

BOŞANMIŞ VEYA NİKÂHSIZ BİRLİKTELİK YAŞAYAN KADININ 4320 SAYILI KANUN KAPSAMINDA KORUNMASI

Eray KARİNCA*

ÖZET

Türk hukukunda, resmî evlilik dışı birlikteliklerdeki kadının eş şiddetinden korunması, mahkemelere başvurulacak kadar önemli ve sık rastlanan bir sorundur. Bu konuda ilk derece mahkemeleri arasında uygulama birliği olmadığı gibi Yargıtay'ın ilgili hukuk ve ceza dairelerinin kararları arasında da görüş birliği bulunmamaktadır.

Medeni Kanunun evli kadına, tek eşlilik, başta miras ve emeklilik hakkından yararlanmak gibi birtakım sosyal haklar olmak üzere, birçok üstünlük sağladığı tartışmasızdır. Aslında sorun, 4320 sayılı Yasadan nikâhsız birliktelik yaşayan kadının yararlanması halinde Medeni Kanunun, kadına resmi evlilikle sağladığı üstünlüklerin değersizleşip değersizleşmeyeceği noktasında düğümlenmektedir. Oysa koruma kararıyla, Medeni Kanun'un evli kadını koruyan niteliği çiğnenmemekte, nikâhsız kadın açısından boşluk yaratılmamaktadır. Yapılan, sadece binlerce yıldır kadın aleyhine sürüp gelen eş şiddetinden bir grup kadının daha korunmasını sağlamak, kapsamı genişletmektir. Ne yazık ki AİHM tarafından kadını aile içi şiddetten koruyamadığı için verilen ilk mahkûmiyet kararı Türkiye aleyhinedir. Kararın ardından gösterilen tepkiler, duygusal olup Türkiye'nin bu alanda çok yol aldığı ve kararın haksız olduğu biçimindedir. Oysa karar dikkatli okunduğunda Türkiye'nin kadını etkili biçimde koruyamadığı için cezalandırıldığı görülecektir. Öte yandan AİHM kararları bağlayıcı olduğu için mahkemenin özellikle konumuza ilişkin ve ülkemiz hakkındaki kararlarının bilinmesinde yarar vardır.

Anahtar Kelimeler: Kadının korunması, boşanan ya da resmi evlilik dışı birliktelik yaşayan kadının korunması, Kadına yönelik aile içi şiddet, 4320 sayılı Kanun.

*

GİRİŞ

Kadına yönelik olumsuz ayrımcılığın en etkili aracı olan aile içinde kadına uygulanan şiddete göz yumulması, kadının güçlenmesi ve gelişmesinin önündeki en önemli engeldir.

Kadına uygulanan şiddet tarih boyunca sokakta yaşananlarla sınırlı görül-
müş; ancak fark edilmesiyle birlikte önemli bir insan hakkı ihlali olarak son on beş- yirmi yıl içinde dünya gündeminde başköşelere oturmuştur. Birleşmiş Milletler çerçevesinde, Kadınlara Yönelik Şiddetin Tasfiye-

* Ankara 8. Aile Mahkemesi Hâkimi.

sine İlişkin Bildirge² doğrudan aile içindeki kadına yönelik şiddeti irdelleyen ilk metindir. Ardından uluslar arası alandaki çalışmalar ve kazanımlar artarak sürmüştür.

Türkiye'de de imzalanan uluslararası sözleşmelere uygun olarak Anayasa'da, Medeni Kanun ve Türk Ceza Kanununda kadına yönelik ayrımcılığı ve şiddeti hoş gören maddeler büyük ölçüde ayıklanmış, yerlerine eşitliği sağlamaya yönelik maddeler konmuştur. Bu kararlılık, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin (TBMM) 25.6.2005 tarihli ve 853 sayılı Araştırma Kararındaki öneriler³ doğrultusunda, 2006/17 sayılı Başbakanlık Genelgesiyle de sürdürülmek istenmiştir. Hepsinde önemlisi, Ailenin Korunması Hakkındaki Kanunla devlet bu konuda sorumlu olduğunu kabul etmiştir.⁴ Bu yasadan sonra artık Türk hukukunda aile içi şiddet, özel ya da mahrem bir alan değildir.

Tüm bu gelişmelere karşın, kadını aile içi şiddetten koruma konusunda gazetelere yansıyan haberler iç açıcı değildir. Örneğin, kocası tarafından kulağı kesilen kadın, kırk gün sonra aynı kocaya verilmekte⁵ ya da küçük çocuklarına porno film seyrettirip bu filmlerde oynatmak isteyen babanın yaşadığı eve, çocuklar ve kadın, boşanma kararının ardından dönmek zorunda kalmaktadır.⁶ Buna, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Nahide Opuz-Türkiye Davası'nda kadının etkili korunmadığı gerekçesiyle verdiği mahkûmiyet kararını da eklediğimizde, ülkemizin kadını aile içi şiddetten korumak yerine, koruyor “muş” gibi yaptığı bile söylenebilir.⁷

Uygulamada önemli sorun alanlarından biri, resmi evlilik dışı birlikleliklerdeki, yani boşanmış veya nikâhsız olarak bir erkekle yaşayan kadının, eş şiddetinden korunmasına ilişkindir. Tartışma, öncelikle 4320 sayılı Yasanın adının, “Ailenin Korunması” olması nedeniyle aile kavra-

² Bildirge BM tarafından 20 Aralık 1993 tarihinde kabul edilmiştir.

³ Töre ve Namus Cinayetleri ile Kadınlara ve Çocuklara Yönelik Şiddetin Sebeplerinin Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Araştırma Komisyonu.

⁴ 14 Ocak 1998 tarihinde aile içi şiddete uğrayanların korunması amacıyla, 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun çıkarılmıştır.

⁵ Sabah Gazetesi, 2 Aralık 2009, s.1 ve 14.

⁶ Habertürk Gazetesi, “Diziye bırak bu babaya bak” (manşet haber) , 9 Ekim 2009, s.1.

⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 9 Haziran 2009 tarihli Nahide Opuz-Türkiye Davası, (Başvuru no: 33401/02)

mı üzerinden yürütülmektedir. Bu saptamadan hareketle önce aile tanımının irdelenmesi yerinde olacaktır. Bu ifadeye gerek olmayabilir.

I. AİLE KAVRAMI VE SINIRLARI

A. Ailenin Tanımı ve Medeni Kanundaki Çeşitleri

Hukuki olmaktan önce sosyolojik bir terim olan aile, sözlüklerde: “Aralarında evlilik ve kan bağı olan, koca, karı, çocuklar, kardeşler vb.nin oluşturduğu, toplum içindeki en küçük bütün”, “koca, karı ve çocuklardan oluşan topluluk”, “özdeş soydan gelen, evlilikle genişleyen kimseler zinciri; aralarında kandaşlık ve hısımlık bulunan kimselerin tümü” ve “aynı evde oturan hısımlık ve yakınların oluşturduğu bütün”⁸ şeklinde tanımlanmıştır.

Medeni Kanununun 134. maddesi ve devamında ise evlenmenin şekil şartları düzenlenmiştir. Buna göre; “Birbiriyle evlenecek erkek ve kadın, içlerinden birinin oturduğu yer evlendirme memuruna birlikte başvururlar. Evlendirme memuru, belediye bulunan yerlerde belediye başkanı veya görevlendireceği memur, köylerde muhtardır.”

Buna dayanılarak öğretilde: “Evlenme, yetkili evlendirme memuru önünde yapılmamışsa, evlenme yoktur”⁹ denilmektedir. Ancak Medeni Kanun aslında net bir aile tanımı vermemekte, ele alınan konuya göre aile ilişkisini dar ya da geniş olarak belirlemekte ve resmi evlilikle sınırlamamaktadır. Yasa, “Evlilik Hukuku” kısmında aileyi eşler olarak algılayan, velayete ilişkin düzenlemelerinde ise ailenin ana baba ve çocuklardan oluştuğunu kabul etmiştir. Buna karşın “Ev Düzeni” başlığı altındaki 367. maddesinde ise, aile kavramını çok geniş olarak belirlemiştir. Buradaki tanıma göre, ana baba ve çocuklar dışında, onlarla kan bağıyla veya evlilik bağıyla bağlı olan akrabalar yanında, işçi, bahçıvan, hizmetçi gibi kişiler, bir sözleşme ilişkisi içinde bunlarla bir arada yaşıyorlarsa aile kavramı içindedir.

