönemde, çocuk adına babalık davası açılabilmesi için, vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemelerince, çocuğa kayyım atanması gerekir. Bu noktada hem doktrinin görüşünün hem de Yargıtay'ın uygulamalarının bu yönde olduğu, çalışmada ifade edilmiştir.

Eski Medeni Kanun'un 305. maddesinde, babalık hükmüne bağlı olarak bazı hallerde, ananın manevi tazminat talep edebileceği açıkça hükme bağlanmıştır. Yeni Medeni Kanun'da ise ananın babalık hükmü ile bağlantılı olarak talep edebileceği bir manevi tazminat talebi yer almamaktadır. Bu durumda doğuma neden olan cinsel ilişkinin ananın kişilik haklarına saldırı oluşturduğu hallerde, ananın genel hükümler çerçevesinde manevi tazminat isteme hakkının olduğu, kabul edilmelidir. Ancak Yargıtay, son zamanlarda verdiği kararlarda, Medeni Kanun'da babalık davası ile ilgili manevi tazminata ilişkin bir hükme yer verilmediği için, ananın babalık davası ile bağlantılı olarak talep ettiği manevi tazminat taleplerinin reddine karar vermektedir. Yargıtay'ın bu tür ret kararlarına gerekçe teşkil etmesi nedeni ile, ana lehine babalık hükmü ile bağlantılı bir manevi tazminat talebine Yeni Medeni Kanun'da yer verilmemesini isabetsiz buluyoruz.

III ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AZERBAJYCAN HUKUKUNDA MANEVİ ZARAR VE AİLE HUKUKUNDAN DOĞAN MANEVİ TAZMİNAT

§ 8. AZERBAJYCAN HUKUKUNDA MANEVİ ZARARIN DÜZENLENİŞ ŞEKLİ

I. Genel Olarak

Manevi zarar kavramı, Azerbaycan hukukunda yeni bir kavramdır. Ancak, bu kurumun varlığı, herkesçe kabuledilmektedir. Manevi tazminat her bir şahsın kişilik haklarına saldırı olduğu takdirde zararın tazmin edilmesini öngören zarar türlerinden biridir. Manevi tazminatın giderimi çağdaş demokratik toplumun talebidir. Manevi tazminat konusu uygulamada ve teoride büyük öneme sahiptir. Şahsın malvarlığına olan saldırı sonucunda oluşan manevi tazminatın giderilmesi, manevi zararın miktarının belirlenmesi gibi sorunların çözülmesinde manevi zarar müessesinde bazı eksiklikler vardır. Manevi zarar kavramına ilk olarak, SSCB (Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği) Medeni Kanununda rastlanır⁵³². Azerbaycanda benzeri madde Rusca'dan çevrilerek aynen kabul edildi. Azerbaycanın sovyetlerden ayrılarak bağımsız olması, yeni ekonomik sistem hem de yeni hukuk sistemi de kabul edildi. Bilindiği üzere ekonomik ve hukuk birbirine karşılıklı olarak etkide bulunmaktadır. Böylece ekonomik sistemdeki değişiklikler hukuk sisteminde de yeni değişikliklere neden oldu. Toplumda, kişilik haklarının sosyal değeri, bu haklara karşı olan saldırılara karşı alınan önlemler toplumdaki gelişim düzeyinin belirtisidir. Manevi zarar müessesesinin uygulamada çok büyük önemi vardır. Örneğin, şahsın malvarlığına saldırı sonucu onun uğradığı zararların giderilmesi, tüzel kişilerin uğradığı manevi zararın giderilmesi gibi sorunlar manevi zarar müessesine olan ihtiyacı artırmıştır.

II. Azerbaycan Hukukunda Zarar ve Manevi Zarar Kavramları

Manevi zarar kavramı Azerbaycan Medeni Kanununda düzenlenmemiştir. Azerbaycan Medeni Kanununun 1.maddesi hukuk subjektlerinin şahısvarlığı ilişkilerini düzenlemiş, gerçek kişilerin şerefini, haysiyetini ve şahsın özel hayatının saldırılara karşı korunması yollarını belirlemiştir. Ancak bu haklara saldırı sonucunda oluşan manevi zarar kavramı Medeni Kanunda

⁵³²ŞÜKÜR Yusifov, “Zərərin Bir Növü Kimi Mənəvi Zərərin Hüquqi Tənziminin Bəzi Problemləri” Bakü 2014, s.16

düzenlenmemiştir. Medeni Kanununun 21.maddesinde zarar anlayışı, saldırı sonucu hukuku ihlal olmuş şahsın ihlal olunan hukukunu yeniden kazanması için katlandığı veya katlanmalı olduğu ücretler, malvarlığını kaybetmesi veya malvarlığının zedelenmesi, hukukuna saldırı olmadığı takdirde normal şartlarda kazanacağı kârdan yoksun kalmasıdır. Medeni Kanunun m. 23/4 hükmünde şahsın şeref ve haysiyetini lekeleyen bilgilerin yayınlanması gerçek kişinin aynı bilgilerin tehzibi ile birlikte, onların yayınlanması sonucunda meydana gelen zararın giderimini öngörmüştür. Ancak burada zararın maddi veya manevi olması ile ilgili açıklama verilmemiştir.

Türk hukuk sisteminden farklı olarak yeni şekillenmekte olan Azerbaycan hukuk sisteminde manevi zarar, zarar kavramı ve türleri ile ilgili açık düzenlenmelere yer verilmemiştir. Bu da teoride ve uygulamada bazı sorunlara yol açmaktadır. Bu boşlukların Azerbaycan hukukunda yakın zamanlarda giderilmesi hukuk sistemimizde olan eksiklerin ortadan kalkmasına fayda sağlayacağı düşünülebilir.

§ 9. AZERBAJYCAN HUKUKUNDA KİŞİLİK HAKLARI

I. Genel Olarak

Azerbaycan hukukunda konuyla ilgili düzenlemelerde kişilik (şahsiyet⁵³³) ve kişilik hakı kavramlarının tanımına rastlanmamaktadır. Kişilik hakı bir kavram olarak genellikle kullanılmıyor, kişilik ise,kişinin maddi ve manevi varlığı, bir şahsı diğerlerinden ayıran fiziksel ve ruhsal varlığı ifade etmek amacıyla kullanılır⁵³⁴.Azerbaycan hukukunda kişilik hakı ile ilgili düzenlemeleri gözden geçirdikten sonra, kişiliğin bir bütün olarak ele alınıp korunmasını sağlayan genel bir kişilik hakkının düzenlenmediğini görebiliriz. Kişilik özel haklar çerçevesinde korunmaktadır⁵³⁵. Türk ve İsviçre hukuklarından farklı olarak kişilik hak olark değil, Alman ve Fransız hukuklarında olduğu gibi kişiliğe giren değerler(şeref, haysiyet, isim hakı vd) bireysel olarak ele alınarak ayrı ayrı düzenlenmiş ve koruma altına alınmıştır⁵³⁶.

⁵³³ Azerbaycan hukukunda kişiliği ifade etmek maksadı ile şahsiyet kavramı kullanılmaktadır.

⁵³⁴ Örnek olarak bkz.Azerbaycan Anayasası m. 13,46,90 vd, Azerbaycan Ceza Kanunu, m.8, 45, 54; Azerbaycan Mülki Mecellesi(Medeni Kanun) m. 194.3 ve 276.1

⁵³⁵ Rus hukukunda da aynı sistem kabul edilmiştir. Rus Medeni Kanununun 150.maddesinde kişilik değerleri tek tek sayılmakta ve bireysel olarak himaye altına alınmaktadır.

⁵³⁶ DOĞAN Murat, Şahsiyet Hakkına Tecavüzün Önlenmesi Davası, AÜEHFD,C V, S1-4, 2001 s, 369-370.

Azerbaycan hukukunda başta Anayasa olmak üzere bir çok yasalarda kişilik hakkı ile ilgili çeşitli düzenlemeler mevcuttur. Azerbaycan Anayasasının “Temel İnsan ve Vatandaş Hak ve Özgürlükleri” başlıklı 3.faşında (m.24-71) kişilik haklarına geniş yer verilmiştir. Anayasanın 24/f.1 maddesinde “Herkesin doğduğu ondan dokunulmaz, ihlal edilmez ve vazgeçilmez hak ve özgürlükleri vardır” denilmektedir. Bundan sonra kişilik hakkı anayasal düzeyde korunmaaltına alınmış ve bu maddeden itibaren de diğer hak özgürlükler teker-teker düzenlenmiştir. Kişilik hakları içerisinde şahsın hayat ve sıhhati, vücut bütünlüğü çok büyük bir öneme sahiptir. Azerbaycan Anayasasının 31.maddesinde herkese güvenli ortamda yaşama hakkı tanınmış ve kanunda öngörülen durumların dışında, kişinin manevi ve fiziksel sağlığının, mülkiyet hakkının, konutunun dokunulmaz olduğu ve belirtilen bu değerlere ilişkin her türlü zor kullanımı yasaklanmıştır. Mevzuatta insanın hayatı teminat altına alınmış, ölüm cezasının uygulanması kaldırılmış, kanunlarda belirtilen özel haller dışında ise, insana karşı her türlü silah kullanımı yasaklanmıştır. Bu yasakların ihlalleri ile ilgili Ceza Kanununun “Hayat ve Sağlık karşıtı suçlar” başlığını taşıyan 18.bölümünde özel olarak düzenlenmiş ve bu hakların ihlali durumunda bir takım ağır cezai yaptırımlar öngörülmüştür. Azerbaycan Mülki Mecellesinin 1096-1127 maddelerinde ise, “Gerçek kişinin hayat ve sağlığı” hukuka aykırı fiillere karşı özel hukuk kapsamında korumaaltına alınmış, kişinin hayat ve sağlığını ihlal eden hukuka aykırı fiillerin neden olduğu tazminat sorumluluğu ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Azerbaycan Anayasasının 25.maddesinde ırkına, diline, dinine cinsiyetine, inancına, siyasi ve sosyal mensubiyetine bakılmaksızın herkesin hak ve özgürlüğünün teminat altında olduğu beyan edilmiş ve insan ve vatandaş hak ve özgürlüklerinin mensubiyete göre sınırlandırılması yasaklanmıştır. Bununla korunmak istenen amacın sağlanması hususunda ayrımcılık yaratan ve böylece eşitlik hakkı ihlallerine neden olan fiil ve hareketler için Azerbaycan Ceza Kanununda cezai müeyyideler öngörülmüştür. Azerbaycan Ceza Kanununun 154/f.1 de ırk, din, dil, cinsiyet, köken vd. açıdan ayrımcılık gözetilerek kişinin haklı ve meşru çıkarlarına zarar vurulmasına neden olan fiil ve hareketleri yapanların para cezasına veya iki yıla kadar hapis cezasına çarptırılacağı öngörülmektedir. Azerbaycan hukukunda temel insan haklarından olan eşitlik hakkının ihlallere karşı korunması somut bir cezai yaptırımla himaye altına alınmış ve bu hususta herkese yasal olarak etkili korunma imkânı sağlanmıştır.