Öyleyse, ailenin konuya göre dar ya da geniş olarak belirlenmesini, ailenin süreç içindeki değişimini sezen yasa koyucunun uzak görüşlülüğü olarak değerlendirmek de olanaklıdır. Öğretilde de: “...Aile sanki ya-

⁸ PÜSKÜLLÜOĞLU, Ali; **Türkçe Sözlük**, Yapı Kredi Yayınları, 1. baskı, İstanbul, Ekim 1995.

⁹ ÖZTAN, Bilge; **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, Turhan Kitapevi, 9. Bası, Ankara, 2002, s. 389.

şayan bir canlıdır ve kavram zaman ile zemine göre değişiklik göstermektedir.”¹⁰ denilmiştir.

Nitekim, İsviçre Medeni Hukukçularından yapılan alıntılarda da ‘aile’ ve ‘aile yararı’ kavramının belirsizliği ve tanımlanmasındaki güçlükler gözetilerek: “Bu kavramın yorumunda hâkimlerin serbestisi hemen hemen tamdır. ‘Hemen hemen diyoruz, zira onların kararlarını gerekçelendirme ödevleri vardır ve bu ödevleri aracılığıyla bir sınır ortaya çıkmaktadır”¹¹ denilmektedir.

Bu saptamalar ışığında ortada geçerli bir aile tanımı olmadığı için, ‘resmî değilse yapılan evlilik yoktur’ önermesinin, kadınların şiddetten korunması söz konusu olduğunda yumuşatılması zorunluluktur. Boşanma halinde ve yakın yaşam arkadaşılığında da aile içi şiddetin önlenmesi için bir başvuru yapılmışsa, bu durumda kanunda boşluk olduğu kabul edilmeli ve hâkim tarafından TMK, 1. maddesinin 2. fıkrası kapsamında kadınların güvenlik içinde yaşama haklarının korunması amacıyla yorumlanarak bu boşluk doldurulmalıdır.”¹²

Bu açıklamalar göstermektedir ki, Medeni Kanun uyarınca aile kavramı, incelenen somut olaya göre gerektiğinde yargıç tarafından somutlaştırılmalıdır.

B. 4320 sayılı Yasadaki Aile Kavramının Sınırları

Gerekçesinden aile içinde kadına yönelik şiddeti önlemek için çıkarıldığı anlaşılan 4320 sayılı yasada aileye ilişkin bir tanım yoktur. Kanun’un 1. maddesindeki, “... Veya evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan ...” biçimindeki söz diziliminden, yasanın nikâhsız birliktelikleri korumadığı sonucu çıkmamalıdır. Yasanın amacı gözetildiğinde böyle bir ayrımın öngörülmediği, böyle bir kısıtlamanın sözel olarak da yasada yer almadığı görülecektir.

¹⁰ KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz, “*Aile Ve Aile Yararı*”, **Türk Medeni Kanunu’nun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum**, Editörler, A.Lâle Sirmen, Çiğdem Kırca, Vedat Buz, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s.57.

¹¹ a.y., dn. 8, s.62.

¹² KARİNCA, Eray, *Kadına Yönelik Aile İçi Şiddete İlişkin Hukuksal Durum ve Uygulama Örnekleri*, Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Yayını, Aralık 2008, s. 44. (Birleşmiş Milletler Nüfus Fonu ve Avrupa Birliği’nin desteği kapsamındaki eğitim çalışmasında materyal olarak yazılmıştır.)

Öğretide de “Kanun, sözüyle ve özüyle (lafzıyla ve ruhuyla) değindiği bütün konularda uygulanır (TMK m.1). Nitekim Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu’nun 52. oturumunda, özel raportör Radhika Coomaraswamy tarafından hazırlanıp 2.2.1996 da sunulan, “Aile İçi Şiddete İlişkin Çerçeve Mevzuatı” kapsamına; karılar, birlikte yaşayan çiftler, eski karılar veya eşler, kız arkadaşlar, kadın akrabalar, ve evde çalışan hizmetlilerin girmesi gerektiği belirtilmiştir.¹³ Aynı belgede devletlerden, aile içi şiddetin meydana geldiği ilişkilerin mümkün olan en geniş tanımlarını kabul etmeleri istenmektedir. Bu yüzden kanaatimce aralarında nikâh akdi olmasa dahi birlikte yaşayanlar da bu kanundan faydalanabilir. Kaldı ki aksinin kabulü halinde ülkemizde hiç de azımsanmayacak miktardaki nikâhsız yaşayanlar korumasız kalacaktır”¹⁴ görüşü savunulmuştur. Yazar, birden çok kadınla evlilik, evlenme halinde (kuma), resmî nikâhlı olanın korunup kumanın korunmamasının, erkeklerle kadınlar arasında eşitsizlik yaratacağını ileri sürmekte ve haklı olarak, korunmadan yararlanmak için sadece insan olmak, yani kadın olmak yeter, demektedir. Ancak kadının şiddetten korunması için doğru olan bu yorumun, hemen Medeni Kanun anlamındaki haklara ilişkin olarak genişletilmemesi gerektiğine değinmek yerinde olur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Şerife Yiğit-Türkiye kararında bu husus vurgulanmıştır. “Mevcut davada AİHM, başvuranın 1976 yılında Ö.K. ile imam nikâhı yolu ile evlendiğini, bu birliktelikten altı çocuğunun dünyaya geldiğini ve ilk beş çocuğun babalarının nüfus kütüğüne işlendiğini, ancak en son doğan çocuğun başvuranın nüfus kütüğüne kaydedildiğini, tespit etmektedir. Başvuran ile çocuklarının, 2002 yılında vefat edene kadar Ö.K. ile birlikte yaşadıkları hususunda tarafların herhangi bir itirazı bulunmamaktadır. AİHM kendisinin, Türk hukukunda imam nikâhının yeri ve rolü ile bunun toplumda doğurduğu sonuçlar hakkında herhangi bir karar verme yetkisi olmadığını vurgulamaktadır. AİHM’nin kanaatine göre başvuran, Ö.K. ve müşterek çocuklarının AİHS’nin 8. maddesi anlamında “aile” oluşturacak şekilde beraber yaşadıklarının tespit edilmesi yeterlidir. (...) Başvuranın ileri sürdüğü savlardan bağımsız olarak, buradaki esas belirleyici unsur, uzun

¹³ Metnin Türkçe çevirisi için bkz.; **Kadınların İnsan Hakları**, İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku, Uygulama ve Araştırma Merkezi ve Raoul Wallenberg İnsan Hakları ve İnsancıl Hukuk Enstitüsü tarafından (23-26 Ekim 2007, İstanbul) düzenlenmiş seminer notları, s.41-42.

¹⁴ Akın, Ali; *Kadına Karşı Şiddet Ve 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun Açısından Konuya Bakış*; **Adalet Dergisi**, Ocak, 2008, s.273-274.

sürelî ve sağlam bir ilişkinin varlığı değil, tüm hak ve yükümlülüklerin akdi olarak belirtildiği resmî bir taahhüdün var olup olmadığıdır. Bağlayıcı bir yasal anlaşmanın yokluğunda, Türk yasama organının sadece resmî nikâhı koruma altına alması mantıksız sayılamaz.”¹⁵ demiştir.

Somut olayda, “Başvuran, çocuklarının babası olan merhum eşinin emekli maaşı ile sağlık sigortasından yararlanma hakkının ulusal mahkemeler tarafından reddedilmesi nedeniyle AİHS’nin 8. maddesi anlamında aile hayatı hakkının ihlal edildiğini” ileri sürmüştür.

C. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Aile Kurumuna Yaklaşımı

Türkiye, uygar uluslar ailesinin üyesi olarak, *Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi*’ni (CEDAW) kabul etmiştir.¹⁶ Sözleşmenin birinci maddesi, “*Medeni durumlarına bakılmaksızın tüm kadınların*” sözcükleriyle başlamaktadır. Ulusal mahkemeler sözleşmenin bu dilini, kapsamını ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince de ‘de facto’ yani sıkı kişisel ilişkileri olan kişilerin de aile sayıldığını dikkate almak zorundadır. Yoksa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)’nin önüne bir uyuşmazlık getirildiğinde, sözleşmenin ihlal edildiğine karar vermesi işten değildir. İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesi İHAS’ın¹⁷ Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması” başlıklı 8. maddesine göre de “Herkes, özel hayatına, aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına” sahiptir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına göre bu hak devletleri negatif yükümlülüğün yanı sıra pozitif yükümlülüğe de zorlar.