Azerbaycan Anayasasının 32.maddesine dikkat edersek madde “kişisel dokunulmazlık hakkı” başlığını taşımaktadır. Anaysada kişisel dokunulmazlık hakından kastedilen ferdin kişisel

hayatının gizliliğinin güvence altına alınmasıdır. Anayasanın “kişisel dokunulmazlık” başlığı çerçevesinde herkesin özel ve aile hayatı sınırının teminat altında olduğu belirtilmiş, ferdin özel hayatına sadaaıkça öngörülen haller dışında her türlü müdahaleler yasaklanmıştır. Bu bağlamda anayasanın 32/f.4.maddesinde özel olarak her kesin yazışma, telefon görüşmeleri, posta, telegraf ve diğer haberleşme araçları ile aktarılan bilginin korunmasının devletin üzerine düşen bir görev olduğu belirtilmektedir. Haberleşme özgürlüğünün ve onun gizliliğinin korunması ilkesinin yalnız kanuni usul çerçevesinde ve yalnız suçun önlenmesi veya cezai soruşturma sırasında gerçeğin ortaya çıkarılmasının sağlanması amacıyla sınırlandırılabilceği bulunmaktadır. Anayasal güvence altına alınmış “kişisel dokunulmaz hakkının” korunmasının etkili bir şekilde sağlanması amacıyla Azerbaycan Ceza Kanununda ferdin özel hayatına müdahale ve haberleşme sırrını ihlal eden fiil ve davranışlar için bir takım cezai müeyyideler vardır. Anayasanın 30.maddesinde fikri mülkiyet hakları da kişiliğın korunması ve kişilik hakları kapsamında anayasal korunma kapsamına alınmış ve bu yönde gereken düzenlenmelerin yapılmasının yasama organının görevi olduğu belirtilmiştir. Fikir ve Sanat Eserleri kanunu, Patent hakkında kanunların kabul edilmiş ve bunları ağır bir şekilde ihlal eden fiilere karşı Ceza kanununda cezai yaptırımlar öngörülmüştür.

Belirtildiği gibi kişilik, insanın fiziksel ve manevi varlığını bir bütün şeklinde ifade eden üst kavramdır ve kişiliğın hukuk sistemi tarafından himaye altına alınıp korunması bireyin insan olmasının doğal sonucudur. Bu yönüyle temel insan hakları, aslında kişiliği oluşturan temel unsurlardır. Azerbaycan Anayasasının 71.maddesinin 5.fikrasında “Bu anayasanın hiç bir düzenlemesi insan haklarının ihlali için esas teşkil etmez” hükmü kişilik haklarının korunması açısından önemli bir hukuki esas oluşturmaktadır.

Kişilik haklarının korunması ile ilgili belirttiğimiz tüm hukuki düzenlemelere rağmen, Azerbaycan hukukunda kişilik haklarının yasal açıdan gereken seviyede koruma altına alınmamıştır diyebiliriz. Anayasada ve diğer kanunlarda kişilik himaye altına alınsa bile bunun her zaman etkili bir koruma temin etmediği bir gerçektir. İlim ve teknolojinin gelişimi, kişilik haklarının çok yönlülüğü yeni kişilik hakları ihlali durumlarını ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle münferit kişilik haklarına ilişkin düzenlemelerin yanında, yasal olarak kişilik hakkına genel bir tanımlama yapılması mevzuat açısından bireylere daha etkin bir savunma imkânı sağlayabilir. Böyle olunca genel bir kişilik hakkı, bu güne kadar tanıdığımız kişilik haklarının temelini

oluşturacak ve bunun yanında kişiliğe daha açık bir şekilde himaye sağlanmış olunacak. Sonuç olarak bu gibi durumlarda kanunda düzenlenmeyen durumlarla ilgili hâkime geniş bir takdir yetkisi verilmiş olacak ve hâkim, güncel gelişmeler karşısında olayın somut koşulları içinde bireysel kişilik hakları dışında gene bir kişilik hakkının ihlal olup olunmadığının inceleyerek karar verebilecektir.

A) Azerbaycan Hukukunda Şeref ve Haysiyyetin Korunması

Kişiliğe dahil olan değerler olan şeref ve haysiyet himaye altına alınmıştır⁵³⁷. Diğer kişilik değerleri gibi şeref ve haysiyete ait değerlerde insanların kendilerine ait bir alandır ve başkalarının bu alana bu alana başkalarının müdahalesi hak sahibinin kendi iradesi ve inisiyatifi ile olur. Bütün bunlara aykırı olarak kişinin onur ve saygınlığını toplum içinde ortadan kaldıran veya zedeleyen fiil ve davranışlar kişinin şeref ve haysiyetine saldırı niteliği taşır.

Şeref ve haysiyyetin korunması ile ilgili Azerbaycan Anayasasında, Mülki Mecellede ve Ceza Kanununda düzenlemelere rastlanmaktadır. Anayasanın “Şeref ve Haysiyyetin Korunması Hakkı” başlığı taşıyan 46.maddesinde “Kişiliğin aşağılanması, kişiye işkence, kötü ve onur kırıcı muamelelerin” yapılması yasaklanmıştır. Bunun yanında kişinin vücut bütünlüğü, şeref ve haysiyyetin korunması çerçevesinde himaye altına alınarak rızası olmadan hiç kimse üzerinde (tıbbi, bilimsel ve diğer deneyler) yapılmayacağı anayasada açıkça belirtilmiştir. Ancak sadece deney yapılmasının yasaklanması kişiye vücut dokunulmazlığı açısından tam bir himaye sağlamaz. Çünkü bireyin vücudu onun kişilik varlığı olup ona yapılan her türlü müdahale yasaktır.

Kişinin şeref ve haysiyyeti ile ilgili düzenlemelere Azerbaycan Ceza Kanununun bir çok maddesinde yer almaktadır. Örneğin Ceza Kanununun 148.maddesinde kişinin şeref ve haysiyyetini küçük düşüren sözlerin topluluk içinde sarf edilmesi veya topluma açık olan bir halde sarf edilmesi bir suç olarak kabul edilmiş ve cezai müeyyide öngörülmüştür. Ceza Kanununun bir diğer 147.maddesinde yalan olduğunu bildiği kişinin şeref ve haysiyyetini küçük düşürücü haberlerin toplum içerisinde yayılmasına neden olan fiil ve davranışlar suç sayılmış ve cezai

⁵³⁷ Rus Hukukunda şeref toplumsal bilinçte yansıyan ve toplum tarafından kabul edilen kişiye has olumlu özelliklerin tümüdür. **А. М. Эрделевского**, Компенсация Морального Вреда, Москва, 1996, с.16 İsmayıl İsmayilli, Azerbaycan Hukukunda Kişilik Haklarının Korunması, s. 259- 276. MÜHFD

müeyyidesi öngörülmüştür. Ancak tüm bunlarla beraber Ceza kanunundaki şeref ve haysiyeti koruma altına alan düzenlemelerin yeterli olmadığı düşünülebilir. Çünkü yukarıda belirtilen Ceza hukuku bakımından kamu güvenliğine tehlike oluşturmadığı, cezai yaptırımların hafif olduğu, şeref ve haysiyeti ihlal edici bir çok fiilin suç olarak kabul edilmemesi nedeniyle bu düzenlemelerin bireylere etkili koruma sağlamadığı söylenebilir. Bu durum hukukta adalet ilkesi ile de bağdaşmamaktadır. Parası olanlar için bu tür suçların işlenmesi daha kolay ve onlara verilen para cezası ise etkisiz kalmaktadır. Bu yönüyle, şeref ve haysiyetin korunması için Azerbaycan Ceza Kanunundayer alan cezai yaptırımlar hem yeterli olmamakta, hem de şeref ve haysiyetin ihlaline neden olan bir takım fiiler ise ceza hukuku açısından suç sayılmamaktadır. Son olarak belirtelim ki kişinin şeref ve haysiyetini korunması için özel hukuk düzenlemelerinden, maddi ve manevi tazminat müessesinden faydalanmak zarureti artmıştır.

Azerbaycan özel hukuk mevzuatında da şeref ve haysiyetin korunması ile ilgili düzenlemeler yetersizdir. Konuyla ilgili mevzuatın genel durumu kısa olarak gözden geçirilmiştir.

Azerbaycan Mülki Mecellesinin 21.maddesinde “zarar” kavramına yapılan yasal açıklamada “zarar denilirken fiili zarar ve mahrum kalınan karın kast edildiği” belirtilmektedir. Söz edilen maddeden anlaşıldığı gibi burada maddi zarardan bahsedilmiş, manevi zarar kavramına ise Azerbaycan özel hukukunun temel kaynağını oluşturan Mülki Mecellenin herhangi bir düzenlemesinde yer verilmemiştir. Mülki Mecellenin “Şeref, Haysiyet ve ticarî itibarın müdaafası”başlığını taşıyan 23.maddesinin kişiliği koruma konusu olan bu değerlerini ihlal eden fiillerin unsurlarını yasal olarak tespit eden 1.fıkrasındaki düzenleme şöyledir: “Gerecek kişi, şerefini, haysiyetini ve ticarî itibarını lekeleyen, şahsi ve aile hayatı sırrını veya kişisel dokunulmazlığını ihlal eden haberlerin tekzip olunmasını mahkemeden talep edebilir, şu şartla ki, bu haberleri yayan kişi söz konusu haberlerin hakikate uygun olduğunu ispat edemesin. Haberlerin eksik yayınlanması ferdin şeref, haysiyet veya ticarî itibarının zedelenmesine neden olduğu durumlarda da aynı kural uygulanır”.

Konuya ilişkin genel düzenlemelerin değerlendirilmesini gözden geçireceğiz. Daha sonra ise kişiliğin ihlali sonucu oluşan manevi zararlar hususunda mevcut uygulama ve düşüncelerimizi ayrı bir başlık altında aktarmaya çalışılmıştır.