Mahkeme yakın yaşam arkadaşlığı yaşayan veya resmen evliyken boşanmış olan, yani resmî evlilik dışı birlikteliklerdeki şiddet mağdurlarını kararlarında aile olarak kabul etmesine karşın, ailenin öncelikle, eşler ve çocuklardan oluştuğunu da vurgulamaktadır.¹⁸ Nitekim mahkeme tara-

¹⁵ AİHM., Şerife Yiğit- Türkiye Davası, Başvuru No: 3976/=5, 20 Ocak 2009 günlü kararı için bkz.; www.google.com.tr/search?hl=tr&source=hp&q=Şerife+Yiğit+Türkiye+davası&btnG=Google'da+Ara&meta=lr%3D&aq=f&oq=

¹⁶ Birleşmiş Milletler Kadına Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiyesi Sözleşmesi (*Convention for the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*) kısa adıyla CEDAW, 3 Eylül 1981 tarihinde yürürlüğe girmiş, Türkiye tarafından usulüne uygun şekilde onaylanarak, 19 Ocak 1986 tarihinde yürürlüğe konmuştur.

¹⁷ Sözleşme, 19.3.1954 günlü Resmi Gazetede yayınlanmış ve 10.3.1954 tarihli kanunla onaylanmıştır.

¹⁸ Buna karşın, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesinin 1. fıkrası anlamında aile, geniş anlaşılmaktadır. Buna göre aile, ana-baba ve meşru veya

findan, “Marcky-Belçika davası kararında 13 Haziran 2009) 8. maddenin uygulanması açısından ailenin “meşru” veya “tabii” olmasına bakılarak ayırım yapılmaması gerektiğini, 8. maddenin “meşru” veya “tabii” aile ayırımı yapmadığını, böyle bir ayırımın İHAS’daki hak ve özgürlüklerin kullanılmasında doğum bakımından ayrımcılık yapılmasını yasaklayan 14. maddenin de desteklediği gibi “herkes” kelimesine uygun olmadığını, Elshoz-Almanya davası kararında (13 Temmuz 200) ise aile kavramının, evliliğe dayalı ilişkilerle sınırlı olmadığı ve tarafların evlilik olmadan bir arada oturduğu fiili “aile” bağlarını da kapsayabildiğini, Johnson-İrlanda davası kararında (18 Aralık 1986) çocuklarıyla birlikte yaşayan evli olmayan çiftlerin normalde aile hayatı yaşadığını, söz konusu ilişkinin istikrarlı olma özelliğinden ve diğer yönleriyle evliliğe dayalı bir aileden ayırt edilememesi gerektiği belirtilmiştir.¹⁹

Bir başka karara göre de, “Devletin, bir kişinin fiziksel şahsiyetinin korunması konusunda pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemesi hali, 8. maddenin ihlalidir.”²⁰

Şerife Yiğit/ Türkiye davasının gerekçesinde de “Bir ilişkinin aile hayatı olarak kabul edilip edilemeyeceğine karar vermek için çiftin birlikte yaşayıp yaşamadıkları, ne zamandan beri birlikte yaşadıkları ve müşterek çocuklarının olup olmadığı gibi bazı belirleyici unsurların dikkate alınması gerekebilir, denmiştir.²¹ Demek ki yakın yaşam arkadaşlığından

gayrimeşru olan çocukları ile olan ilişkileri içermektedir. Avrupa İnsan hakları Mahkemesi, evli olmayan anne ile çocuğun arasındaki ilişkiyi de 8/1 anlamında aile yaşamı olarak kabul etmiş, 8/1’in koruma alanına doğal ailenin girdiği sonucuna varmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, de facto “sıkı kişisel ilişkileri olan kişilerin de bu maddeden yararlanabileceğini ifade etmekteyse de bu karardan evliliğe dayanmayan aile yaşamının genel olarak hukuki açıdan evliliğe dayanan aile yaşamıyla eş tutulması gerektiği gibi bir sonuç çıkarılamaz.” görüşü de savunulmaktaysa da bu görüş, yukarıdaki örneklerle tutarlı değildir.; Kahveci; **agm.**, dn. 30, s. 282

¹⁹ **DUTERGE**, Gilles; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından Örnekler**, Avrupa Konseyi yayınları, Eylül 2007, s.314-315 ve **KİLKELLY**, Ursula, **Özel hayata ve Aile hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı**, AİHS’nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları No1, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Eylül, 2007, s.15’den aktaran, Uğur, **agm.**, s. 162

²⁰ **AKIN**, Mustafa; “Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Belirtilmeyen Tedbirlere Hükmedilmesi ve Danışmanlık Tedbirinin Uygulanması”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Ekim 2007, Sayı 14, s.99.

²¹ Şerife Yiğit/Türkiye Davası, Başvuru No:3976/05, Strazburg, 20 Ocak 2009.; Dışişleri Bakanlığı Çok Taraflı Siyasal İşler Genel Müdürlüğü tarafından Türkçe’ye

kaynaklanan bir nedenle şiddete uğranılması halinde, genel hükümlerin şiddeti durdurmaya yetmediği hallerde, başka önlemlerin alınması, örneğin 4320 sayılı Yasanın uygulanması, AİHM kararları çerçevesinde devletlerin yükümlülüğündedir.

Aynı sonuca Anayasa 90. maddede ve usul yasalarımızda yapılan değişikliklerden sonra da varmak zorunludur. Çünkü “2004 yılında yapılan Anayasa değişikliği sonrası, genel yetkili mahkemeler verdikleri kararlarda yalnızca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin hükümlerini değil, aynı zamanda Sözleşme hükümlerinin yorumu niteliğindeki AİHM kararlarını da göz önünde bulundurmak zorundadır. Özellikle, Türkiye’nin 2002 ve 2003 yıllarında CMK ve HMUK’da yaptığı değişikliklerle Strasbourg Mahkemesinin belirlediği ihlal kararlarının ceza, hukuk ve idari yargılama usulünde yeniden yargılama sebebi olarak kabul edilmesi, AİHM içtihatlarına, iç hukukta normatif bir değer kazandırmıştır.”²² Bu kapsamda Almanya’da birlikte yaşayanlar için yaşam ortaklığı yasası çıkarılmıştır. Yaşam ortaklığı davalarını görmekle de aile mahkemeleri yetkili kılınmıştır. Burada hâkimin, yaptığı yargılama sonucu yaşam ortaklığının feshiyle, bunun sonucu olarak da yardım ve destek yükümlülüğü, nafaka, müşterek konut ve ev eşyası gibi sonuçları hüküm altına alacağı belirtilmiştir.”²³

II. BOŞANMIŞ YA DA NİKÂHSIZ BİRLİKTELİK YAŞAYAN KADININ KORUNMASINA İLİŞKİN İLK DERECE YARGI YERİ KARARLARI

Boşanmış kadınların eski kocalarının şiddetinden korunmasına ilişkin tespit edilen ilk karar, Ankara 8. Aile mahkemesi’ne aittir. “8. Aile Mahkemesi’nin 2007/10-12 Değişik İş sayılı kararında, boşanmış olan eşlerin, boşanma kararından sonra birlikte oturmayı sürdürdükleri belirtilerek, “Boşanmış olsalar bile kimi zaman eski kocaların bazılarının, boşandıkları eş ve velayetleri altında olmayan çocukları üzerinde baskı ve şiddet uygulama eğilimi taşıdıkları” gerekçesiyle, istekte bulunan kadın lehine koruma kararı verilerek, erkek evden uzaklaştırılmıştır.

çevrilmiş olup, gayriresmî tercümedir.; Bkz.; www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/serifeyigit12.05.2009.doc

²² BAŞLAR, Kemal; Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Şen Matbaa, Ankara, Nisan 2008, s.6.

²³ SİRMEN- KOÇHİSARLIOĞLU, Karşılaştırmalı Hukukta Aile Mahkemeleri Ve Türkiye Aile Mahkemelerinin Kurulmasında Yararlanılabilecek Bir Model, Kamu-İş Hukuku ve İktisat Dergisi, c5, S.18, S.104’den aktaran Baktır, s. 103.

Kadın dilekçesinde işsiz güçsüz ve içkiye düşkün olan eski eşi, zor durumda kaldığı için ve çocuklarının ısrarını kıramayarak eve aldığını, ancak birkaç ay sonra adamın kendisine yine şiddet uygulamaya başladığını ileri sürmüştür.