Bilindiği gibi kişilik hakları malvarlığı değil ve değeri para ile ölçülemeyen haklardandır. Bu hakların ihlali aynı zamanda kişinin malvarlığında azalmaya, maddi zararlaraya yol açabilir. Örneğin, kişinin ticari itibarına yönelik hukuka aykırı davranışlar bu tür sonuçlara neden olabileceği gibi, doğrudan kişinin şeref ve haysiyetine yönelik olan küçük düşürücü davranışlar da bireyin toplum içerisindeki itibarına ve güvenilirliğine olumsuz etki yapmakla dolaylı olarak onun ticari itibarının zedelenmesine neden olabilmektedir. Yani, bireyin kişilik hakkına yapılan hukuka aykırı davranışlar söz konusu bireyin toplum içindeki itibarına ve güvenilirliğine olumsuz etki yaptığından diğer kişilerin onunla hukuki ilişkiye girmekten kaçınmasına neden olabilir. Bu şekilde kişilik hakları ihlal edilen kimsenin sırf bu nedenle belirli bir semtte yaşamak için daire kiralayamaması veya evinin kiraya verememesi ya da almaması gibi hallerde maddi zarar söz konusu olabilir. Kişilik haklarının ihlali sonucu tazminat davasının açılabilmesi için haksız fiil şartlarının gerçekleşmiş olması gerekir. Söz konusu şartlar Mülki Mecellenin 1097.maddesi uyarınca hukuka aykırı bir fiilin işlememiş olması, hukuka aykırı bu fiilin maddi zararın ortaya çıkmasına neden olması ve zararlar arasında uygun bir illiyet bağının bulunmuş olmasıdır. Bu şartların gerçekleşmesi ile şahıs, kişilik haklarının ihlali nedeniyle ortaya çıkan maddi zararların tazminini isteyebilir.

B) Azerbaycan Hukukunda Şeref ve Haysiyetin İhlali Sonucunda Ortaya Çıkan Manevi Zarar ve Tazmini

Şeref ve haysiyetin ihlali sonucunda ortaya çıkacak zararın maddi değil manevi zarar olacağı bir gerçektir. Bu bakımdan kişilik haklarının tespiti ve himaye altına alınması ne kadar önemliyse, kişilik haklarının ihlali sonucu ortaya çıkan manevi zararın tazmini de o kadar önemlidir. Kişilik haklarının hukuken korunup sağlanabilmesi için öncelikle manevi zararın mevcut olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Sonra ödenecek olan tazminat tutarının doğru tespit edilerek şahısların zedelene kişilik haklarının onarılması ve benzer hukuka aykırı fiillerin tekrarlanmasının da karşısını alacak önlemlerin alınması gereklidir. Bunun için manevi zararın şartları ve manevi zarar nedeniyle mağdur olan kişiye ödenecek tutarın hesaplanmasının usulü belirlenmelidir.

Mülki Mecellede zararın ödenmesi ile ilgili olarak herhangi düzenlenmeye yer verilmediği görülmektedir. Mülki Mecellenin zararlar ilgili genel düzenlemeleri içeren 21.maddesine göre, hukuka aykırı fiil sonucunda meydana gelen bütün zararların ödenmesi talep

edilebilir. Aynı maddenin 2.fikrası zarar kavramına açıklık getirmiş ve bu zararın fiili zarar ve mahrum kalınan faydadan ibaret olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla bu düzenleme maddi zararlarla ilgilidir ve bu bağlamda kişilik haklarının ihlal edilmesi sonucu oluşan maddi zararların tazmin edilmesi hallerini de kapsamaktadır. Mülki Mecellenin 23/f.4.maddesinde “ Kişinin şeref ve haysiyetini veya ticari itibarını küçük düşüren haberlerin tekzip edilmesiyle birlikte bu malumatların yayılması neticesinde meydana gelen zararların ödenmesi de talep edilebilir” denilirken buradaki zararın da maddi zarar olduğu ister-istenmez akla gelmektedir. Mülki Mecellede zarar kavramına verilen yasal tanım ve Mülki Mecellenin 23/f.4 maddesinde konuya ticari itibarın da dahil edilmesinin katkısıyla birlikte buradaki zararın da maddi zarar olduğu kanaatini hasıl etmektedir. Bu husus uygulamada ciddi tereddütlere neden olmuş ve Azerbaycan Anayasa Mahkemesi 31 Mayıs 2002 tarihli kararında Mülki Mecellenin 21.maddesinin maddi zararlara, 23.maddesinin ise manevi zararlara ilişkin olduğunu bildirmiştir.Altı fıkradan oluşan 23.maddenin yalnız bir fıkrasında zarardan söz edilmiş, diğerleri ise, yalan haberlerin tekzibine ilişkin hususları ihtiva etmektedir. Yani 23.maddede manevi zarar ifadesi, manevi zararın şartları, manevi zarar nedeniyle ödenecek tutarın hesaplanması usulünün düzenlenmesi bir kenara diğer beş fıkrasında zarardan dahi söz edilmemektedir.

Mülki Mecellenin 23/f.4 maddesinde ticari itibari lekeleyen malumatlar sonucunda oluşan zararlara dayer verildiğinden, söz konusu zarar ifadesi ile maddi zarar değil, manevi zararların da kast edildiği yargısı da gerçekte bağdaşmamaktadır. Çünkü bir kimsenin ticari itibarının küçük düşürülmesi sonucunda manevi zarardan ziyade maddi zararın meydana geldiği veya geleceği açıktır. Ticari itibarın ihlal edilmesi durumunda, adı üstünde her şeyden önce mantıken kişinin ticaretiyle bağlı, Yani maddi zararları söz konusu olur. Bu açıdan AnayasaMahkemesinin Mülki Mecelle'nin 23/f.4 maddesinde yer verilen zarar ifadesiyle yalnızca manevi zararın kast edildiği ile bir genellemeye gidilmesinin konuya açıklık bakımından ikna edici olmadığı düşünülebilir.

Mülki Mecelle'nin 23/f.1 maddesinde yer verilen düzenlemeye göre bir kimsenin şahsi ve aile hayatını ihlal eden haberlerin tekzip olunmasının talep edilebilmesi için söz konusu haberlerin hukuka aykırı olması, kanuni ifadeyle haberin hakikate uygun olmadığına ispat edilmiş olması gerekmektedir. Bu düzenlenmenin kişilik haklarının korunması açısından fazla

bir önem ve işlevinin olmadığını söyleyebiliriz. Bireyin aile ve özel hayatının gizliliğiyle bağlı her hangi bir düzenlenmenin amacı kişinin özel hayatına ilişkin sırlarının başkaları tarafından bilinmemesi yönündeki insani bir menfaatini korumaktır. Bu yüzden kişinin özel hayatı ile ilgili menfaati temel insan haklarından biri gibi anayasal korunmaaltına alınmıştır. Dolayısıyla Mülki Mecellenin kişinin “Şeref, haysiyet ve ticari itibarının müdaafası” başlığını taşıyan 23/f.1 maddesinde şahsi ve aile sırrıyla bağlı düzenlemenin amacı, konunun yapısı icabı kişinin özel hayatına ilişkin mahremiyetini korumaktır. Halbuki söz konusu düzenlemede bu koruma sağlanmış değildir. Yukarıda zikredilen düzenlemede ferdin şahsi ve aile sırlarından söz edildiği halde, şahsi ve aile sırrının korunmasını yönelik hiçbir hükme yer verilmeden kişiliği tamamıyla farklı bir konu olan iftiraya karşı koruyan normlara yer verilmiştir. Burada kişi tüm iftiralara karşı değil, yalnızca özel hayatla bağlı iftiralara karşı korunmuştur.

İftira yapmakla kişilik haklarının ihlal edilmesinin şartlarına gelince, bu hususta Mülki Mecellede her hangi bir açıklık bulunmamaktadır. Ceza Kanununun 147.maddesine göre ise kişinin şerefine, haysiyetine, ticari itibarına zarar veren haberlerin gerçeğe aykırı olduğunu bildiği halde yayılmasına yönelik hareket ve davranışların iftira sayılabilmesi için söz konusu fiillerin kitlesel bir özellik taşıması şarttır. Mülki Mecelle'nin 23.maddesinde ise şahsi ve aile sırları dahil kişinin şeref ve haysiyetini, ticari itibarını lekeleyen her türlü gerçeğe aykırı malumatların tekzip olunabileceği belirtilmektedir⁵³⁸. Ancak bu tür malumatların ne zaman “yayılmış” hesap olunacağı hususunda kanunda herhangi bir düzenleme yoktur. Yayılmış olma derken buradaneyin kastedildiğine ilişkin Azerbaycan Âli Mahkemesinin (Yargıtayın⁵³⁹) bir içtihat birleştirme kararı vardır⁵⁴⁰. İctihadı birleştirme kararına göre, “malumat birden fazla kişiye aktarılmış veya belirsiz kişilere ulaşılabilecek duruma gelmişse, yayılmış olma şartı gerçekleşmiş olur”. Yukarıdaki düzenlemelerden anlaşıldığı üzere Azerbaycan Mülki Mecellesinde kişinin şahsi ve aile sırrını koruyan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak

⁵³⁸Basın yoluyla yapılan saldırılarda haksız saldırıya uğrayan kişinin cevap ve düzeltme hakkı da vardır. Bu hak basın özgürlüğünün kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla, ilgili kişi veya kuruluşlara aynı araçlardan yararlanarak düşüncelerini açıklama, kendilerini savunma, yanlış beyanlarını düzeltme imkanı sağlan bir haktır.

⁵³⁹ Azerbaycan mahkemeleri sistemi üç aşamalı olup, Yerel mahkeme, İstinaf mahkemesi (Apeyasya mahkemesi) ve Yargıtay mahkemesinden oluşmaktadır. Türkiyede üst mahkeme olarak Yargıtayın karşılığına Azerbaycanda Ali Mahkeme denilmektedir.

⁵⁴⁰Şeref ve haysiyetin korunması ile ilgili düzenlemelerin mahkemeler tarafından uygulanması tecrübesi hakkında Azerbaycan Ali mahkemesinin Plenumunun 14 Mayıs 1999 tarihli 7 sayılı kararı, AC Ali Mahkemesi kararlarının toplusu, 2004, s. 8.

Azerbaycan Anayasasının 32/f.2 de “ herkesin şahsi ve aile hayatı sırrının dokunulmaz olduğu” ve aynı maddenin 3.fikrasında ise, bu sırların öğrenilmesi, istifadesi ve yayılmasının hukuken kabuledilmez olduğu açıkça belirtilmiştir. Her ne kadar açık yasal düzenlemeler olmasa da, Anayasanın doğrudan yürürlükte olması ve Anayasanın 32.maddesinde öngörülen hükümler dikkate alındıkta kişinin şahsi ve aile hayatı sırrının Azerbaycan hukukunda da korunduğunu söyleyebiliriz. Kişinin aile ve özel hayatına ilişkin sırlarının öğrenilmesi ve yayılması sonucunda meydana gelen manevi zarar, hukukaaykırı bir şekilde ortaya çıkan zarar sayılır ve Mülki Mecellenin 23/f.4 maddesi kapsamında tazminat davasının açılmasına neden olabilir.

Mülki Mecelle'nin zararla bağı tazminat miktarının belirlenmesi hususunda herhangi bir düzenleme içermemektedir. Dolayısıyla, manevi taminatla ilgili ödenecek olan tazminat miktarının belirlenirken Azerbaycan Anayasasının, Azerbaycan Cumhuriyetinin taraf olduğu uluslararası konvansiyonlar ve manevi zararın ödenmesi ile bağı uluslararası uygulamalar dikkate alınmalıdır⁵⁴¹. Azerbaycan Âli Mahkemesinin İctihadı Birleştirme kararına göre, manevi zarar insanın kişisel hak ve özgürlüklerinin ve ayrıca mülkiyet haklarının ihlal edilmesi sonucunda manevi sarsıntı ve ızdırap yaşamasıdır. Zarar uğrayan kişinin manevi sarsıntı ve yapılan haksız fiilin onun bilinçaltında belli olumsuz psikolojik etkiye neden olması, ızdırap geçirmesi ise onun sağlığını bozulması sonucunda fiziksel acı çekmesi olarak ifade ediliyor.

Azerbaycan Âli Mahkemesi yukarıda söz edilen İctihadı Birleştirme kararında manevi zarara göre tazminatın hesaplanmasında diğerk etkenlerin yanında failin kusurunun ağırlık derecesinin de esas alınması tavsiye edilmiştir. Oysa manevi zararın ortaya çıkma nedenlerine ve özelliklerine bakıldığında zarar ile kusur arasında her zaman uygun bir illiyet bağıının olmadığı görülüyor.Örneğin, bazen çok hafif bir dikkatsizlik sonucunda oluşan kişilik haklarının ihlali, kast sonucunda işlenmiş iftira suçundan daha büyük bir manevi sarsıntı ve ızdırapa neden olabilir. Bu sebeple manevi zarar belirlenirken kusurun ağırlığından ziyade manevi zararın ağırlığına da daha fazla önem verimelidir. Kusurun ağırlık derecesinin manevi tazminat miktarının hesaplanmasında ek unsur olarak değerlendirilmesi gerektiği düşünülebilir.

Hangi hukuk alanında ihlallere neden olmasından aslı olmaksızın haksız fiil faili ortaya çıkan manevi zararlardan sorumlu tutulur. Fakat tabii ki, manevi zararlarla bağı sorumluluk

⁵⁴¹Azerbaycan Hukukunda uluslararası anlaşma hükümleri iç hukukta kanunlardan ve Azerbaycan Anayasasından üstün kabul edilmekte ve doğrudan uyumsuzlıklara uygulanabilmektedir.

durumu Mülki Mecellenin haksız fiillerle ilgili düzenlemelerin yer aldığı 9.bölümünün kuralları kapsamında belirtilmektedir. Manevi zararlarla ilgili tazminat talebinin ileri sürülebilmesi haksız fiil şartlarının gerçekleşmiş olması şartlarına bağlıdır. Böylece kusursuz sorumluluk hallerinde fail maddi zarardan sorumlu olduğu gibi aynı şekilde manevi zarardan da sorumlu olacaktır. Manevi tazminat davasının niteliği ve bu tür davaların düşmesiyle ilgili Azerbaycan Ali Mahkemesinin içtihadı birleştirme kararını gözden geçirmekte fayda olduğu düşünülebilir. “Manevi tazminat talep hakkı şahsa bağlı bir hak olduğu için temlik edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle manevi tazminat davasında mahkeme karar verene kadar davacı ölürse, Medeni Usul Kanununun m. 261.0.7’ e göre dava düşmüş kabul ediliyor”. Görüldüğü gibi manevi tazminat talep hakkının şahsa bağlı hak olmasından hareketle manevi tazminat talebinin temlik edilemeyeceği ve açıldıktan sonra, henüz mahkeme nihai kararı vermezden evvel davacının ölmesi durumunda manevi tazminat davasının düşeceği, bu davaya son verileceği görüşü benimsenmiştir. Burada dikkat edilmelidir ki, mahkemenin kararı kesinleşene kadar değil, mahkeme tarafından nihai karar verilene kadar denilmektedir. Azerbaycan Medeni Usul Kanununun 261.0.7 maddesinde davanın düşme nedenlerinden biri olarak “dava taraflarından birinin vefat etmesinden sonra ihtilaf konusu hukuki ilişkinin niteliği halefiyete elverişli olmadıkta” denilmektedir. Böylece Ali Mahkeme, henüz ilk derece mahkemesinde manevi tazminat davası yekunlaşmadan davacının vefat etmesi durumunda manevi tazminat talebinin niteliği icabı temlike ve halefiyete elverişli olmadığı sonucuna varmış ve bu nedenle de davanın Medeni Usul Kanunu 261.0.7 maddesi uyarınca düşeceği görüşünü bemslemiştir. Ali Mahkemenin bu görüşünün konunun yapısına, günümüz koşullarına hukukun temel amaç ve işlevlerinin başında gelen adalet anlayışına aykırı olduğu düşünülebilir⁵⁴².

Manevi tazminat şahısvarlığı hakkı olduğu için bu nedenle de başkalarına temlik ve miras yoluyla intikal etmeğe elverişli olmadığı genellikle kabul edilmelidir. Manevi tazminat açısından şahsa bağlılık yalnız hakkın “kullanılmasına karar verilmesi” noktasındadır. Şahsa bağlı hakların hepsinde şahsa bağlılık hususu kesinlikle aynı kapsamda değildir. Şahsa bağlı hakların ortak noktası hakların kullanılmasına karar verilmesi hususunda munhasıran hak sahibinin yetkili olmasıdır. Ancak sonraki hukuki aşamalarda bu hakların özellikleri çeşitlilik arz etmektedir. Bu tür hakların bazıları hakkın kullanılmasına karar verildikten sonra hakkın takibi ve uygulanması

⁵⁴²İSMAYILLI, s. 272.

başkaları tarafından yapılabilir. Bazı hakların mesela evlenme, vasiyet etme gibi bu hakların hem kullanılması hem de takibi ve sonuçlandırılması hak sahibi tarafından yapılmalı ve her hangi bir aşamada başkasına devri mümkün değildir⁵⁴³. Sonuç olarak belirtelim ki şahsa bağlı hakların hepsi aynı özellikleri taşımamaktadırlar.

Açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer durum ise manevi tazminatın hangi ana kadar şahsa bağlı olduğu hususudur. Çünkü manevi tazminat talebinin niteliğinde değişiklik olduktan sonra, bunlar da diğer malvarlığı hakları gibi temlik ve halafiyete elverişli hale gelmiş olur. Manevi tazminatla ilgili kişiliğe bağlılık durumu, mağdur tarafından manevi tazminat talebinin ileri sürülmesine karar verildikten sonra bununla ilgili işlemlerin yapılmasını ve ödenecek olan manevi tazminatın illa da manevi zarara maruz kalan kişiye yapılmasını zaruri ve gerekli kılmamaktadır. Yani mağdurun manevi tazminat talebinin ileri sürülmesine karar verildikten sonra bununla ilgili hukuki işlemlerin yapılmasını gerçekleştirmek üzere avukat tutabileceği gibi, dava sonucunda elde edebileceği tazminatın bir hayır kurumuna veya kişiye ödenmesini sağlayabilecek bir hukuki imkâna sahip olması gerekir.

Bu bağlamda, manevi tazminat davasında hâkim belirli bir miktar paranın ödenmesine karar verirse ve bu karar kesinleşirse, söz konusu manevi tazminatın ödenmesiyle bağlı talep hakkı niteliği itibariyle malvarlığı hakkı olduğuna kuşku duyulmamaktadır. Malvarlığı haklarının temlik edilmesinde ve mirasçılara külli halafiyet yoluyla geçmesinde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Yani manevi tazminat talebine dair mahkeme kararı kesinleşmesi ile manevi tazminatın ödenmesiyle bağlı talep hakkının da başkalarına temlik edebileceğine ve külli halafiyet yoluyla intikal edeceğine dair bir tereddüt de söz konusu olmamaktadır⁵⁴⁴. Şimdi, manevi tazminat hangi andan itibaren şahsa bağlı hak olmaktan çıkar. İster taraflar arasındaki menfaat muvazenesi ilkesi isterse de manevi tazminat talebiyle bağlı hakkın öngörülmesi amacı dikkate alındığında manevi tazminat talep hakkı da hak sahibi tarafından kullanılmasına karar verildikten sonra manevi tazminat hakkı şahsa bağlı olmaktan çıkar. Manevi tazminat hakkı bir talep hakkı olarak ileri sürüldüğü andan itibaren niteliği değişir, manevi tazminat bir talep olarak ileri sürüldüğü andan itibaren şahısvarlığı hakkı olma niteliğinden çıkıp malvarlığı hakkına dönüşür.

⁵⁴³YUSİFOV, s. 18.

⁵⁴⁴İSMAYILLI, s. 273.

Dolayısıyla bu andan itibaren malvarlığı hakkı gibi manevi tazminat talebi de başkalarına temlik edebilir ve miras yoluyla külli haleflere geçebilir.

Kaldı ki, mahkemenin kesinleşmemiş nihai bir hak kararının şahsa bağlı hakkın niteliği üzerinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Çünkü mağdur manevi tazminat talebini ileri sürmekle bu hakla ilgili seçimini yapmış ve manevi zararını maddi ödemenin yapılmasıyla telafi etmeğe karar vermiş olur. İlk derece mahkemesinin kesinleşmemiş bir nihai karar vermiş olması manevi zarara maruz kalmış olan kişinin hakkının niteliği ve konusu üzerinde herhangi bir etki doğurmamaktadır. Dolayısıyla ilk derece mahkemesinin kesinleşmemiş nihai bir kararının manevi tazminat hakkının temlike elverişli hale gelmesi için esas kabul edilmesinin teorik temeli yoktur. Âli Mahkeme kararı Mülki Mecellenin 23/f.1 maddesinin son cümlesinde öngörülen düzenlemeyle de bağdaşmamaktadır. Mülki Mecellenin söz konusu 23/f.1 maddesinde açıkça ve özel olarak kişinin ölümünden sonra da onun yakınları tarafından şeref haysiyetin hukuken korunmasının talep edilebileceği belirtilmiş bulunmaktadır. Böyle düzenlemeye yer veren yasada şeref ve haysiyeti kaba bir şekilde ihlal edilen ve bu nedenle ağır manevi zarar gören kişi mahkemede manevi tazminat davası açtıktan sonra henüz nihai karar verilmeden ölmesi halinde onun yakınlarının devam ettiremeyeceklerini kabul etmek, açıkça adalete aykırılık oluşturmakta ve ciddi çelişkiye neden olmaktadır⁵⁴⁵.