Ankara 10. Aile Mahkemesi'nin 7. 5. 2007 gün ve 2007/23 değişik iş sayılı kararında ise, "Somut olayda resmî bir birliktelik ve aile bulunmadığından" tedbir talebi reddedilmiştir. Buna karşın aynı kişiler ve aynı olaya ilişkin olarak 5. Aile Mahkemesi'nin 2007/216 esas sayılı dosyasında görülmekte olan velayet davasında, ara kararıyla tamamen zıt bir karar verilmiştir. Kararda, istekte bulunan kadının evlenmek amacıyla birlikte yaşadığı (nişanlısı olan) erkek tarafından aralarındaki ilişkiyi bitirmek istemesi üzerine şiddete uğradığı belirtilerek, *4320 sayılı Yasada Değişiklik Yapılmasına İlişkin 5236 sayılı Yasadaki değişiklik ve gerekçesi incelendiğinde bu durumda yaşayan kişilerin de korunma kapsamına alındığı gerekçesiyle kadın nişanlısı olan birlikte yaşadığı erkeğin şiddet uygulamalarından korunmuştur.*²⁴ Mevcut sistemimize göre, bu tür farklı kararların verilmesi kaçınılmazdır. Çünkü yasada, "yalnız resmî evlilikler korunur ya da resmî olmayan birliktelikler korunmaz" biçiminde açık bir düzenleme olmadığı gibi bu konuda içtihat birliğini sağlayacak bir üst mahkemeye gitme olanağı da yoktur.²⁵ Her ne kadar Yargıtay 2. Hukuk Dairesi bir dosyada inisiyatif olarak, bu kapsamdaki kararların temyiz incelemesine aykırı olduğuna ilişkin önceki kararlarına ters düşme pahasına, esasa ilişkin olarak inceleme yapmışsa da ilerde tartışılacağı üzere bu yorum HMUK'un 427. maddesine aykırıdır. Uygulama birliğinin olmayışı, hukuki istikrar ve yeknesaklık ilkesine aykırı olmakla birlikte, sorunun öğretilerdeki yorumlar çerçevesinde çözülmesi olanaklıdır. Bu nedenle Yargıtay kararlarından önce öğretinin tutumun anlaşılması yerinde olur.

A. Koruma Kararının Resmî Evlilikle Sınırlı Tutulması Gerekliğini Savunan Görüşler

Nikâhsız birlikteliklerin bu yasa kapsamında korunmayacağı görüşünün öğretilerdeki dayanakları şu başlıklarda toplanabilir:

²⁴ **KARİNCA**, age. s.44,45.

²⁵ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 16. 1. 2003, E.2002/14276, K. 2003/344 S.K.; **KAÇAK**, Nazif, **Yeni Türk Medeni Kanunu**, Birinci Baskı, Ankara, 2004, s.462-463.; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 12.07.2004, .2004/8367- 9372.

1. Boşanma halinde kanunun uygulanmasını gerektirecek menfaat kalmamıştır.
2. Boşanmış olan eşler başka yasal olanakları kullanabilirler ve yasada 5636 sayılı Yasayla yapılan değişikliğin içermediği ilişkiler bu kapsama sokulamaz.
3. Serbest birleşmelerdeki tarafların bu kanun kapsamında korunacağını kabul edilmesi, hukuk düzenince tanınmayan bu ilişkinin dolaylı olarak tanınması gibi istenmeyen bir sonucu ortaya çıkarır.²⁶
4. Resmî evlilik yoksa ortada hukuki anlamda aile de yoktur. Öyleyse adı ailenin korunması olan bu yasayla aile bireyi sayılanlar dışındaki kilerin korunması olanaklı değildir.²⁷

Bu görüşlerin temelinde, 4320 sayılı Yasayı Medeni Yasanın bir parçası gibi görme alışkanlığı vardır. Bu kararların nikâhsız birliktelikleri özendireceği gibi, imam nikâhlıları koruyarak, laik hukukun yaralayabileceğinden de endişe edilmektedir. Ancak yukarıda vurgulandığı üzere 4320 sayılı Yasa, kendine özgü niteliğiyle Medeni Yasanın bir parçası değildir

²⁶ “Serbest birleşmeler hukuki bir kavram olmaktan öte yalnızca toplumsal açıdan önem taşıyan sosyolojik bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. Serbest birleşmelerdeki tarafların da bu Kanun kapsamında korunacağını kabul edilmesi, hukuk düzenince tanınmayan ve taraflarına hiçbir hak bahsetmeyen bu ilişkinin, 4320 sayılı Kanun aracılığıyla dolaylı olarak hukukça tanınması gibi istenmeyen bir sonucu ortaya çıkaracaktır.”; Kahveci, **a.g.m.**, s.282. Ancak yazar, ““5636 Sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra, serbest birleşmelerden doğmuş, fakat baba ile soybağı kurulmamış olan ve bu kanunun 1. maddesi anlamında “aynı çatı altında yaşayan” çocukların korunması ilkesinden hareketle, bu Kanun kapsamında korunmalıdır.” görüşündedir ve bu yorumun, serbest birleşmelerin hukuken korunduğu anlamına gelmeyeceğini, çünkü önemli olan hususun çocuğun korunması olduğunu dile getirmektedir. Bu yorum, yukarıda açıkladığımız üzere, anneyi korumadan çocuğu korumak mümkün olmadığından amaca uygun değildir.” Kahveci, **a.g.m.**, s.283

²⁷ Öncelikle bir aileden söz edebilmek için Medeni Kanun anlamında kurulmuş bir evliliğin mevcut olması gerekir. Aile gibi bir arada yaşıyor olsa bile nikâhsız birlikteliklerin bir görünümü olan sadece dini nikâha dayanan birliktelikler, 4320 Sayılı Kanun’un tam anlamıyla kapsamında sayılamazlar. Birlikte yaşayan çiftler arasında resmi nikah olmadığından aralarındaki birliktelik evlilik olarak adlandırılmayacağı için birlikte yaşayan eşler 4320 Sayılı Kanun kapsamında korunamazlar.”Erdem, **agm.**, s.51.; Aynı görüşte bkz. ATEŞ, Mustafa; “4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Bu Kanundaki Değişiklikler Üzerine Düşünceler”, Ankara Barosu Dergisi, Y: 65, S: 3, Yaz 2007, s.162.

ve kadının nikâhsız eşinin şiddetinden korunmasıyla laik hukuk sistemi zarar görmez, aksine güçlenir.²⁸

Hukukça tanınmayan ilişkilerin dolaylı tanınması eleştirisi ise, Türk Medeni Kanununun 118. vd. maddelerinde düzenlenmiş olan nişanlanma, evlenme vaadiyle yapılan hukukça tanınmış bir sözleşme olduğu için yerinde değildir. Nişanlılık döneminde yakın yaşam arkadaşlığı şeklinde ilişki yaşayan bir kadının, bu ilişkiyi sonlandırmak istemesi üzerine şiddete uğraması halinde, nişanlılığın hukuken kabul edilmeyen bir ilişki sayılarak korunmaması tutarlı olmaz.

Aileyi resmî evlilikle sınırlandırıp aynı yastıkta yıllarca uyuyanları, ortak çocuklar yapıp çocukların dününü, bugününü ve geleceğini biçimlendirenleri aile saymamak en azından gerçeklerle bağdaşmaz. Kader birliği edip birlikte yaşıyorlarsa, ortak çocukları varsa ortada bir aile vardır.

B. Yargıtay Kararlarında Nikâhsız Birliktelik Yaşayan Kadınların Eş Şiddetinden Korunması

4320 sayılı Yasa uyarınca aile mahkemelerince verilen koruma kararlarının hukuki denetiminin ancak o mahkemeye yapılacak başvuruya üzerine olanaklı olduğu, temyiz ya da itiraz olanağının olmadığı yukarıda açıklanmıştı. Buna karşın Yargıtay ilgili dairesi nikâhsız birliktelik yaşayan kadınlar için ayırım getirmiş ve bir kararında konuyu tartışarak, boşanmış kadınların bu korumadan yararlanamayacağını şu gerekçeyle açıklamıştır. Metin aynen şu şekildedir:

²⁸ “Yasanın görüşmeleri sırasında dile getirilen, boşanmış olan veya resmi nikâh olmaksızın bir erkekle birlikte yaşayan kadınların, yasadaki koruma önlemlerinden yararlandırılmasına ilişkin bu yorumun, imam nikâhlı birliktelikleri artıracığı ya da Avrupa ülkeleri ve Amerika Birleşik Devletleri’nde yaygın olduğu üzere, birlikte yaşamayı teşvik edeceği yolundaki endişe ise, bu düzenleme ilişkinin başlangıcını değil, sonucunu etkileyeceği için yerinde değildir. Çünkü bu yolda verilecek olan tedbir, zaten yaşanmakta olan birliktelikler için söz konusudur ve nikâhsız birliktelikleri teşvik etmek bir yana, tam tersine bu birliktelikten kurtulmak isteyen kadına, ilişkiden kurtulma çabasında katkı sağlayacaktır. Aslında bu karara en çok gereksinme duyan toplum kesimi onlardır ve hiçbir kadın, *4320 Sayılı Yasa var, evlenmesem de olur, başıma bir şey geldiğinde bu yasa beni korur*, diyerek nikâhsız bir ilişki yaşamak istemeyecektir; Karınca Eray, **Ailenin Korunmasına Dair Kanunda 5636 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler**, Terazi Dergisi, Yıl 2, sayı 10, Haziran 2007, s.119, 121.