C) Azerbaycan Hukukunda Kişilik Hakkı ile ilgili Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

Azerbaycan hukukunda kişiliğin bir bütün olarak ele alınıp korunmasını sağlayan bir kişilik hakkı mevcut değildir. Türk ve İsviçre hukuklarından farklı olarak, kişilik genel bir hak kapsamında değil, kişiliğe dahil olan değerler bireysel olarak ele alınmış ve ayrı ayrı düzenlemelerle koruma altına alınmıştır. Kişilik, kişiliğe dahil değerler üzerinde kişilere hâkimiyet sağlanarak bireysel olarak teminat altına alınmıştır. Kişilik hakkına dahil değerlerden olan şeref ve haysiyet kişinin insan olması nedeniyle sahip olduğu değerlerin bütünüdür. Ferdin insan olarak taşıdığı özelliklerin ve değerlerin zarar görmesine neden olan her türlü fiil şeref ve haysiyetin ihlalini oluşturur.

⁵⁴⁵ İSMAYILLI, s. 273.

Azerbaycan hukukunda kişilik hakları yasal açıdan gereken düzenlenme altına alınmamıştır. Halbuki, yasal açıdan bireysel olarak ele alınan “kişilik hakları” geniş bir şekilde himaye altına alınmış olsa bile her zaman etkili bir korunma temin etmesi için yeterli değildir. Günümüzde kişilik haklarının çok yönlülüğü, ilimde ve iletişim teknolojilerindeki hızlı gelişim yeni kişilik haklarının ihlali durumlarının ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu yönüyle, münferit kişilik haklarına ilişkin düzenlemelerin yanı sıra, tanımı yasal olarak yapılmış genel bir kişilik hakına yer verilmesi mevzuat açısından bireylere daha etkili bir koruma sağlayacağı düşünülebilir.

Kişilik haklarının ihlali zamanı aynı anda kişinin malvarlığında azalmaya, Yani maddi zarara neden olabilir. Bu durumda kişilik haklarının ihlali sonucu oluşan maddi zararlara ilişkin tazminat davasının açılabilmesi için haksız fiil şartlarının gerçekleşmesi gerekir⁵⁴⁶. Mülki Mecellenin 1097.maddesi uyarınca hukuka aykırı bir fiilin işlenmiş olması, hukuka aykırı olan bu fiilin maddi zararın ortaya çıkmasına neden olması ve bu zarar ile neden arasında uygun bir illiyet bağının bulunmuş olmasıdır.

Azerbaycan Mülki Mecellesinde manevi zararın ödenmesi ile ilgili bir düzenleme yoktur. Bu nedenle Azerbaycan Anayasasının, Azerbaycan Cumhuriyetinin taraf olduğu uluslararası konvansiyonların, bu konuda Anayasa Mahkemesinin Mülki Mecellenin 21 ve 23. maddelerinin yorumlanmasına dair 31Mayıs 2002 tarihli kararı ve Âli Mahkemenin “Manevi zararın ödenmesi konusunda düzenlemelerin mahkemelerce uygulanması tecrübesi hakkında” 3 Kasım 2008 tarihli İçtihadı Birleştirme kararı esas alınarak manevi zarar varlığı ve manevi zararlarla ilgili ödenecek tazminat tutarı belirlenmektedir.

Âli Mahkemenin 3 Kasım 2008 tarihli İçtihadı Birleştirme kararında manevi zarara göre tazminatın hesaplanmasında diğer etkenler yanında failin kusurunun ağırlık derecesinin de esas alınması tavsiye edilmiştir. Oysa manevi zararın ortaya çıkma nedenlerine ve özelliklerine bakıldığında zarar ile kusur arasında her zaman uygun bir illiyet bağının olmadığı görülüyor. Bu nedenle manevi tazminatla ilgili tutarın belirlenmesinde de kusurun ağırlığından ziyade, manevi zararın ağırlığına daha fazla önem verilmelidir. Kusurun ağırlık derecesinin ek bir unsur olarak değerlendirilmesi düşünülebilir.

⁵⁴⁶ İSMAYILLI, s. 274.

Âli Mahkemenin 3 Kasım 2008 tarihli İçtihadı Birleştirme kararında Azerbaycan Medeni Usul Kanununun 261.0.7 maddesine atıfta bulunarak, manevi tazminatın talep hakkının şahsa bağlı hak olmasından hareketle manevi tazminat talebinin devir edilemeyeceği ve dava açıldıktan sonra, henüz mahkeme karar vermezden evvel davacının ölmesi durumunda manevi tazminat davasının düşeceği, bu davaya son verileceği görüşü benimsenmiştir⁵⁴⁷. Bu görüşün konunun yapısına, günümüz koşullarına, hukukun temel işlev ve koşullarının başında gelen adalet anlayışına aykırı olduğu ve teorik temellerle bağdaşmadığı düşünülebilir. İster taraflar arasındaki menfaat muvazenesi ilkesi isterse de manevi tazminat talebiyle bağlı hakkın öngörülmesi amacı dikkate alındığında manevi tazminat talep hakkı da hak sahibi tarafından kullanılmasına karar verildikten sonra manevi tazminat hakkı şahsa bağlı olmaktan çıkar. Manevi tazminat hakkı bir talep hakkı olarak ileri sürüldüğü andan itibaren niteliği değişir, manevi tazminat bir talep olarak ileri sürüldüğü andan itibaren şahısvarlığı hakkı olma niteliğinden çıkıp malvarlığı hakkına dönüşür. Dolayısıyla bu andan itibaren malvarlığı hakkı gibi manevi tazminat talebi de başkalarına devir edebilir ve miras yoluyla külli haleflere geçebilir⁵⁴⁸.

§ 10. AZERBAJYCAN AİLE HUKUKUNDA MANEVİ TAZMİNAT

I. Genel Olarak

Bilindiği gibi Azerbaycan hukukunda teori ve uygulama açısından manevi zarar ve manevi tazminat konularının düzenlenmesine ihtiyaç vardır. Türk hukuk sisteminden farklı olarak Azerbaycan hukuk sisteminde Anayasa başta olmak üzere çeşitli yasalarda kişiliğin korunması ilgili düzenlemeler vardır. Bilindiği üzere kişilik hakları içerisinde ferden hayat ve sıhhati, vücut bütünlüğü özel bir önemi haizdir. Manevi tazminat da kişinin kişilik değerlerinde oluşan eksilmeni giderme amacı taşımaktadır. Maalesef ki, Azerbaycan aile hukukunda kişilik değerlerine saldırı sonucu oluşacak manevi zararı giderme ile ilgili düzenlemelere yer

⁵⁴⁷<http://supremecourt.gov.az/post/view/165>

⁵⁴⁸ Türk Medeni Kanununda manevi tazminat istemleri 25. maddede de düzenlenmiştir. 25/4 'e göre " manevi tazminat istemi karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez. Maddeden anlaşılıyor ki, karşı taraf manevi tazminat talebini kabul etmişse bunun sağlararası bir işlemle devredilmesi mümkündür. Yani mirasçılara geçmesi için karşı tarafın kabul etmesine gerek yoktur, sadece zarargören mirasbırakanın ölmeyen önce talep etmiş olması yeterlidir. Talep dava açılarak ve dava açılmadan bile diledile getirilmiş olabilir

verilmemiştir. Bildiğimiz gibi Türk aile hukukunda nişanlanma, boşanma ve babalık davaları ayrıca düzenlenmiş ve bu durumlarda manevi tazminatın talep edileceği haller incelenmiştir. Aşağıda Azerbaycan aile hukukundaki durumu değerlendirilmiştir.

A) Nişanlanmadan Doğan Manevi Tazminat

Bildiğimiz gibi toplumun sosyal yapısında etkin bir müessese olan nişanlanma, toplumun temeli olan ailenin kurulmasında ilk adımı oluşturmaktadır. Türklerde evlilik bağının kurulmasından önce, nişanlanmanın yapılması 6.yüzyıldan beri geçerlidir⁵⁴⁹. Sadece Türk hukuk sistemi değil dünyanın bir çok ülkeleri hukuk sistemlerinde nişanlamaya yer vermiştir⁵⁵⁰. Nişanlanma kurumu Roma Cermen Hukuklarında olduğu gibi Kilise hukukunda da mevcuttu⁵⁵¹. Türk Medeni Kanununun 18-23. maddelerinde nişanlanma ile ilgili düzenlemelerin olmasına rağmen Azerbaycan hukuk sisteminde nişanlanma ile ilgili yasalarda hiç bir düzenleme getirilmemiştir. Yani Azerbaycan hukuk sistemi nişanlamaya yer vermemiştir. Nişanlanma aslında hukuk tarafından yaratılan bir kurum değildir. Ancak nişanlanma, yalnızca, manevi-ahlaki değeri olan toplumsal bir olay olmayıp bunun yanında Medeni Kanun'da düzenlenmiş olmasından dolayı hukuki boyutu da olan bir kurumdur. Nişanlanma ile taraflar belirli haklara sahip oldukları gibi yükümlülük altına da girmektedirler. Taraflar nişanlanmadan doğan yükümlülüklerine uymadıkları takdirde, bazı yaptırımlarla karşılaşmaktadırlar. Nişanlanma sözleşmesinin meydana gelmesinde, örf ve adetin yeterli olmadığı durumlarda, hukuk kuralları duruma müdahale eder; buna karşılık kanun koyucu nişanın sona ermesine ilişkin olarak, birtakım hüküm ve neticeler öngörmeyi gerekli bulmuştur. Bilindiği gibi Azerbaycan, ahlâk, görgü, örf ve adet kuralları bakımından Türkiye ile hemen hemen aynıdır. Yukarıda söylediğimiz gibi nişanın meydana gelmesinde ahlak, adet ve görgü kuralları önemli rola sahiptir. Nişanlanmanın Azerbaycan toplumunda önemini dikkata alarak Türk hukuk sisteminde olduğu gibi Azerbaycan hukukunda da nişanlanmanın düzenlenmesinin, yasalarda olan boşlukların ortadan kaldırılmasında ve nişanlanma sonucunda oluşan hukuki sıkıntıların giderilmesinde

⁵⁴⁹ **HIFZI** Timur, Eski Örfi Hukukumuzda Nişanlanma ve Kalım müessesesi Ebül'ula Mardin'e Armağan, s. 1139, İstanbul 1944.