“N. B.’nin telefonla hakaret edildiğine dair şikâyeti üzerine Ödemiş Cumhuriyet Başsavcılığı, 8.4.2008 tarihinde şüpheli E.B. hakkında 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Yasanın 1. maddesinde yazılı tedbirlerle hükmedilmesini talep etmiştir. Ödemiş 2. Asliye Hukuk Mahkemesi, Aile mahkemesi sıfatıyla 14.4.2008 tarihinde; E.B.’nin eşi N.B.’e karşı 1 ay süreyle şiddete yönelik davranışlarda bulunmamasına, evden uzaklaştırılmasına, eşine aylık 125 TL. tedbir nafakası ödemesine karar vermiş, bu karar davalı Enes tarafında temyiz edilmiştir.

4320 sayılı Kanun aile içi şiddeti durdurma, özellikle kadını ve çocuğu koruma amacıyla çıkarılmıştır. Aile Mahkemesi tarafından, bu kanun uyarınca verilen kararların kısa süreli, geçici tedbir niteliği de göz önünde bulundurularak temyiz ve itiraz yolunun kapalı olduğu yerleşmiş Yargıtay uygulamasıyla sabittir. Ancak temyiz yolu kapalı olan kararlar; bu yasanın uygulanabileceği kişiler, resmî olarak evlilik birliği devam edenler hakkındaki kararlardır. Somut olayda; tarafların 14.11.2007 tarihinde boşandıkları dosyadaki nüfus kaydından anlaşılmaktadır. Boşanan kişiler hakkında 4320 sayılı Kanuna göre tedbirlere hükmedilemez. Bu nedenle karar Yasanın açık olarak ihlali niteliğinde bulunduğundan, bozulması gerekmiştir.”²⁹

Yargıtay bu kararda, boşanan kadının 4320 sayılı Yasa uyarınca korunmasını yasanın açık ihlali olarak değerlendirdiği için HMUK 427. maddeye aykırı olarak esasa ilişkin denetim yapmaktadır.

Öte yandan Yargıtay’ın ilgili hukuk dairesinin temyize konu edilemeyeceği halde, durumdan görev çıkararak incelediği bu kararlara ilişkin görüş ve eleştiriler, aile mahkemelerince verilenlere ilişkindir. Sulh ceza mahkemelerince koruma kararının çiğnenmesi halinde ilgili ceza dairesince verilen kararları kapsamamaktadır.

Nitekim nikâhsız birliktelikler için aile mahkemelerince verilen koruma kararlarının uygulanmayacağına ilişkin Tufanbeyli Sulh Ceza Mahkemesi tarafından verilen bir karar hakkındaki Yargıtay’ın ilgili ceza dairesinin bozma kararında ise esasa girilmiştir. Kararda 4320 sayılı Yasada aile kavramının tanımlanmadığı açıklandıktan sonra, ayrıntılı olarak nikâhsız birlikteliklerin Anayasa, İHAS ve AİHM kararları ve CEDAW çerçevesinde aile kavramı tartışılarak, koruma kapsamından yarar-

²⁹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 12.5.2009 günlü ve Esas No: 2009/170, Karar No: 2009/9471 sayılı kararı, (Karar kartonundan alınmıştır).

lanması gerektiği savunulmuştur. Hayli kapsamlı olan gerekçenin ilgili bazı kısımları şu şekildedir:

“Dosya kapsamına göre sanık M.D.’nin nikâhsız olarak mağdure ile evlenip aynı çatı altında birlikte yaşadıkları ve bir çocuklarının da olduğu anlaşılmaktadır. Bir başka ifadeyle hukuken evli görünmeseler de fiilen normal bir evliliğe dayalı ve bütün yönleriyle aileden ayırt edilemez şekilde, istikrarlı bir aile hayatı yaşadıkları görülmektedir. Bu durumda İHAS’ın 8. maddesi ve AİHM’nin yerleşmiş kararlarına göre taraflar arasında korunmaya değer bir aile hayatı olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

Sanık M. D’nin aynı çatı altında nikâhsız olarak birlikte yaşadığı eşine karşı tehdit ve şiddet içeren eylemleri nedeniyle mahkemece 2.9.2004 tarih ve 2004/8 D. İş sayılı kararla 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanununun 1/a maddesi gereği 4 ay süreyle şiddet ve korkuya dayalı davranışlarda bulunmaması yönünde yüzüne karşı tedbir kararı verilmiş, 22.12.2004 tarihinde tekrar eşine etkili eylemde bulunması sonucu koruma kararına aykırı davranmaktan hakkında 4320 sayılı Kanununun 2. maddesi uyarınca kamu davası açılmıştır.

Açıklanan nedenlerle hukuka ve yasaya uygun olduğu görülen tedbir kararına karşın S.Ç.’yi darp etmek şeklinde ortaya çıkan eylemin mağdur ve tanık beyanına, doktor raporuna, sanığın tevilli savunmasına göre atılı suçu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde beraat kararı verilmesi yasaya aykırı³⁰ görülmüştür.

Kadına yönelik eş şiddetini amaca uygun biçimde tartışan bu güzel ve açıklayıcı kararın ilgili hukuk dairesince verilmiş olunması yeğlenirdi. Çünkü ceza mahkemelerinin bu biçimde aile mahkemesi kararlarının içerik denetimini yapmalarına olanak yoktur. Sulh ceza mahkemesinin yetkisi, ancak kusurlu eş ya da aile bireyinin, aile mahkemesince verilen tedbirlere aykırı davranıp davranmadığını saptayıp yaptırım uygulamaktır. Nitekim karşı oy yazısında son cümlede “...sanık hakkında 4320 sayılı Yasaya göre mahkemece verilen karara karşı muhalefet nedeniyle dava açılmış olup mahkeme kararı yanlış da olsa verilen tedbire uyma zorunluluğu nedeniyle suçun sübutu halinde mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiği...” belirtilmiştir. Karşı oy yazısındaki diğer gerekçeler ise İnsan Hakları Sözleşmesine bu kadar geniş üstünlük tanınmanın, örneğin

³⁰ Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 7.4.2009 günlü ve Esas No: 2006/3351, Karar No: 2009/4849 sayılı kararı, karar kartonundan alınmıştır.

miras hukukunun dışında uygulamaya sebebiyet verebileceği, Anayasanın 90. maddesinin AİHM kararlarına değil, İHAS'a üstünlük tanıdığı ve Anayasanın 174/1 ve 4. maddesi uyarınca resmî nikâhın inkılâp kanunları içinde sayıldığı biçimindedir. Bu gerekçeler, ilgili bölümlerde ele alınmakla birlikte tekrara düşmek pahasına da olsa birer tümceyle yanıtlanacaktır.

Öncelikle miras hakkı konusunda AİHM, Şerife Yiğit/Türkiye kararında karşı oydaki tam tersi bir tutum almıştır. Anayasanın 90. maddesindeki düzenlemenin İHAS'a üstünlük tanıdığı görüşü doğru olmakla birlikte, sözleşmenin yorumunda AİHM kararlarının da iç hukukumuzda örnek oluşturacağı kuşkusuzdur.³¹ Öte yandan konunun devrim yasaları ile ilgisi yoktur. Nikâhsız birlikteliklerdeki kadının şiddetten korunması devrim yasalarına ve özellikle kadını güvenceye alan resmi nikâh yükümlülüğüne aykırılık oluşturmaz. Bunlar elma ve armut gibi birbirinden farklıdır. Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin çoğunluk kararındaki görüş, kadının eş şiddetinden korunması için çağdaş ve modern bir anlayışı yansıtmakla birlikte, ceza mahkemelerinin, aile mahkemelerince verilen tedbirlere ilişkin kararları sanki bir üst merci gibi tartışarak yorumlamalarına yol açacağı için hatalıdır. Yargıtay Ceza genel Kurulu da, kararı bu nedenle bozmuştur.³²

C. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık Konusunda Türkiye'ye İlişkin Kararları

AİHM kararları bağlayıcı olduğu için mahkemenin, konumuza ilişkin ve ülkemiz hakkındaki mahkeme kararlarının bilinmesinde yarar vardır.