⁵⁵⁰ İtalya, İsviçre ve Alman Medeni Kanunlarında nişanlanma düzenlenmiştir. **OĞUZOĞLU**, s. 10.

⁵⁵¹ **SAYMEN/ ELBİR**, s. 39; **OĞUZOĞLU**, s. 11.

fayda saylayacağı düşünülebilir. Nişanlanma sözleşmesinin kurulması ve sona ermesi Türk hukukunda düzenlenmiştir. Konumuz açısından bakılırsa nişanlanma sözleşmesinin sonra ermesi durumunda bir takım hukuki sonuçlar meydana gelecektir. Yukarıda belirttiğimiz gibi Türk hukukunda sona ermenin hukuki sonuçları hediyelerin geri verilmesi ve tazminat olmak üzere iki ayrı başlık altında toplanmıştır. Tezimizin nişanlanmadan doğan manevi tazminat kısmında ayrıntılı olarak tazminatın talep edilebileceği durumlar incelenmiştir. Türk hukukundaki düzenlemelerin Azerbaycan hukukunda da kabul görmesi nişanlanma konusundaki hukuki sorunların çözülmesinde fayda sağlayacağı düşünülebilir.

B) Boşanmadan Doğan Manevi Tazminat

Evlilik birliğinin sürekli olması herkes tarafından arzu edilir⁵⁵². Türk ve Azerbaycan hukuk sistemlerinde belirli süreliğine evlenmek kanunen mümkün değildir. Her ne kadar istenmeyen bir sonuç olsa da, hem Türk hem de Azerbaycan hukuk sistemlerinde boşanma kabul edilmiştir. Boşanma eşler hayattayken evlilik birliğini sona erdiren sebeplerdendir.

Azerbaycan Aile Kanununda evlilik birliğini sona erdiren diğer sebepler “Nikahın Sona Ermesi başlıklı 4. bölümde” incelenmiştir. Bunlar; eşlerden birinin mahkemece gaipliğine karar verilmesi, eşlerden birinin mahkeme tarafından tam ehliyetsiz ilan edilmesi, eşlerden birinin suç işlemeğe göre en az 3 yıllık hapis cezası alması halleridir. Eşlerin karşılıklı olarak anlaşması ile boşanma da mümkündür.Boşanma Azerbaycan Medeni Kanunu ve Aile Kanununda incelenmemiştir. Azerbaycan hukukunda teorik olarak da boşanma ile ilgili ayrıntılı bilgi yoktur.Türk hukuk sisteminde, genel ve özel boşanma sebepleri ve bunlardan doğan manevi tazminat konuları ile ilgili ayrıntılı düzenlemeler olmasına rağmen Azerbaycan hukuk sisteminde bu konulara değinilmemiştir. Türk Medeni Kanunun'da 161-166. maddelerde boşanma sebepleri düzenlenmiştir. Bunlar; zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, terk, akıl hastalığı, evlilik birliğinin sarsılması, eşlerin anlaşması ve ortak hayatın yeniden kurulamamasıdır. Azerbaycan hukukunda ise böyle bir ayrıntılı düzenlemeye ne Azerbaycan Medeni Kanununda ne de Aile Kanununda rastlanmamaktadır. Boşanma ile ilgili Azerbaycan kanunlarında olan boşluklar çok açık ve nettir. Bu boşlukların ortadan kaldırılması evlilik birliğinin sona ermesi zamanı ortaya çıkacak sorunları çözmekte

⁵⁵²AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 9; KÖPRÜLÜ/ KANETİ, s. 5.

faydalı olacaktır. Özellikle manevi tazminat konusunda Azerbaycan hukukunda boşluklar vardır. Boşanmadan doğan manevi zararların tazmininin giderilmesi için Azerbaycan hukukunda da bu konuda olan boşlukların ortadan kaldırılmasına ihtiyaç vardır. Bu konuda Türk hukuk sistemindeki düzenlemelerin Azerbaycan hukuku için de yarar sağlayacağı düşünülebilir.

C) Babalık Davasından Doğan Manevi Tazminat

Babalık davası, evlilik dışında doğan çocuğun babası babalığını inkar ettiği takdirde ana veya çocuk tarafından açılan davadır⁵⁵³. Türk Medeni Kanununda Tanıma ve Babalık Hükmü başlığı altında babalık davası ile ilgili düzenlemeler yer almıştır. Azerbaycan Aile Kanununda da mahkemece babalığın ve babalığın tanınmasının belirlenmesi başlıklı 45. maddesi gereğince; “Çocuk aralarında nikah olmayan kişilerden doğduğunda ebeveynlerin ortak dilekçesi veya çocuğun babasının dilekçesi değilse, babalık, çocuğun ebeveynlerinden birinin, çocuğun kayyımının, çocuğu besleyen yahut çocuk ergenlik yaşına geldiği zaman, kendisinin dilekçesi üzerine mahkeme kararı ile belirlenir. Bu durumda mahkeme çocuğun somut şahıstan üremesi ile ilgili herhangi bir kanıtın geçersizliğini dikkate alabilir”. Maddeden anlaşıldığı gibi Azerbaycan hukukunda tanıma ve babalık hükmü Türk hukukundan farklı olarak aynı başlık altında icelenmiştir. Dava açma hakkı, baba, ana ve çocuğa tanınmıştır. Çocuk ergenlik yaşına gelmemişse çocuk adına davayı kayyımı açacaktır. Ergenlik yaşına gelmiş çocuğun kendisi dilekçe ile mahkemeye başvuru yapabilir. Yetişkinlik yaşına gelmiş şahsın babalığının belirlenmesine yalnız onun kendi rızası ile, ayırt etme gücüne sahip olmayan ilan edildikte ise onun kayyımı veya ilgili yönetim organının rızası ile yapılır. Babalığın belirlenmesi Azerbaycan Aile Kanununda sadece bir maddede düzenlenmiştir. Nişanlanma ve boşanmada olduğu gibi babalık davasında da maddi ve manevi tazminata ilişkin düzenlemelere yer verilmemiştir. Azerbaycan hukukunda babalık davası ile ilgili daha ayrıntılı bir düzenlenmeye ihtiyaç vardır.

III. Değerlendirme

Türk Hukuk sisteminden farklı olarak Azerbaycan Hukukunda aile hukuku ile ilgili düzenlemeler Azerbaycan Aile Kanununda yer almıştır. Ancak bu kanundaki düzenlemeler Türk hukuk sisteminden farklı olarak konumuz açısından önemli olan boşanma nişanlanma ve babalık

⁵⁵³VELİDEDEOĞLU, s. 328; OĞUZMAN/DURAL, s. 336

davası konularını ayrıntılı olarak kapsamamaktadır. İlk olarak şunu belirtim ki, nişanlanma hukuki açıdan Azerbaycan hukuk sistemi için yeni konudur ve yasalarda bununla ilgili düzenlemelere rastlanmamaktadır. Yani Azerbaycan Hukuk sistemi Türk Hukuk sisteminden farklı olarak nişanlanmanı kabul etmemiştir. Boşanma konusu ise, Azerbaycan hukuk sisteminde kavram olarak incelenmemiştir. Aile Kanununda Türk hukuk sisteminden farklı olarak boşanma ile ilgili düzenlemelere rastlanmamaktadır. Sadece Aile Kanundaki “nikahın sona ermesi” başlıklı 4. bölümde evlilik birliğinin sona erme nedenleri ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Babalık davası açısından da durum aynıdır, düzenlemeler konuyu tam kapsamamıştır.

Genel olarak Azerbaycan Hukukunda manevi zarar ve manevi tazminat ile ilgili düzenlemelere yer verilmemiştir. Bu boşlukların nedeni, Azerbaycan hukuk sisteminin daha yeni yeni şekillenmekte olmasıdır. Manevi zarar, manevi tazminatın hukuk sistemimiz tarafından kabul edilip ayrıntılı şekilde düzenlenmemesi hukuki açıdan bir takım zorluklar çıkarır. Manevi tazminat ve manevi zarar konusunda hem uygulamada hem de teoride büyük eksiklikler vardır. Bu eksikliklerin Azerbaycan hukuk sisteminde giderilmesi yönünde Türk hukuk sistemindeki düzenlemelerin fayda saylayacağı düşünülebilir. Boşanma, nişanlanma gibi önemli konuların kanunlarımızda düzenlenmesine ihtiyaç vardır.

SONUÇ

Zarar kavramı ne Azerbaycan Hukukunda ne Türk Hukukunda tanımlanmamıştır. Hukukta dar anlamda zarar kavramı ile, bir kişinin hukuka aykırı bir fiil ile meydana gelen azalma ile ifade edilmiş, geniş anlamda zararda ise malvarlığında meydana gelen azalma ile şahıs varlığında meydana gelen kayıplar da zarar olarak kabul edilmiştir.

Manevi tazminatla ilgili benimsenecek olan görüşün kabul edilmesi, manevi tazminat miktarının tespit olunmasında etkili olacaktır. Ceza görüşünün kabulü durumunda manevi tazminat miktarının yüksek olacağını söylenebilir. Sosyal yardım görüşünün kabulü durumunda ise, benzer olay sonrasında maddi durumu zayıf olan bir kişi için hükm edilen manevi tazminat miktarı ile, sosyal durumu iyi olan bir kişi için manevi tazminat miktarının farklı olacağı açıktır. Manevi tazminat miktarının belirlenmesinde ayrıca zararın ağırlığı zarar verenin ve zarar görenin kusur, sosyal ekonomik durumlar, kişinin eğilimleri, taraflar arasındaki yakınlık, zarara sebep olan olaylar göz önüne alınmalıdır. Türk Hukukunda manevi tazminatı genel olarak düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 58.maddesi yanında, Türk Medeni Kanununun 174/2 maddesi ile özel hükümlerle de düzenlemeler de getirilmiştir.

Türk Aile hukukunda Nişanın bozulması, Boşanma ve Babalık davaları konusu ayrıca düzenlenmiştir. Azerbaycan Hukukunda ise Türk hukukundan farklı olarak nişanlanma ve babalık davası ile ilgili düzenlemeler yoktur. Genel olarak Azerbaycan hukukunda manevi tazminat ve manevi zarar anlayışları yeni kavramlardır. Uygulamada da Aile hukuku ile ilgili davalarda da manevi tazminatla alakalı mahkeme kararı bile yoktur.