AİHM tarafından kadını aile içi şiddetten koruyamadığı için verilen ilk mahkûmiyet kararı Türkiye aleyhinedir. Kararın ardından gösterilen tepkiler, duygusal olup Türkiye'nin bu alanda çok yol aldığı ve kararın

³¹ Farklı görüş için bkz.; UĞUR, H. **agm.** S.162; yazara göre “Yargıtay özel dairesi konuya doğal (tabii-ideal) hukuk düşüncesi veya kanunların uygulanması ve yorumlanmasında tereddüt olduğunda “amaçsal-objektif- ruhsal yorumlardan değil; Anayasa hükmü gereği, usulüne göre yürürlüğe konulup iç hukukumuzun uyulması zorunlu bir parçası haline gelen, böylece pozitif hukuk normu olan uluslar arası sözleşmeler ile kararları taraflar bakımından uyulması zorunlu olan AİHM'nin kararları ışığında konuya yaklaşarak sonuca varmıştır.

³² Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Esas No: 2009/7-131, Karar No:2009/284, 08.12.2009 günlü kararı. (Karar kartonundan alınmıştır.)

haksız olduğu biçimindedir.³³ Oysa karar dikkatli okunduğunda Türkiye'nin kadını etkili biçimde koruyamadığı için cezalandırıldığı görülecektir. Karar özeti şöyledir:

“Başvuran Nahide Opuz, 1972’de doğan bir Türk yurttaşdır ve Diyarbakır’da (Türkiye) yaşar. 1990’da Opuz, annesinin eşinin oğlu olan H.O. ile birlikte yaşamaya başlar. Opuz ve H.O. Kasım 1995’te evlenir ve 1993, 1994 ve 1996’da üç çocukları olur. İlişkilerinin başlangıcından beri ciddi tartışmalar yaşamışlardır ve şu anda boşanmışlardır. Nisan 1995 ve Mart 1998 arasında H.O.’nun ihlal edici ve tehdit edici davranışlarına ilişkin olarak makamlara ihbar edilen dört ayrı olayı gerçekleştirmiştir. O olaylarda çeşitli yaralamalar yanında, kavga süresince H.O bıçak çekmiş ve arabasını iki kadına doğru sürmüştür. Bunların ardından kadınlar, hekimlerce muayene edilmiş, kanama, çürük, ezik, sıyrık, çizik dâhil çeşitli yaralamaların bulunduğu ilişkin raporlar tutmuş, her iki kadın da tıbben yaşamlarını tehlikeye düşüren yaralamalara maruz kaldığı yönünde rapor almıştır: başvuran sözü edilen yaralamanın sonucu, annesi ise arabayla gerçekleşen saldırının sonucu olarak. H.O. aleyhine ölüm tehditleri, güncel, ciddi ve acı veren bedensel zarar ve öldürme girişimi nedeniyle ceza takibi başlatılmıştır. Bıçak olayında delil yetersizliğinden kovuşturma yapılmamasına karar verilmiştir. H.O. iki kez tutuklanıp devam eden duruşmalarda serbest bırakılmıştır. Fakat başvuran ve annesi bu yargılamaların her birinde şikâyetlerini geri aldığı için Ceza Kanununun 456/4. maddesine göre şikâyete bağlılık nedeniyle kovuşturmaya devam edilmemiştir. Araba olayına ilişkin yargılama, başvuranın annesinin yaralarının ciddiyeti nedeniyle devam etmiştir ve H.O. üç ay hapse mahkûm edilip cezası sonra para cezasına çevrilmiştir.

³³ TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu Başkanı Güldal Akşit: İnsanı çok mutlu eden, sevindirici bir karar değil. AİHM’nin ilk kez bir ülke hakkında böyle bir karar vermiş olması ve onun da Türkiye olması bizim için üzücü. Ancak şunu belirtmek isterim ki bu müracaat 2002 yılında yapılmış ve o günlük şartlara göre değerlendirilerek verilmiş bir karar. 2002’den bu yana kadın hakları konusunda hükümet olarak, sivil toplum kuruluşları olarak çok şey yapıldı. Duyarlılık arttırıldı. Bunlar görmezden gelinerek ‘Türkiye hiçbir şekilde sorumluluklarının bilincinde değil bunların üzerine gitmemiş’ gibi bir karar verilmesini talihsizlik olarak değerlendiriyorum. Bence itiraz edilmesi gereken ve düzeltilmesi gereken bir karardır. Polislerden tutan askerlere kadar pek çok kişiye eğitimler verildi. Bir tek talihsiz olaya göre değerlendirip ceza öngörmek Türkiye’ye haksızlıktır. ; 11.6.2009 günlü Radikal Gazetesi.; www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalHaberDetay&ArticleID=940070&Date=19.01.2010&CategoryID=97

29 Ekim 2001'de başvuran yedi kez H.O. tarafından bıçaklanmış ve hastaneye götürülmüştür. H.O. bıçak yarası nedeniyle yargılanmış, sekiz taksit halinde ödeyebileceği 840.000 TL (yaklaşık 385 Avro değerinde) para cezası verilmiştir. Polise verdiği ifadesinde sıklıkla evliliğine karışan annesi hakkında tartışıklarını eşiyle kontrolden çıkan bir tartışmaları olduğunu belirtmiştir. Olayın ardından başvuranın annesi H.O.'nun tutuklanmasını istemiştir, devam eden baskısı ve ölüm tehditleri nedeniyle, Nisan 1998'de, Ekim ve Kasım 2001, Şubat 2002'de başvuran ve annesi, H.O.'nun tehditleri ve saldırıları hakkında soruşturma makamlarına şikâyetinde bulunmuş, yaşamlarının hâlen tehlikede olduğunu belirtip H. O.'nun tutuklanmasını ve hakkında hemen dava açılmasını istemiştir. Bunun üzerine H.O. sorgulanmış, ifadesi alınmış ve serbest bırakılmıştır. Sonunda 11.3.2002'de kızıyla İzmir'e taşınmaya karar veren anne, nakliye kamyonunda seyahat ederken H.O. kamyonu kenara çekmeye zorlamış, yolcu kapısını açarak ateş etmiştir. Başvuranın annesi hemen ölmüştür. Mart 2008'de H.O. cinayet ve ruhsatsız silah taşımaktan dolayı suçlanmış ve yaşam boyu hapse mahkûm edilmiştir. Temyiz yargılaması süresince serbest kalan H.O. Öldürdüğünü, çünkü eşini ve çocuklarını annenin ondan uzaklaştırdığı ve eşini ahlâksız yaşama sürüklediği için onurunun zedelendiğini belirtmiştir.

Nisan 2008'de başvuran, H.O. hakkında başka bir şikâyetinde bulunmuştur. Yetkili makamlardan H.O.'nun serbest kaldığından beri yeni erkek arkadaşıyla yeniden tehdit etmeye başlayan eski eşinden korunması için önlemler alınmasını istemiştir. Mayıs ve Kasım 2008'de başvuranın temsilcisi AİHM'yi hiçbir önlem alınmadığı yönünde bilgilendirmiş ve mahkeme bir açıklama istemiştir. Makamlar eski eşin fotoğrafını ve parmak izini tutuklama emriyle birlikte polis karakollarına dağıttıklarını belirtmiştir. Bu arada Ocak 1998'de aile içi şiddete karşı koruma için özel önlemler öngören 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun Türkiye'de yürürlüğe girmiştir.

Mahkeme, 15 Haziran 2002'de AİHM'ye yapılan başvuru hakkında, oybirliğiyle şu sonuçlara varmıştır:

-Yerel makamlar H.O.'yu, hukuka aykırı davranışları konusunda tekrar tekrar uyardığı halde başvuranın eski eşinin başvuranın annesini öldürdüğü dikkate alındığında AİHS'nin 2. maddesi (yaşam hakkı) ihlal edilmiştir.