Türk Hukukunda MK.m.121 nişanın bozulmasından dolayı manevi tazminat istenebileceği kabul edilmiştir. MK.m.121 de yer alan manevi tazminatın kabulü için, nişanı bozan tarafın kusurlu olması, tazminat isteyen nişanlının kusursuz olması ve kusursuz nişanlının kişilik hakkının çiğnenmiş olması şartları aranmaktadır. Nişanlanmanın hukukî niteliği, bize göre aile hukukuna özgüsözleşmedir. Nişanlanma ile gelecekte bir evlenmenin yapılacağı vaadedilmektedir. Nişanlanma sözleşmesinin hukukî sonuçları, sözleşmenin bu özel niteliğinden ortaya çıkar ve sözleşmelerle ilgili genel hükümler nişanlanma sözleşmesine de uygulanır. Bu uygulama, nişanlanmanın özellikleri ve borçlar hukuku hükümlerinin aile hukukuna ait bir sözleşmeye uygulanması imkânı ile sınırlıdır. TMK.m.121'in metninden hâkimin

manevi tazminat davasının şartları varsa, sadece paraya hükmedebileceği açıkça anlaşılmakta ve aynı maddenin gerekçesinde ise, manevi tazminatın para dışındaki diğer şekillerine yer verilmediği belirtilmektedir. Buna rağmen hâkimin uygun gördüğü takdirde para dışında bir manevi tazminata (örneğin, mahkeme kararıyla kınama, kınama kararının ilânı, özür dileme vb) hükmedilebilir.

Kişiyi sıkı biçimde bağli bir hak olan manevi tazminat davasının mirasçılara geçtiği istisnai durumları düzenleyen kanun koyucu bakımından önemli olan, tazminat borçlusunun, nişanın bozulmasına kendi kusuruyla sebep olduğunu kabul etmesi veya manevi tazminat davası açma hakkının, hak sahibi tarafından sağlığında kullanılmış olmasıdır. Bu nedenle, kanun koyucunun, tazminat borçlusunun, borcunu ikrar ederken, ileride kendisine karşı açılacak dava sonucunda, mahkeme kararıyla belirlenecek tazminat miktarında belirtmek suretiyle borç ikrarında bulunmasını zorunlu kılmak istediği kabul edilemez. Bu nedenle, tazminat borçlusunun, nişanın bozulmasına nedeniyle manevi tazminat ödemeyi kabul etmiş olması, dava hakkının, mirasçılara geçmesi için yeterli sayılabilir.

Boşanma davasında da Medeni Kanunun 174/f.2 dayanarak manevi tazminat isteminde bulunulabilir. Bunun için, boşanmaya karar verilmiş olması, davalının kusurlu olması, davacının kusursuz veya daha az kusurlu olması, davacının kişilik haklarının ihlal edilmesi şartları aranmaktadır. Manevi tazminat boşanma davası ile birlikte veya ayrı bir dava olarak talep edilebilir. Boşanmaya Medeni Kanunun 161-166 maddelerinde düzenlenen sebeplerin varlığı halinde hükmedilir. Boşanma sebebinin birinin gerçekleşmesi ve aynı zamanda bu sebebin kişilik hakına saldırı oluşturması, manevi tazminat talebinde bulunulması için yeterlidir.

Manevi tazminat boşanma davası ile istenebileceği gibi boşanma davasından ayrı bir dava ile de istenebilir. Ancak, boşanmanın fer'i niteliğinde olan manevi tazminatı isteyebilmek için TMK. 178 gereği özel bir zamanaşımı süresi öngörülmekte, boşanma hükmünün kesinleşmesinden itibaren 1 yıl içinde istenebilmesi gerekmektedir.

Babalık davası sonucunda manevi tazminat talebi isteminde ise durum nişanlanma ve boşanma davasına göre farklıdır. Babalık davasında davalı taraf her zaman babadır. Davacı ise ana ve çocuktur. Eski Medeni Kanunda babalık davası sonucu manevi tazminatın şartları belirlenmişse de yeni Medeni Kanunda sınırlayıcı bir hüküm getirilmemiştir. Ana ve çocuk

Borçlar Kanununun m.58 ve Medeni kanununun 25.maddelerine dayanarak manevi tazminat isteminde bulunabilecekler.

Azerbaycan Mülki Mecellesinde manevi zararın ödenmesi ilgili olarak herhangi bir düzenlenmeye yer verilmemiştir. Bu yüzden, Azerbaycan Anayasasının, Azerbaycan Cumhuriyetinin taraf olduğu uluslararası konvansiyonların, bu konuda Azerbaycan Anayasa Mahkemesinin “Mülki Mecellenin 21 ve 23.maddelerinin yorumlanmasına dair” 31 Mayıs 2002 tarihli kararı ve Azerbaycan Ali mahkemesinin “Manevi Zararın Ödenilmesi Konusunda Düzenlemelerin Mahkemelerce Uygulanması Tecrübesi Hakkında” 3 Kasım 2008 tarihli İçtihadı Birleştirme kararı esas alınarak manevi zarar varlığı ve manevi zararlarla ilgili ödenecek tazminat tutarı belirlenecektir. Kararda manevi zarara göre tazminatın hesaplanmasında diğer etkenlerle yanında failin kusurunun ağırlık derecesi esas alınması tavsiye edilmiştir. Kanaatimizce burada kusurun ağırlığından ziyade, manevi zararın ağırlığına daha fazla önem verilmesi gerekir. Kararda manevi tazminatın şahsa bağlı hak olmasından hareketle, manevi tazminat talebinin temlik edilmeyeceği ve dava açıldıktan sonra mahkeme nihai karar vermezden evvel davacının ölmesi durumunda manevi tazminat davasının düşeceği bu davaya son verileceği görüşü benimsenmiştir. Bu görüşün günümüzün koşullarına ve hukukun temel amaç ve ilkelerine aykırı olduğu düşünülebilir. İster taraflar arasındaki menfaat muvazenesi ilkesi ve isterse de manevi tazminat talebiyle bağlı hakkın öngörülmesi amacı dikkate alındığında manevi tazminat talep hakkı da sahibi tarafından kullanılmasına karar verildikten sonra manevi tazminat hakkı şahsa bağlı olmaktan çıkar.

Türkiye Hukuk sisteminden farklı olarak Azerbaycan Medeni Hukuk sistemi, özellikle de Medeni Hukukun bir dalı olan Aile hukukunda manevi tazminat konusunda açık boşlukların olduğunu vardır. Azerbaycanda Medeni Hukukun ve genellikle hukuk sisteminin yeni olduğu dikkate alsak bu sorunların zamanla giderileceği düşüncesindeyim. Özellikle Medeni Hukuk sistemimizdeki boşlukların kısa zaman içerisinde ortadan kaldırılması ve manevi tazminat müessesinin daha detaylı incelenmesi hukukumuz açısından bazı sorunların çözülmesine fayda sağlayacağı düşünülebilir. Bu konuda Türkiye hukuk sistemi de Azerbaycan hukuku için boşlukların doldurulmasında fayda sağlayabilir.

KAYNAKÇA*

ABDULKERİM, Yıldırım: Türk Aile Hukuku, Ankara 2014.

AKINCI, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Konya 2017.

AKINTÜRK, Turgut/ **KARAMAN**, Derya, Ateş: Aile Hukuku 2.Cilt, 17.Bası, İstanbul 2015.

AKINTÜRK, Turgut: Türk Medeni Hukuku, Yeni Türk Medeni Kanununa Uyarlanmış Aile Hukuku, C.2, İstanbul. 2004.

ANTALYA, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2.Bası, 2013 (Genel).

ANTALYA, O. Gökhan: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Gerekçeli ve Açıklamalı-4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, 3. Baskı, İstanbul 2013 (Kanun).

ANTALYA, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2.Bası, 2013 (Genel).

ARAL, Fahrettin: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 6.Bası Ankara 2006.

ARAT, Ayşe: “ 6098 sayılı Borçlar Kanunu Madde 58’e Göre Manevi Tazminatın Belirlenmesine 818 Sayılı Borçlar Kanununun M.49/II nin Kaldırılmasının Etkisi” EÜHFD, C.17, S. 3-4, 2013, s, 187-206.

ARPACI, Abdülkadir: Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler, İstanbul, 2000.

ATAAY, Aytekin: Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, 3.Bası, İstanbul 1981.

AYAN, Mehmet/ **AYAN** Nurşen: Kişiler Hukuku, 7.Bası, 2015.

AYAN, Mehmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.Bası, Konya 2012.

* Aynı yazarın birden fazla eserine ve aynı soyadı taşıyan farklı yazarlara yapılan atıfları ayırmak için belirlenen kısaltmalar, esserin sonunda parantez içinde verilmiştir.

- AYİTER**, Kudret: Roma Hukuku Dersleri, Aile hukuku, 2.Bası, İstanbul 1963
- BALKAYA**, Tuğba: Nişanlılık Hukuku ve Nişanlılıktaki Tazminat Davaları, İstanbul 2005.
- BAŞPINAR**, Murat: Boşanmanın Mali Sonuçları, Özellikle Maddi ve Manevi Tazminat, Yüksek Lisans Tezi İstanbul 2008.
- BELEN**, Herdem: Fikri Hukukta Manevi Haklar ve Manevi Tazminat Talebi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1996
- BELGESAY**, Mustafa Reşit: Türk Kanunu Medenisi Şerhi, Aile Hukuku, C.II Hısımlar-Velayet- Vesayet, B. 3, İstanbul 1952.
- BİLAL**, Köseoğlu/ **KOCAAĞA** Köksal: Aile Hukuku ve Uygulaması, 1.Bası, Ankara 2009.
- BİRSEN**, Kemaleddin: Medeni Hukuk Dersleri, Umumi Esaslar-Şahsın Hukuku Aile-Hukuku Miras-Hukuku, İstanbul 1963.
- BULUT**, Harun: Aile Hukukunda Maddi ve Manevi Tazminat Davaları, İstanbul, 2007 (Tazminat).
- BULUT**, Harun: Aile Hukukunda Boşanma Davaları ve Yabancı Unsurlu Davalar, İstanbul 2007 (Yabancı Unsur).
- BÜYÜKSAĞIŞ**, Erdem: Yeni Sosyo- Ekonomik Boyutlarla Maddi Zarar Kavramı, İstanbul 2007.
- CEMİLE**, Demir Gökyayla/ **ZİYA** Akıncı: Milletlerarası Aile Hukuku, Vedat Yayınevi, İstanbul 2010.
- ÇAKIRCA**, Seda, İrem: Yansıma Zararı, İstanbul 2012.
- ÇETİN**, Pınar: Manevi Tazminat Davasının Hukuki Niteliği ve Özellikle Tazminat Miktarının Belirlenmesi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007.