-Makamların başvuranın eski eşinin hukuka aykırı ve sömürücü davranışına karşı başvurunu korumaması hesaba katıldığında 3. madde (eziyet ve insanca olmayan davranışların yasaklanması) ihlal edilmiştir.

-Başvuran ve annesinin toplumsal cinsiyet temelinde ihlale maruz kaldığı hesaba katıldığı takdirde 14. madde (ayrımcılığın yasaklanması) 2. ve 3. maddelerle birlikte okunduğunda ihlal edilmiştir. Bu durum özellikle Türkiye’de aile içi şiddet olaylarında yargısal sistemin genel edilgenliği ve çoğunlukla kadınları etkileyen saldırılarda bulunanlarca yararlanılan cezadan bağımsızlık göz önünde bulundurulduğunda kadınlara karşı ayrımcılıktır.

-Sözleşmenin 41. maddesine (salt giderim) göre, mahkeme başvurana maddi manevi zararı nedeniyle 30.000 Avro ve giderler için 6.500 Avro ödenmesine karar vermiştir.”³⁴

Kararın özü, kadını koruyan yasaların varlığına karşın Türkiye’nin kadını eş şiddetinden etkin biçimde koruyamadığına ilişkindir. Ancak gözden kaçırılmaması gereken bir nokta da Nahide’ye yönelik eş şiddetinin boşanmadan sonra da yıllar boyu sürdüğüdür. Bu süre içinde kadının korunması yalnızca genel hükümler çerçevesi içinde kalmış, Ailenin Korunması Hakkındaki 4320 sayılı Kanun hükümlerinin işletilmesi yoluna –olasılıkla arada resmî nikâh olmadığı için- hiç gidilmemiştir. Türkiye’deki bir kısım anlayışın aksine AİHM kararında ise, boşanma olgusu hiç dikkate alınmamıştır. Kararda açıkça görüldüğü üzere kadının eş şiddetinden korunması için evliliğin halen sürüp sürmediği, resmi nikâhın olup olmadığı, aileyi de facto (fiili) birliktelik olarak algılayan mahkeme açısından önemli değildir.

Buna karşın AİHM’nin, Medeni Kanun çerçevesinde hak taleplerine ilişkin olarak evlilik kurumuna bakışı, kadının eş şiddetinden korunmasıyla aynı değildir. Çünkü burada evlilik kurumunun çiftlere tanıdığı özel statüden yararlanmak isteği vardır. Bunun Anayasa yanında, CEDAW, İHAS ve diğer uluslararası belgelerdeki ayrımcılık yasağına aykırılık oluşturduğu ileri sürülemez. Nitekim, mahkemenin dinî ve resmî nikâhın Türk hukukundaki yeri ve rolünü irdelediği Şerife Yiğit/ Türkiye kararı

³⁴ Opuz- Türkiye Kararı, (Başvuru no. 33401/02) 9 Haziran2009; Kararın kısa özet çevirisi KAHDEM Çalışma Grubu Üyesi , Atılım Üniversitesi Araştırma Görevlisi Sn. Özge Yücel tarafından yapılmıştır: www.turkukukuksitesi.com/showthread.php?p=266024#post266024

oldukça çarpıcıdır. “AİHM'nin Aile Kurumuna Yaklaşımı” bölümünde kısmen değinilen kararın gerekçesi şöyledir:

“Başvuran, eşi Ö.K. ile 1976 yılında gelenek ve göreneklere uygun bir şekilde imam nikâhı kıyarak evlenmiştir ve bu birliktelikten 1977 ile 1990 yılları arasında altı çocukları dünyaya gelmiştir. Ö.K.’nin 2002 yılında vefat etmesinden sonra başvuran, yetkili makamlara müracaat ederek merhum eşinin emekli maaşı ile sağlık sigortasından yararlanma talebinde bulunmuştur. Bu talep, önce Hatay İş Mahkemesi’nin 21 Ocak 2004 tarihli kararıyla reddedilmiştir. Daha sonra temyize gönderilen bu karar, başvuran ile Ö.K. arasındaki nikâh resmileştirilmediği ve dolayısıyla yasal geçerliliği olmadığı gerekçesiyle 3 Haziran 2004 tarihinde Yargıtay tarafından onanmış ve başvuranın merhuma ait haklardan yararlanamayacağı açıklanmıştır.

AİHM’ne göre de hâlihazırda, yürürlükteki ulusal kanunlara göre bir imam tarafından kıyılan imam nikâhı üçüncü şahıslar ve devlet nezdinde herhangi bir yükümlülük oluşturamaz. Başvuranın ileri sürdüğü savlardan bağımsız olarak, buradaki esas belirleyici unsur, uzun süreli ve sağlam bir ilişkinin varlığı değil, tüm hak ve yükümlülüklerin akdî olarak belirtildiği resmî bir taahhüdün var olup olmadığıdır. Bağlayıcı bir yasal anlaşmanın yokluğunda, Türk yasama organının sadece resmî nikâhı koruma altına alması mantıksız sayılamaz. Bu bağlamda AİHM, daha önceki kararlarında da evlilik kurumunun evli çiftlere özel bir statü tanıdığına genel kabul gördüğüne hükmettiğini anımsatmaktadır. Ölüm yardımları konusunda resmî nikâhlı çiftler ile evli olmayan çiftler arasında gözlemlenen farklı uygulamaların meşru bir amacı gözettiğini, geleneksel resmî nikâhla kurulan ailelerin korunması gibi haklı ve makul bir dayanağının olduğunu” belirterek, istemi reddetmiştir.³⁵

SONUÇ

Kuşkusuz asıl olan yasal evliliklerdir. Ancak kadına yönelik şiddet söz konusu ise ve bu durum, eş gibi yaşamaktan kaynaklanıyor ise uygar ülkelerin, kadına resmî nikâhın yoksa ben bu şiddete dolaylı da olsa göz yumarım, özel koruma yöntemlerinden yararlandırmam, demeleri söz konusu değildir.

³⁵ Bkz.; Şerife Yiğit/Türkiye Davası; www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/ serife-yigit12.05.2009.doc

AİHM, Türkiye'nin laik devlet niteliğinin bir gereği olarak vatandaşlarına evlilikte resmî nikâh zorunluluğu getirmesine saygı göstermektedir. Zaten aksi tutum, erkeğin çok eşliliğini, birden fazla kadınla evliliğini önleyerek kadın lehine bir kalkan oluşturan uygulamanın zayıflatılmasına yola açar ki, bu mahkemenin kuruluş amacıyla ve bugüne değin yerine getirdiği işleviyle bağdaşmayacaktır. Ancak, kadının eş şiddetinden korunmasında resmî nikâhın aranmamasının bununla ilgisi yoktur. Şiddete karşı korunma, kadın haklarının evrensel gelişimine ve Medeni Yasanın, kadını koruyan ruhuna da uygundur.

Diğer yandan çağdaş dünyada fiili nedenlerle kabul edilen birlikte yaşama olgusu, hızla hukuksal çerçeve içine alınmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti de kuruluşundaki lâik niteliği gereği, Şeriat Hukukunun uzantısı olan imam nikâhlı evliliklere soğuk yaklaşmakta haklı olmakla birlikte, kadına yönelik eş şiddetinin önlenmesi konusunda bu toplumsal olguyu ve AİHM'nin ölçütlerini görmezden gelmemelidir. -Nitekim bu tür birlikteliklerden doğan çocukların tanınması, eşin haksız fiil sonucu ölümü hallerinde sağ kalan resmi nikâhsız eşe destekten yoksun kalma tazminatı ödenmesi bu kaçınılmazlığın sonuçlarıdır. Görmezden gelme ya da yok sayma, hukuken olanaklı gibi görülse de toplumsal ve bireysel bedellerinin ağır olduğu ortadadır.- Mahkeme, (AİHM.) ayrımcılık ve şiddet söz konusu ise kadının evli, dul, boşanmış ya da bekâr olup olmamasına hiç bakmamaktadır. Nitekim Nahide Opuz / Türkiye kararında da kadının boşanmış olup olmadığının üstünde durmamıştır. Çünkü kadına yönelik şiddet, olumsuz ayrımcılığın en önemli aracıdır. Üstelik korunma isteyen kadın, burada resmi nikâhın sağladığı pozitif hak ve olanaklardan yararlanmayı değil, sadece en temel insan hakkı olan şiddete uğramadan yaşamayı istemektedir. Öyleyse burada aile olup olmadığının saptanması için sadece uzun süreli ve sağlam bir ilişkinin olması yeterlidir. Bunun dışındaki istekler içinse, AİHM'nin, Şerife Yiğit/ Türkiye davası kararında belirttiği üzere ölçüt, "Tüm hak ve yükümlülüklerin akdî olarak belirtildiği resmi bir taahhüdün var olup olmadığıdır." Bu durumda kadının, eş şiddetinden korunma istemi değil, bağlayıcı bir yasal anlaşmayla evli kadınların sahip olduğu bir takım pozitif haklardan yararlanma istemi, hukuken kabul edilemez.