DEMİRCİOĞLU, H. Reyhan: Aldatılan Eş Tarafından Üçüncü Kişiyeye Yöneltilen Manevi Tazminat Taleplerinde Hukuka Aykırılık Unsuru, AÜHFD, C. 65, S. 3, 2016, s. 687-721.

DEMİRÇİYEVA, Mehebbet: Azerbaycan Cumhuriyetinin Aile Hukuku, Bakü 2008.

DURAL, Mustafa/ **ÖĞÜZ** Tufan/ **GÜMÜŞ** Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku, C. 3, İstanbul 2005.

ERDOĞMUŞ, Belgin: Roma Hukuku Dersleri, 2. Basım İstanbul 2006.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara 2014.

ERGÜN, Zafer: Boşanma Davaları, Ankara: Adalet Kitapevi, 2009.

ERLÜLE, Fulya: Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, 2. Baskı, Ankara 2015.

ERTAŞ, Şeref: Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tespiti, Prof. Dr İlhan Postacıoğluna Armağan, İstanbul 1990.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin: Aile Hukuku 3. Bası, İstanbul 1986

FRANKO, Nisim: Şeref ve Haysiyetde Tecavüzden Doğan Manevi Zararın Tazmini, Ankara 1973.

GENÇCAN, Ömer Uğur: Boşanma Hukuku, Ankara 2006.

GÖKCAN, Hasan, Tahsin, Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara 2003 (Tazminat Davaları).

GÖKCAN, Hasan, Tahsin: Haksız Fiil Hukuku, Maddi - Manevi Tazminat Davaları, Ankara 2008 (Maddi-Manevi)

GÖYÜŞOV, Rüfet: Medeni Hukuku, Özel Hükümler, Bakü 2012.

GÜLEÇ, Selma: Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması, 5. Baskı, Ankara 2008.

GÜRSOY, Kemal Tahir: Manevi Zarar ve Tazmini, AÜHFD, C. XXX, S. 1-4, 1973, s. 8-56.

HATEMİ, Hüseyin/ **SEROZAN**, Rona: Aile Hukuku, İstanbul 1993.

HAVUTÇU, Ayşe: Evlilik Birliğinin Temsili, Ankara 2006.

HELVACI, Serap/ **ERLÜLE**, Fulya: Medeni Hukuk, 2.Bası, İstanbul 2011.

İNAL, Nihat: Örnek Dilekçe ve Kararlarla Açıklamalı Aile Mahkemeleri Davaları, Ankara 2004.

İNAN, Ali, Naim/ **YÜCEL**, Özge: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Türk Borçlar Kanununa Göre Güncellenip Genişletilmiş 4.Bası, Ankara 2014.

İPEK, Ali, İhsan: Aile Hukukunda Genel Boşanma Sebepleri, 1.Bası, Ankara 2008.

İSMAYILLI, İsmayıl: Azerbaycan Hukukunda Kişilik Haklarının Korunması, MÜHFD, C.III, S. 2, 2014, s. 261-276.

KAÇAK, Nazif: Boşanma Davalarında Maddi ve Manevi Tazminat ile Yoksulluk Nafakası, 2.Bası, Ankara 2009.

KARAHASAN, Mustafa Reşit: Manevi Tazminat Hukuku, 6.Bası, İstanbul 2010 (Manevi Tazminat)

KARAHASAN, Mustafa Reşit: Terk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, Öğreti ve Yargıtay Kararları, İstanbul 2003 (Genel).

KARAYALÇIN, Yaşar: “ Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması” AÜHFD, C 19, S 1-4, 1962, s. 251-275.

KICALIOĞLU, Mustafa: “4721 sayılı Türk Medeni Kanununa Göre Boşanma Halinde Maddi ve Manevi Tazminat” ABD, 2002/2, s. 39-53.

KILIÇOĞLU, Ahmet Mihtat: Medeni Kanunumuzun Aile-Miras-Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler, Ankara 2004 (Yenilikler).

KILIÇOĞLU, Ahmet, Mithat: Aile Hukuku, Ankara 2015 (Aile).

KILIÇOĞLU, Ahmet, Mithat: “ Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği” ABD, C. IV, S.1, 1984, s. 15-21(Hukuki Nitelik)

KILIÇOĞLU, Ahmet, Mithat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18.Bası, Ankara 2014(Genel).

KILIÇOĞLU, Mustafa: Sorumluluk Hukuku, Sözleşme Dışı Sorumluluk, C.1 , Ankara 2002 (Sorumluluk).

KILIÇOĞLU, Mustafa: Tazminat Esasları ve Hesaplama Yöntemleri, Ankara 1998 (Yöntemler).

KILIÇOĞLU, Mustafa: Tazminat Hukuku, 3.Bası, İstanbul 2010 (Tazminat).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Ankara 1977.

KOÇ, Nevzat: Türk- İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi, İzmir 2002.

KÖPÜRLÜ Bülent/ **KANETİ** Selim: Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2.bası, İstanbul 1989.

KURU, Baki/**ARSLAN**, Ramazan/**YILMAZ**, Ejder: Medeni Usul Hukuku 23. Baskı, Ankara 2012.

NOMER, Haluk: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 12.Bası, İstanbul 2012 (Genel).

NOMER, Haluk: Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, 1.Bası, İstanbul 1996 (Maddi Tazminat).

OF, Emine, Serin: Boşanma Davalarında Manevi Tazminat, TAAD, C.3, S.10, 2012, s. 253-276.

OĞUZ, Tufan/ **GÜMÜŞ**, Alper: Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku C.3, İstanbul 2005.

OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ ÖZDEMİR-OKTAY, Saibe: Kişiler, Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler, 12.Bası, İstanbul 2012.

OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Güncellenip, Genişletilmiş, 10.Bası, İstanbul 2013.

OĞUZMAN, M. Kemal/ DURAL, Mustafa: Aile Hukuku, İstanbul 1998.

OLGAÇ, Senaî: İctihatlarla Türk Medeni Kanunu Şerhi, Ankara 1975.

ÖZDEMİR, Nevzat: Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul 2003.

ÖZEL, Çağlar: Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zararı ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler, AÜHFD, C.50, S. 1-4, 2001, s. 81-106.

ÖZSUNAY, Ergün: Çeşitli Hukuk Çevrelerinde Manevi Zarar Kavramı ve Manevi Zararın Giderimine İlişkin Çözümler, Selhattin Sulhi Tekinayın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s. 483-508 (Çözümler).

ÖZSUNAY, Ergün: Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 4.Bası, İstanbul 1979 (Gerçek Kişiler).

ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, 5.Bası, Ankara 2004 (Aile).

ÖZTAN, Bilge: Medeni Hukuk Temel Kavramları, 37.Bası, Ankara 2012. (Kavramlar).

PEKCANİTEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 112.Bası, Ankara 2011.

PELİN, Çavuşoğlu: Manevi Tazminat Kavramı ve Türk Hukukunda Ele Alınış Biçimi, Yüksek Lisans Tezi, 2001.

PETEK, Hasan: Terke Dayalı Boşanmada Manevi Tazminat, DEÜHF, C.12. S.2, 2010 s. 43-78.

RADO, Türkan: Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 2001.

SAFA, Reisoğlu: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23.Bası, Ankara 2014.

SAYMEN, Ferit, Hakkı/ **ELBİR**, Halid, Kemal: Manevi Zarar ve Tazmini Süreti, Doktora Tezi, İstanbul 1940. (Manevi Zarar).

SAYMEN, Ferit, Hakkı/ **ELBİR**, Halid, Kemal: Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul 1966 (Umumi).

SAYMEN, Ferit, Hakkı/ **ELBİR**, Halid, Kemal: Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, 2.Bası, İstanbul 1960 (Aile).

SEROZAN, Rona: “ Manevi Tazminat İstemine Değişik bir Yaklaşım” Haluk Tandoğanın Hatırasına Armağan, Ankara 1990.

ŞENYUVA, Ardahan, Hüsnü: Evlilik Birliğinin Hâkim Müdahalesi Yoluyla Korunması, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007.

TAHİROĞLU, Bülent, Roma Hukukunda İnuria, İstanbul 1969.

TAHİROĞLU, Bülent/ **ERDOĞMUŞ**, Belgin: Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş-Hukuk Tarihi- Genel Kavramlar, Usul Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2009 .

TANDOĞAN, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku(Akit İçi ve Akdi Mesuliyet), İstanbul 2010 (Mesuliyet).

TANDOĞAN, Haluk: Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963 (Zarar).

TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku C.I, Genel Hükümler 6.Bası, İstanbul 1976.

TURGUT, Uygur: Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, C.1, 2. Bası, Ankara 2003.

TUTUMLU, Mehmet Akif: Evliliğin Butlanı Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Ankara 2006.

UMUR, Ziya: Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Mehfumlar Hakların Himayesi, İstanbul 1982.

ÜNAL, Mehmet: Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü, AÜHFD, C.35, S 1-4, 1978, s. 397-437.

YAVUZ, Cevdet: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8.Bası, İstanbul 2010 (Özel).

YAVUZ, Nihat: Uygulamada Nişan Davaları, Ankara 1995 (Nişan).

YUSİFOV, Şükür: “Zarar Türü olarak Manevi Zararın Hukuki Düzenlenmesinin Sorunları” Bakü , 2014.

ZEVKLİLER, Aydın/ **HAVUTÇU**, Ayşe/ **ERTAŞ**, Şeref/ **GÜLPINAR**, Damla: Medeni Hukuk Temel Bilgiler, 7.Bası, Ankara 2012.

İnternet Kaynakları

<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/273/2474.pdf> E.T. 12.09.2016

<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/307/2942.pdf>E.T. 29.09.2016

<http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/6098-semp.pdf> E.T. 05.09.2016

<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1970-2/2.pdf>
E.T.16.09.2016

<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2001-1/4.pdf> E.T. 07.09.2016

<http://www.balkaya.av.tr/files/NHNTD.pdf> E.T. 10.09.2016

http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/33.sayi/10_13_30.pdf E.T. 02.09.2016

www.hukukkaynakları.com E.T. 19.08.2016

www.kazanci.com E.T. 25. 08.2016