İç hukukumuz açısından 4320 sayılı Kanunun sözüyle evlilik dışı ilişkileri koruma kapsamına almadığı doğrudur, ancak yasa bunu yasaklayan bir düzenleme de içermemektedir. Nihai amaç olarak da kadına karşı şiddeti önlemek amacıyla çıkarılmıştır. Öyleyse, yasanın, benzer

ilişkiler nedeniyle ezilen, şiddete uğrayan daha çok sayıda kadını kapsamına almasında hukuki ve toplumsal yarar olduğu ortadadır.

Yasada boşanan kadınlar için tedbirlere hükmedilemez diye bir düzenleme yoktur. Yargıtay bu sonuca, “Ancak temyiz yolu kapalı olan kararlar; bu yasanın uygulanabileceği kişiler, resmî evlilik birliği devam edenler hakkındaki kararlardır.” diyerek varmaktadır. Oysa yasada “resmî evlilik birliği devam edenler” diye bir söz dizimi yoktur. Ne var ki yasada boşanmış ya da nikâhsız birliktelikleri içerdiğine ilişkin bir anlatım da yoktur. O halde sorunun çözümü için, TMK, 1. md. uyarınca yasanın söz ve amaç olarak yorumuna ve bu konudaki evrensel düzenlemelere bakmak gerekmektedir. Kuşkusuz resmî evlilik denilince akla ilk Medeni Kanun gelmektedir ki kararın gerekçesinde yer almamakla birlikte, Yargıtay’ın da onlarca yıllık uygulama birikiminden süzülüp gelen bir alışkanlıkla önceliği Medeni Kanuna verdiğini düşünmek gerekir. Medeni Kanunun evli kadına tek eşlilik, başta miras ve emeklilik hakkından yararlanmak gibi birtakım sosyal haklar olmak üzere, birçok pozitif avantaj sağladığı tartışmasızdır. Aslında sorun, 4320 sayılı Yasadan nikâhsız birliktelik yaşayan kadının yararlanması halinde Medeni Kanunun bu niteliğinin ihlal edilip edilmeyeceği noktasında düğümlenmektedir. Gerek 1926 tarihli Kanun gerekse aynı ruhta hazırlanan yeni Medeni Kanunun, eski hukukun içerdiği şeriat hükümleri ve iki hukukluluğa tepki niteliği ve laik karakteri anımsandığında, Yargıtay’ın, bu sorumluluğu gözetmesi doğası gereğidir. Ne var ki bu hassasiyet konumuz açısından önem taşımamaktadır. Çünkü koruma kararıyla Medeni Kanunun evli kadını koruyan niteliğini çiğnenmemekte, bir boşluk yaratılmamaktadır. Tam aksine bu yasanın çıkarılışındaki evrensel gerekçelere ve ilkelere uygun davranılmaktadır. Yinelemek gerekirse nikâhsız kadının eş şiddetinden korunmasıyla evli kadının statüsünde onun aleyhine hiçbir değişiklik olmadığı gibi nikâhsız birlikteliklerin desteklenmesi ya da onlara birtakım hukuki avantajlar sağlanması da söz konusu değildir. Yapılan, sadece binlerce yıldır kadın aleyhine sürüp gelen eş şiddetinden bir grup kadının daha korunmasını sağlamak, kapsamı genişletmektir. Bunun için ayrı bir yasal düzenleme, kafalardaki karışıklığı önlemek açısından yararlı olmakla birlikte, zorunlu değildir. Çünkü burada nikâhsız yaşayan kadın, yasalarca desteklenmeyen birlikteliği sürdürmek için değil, aslında -somut olaylarda görüldüğü gibi- nikâhsız birliktelikten kurtulmak için korunmak istemektedir. Zaten ço-

ğu, bu ilişkiye bilinçli ve rızalarıyla girmiş değildir. Babaları ya da aile büyükleri tarafından dört inek karşılığı satılmışlardır.³⁶

Öyleyse, Medeni kanundaki resmî nikâhı öne alan ve sosyolojik olarak ne yazık ki varlığını sürdüren nikâhsız birliktelikleri yok sayan yaklaşımın, kadının mal gibi satılması olgusunu önlemeye yetmediği gibi bu yanıyla statükoyu korumaya da yaradığı gözetilmelidir. Oysa gerek 1926 tarihli gerekse 2002 tarihli medeni kanunların kadını koruyan, erkeklerle eşitliğini sağlayan düzenleyen hükümleri gözetildiğinde bu kadınların da eş şiddetinden korunması, her iki yasanın kadını koruyan karakterine uygun düşecektir. Uluslar arası mevzuat buna olanak verdiği gibi diğer uluslardaki gelişmeler ve insan hakları mahkemesinin kararları da bu yoldadır. Nitekim Türkiye'nin kadını şiddetten etkili olarak koruyamadığı için AİHM'den aldığı mahkûmiyet kararında da kadın, uzun yıllar önce kusurlu eşten boşanmıştır. Öyleyse yasanın amacına uygun olarak kadına yönelik ayrımcılığın önlenmesi için bu direncin gözden geçirmesi hukuki olduğu kadar toplumsal bir gerekliliktir.

KAYNAKLAR

AKIN, Ali, *Kadına Karşı Şiddet ve 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun Açısından Konuya Bakış*, Adalet Dergisi, Ocak, 2008, s.273–274.

AKIN, Mustafa; “Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Belirtilmeyen Tedbirlere Hükmedilmesi ve Danışmanlık Tedbirinin Uygulanması”, Terazi Hukuk Dergisi, Ekim 2007, Sayı:14.

ATEŞ, Mustafa; “4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Bu Kanundaki Değişiklikler Üzerine Düşünceler”, Ankara Barosu Dergisi, Y: 65, S: 3, 2007.

BAŞLAR, Kemal; Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Şen Matbaa, Ankara, Nisan 2008.

DUTERGE, Gilles, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi yayınları, Eylül 2007.

Habertürk Gazetesi, “Diziye bırak bu babaya bak” (manşet haber) , 9 Ekim 2009, s.1.

KAÇAK, Nazif, Yeni Türk Medeni Kanunu, Birinci Baskı, Ankara, 2004.

³⁶ Bkz.; **Kızını 4 inek karşılığı veren baba tutuklandı, kız aileye teslim edildi.** 22.1.2010 günlü Vatan Gazetesi aynı günlü gazeteler; Babanın tutuklanmasının kızın yaşının küçüklüğünden kaynaklandığı, on sekiz yaş üstü kızlar için aynı eylemin ceza yasası uyarınca suç olmadığı unutulmamalıdır.

Boşanmış veya Nikâhsız Birliktelik Yaşayan Kadının 4320 sayılı Kanun
Kapsamında Korunması- Eray KARİNCA

KARİNCA, Eray, Kadına Yönelik Aile İçi Şiddete İlişkin Hukuksal Durum ve Uygulama Örnekleri, Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Yayını, Aralık 2008.

KARİNCA, Eray, Ailenin Korunmasına Dair Kanunda 5636 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler, Terazi Dergisi, Yıl 2, sayı 10, Haziran 2007, s.119, 121.

KİLKELLY, Ursula, Özel hayata ve Aile hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, AIHS'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları No1, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Eylül, 2007.

KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz, “*Aile ve Aile Yararı*”, Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğe girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum, Editörler, A. Lâle Sirmen, Çiğdem Kırca, Vedat Buz, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

ÖZTAN, Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitapevi, 9. Bası, Ankara, 2002.

PÜSKÜLLÜOĞLU, Ali, Türkçe Sözlük, Yapı Kredi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, Ekim 1995.

Sabah Gazetesi, 2 Aralık 2009, s.1 ve 14.

SİRMEN- KOÇHİSARLIOĞLU, Karşılaştırmalı Hukukta Aile Mahkemeleri Ve Türkiye Aile Mahkemelerinin Kurulmasında Yararlanılabilecek Bir Model, Kamu-İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 5, S.18.